

Göttinger Studien
zu den Kriminalwissenschaften

Klaus Alten

Amtsmißbrauch

Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Artikel 323
des italienischen Strafgesetzbuchs



Universitätsverlag Göttingen

Klaus Alten
Amtsmißbrauch

This work is licensed under the [Creative Commons](#) License 3.0 “by-nd”, allowing you to download, distribute and print the document in a few copies for private or educational use, given that the document stays unchanged and the creator is mentioned. You are not allowed to sell copies of the free version.



erschienen als Band 21 in der Reihe „Göttinger Studien zu den
Kriminalwissenschaften“ im Universitätsverlag Göttingen 2012

Klaus Alten

Amtsmißbrauch

Eine rechtsvergleichende
Untersuchung zu Artikel 323 des
italienischen Strafgesetzbuchs

Göttinger Studien zu den
Kriminalwissenschaften
Band 21



Universitätsverlag Göttingen
2012

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Herausgeber der Reihe

Institut für Kriminalwissenschaften

Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen

Prof. Drs. Kai Ambos, Gunnar Duttge, Jörg-Martin Jehle, Uwe Murmann

Autorenkontakt

e-mail: Klaus.Alden@web.de

Dieses Buch ist auch als freie Onlineversion über die Homepage des Verlags sowie über den OPAC der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek (<http://www.sub.uni-goettingen.de>) erreichbar und darf gelesen, heruntergeladen sowie als Privatkopie ausgedruckt werden. Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion. Es ist nicht gestattet, Kopien oder gedruckte Fassungen der freien Onlineversion zu veräußern.

Satz und Layout: Klaus Alten

Umschlaggestaltung: Kilian Klapp

© 2012 Universitätsverlag Göttingen

<http://univerlag.uni-goettingen.de>

ISBN: 978-3-86395-037-8

ISSN: 1864-2136

Meinen Eltern

Vorwort

Diese Dissertation lag der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität zu Göttingen im Wintersemester 2009/2010 vor. Rechtsprechung, Literatur und Gesetzgebung konnten bis zum Juni 2009 berücksichtigt werden.

Meinem Doktorvater, Herrn Professor Manfred Maiwald, danke ich für die Anregung des Themas, seine freundliche Betreuung und die zügige Einleitung des Promotionsverfahrens. Herrn Professor Kai Ambos gebührt Dank für seinen Ansporn zum Abschluß der Arbeit sowie für die Erstellung des Zweitgutachtens.

An italienischen Universitäten habe ich nicht allein durch administrative Erleichterungen, sondern auch durch fruchtbare Diskussionen Unterstützung erfahren. Hierfür habe ich aus Rom Herrn Professor Alfonso Stile, aus Palermo Herrn Professor Vincenzo Militello, Herrn Professor Antonio Pagliaro und Herrn Professor Manfredi Parodi Giusino sowie aus Bologna Herrn Professor Stefano Canestrari und Herrn Professor Luigi Stortoni zu danken.

Ein besonderer Dank gilt den Herren Avv. Dario Gambino, Avv. Enrico Meloni, Avv. Lorenzo Tomassini, Mag. Francesco Torrasi und Avv. Francesco Parisi, die meinen Fragen zum italienischen Recht geduldig Rede und Antwort standen, mich überdies in ihren Familien herzlich aufnahmen und mir teure Freunde geworden sind.

Ich danke Frau Kerstin Lenz und Herrn Dr. Kevin Ivory für das gewissenhafte Korrekturlesen. Letzterem und Herrn Dr. Sven Anderson gebührt zudem Dank für die elektronische Überarbeitung des Manuskripts. Weitere Freunde, die mich mit Gebet oder Rat begleiteten, müssen trotz meines Dankes namentlich unerwähnt bleiben.

Ohne die Liebe und Großzügigkeit meiner Eltern wäre mir die Abfassung der Dissertation nicht möglich gewesen. Ihnen danke ich dafür von ganzem Herzen.

Göttingen, im April 2012

Klaus Alten

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	i
Abkürzungsverzeichnis	xi
Zeitschriftenverzeichnis	xvii
Einleitung	1
I Tatbestand des Amtsmißbrauchs in Italien	5
A. Überblick	7
I. Entwicklung des Tatbestands des Amtsmißbrauchs	7
1. Amtsmißbrauch vor 1889	7
2. Amtsmißbrauch im <i>Codice Zanardelli</i> von 1889	9
3. Amtsmißbrauch im <i>Codice Rocco</i> von 1930	12
a) Tatbestand	12
b) Kasuistik aus der Rechtsprechung	15
4. Amtsmißbrauch nach der Reform von 1990	17
a) Tatbestand	17
b) Kasuistik aus der Rechtsprechung	19
5. Amtsmißbrauch nach der Reform von 1997	22
II. Reform von 1997	24
1. Hintergründe der Reform von 1997	24
2. Reformbemühungen der Legislative	27
3. Kommission <i>Morbidelli</i>	30
B. Tatbestand des Art. 323 Abs. 1 c.p.	35
I. Rechtsgut und Subjekte des Tatbestands	35
1. Geschütztes Rechtsgut	35
2. Passives Subjekt	43
3. Aktives Subjekt	46
a) Ausweitung des aktiven Subjekts durch die Reform von 1990	46
b) Vorbemerkung zur Bestimmung der Begriffe „Amtsträger“ und „mit einem öffentlichen Dienst Beauftragter“	48
c) Begriff des Amtsträgers	51

aa)	Art. 357 Abs. 1 c.p.	51
bb)	Art. 357 Abs. 2 c.p.	52
(1)	„Externe“ Abgrenzung zum privaten Handeln	53
(a)	Ausgangspunkt: Konkrete Tätigkeit	53
(b)	Abgrenzungskriterium: Öffentliches Recht	54
(c)	Abgrenzungskriterium: Autoritative Handlungen	55
(2)	„Interne“ Abgrenzung zum öffentlichen Dienst	56
(a)	Abgrenzungskriterium: Bildung und Manifestierung des Willens der öffentlichen Verwaltung	57
(b)	Abgrenzungskriterium: Autoritative oder zertifizierende Befugnisse	57
(c)	Gesetzesänderung von 1992	58
d)	Begriff des mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten	59
e)	Abgeordnete, Richter und Militärangehörige als Tatsubjekte	62
f)	Sogenannte Verfahrensverantwortliche	63
g)	Beendigung der Subjektqualität	65
h)	Dritte als Tatsubjekte des Amtsmißbrauchs	66
aa)	Sogenannter <i>funzionario di fatto</i>	66
bb)	Amtsanmaßung	68
cc)	Teilnahme eines Dritten	70
II.	Tathandlung	71
1.	Tatbestandsmerkmal „in Abwicklung der Funktionen und des Dienstes“	72
a)	Begriffe <i>funzioni</i> , <i>servizio</i> und <i>svolgimento</i>	72
b)	Mißbrauch der Subjektqualität und akzessorische Akte	73
c)	Amtsmißbrauch und fehlende Zuständigkeit	75
2.	Exkurs: Klassische Mängel eines Verwaltungsakts	76
a)	Dreiteilung	77
aa)	Mangel der fehlenden Zuständigkeit	78
bb)	Mangel der Ermessensüberschreitung: Ermessensfehler	78
(1)	Ursprung und Unterscheidung vom <i>vizio di merito</i>	78
(2)	Theorien der Rechtslehre	80
(3)	„Symptomatische Fälle“ der Ermessens- überschreitung	82
(a)	Ermessensmißbrauch	82
(b)	Zugrundelegung eines falschen Sachverhalts	82
(c)	Weitere symptomatische Figuren	83
cc)	Mangel der Gesetzesverletzung	84
b)	Folgen eines Fehlers	85

3. Problematik der Gleichsetzung mit dem Rechtswidrigkeitsgrund der Gesetzesverletzung	86
4. Problematik des Einbezugs der Ermessensüberschreitung . . .	90
a) Vorbemerkung zur Diskussion um die Ermessensüber- schreitung	90
b) Ermessensüberschreitung als schwerwiegender Amts- mißbrauch	94
c) Ermessensüberschreitung und das Bestimmtheitsgebot . .	94
aa) Frage der Bestimmtheit der Ermessensüberschreitung	94
bb) Frage der Bestimmtheit des Ermessensmißbrauchs . .	98
d) Ermessensüberschreitung und Prinzip der Gewaltenteilung	99
aa) Diskussion um das Gesetz Nr. 2248/1865	101
(1) Entstehung und Inhalt des Gesetzes Nr. 2248/1865	101
(2) Anwendbarkeit des Gesetzes auf den Strafrichter .	103
(3) Auffassungen bezüglich Art. 5 l. cont. amm.	105
(4) Anmerkungen zur Auslegung von Art. 5 l. cont. amm.	109
(a) Entstehungsgeschichte	109
(b) Auslegung von Art. 5 l. cont. amm.	109
(aa) Ausgangspunkt: Vollständige Norm im Gesetzeskontext . . .	109
(bb) Formulierung „In diesem . . . Fall“	110
(cc) Formulierung „Wie in jedem anderen Fall“ .	110
(dd) Begriff der Anwendung	111
(ee) Begriff der Gesetzeskonformität	114
(5) Ergebnis zum Gesetz Nr. 2248/1865	115
bb) Frage einer verfassungsmäßigen Schranke für den Ge- setzgeber bzw. für die Strafgerichte: <i>Merito</i> als autonomer Bereich der Verwaltung	116
(1) Frage nach einer verfassungsmäßigen Kompetenz- begrenzung	116
(2) Untersuchung des <i>merito</i>	117
cc) Ergebnis	120
e) Ermessensüberschreitung und Wille des Gesetzgebers . . .	122
f) Ergebnis zum Einbezug der Ermessensüberschreitung . . .	125
5. Tatbestandsmerkmal „ <i>violazione di norme di legge o</i> <i>regolamento</i> “	126
a) Vorbemerkung	126
aa) Blankettstrafgesetz	126
bb) Rechtsquellen	128
b) Begriff der Norm	129
aa) Rechtsprechung	129

(1) Entscheidung <i>Tosches</i>	129
(2) Entscheidung <i>Mannucci</i>	131
(3) Entscheidung des Tribunals von Neapel	132
(4) Entscheidung <i>Bocchiotti</i>	132
bb) Unterscheidung von Prinzipien und Regeln	133
cc) Stellungnahme	135
c) Begriff der Gesetzes- und Verordnungsnormen	147
aa) Gesetzesnormen	147
(1) Verfassungsnormen	148
(a) Art. 97 Abs. 1 Cost.	148
(b) Art. 3 Abs. 1 Cost.	154
(2) Generelle (einfachgesetzlichen) Normen	156
(3) Verfahrensnormen	158
(4) Disziplinarrechtliche Normen	160
bb) Begriff der Verordnungsnormen	161
cc) Sonderfälle	168
(1) Statuten von Kommunen und Provinzen	168
(2) Problem der Verletzung von Bebauungsplänen	170
d) Begriff der Verletzung	176
e) Korrektiv des Rechtswidrigkeitszusammenhangs	176
6. Verletzung einer Enthaltungspflicht	179
a) Enthaltungspflicht	179
b) Interessenkonflikt	185
c) Begriff des Interesses	185
d) Begriff des nahen Angehörigen	187
e) Enthaltung	189
f) Merkmal „ <i>negli altri casi prescritti</i> “	191
7. Formen des Amtsmißbrauchs	195
a) Amtsmißbrauch durch (positives) Handeln	195
b) Amtsmißbrauch durch Unterlassen	195
c) Sonderfall: Amtsmißbrauch durch Zweckentfremdung	197
d) Amtsmißbrauch und Amtspflichtverletzungen	200
III. Tatbestandserfolg	200
1. Vorbemerkung	200
2. Vermögensvorteil	203
3. Schaden	206
4. Begriff der „Anderen“	206
5. Merkmal der „Unrechtmäßigkeit“	212
IV. Subjektives Element	221
1. Vorbemerkung	221
2. „Beabsichtigender Vorsatz“ im Art. 323 c.p.	223
3. Zusammentreffen von privatem und öffentlichem Interesse	228
4. Irrtum	229

5. Feststellung des Vorsatzes	232
V. Strafmaß	232
1. Neuerungen im Strafmaß	232
2. Verbot der Ausübung eines öffentlichen Amtes	234
C. Fragen des AT, des transitorischen Rechts und der Verfassungsmäßigkeit	237
I. Vollendung und Versuch des Delikts	237
1. Vollendung des Delikts	237
2. Versuch des Delikts	239
II. Tatbeteiligung	242
III. Erschwerungs- und Milderungsgründe	245
1. Erschwerungsgrund des Art. 323 Abs. 2 c.p.	245
2. Milderungsgrund des Art. 323bis c.p.	248
3. Weitere Erschwerungs- und Milderungsumstände	250
IV. Verhältnis zu anderen Delikten	253
1. Mehrheit von Straftaten	253
2. Konsumtionsklausel	254
3. Einzelne Konkurrenzen	257
a) Amtsmißbrauch und Unterschlagung im Amt	257
b) Amtsmißbrauch und Erpressung im Amt	259
c) Amtsmißbrauch und Bestechlichkeit	259
d) Amtsmißbrauch und Verwendung von Dienstgeheimnissen	261
e) Amtsmißbrauch und Amtsanmaßung	262
f) Amtsmißbrauch und Unterlassung von Amtshandlungen	264
g) Amtsmißbrauch und Entwendung von beschlagnahmten Sachen	265
h) Amtsmißbrauch und Falschbeurkundung im Amt	266
i) Amtsmißbrauch und Hausfriedensbruch durch einen Amtsträger	267
j) Amtsmißbrauch und Störung von öffentlichen Ausschreibungen	267
k) Amtsmißbrauch und privates Interesse des Zwangsverwalters, des Regierungskommissars und des Konkursverwalters	268
4. Frage der Mehrzahl von Fällen des Amtsmißbrauchs	268
V. Fragen des transitorischen Rechts	271
VI. Verfassungsmäßigkeit des Art. 323 c.p.	273
D. Abschließende Betrachtung zum geltenden Tatbestand des Amtsmißbrauchs	279

II Erklärungsansätze für den Unterschied zwischen Deutschland und Italien	289
A. Vergleich des positiven Strafrechts	291
I. Gegenüberstellung der Amtsdelikte	291
II. Unterschiede anhand von Fällen	299
1. Fallkonstellationen	299
a) Fallkonstellation 1	299
b) Fallkonstellation 2	300
c) Fallkonstellation 3	303
d) Fallkonstellation 4	304
2. Schlußfolgerungen	306
B. Unterschiedliche Entwicklung des Strafrechts	307
I. Amtsmißbrauch im römischen Strafrecht	307
1. Einführung	307
2. Amtsmißbrauch <i>in sensu lato</i> im römischen Strafrecht	308
a) Periode vor den <i>quaestiones perpetuae</i> : Volksgerichte (<i>comitie</i>)	308
b) Periode der <i>quaestiones perpetuae</i>	310
c) Periode nach den <i>quaestiones perpetuae</i> bis zum Ende der Kaiserzeit: Senats- und Kaisergericht	313
d) Ergebnis	317
II. Exkurs: Kanonisches Recht	318
III. Amtsmißbrauch in Italien vor 1889	318
1. Untersuchungskriterien	318
2. Einzelne Strafgesetze	319
a) Kriminalgesetz der Toskana von 1786	319
b) Französische Strafgesetze	320
aa) Strafgesetz von 1808	320
bb) Strafgesetz von 1810	321
c) Österreichische Strafgesetze	327
aa) Strafgesetz von 1803	327
bb) Strafgesetz von 1852	328
d) Strafgesetz des Königreichs beider Sizilien	329
e) Strafgesetze von Parma, Piacenza und Guastella von 1820	331
f) Sardische Strafgesetzbücher	331
aa) Strafgesetzbuch von 1839	331
bb) Strafgesetzbuch von 1859	333
g) Strafgesetzbuch der Toskana von 1853	334
3. Ergebnis	335
IV. Amtsmißbrauch in der Geschichte des deutschen Strafrechts	336

1. Exkurs: Abriß der Strafrechtsentwicklung bis zum 19. Jahrhundert unter besonderer Berücksichtigung der Amtsdelikte . . .	336
2. Gesetzgebung des 18. und 19. Jahrhunderts	347
a) <i>Codex criminalis</i> von 1751	348
b) <i>Constitutio Criminalis Theresiana</i> von 1768	349
c) Allgemeines Landrecht von 1794	350
d) Badisches Strafgedikt von 1803	354
e) Strafgesetzbuch Bayerns von 1813	355
f) Sächsisches Strafgesetzbuch von 1838	357
g) Württembergisches Strafgesetzbuch von 1839	360
h) Braunschweiger Strafgesetzbuch von 1840	361
i) Hannoversches Strafgesetzbuch von 1840	362
j) Hessisches Strafgesetzbuch von 1841	364
k) Badisches Strafgesetzbuch von 1845	365
l) Thüringisches Strafgesetzbuch von 1850	367
m) Preußisches Strafgesetzbuch von 1851	369
n) Sächsisches Strafgesetzbuch von 1855	373
o) Oldenburger Strafgesetzbuch von 1858	374
p) Bayerisches Strafgesetzbuch von 1861	375
q) Strafgesetzbuch des Norddeutschen Bundes von 1870 . . .	377
3. Analyse und spätere Entwicklungen	379
C. Unterschiedliche Entwicklung des Berufsbeamtentums	389
I. Berufsbeamtentum in Deutschland	390
1. Entwicklung des deutschen Beamtentums bis 1871	390
2. Entwicklung des deutschen Beamtentums von 1873 bis heute	397
3. Ergebnis	401
II. Berufsbeamtentum in Italien	401
1. Entwicklung des öffentlichen Diensts in Italien bis 1889 . . .	401
2. Entwicklung von 1889 bis heute	409
3. Ergebnis und Vergleich mit Deutschland	414
D. Unterschiedliche Entwicklung des Disziplinarrechts	417
I. Disziplinarrecht in Deutschland	417
1. Entwicklung des Disziplinarrechts	417
2. Disziplinarrecht vor 1871	424
3. Disziplinarrecht nach 1871	426
4. Ergebnis	429
II. Disziplinarrecht in Italien	430
1. Entwicklung des Disziplinarrechts in Italien	430
2. Disziplinarrecht vor 1889	432
a) Regio decreto, n. 3306/1866	432
b) Vergleich mit Preußen und Zwischenergebnis	434

3. Disziplinarrecht nach 1889	435
4. Ergebnis und Kritik mangelnder Effektivität	439
E. Schlußfolgerungen aus den Unterschieden zwischen Deutschland und Italien	443
III Strafwürdigkeit des Amtsmißbrauchs in Deutschland	447
A. Begriffe der Strafwürdigkeit und der Strafbedürftigkeit	449
B. Strafwürdigkeit nach den Wertungen des geltenden Strafgesetzbuchs	453
I. Gegenüberstellung mit der Rechtsbeugung	454
II. Gegenüberstellung mit den Bestechungsdelikten	461
III. Gegenüberstellung mit der Gebührenüberhebung	464
IV. Gegenüberstellung mit der Abgabenüberhebung	469
V. Ergebnis	470
C. Strafwürdigkeit nach dem materiellen Verbrechensbegriff	473
I. Aufgabe des Strafrechts und Charakter von Strafe	473
II. Materieller Verbrechensbegriff	476
1. Erfolgswert: Sozialschädlichkeit und Rechtsgüterschutz	477
a) Kriterium der Sozialschädlichkeit	477
b) Kriterium des Rechtsgüterschutzes	478
c) Ergebnis zum Erfolgswert	480
2. Handlungswert	481
3. Ergebnis nach dem materiellen Verbrechensbegriff	483
D. Strafbedürftigkeit	485
I. Aufhebung der Verwaltungsentscheidung	485
II. Schadensersatzpflicht	486
III. Ordnungswidrigkeitenrecht	489
IV. Disziplinarrecht	497
V. Ergebnis der Strafbedürftigkeit	501
E. Ergebnis zur Strafwürdigkeit	503
Schlußbetrachtung	505
Literaturverzeichnis	513

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.F.	alter Fassung
a. u. c.	ab urbe condita (von Gründung der Stadt an)
AA.VV.	Autori Vari (verschiedene Autoren)
ALR	Allgemeines Landrecht Preußens von 1794
all.	allegato (Anlage)
Apg.	Apostelgeschichte
App.	Appello (hier: Entscheidung des Corte D'Appello)
Art.	Artikel
art.	articolo (Artikel)
artt.	articoli (Artikel, Plural)
Avv.	Avvocato (Rechtsanwalt)
BBG	Bundesbeamtengesetz
Bd.	Band
BDG	Bundesdisziplargesetz
BDO	Bundesdisziplinarordnung
BeamtStG	Beamtenstatusgesetz
Beih.	Beiheft
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Bundesgerichtshof in Strafsachen
BGHZ	Bundesgerichtshof in Zivilsachen
BR	Bundesrat
bspw.	beispielsweise
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
c.	contro (gegen)
CED	Centro elettronico dati della Corte di cassazione (elektronische Datenbank des Kassationshofs; i.V.m. Nummer eines Leitsatzes)
cfr.	confronta (vergleiche)
C.G.A.	Consiglio di Giustizia Amministrativa (Rat für die Verwaltungsgerichtsbarkeit gegliedert nach Regionen)
c.c.	codice civile (Zivilgesetzbuch)

c.p.	codice penale (Strafgesetzbuch)
c.p.c.	codice di procedura civile (Zivilprozeßordnung)
c.p.m.p.	codice penale militare di pace (Militärstrafgesetzbuch für Friedenszeiten)
c.p.p.	codice di procedura penale (Strafprozeßordnung)
Cass.	Corte Suprema di Cassazione (Kassationshof)
Cass. Dio	Cassius Dio (siehe Literaturverzeichnis)
Cic. Brut.	Cicero, Ausführungen zu Brutus (siehe Literaturverzeichnis)
Cic. Clu.	Cicero, Rede für Cluentius Habitus (siehe Literaturverzeichnis)
Cic. Leg.	Cicero, über Gesetzesbücher (siehe Literaturverzeichnis)
Cic. Pis.	Cicero, Rede gegen Piso (siehe Literaturverzeichnis)
Cic. Rab. Post.	Cicero, Rede für Rabirius Postumus (siehe Literaturverzeichnis)
Cic. Ver.	Cicero, Reden gegen Verres (siehe Literaturverzeichnis)
Co.Re.Co.	Comitato regionale di controllo (Kontrollinstanz der Region über die Aktivitäten der Provinzen und Kommunen)
Confl. comp.	Conflitto di competenza, (hier: Zuständigkeitsstreit vor Gericht)
Cons. St.	Consiglio di Stato (hier: Entscheidung des Staatsrats als zweite Instanz der Verwaltungsgerichtsbarkeit)
Corte Cost.	Corte costituzionale (hier: Entscheidung des Verfassungsgerichts)
Cost.	Costituzione (Verfassung)
CD Jurisdata	Entscheidungssammlung vom Mailänder Verlag Giuffrè auf CD-Rom
DDR	Deutsche Demokratische Republik
d.h.	das heißt
d.lgs.	decreto legislativo (Regierungsdekret mit Gesetzeskraft)
d.m.	decreto ministeriale (Ministerialdekret)
d.P.C.	decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (Dekret des Regierungschefs)
d.P.R.	decreto del Presidente della Repubblica (Dekret des Staatspräsidenten)
dass.	dasselbe
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
diesbzgl.	diesbezüglich
disp. prel. c.c.	disposizioni sulle preleggi del codice civile (Einführungsbestimmungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch Italiens)
Drs.	Drucksache

ed.	edizione/edition (Auflage; bzw. edited, herausgegeben [bei englischen oder lateinischen Werken])
Einl.	Einleitung
EU	Europäische Union
EUV	Vertrag über die Europäischen Union
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fg	Festgabe
Fn.	Fußnote
Fs	Festschrift
Gell.	Gellius (siehe Literaturverzeichnis)
GG	Grundgesetz
G.I.	Giudice Istruttore (Untersuchungsrichter, uneinheitliche Zitierweise in Italien)
G.i.p.	Giudice per le indagini preliminari (Untersuchungsrichter, uneinheitliche Zitierweise in Italien)
G.u.p.	Giudice per le udienze preliminari (Richter der Vorverhandlungen)
i.d.F.	in der Fassung
i.e.	id est (das ist, d.h.)
i.V.m.	in Verbindung mit
in proc.	im Prozeß
Isid. Etym.	Etymologien von Isidori H. E. (siehe Literaturverzeichnis)
Iuv.	Iuvenalis (siehe Literaturverzeichnis)
Iust. Dig.	Iustinian, Digesten (siehe Literaturverzeichnis)
KK	Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
l.	legge (Gesetz)
L. Alaman.	Lex Alamannorum (siehe Literaturverzeichnis)
L. Baiuv.	Lex Baiuvariorum (siehe Literaturverzeichnis)
lat.	lateinisch
L.C.A.	legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo (Gesetz über die Abschaffung von Spezialgerichten für Verwaltungsstreitigkeiten)
l. cont. amm.	legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo (Gesetz über die Abschaffung von „Spezialgerichten“ für Verwaltungsstreitigkeiten)
lett.	lettera (Buchstabe)
Lit.	Literatur
Mag.	Magistrato (Richter)
m.E.	meines Erachtens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen

n.	numero (Nummer)
n.F.	neue Fassung
Nr.	Nummer
NS	Nationalsozialismus
P.A.	Pubblica Amministrazione (öffentliche Verwaltung, uneinheitliche Zitierweise in Italien)
p.A.	pubblica Amministrazione (öffentliche Verwaltung, uneinheitliche Zitierweise in Italien)
p.a.	pubblica amministrazione (öffentliche Verwaltung, uneinheitliche Zitierweise in Italien)
PDG	Preußisches Disziplinalgesetz
p.m.	pubblico minister (Staatsanwalt)
p.m. in proc.	pubblico ministero in processo (Anklagevertreter der Staatsanwaltschaft)
Pret.	Pretura
prStGB	Preußisches Strafgesetzbuch
RBG	Reichsbeamtengesetz
r.d.	regio decreto (königliches Dekret)
Rdn.	Randnummer
Reg.	Regione (Region)
Ric.	Ricorrente (Berufungskläger vor dem Kassationsgericht)
Rspr.	Rechtsprechung
RV	Nummer eines Leitsatzes des Kassationshofs
s.	siehe
S.	Seite
Sez.	sezione (Sektion beim Kassationsgericht)
Sez. un.	sezione unite (vereinigte Sektionen des Kassationshofs)
sog.	sogenannt
Sp.	Spalte
st.	ständig
stat. lav.	statuto dei lavoratori
StGB	Strafgesetzbuch
Suppl. ord.	supplemento ordinario (regelmäßige Beilage zur Gazzetta Ufficiale)
Tac. Ann.	Tacitus, Annalien (siehe Literaturverzeichnis)
Tac. Hist.	Tacitus, Historien (siehe Literaturverzeichnis)
tom.	tome/tomus (Band)
T.A.R.	Tribunale Amministrativo Regionale (Verwaltungsgericht der Region)
t.u.	testo unico (vereinheitlichender Text, Zusammenführung von Normen einer bestimmten Materie)
t.u. pubbl. imp.	testo unico sul pubblico impiego (d.lgs. 30.3.2001, n. 165)
Trib.	Tribunale

U.S.L.	Unità Sanitaria Locale (örtliches Gesundheitsamt)
u.a.	unter anderen
v. Chr.	vor Christus
verfassungsm.	verfassungsmäßig
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vol.	volume (Band)
WRV	Weimarer Reichsverfassung
zw.	zwischen

Schriftenverzeichnis

AJP	American Journal of Philology
Annali di Perugia	(nicht abgekürzte Zeitschrift)
Arch. nuova proc. pen.	Archivio della nuova procedura penale
Arch. pen.	Archivio penale
C.S.	Consiglio di Stato
Cass. pen.	Cassazione penale
Comuni d'Italia	(nicht abgekürzte Zeitschrift)
Corr. amm.	Il corriere amministrativo
Critica pen.	Critica penale
Dig. discipl. pen.	Digesto delle discipline penalistiche
Dig. discipl. pubbl.	Digesto delle discipline pubblicistiche
Dig. it.	Il Digesto italiano
Dir. del lav.	Il diritto del lavoro
Dir. pen. proc.	Diritto penale e processo
Dir. proc. amm.	Diritto processuale amministrativo
Diritto pubblico	(nicht abgekürzte Zeitschrift)
Encicl. dir.	Enciclopedia del diritto
Encicl. dir. pen. it.	Enciclopedia del diritto penale italiano
Encicl. giur.	Enciclopedia giuridica
Foro amm.	Il Foro amministrativo
Foro it.	Foro italiano
GA	Goldtammer's Archiv für Strafrecht
Gazz. giur.	Gazzetta giuridica
Gazz. Uff.	Gazzetta Ufficiale
Gazz. Uff. serie spec.	Gazzetta Ufficiale serie speciale
Giur. compl. cass. pen.	Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione
Giur. cost.	Giurisprudenza costituzionale
Giur. it.	Giurisprudenza italiana
Giur. merito	Giurisprudenza di merito
Giust. pen.	Giustizia penale
Guida al dir.	Guida al diritto
Il mondo giud.	Il mondo giudiziario
Jus	Jus (nicht abgekürzte Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung
L'Amm. it.	L'Amministrazione italiana

Legisl. pen	Legislazione penale
Lex	Lex, Legislazione Italiana
Mass. pen.	Massimario delle decisioni penali
Noviss. dig. it.	Novissimo Digesto Italiano
Nuova rass.	Nuova rassegna
PersV	Die Personalvertretung
Quaderni C.S.M.	Quaderni Consiglio Superiore della Magistratura
Quad. dir. lav. rel. ind.	Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali
Quad. Giust.	Quaderni della Giustizia
Quaderni reg.	Quaderni regionali
Quest. Giust.	Questione Giustizia
Rass. dir. pubbl.	Rassegna di diritto pubblico
Riv. amm.	Rivista amministrativa della Repubblica Italiana
Riv. giur. dell'edilizia	Rivista giuridica dell'edilizia
Riv. it. dir. pen.	Rivista italiana di diritto penale
Riv. it. dir. proc. pen.	Rivista italiana di diritto e procedura penale
Riv. pen.	Rivista penale
Riv. pen. Mass.	Massimario della Rivista penale
Riv. trim. dir. pen. econ.	Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia
Riv. trim. dir. proc. civ.	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
Riv. trim. dir. pubbl.	Rivista trimestrale di diritto pubblico
Sett. giur.	La settimana giuridica
Temi nap.	Temi napoletana
Trib. amm. reg.	I Tribunali amministrativi regionali
Verwaltungsarchiv	(nicht abgekürzte Zeitschrift)
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht

Einleitung

Im italienischen Strafgesetzbuch, dem *codice penale*, gibt es eine Bestimmung innerhalb der Delikte gegen die öffentliche Verwaltung, die das deutsche Strafrecht heute nicht kennt. Es handelt sich um den Tatbestand des Amtsmißbrauchs. Im Kern geht es darum, daß ein Beamter oder mit einem öffentlichen Dienst Beauftragter die ihm verliehenen Befugnisse nicht zum öffentlichen Wohle, sondern zur Erreichung persönlicher Ziele einsetzt. Der geltende Tatbestand des Amtsmißbrauchs benennt sowohl die Verursachung eines Schadens als auch das Verschaffen eines Vorteils als die zwei möglichen Taterfolge. Diese beiden Komponenten haben zwei unterschiedliche historische Wurzeln. Zum einen ist das der Tatbestand der Rechtsbeugung, *prevaricazione*, im Sinne einer Amtsverletzung zu Lasten des Untertans. Dabei handelt es sich um eine Bestimmung zum Schutz des Bürgers gegenüber willkürlicher Ausübung von Staatsgewalt. Zum anderen sind das Strafbestimmungen zum Schutz der öffentlichen Verwaltung vor Angriffen aus den eigenen Reihen durch untreue Staatsdiener, die sich einen Vorteil verschaffen wollen. Sie kann zusammenfassend als Selbstbegünstigung der Beamten bezeichnet werden.

Die Bestimmung des italienischen Amtsmißbrauchs, Art. 323 c.p., weist eine bewegte Vergangenheit auf. Innerhalb kurzer Zeit wurde sie zweimal grundlegend reformiert und zwar 1990 im Rahmen einer umfassenden Neuordnung der Amtsdelikte und gesondert 1997 mit einem Gesetz, das aus dem Strafgesetzbuch lediglich den Amtsmißbrauch betraf. Jedesmal waren Diskussionen über die Verfassungswidrigkeit der Norm vorangegangen und jedesmal hatte der Gesetzgeber sich zum Ziel gesetzt, den Tatbestand konkreter zu gestalten. Die Folgen der legislativen Eingriffe waren stets tiefgreifend. Beide Male wurde der Charakter der Vorschrift entscheidend verändert und damit auch ihre Bedeutung in der Praxis. Die Revision von 1990 zeichnet sich insbesondere durch die Überleitung verschiedener Varianten von Amtsverfehlungen in den Tatbestand des Amtsmißbrauchs und dessen Öffnung durch die Umwandlung der Subsidiaritäts- in eine Konsumtionsklausel¹ aus. Während er vorher durch jegliches konkurrierende Delikt verdrängt wurde, sollte dies nur noch durch schwerere Straftatbestände geschehen können. Der Anwendungsbereich wurde damit erheblich ausgedehnt. Zudem hob der Gesetzgeber den Strafraumen

¹ Nach deutschem Verständnis handelt es sich weiterhin um eine (eingeschränkte) Subsidiaritätsklausel. Zur Terminologie siehe unten C.IV.2., S. 254.

deutlich an, wodurch den ermittelnden Behörden weitgehende prozessuale Möglichkeiten an die Hand gegeben wurden. Obwohl die Legislative das erklärte Ziel hatte, die Norm bestimmter zu formulieren, erfuhr die Tatumschreibung im Ergebnis weder auf der objektiven noch auf der subjektiven Tatbestandsseite eine Konkretisierung. Mit der Wandlung des Delikts von einem subsidiären Auffangtatbestand zu einem Tatbestand mit Schlüsselfunktion innerhalb der Amtsdelikte wuchs seine Bedeutung in der Praxis. Die Revision öffnete aber auch die Tür für einen Mißbrauch der Vorschrift. Bürger versuchten, ihren verwaltungsrechtlichen Interessen durch Strafanträge gegen die betreffenden Verwaltungsbeamten Nachdruck zu verleihen, während die Justiz oft Ermittlungen wegen Amtsmißbrauchs vorschob, um in deren Rahmen die Begehung anderer Straftaten wie der Korruptionsdelikte zu untersuchen. Den Strafrichtern wurde manches Mal ein Eingriff in den allein der Exekutive vorbehaltenen Bereich vorgeworfen. Öffentliche Anschuldigungen der Beamten führten dazu, daß selbst gesetzestreue Verwaltungsangehörige oftmals lieber von Entscheidungen Abstand nahmen, um nicht Gefahr zu laufen, strafrechtlich belangt zu werden. Es kam zum Teil zu einer Lähmung der öffentlichen Administration. Der Straftatbestand, der gerade ihren Schutz gewährleisten sollte, kehrte sich zu einer Bedrohung ihres effektiven und geordneten Funktionierens. So sah sich die Legislative nach nur wenigen Jahren gezwungen, erneut einzugreifen. Nun bemühte sie sich, den Anwendungsbereich vor allem dadurch zu begrenzen, daß sie die Tatbegehung an eine Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen oder einer Enthaltungspflicht koppelte. Die Ermessenverwaltung sollte so offenbar aus dem Tatbestand herausgehalten und damit dem eventuellen Zugriff des Strafrichters entzogen werden. Objektiv setzt die Bestimmung zusätzlich die Realisierung eines Taterfolgs voraus – die alleinige Absicht, ihn hervorzurufen, reicht nicht mehr. Damit verschiebt sich das Schwergewicht vom subjektiven zum objektiven Tatbestand. Die Herabsetzung des Strafrahmens reduzierte auch die verfahrensrechtlichen Werkzeuge der Staatsanwaltschaft. Insgesamt ist die praktische Relevanz des geltenden Amtsmißbrauchs im Vergleich zu den vorangegangenen Versionen erheblich verringert.

Selbst heute wird von manchen italienischen Juristen die Verfassungsmäßigkeit der Bestimmung angezweifelt. Der scheinbar eindeutige Wortlaut birgt durch den Verweis auf Gesetzes- und Verordnungsnormen immer noch einige Schwierigkeiten in sich. Problematisch ist, wenn diese Bestimmungen so allgemein sind, daß ihnen keine konkrete Verhaltensanweisung zu entnehmen sind bzw. über sie doch wieder die Ermessenverwaltung von Art. 323 c.p. erfaßt wäre. Es ist zu klären, welche Arten von Normen im Rahmen des Tatbestands relevant sind. In diesem Zusammenhang steht eine Problemstellung, die die Rechtsprechung und Literatur bereits unter der früheren Fassung spaltete. Fraglich ist, ob der verwaltungsrechtliche Mangel der Ermessensüberschreitung, der *eccesso di po-*

tere,² eine strafrechtliche Verfolgung nach sich ziehen kann, wenn die restlichen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind. Als die Tathandlung lediglich mit dem Mißbrauch des Amtes umschrieben war, setzte sie die Rechtsprechung oft mit dem Ermessensmißbrauch (*sviamento di potere*), dem Hauptfall der verwaltungsrechtlichen Ermessensüberschreitung, gleich. Das war von einem Teil der Literatur mit dem Verweis auf mangelnde Bestimmtheit kritisiert worden. Diese Diskussion wird auch heute noch geführt. Die Verfechter eines Einschlusses der verwaltungsrechtlichen Figur fassen auch ganz allgemeine Vorschriften unter den Begriff der Gesetzes- und Verordnungsnormen im Sinne des Tatbestands. Die Gegner verneinen, daß solche allgemeinen Normen zur Konkretisierung eines Strafgesetzes herangezogen werden können. Hiermit ist die grundsätzliche Frage verbunden, ob es für den Strafrichter bei der Untersuchung der Strafbarkeit wegen Amtsmißbrauchs einen Bereich gibt, der nicht in seine Prüfungskompetenz fällt. Es ist somit sowohl zu untersuchen, ob die Ermessensüberschreitung weiterhin von Art. 323 c.p. erfaßt wird, als auch, ob es einen Bereich der Verwaltung gibt, in den die Judikative nicht vordringen darf. Neben dem umstrittenen Merkmal der Gesetzesnormen bergen auch die anderen Tatbestandsvoraussetzungen eine Reihe von Unsicherheiten, welche die mögliche Vorbildfunktion des italienischen Amtsmißbrauchs für den deutschen Gesetzgeber schmälert. Die einzelnen Probleme gilt es aufzuzeigen.

Im aktuellen Strafrecht Deutschlands existiert kein Tatbestand eines allgemeinen Amtsmißbrauchs. Inwiefern es darüber hinaus in den Abschnitten der Amtsdelikte größere Divergenzen gibt, muß mittels ihrer Gegenüberstellung geklärt werden. Insbesondere ist fraglich, ob im deutschen Recht Bestimmungen existieren, die das Fehlen des allgemeinen Amtsmißbrauchs kompensieren. Dies wird auch anhand von Fällen geprüft, in denen die italienische Judikative das Vorliegen des Art. 323 c.p. festgestellt hatte. Diese Konstellationen sind nach dem deutschen Strafgesetzbuch zu behandeln. Weiter sollen die Gründe für das Fehlen des Tatbestands im deutschen Recht mittels einer Untersuchung der verschiedenen Entwicklungen des Straf-, Beamten- und Disziplinarrechts in beiden Rechtsräumen eruiert werden. Vor allem der historischen Evolution der Amtsdelikte ist Raum zu geben, wobei der Blick in die Partikulargesetzgebung ab dem 18. Jahrhundert von besonderem Interesse ist. Er soll Aufschluß über die Vorlagen der beiden nationalen Strafgesetze geben. Schließlich ist die Frage zu erörtern, inwiefern an die Einführung eines entsprechenden Tatbestands in Deutschland zu denken wäre. Die rechtspolitische Entscheidung darüber wird aber nicht Gegenstand der Diskussion sein, denn sie würde eine kriminologische Untersuchung über das Aufkommen und die Hintergründe der Begehung

² Der Begriff des „*eccesso di potere*“ ist nicht als Ermessensüberschreitung im Sinne der deutschen verwaltungsrechtlichen Terminologie zu verstehen. Er wird in Italien vielmehr als Oberbegriff für Ermessensfehler verwendet. Sofern in der vorliegenden Arbeit von Ermessensüberschreitung die Rede ist, wird das italienische Verständnis zugrunde gelegt.

von Amtsmissbräuchen erfordern. Es geht einerseits um die Strafwürdigkeit vom mißbräuchlichen Einsatz der amtlichen Befugnisse sowohl im Vergleich zu den Wertungen des geltenden Strafgesetzbuchs als auch nach dem materiellen Verbrechensbegriff. Letzterer benutzt Kriterien, die das strafbare Verhalten unabhängig vom positiven Recht kennzeichnen. Andererseits muß die Strafbedürftigkeit der zu pönalisierenden Tat gegeben sein. Das ist der Fall, wenn ebenso effektive und mildere Mittel als das Strafrecht zur Ahndung des gemeinschaftsstörenden Verhaltens nicht zur Verfügung stehen.

Ziel der vorliegenden Untersuchung ist es folglich, die italienische Rechtslage mit sämtlichen den Tatbestand des Amtsmissbrauchs tangierenden Problemen darzulegen, nach den Gründen für die unterschiedliche Behandlung des Mißbrauchs von Amtskompetenzen in Deutschland und Italien zu forschen sowie seine Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit für das deutsche Recht zu diskutieren.

Teil I

Tatbestand des Amtsmißbrauchs in Italien

A. Überblick

I. Entwicklung des Tatbestands des Amtsmißbrauchs

1. Amtsmißbrauch vor 1889

Bereits vor der Verabschiedung des ersten einheitlichen Strafgesetzbuchs, des *Codice Zanardelli* von 1889, existierte in der italienischen Gesetzgebung neben Amtsdelikten wie Bestechlichkeit und Erpressung im Amt der Straftatbestand eines allgemeinen Amtsmißbrauchs.¹ Vor der Einheit Italiens 1860/61 fanden die Strafgesetze der verschiedenen Staaten Anwendung. Seit der Vereinigung galt in Italien das sardische Strafgesetzbuch in der Fassung von 1859.² Lediglich in der Toskana wurde am eigenen Strafgesetz von 1853 festgehalten.³ Es sind einige Bestimmungen bemerkenswert, die im Zusammenhang mit dem Amtsmißbrauch gebracht werden können. Zudem findet sich in beiden Regelwerken der Tatbestand des allgemeinen Amtsmißbrauchs selbst, der gekennzeichnet ist durch einen weiten Täterkreis, der den Großteil der öffentlich Bediensteten umfaßt, und durch eine offene, nicht näher spezifizierte Tathandlung.

Der *Codice sardo von 1859* besitzt eine Reihe von Tatbeständen, die Mißbräuche von Amtspersonen unter Strafe stellen. Art. 194 bestraft die Verübung eines willkürlichen Akts gegen die persönliche Freiheit eines Bürgers oder gegen die freie Ausübung seiner Rechte.⁴ Der Tatbestand der Rechtsverweigerung,

¹ Siehe dazu ausführlich unter B.III.2., S. 319.

² Der *codice sardo* wurde auf das ehemalige Reich von Neapel mit Dekret vom 17. Februar 1861 ausgedehnt. Mit den Annexionen des Veneto und des Mantovano 1866 erlangte er auch dort Gesetzeskraft. Schließlich galt er nach dem Sturz des Kirchenstaats 1870 ebenfalls in dessen bisherigen Territorium. Siehe dazu Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. I, 1933, S. 65; vgl. (a cura della) Biblioteca Centrale Giuridica, *Documenti Giustizia*, 1999, Sp. 773.

³ Für dessen Anwendung galt das Territorialprinzip. Es wurde also auf Straftaten angewandt, die in der Toskana begangen worden waren, auch wenn ein Gericht anderswo den Täter zur Verantwortung zog. Toskanische Bürger außerhalb der Provinz unterlagen jedoch dem italienischen Strafgesetzbuch von 1859. Siehe Vinciguerra, *I codici penali sardo-piemontesi*, S. 392, m.w.N.

⁴ Die Bestimmung lautet: „*Ogni ufficiale pubblico, agente od incaricato del Governo, che eserciti o comandi qualche atto arbitrario contro la libertà personale di un privato od il libero esercizio dei suoi diritti, sarà punito colla pena del carcere e delle multa, e colla sospensione dall'esercizio dei pubblici uffizi.*

Se l'atto arbitrario sarà stato commesso per soddisfare una passione, o per particolare interesse, il colpevole sarà punito colla relegazione, e coll'interdizione dai pubblici uffizi;

Art. 235, mißbilligt als Machtmißbrauch gegenüber dem Bürger den Richter oder Amtsinhaber, der – gleich unter welchem Vorwand – eine Amtshandlung oder Rechtsprechung trotz entsprechender Aufforderung der vorgesetzten Stelle verweigert.⁵ Ein relativ weitgefaßtes Delikt ist die Vorteilsnahme in Amtshandlungen, der *interesse privato* (Art. 241), welches noch bis 1990 zu den italienischen Amtsdelikten zählte. Es ahndet die offene, verdeckte oder durch eine Mittelsperson von einem Amtsträger vorgenommene private Vorteilsnahme in Vergaben, Ausschreibungen oder anderen Akten der öffentlichen Verwaltung.⁶ Der allgemeine Amtsmißbrauch ist dagegen den Bestechungsdelikten zugeordnet und ist in Art. 220 niedergeschrieben. Die sehr knappe Auffangbestimmung benutzt ausdrücklich die Formulierung des „Mißbrauchs des Amts“. Sie stellt die Amtsträger und Angestellten unter Strafe, die ihr Amt wegen einer Leidenschaft oder eines sonst nachrangigen Grundes mißbrauchen:

„Saranno puniti colle pene stabilite nei precedenti articoli gli ufficiali od impiegati suddetti che avessero abusato del loro ufficio per passione od altro fine secondario.“

Besondere Ähnlichkeit zum Art. 323 des späteren *Codice Rocco* von 1930 besitzt Art. 196 des von Leopold II. erlassenen *Strafgesetzes des Großherzogtums der Toskana von 1853*.⁷ Die Vorschrift bestimmt, daß, wenn kein anderes Amtsdelikt vorliegt, ein Amtsträger, der vorsätzlich seine Amtspflichten verletzt, sei es aus Gunst oder Feindschaft oder sei es, um sich oder anderen einen unrechtmäßigen Nutzen zu verschaffen oder um dem Staat oder einzelnen einen Schaden zuzufügen, nach der Schwere der Tat entweder mit einer Buße von

salva l'applicazione delle altre pene nei casi specialmente indicati dalla legge.

Qualora le persone indicate nel presente articolo giustificino d'aver agito per ordine dei loro superiori, ai quali era dovuto obbedienza, saranno esenti da pena, la quale sarà in questo caso inflitta ai superiori che hanno dato l'ordine.“

⁵ Die Bestimmung lautet: *„Qualunque Giudice, e qualunque autorità amministrativa, che sotto qualsiasi pretesto, anche di silenzio, oscurità, contraddizione od insufficienza della legge, avrà ricusato di esercitare un atto del suo ministero o di fare giustizia alle persone che ne lo avranno richiesto, ed avrà perseverato nel suo rifiuto dopo l'avvertimento e l'ordine dell'autorità superiore, sarà punito colla sospensione dall'esercizio dei pubblici uffizi, o con multa estensibile a lire trecento.*

Queste pene possono anche imporsi separatamente.“

⁶ Art. 241 lautet: *„Ogni ufficiale pubblico, od agente del Governo, che, od apertamente o con atti simulati o con interposizione di persone, prenda un interesse privato qualunque nelle aggiudicazioni, negli appalti od in altri atti delle pubbliche amministrazioni, dei quali egli ha od abbia avuto al tempo in cui i medesimi sono seguiti od anche solamente incominciati la direzione o la sorveglianza in tutto od in parte, sarà punito colla pena del carcere non minore di tre mesi, estensibile a due anni, ed inoltre con multa da lire cento a tremila.“*

⁷ So auch D'Avirro, *L'Abuso di ufficio*, 1995, S. 15. Vgl. Sabatini, in: Conti, Cp, Art. 323, Nr. 368 S. 319.

hundert bis zu zweitausend Lire oder mit dem Ausschluß aus dem öffentlichen Dienst oder aber mit beidem bestraft wird:

„Se, fuori de' casi specialmente contemplati negli articoli precedenti di questo capo, un pubblico ufficiale ha dolosamente violato i suoi doveri d'ufficio, sia per favore o inimicizia, sia per procurare a sé o ad altri un'illecita utilità, sia per recar pregiudizio allo Stato od ai particolari, è punito, secondo la gravità del fatto, o con multa da cento a duemila lire, o con l'interdizione dal pubblico servizio, o con amendue queste pene cumulate.“

Die Vorschrift ist somit ein Auffangtatbestand, der allein eine Mißbrauchshandlung, jedoch keinen weitergehenden Erfolgseintritt voraussetzt. Zur Verursachung eines Vorteils oder Schadens muß es nicht gekommen sein. Daneben kennt das toskanische Strafgesetzbuch ebenfalls das Delikt der Vorteilsnahme, *interesse privato*.⁸

2. Amtsmißbrauch im *Codice Zanardelli* von 1889

Mit der Einheit Italiens 1861 kam auch der Wunsch nach einem einheitlichen Strafrecht auf. Bereits im Zuge der Vereinigung des Königreichs und durch spätere Annexionen erfolgte eine erste Angleichung des Rechts.⁹ Das Vorhaben eines allgemeinen Strafgesetzbuchs konnte jedoch erst mit der Einführung des *Codice Zanardelli* 1889 realisiert werden.¹⁰ Er wurde nach dem Justizminister *Giuseppe Zanardelli* benannt, unter dessen Führung der Textentwurf erarbeitet worden war. Am 30. Juni 1889 unterzeichnete König Umberto I. das Gesetz, welches am 1. Januar 1890 in Kraft trat.¹¹

⁸ Art. 195 lautet: „1. *Ogni pubblico ufficiale, che direttamente, o per interposta persona, prende un interesse privato qualunque in aggiudicazioni, appalti, forniture, affitti, od altri atti consimili d'una pubblica amministrazione, presso di cui sia incaricato di dar ordini, o di liquidar conti, o di regolare o far pagamenti, o della quale abbia l'alta direzione, o il sindacato; è punito con una multa da trecento a duemila lire, e con l'indizione dal pubblico servizio fino a cinque anni.*

2. *E se, nei casi del paragrafo precedente, il pubblico ufficiale si è procurato un profitto in pregiudizio dell'amministrazione, soggiace alla pena del carcere da sei mesi a cinque anni, ed all'interdizione dal pubblico servizio da cinque a dieci anni.“*

⁹ Vgl. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. I, 1933, S. 65; (a cura della) Biblioteca Centrale Giuridica, *Documenti Giustizia*, 1999, Sp. 773.

¹⁰ Siehe zu der Entwicklung (a cura della) Biblioteca Centrale Giuridica, *Documenti Giustizia*, 1999, Sp. 773 ff.; Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. I, 1933, S. 65 f.

¹¹ Ausführlicher zur Entstehungsgeschichte des Gesetzbuchs Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. I, 1933, S. 65 f.; s. auch mit weiteren Hinweisen (a cura della) Biblioteca Centrale Giuridica, *Documenti Giustizia*, 1999, Sp. 775 ff.

Der Tatbestand des Amtsmissbrauchs wurde in Art. 175 festgeschrieben:

„Il pubblico ufficiale, che, abusando del suo ufficio, ordina o commette contro gli altrui diritti qualsiasi fatto non preveduto come reato da una speciale disposizione di legge, è punito con la detenzione da quindici giorni a un anno; e, qualora agisca per un fine privato, la pena è aumentata di un sesto, sostituita alla detenzione la reclusione.“

Nach ihm wurde der Amtsträger, der, sein Amt mißbrauchend, eine beliebige willkürliche Tat gegen die Rechte Dritter anordnet oder begeht, welche nicht als Delikt einer speziellen gesetzlichen Bestimmung vorgesehen ist, mit einer Haftstrafe von fünfzehn Tagen bis zu einem Jahr bestraft. Eine Straferhöhung um ein Sechstel und die Ersetzung der normalen Haftstrafe durch das Zuchthaus war für den Fall vorgesehen, daß der Täter zu einem privaten Zweck handelt.

Zunächst ist festzuhalten, daß dem Tatbestand mit seiner Subsidiaritätsklausel lediglich die Rolle einer Auffangnorm zugeordnet worden war. Sobald die Tat bereits von einer spezielleren Vorschrift erfaßt wurde, konnte Art. 175 c.p. nicht mehr zur Anwendung kommen. Das kam auch im Namen des Delikts zum Ausdruck: Art. 175 des *Codice Zanardelli* wurde, wie auch Art. 323 des späteren *Codice Rocco*, als unbenannter Amtsmissbrauch, *abuso innominato di ufficio*, bezeichnet. Die klassischen Amtsdelikte wie zum Beispiel Korruption und Unterschlagung im Amt galten allgemein als (benannte) Mißbräuche von Macht, *abusi (nominati) di autorità*.¹² Insofern ist die Bezeichnung Amtsmissbrauch als die Kategorie der Amtsdelikte und der unbenannte Amtsmissbrauch als ein neuer, nicht klassischer Tatbestand dieser Gruppe zu verstehen.¹³ Dieser Titel wurde bis zur Reform des *Codice Rocco* von 1990 beibehalten. Mit der Novellierung wurde unter anderem die Subsidiaritätsklausel durch eine der Konsumtion ersetzt. Dies hatte zur Folge, daß der Charakter eines Auffangtatbestands aufgegeben und der Norm größeres Gewicht gegeben wurde. Erst seit 1990 wird schlicht vom Amtsmissbrauch, *abuso di ufficio*, gesprochen.

Der objektive Tatbestand verlangt den Mißbrauch durch die Anordnung oder Vornahme eines Aktes. Diese Amtshandlung muß willkürlich und gegen die Rechte Dritter gerichtet sein. Auf der subjektiven Seite ist grundsätzlich nur der allgemeine Vorsatz erforderlich. Handelt der Täter zu einem privaten Zweck, wird die Strafe erhöht.

¹² Siehe zum *abuso di autorità* ausführlich Grippo, *Encicl. giur. it.*, Vol. I, Parte I, 1884, 92 ff.; Nocito, *Dig. it.*, Vol. I, Parte prima, 1884, S. 176 ff.

¹³ Vannini, *Manuale di diritto penale italiano, Parte speciale*, S. 59 f.; s. auch Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. V, 1982, S. 273.

Der Strafrechtswissenschaftler *Carrara* hatte bereits vor der Einführung des *Codice Zanardelli* zum Begriff des Mißbrauchs bemerkt, daß zwischen dem ontologischen Mißbrauch und dem juristischen unterschieden werden müsse. Ersterer sei gegeben, wenn eine Sache entgegen ihrer natürlichen Bestimmung verwendet wird. Im juristischen Sinne läge dagegen ein Mißbrauch vor, sofern sie zwar nach ihrer Bestimmung, aber in unerlaubter Weise oder zu unerlaubten Zwecken benutzt wird. In diesem Sinne verstanden, enthalte der Begriff Mißbrauch bereits die Verneinung eines Rechts.¹⁴ Auf den *abuso di autorità* übertragen, bedeute dies, daß nur der Mißbrauch im juristischen Sinne zu bestrafen sei. Im Gegensatz zu ihm seien die Mittel oder Ziele bei der Zweckentfremdung im ontologischen Sinne nicht kriminell und die Tat allenfalls eine disziplinarische Verfehlung.¹⁵ Bei einem Teil der Lehre fand sich die von *Carrara* vorgenommene Unterscheidung später wieder. So vertrat *Lollini* bei der Besprechung des Art. 175 *Codice Zanardelli* die Ansicht, daß der Richter nur zu einem Schuldspruch kommen könne, sofern ein „juristischer Mißbrauch“ vorläge.¹⁶ Da es hiernach insbesondere auf die Motive des Täters ankam, führte diese Sichtweise allerdings zu einer Übergewichtung des subjektiven Tatbestands auf Kosten des objektiven.¹⁷ Der Wortlaut der Vorschrift war hingegen eindeutig. Als objektives Element unabhängig von der Einstellung des Täters mußte eine „willkürliche Tat“ gegeben sein. Die Verwendung des Adjektivs „willkürlich“ unterstrich, daß das strafrechtliche Unrecht des einfachen Amtsmissbrauchs auf einem (objektiven) Verhalten beruhte. Dies wird noch deutlicher aus dem Umstand, daß auf die private Absicht des Täters lediglich bei der Straferschwerung Bezug genommen wurde.¹⁸

Ebenso war daher die Auffassung, wonach die Willkürlichkeit der Tat überflüssig sei, da ein mißbräuchliches Handeln stets willkürlich sei,¹⁹ nicht haltbar. Das besagte Adjektiv spezifizierte das Verwaltungshandeln und war somit ein zusätzliches einschränkendes Merkmal.²⁰

¹⁴ Carrara, Programma, Parte speciale, Vol. V, § 2514, S. 73.

¹⁵ Carrara, Programma, Parte speciale, Vol. V, § 2515, S. 74 f.

¹⁶ Lollini, Encicl. dir. pen. it., Vol. V, 1907, 102.

¹⁷ Siehe D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1995, S. 21 f.; vgl. in diesem Zusammenhang die grundsätzlichen Gedanken von Carrara, Programma, Parte speciale, Vol. V, § 2515, S. 74.

¹⁸ D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1995, S. 22.

¹⁹ So Levi, Delitti contro la pubblica amministrazione, S. 319; vgl. Civoli, Manuale di diritto penale, S. 809, für den die Willkürlichkeit einer Handlung anhand von den öffentlichrechtlichen Normen zu messen ist, die die Befugnisse der Beamten beinhalten. Demnach müßte für ihn der Verstoß gegen diese Vorschriften stets willkürlich im Sinne von Art. 175 c.p. sein. Allerdings kann sich nach *Civoli* der strafbare Mißbrauch auch aus einem Widerspruch zu Rechtsprinzipien ergeben, die dem Privatrecht entspringen. Folglich wäre nicht jeder Mißbrauch zwangsläufig willkürlich.

²⁰ D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1995, S. 22.

3. Amtsmißbrauch im *Codice Rocco* von 1930

a) Tatbestand

1930 wird der *Codice Zanardelli* durch den *Codice Rocco*²¹ abgelöst.²² Der Tatbestand des Amtsmißbrauchs bleibt allerdings in abgewandelter Form im zweiten Buch (*dei delitti in particolare*), Titel II (*dei delitti contro la pubblica amministrazione*), Teil I (*dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*) im Art. 323 c.p. bestehen. Er ist somit im Besonderen Teil bei den Delikten der Amtsträger gegen die öffentliche Verwaltung eingeordnet. Art. 323 c.p. lautete:

„Il pubblico ufficiale che, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, commette, per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge, è punito con la reclusione fino a due anni o con la multa da lire quattromila a ottomila.“

Demzufolge machte sich ein Amtsträger strafbar, der, die seinen Funktionen innewohnenden Machtbefugnisse mißbrauchend, eine beliebige, nicht als Delikt einer besonderen Gesetzesbestimmung vorgesehene Tat beging, um anderen einen Schaden zuzufügen oder ihnen einen Vorteil zu verschaffen. Die Strafe betrug Zuchthaus bis zu zwei Jahren oder eine Geldstrafe von viertausend bis zu achttausend Lire.

Objekt des strafrechtlichen Schutzes war nach herrschender Auffassung das Interesse des Staates an dem normalen Funktionieren der öffentlichen Verwaltung.²³ Später wurde sich bei der Bezeichnung des geschützten Rechtsguts überwiegend auf die in Art. 97 der Verfassung verankerten Prinzipien der guten Verwaltungsführung²⁴ und der Unparteilichkeit der Verwaltung (*il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione*) bezogen.²⁵ Zum Teil wurde jedoch Letzteres lediglich als Unterfall des Rechtsmäßigkeitssprinzips verstanden, so daß nach dieser Ansicht dasselbige geschütztes Rechtsgut gewesen wäre.²⁶ Das handelnde Subjekt des Amtsmißbrauchs war ausschließlich der

²¹ R.d., 19.10.1930, n. 1398, Gazz. Uff. n. 251 del 26.10.1930, Suppl. ord.

²² Siehe dazu ausführlicher (a cura della) Biblioteca Centrale Giuridica, Documenti Giustizia, 1999, Sp. 777 ff.

²³ Riccio, Noviss. dig. it., Vol. I, S. 109; Contieri, Encicl. dir., Vol. I, S. 187; Manzini, Istituzioni di diritto penale italiano, Parte speciale, Vol. II, S. 91.

²⁴ Der Begriff des *buon andamento dell'amministrazione* läßt sich auch mit dem guten Ablauf der Verwaltung übersetzen.

²⁵ Parodi Giusino, Dig. discipl. pen., Vol. I, 1987, S. 42. Vgl. Seminara, in: Crespi/Stella/Zuccalà, 1986, Art. 323 c.p., I, m.w.N.

²⁶ Stortoni, L'abuso di potere nel diritto penale, S. 153 ff.

Amtsträger, *pubblico ufficiale*, im Sinne des Art. 357 c.p.,²⁷ der bis heute eine Legaldefinition des Begriffes beinhaltet.²⁸ Der objektive Tatbestand wurde durch den Mißbrauch der den Funktionen anhaftenden Machtbefugnisse mittels einer beliebigen Handlung umschrieben. Das strafbare Verhalten war somit der Mißbrauch der dem Amt eigenen Machtbefugnisse. Mißbrauch seiner ihm übertragenen Machtbefugnisse war nach der Literatur dann gegeben, wenn der Amtsträger diese zu anderen Zwecken benutzte als zu denen, die das Gesetz ihnen zugedacht hatte.²⁹ Das sei immer dann gegeben, wenn der Amtsträger sie als Mittel zu einer rechtswidrigen Handlung anwende.³⁰ Tathandlung war lediglich der Vollzug einer rechtswidrigen Tat. Das Erfordernis der Rechtswidrigkeit der Handlung ergab sich zwar nicht aus dem Wortlaut des Tatbestandes, wurde jedoch von der Literatur wie der Rechtsprechung bereits durch den Begriff des Mißbrauchs indiziert gesehen.³¹ In der Rechtslehre wurde darüber hinaus zum Teil zwischen einer objektiven und einer subjektiven Rechtswidrigkeit des Akts unterschieden.³² Objektiv sei die Rechtswidrigkeit, wenn ein Verstoß von Rechtsnormen vorliegt, subjektiv, wenn der Amtsträger zu einem anderen als dem vom Gesetz vorgesehenen Zweck seine Befugnisse gebraucht.³³ Der Eintritt des Schadens oder die Realisierung des Vorteils war hingegen nicht erforderlich.³⁴ Art. 323 c.p. wurde als Gefährdungsdelikt angesehen.³⁵ Teilweise verlangte allerdings sowohl die Rechtslehre als auch die Rechtsprechung, daß die Handlung zumindest geeignet sei, einen Schaden oder einen Vorteil hervorzurufen.³⁶ Da kein Erfolgseintritt erforderlich war, vollendete sich das Delikt mit der Begehung einer die Befugnisse mißbrauchenden Tat.³⁷ Die Erfüllung des subjektiven Tatbestandes erforderte neben dem Vorsatz bezüglich der objektiven Tatbestandsmerkmale die Absicht, einem Dritten entweder einen Schaden zuzufügen oder ihm einen Vorteil zu verschaffen.³⁸ Negative Voraussetzung des Art. 323 c.p. war wie bei der vorherigen Vorschrift, daß die Tat nicht schon als Straftat einer besonderen gesetzlichen Bestimmung geahndet wurde.

²⁷ Art. 357 c.p. wurde durch Art. 17 des Gesetzes vom 26.4.1990, n. 86, geändert.

²⁸ Riccio, *Noviss. dig. it.*, Vol. I, S. 108, Contieri, *Encicl. dir.*, Vol. I, S. 188.

²⁹ Contieri, *Encicl. dir.*, Vol. I, S. 188.

³⁰ Contieri, *Encicl. dir.*, Vol. I, S. 188.

³¹ Cicala, *Quaderni della Giustizia*, 1987, Nr. 71, 21, 24; vgl. Contieri, *Encicl. dir.*, Vol. I, S. 188.

³² Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. V, 1950, S. 233 f.; Maggiore, *Diritto Penale*, Vol. II, Tomo I, 1950, S. 168; Contieri, *Encicl. dir.*, Vol. I, S. 188 f.

³³ Contieri, *Encicl. dir.*, Vol. I, S. 188 f.; Riccio, *Noviss. dig. it.*, Vol. I, S. 110.

³⁴ Riccio, *Noviss. dig. it.*, Vol. I, S. 110; Contieri, *Encicl. dir.*, Vol. I, S. 190.

³⁵ Albamonte, *Giust. pen.*, 1973, II, Sp. 379, 381 f.

³⁶ Siehe für die Literatur Riccio, *Noviss. dig. it.*, Vol. I, S. 110 f.; vgl. auch Manes, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1202, 1206; s. für die Rechtsprechung Cass., Sez. I, 5.5.1949, Barbagallo, *Riv. pen.*, 1949, II, 582.

³⁷ Vannini, *Manuale di diritto penale italiano*, Parte speciale, S. 60.

³⁸ Contieri, *Encicl. dir.*, Vol. I, S. 189.

Es handelte sich somit um eine absolute³⁹ Subsidiaritätsklausel.⁴⁰ Dadurch behielt der Amtsmißbrauch weiterhin die Rolle eines Auffangtatbestands.⁴¹ Hierbei spielte es keine Rolle, ob der spezielle Straftatbestand schwerwiegender war oder nicht.⁴² Denkbar waren drei Fallgruppen, in denen die Subsidiarität greifen konnte. Erste Fallgruppe war ein Tatbestand, der ein bestimmtes Verhalten eines Amtsträgers unter Strafe stellt (benannter Amtsmißbrauch, *abuso nominato di ufficio*), wie zum Beispiel die Veruntreuung mittels Unterschlagung gemäß Art. 315 c.p. (*malversazione per distrazione*) oder die Erpressung im Amt zum Vorteil eines Dritten nach Art. 317 c.p. (*concussione*). Zweite Fallgruppe war ein Tatbestand, der zwar von jedem erfüllt werden kann, jedoch einen speziellen Erschwerungsgrund für den Mißbrauch von öffentlichen Befugnissen enthält, wie die Entführung einer Person durch einen Amtsträger unter mißbräuchlicher Ausnutzung seiner Befugnisse, Art. 605 II Nr.2 c.p. Die dritte Kategorie wird durch einen Tatbestand wie letzteren gebildet, bloß mit dem allgemeinen Erschwerungsgrund des Mißbrauchs von öffentlichen Befugnissen, wie beispielsweise die von einem Amtsträger begangene Behinderung der Ausübung eines politischen Rechts durch den Bürger, Art. 294 i.V.m. Art. 61 Nr.9 c.p.⁴³ Durch die Subsidiaritätsklausel war somit der Anwendungsbereich des unbenannten Amtsmißbrauchs erheblich beschränkt.

Von der Literatur wurde die Unbestimmtheit der Norm kritisiert: Die objektiven Voraussetzungen erschöpften sich lediglich in der „Begehung einer Tat“, was zu einer Art Subjektivierung des Tatbestands mit einem Übergewicht bei der Absichtsfeststellung geführt habe.⁴⁴ Den daraus resultierenden Unsicherheiten in der Praxis und der Ausdehnung der strafrechtlichen Kontrolle im Bereich der öffentlichen Verwaltung wollte schließlich der Gesetzgeber von 1990 durch eine bestimmtere Fassung der Norm ein Ende bereiten.⁴⁵

³⁹ Manes, Riv. it. dir. proc. pen., 1997, 1202, 1203.

⁴⁰ Cass., Sez. I, 23.6.1955, Capellini, Giust. pen., 1955, II, Sp. 680; Contieri, Encicl. dir., Vol. I, S. 189; Manzini, Trattato di diritto penale italiano, Vol. V, 1950, S. 229 f.; Maggiore, Diritto penale, Vol. , Tomo I, 1950, S. 169 f.; Antolisei, Manuale di diritto penale, Parte speciale, Vol. II, 1957, S. 628; Levi, Delitti contro la pubblica amministrazione, S. 315 f.; Albamonte, Giust. pen., 1973, II, Sp. 379.

⁴¹ Cass., Sez. VI, 10.11.1971, Tartaro e altro, Cass. pen., 1973, 203; Cass., Sez. VI, 6.12.1977, Sole, Cass. pen., 1286; Cass., Sez. V, 2.5.83, Amitrano, Cass. pen., 1984, 1917; Cass., Sez. V, 1.2.84, Reale, Cass. pen., 1986, 38; s. auch Fiandaca/Musco, Diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2002, S. 240; Manes, Riv. it. dir. proc. pen. 1997, 1202, 1203; Picotti, Riv. trim. dir. pen. econ., 1997, I, 283, 285.

⁴² Cass., Sez. I, 23.6.1955, Capellini, Giust. pen., 1955, II, Sp. 680; Contieri, Encicl. dir., Vol. I, S. 190; vgl. Tesauro, Annali Perugia 1925, 101, 139.

⁴³ Contieri, Encicl. dir., Vol. I, S. 190; vgl. Albamonte, Giust. pen., 1973, II, Sp. 379 f.; Antolisei, Manuale di diritto penale, Parte speciale, Vol. II, 1957, S. 628; Riccio, Noviss. dig. it., Vol. I, S. 108; vgl. bereits Tesauro, Annali Perugia 1925, 101, 138 f., 142 ff.; s. auch App. Roma, 17.9.1952, Ceccarelli ed altri, Arch. pen., 1953, 182.

⁴⁴ Rampioni, Bene giuridico, S. 313 ff., 319.

⁴⁵ Grosso, Riv. it. dir. proc. pen., 1991, 319.

b) Kasuistik aus der Rechtsprechung

Fall 1: In einer bereits sehr frühen Entscheidung der *Corte di Cassazione*, des obersten Gerichts in Italien, wurde der Fall als nicht benannter Amtsmißbrauch qualifiziert, in welchem ein Gefängniswärter einem Häftling das zeitweise Verlassen der Anstalt gestattete, um ihm das Zusammentreffen mit seiner Freundin zu ermöglichen.⁴⁶

Fall 2: Nach Auffassung des Kassationsgerichts hat sich ebenso der Finanzbeamte gemäß Art. 323 c.p. strafbar gemacht, der den Steuerbescheid absichtlich auf eine andere Firma als die eigentlich Verpflichtete ausstellte.⁴⁷

Fall 3: Des weiteren entschied die dritte Sektion des Kassationsgerichts, daß die Nichtbeachtung von Verordnungsvorschriften oder von Anweisungen eines Vorgesetzten, die der Beamte nach seiner Funktion zu respektieren hat, einen Amtsmißbrauch darstellt, sofern die Tat in der Absicht geschieht, anderen einen Schaden zuzufügen oder einen Vorteil zu verschaffen.⁴⁸

Fall 4: Gleichfalls des Amtsmißbrauchs hat sich der Angestellte bei der Zensur der Militärpost schuldig gemacht, der von der durchgesehenen Korrespondenz die Photographie einer Frau zurückbehielt, um die Absenderin kennenzulernen.⁴⁹

Fall 5: Darüber hinaus geschah es, daß ein Gemeinderatsmitglied Bauarbeiter der Gemeinde anwies, das Emblem einer politischen Partei an einer öffentlichen Mauer anzubringen und auf ihre Weigerung hin gegen sie ein Disziplinarverfahren anstrebte. Auch hier entschied die *Cassazione* auf den nicht benannten Amtsmißbrauch.⁵⁰

Fall 6: Gleiches galt für den Beamten, der eine Beschlagnahme trotz richterlicher Aussetzung derselbigen durchführte.⁵¹

Fall 7: In einer päteren Konstellation, in welcher der oberste Gerichtshof das Delikt des *abuso innominato di ufficio* als gegeben ansah, hatte ein einzelnes Mitglied des Verwaltungsausschusses (*comitato di gestione*) der lokalen Gesundheitseinrichtung (*unità sanitaria locale, U.S.L.*)⁵² die Versetzung eines Angestellten verfügt, ohne daß ein dienstlicher Grund die Maßnahme gerechtfertigt hätte,

⁴⁶ Cass., 17.1.1936, Ambrosio, Giust. pen., 1936, II, Sp. 1092; siehe auch Antolisei, *Manuale di diritto penale*, Parte speciale, Vol. II, 1957, S. 628.

⁴⁷ Cass., Sez. I, 17.11.1938, Lembo, Riv. pen. Mass., 1939, 51.

⁴⁸ Cass., Sez. I, 2.7.1936, Merli ed altri, Riv. it. dir. pen., 1937, 721.

⁴⁹ Cass., Sez. I, 7.7.1942, Piccaluga, Riv. pen., 1943, 376, 378.

⁵⁰ Cass., Sez. I, 3.8.1953, Contenori, Giur. compl. cass. pen., 1953.

⁵¹ Cass., Sez. I, 6.5.1950, Virgili, Giur. compl. cass. pen., 1950.

⁵² Mittlerweile wurde die U.S.L. in eine auch unternehmerisch handelnde Gesellschaft, die Azienda sanitaria locale (A.S.L.), umgewandelt.

sondern um den freigewordenen Posten an einen befreundeten Angestellten vergeben und diesem so einen Vorteil verschaffen zu können. Das Gericht stellte dabei fest, daß der betreffende Beamte damit gegen Art. 39 des Präsidialdekrets vom 20. Dezember 1979 verstoßen hatte, nach dem der gesamte Verwaltungsausschuß in Absprache mit der Personalkommission für derartige Maßnahmen zuständig ist und nicht ein einzelnes Ausschußmitglied.⁵³

Fall 8: Die oberste Instanz der Strafgerichtsbarkeit stellte des weiteren fest, daß der Bürgermeister und der Gemeinderat nicht die Befugnis besitzen, bestehende städtebauliche Vorschriften, die aus einem Parzellierungsplan – welcher bereits eine Abwandlung des Bebauungsplans darstellt – resultieren, durch den Erlaß von Ausführungsbestimmungen zu umgehen. Vielmehr bedürfe es einer erneuten formellen Änderung des Bebauungsplans mittels Dekret des Präsidenten der Region. Auch könne nicht die Heilung begangener Bauverstöße als Rechtfertigung angeführt werden, da eine solche Maßnahme mindestens durch den Gesetzgeber der Region, wenn nicht sogar durch die staatliche Legislative vorgenommen werde müsse und jedenfalls nicht auf rechtswidrige Weise. Außerdem sei die generelle Heilung von illegalen Bauten, die unter bestimmten Voraussetzungen ergehen kann, von der außerordentlichen zu unterscheiden, die nur einige und nicht alle Bauherren betrifft. Der Strafbarkeit nach Art. 323 c.p. hindere auch nicht der Umstand, daß die Verwaltung die Zustimmung technischer wie juristischer Art von privater Seite eingeholt habe.⁵⁴

Fall 9: Nach Art. 27 des Präsidialdekrets vom 26. März 1980, Nr. 327, kann die für das Ableiten von Abwässer in die öffentliche Kanalisation erforderliche sanitäre Unbedenklichkeitsbescheinigung (*autorizzazione sanitaria*) nur ergehen, sofern bereits die Genehmigung für die Abführung der Abwässer als solche gemäß des Gesetzes vom 10. Mai 1976, Nr. 319, erteilt wurde. Der Bürgermeister, der die *autorizzazione sanitaria* ohne letztere erließ und noch nicht einmal angemessene Erkundigungen über die Gewährleistung der Abwasserreinigung einholte, machte sich gemäß des Kassationsgerichts des Amtsmißbrauchs strafbar.⁵⁵

Fall 10: *De quo* hatte auch der Direktor einer Gesundheitseinrichtung den Tatbestand des Art. 323 c.p. erfüllt, der seine Befugnisse so einsetzte, daß die Erkrankung einer Krankenschwester nicht als Dienstunfall anerkannt wurde, um ihr einen Schaden zuzufügen.⁵⁶

Fall 11: Ebenso hatten sich die Mitglieder der örtlichen Kommission für Landarbeiter (*Commissione per la manodopera agricola, C.L.M.A.*) wegen Amtsmißbrauchs strafbar gemacht, die unter vorgeschobenen Gründen mehrmals die

⁵³ Cass., Sez. VI, 27.10.1988, n. 9601, Ipsa, RV181770.

⁵⁴ Cass., Sez. VI, 23.1.1985, Manganello ed altri, Giust. pen., 1985, II, 385.

⁵⁵ Cass., Sez. VI, 12.2.1987, n. 5700, Ipsa, RV175916.

⁵⁶ Cass., Sez. V, 21.4.1983, n. 6438, Ipsa, RV159880.

Streichung der Namen von Personen aus der Liste der Landarbeiter verhindern, die unberechtigterweise in den Verzeichnissen geführt wurden. Letzteren wurde nach Ansicht des Kassationsgerichts ein unrechtmäßiger Vorteil verschafft.⁵⁷

4. Amtsmißbrauch nach der Reform von 1990

a) Tatbestand

Mit dem Gesetz Nr. 86 vom 26. April 1990 wurden weitreichende Änderungen im Bereich der Amtsdelikte gegen die öffentliche Verwaltung des *Codice Rocco* vorgenommen. Von den Modifizierungen war auch der Tatbestand des Amtsmißbrauchs betroffen, der durch Art. 13 des Reformgesetzes neu gestaltet wurde:

„Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto, abusa del suo ufficio, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione fino a due anni.

Se il fatto è commesso per procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, la pena è della reclusione da due a cinque anni.“

Hiernach machte sich ein Amtsträger oder der mit einem öffentlichen Dienst Beauftragte strafbar, der sein Amt mißbraucht, um sich oder anderen einen unrechtmäßigen immateriellen Vorteil zu verschaffen oder anderen einen unrechtmäßigen Schaden zuzufügen; es sei denn, die Tat stellte bereits ein schwerwiegenderes Delikt dar. Als Strafe nannte das Gesetz grundsätzlich Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren. Wurde die Tat begangen, um sich oder anderen einen unrechtmäßigen Vermögensvorteil zu verschaffen, betrug die Strafe gemäß Art. 323 Abs. 2 c.p. zwei bis fünf Jahre Freiheitsstrafe.

Dem *abuso di ufficio* wurde anstatt seiner bisherigen Rolle eines Auffangtatbestandes nun eine Schlüsselstellung zugedacht.⁵⁸ Schon das handelnde Subjekt konnte jetzt neben dem Amtsträger auch der mit einem öffentlichen Dienst Beauftragte sein. Weiter wurden neben zahlreichen Änderungen der anderen Amtsdelikte vor allem der Tatbestand des Privatinteresses in Handlungen der öffentlichen Verwaltung (*interesse privato in atti di ufficio*, Art. 324 c.p.) und

⁵⁷ Cass., Sez. VI, 6.4.1990, n. 11780, Ipsa, RV185182.

⁵⁸ Trib. Palermo, 25.3.1991, Guist. pen., 1991, II, Sp. 367, 371; Picotti, Riv. trim. dir. pen. econ., 1997, I, 283, 285; Manes, Riv. it. dir. proc. pen., 1997, 1202, 1203; Piemontese, S. 2; Fiandaca/Musco, Diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2002, S. 240.

der der Unterschlagung zum Schaden von Privatpersonen (*malversazione a danno di privati*, Art. 315 c.p.) abgeschafft sowie die Figur der Zweckentfremdung (*distrazione*)⁵⁹ aus dem Tatbestand der Unterschlagung im Amt (*peculato*, Art. 314 c.p.) herausgenommen. Diese Handlungen sollten nunmehr von Art. 323 c.p. erfaßt werden.⁶⁰ Darüber hinaus erhielt der Tatbestand des Amtsmißbrauchs eine nur noch relative Subsidiaritätsklausel bzw. eine Konsumtionsklausel. Lediglich wenn die Tat nach einem schwerwiegenderen Delikt als dem Amtsmißbrauch unter Strafe gestellt werden konnte, blieb die Bestimmung des Art. 323 c.p. irrelevant.⁶¹ Durch diese Änderungen wurde der Anwendungsbereich der Vorschrift erheblich ausgeweitet.⁶² Das größere Gewicht der Norm wurde auch in der erheblichen Straferhöhung des Amtsmißbrauchs deutlich, der zu Erzielung eines materiellen Vorteils begangen wird. Das Strafmaß von zwei bis fünf Jahren Freiheitsstrafe entsprach dem der Bestechlichkeit (*corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio*), Art. 319 c.p. Geschütztes Rechtsgut waren nach überwiegender Auffassung weiterhin die in Art. 97 der Verfassung verankerten Prinzipien der guten Verwaltungsführung sowie der Unparteilichkeit der öffentlichen Verwaltung.⁶³ Objektiv wurde die strafbare Handlung nur mit dem Mißbrauch des Amtes umschrieben, während subjektiv neben dem Vorsatz bezüglich des objektiven Tatbestandes die Absicht verlangt wurde, sich oder anderen einen unrechtmäßigen Vorteil zu verschaffen bzw. anderen einen unrechtmäßigen Schaden zuzufügen. Wie erwähnt, negative Voraussetzung war, daß die Tat kein schwerwiegenderes Delikt darstellt. Auffällig an der Tatbestandsreform ist die Tatsache, daß trotz des erklärten Zieles, den Tatbestand bestimmter zu gestalten, im objektiven Tatbestand nunmehr sowohl auf das tatsächliche Vorliegen eines Aktes als auch auf den Eintritt eines Vorteils bzw. eines Nachteils verzichtet wurde. Damit lag der Schwerpunkt der Tatbestandsuntersuchung weiterhin auf der Feststellung einer begünstigenden oder schädigenden Absicht des Täters.

⁵⁹ Riz, *Il Codice Penale Italiano*, S. 231 hat den Begriff als „Beiseiteschaffen“ übersetzt. In den meisten, wenn auch nicht allen Fällen paßt m.E. der Begriff der „Zweckentfremdung“ besser.

⁶⁰ Gallo, *Dir. pen. proc.*, 1996, 271, 274; Fiandaca/Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2002, S. 240.

⁶¹ Siehe Pagliaro, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, 1995, S. 255 f.; ders., *Dir. pen. proc.*, 1997, 1394, 1395; Gallo, *Dir. pen. proc.*, 1996, 271, 274.

⁶² Picotti, *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, I, 283, 285; Manes, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1202, 1203; Pagliaro, *Dir. pen. proc.*, 1997, 1394, 1395; vgl. Piemontese, S. 2 ff.; Fiandaca/Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2002, S. 240.

⁶³ Cass., Sez. VI, 12.3.1991, Cherubini, *Riv. pen.*, 1992, 389; Trib. Napoli, 4.12.1991, Mandico ed altri, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 703, 706; Trib. Genova, 27.4.1993, Moretti ed altri, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 724, 734; Cass., Sez. V, 27.5.1993, Talarico, *Riv. pen.*, 1994, 390, 392; s. auch Piemontese, S. 53 ff., mit kritischen Ausführungen zu einer zum Teil widersprüchlichen Rechtsprechung.

b) Kasuistik aus der Rechtsprechung

Fall 1: Das oberste Gericht hat in einem Urteil festgestellt, daß ein Verwaltungsleiter einer örtlichen Gesundheitseinrichtung (*U.S.L.*) Erfahrungen in der Organisation von solchen Behörden besitzen sowie zusammen mit deren Leiter die Koordinierung der Direktion gewährleisten müsse. Demnach sei die Stellungnahme des Verwaltungsleiters bezüglich einer organisationstechnischen Frage seitens der einzelnen Organe der Behörde keine bloße Formalität, sondern eine Einschätzung der formellen und materiellen Rechtmäßigkeit der geplanten Maßnahmen. Es hat daher denjenigen Koordinator wegen Amtsmissbrauchs in der Fassung des Art. 13 des Gesetzes Nr. 86/1990 verurteilt, der absichtlich eine unrechtmäßige Beförderung von Angestellten befürwortete.⁶⁴

Fall 2: In einem weiteren Fall hat die *Cassazione* zunächst herausgestellt, daß das Personal eines staatlichen Krankenhauses Anspruch darauf hat, gemäß den jeweiligen Qualifikationen in den Arbeitsablauf eingebunden zu werden. Folglich hat es einen Chefarzt, der zwei ihm aus persönlichen Gründen mißliebige Ärzte von der Arbeit im Operationssaal und den sonstigen Tätigkeiten der Abteilung ausschloß und sie andere Verrichtungen vornehmen ließ, ebenfalls wegen Amtsmissbrauchs verurteilt.⁶⁵

Fall 3: Auch der Chefarzt der chirurgischen Abteilung hatte nach Ansicht des Kassationsgerichts den Tatbestand des Art. 323 c.p. erfüllt, als er einen Arzt, einige Krankenschwestern und eine Hilfskraft dazu bestimmte, an einem Feiertag eine medizinisch nicht dringend gebotene Operation an einer ihm befreundeten Person durchzuführen, die darüber hinaus nicht offiziell im Krankenhaus aufgenommen war und somit keinen Anspruch auf den Eingriff besaß.⁶⁶

Fall 4: Der Rektor einer Universitätsklinik kam seinen Pflichten nicht nach, die Einhaltung von Inkompatibilitätsvorschriften zu überwachen und gegebenenfalls Disziplinarverfahren einzuleiten. Nach Ansicht des Berufungsgerichts von Catania hat er sich gemäß des Tatbestands der privaten Interessennahme, Art. 324 c.p., in der Form strafbar gemacht, wie sie seit der Reform von 1990 durch den Tatbestand des Amtsmissbrauchs erfaßt wird.⁶⁷

Fall 5: Eine Lehrerin einer staatlichen Schule nutzte Elternabende, um die Eltern von einigen Schülern von der Notwendigkeit zu überzeugen, ihre Kinder zum Nachhilfeunterricht außerhalb des normalen Schulbetriebs zu schicken und verwies dabei auf ihren eigenen Sohn als möglichen Nachhilfelehrer gegen Bezahlung. Sie deutete dabei indirekt an, daß die Konsultierung ihres Sohnes zu

⁶⁴ Cass., Sez. VI, 16.6.1994, n. 9431, Ipsa, RV199839.

⁶⁵ Cass., Sez. VI, 28.11.1994, n. 2741, Ipsa, RV201346.

⁶⁶ Cass., Sez. VI, 25.5.1992, n. 8188, Ipsa, RV191418.

⁶⁷ App. Catania, 8.2.1994, Foro it., 1994, II, Sp. 515 f.

einer günstigeren Benotung der Schüler führen würde. Das oberste Gericht hielt alle Tatbestandselemente des Delikts der privaten Interessennahme, Art. 324 c.p., für gegeben, das der Tatbestand des Amtsmißbrauchs mit der Reform 1990 beerbte. Anstatt dem öffentlichen Auftrag gerecht zu werden, habe die Lehrerin ein rein privates Ziel verfolgt und die rechtswidrige materielle Begünstigung ihres Sohnes angestrebt.⁶⁸

Fall 6: Wegen Amtsmißbrauchs haben sich Mitglieder einer Prüfungskommission im Auswahlverfahren für öffentliche Ämter strafbar gemacht, die die Leistungen einiger Kandidaten in der Absicht günstiger bewerteten, ihnen die Einstellung zu ermöglichen. Weil mit den Ämtern grundsätzlich auch finanzielle Vorteile verbunden sind, hat das Kassationsgericht auf die schwerwiegendere Variante des Art. 323 Abs. 2 c.p. erkannt. Für die Vollendung des Delikts kam es wegen des Erfordernisses des spezifischen Vorsatzes nicht darauf an, daß den begünstigten Kandidaten die Stellen tatsächlich zugewiesen wurden, sondern ausreichend war allein die Vorteilsabsicht der Täter.⁶⁹

Fall 7: In der gleichen Entscheidung hat das oberste Gericht bereits in der Verletzung des Gebots der Anonymität bei der Prüfungskorrektur den objektiven Tatbestand des Amtsmißbrauchs erfüllt gesehen, da die öffentlichen Befugnisse nicht vorschriftsmäßig ausgeübt worden seien. Die Korrektoren der schriftlichen Prüfung in einem Bewerbungsverfahren für den öffentlichen Dienst hatten anhand von Aufzeichnungen die einzelnen Klausuren den Kandidaten zuordnen können. Das Gericht schenkte ihrem Einwand, daß sie lediglich einigen Kandidaten die Prüfungsergebnisse vorab mitteilen wollten, keinen Glauben und hob hervor, daß selbst das unter Umständen bereits eine Begünstigung darstellen könne.⁷⁰

Fall 8: Ein zuständiger Verwaltungsangehöriger machte unberechtigterweise ein bisher nicht bebaubares Grundstück der Bebauung zugänglich, weswegen ihn der Kassationshof wegen Amtsmißbrauchs verurteilte.⁷¹

Fall 9: Die objektiven Voraussetzungen des Art. 323 c.p. sah die *Cassazione* auch in einem weiteren Sachverhalt erfüllt. Gemäß Art. 31 Abs. 3 des Präsidialdekrets vom 10. September 1982, Nr. 915, sind Amtsträger, die am Genehmigungsverfahren für Mülldeponien mitwirken, verpflichtet, Sorge dafür zu tragen, daß alle Gesetzesbestimmungen zum Schutze der Gesundheit der Bevölkerung berücksichtigt werden. Sie haben insofern die Einhaltung aller erforderlichen Kriterien zu überprüfen. Der Beamte, der sich dabei allein auf

⁶⁸ Cass., Sez. VI, 5.2.1991, Dilavanzo, Giur. it., 1992, II, Sp. 92.

⁶⁹ Cass., Sez. VI, 10.3.1995, n. 5786, Ipsa, RV201676; vgl. Cass., Sez. V, 16.4.1991, n. 7226, Ipsa, RV87692.

⁷⁰ Cass., Sez. VI, 10.3.1995, n. 5786, Ipsa, RV201677.

⁷¹ Cass., Sez. VI, 8.6.1994, n. 2733, Ipsa, RV198254.

die Angaben der Antragstellerin verließ, ohne die Anlage selbst zu untersuchen, verletzte seine Amtspflicht und verschaffte der Anlagenbetreiberin einen Vorteil.⁷²

Fall 10: Die formelle und materielle Illegalität eines Hauptgebäudes zieht gemäß des Kassationsgerichts jedenfalls die Rechtswidrigkeit der behördlichen Genehmigung eines Nebengebäudes sowie, wenn die entsprechende Begünstigungsabsicht vorliegt, die Strafbarkeit des sie erlassenden Amtsträgers gemäß Art. 323 c.p. nach sich.⁷³

Fall 11: Ebenfalls den Erlaß einer Baugenehmigung entgegen den einschlägigen Bestimmungen sowie unter Verfolgung einer Begünstigungsabsicht hat das oberste Gericht als Zweckentfremdung der öffentlichen Befugnisse für private Ziele und als Verletzung der Unparteilichkeit der Verwaltung angesehen. Es bejahte daher die Strafbarkeit des handelnden Beamten wegen Amtsmißbrauchs.⁷⁴

Fall 12: In dem folgenden Sachverhalt wird die veränderte Rechtslage nach dem Inkrafttreten des Reformgesetzes vom 26. April 1990, Nr. 86, deutlich. Ein mit einem öffentlichen Dienst Beauftragter ließ seine Angestellte Tätigkeiten verrichten, die ausschließlich zu seinem eigenen, privaten Nutzen waren. Vor 1990 war die Tat nach Ansicht des Gerichts nicht strafbar. Der Tatbestand der Unterschlagung im Amt (*peculato per distrazione*) gemäß Art. 314 c.p. a.F.⁷⁵ verlangte die Aneignung oder Zweckentfremdung einer beweglichen Sache. Hier handele es sich jedoch nicht um eine *res*, sondern um die Arbeitskraft von Angestellten, und folglich scheide Art. 314 c.p. a.F. aus.⁷⁶ Der Tatbestand des Art. 323 c.p. a.F. war nicht erfüllt, da als möglicher Täter allein der Amtsträger, nicht aber der mit einem öffentlichen Dienst Beauftragte in Frage kam. Da mit der Reform von 1990 sowohl der Täterkreis des Amtsmißbrauchs erweitert als auch die Figur der Unterschlagung im Amt vom neuen Art. 323 c.p. übernommen wurde, erfülle die Tat nun die Tatbestandsvoraussetzungen des reformierten Amtsmißbrauchs, so die Richter.⁷⁷

⁷² Cass., Sez. VI, 26.4.,1994, n. 9266, Ipsa, RV199070.

⁷³ Cass., Sez. VI, 9.2.1995, n. 4164, Ipsa, RV201257.

⁷⁴ Cass., Sez. VI, 2.10.1995, n. 2446 Ipsa, RV204141.

⁷⁵ Art. 314 c.p. i.d.F. vor der Reform von 1990 lautete: „*Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso di denaro o di altra cosa mobile, appartenente alla pubblica Amministrazione, se l'appropria, ovvero lo distrae a profitto proprio o di altri, è punito con la reclusione da tre a dieci anni e con la multa non inferiore a lire duecentomila. La condanna importa l'interdizione perpetua dai pubblici uffici. Nondimeno, se per circostanze attenuanti viene inflitta la reclusione per un tempo inferiore a tre anni, la condanna importa l'interdizione temporanea.*“

⁷⁶ Das war jedoch umstritten. Vgl. App. Catania, 8.2.1994, Foro it., 1994, II, Sp. 516, 521 ff.

⁷⁷ Cass., Sez. VI, 27.1.1994, n. 6094, Ipsa, RV199186.

Fall 13: Ein beim örtlichen Gesundheitsamt angestellter Veterinär, der für die Kontrolle von zum Verkauf bestimmten Fleisches zuständig war, händigte einem Produzenten Blanko-Kontrollbescheinigungen aus. Die Papiere waren von ihm bereits unterschrieben. Nur das Datum, die Zeit sowie die Menge und Qualität der geprüften Ware hatte er nicht eingefügt, so daß dies später vom Betrieb ausgefüllt werden konnte. Das Delikt der Falschbeurkundung von Zertifikaten und Genehmigungen im Amt gemäß Art. 480 c.p. schied aus, da die Unterlagen wegen der Aussparungen noch keine Urkunden im Sinne der Vorschrift darstellten. Auch ein Versuch des Delikts lag noch nicht vor. Hingegen hat nach Auffassung der obersten Richter der Amtsträger die Prinzipien der rechtmäßigen und guten Verwaltung verletzt, sein Amt absichtlich zur Begünstigung eines Dritten mißbraucht, dabei den Zweck der Vorschriften über die Bescheinigungen hintergangen und sich daher gemäß Art. 323 c.p. strafbar gemacht.⁷⁸

5. Amtsmißbrauch nach der Reform von 1997

Nach nur sieben Jahren wurde der Art. 323 c.p. mit dem Gesetz Nr. 234 vom 16. Juli 1997 erneut geändert. Der heute gültige Tatbestand des Amtsmißbrauchs lautet übersetzt:

„Vorausgesetzt, daß die Tat kein schwerwiegenderes Delikt darstellt, wird der Amtsträger oder der mit einem öffentlichen Dienst Beauftragte, der, in Abwicklung seiner Funktionen oder seines Dienstes, mittels Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen oder dadurch, daß er sich bei Bestehen eines eigenen Interesses oder des eines nahen Verwandten oder in den anderen vorgeschriebenen Fällen von der Vornahme der Amtshandlung nicht enthält, absichtlich sich oder anderen einen unrechtmäßigen Vermögensvorteil verschafft oder anderen einen unrechtmäßigen Schaden zufügt, mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu drei Jahren bestraft.

Die Strafe wird in den Fällen erhöht, in denen der Vorteil oder der Schaden von erheblicher Schwere sind.“⁷⁹

⁷⁸ Cass., Sez. V, 9.9.1996, n. 4132, Ipsoa, RV206564.

⁷⁹ Italienischen lautet Art. 323 c.p. i.d.F. von 1997: „*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 norme di legge o di regolamento, 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 sei mesi a tre anni.*

La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno carattere di rilevante gravità.“

Der Reform waren lange und heftige Debatten vorausgegangen. Die Vorschläge reichten von einer erneuten umfassenden Reform der Amtsdelikte⁸⁰ über die bloße Änderung des Tatbestands⁸¹ bis hin zu seiner Abschaffung,⁸² wobei die Modifizierungsvorschläge zahlreich und vielgestaltig waren. Erforderlich wurde die Reform, weil die von 1990 nicht die gewünschten Effekte erzielte.⁸³ Ihr kriminalpolitischer Grund ist im selben Motiv zu sehen, das schon die Reform von 1990 leitete, nämlich in der Beschränkung der Strafgerichtsbarkeit über die Aktivität der öffentlichen Verwaltung unter dem Gesichtspunkt des Verfassungsprinzips der Gewaltenteilung.⁸⁴ Hierzu war eine präzisere Beschreibung der strafbaren Handlung nötig. Der Gesetzgeber von 1997 verlangt dementsprechend den tatsächlichen Eintritt eines Schadens oder Vorteils und nicht mehr bloß die Absicht dazu. Der Vorteil muß ein Vermögensvorteil sein – eine rein immaterielle Begünstigung genügt nicht mehr. Des weiteren wurden die Modalitäten beschrieben, unter welchen der Tatbestandserfolg eintreten muß. Der Täter muß in Abwicklung seiner Funktionen bzw. seines Dienstes gegen eine Gesetzes- oder Verordnungsnorm verstoßen oder aber eine Pflicht, sich der Amtsausübung zu enthalten, verletzen. Auf subjektiver Seite hat der Gesetzgeber nun auch mittels der Wortwahl „*intenzionalmente*“ hervorgehoben, daß die Tat lediglich mit Direktvorsatz begangen werden kann. Schließlich wurde beschlossen, das Höchstmaß der Strafe grundsätzlich auf drei Jahre Freiheitsentzug zu beschränken und nur in schweren Fällen eine höhere Sanktion zuzulassen.

Neben dem *abuso di ufficio* des Strafgesetzbuchs wurden auch Art. 289, Art. 416 und Art. 555 des *Codice di procedura penale* (c.p.p.), also der italienischen Strafprozeßordnung durch das Änderungsgesetz modifiziert.⁸⁵ Art. 289 c.p.p. regelt

⁸⁰ Siehe den Gesetzesvorschlag Nr. 754 vom 4.8.1994 der Senatoren *Pellegrino* und *Scopelliti*, abgedruckt bei Dalia, *Lavori parlamentari*, S. 238 ff.

⁸¹ Die Änderungsvorschläge waren zahlreich. Am Ende verteidigten beispielsweise die Abgeordneten *Carrara* und *Carotti* das Reformvorhaben; letzterer explizit trotz der seiner Meinung nach bestehenden Unzulänglichkeiten des zur Abstimmung vorliegenden Entwurfs, Parlamentssitzung vom 1.7.1997, abgedruckt bei Dalia, *Lavori parlamentari*, S. 374 f. und 381 f.

⁸² Siehe bspw. die Begründung des Gesetzesvorschlages Nr. 1812 vom 9.7.1996 der Abgeordneten *Carotti* und *Maggi*, abgedruckt bei Dalia, *Lavori parlamentari*, S. 260 f.; s. ebenso Ausführungen des Abgeordneten *Maggi* in der Parlamentssitzung vom 1.7.1997, abgedruckt bei Dalia, *Lavori parlamentari*, S. 372 ff.; vgl. auch bereits den Gesetzesvorschlag Nr. 3386 vom 11.11.1995 des Abgeordneten *Novelli*, abgedruckt bei Dalia, *Lavori parlamentari*, S. 255 f., der allerdings die Fälle des Amtsmißbrauchs in einem speziellen Gesetz auffangen wollte; sogar der Staatspräsident *Luigi Scalfaro* plädierte für die Abschaffung des Art. 323 c.p., s. *Il corriere della sera* vom 20.6.1996, n. 146, S. 2.

⁸³ *Fiandaca/Musco*, *Diritto penale*, Parte speciale, Vol. I, 2002, S. 240 f.; *Fiandaca*, *Quest. Giust.*, 1996, 308, 309.

⁸⁴ *Fiandaca/Musco*, *Diritto penale*, Parte speciale, Vol. I, 2002, S. 241.

⁸⁵ Siehe dazu ausführlich Dalia, *La contestazione della imputazione provvisoria*, S. 181 ff.; *D'Orazi*, *Critica pen.*, 1997, I-IV, 27, 28 ff.; *Marzaduri*, *Legisl. pen.*, 1997, 750 ff.;

die Suspendierung eines Amtsträgers. Hier wurde bestimmt, daß nunmehr vor der Entscheidung der Suspendierung eine richterliche Anhörung des Amtsträgers nach den allgemeinen dafür geltenden Vorschriften der Art. 64 f. c.p.p. stattzufinden hat.⁸⁶ In den Art. 416 c.p.p., der das staatsanwaltliche Ersuchen zur Verfahrenseröffnung betrifft, wurde eingefügt, daß das Ersuchen nichtig ist, wenn dem nicht eine Ladung zur Anhörung vorangegangen ist. Ebenso sieht nun Art. 555 c.p.p. die Nichtigkeit der Ladung zum Hauptverfahren vor, sofern nicht auch eine Ladung zur Anhörung ergangen war.

II. Reform von 1997

1. Hintergründe der Reform von 1997

Wie bereits angedeutet, hat die Reform von 1990 das von ihr gesteckte Ziel verfehlt, die Tat des Amtsmißbrauchs bestimmter zu umschreiben, damit u.a. eine ausufernde Einwirkung des Strafrichters auf die Ermessensverwaltung unterbinden wird. Im Gegenteil: Sie hat die Probleme, die sie lösen sollte, noch verschärft.⁸⁷ Die Konkretisierung des objektiven Tatbestands ist ihr nicht gelungen, so daß dieser weiterhin kein adäquates Gegengewicht zu der auf der subjektiven Seite genügenden Absicht darstellte.⁸⁸ Demgegenüber wurde der Anwendungsbereich der Norm erheblich ausgeweitet, so daß Art. 323 c.p. nun eine Schlüsselrolle innerhalb der Amtsdelikte zukam.⁸⁹ Das Delikt des Amtsmißbrauchs wurde im Folgenden von mancherlei Seite für die eigenen Interessen instrumentalisiert. Es wird geradezu von einem „Mißbrauch des Amtsmißbrauchs“ gesprochen.⁹⁰ Von parteizugehörigen Verwaltungsfunktionären, vor allem auf lokaler Ebene, wurden des öfteren Anzeigen wegen Amtsmißbrauchs erstattet, um politische Gegner zu diskreditieren und so auszuschalten.⁹¹ Von der Justiz wurde der Tatbestand nicht selten dazu verwendet, andere, schwerwiegendere Delikte, wie beispielsweise Erpressung im Amt oder Bestechlichkeit, aufdecken zu können,⁹² indem im Zuge der Ermittlungen wegen

Maddalena, *Dir. pen. proc.*, 1997, 1054 ff.

⁸⁶ Allein zu dieser Änderung ausführlich Ferraioli, *L'interrogatorio dell'indagato*, S. 217 ff.

⁸⁷ Fiandaca/Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2002, S. 241 f.

⁸⁸ Siehe bspw. die Begründung des Gesetzesvorschlags Nr. 1812 vom 9.7.1996 der Abgeordneten *Carotti* und *Maggi*, abgedruckt bei Dalia, *Lavori parlamentari*, S. 260 f.

⁸⁹ Fiandaca/Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2002, S. 240; s. auch den Bericht des Komitees zur Korruptionsprävention an den Präsidenten der Abgeordnetenkammer, abgedruckt in *Guida al dir.* vom 2.8.1997, Nr. 29, 31.

⁹⁰ Artino Innaria, *Il mondo giud.*, 1998, 1.

⁹¹ D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 1.

⁹² Maurizio Laudi, *Turiner Staatsanwalt*, zitiert bei Monaco, *Il sole 24 ore*, 12 ottobre 1996, 23; D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 1, welche in diesem Zusammenhang von einer „*norma civetta*“ sprechen.

Amtsmißbrauchs das Abhören und Überwachen von Wohnungen und Telefonen angeordnet wurde.⁹³ Die Bürger sahen ihre Rechte gegenüber der Verwaltung besonders durch die Bewegung der „*mani pulite*“⁹⁴ gestärkt und waren ermutigt, diese auch durchzusetzen. Wenn sie sich durch eine Maßnahme der Administration benachteiligt fühlten, sei es gerechtfertigt oder ungerechtfertigt, suchten sie oftmals nicht vor dem Verwaltungsrichter, sondern vor Strafgerichten Rechtsschutz.⁹⁵ Die Unbestimmtheit des Art. 323 c.p. ermöglichte dabei stets staatsanwaltschaftliche Ermittlungen, und durch das Legalitätsprinzip⁹⁶ waren die Strafverfolgungsbehörden dazu auch verpflichtet.⁹⁷ Dementsprechend stieg die Anzahl der Verfahren wegen Amtsmißbrauchs sprunghaft an. 1988 hatte es beispielsweise 858 Ermittlungsverfahren gegeben. 1995 waren es bereits 9583. Die meisten Fälle endeten jedoch mit Einstellung bzw. mit einem Freispruch. So wurden 1995 nur 226 Personen verurteilt. Damit kam es in dem Jahr noch nicht einmal in 2,4 % der Fälle zu einer Verurteilung.⁹⁸ Waren jedoch

Hier lässt sich im Übrigen eine Parallele zum Delikt des sogenannten *falso in bilancio*, Art. 2621 ff. c.c., ziehen. Um die Privatperson als Gegenüber des korrupten Amtsträgers zu überführen, wurden die Tatbestände der Bilanzfälschung bemüht, bis sie ab 2001 mehrfach novelliert bzw. abgeschafft wurden (Art. 2623 c.c.).

⁹³ Cupelli, *Legalità e giustizia*, 1998, 35, 55; vgl. jedoch Napoleone, *Diritto pubblico*, 1997, I, 107, 112, der meint, daß nicht der Gesetzgeber oder die Justiz Schuld an der enormen Zunahme an Mißbrauchsfällen haben, sondern die Verwaltung selbst, in deren Bereich eine tiefe Krise der (mangelnden) Rechtmäßigkeit herrsche. Um ihrer Herr zu werden, regt er vielmehr eine radikale Verwaltungsreform an.

⁹⁴ Dies bedeutet übersetzt „saubere Hände“ und umschreibt die Anstrengungen der gesamten italienischen Justiz im Bereich der Korruptionsbekämpfung, die ihren Ausgang in der Arbeit eines Kreises von Mailänder Staatsanwälten nahmen, die seit 1992 ausschließlich mit Ermittlungen wegen Bestechungsdelikten, Erpressung im Amt und anderen, mit ihnen im Zusammenhang stehenden Straftaten gegen die öffentliche Verwaltung befaßt waren. Die „*mani pulite*“ führten zur Aufdeckung von Bestechungsaffären in sämtlichen Bereichen und Ebenen der öffentlichen Verwaltung und Politik Italiens. In der zweiten Hälfte der neunziger Jahre ebnete die Bewegung etwas ab, geschwächt auch durch Korruptionsfälle in den eigenen Reihen, s. bspw. zur Verhaftung des Chefs der römischen Richter für Voruntersuchungen, *La Repubblica* vom 13.3.1996, Nr. 61, S. 1. Siehe zur Arbeit der „*mani pulite*“ den Überblick bei Hein, *Landesbericht Italien*, S. 218 ff.

⁹⁵ Siehe Bericht der Kommission *Morbidelli*, abgedruckt bei D’Avirro, *L’abuso di ufficio*, 1997, S. 149 f.; s. auch die Begründung des Gesetzentwurfs Nr. 740 vom 19.6.1996 einer Reihe von Senatoren, abgedruckt bei Dalia, *Lavori parlamentari*, S. 265; vgl. auch Cicala, *Quest. Giust.*, 1996, 321, 326, der hervorhebt, daß das Vertrauen der Bürger in die Verwaltungskontrollen sowie in den Zivil- und Verwaltungsrechtsweg derart gering sei, daß sie sich an die Staatsanwaltschaft wenden.

⁹⁶ Im italienischen Strafprozeßrecht heißt es *principio della obbligatorietà*.

⁹⁷ Vgl. Begründung des Gesetzentwurfs Nr. 740 vom 19.6.1996 einer Reihe von Senatoren, abgedruckt bei Dalia, *Lavori parlamentari*, S. 265.

⁹⁸ Die Zahlen gehen auf Angaben von ISTAT (*Istituto Nazionale di Statistica*) zurück, siehe die Tabellen abgedruckt in *Guida al dir.* vom 2.8.1997, Nr. 29, 19, 22. Siehe auch den Bericht des Ausschusses zur Korruptionsprävention an den Präsidenten der Abgeordnetenkammer vom 23.10.1996, abgedruckt in *Guida al dir.* vom 2.8.1997, Nr. 29, 30, sowie den Bericht *Morbidelli* mit Verweis auf die Zahlen von ANCI (*Associazione Nazionale Comuni d’Italia*), abgedruckt bei D’Avirro, *L’abuso d’ufficio*, 1997, S. 149.

die Anschuldigungen erst einmal publik, kam es schnell zu Vorverurteilungen, und das Ansehen der Betroffenen war beschädigt.⁹⁹ Dieser Umstand und die Tatsache, daß die in der Verwaltung Tätigen wegen der Unbestimmtheit der Norm nicht immer wissen konnten, wann ihre Handlungen bei Unterstellung einer Mißbrauchsabsicht als strafbar eingeschätzt würden, führten dazu, daß sich selbst gesetzestreue Beamte scheuten, Verantwortung zu übernehmen. Oft bevorzugten sie, keine Entscheidungen zu treffen, anstatt zu handeln und sich einer strafrechtlichen Verfolgung auszusetzen. In der Literatur wird dieses Phänomen häufig mit dem Ausdruck „*la paura della firma*“ oder „*la sindrome della firma*“, die Angst vor der Unterschrift bzw. das Unterschriftssyndrom, umschrieben.¹⁰⁰ Das hatte zur Folge, daß die Verwaltung nicht mehr effektiv arbeitete und sie die ihr übertragenen Aufgaben nicht mehr im vollen Maße erfüllte. Zeitweise kam es so zu einer Paralysisierung der Administration.¹⁰¹ Der reibungslose Ablauf der Verwaltung, der gerade durch den Tatbestand des Amtsmißbrauchs gewährleistet werden sollte, wurde durch Art. 323 c.p. gestört. Dieser Straftatbestand beeinträchtigte das Verfassungsprinzip der guten Verwaltungsführung aus Art. 97 Abs. 1 Cost.¹⁰² Darüber hinaus stellte die Praxis der Strafgerichte eine Kontrolle der Verwaltung dar, die oftmals als unstatthafter Eingriff der Judikative in den allein der Exekutive vorbehaltenen Bereich und demzufolge als Verletzung des Prinzips der Gewaltenteilung angesehen wurde.¹⁰³

Mit der Reform von 1997 sollte daher der Tatbestand des Amtsmißbrauchs

⁹⁹ Vgl. Begründung des Gesetzentwurfs Nr. 740 vom 19.6.1996 einer Reihe von Senatoren, abgedruckt bei Dalia, *Lavori parlamentari*, S. 265. Siehe auch den Bericht der Kommission *Morbidei*, abgedruckt bei D’Avirro, *L’abuso di ufficio*, S. 150, in dem darauf hingewiesen wird, daß die Staatsanwaltschaft die Aufnahme von Ermittlungen der betreffenden Person letztlich anzuzeigen hat, was oft an die Öffentlichkeit gelangt.

¹⁰⁰ Patalano, *Guida al dir.* vom 2.8.1997, Nr. 29, 18; Artino Innaria, *Il mondo giud.*, 1998, 1; Sirani, *Dir. pen. proc.*, 1996, 1139. Staatspräsident *Luigi Scalfaro* sprach von „*terrore di mettere una firma*“, s. *Il corriere della sera* vom 20.06.1996, n. 146, S. 2.

¹⁰¹ Siehe Bericht der Kommission *Morbidei*, abgedruckt bei D’Avirro, *L’abuso di ufficio*, 1997, S. 149 f.; s. auch die Begründung des Gesetzesvorschlags Nr. 1678 vom 6.10.1992, auszugsweise abgedruckt bei Dalia, *Lavori parlamentari*, S. 237; s. des weiteren Patalano, *Guida al dir.* vom 2.8.1997, Nr. 29, 18; *Fiandaca/Musco*, *Diritto penale*, *Parte speciale*, Vol. I, 2002, S. 240.

¹⁰² G.i.p. Trib. Piacenza, 16.4.1996, *Dir. pen. proc.* 1996, 1138; Tellone, *La violazione delle norme sulla competenza*, S. 44; *Fiandaca/Musco*, *Diritto penale*, *Parte speciale*, Vol. I, 2002, S. 240; Cupelli, *Legalità e giustizia*, 1998, 35, 49; kritisch gegenüber dieser Behauptung jedoch Sirani, *Dir. pen. proc.*, 1996, 1139, 1140.

¹⁰³ Siehe die Begründung des Gesetzentwurfs Nr. 2103 vom 14.9.1995 des Senators *Angeloni*, abgedruckt bei Dalia, *Lavori parlamentari*, S. 251; vgl. ebenso die Begründung des Gesetzentwurfs Nr. 754 vom 4.8.1994 der Senatoren *Pellegrino* und *Scopelliti*, abgedruckt bei Dalia, *Lavori parlamentari*, S. 243; Tellone, *La violazione delle norme sulla competenza*, S. 44; Cupelli, *Legalità e giustizia*, 1998, 35, 48, 56; vgl. D’Avirro, *L’abuso di ufficio*, 1997, S. 2; Cass., 4.12.1997, *Tosches*, *Guida al dir.* vom 7.3.1998, Nr. 9, 67, 68.

hinreichend bestimmt gestaltet und auf diese Weise dem Strafrichter weniger Raum für mögliche Übergriffe auf einen allein der Verwaltung vorbehaltenen Bereich gegeben werden. Letztlich strebte die Legislative die Wiederherstellung einer effektiv funktionierenden Administration an.¹⁰⁴

2. Reformbemühungen der Legislative

Die Vorschläge im Senat (*senato*) und in der Abgeordnetenkammer (*camera dei deputati*) zur Änderung des Amtsmißbrauchs waren zahlreich und können hier nicht sämtlich dargelegt werden. Im Folgenden sollen nur einige exemplarisch für die diversen Intentionen hervorgehoben werden.

Bereits knapp zweieinhalb Jahre nach der Reform der Amtsdelikte durch das Gesetz Nr. 86 vom 26. April 1990 wurde im Parlament ein erster Änderungsvorschlag eingereicht. Eine Gruppe von Abgeordneten regte in dem Gesetzesentwurf Nr. 1678 vom 6. Oktober 1992 an, dem bestehenden Art. 323 c.p einen weiteren Absatz anzuhängen, nach welchem die Tätigkeit der Verwaltungsangehörigen strafrechtlich irrelevant ist, wenn sie nicht von Kontrollinstanzen der Verwaltung als rechtswidrig eingestuft wurde, wobei diese verpflichtet sein sollten, jede vorsätzliche Gesetzesverletzung seitens der Verwaltungsorgane den Justizbehörden zu übermitteln.¹⁰⁵ Begründet wurde der Vorschlag damit, daß durch ihn das Ermessensprinzip der Verwaltung wieder gestärkt werden solle, was durch die Übergriffe der Strafjustiz in Ermessensentscheidungen verletzt worden sei. Zudem würde die Kompetenz zur Untersuchung der Verwaltungstätigkeit eindeutig den Kontrollorganen der Administration selbst zugewiesen.¹⁰⁶

Aus der zwölften Legislaturperiode sind einige Gesetzesvorschläge erwähnenswert. Der Entwurf Nr. 754, der von den Senatoren *Pellegrino* und *Scopelliti* am 4. August 1994 dem Präsidenten des Senats übermittelt wurde, sah die Modifizierung nicht nur des Tatbestands des Amtsmißbrauchs, sondern auch die der Korruptionsdelikte sowie die Schaffung eines neuen Delikts der Vermögensuntreue vor.¹⁰⁷ Weil jedoch die Reformierung des Amtsmißbrauchs für vorrangig und vor allem dringend erachtet wurde, reichten dieselben Senatoren den allein Art. 323 c.p. betreffenden Teil¹⁰⁸ des Entwurfs in dem Vorschlag Nr.

¹⁰⁴ Vgl. Fiandaca/Musco, *Diritto penale*, Parte speciale, Vol. I, 2002, S. 241.

¹⁰⁵ Die Passage des Gesetzesvorschlags lautet wörtlich: „*L'attività dei pubblici amministratori non è penalmente valutabile se non riscontrato illegittima dagli organi di controllo amministrativo che hanno l'obbligo di comunicare all'autorità giudiziaria tutte le violazioni di legge poste in essere dolosamente dagli organi amministrativi.*“

¹⁰⁶ Siehe die Begründung, auszugsweise abgedruckt bei Dalia, *Lavori parlamentari*, S. 236 f.

¹⁰⁷ Mit Begründung abgedruckt bei Dalia, *Lavori parlamentari*, S. 238 ff.

¹⁰⁸ Dieser lautet: „Art. 323. (Abuso d'ufficio) – *Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, procurando a sé o ad altri un ingiusto vantaggio e arrecando ad altri*

1109 am 4. Dezember 1994 nochmals separat ein.¹⁰⁹ Die Tathandlung sollte ihrer Ansicht nach durch den „Mißbrauch des Amtes“ unter Verletzung von bindenden Gesetzesvorschriften umschrieben werden. Außerdem wurde der Eintritt eines Schadens oder Vorteils gefordert. Die Strafbarkeit sollte ausgeschlossen sein, wenn der Verwaltungsakt keine Wirksamkeit erlangt. Dieser Entwurf wurde von seinen Urhebern auch während der dreizehnten Legislaturperiode nochmals eingereicht.¹¹⁰ Die Senatoren *Pinto*, *Diana* und *Palumbo* forderten demgegenüber als Tathandlung den „Mißbrauch des Amtes“, der durch die Verletzung von spezifischen Gesetzesvorschriften begangen wird. Ihr Entwurf Nr. 1694 vom 11. Mai 1995 sah ebenfalls die Umwandlung des Art. 323 c.p. in ein Erfolgsdelikt vor.¹¹¹ Am 14. September 1995 brachte der Senator *Ange-roni* den Gesetzesvorschlag Nr. 2103 ein.¹¹² Er verlangte die Verletzung von ausdrücklichen Gesetzes- bzw. Verordnungsvorschriften sowie das Verschaffen eines Vermögensvorteils oder -schadens. Damit wurden die Varianten, die nicht das Vermögen betreffen, aus dem Tatbestand herausgenommen.¹¹³ Der gleiche Vorschlag wurde am selben Tag von den Abgeordneten *Bargone*, *Finocchiaro* und *Scermino* in der *Camera dei deputati* präsentiert.¹¹⁴ Den bisher genannten Entwürfen der zwölften Legislaturperiode ist zu eigen, daß sie die Tathandlung

un ingiusto danno, abusi del suo ufficio, violando consapevolmente disposizioni di legge vincolanti, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione fino a due anni. Il fatto non è punibile qualora l'atto amministrativo non acquisti efficacia, ovvero venga sospeso, ovvero non sia comunque completato il procedimento amministrativo, ovvero non sia compiuta la fattispecie amministrativa, complessa o progressiva, in cui l'atto si inserisce, o comunque l'atto non giunga di fatto a produrre effetti.“

¹⁰⁹ Siehe bei Dalia, *Lavori parlamentari*, S. 244 f.

¹¹⁰ Gesetzentwurf Nr. 741 vom 19. Juni 1996.

¹¹¹ Danach sollte der neue Art. 323 c.p. folgenden Wortlaut haben (abgedruckt bei Dalia, *Lavori parlamentari*, S. 245): *„Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, violando specifiche disposizioni di legge, abusi del suo ufficio e procuri a sé o ad altro un ingiusto vantaggio non patrimoniale o arrechi ad altri un ingiusto danno è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione fino a due anni. Se il fatto commesso procuri a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, la pena è della reclusione da uno a tre anni.“*

Vgl. auch den ganz ähnlichen Vorschlag Nr. 3402, den die Abgeordneten *Di Lello*, *Finuoli* und *Scermino* dem Parlament am 15.11.1995 unterbreiteten (abgedruckt bei Dalia, *Lavori parlamentari*, S. 256 f.): *„Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, abusando del suo ufficio, con violazione di specifiche disposizioni di leggi, procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o arreca ad altri un danno ingiusto, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione fino a due anni. Se il fatto procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, la pena è aumentata di un terzo.“*

¹¹² Abgedruckt bei Dalia, *Lavori parlamentari*, S. 251.

¹¹³ Der neue Art. 323 c.p. sollte lauten: *„Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, violando espresse disposizioni di legge, ovvero espresse disposizioni di regolamenti, reca a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o arreca ad altri un ingiusto danno patrimoniale, è punito con la reclusione da tre a cinque anni.“*

¹¹⁴ Gesetzesvorschlag Nr. 3116, s. bei Dalia, *Lavori parlamentari*, S. 255.

des Amtsmißbrauchs an die Verletzung von bestimmten Gesetzes- oder Verordnungsnormen knüpfen und so die Ermessensverwaltung eindeutig dem Zugriff des Strafrichters entziehen wollten. Im Gegensatz dazu sah der Parlamentarier *Saraceni* den Kern des Delikts im Ermessensmißbrauch und formulierte deshalb die strafbare Handlung als Zweckentfremdung der übertragenen Befugnisse durch den Amtsträger bzw. mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten.¹¹⁵ Dadurch sollten die Gerichte sehr wohl die Möglichkeit haben, die Ermessensentscheidungen der Verwaltung zu überprüfen. Allerdings bestimmte auch er den Amtsmißbrauch als ein Erfolgsdelikt und schränkte den Vorsatz durch das Adjektiv „absichtlich“ (*intenzionalmente*) ein, so wie es auch der Gesetzgeber schließlich im Reformgesetz von 1997 übernommen hat. Folglich hat sich selbst *Saraceni* um eine Konkretisierung des Tatbestands bemüht.

Allerdings vertraten Abgeordnete in der dreizehnten Legislaturperiode die Auffassung, die Bestimmtheit der Norm könne auch ohne die Umwandlung in ein Erfolgsdelikt, unter Beibehaltung der bloßen Absicht, einen Vorteil oder Schaden zu erreichen, gewährleistet werden. Hier sind die Gesetzesvorschläge Nr. 1613 vom 25. Juni 1996 des Abgeordneten *Pisapia*¹¹⁶ sowie Nr. 1849 vom 11. Juli 1996 der Abgeordneten *Anedda, Mantovano, Neri, Cola* und *Simeone*¹¹⁷ zu nennen.¹¹⁸

¹¹⁵ Der Gesetzentwurf Nr. 3451 vom 22.11.1995 lautet (abgedruckt bei Dalia, *Lavori parlamentari*, S. 258): „Art. 323. (Abuso d’ufficio). – *Il pubblico ufficiale o l’incaricato di pubblico servizio che mediante atti o comportamenti, esercitando taluno dei suoi poteri per un fine estraneo alla pubblica amministrazione ovvero per il medesimo fine ovvero omettendo indebitamente di esercitarlo, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione fino a due anni.*
Se l’agente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale è punito con la reclusione da due a cinque anni.

Il vantaggio o il danno sono ingiusti quando, indipendentemente dallo sviamento del potere, non hanno giustificazione nell’ordinamento.“

¹¹⁶ Sein Vorschlag lautet (abgedruckt bei Dalia, *Lavori parlamentari*, S. 259): „Art. 323. (Abuso d’ufficio). – *Il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio che, operando in contrasto col dovere di imparzialità, utilizza il proprio ufficio o i poteri inerenti alla funzione o al servizio con la finalità di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o di arrecare a terzi un danno ingiusto, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione fino a cinque anni.“*

¹¹⁷ Ihr Vorschlag lautet (abgedruckt bei Dalia, *Lavori parlamentari*, S. 261): „Art. 323. (Abuso d’ufficio). – *Il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio o di arrecare ad altri un danno ingiusto, adotta o concorre a formare un atto in violazione di leggi, regolamenti, ordini e discipline, produttivo di effetti giuridici, è punito con la reclusione fino a tre anni.*
Se il vantaggio o il danno ingiusti hanno carattere patrimoniale la pena è della reclusione da due a cinque anni.“

¹¹⁸ Vgl. auch den Vorschlag Nr. 740, der am 19.6.1996 im Senat von den Verfassern *Siliquini, Cirami, D’Onofrio, Biasco, Bosi, Brienza, De Santis, Fausti, Fumagalli, Carulli, Loiero, Minardo, Bruno, Napoli, Nava* und *Tarolli* eingebracht wurde (abgedruckt bei Dalia, *Lavori parlamentari*, S. 264): „Art. 323. (Abuso di ufficio). – *Il pubblico ufficiale o*

Der Entwurf, der dem schließlich vom Senat am 8. Oktober 1996 angenommenen Text und damit dem heute aktuellen Art. 323 c.p. sehr nahe kam, wurde am 28. Juni 1996 von einer Reihe von Unterzeichnenden¹¹⁹ im Senat eingebracht.¹²⁰ Nach ihm ist die Tathandlung das Ausüben von Befugnissen in Verletzung von Kompetenznormen oder anderen Gesetzes- oder Verordnungsnormen bzw. das Ausüben von Amtshandlungen, obwohl eigene Interessen oder die eines nahen Angehörigen betroffen sind. Der Eintritt eines Tatbestandserfolgs wurde zur Voraussetzung, wobei der nichtvermögendliche Vorteil als nicht mehr ausreichend eingestuft wurde. Das Adjektiv „absichtlich“ bezeichnet den Vorsatz näher, mit welchem die Tat begangen werden muß.

3. Kommission *Morbidelli*

Nicht allein die Legislative war um die Reform des Amtmißbrauchs bemüht. Auch die Regierung mit Justizminister *Vincenzo Caianello* war sich der Notwendigkeit bewußt, der durch die Reform von 1990 verursachten Entwicklung entgegenwirken zu müssen. *Caianello* setzte am 23. Februar 1996 per Ministerialdekret eine Studienkommission zur Ausarbeitung eines neuen Tatbestands ein. Ihren Vorsitz übernahm der Verwaltungswissenschaftler *Morbidelli*, nach dem die Kommission schließlich benannt wurde.¹²¹ Als Vizepräsident wurde der

l'incaricato di un pubblico servizio che, nell'esercizio delle sue funzioni, compie ovvero omette atti tipici diretti intenzionalmente ad arrecare ad altri un danno ingiusto o a procurare un vantaggio non dovuto, è punito con la reclusione fino ad un anno o con la multa fino a lire trenta milioni.

Qualora il vantaggio procurato a sé o ad altri abbia natura patrimoniale, il fatto è punito con la reclusione da due a cinque anni.

La punibilità è esclusa quando il fatto non ha cagionato un danno patrimoniale pubblico o privato di ammontare superiore a lire dieci milioni, e ci sia stata riparazione dell'intero danno, permanendo in tali casi l'esercizio obbligatorio dell'azione disciplinare o contabile.

La punibilità è altresì esclusa se il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio abbia adottato ovvero omesso atti del suo ufficio nell'esercizio legittimo del suo potere discrezionale.“

¹¹⁹ Es waren die Senatoren *Senese, Salvi, Russo, Villone, Bertoni, Fassone, Calvi, Bonfietti, Barbieri, Staniscia, Pellegrino, Michele De Luca* und *Sartori*.

¹²⁰ Gesetzesentwurf Nr. 826 sah folgenden Art. 323 c.p. vor (abgedruckt bei *Dalia, Lavori parlamentari*, S. 266): „*Il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, esercitando i suoi poteri in violazione di norme sulla competenza o di altre norme di legge o regolamento ovvero omettendo indebitamente di compiere un atto del suo ufficio ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse suo proprio o di un prossimo congiunto, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.*

La pena è da due a cinque anni nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante oggettiva gravità.“

¹²¹ Einen kurzen Überblick über ihre Arbeit gibt u.a. *D'Avirro, L'abuso di ufficio*, 1997, S. 6 ff.

Strafrechtler *Pagliari* bestimmt. Am 5. März 1996 tagte sie erstmals und übermittelte bereits im Juni desselben Jahres nach zwölf offiziellen Sitzungen einen Gesetzentwurf und einen abschließenden Bericht an den neuen Justizminister *Giovanni Maria Flick*.¹²² Ihre Aufgabe hatte die Kommission gemäß diesem Bericht zum einen in der Revision der Amtsdelikte des *Codice penale* und zum anderen in der Koordinierung des Strafrechts mit den Kontrollmechanismen der Verwaltung gesehen. So zielte ihr Vorschlag einerseits auf eine Konkretisierung der Tathandlung sowie des subjektiven Elements und andererseits auf die Festlegung einer Anzahl von Fällen, in denen die Strafbarkeit ausgeschlossen sein und daher allein verwaltungsrechtliche Kontrollen und Sanktionen zum Zuge kommen sollten.

Den Tatbestand des Amtsmissbrauchs ersetzte die Kommission durch drei verschiedene Tatbestände, die Amtsverletzung (*prevaricazione*), Art. 323, die Begünstigung (*favoritismo affaristico*), Art. 323bis, und das private Ausnutzen des Amtes (*sfruttamento privato*), Art. 323ter.

Die Amtsverletzung sollte die Mißbräuche auffangen, die allein zur Schädigung anderer begangen werden. Soweit die Tat nicht durch eine andere Gesetzesbestimmung als Delikt vorgesehen ist, hätte sich danach strafbar gemacht, wer die eigenen Befugnisse in willkürlicher oder instrumentalisierender Weise ausübt oder es unterläßt, sie auszuüben, und dadurch einem anderen absichtlich einen unrechtmäßigen Schaden zufügt.¹²³

Das Delikt der geschäftlichen Begünstigung betraf das durch die gleichen mißbräuchlichen Handlungen oder Unterlassungen bewirkte Verschaffen eines unrechtmäßigen Vermögensvorteils an einen Dritten. Der vorgesehene Art. 323bis c.p. sollte nur einschlägig sein, sofern die Tat nicht bereits ein schwerwiegendes Delikt darstellt. Im Vergleich zur Amtsverletzung war das Strafmaß deutlich erhöht.¹²⁴

Schließlich setzte der Tatbestand des privaten Ausnutzens des Amtes einen Mißbrauch der Befugnisse zum eigenen Vermögensvorteil voraus. Hier hatten die Verfasser eine Klausel eingefügt, nach der die Vorschrift nur anwendbar

¹²² Gesetzentwurf und Bericht sind vollständig abgedruckt bei D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 147 ff.

¹²³ Der vorgesehene Art. 323 c.p. lautete: „*Il pubblico ufficiale, o l'incaricato di un pubblico servizio, che, esercitando ovvero omettendo di esercitare in maniera arbitraria e strumentale i poteri inerenti alle funzioni o al servizio, arreca intenzionalmente ad altri un danno che sa essere ingiusto, è punito, se il fatto non è preveduto come reato da altra disposizione di legge, con reclusione fino a due anni o con multa fino a lire venti milioni.*“

¹²⁴ Der vorgesehene Art. 323bis lautete: „*Il pubblico ufficiale, o l'incaricato di un pubblico servizio, che, esercitando ovvero omettendo di esercitare in maniera arbitraria e strumentale i poteri inerenti alle funzioni o al servizio, al fine di favorire taluno gli procura un vantaggio patrimoniale che sa essere ingiusto, è punito, se il fatto non costituisce reato più grave, con la reclusione da uno a cinque anni.*“

war, wenn sie im konkreten Fall das schwerwiegendste Delikt ist. Bei diesem Delikt sollte die zu verhängende Strafe nicht unter zwei Jahren Gefängnis liegen und damit von den drei Bestimmungen am schärfsten sanktioniert werden.¹²⁵

Auf subjektiver Seite verlangten alle drei Tatbestände eine „absichtliche“ (*intenzionalmente* bzw. *al fine di*) Begehungsweise. Durch die Dreiteilung und jeweilige unterschiedliche Bezeichnung solle, so die Kommission, das Unrecht jeder einzelnen Figur des Amtsmißbrauchs besser zum Ausdruck gebracht werden. Außerdem ermögliche sie eine dem Unrecht angepaßte Variation des Strafrahmens.¹²⁶ Die Bestimmtheit der Vorschriften wollte die Kommission durch die Umschreibung der Tathandlung,¹²⁷ durch das Erfordernis eines Erfolgeintritts sowie durch die Eingrenzung des subjektiven Tatbestands mittels der Voraussetzung des *dolus directus* ersten Grades bei den Art. 323 und Art. 323ter bzw. der Vorteilsabsicht beim Art. 323bis garantieren. Weitere Beschränkungen erfahren die Varianten des Amtsmißbrauchs durch die Kodifizierung von zwei Fällen der Nichtstrafbarkeit in einer gesonderten Vorschrift, Art. 360bis.¹²⁸ Erstens sollte die Strafbarkeit ausgeschlossen sein, wenn die Tat zum alleinigen Vorteil der Verwaltung geschehen ist. Zweitens wurde speziell für die Delikte der geschäftlichen Begünstigung sowie für das private Ausnutzen des Amtes die Strafbarkeit der Taten verneint, die nicht einen Schaden über zehn Millionen Lire verursacht haben, vorausgesetzt, daß dieser vollständig wieder gutgemacht und nicht bereits die gerichtliche Verhandlung in erster Instanz eröffnet wurde. Für diese Fälle wurden die disziplinarrechtlichen Sanktionen, sofern sie konsequent angewendet würden, als ausreichend erachtet.¹²⁹

¹²⁵ Der vorgesehene Art. 323ter lautete: „*Il pubblico ufficiale, o l'incaricato di un pubblico servizio, che, esercitando ovvero omettendo di esercitare in maniera arbitraria e strumentale i poteri inerenti alle funzioni o al servizio, si procura intenzionalmente un vantaggio patrimoniale che sa essere ingiusto, è punito, se il fatto non costituisce reato più grave, con la reclusione da due a cinque anni.*“

¹²⁶ Pagliaro, Dir. pen. proc., 1997, 501, 504; ders., Dir. pen. proc., 1997, 1394, 1396.

¹²⁷ M.E. ist sie ein wenig lang geraten, aber ihre hinreichende Bestimmtheit scheint gewährleistet. Ebenso Pagliaro, Dir. pen. proc., 1997, 501, 502; ders., Dir. pen. proc., 1997, 1394, 1396 f.

¹²⁸ Der vorgesehene Art. 360bis c.p., der sich am Ende des Kapitels über die Amtsdelikte befinden und sich damit grundsätzlich auf alle Delikte der Amtsträger gegen die öffentliche Verwaltung beziehen sollte, lautet: „*Non è punibile chi ha commesso, ad esclusivo vantaggio della pubblica Amministrazione, taluno dei fatti previsti nel capo I di questo titolo, sempre che non si tratti di concussione oppure di distrazione di danaro o di altra cosa appartenente a privati. Nei casi previsti dagli artt. 323bis e 323ter, la punibilità è altresì esclusa quando il fatto non ha cagionato, né era idoneo a cagionare, un danno patrimoniale pubblico o privato di ammontare superiore a lire dieci milioni, sempre che il danno medesimo sia stato riparato per intero, non oltre la dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado. Ove siano commessi più fatti, si tiene conto del danno complessivo. Se i fatti previsti dai rimanenti articoli del capo suddetto, fatta eccezione per gli artt. 319bis e 319ter, sono di particolare tenuità, le pene sono diminuite.*“

¹²⁹ Pagliaro, Dir. pen. proc., 1997, 1394, 1396; vgl. ders., Dir. pen. proc., 1997, 501, 502 f.

Dem von der Kommission *Morbidelli* entworfenen Gesetz war jedoch kein Erfolg beschieden. Innerhalb der drei Monate, in denen sie den Vorschlag ausarbeitete, schied der Justizminister aus seinem Amt, der die Kommission berufen hatte. Vor allem aber war die Regierung um ihr öffentliches Ansehen besorgt. Sie befürchtete, daß eine Reform, die von Seiten der Exekutive eingeleitet wird und die die Befugnisse der Justiz gegenüber der Verwaltung beschneidet, als eine Art Amnestie für die anhängigen Verfahren nicht nur des Amtsmissbrauchs, sondern auch der schwereren Delikte wie Korruption oder Erpressung im Amt ausgelegt würde.¹³⁰ In der Tat war die öffentliche Meinung für die Entwicklungen im Bereich der Justiz sowie bezüglich der öffentlichen Verwaltung aufgrund der langjährigen Mißstände sensibilisiert. Deshalb sollte das Reformvorhaben vom Parlament ausgehen.¹³¹ Auf die Arbeit der Kommission wurde dort überwiegend nicht mehr zurückgegriffen.

¹³⁰ In der italienischen Literatur ist oft von einem befürchteten „*colpo di spugna*“ zu lesen, s. z.B. Pagliaro, Dir. pen. proc., 1997, 1394, 1397, der freilich die Befürchtung nicht teilte.

¹³¹ Cupelli, Legalità e giustizia, 1998, 35, 53; Pagliaro, Dir. pen. proc., 1997, 1394, 1397.

B. Tatbestand des Art. 323 Abs. 1 c.p.

I. Rechtsgut und Subjekte des Tatbestands

1. Geschütztes Rechtsgut

Die Blickrichtung der klassischen Lehre orientierte sich nach den Bedürfnissen des Staates. Aus diesem Grund wurde in der frühen Literatur zum Art. 323 c.p. das Interesse des Staates am normalen, ordnungsgemäßen Funktionieren der Verwaltung¹ und somit am gesetzmäßigen Gebrauch der von ihm übertragenen öffentlichen Funktionen² als geschütztes Rechtsgut, *il bene giuridico tutelato*,³ gesehen. Von einigen Autoren wird heute hervorgehoben, daß dahinter im Grunde das Prestige des Behördenapparats und die Pflicht der Amtsträger zur Rechtschaffenheit, Treue und Korrektheit zu sehen seien.⁴ Pedrazzi hat schon früh im Grundsatz betont, daß es sich bei dem Prestige als Rechtsgut innerhalb der Amtsdelikte um eine Konzeption handele, die auf der mittlerweile überkommenen Vorstellung von der Verwaltung als autoritäre Institution und nicht als öffentliche Dienstleistungseinrichtung basiere.⁵ Für Segreto und De Luca müsse insbesondere mit Blick auf die Prinzipien, nach denen die Verwaltungstätigkeit

¹ Riccio, Noviss. dig. it., Vol. I, S. 109; Manzini, Trattato di diritto penale italiano, Vol. V, 1982, S. 273.

² Levi, I delitti contro la pubblica amministrazione, S. 315; Contieri, Encicl. del dir., Vol. I, S. 187; Albamonte, Giust. pen., 1973, II, Sp. 379; vgl. auch Infantini, L'abuso della qualità o delle funzioni di pubblico ufficiale in diritto penale, S. 136 f., der das Prestige der Verwaltung als allgemeines Rechtsgut aller Amtsdelikte ansieht und beim Amtsmißbrauch im Speziellen die Instrumentalisierung von Amtsbefugnissen als *oggetto giuridico specifico* herausstellt. Für ihn folgt daraus, daß „l'abuso di ufficio – il quale dà il nome alla stessa epigrafe della norma e costituisce anche un elemento indefettibile, essenziale, rilevante della fattispecie – rappresenta davvero l'oggetto della incriminazione de qua.“ Siehe auch Infantini, Encicl. giur., Vol. I, 2 f., wo er gleiches äußert, allerdings ohne vorher explizit das Prestige der Verwaltung zu erwähnen.

³ Ausführlich zu der Theorie des *bene giuridico*, Fiandaca/Musco, Diritto penale, Parte generale, 2006, S. 6 ff.

⁴ Piemontese, S. 53; Benussi, S. 17.

Daß diese Einschätzung richtig ist, zeigt die Lektüre von Infantini, L'abuso della qualità o delle funzioni di pubblico ufficiale in diritto penale, S. 136 f.; s. auch Durigato, Rilievi sul reato plurioffensivo, S. 69 f., für die explizit die Korrektheit und Rechtschaffenheit des Amtsträgers das geschützte Interesse ist, obwohl sie kurz vorher noch das Erfordernis eines umfassenden Schutzes des Bürgers gegenüber der öffentlichen Gewalt unterstreicht.

⁵ Pedrazzi, Riv. it. dir. proc. pen., 1968, 913, 914, der in seinem Aufsatz allerdings Art. 346 c.p. (*millantato credito*) behandelt.

gemäß dem Gesetz vom 7. August 1990, Nr. 241, geregelt ist, das Prestige als Schutzgut des Amtsmißbrauchs als überholt angesehen werden. Ebenso hätten in dem *decreto legislativo* vom 13. November 1990, Nr. 324, zwar der gute Ablauf, die Unparteilichkeit und die Effizienz der Verwaltung Eingang gefunden, nicht jedoch ihr Ansehen.⁶ Darüber hinaus sei das Prestige eine Einschätzung der Bürger, also außerhalb der Verwaltung begründet. Es könne daher nicht die Tätigkeit der Amtsträger und mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten innerhalb des staatlichen Apparats bestimmen.⁷ *Pagliari* stellt fest, daß die Rechtschaffenheit und Korrektheit der Amtsträger eine moralische Qualität darstellten, die das Recht nicht interessiere. Die unbestrittene Pflicht des Beamten, rechtschaffen und korrekt zu sein, diene dem Schutz von Interessen, die die wahre *ratio* des Amtsmißbrauchs ausmachten. Diese seien auf die Wahrung allein der Unparteilichkeit der Verwaltung gerichtet.⁸ *Benussi* verweist aber darauf, daß der Gedanke des normalen Funktionierens der Verwaltung auch heute noch aktuell sei, wo eine korrekte, transparente und effiziente Geschäftsführung verlangt werde.⁹

Die modernere Literatur stellte schließlich, wie bereits erwähnt, die in Art. 97 Abs. 1 Cost.¹⁰ verankerten Prinzipien der guten Verwaltungsführung sowie der Unparteilichkeit der Verwaltung (*il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione*) als geschütztes Rechtsgut heraus.¹¹ Unter dem Begriff der guten Verwaltungsführung ist zwar auch ihr reibungsloses und effizientes Funktionieren, aber in erster Linie der rechtmäßige und vom öffentlichen Interesse inspirierte Gebrauch der den Amtsträgern und mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten übertragenen Befugnisse zu verstehen.¹² Der Begriff der Unparteilichkeit der Verwaltung beinhaltet demgegenüber die Gleichheit der Bürger vor dem Gesetz und damit die Objektivität der Verwaltungstätigkeit, ohne jegliche Bevorzugung oder Diskriminierung.¹³

⁶ Segreto/De Luca, 1999, S. 479.

⁷ Segreto/De Luca, 1999, S. 479 f.

⁸ *Pagliari*, *Principi di diritto penale*, Parte speciale, Vol. I, 2000, S. 232 f., der den Ausdruck „guten Ablauf der Verwaltung“ restriktiv auslegt und als geschütztes Rechtsgut ausschließt, weil der Tatbestand nicht den Schaden der Verwaltung erfasse. Siehe nun *Pagliari/Parodi Giusino*, *Principi di diritto penale*, Parte speciale, Vol. I, 2008, S. 271 f.

⁹ *Benussi*, S. 18.

¹⁰ Art. 97 Abs. 1 Cost. lautet: „*I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.*“

¹¹ *Rampioni*, *Bene giuridico*, S. 319; s. auch ders., *Progetto di riforma*, S. 67; vgl. auch *Brunelli*, *Giur. merito*, 1977, 382, 393.

Siehe auch *Stortoni*, *L'abuso di potere nel diritto penale*, S. 153 ff., der Art. 97 Abs. 1 Cost. nur als Ausdruck des Rechtmäßigkeitsgrundsatzes und folglich diesen als in Wirklichkeit geschütztes Interesse ansieht; ders., *Delitti contro la pubblica amministrazione*, S. 75 ff.

¹² *Rampioni*, *Bene giuridico*, S. 324; vgl. *Romano*, 2006, Art. 323 c.p., Rdn. 5; *Benussi*, S. 19.

¹³ *Seminara*, *Commento*, S. 289 f.; *Rampioni*, *Bene giuridico*, S. 324; *Benussi*, S. 19.

Dies wurde von der überwiegenden Mehrheit in Lehre¹⁴ und Rechtsprechung¹⁵ auch nach der Reform von 1990 bekräftigt, die die Frage noch bedeutsamer machte, da dem Delikt des Amtsmissbrauchs nun eine zentrale Rolle im Gefüge der Amtsdelikte zugewiesen wurde.¹⁶

Nach einer Mindermeinung in der Literatur ist allerdings das geschützte Interesse vielmehr darin zu erblicken, eine Instrumentalisierung der den öffentlichen Positionen zugehörigen Befugnisse zu verhindern.¹⁷ Diese Ansicht ist abzulehnen. Sie erinnert an die klassische Auffassung, wonach der gesetzmäßige Gebrauch der übertragenen Kompetenzen das geschützte Rechtsgut sei. Im Grunde wiederholt sie nur die nach 1990 überwiegende Interpretation des Tatverhaltens, nach der das Delikt nur gegeben sei, sofern der Funktionär sein Amt oder seinen Dienst für private Zwecke gebraucht, also instrumentalisiert.¹⁸ Die Tathandlung selbst bzw. ihre Verhinderung kann jedoch nicht das von der Rechtsordnung zu schützende Gut sein, sondern soll vielmehr einen übergeordneten Wert bewahren.

Nach einer weiteren abweichenden Meinung, die auch heute noch vertreten wird, ist hingegen allein die Unparteilichkeit der Verwaltung das geschützte Rechtsgut.¹⁹ Sie stellt darauf ab, daß die gute Verwaltungsführung nur als Schutzgut des Amtsmissbrauchs in Frage käme, wenn der Tatbestand einen Schaden für die Verwaltung voraussetzen würde. Nur bei einem solchen wäre der reibungslose Verwaltungsablauf geschädigt bzw. gefährdet. Da Art. 323 c.p. jedoch lediglich einen Schaden für Dritte fordere, scheidet der gute Ablauf der Verwaltung bzw. die gute Verwaltungsführung als Objekt des tatbestandlichen

¹⁴ Segreto/De Luca, 1991, S. 478; D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1995, 116; Rampioni, L'abuso di ufficio, S. 110; Mazzone, Riv. it. dir. proc. pen., 1994, 707, 708; Parodi Giusino, Dig. discipl. pen., Vol. VI, Appendice, 587, 588; Piemontese, S. 53 ff.; Napoleone, Diritto pubblico, 1997, I, 107, 111.

¹⁵ Cass., Sez. un., 20.6.1990, Monaco ed altro, Giust. pen., 1990, II, Sp. 513, 519; Cass., Sez. VI, 12.3.1991, Riv. pen., Cherubini, 1992, 389; Trib. Napoli, 4.12.1991, Mandico ed altri, Riv. it. dir. proc. pen., 1994, 703, 706; Cass., Sez. VI, 14.12.1992, Palamara, Cass. pen., 1994, 2069; Trib. Genova, 27.4.1993, Moretti ed altri, Riv. it. dir. proc. pen., 1994, 724, 734; Cass., Sez. V, 27.5.1993, Talarico, Riv. pen., 1994, 390, 392; Cass., Sez. VI, 17.1.1995, Gargiulo, Cass. pen., 1996, 802; Cass., Sez. VI, 1.2.1995, Gadani, Cass. pen., 1996, 488; Cass., Sez. VI, 6.2.1995, Buonocore, Guida al diritto vom 17.6.1995, Nr. 24, 101; Cass., Sez. VI, 2.2.1996, Vinciguerra, Riv. pen., 1996, 1123; Cass., Sez. VI, 16.2.1996, Romano, Riv. pen., 1996, 852, 854; Cass., Sez. VI, 6.6.1996, Ferretti, Riv. pen., 1996, 839, 841; Cass., Sez. VI, 29.1.1997, Anacondia e altri, Riv. pen., 1997, 288, 289; s. dazu aber Mazzone, Riv. it. dir. proc. pen., 1994, 707, 708 ff. und Piemontese, S. 54 ff., die aufzeigen, daß sich in manchen Entscheidungsbegründungen aber noch die Verhaftung der Gerichte an der überkommenen Auffassung über das Rechtsgut herauslesen läßt.

¹⁶ D'Avirro, L'Abuso di ufficio, 1997, S. 34.

¹⁷ So Scordamaglia, L'abuso, di ufficio, S. 264.

¹⁸ So bspw. Cass., Sez. V, 27.5.1993, Talarico, Riv. pen., 1994, 390.

¹⁹ Vgl. bereits Brunelli, Giur. merito, 1977, 382, 393.

Schutzes aus, mit der Konsequenz, daß dieses nur die Unparteilichkeit der Verwaltung sei.²⁰

Dem ist entgegenzuhalten, daß der Ablauf der Verwaltung auch ohne Eintritt eines materiellen Schadens für die Administration gestört sein kann, und zwar bereits durch unrechtmäßiges Verhalten des Amtsträgers oder des mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten.²¹ Der Ablauf ist bei illegitimem Verhalten des Beamten nämlich nicht mehr geordnet, verläuft nicht mehr in den vom Gesetz vorgesehenen Bahnen. Verwaltungshandeln wird nicht nur für den Bürger unberechenbar, sondern für die Verwaltung selbst. Das ist gerade dort von Bedeutung, wo verschiedene Verwaltungseinheiten oder -organe zusammenwirken müssen. Somit bezieht sich die Bezeichnung „Mißbrauch des Amtes“ des Art. 323 c.p. in der Fassung nach der Reform von 1990, der unrechtmäßiges Verhalten voraussetzt, vor allem auf die gute Verwaltungsführung, während das Merkmal des „unrechtmäßigen Vorteils oder Schadens“ insbesondere die Unparteilichkeit der Verwaltung berührt.²²

Für die herrschende Meinung hat sich durch das Reformgesetz vom 16. Juli 1997 am geschützten Rechtsgut des Amtsmißbrauchs nichts geändert.²³ Die „Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen“ betrifft vor allem die gute Verwaltungsführung. Der Schutz der Unparteilichkeit der öffentlichen Verwaltung wird neben dem schon bekannten Merkmal des „unrechtmäßigen Vorteils oder Schadens“ nun auch noch besonders durch die Pflicht betont, sich bei persönlichen Interessen zu enthalten.²⁴ Darüber hinaus führt der Eintritt eines Vorteils oder Schadens zu einer Verletzung der *par condicio civium*, beeinträchtigt damit ebenfalls die Unparteilichkeit des Verwaltungshandelns.²⁵

Manche sehen durch die Umschreibung der „Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen“ neben der guten Verwaltungsführung und der Unparteilichkeit

²⁰ Pagliaro, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2000, S. 233, betont, daß der Begriff des „guten Ablaufs der Verwaltung“ von dem der Unparteilichkeit der Verwaltung zu unterscheiden und insofern restriktiv aufzufassen sei. Siehe nun Pagliaro/Parodi Giusino, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2008, S. 271 f. Siehe auch Seminara, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 562, 585; ders., *Commento*, S. 229 f., der aber nach der Reform von 1997 mit Blick auf die Wandlung in ein Erfolgsdelikt mehr in Richtung der h.M. tendiert, s. ders., in: Crespi/Stella/Zuccalà, *Art. 323 c.p.*, II, Rdn. 2.

²¹ So auch Parodi Giusino, *Dig. discipl. pen.*, Vol. VI, *Appendice*, 587, 588, Fn. 5.

²² So auch D’Avirro, *L’Abuso di ufficio*, 1997, S. 36.

²³ Cupelli, *Legalità e giustizia*, 1998, 35, 57; D’Avirro, *L’Abuso di ufficio*, 1997, S. 37 f.; ders., *L’abuso d’ufficio*, 1999, S. 275.

²⁴ D’Avirro, *L’Abuso di ufficio*, 1997, S. 37; Cupelli, *Legalità e giustizia*, 1998, 35, 57; Segreto/De Luca, 1999, S. 478; vgl. Seminara, in: Crespi/Stella/Zuccalà, *Art. 323 c.p.*, II, Rdn. 2, IV, Rdn. 3; Fiandaca/Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2002, S. 242.

²⁵ Segreto/De Luca, S. 478.

der Verwaltung neuerdings vor allem die Rechtmäßigkeit der Verwaltungstätigkeit als Schutzgut des Art. 323 c.p. an.²⁶ Hierzu ist anzumerken, daß, wenn die Prinzipien aus Art. 97 Cost. ohnehin als Ausdruck des Rechtmäßigkeitsgrundsatzes angesehen werden,²⁷ sich die Auffassung im Grunde nicht von der herrschenden Meinung unterscheidet.

Ein anderer Teil der Literatur vertritt hingegen die Ansicht, daß nunmehr das Vermögen der öffentlichen Verwaltung das vorherrschende Schutzobjekt des Amtsmißbrauchs darstelle. Zum einen spreche die Beschränkung des unrechtmäßigen Vorteils auf den reinen Vermögensvorteil und die Straferhöhung bei einer erheblichen Schwere des Taterfolgs des Absatzes 2 hierfür. Zum anderen schwäche der Ausschluß der Ermessensüberschreitung²⁸ aus dem Tatbestand des Art. 323 c.p. den Schutz der Unparteilichkeit der Verwaltung.²⁹

Dem kann nicht gefolgt werden. Die Begrenzung des begünstigenden Amtsmißbrauchs allein auf den materiellen Vorteil sollte vor allem unter dem Gesichtspunkt der Einschränkung des Anwendungsbereichs beurteilt werden. Außerdem wird auch zweifelsfrei das Vermögen der Bürger geschützt. Richtig ist, daß für den begünstigenden Amtsmißbrauch in der Fassung von 1997 nur noch ein Vermögensvorteil in Betracht kommt, keine immateriellen Begünstigungen. Allerdings bedeutet nicht ein jeder solcher Vorteil des Täters oder eines Dritten, daß dadurch das Vermögen der Verwaltung geschädigt würde. Es ist theoretisch denkbar, daß einer solchen Begünstigung keinerlei Schaden gegenübersteht. Zudem bedarf es noch einer gesonderten Untersuchung, ob unter dem Begriff des „Anderen“ in Art. 323 c.p. überhaupt die öffentliche Verwaltung zu fassen ist. Schließlich ist festzustellen, daß der Schutz des *buon andamento* und der *imparzialità* eine deutlichere Konkretisierung erfahren hat, als der des Vermögens der Verwaltung. Folglich bleiben die gute Verwaltungsführung und die Unparteilichkeit der Verwaltung das in erster Linie geschützte Rechtsgut des Amtsmißbrauchs.³⁰

Das wird auch von einer neueren Auffassung nicht bestritten, die hierneben

²⁶ Artino Innaria, *Il mondo giud.*, 1998, 1.

²⁷ So wie das Stortoni, *L'abuso di potere nel diritto penale*, S. 154 ff., tut, an dessen Ausführungen der Gedanke von *Artino Innaria* erinnert.

²⁸ Diese Figur aus dem Verwaltungsrecht umfaßt u.a. diskriminierendes Verhalten, welches gegen Prinzip der Unparteilichkeit der Verwaltung verstößt. Zu der Ermessensüberschreitung und der Problematik ihres Ausschlusses s. unten.

²⁹ So Manna, *Indice pen.*, 1998, 13, 18; Forlenza, *Guida al dir. vom 18.10.1997*, Nr. 39, 81; ders., *Guida al dir. vom 17.4.1999*, Nr. 15, 58; vgl. Picotti, *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 283, 286 ff.; ders., *Dir. pen. proc.*, 1997, 347, 348 f.; vgl. auch Iadecola, *I delitti dei pubblici ufficiali*, S. 132 und Benussi, S. 23, die beide in diesem Punkte mit *Manna* überstimmen, aber grundsätzlich das Prinzip aus Art. 97 Abs. 1 Cost. geschützt sehen.

³⁰ Ähnlich Cupelli, *Legalità e giustizia*, 1998, 35, 58; s. aber auch Benussi, S. 22 f.; Iadecola, *L'abuso d'ufficio*, S. 110.

auch das Interesse des Bürgers, nicht in seinen verfassungsmäßig garantierten Rechten durch rechtswidriges Verhalten von Beamten gestört zu werden, als Schutzgut ansieht.³¹ Sie beruft sich darauf, daß mit der Umwandlung in ein Erfolgsdelikt bei einem schädigenden Amtsmißbrauch der von der Verwaltungsmaßnahme Betroffene nun zweifelsfrei in seinen Rechten verletzt werde.³² Zur Untermauerung seiner These führt *Benussi* an, daß sich das Verhältnis zwischen Bürger und öffentlicher Verwaltung in den letzten Jahrzehnten grundlegend gewandelt habe. Es könne nicht mehr als *ex parte principis*, sondern als *ex parte populi* bezeichnet werden.³³ Insbesondere die Gesetze vom 6. Juni 1990, Nr. 142,³⁴ und vom 7. August 1990, Nr. 241,³⁵ die dem Bürger eine größere Kontrolle des Verwaltungsverfahrens und eine stärkere Beteiligung am Erlaß von Verwaltungsakten zubilligen, seien Ausdruck dafür, daß sich seine Rechtsposition nicht mehr nur aus berechtigten Interessen definiert, sondern aus subjektiven Rechten.³⁶ In diesem Sinne sei Art. 323 c.p. als ein Delikt zu interpretieren, das auch den Schutz dieser Rechte gewährleiste und somit verschiedene Schutzrichtungen³⁷ aufweise.³⁸

Diese Ansicht kann sich dabei auf eine Reihe jüngerer Entscheidungen des Kassationsgerichts berufen, in denen es sich in gleicher Weise geäußert hat.³⁹ Es scheint sich damit ein Wandel in der Rechtsprechung des obersten Gerichts zu vollziehen.⁴⁰

Die Frage ist sowohl in materiellrechtlicher als auch in prozeßrechtlicher Hinsicht

³¹ So explizit *Benussi*, S. 22; vgl. *Segreto/De Luca*, S. 488.

³² *Benussi*, S. 20 ff.; *Segreto/De Luca*, 1999, S. 488 f.; vgl. *Forlenza, Guida al dir.* vom 17.4.1999, Nr. 15, 58; vgl. auch *Romano*, 2006, Art. 323 c.p., Rdn. 5, 7, der zwar nicht ausdrücklich den durch die Tat geschädigten Dritten in das Schutzgut miteinbezieht, ihn aber als „verletzte Person“ im Sinne der Strafprozeßordnung qualifiziert.

³³ *Benussi*, S. 22.

³⁴ *Suppl. ord. n. 135, del 12 giugno – Ordinamento delle autonomie locali*).

³⁵ *Gazz. Uff.*, 18.8.1990, Nr. 192 – *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*.

³⁶ *Benussi*, S. 22 f.; ebenso *Colazza, Diritti soggettivi*, S. 25.

³⁷ In diesen Fällen wird von einem Delikt *plurioffensivo* gesprochen.

³⁸ *Benussi*, S. 23.

³⁹ *Cass., Sez. VI*, 22.3.2006, n. 20399, RV234728; *Cass., Sez. VI*, 14.11.2006, n. 40694, RV235552; *Cass., Sez. VI*, 3.3.1999, *Inchingolo, Guida al dir.* vom 17.4.1999, Nr. 15, 57; *Cass., Sez. VI*, 8.4.1998, *Vitalone, Cass. pen.*, 2000, 361 f.; *Cass., Sez. VI*, 11.11.1998, *Infantino, Gazz. giur.*, 1999, n. 9, 27; *Cass., Sez. VI*, 11.11.1998, *Messineo, Cass. pen.*, 1999, 3401; im gleichen Sinne bereits vor der Reform *Cass., Sez. VI*, 19.12.1996, *Craxi, Giur. it.*, 1998, I, 132; *Cass., Sez. VI*, 13.3.1997, *Pugliese, Riv. pen.*, 1997, 1047.

⁴⁰ Die ehemals h.M. in der Rechtsprechung hatte sich zunächst gegen die neue Tendenz ausgesprochen, *Cass., Sez. VI*, 13.1.1998, *Airò, Cass. pen.*, 1999, 2508; s. frühere Entscheidungen diesbezüglich *Cass., Sez. VI*, 30.5.1994, *Raimundi, Cass. pen.*, 1996, 2591; *Cass., Sez. VI*, 7.12.1995, *Belloni, Cass. pen.*, 1996, 2976 f.; *Cass., Sez. VI*, 9.10.1995, *Valente, CED*, n. 203326; *Cass., Sez. VI*, 11.6.1996, *Alberti, Cass. pen.*, 1997, 2731; *Cass., Sez. VI*, 15.11.1996, *Vocca, Cass. pen.*, 1998, 1623; in der Literatur ablehnend, *Iadecola, L'abuso d'ufficio*, S. 110 f.

für die Praxis erheblich.⁴¹ Gemäß Art. 50 c.p.⁴² ist derjenige nicht strafbar, der ein Recht verletzt oder in Gefahr bringt und mit Einwilligung der Person handelt, die wirksam über das Recht verfügen kann.⁴³ Darüber hinaus kann die Frage für die Konkurrenzen, nämlich bei der Problematik, wann mehrere Delikte des Amtsmißbrauchs vorliegen, von Belang sein. Besitzt Art. 323 c.p. mehrere Schutzrichtungen und ist auch eine Privatperson Inhaber eines Schutzguts, kann die Anzahl der Straftaten entsprechend der Anzahl der betroffenen Bürger steigen. Das wiederum hätte gemäß Art. 81 Abs. 1 c.p.⁴⁴ Auswirkungen auf die Strafzumessung, denn die zu verhängende Sanktion wäre ausgehend von der Höchststrafe bis zu einem Drittel zu erhöhen.⁴⁵ Schließlich kann die durch die Tat „verletzte Person“, *la persona offesa*, u.a.⁴⁶ Strafantrag gemäß Art. 120 ff. c.p. stellen und Widerspruch gegen das staatsanwaltliche Ersuchen der Verfahrenseinstellung einlegen, Art. 408, 420 c.p.p.⁴⁷ Werden daher neben dem Prinzip aus Art. 97 Abs. 1 Cost. auch die Rechte des Bürgers durch den Tatbestand des Amtsmißbrauchs geschützt, wäre dieser neben der öffentlichen Verwaltung ebenfalls Inhaber eines Schutzgutes. Dies wiederum hätte zur Folge, daß er als „verletzte Person“ im Sinne des *Codice penale* mit den entsprechenden Rechten anzusehen wäre.⁴⁸

Es ist somit durch Auslegung zu klären, ob der Gesetzgeber mit Art. 323 c.p. neuester Fassung auch den Drittschutz bezweckte. Nach *Antolisei* ist das wahre Objekt strafrechtlichen Schutzes eines Straftatbestands das Interesse, welches unauflöslich mit dem Begriff des Delikts verbunden ist.⁴⁹ Das ist beim Amtsmißbrauch zweifelsfrei in erster Linie das öffentliche Interesse am reibungslosen Ablauf der Verwaltungstätigkeit und deren Objektivität, also Unparteilichkeit. Grundsätzlich werden die Rechte des Bürgers nicht mit

⁴¹ Siehe auch Caraccioli, *Manuale di diritto penale*, S. 665; Fiandaca/Musco, *Diritto penale*, Parte generale, 2006, S. 153 f.

⁴² Art. 50 lautet: „*Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporne.*“

⁴³ Allerdings ist die Möglichkeit einer straffausschließenden Einwilligung im Sinne des Art. 50 c.p. durch die Privatperson im Fall des Art. 323 c.p. sicherlich nicht gegeben. Siehe dazu unten aber ausführlicher.

⁴⁴ Art. 81 Abs. 1 c.p. lautet: „*È punito con la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata sino al triplo chi con una sola azione od omissione viola diverse disposizioni di legge ovvero commette più violazioni della medesima disposizione di legge.*“

⁴⁵ Siehe dazu im Kapitel über die Konkurrenzen.

⁴⁶ Siehe zu weiteren Rechten der *persona offesa* Artt. 90 ff. c.p.p.

⁴⁷ In der Tat befassen sich die in den Fußnoten und aufgeführten Entscheidungen der *Cassazione* nahezu ausschließlich mit der Frage, inwiefern der durch den Amtsmißbrauch geschädigte Dritte auf die Phase der Voruntersuchungen, *la fase delle indagini preliminari*, Einfluß nehmen kann.

⁴⁸ Vgl. *Antolisei*, *Manuale di diritto penale*, Parte generale, 2003, S. 187 ff.; *Fiandaca/Musco*, *Diritto penale*, Parte generale, 2006, S. 151; *Caraccioli*, *Manuale di diritto penale*, S. 664 f.

⁴⁹ *Antolisei*, *Manuale di diritto penale*, Parte generale, 2003, S. 188.

diesem Tatbestand in Verbindung gebracht. Demnach müßten sie als Rechtsgut ausgeklammert werden. Bei Amtsmißbrauch zum Schaden von Dritten verhält es sich jedoch anders. Da es unbestritten Tatbestände mit verschiedenen Schutzrichtungen gibt, deren betroffene Güter nicht unbedingt auf einer Stufe stehen müssen, ist ein sekundärer Schutz des Dritten durch Art. 323 c.p. in dieser Alternative denkbar. Hilfreich ist ein Blick auf die anderen Amtsdelikte, deren Tathandlungen einen Angriff auf mehrere Interessen darstellen. Zum einen ist hier die Erpressung im Amt, *concussione*, Art. 317 c.p. zu nennen. Geschützte Rechtsgüter sind sowohl das Prinzip aus Art. 97 Abs. 1 Cost., als auch die Selbstbestimmung des Dritten.⁵⁰ Das Delikt ist nur gegeben, wenn beide Interessen angegriffen werden. Zum anderen kann auf den Tatbestand der Unterlassung der Amtsausübung, *il rifiuto di atti d'ufficio*, Art. 328 Abs. 2 c.p., verwiesen werden. Auch hier ist neben dem öffentlichen Interesse, daß der Amtsträger seine Pflicht erfüllt, eines der Privatperson gegeben, daß ihrem Ersuchen nachgekommen wird.⁵¹ Das Tatverhalten betrifft notwendigerweise beide Schutzgüter. Bei der Alternative des schädigenden Amtsmißbrauchs ist eine ähnliche Situation gegeben. Damit sie erfüllt ist, muß einem anderen ein Schaden durch rechtswidriges Verwaltungshandeln zugefügt worden sein. Folglich liegt sowohl eine Verletzung von einem Allgemein- bzw. Privatinteresse als auch ein Angriff auf die Prinzipien der guten Verwaltungsführung und der Unparteilichkeit der Verwaltung vor. Durch die Umwandlung in ein Erfolgsdelikt mit dem Erfordernis des konkreten Schadenseintritts besitzt der Tatbestand des Amtsmißbrauchs jetzt nicht mehr nur indirekten, sondern unmittelbaren Bezug auf die Rechte bzw. das Vermögen der Außenstehenden sowie der Verwaltung.⁵²

Daher ist bei einem schädigenden Amtsmißbrauch neben dem Prinzip aus Art. 97 Abs. 1 Cost. auch das Vermögen oder das Interesse des Bürgers bzw. der Verwaltung geschützt, durch die Tätigkeit des Amtsträgers oder mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten nicht in ihren Rechten ungerechtfertigterweise beeinträchtigt zu werden. Allerdings ist nochmals hervorzuheben, daß die herrschende Ansicht in der Literatur lediglich die gute Verwaltungsführung und die Unparteilichkeit der Verwaltung als Objekt des tatbestandsmäßigen Schutzes begreift, wobei sich mit den oben aufgezählten neueren Entscheidungen der *Cassazione* ein Wandel zumindest in der Rechtsprechung gezeigt hat.

⁵⁰ Siehe nur Romano, 2006, Art. 317 c.p., Rdn. 4 f.; Cass., Sez. VI, 3.9.1992, Furlan, RV191972.

⁵¹ Siehe nur Romano, 2006, Art. 328 c.p., Rdn. 14; Cass., Sez. VI, 10.5.1995, Piscitelli, RV202818; Cass., Sez. VI, 6.10.1997, Stara, Riv. pen, 1998, 822.

⁵² Allerdings scheint es, als habe der Gesetzgeber dies nicht in erster Linie bezweckt. M.E. wollte er vor allem den objektiven Tatbestand konkreter gestalten, um den Anwendungsbereich der Norm zu begrenzen.

2. Passives Subjekt

Unter dem passiven Subjekt des Tatbestands ist die „verletzte Person“ der Tat (*persona offesa dal reato*) im Sinne der Art. 120 ff. c.p. zu verstehen.⁵³ Ihre Feststellung erscheint nicht immer einfach, da durch eine Straftat oft mehrere Personen geschädigt werden. Beispielsweise können bei einem Diebstahl neben dem Besitzer auch eventuelle Gläubiger geschädigt sein. Zur Klärung der Frage ist vom Objekt des tatbestandlichen Schutzes auszugehen. Der Inhaber des geschützten Rechtsguts ist die *persona offesa* und damit das passive Subjekt. Deshalb läßt sich letzteres als „Inhaber des Interesses, dessen Verletzung das Wesen des Delikts darstellt“, definieren.⁵⁴ Dabei ist das passive Subjekt jedoch nicht mit dem Rechtsgut zu verwechseln, und es ist auch nicht notwendigerweise mit dem Tatobjekt, dem *oggetto materiale*, identisch.⁵⁵ So ist bei einer Selbstverstümmelung, um die Versicherungssumme zu kassieren, mit dem Delikt des Versicherungsbetrugs, Art. 642 c.p., das Interesse der Versicherungsgesellschaft geschützt, während Tatobjekt der Körper des Täters ist.

Ebenso ist die „verletzte Person“ grundsätzlich von der Figur des „Geschädigten“, dem *danneggiato*, zu unterscheiden. *Danneggiato* ist derjenige, der durch die Tat einen ermittelbaren sowie ersetzbaren Schaden erlitten hat und deswegen gemäß Art. 74 c.p.p.⁵⁶ als Zivilpartei am Strafprozeß teilnehmen kann.⁵⁷ Eine Einflußnahme auf die Voruntersuchungen, wie sie der *persona offesa* beispielsweise mit dem Widerspruch gegen die Verfahrenseinstellung durch die Staatsanwaltschaft möglich ist, bleibt ihm aber versagt. Allerdings kann die „verletzte Person“ durchaus auch Geschädigter sein.⁵⁸

Wie oben gesehen, ist für die herrschende Meinung allein die gute Verwaltungsführung und die Unparteilichkeit der Verwaltung das durch Art. 323 c.p. geschützte Rechtsgut. Damit ist für ihre Vertreter auch nur die Verwaltung

⁵³ Vgl. Antolisei, *L'offeso ed il danno nel reato*, S. 108 ff.; ders., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 2003, S. 187; Fiandaca/Musco, *Diritto penale, Parte generale*, 2006, S. 150 f.

⁵⁴ Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 2003, S. 188; vgl. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. I, 1981, S. 627; Caraccioli, *Manuale di diritto penale*, S. 664 f.; Fiandaca/Musco, *Diritto penale, Parte generale*, 2006, S. 150 f.

⁵⁵ Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. I, 1981, S. 627; Caraccioli, *Manuale di diritto penale*, S. 664; Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 2003, S. 190; Fiandaca/Musco, *Diritto penale, Parte generale*, 2006, S. 150 f.

⁵⁶ Art. 74 c.p.p. lautet: „L'azione civile per le restituzioni e per il risarcimento del danno di cui all'articolo 185 del codice penale può essere esercitata nel processo penale dal soggetto al quale il reato ha recato danno ovvero dai suoi successori universali, nei confronti dell'imputato e del responsabile civile.“

⁵⁷ Caraccioli, *Manuale di diritto penale*, S. 664; Fiandaca/Musco, *Diritto penale, Parte generale*, 2006, S. 151; Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 2003, S. 190 f.

⁵⁸ Siehe nur Fiandaca/Musco, *Diritto penale, Parte generale*, 2006, S. 151.

allein passives Subjekt des Tatbestands.⁵⁹ Allerdings stellt auch die abweichende Auffassung, die allein die Unparteilichkeit als Rechtsgut ansieht, explizit heraus, daß nach ihr allein die öffentliche Administration passives Subjekt des Amtsmißbrauchs ist. Der Schutz der Unparteilichkeit sei ein Schutz der öffentlichen Verwaltung, die Privatperson sei nur indirekt erfaßt.⁶⁰ Damit könnte letztere allenfalls Geschädigte im Sinne des *codice penale* bzw. des *codice di procedura penale* sein.⁶¹

Wird jedoch der hier vertretenen Auffassung gefolgt, daß im Fall des schädigenden Amtsmißbrauchs neben denen der Verwaltung auch die Interessen der Bürger unmittelbar miteinbezogen sind, ist den Bürgern ebenfalls die Qualität von passiven Subjekten zuzusprechen. Neben die öffentliche Verwaltung tritt daher in solchen Fällen sekundär auch die betroffene Privatperson.⁶² Sie hat dann auch das Recht, Strafantrag gemäß der Art. 120 ff. c.p. zu stellen und sich gegen Einstellung des Verfahrens seitens der Staatsanwaltschaft nach den Art. 408, 410 c.p.p. zu wehren.⁶³

Lediglich scheinbar kontrovers wird auch die Frage einer strafausschließenden Einwilligung⁶⁴ des Bürgers in die ihn schädigende Handlung diskutiert. Generell ist die Strafbefreiung in Art. 50 c.p. geregelt. Danach bleibt derjenige strafflos, der ein Recht verletzt oder in Gefahr bringt und mit Einwilligung der Person handelt, die wirksam über das Recht verfügen kann. Nach der herrschenden Ansicht, die ohnehin nur die Verwaltung als Inhaber des geschützten Rechtsguts sieht, kann eine Einwilligung des Bürgers keinesfalls die Strafbarkeit wegen Amtsmißbrauchs ausschließen.⁶⁵ Zum gleichen Ergebnis kommen aber auch

⁵⁹ Siehe für die Lehre Iadecola, L'abuso d'ufficio, S. 110; Della Monica, La configurabilità del tentativo, S. 153 f.; s. für die Rechtsprechung Cass., Sez. VI, 30.5.1994, Raimundi, Cass. pen., 1996, 2591; Cass., Sez. VI, 7.12.1995, Belloni, Cass. pen., 1996, 2976 f.; Cass., Sez. VI, 9.10.1995, Valente, CED, n. 203326; Cass., Sez. VI, 11.6.1996, Alberti, Cass. pen., 1997, 2731; Cass., Sez. VI, 15.11.1996, Vocca, Cass. pen., 1998, 1623; Cass., Sez. VI, 13.1.1998, Airò, Cass. pen., 1999, 2508.

⁶⁰ Pagliaro/Parodi Giusino, Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2008, S. 272 f.

⁶¹ Siehe nur Cass., Sez. VI, 13.1.1998, Airò, Cass. pen., 1999, 2508; vgl. die Literatur und Rechtsprechung, die in Fn. 59, S. 44, angegeben ist.

⁶² So auch Segreto/De Luca, 1999, S. 488; Benussi, S. 53; Seminara, in: Crespi/Stella/Zuccalà, Art. 323 c.p., I, Rdn. 4; Romano, 2006, Art. 323 c.p., Rdn., 7; bereits sehr früh Riccio, Noviss. dig. it., Vol. I, 107, 109; Manzini, Trattato di diritto penale italiano, Vol. V, 1982, S. 276; in der Rechtsprechung Cass., Sez. VI, 8.4.1998, Vitalone, Cass. pen., 2000, 361 f.; Cass., Sez. VI, 11.11.1998, Infantino, Gazz. giur., 1999, n. 9, 27; Cass., Sez. VI, 11.11.1998, Messineo, Cass. pen., 1999, 3401; Cass., 3.3.1999, Inchingolo, Guida al dir. vom 17.4.1999, Nr. 15, 57; im gleichen Sinne bereits vor der Reform von 1997, Cass., 19.12.1996, Craxi, Giur. it., 1998, I, 132; Cass., Sez. VI, 13.3.1997, Pugliese, Riv. pen., 1997, 1047.

⁶³ Siehe für die Rechtsprechung ebd.

⁶⁴ Siehe generell zu der Einwilligung des passiven Subjekts Manzini, Trattato di diritto penale italiano, Vol. I, 1981, S. 630 ff.

⁶⁵ So bspw. Sabatini, in: Conti, Cp, Art. 323, Nr. 371 S. 323; Infantini, Encicl. Giur., Vol.

die Autoren, die neben der Verwaltung beim schädigenden Amtsmissbrauch den Dritten als passives Subjekt qualifizieren, da letzterer nicht berechtigt seien, über das öffentliche Interesse zu verfügen.⁶⁶ *Pagliari* zufolge ist diese Einschätzung zu rigoros bzw. zu vorschnell. Nach ihm kann die Einwilligung der geschädigten Privatperson sehr wohl das Delikt ausschließen, zwar nicht wie die Einwilligung eines Anspruchsberechtigten im technischen Sinne, aber insofern, daß die zur Erfüllung des Tatbestands erforderlichen Voraussetzungen fehlten. Eine Einwilligung in den Schaden ließe ihn juristisch nicht wie einen solchen erscheinen, und deswegen würde auch die Schädigungsabsicht aus Sicht des handelnden Beamten abnehmen. Gäbe der Bürger seine Einwilligung allerdings in der irrtümlichen Annahme, daß der Beamte sein Amt nicht mißbraucht, sei es unbeachtlich.⁶⁷ Es handelt sich aber nur scheinbar um einen Widerspruch. *Pagliari* unterstreicht ja, daß keine „technische“ Einwilligung gegeben sei, und meint damit den Strafausschluß gemäß Art. 50 c.p.⁶⁸ Tatsächlich ist der Bürger nicht alleiniges passives Subjekt, sondern im Gegenteil nur sekundäres gegenüber dem Staat in Gestalt der öffentlichen Administration. Er kann keinesfalls über das öffentliche Rechtsgut verfügen. Eine Strafflosigkeit aufgrund Art. 50 c.p. scheidet damit von vornherein aus. *Pagliari* hat natürlich recht, daß Art. 323 c.p. nur erfüllt sein kann, wenn alle notwendigen Tatbestandsmerkmale vorliegen. Bezüglich seiner Behauptung, daß kein Schaden gegeben sei, ist zu präzisieren, daß es darauf ankommt, mit Hilfe welchen Ansatzes der Schaden ermittelt wird. Bei einem Vermögensschaden beispielsweise würde eine rein wirtschaftliche Betrachtungsweise trotz eines Einverständnisses zu der Annahme eines Schadens führen. *Pagliari* scheint hier jedoch auf eine juristische Betrachtungsweise abzustellen und insofern wäre sein Einwand berechtigt.⁶⁹ Wird der Eintritt eines Schadens verneint und ist auch kein anderweitiger Vorteil⁷⁰ gegeben, mangelt es an einem Tatbestandserfolg. Art. 323 c.p. wäre nicht erfüllt. In Betracht käme jetzt allerdings eine Strafbarkeit wegen versuchten Amtsmissbrauchs, sofern man den subjektiven Tatbestand erfüllt sieht. Bezüglich dieses Schädigungsvorsatzes wird es weiterhin Tatfrage bleiben, ob er beim handelnden Amtsträger noch gegeben ist oder nicht.⁷¹ Bejaht man hingegen trotz Einverständnisses einen

I, 7.

⁶⁶ Albamonte, Giust. pen., 1973, II, Sp. 379, 381; Segreto/De Luca, S 489; Seminara, in: Art. 323 c.p., I, Rdn. 4; Manzini, Trattato di diritto penale italiano, Vol. V, 1982, S. 282.

⁶⁷ *Pagliari*, Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2000, S. 234; ebenso Parodi Giusino, Noviss. dig. it., Vol. I, 41, 42; siehe nun *Pagliari/Parodi Giusino*, Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2008, S. 273; zustimmend auch Benussi, S. 54 f.

⁶⁸ Auch hervorgehoben bei Parodi Giusino, Noviss. dig. it., Vol. I, 41, 42.

⁶⁹ Ausdrücklich so Parodi Giusino, Noviss. dig. it., Vol. I, 41, 42.

⁷⁰ Seminara, Commento, S. 233, hebt hervor, daß das Handeln trotz der Einwilligung – obwohl ja in der Regel kein Grund mehr für die Tat bestünde, wenn der Täter einen Schaden verursachen wollte – auf mögliche andere Absichten, bspw. einen erstrebten Vorteil, hindeuten könne.

⁷¹ Vgl. zu der Frage eines möglichen Irrtums des Täters über das Vorliegen der objektiven Tatbestandsvoraussetzungen Segreto/De Luca, 1999, S. 489.

Schaden und stellt auch einen entsprechenden Vorsatz beim Amtsträger fest, ist bei Vorliegen sämtlicher anderer Tatbestandsvoraussetzungen unzweifelhaft, daß der Täter wegen Amtsmißbrauchs zu bestrafen ist und folglich die Haltung des Bürgers das Delikt nicht ausschließen kann.

3. Aktives Subjekt

a) Ausweitung des aktiven Subjekts durch die Reform von 1990

Bis zur Reform von 1990 konnte das Delikt des Amtsmißbrauchs nur von einem Amtsträger begangen werden. Diese Beschränkung des Tatbestandes war Gegenstand der Kritik, weil sie für den mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten jegliche strafrechtliche Verantwortung ausschloß.⁷² Das Änderungsgesetz Nr. 86 vom 26. April 1990 hat den Tatbestand des Amtsmißbrauchs schließlich um den mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten als mögliches aktives Subjekt erweitert. Dennoch war dieser Schritt nicht unumstritten.

1965 hatte die *Corte Costituzionale*, entschieden, daß die vom Gesetzgeber gewählte Beschränkung auf den Amtsträger als alleiniges handelndes Subjekt des Amtsmißbrauchs nicht eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung und somit nicht eine Verletzung von Art. 3 Cost. darstellt. Die Legislative habe das Recht, für objektiv unterschiedliche Situationen wie die eines Amtsträgers und die eines mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten unterschiedliche Normen zu erlassen.⁷³ Nach Auffassung des Verfassungsgerichts hätte also die Ausdehnung der Subjektqualität auf den mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten nicht stattfinden müssen. Die ersten Vorschläge zur Reform der Delikte gegen die öffentliche Verwaltung von 1990 sahen tatsächlich auch keine entsprechende Änderung vor.⁷⁴ Erst später schlug ein Ausschuß der parlamentarischen Justizkommission einen Zusatz innerhalb des Amtsmißbrauchs vor, die die Strafbarkeit des mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten auf Fälle der Unterschlagung von Geld und anderen beweglichen Gegenständen beschränkt, sowie für ihn die Strafe herabsetzt. Diese Vorschrift läßt sich dadurch erklären, daß die Überleitung der Figur der Zweckentfremdung (*distrasione*) aus dem Tatbestand der Unterschlagung im Amt (*peculato*; Art. 314 c.p.) in den Amtsmißbrauchs bereits erwartet wurde. Da ein mit einem öffentlichen Dienst Beauftragter schon wegen „Unterschlagung im Amt mittels Zweckentfremdung“ (*peculato per distrasione*) bestraft werden konnte, wäre eine Straflosigkeit für die gleiche Tat

⁷² Bricola, Riv. it. dir. proc. pen., 1966, 985, 998; Stortoni, L'abuso di potere nel diritto penale, Milano, 1976, S. 190; Manzini, Trattato di diritto penale italiano, Vol. V, 1982, S. 272; vgl. Pedrazzi, Riv. it. dir. proc. pen., 1966, 349, 389.

⁷³ Corte Cost., 19.2.1965, n. 7, Riv. it. dir. proc. pen., 1966, 984 f., 995 ff.

⁷⁴ Pisa, Encicl. giur., Vol. I, 3.

unter dem Tatbestand des Amtsmissbrauchs nicht verständlich gewesen.⁷⁵ Die Justizkommission der Abgeordnetenversammlung nahm aber schließlich einen Vorschlag an, der den mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten dem Amtsträger gleichstellt, ohne Einschränkung des strafbaren Verhaltens oder Verringerung der Strafe. Im Senat wurde hingegen zunächst ein Mittelweg zwischen dem Vorschlag des Ausschusses der parlamentarischen Justizkommission und der von letzterer am Ende getroffenen Entscheidung diskutiert, nämlich die Gleichstellung mit dem Amtsträger, was das strafbare Verhalten angeht, allerdings mit einer Reduzierung der Strafe. Zur Diskussion wurde aber auch der vom Parlament angenommene Text wieder vorgelegt.⁷⁶ Der Senator *Battello* begegnete der Befürchtung der Justizkommission des Senats, daß die Gleichsetzung auch die mit öffentlichen Diensten Beauftragten erfassen könnte, die nur geringste Bedeutung im öffentlichen Leben haben, mittels Verweises auf die Formulierung des erwarteten, neuen Art. 358 Abs. 2 c.p., der gerade solche Leistungen aus dem Begriff des öffentlichen Dienstes ausklammert. Dennoch stellte sich der Minister *Vassalli* gegen die vorgeschlagene Änderung, da sie letztlich eine Ausweitung der Strafbarkeit bedeuten würde, die gerade durch die angestrebte Reform verhindert werden solle. Senator *Gallo* erwiderte dem, daß aus der Sicht der Geschädigten ein von einem mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten begangener Amtsmissbrauch sogar inakzeptabler erscheinen könne als die vom Amtsträger verübte Übertretung.⁷⁷ Die Befürworter der Aufnahme des mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten in den Tatbestand des Art. 323 c.p. konnten sich schließlich auch im Senat durchsetzen. Diese Ausweitung erklärt auch die gleichzeitige Umformulierung von „Mißbrauch der den Funktionen anhaftenden Befugnisse“ (*abuso dei poteri inerenti alle funzioni*) in „Mißbrauch des Amtes“ (*abuso di ufficio*). Ein mit einem öffentlichen Dienst Beauftragter hat nach italienischer Terminologie keine Funktionen inne, sondern nur der Amtsträger.⁷⁸

Der überwiegende Teil der Rechtslehre stimmt der Ausweitung des Täterkreises zu.⁷⁹ Oft wird ins Feld geführt, daß schwerwiegende Mißbräuche auch von den mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten begangen würden.⁸⁰ Der Schutz der Rechtsgüter verlange deshalb ebenfalls seine Bestrafung, wenn er seine Befugnisse mißbraucht.⁸¹ Darüber hinaus wird, wie schon gesehen, argumentiert, daß

⁷⁵ Pisa, Encicl. giur., Vol. I, 4; vgl. Piemontese, S. 16.

⁷⁶ Senato, Res. sten., Sitzung vom 05.04.1990, 52 ff.

⁷⁷ Senato, Res. sten., Sitzung vom 05.04.1990, 57.

⁷⁸ Pisa, Encicl. giur., Vol. I, 4; Benussi, S. 26.

⁷⁹ Siehe u.a. Iadecola, La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A., S. 66 f.; Pagliaro/Parodi Giusino, Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2008, S. 274; Seminara, Riv. it. dir. proc. pen., 1992, 562, 570 ff.; Rampioni, L'abuso di ufficio, S. 112 f.; Parodi Giusino, Dig. discipl. pen., Vol. VI, Appendice, 587, 589.

⁸⁰ Di Benedetto, Diritto penale, S. 933; Piemontese, S. 16.

⁸¹ Pagliaro/Parodi Giusino, Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2008, S. 274;

die Figur der Unterschlagung im Amt mittels Zweckentfremdung in Art. 314 c.p. für den mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten bereits unter Strafe gestellt war. Nun, da das Verhalten vom neuen Amtsmissbrauch erfaßt werden sollte, sei die Ausweitung des Tatsubjekts erforderlich gewesen.⁸²

Zum Teil wird aber kritisiert, daß die durch die Erweiterung erforderlich gewordene Umformulierung des strafbaren Verhaltens begrifflich zu unbestimmt sei.⁸³ Darüber hinaus handele es sich um eine unangemessene Ausdehnung der Strafbarkeit auch auf Verhaltensweisen, die einen wesentlich geringeren Unrechtsgehalt als die von Amtsträger begangenen Mißbräuche besäßen.⁸⁴

b) Vorbemerkung zur Bestimmung der Begriffe „Amtsträger“ und „mit einem öffentlichen Dienst Beauftragter“

Zur Bestimmung, wann eine Person als Amtsträger oder mit einem öffentlichen Dienst Beauftragter anzusehen ist, stehen sich in der italienischen Literatur und Rechtsprechung zwei grundsätzliche Theorien gegenüber.⁸⁵ Die sogenannte subjektive Theorie verlangt ein Anstellungsverhältnis der Person beim Staat oder bei einer öffentlichen Einrichtung.⁸⁶ Die objektive Ansicht hingegen stellt unabhängig von einer formellen Ernennung lediglich auf das tatsächliche Ausüben einer öffentlichen Funktion ab.⁸⁷ Die Legaldefinitionen des Amtsträgers und des mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten in Art. 357 und Art. 358

Piemontese, S. 16; s. bereits Scarpa, *L'abuso di ufficio*, S. 55.

⁸² Parodi Giusino, *Dig. discipl. pen.*, Vol. VI, Appendice, 587, 589; Benussi, S. 26; Pagliaro/Parodi Giusino, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2008, S. 274; Seminaro, *Commento*, S. 231; vgl. Piemontese, S. 16.

⁸³ Picotti, *Il dolo specifico*, S. 276 f.; ders., *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1992, 263, 267 ff.; Stortoni, *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, 707, 718 f., der die Erweiterung gänzlich ablehnt.

⁸⁴ Stortoni, *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, 707, 719.

⁸⁵ Vgl. auch Pinucci, *Le qualifiche soggettive*, S. 6 ff.

⁸⁶ Manzini, *Trattato di diritto penale*, Vol. V, 1950, S. 5 f.

⁸⁷ Nuvolone, *Riv. it. dir. pen.*, 1940, 42, 44; Crespi, *Riv. it. dir. pen.*, 1950, 417, 422; Marini, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, 567, 568 f.; Malinverni, *Noviss. dig. it.*, Vol. XIV, 1967, 557, 562; Guarino, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 3, 5 f.; Maggiore, *Diritto penale*, Vol. , Tomo I, 1950, S. 111; vgl. Ramacci, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 861, 873 ff.; Vinciguerra, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 594, 595 ff.; Levi, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, S. 29 f.

c.p. in der Fassung vor 1990⁸⁸ spiegelten beide Theorien wieder.⁸⁹ So sah Art. 357 Nr. 1 c.p. die Angestellten des Staates oder einer anderen öffentlichen Einrichtung, die eine öffentliche Funktion legislativer, administrativer oder gerichtlicher Art ausüben, als Amtsträger, *pubblici ufficiali*, an. Hier wurde mit dem Angestelltenverhältnis die subjektive Theorie, mit dem Ausüben der öffentlichen Funktion die objektive Theorie ausgedrückt. Nach Art. 357 Nr. 2 c.p. war jede andere Person, die die gleiche öffentliche Funktion in welcher Form auch immer ausübt, ein Amtsträger im Sinne des Strafgesetzes. Hier kam ausschließlich die objektive Theorie zum Tragen.⁹⁰ Genau genommen hebelte Absatz 2 sogar das subjektive Kriterium des ersten Absatzes aus, denn er war durch die Formulierung „jede andere Person“ viel umfassender gehalten.⁹¹ Entsprechendes galt für den mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten, *incaricato di un pubblico servizio*, gemäß Art. 358 c.p.⁹²

Das Nebeneinander beider Ansätze hatte in der Rechtsprechung zu einer Reihe widersprüchlicher Entscheidungen geführt.⁹³ Dies veranlaßte einen Teil der Literatur, auf die Neuformulierung der Begriffe des Amtsträgers und des mit

⁸⁸ Art. 357 c.p. lautete vor dem 26. April 1990: „*Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali:*

- 1) gli impiegati dello Stato o di un altro ente pubblico che esercitano, permanentemente o temporaneamente, una pubblica funzione legislativa, amministrativa o giudiziaria;
- 2) ogni altra persona che esercita, permanentemente o temporaneamente, gratuitamente o con retribuzione, volontariamente o per obbligo, una pubblica funzione, legislativa, amministrativa o giudiziaria.“

Art. 358 c.p. in der Fassung vor der Reform lautete: „Agli effetti della legge penale, sono persone incaricate di un pubblico servizio:

- 1) gli impiegati dello Stato, o di un altro ente pubblico, i quali prestano, permanentemente o temporaneamente, un pubblico servizio;
- 2) ogni altra persona che presta, permanentemente o temporaneamente, gratuitamente o con retribuzione, volontariamente o per obbligo, un pubblico servizio.“

⁸⁹ Picotti, Riv. trim. dir. pen. econ., 1992, 263, 270; vgl. Pagliaro, Dir. pen., proc., 1995, 975, 978.

⁹⁰ Vinciguerra, Riv. it. dir. proc. pen., 1966, 594, 597; Ramacci, Riv. it. dir. proc. pen., 1965, 861, 873; vgl. Guarino, Riv. it. dir. proc. pen., 1967, 3, 5; vgl. Malinverni, Noviss. dig. it., Vol. XIV, 1967, 557, 562.

⁹¹ Das hebt Malinverni, Noviss. dig. it., Vol. XIV, 1967, 557, 562 deutlich hervor; das deutet auch Pagliaro, L'indice pen., 1989, 27 an; vgl. Levi, Delitti contro la pubblica amministrazione, S. 29.

⁹² Vinciguerra, Riv. it. dir. proc. pen., 1966, 594, 597; D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1997, S. 28 f.

⁹³ Siehe bspw. die Entscheidungen zu Aktivitäten der öffentlichen Einrichtungen im Wirtschaftsbereich und die der Gesellschaften mit Staatsbeteiligung: Cass., Sez. VI, 11.7.1985, Iannarelli, Riv. it. dir. proc. pen., 1987, 168; Cass., Sez. VI, 13.8.1986, Morgante, Cass. pen., 1987, 1531; Cass., Sez. VI, 27.4.1988, Giordano, Riv. pen., 1990, 181; Cass., Sez. VI, 20.2.1989, Radicati, Riv. pen., 1990, 787; Cass., Sez. , 23.6.1989, Bernabei, Riv. it. dir. proc. pen., 1991, 266; s. auch Severino Di Benedetto, Riv. it. dir. proc. pen., 1989, 1165, 1166 ff. m.w.N. zu einer widersprüchlichen Rechtsprechung.

einem öffentlichen Dienst Beauftragten zu drängen.⁹⁴ Dennoch sahen die Reformvorschläge des Parlaments während der neunten Legislaturperiode keine Änderung von Art. 357 und Art. 358 c.p. vor. Die Debatte darüber setzte erst später ein.⁹⁵ Der Vorschlag der Justizkommission der *Camera dei deputati* entsprach dann nahezu den Definitionen, die *Severino di Benedetto* während eines Seminars vorgestellt hatte, das vom *Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali di Siracusa* vom 16. bis 19. Oktober 1986 organisiert worden war.⁹⁶

Das Gesetz, Nr. 86, vom 26. April 1990 gestaltet schließlich nicht nur die Amtsdelikte um, sondern definiert in den Art. 17 und 18 auch die Begriffe des Amtsträgers und des mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten neu. Nach seiner Änderung bestimmt Art. 357 I c.p.⁹⁷, daß Amtsträger im Sinne des Strafgesetzes diejenigen sind, die eine legislative, judikatorische oder administrative öffentliche Funktion ausüben. Auch im zweiten Absatz wird auf ein Anstellungsverhältnis verzichtet. Folglich hat sich der Gesetzgeber allein für die objektive Theorie entschieden.⁹⁸ Gleiches gilt für den Art. 358 c.p.⁹⁹, dessen

⁹⁴ Vgl. Severino Di Benedetto, La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione, S. 29, 31 ff.; dies., Riv. it. dir. proc. pen., 1989, 1165, 1169 ff.; s. auch ganz kritisch Antolisei, Manuale di diritto penale, Parte speciale, Vol. II, 1986, S. 757 ff., 763, der es für einen großen Fehler des Gesetzgebers hält, die Unterscheidung zwischen Amtsträgern und mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten überhaupt in das Strafgesetzbuch eingeführt zu haben, und der sich in einer Reform die Rückkehr zur einheitlichen Figur des *pubblico ufficiale* oder noch besser *funzionario pubblico* des *Codice Zarnadelli* erhofft; dementsprechend enttäuscht zeigt sich derselbe Autor in den der Reform der Amtsdelikte von 1990 nachfolgenden Auflagen, s. nur Antolisei, Manuale di diritto penale, Parte speciale, Vol. II, 2000, S. 286.

⁹⁵ Siehe die Berichterstattung von Prof. *Pagliari* vom 12.7.1988 an die Justizkommission der Abgeordnetenkammer *Pagliari*, L'indice pen., 1989, 27 ff.

⁹⁶ Severino Di Benedetto, La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione, S. 58.

⁹⁷ Text des Art. 357 c.p.: „*Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione, legislativa, giurisdizionale o amministrativa. Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi.*“

⁹⁸ Russo, Il nuovo abuso di ufficio, S. 11; Palazzo, Riv. it. dir. proc. pen., 1990, 815, 818; Severino Di Benedetto, Dig. discipl. pen., Vol. X, 508, 513; Picotti, Riv. trim. dir. pen. econ., 1992, 263, 267; D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1997, S. 23; Benussi, S. 27 f.; so auch ausdrücklich einige Entscheidungen des obersten Gerichts, s. bspw. Cass., Sez. un., 27.5.1992, Delogu, Cass. pen., 1992, 2718, 2721; Cass., Sez. V, 6.6.1991, Isola, Cass. pen., 1992, 2084; Cass., Sez. V, 6.6.1991, Toso, Cass. pen., 1992, 69; Cass., Sez. VI, 9.3.1992, Ginghamli, Giust. pen., 1992, II, Sp. 595.

⁹⁹ Text des Art. 358 c.p.: „*Agli effetti della legge penale, sono incaricati di un pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio. Per pubblico servizio deve intendersi un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di questa ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di*

Formulierung in Absatz 1 „mit welchem Titel auch immer“ (der öffentliche Dienst geleistet wird) die Wahl des Gesetzgebers verdeutlicht, auf jegliches Abhängigkeitsverhältnis zum Staat oder anderer öffentlicher Einrichtung zu verzichten.¹⁰⁰

Das handelnde Subjekt des *abuso di ufficio* ist somit durch die Legislative bestimmt. Es unterliegt nur der eventuellen Revision von Art. 357 und Art. 358 c.p.¹⁰¹ – wie 1990 geschehen.

c) Begriff des Amtsträgers

aa) Art. 357 Abs. 1 c.p.

Der heute geltende Art. 357 Abs. 1 c.p. sieht in jedem, der eine öffentliche Funktion legislativer, judikatorischer oder administrativer Art ausübt, einen Amtsträger im Sinne des Strafgesetzes.

Der Text des Gesetzes von 1990 sah in Absatz 1 anstatt der bisherigen Formulierung „justiziäre“ (*giudiziaria*) nun „jurisdiktionale“ (*giurisdizionale*) öffentliche Funktion vor. Mit der Änderung erhoffte sich die Legislative eine genauere Abgrenzung zur administrativen Funktion.¹⁰² Folge war jedoch, daß zum Teil die „jurisdiktionale“ Funktion wie eine lediglich richterliche Funktion interpretiert und damit aus ihrem Bereich nicht nur die Tätigkeiten der Gerichtsschreiber, Sekretäre und Justizbeamten ausgeschlossen wurden, sondern auch die des Staatsanwalts. Gemäß dieser Interpretation konnte staatsanwaltliches Arbeiten daher nur dann als öffentliche Funktion qualifiziert werden, wenn es eine administrative Funktion nach Maßgabe des Art. 357 Abs. 2 c.p. darstellte.¹⁰³ Der wohl überwiegende Teil der Rechtslehre und der Rechtsprechung hingegen

opera meramente materiale.“

¹⁰⁰ Benussi, S. 28; Severino Di Benedetto, *Le nuove definizioni*, S. 344; vgl. Fiandaca/Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2002, S. 175; Fiorella, *Encicl. dir.*, Vol. XLV, 563, 566.

¹⁰¹ Pisa, *Encicl. giur.*, Vol. I, 3.

¹⁰² Bertoni, *Cass. pen.*, 1991, 870, 875; Severino Di Benedetto, *Dig. discipl. pen.*, Vol. X, 508, 512.

¹⁰³ So bspw. D’Avirro, *L’abuso di ufficio*, 1997, S. 24 f. Eine Sichtweise, der der Senator Battello als Mitglied des zuständigen Komitees der Zweiten Ständigen Justizkommission des Senats in der *Relazione sul Disegno di Legge* n. 2078, 15 f. (*Atti Senato*) mit dem Verweis auf Art. 107 Abs. 4 Cost. begegnete. Diese Verfassungsbestimmung stellt fest, daß der Staatsanwalt (*pubblico ministero*) die Garantien genießt, die ihm die Gerichtsverfassung (*ordinamento giudiziario*) zubilligt. Dadurch ist klargestellt, daß der *pubblico ministero* dem Justizbereich zuzuordnen ist. Art. 107 Abs. 4 Cost. lautet: „*Il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull’ordinamento giudiziario.*“

betrachtete die neue Formulierung schlicht als unangemessen.¹⁰⁴ Um jegliche Zweifel über die Interpretation auszuschließen, entschloß sich der Gesetzgeber mit dem Gesetz Nr. 181 vom 7. Februar 1992, die ursprüngliche Formulierung des *Codice Rocco* wiederaufzugreifen und das Adjektiv „jurisdiktional“ durch „justiziär“ zu ersetzen.¹⁰⁵

bb) Art. 357 Abs. 2 c.p.

Zunächst ist festzustellen, daß der Gesetzgeber in Absatz 2 lediglich die administrative Funktion definiert und die legislative sowie judikatorische übergeht. Nach *Severino Di Benedetto* erscheint dies dadurch gerechtfertigt, daß letztere Funktionen schon aus sich heraus eine hinreichend homogene Kennzeichnung aufwiesen, die es erlaube, sowohl ihren Inhalt als auch die ihnen zugehörigen Subjekte zu bestimmen. Die der Reform vorangegangenen Debatten hätten verdeutlicht, daß hingegen die administrative Funktion ohne eine gesetzliche Definition eine solche Bestimmung und Eingrenzung nicht zulasse; insbesondere mit Blick auf die progressive Multiplikation von Modellen und Sektoren öffentlicher Verwaltung, in denen sich öffentliches und privates Handeln überschneiden.¹⁰⁶

Der zweite Absatz beschreibt, daß die administrative Funktion dann öffentlich ist, wenn sie von Normen des öffentlichen Rechts und autoritativen Akten geregelt wird sowie durch die Bildung und Manifestierung des Willens der öffentlichen Verwaltung oder durch ihren Ablauf mittels autoritativen oder

¹⁰⁴ Fiandaca/Musco, *Diritto penale*, Parte speciale, Appendice, 1991, S. 6; Severino Di Benedetto, *Le nuove definizioni*, S. 343; Benussi, S. 31, Fn. 52; vgl. Vinciguerra, *Giur. it.*, 1992, IV, Sp. 24, 29; für die Rechtsprechung siehe Cass., Sez. VI, 17.5.1994, Calamai, *Riv. pen.*, 1995, 974; s. zum Ganzen, auch zur Vorgeschichte ausführlich Bertoni, *Cass. pen.*, 1991, 870, 875 ff., der schließlich auch auf Art. 4 der Gerichtsverfassung verweist, der sämtliche Personen auflistet, die der Justiz (*ordine giudiziario*) angehören, u.a. auch die Staatsanwälte. Art. 4 der Gerichtsverfassung lautet: „*L'ordine giudiziario è costituito dagli uditori, dai giudici di ogni grado delle Preture, dei Tribunali ordinari e delle Corti e dai magistrati del pubblico ministero.*“

Appartengono all'ordine giudiziario come magistrati onorari, i giudici di pace, i vice pretori, i vice procuratori, gli esperti della magistratura del lavoro nell'esercizio delle loro funzioni giudiziarie.

Il personale delle cancellerie e segreterie giudiziarie di ogni gruppo e grado fa parte dell'ordine giudiziario.

Gli ufficiali giudiziari sono ausiliari dell'ordine giudiziario.“

¹⁰⁵ Severino Di Benedetto, *Dig. discipl. pen.*, Vol. X, 508, 513; dies., *Commento agli artt. 357-358 c.p.*, S. 460; Russo, *Il nuovo abuso di ufficio e gli altri reati contro la pubblica amministrazione*, S. 15; Benussi, S. 31, Fn. 52; vgl. Pinucci, *Le qualifiche soggettive*, S. 26 f.; s. insgesamt zu dem Änderungsgesetz Severino Di Benedetto, *Legisl. pen.*, 1992, Nr. 3, 445 ff.

¹⁰⁶ Severino Di Benedetto, *Dig. discipl. pen.*, Vol. X, 508, 514.

zertifizierenden Machtbefugnissen gekennzeichnet ist.¹⁰⁷ Hierin befindet sich sowohl die „externe“ Abgrenzung von öffentlicher Funktion und privatem Handeln als auch die „interne“ Unterscheidung zwischen öffentlicher Funktion und öffentlichem Dienst.¹⁰⁸

(1) „Externe“ Abgrenzung zum privaten Handeln

Mit den Kriterien, die Art. 357 Abs. 2 c.p. zur Bestimmung einer öffentlichen Funktion aufstellt, läßt sich gleichzeitig auch zwischen den Bereichen privaten und öffentlichen Handelns unterscheiden.

(a) Ausgangspunkt: Konkrete Tätigkeit

Für die Qualifizierung einer administrativen Funktion als öffentlich ist entscheidend, daß die konkrete Tätigkeit von Normen des öffentlichen Rechts und autoritativen Handlungen geregelt ist.¹⁰⁹ Die Rechtsnatur der betreffenden Verwaltung ist dagegen nicht ausschlaggebend, zumal die Aktivitäten einer öffentlichen Einrichtung nicht immer durch öffentliches Recht geregelt sind.¹¹⁰ Es kommt auch deshalb auf das konkrete Tätigwerden an, weil sich das einschlägige Recht mit dem handelnden Subjekt ändern kann.¹¹¹

Umstritten ist allerdings die Frage, ob der öffentlichrechtliche Charakter einer administrativen Funktion durch die rechtliche Natur der Aktivität der betreffenden Verwaltungseinrichtung in ihrer Gesamtheit¹¹² oder durch die des einzelnen Moments bestimmt wird.¹¹³ Letztere Ansicht hätte zur Folge, daß die gleiche Person einmal als Amtsträger, einmal als mit einem öffentlichen Dienst Beauftragter oder auch als Privatperson anzusehen wäre; je nachdem, ob sie gerade mit autoritativen oder zertifizierenden Befugnissen handelt bzw. an der Bildung

¹⁰⁷ Unter autoritativen Befugnissen sind Kompetenzen der Behörde im übergeordneten Verhältnis zum Bürger zu verstehen. Die zertifizierenden Befugnisse lassen sich vereinfacht als beurkundende Kompetenzen bezeichnen. Dazu genauer unter B.I.3.c)bb)(2)(b), S. 57.

¹⁰⁸ D’Avirro, L’abuso di ufficio, 1997, S. 25; Severino Di Benedetto, *Legisl. pen.*, 1990, Nr. 3, 335, 338; dies., *Dig. discipl. pen.*, Vol. X, 508, 514; Benussi, S. 31.

¹⁰⁹ Benussi, S. 28; Severino Di Benedetto, *Commento agli artt. 357-358 c.p.*, S. 461; dies., *Dig. discipl. pen.*, Vol. X, 508, 514; Vinciguerra, *Giur. it.*, 1992, IV, Sp. 24, 29 f.; vgl. Fiorella, *Encicl. dir.*, Vol. XLV, 563, 568.

¹¹⁰ Benussi, S. 28 f., der im Besonderen auf den Bereich der Wirtschaftsverwaltung verweist; ähnlich zum Art. 357 I c.p. Severino Di Benedetto, *Dig. discipl. pen.*, Vol. X., 508, 513.

¹¹¹ Severino Di Benedetto, *Le nuove definizioni*, S. 344.

¹¹² So Cass., Sez. VI, 7.5.1991, *Petrone*, *Giust. pen.*, 1992, Sp. 86; Cass., Sez. VI, 5.2.1991, *Dilavanzo*, *Riv. pen.*, 1992, 425; wohl auch *Del Corso*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1560, 1586.

¹¹³ So Cass., Sez. VI, 16.12.1994, *Seri*, *Cass. pen.*, 1996, 3324; Cass., 23.9.1993, *Brigati*, *Cass. pen.*, 1995, 1855; Cass., Sez. VI, 20.1.1992, *Cerciello*, *Giust. pen.*, 1992, II, Sp. 440; Fiorella, *Encicl. dir.*, Vol. XLV, 563, 566 f.

oder Manifestierung des Willens der öffentlichen Verwaltung beteiligt ist, oder ob sie nicht solche Mittel einsetzt, oder schließlich ob sie reine Hilfsdienste leistet.¹¹⁴ Auch wenn die Lösung auf den ersten Blick ungewöhnlich erscheint, ist ihr der Vorzug vor der erstgenannten Auffassung zu geben, auch weil diese die Gefahr in sich birgt, allein auf die Rechtsnatur der Verwaltungseinheit und eben nicht auf die konkrete Tätigkeit abzustellen.¹¹⁵

(b) *Abgrenzungskriterium: Öffentliches Recht*

Grundlegend für die Anwendung des zweiten Absatzes ist die Bestimmung von öffentlichem Recht bzw. seine Abgrenzung zum Privatrecht.¹¹⁶ Diese Unterscheidung kann im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht vorgenommen werden. Verwiesen sei nur auf den Vorgehensweise von *Severino Di Benedetto*.¹¹⁷ Sie wendet eine relativ einfache Methode an, um sich im Einzelfall der Lösung zu nähern. Mittels eines negativen Ansatzes schließt sie öffentliches Recht in den Fällen aus, in denen eindeutig eine privatrechtliche Regelung gegeben ist, beispielsweise bei einem unzweifelhaft privatrechtlichen Vertrag. Mittels eines positiven Ansatzes wird öffentliches Recht dort festgestellt, wo Akte ohne besondere Schwierigkeiten ihren öffentlichen Charakter zu erkennen geben, vor allem autoritatives und zertifizierendes Handeln. Als Beispiele führt *Severino Di Benedetto* u.a. den Status betreffende Maßnahmen sowie die Konzessionierung, Lizenzierung und Genehmigung an. Erst wenn keiner der beiden Ansätze zu einem Ergebnis führt, sollen ihrer Ansicht nach interpretatorische Kriterien herangezogen werden. Hierbei bevorzugt sie, dann eine Norm als öffentlichrechtliche Vorschrift zu qualifizieren, wenn deren Sanktionsmechanismus durch eine Behörde in Gang gesetzt wird.¹¹⁸

Allerdings sind die Vorschläge der Literatur für entsprechende Merkmale äußerst zahlreich.¹¹⁹

¹¹⁴ Benussi, S. 30.

¹¹⁵ Fiorella, Encicl. dir., Vol. XLV, 563, 567.

¹¹⁶ Severino Di Benedetto, Dig. discipl. pen., Vol. X, 508, 515; vgl. D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1997, S. 25 f.

¹¹⁷ Severino Di Benedetto, Legisl. pen., 1990, Nr. 3, 335, 339 f.; dies., Le nuove definizioni, S. 347 f.; Severino Di Benedetto, Dig. discipl. pen., Vol. X, 508, 515.

¹¹⁸ Severino Di Benedetto, I delitti contro la pubblica amministrazione, S. 68 ff. sowie S. 77 ff. ausführlich zum Kriterium des Sanktionsmechanismus S. 77 ff.; dies., Le nuove definizioni, S. 348; dies., Dig. discipl., pen., Vol. X, 508, 515; dagegen Del Corso, Riv. it. dir. proc. pen., 1989, 1036, 1070 ff.; Fiandaca/Musco, Diritto penale, Parte speciale, Appendice, 1991, S. 9.

¹¹⁹ So finden sich bspw. weitere Kriterien u.a. bei Bertoni, Cass. pen., 1991, 870, 882 (Überlegenheit), Guarino, Riv. it. dir. proc. pen., 1967, 3, 11 f. (gebundenes Subjekt); Del Corso, Riv. it. dir. proc. pen., 1989, 1036, 1071 ff. (unterschiedliche Funktionsweise).

(c) Abgrenzungskriterium: Autoritative Handlungen

Die Einbeziehung der „autoritativen Handlungen“ zur Qualifizierung einer Tätigkeit als öffentliche administrative Funktion hat einige Irritationen hervorgerufen. Für manche erscheint die Formulierung schon deshalb verfehlt, weil Handlungen grundsätzlich Ausdruck einer Aktivität seien und von ihr ausgingen, also nicht dieselbe regeln könnten.¹²⁰ Allerdings muß dieser Einwand nicht überzeugen, da es sich ja um zwei unterschiedliche Tätigkeiten handeln könnte: Die Tätigkeit der höherrangigen Ebene, beispielsweise die eines Vorgesetzten, regelt die Aktivität der nachrangigen durch autoritative Anordnungen. Ein weiterer Einwand ist, daß das Merkmal – falsch verstanden – auch als überflüssig angesehen werden könne, da autoritative Akte stets zum öffentlichen Recht, dem ersten Merkmal in Absatz 2, zu rechnen seien.¹²¹

Es ist jedoch ratsam, sich zunächst der Auslegung der ersten Hälfte des zweiten Absatzes von Art. 357 c.p. zuzuwenden. Zwei Interpretationsmöglichkeiten bieten sich hier an. Zum einen könnten die Kriterien „Normen des öffentlichen Rechts“ und „autoritative Handlungen“ alternativ zu lesen sein.¹²² Dann wäre die Vorschrift dahingehend zu verstehen, daß die autoritative Maßnahme als solche die ihr unterworfenen Tätigkeit als öffentliche Funktion qualifiziert.¹²³ Hiergegen werden Kontrollfunktionen mit der Befugnis zum Erlaß autoritativer Akte ins Feld geführt, wie sie zum Beispiel die Bank von Italien gegenüber einigen privaten Gesellschaften innehat.¹²⁴ Während die Kontrolle eindeutig den Charakter öffentlicher Verwaltung trage, sei ebenso offensichtlich, daß sich die Aktivitäten dieser kontrollierten Gesellschaften weiterhin im privatrechtlichen Bereich abspielten.¹²⁵ Die zweite Auslegungsmöglichkeit eröffnet sich, wenn die Kriterien kumulativ verstanden werden: Sowohl das Merkmal der öffentlichrechtlichen Normen als auch das der autoritativen Akte müssen gegeben sein.¹²⁶ Werden neben den öffentlichrechtlichen Normen auch die autoritativen Akte gefordert, dient dies der Spezifizierung des ersten Kriteriums, dient also zur Eingrenzung des öffentlichen Rechts.¹²⁷ Nur solche Normen, die durch

¹²⁰ Benussi, S. 33 mit Verweis auch auf die Vorbehalte des Justizministers *Vassalli* in der Senatssitzung vom 5.4.1990.

¹²¹ So Fiandaca/Musco, *Diritto penale, Parte speciale, Appendice*, 1991, S. 8, 10; Severino Di Benedetto, *Commento agli artt. 357-358 c.p.*, S. 467.

¹²² So Fiandaca/Musco, *Diritto penale, Parte speciale, Appendice*, 1991, S. 8.

¹²³ Dies kritisierend Russo, *Il nuovo abuso di ufficio*, S. 18.

¹²⁴ Severino Di Benedetto verweist auf die Art. 9 ff. des Gesetzes vom 4.6.1985, Nr. 281 (*Gazz. Uff.*, 18.6.1985, n. 142, Serie gen.). Zwischenzeitlich wurde die Materie vom „testo unico bancario“, d.lgs. 1.9.1993, n. 385 (*Gazz. Uff.*, 30.9.1993, n. 230, Suppl. ord.) geregelt.

¹²⁵ Severino Di Benedetto, *Dig. discipl. pen.*, Vol. X, 508, 517; dies., *Le nuove definizioni*, S. 350; ebenso Benussi, S. 34.

¹²⁶ Severino Di Benedetto, *Dig. discipl. pen.*, Vol. X, 508, 517; vgl. Benussi, S. 34 ff.

¹²⁷ Benussi, S. 34 ff.

besondere öffentliche Autorität gekennzeichnet sind, können eine administrative Funktion zu einer öffentlichen Funktion werden lassen.¹²⁸ Dadurch läßt sich auch dem eingangs erwähnten Einwand begegnen, daß die Einbeziehung der autoritativen Akte in Absatz 2 überflüssig sei, da diese Kategorie von Handlungen sich eindeutig dem öffentlichen Recht zuordnen ließe.¹²⁹ Diese Lösung hat zudem den Vorteil, den öffentlichen und privaten Bereich besser abzugrenzen und die eben gesehenen Unsicherheiten zu vermeiden, die sich aus einer „alternativen Auslegung“ ergeben würden.¹³⁰

Das Miteinander beider Merkmale entspricht anscheinend auch der Intention der Legislative, die mit Art. 4 des Gesetzes Nr. 181 vom 7. Februar 1992 zwar u.a. sehr wohl das „und“ zwischen autoritativen und zertifizierenden Befugnissen am Ende des Satzes gegen ein „oder“ austauschte, das „und“ zwischen den Normen des öffentlichen Rechts und den autoritativen Akten trotz der Diskussion jedoch bestehen ließ.¹³¹

(2) „Interne“ Abgrenzung zum öffentlichen Dienst

Art. 357 Abs. 2 c.p. enthält Merkmale, die der öffentlichen administrativen Funktion zu eigen sind, die diese insofern vom öffentlichen Dienst unterscheiden und die somit auch der Abgrenzung des Amtsträgers zu dem mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten dienen.¹³² Der Gesetzgeber hat sich hierzu dreier Kriterien bedient, die zuvor durch Rechtsprechung und Rechtslehre entwickelt worden waren.¹³³ Öffentliche administrative Funktion zeichnet sich gemäß Art. 357 Abs. 2 c.p. durch die Bildung und Manifestierung des Willens der öffentlichen Verwaltung oder durch ihren Ablauf mittels autoritativer oder zertifizierender Befugnisse aus. Das von der Literatur zum Teil auch verwendete Kriterium der Repräsentationskompetenzen¹³⁴ fand dagegen keinen Eingang in den Gesetzestext – nach überwiegender Auffassung, weil es einerseits widersprüchlich und andererseits untrennbar mit dem subjektiven Merkmal eines Abhängigkeitsverhältnisses zu einer staatlichen oder sonst öffentlichrechtlichen Einrichtung verbunden ist.¹³⁵

¹²⁸ Vgl. Bertoni, Cass. pen., 1991, 870, 882.

¹²⁹ Vgl. Severino Di Benedetto, Le nuove definizioni, S. 350, Fn. 29.

¹³⁰ Benussi, S. 35 f.

¹³¹ So auch Severino Di Benedetto, Dig. discipl. pen., Vol. X, 508, 518.

¹³² Vgl. Romano, 2002, Art. 357 c.p., Rdn. 28.

¹³³ Siehe nur Antolisei, Manuale di diritto penale, Parte speciale, Vol. II, 1986, S. 761 ff.; Severino Di Benedetto, Le nuove definizioni, S. 350. Vgl. Cass., Sez. V, 22.04.1981, Antonelli, RV149697; Cass., Sez. VI, 20.02.1981, Glaser, RV148796; Cass., Sez. VI, 16.04.1975, Codispoti, RV130449.

¹³⁴ Malinverni, Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio nel diritto penale, S. 5 ff.

¹³⁵ So bereits vor der Reform Severino di Benedetto, Riv. it. dir. proc. pen., 1989, 1165, 1173.

(a) *Abgrenzungskriterium: Bildung und Manifestierung des Willens der öffentlichen Verwaltung*

Die Voraussetzung der Bildung und Manifestierung des Willens der öffentlichen Verwaltung bezieht sich auf die Akte, die Ausdruck von Entscheidungsbefugnissen mit rechtlicher Außenwirkung sind.¹³⁶

Von einem Teil der Literatur wird das Merkmal jedoch aus verschiedenen Gründen kritisiert. Es sei nicht erkennbar, welchen Grad die Beteiligung des Handelnden an der Bildung und Manifestierung des öffentlichen Willens erreichen muß.¹³⁷ Manche lehnen überhaupt die kumulative Verwendung der Begriffe Bildung und Manifestierung ab, da es sich um zwei verschiedene Phasen des Entscheidungsprozesses handle. So sei die Willensbildung eine rein verwaltungsinterne Phase, während die Willensäußerung sich nach außen richte. Das drücke sich oft in unterschiedlichen Zeitpunkten, Funktionen und Organen aus.¹³⁸ Gerade bei Verwaltungsverfahren mit Beteiligung mehrerer Organe sei die Norm daher nicht anwendbar, es sei denn, man ließe einen Beitrag zu einem der beiden Teile des Prozesses ausreichen.¹³⁹ Schließlich wird hervorgehoben, daß der Bezug auf die öffentliche Verwaltung, deren Willen zur Debatte steht, letztlich doch ein „subjektives“ Element¹⁴⁰ im Art. 357 c.p. bedeute, da die Öffentlichkeit der Einrichtung zuvor festgestellt werden müsse. Hierbei müßte unweigerlich auf die Rechtsnatur der Einrichtung zurückgegriffen werden.¹⁴¹

(b) *Abgrenzungskriterium: Autoritative oder zertifizierende Befugnisse*

Das Merkmal der autoritativen Befugnisse (*poteri autoritativi*) nimmt Bezug auf die im Italienischen sogenannten Herrschaftsbefugnisse (*poteri di imperio*). Hierunter fallen nicht nur die klassischen Zwangsmaßnahmen, sondern jegliche Aktivität, die Ausdruck einer Überlegenheit gegenüber dem Bürger ist, welcher sich also nicht auf paritätischer Ebene mit der ihm gegenübergestellten Autorität befindet.¹⁴²

¹³⁶ D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1997, S. 27; vgl. Fiorella, Encicl. dir., Vol. XLV, 563, 573; Cass., Sez. VI, 10.7.1995, Caliciuri, Cass. pen., 1996, 2582; grundsätzlich kritisch gegenüber dem Kriterium Russo, Il nuovo abuso di ufficio, S. 18.

¹³⁷ Romano, 2002, Art. 357 c.p., Rdn. 37.

¹³⁸ Russo, Il nuovo abuso di ufficio, S. 18.

¹³⁹ Picotti, Riv. trim. dir. pen. econ., 1992, 263, 276.

¹⁴⁰ Im Sinne der subjektiven Theorie.

¹⁴¹ Picotti, Riv. trim. dir. pen. econ., 1992, 263, 276 ff.; a.A. Severino Di Benedetto, Dig. discipl. pen., Vol. X, 508, 519 f.

¹⁴² Benussi, S. 38; Severino Di Benedetto, Dig. discipl. pen., Vol. X, 508, 518; Cass., Sez. V, 6.6.1991, Toso, Cass. pen., 1992, 69; Cass., Sez. un., 27.5.1992, Delogu, Cass. pen., 1992, 2718, 2721; Cass., Sez. VI, 7.5.1993, Giovannoni, Cass. pen., 1994, 1856; vgl. Romano,

Die zertifizierenden Befugnisse bedeuten dagegen jegliche Dokumentationen, deren Anordnung effektive Beweiskraft – welchen Grades auch immer – verursachen.¹⁴³ Der Gesetzgeber hat sich nicht, wie von der Rechtslehre zum Teil gefordert worden war,¹⁴⁴ auf die beglaubigenden Befugnisse beschränkt.¹⁴⁵ Das hätte nach Ansicht von *Severino Di Benedetto* den Vorteil gehabt, die Delikte gegen die öffentliche Verwaltung besser von denen gegen den öffentlichen Glauben zu unterscheiden und darüber hinaus einen sonst nicht besonders gekennzeichneten Begriff genauer zu umschreiben.¹⁴⁶ *Romano* gibt dagegen zwar zu, daß außerhalb der beglaubigenden Akte eine Eingrenzung der zertifizierenden Befugnisse schwierig sei, verteidigt jedoch die gesetzliche Einbeziehung nicht nur der Ausgabe von Zertifikaten, mit denen bereits existierende Dokumente reproduziert werden, sondern auch der Dokumentation als solche, selbst wenn sie keine juristische Sicherheit garantiert.¹⁴⁷ So können auch Tätigkeiten wie zum Beispiel ärztliche Atteste über Arbeitsunfähigkeit und die Abnahme eines öffentlichen Bauwerks vom Begriff der zertifizierenden Befugnisse erfaßt werden.¹⁴⁸

(c) *Gesetzesänderung von 1992*

Art. 357 2 c.p. in der Fassung, die er durch Art. 17 des Gesetzes Nr. 86 von 1990 erhalten hatte, verwendete die drei aufgezählten Charakteristika der öffentlichen Verwaltung – also die Normen des öffentlichen Rechts und autoritativen Handlungen, die Willensbildung und -kundgabe der öffentlichen Verwaltung sowie die autoritativen und zertifizierenden Befugnisse – kumulativ,¹⁴⁹ d.h. daß nach dem Text alle Merkmale gegeben sein mußten, um eine öffentliche administrative Funktion annehmen zu können. Hierdurch wurde ein praktisches Problem geschaffen, da bei einer kumulativen Anwendung der Merkmale die Tragweite

2002, Art. 357 c.p., Rdn. 30.

¹⁴³ Cass., Sez. un., 27.5.1992, Delogu, Cass. pen., 1992, 2718, 2721; Russo, *Il nuovo abuso di ufficio*, S. 19.

¹⁴⁴ Del Corso, Riv. it. dir. proc. pen., 1989, 1560, 1588; Severino Di Benedetto, Riv. it. dir. proc. pen., 1989, 1165, 1173.

¹⁴⁵ Palazzo, Riv. it. dir. proc. pen., 1990, 815, 818; Romano, 2002, Art. 357 c.p., Rdn. 32; Benussi, S. 39; Seminara, Art. 357 c.p., IV, Rdn. 4.

¹⁴⁶ Severino Di Benedetto, Dig. discipl. pen., Vol. X, 508, 519.

¹⁴⁷ Romano, Art. 357 c.p., Rdn. 33.

¹⁴⁸ Cass., Sez. VI, 16.4.1996, n. 6026, Ipsosa, RV205068; Romano, 2002, Art. 357 c.p., Rdn. 35.

¹⁴⁹ Der Text lautete: „*Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione e dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi e certificativi.*“

der Norm auf nur wenige Beamte¹⁵⁰ beschränkt gewesen wäre.¹⁵¹ So besitzt der Notar beispielsweise nur zertifizierende Befugnisse und wäre somit aus dem Anwendungsbereich des Art. 357 c.p. auszuschließen gewesen, obwohl ihm Art. 1 des Notariatsgesetzes als Beamten qualifiziert. Die überwiegende Rechtsprechung¹⁵² und Literatur¹⁵³ haben deshalb die Aufzählung der genannten Merkmale entgegen des Wortlautes alternativ interpretiert.

Schließlich hat der Gesetzgeber mit Art. 4 des Gesetzes Nr. 181 vom 7. Februar 1992 die Situation gelöst, indem er das „und“ zwischen dem Merkmal der Willensbildung und -kundgabe und dem der autoritativen und zertifizierenden Befugnissen durch ein „oder“ ersetzte. Darüber hinaus hat er – wie bereits oben erwähnt – ebenfalls das „und“ zwischen autoritativen und zertifizierenden Befugnissen durch ein „oder“ ausgetauscht. Er stellte auf diese Weise die Alternativität der Kennzeichen der öffentlichen administrativen Funktion definitiv fest.¹⁵⁴

d) Begriff des mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten

Nach Art. 358 Abs. 1 c.p. sind mit einem öffentlichen Dienst Beauftragte diejenigen, die – mit welchem Titel auch immer – einen öffentlichen Dienst leisten. Wie bereits gesehen, hat der Gesetzgeber von 1990 eine objektive Form für den neuen Art. 358 c.p. gewählt, indem er auf jegliches Abhängigkeitsverhältnis des handelnden Subjekts zu einer öffentlichen Einrichtung verzichtet hat, wie es noch unter Nr. 1 des Art. 358 c.p. in der Fassung vor der Reform verlangt worden war. Eine weitere Neuerung bestand in der normativen Definition des öffentlichen Diensts im zweiten Absatz.¹⁵⁵ Danach ist unter öffentlichem Dienst eine Tätigkeit zu verstehen, die zwar in gleicher Weise geregelt wird

¹⁵⁰ So z. B. Präfekte und Universitätsrektore.

¹⁵¹ Palazzo, Riv. it. dir. proc. pen, 1990, 815, 818 f.; Severino Di Benedetto, *Legisl. pen.*, 1990, Nr. 3, 335, 342 f.

¹⁵² Cass., Sez. V, 16.11.1990, Serazza, *Cass. pen.*, 1991, 1574; Cass., Sez. I, 30.4.1991, *Giust. pen.*, 1991, II, 664 f.; Cass., Sez. VI, 24.4.1991, Cappiello Vito, *Cass. pen.*, 1992, 652 f.; Cass., Sez. V, 6.6.1991, Toso, *Cass. pen.*, 1992, 69; Cass., Sez. V, 6.6.1991, Isola, *Cass. pen.*, 1992, 2084; Cass., Sez. V, 26.6.1991, Garetto, *Cass. pen.*, 1992, 73; Cass., Sez. VI, 20.1.1992, Cerciello, *Giust. pen.*, 1992, II, Sp. 441; a.A. Cass., Sez. V, 9.1.1991, Niglio, *Cass. pen.*, 1992, 72 u. 1228 f.; Cass., Sez. V, 17.4.1991, Marchianò, *Cass. pen.*, 1991, 1393 f.

¹⁵³ Palazzo, Riv. it. dir. proc. pen, 1990, 815, 819; Nanizzi, *Cass. pen.*, 1992, 1228, 1230; Fiorella, *Encicl. dir.*, Vol. XLV, 563, 566; Vinciguerra, *Giur. it.*, 1992, IV, Sp. 24, 29 f.; siehe auch Severino Di Benedetto, *Le nozioni di pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio nel nuovo testo degli artt. 357 e 358 c.p.*, S. 37 ff., die den Versuch unternimmt, die Norm kumulativ auszulegen, aber zum Schluß kommt, daß nur ein legislatives Eingreifen die Situation lösen könne; a.A. Bertoni, *Cass. pen.*, 1991, 870, 884.

¹⁵⁴ Siehe dazu Severino Di Benedetto, *Legisl. pen.*, 1992, Nr. 3, 445, 449 f.

¹⁵⁵ D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 30.

wie die öffentliche Funktion, der aber die typischen Machtbefugnisse letzterer fehlen. Das Ausüben „einfacher Anordnungsbefugnisse“ und die „Leistung rein materieller Dienste“ werden explizit ausgeschlossen.¹⁵⁶

Die externe Abgrenzung zum privaten Handeln wird also wie beim Art. 357 Abs. 2 c.p. über die juristische Natur der Tätigkeit bestimmt. Auch der öffentliche Dienst wird vom öffentlichen Recht geregelt. Hier gilt das gleiche wie für den Amtsträger. Auf den formalen Akt der Beauftragung mit dem öffentlichen Dienst kommt es nicht an, sondern auf die einzelne, konkrete vom Beauftragten ausgeführte Handlung.¹⁵⁷ Die Rechtsprechung hebt das in ihren Entscheidungen jedoch häufig nicht hervor, sondern stellt vielmehr darauf ab, ob der Handelnde von der Verwaltungsbehörde zur Verfolgung ihres öffentlichen Interesses instrumentalisiert wird, bzw. ob seine Tätigkeit akzessorischen oder komplementären Charakter bezüglich der Aktivität der öffentlichen Einrichtung besitzt.¹⁵⁸ Dagegen verweist die herrschende Lehre darauf, daß solche Kriterien zu einer „subjektiven“ Betrachtung der objektiv konzipierten Norm führe, weil die Betonung nunmehr auf der Qualifizierung der öffentlichen Einrichtung liege, deren Willen der Beauftragte ausführt.¹⁵⁹

Ein interpretatorisches Problem ergibt sich innerhalb der internen Abgrenzung aufgrund des bloßen Bezugs auf die „typischen Befugnisse“ der öffentlichen Funktion, die dem öffentlichen Dienst fehlen.¹⁶⁰ Fraglich ist, ob der Gesetzgeber hiermit nur auf die autoritativen und zertifizierenden Befugnisse abzielte oder auch auf das Kennzeichen der Bildung und Manifestierung des Willens der öffentlichen Verwaltung. Die wohl überwiegende Auffassung in Literatur¹⁶¹ und Rechtsprechung¹⁶² geht von letzterer Alternative aus, so daß nach ihr die Bildung und Manifestierung des Willens der öffentlichen Verwaltung allein der

¹⁵⁶ Die Begriffe „*semplici mansioni di ordine*“ und „*prestazione di opera meramente materiale*“ beziehen sich auf berufliche Einordnungen aus früheren gesetzlichen Regelungen und können insofern nicht aus sich heraus verstanden werden, siehe Seminara, in: Crespi/Stella/Zuccalà, Art. 358 c.p., II, Rdn. 5; Romano, 2002, Art. 358 c.p., Rdn. 35.

¹⁵⁷ Segreto/De Luca, 1999, S. 64; D’Avirro, L’abuso di ufficio, 1997, S. 30; Severino Di Benedetto, Dig. discipl. pen., Vol. X, 508, 521; Benussi, S. 42.

¹⁵⁸ Vgl. Cass., Sez. un., 27.5.1992, Delogu, Cass. pen., 1992, 2718, 2721; Cass., Sez. VI, 16.11.1992, Zavarini, Cass. pen., 1994, 2083; Cass., Sez. VI, 3.3.1994, Orlando, Riv. pen., 1994, 1123, 1124; Cass., Sez. VI, 7.10.1994, Campanella, Cass. pen., 1996, 1811; Cass., Sez. VI, 17.11.1994, Provini e altri, Guida al dir. vom 8.4.1995, Nr. 14, 45, 55; Cass., Sez. VI, 17.10.1996, Imperatore, Riv. pen., 1997, 429.

¹⁵⁹ Siehe Crespi, Riv. it. dir. proc. pen., 1992, 1239, 1248; Fiorella, Encicl. dir., Vol. XLV, 563, 567; Severino Di Benedetto, Le nuove definizioni, S. 357; Fiandaca/Musco, Diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2002, S.176 f.

¹⁶⁰ Vgl. auch Stortoni, Riv. trim. dir. pen. econ., 1990, 707, 713 ff.

¹⁶¹ Vinciguerra, Giur. it, 1992, IV, Sp. 24, 30; Severino Di Benedetto, Le nuove definizioni, S. 357 f.; dies., Legisl. pen., 1990, Nr. 3, 335, 246 f.; dies., Dig. discipl. pen., Vol. X., 508, 523; Benussi, S. 44; vgl. Stortoni, Riv. trim. dir. pen. econ., 1990, 707, 713.

¹⁶² Siehe nur Cass., Sez. VI, 10.7.1995, Caliciuri, Cass. pen., 1996, 2582.

öffentlichen Funktion, also den Amtsträgern eigen ist. Würde dieses Merkmal auch dem öffentlichen Dienst zugeschrieben, würde in erster Linie dem Willen des Gesetzgebers des Art. 357 Abs. 2 c.p. widersprochen, im Zusammentreffen von öffentlichrechtlich geregelter Aktivität und der Beteiligung an der Bildung und Manifestierung des Willens der öffentlichen Verwaltung die Tätigkeit von Amtsträgern zu sehen. Darüber hinaus bliebe der Art. 358 c.p. praktisch ohne Anwendung, denn nur auf die seltenen Fälle beschränkt, in denen das Subjekt im Namen und auf Rechnung der öffentlichen Verwaltung handelt. Im Bereich des öffentlichen Dienstes – gerade mit Blick auf seinen klassischen Anwendungsbereich der Konzessionen¹⁶³ – wird jedoch der Beauftragte grundsätzlich im eigenen Namen tätig und hat eine autonome Stellung inne.¹⁶⁴

Die interne Unterscheidung vom Amtsträger macht die traditionelle Rolle der Norm als Auffangtatbestand deutlich.¹⁶⁵ Sie ist in Absatz 2 nur negativ formuliert und zwar in Abgrenzung nach „oben“ durch die dem öffentlichen Dienst fehlende typischen Befugnisse der öffentlichen Funktion. Mit dem Ausschluß der „einfachen Anordnungsbefugnisse und der Leistung rein materieller Dienste“ wird der mit einem öffentlichen Dienst Beauftragte auch nach „unten“ qualifiziert.¹⁶⁶ Mit dieser Formulierung sind Aufträge gemeint, die keine besondere geistige Anstrengung erfordern und sich in der Befolgung von Anweisungen anderer erschöpfen oder die vor allem körperliche Arbeit beinhalten.¹⁶⁷ Folglich kann nur der ein mit einem öffentlichen Dienst Beauftragter sein, der mindestens ein geringes Maß an autonomer Entscheidungsbefugnis besitzt.¹⁶⁸

¹⁶³ Vgl. zur grundsätzlichen Problematik der Qualifizierung eines Konzessionärs als indirektes Organ der öffentlichen Verwaltung, Ancora, *Il concessionario di opera pubblica tra pubblico e privato*, S. 9 ff.

¹⁶⁴ Benussi, S. 44; Severino Di Benedetto, *Le nuove definizioni*, S. 358 f.; dies., *Legisl. pen.*, 1990, Nr. 3, 335, 345 f.; dies., *Dig. discipl. pen.* Vol. X, 508, 523; im gleichen Sinne die Verwaltungsrechtslehre s. Sandulli, *Manuale di dir. amm.*, Vol. I, 1984, S. 602 f.; Ancora, *Il concessionario di opera pubblica tra pubblico e privato*, S. 9 ff.

¹⁶⁵ Severino Di Benedetto, *Dig. discipl. pen.*, Vol. X, 508, 522.

¹⁶⁶ Cass., Sez. VI, 3.3.1994, Orlando, *Riv. pen.*, 1994, 1123, 1124; Cass., Sez. VI, 23.11.1995, Diana, *Riv. pen.*, 1996, 1026; Benussi, S. 45; Severino Di Benedetto, *Dig. discipl. pen.*, Vol. X, 508, 522; Picotti, *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1992, 263, 272; Fiorella, *Encicl. dir.*, XLV, 563, 572; D’Avirro, *L’abuso di ufficio*, 1997, S. 31; ; vgl. Palazzo, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 815, 819; vgl. ebenfalls Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, Vol. II, 1986, S. 762, der das Kriterium entwickelte, auch wenn er grundsätzlich die Unterscheidung zwischen *pubblico ufficiale* und *incaricato di un pubblico servizio* ablehnt; kritisch gegenüber der gesetzlichen Formulierung auch Romano, 2002, Art. 358 c.p., Rdn. 41 f.

¹⁶⁷ Romano, 2002, Art. 358 c.p., Rdn. 35.

¹⁶⁸ Vgl. Cass., Sez. VI, 14.5.1991, Sera, *Giur. it.*, 1992, II, Sp. 286, 288; Cass., Sez. un., 27.5.1992, Delogu, *Cass. pen.*, 1992, 2718, 2721; Cass., Sez. VI, 6.11.1992, Orbitello, *Cass. pen.*, 1994, 1220; Cass., Sez. VI, 4.3.1994, Paini, *Cass. pen.* 1995, 3350; Cass., Sez. VI, 28.9.1995, Pio Mauro, *Riv. pen.*, 1996, 1026; s. auch Romano, 2002, Art. 358 c.p.,

e) Abgeordnete, Richter und Militärangehörige als Tatsubjekte

Obwohl der Amtsträger ohne Einschränkungen gemäß Art. 323 c.p. taugliches Subjekt des Amtsmißbrauchs und somit Art. 357 c.p. im vollen Umfang einschlägig ist, gibt es in der Literatur Stimmen, nach denen weder eine legislative noch eine richterliche, sondern nur eine rein administrative Tätigkeit im engeren Sinne den Tatbestand des Amtsmißbrauchs erfüllen könne. Folglich seien Abgeordnete und Richter nicht Subjekte des Art. 323 c.p.¹⁶⁹ Der Parlamentarier wirke an politischen Entscheidungen zum Wohle der Allgemeinheit mit und sei durchaus parteilich. Selbst wenn Parlamentarier rein private Zwecke verfolgen sollten, fehle es dem Strafrichter an einem rechtlichen Maßstab, nach welchem überprüft werden könnte, ob Entscheidungen angemessen und berechtigt waren. Eventuelle persönliche Interessen seien daher nicht durch die Judikative verifizierbar.¹⁷⁰ Den Richtern sei jegliches Interesse fremd, einschließlich des Interesses am Schutz der guten Verwaltungsführung und der Unparteilichkeit der öffentlichen Verwaltung.¹⁷¹ Ihre Tätigkeit sei kein Verwaltungshandeln im engen Sinne. Außerdem leite sich die Befugnis, Urteile zu sprechen, direkt von der Volkssouveränität ab und sei insofern nicht auf die Person des Richters zurückführbar.¹⁷² Dennoch wird vom wohl überwiegenden Teil der Lehre sowohl der Abgeordnete als auch der Richter gemäß der Definition des Amtsträgers in Art. 357 c.p. als taugliches Subjekt des Amtsmißbrauchs angesehen.¹⁷³ Ebenso hat die Rechtsprechung nicht nur rein administratives, sondern jegliches Handeln, das eine unrechtmäßige Instrumentalisierung der öffentlichen Befugnisse darstellt, und damit auch legislative sowie richterliche Akte unter den Art. 323 c.p. gefaßt.¹⁷⁴ Zu Mißbräuchen, die bei der Ausübung der gesetzgeberischen Funktion begangen wurden, gibt es allerdings keine Kasuistik. *Piemontese* vermutet, daß dies u.a. der in Art. 68 Abs. 1 Cost. verankerten Immunität der Abgeordneten zuzuschreiben sei.¹⁷⁵ Letztere gilt jedoch nur für im Parlament geäußerte Meinungen und dort abgegebene Stimmen.¹⁷⁶ Allerdings ist zuzugeben, daß es schwierig sein wird, zwischen rein privaten Interessen und denen, die die Abgeordneten in ihrer Funktion als Volksvertreter verfolgen, zu differenzie-

Rdn. 36 f. mit weiteren Beispielen aus der Rechtsprechung.

¹⁶⁹ Albamonte, Giust. pen., 1973, II, Sp. 379, 380; Stortoni, Riv. trim. dir. pen. econ., 1990, 707, 711.

¹⁷⁰ Albamonte, Giust. pen., 1973, II, Sp. 379, 380 f.; Stortoni, Riv. trim. dir. pen. econ., 1990, 707, 711.

¹⁷¹ Stortoni, Riv. trim. pen. econ., 1990, 707, 711.

¹⁷² Albamonte, Giust. pen., 1973, II, Sp. 379, 381; vgl. Segreto/De Luca, 1999, S. 481.

¹⁷³ Segreto/De Luca, 1999, S. 481; Pisa, Encicl. guir., Vol. I, 3; Benussi, S. 47 f.

¹⁷⁴ Cass., Sez. un., 20.6.1990, Monaco ed altro, Cass. pen., 1990, 1896, 1900; Cass., Sez. VI, 24.9.1990, Cataldo, Riv. pen., 1991, 849; Cass., Sez. I, 27.2.1993, Salvo ed altri, Giur. it., 1994, II, Sp. 672, 673 f.

¹⁷⁵ Piemontese, S. 18.

¹⁷⁶ Hervorgehoben von Segreto/De Luca, 1999, S. 481.

ren.¹⁷⁷ Hingegen gibt es eine Reihe von Entscheidungen des Kassationsgerichts, die Mißbräuche aus dem Bereich der Justiz betreffen. So hat das oberste Gericht einen Staatsanwalt verurteilt, der eine freiheitsentziehende Maßnahme gegen einen Beschuldigten ohne die nötigen Voraussetzungen angeordnet hatte, nur um diesem eine Lektion zu erteilen.¹⁷⁸ Zu erwähnen ist hier auch der Fall, in dem ein Staatsanwalt wegen privater Interessennahme in Verwaltungshandeln gemäß Art. 324 c.p. verurteilt wurde, da diese Figur seit der Reform von 1990 vom Tatbestand des Amtsmißbrauchs erfaßt wird. Der Beamte hatte Akten, die der Geheimhaltung unterlagen, an einen Zivilrichter übermittelt, der sich mit der Scheidung einer Ehe befaßte. Der Staatsanwalt rechnete sich dadurch Vorteile für eine der Parteien des Zivilverfahrens aus, mit der er gut befreundet war.¹⁷⁹ Desselben Delikts wurde der Richter für schuldig befunden, der in einer Zivilstreitigkeit ein persönliches Interesse verfolgte.¹⁸⁰ In dieser Entscheidung hebt das Kassationsgericht hervor, daß gerade durch den mißbräuchlich handelnden Richter schwerwiegende Rechtsverletzungen verursacht werden können und deshalb auch hier ein strafrechtlicher Schutz unerlässlich sei.¹⁸¹ Darüber hinaus verweist es auf eine Entscheidung des Verfassungsgerichts, in der letzteres explizit festgestellt hat, daß der Richter zwar unabhängig von jeglichen Kräften und Interessen außerhalb der Rechtsprechung sein müsse, er aber durch seine herausgehobene Stellung nicht jeder Verantwortung enthoben sei.¹⁸² Die oberste Strafinstanz leitet auch daraus die Notwendigkeit der Strafbarkeit mißbräuchlicher Amtsführung seitens von Richtern ab.¹⁸³ Richter und Abgeordnete sind also grundsätzlich taugliche Subjekte des Amtsmißbrauchs.

Art. 323 c.p. ist auch auf Militärangehörige anwendbar, es sei denn, daß ihre Tat ein spezifisches Militärdelikt darstellt.¹⁸⁴ In diesem Fall wäre das Militärstrafgesetzbuch, der *Codice penale militare*, einschlägig.

f) Sogenannte Verfahrensverantwortliche

Im Bereich der Verwaltungstätigkeit, die oft komplexe Strukturen aufweist und in deren Verfahren häufig eine Vielzahl von Beamten eingebunden sind,

¹⁷⁷ Segreto/De Luca, S. 481.

¹⁷⁸ Cass., Sez. un., 20.6.1990, Monaco ed altro, Cass. pen., 1990, 1896.

¹⁷⁹ Cass., Sez. VI, 6.7.1988, Di Crecchio, Giur. it., 1989, II, 164.

¹⁸⁰ Cass., Sez. VI, 22.5.1980, Grisolia, Giur. it., 1982, Sp. 462.

¹⁸¹ Cass., Sez. VI, 22.5.1980, Grisolia, Guir. it., 1982, 462, 466 f.; vgl. Trib. de L'Aquila, 15.4.1982, Foro it., 1983, II, Sp. 88, 90.

¹⁸² Corte Cost., 14.3.1968, n. 2, Giur. cost., 1968, 288 f.

¹⁸³ Cass., Sez. VI, 22.5.1980, Grisolia, Giur. it., 1982, ; Sp. 462, 466 f.

¹⁸⁴ Pagliaro/Parodi Giusino, Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2008, S. 274; Segreto/De Luca, 1999, S. 483; Riccio, Noviss. Dig. it., Vol. I, S. 108; Benussi, S. 47; vgl. Manzini, Trattato di diritto penale italiano, Vol. V, 1982, S. 273.

ist es nicht immer einfach, denjenigen Amtsträger herauszufinden, der strafrechtlich zu belangen ist.¹⁸⁵ Dazu können die im Gesetz Nr. 241 vom 7. August 1990¹⁸⁶ festgelegten Erfordernisse an den Verwaltungsaufbau hilfreich sein.¹⁸⁷

Art. 4 des Gesetzes verlangt im Kern, daß die öffentliche Verwaltung für jeden Verfahrenstyp die organisatorische Einheit zu bestimmen hat, die für die einzelnen Verfahrensabschnitte verantwortlich ist.¹⁸⁸ Innerhalb dieser Verwaltungseinheit muß gemäß Art. 5 Abs. 1 des besagten Gesetzes deren Vorsteher die Verantwortung für jeden Verfahrensschritt bis zum Verfahrensende selbst übernehmen, bzw. auf einen der Einheit Angehörigen übertragen.¹⁸⁹

In der Praxis ist in den meisten öffentlichen Verwaltungen die Person des Verfahrensverantwortlichen und die das Verfahren abschließenden Amtsträgers nicht identisch, wodurch die verwaltungsrechtliche Verantwortung zwischen diesen beiden Positionen aufgeteilt wird.¹⁹⁰

Für den Staatsanwalt kann die Überprüfung des Verfahrensverantwortlichen und des das Verfahren abschließenden Amtsträgers somit zum Ausgangspunkt seiner Ermittlungen werden. Die Verantwortlichkeiten innerhalb der Verwaltung sind jedoch nicht mit denen des Strafrechts zu verwechseln. Hierfür bleibt zu untersuchen, ob einer von ihnen oder sogar beide sämtliche objektiven und subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt haben. Ebenso ist die strafrechtliche Verantwortung der anderen am Verfahren beteiligten Beamten nicht von vornherein auszuschließen.¹⁹¹

¹⁸⁵ Siehe Benussi, S. 174 f.

¹⁸⁶ 17.8.1990, Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi, Gazz. uff., 18.8.1990, n. 192, Serie generale.

¹⁸⁷ Vgl. Segreto/De Luca, S. 483; Benussi, S. 48.

¹⁸⁸ Art. 4 lautet: „1. Ove non sia già direttamente stabilito per legge o per regolamento, le pubbliche amministrazioni sono tenute a determinare per ciascun tipo di procedimento relativo ad atti di loro competenza l'unità organizzativa responsabile della istruttoria e di ogni altro adempimento procedimentale, nonché dell'adozione del provvedimento finale. 2. Le disposizioni adottate ai sensi del comma 1 sono rese pubbliche secondo quanto previsto dai singoli ordinamenti.“

¹⁸⁹ Art. 5 lautet: „1. Il dirigente di ciascuna unità organizzativa provvede ad assegnare a sé o ad altro dipendente addetto all'unità la responsabilità dell'istruttoria e di ogni altro adempimento inerente il singolo procedimento nonché, eventualmente, dell'adozione del provvedimento finale.

2. Fino a quando non sia effettuata l'assegnazione di cui al comma 1, è considerato responsabile del singolo procedimento il funzionario preposto alla unità organizzativa determinata a norma del comma 1 dell'art. 4.

3. L'unità organizzativa competente e il nominativo del responsabile del procedimento sono comunicati ai soggetti di cui all'art. 7 e, a richiesta, a chiunque vi abbia interesse.“

¹⁹⁰ Tellone, Il concorso di persone nel reato, S. 156; Benussi, S. 175.

¹⁹¹ Vgl. Cass., Sez. VI, 17.10.1997, Vitarelli e altri, Cass. pen., 1998, 1616, 1619, in der das oberste Gericht hervorhebt, daß auch die Vorbereitungen und Vorschläge, die zur Entscheidungsfindung führen, eine Tatbeteiligung darstellen können.

g) Beendigung der Subjektqualität

Nach Art. 360 c.p. schließt die Beendigung der Subjektqualität bei Begehung der Tat ein Amtsdelikt nicht aus, sofern sich die Tat auf das ausgeübte Amt oder den geleisteten Dienst bezieht. Die Norm stellt eine Ausnahme der Regel dar, wonach die Subjektqualität im Moment der Tat gegeben sein muß. Sie erklärt sich aus der trotz Verlusts der Täterqualität fortdauernden Schädigung des Interesses der öffentlichen Verwaltung.¹⁹²

Auf den Amtsmißbrauch ist Art. 360 c.p. jedoch nicht anwendbar,¹⁹³ da die Tathandlung des Art. 323 c.p. gerade in dem Ausüben bzw. Mißbrauchen des Amtes besteht und eine Tätigkeit, die auf einer nicht mehr vorhandenen Subjektqualität und auf ehemaligen Befugnissen basiert, das geschützte Rechtsgut der Unparteilichkeit der Verwaltung und der guten Verwaltungsführung nicht tangiert. Gerade aus der Aktualität des öffentlichen Amtes erwächst die Möglichkeit, persönlichen Vorteil zu ziehen.¹⁹⁴ Zudem zeigt die Formulierung „in Ausführung der Funktion oder des Dienstes“, daß der Gesetzgeber einen engen Zusammenhang zwischen der Begehung der Tat und dem Ausüben der öffentlichen Tätigkeit verlangt.¹⁹⁵

Allerdings kann der Amtsträger taugliches Subjekt des Art. 323 c.p. auf der Grundlage des Prinzips der *prorogatio* sein. Hierbei ist die befristete Dienstzeit zwar abgelaufen, aber er übt weiterhin das Amt aus, um die sonst entstehende Vakanz zu verhindern.¹⁹⁶

Taugliches Subjekt kann auch ein öffentlicher Funktionär sein, der sich gerade im „Wartestand“ befindet.¹⁹⁷ Hierunter sind Fälle wie die längerfristige Beurlaubung zu verstehen, in denen das Anstellungsverhältnis weiterbesteht, die Verpflichtung, Dienst zu tun, hingegen suspendiert ist.¹⁹⁸

¹⁹² Romano, 2002, Art. 360 c.p., Rdn. 10.

¹⁹³ So schlicht Romano, 2006, Art. 323 c.p., Rdn. 6.

¹⁹⁴ Cass., Sez. VI, 7.2.1992, Ferrara ed altro, Riv. pen., 1993, 293; zustimmend Benussi, S. 48 f.; Segreto/De Luca, 1999, S. 484.

¹⁹⁵ Benussi, S. 49.

¹⁹⁶ Segreto/De Luca, 1999, S. 484. Der Großteil der Verwaltungslehre ordnet die *prorogatio* unter die Figur des *funzionario di fatto* (s. dazu im einzelnen den folgenden Unterpunkt) ein, so u.a. Alessi, Principi di dir. amm., S. 99 f.; dagegen besteht nach Sandulli, Manuale di dir. amm., Vol. I, 1984, S. 219 f. das Beamtenverhältnis fort, ohne daß die Figur des *funzionario di fatto* bemüht werden müßte.

¹⁹⁷ Cass., Sez. VI, 16.6.1995, Aragona, Cass. pen., 1997, 395.

¹⁹⁸ Benussi, S. 49.

h) Dritte als Tatsubjekte des Amtsmißbrauchs

Der Amtsmißbrauch gemäß Art. 323 c.p. ist ein eigenhändiges Delikt und kann somit grundsätzlich nur von einem Amtsträger oder einem mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten begangen werden.¹⁹⁹ In einigen Fällen wird von der Literatur und Rechtsprechung jedoch die Anwendung des Straftatbestands auch auf außerhalb der Verwaltung stehende Dritte diskutiert.

aa) Sogenannter *funzionario di fatto*

Bei der Figur des *funzionario di fatto* handelt es sich um eine Art „Anscheinsbeamter“.²⁰⁰ Sie wurde im Verwaltungsrecht entwickelt, um in den Fällen, in denen öffentliche Funktionen durch eine dazu nichtbefugte Person ausgeübt wurden, die von ihr erlassenen Akte trotzdem der Verwaltung zurechnen zu können. Es handelt sich um einen Schutz der Adressaten der Akte, die dem Anschein einer rechtmäßigen Verwaltung vertraut haben.²⁰¹ Wenn sich beispielsweise jemand durch Betrug die Stellung eines Professors verschafft und während dieser Tätigkeit u.a. Prüfungen abnimmt und Zeugnisse ausstellt, wären seine Entscheidungen eigentlich nichtig. Das hätte zur Folge, daß die Studenten die Prüfungen wiederholen müßten. Diese Lösung wäre jedoch untragbar, zumal wenn er über viele Jahre als ein Professor aufgetreten ist. Seine Handlungen müssen daher der Verwaltung, d.h. der Universität zugerechnet werden.

Nach der Verwaltungslehre gibt es verschiedene Fallgruppen des *funzionario di fatto*. Zum einen wenn die Einrichtung des Amtes bzw. die Ernennung des Amtsträgers aus irgendeinem Grund ungültig ist, dieser aber die Funktionen wahrnimmt.²⁰² Zum anderen wenn der Amtsträger auch nach der Beendigung seiner befristeten Tätigkeit das Amt ausübt, also im Fall der *prorogatio*.²⁰³ Des weiteren wenn jemand ohne jegliche formelle Einsetzung wie ein Beamter auftritt und von der Verwaltung toleriert wird oder wegen eines Notfalles aushilft.²⁰⁴

¹⁹⁹ Segreto/De Luca, 1999, S. 484; im gleichen Sinne, aber in Bezug auf den ehemaligen Art. 324 c.p., der nun vom Art. 323 c.p. miterfaßt ist, Cass., Sez. VI, 4.12.1985, Sessa, Riv. pen., 1986, 996.

²⁰⁰ Siehe allgemein zu der Figur des *funzionario di fatto* Alessi, Principi di dir. amm., S. 97 ff.; Sandulli, Manuale di dir. amm., Vol. I, 1984, S. 219 ff.; Galli, Corso di dir. amm., S. 93 ff.; Caringella, Il dir. amm., S. 250 ff.

²⁰¹ Casetta, Compendio di dir. amm., S. 74; Galli, Corso di dir. amm., S. 95.

²⁰² Alessi, Principi di dir. amm., S. 98 f.; Galli, Corso di dir. amm. S. 94; gegen die Einordnung unter die Figur des *funzionario di fatto* Sandulli, Manuale di dir. amm., Vol. I, 1984, S. 219.

²⁰³ Alessi, Principi di dir. amm., S. 99 f.; Galli, Corso di dir. amm., S. 94; gegen die Einordnung unter die Figur des *funzionario di fatto* wiederum Sandulli, Manuale di dir. amm., Vol. I, 1984, S. 219 f.

²⁰⁴ Galli, Corso di dir. amm., S. 94; Landi/Potenza, Manuale di dir. amm., S. 248.

Schließlich, aber nur nach einem Teil der Lehre, wenn ein Dritter sich das Amt angemäÙt hat.²⁰⁵

Die Literatur im Strafrecht erwägt nun die Übertragung der Figur des *funzionario di fatto* auf den strafrechtlichen Begriff des Amtsträgers. Vor allem in den Fällen, in denen die Anstellung des Beamten aus irgendeinem Grund fehlgeschlagen ist, stelle sich die Frage, ob diese Person, wenn sie trotzdem wie ein Funktionär auftritt, Subjekt des Art. 323 c.p. sein könne. Überwiegend wird dies wohl bejaht. Auch der Funktionär, dessen Ernennung nichtig sei, könne das geschützte Rechtsgut schädigen.²⁰⁶ Das Kassationsgericht hat sich ebenfalls in ständiger Rechtsprechung entsprechend geäußert. Es hat das tatsächliche Ausüben einer öffentlichen Funktion unabhängig von der formellen Ernennung zum Beamten ausreichend erachtet, sofern eine Einwilligung oder Zustimmung der öffentlichen Verwaltung vorlag.²⁰⁷

Die Ausgangsfrage erscheint durchaus mißverständlich, denn nach dem 1990 novellierten Art. 357 c.p. ist für Feststellung eines Amtsträgers im Sinne des *Codice penale* ohnehin nicht mehr ein Anstellungsverhältnis maßgebend, sondern der objektiven Theorie folgend allein das Ausüben einer öffentlichen Funktion. Übt eine Person also solche öffentliche Funktionen aus, obwohl ihre Ernennung zum Amtsträger fehlgeschlagen war, ist sie direkt über Art. 357 c.p. als Amtsträger im Sinne des Strafgesetzbuchs zu qualifizieren. Auch die Tatsache, daß die aufgeführten Entscheidungen der *Cassazione* sämtlich aus der Zeit vor der Reform stammen, liefert keine Erklärung. Zwar stellte Art. 357 c.p. damals noch in Nr. 1 auf ein Anstellungsverhältnis ab, verzichtete aber in Nr. 2 darauf und fragte lediglich nach der Ausübung einer öffentlichen Funktion. Daß die Richter zusätzlich eine Einwilligung oder Zustimmung seitens der Behörde forderten, ging daher über den Gesetzestext hinaus. Dieses zusätzliche Kriterium mag zur Abgrenzung zu den Fällen der Amtsanmaßung herangezogen worden sein.²⁰⁸ Jedenfalls gelangte man also auch nach der vorangegangenen

²⁰⁵ Str., dafür Sandulli, *Manuale di dir. amm.*, Vol. I, 1984, S. 221; dagegen wohl die h.M., s. Alessi, *Principi di dir. amm.*, S. 98; Galli, *Corso di dir. amm.*, S. 94. M.E. ist die Amtsanmaßung grundsätzlich nicht zu den Fallgruppen des *funzionario di fatto* zu zählen. Um Härten im Einzelfall für die betroffenen Dritten zu vermeiden, kann eine verwaltungsrechtliche Zurechnung angebracht sein. Dies muß jedoch nicht unbedingt auch für das Strafrecht gelten, da hier bereits der Tatbestand der Amtsanmaßung einschlägig ist. Siehe dazu im Anschluß B.I.3.h)bb), S. 68.

²⁰⁶ Albamonte, *Giust. pen.*, 1973, II, Sp. 379, 380; Segreto/De Luca, 1999, S. 483 f.; vgl. Pisa, *Encicl. giur.*, Vol. I, 4.

²⁰⁷ Cass., Sez. VI, 18.12.1970, Gatti e altro, *Cass. pen.*, 1972, 210 mit zahlreichen Nachweisen zur vorangegangenen Rechtsprechung; Cass., Sez. VI, 21.12.1970, Actis ed altri, *Giust. pen.*, 1972, II, Sp. 435; Cass., Sez. VI, 3.3.1971, Gallo e altro, *Cass. pen.*, 1972, 1263; Cass., Sez. VI, 13.11.1981, Peri, *Cass. pen.*, 1983, 1322; vgl. ohne jede Bedingungen, zumindest im Leitsatz Cass., Sez. V, 24.2.1971, Marcassa ed altri, *Giust. pen.*, 1972, II, Sp. 436.

²⁰⁸ Vgl. Galli, *Corso di dir. amm.*, S. 93.

Legaldefinition des *pubblico ufficiale* zum gleichen Ergebnis wie heute. Es scheint allerdings, daß die Verwendung des verwaltungsrechtlichen Begriffs *funzionario di fatto* lediglich zu der Annahme verleitet, es handele sich im Grunde nicht um einen Amtsträger im Sinne des Strafrechts, sondern er werde nur so behandelt. Tatsächlich sind es die betreffenden Personen jedoch gemäß Art. 357 c.p. ohne weiteres.²⁰⁹

bb) Amtsanmaßung

Problematisch ist ferner die Anwendbarkeit des Art. 323 c.p. bei einem Fall der Amtsanmaßung, wenn also der Handelnde keinerlei seinem Tun entsprechende Befugnisse besitzt. Hier ist zwischen einem gänzlich außerhalb der Verwaltung Stehenden und einem Amtsträger mit anderen Befugnissen zu unterscheiden.

Zunächst ist unzweifelhaft, daß sich ersterer, also eine Privatperson, gemäß Art. 347 c.p. wegen Amtsanmaßung (*usurpazione di funzioni pubbliche*) strafbar macht, wenn er sich mit entsprechendem Vorsatz staatlicher Gewalt bemächtigt. Gemäß *Pagliario* kann sich jemand aber nach bereits erfolgter Amtsanmaßung wegen Amtsmißbrauchs strafbar machen. Er sei, wenn auch unberechtigterweise, zu einem Amtsträger geworden und könne so das Delikt des Art. 323 c.p. begehen, welches dann in Realkonkurrenz zu dem des Art. 347 c.p. stehe.²¹⁰ Man könnte denken, *Pagliario* folge hier der Ansicht in der Verwaltungslehre, die die Figur des *funzionario di fatto* unter bestimmten Voraussetzungen auch auf den Fall der Amtsanmaßung anwenden will.²¹¹ Nach ihr müsse das Tun dem Staat zugerechnet werden, wenn es sich um wesentliche oder unaufschiebbare Funktionen handele und der Bürger auf die Gültigkeit der Akte vertraut habe.²¹² Diese Konstruktion, die für den Bürger Unzumutbares verhindern soll, läßt sich aber nicht ohne weiteres auf das Strafrecht übertragen – insbesondere im Hinblick auf die spezielle Norm der Amtsanmaßung. Andererseits spricht Art. 357 Abs. 1 c.p. lediglich von dem Ausüben von öffentlichen Funktionen,

²⁰⁹ In dem Leitsatz von Cass, Sez. V, 24.2.1971, Marcassa ed altri, Giust. pen., 1972, II, Sp. 436 kommt das deutlich zum Ausdruck: „*Il funzionario di fatto che esercita pubbliche funzioni è pubblico ufficiale, pur se difetti una formale investitura o nomina regolare.*“ Das wird ebenso in einem weiteren Leitsatz von Cass., Sez. VI, 13.11.1981, Peri, Cass. pen., 1983, 1325, unterstrichen: „*Le persone chi cooperano . . . alla formazione . . . della volontà dell'ente, acquistando la qualifica di pubblici ufficiali.*“

²¹⁰ *Pagliario*, Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2000, S. 248; siehe nun *Pagliario/Parodi Giusino*, Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2008, S. 289.

²¹¹ Vgl. *Sandulli*, Manuale di dir. amm., Vol. I, 1984, S. 221. Die Auffassung ist jedoch in der Verwaltungslehre umstritten, s. hierzu *Caringella*, Il dir. amm., S. 250 ff.; dagegen wohl die h.M., s. *Alessi*, Principi di dir. amm., S. 98; *Galli*, Corso di dir. amm., S. 94.

²¹² Siehe *Sandulli*, Manuale di dir. amm., Vol. I, 1984, S. 220 f.; dies erläuternd *Caringella*, Il dir. amm., S. 251 f.

ohne daß es darauf ankäme, wie die Befugnisse erlangt worden sind. Es wird kein Unterschied gemacht, ob die Funktionen rechtmäßig übertragen oder eigenmächtig angemaßt wurden. *Pagliario* kann sich demnach auf die Legaldefinition des *pubblico ufficiale* im Strafgesetzbuch stützen. Man wird jedoch die Handlung und den Vorsatz sehr genau untersuchen müssen. Maßt sich eine Privatperson öffentliche Befugnisse an, um sich oder anderen durch die Amtshandlung einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder anderen einen Schaden zuzufügen, und übt darüber hinaus keine Verwaltungstätigkeit aus, ist allein der Tatbestand des Art. 347 c.p. erfüllt, während das Delikt des Amtsmißbrauchs nicht vorliegt. Bemächtigt sich ein Privater demgegenüber amtlicher Funktionen und übt diese zunächst „normal“ aus und erst später nutzt er sie für eine Tat nach Art. 323 c.p. aus, sind beide Tatbestände erfüllt.

Auch der Amtsträger, der für einen ganz anderen Bereich zuständig ist und somit auch völlig außerhalb seiner Befugnisse agiert, macht sich grundsätzlich gemäß Art. 347 c.p. strafbar.²¹³ Nach einer Entscheidung der *Cassazione* sei jedoch Art. 323 c.p. dann einschlägig, wenn der Handelnde die Tat nicht mit einem Vorsatz der *usurpazione*, sondern mit einem solchen des Amtsmißbrauchs begeht.²¹⁴ *Pagliario* hat den Gedanken aufgegriffen und spezifiziert, daß dies insofern gelte, wie die Amtsanmaßung mittels des Mißbrauchs des eigenen Amtes geschehe.²¹⁵ Mit dieser Einschränkung könnte der Auffassung des Gerichts gefolgt werden. Dennoch bleibt festzuhalten, daß in dem Fall, in dem einem Amtsträger die ausgeübten Funktionen in keiner Weise zustanden, in der Regel Art. 347 c.p. anzuwenden ist. Für die Bejahung des Art. 323 c.p. müßte sich der Amtsträger hier erst das fremde Amt anmaßen, bevor er es für seine Zwecke mißbraucht.²¹⁶

Hingegen kommt allein Art. 323 c.p. in Betracht, wenn er die Befugnisse durchaus besitzt, aber ihre Grenzen überschreitet oder die Bedingungen für ihre Ausübung sonst nicht vorliegen²¹⁷ – immer vorausgesetzt, daß sämtliche sonsti-

²¹³ Nuvolone in einer aktualisierenden Fn. bei Manzini, Trattato di diritto penale italiano, Vol. V, 1982, S. 276, Fn. 2; *Pagliario*, Encicl. dir., Vol. XLV, 1157, 1161; Antolisei, Manuale di diritto penale, Parte speciale, Vol. II, 2000, S. 333, Fn. 157; vgl. Spizuoco, Giust. pen., 1951, I, Sp. 6; vgl. in der Rechtsprechung Cass., Sez. I, 17.11.1949, Pesini, Giust. pen., 1950, II, Sp. 688; Cass., Sez. I, 11.10.1968, Botello, Cass. pen., 1969, 1574; Cass., Sez. VI, 8.10.1974, Rogen, Cass. pen., 1975, 462.

²¹⁴ Cass., Sez. VI, 4.2.1983, D’Alba, Cass. pen., 1984, 854 f.; auf diese Entscheidung scheint auch Pisa, Encicl. giur., Vol. I, 4 Bezug zu nehmen.

²¹⁵ *Pagliario*, Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2000, S. 248; siehe nun *Pagliario/Parodi Giusino*, Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2008, S. 289.

²¹⁶ *Pagliario*, Encicl. dir., XLV, 1157, 1160; vgl. ders., Principi di diritto penale, Parte speciale, 2008, S. 479.

²¹⁷ Cass., Sez. I, 11.10.1968, Botello, Cass. pen., 1969, 1574; Cass., Sez. VI, 8.10.1974, Rogen, Cass. pen., 1975, 462.

gen Tatbestandsmerkmale gegeben sind. Gleiches gilt für die Fälle der fehlenden sachlichen, instanziellen und örtlichen Zuständigkeit.²¹⁸

cc) Teilnahme eines Dritten

Die Anwendung des Art. 323 c.p. auf eine außerhalb der Verwaltung stehende Person, die also die im Tatbestand geforderte Subjektqualität nicht erfüllt, erscheint auch im Rahmen der Teilnahme denkbar.²¹⁹

Mit der Umgestaltung des Amtsmißbrauchs in ein Erfolgsdelikt besteht die Notwendigkeit, den Eintritt des Taterfolgs festzustellen. Bei einem Mißbrauch zur Erlangung eines Vermögensvorteils impliziert es zugleich die Feststellung des Begünstigten. Insbesondere hier stellt sich nun die Frage einer möglichen Teilnahme des Profitierenden am Delikt, der oftmals nicht dem Verwaltungsapparat angehört. Die Frage, ob also ein *extraneus* überhaupt Teilnehmer eines Amtsmißbrauchs sein kann, hat durch die Reform von 1997 noch größeres Gewicht erhalten.²²⁰ Die Frage ist zu bejahen. Liegt ein Delikt des Amtsmißbrauchs vor, d.h. wurde der Tatbestand des Art. 323 c.p. von einem Amtsträger oder einem mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten vollständig erfüllt, kommt, wie bei anderen eigenhändigen Delikten auch, die Beteiligung eines Dritten gemäß den allgemeinen Regeln über die Täterschaft und Teilnahme in Betracht.²²¹ Grundsätzlich bedarf es nach dem Tatbestand des Art. 323 c.p. keiner Mitwirkung des Begünstigten.²²² Um eine Teilnahme annehmen zu können, ist ein kausaler und effizienter Beitrag zur Tat erforderlich.²²³ Dies hat auch das oberste Gericht in ständiger Rechtsprechung festgestellt.²²⁴ Dabei hat es hervorgehoben, daß eine Teilnahme des Dritten ebenfalls dann gegeben ist, wenn dieser und der

²¹⁸ Pagliaro, Encicl. dir., Vol. XLV, 1157, 1161; vgl. ders., Principi di diritto penale, Parte speciale, 2008, S. 479 f.; s. dazu unten B.II.1.c), S. 75.

²¹⁹ Siehe allgemein zu der Beteiligung eines Außenstehenden an den Delikten gegen die öffentliche Verwaltung Pagliaro, Dir. pen. proc., 1995, 975 ff.

²²⁰ Della Monica, La configurabilità del tentativo, S. 150.

²²¹ Pagliaro, Dir. pen. proc., 1995, 975, 978; Seminara, Commento, S. 290; Della Monica, La configurabilità del tentativo, S. 151; s. auch, allerdings in Bezug auf das abgeschaffte Delikt der privaten Interessennahme in Akten der Verwaltung, Art. 324 c.p., das seit der Reform von 1990 vom Amtsmißbrauch miterfaßt wird, Cass., Sez. VI, 4.12.1985, Sessa, Riv. pen., 1986, 996; s. auch Venafro, Dig. discipl. pen., Vol. XI, 337, 343 f.

²²² Cass., Sez. VI, 26.9.1995, Turco, Cass. pen., 1997, 42.

²²³ Amato, Cass. pen., 1998, 1621, 1623; Seminara, in: Crespi/Stella/Zuccalà, Art. 323 c.p., X, Rdn. 5; ders., Commento, S. 290; Pagliaro/Parodi Giusino, Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2008, S. 306; Benussi, S. 172; Della Monica, La configurabilità del tentativo, S. 151.

²²⁴ Cass., Sez. VI, 25.5.1995, Tontoli, Cass. pen., 1997, 1709; Cass., Sez. VI, 17.10.1997, Vitarelli e altri, Cass. pen. 1998, 1616, 1617; Cass., Sez. VI, 28.11.1997, Fricano e altro, Guida al dir. vom 7.2.1998, Nr. 5, 66, 67; vgl. auch Cass., Sez. VI, 30.6.1993, Bisogno ed altri, Riv. pen., 1994, 901, 906.

Amtsträger zuvor die Begehung der Tat vereinbart haben.²²⁵ Das bloße Wissen um die Rechtswidrigkeit des Aktes und die Annahme des Vorteils sind dagegen nicht ausreichend, eine strafrechtliche Verantwortung zu begründen, es sei denn, den Begünstigten trifft eine rechtliche Pflicht, den Erfolg zu verhindern, Art. 40 Abs. 2 c.p.²²⁶ Dieses wiederum ist bei einem Dritten in der Regel nicht anzunehmen, sondern allenfalls bei einem Vorgesetzten des handelnden Amtsträgers oder des mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten.²²⁷ Auch wird beim reinen Nachsuchen des ungerechtfertigt begünstigenden Aktes von Seiten der Privatperson, ohne den Amtsträger oder mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten besonders zum Mißbrauch anzureizen, nicht zwangsläufig eine Anstiftung anzunehmen sein, da ein *extraneus* in der Regel nicht alle die Rechtmäßigkeit der Verwaltungstätigkeit regelnden Normen kennen wird.²²⁸ Um bei einem Zusammentreffen von Nachfrage und behördlicher Maßnahme eine Teilnahme des Dritten annehmen zu können, müssen weitere Fakten, möglicherweise ein persönliches Verhältnis zwischen den betreffenden Personen, auf eine entsprechende Verständigung hinweisen.²²⁹

II. Tathandlung

Der Tatbestand des *abuso di ufficio* nach der Reform von 1990 umschrieb die Handlung lediglich mit dem Mißbrauch des Amtes. Das Hauptziel der neuerlichen Reform war es, die Tathandlung präziser zu formulieren, um den Anwendungsbereich der Norm und damit die strafrichterliche Kontrolle der Verwaltung einzugrenzen. Der Gesetzgeber wandelte daher den Amtsmißbrauch in ein Erfolgsdelikt um und bestimmte, daß der Tatbestandserfolg in „Abwicklung“²³⁰ der Funktionen oder des Dienstes (*nello svolgimento delle funzioni*

²²⁵ Cass., Sez. VI, 17.10.1997, Vitarelli e altri, Cass. pen., 1998, 1616, 1617; Cass., Sez. VI, 15.2.1996, Ariagno, Riv. trim. dir. pen. econ., 1996, 352; s. in Bezug auf den ehemaligen Art. 324 c.p. Cass., Sez. VI, 26.1.1982, Alvau ed altri, Giust. pen., 1982, I, 551, 553.

²²⁶ Segreto/De Luca, 1999, S. 485; Seminara, Commento, S. 290; Benussi, S. 172; Della Monica, La configurabilità del tentativo, S. 151; Pagliaro/Parodi Giusino, Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2008, S. 307; vgl. Amato, Cass. pen., 1998, 1621, 1623; Art. 40 c.p. behandelt den Kausalzusammenhang. Absatz 2 ist dem § 13 StGB ähnlich und lautet: „Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo.“ – „Ein Ereignis nicht zu verhindern, zu dessen Verhinderung eine juristische Pflicht besteht, entspricht seiner Verursachung.“

²²⁷ Pagliaro/Parodi Giusino, Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2008, S. 307; vgl. Benussi, S. 172.

²²⁸ Cass., Sez. VI, 17.10.1997, Vitarelli e altri, Cass. pen., 1998, 1616, 1617 f.; Segreto/De Luca, 1999, S. 485.

²²⁹ Cass., Sez. VI, 17.10.1997, Vitarelli e altri, Cass. pen., 1998, 1616, 1617 f.; Cass., Sez. VI, 15.2.1996, Ariagno, Riv. trim. dir. pen. econ., 1996, 352.

²³⁰ So *svolgimento* wörtlich übersetzt. Im Deutschen paßt der Ausdruck „Ausübung“ besser, den es im Italienischen aber mit dem Begriff *esercizio* ebenfalls gibt. Zur Unterscheidung

o del servizio), unter Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen (*in violazione di norme di legge o di regolamento*), oder dadurch verursacht werden muß, sich bei einem eigenem oder bei einem Interesse eines nahen Angehörigen oder in den anderen vorgeschriebenen Fällen nicht zu enthalten (*ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti*).

1. Tatbestandsmerkmal „in Abwicklung der Funktionen und des Dienstes“

Die Umschreibung „in Abwicklung der Funktionen oder des Dienstes“ ist die erste Einschränkung des objektiven Tatbestands.

a) Begriffe *funzioni*, *servizio* und *svolgimento*

Die Begriffe „Funktionen“ (*funzioni*) und „Dienst“ (*servizio*) beziehen sich auf die zwei möglichen aktiven Subjekte des Tatbestands, den Amtsträger, der Funktionen wahrnimmt, und den mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten, der einen ebensolchen Dienst ausübt.²³¹ Dem objektiven Verständnis der Legaldefinitionen von Art. 357 und Art. 358 c.p. folgend, nach dem zur Qualifizierung als Amtsträger oder als mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten gerade das tatsächliche Tätigwerden nötig ist, wird das Merkmal „in Abwicklung der Funktionen oder des Dienstes“ zum Teil als ein Pleonasmus angesehen; zumindest nicht in erster Linie als ein Merkmal der Tathandlung, denn der Subjektqualität.²³²

Richtig ist, daß die Begriffe *funzioni* und *servizio* im Sinne von Art. 357 und Art. 358 c.p. zu lesen sind.²³³ Unter Funktionen sind daher die legislativen, rechtsprechenden und administrativen öffentlichen Funktionen zu verstehen. Hierbei sind gemäß Art. 357 Abs. 2 Verwaltungsfunktionen dann öffentlich, wenn sie durch Normen des öffentlichen Rechts und durch autoritative Akte geregelt sowie durch die Bildung und Manifestierung des Willens der öffentlichen Verwaltung oder durch ihren Ablauf mittels autoritativen oder zertifizierenden Machtbefugnissen gekennzeichnet sind. Dem öffentlichen Dienst fehlen nach Art. 358 Abs. 2 c.p. die Attribute der Partizipation an der Bildung und Manifestierung des öffentlichen Willens sowie die autoritativen und zertifizierenden

siehe nun im Anschluß unter B.II.1.a), S. 73.

²³¹ D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 40; Segreto/De Luca, 1999, S. 491.

²³² Vgl. Segreto/De Luca, S. 491.

²³³ D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 40, 42.

Machtbefugnisse. Darüber hinaus zählt die Norm einfache Anordnungsbefugnisse und die Leistung rein materieller Dienste nicht zum öffentlichen Dienst.²³⁴ Dennoch ist das Merkmal nicht überflüssig, wie sich im Folgenden am Begriff der Abwicklung (*svolgimento*) und den durch ihn möglichen Abgrenzungen zeigt.²³⁵

Der Begriff *svolgimento* wird im Art. 323 c.p. so angewandt wie im Art. 316 c.p. und im früheren Art. 327 c.p. der Begriff Ausübung (*esercizio*). Deshalb werden die Formulierungen als Synonyme angesehen.²³⁶ Hierbei bedarf es allerdings der Präzisierung, daß vom Begriff „Abwicklung“ im Gegensatz zu dem der „Ausübung“ auch das Unterlassen sowie neben den Verwaltungsakten und Verwaltungsverfahren sämtliches Verhalten umfaßt wird, das Ausdruck von Handeln in öffentlicher Funktion oder öffentlichem Dienst ist.²³⁷ Des weiteren ist die Formulierung nicht im Sinne von „bei Gelegenheit der Ausübung von Funktionen oder des Diensts“ zu verstehen.²³⁸ Während letztere Umschreibung sich eher zeitlich auf das Amt oder den Dienst bezieht, nimmt die Umschreibung im Art. 323 c.p. auf die Tathandlung als solche bezug. Insofern ist ein enger Zusammenhang zur Verletzung der Gesetzes- oder Verordnungsnormen bzw. der Enthaltungspflicht erforderlich.²³⁹

b) Mißbrauch der Subjektqualität und akzessorische Akte

Die Tatbestandsvoraussetzung, daß die Tat „in Abwicklung der Funktionen oder des Diensts“ begangen werden muß, stellt im Vergleich zum Art. 323 c.p. a.F. eine Beschränkung des strafbaren Verhaltens dar.²⁴⁰ Der Gesetzgeber von 1990 umschrieb die Tathandlung lediglich mit dem Mißbrauch des Amts, also dessen illegitimen Gebrauch, so daß zweifelhaft war, ob neben dem Mißbrauch der dem Amt eigenen Befugnisse auch der Mißbrauch der Subjektqualität als solche (*abuso della qualità*) vom Art. 323 c.p. erfaßt wurde.²⁴¹ Unter Mißbrauch der

²³⁴ Siehe oben B.I.3.d), S. 59.

²³⁵ Vgl. auch Padovani, *Legisl. pen.*, 1997, 741, 743.

²³⁶ D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 43 f.; Segreto/De Luca, 1999, S. 493.

²³⁷ Vgl. Segreto/De Luca, 1999, S. 493.

²³⁸ Seminara, *Stud. iur.*, 1997, 1251, 1252; Cupelli, *Legalità e giustizia*, 1998, 35, 59; Benussi, S. 65; Segreto/De Luca, 1999, S. 493.

²³⁹ Segreto/De Luca, 1999, S. 494; D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 44, spricht von einem Aktualitätszusammenhang zwischen der Verletzungshandlung und der Abwicklung der Funktionen oder des Dienstes.

²⁴⁰ Ebenso Benussi, S. 63.

²⁴¹ Die überwiegende Mehrheit der Literatur und Rechtsprechung sprach sich dagegen aus, s. u.a. Scordamaglia, *L'abuso di ufficio*, S. 255; Mazzone, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 707, 717; Parodi Giusino, *Dig. discipl. pen.*, Vol. VI, Appendice, 587, 590; Pisa, *Encicl. giur.*, Vol. I, 5; D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1995, S. 126 f.; Gallo, *Dir. pen. proc.*, 1996, 271, 275; Cass., Sez. VI, 28.3.1996, Baschetti, *Guida al dir. vom 26.10.1996*, Nr. 42, 100 f.; Cass., Sez. VI, 18.4.1997, Ceraso, *Guida al dir. vom 26.7.1997*, Nr. 28, 82; bereits vor

Subjektqualität ist das Ausnutzen der Position zu verstehen, die mit dem Amt oder dem Dienst korrespondiert, ohne die Befugnisse zu gebrauchen, die mit dem Amt oder Dienst verbunden sind.²⁴² Mit der Aufnahme des Kriteriums „in Abwicklung der Funktionen oder des Diensts“ in den Text des Art. 323 c.p. durch die Reform von 1997 wurden diese Zweifel beseitigt. Der Mißbrauch der Subjektqualität als solcher ist nun unmißverständlich ausgeschlossen.²⁴³ Der Amtsmissbrauch muß während des Gebrauchs der in der Funktion oder dem Dienst enthaltenen Kompetenzen geschehen. Die Instrumentalisierung des Status ist nicht ausreichend.²⁴⁴ Sie kann allerdings disziplinarrechtliche Folgen haben²⁴⁵ oder, wo die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen, andere strafrechtliche Tatbestände erfüllen.²⁴⁶

Gleiches gilt nach überwiegender Auffassung für die akzessorischen, also die dem administrativen Akt vorangehenden, ihn begleitenden oder ihm nachfolgenden Akte.²⁴⁷ Hierbei kann es sich zum Beispiel um Unhöflichkeiten, Beleidigungen oder Mißhandlungen handeln, die ein rechtmäßigesungsverfahren bzw. Verwaltungsmaßnahme begleiten. Zum einen werden sie nicht mittels Mißbrauchs des Amtes begangen, sondern höchstens mittels Mißbrauchs der Subjektqualität.²⁴⁸ Zum anderen können sie die rechtmäßige Maßnahme nicht zu einem Amtsmissbrauch werden lassen. Gegebenenfalls erfüllen die akzessorischen Handlungen andere Straftatbestände – wie beispielsweise den der

der Reform von 1990 dagegen Levi, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, S. 317; Riccio, *Noviss. dig. it.*, Vol. I, 107, 109; Contieri, *Encicl. dir.*, Vol. I, 187, 188; Stortoni, *L'abuso di potere nel diritto penale*, S. 14 ff.; dafür hingegen Tesauro, *Annali Perugia*, 1925, 101, 198; Pedrazzi, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 349, 388; ebenso dafür nach 1990 Cass., Sez. VI, 24.9.1990, Cataldo, *Riv. pen.*, 1991, 849; Cass., Sez. I, 27.2.1993, Salvo ed altri, *Giur. it.*, 1994, II, Sp. 672, 676 f.

²⁴² D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 40; Pedrazzi, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 349, 378 f., 388, spricht von einem Mißbrauch der potenziellen Befugnisse.

²⁴³ Manzione, *Le forme della condotta*, S. 11; Padovani, *Legisl. pen.*, 1997, 741, 743; Seminara, *Stud. iur.*, 1997, 1251, 1252; Benussi, S. 63; Segreto/De Luca, S. 491; D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 40.

²⁴⁴ Diesem Ergebnis entspricht auch, daß der Gesetzgeber im Tatbestand der Erpressung im Amt, Art. 317 c.p. explizit zwischen *abuso della qualità* und *abuso dei poteri* (Mißbrauch der Befugnisse) unterscheidet. S. dazu Pagliaro/Parodi Giusino, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2008, S. 291; s. auch Marini, *Lineamenti della condotta nel delitto di concussione*, S. 1098 ff.

²⁴⁵ So bereits vor der Reform von 1997 Cass., Sez. VI, 18.4.1997, Ceraso, *Guida al dir. vom 26.7.1997*, Nr. 28, 82; s. auch Cupelli, *Legalità e giustizia*, 1998, 35, 59; vgl. Segreto/De Luca, 1999, S. 492.

²⁴⁶ Cass., Sez. VI, 18.4.1997, Ceraso, *Guida al dir. vom 26.7.1997*, Nr. 28, 82; vgl. Benussi, S. 64 f.

²⁴⁷ Seminara, *Stud. iur.* 1997, 1251, 1252; Pagliaro/Parodi Giusino, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2008, S. 293; Segreto/De Luca, S. 494; Manzione, *Le forme della condotta*, S. 18 f.; Benussi, S. 64 f.; so bereits lange vor der Reform von 1997 Levi, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, S. 319; Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. V, 1982, S. 279.

²⁴⁸ Levi, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, S. 319.

Körperverletzung (*lesione personale*), Art. 582 c.p. –, aber nicht den des Amtsmißbrauchs.²⁴⁹ Art. 323 c.p. ist folglich nicht einschlägig. Liegen jedoch die Voraussetzungen einer anderen Strafnorm des *Codice penale* vor, besteht die Möglichkeit der Anwendbarkeit des Erschwerungsgrundes des Art. 61 Nr. 9 c.p. Diese Bestimmung sieht u.a. vor, daß die Strafe dann erhöht werden kann, wenn eine Straftat mittels Mißbrauchs von Befugnissen oder in Verletzung von Amst- bzw. Dienstpflichten begangen wurde.²⁵⁰ Der Unterschied zum Tatbestand des Amtsmißbrauchs liegt darin, daß das Merkmal „in Abwicklung von öffentlichen Funktionen oder eines öffentlichen Diensts“ nicht gegeben sein muß.²⁵¹

c) Amtsmißbrauch und fehlende Zuständigkeit

Fraglich ist, ob bei fehlender Zuständigkeit des handelnden Funktionärs eine Strafbarkeit nach Art. 323 c.p. gegeben sein kann oder ob der Tatbestand vielmehr nur von einem zuständigen Amtsträger oder mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten erfüllt werden kann. Der wohl überwiegende Teil der Literatur hält die Mangelnde Zuständigkeit für unbeachtlich. Der Tatbestand verlange nicht, daß die Verletzung der Normen oder der Enthaltungspflicht *aufgrund* der Funktionen oder des Dienstes vorgenommen werden muß,²⁵² sondern in *Abwicklung* letzterer. Das Subjekt könne durchaus für die vorgenommene Tätigkeit nicht zuständig sein und den Tatbestand verwirklichen.²⁵³ Im Übrigen könne die Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen im Sinne des Tatbestands könne auch in dem Verstoß gegen Zuständigkeitsregelungen liegen.²⁵⁴ Allerdings sei eine „tatsächliche Kompetenz“ (*competenza di fatto*) erforderlich, die es dem Funktionär erlaubt, das zu tun, wozu ein Amtsträger oder ein mit

²⁴⁹ Segreto/De Luca, S. 494; Manzini, Trattato di diritto penale italiano, Vol. V, 1982, S. 279.

²⁵⁰ Art. 61 Nr. 9 c.p. lautet: „*Aggravano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali, le circostanze: . . .*

9) *l'aver commesso il fatto con abuso dei poteri, o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio, ovvero alla qualità di ministro di un culto.*“

²⁵¹ Manzione, Le forme della condotta, S. 13, Fn. 24.

²⁵² Im Sinne von „Der Amtsträger oder der mit einem öffentlichen Dienst Beauftragte, der aufgrund seiner Funktionen oder seines Diensts, . . .“

²⁵³ D'Avirro, L'abuso di ufficio, S. 44; Segreto/De Luca, 1999, S. 493; vgl. Pagliaro/Parodi Giusino, Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2008, S. 290; vgl. bereits Pannain, S. 97. A.A. Cass., Sez. VI, 12.11.2001, Amato, Dir. pen. proc., 2003, 445, das verlangt, daß beim Merkmal des „nello svolgimento della funzione o del servizio“ die ausgeübte öffentliche Tätigkeit dem Handelnden anvertraut wurde. Wenn der Amtsträger völlig außerhalb seiner Kompetenzen agiert, komme hingegen insbesondere Art. 347 c.p. in Betracht.

²⁵⁴ So Pagliaro/Parodi Giusino, Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2008, S. 290.

einem öffentlichen Dienst Beauftragter grundsätzlich kompetent ist.²⁵⁵ Wenn die Tat gänzlich außerhalb einer solchen Kompetenz liegt, sei zwar Art. 323 c.p. nicht erfüllt,²⁵⁶ es könne jedoch der Tatbestand der Amtsanmaßung (*ursurpazione*), Art. 347 c.p., in Betracht kommen.²⁵⁷ Dem ist unter der Maßgabe zuzustimmen, daß bei völligem Fehlen von Zuständigkeit – also nicht bereits bei Überschreitung der Kompetenzgrenzen, aber auch nicht erst außerhalb der von *Pagliario* genannten *competenza di fatto* – in erster Linie Art. 347 c.p. zu prüfen ist.²⁵⁸ Darüber hinaus²⁵⁹ ist die Zuständigkeit kein Erfordernis des Art. 323 c.p. Ansonsten käme man zu dem unausgewogenen Ergebnis, daß ein nicht zuständiger Funktionär straflos bliebe, während der *funzionario di fatto*, also jemand, der nicht einmal offiziell zum Amtsträger oder zu einem mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten ernannt wurde, aber wie ein solcher auftritt, nach Art. 323 c.p. belangt werden kann.

2. Exkurs: Klassische Mängel eines Verwaltungsakts

Die Interpretation des mit der Reform von 1997 eingefügten Merkmals der Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen ist für den Anwendungsbereich der Norm von entscheidender Bedeutung. Bei der Tathandlung handelt es sich um Tätigkeiten von Amtsträgern bzw. von mit öffentlichen Diensten Beauftragten, die sie in Ausübung ihrer Funktionen bzw. ihres Dienstes verrichten. Ihre Maßnahmen werden folglich durch das Verwaltungsrecht geregelt. Die Mißbrauchshandlungen stellen daher immer auch Verletzungen von verwaltungsrechtlichen Vorschriften dar. Zum Verständnis der in Lehre und Rechtsprechung herrschenden Kontroverse über die Auslegung der Tathandlung des Amtsmißbrauchs, ist es insofern unerlässlich, sich einen Überblick über die Rechtswidrigkeitsgründe des italienischen Verwaltungsrechts zu verschaffen.

²⁵⁵ *Pagliario/Parodi Giusino*, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2008, S. 290; vgl. *D'Avirro, L'abuso di ufficio*, S. 44.

²⁵⁶ Cass., Sez. VI, 25.2.1998, *Percoco*, Cass. pen., 1999, 2505.

²⁵⁷ *Pagliario/Parodi Giusino*, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2008, S. 291. *A.A. Manzini*, *Trattato di diritto penale*, Vol V, 1982, S. 277, der meint, daß die Fälle der Amtsanmaßung nicht vom Art. 323 c.p. erfaßt werden könnten, weil dieser den Fehlgebrauch von tatsächlich übertragenen Befugnissen voraussetze. Siehe oben *B.I.3.h)bb*), S. 69.

²⁵⁸ Siehe Cass., Sez. VI, 12.11.2001, *Amato*, *Dir. pen. proc.*, 2003, 445.

²⁵⁹ Also eine Befugnisüberschreitung unterhalb der Schwelle der Amtsanmaßung.

a) Dreiteilung

Das italienische Verwaltungsrecht kennt drei klassische Rechtswidrigkeitsgründe für Verwaltungsakte, die sogenannten *vizi di legittimità*.²⁶⁰ Es handelt sich dabei um den *vizio di incompetenza*²⁶¹ (Fehler der mangelnden Zuständigkeit), den *vizio di eccesso di potere*²⁶² (Fehler der Ermessensüberschreitung) und den *vizio di violazione di legge*²⁶³ (Fehler der Gesetzesverletzung). Diese Dreiteilung wurde durch das Gesetz vom 31. März 1889, Nr. 5992, vorgenommen, das mit der Einsetzung der neuen Sektion IV des Staatsrats, dem *Consiglio di Stato*, erstmals in Italien eine Verwaltungsgerichtsbarkeit schuf. Darüber hinaus wurde die Aufzählung der fehlenden Zuständigkeit, Ermessensüberschreitung und Gesetzesverletzung in mehreren *testi unici*²⁶⁴ über den *Consiglio di Stato*²⁶⁵ sowie in weiteren Gesetzesvorschriften²⁶⁶ wiederholt.

Grundsätzlich bedeutet der *vizio di legittimità* die Unvereinbarkeit des Verwaltungsaktes mit einer Rechtsnorm. Demzufolge stellen alle drei Mängel eine Gesetzesverletzung im weiten Sinne dar.²⁶⁷ Beim Fehler der Gesetzesverletzung ergibt sich dies bereits aus dem Begriff. Der Fehler der mangelnden Zuständigkeit ist ebenfalls nichts anderes als die Verletzung von Kompetenzvorschriften, während der Fehler der Ermessensüberschreitung eine Verletzung des durch Normauslegung ermittelten Gesetzeszwecks darstellt oder den das Ermessen regelnden Vorschriften zuwiderläuft.²⁶⁸

²⁶⁰ Siehe auch Bertoldini, Dir. proc. amm., 1999, 759 ff.

²⁶¹ Ausführlich dazu Vipiana, Introduzione ai vizi di legittimità dell'atto amministrativo, S. 1 ff.

²⁶² Ausführlich dazu Vipiana, Introduzione ai vizi di legittimità dell'atto amministrativo, S. 89 ff.

²⁶³ Ausführlich dazu Vipiana, Introduzione ai vizi di legittimità dell'atto amministrativo, S. 199 ff.

²⁶⁴ Plural von *testo unico*. *Testi unici* sind Zusammenfassungen von verschiedenen Gesetzen, die die Anwendung erleichtern sollen. Es handelt sich grundsätzlich um eine Art Kodifizierung und Koordinierung von schon bestehendem Recht, ohne daß dem eine legislative Befugnis zugrunde liegt, s. Malo, Dig. discipl. pubbl., Vol. XV, 293, 295 ff.

²⁶⁵ Art. 22, r.d. 17 agosto 1907, n. 638; Art. 8 Abs. 9, 22, r.d. 30 dicembre 1923, n. 2840; Art. 26, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054.

²⁶⁶ Art. 6, r.d. 3 marzo 1934, n. 383; Art. 3, l. 6 dicembre 1971, n. 1034.

²⁶⁷ So Landi/Potenza, Manuale di dir. amm., S. 251; Virga, Diritto Amministrativo, Vol. II, S. 121.

²⁶⁸ Cavallo Perin, Dig. discipl. pubbl., Vol. XV, 657, 658 f.; Landi/Potenza, Manuale di dir. amm., S. 251; Virga, Diritto Amministrativo, Vol. II, S. 121.

aa) Mangel der fehlenden Zuständigkeit

Der *vizio di incompetenza* ist ein Fehler, der sich auf das handelnde Subjekt bezieht.²⁶⁹ Das Fehlen von Zuständigkeit kann absolut oder relativ sein.²⁷⁰ Absolut ist es, wenn ein Verwaltungsorgan einen Akt erläßt, dessen Materie in die Kompetenz einer anderen Staatsgewalt, also in die der Judikative oder der Legislative fällt. Die absolute *incompetenza* zieht Nichtigkeit des Verwaltungsakts nach sich.²⁷¹ In manchen früheren Gesetzen²⁷² wird sie „*eccesso di potere*“ genannt²⁷³ und könnte daher leicht mit dem *vizio di eccesso di potere*, dem Rechtswidrigkeitsgrund der Ermessensüberschreitung, verwechselt werden. Die relative *incompetenza* liegt zwischen mehreren Verwaltungsorganen oder öffentlichen Einrichtungen vor. Wie im deutschen Verwaltungsrecht wird zwischen sachlicher, instanzialer und örtlicher Zuständigkeit unterschieden.²⁷⁴

Nach wohl überwiegender Ansicht fallen die Fälle der Inkompatibilität und die der falschen Zusammensetzung von Kollegialorganen auch unter den Fehler der mangelnden Zuständigkeit.²⁷⁵

bb) Mangel der Ermessensüberschreitung: Ermessensfehler²⁷⁶

(1) Ursprung und Unterscheidung vom *vizio di merito*

Der *vizio di eccesso di potere* ist das Resultat einer langen Ausarbeitung sowohl durch die Rechtslehre als auch durch die Rechtsprechung, wobei letztere in ihren Entscheidungen vor allem die sogenannten *figure sintomatiche*, die

²⁶⁹ Landi/Potenza, Manuale di dir. amm., S. 252.

²⁷⁰ Zur Unterscheidung s. Crosetti, Dig. discipl. pubbl., Vol. VI, 204, 205; vgl. Cavallo, Provvedimenti e atti amministrativi, S. 319 f.; vgl. in der Rechtsprechung TAR Umbria, 10.9.1994, n. 543, Rass. giur. umbra, 1995, 680.

²⁷¹ Crosetti, Dig. discipl. pubbl., Vol. VI, 204, 205; Virga, Diritto Amministrativo, Vol. II, S. 123; Cavallo, Provvedimenti e atti amministrativi, S. 299, 319.

²⁷² Z.B. in Art. 3 l. vom 31.3.1877, Nr. 3761.

²⁷³ Vgl. Modugno/Manetti, Encicl. giur., Vol. X, 1.

²⁷⁴ Landi/Potenza, Manuale di dir. amm., S. 252; vgl. Crosetti, Dig. discipl. pubbl., Vol. VI, 204, 205 und Virga, Diritto Amministrativo, Vol. II, S. 123, die noch eine vierte Zuständigkeit und zwar die nach Wert unterscheiden. Der Funktionär könne nicht zuständig werden, wenn die von ihm getroffene Entscheidung den Betrag überschreitet, bis zu welchem er entscheidungsbefugt ist.

²⁷⁵ Cons. St., Sez. IV, 2.2.2000, n. 550, C.S., 2000, I, 195 f.; vgl. Cons. St., Sez. IV, 4.3.1999, n. 247, C.S., 1999, I, 355; s. in der Literatur Crosetti, Dig. discipl. pubbl., Vol. VI, 204, 206 f.; Cavallo, Provvedimenti e atti amministrativi, 322; vgl. Sandulli, Manuale di dir. amm., Vol. I, 1984, S. 671.

²⁷⁶ Siehe zur Begrifflichkeit Fn. 2, S. 3.

typischen Fälle der Ermessensüberschreitung entwickelt hat.²⁷⁷ Der Ausdruck stammt aus dem französischen Recht,²⁷⁸ wo der *excès de pouvoir* allerdings die Rechtswidrigkeitsgründe allgemein meint, welche in die vier Kategorien (*cas d'ouverture*) fehlende Zuständigkeit (*incompétence*), Formfehler (*vice de forme*), Gesetzesverletzung (*violation de la loi*) und Ermessensmißbrauch (*détournement de pouvoir*) unterteilt sind.²⁷⁹ Weil sich das bereits erwähnte Gesetz vom 31. März 1889, Nr. 5892, an das französische Recht anlehnte, interpretierte der *Consiglio di Stato* von Anbeginn den Ausdruck des *eccesso di potere* im Sinne des Ermessensmißbrauchs (*détournement de pouvoir*) und nicht als absolutes Fehlen von Zuständigkeit.²⁸⁰ Der *eccesso di potere* kennzeichnet den typischen Rechtswidrigkeitsgrund von Verwaltungsakten im Bereich der Ermessensverwaltung.²⁸¹ Im Bereich der gebundenen Verwaltung fehlt die Voraussetzung des Ermessensspielraums, den der Amtsträger überschreiten könnte.²⁸² Das Ermessen findet seine Grenzen durch das öffentliche Interesse, das den öffentlichen Befugnissen zugrunde liegt,²⁸³ und durch die Regeln der Logik und Vernunft²⁸⁴ sowie der Unparteilichkeit²⁸⁵ .²⁸⁶

Als Rechtswidrigkeitsgrund muß der Fehler der Ermessensüberschreitung vom Fehler in den Entscheidungsgründen, dem *vizio di merito*, deutlich unterschieden

²⁷⁷ Landi/Potenza, Manuale di dir. amm., S. 252 f.; Virga, Diritto Amministrativo, Vol. II, S. 124; m.w.N. Modugno/Manetti, Encicl. giur., Vol. X, 2; s. auch Gasparri, Encicl. del dir., Vol. XIV, 124, 126.

²⁷⁸ Vgl. zum Ermessensmißbrauch Calabrò, C.S., 1992, II, 1565; Cavallo, Provvedimenti e atti amministrativi, S. 313 f.

²⁷⁹ Dubouis/Peiser, Droit public, S. 177 ff.; s. auch Chapus, Droit administratif général, I, S. 937 f.

²⁸⁰ Mattarella, Il provvedimento, S. 873 f.; Gasparri, Encicl. del dir., Vol. XIV, 124, 126; Landi/Potenza, Manuale di dir. amm., S. 253; Sandulli, Manuale di dir. amm., 1957, S. 283; vgl. auch bereits Resta, La natura giuridica dell'eccesso di potere, S. 390.

²⁸¹ Gasparri, Encicl. del dir., Vol. XIV, 124, 128; Virga, Diritto Amministrativo, Vol. II, S. 125; Landi/Potenza, Manuale di dir. amm., S. 254; vgl. Cavallo Perin, Dig. discipl. pubbl., Vol. XV, 657, 660.

²⁸² In der Rechtslehre s. Sala, Dir. amm., 1993, 173, 176; Potenza, Riv. amm., 1990, 1564; Calabrò, C.S., 1992, II, 1565, 1567; vgl. Sandulli, Manuale di dir. amm., Vol. I, 1984, S. 680; in der Rechtsprechung s. Cons. St., Sez. IV, 28.1.1991, n. 42, C.S., 1991, I, 10; Cons. St., Sez. V, 8.4.1991, n. 472, Foro amm., 1991, 1088; Cons. St., Sez. , 17.6.1998, n. 508, C.S., 1999, I, 2027, 2028; C.G.A. (Consiglio giust. amm. Regione siciliana), 25.3.1999, n. 98, C.S., 1999, I, 511, 512.

²⁸³ Siehe dazu eingehend Paolantonio, Dir. amm., 1996, 413, 423 ff.; s. auch di Raimondo, Nuova rass., 1996, 1112, der sich auch mit dem Problem weiterer, hinzutretender Interessen beschäftigt, 1113 ff.

²⁸⁴ Eingehend Lombardo, Riv. trim. dir. pubbl., 1997, 939 ff.; vgl. auch Sala, Dir. amm., 1993, 173, 227; Paolantonio, Dir. amm., 1996, 413, 421. Siehe zum *principio di ragionevolezza* speziell im Verwaltungsprozeß Vipiana, Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico, S. 103 ff.

²⁸⁵ Siehe zur Unparteilichkeit insbes. mit Blick auf die Gesetze Nr. 142 und 241 von 1990 Rodella, Nuova rass., 1991, 1064 ff.

²⁸⁶ Virga, Diritto Amministrativo, Vol. II, S. 124 f.

den werden.²⁸⁷ Während bei der Ermessensüberschreitung ein Widerspruch zu den das Ermessen regelnden Vorschriften bzw. zu dem Zweck der Ermächtigungsnorm besteht, stimmt beim *vizio di merito* der Akt nicht mit den technischen – also nichtjuristischen – Vorschriften oder den Vorgaben für eine gute Verwaltung überein oder aber ist unangemessen²⁸⁸ bzw. unzweckmäßig.²⁸⁹ Der Fehler der Ermessensüberschreitung beinhaltet stets einen Widerspruch mit einer Rechtsnorm; nicht so der Fehler in den Entscheidungsgründen.²⁹⁰ Sobald die Zwecke den gewählten Mitteln oder die Ziele den Ergebnissen einer Verwaltungsmaßnahme gegenübergestellt werden, ist die Schwelle von der Rechtmäßigkeitskontrolle hin zur Untersuchung der Sachentscheidung der Administration überschritten.²⁹¹ In der Rechtmäßigkeitsüberprüfung darf somit keine andere Bewertung des öffentlichen Interesses erfolgen als die, welche die Verwaltung vorgenommen hatte.²⁹²

(2) Theorien der Rechtslehre

Die Rechtslehre hat zu der Grundlage des Fehlers der Ermessensüberschreitung verschiedene Theorien entwickelt.²⁹³

Die Ansicht vom *eccesso di potere* als Willensmangel (*vizio della volontà*) führt die Figur auf eine Anomalie bei der Willensbildung des Verwaltungsakts zurück und bringt sie mit den klassischen Mängeln eines Rechtsgeschäfts in

²⁸⁷ Siehe dazu einen kurzen Überblick bei Galli, Corso di dir. amm., S. 251 ff.

²⁸⁸ Unangemessen i.S. von Angemessenheit/Zweckmäßigkeit in einer bestimmten Situation, nicht i.S. von der Verhältnismäßigkeit einer Verwaltungsentscheidung. Sandulli, Manuale di dir. amm., Vol. I, 1984, S. 684, spricht von “l’adeguatezza dell’esercizio della discrezionalità amministrativa all’occasione (vale a dire l’adeguata scelta degli interessi implicati)“. Zum Prinzip der Verhältnismäßigkeit im italienischen Verwaltungsrecht eingehend Sandulli, La proporzionalità dell’azione amministrativa, S. 136 ff.; Galetta, Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo, S. 143 ff.

²⁸⁹ Sandulli, Manuale di dir. amm., Vol. I, 1984, S. 684, 687; Landi/Potenza, Manuale di dir. amm., 1983, S. 270 f. Vgl. aber Giannini, Diritto amministrativo, Vol. 2, 1988, S. 759 f., der zum einen zwischen Kriterien der *opportunità* und der der *tecnicità* unterscheidet und zum anderen den Begriff der *buona amministrazione* in diesem Zusammenhang für tautologisch hält. Er unterstreicht allerdings, daß die *opportunità* einen Kern besitze, der rein politisch sei; was sich unter einem politischen Gesichtspunkt zweckmäßig darstelle, müsse es nicht für eine andere politische Richtung sein, oder was für eine städtische Gemeinschaft zweckmäßig sei, könne auf dem Land das Gegenteil sein.

²⁹⁰ Landi/Potenza, Manuale di dir. amm., 1983, S. 270.

²⁹¹ Virga, Diritto Amministrativo, Vol. II, S. 125 f.

²⁹² Virga, Diritto Amministrativo, Vol. II, S. 126; ders., Giur. amm. sic., 1997, 343, 344; vgl. Sandulli, Manuale di dir. amm., Vol. I, 1984, S. 684. Siehe ebenfalls die – mittlerweile allerdings überholten – Art. 133 I d.lgs. 18.8.2000, n. 267 (t.u. enti locali) und Art. 46 l. 8.6.1990, n. 142 und Art. 1 Abs. 1 d.lgs. 13.2.1993, n. 40.

²⁹³ Einen kurzen Überblick gibt Modugno/Manetti, Encicl. giur., Vol. X, 3 f.; s. auch Giannini, Diritto amministrativo, Vol. 2, 1988, S. 752 f.

Verbindung.²⁹⁴ Danach handelt es sich um eine Ermessensüberschreitung, wenn das Verwaltungsverfahren durch Gewalt im weiten Sinne,²⁹⁵ Irrtum oder arglistige Täuschung beeinflusst wurde.²⁹⁶

Nach der Theorie vom Fehler des Rechtsgrunds (*vizio della causa*) ist ein Akt wegen Ermessensüberschreitung fehlerhaft, wenn er einen anderen als den vom Gesetz vorgegebenen (objektiven) Zweck verfolgt. Der Rechtsgrund sei im Bereich des Verwaltungsrechts identisch mit dem spezifischen öffentlichen Interesse, das die Verwaltung verfolgen müsse, und Teil des Verwaltungsakts.²⁹⁷

Die Theorie vom Fehler der Beweggründe (*vizio dei motivi*) baut auf den beiden vorweg genannten Ansichten auf. In den *iter* der Willensbildung würden eine Serie von Beweggründen (*motivi*) sowie der letzte, entscheidende (bestimmende) Beweggrund, der Rechtsgrund (*causa*) oder ausschlaggebende Grund (*motivo determinante*), einfließen. Beim Vertrag sei die *causa* das, was beide Parteien gemein haben, was sie verbindet, während die anderen Beweggründe per Definition verschieden sein müßten.²⁹⁸ Ebenso hänge die Wirksamkeit eines Verwaltungsakts von ihr ab.²⁹⁹ Im gleichen Maße seien jedoch auch die Beweggründe relevant, denn auch sie müßten einem öffentlichen Interesse entsprechen, und ihre Untersuchung sei bereits in der Figur des Ermessensmißbrauchs anerkannt.³⁰⁰

Schließlich gibt es noch eine etwas jüngere Auffassung vom *excesso di potere* als umfassenden Fehler der Amtsverrichtung (*vizio della funzione*).³⁰¹ Nach ihr sind nicht Fehler in den Rechts- oder Beweggründen und ihre Untersuchung entscheidend, sondern vielmehr eine umfassende Kontrolle der Verwaltungstätigkeit auch bereits vor dem Erlaß des Verwaltungsakts. Alle symptomatischen Figuren der Ermessensüberschreitung werden hiernach als eigenständige Rechtswidrigkeitsgründe dieses Verwaltungshandelns, der *funzione*, und nicht als solche des Verwaltungsakts selbst verstanden.³⁰²

²⁹⁴ Vgl. zu letzterem auch Forti, Foro it., 1932, I, Sp. 289, 294 f.

²⁹⁵ Also sowohl *vis compulsiva* als auch bloße Einschüchterung einschließend.

²⁹⁶ Zanobini, Corso di dir. amm., Vol. I, S. 315; s. weitergehend Ranalletti, Foro amm., 1928, Sp. 69, 73 f., der in jedem Willensmangel, der sich auf den Willen des den Verwaltungsakt erlassenden Verwaltungsorgans entscheidend ausgewirkt hat, einen *excesso di potere* sieht.

²⁹⁷ Dazu ausführlich Resta, La natura giuridica dell' *excesso di potere*, S. 410 ff.; vgl. bereits Cammeo, Giur. it., 1912, I, Sp. 107, 113.

²⁹⁸ Forti, Foro it., 1932, I, Sp. 289, 294.

²⁹⁹ Forti, Foro it., 1932, I, Sp. 289, 296.

³⁰⁰ Forti, Foro it., 1932, I, Sp. 289, 297 f.; vgl. Modugno/Manetti, Encicl. giur., Vol. X, 4.

³⁰¹ Benvenuti, Rass. dir. pubbl., 1950, 1, 22 ff.

³⁰² Benvenuti, Rass. dir. pubbl., 1950, 1, 28 ff., s. insbes. Fn. 59, (S. 29 ff.); s. auch Giannini, Diritto amministrativo, Vol. 2, 1988, S. 755.

(3) „Symptomatische Fälle“ der Ermessensüberschreitung

Zu den „symptomatischen Fällen“ der Ermessensüberschreitung zählen neben dem Ermessensmißbrauch und der Zugrundelegung eines falschen Sachverhalts weitere von der Rechtsprechung herausgearbeitete Konstellationen.³⁰³

(a) Ermessensmißbrauch

Hauptfall der Ermessensüberschreitung ist der Ermessensmißbrauch, *sviamento di potere*. Er ist dadurch gekennzeichnet, daß die Verwaltung sich ihre Befugnisse zu einem anderen als zu dem von der gesetzlichen Ermächtigung Grundlage vorgesehenen Zweck nutzbar macht. Entweder verfolgt sie einen Zweck, der dem öffentlichen Interesse fremd ist, oder sie bedient sich einer Befugnis, die das Gesetz für die Verfolgung eines solchen Zwecks nicht eingerichtet hat.³⁰⁴

(b) Zugrundelegung eines falschen Sachverhalts

Ein weiterer Fall des Fehlers der Ermessensüberschreitung ist die Zugrundelegung eines falschen Sachverhalts, *travisamento dei fatti*. Hierunter fallen irrtümliche Tatsacheneinschätzungen durch die handelnde Verwaltung; so zum Beispiel, wenn nicht existierende Tatsachen fälschlicherweise als bestehend angesehen werden oder umgekehrt. Auch liegt ein *travisamento dei fatti* vor, wenn die Verwaltung den Tatsachen eine falsche, unlogische oder irrationale Bedeutung beimißt. Die fehlerhafte Einschätzung darf aber nicht mit der unangemessenen Einschätzung verwechselt werden, welche keinen Rechtswidrigkeitsgrund, sondern einen *vizio di merito* darstellt.³⁰⁵

³⁰³ Siehe die überblicksmäßige Aufzählung bei Virga, *Diritto Amministrativo*, Vol. II, S. 126 ff.; eingehend dagegen Vipiana, *Introduzione ai vizi di legittimità dell'atto amministrativo*, S. 104 ff.

³⁰⁴ Landi/Potenza, *Manuale di dir. amm.*, S. 254; ausführlicher Modugno/Manetti, *Encicl. giur.*, Vol. X, 6 f.; s. in der Rechtsprechung Cons. St., Sez. V, 22.11.1974, n. 552; Cons. St., Sez. IV, 28.5.1974, n. 397; Cons. St., Sez. V, 15.12.1970, n. 1122; Cons. St., Sez. VI, 26.9.1975, n. 401; Cons. St., Sez. V, 15.4.1996, n. 425, *Foro amm.*, 1996, 1227 f.; vgl. auch Cons. St., Sez. V, 1.12.1970, n. 1026; Cons. St., Sez. VI, 20.12.1974, n. 646; Cons. St., Sez. V, 26.6.1996, n. 813, *Foro amm.*, 1996, 1945.

³⁰⁵ Landi/Potenza, *Manuale di dir. amm.*, S. 255; s. dazu auch Cons. St., Sez. VI, 7.3.1972, n. 128; Cons. St., Sez. VI, 27.1.1978, n. 91; ausführlich dazu Vipiana, *Introduzione ai vizi di legittimità dell'atto amministrativo*, S. 120 ff.; Nachweise zur Rechtsprechung diese Gruppe allgemein betreffend bei Mattarella, *Il provvedimento*, S. 880.

(c) Weitere symptomatische Figuren

Darüber hinaus hat die Rechtsprechung weitere symptomatische Figuren der Ermessensüberschreitung entwickelt.³⁰⁶ Dazu zählt die Kategorie der Mängel der Begründung (*vizi della motivazione*).³⁰⁷ Fehlende, fehlerhafte, unlogische, widersprüchliche oder ungenügende Begründungen eines Verwaltungsakts hat die Rechtsprechung nicht als Gesetzesverletzung, sondern als Ermessensüberschreitung eingestuft, da durch sie der Vergleich des von der Verwaltung verfolgten Ziels mit dem vom Gesetz vorgesehenen unmöglich bzw. erschwert wird.³⁰⁸ Des weiteren wurden die Gruppe der Unlogik, Unschlüssigkeit und Widersprüchlichkeit in Bezug auf Verwaltungsakte oder anderes Verhalten der Verwaltung herausgearbeitet.³⁰⁹ Auch die Widersprüchlichkeit einer Verwaltungsmaßnahme mit vorangegangenen Verwaltungsverfahren kann hierunter fallen.³¹⁰ Weitere symptomatische Figuren sind die Ungleichbehandlung (*disparità di trattamento*) von Subjekten in identischen Situationen,³¹¹ und als deren Unterfall die offensichtliche Unrechtmäßigkeit (*manifesta ingiustizia*).³¹²

³⁰⁶ Modugno/Manetti, Encicl. giur., Vol. X, 3, 7 ff. mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

³⁰⁷ Cons. St., Sez. IV, 13.7.1976, n. 586; Cons. St., Sez. VI, 9.8.1985, n. 456.

³⁰⁸ M.w.N. aus der Rechtsprechung Modugno/Manetti, Encicl. giur., Vol. X, 2 f., 7 f.; ausführlich auch Vipiana, Introduzione ai vizi di legittimità dell'atto amministrativo, S. 107 ff.

Allerdings ist nun in Art. 3 des Gesetzes vom 7.8.1990, Nr. 241, die Pflicht, Verwaltungsakte zu begründen, gesetzlich festgelegt. Dementsprechend ist zumindest die fehlende Begründung nicht mehr als Fall der Ermessensüberschreitung, sondern als Gesetzesverletzung zu qualifizieren. So auch Casetta, Compendio di dir. amm., S. 297; s. auch Mattarella, Il provvedimento, S. 874 f., 888.

³⁰⁹ Cons. St., Sez. IV, 15.11.1977, n. 1022; Cons. St., Sez. IV, 15.6.1976, n. 432; Cons. St., Sez. VI, 13.1.1983, n. 3; Cons. St., Sez. IV, 12.5.1993, n. 528, Foro amm., 1993, 938 f.; s. in der Literatur Modugno/Manetti, Encicl. giur., Vol. X, 8 ff. m.w.N. aus der Rechtsprechung; vgl. Landi/Potenza, Manuale di dir. amm., S. 255; vgl. auch Vipiana, Introduzione ai vizi di legittimità dell'atto amministrativo, S. 111 ff.

³¹⁰ Virga, Diritto Amministrativo, Vol. II, S. 126 f.; vgl. ausführlich dazu Vipiana, Introduzione ai vizi di legittimità dell'atto amministrativo, S. 131 ff.

³¹¹ Cons. St., Sez. VI, 13.4.1992, n. 256, C.S., 1992, I, 606; Cass., Sez. V, 10.2.2000, n. 726, C.S., 2000, I, 289; s. auch Cons. St., Sez. VI, 11.7.2000, n. 3885, C.S., 2000, I, 1712; Landi/Potenza, Manuale di dir. amm., S. 255 f.; m.w.N. aus der Rechtsprechung Mattarella, Il provvedimento, S. 883; Modugno/Manetti, Encicl. giur., Vol. X, 10; s. auch ausführlich dazu Vipiana, Introduzione ai vizi di legittimità dell'atto amministrativo, S. 137 ff. Allerdings liegt keine Ungleichbehandlung vor, wenn die Verwaltung mit einer rechtswidrigen Praxis bricht, Cass., Sez. IV, 19.3.1998, n. 486, C.S., 1998, I, 362.

³¹² Cons. St., Sez. IV, 4.3.1980, n. 142, C.S., 1980, I, 266; Cons. St., Sez. VI, 23.4.1990, n. 463, Foro amm., 1990, 969, 970; vgl. auch Cons. St., Sez. VI, 7.2.1995, n. 152, C.S., 1995, I, 242; Cons. St., Sez. VI, 17.9.2001, n. 4863, Ipsao. Weitere Nachweise aus der Rechtsprechung bei Mattarella, Il provvedimento, S. 883; Modugno/Manetti, Encicl. giur., Vol. X, 10 f.; vgl. auch Vipiana, Introduzione ai vizi di legittimità dell'atto amministrativo, S. 147 ff. Allerdings handelt es sich bei der offensichtlichen Ungerechtigkeit um einen seltenen Fall der Ermessensüberschreitung. Grundsätzlich fällt Ungerechtigkeit nicht in den Bereich der Rechtswidrigkeitsgründe, sondern den der *vizi di*

Darüber hinaus werden die Verletzung von verwaltungsinternen Normen (*violazione di norme interne*),³¹³ die durch *vis compulsiva*, arglistige Täuschung oder Irrtum hervorgerufenen Willensmängel (*vizi della volontà*)³¹⁴ sowie Verfahrensmängel (*vizi del procedimento*), die sich auf die Willensbildung innerhalb der Verwaltung auswirken,³¹⁵ unter den Oberbegriff der Ermessensüberschreitung subsumiert.

cc) Mangel der Gesetzesverletzung

Der dritte klassische Fehler der Rechtmäßigkeit, die Gesetzesverletzung (*violazione di legge*), umfaßt sowohl Mängel hinsichtlich des handelnden Subjekts, des Inhalts und der Form als auch hinsichtlich des Verfahrens.³¹⁶ Er ist ein Rechtswidrigkeitsgrund mit Auffangfunktion, da er ein *genus* gegenüber seinen *species*, der fehlenden Zuständigkeit und der Ermessensüberschreitung, darstellt.³¹⁷ Die Gesetzesverletzung definiert sich als Unvereinbarkeit eines Verwaltungsakts mit einer Rechtsnorm von der Qualität eines formellen oder materiellen Gesetzes.³¹⁸ Nach allgemeiner Ansicht wird der Begriff des Gesetzes an dieser Stelle sehr weit ausgelegt, so daß darunter auch Verordnungen, Statute, Gewohnheitsrecht sowie

merito, s. Landi/Potenza, Manuale di dir. amm., S. 256.

³¹³ TAR Lazio, Sez. I, 18.2.1980, n. 164, Foro amm., 1980, I, 477; Cons. St., Sez. I, 23.5.1980, n. 3094/74, C.S., 1983, I, 360. Weil die internen Vorschriften keine Gesetze darstellen, ist ihre Übertretung nicht dem Fehler der Gesetzesverletzung zuzuordnen, Laschena, Encicl. giur., Vol. XXX, 2; Casetta, Compendio di dir. amm., S. 297 f.; Landi/Potenza, Manuale di dir. amm., S. 256; mit Nachweisen aus der Rechtsprechung Modugno/Manetti, Encicl. giur., Vol. X, 10; s. auch Vipiana, Introduzione ai vizi di legittimità dell'atto amministrativo, S. 157 ff.

³¹⁴ Wobei der Tatsachenirrtum bereits durch die Kategorie des *travisamento dei fatti* erfaßt wird. Gemeint ist der Rechtsirrtum, sofern er zu einer Ausdehnung der Befugnisse führt und nicht die Auswirkungen des erlassenen Verwaltungsakts betrifft, Landi/Potenza, Manuale di dir. amm., S. 256 f.; vgl. Laschena, Encicl. giur., Vol. XXX, 3. Siehe auch zu dieser Fallgruppe der Ermessensüberschreitung ausführlicher Vipiana, Introduzione ai vizi di legittimità dell'atto amministrativo, S. 167 ff.

³¹⁵ Str., so Landi/Potenza, Manuale di dir. amm., S. 257; der meint, es müsse im konkreten Fall untersucht werden, welche Auswirkungen der Verfahrensfehler auf den erlassenen Akt hatte. Bei bloßer Unregelmäßigkeit in der Erfüllung der Formalität handele es sich nicht um *eccesso di potere*, sondern um *violazione di legge*. Siehe auch TAR Lazio, Sez. , 23.1.2002, n. 649, T.A.R., 2002, 2, 513.

³¹⁶ So auch Laschena, Encicl. giur., Vol. XXX, 2 ff. mit Nachweisen aus der Rechtsprechung; Landi/Potenza, Manuale di dir. amm., S. 257; vgl. Virga, Diritto Amministrativo, Vol. II, S. 121.

³¹⁷ Cavallo Perin, Dig. discipl. pubbl., Vol. XV, 657, 658; AA.VV., Diritto amministrativo, Vol. II, 2001, S. 1518.

³¹⁸ Laschena, Encicl. giur., Vol. XXX, 2; Virga, Diritto Amministrativo, Vol. II, S. 121 f.

die generellen Rechtsprinzipien³¹⁹ und Normen des EU-Gemeinschaftsrechts³²⁰ zu verstehen sind.³²¹ *Violazione di legge* ist gegeben, wenn das Gesetz überhaupt nicht oder fehlerhaft angewendet wird.³²²

Während der Rechtswidrigkeitsgrund des *eccesso di potere* die Ermessensverwaltung betrifft, begrenzt der Fehler der Gesetzesverletzung den Rechtmäßigkeitsbereich der gebundenen Verwaltung.³²³ Seine Relevanz nimmt zu. Es scheint, daß der Gesetzgeber mehr und mehr dazu übergeht, von der Rechtsprechung ausgearbeitete Grundsätze und Rechtssätze zu kodifizieren. Hier ist beispielsweise das Gesetz Nr. 241 vom 7. August 1990 zu nennen.³²⁴ So ist dort mit Art. 3 die Pflicht, Verwaltungsentscheidungen zu begründen, nunmehr gesetzlich festgelegt.

b) Folgen eines Fehlers

Das Vorliegen eines Rechtswidrigkeitsgrunds hat zur Folge, daß der betroffene Verwaltungsakt zum einen „nicht anwendbar“ und zum anderen aufhebbar ist.

³¹⁹ Siehe dazu Cons. St., Sez. IV, 28.11.1994, n. 963, Giur. it., 1995, I, 1, 276, 277; s. auch AA.VV., Diritto amministrativo, Vol. II, 1993, S. 1252, die die generellen Prinzipien und Verfassungsprinzipien unter den Begriff des Gesetzes einschließen, aber hervorheben, daß sich die symptomatischen Fälle der Ermessensüberschreitung auch nach ihnen ausrichten.

³²⁰ Siehe zum Vorrang von EU-Verordnungen gegenüber widersprechenden innerstaatlichen Corte Cost., 10.11.1994, n. 384, Giur. it., 1995, I, Sp. 334; s. dazu die Anmerkung von Celotto, Giur. it., 1995, I, Sp. 341, 346 ff., der sich vor allem mit der Frage der *non applicazione* oder *disapplicazione* des innerstaatlichen Rechts auseinandersetzt; Cort. cost., 26.7.1979, n. 86, C.S., 1979, II, 692; vgl. Corte dei Conti, sez. contr. Stato, 1.8.1995, n. 106, C.S., 1995, II, 2219; während eine Richtlinie nur unmittelbar bindend ist, wenn sie dem Staat keinen Ermessensspielraum bei ihrer Umsetzung läßt, sie hinreichend bestimmt ist und wenn die Frist, innerhalb derer sie umgesetzt werden sollte, abgelaufen ist, s. in der Rechtsprechung Corte Cost., 8.4.1991, n. 168, C.S., 1991, II, 725, 727 f.; Cass., VI, 20.5.1995, n. 498, C.S., 1995, I, 843, 844, 854 und in der Literatur Picone, Dir. del lav., 1995, I, 29 ff.

Kritisch zur unmittelbaren Anwendbarkeit von selbst detaillierten Richtlinien s. Sciascia, Nuova rass., 1995, 863, 865 f.; vgl. in der deutschen Literatur, Fastenrath/Müller-Gerbes, Europarecht, S. 152 (Verordnung) und S. 158 (Richtlinie).

³²¹ Virga, Diritto Amministrativo, Vol. II, S. 122; Mattarella, Il provvedimento, S. 888; s. auch AA.VV., Diritto amministrativo, Vol. II, 1993, S. 1252, die ausführen, daß „*per legge legge debba intendersi ogni atto fonte, qualunque denominazione esso abbia*“ und „*la violazione di legge . . . comprende la violazione non solo della legge, ma anche di ogni altra norma giuridica dettata in atti qualificabili come fonti del diritto dall'ordinamento di riferimento.*“

³²² Laschena, Encicl. giur., Vol. XXX, 2; Virga, Diritto Amministrativo, Vol. II, S. 122; Mattarella, Il provvedimento, S. 888; AA.VV., Diritto amministrativo, Vol. II, 2001, S. 1519.

³²³ Cavallo Perin, Dig. discipl. pubbl., Vol. XV, 657, 660; vgl. Laschena, Encicl. giur., Vol. XXX, 2, der betont, daß der *vizio di violazione di legge* auch bei Verletzung der dem Ermessen gesetzten Grenzen gegeben sein könne.

³²⁴ Mattarella, Il provvedimento, S. 888 f.

Das Konzept der „Unanwendbarkeit“ bzw. „Nichtanwendung“ (*inapplicabilità* bzw. *disapplicazione*) geht auf Art. 5 des Gesetzes vom 20. März 1865, Nr. 2248, all. E zurück.³²⁵ Die Bestimmung sieht vor, daß die Gerichte die Verwaltungsakte und die allgemeinen sowie örtlichen Verordnungen nur insofern anwenden, wie sie gesetzeskonform sind. Ein Richter muß die Anwendung eines rechtswidrigen Verwaltungsakts verweigern. Die Nichtanwendung betrifft allerdings lediglich den Gegenstand des laufenden Verfahrens sowie seine beteiligten Parteien. Der Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit kann den Verwaltungsakt weder aufheben noch modifizieren.³²⁶ Die Aufhebbarkeit (*annullabilità*) besteht in der Möglichkeit, den fehlerhaften Akt durch einen aufhebenden Verwaltungsakt oder durch einen verwaltungsgerichtlichen Aufhebungsbeschluß zu beseitigen.³²⁷ Besorgt die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat, selbst seine Beseitigung, ist von *annullamento d'ufficio* oder *annullamento in sede di autotutela* die Rede. Voraussetzung ist hierfür die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsverfahrens einerseits sowie das spezifische öffentliche Interesse an der Aufhebung andererseits. Die Eliminierung des betroffenen Verwaltungsakts wirkt schließlich grundsätzlich *ex tunc*, es sei denn der aufgehobene Teil wird durch einen anderen Inhalt ersetzt, dann ist die Wirkung *ex nunc*.³²⁸

3. Problematik der Gleichsetzung mit dem Rechtswidrigkeitsgrund der Gesetzesverletzung

Da die Tathandlung des Amtsmißbrauchs allein durch Amtsträgers oder mit einem öffentlichen Dienst Beauftragte begangen werden kann, sich also an verwaltungsinterne Personen richtet, ist es denkbar, daß der Gesetzgeber von 1997 die Tat auch mit Hilfe eines verwaltungsrechtlichen Begriffes umschreiben wollte. Die Formulierung „Verletzung von Gesetzesnormen“ könnte eine Anlehnung an den verwaltungsrechtlichen Mangel der Gesetzesverletzung (*vizio di violazione di legge*) und daher mit ihm gleichzusetzen sein. Hierüber wird vor allem in der Rechtslehre kontrovers diskutiert. Die Beantwortung der Frage ist für den Anwendungsbereich des Art. 323 c.p. von Bedeutung. Wäre unter der „Verletzung von Gesetzesnormen“ der verwaltungsrechtliche Mangel der Gesetzesverletzung zu verstehen, könnte der Tatbestand des Amtsmißbrauchs nur durch einen rechtswidrigen Verwaltungsakt begangen werden. Wie oben dargestellt, handelt es sich bei der Gesetzesverletzung um einen Rechtswidrigkeitsgrund eines Verwaltungsakts; ein Verwaltungsakt steht in Widerspruch zu Gesetzesvorschriften, die die Form, das Verfahren oder den Inhalt des Aktes

³²⁵ Siehe dazu eingehend unten B.II.4.d)aa), S. 101 ff.

³²⁶ Landi/Potenza, *Manuale di dir. amm.*, S. 258 f.

³²⁷ Landi/Potenza, *Manuale di dir. amm.*, S. 259.

³²⁸ Casetta, *Compendio di dir. amm.*, S. 301, 303.

selbst betreffen.³²⁹ Wenn also zur Umschreibung des strafbaren Verhaltens ein Begriff verwandt wird, der sich allein auf einen Verwaltungsakt bezieht, kann die Tat auch nur mittels eines solchen begangen werden.³³⁰

Dem Wortlaut nach besteht eine unübersehbare Ähnlichkeit zwischen der Formulierung „Gesetzesverletzung“ (*violazione di legge*) und der der „Verletzung von Gesetznormen“ (*violazione di norme di legge*), sofern von der „Verletzung von Verordnungsnormen“ (*violazione di norme di regolamento*) abgesehen wird. Wahrscheinlich aufgrund dieser sprachlichen Nähe und wegen des erklärten Zieles des Reformgesetzgebers, den Tatbestand deutlich einzugrenzen, werden in der Rechtsliteratur die beiden Begriffe von einigen Autoren ohne weiteres gleichgesetzt.³³¹

Der wohl überwiegende Teil der Lehre ist demgegenüber für eine Unterscheidung der Ausdrücke. Dafür werden verschiedene Argumente angeführt. Manche lehnen die Gleichsetzung hauptsächlich aus dem Grund ab, daß der Tatbestand auf Verwaltungsakte beschränkt bliebe. Ihrer Ansicht nach ist es schlicht ungerechtfertigt, sämtliche andere Verhaltensweisen, die ebenfalls gegen die Rechtsordnung verstoßen, strafrechtlich nicht zu sanktionieren.³³² Andere Autoren verweisen darauf, daß der Gesetzgeber im Tatbestand keinerlei Bezug auf einen Verwaltungsakt nimmt, so daß deshalb nicht von einer Gleichsetzung mit dem verwaltungsrechtlichen Begriff auszugehen sei.³³³ Dieses Argument ist auf den ersten Blick wenig überzeugend, da die Erwähnung eines Verwaltungsaktes aus Sicht einer Legislative, die einen technischen Terminus aus dem Verwaltungsrecht verwendet, der sich unzweifelhaft auf Verwaltungsakte bezieht, überflüssig erscheinen muß. Es ist jedoch notwendig, sich die Systematik des Art. 323 c.p. zu vergegenwärtigen. Das aktive Subjekt des Amtsmißbrauchs kann, wie bereits gesehen, nicht nur der Verwaltung im technischen Sinne angehören, sondern ebenso der Justiz oder der Legislative. Nicht jeder Amtsträger

³²⁹ Virga, *Diritto Amministrativo*, Vol. II, S. 121.

³³⁰ Vgl. D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 53.

³³¹ So Cacciavillani, *Giur. merito*, 1999, 1142, 1145 f.; Fiandaca/Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2002, S. 246; Manna, *L'Indice pen.*, 1998, 13, 22; Leoni, S. 23 ff.; De Francesco, *Cass. pen.*, 1999, 1633, 1636; s. bereits Picotti, *Dir. pen. proc.*, 1997, 347, 349. Vgl. Seminara, *Stud. iur.*, 1997, 1251, 1252 ff., der die Begriffe zwar gleichsetzt, aber dennoch die Auswirkungen der gegenteiligen Interpretation untersucht, um diese dann zu verwerfen; s. auch Camaioni, *Il nuovo abuso d'ufficio*, S. 49 ff., der dem Ergebnis zwar zustimmt, aber sehr genau differenziert und vor allem wegen des vermuteten Willens der Legislative, den Rechtswidrigkeitsgrund des *vizio di eccesso di potere* aus dem Tatbestand auszuschließen, die in Art. 323 c.p. verwendete Formulierung mit dem verwaltungsrechtlichen Begriff identifiziert. Vgl. auch in der Rechtsprechung *Cass.*, Sez. VI, 28.11.1997, *Fricano ed altro*, *Cass. pen.*, 1998, 1356, 1357.

³³² So Cupelli, *Legalità e giustizia*, 1998, 35, 60; D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 53 f.; s. bereits Di Giovine, *Documenti giustizia*, 1996, 2052, 2059.

³³³ Gambardella, *Cass. pen.*, 1998, 2335, 2337; Cupelli, *Legalità e giustizia*, 1998, 35, 60; D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 54.

und vor allem nicht jeder mit einem öffentlichen Dienst Beauftragte in diesen Administrationen besitzt aber die Befugnis, Verwaltungsakte zu erlassen.³³⁴ Wollte der Gesetzgeber sich jedoch auf solche beschränken, wäre ein zusätzlicher Hinweis auf Verwaltungsakte hilfreich gewesen, um die Begrenzung gegenüber der Weite von „Amtsträger oder mit einem öffentlichen Dienst Beauftragte“ deutlicher zu machen. Dennoch bleibt die Argumentation nicht zwingend. Auch wird eingeworfen, daß beim *vizio di violazione di legge* der Begriff „legge“, also Gesetz, in einem weiten Sinn verstanden werde.³³⁵ Folglich sei die Erwähnung der Verletzung von Verordnungsnormen im Art. 323 c.p. überflüssig, wollte man in der *violazione di norme di legge* den Mangel eines Verwaltungsakts erkennen.³³⁶ Allerdings ist auch dieser Einwand nicht durchschlagend. Der Gesetzgeber hätte mit den „Verordnungsnormen“ den verwaltungsrechtlichen Mangel beschränken wollen können, so daß allein Verletzungen von Normen bis zur Verordnungsebene (und nicht darunter) relevant gewesen wären. Von anderer Seite werden die parlamentarischen Vorbereitungsarbeiten zur Auslegung der Tatumschreibung herangezogen. Von der Zweiten Justizkommission des Senats wurde am 8. Oktober 1996 ein Gesetzentwurf mit der Nr. 2442 als *testo unico* angenommen, der neben der Verletzung von Gesetzes- und Verordnungsnormen und der Verpflichtung, sich bei einem persönlichen Interesse zu enthalten, auch die Verletzung von Kompetenznormen als Alternative zur Typisierung der Tathandlung vorsah.³³⁷ Zwar wurden hier auch nicht die technischen Begriffe des Verwaltungsrechts „*violazione di legge*“ und „*incompetenza*“ verwendet, dennoch läßt sich durch den kumulativen Verweis auf Kompetenz- sowie Gesetzes- und Verordnungsnormen vermuten, daß sich die Verfasser auf die Mängel eines

³³⁴ Vgl. Ferrari, Riv. amm., 1995, 1, 7 f., der die Beschränkung des Amtsmissbrauchs allein auf die Rechtswidrigkeitsgründe bereits unter dem vorangegangenen Tatbestand ablehnte, weil sonst der Gesetzgeber das Tatsubjekt auf sämtliche Amtsträger und mit einem öffentlichen Dienst Beauftragte festgelegt hätte, um dann bei der Tathandlung einen Großteil der potentiellen Täter wieder auszuschließen.

³³⁵ Wie oben bereits dargelegt, werden nicht nur Primärnormen, sondern auch Sekundärnormen einbezogen. Siehe Virga, Diritto Amministrativo, Vol. II, S. 122; Mattarella, Il provvedimento, S. 888; Casetta, Compendio di dir. amm., S. 295; Galateria/Stipo, Manuale di diritto amministrativo, 1993, S. 392; AA.VV., Diritto amministrativo, Vol. II, 2001, S. 1519.

³³⁶ Gambardella, Cass. pen., 1998, 2335, 2337.

³³⁷ Der Gesetzentwurf Nr. 2442 ist bei Dalia, Lavori parlamentari, S. 298 abgedruckt: „*Art. 1 (Modifica dell'art. 323 del codice penale). L'art. 323 del codice penale è sostituito dal seguente: ‚Art. 323 (abuso di ufficio). Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nell'esercizio dei suoi poteri, violando norme sulla competenza o altre norme di legge o regolamenti 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 reclusione da sei mesi a tre anni. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità.‘*“

Verwaltungsaktes unter Ausschluß des Mangels der Ermessensüberschreitung (*vizio di eccesso di potere*) bezogen.³³⁸ Aus der Tatsache, daß dieser Gesetzentwurf letztlich nicht vom Reformgesetzgeber akzeptiert, sondern hingegen ein Text ohne Erwähnung der Verletzung von Kompetenznormen gewählt wurde, schließt zumindest *D'Avirro*, daß in der Formulierung „*violazione di norme di legge*“ nicht der Rechtswidrigkeitsgrund eines Verwaltungsaktes zu sehen sei.³³⁹ Allerdings sind auch diese Schlußfolgerungen nicht zwingend, denn schließlich ist die Formulierung im heutigen Amtsmißbrauch „*norme di legge o di regolamento*“ nahezu identisch mit der des Gesetzentwurfs Nr. 2442.

Entscheidend ist demgegenüber ein anderer Gedanke. Bei dem Rechtswidrigkeitsgrund der Gesetzesverletzung handelt es sich um einen feststehenden, technischen Begriff, den die Legislative hätte verwenden können, wenn sie sich allein auf das Verwaltungsrecht beziehen wollte.³⁴⁰ Im vorliegenden Tatbestand wurde jedoch eine zum verwaltungsrechtlichen Fachausdruck divergierende Formulierung gewählt, zumal wenn die „Verletzung von Verordnungsnormen“ nicht im vornherein ausgeklammert wird. Es hätte letztlich wenig Sinn gehabt, die Tathandlung mit dem Rechtswidrigkeitsgrund aus dem Verwaltungsrecht zu umschreiben, sie aber wegen seiner Weite hinsichtlich der Rechtsquellen – bis hin zu einer Verletzung von Gewohnheitsrecht – gleich wieder mittels der „Verletzung von Verordnungsnormen“ einschränken zu müssen, ohne daß dabei der mutmaßlich angestrebte³⁴¹ Ausschluß der Ermessensüberschreitung evident geworden wäre. Dafür wiederum hätten die Verfasser des Gesetzes mindestens den genauen verwaltungsrechtlichen Terminus verwenden müssen. Darüber hinaus kann auf die Autonomie des Strafrechts gegenüber den anderen Rechtsge-

³³⁸ So Fanelli, Gazz. Giur., 1996, n. 44, 3, 8; Camaioni, Il nuovo abuso d'ufficio, S. 51. So wurde das offensichtlich auch im Senat ausgelegt, da Verbesserungsvorschläge in der Beratung des *testo unificato* unterbreitet wurden, die auch den Mangel der Ermessensüberschreitung miteinbeziehen: Verbesserungsvorschlag 1.1. des Senators Fassone („*Nel capoverso, dopo le parole: 'legge o regolamenti' aggiungere le altre: 'ovvero agendo con manifesto ed oggettivo sviamento di potere'.*“) und Verbesserungsvorschlag 1.2. der Senatorin Salvato („*Nel capoverso, dopo le parole: 'violando norme sulla competenza o altre norme di legge o regolamenti', aggiungere le seguenti: 'ovvero mediante atti, comportamenti od omissioni, per fini estranei alla pubblica amministrazione'.*“), beide abgedruckt bei Dalia, Lavori parlamentari, S. 293 f.

³³⁹ *D'Avirro*, L'abuso di ufficio, 1997, S. 52; s. Camaioni, Il nuovo abuso d'ufficio, S. 52, der eine solche Argumentation für zulässig erachtet, obgleich er die Formulierung „*violazione di norme di legge o regolamento*“ mit dem Rechtswidrigkeitsgrund der Gesetzesverletzung gleichsetzt.

Vgl. Gambardella, Cass. pen. 1998, 2335, 2337, der aus dem fehlenden Bezug zu Kompetenzverletzungen folgert, daß der *vizio di incompetenza* – weil Kompetenzen stets durch Gesetzesnormen festgelegt seien – von der „*violazione di norme di legge*“ erfaßt wird.

³⁴⁰ Pagliaro/Parodi Giusino, Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2008, S. 282; vgl. Gambardella, Cass. pen., 1998, 2335, 2336.

³⁴¹ Siehe dazu unten eingehend B.II.4.e), S. 122 ff.

bieten verwiesen werden. Auch die Tatbestandsmerkmale von den Amtsdelikten sind somit nicht unbedingt mittels Konzepten aus dem Verwaltungsrecht zu interpretieren.³⁴²

Demnach ist das Merkmal „*violazione di norme di legge*“ nicht mit der verwaltungsrechtlichen Gesetzesverletzung gleichzusetzen. Vielmehr kann darin ein Verweis auf die Rechtsquellen „Gesetz“ und „Verordnung“ erkannt werden.³⁴³

4. Problematik des Einbezugs der Ermessensüberschreitung

a) Vorbemerkung zur Diskussion um die Ermessensüberschreitung

Wenn die Tatbestandsvoraussetzung der Verletzung von Gesetzesnormen mit dem verwaltungsrechtlichen Fehler der Gesetzesverletzung gleichzusetzen wäre, dann hätte es für den Willen des Gesetzgebers gesprochen, Verhaltensweisen, die die anderen Rechtswidrigkeitsgründe der fehlenden Zuständigkeit und der Ermessensüberschreitung beinhalten, aus dem Art. 323 c.p. auszuschließen.³⁴⁴ Da jedoch die „Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen“ als ein vom Verwaltungsrecht unabhängiges Tatbestandsmerkmal zu qualifizieren ist, könnten erst einmal grundsätzlich alle drei Mängel eines Verwaltungsaktes die Tathandlung des Amtsmissbrauchs erfüllen.³⁴⁵ Die Zuständigkeit ist in der Regel durch gesetzliche Vorschriften bestimmt, so daß der Verstoß gegen diese auch eine Verletzung von Gesetzesnormen im Sinne des Art. 323 c.p. darstellt.³⁴⁶ Ebenso unproblematisch kann beim Mangel der Gesetzesverletzung der Amtsmissbrauchstatbestand gegeben sein, sofern auf Normen im Range von Gesetzen und Verordnungen abgestellt wird. Fraglich ist aber, ob

³⁴² Cupelli, *Legalità e giustizia*, 1998, 35, 60; Pavan, *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, 283, 290; vgl. Gambardella, *Cass. pen.*, 1998, 2335, 2336; vgl. auch Albamonte, *Riv. pen.*, 1998, 641, 645; s. auch De Francesco, *Cass. pen.*, 1999, 1633, 1636, der die in Art. 323 c.p. gewählte Formulierung zwar mit dem *vizio di violazione di legge* gleichsetzt, diese vermeintliche Entscheidung des Gesetzgebers aber kritisiert und grundsätzlich gegen die Verwendung von Begriffen aus dem Verwaltungsrecht innerhalb von Straftatbeständen zu sein scheint; hingegen für die Einbeziehung des Verwaltungsrechts Seminara, *Stud. iur.*, 1997, 1251, 1253 f., der für die Annahme eines im Art. 323 c.p. autonomen Begriffs der Gesetzesverletzung ein dieses charakterisierendes Kriterium voraussetzt, was aber weder auf ontologischer Ebene noch im positiven Recht existiere.

³⁴³ So auch Pagliaro/Parodi Giusino, *Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I*, 2008, S. 282; vgl. Gambardella, *Cass. pen.*, 1998, 2335, 2336; Amara, *Cass. pen.*, 1999, 736.

³⁴⁴ So tatsächlich Cacciavillani, *Giur. merito*, 1999, 1142, 1145 f.; die Gleichsetzung ablehnend Pagliaro, *Dir. pen. proc.*, 1999, 106, 107.

³⁴⁵ Vgl. Amara, *Cass. pen.*, 1999, 736, 737.

³⁴⁶ Pagliaro/Parodi Giusino, *Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I*, 2008, S. 290; Benussi, S. 80.

eine Ermessensüberschreitung noch erfaßt ist. Die Fragestellung muß ungewöhnlich erscheinen. Wird von der Autonomie des Strafrechts gegenüber den anderen Rechtsgebieten ausgegangen und der spezifische Straftatbestand keine Begriffe aus dem Verwaltungsrecht beinhaltet, sollten verwaltungsrechtliche Figuren bei der Untersuchung des Delikts irrelevant sein. Entscheidend müßte allein die Tatbestandserfüllung sein – unabhängig von Einteilungen aus dem Verwaltungsrecht.³⁴⁷ Dennoch wird der Frage nach dem Einbezug der Ermessensüberschreitung vor allem in der Lehre einen hohen Stellenwert eingeräumt. Die Diskussion in Italien ist aus verschiedenen Gründen nachzuvollziehen. Ein Grund für die Sonderbehandlung der Problematik des *eccesso di potere* liegt darin, daß vor der Reform von 1997 der Amtsmißbrauch oft mit der Ermessensüberschreitung in einem Atemzug genannt, wenn nicht sogar gleichgesetzt wurde.³⁴⁸ Die oberste Rechtsprechung hatte in manchen Entscheidungen zu entsprechenden Verstößen in der Ermessensverwaltung herausgestellt, daß insbesondere das Vorliegen dieses Rechtswidrigkeitsgrunds – überwiegend in der Figur des Ermessensmißbrauchs (*sviamento di potere*) – für die Erfüllung des Amtsmißbrauchstatbestands maßgeblich sei.³⁴⁹ Ein weiterer Grund ergibt sich aus der Tatsache, daß mit der Novellierung der Norm auch die Möglichkeit der strafrichterlichen Kontrolle der öffentlichen Verwaltung eingeschränkt werden sollte und die Ermessensüberschreitung als deren Einfallstor gilt. Wie oben gesehen, ist der *vizio di eccesso di potere* der typische Rechtswidrigkeitsgrund von Entscheidungen der Ermessensverwaltung. Innerhalb der Untersuchung, ob aufgrund eines anderen als dem gesetzlich vorgesehenen Zweck gehandelt wurde, kann die Grenze zur Überprüfung der (politischen oder technischen) Zweckmäßigkeit einer Maßnahme schnell überschritten werden. Nach überwiegender Auffassung fallen die Entscheidungsgründe, der *merito*, in die ausschließliche Kompetenz der Verwaltung, und der Strafrichter ist daher nicht berechtigt,

³⁴⁷ So auch Gambardella, Cass. pen., 1998, 2335, 2341 f.; Tanda, Cass. pen., 1999, 2119, 2124.

³⁴⁸ Catti, Giust. pen., 1960, Sp. 481; vgl. De Francesco, Cass. pen., 1999, 1633, 1636.

³⁴⁹ So beispielsweise Cass., Sez. VI, 14.1.1992, Baccalini ed altri, RV191851.

Andere Entscheidungen forderten zwar, daß der Täter die ihm übertragenen Befugnisse für einen anderen als den gesetzlich vorgesehenen Zweck gebraucht, hoben aber nicht auf den verwaltungsrechtlichen Mangel ab. So ausdrücklich Cass., Sez. VI, 15.4.1997, Rinaldi ed altri, RV207487.

Im übrigen zeigt sich in der Rechtsprechung das Dilemma, daß die Tathandlung des Amtsmißbrauchs durch den Tatbestand nicht beschrieben wurde, weshalb die Richter dabei auf das Wesen des Amtsmißbrauchs zurückgreifen mußten. Dieses liegt in der Zweckentfremdung der öffentlichen Befugnisse, was wiederum auch die verwaltungsrechtliche Figur des Ermessensmißbrauchs darstellt. Vgl. Cass., Sez. VI, 8.7.1996, Buccella, Sett. giur., 1997, I, 340; Cass., Sez. VI, 18.5.1990, Carpagnano, Giust. pen., 1991, II, 193; vgl. App. Roma, Sez. I, 27.4.1994, Agresti ed altro; Trib. Piacenza, 12.4.1995, Quintavalla ed altri, Arch. nuova proc. pen., 1995, 645. Vgl. vor 1990 Cass., Sez. V, 2.5.1983, Amitrano, Cass. pen., 1984, 1917; Cass., Sez. VI, 3.5.1989, Berlingheri, Cass. pen., 1991, 56, 57.

die Sachentscheidung der Verwaltung auf ihre Zweckmäßigkeit zu überprüfen.³⁵⁰ Die Ermessensüberschreitung ist jedoch gerade in Fällen, in denen zu einem anderen als dem gesetzlich vorgesehenen Zweck gehandelt wird, schwer von einem Fehler im *merito* abzugrenzen, so daß die Literatur in der Vergangenheit durchaus Übergriffe der Judikative auf den eigensten Bereich der Ermessensverwaltung beklagte.³⁵¹ Die Diskussion wird unter dem Stichwort der Verletzung des Grundsatzes der Gewaltenteilung geführt. Sieht man den *merito*, also die Entscheidung in der Sache mit der politischen Zielsetzung und der Wahl der Mittel, in der alleinigen Kompetenz der öffentlichen Verwaltung im engen Sinne, könnte eine Kontrolle der Justiz, die bei der Untersuchung der Ermessensüberschreitung notwendig auch in den eben genannten Bereich vordringt, einen Übergriff der einen staatlichen Gewalt in die Befugnisse einer anderen darstellen.³⁵² Des weiteren wirft der Einschluß der Ermessensüberschreitung die Frage nach der verfassungsrechtlich gebotenen, hinreichenden Bestimmtheit des Straftatbestands des Amtsmißbrauchs auf. Nicht zuletzt weil dem Art. 323 c.p. a.F. – der den *eccesso di potere* zweifelsohne einschloß – von vielen Seiten eine Verletzung des Bestimmtheitsgebots angelastet wurde, war es 1997 das erklärte Ziel der Legislative die Vorschrift zu präzisieren. Die Tathandlung durch eine Ermessensüberschreitung erfüllt zu sehen, könnte diesen Bemühungen zuwiderlaufen. Demgegenüber steht das rechtspolitische Argument, möglichst die schwerwiegendsten Fälle von Amtsmißbräuchen mit dem Tatbestand des Art. 323 c.p. zu erfassen. Dazu gehörte aber bislang die Ermessensüberschreitung, da bei ihr der Verwaltungsakt oft bewußt in formeller Hinsicht rechtmäßig erlassen wurde, um den in ihm steckenden Mißbrauch zu verschleiern.³⁵³ Sie sind damit auch schwerer zu beweisen, als die offenkundigen Gesetzesverletzungen.³⁵⁴ Schließlich scheint vor allem die Kontroverse über die Subsumtion von generellen Normen, wie beispielsweise des Art. 97 Abs. 1 Cost., unter die Tatbestandsvoraussetzung der Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen, durch die Beantwortung der Frage nach der Ermessensüberschreitung vorherbestimmt zu sein. Je nachdem wie sich ein italienischer Jurist entweder für oder gegen die Strafbarkeit auch dieses Rechtswidrigkeitsgrundes entschieden hat, bezieht er Position in der Diskussion um die generellen Vorschriften. Aus diesen Gründen ist es verständlich, daß die Frage nach dem Einbezug der Ermessensüberschreitung in Italien besonders hervorgehoben wird.

³⁵⁰ Das ist allerdings streitig. Siehe dazu unten B.II.4.d)bb), S. 116 ff.

³⁵¹ Siehe Artino Innaria, *Il mondo giud.*, 1998, 1.

³⁵² Siehe – auch mit Blick auf die Situation vor der Reform von 1997 – Fanelli, *Riv. amm.*, 1996, 827, 829 ff.

³⁵³ Fanelli, *Gazz. giur.*, 1996, n. 44, 3, 8; ders., *Riv. amm.*, 1996, 827, 834; vgl. Padovani, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 1042, 1058; Napoleone, *Diritto pubblico*, 1997, I, 107, 109 ff.; vgl. auch De Francesco, *Cass. pen.*, 1999, 1633, 1636; Camaioni, *Il nuovo abuso d'ufficio*, S. 51.

³⁵⁴ Vgl. Napoleone, *Diritto pubblico*, 1997, I, 107, 111.

Während vor der Reform von 1997 der Tatbestand des Art. 323 c.p. so weit gefaßt war, daß die Ermessensüberschreitung zweifellos die Tathandlung begründen konnte, verlangt er in der heute geltenden Fassung eine Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen oder von der Pflicht sich bei einem eigenen Interesse oder dem eines nahen Angehörigen zu enthalten. Die Ermessensüberschreitung könnte also über die Voraussetzung der Normverletzung Eingang in den Tatbestand erhalten. Wie oben dargelegt, wird jedoch bei dem Rechtswidrigkeitsgrund der Ermessensüberschreitung nicht gegen den spezifischen Inhalt einer Gesetzesbestimmungen verstoßen, sondern allenfalls – nämlich beim *sviamento di potere*, dem Ermessensmißbrauch, – gegen ihren Zweck. Daher ist es zunächst fraglich, ob die Ermessensüberschreitung überhaupt eine Normverletzung im Sinne des Amtsmißbrauchstatbestands darstellen kann. Hier sind zwei Möglichkeiten denkbar. Zum einen könnte der Einbezug über die inhaltliche Verletzung konkreter gesetzlicher Bestimmungen erfolgen. Es existieren generelle Normen wie Art. 97 Abs. 1 Cost. mit den Grundsätzen der guten Verwaltungsführung und der Unparteilichkeit der öffentlichen Verwaltung oder seinen einfachgesetzlichen Ausformungen wie zum Beispiel in Art. 13 d.P.R. vom 10. Januar 1957, Nr. 3,³⁵⁵ Art. 8 Abs. 1 des Gesetzes vom 20. März 1975, Nr. 70,³⁵⁶ oder Art. 1 des Gesetzes vom 7. August 1990, Nr. 241³⁵⁷, die alle so weit gefaßt sind, daß sie durch eine Ermessensüberschreitung verletzt würden.³⁵⁸ Hier tritt die Problematik des Einbezugs der Ermessensüberschreitung nur indirekt über die Subsumtion von generellen Normen unter den Tatbestand auf. Deshalb soll auf diese Möglichkeit jetzt nicht weiter eingegangen werden. Die Frage, welche Arten von Bestimmungen und ob die genannten Artikel unter die Tatbestandsvoraussetzung der Gesetzes- oder Verordnungsnormen zu fassen sind, ist gesondert zu untersuchen. Zum anderen könnte man das Tatbestandsmerkmal der Verletzung von Gesetzesnormen derart weit auslegen, daß darunter auch die Fälle der Verletzung des hinter der Ermächtigungsnorm stehenden Zwecks fallen, wie sie beim Ermessensmißbrauch, also dem *sviamento*

³⁵⁵ Art. 13 betrifft die zivilen Angestellten des Staates und die Beschäftigten von öffentlichen Einrichtungen, die „mit Fleiß und in bester Weise das Interesse der Verwaltung zum öffentlichen Wohl“ („*con diligenza e nel miglior modo l'interesse dell'Amministrazione per il pubblico bene*“) zu wahren haben.

³⁵⁶ Art. 8 I bezieht sich ebenfalls auf die zivilen Angestellten des Staates und die Beschäftigten von öffentlichen Einrichtungen, die „ihr Werk mit Fleiß und Eifer leisten sollen“ („*di prestare la propria opera con diligenza e zelo*“).

³⁵⁷ In Art. 1 heißt es: „Die Tätigkeit der Verwaltung verfolgt die vom Gesetz bestimmten Ziele und ist geleitet von Kriterien der Wirtschaftlichkeit, Wirksamkeit und Öffentlichkeit.“ („*L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia e di pubblicità.*“)

³⁵⁸ Siehe Fanelli, Gazz. giur., 1996, n. 44, 3, 9; De Francesco, Cass. pen., 1999, 1633, 1635 f.; s. auch Fanelli, Riv. amm., 1996, 827, 834 f., der zwar auch auf Art. 97 Cost., aber vor allem auf die Möglichkeit verweist, den *eccesso di potere* über die Verpflichtung, sich bei einem eigenen Interesse zu enthalten, zu erfassen. Jegliches Interesse, das dem fremd ist, wofür die Befugnis übertragen wurde, sei ein eigenes im Sinne des Tatbestands.

di potere als Hauptfall der Ermessensüberschreitung, gegeben sind. Wie bereits gesehen, werden im Verwaltungsrecht alle drei klassischen Mängel eines Verwaltungsakts und damit auch die Ermessensüberschreitung als Verletzung einer Rechtsnorm in *lato sensu* verstanden.³⁵⁹ Diesen Weg hat im Ergebnis auch das Kassationsgericht in der Entscheidung *Mannucci* beschritten. Es argumentierte, daß eine Verletzung von Gesetzesnormen nicht nur bei einem Widerspruch zum Norminhalt, sondern auch dann vorliege, wenn die Befugnisse vom Amtsträger zu einem anderen Zweck als dem von der Gesetzesbestimmung vorgesehenen – also zu einem privaten, der öffentlichen Verwaltung fremden Ziel – ausgeübt werden, weil sich das Handeln außerhalb der Rechtmäßigkeit bewege.³⁶⁰ Im Gegensatz zur ersten Variante wird bei dieser Interpretation die Frage nach dem Einschluß der Ermessensüberschreitung zumindest in der Form des *sviamento di potere* unmittelbar – nicht über den Umweg von anderen Normen – relevant. Insofern soll im Folgenden die Bedeutung des *eccesso di potere* und seines Hauptfalls des *sviamento di potere* unter der geltenden Fassung des Art. 323 c.p. erörtert werden.

b) Ermessensüberschreitung als schwerwiegender Amtsmißbrauch

Rechtspolitisch ist es unzweifelhaft wünschenswert, möglichst die besonders schweren Fälle des inkriminierten Verhaltens durch den Straftatbestand zu erfassen. Daß die Fälle des *eccesso di potere* die häufigste Gruppe von Amtsmißbräuchen und vor allem die schwerwiegendsten darstellen, wird einhellig anerkannt. Hierbei ist nicht unbedingt die Höhe oder Schwere des verursachten Schadens entscheidend, sondern vielmehr die besondere kriminelle Energie, die sich in der Verschleierung der wahren, privaten Zwecke zeigt. Insofern haben die Befürworter des Einschlusses der Ermessensüberschreitung ein gewichtiges Argument auf ihrer Seite.

c) Ermessensüberschreitung und das Bestimmtheitsgebot

aa) Frage der Bestimmtheit der Ermessensüberschreitung

Selbst wenn es rechtspolitisch wünschenswert ist, besonders schwerwiegende Fälle unter Strafe zu stellen, so muß andererseits eine Strafvorschrift auch

³⁵⁹ Landi/Potenza, *Manuale di dir. amm.*, S. 251; vgl. Virga, *Diritto Amministrativo*, Vol. II, S. 121.

³⁶⁰ Cass., Sez. VI, 9.2.1998, *Mannucci*, Cass. pen., 1999, 1761, 1763. Hierbei hat es sich allerdings gegen den potentiellen Vorwurf verwehrt, es habe eine Umschreibung für den Rechtswidrigkeitsmangel des *eccesso di potere* bzw. für den *sviamento di potere* verwandt, welcher mit der Reform von 1997 aus dem Tatbestand verbannt worden sei.

dem Bestimmtheitsgebot Genüge tun.³⁶¹ Eine weitreichende Strafandrohung findet ihre Grenze im rechtsstaatlichen Erfordernis der Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit eines Strafgesetzes, welches sich im italienischen Recht aus Art. 25 Abs. 2 Cost. und aus Art. 1 c.p. ergibt.³⁶² In der Verfassung heißt es, daß niemand bestraft werden kann, wenn es nicht aufgrund eines vor der Tat in Kraft getretenen Gesetzes geschieht.³⁶³ Art. 1 c.p. stellt klar, daß niemand für eine Tat bestraft werden kann, die nicht ausdrücklich als Straftat in einem Gesetz vorgesehen wurde und auch keine Strafe auferlegt werden darf, die nicht in diesem Gesetz festgelegt ist.³⁶⁴ Damit ist der Grundsatz *nulla poena sine lege*, also das Gesetzlichkeitsprinzip verankert. Dieses richtet sich einerseits an den Gesetzgeber, Strafgesetze hinreichend bestimmt zu formulieren und das Rückwirkungsverbot zu beachten.³⁶⁵ Andererseits legt es der Judikative die Pflicht auf, sich strikt an das Gesetz zu halten und nicht aufgrund von Analogie zu bestrafen.³⁶⁶

Da die Ermessensüberschreitung als verwaltungsrechtlicher Mangel der Rechtmäßigkeit eben nicht in einer Verletzung von konkreten Norminhalten besteht,³⁶⁷ ist sie nicht im gleichen Maße konkret wie die Mängel der Gesetzesverletzung und der fehlenden Zuständigkeit. Kann daher durch Überschreitung des im Bereich der Verwaltung eingeräumten Ermessens ein strafrechtlicher Tatbestand wie Art. 323 c.p. erfüllt werden, stellt sich die Frage der hinreichenden Bestimmtheit. Besonders bedeutsam war sie vor allem unter der vorangegangenen Fassung des Amtsmissbrauchs von 1990, bei der die Tathandlung lediglich mit dem Mißbrauch des Amtes umschrieben war und keinen Eintritt eines Tatbestandserfolgs voraussetzte, sondern allein die entsprechende Absicht genügen ließ. So hatten schließlich auch einige ordentliche Gerichte die Verfassungsmäßigkeit des Art. 323 c.p. a.F. wegen möglicher Unbestimmtheit angezweifelt und das Verfassungsgericht angerufen.³⁶⁸ Allerdings konnte dieses die Vorlagen

³⁶¹ Kurz, aber anschaulich Milone, Riv. giur. dell'edilizia, 1995, I, 981, 983.

³⁶² Vgl. eindrücklich mit Bezug auf Art. 323 c.p. Pavan, Riv. trim. dir. pen. econ., 1999, 283, 292 f.; Dolcini/Marinucci-Benussi, Art. 323 c.p., Rdn. 33.

³⁶³ Art. 25 Cost. lautet im Italienischen: „Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso.“

³⁶⁴ Art. 1 c.p. lautet: „Nessuno può essere punito per un fatto che sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite.“

³⁶⁵ Bin, in: Crisafulli/Paladin, Art. 25 Cost., IV, Rdn. 1, ausführlich dazu unter den Punkten V und IX.

³⁶⁶ Bin, in: Crisafulli/Paladin, Art. 25 Cost., VI, Rdn. 1 ff.

³⁶⁷ Siehe oben B.II.2.a)bb)(1), S. 79. Vgl. auch Abbamonte, Temi nap., 1962, I, 211, 212 f.

³⁶⁸ G.i.p. del Trib. di Piacenza, ordinanza del 14.5.1996 (Gazz. Uff., 1. serie spec., Nr. 28 vom 10.7.1996), ordinanze dei 16.4.1996, 7.6.1996 und 24.6.1996 (Gazz. Uff., 1. serie spec., Nr. 39 vom 25.9.1996), ordinanze dei 3.5.1996, 25.6.1996, 1.7.1996 (2 ordinanze) und 3.7.1996 (Gazz. Uff., 1. serie spec., Nr. 40 vom 2.10.1996), ordinanze dei 3.5.1996 und 7.5.1996 (Gazz. Uff., 1. serie spec., Nr. 41 vom 1996), ordinanza del 8.10.1996 (Gazz. Uff., 1. serie spec., Nr. 47 vom 20.11.1996), ordinanza del 24.1.1997 (Gazz. Uff., 1. serie spec., Nr. 13 vom 26.3.1997), ordinanza del 13.3.1997 (Gazz. Uff., 1. serie spec.,

an die Richter *de quo* zurückverweisen, ohne sich in der Sache äußern zu müssen, da ihm die erneute Reform des Amtsmißbrauchstatbestands zuvorkam.³⁶⁹ Heute verlangt der Tatbestand des Art. 323 c.p. neben der Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen oder von der Pflicht, sich bei einem eigenen Interesse oder bei dem eines nahen Angehörigen zu enthalten, die Erfüllung weiterer Voraussetzungen. Die Tat muß in Ausübung der Funktionen oder des Dienstes geschehen, und vor allem wird der Eintritt eines unrechtmäßigen Vermögensvorteils oder Schadens gefordert. Dadurch ist die Umschreibung des Amtsmißbrauchs im Vergleich zur Version von 1990 erheblich konkreter geworden. Selbst wenn also die Tatbestandsvoraussetzung der Verletzung von Gesetznormen so weit ausgelegt würde, daß die Ermessensüberschreitung erfaßt würde, wäre die Umschreibung des Delikts nicht so unbestimmt, wie sie es vor der Reform von 1997 war. Dennoch wird ein Strafrechtssatz zu unbestimmt, wenn das einzige Tatbestandsmerkmal, welches das strafbare Verhalten vorgibt, nicht hinreichend konkret ist. Denn die Rechtsunterworfenen müssen die Möglichkeit haben, den durch die Strafvorschrift geschützten Wert zu erkennen sowie das Verbot bestimmter Verhaltensweisen zu erkennen und die staatliche Reaktion vorauszusehen.³⁷⁰ Das bedeutet, daß das strafbare Verhalten bestimmbar sein muß. Wenn sich selbst durch Auslegung keine zuverlässige und konstante Anwendung der Norm erreichen läßt, mangelt es an der Bestimmbarkeit und damit an der hinreichenden Bestimmtheit.³⁷¹ Sobald die Herausbildung einer gefestigten Rechtsprechung nicht möglich ist, wird auch der staatsorganisationsrechtlichen Aufgabenverteilung, daß Strafrechtssätze durch die Legislative und nicht durch die Judikative aufgestellt werden, nicht Rechnung getragen. Demzufolge verstößt ein Tatbestand, der auf eine unbestimmte Tatumschreibung fußt, gegen das Bestimmtheitsgebot.³⁷²

Es bleibt zu klären, ob die Ermessensüberschreitung zu unkonkret ist, als daß

Nr. 23 vom 4.6.1997), ordinanze dei 14.3.1997 und 17.3.1997 (Gazz. Uff., 1. serie spec., Nr. 24 vom 11.6.1997), ordinanza del 21.3.1997 (Gazz. Uff., 1. serie spec., Nr. 25 vom 18.6.1997), ordinanza del 8.4.1997 (Gazz. Uff., 1. serie spec., Nr. 26 vom 25.6.1997) und ordinanze dei 18.4.1997 (2 ordinanze) und 21.4.1997 (Gazz. Uff., 1. serie spec., Nr. 27 vom 2.7.1997); Trib. di Milano, ordinanza del 21.6.1996 (Gazz. Uff., 1. serie spec., Nr. 40 vom 2.10.1996); Trib. di Sondrio, ordinanza del 3.12.1996 (Gazz. Uff., Nr. 15 vom 9.4.1997), ordinanze dei 11.2.1997 und 18.3.1997 (Gazz. Uff., 1. serie spec., Nr. 23 vom 4.6.1997); G.i.p. Trib. di Sondrio, ordinanza del 11.4.1997 (Gazz. Uff., 1. serie spec., Nr. 29 vom 16.7.1997); Trib. di Grosseto, ordinanza del 4.2.1997 (Gazz. Uff., 1. serie spec., Nr. 18 vom 30.4.1997).

³⁶⁹ Corte Cost., ordinanza del 7.11.1997, n. 237, Gazz. Uff., 1. serie spec., n. 46 del 12.11.1997.

³⁷⁰ So BGHSt 28, 312, 313.

³⁷¹ Gegen die Aussage, daß eine solche Vorschrift ihre handlungsdeterminierende und dadurch generalpräventive Funktion nicht erfüllen könne, wendet sich mit guten Argumenten Mantovani, Diritto penale, Parte generale, S. 59 f.

³⁷² Corte Cost., 16.12.1980, n. 177; Corte Cost., 8.6.1981, n. 96. Romano, 1987, Art. 1 c.p., Rdn. 30.

mittels ihrer die Tathandlung eines Straftatbestands formuliert werden könnte. Die Figuren des *eccesso di potere* sind über einen langen Zeitraum von der Rechtsprechung entwickelt und angewendet worden und treffen in der Rechtslehre überwiegend auf Akzeptanz. Die heute allgemein anerkannten Fallgruppen der Ermessensüberschreitung gehen also auf eine gefestigte Rechtsprechung zurück. Die Verwaltungsangehörigen können daher abschätzen, was derzeit grundsätzlich unter diesen Rechtswidrigkeitsgrund fällt. Deswegen könnte auf den ersten Blick die hinreichende Bestimmtheit des verwaltungsrechtlichen Rechtswidrigkeitsgrunds bejaht werden. Allerdings handelt es sich um ungeschriebene Rechtsfiguren, die nicht abschließend in einem Gesetz aufgeführt sind. Die bisher anerkannten Fälle können daher von der Rechtsprechung jederzeit durch weitere Konstellationen ergänzt werden. Im Gegensatz zu sämtlichen Gesetzen werden jedoch Gerichtsurteile nicht in der *Gazzetta Ufficiale*, dem italienischen Pendant zum Bundesgesetzblatt, veröffentlicht. Dortige Veröffentlichungen gelten als gegenüber jedermann zugegangen. Niemand kann sich auf Unwissenheit, d.h. auf Unkenntnis der gesetzlichen Bestimmungen berufen. Das gleiche gilt jedoch nicht für Gerichtsurteile, auch nicht für Entscheidungen der obersten Rechtsprechungsorgane. Eine richterliche Rechtsfortschreibung durch die Erweiterung der symptomatischen Fälle der Ermessensüberschreitung kann weder vom Bürger noch von den Verwaltungsangehörigen im gleichen Maße wie Gesetzesnovellierungen wahrgenommen werden. Die Strafbarkeit eines Verhaltens würde sich der Entwicklung in der Verwaltungsrechtsprechung entsprechend wandeln. Der in der Verwaltung Tätige als Adressat des Art. 323 c.p. und der Bürger könnten somit nicht mit der Sicherheit wissen, die ein Gesetz gibt, was erlaubt und was verboten wäre. Das Verfassungsgericht hat jedoch in den letzten zwanzig Jahren in besonderem Maße bekräftigt, daß er genau das können müsse und daß hierher die Notwendigkeit von präzisen und klaren Gesetzen rühre, die erkennbare Verhaltensanweisungen zu beinhalten hätten.³⁷³ Der generalpräventive Effekt wäre ohne die exakte Beschreibung des verbotenen Handelns nicht erzielbar.³⁷⁴ Insbesondere kann diese Wirkung nur dann im vollen Maße erzielt werden, wenn auch die Allgemeinheit, der einzelne Bürger weiß, unter welchen Umständen die Verwaltungsaktivität strafrechtlich relevant ist. Nur unter diesen Voraussetzungen besitzt die Norm die entsprechende Abschreckung, weil das Gegenüber des Funktionärs dessen Tun anhand des Gesetzes beurteilen kann.³⁷⁵ Erwähnenswert ist an dieser Stelle auch der Runderlaß des Präsidiums des Ministerrats vom 5. Februar 1986,³⁷⁶ in dem die

³⁷³ So ausdrücklich Corte Cost., 24.3.1988, n. 364, Giur. cost., 1988, 1054; vgl. auch Corte Cost., 22.12.1980, n. 177, Giur. cost., 1980, 1535; dass., 8.6.1981, n. 96, Giur. cost., 1981, 806; 22.4.1992, n. 185, Giur. cost., 1992, 1333.

³⁷⁴ Benussi, S. 99.

³⁷⁵ Vgl. Benussi, S. 100.

³⁷⁶ Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 5 febbraio 1986, n. 1.1.2/17611/4.6.
– Criteri orientativi per la scelta tra delitti e contravvenzioni e per la formulazione delle

mit der Redaktion von Straftatbeständen befaßten Behörden aller Ministerien zur Beachtung des Bestimmtheitsgebots angehalten und angewiesen wurden, die Formulierung weitreichender Klauseln zu vermeiden. Als Negativbeispiel wurde der damals aktuelle Art. 323 c.p. angeführt, der keine präzise Tatumschreibung beinhalte und so unterschiedliche Interpretationen bezüglich des Tatverhaltens ermöglicht habe.³⁷⁷

Zwar ist der Tatbestand des Amtsmissbrauchs heute insgesamt nicht mehr so umfassend wie damals, aber die Tathandlung wäre dennoch unkonkret, würde die Ermessensüberschreitung mit sämtlichen sowie der Option neuer Fallgruppen weiterhin zugelassen. Der verwaltungsrechtliche Mangel der Ermessensüberschreitung ist demzufolge zur Umschreibung eines strafbaren Verhaltens nicht hinreichend bestimmt.

bb) Frage der Bestimmtheit des Ermessensmissbrauchs

Eine andere Frage ist es jedoch, ob nicht der Hauptfall der Ermessensüberschreitung, der *sviamento di potere*, für sich genommen hinreichend konkret ist, um die Tathandlung des Amtsmissbrauchs vorzugeben.

In einigen Entscheidungen hatte die *cassazione* unter Geltung der früheren Fassungen des Amtsmissbrauchs diesen mit der Zweckentfremdung von staatlichen Ermächtigungen, also mit dem *sviamento di potere*, gleichgesetzt. In der Tat erscheint es auch als die einzige Umschreibung, mit der sich der Mißbrauch eines Amtes allgemein charakterisieren läßt – ganz unabhängig von ihrer verwaltungsrechtlichen Bedeutung. Ob sie für eine strafrechtliche Vorschrift zu unbestimmt ist, bedarf der Klärung. Bei einer unbestimmten Norm, die das Gebot *nulla poena sine lege certa* verletzt, kann der Bürger die strafrechtliche Sanktion nicht vorhersehen. Eine solche Vorschrift kann erst durch den Tatrichter im Einzelfall determiniert werden, wodurch sich die Pönalisierung von der Legislative auf die Judikative verlagert. Beim Ermessenmissbrauch wird auf den Normzweck abgestellt. Der mit einer gesetzlichen Ermächtigung verbundene Zweck ergibt sich jedoch in der Regel unmittelbar aus dem Gesetz oder aus seiner Begründung durch die Legislative. Mindestens durch Auslegung läßt sich unschwer ermitteln, wozu der Gesetzgeber bestimmte Ämter mit bestimmten Kompetenzen ausstattete. Selbst Laien können stets die Bindung der staatlichen Befugnisse an einen öffentlichen Zweck nachvollziehen. Bei Amtsträgern oder mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten – als Adressaten einer Ermächtigungsnorm und eines etwaigen deliktischen Mißbrauchstatbestands – kann das Bewußtsein

fattispecie penali.

³⁷⁷ Zu finden in der Fn. 12 von Parte /Capo /5., abgedruckt in Lex, 1986, Parte , S. 98, 106, 112.

vorausgesetzt werden, daß sie ihre Kompetenzen überschreiten, wenn sie sie allein zur Erreichung eines privaten Ziels gebrauchen bzw. wenn ihre Verwaltungsentscheidung maßgeblich durch persönliche Motive beeinflußt wurde und nicht mehr unparteiisch ist. Das bedeutet, daß alle, aber insbesondere die betroffenen Verwaltungsangehörigen, in der Lage sind, die Strafbarkeit ihres Verhaltens im voraus einzuschätzen. Die Voraussehbarkeit von strafrechtlicher Sanktion ist mithin sowohl für den in der Verwaltung Tätigen als auch für den Bürger gegeben. Andersherum haben Beamte, die ihr Amt entsprechend der gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere zu dem öffentlichen Zweck ausüben, keine strafrechtliche Verfolgung zu befürchten. Die handlungsdeterminierende Funktion wird damit auch von einem Amtsmißbrauchstatbestand erfüllt, der die relativ weite Umschreibung der Zweckentfremdung von Amtsbefugnissen zuläßt.

Während der Einschluß des verwaltungsrechtlichen Rechtswidrigkeitsgrunds der Ermessensüberschreitung wegen der ungeschriebenen und nicht abgeschlossenen Fallgruppen unter dem Gesichtspunkt des *nullum crimen sine lege* nicht statthaft ist, handelt es sich bei der Umschreibung der Tathandlung mittels der Zweckentfremdung des *sviamento di potere* lediglich um einen auslegungsbedürftigen, aber eindeutig bestimmbaren Begriff. In einem Straftatbestand die Tathandlung mittels der Verletzung des hinter der Ermächtigungsnorm stehenden Zwecks zu umschreiben, wäre daher der Legislative gestattet. Das hat der Gesetzgeber von 1997 jedoch nicht getan, sondern das strafbare Verhalten an eine Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen bzw. an eine Verletzung einer Enthaltungspflicht gebunden.³⁷⁸

d) Ermessensüberschreitung und Prinzip der Gewaltenteilung

Als weiteres Argument gegen den Einbezug der Ermessensüberschreitung innerhalb der Tathandlung des Art. 323 c.p. wird auch die Verletzung des Prinzips der Gewaltenteilung angeführt.³⁷⁹ Ihm liegt die Ansicht zugrunde, daß der Strafrichter seine Kompetenz überschreiten und in den exklusiv der Verwaltung vorbehaltenen Bereich eindringen würde, wenn er den Rechtswidrigkeitsgrund der Ermessensüberschreitung untersuchen dürfte, bzw. daß der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Straftatbestände gebunden wäre, dem Strafrichter nicht zu weitgehende Untersuchungsbefugnisse zu geben.

³⁷⁸ Als somit die sechste Sektion des obersten Strafgerichts in der Entscheidung *Mannucci* die Verletzung des Gesetzeszwecks als Normverletzung im Sinne des Tatbestands anerkannte, weil sich die ausgeübte Befugnis außerhalb der Rechtsmäßigkeit stelle, hat sie den Tatbestand des Art. 323 c.p. äußerst weit ausgelegt, Cass., Sez. VI, 9.2.1998, *Mannucci*, Cass. pen., 1999, 1761, 1763. Siehe dazu unten B.II.5.b)aa)(2), S. 131.

³⁷⁹ Vgl. Artino Innaria, *Il mondo giud.*, 1998, 1.

Es sind zwei Möglichkeiten der Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips – eine direkte und eine indirekte – denkbar, die an zwei verschiedene Bereiche anknüpfen, in denen durch die Judikative nicht eingegriffen werden dürfte. Entweder könnte bereits die Ermessensverwaltung selbst dem Strafrichter verschlossen sein, oder aber nicht die Ermessensverwaltung ist unantastbar, sondern die Entscheidungsgründe (*il merito*) sind es, und man ginge davon aus, daß sie für die Feststellung der Ermessensüberschreitung zwangsläufig untersucht werden müßten.

Während die erste Alternative auf der Annahme gründet, daß bereits die bloße Feststellung des *vizio di eccesso di potere* einen unerlaubten Eingriff darstellte, hat die zweite die Prämisse zur Grundlage, daß die Untersuchung des *merito* – selbst ohne Wertung oder Ersetzung durch den Richter, also nur, um eine Ermessensüberschreitung ausmachen zu können – ein Vordringen auf das allein der exekutiven Gewalt vorbehaltenen Terrain bedeutete. Daher ist zu klären, wie weit die Befugnisse des Strafrichters in Bezug auf die Entscheidungen der Verwaltung gehen und ob seine Kompetenzen nicht möglicherweise durch eine unantastbaren, autonomen Bereich der Verwaltung begrenzt werden. In Italien wird das Problem selbstverständlich nicht nur hinsichtlich des Amtsmissbrauchs behandelt, sondern ganz allgemein unter dem Stichwort der Kontrolle des Strafrichters über die Tätigkeit der Verwaltung, *il sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa*.³⁸⁰

³⁸⁰ Siehe beispielsweise Alibrandi, La sindacabilità del provvedimento amministrativo nel processo penale, S. 117 ff.

Eine weitere Norm, bei der das Problem sogar noch in einem stärkeren Maße diskutiert wird, ist Art. 44 I b) D.P.R. 6.6.2001, n. 380 – der Nachfolgevorschrift der Art. 20 I b) l. 28.2.1985, n. 47, Art. 17 b) l. 28.1.1977, n. 10 und Art. 41 b) l. 17.8.1942, n. 1150.

Im Kern stellt die Vorschrift das Errichten eines Bauwerks ohne die erforderliche Baugenehmigung unter Strafe. Ein Teil der Rechtsprechung hat das Bauen auf Grundlage einer rechtswidrigen Baugenehmigung dem Bauen ohne Baugenehmigung gleichgestellt. Sie wendet dabei das Institut der *disapplicazione* gemäß Art. 5 l. cont. amm. an und behandelt demzufolge einen rechtswidrigen Verwaltungsakt, als wenn er gar nicht erlassen worden wäre. Siehe bspw. Cass., Sez. I, 22.4.1980, Rainieri ed altro, Riv. pen., 1981, 151, 153. In der Literatur wird diese Praxis meist zu Recht als Verstoß gegen den Grundsatz *nulla poena sine lege* – genauer als ein Verstoß sowohl gegen das Prinzip der *stretta legalità* als auch gegen das Analogieverbot – scharf kritisiert. Dieser Teil der Jurisprudenz weitet das Strafgesetz selbstständig, in *malam partem* und rückwirkend auf Fälle aus, die von der Norm eigentlich nicht umfaßt sind. Siehe dazu bspw. Gambardella, Cass. pen., 1995, 377, 379 f.; Caravita di Torritto, Quaderni C.S.M., 1991, n. 42, 45, 53; Milone, Riv. giur. dell'edilizia, 1995, 981, 984; s. hingegen Albamonte, Riv. pen., 1981, 153, 154, der die Rechtsprechung befürwortet. Siehe auch Fn. 431, S. 112.

aa) Diskussion um das Gesetz Nr. 2248/1865

(1) Entstehung und Inhalt des Gesetzes Nr. 2248/1865

Vor allem in der Lehre konzentriert sich die Diskussion über die Untersuchungskompetenz des Strafrichters auf den Anhang E des Gesetzes Nr. 2248 vom 20. März 1865 zur Abschaffung der Spezialgerichte für Verwaltungsstreitigkeiten³⁸¹ (*legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo*)^{382, 383} Es ist im Zusammenhang mit der Einheit Italiens von 1861 zu sehen, da es die Rechtsvereinheitlichung auf dem Gebiet der Verwaltungsgesetzgebung bewirkte.³⁸⁴ Insbesondere garantierte es dem Bürger in einem gewissen Umfang den Schutz seiner Rechte durch die ordentliche Gerichtsbarkeit gegenüber den Akten der öffentlichen Verwaltung, wogegen es bisher lediglich eine Art Dienstaufsichtsbeschwerde gab.³⁸⁵ Dieses Gesetz ist im Ganzen formell auch heute noch in Kraft.³⁸⁶

Art. 1 l. cont. amm. erklärt die Spezialgerichte, die bisher für Verwaltungsstreitigkeiten – „sowohl in Zivil- als auch in Strafsachen“ – zuständig waren, für abgeschafft und kündigt die Aufteilung ihres Tätigkeitsbereichs zwischen den ordentlichen Gerichten und der Verwaltung nach Maßgabe des vorliegenden Gesetzes an.³⁸⁷ Diesbezüglich bestimmt Art. 2 l. cont. amm., daß alle

³⁸¹ Peter Kindler, Einführung in das italienische Recht, S. 65, übersetzt es mit der Abschaffung der Dienstaufsichtsbeschwerde.

³⁸² Wird in Italien häufig nur unter der Bezeichnung *legge sul contenzioso amministrativo* geführt und entsprechend mit l. cont. amm. oder L.C.A. abgekürzt.

³⁸³ Einen kurzen Überblick über die Entwicklung der Diskussion sowohl in der Lehre als auch in der Rechtsprechung gibt Magri, Stud. iur., 1996, 889 ff.

³⁸⁴ Sandulli, Manuale di dir. amm., Vol. II, 1984, S. 1139; Verrienti, in: Romano, Giustizia amministrativa, Art. 1, I, Rdn. 1 f.; Casetta, Compendio di dir. amm., S. 35. Zu der Entwicklung vor dem Erlaß des Gesetzes Nr. 2248/1865, s. Verrienti, a.a.O., Art. 1; Sandulli, a.a.O., S. 1136 ff.; Giannini, La giustizia amministrativa, S. 3 f.

³⁸⁵ Morelli, in: Crisafulli/Paladin, Art. 113 Cost., II, Rdn. 2; Verrienti, in: Romano, Giustizia amministrativa, Art. 1, I, Rdn. 2.

Weil durch Gesetz nur die „bürgerlichen und politischen Rechte“, also die subjektiven Rechte schützte und die ordentliche Gerichte diese Aufgabe nur zurückhaltend wahrnahmen, wurden bald Forderungen nach weitergehenden Garantien für den Bürger und zwar nach einer eigenständigen Verwaltungsgerichtsbarkeit auch für die Angelegenheit, die nicht subjektive Rechte betreffen, laut, Sandulli, Manuale di dir. amm., Vol. II, 1984, S. 1140 f.; Casetta, Compendio di dir. amm., S. 355; vgl. Verrienti, in: Romano, Giustizia amministrativa, Art. 1, I, Rdn. 5.

³⁸⁶ Allerdings nicht alle seine Bestimmungen, s. dazu Verrienti, in: Romano, Giustizia amministrativa, Art. 1, I, Rdn. 1; vgl. Giannini, La giustizia amministrativa, S. 4. Die für die Diskussion relevanten Artikel sind es jedoch.

³⁸⁷ Art. 1 l. cont. amm. lautet: „I Tribunali speciali attualmente investiti della giurisdizione del contenzioso amministrativo, tanto in materia civile quanto in materia penale, sono aboliti, e le controversie ad essi attribuite dalle diverse leggi in vigore saranno d'ora in poi devolute alla giurisdizione ordinaria, od all'Autorità amministrativa, secondo le norme dichiarate dalla presente legge.“

Übertretungen und alle Verwaltungsstreitigkeiten, die ein bürgerliches oder politisches Recht betreffen,³⁸⁸ der ordentlichen Gerichtsbarkeit zugewiesen werden.³⁸⁹ Demgegenüber ordnet Art. 3 l. cont. amm. als eine Vorschrift mit Auffangcharakter alle Angelegenheiten, die nicht von Art. 2 l. cont. amm. erfaßt werden, der administrativen Gewalt zu.³⁹⁰ In diesem Zusammenhang wird von dem Ausgangspunkt für die spätere Entwicklung³⁹¹ der berechtigten Interessen, *interessi legittimi*, gesprochen.³⁹² Darüber hinaus begründet Art. 3 Abs. 2 l. cont. amm. eine Art Widerspruchsverfahren gegen die Entscheidungen der Verwaltung, *il ricorso amministrativo*. Damit gibt es einen verwaltungsrechtlichen Schutz des Bürgers gegenüber administrative Akte, die nicht subjektive Rechte betreffen.³⁹³ Die einzige explizite Einschränkung der ordentlichen Gerichtsbarkeit findet sich in Art. 4 l. cont. amm. Zum einen wird in Abs. 1 festgestellt, daß die Bewertung des Verwaltungshandelns durch das ordentliche Gericht nur Wirkungen auf den Gegenstand des zu entscheidenden Verfahrens besitzt.³⁹⁴ Zum anderen kann gemäß Abs. 2 der Verwaltungsakt vom ordentlichen Richter weder widerrufen noch modifiziert werden, sondern nur von den zuständigen Verwaltungsbehörden.³⁹⁵ Art. 5 l. cont. amm. bestimmt schließlich, daß die

³⁸⁸ Darunter werden allgemein die Belange verstanden, die subjektive Rechte, *i diritti soggettivi*, betreffen.

³⁸⁹ Art. 2 l. cont. amm. lautet: „*Sono devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell’Autorità amministrativa.*“

³⁹⁰ Art. 3 l. cont. amm. lautet: „*Gli affari non compresi nell’articolo precedente saranno attribuiti alle Autorità amministrative, le quali, ammesse le deduzioni e le osservazioni in iscritto delle parti interessate, provvederanno con decreti motivati, previo parere dei Consigli amministrativi che per diversi casi siano stabiliti. Contro tali decreti che saranno scritti in calce del parere egualmente motivato, è ammesso il ricorso in via gerarchica in conformità delle leggi amministrative.*“

³⁹¹ Nach der Einsetzung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit durch das Gesetz vom 31.3.1889, Nr. 5992 und vor allem nach dem Gesetz vom 7.3.1907, Nr. 62, s. Verrienti, in: Romano, Giustizia amministrativa, Art. 3, Rdn. 3; Morelli, in: Crisafulli/Paladin, Art. 113 Cost., Rdn. 5 ff.

³⁹² Verrienti, in: Romano, Giustizia amministrativa, Art. 2, Sez. , Rdn. 3, Art. 3, Rdn. 1 ff., der auch auf die Begriffe der *diritti soggettivi* und *interessi legittimi* eingeht.

³⁹³ Siehe Verrienti, in: Romano, Giustizia amministrativa, Art. 3, Rdn. 1. Contento, Quaderni C.S.M., 1991, n. 42, 13, 25, zieht daraus den Rückschluß, daß es allein der Verwaltung zustehe, über die Auswahl der Ziele und Mittel ihrer Maßnahmen, also über den *merito* zu entscheiden und diese Entscheidungen auch selbst zu kontrollieren. Folglich dürfe der Strafrichter grundsätzlich nicht die Entscheidungsgründe überprüfen. So eine Überprüfung sei keine Kontrolle mehr, sondern schon Verwaltungstätigkeit und insofern nicht mit dem Prinzip der Gewaltenteilung vereinbar.

³⁹⁴ Art. 4 I l. cont. amm. lautet: „*Quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell’Autorità amministrativa, i Tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell’atto stesso in relazione all’oggetto dedotto in giudizio.*“

³⁹⁵ Art. 4 l. cont. amm. lautet: „*L’atto amministrativo non potrà essere rievocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti Autorità amministrative, le quali si confermeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso.*“

ordentlichen Gerichte Verwaltungsakte nur insofern anwenden, wie sie mit den Gesetzen übereinstimmen.³⁹⁶

Während die Aussagen des Art. 4 l. cont. amm. sowohl von der Rechtsprechung als auch von der Literatur als unproblematisch angesehen werden, ist die Auslegung von Art. 5 l. cont. amm. höchst umstritten. Vor allem ist streitig, ob die Norm die strafrichterliche Untersuchungskompetenz zu begrenzen vermag.

(2) Anwendbarkeit des Gesetzes auf den Strafrichter

Mittlerweile gibt es viele Autoren, die sich gegen das Gesetz Nr. 2248 als Beschränkung des Strafrichters aussprechen.³⁹⁷ Auch wenn ihnen im Ergebnis zuzustimmen ist, so setzen sie jedoch teilweise an einer falschen Stelle an, um die Bestimmungen nicht anzuwenden.

So wird beispielsweise von einem Teil der Literatur bestritten, daß das Gesetz Nr. 2248 vom 20. März 1865 überhaupt auf den Strafrichter anwendbar ist. Bereits aus dem Wortlaut des Gesetzes lasse sich entnehmen, daß es lediglich auf den Zivilrichter zugeschnitten sei. So kämen die Formulierungen „*la contestazione (che) cade sopra un diritto*“ und „*oggetto dedotto in giudizio*“ eindeutig aus dem Zivilprozeß.³⁹⁸ Außerdem spreche die *ratio* der Regelung gegen die Ausdehnung auf die Strafgerichtsbarkeit. Sinn und Zweck des Gesetzes seien die Gewaltenteilung und damit die Verhinderung einer direkten Intervention der ordentlichen Gerichtsbarkeit in die Befugnisse der Verwaltung mittels Aufhebung oder Modifikation der Verwaltungsakte.³⁹⁹ Dies käme jedoch nur bei einem Zivilrichter in Betracht. Bei dem Strafrichter bestünde hingegen gar nicht die Gefahr eines Übergriffs, da er einen Verwaltungsakt lediglich *incidenter tantum* untersuche, um über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Delikts urteilen zu können, und seine Entscheidung nur deklaratorische Wirkung habe.⁴⁰⁰ Des weiteren käme man mit Blick auf die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit zum Zeitpunkt, als das Gesetz erging, zum gleichen Ergebnis der Irrelevanz des Gesetzes für den Strafrichter. Im Jahre 1865 sei es nicht um die Beschneidung der Befugnisse der ordentlichen Gerichtsbarkeit, sondern im Gegenteil um die Begrenzung der Macht der öffentlichen Verwaltung gegangen, mit der Folge

³⁹⁶ Art. 5 l. cont. amm. lautet: „*In questo come in ogni altro caso, le Autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi.*“

³⁹⁷ Vgl. m.w.N. Magri, Stud. iur., 1996, 889, 890 f. Siehe auch Franchini, S. 72 f.

³⁹⁸ Venditti, Riv. it. dir. proc. pen., 1965, 28, 32 f.; ders., Riv. it. dir. proc. pen., 1964, 1135, 1137.

³⁹⁹ Venditti, Riv. it. dir. proc. pen., 1965, 28, 35; ders., Riv. it. dir. proc. pen., 1964, 1135, 1136 f.

⁴⁰⁰ Venditti, Riv. it. dir. proc. pen., 1965, 28, 35.

der Ausweitung des gerichtlichen Schutzes des Bürgers.⁴⁰¹ Vor dem Gesetz Nr. 2248 habe die Lösung von Streitigkeiten zwischen der Verwaltung und dem Bürger allein bei ersterer gelegen. Eine unabhängige Verwaltungsgerichtsbarkeit habe noch nicht bestanden.⁴⁰² Es stimme auch besser mit den strafprozeßrechtlichen Prinzipien der freien richterlichen Wahrheitsfindung sowie der freien Überzeugung des Richters überein, die Strafgerichte nicht durch das besagte Gesetz zu beschränken.⁴⁰³ Wenn es richtig sei, den Richter im Strafprozeß nicht mit Beweisbeschränkungen aus dem Zivilrecht zu beschweren, dann sei es auch richtig, den Strafrichter nicht mit Begrenzungen aus dem Verhältnis von Verwaltung und Zivilgerichtsbarkeit zu belegen.⁴⁰⁴ Die Befürworter dieser Auffassung sehen demzufolge die Kompetenzen des Strafrichters durch das Gesetz Nr. 2248 nicht eingeschränkt und gestatten ihm auch eine Untersuchung der Entscheidungsgründe, des *merito*.⁴⁰⁵ Diese Ansicht vermag jedoch nicht zu überzeugen. Sie vermengt durchaus richtige Aussagen mit unannehmbaren Positionen. Zum einen ist der Wortlaut keineswegs eindeutig auf den Zivilprozeß ausgerichtet. So erwähnt Art. 1 explizit die Verwaltungsstreitigkeiten auch in Strafsachen, die nun den bisherigen Spezialgerichten entzogen und gemäß dem Gesetz entweder der ordentlichen Gerichtsbarkeit oder der Verwaltung zugeordnet sind. Zudem nimmt Art. 2 auf alle Streitigkeiten wegen Übertretungen (*tutte le cause per contravvenzioni*) Bezug, worunter sämtliche strafrechtlichen Fragen zu verstehen sind.⁴⁰⁶ Außerdem hätte sich der Gesetzgeber – anstatt den Terminus „ordentliche Gerichtsbarkeit“ zu verwenden – begrifflich allein auf die Zivilgerichtsbarkeit beschränken können, wenn dies sein Wille gewesen wäre. Zwar ist sicherlich richtig, daß der Gedanke der Gewaltenteilung im Gesetz eine große Rolle spielt und in der Unterscheidung von Art. 2 und Art. 3 l. cont. amm. sowie in Art. 4 Abs. 2 l. cont. amm. ganz offensichtlich Ausdruck findet. Die *ratio* der *Legge del contenzioso amministrativo* ist aber allen voran die Schaffung eines Rechtsschutzes durch ordentliche Gerichte vor Akten der Verwaltung und erst danach dessen Abgrenzung zu den Kompetenzen der Administration. Darum hindern auch die Behauptungen, daß der Strafrichter „von Natur aus“ gar nicht in die exekutive Gewalt eingreifen könne, sowie daß Beschränkungen nicht zu den Prinzipien des Strafprozesses paßten, nicht die

⁴⁰¹ Venditti, Riv. it. dir. proc. pen., 1965, 28, 31 f.

⁴⁰² Venditti, Riv. it. dir. proc. pen., 1965, 28, 32.

⁴⁰³ Venditti, Riv. it. dir. proc. pen., 1965, 28, 35 f.; ders., Riv. it. dir. proc. pen., 1964, 1135, 1137.

⁴⁰⁴ Venditti, Riv. it. dir. proc. pen., 1965, 28, 36.

⁴⁰⁵ Venditti, Riv. it. dir. proc. pen., 1964, 1135, 1138; ders., Riv. it. dir. proc. pen., 1965, 28, 44 f.; Franchini, S. 92 ff.

⁴⁰⁶ Verrienti, in: Romano, Giustizia amministrativa, Art. 2, Sez. , IV, Rdn. 3; Casetta, Compendio di dir. amm., S. 364; nach Sandulli, Manuale di dir. amm., Vol. II, 1984, S. 1230, geht es bei Art. 2 sogar in erster Linie um die Strafgerichtsbarkeit; gegen die Argumentation mithilfe der Umschreibung „*tutte le cause per contravvenzioni*“ ausdrücklich, aber nicht überzeugend Venditti, Riv. it. dir. proc. pen., 1965, 28, 34.

grundsätzliche Anwendung des Gesetzes auf Strafgerichte. Zudem muß diese Interpretation nicht der damaligen Entwicklung im Bereich der Gerichtsbarkeit über Verwaltungsstreitigkeiten widersprechen. Zweifelsohne wurde durch die gesetzliche Regelung der zivilrechtliche Schutz des Bürgers begründet. Gleichzeitig wurde diese richterliche Kontrolle aber auch in Art. 4 l. cont. amm. und möglicherweise – was es noch zu verifizieren gilt – in Art. 5 l. cont. amm. begrenzt. Darin ist kein Widerspruch zu sehen, sondern vielmehr hat die Legislative den gerichtlichen Rechtsschutz lediglich innerhalb bestimmter Grenzen zulassen wollen. Gleiches kann somit auch für den Strafrichter gelten, ohne daß dies einen Widerspruch zu der Entwicklung im Bereich der Gerichtsbarkeit über Verwaltungsakte darstellen muß.

Das Gesetz 2248/1865 ist folglich im Grundsatz auch auf den Strafrichter anwendbar.

(3) *Auffassungen bezüglich Art. 5 l. cont. amm.*

Wie bereits erwähnt, entbrennt gerade an Art. 5 l. cont. amm. der Streit über die strafrichterliche Untersuchung und ihre mögliche Begrenzung. In der Literatur findet man die Diskussion häufig unter dem Stichwort der *disapplicazione dell'atto amministrativo*, der Nichtanwendung des Verwaltungsakts.

Die Autoren, die die Übertragbarkeit des Gesetzes Nr. 2248 auf den Strafrichter generell ablehnen, argumentieren bezüglich Art. 5 l. cont. amm., daß der Begriff der Anwendung bzw. Nichtanwendung von Verwaltungsakten oder Verordnungen („*le Autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti...*“) nicht mit den Aufgaben des Strafrichters vereinbar sei. Diesem obliege allein festzustellen, ob das konkrete Verhalten die Voraussetzungen eines Straftatbestands erfüllt. Auf eine Begutachtung der Verwaltungsmaßnahme komme es ihm nicht an. Folglich sei die strafrichterliche Kontrolle der Verwaltung zum Zwecke der Tatbestandsfeststellung nicht nur hinsichtlich der Rechtmäßigkeit, sondern auch bezüglich der eigentlichen Sachentscheidung keinerlei Beschränkungen unterworfen.⁴⁰⁷

Eine weitere Auffassung, die an dem Begriff der Anwendung von Verwaltungsakten anknüpft, unterscheidet danach, ob der Verwaltungsakt eine Position innerhalb oder außerhalb des Tatbestands einnimmt. Wenn er eine externe Voraussetzung darstellt und nicht gesetzeskonform ist, dann habe ihn der Richter im Sinne von Art. 5 l. cont. amm. nicht anzuwenden.⁴⁰⁸ Handele es sich

⁴⁰⁷ Venditti, Riv. it. dir. proc. pen., 1964, 1135, 1136 f.; ders., Riv. it. dir. proc. pen., 1965, 28, 31 ff.; Franchini, S. 88 f., 92 ff.; vgl. Cass., Sez. VI, 18.5.1990, Carpagnano ed altri, Giust. pen, 1991, II, Sp. 65, 71

⁴⁰⁸ Petrone, Quaderni C.S.M., gennaio 1987, 68 f.

dagegen um eine (interne) Tatbestandsvoraussetzung, wie beim Tatbestand des Amtsmißbrauchs, sei das Konstrukt der Nichtanwendung nicht einschlägig und die Befugnisse nicht begrenzt.⁴⁰⁹ Für manche könne der Strafrichter dann sogar die Entscheidungsgründe überprüfen, ohne das Prinzip der Gewaltenteilung gemäß Art. 4 und Art. 5 l. cont. amm. zu verletzen.⁴¹⁰

Darüber hinaus gibt es drei Positionen, die den Ausdruck der Gesetzeskonformität („*in quanto siano conforme alle leggi*.“) als Ausgangspunkt ihrer Argumentation nehmen.

Die traditionelle Ansicht bejaht die Einschränkung der richterlichen Kompetenzen durch die Vorschrift und folgert aus dem Rückschluß, nach welchem der Akt der Verwaltung nicht anzuwenden ist, sofern er nicht mit den Gesetzen übereinstimmt, daß die Richter nur Entscheidungen der gebundenen Verwaltung, nicht aber solche der Ermessensverwaltung untersuchen könnten. Damit seien der Fehler der Ermessensüberschreitung – und damit selbstverständlich auch die Mängel des *merito* – der ordentlichen Gerichtsbarkeit entzogen.⁴¹¹ Sie legt damit den Begriff der Gesetzeskonformität rein „formell“ aus.

Nach anderer Ansicht erfaßt die Untersuchungskompetenz zwar ebenfalls nicht die Ermessensverwaltung und ist auf die Rechtmäßigkeit der Verwaltungsmaßnahme beschränkt, aber die Ermessensüberschreitung wird nicht von vornherein ausgeklammert. Gesetzeskonformität wird also mit Rechtmäßigkeit gleichgesetzt. Da der *eccesso di potere* ebenfalls in den Bereich der Rechtmäßigkeit gehöre, müsse seine Feststellung grundsätzlich möglich sein, wenn auch lediglich innerhalb bestimmter Grenzen.⁴¹² So erlaubt *Contento* beispielsweise

⁴⁰⁹ Vgl. Petrone, Quaderni C.S.M., gennaio 1987, 74 f.; Caravita di Torritto, Quaderni C.S.M., 1991, n. 42, 45, 50 f.; Gambardella, Cass. pen. 1995, 377, 379. Vgl. die Argumentation bei Cass., Sez. un., 31.1.1987, Giordano, Dir. proc. amm. 1987, 407.

⁴¹⁰ Fanelli, Gazz. giur., 1996, n. 44, 3. 6 f.; ders., Riv. amm., 1996, 827, 832; Gambardella, Cass. pen., 1994, 1378, 1379 f.; vgl. Mendoza, Cass. pen., 1994, 907, 909; vgl. auch Alibrandi, La sindacabilità del provvedimento amministrativo nel processo penale, S. 77, 84; Cass., Sez. un., 12.11.1993, Borgia, Cass. pen., 1994, 901, 906; Trib. Bari, 12.5.1994, Riv. pen., 1994, 912. Vgl. Abbamonte, Temi nap., 1962, I, 211, 213 f., der einen anderen Ausgangspunkt nimmt, aber im Ergebnis hiermit übereinstimmt (siehe diesbzgl. Fn. 415 am Ende, S. 107).

⁴¹¹ Zanobini, Corso di dir. amm., Vol. I, S. 158; Salemi, La giustizia amministrativa, S. 96 f.; Mazza, Giur. compl. cass. pen., 1952, II, 203, 205; Amorth, Il merito dell'atto amministrativo, 20, Fn. 22; in der Rechtsprechung Cass., Sez. un., 2.7.1955, Pozzolini ed altri, Giust. pen., 1955, II, Sp. 769, ausführlich in der Begründung Sp. 769 ff.; Cass., Sez. I, 15.2.1960, Giudi, Giust. pen., 1960, II, Sp. 854; Cass., Sez. un., 6.4.1961, Caratelli, Temi nap., 1962, I, 210; Cass., Sez. I, 8.10.1965, Miccinelli e altri, Cass. pen., 1966, 534; Cass., Sez. I, 16.3.1970, Agnello, Cass. pen., 1971, 201.

Für eine Kontrollmöglichkeit nur bei absolutem Fehlen von Zuständigkeit Cass., Sez. I, 10.12.1996, Mariani, RV206801; Cass., Sez. I, 10.12.1992, Orlandi, RV192749; Cass., Sez. I, 6.7.1987, Renzi, RV176684; Cass., Sez. VI, 18.12.1985, Caponetti, RV177804.

⁴¹² Cannada-Bartoli, L'inapplicabilità degli atti amministrativi, S. 169 ff, 184 ff., 188; Alessi, Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano, S. 592 f.; Sandulli, Manuale di

die Kontrolle der Ermessensverwaltung durch den Strafrichter nur bei ganz offensichtlicher Rechtswidrigkeit.⁴¹³ *Virga* sieht demgegenüber den Mangel der Ermessensüberschreitung lediglich dann als überprüfbar an, wenn die objektiven Voraussetzungen für die Ausübung der Befugnis bereits nicht vorgelegen haben.⁴¹⁴

Die wohl bisher sowohl in der Lehre als auch in der Rechtsprechung überwiegender Auffassung setzt Gesetzeskonformität ebenfalls mit Rechtmäßigkeit gleich und läßt eine Rechtmäßigkeitsprüfung der ordentlichen Gerichte ohne jegliche Einschränkungen zu, behält aber den *merito* weiterhin exklusiv der Verwaltung vor.⁴¹⁵

dir. amm., Vol. II, 1984, S. 1259 f.; Franchini, Riv. trim. dir. pubbl., 1957, 337, 358 ff., 366; Dal Piaz, Giur. it., 1957, II, Sp. 17, 26 ff.; Ferrari, Giur. it., 1958, II, Sp. 225, 236 f.; Contento, Il sindacato del giudice penale, S. 104; Virga, Diritto Amministrativo, Vol. II, S. 216; in der Rspr. u.a. Pret. Napoli, 19.12.1955, Giur. it, 1957, II, Sp. 17, 18; Cass., Sez. IV, 28.11.1961, Cerrone, Foro it., 1962, II, Sp. 327.

⁴¹³ Contento, Il sindacato del giudice penale, S. 105 ff.; ders., Quaderni, C.S.M., 1991, n. 42, 13, 27 f., der hier allerdings von keinerlei Grenzen für die Untersuchungskompetenz des Strafrichters spricht und somit sogar ein Vordringen in den *merito* erlaubt. Bezeichnenderweise nimmt *Contentos* Argumentation bei letztgenanntem Beitrag den Ausgang von den Straftatbeständen, was eigentlich den Schluß nahelegen würde, daß stets allein diese die Reichweite der strafrichterlichen Befugnisse vorgeben – eine Schlußfolgerung, die er aber in dieser Rigorosität nicht zieht.

⁴¹⁴ Virga, Diritto Amministrativo, Vol. II, S. 216.

⁴¹⁵ Cass., Sez. I, 18.5.1964, Bordignon, Cass. pen., 1965, 129; Cass., pen., Sez. IV, 30.11.1964, Saba, Cass. pen., 1965, 433 f.; Cass., Sez. IV, 20.10.1965, Vio, Cass. pen., 1966, 486; Cass., Sez. VI, 15.11.1967, Ippolito e altri, Cass. pen., 1968, 64, 65; Cass., Sez. I, 2.10.1968, Salvaneli, Cass. pen., 1970, 111; Cass., Sez. VI, 20.2.1969, Calò, Cass. pen., 1970, 477 f.; Pret. Gela, 14.5.1980, Foro it., 1982, II, Sp. 406, 408; Cass., Sez. VI, 7.5.1990, Cianci, Riv. pen., 1991, 543; Trib. Roma, 18.6.1993, Iannace, Cass. pen., 1994, 1376, 1378; Trib. Lamezia Terme, 14.5.1994, Riv. pen., 1994, 912; vgl. auch Cass., Sez. V, 2.5.1983, Amitrano, Cass. pen., 1984, 1917; Cass., Sez. VI, 9.2.1989, Marchiori, Riv. pen., 1989, 1080; Cass., Sez. VI, 3.5.1989, Berlingheri, Cass. pen., 1991, 56; s. in der Literatur Carnevale, Trib. amm. reg., 1998, II, 60, 65; Ferrari, Riv. amm., 1995, 1, 7; Vassalli, Giust. pen., 1979, II, Sp. 305, 329, 333; Sandulli, Manuale di dir. amm., Vol. II, 1984, S. 1259; Grosso, Riv. it. dir. proc. pen., 1991, 319, 321; Delfino, Foro it., 1962, II, Sp. 328, 333 f.; vgl. Picotti, Dir. pen. proc., 1997, 347, 349; Giunta, Enti pubblici, 1997, Sp. 309; Della Monica, Eccesso di potere, S. 67.

Siehe auch die Ausführungen zu dem Gesetzentwurf Nr. 1849, der am 11.7.1996 von den Abgeordneten *Anedda, Mantovano, Neri, Cola e Simone* in der Abgeordnetenkammer eingereicht wurde, worin deutlich wird, daß die Verfasser die Strafrichter durch Art. 5 l. cont. amm. zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit befugt sehen, Gesetzentwurf und dessen Begründung abgedruckt bei Dalia, Lavori parlamentari, S. 261 ff., 263; vgl. auch Padovani, Riv. it. dir. proc. pen., 1989, 76, 88, der dem Strafrichter aber zugestehen will, daß er untersuchen kann, ob überhaupt ein „*merito amministrativo*“ besteht oder ob vielmehr rein private Motive der Entscheidung zugrunde liegen. Siehe auch Franchini, Riv. trim. dir. pubbl., 1957, 337, 359, 366 f., der Kontrolle der Rechtmäßigkeit durch den ordentlichen Richter gestattet, ihn jedoch zumindest an die Rechtfertigungen und Beweggründe gebunden sieht, die die Verwaltung im VA angibt. Vgl. jedoch Abbamonte, Temi nap., 1962, I, 211, 213 f., der eine Einschränkung aufgrund Art. 5 l. cont. amm. zwar

Nach allen Meinungen mit Ausnahme der traditionellen Ansicht ist folglich die Ermessensverwaltung kein autonomer, unantastbarer Bereich der öffentlichen Administration, da sie alle – wenn auch teilweise nicht in vollem Umfange – die Überprüfung einer Verwaltungsmaßnahme auf einen möglichen *excesso di potere* hin durch die ordentliche Gerichtsbarkeit zulassen. Unter diesem Gesichtspunkt wäre für die heute ganz überwiegende Auffassung ein Einschluß der Ermessensüberschreitung innerhalb des Tatbestands des Amtsmissbrauchs keine (direkte) Verletzung des Prinzips der Gewaltenteilung. Die traditionelle Meinung interpretiert dagegen Art. 5 l. cont. amm. so, daß der ordentliche Richter in den exklusiven Bereich der Verwaltung eingriffe, sobald er mehr als nur die Mängel der Gesetzesverletzung und fehlenden Zuständigkeit untersuchte.

Für die Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips nach der indirekten der eingangs erwähnten zwei Möglichkeiten müßte der *merito* für die Judikative unantastbar sein. Nach den Auffassungen, die Art. 5 l. cont. amm. auf den Strafrichter nicht anwenden wollen, wenn die Verwaltungstätigkeit Tatbestandsvoraussetzung ist, sind seine Kompetenzen auch hinsichtlich der Entscheidungsgründe unbeschnitten. Hingegen verneint die traditionelle Ansicht kategorisch jegliches Untersuchen des *merito*. Die Autoren, die die Feststellung der Ermessensüberschreitung nur in bestimmten Fällen zulassen wollen, scheinen im Grundsatz gleicher Ansicht zu sein, müssen aber bei ihren Ausnahmen ein Vordringen in die Entscheidungsgründe gestatten.⁴¹⁶ Die wohl überwiegende Meinung, nach der die strafrichterliche Feststellung eines *excesso di potere* uneingeschränkt ist, kann sich konsequenterweise nicht gegen die dafür erforderliche Untersuchung der Entscheidungsgründe stellen.⁴¹⁷

auch nicht sieht, aber maßgeblich auf die unterschiedlichen Funktionen von öffentlicher Verwaltung und ordentlicher Gerichtsbarkeit abstellt, weshalb letzterer grundsätzlich jegliche Untersuchung sowohl der *giustificazione* als auch der *motivazione* offen stehe.

⁴¹⁶ So ausdrücklich Contento, Quaderni C.S.M., 1991, n. 42, 13, 27 f.; während man bspw. bei Virga, Diritto Amministrativo, Vol. II, S. 216, nicht sicher ist, ob er sich der Konsequenz bewußt ist.

⁴¹⁷ Siehe Delfino, Foro it., 1962, II, Sp. 328, 333 f., der klarstellt, daß seiner Ansicht nach die Untersuchung des *merito* und die der Ermessensüberschreitung ganz anderer Natur seien, so daß gar kein Übergriff möglich sei. Die Rechtsmäßigkeitüberprüfung sei eine Gegenüberstellung von VA und Gesetz, die Kontrolle der Entscheidungsgründe hingegen eine des VA und der Wirklichkeit. Hier ist auch noch einmal Franchini, Riv. trim. dir. pubbl., 1957, 337, 367, erwähnenswert, der den ordentlichen Richter an die Rechtfertigungen und Begründungen der Verwaltung gebunden sieht. Hiermit scheint er das richterliche Offenlegen der Entscheidungsgründe zu gestatten, nicht aber andere Einschätzungen vorzunehmen.

*(4) Anmerkungen zur Auslegung von Art. 5 l. cont. amm.**(a) Entstehungsgeschichte*

Aufschlußreich für die Interpretation von Art. 5 l. cont. amm. ist sein entstehungsgeschichtlicher Hintergrund. Aus den Arbeiten im Gesetzgebungsverfahren geht hervor, daß der Gesetzgeber sich an eine Bestimmung aus der belgischen Verfassung vom 7. Februar 1831 anlehnte und zwar an Art. 107 der belgischen Verfassung.⁴¹⁸ Nach dieser Vorschrift⁴¹⁹ dürfen die Gerichte Verfügungen und Verordnungen nur insoweit anwenden, wie sie mit den Gesetzen übereinstimmen. Der rechtsprechenden Gewalt wird damit die Befugnis eingeräumt, die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts zu überprüfen und, falls er gesetzeswidrig ist, diesen in dem anhängigen Rechtsstreit nicht anzuwenden und die Sache zu entscheiden, als wenn der Verwaltungsakt nicht existierte.⁴²⁰ In der Debatte um einen Gesetzentwurf für die Abschaffung der Sondergerichte rechtfertigt das Mitglied der Legislative *Mancini* die Übernahme der belgischen Bestimmung in Art. 5 l. cont. amm. Nachdem der ordentlichen Gerichtsbarkeit der Schutz der bürgerlichen und politischen Recht auferlegt werde, müsse sie die Möglichkeit haben, rechtswidrige Maßnahmen der Verwaltung nicht anzuwenden. Der Richter solle nicht gezwungen sein, selbst eindeutig gesetzeswidrige Akte der Verwaltung respektieren zu müssen.⁴²¹ Daran läßt sich die Intention des Gesetzgebers ablesen, mit der getroffenen Regelung jedenfalls im Betätigungsfeld der ordentlichen Gerichtsbarkeit die Kontrolle der Justiz über die Verwaltungsmaßnahmen zu garantieren.⁴²² Hieraus folgt zudem, daß es sich bei Art. 5 l. cont. amm. im Grundsatz um eine Vorschrift handelt, die die Kompetenzen der Richter erweitern und nicht beschränken. Die Norm bekräftigt vielmehr die Kontrollbefugnis der Richter gegenüber administrativen Akten, die für den anhängigen Rechtsstreit entscheidungserheblich sind.

*(b) Auslegung von Art. 5 l. cont. amm.**(aa) Ausgangspunkt: Vollständige Norm im Gesetzeskontext*

In der Literatur mangelt es häufig an einer exakten Auslegung von Art. 5 l. cont. amm. Zum einen wird die Bestimmung oft aus dem Zusammenhang gerissen oder lediglich mit Art. 4 l. cont. amm. in Verbindung gesetzt. Insbesondere

⁴¹⁸ Gambardella, Il controllo del giudice penale, S. 75.

⁴¹⁹ Der Text lautet im Original: „*Les Cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois.*“

⁴²⁰ Siehe mit weiteren Verweisen Salandra, La giustizia amministrativa, S. 387.

⁴²¹ *Mancini* findet sich bei Salandra, La giustizia amministrativa, S. 358 ff., zitiert.

⁴²² Gambardella, Il controllo del giudice penale, S. 75.

bei letzterem besteht aber die Gefahr, sie für den Strafrichter als irrelevant zu betrachten, denn die Verletzung eines subjektiven Rechts, deren Rügung Art. 4 l. cont. amm. zur Voraussetzung hat, wird dem Bereich des Zivilrechts zugeordnet. Damit würden aber Art. 1 und Art. 2 l. cont. amm. vernachlässigt, welche nach der Abschaffung der Sondergerichte die Verwaltungsstreitigkeiten sowohl in Zivil- als auch ausdrücklich in Strafsachen der ordentlichen Gerichtsbarkeit zuweisen. Zum anderen werden meist direkt die Begriffe der Nichtanwendung von administrativen Akten und der Gesetzeskonformität behandelt, ohne die Eingangsformel zu beachten. Die vollständige Vorschrift lautet übersetzt jedoch: „In diesem, wie in jedem anderen Fall, wendet die Justiz die Verwaltungsakte und die generellen und lokalen Verordnungen an, wenn sie mit den Gesetzen übereinstimmen.“

(bb) Formulierung „In diesem ... Fall“

Mit der Umschreibung „In diesem ... Fall“ nimmt der Gesetzgeber bezug auf die vorangehende Vorschrift des Art. 4 l. cont. amm. Dort beginnt der erste Absatz mit der Voraussetzung „Wenn die Verletzung eines Rechts durch eine Verwaltungsmaßnahme gerügt wird ... “. Einhellig wird hierunter die Verletzung eines subjektiven Rechts verstanden, für dessen Schutz innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit grundsätzlich der Zivilrichter zuständig ist. Die erste Bedingung des Art. 5 l. cont. amm. ist daher, daß der ordentliche Richter mit der Verletzung eines subjektiven Rechts befaßt ist.

(cc) Formulierung „Wie in jedem anderen Fall“

Aus dem Vorgegangenen erklärt sich auch, was unter „jedem anderen Fall“ zu verstehen ist: Art. 5 l. cont. amm. ist auch einschlägig, wenn in einem Verfahren vor ordentlichen Gerichten die öffentliche Verwaltung involviert ist, es aber nicht um die Verletzung eines subjektiven Rechts geht. Wird Art. 5 l. cont. amm. nicht von dem restlichen Gesetz entwurzelt und auch die gesetzgeberische Intention im Blickfeld behalten, kommt man nicht umhin, gerade hier den Hinweis auf den Strafrichter zu erkennen. Deshalb ist unter „anderen Fällen“ auch die Konstellation zu fassen, daß sich ein Strafgericht bei seiner Entscheidungsfindung mit einem Verwaltungsakt auseinanderzusetzen hat.⁴²³

⁴²³ Vgl. Gambardella, Il controllo del giudice penale, S. 76.

(dd) Begriff der Anwendung

Hierzu ist anzumerken, daß sich Art. 5 l. cont. amm. sicherlich nicht auslegen läßt, ohne auf den Begriff der Anwendung von Verwaltungsakten und Verordnungen einzugehen.

Wenn die Anwendung eines Gesetzes bedeutet, die in ihm enthaltenen Normen anzuwenden, muß Gleiches auch für die Anwendung von Verwaltungsakten und Verordnungen gelten. Diese anzuwenden heißt demnach, die in ihnen festgelegten Normen anzuwenden. Der Begriff der Anwendung von Normen bedeutet, ihren Adressaten – als Reaktion auf deren Verhalten entweder in Übereinstimmung oder im Widerspruch zu den Vorschriften – die entsprechenden Rechte zuzusprechen oder Pflichten aufzuerlegen.⁴²⁴ Eine Maßnahme der Verwaltung nicht anzuwenden bedeutet nach allgemeiner Ansicht, sie so zu behandeln, als wenn sie nicht ergangen wäre.⁴²⁵

Richtig ist, daß es dem Strafrichter in erster Linie nicht um die Anwendung bzw. Nichtanwendung eines Aktes geht, sondern allein um die Feststellung, ob ein bestimmtes Verhalten mit einer in einem Strafgesetz abstrakt geregelten Tat korrespondiert.⁴²⁶ Die Norm wird aber für den Strafrichter jedenfalls dann relevant, wenn er für seine Entscheidung außerhalb des Tatbestands liegende Akte zu beachten hat. Wenn also für die Tatbestandsfeststellung Verwaltungsmaßnahmen von Belang sind, hat er diese auf ihre Gesetzeskonformität hin zu untersuchen und gegebenenfalls nicht anzuwenden. Für solche Fälle „paßt“ die An- bzw. Nichtanwendung von administrativen Entscheidungen, und die Bestimmung kann auch auf den Strafrichter angewandt werden.⁴²⁷ Das ist ein

⁴²⁴ Contento, *Il sindacato del giudice penale*, S. 86; ders., *Quaderni C.S.M.*, 1991, n. 42, 13, 36.

⁴²⁵ Sandulli, *Manuale di dir. amm.*, Vol. II, 1984, S. 1260; Virga, *Diritto Amministrativo*, Vol. II, S. 217; Verrienti, in: Romano, *Giustizia amministrativa*, Art. 5, I, Rdn. 2; ausführlich zu den Besonderheiten der *disapplicazione* im Strafrecht Cannada-Bartoli, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, S. 205 ff. Vgl. Gambardella, *Il controllo del giudice penale*, S. 76.

⁴²⁶ Franchini, S. 72 f.; Contento, *Il sindacato del giudice penale*, S. 84, 86.

⁴²⁷ Vgl. Contento, *Quaderni C.S.M.*, 1991, n. 42, 13, 33 ff., insbes. 37 f. für den die Anwendung bzw. Nichtanwendung von Verwaltungsakten auch in einigen Fällen relevant ist, in denen der Tatbestand nicht ausdrücklich einen rechtmäßigen bzw. rechtswidrigen Verwaltungsakt verlangt. Nach ihm käme es auf den Schutzzweck der Normen an. Bei manchen Tatbeständen reiche nicht das Vorliegen des Verwaltungsakts aus, um den Schutz des Rechtsguts sicherzustellen, sondern implizit sei auch seine Rechtmäßigkeit gefordert. Nur so könne dieser ein bestimmtes Verhalten legitimieren. So sei es beispielsweise mit Art. 348 c.p., der mißbräuchlichen Ausübung eines Berufs, der eine spezielle staatliche Befähigung erfordert. Hier gehe es für den Strafrichter um die Anwendung bzw. Nichtanwendung des betreffenden Verwaltungsakts je nachdem, ob er rechtmäßig oder rechtswidrig sei.

Dieses Beispiel ist jedoch m.E. nicht völlig überzeugend, da der Tatbestand des Art. 348 c.p. das „mißbräuchliche“ Ausüben des Berufs verlangt. Aufgrund dieses Adjektivs ist dem

weiteres Argument gegen die strikte Auslegung, die Art. 5 l. cont. amm. allein der Zivilgerichtsbarkeit vorbehält.

Demgegenüber ist fraglich, ob sich das Konstrukt der Nichtanwendung eines Akts der Verwaltung im formellen Sinne auf den Strafrichter übertragen läßt, wenn die Verwaltungsmaßnahme eine (interne) Tatbestandsvoraussetzung darstellt. Offensichtlich wäre es beim Amtsmißbrauch kontraproduktiv, wenn der Strafrichter die mißbräuchliche und unrechtmäßige Handlung der öffentlichen Verwaltung als nicht existent betrachtet. Sie ist gerade Tatbestandsvoraussetzung. Bei einer solchen Bestimmung paßt die „textitdisapplicazione“ jedenfalls nicht.⁴²⁸ Ein anderes Beispiel ist das Delikt des Bauens ohne Genehmigung, in der Fassung des Art. 44 D.P.R., 6. Juni 2001, Nr. 380.⁴²⁹ Wenn der Richter die vorliegende Baugenehmigung als rechtswidrig einstuft und daraufhin nicht anwendet, ist der objektive Tatbestand der Norm erfüllt. Meiner Ansicht nach ist eine solche Handhabung vor dem Hintergrund der Garantiefunktion des Strafrechts bedenklich.⁴³⁰ Jedoch entspräche sie der wohl überwiegenden Rechtsprechung, die den rechtswidrigen Bauentscheid mit dem fehlenden gleichsetzt.⁴³¹ Zumindest im Sinne dieser Auffassung wäre die Nichtanwendung von Verwaltungsentscheidungen auch praktikierbar, wenn letztere Elemente des Tatbestands sind. Das liegt an der Besonderheit, daß der Tatbestand das Fehlen der Verwaltungsmaßnahme bestraft. Aufgrund einer solchen Konstellation lassen sich jedoch keine generellen Aussagen treffen. Vielmehr ist die „disapplicazione“ der Akte der Verwaltung durch den Strafrichter nicht möglich, sobald sie Teil des zu untersuchenden Tatbestands sind. Art. 5 l. cont. amm.

Strafrichter bereits eine Rechtmäßigkeitsüberprüfung des befähigenden Verwaltungsakts zuzubilligen, unabhängig von Art. 5 l. cont. amm., so auch Caravita di Torritto, Quaderni C.S.M., 1991, n. 42, 45, 50, 52; im Grundsatz sogar ausdrücklich auch Contento, Quaderni C.S.M., 1991, n. 42, 13, 16 – daher sind seine Ausführungen zu Art. 348 c.p. nicht ganz verständlich.

⁴²⁸ Vgl. Nigro, Giustizia amministrativa, S. 206.

⁴²⁹ Ehemals Art. 41 b) l. 17.8.1942, n. 1150, Art. 17 b) l. 28.1.1977, n. 10 bzw. Art. 20 I b) l. 28.2.1985, n. 47.

Art. 44 I b) D.P.R. 2001/380 lautet: „*Salvo che il fatto costituisca più grave reato e ferme le sanzioni amministrative, si applica: . . .*

b) l'arresto fino a due anni e l'ammenda da 5164 a 51645 euro nei casi di esecuzione dei lavori in totale difformità o assenza del permesso o di prosecuzioni degli stessi nonostante l'ordine di sospensione.“

⁴³⁰ Siehe Fn. 380, S. 100.

⁴³¹ Cass., Sez. I, 3.7.1978, Caroli, RV140409; Cass., Sez. I, 22.4.1980, Raineri ed altro, Riv. pen., 1981, 151, 153; Cass., Sez. VI, 13.5.1980, Palmerini, RV146235; Cass., Sez. I, 11.2.1981, Simonelli, RV148708; Cass., Sez. VI, 10.6.1981, Brighenti, RV150264; Cass., Sez. I, 2.2.1983, Zavagnin, RV158214; Cass., Sez. VI, 26.5.1982 De Carli, RV156010; vgl. Cass., Sez. I, 16.5.1983, Controneo, RV160328.

A.A. Cass., Sez. I, 15.6.1983, Tomassini, RV160923; Cass., Sez. I, 15.6.1983, Dalli Cani, RV160924; Cass., Sez. un., 31.1.1987, Giordano, Dir. proc. amm. 1987, 407; siehe auch Cass., Sez. I, 6.7.1987, Renzi, RV176684, die allerdings auf eine Verletzung der Gewaltenteilung abstellt.

ist also nicht einschlägig.

Damit schiebe die Möglichkeit aus, Art. 5 l. cont. amm. zur Einschränkung der strafrichterlichen Kompetenzen heranzuziehen, wenn das Verwaltungshandeln Tatbestandsvoraussetzung ist – gleich, ob die eingangs erwähnten zwei Bereiche unterschieden werden; also gleich, ob der *merito* oder die Ermessensverwaltung als unantastbaren Bereich der Verwaltung angesehen wird. Weil die Norm nicht einschlägig wäre, könnte eine eventuelle Grenze aus der Formulierung der „Konformität mit den Gesetzen“ nicht greifen.

Würde dagegen die „Anwendung von Verwaltungsakten und Verordnungen“ nicht „technisch“ aufgefaßt, sondern extensiv ausgelegt, in dem Sinne, daß jedes in irgendeiner Form für den Strafrichter entscheidungserhebliche Verwaltungshandeln auf seine Vereinbarkeit mit den Gesetzen untersucht werden könnte, käme es sehr wohl auf die Interpretation der „Gesetzeskonformität“ an. Die Autoren, die wie selbstverständlich lediglich auf den Begriff der Gesetzeskonformität eingehen, gehen offenbar von einer solchen weiten Auslegung der „Anwendung“ aus. Allerdings wird mit dieser extensiven Interpretation der Wortlaut der Vorschrift überstrapaziert. Der Terminus „anwenden“ (*applicare*) würde hier praktisch mit „untersuchen“ (*sindacare*) gleichgesetzt.⁴³² *Applicazione* bzw. *disapplicazione* und *sindacato* sind aber auseinanderzuhalten. Eine Untersuchung des Verwaltungsakts *principaliter* ist dem Strafrichter auf jeden Fall versagt. Er kann sich zu der „Konformität mit den Gesetzen“ nur äußern, wenn dies zur Feststellung der Tatbestandsvoraussetzungen – egal ob das Verwaltungshandeln eine externe oder interne Position in der Norm einnimmt – erforderlich ist, also nur *incidenter*.⁴³³ Ihm geht es nicht in erster Linie um den Verwaltungsakt als solchen, sondern um das nach einem Strafgesetz zu beurteilende Verhalten.⁴³⁴ *Il sindacato sul atto amministrativo*, also die Untersuchung des Verwaltungsakts, steht dem Strafrichter nur zu, wenn dies explizit oder implizit – beispielsweise durch die Verwendung von das Tatverhalten spezifizierenden Adjektiven⁴³⁵ – vom Tatbestand vorausgesetzt wird. Die Anwendung respektive Nichtanwendung setzt erst nach der Untersuchung ein; und zwar, nach der hier vertretenen Auffassung, nur dort, wo der außerhalb des Tatbestands liegende Akt der Verwaltung rechtmäßig bzw. unrechtmäßig ist.

⁴³² Ausdrücklich gegen eine Gleichsetzung der Begriffe Gambardella, Cass. pen., 1995, 377, 378 f.; Magri, Stud. iur., 1996, 889, 891; Fanelli, Gazz. giur., 1996, n. 44, 3, 7.

⁴³³ Sandulli, Manuale di dir. amm., Vol. II, 1984, S. 1257 f.

⁴³⁴ Fanelli, Gazz. giur., 1996, n. 44, 3, 7.

⁴³⁵ Wie bspw. in Art. 348 c.p. das Adjektiv „mißbräuchlich“.

(ee) *Begriff der Gesetzeskonformität*

Was den Begriff der Gesetzeskonformität angeht, ist die traditionelle Auffassung, die ihn rein „formell“ auslegt, sicherlich am engsten am Wortlaut. Die Überprüfung, ob die Maßnahme mit den Gesetzen vereinbar ist, umfaßt unproblematisch die Rechtswidrigkeitsgründe, die auf einer Gesetzesverletzung fußen, wie die der *vizio di violazione di legge* und der *vizio di incompetenza*. Bei der Ermessensüberschreitung werden nun gerade nicht konkrete Gesetznormen verletzt.⁴³⁶

Andererseits ist das Gesetz Nr. 2248 älter als die Einteilung der drei klassischen Rechtmäßigkeitsmängel aus dem Jahre 1889. Der Gesetzgeber von 1865 konnte sich daher noch nicht auf die einzelnen Kategorien beziehen.⁴³⁷ Deshalb könnte man mutmaßen, daß er sich auf die heute anerkannten Rechtmäßigkeitsmängel bezogen hätte, wären sie bereits ausformuliert gewesen. Diese Überlegung ist aber wiederum nicht zwingend, denn die Legislative wäre trotzdem frei gewesen, die Ermessensverwaltung der Kontrolle zu entziehen, was vor allem dann wahrscheinlich erscheint, wenn sie in der bloßen Offenlegung der Beweggründe einer Verwaltungsentscheidung bereits einen Eingriff in den exklusiven Bereich der öffentlichen Verwaltung gesehen hätte.⁴³⁸

Gambardella zieht aus dem Alter des Gesetzes und aus dem Umstand, daß es noch heute in Kraft ist, hingegen den Schluß, daß „leggi“, also „Gesetze“, gemäß Art. 5 l. cont. amm. lediglich in einem dynamischen Sinne interpretiert werden könne und die Bestimmung mit Blick auf das aktuell geltende normative System zu lesen sei. Da das Gesetz⁴³⁹ heute bestimme, daß ein Verwaltungsakt nicht mit einem der drei Mängel der Rechtmäßigkeit behaftet sein darf, sei letzterer gesetzeswidrig, wenn einer der Rechtswidrigkeitsgründe gegeben ist. Hierbei versteht der Autor „conformità“ im Sinne von „compatibilità“ (Vereinbarkeit),

⁴³⁶ Für den Ausschluß des *eccesso di potere* wegen des Wortlauts argumentiert auch Zanobini, Corso di dir. amm., Vol. I, S. 158 f.

⁴³⁷ In der Tat wird das Alter des Gesetzes auch von den Vertretern der sich gegenüberstehenden Auffassungen als Belastung empfunden. Hier besteht Einigkeit bezüglich der Hoffnung, daß diese Kompetenzverteilung zwischen ordentlicher Gerichtsbarkeit und öffentlicher Verwaltung eines Tages eine neue und vor allem klarere gesetzliche Modifikation erföhre. Die momentan noch geltenden Vorschriften aus dem 19. Jahrhundert seien aufgrund ihres hohen Alters und entsprechend überkommenen Formulierungen und Techniken einfach nicht mehr den heutigen Verhältnissen im italienischen Recht angemessen. S. Contento, *Il sindacato del giudice penale*, S. 108; Venditti, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 28, 47.

⁴³⁸ Hierfür gibt es keine stichhaltigen Anzeichen. Vielmehr scheint es denkbar, daß der Gesetzgeber von 1865 in Art. 4 l. cont. amm. die einzige Grenze für die ordentliche Gerichtsbarkeit zog: Die Ansicht des ordentlichen Richters über einen Akt der Verwaltung besitzt über den von ihm entschiedenen Fall hinaus keine Wirkung, und der Verwaltungsakt kann auch nur von den zuständigen Verwaltungsbehörden abgeändert oder aufgehoben werden.

⁴³⁹ Allgemein verstanden.

als das Fehlen von Widersprüchen oder Gegensätzen bzw. im Sinne von „*deducibilità*“ („Ableitbarkeit“): Jeder Akt, dessen normativer Inhalt nicht im Widerspruch mit Gesetzesnormen steht, bzw. jeder Akt, dessen normativer Inhalt nicht nur kompatibel mit dem Gesetz, sondern von Gesetzesnormen logisch reduzierbar ist, sei vereinbar mit dem Gesetz.⁴⁴⁰

Wird dementsprechend – wie es auch die herrschende Meinung tut – die Formulierung „*conformi alle leggi*“ mit *legittimità*, also der Rechtmäßigkeit, gleichgesetzt, dann hat der Strafrichter bei der Frage der An- oder Nichtanwendung die Kompetenz, die administrativen Maßnahmen auf alle drei Rechtmäßigkeitsmängel einschließlich der Ermessensüberschreitung zu untersuchen.

(5) *Ergebnis zum Gesetz Nr. 2248/1865*

Abgesehen von den Beschränkungen der ordentlichen Gerichtsbarkeit gemäß Art. 4 l. cont. amm., zieht ihr das Gesetz 2248/1865 keine weiteren, ausdrücklichen Grenzen. Da die Grundsätze des Art. 4 l. cont. amm. nicht durch spätere Gesetze derogiert wurden, beanspruchen sie auch heute noch Geltung. Auf den Strafprozeß übertragen bedeutet das, daß der Strafrichter den Verwaltungsakt weder aufheben noch abändern kann. Außerdem hat seine Entscheidung bezüglich des Verwaltungsakts keine Wirkungen über den Prozeßgegenstand hinaus.

Hinsichtlich der Diskussion um Art. 5 l. cont. amm. ist klarzustellen, daß das Institut der *disapplicazione* nur bei Verwaltungsmaßnahmen in Frage kommt, die nicht zu den Tatbestandsvoraussetzungen gehören. Der Strafrichter dürfte sie nicht anwenden, wenn sie nicht „mit den Gesetzen übereinstimmen“. Die herrschende Meinung versteht hierunter die Rechtmäßigkeit und läßt auch die Untersuchung des *eccesso di potere* zu.

Ist der fragliche administrative Akt hingegen Teil des Tatbestands, kann ihn der ordentliche Richter selbst bei Gesetzeswidrigkeit bzw. Unrechtmäßigkeit nicht einfach „nicht anwenden“. Vielmehr ist es die Aufgabe eines Strafgerichts, die Frage zu beantworten, ob ein bestimmtes Verhalten den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllt. Dabei sind seine Befugnisse hinsichtlich der Verwaltungsaktivitäten zumindest nicht auf die gebundene Verwaltung begrenzt. Ihre Beschränkung aus Art. 5 l. cont. amm., wie sie die traditionelle Ansicht behauptet, existiert nicht.

⁴⁴⁰ Gambardella, Il controllo del giudice penale, S. 77.

bb) Frage einer verfassungsmäßigen Schranke für den Gesetzgeber bzw. für die Strafgerichte: *Merito* als autonomer Bereich der Verwaltung

(1) *Frage nach einer verfassungsmäßigen Kompetenzbegrenzung*

Ausgangspunkt für die Untersuchung der Frage nach einem nichtjustizialen Bereich der öffentlichen Verwaltung muß die Verfassung (*Costituzione*) sein.

Der *Costituzione* läßt sich zwar der Grundsatz der Teilung der Staatsgewalten, nicht jedoch die genaue Abgrenzung der Kompetenzen oder ihre möglichen Überschneidungen entnehmen. So ist die öffentliche Verwaltung mit Art. 97 und Art. 98 Cost. als eigenständiger Teil der Exekutive hervorgehoben. Ein eventueller autonomer, auch nicht durch die Judikative überprüfbarer Bereich findet hingegen keine ausdrückliche Erwähnung. Kompetenzbeschränkungen speziell der Strafgerichtsbarkeit gegenüber Verwaltungsentscheidungen ergeben sich auch nicht aus den allgemeinen Verfassungsbestimmungen über die Gerichtsbarkeit, den Art. 111-113 Cost. Im Gegenteil ist gemäß Art. 113 Abs. 1 Cost. gegenüber Akten der öffentlichen Verwaltung der richterliche Schutz von Rechten und berechtigten Interessen vor den ordentlichen Gerichten oder den Verwaltungsgerichten stets zugelassen.⁴⁴¹ Das spricht dafür, daß dabei auch die Kompetenzen der ordentlichen Richter innerhalb ihrer Jurisdiktion nicht begrenzt sind.⁴⁴² Art. 101 Abs. 2 Cost. unterwirft die Richter lediglich dem Gesetz.⁴⁴³ Daher ist grundsätzlich das Strafgesetz, d.h. der einzelne Tatbestand, für die Befugnisse der Strafgerichtsbarkeit maßgebend.⁴⁴⁴ Im Grundsatz geben die Tatbestände vor, wie weit die Untersuchungskompetenzen in bezug auf Akte der Administration gehen. Das, was nötig ist, um ein Verhalten an den Tatbestandsvoraussetzungen zu messen, kann der Strafrichter tun. Bestätigt wird dieser weite Umfang der strafrichterlichen Kontrollbefugnisse auch durch Art. 2 der Strafprozeßordnung (c.p.p.) von 1988,⁴⁴⁵ der in Absatz 1 dem

⁴⁴¹ Art. 113 I Cost. lautet: „*Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa.*“

⁴⁴² Ebenso Nigro, *Giustizia amministrativa*, S. 206.

⁴⁴³ Art. 101 Cost. lautet: „*I giudici sono soggetti soltanto alla legge.*“

⁴⁴⁴ Gambardella, *Il controllo del giudice penale*, S. 248, folgert aus Art. 101 Abs. 2 Cost. zudem, daß die ordentlichen Richter nicht die Akte der Verwaltung anwenden dürfen, die nicht im Einklang mit dem Gesetz stehen, und plädiert für eine uneingeschränkte Rechtmäßigkeitsüberprüfung von Verwaltungsakten auch durch den Strafrichter.

⁴⁴⁵ *Cognizione del giudice*: „*Il giudice penale risolve ogni questione da cui dipende la decisione, salvo che sia diversamente stabilito. La decisione del giudice penale che risolve incidentalmente una questione civile, amministrativa o penale non ha efficacia vincolante in nessun altro processo.*“

Strafrichter die Aufgabe zuteilt bzw. das Recht zugesteht, jede Frage, von der die Entscheidung abhängt, zu beantworten.⁴⁴⁶ Die Verfassung legt den Strafrichtern also keine expliziten Untersuchungsbeschränkungen bezüglich der Verwaltungstätigkeit auf bzw. setzt dem Gesetzgeber keine Grenzen bei der Ausgestaltung der Strafgesetze.

Eine Beschränkung der ordentlichen Gerichtsbarkeit in Bezug auf die verwaltungsrechtlichen Maßnahmen läßt sich jedoch aus dem Gedanken der Gewaltenteilung deduzieren. Wenn die Gewaltenteilung zwischen der Legislative, der Exekutive und der Judikative in der Verfassung verankert ist, so sind auch die jeder Gewalt eigenen Bereiche zumindest immanent geschützt. Zu dem eigenen Bereich der Administration gehören die Gründe, die der Verwaltungsmaßnahme zugrunde liegen. Darunter fallen die Bestimmung der Ziele und die Auswahl der Mittel, welche wiederum auf Einschätzungen ihrer Angemessenheit und Zweckmäßigkeit beruht. Beispielsweise liegt es im alleinigen Ermessen des Gemeinderats zu entscheiden, auf einem brachliegenden, gemeindeeigenen Grundstück anstatt einer Grünfläche einen Parkplatz zu errichten. Ebenso obliegt es der Auswahlkommission, zwischen zwei gleichqualifizierten Bewerbern für den öffentlichen Dienst zu entscheiden. Diese Art von Entscheidungen werden in Italien unter dem Begriff des *merito* gefaßt.

Mit Sicherheit kann nicht der Strafrichter entscheiden, daß anstelle des Parkplatzes die Grünfläche zu realisieren gewesen wäre oder daß nicht der angenommene, sondern der ausgeschiedene Bewerber vorzuziehen gewesen wäre. Das sind eindeutig Entscheidungen, die allein der Verwaltung zustehen. Sie dürfen keinesfalls durch ordentliche Gerichte aufgehoben und ersetzt werden. Es würde keinen Sinn ergeben, ein und dieselbe staatliche Aufgabe zwei verschiedenen Gewalten zu übertragen. Die Entscheidung der einen Gewalt könnte sonst jederzeit durch die der anderen wieder aufgehoben werden. Das würde letztlich zu einer völligen Rechtsunsicherheit führen.⁴⁴⁷

(2) *Untersuchung des merito*

Hier schließt sich nun die essentielle Frage an, ob der *merito* also gänzlich außerhalb jeder Untersuchung durch die ordentliche Gerichtsbarkeit liegt. Diese Frage betrifft die eingangs erwähnten Annahmen, die dem Argument der Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips zugrunde liegen. Es ist zu klären, ob bereits

⁴⁴⁶ In Absatz zwei dieser Vorschrift wird klargestellt, daß der Strafrichter *incidenter* administrative Fragen klären kann, was jedoch keine bindende Kraft über sein konkretes Verfahren hinaus entwickelt. Damit bestätigte der Gesetzgeber von 1988 den Inhalt von Art. 4 I l. cont. amm.

⁴⁴⁷ Vgl. Contento, Quaderni C.S.M., 1991, n. 42, 13, 25 f.

mit der bloßen Feststellung der Entscheidungsgründe in diesen autonomen Bereich der Verwaltung eingegriffen wird oder erst, wenn der ordentliche Richter die administrative Maßnahme durch sein Urteil ersetzt. Einerseits liegt der Gedanke nahe, daß der Strafrichter einen unzulässigen tatsächlichen Einfluß auf die Verwaltung nehmen könnte, sollte er ihre Entscheidungsgründe aufdecken dürfen. Hiergegen ist aber einzuwenden, daß sich eine faktische Wechselwirkung zwischen den einzelnen Staatsgewalten nie ausschließen läßt. Darüber hinaus würde in der Regel nur das Verwaltungshandeln betroffen, das rechtswidrig ist und damit auch nicht schützenswert wäre, weil nur dann die Verwaltung sich zu einer Änderung ihrer Praxis veranlaßt sähe. Sinn sowohl der General- als auch der Spezialprävention von Strafe ist es ja gerade, dasselbe rechtsverletzende Verhalten zukünftig zu verhindern. Insofern ist diese tatsächliche Beeinflussung durch die Strafgerichte sogar beabsichtigt. Andererseits darf die Verwaltung ohnehin keine sachfremden Erwägungen in ihre Entscheidungen einfließen lassen. Es gibt also keinen Grund, ihre Entscheidungsgründe nicht offenzulegen. Durch ihre Untersuchung kann der Strafrichter bestimmen, ob der Verwaltungsmaßnahme externe, nicht öffentliche Interessen zugrunde liegen.⁴⁴⁸ Hierbei wird also sichergestellt, daß überhaupt ein „*merito amministrativo*“ gegeben ist und nicht etwa private, kriminelle Handlungsmotive vorliegen.⁴⁴⁹ Wenn der Verwaltungsakt formell korrekt ist, kann erst die Überprüfung der Entscheidungsgründe eventuelle private Intentionen und ein *sviamento di potere* zutage fördern.⁴⁵⁰ Die Arbeit der Exekutive wird so keinesfalls konterkariert. Erst wenn ihre – öffentliche Ziele verfolgenden – Entscheidungen durch andere Bewertungen der Richter ersetzt werden, wäre sie nicht mehr autonom. Erst dann würde zwei verschiedene Gewalten ein und dieselbe Funktion wahrnehmen. Wenn aber der Strafrichter den *merito* nur untersucht, um eine Ermessensüberschreitung festzustellen zu können, ersetzt er nicht die Einschätzung, die sich in der Verwaltungsmaßnahme ausdrückt.⁴⁵¹ Die Klärung der Frage, ob die

⁴⁴⁸ Fanelli, Gazz. giur., 1996, n. 44, 3, 9.

⁴⁴⁹ Padovani, Riv. it. dir. proc. pen., 1989, 76, 88; vgl. Gambardella, Il controllo del giudice penale, S. 248.

⁴⁵⁰ Padovani, Riv. it. dir. proc. pen., 1986, 1042, 1056; Napoleone, Diritto pubblico, 1997, I, 107, 109 ff.

⁴⁵¹ Fanelli, Gazz. giur., 1996, n. 44, 3, 8 f.

Anders verhielte es sich, wenn ein Straftatbestand die Kontrolle von Fehlern in den Entscheidungsgründen, also den *vizi di merito*, voraussetzen würde. Dann wäre relevant, ob eine Ersetzung der administrativen Maßnahme bereits dann gegeben ist, wenn das Gericht eine andere Ansicht als die Verwaltungsbehörde vertritt oder erst, wenn im Urteil der Verwaltungsakt explizit für aufgehoben erklärt wird. M.E. kann die Antwort nur lauten, daß bereits die divergierende Bewertung eine Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips darstellte. Ebenso Fiandaca, Quest. giust., 1996, 307 f.

Das Verfassungsgericht hatte über die Zulässigkeit der Vorlage eines ordentlichen Richters zu entscheiden, der die Verfassungsmäßigkeit einer Gesetzesbestimmung anzweifelte, die ihm nicht die Möglichkeit gab, eine rechtswidrige Verwaltungsmaßnahme aufzuheben, welche seiner Jurisdiktion unterworfen ist. Die *Corte Costituzionale* hielt die Vorlage für

Verwaltung öffentliche Ziele verfolgte, beinhaltet aber noch keine Bewertung der Angemessenheit oder Zweckmäßigkeit der Maßnahme.⁴⁵²

Selbst wenn beispielsweise ein Strafgericht auf Amtsmißbrauch entscheidet, nachdem es auch die Entscheidungsgründe, also den *merito*, eines Verwaltungsakts untersucht hat, bleibt dieser trotz seiner Rechtswidrigkeit noch solange wirksam, bis er von den zuständigen Stellen aufgehoben wird.⁴⁵³ Im Grunde interessiert den Strafrichter der Verwaltungsakt als solcher nicht, sondern allein die Feststellung, ob ein bestimmtes Verhalten die Voraussetzungen eines Strafgesetzes erfüllt oder nicht.⁴⁵⁴ Dabei dürfen seine Befugnisse nicht beschränkt werden, denn schließlich hat er über einen Eingriff in die Freiheitsrechte einer Person zu entscheiden.⁴⁵⁵ Es gibt Tatbestände, wie Art. 652 c.p.,⁴⁵⁶ in denen die Untersuchung der Verwaltungsmaßnahme – möglicherweise bis in die Entscheidungsgründe – eine entlastende Rolle zukommt und so zu einem Freispruch führen kann.⁴⁵⁷

Es ist also festzuhalten, daß die bloße Untersuchung der Entscheidungsgründe, allein um den Rechtmäßigkeitsmangel des *excesso di potere* bei einer administrativen Maßnahme beweisen zu können, keinen Eingriff der Judikative in den Bereich der Exekutive darstellt. Wenn mit der staatlichen Maßnahme ein öffentliches Ziel verfolgt wird, darf der Strafrichter keinen anderen öffentlichen Zweck präferieren, sondern muß die Vorgabe der Verwaltung akzeptieren. Er darf nicht urteilen, daß eine andere Zielsetzung sinnvoller gewesen wäre, sonst würde er die eigenste Entscheidung der exekutiven Gewalt durch seine persönliche Ansicht derogieren. Ebenso wenig darf der Strafrichter entscheiden, daß bestimmte Maßnahmen zur Erreichung des Zieles besser gewesen wären,

offensichtlich unzulässig, so daß es sich nicht substantziell mit der Frage auseinandersetzte, Corte Cost., 27.2.1996, Nr. 57, Foro it., 1996, I, Sp. 1516, 1525 f.

⁴⁵² Padovani, Riv. it. dir. proc. pen., 1986, 1042, 1056.

⁴⁵³ Napoleone, Diritto pubblico, 1997, III, 107, 108 f.; gemäß Cacciavillani, Giur. merito, 1998, 744, 745 können die Ergebnisse der strafrichterlichen Untersuchung des Verwaltungsakts lediglich „nützlich“ für die Rechtmäßigkeitsüberprüfung durch den Verwaltungsrichter sein.

⁴⁵⁴ Padovani, Riv. it. dir. proc. pen., 1986, 1042, 1057; Napoleone, Diritto pubblico, 1997, III, 107, 109; Milone, Riv. giur. dell'edilizia, 1995, Parte I, 981, 984; vgl. Cacciavillani, Giur. merito, 1998, 744, 746, der das ausdrücklich auch auf den Staatsanwalt bezieht. Vgl. auch Picotti, Dir. pen. proc., 1997, 347, 349, der darauf verweist, daß der Strafrichter das Recht zur Feststellung einer Ermessensüberschreitung haben muß, um in seinen Kompetenzen gegenüber dem Zivilrichter nicht schlechter gestellt zu sein.

⁴⁵⁵ Fanelli, Gazz. giur., 1996, n. 44, 3, 8.

⁴⁵⁶ Art. 652 I c.p. lautet: „*Chiunque, in occasione di un tumulto o di un pubblico infortunio o di un comune pericolo ovvero nella flagranza di un reato rifiuta, senza giusto motivo, di prestare il proprio aiuto o la propria opera, ovvero di dare le informazioni o le indicazioni che gli siano richieste da un pubblico ufficiale o da una persona incaricata di un pubblico servizio, nell'esercizio delle funzioni o del servizio, è punito con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a lire seicentomila.*“

⁴⁵⁷ Vgl. Contento, Quaderni C.S.M., 1991, n. 42, 13, 34.

solange die Verwaltung mit den vorliegenden Akten die technischen Vorgaben eingehalten hat. Beispielsweise besitzt eine Kommune allein die finanziellen Mittel entweder für die Überquerung eines Flußes oder die Errichtung eines Sportplatzes. Sie entscheidet sich für ersteres. Hierbei hat sie aufgrund der technischen Möglichkeiten die Wahl zwischen einem Fährbetrieb und einer Brücke. Sie entscheidet sich für den Schiffsverkehr. In den zwei Entscheidungen kann der Strafrichter in seinem Urteil – abgesehen von den Fällen der Ermessensüberschreitung – nicht anderer Ansicht sein. Um jedoch sicherzugehen, daß sich hinter der staatliche Maßnahme kein privates Interesse verbirgt, ist die Überprüfung der öffentlichen Zielsetzung erforderlich.⁴⁵⁸

cc) Ergebnis

Die dem Gedanken der Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips zugrundeliegenden Annahmen sind nicht aufrechtzuerhalten. Sie finden vor allem keine Stütze in der Verfassung und in der Strafprozeßordnung. Dem Gesetzgeber steht es in der Ausgestaltung der Strafgesetze frei, Strafgerichten eine weitreichende Rechtmäßigkeitsprüfung von Verwaltungsmaßnahmen zuzubilligen.⁴⁵⁹ Die Richter wiederum sind gemäß Art. 101 Abs. 2 Cost. nur dem Gesetz unterworfen, und folglich bestimmen in erster Linie die Straftatbestände die Reichweite ihrer Befugnisse. Art. 113 Abs. 1 Cost. setzt dem richterlichen Schutz der subjektiven Rechten und berechtigten Interessen gegenüber Handlungen der öffentlichen Verwaltung ebenfalls keine Grenzen.

Die grundsätzlich unbeschränkten Befugnisse des Strafrichters finden im Übrigen – abgesehen von Art. 2 c.p.p. – auch in dem im Strafprozeß herrschenden Prinzip der freien richterlichen Überzeugung (*libero convincimento*) zur Wahrheitsfindung ihren Ausdruck.⁴⁶⁰ Der Strafrichter kann die Instrumente zur Feststellung der Wahrheit frei wählen und ebenso unabhängig würdigen.⁴⁶¹ Er hat sogar die Pflicht, den Beweis mit jeglichen ihm zur Verfügung stehenden Mitteln zu führen. Es bestehen lediglich die generellen Beschränkungen der Bestimmtheit (*della tassatività*) und der Abstufung (*della gradualità*) der Beweismittel sowie die der Vernunft und Logik, was sich aus der Verpflichtung zur

⁴⁵⁸ Vgl. Gambardella, Il controllo del giudice penale, S. 248; Abbamonte, Temi nap., 1962, I, 211, 213 f.

⁴⁵⁹ Allerdings nur der Rechtmäßigkeit, nicht auch der eigentlichen Sachentscheidung. Der *merito* der öffentlichen Verwaltung also darf nicht zur Disposition der ordentlichen Gerichtsbarkeit gegeben werden.

⁴⁶⁰ Vgl. Venditti, Riv. it. dir. proc. pen., 1965, 28, 35 f.; ders., Riv. it. dir. proc. pen., 1964, 1135, 1137; vgl. Napoleone, Diritto pubblico, 1997, III, 107, 109 ff.; s. auch Dalia/Ferraioli, Manuale di diritto processuale penale, S. 745 ff.

⁴⁶¹ Morello, Il nuovo processo penale, S. 141; Tonini, Manuale di procedura penale, S. 166 f.

Begründung seiner Entscheidung, Art. 192 Abs. 1 c.p.p., ergibt.⁴⁶² Im Gegensatz zur Zivil- oder Verwaltungsgerichtsbarkeit hat der Richter im Strafprozeß grundsätzlich nicht die Aufgabe, subjektive Rechtspositionen an- oder abzu-erkennen, sondern festzustellen, ob eine Tat die Tatbestandsvoraussetzungen eines Delikts erfüllt.⁴⁶³ Insofern gibt der Tatbestand grundsätzlich den Umfang seiner Befugnisse vor.

Beinhaltet nun eine Deliktsumschreibung Elemente aus dem Verwaltungsrecht bzw. nimmt auf Verwaltungshandeln Bezug, können die Strafgerichte ihre Überprüfung grundsätzlich auch auf diese Merkmale ausdehnen. Hierbei differiert die rechtsprechende Kompetenz je nachdem, welche Stellung die Aktivität der Verwaltung innerhalb des zu untersuchenden Straftatbestands einnimmt; sei es das gesamte strafbare Verhalten, eine positive oder negative Bedingung der Strafbarkeit, nur ein Bezugspunkt zur Qualifizierung der Tatbestandsmerkmale oder sei es ein Strafbefreiungsgrund.⁴⁶⁴

Der Grundsatz, daß der Tatbestand die Kompetenzen des Strafrichters vorgibt, bedeutet allerdings auch, daß, wenn der Tatbestand ein rechtmäßiges oder rechtswidriges Verwaltungshandeln zur Voraussetzung hat, er ohne weiteres eine entsprechende Untersuchung – unabhängig von Art. 5 des Gesetzes Nr. 2248/1865 – durchführen kann.⁴⁶⁵ Die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts kann sowohl eine explizite als auch eine implizite Voraussetzung der Norm sein. Ausdrücklich wird auf sie Bezug genommen, wenn die Vorschrift demnach von „*legittimità*“ spricht oder der Akt „*legalmente*“, nämlich gesetzmäßig bzw. rechtmäßig, zustande gekommen sein muß.⁴⁶⁶ Implizit wird die Möglichkeit einer Rechtmäßigkeitskontrolle vor allem über die Verwendung von Adverbien wie „*indebitamente*“ (unberechtigterweise), „*arbitrariamente*“ (willkürlicherweise), „*abusivamente*“ (mißbräuchlicherweise), „*illegittimamente*“ (unerlaubterweise) eröffnet.⁴⁶⁷ Tatbestände, in denen mit diesen Adverbien ein Verhalten oder ein Akt spezifiziert wird, erlauben den Strafgerichten unproblematisch auch eine Rechtmäßigkeitsüberprüfung von Verwaltungsakten, ohne daß es beispielsweise eines Rückgriffs auf den Schutzzweck der Norm bedürfte, mit welchem manche Autoren argumentieren.⁴⁶⁸

⁴⁶² Morello, Il nuovo processo penale, S. 141, 871 ff.; vgl. Dalia/Ferraioli, Manuale di diritto processuale penale, S. 745, 747 f.

⁴⁶³ Franchini, S. 74 f.

⁴⁶⁴ So Franchini, S. 84 f., der meint, daß, wenn die durch ein Verhalten beeinträchtigten Interessen variieren, parallel ebenfalls die Reichweite der strafrichterlichen Intervention variiert.

⁴⁶⁵ Das stellt u.a. Milone, Riv. giur. dell'edilizia, 1995, Parte I, 981, 983, heraus.

⁴⁶⁶ Caravita di Torritto, Quaderni C.S.M., 1991, n. 42, 45, 52.

⁴⁶⁷ Contento, Quaderni C.S.M., 1991, n. 42, 13, 16; Caravita di Torritto, a.a.O.

⁴⁶⁸ So unverständlicherweise Contento, Quaderni C.S.M., 1991, n. 42, 13, 37 f. für den Fall des Art. 348 c.p., der mißbräuchlichen Ausübung eines Berufs ohne die erforderliche staatliche Befähigung. Nach ihm gehe es hier für den Strafrichter um die Anwendung

Zusammenfassend muß das Argument abgelehnt werden, daß das Prinzip der Gewaltenteilung verletzt würde, wenn der Tatbestand des Amtsmißbrauchs auch die Figur der Ermessensüberschreitung umschlösse. Es ist nicht tragbar.

e) Ermessensüberschreitung und Wille des Gesetzgebers

Gemäß Art. 12 Abs. 1 der Bestimmungen über das Gesetz im Allgemeinen (*disposizioni sulla legge in generale*)⁴⁶⁹ kommt es bei der Anwendung eines Gesetzes neben dem Wortlaut der Bestimmung auch auf die Intention des Gesetzgebers an.⁴⁷⁰ Da der Wortlaut des Art. 323 c.p. in der Frage des Einschlusses der Ermessensüberschreitung kein zweifelfreies Ergebnis liefert, kann dem gesetzgeberischen Willen ein große Indizwirkung bei der Auslegung zukommen. In der Literatur wird häufig indirekt oder direkt von dem Argument der *voluntas legislatoris* Gebrauch gemacht. So wird von vielen Seiten hervorgehoben, daß ein Motiv für die Reform von 1997 auch die Beschränkung der strafrichterlichen Kontrolle über Verwaltungsentscheidungen war und deshalb gerade der verwaltungsrechtliche Fehler der Ermessensüberschreitung als Einfallstor für die Gerichte aus dem Tatbestand herausgenommen werden sollte.⁴⁷¹ Folglich bleibt zu untersuchen, ob es tatsächlich dem Willen der Legislative entspricht, die Ermessensüberschreitung auszuschließen.

Wie bereits gesehen, läßt die Auslegung der Norm diesbezüglich keine eindeutigen Rückschlüsse auf die gesetzgeberischen Intentionen zu. Hingegen können die Vorbereitungsarbeiten zum Reformgesetz Nr. 234 vom 16. Juli 1997 helfen, den mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers zu ermitteln. Besonders deutlich wurde er durch die Diskussion in der Justizkommission des Senats als der Senator *Fassone* einen Vorschlag zur Gesetzesänderung einreichte, der auf die Ausweitung der strafbaren Handlungen um den Fall, daß das öffentliche Subjekt mit erkennbarem Ermessensmißbrauch handelt, gerichtet war.⁴⁷² Der Ermessensmißbrauch ist nach allgemeiner Ansicht einer der Hauptfälle der Ermessensüber-

bzw. Nichtanwendung des betreffenden Verwaltungsakts im Sinne des Art. 5 l. cont. ammm. Ausdrücklich a.A. bezüglich des Art. 348 c.p. Caravita di Torritto, a.a.O.

⁴⁶⁹ R.d. del 16 marzo 1942, n. 262 (in Gazz. Uff. del 4 aprile 1942, ed. straordinaria).

⁴⁷⁰ Art. 12 lautet: „*Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore.*“

⁴⁷¹ Vgl. bspw. Artino Innaria, *Il mondo giud.*, 1998, 1; Cass., Sez. II, 4.12.1997, Tosches, Guida al dir. vom 7.3.1998, Nr. 9, 67, 68.

⁴⁷² Emendamento del sen. *Fassone* zum ersten Mal eingebracht in der Sitzung am 11.9.1996: „*Nel capoverso, dopo le parole: 'legge o regolamenti' aggiungere le altre: 'ovvero agendo con manifesto ed oggettivo sviamento di potere'.*“ Abgedruckt bei Dalia, *Lavori parlamentari*, S. 283 ff.

schreitung.⁴⁷³ Der Verbesserungsvorschlag wurde abgelehnt.⁴⁷⁴ Die Argumente der Senatoren entsprangen den Erfahrungen der letzten Jahre,⁴⁷⁵ vor allem die Ablehnung einer strafrechtlichen Kontrolle der Ermessensverwaltung,⁴⁷⁶ das Erfordernis einer bestimmten und klaren Typisierung des Tatbestands,⁴⁷⁷ das Gebot der Rechtssicherheit⁴⁷⁸ sowie das Erfordernis einer klaren Grenzziehung zwischen Straf- und Verwaltungsunrecht.⁴⁷⁹ Aus der Tatsache, daß der Verbesserungsvorschlag verworfen und später auch nicht in anderer Form wieder aufgegriffen wurde, kann geschlossen werden, daß der Senat gegen die Einbeziehung des *excesso di potere* durch den neuen Art. 323 c.p. war.⁴⁸⁰ Ähnlich verhielt es sich in der *Camera dei deputati*, der Abgeordnetenkammer, wo der Volksvertreter *Grimaldi* zweimal im Laufe der Sitzung am 1. Juli 1997 vorschlug, das strafbare Verhalten auf die Fälle auszudehnen, in denen „im Gegensatz zu den Zielen und Interessen der öffentlichen Verwaltung“ gehandelt wird.⁴⁸¹ Über beide Vorschläge wurde abgestimmt, und sie wurden verworfen. Als Argument für seine Einwendung stellte *Grimaldi* heraus, daß die häufigsten Fälle des Amtsmißbrauchs nicht die der Gesetzesverletzung oder fehlenden Zuständigkeit, sondern die der Ermessensüberschreitung seien.⁴⁸² Der Abgeordnete *Cola* entgegnete ihm, daß das bedeuten würde, durch das Fenster das hereinzulassen, was sie versuchten, durch die Tür auszukehren. Es käme zu der nicht gewollten Kontrolle der Verwaltungstätigkeit durch die Strafrichter.⁴⁸³ Hieran wird besonders deutlich, daß auch das Parlament sich des Ausschlusses des *excesso di potere* bewußt war und dieses mit der Reform gerade betrieb. Bereits in einer früheren Sitzung der Abgeordnetenkammer am 15. April 1997 brachten die Abgeordneten zum Ausdruck, daß es bei der Modifikation des Amtsmißbrauchs vor allem um die Frage der Beschneidung des Tatbestands des Art. 323 c.p. um die Ermessensüberschreitung und somit darum ging, Beurteilungen von Ermessensentscheidungen der Verwaltung durch den Strafrichter zu

⁴⁷³ Landi/Potenza, *Manuale di dir. amministrativa*, S. 254.

⁴⁷⁴ Letztmalige Abstimmung in der Sitzung am 8.10.1996, abgedruckt in *Dalia, Lavori parlamentari*, S. 294 ff. Allerdings tauchte das Merkmal der Verletzung von Zuständigkeitsvorschriften in der Justizkommission der Abgeordnetenkammer am 3.4.1997 erneut auf, um schließlich im Text, der von der *Camera dei deputati* am 1.7.1997 angenommen wurde, definitiv ausgeschlossen zu sein.

⁴⁷⁵ So schlicht Senator *Calvi* abgedruckt bei *Dalia, Lavori parlamentari*, S. 294.

⁴⁷⁶ Senator *Cirami*, Präsident *Zecchino*, Senator *Callegaro* abgedruckt bei *Dalia, Lavori parlamentari*, S. 294.

⁴⁷⁷ Senator *Valentino*, Senator *Senese* abgedruckt bei *Dalia, Lavori parlamentari*, S. 294 f.

⁴⁷⁸ Senator *Senese* abgedruckt bei *Dalia, Lavori parlamentari*, S. 295.

⁴⁷⁹ Senator *Duva*, Senator *Centaro* abgedruckt bei *Dalia, Lavori parlamentari*, S. 295 f.

⁴⁸⁰ So auch *Leoni*, S. 13.

⁴⁸¹ Verbesserungsvorschläge 1.38 und 1.41 und ihre Diskussion, abgedruckt bei *Dalia, Lavori parlamentari*, S. 375 f. und S. 380 f.

⁴⁸² Abgedruckt bei *Dalia, Lavori parlamentari*, S. 380.

⁴⁸³ Abgedruckt bei *Dalia, Lavori parlamentari*, S. 381.

verhindern.⁴⁸⁴ Sowohl im Senat als auch in der Abgeordnetenversammlung waren Gesetzesvorschläge zur Einbeziehung des *eccesso di potere* eingebracht worden, die jedoch nach offener Diskussion nicht akzeptiert wurden. Dieser Umstand deutet klar darauf hin, daß es dem Willen des Reformgesetzgebers entspricht, die Figur der Ermessensüberschreitung nicht mehr zum strafbaren Verhalten des Amtsmißbrauchs zu rechnen.⁴⁸⁵

Allerdings kommt es nach der objektiven Theorie zur Auslegung von Gesetzen⁴⁸⁶ nicht auf die *voluntas legislatoris* an, sondern sobald die Norm verabschiedet sei, besitze sie ihr eigenes Leben und könne so unabhängig von der gesetzgeberischen Intention und nach den tatsächlichen Bedürfnissen ausgelegt werden. So sei allein der objektive Gesetzestext entscheidend und nicht die Auffassung der einzelnen Personen, die an seinem Erlaß partizipierten.⁴⁸⁷ Manche Autoren in der Rechtslehre wenden diese Theorie auch auf den reformierten Art. 323 c.p. an.⁴⁸⁸ Das ist abzulehnen – selbst wenn man in der Strafbarkeit des Amtsmißbrauchs mittels Ermessensüberschreitung ein tatsächliches Bedürfnis erkennen möchte. Sieht man von der Frage der Bestimmtheit sowie der der Gewaltenteilung ab und betrachtet die Reform des Amtsmißbrauchs von 1997 im Kontext mit der vorangegangenen Modifikation von 1990 und ihren praktischen Auswirkungen, so wird deutlich, daß die Legislative gefordert war, auch eine rechtspolitische Weichenstellung vorzunehmen, die die Regierung allein nicht treffen konnte (und sich auch nicht zu treffen getraute). Es wäre allenfalls gerechtfertigt, die Entscheidung der Legislative zu übergehen, wenn diese ihrer Verantwortung nicht gerecht geworden wäre und sich der Problematik nicht gestellt oder sie übersehen hätte bzw. gar nicht vorhersehen konnte. Im Fall

⁴⁸⁴ Siehe vor allem die Ausführungen von den Abgeordneten *Carrara, Siniscalchi*, und *Corleone*, abgedruckt bei *Dalia, Lavori parlamentari*, S. 344, 353, 356.

⁴⁸⁵ So *Manna, L'Indice pen.*, 1998, 13, 18; *Pavan, Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, 283, 289; *Della Monica, Eccesso di potere*, S. 70 f.; *Leoni*, S. 13; in der Rechtsprechung ausdrücklich *G.i.p. Trib. Roma*, 22.12.1997, *Prodi ed altri*, *Cass. pen.*, 1998, 2186, 2190; gegen diesen Rückschluß *Amara, Cass. pen.*, 1999, 736 f.; ebenso *Pagliari, Dir. pen. proc.*, 1999, 106, 107, der zudem behauptet, daß der Gesetzgeber nicht die strafrichterliche Intervention in den Bereich der Rechtswidrigkeitsgründe und damit auch des *eccesso di potere*, sondern lediglich die Untersuchung des Ermessens der Verwaltung unterbinden wollte. Zum einen kann diese Aussage mißverstanden werden, da auch bei der richterlichen Feststellung der Ermessensüberschreitung zwangsläufig die Ermessensverwaltung untersucht werden muß. *Pagliari* meint jedoch nicht die Ermessensverwaltung, sondern allein den *merito* der Entscheidungen. Zum anderen ist die Behauptung schlicht nicht richtig, da, wie eben gesehen, sich die Abgeordneten zum Teil explizit auf den *eccesso di potere* bezogen.

⁴⁸⁶ Die subjektive Theorie stellt hingegen auf den historischen Willen des Gesetzgebers ab, d.h. auf seine Intentionen, als er die Gesetzesnorm entwarf.

⁴⁸⁷ Siehe in der Rechtsprechung *Cass. civ., Sez. II*, 19.5.1975, n. 1955, *RV 375656*; *Cass. civ., Sez. I*, 13.3.1975, n. 937, *RV 374321*; s. in der Strafrechtswissenschaft *Antolisei, Manuale di diritto penale, Parte generale*, 2003, S. 90; *Pagliari, Principi di diritto penale, Parte generale*, 2000, S. 77.

⁴⁸⁸ *Pagliari, Dir. pen. proc.*, 1999, 106, 107; *Manna, L'Indice pen.*, 1998, 13, 20; *Albertini, L'indice pen.*, 1998, 42, 43.

des Amtsmißbrauchs veranschaulichen die *travaux préparatoires*, wie soeben gesehen, daß sich das Parlament des Für und Wider des Ausschlusses der Ermessensüberschreitung bewußt war und offensichtlich eine Abwägung vorgenommen hat. Tatsächlich entspringt die objektive Theorie zur Interpretation von Strafgesetzen jedoch dem Gedanken, daß das Abstellen auf den Willen der Gesetzesverfasser zu unzeitgemäßen Ergebnissen führen würde, weil diese die Entwicklungen der gesellschaftlichen sowie rechtlichen Situation nicht über Jahrzehnte voraussehen konnte.⁴⁸⁹ Sie aber auch auf das Reformgesetz Nr. 234 vom 16. Juli 1997 anzuwenden, bedeutet, eine sich auch im Tatbestand manifestierende legislative Antwort auf ein ganz aktuelles Bedürfnis, weswegen ein Eingreifen notwendig erschien, zu ignorieren. Eine solche Anwendung der objektiven Theorie entspricht nicht ihrem Geiste.

Der Tatbestand des Amtsmißbrauchs sollte demzufolge nach dem Willen des Gesetzgebers nicht mehr durch eine Ermessensüberschreitung erfüllt werden können. Kritisch hinterfragen muß man, ob es ihm auch gelungen ist, seine Intentionen im Wortlaut des Tatbestands hinreichend zum Ausdruck zu bringen.⁴⁹⁰

f) Ergebnis zum Einbezug der Ermessensüberschreitung

Zweifellos stellten in der Vergangenheit die Taten, bei denen ein *excesso di potere* vorlag, die schwerwiegendsten Amtsmißbräuche dar. Allerdings waren sie auch Einfallstore für eine ausufernde Strafgerichtsbarkeit, die sich nicht allein auf die Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Verwaltungsakten beschränkte, sondern auch in den *merito* vorstieß. Unter anderen um dies zu verhindern, hat der Gesetzgeber 1997 beschlossen, den verwaltungsrechtlichen Mangel der Ermessensüberschreitung nicht mehr vom Tatbestand des Amtsmißbrauchs zu erfassen.

In der damaligen wie in der heutigen Diskussion wurden und werden vor allem zwei rechtliche Argumente gegen den Einbezug der verwaltungsrechtlichen Figur

⁴⁸⁹ Pagliaro, *Principi di diritto penale*, Parte generale, 2000, S. 77; s. auch Antolisei, *Manuale di diritto penale*, Parte generale, 2003, S. 90, der allerdings auch noch andere Argumente für die objektive Theorie bzw. gegen die subjektive Theorie anführt. Er gibt zu bedenken, daß der Gesetzgeber im modernen Staat schwer auszumachen sei, da in der Regel viele natürliche Personen an der Entstehung von Gesetzen mitwirken. So stelle das Ergebnis häufig nur einen Kompromiß der widerstreitenden Interessen dar. Darüber hinaus führe die subjektive Theorie notwendigerweise zu einer starren, unbeweglichen Interpretation. Es sei jedoch gerade in einem modernen Staat unerlässlich, daß die Gesetze flexibel sind, damit sie auch auf die sich kontinuierlich verändernden Bedingungen und Bedürfnisse anwendbar bleiben.

⁴⁹⁰ Vgl. Grosso, *Foro it.*, 1999, V, Sp. 329, 334, der meint, der Gesetzgeber hätte ein Adjektiv einfügen und eine Umschreibung wie „spezifische Gesetzesnormen“ verwenden können bzw. müssen.

vorgebracht. Zum einen wird zu Unrecht behauptet, bereits die Feststellung eines *excesso di potere* durch einen Strafrichter verletze das Gewaltenteilungsprinzip. Ebenfalls unrichtig ist, daß der Ermessensmißbrauch als solcher zu unbestimmt sei, um strafbares Handeln zu beschreiben.

Die italienische Legislative hat in Art. 323 c.p. keinen expliziten Ausschluß der Ermessensüberschreitung formuliert, sondern das strafbare Verhalten mittels verschiedener Aspekte umrissen. Es ist möglich, daß der Gesetzgeber zwar die Ermessensüberschreitung aus dem Tatbestand des Amtsmißbrauchs nehmen *wollte*, ihm dies jedoch nicht gelungen ist. Dies wäre dann der Fall, wenn er bei der Einsetzung des Tatbestandsmerkmals der Verletzung von Gesetzenormen schlicht nicht bedachte, daß es auch ganz allgemeine Normen wie Art. 97 Abs. 1 Cost. oder seine einfachgesetzlichen Ausformungen gibt, die sie praktisch durch die Hintertür wieder hereinlassen.⁴⁹¹ Während der Einbezug von Prinzipien für den objektiven Betrachter nicht gerade auf der Hand liegt, ist die Frage der Relevanz von sie aufgreifenden Verwaltungsgesetzen eindringlicher, da sich diese ausdrücklich an Administratoren richten.⁴⁹²

Darüber hinaus ist zu bedenken, daß einige der sogenannten symptomatischen Figuren der Ermessensüberschreitung, die von der Rechtsprechung entwickelt wurden, mittlerweile gesetzlich geregelt sind und insofern unter die Tatbestandsvoraussetzung der Verletzung von Gesetzenormen fallen.

5. Tatbestandsmerkmal „*violazione di norme di legge o regolamento*“

a) Vorbemerkung

aa) Blankettstrafgesetz

Dem Merkmal der Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen, *violazione di norme di legge o regolamento*, kommt eine Schlüsselrolle innerhalb des reformierten Tatbestands zu. Es ersetzt die frühere Umschreibung der Tathandlung „Mißbrauchs des Amts“⁴⁹³. Der Verwaltungsangehörige kann das Delikt des *abuso di ufficio* nur durch eine Zuwiderhandlung gegen Bestimmungen begehen, die in Gesetzen oder Verordnungen verankert sind.

Art. 323 c.p. verweist damit auf einen Konflikt mit außerstrafrechtlichen Normen. Demzufolge läßt sich die Strafbarkeit eines Verhaltens nicht direkt und ausschließlich am Tatbestand des Amtsmißbrauchs ermesen. Grundsätzlich kann

⁴⁹¹ Vgl. Benussi, S. 97.

⁴⁹² Siehe dazu im Folgenden, insbes. B.II.5.b)bb), S. 133 ff. sowie S. 138 ff.

⁴⁹³ „Der Amtsträger oder mit einem öffentlichen Dienst Beauftragte, der [...] sein Amt mißbraucht.“

es sich in solchen Fällen um einen Tatbestand mit einem normativen Element (*elemento normativo del fatto*) oder um eine Blankettstrafvorschrift (*norma in bianco*) handeln. Der Bedeutungsgehalt eines normativen Tatbestandsmerkmals läßt sich nur unter Hinzuziehung einer weiteren, von der Strafbestimmung verschiedenen Norm ermessen, wobei sich das eigentlich strafbare Verhalten jedoch aus dem Straftatbestand selbst ergibt.⁴⁹⁴ Demgegenüber qualifiziert sich eine Blankettstrafnorm dadurch, daß der Regelungsgehalt ganz oder zum Teil aus einer anderen Vorschrift – unabhängig ob diese eine primäre oder sekundäre Rechtsquelle darstellt – resultiert.⁴⁹⁵ Die Unterscheidung zwischen beiden Gruppen betrifft nicht allein die Bezeichnung des Merkmals, sondern kann auch eine praktische Bedeutung beim Irrtum über die außertatbestandlichen Normen besitzen. Werden diese nämlich bei Blankettbestimmungen, wie es das oberste Strafgericht tut, als ihre notwendige Ergänzung und daher zum Strafgesetz zugehörig bzw. als Strafgesetze (*legge penale*) selbst, qualifiziert, so ist gemäß Art. 5 c.p.⁴⁹⁶ die Einwendung einer sie betreffenden Unkenntnis bzw. eines ebensolchen Irrtums irrelevant.⁴⁹⁷ Andererseits ist im Fall von normativen Tatbestandsmerkmalen bei einem Irrtum über außerstrafrechtlichen Vorschriften Art. 47 Abs. 3 c.p.⁴⁹⁸ einschlägig, wonach der Irrtum die Strafbarkeit ausschließt, wenn er einen Tatbestandsirrtum, *errore sul fatto che costituisce il reato*, verursacht hat.⁴⁹⁹

Art. 323 c.p. ist zumindest zu einem Teil als *norma in bianco* zu bewerten.⁵⁰⁰ Die eigentliche Tathandlung läßt sich erst durch den Verweis auf die Gesetzes- und Verordnungsnormen bestimmen. Die Strafbarkeit des administrativen Unrechts ergibt sich jedoch aus den weiteren Voraussetzungen des Tatbestands. Der Täter muß die Normverletzung in Ausführung seiner Funktionen oder seines

⁴⁹⁴ Donini, *Teoria del reato*, 1996, S. 226, der in der Fn. 48 in diesem Punkt auf die Herleitung bei Engisch, *Fs für Mezger*, S. 147 f., zurückgreift.

⁴⁹⁵ Vgl. Donini, *Teoria del reato*, S. 225 f., der in der Fn. 48 ebenfalls die Begriffsbestimmung bei Warda, *Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen*, S. 5, aufnimmt: „Blankettstrafgesetze sind solche Strafgesetze, die ihre Strafdrohung auf ein ganz oder teilweise durch andere Rechtsquellen tatbestandlich umschriebenes Verhalten beziehen.“

Siehe auch Cass., *Sez. I*, 5.11.1982, Maran, *RV158997*; Cass., *Sez. un.*, 29.5.1992, Aramini ed altri, *RV191176*; Cass., *Sez. un.*, 12.11.1993, Borgia ed altri, *Cass. pen.*, 1994, 901.

⁴⁹⁶ Art. 5 c.p. lautet: „*Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale.*“

⁴⁹⁷ Cupelli, *Cass. pen.*, 2001, 1030, 1033.

⁴⁹⁸ Art. 47 c.p. lautet: „*L'errore sul fatto che costituisce il reato esclude la punibilità dell'agente. Nondimeno, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo.*“

L'errore sul fatto che costituisce un determinato reato non esclude la punibilità per un reato diverso.

L'errore su una legge diversa dalla legge penale esclude la punibilità, quando ha cagionato un errore sul fatto che costituisce il reato.“

⁴⁹⁹ Cupelli, *Cass. pen.*, 2001, 1030, 1033.

⁵⁰⁰ Dazu tendiert wohl auch Cupelli, *Cass. pen.*, 2001, 1030, 1032 f.

Diensts begangen sowie absichtlich einen unrechtmäßigen Vermögensvorteil oder Schaden hervorgerufen haben. Gegen die Einstufung als normatives Tatbestandselement spricht, daß durch die Gesetzes- und Verordnungsnormen nicht lediglich ein Tatbestandsmerkmal erläutert wird, sondern sie erst die Tathandlung vorgeben.

Diese von der Legislative angewandte Gesetzestechnik wirft unweigerlich – jedenfalls wenn Art. 323 c.p. als Blankettnorm angesehen wird – die Frage nach dem gemäß Art. 25 Abs. 2 Cost. verfassungsrechtlich gebotenen Gesetzesvorbehalt für Strafbestimmungen auf.⁵⁰¹ Aufgrund des Verweises auch auf Verordnungsnormen kann schließlich die Tathandlung durch die Verletzung untergesetzlicher Vorschriften konkretisiert werden. Andererseits ergibt sich in diesem Kontext die Strafbarkeit von einer Zuwiderhandlung gegen eine Verordnung nicht aus dieser selbst, sondern allein aus Art. 323 c.p. und damit erst, wenn die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen. Aus diesem Grund bleibt der Gesetzesvorbehalt gewahrt. Ein Verstoß gegen Art. 25 Abs. 2 Cost. läßt sich demnach nicht konstatieren.⁵⁰²

bb) Rechtsquellen

Wird in der Formulierung „Gesetzes- oder Verordnungsnormen“ ein Verweis auf die Rechtsquellen gesehen, ist es opportun, sich diese zunächst vor Augen zu führen. Die Rechtsquellen wurden vom italienischen Gesetzgeber 1942 im ersten Teil des *codice civile*, des Zivilgesetzbuches, aufgelistet. Durch die republikanische Verfassung vom 22. Dezember 1947 wurde diese Auflistung ausgeweitet.

Als heute gültige Rechtsquellen gelten die formelle Verfassung (*la Costituzione formale*), die verfassungsändernden Gesetze (*le leggi di revisione della Costituzione*), die Gesetze im Range der Verfassung (*le leggi di rango Costituzione*), die formellen Gesetze (*le leggi formali*), Gesetzesverordnungen (*i decreti legislativi delegati*⁵⁰³), Verordnungen mit Gesetzeskraft (*i decreti legge*), die Statuten der Regionen (*gli statuti regionali ordinari*), die Gesetze der Regionen (*le leggi regionali*), die Gesetze der autonomen Provinzen Bozen und Trient (*le leggi delle province autonome Bolzano e Trentino*), parlamentarischen Verordnungen (*regolamenti parlamentari*), das Völkergewohnheitsrecht (*il diritto internazionale consuetudinario*), das europäische Gemeinschaftsrecht (*il diritto comunitario*), die Verwaltungsverordnungen der Regierung und der Regionen (*i regolamenti*

⁵⁰¹ Sehr kritisch mit Verweisen auf die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs Vinciguerra, L'indice pen., 1998, 37, 38 f.; s. auch Fiandaca/Musco, Diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2002, S. 248; Cupelli, Cass. pen., 2001, 1030, 1033.

⁵⁰² Vgl. Cass., Sez. III, 8.6.1987, Gamboso, RV176640; Cass., Sez. un., 29.5.1992, Aramini ed altri, RV191176; Cass., Sez. un., 12.11.1993, Borgia ed altri, Cass. pen., 1994, 901.

⁵⁰³ Sie beruhen auf einer parlamentarischen Ermächtigungsnorm, Art. 77 I Cost.

governativi e regionali), die Verwaltungsverordnungen der autonomen Provinzen (*i regolamenti delle province autonome*), das Gewohnheitsrecht (*le consuetudini*) und die stattgebenden Urteile des Verfassungsgerichts (*le sentenze di accoglimento della Corte Costituzionale*).⁵⁰⁴

b) Begriff der Norm

An der Auslegung des Begriffs der Norm im Sinne von Art. 323 c.p. ist sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur eine heftige Kontroverse entbrannt. Tatsächlich ist die Interpretation von „*norme*“ für die Anwendung des Tatbestands von entscheidender Bedeutung. Der Tatbestand spricht nicht lediglich von einer Verletzung von Gesetzen oder Verordnungen, so daß dem Zusatz „*norme*“ eine einschränkende Funktion zukommen könnte. Je nachdem, wie er ausgelegt wird, ist er mehr oder weniger geeignet, die im Rahmen des Art. 323 c.p. zu beachtenden Gesetzes- oder Verordnungsbestimmungen zu spezifizieren.

aa) Rechtsprechung

Das wird insbesondere an vier Gerichtsentscheidungen deutlich, in deren Mittelpunkt das Merkmal der „*norme di legge o regolamento*“ stand und die in ihren Begründungen unterschiedliche Aspekte herausstellten. Ausgehend von der ersten Entscheidung des obersten Gerichtshofs nach der Reform, die dieses Thema behandelte, formulierte auch ein Teil der Literatur eine Begrenzung des Tatbestands.

(1) Entscheidung *Tosches*

An erster Stelle ist die oft aufgegriffene Entscheidung *Tosches* zu nennen. In dem ihr zugrundeliegenden Fall erließ ein Gemeindefunktionär nachträglich eine Genehmigung eines rechtswidrig errichteten Bauwerks entgegen den einschlägigen Bauvorschriften und das, obwohl auch das technische Amt der Gemeinde die Heilung des Verfahrens, also die *concessione in sanatoria*, abgelehnt hatte.

Das Tribunale von di Lucera entschied bereits im Februar 1995 auf Amtsmißbrauch. Da sich jedoch der Instanzenzug bis zur Reform von 1997 hinzog, mußte vom Kassationsgericht ermittelt werden, ob das Verhalten des Angeklagten auch unter den reformierten Tatbestand des Art. 323 c.p. fällt. So konnte sich

⁵⁰⁴ Zum Problem der Einordnung der Statuten der Provinzen und Kommunen siehe unten B.II.5.c)cc(1), S. 168.

der oberste Gerichtshof Italiens schon kurz nach der Gesetzesnovellierung zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen des neuen Amtsmißbrauchs äußern. Es nutzte die Gelegenheit, um in Bezug auf den Begriff der Norm zwei grundlegende Voraussetzungen zu formulieren. Wörtlich heißt es: *„Peraltro, sembra evidente a questa Corte che perché la violazione di legge o di regolamento possa integrare, insieme con altri elementi richiesti dall'articolo 323 C.P., il delitto di abuso di ufficio occorrono due presupposti. Il primo di essi è che la norma violata non sia genericamente strumentale alla regolarità dell'attività amministrativa, ma vieti puntualmente il comportamento sostanziale del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio; e pertanto, sono irrilevanti le violazioni di alcune norme a carattere meramente procedimentale, come ad esempio quelle che impongono all'amministrazione di tenere conto delle memorie e dei documenti prodotti dal privato, o di motivare l'atto amministrativo (cfr.: legge n. 241 del 1990), ovvero le violazioni di norme generalissimi o di principio, come quella prevista dall'articolo 97 della Costituzione sul buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, che peraltro appare di carattere organizzativo e non sembra prescrivere specifici comportamenti ai singoli soggetti. Il secondo presupposto è che l'agente deve violare leggi e regolamenti che di questi abbiano i caratteri formali ed il regime giuridico, non essendo sufficiente un qualunque contenuto materialmente normativo della disposizione trasgredita.“*⁵⁰⁵ Zum einen dürfe die verletzte Norm somit nicht allgemein die Verwaltungsaktivität regeln, sondern ein bestimmtes Verhalten des Amtsträgers oder des mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten verbieten. Deshalb seien alle Verletzungen von bloßen Verfahrensnormen irrelevant, wie beispielsweise die, die der Verwaltung auferlegen, Eingaben und Dokumente von Verfahrensbeteiligten zu berücksichtigen, soweit sie erheblich sind, oder den Verwaltungsakt zu begründen. Des weiteren wären Verstöße gegen generelle Normen und solche, die Prinzipien enthalten, auszuschließen. Als Beispiel führen die Richter explizit Art. 97 Cost. an, welcher ihrer Aussage nach einen organisatorischen Charakter besitze und dem einzelnen kein bestimmtes Verhalten vorschreibe.⁵⁰⁶ Zum anderen sei ein beliebiger normativer Inhalt der Bestimmung nicht ausreichend, sondern vielmehr müsse das Gesetz oder die Verordnung auch formellen Charakter haben und rechtskräftig sein.⁵⁰⁷ Darüber hinaus bekräftigte das oberste Gericht, daß eine andere Interpretation des Art. 323 c.p. ihn den gleichen Zweifeln der Verfassungswidrigkeit wegen möglicher Verstöße gegen Art. 25 Abs. 2 Cost. und gegen Art. 97 Abs. 1 Cost. aussetzen würde wie die vorangegangene Vorschrift des Amtsmißbrauchs. Außerdem wäre die Reform von 1997 umsonst

⁵⁰⁵ Cass., Sez. II, 4.12.1997, Tosches, Guida al dir. vom 7.3.1998, Nr. 9, 67, 69.

⁵⁰⁶ Cass., Sez. II, 4.12.1997, Tosches, Guida al dir. vom 7.3.1998, Nr. 9, 67, 69; demfolgend Trib. Catania, 15.7.1998, Arena ed altri, Cass. pen., 1999, 722; Cass., 28.4.1999, C.E.D. Cass., n. 214180; vgl. Cass., Sez. VI, 10.11.1997, C.E.D. Cass., n. 209774; Sez., VI, 18.11.1997, C.E.D. Cass., n. 209480; Sez. VI, 17.2.1998, C.E.D. Cass., n. 210402.

⁵⁰⁷ Cass., Sez. II, 4.12.1997, Tosches, Guida al dir. vom 7.3.1998, Nr. 9, 67, 69.

gewesen, würde der Tatbestand anders ausgelegt werden.⁵⁰⁸

Damit hat die *Cassazione* eine restriktive Position eingenommen. Um die Eingrenzung des Tatbestands zu gewährleisten, war für sie wichtig herauszustellen, daß nicht jegliche Gesetzes- oder Verordnungsbestimmungen unter das Tatbestandsmerkmal der „*norme di legge o regolamento*“ zu subsumieren sind.

(2) *Entscheidung Mannucci*

In der nur zwei Monate späteren Entscheidung *Mannucci* hat das oberste Gericht in Rom eine gänzlich andere Ansicht vertreten. Die Richter hatten den Sachverhalt zu beurteilen, in dem ein kommunaler Referent sich in einem Schreiben an den Bürgermeister und den Gemeinderat über das Verhalten eines Polizeihauptmanns beschwerte und die Einleitung eines Disziplinarverfahrens forderte, weil dieser gegen ihn ein Bußgeld wegen Falschparkens verhängt hatte.

Die *Corte di Cassazione* hielt die Verletzung einer konkreten Bestimmung nicht für erforderlich. Sie bezog sich lediglich auf die „grundlegenden Vorschriften der Behörde, der der Amtsträger angehört“ („*normativa di base, di cui fa parte il pubblico ufficiale*“), welche ihn mit öffentlichen Befugnissen ausstatten. Auf eine Spezifizierung kam es dem Gericht nicht an, sondern es stellte fest, daß eine Normverletzung im Sinne des Art. 323 c.p. auch dann vorläge, wenn die Befugnisse vom Amtsträger zu einem anderen Zweck als von dem vom Gesetz vorgesehenen – also einer privaten, der öffentlichen Verwaltung fremden Zielsetzung – ausgeübt würden, weil sich dann das Handeln außerhalb der Rechtmäßigkeit bewege.⁵⁰⁹

(...) *[I]l potere esercitato per un fine diverso da quello voluto dalla legge (e quindi per uno scopo personale od egoistico, e comunque estraneo alla pubblica amministrazione), in vista del quale esso è attribuito, si pone, per ciò solo, fuori dallo schema di legalità, e rappresenta nella sua oggettività offesa dell'interesse tutelato.*“

⁵⁰⁸ Cass., Sez. II, 4.12.1997, Tosches, Guida al dir. vom 7.3.1998, Nr. 9, 67, 69.

⁵⁰⁹ Cass., Sez. VI, 9.2.1998, Mannucci, Cass. pen., 1999, 1761, 1763. Wörtlich heißt es in der Urteilsbegründung: „Ed allora, trattandosi di funzione, cioè di potere conferito in vista di uno scopo pubblico, il quale costituisce del potere medesimo la ‘causa’ intrinseca di legalità, appare all’evidenza che ricorra una violazione di norme di legge non solo quando la condotta sia stata svolta in contrasto con le forme, le procedure, con i requisiti richiesti, ma quando essa non si sia confermata al presupposto stesso da cui trae origine l’attribuzione del potere, essendo caratterizzato questo, contrariamente all’autonomia negoziale del diritto privato, dal vincolo di tipicità e di stretta legalità funzionale.“

Hier hat das oberste Gericht also den Begriff der Normverletzung äußerst weit ausgelegt und damit dem Begriff der Norm keine tatbestandseinschränkende Funktion zugebilligt.

(3) *Entscheidung des Tribunals von Neapel*

Das *Tribunale di Napoli* hat in seiner Entscheidung vom 30. November 1999 ebenfalls eine sehr extensive Auslegung vorgenommen. Es hatte über die Anklage eines Baureferenten wegen Amtsmißbrauchs zu befinden, der trotz der nachträglich verweigerten ministeriellen Zustimmung und trotz der ministeriellen Anweisung an den Bürgermeister der Gemeinde, die durch die Verweigerung der Zustimmung erforderlich gewordenen Maßnahmen zu treffen, die bereits erlassene Konzession nicht widerrief.

Weil die Rücknahme des ergangenen Bescheids in den entsprechenden Vorschriften nicht ausdrücklich vorgeschrieben war, hat das Tribunale in Anspielung die Kassationsentscheidung *Tosches* explizit verneint, daß eine Bestimmung „direkt und unmittelbar“ verletzt sein müsse. Die Richter der ersten Instanz hoben demgegenüber hervor, daß die fragliche Tatbestandsvoraussetzung des Amtsmißbrauchs auch in einer Verletzung eines Normengefüges, eines „Systems von Normen“ bestehen könne.⁵¹⁰ Die entscheidende Passage des Urteils lautet im Original: „*Se è vero che la violazione di norme di legge, necessaria ad integrare l'elemento oggettivo del reato, non può consistere nella generica violazione dei doveri di imparzialità e buon andamento della p.a. previsti dall'art. 97 Cost., è altresì vero che non deve necessariamente consistere nella violazione diretta ed immediata di un precetto, ma può consistere anche nella violazione di un sistema di norme, cioè, come nel caso di specie, di quella che vieta il rilascio di una concessione edilizia in mancanza del parere ambientale favorevole, da cui discende l'obbligo, una volta venuto meno il parere favorevole, di porre nel nulla l'atto invalidato per sopravvenuta inesistenza del presupposto.*“⁵¹¹

Das Gericht hat hier zwar generelle Normen ausdrücklich ausgeschlossen, hingegen unter „*norme*“ auch Rechtssätze verstanden, die aus der Zusammenschau einer Mehrzahl von Vorschriften gewonnen werden.

(4) *Entscheidung Bocchiotti*

In dem Fall *Bocchiotti* hat das Kassationsgericht noch eine weitere Interpretationsmöglichkeit aufgezeigt. Zu entscheiden war das Verhalten eines Universitätsprofessors, der für das Auswahlverfahren zur Vergabe von Stipendien

⁵¹⁰ Trib. di Napoli, 30.11.1999, Cass. pen., 2001, 1027.

⁵¹¹ Trib. di Napoli, 30.11.1999, Cass. pen., 2001, 1027, 1028 f.

für einen Aufbaustudiengang verantwortlich war und trotz der hohen Wahrscheinlichkeit, daß ein Teil der interessierten Studenten im voraus von den Prüfungsfragen Kenntnis erlangt hatte, es unterließ, die Aufgabenstellungen zu ändern.

Das Kassationsgericht ging zwar davon aus, daß mit der Umschreibung „*violazione di norme di legge o regolamento*“ – seiner Erachtens nach in Anspielung auf die klassische Dreiteilung der Rechtswidrigkeitsgründe – anscheinend sowohl der *merito* der Verwaltungsentscheidungen, als auch der „*vizio di eccesso di potere*“ dem Zugriff des Strafrechts entzogen werden sollte, betonte aber, daß das Tatbestandsmerkmal jedoch nicht allein am Wortlaut oder an der Systematik der betreffenden Vorschrift zu messen sei. Vielmehr könne der Widerspruch auch hinsichtlich des teleologischen Elements der Norm bestehen und somit unter dem Gesichtspunkt der Zielsetzung zu beurteilen sein. Demzufolge liege eine Verletzung einer Gesetzesnorm vor, wenn der Beamte den ihr vom Gesetzgeber zugrunde gelegten Zweck nicht verfolge.⁵¹² Wörtlich sagt das Gericht: „*La dizione 'violazione di norma di legge', insomma, se, nell'alludere alla tripartizione classica dei vizi dell'atto amministrativo, pare impedire la rilevanza penale del merito amministrativo nonché del vizio di eccesso di potere, non circoscrive però al tenore letterale, logico o sistematico della disposizione di riferimento il contrasto tra quanto posto in essere e la legge. Sicché tale dizione implica che la violazione possa riguardare anche l'elemento teleologico della norma e possa valutarsi anche sotto il profilo finalistico.*“⁵¹³

In diesem Urteil hat das Kassationsgericht den Terminus „*norme*“ zwar ebenfalls nicht so restriktiv ausgelegt, wie es das in der Entscheidung *Tosches* getan hatte, aber dennoch haben die Richter die Formulierung lediglich auf eine einzelne Norm⁵¹⁴ und nicht etwa auch auf eine Mehrzahl von Vorschriften bezogen, wie es das Tribunal von Neapel zugelassen hatte. Der Unterschied zum Fall *Mannucci* mag nicht so augenscheinlich sein, da die *Cassazione* sowohl hier als auch dort auf die Verletzung eines Normzwecks abstellt. Er ist jedoch gegeben. Bei *Mannucci* meinte das Gericht ganz allgemein ein Handeln – entgegen der öffentlichen Zielsetzung – zu einem privaten Zweck, während es bei *Bocchiotti* eine konkrete Bestimmung teleologisch auslegte.

bb) Unterscheidung von Prinzipien und Regeln

Einige Vertreter der Rechtslehre unterscheiden bei der Interpretation des Begriffs der Norm im Sinne von Art. 323 c.p. – ausgehend von dem durch die

⁵¹² Cass. Sez. VI, 10.12.2001, Bocchiotti, Riv. pen., 2002, 204.

⁵¹³ Cass., Sez. VI, 10.12.2001, Bocchiotti, Riv. pen., 2002, 205.

⁵¹⁴ Und zwar Art. 13 D.P.R., 10.3.1982, n. 162.

obersten Richter in dem Urteil *Tosches* vorgenommenen Ausschluß der generellen Gesetzesbestimmungen – zwischen „*principi giuridici*“ und „*regole giuridiche*“.⁵¹⁵ Dieser Gedanke der Differenzierung zwischen Rechtsprinzipien und Rechtsregeln, der aus der allgemeinen Rechtstheorie stammt, wurde von *Donini* erst vor wenigen Jahren in die italienische Strafrechtslehre übertragen.⁵¹⁶ Er definiert eine „*regola*“ als eine Vorschrift, die in generell-abstrakter Weise bestimmte Sachverhalte regelt. Insofern sei sie geeignet, als Obersatz für praktische bzw. rechtliche Schlußfolgerungen zu fungieren. Folglich lasse sich nur anhand von Regeln ein Verhalten beurteilen. Eine Tat könne entweder mit ihr übereinstimmen oder ihr widersprechen. Hingegen seien Prinzipien nie auf den einzelnen Sachverhalt bezogen. Vielmehr sollen sie nach *Donini* dem Gesetzgeber und/oder demjenigen, der die Norm anwendet, Orientierung bei der Kodifikation bzw. Applikation von solchen Regeln geben, die zumindest zum Teil eine Konkretisierung derselben Prinzipien darstellen. Ohne diese Regeln sei die Umsetzung der Prinzipien nicht möglich.⁵¹⁷

Manes war es, der als erster diese Differenzierung auf den Tatbestand des Amtsmißbrauchs übertrug. Er unterstreicht, daß die Konkretisierung von Prinzipien erforderlich sei, um diejenigen – den Gesetzgeber ersetzende – Eingriffe der Justiz abzuwenden, die mit der Verfassung nicht in Einklang zubringen waren und dazu beigetragen hatten, die Notwendigkeit der Reform des Amtsmißbrauchs zu verdeutlichen. Insofern befürwortet er ausdrücklich den Ansatz der Entscheidung *Tosches*, generelle Prinzipien nicht zu erfassen.⁵¹⁸ Dieser Auffassung zufolge wären generelle Normen, die lediglich Prinzipien enthalten, nicht unter das Merkmal der Gesetzes- oder Verordnungsnormen im Sinne von Art. 323 c.p. zu subsumieren. Allein Normen mit einer Regel kämen als verletzbare Bestimmungen in Betracht.

Dem hat *Gambardella* ausdrücklich widersprochen. Er legt dar, wie die Konzepte von „*principio*“ und „*regola*“ und ihre dogmatischen Voraussetzungen sicherlich zu unterscheiden seien, es handele sich aber um eine Differenzierung innerhalb des Begriffs der Norm. Sowohl Regeln als auch Prinzipien seien Normen, d.h. fielen unter die Gattung der Normen. Beide trügen eine Vorschrift in sich, die bestimmt sei, Verhalten zu steuern. Eine Unterscheidung von Norm und Prinzip sei rechtstheoretisch nicht aufrechtzuerhalten. Man könne daher nicht behaupten, das Recht setze sich aus spezifischen Normen und aus

⁵¹⁵ Allen voran ist hier *Manes*, *Foro it.*, 1998, II, Sp. 390, 392 zu nennen; s. aber auch *Segreto/De Luca*, 1999, S. 498 f.

⁵¹⁶ *Donini*, *Teoria del reato*, S. 26 ff.

⁵¹⁷ *Donini*, *Teoria del reato*, S. 26.

⁵¹⁸ *Manes*, *Foro it.*, 1998, II, Sp. 390, 392, der allerdings nicht versäumt, auf die zu erwartenden Schwierigkeiten hinzuweisen, diesen Gedanken in die Praxis umzusetzen. Er sei einer Vielzahl von Interpretationen zugänglich und im konkreten Fall sei es nicht leicht zu bestimmen, ob die verletzte Norm ein generelles Prinzip oder eine Regel darstelle. Ihm folgend *Segreto/De Luca*, 1999, S. 499.

Prinzipien zusammen.⁵¹⁹ Tatsächlich seien Prinzipien nur eine Spezies einer Rechtsnorm. Ihnen käme eine gesonderte Rolle innerhalb der Rechtsordnung zu. Man bezeichne sie auch als „*norme fondamentali*“, fundamentale Normen, oder, wegen ihres weitreichenden Anwendungsbereichs, als generelle Normen. Die Differenzierung von Prinzipien und Normen finde vielmehr auf einer meta-juristischen Ebene statt: durch ein Werturteil könne man einige Vorschriften als Prinzipien identifizieren.⁵²⁰ Die Normen, die keine Handlungsanweisungen erteilen und somit nicht eine Zuwiderhandlung sanktionieren, seien dennoch zu beachtende Normen, da sie in die Rechtsordnung eingebettet seien und einen schutzwürdigen Wert ausdrückten. Der zu erreichende Zweck, der den Inhalt solcher Normen darstellt, müsse verfolgt und befriedigt werden, sei es wegen der programmatischen Norm an sich, sei um das korrekte Funktionieren des Systems zu gewährleisten.⁵²¹ Für *Gambardella* ist allein entscheidend, daß der Gesetzgeber im Tatbestand des Art. 323 c.p. schlicht die Umschreibung „*norme di legge o regolamento*“ verwendet. Seine Überlegungen nahmen ihren Ausgang mit Art. 12 disp. prel. c.c., der Einführungsbestimmungen zum Zivilgesetzbuch,⁵²² wonach – seiner Auffassung zufolge – in erster Linie der Wortlaut der Vorschrift von maßgeblicher Bedeutung sei. Nur wenn dieser unklar bliebe oder einige Begriffe Auslegungsspielraum offenließen, könne die Intention des Gesetzgebers zurückgegriffen werden. Im Fall des Amtsmißbrauchs bezögen sich die von der Legislative gewählten Worte eindeutig und unmißverständlich auf „*norme di legge*“ und damit auf alle Gesetzesnormen ohne jegliche Ausnahme.⁵²³

cc) Stellungnahme

Grundsätzlich kann zunächst eine Norm als die generelle und abstrakte Reglementierung einer Aktivität definiert werden.⁵²⁴ Hierbei spielt keine Rolle, ob es sich um spezielle oder allgemeine Regelungen handelt. Daran läßt sich die Weite ermesen, die sich im Grundsatz durch die Wortwahl der Legislative eröffnet.

⁵¹⁹ Gambardella, *Il controllo del giudice penale*, S. 285 mit zahlreichen Nachweisen aus der Literatur zur allgemeinen Rechtstheorie.

⁵²⁰ Gambardella, *Il controllo del giudice penale*, S. 286.

⁵²¹ Gambardella, *Il controllo del giudice penale*, S. 286 f., der auch noch einen ideologischen Grund für die Unterscheidung von Prinzipien und Regeln sieht. Sie sei auf eine konservative Lehre aus den fünfziger Jahren zurückzuführen, die versucht habe, den innovativen Inhalt der Verfassung gegenüber der überkommenen Rechtsordnung abzumildern, indem sie behauptete, daß die *Carta costituzionale* zum größten Teil aus programmatischen Normen bestehe und als solche ungeeignet sei, die vorangegangene Gesetzgebung aufzuheben.

⁵²² Zur Anwendbarkeit von Art. 12 disp. prel. c.c. im Strafrecht siehe Fiandaca/Musco, *Diritto penale, Parte generale*, 2006, S. 103.

⁵²³ Gambardella, *Il controllo del giudice penale*, S. 279 f.; ebenso Grosso, *Foro it.*, 1999, V, Sp. 329, 334 f.

⁵²⁴ del Giudice (a cura di), *Norma giuridica*, in: *Dizionario giuridico*, S. 802 f.

Bezüglich ihres Inhalts können grob drei Arten von Normen unterschieden werden: Die Normen, die eine Handlung vorschreiben, solche, die ein Verbot beinhalten und schließlich solche, die ihren Adressaten eine bestimmte Befugnis einräumen und garantieren.⁵²⁵

So ist festzuhalten, daß sich die genannten Urteile teilweise auf Normen verschiedenen Inhalts beziehen. In der Entscheidung *Tosches* sprechen sich die obersten Strafrichter generell für den Einbezug nur von Verbotsnormen aus, während sie in der Entscheidung *Mannucci* auf die allgemeine Ermächtigungsgrundlage der Behörde abstellen. Nach den Formulierungen des Tribunale von Neapel könnte auch eine Kombination von verschiedenartigen Bestimmungen relevant werden. Das Urteil *Bocchiotti* befürwortet die teleologische Erfassung der Verbots- und Gebotsnormen.

Wie die aufgeführten Positionen veranschaulichen, scheiden sich an der Frage, wie das Merkmal der Norm im Sinne von Art. 323 c.p. zu interpretieren ist, wiederum die zwei grundsätzlichen Interpretationsansätze des neuen Amtsmißbrauchs. Die Vertreter der restriktiven Auslegung, die vor allem den Anwendungsbereich des Amtsmißbrauchs und damit die Kontrollmöglichkeiten der Justiz durch die letzte Reform beschränkt und die Bestimmtheit des Tatbestands gestärkt sehen wollen, messen dem Begriff „Norm“ eine die relevanten Gesetzes- oder Verordnungsvorschriften spezifizierende Rolle zu. Demgegenüber kann er nach der extensiven Auslegung, die in erster Linie auf die Erfassung der schwerwiegendsten Amtsmißbräuche abzielt, nur allgemein und umfassend verstanden werden.

Die Entscheidung *Tosches* ist insofern Ausdruck einer den Anwendungsbereich des Tatbestands strikt begrenzenden Auslegungsrichtung. Demgegenüber basieren die Urteile des Kassationsgerichts in den Fällen *Mannucci* und *Bocchiotti* sowie der Richterspruch des *Tribunale di Napoli* auf der Überzeugung, daß ein offeneres Verständnis vom Begriff der Norm notwendig sei. Die *Tosches*-Entscheidung trägt ausdrücklich dem Willen des Gesetzgebers Rechnung, dem Rechtsanwendenden mittels einer konkreteren Tatumschreibung einen deutlich engeren Handlungsspielraum zu belassen. Fraglich ist aber, ob die von ihr vorgenommenen Einschränkungen vom Wortlaut der reformierten Vorschrift tatsächlich vorgegeben sind oder ob nicht eine weniger restriktive Lösung auch noch semantisch gedeckt wäre und dennoch den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots genügen würde. Umgekehrt verhält es sich mit den anderen dargelegten Judikaturen. Hier scheint es den Richtern wichtiger gewesen zu sein, der Gefahr einer zu formalistischen Normapplikation zu begegnen als die Strafnorm im Sinne der Legislative durch Interpretation zu präzisieren. Der Wortlaut des Art. 323 c.p. trägt jedoch ihre Ansätze. Die Bezeichnung „norme“, also der Plural von Norm, kann sich objektiv betrachtet sowohl auf spezifische Bestimmungen

⁵²⁵ del Giudice (a cura di), *Norma giuridica*, in: *Dizionario giuridico*, S. 803.

und ihren ausdrücklichen Inhalt, auf Normen im umfassenden Sinn, d.h. einschließlich ihrer Zwecke, als auch auf eine Mehrzahl von Vorschriften beziehen. Ob sie aber einen hinreichend bestimmten Straftatbestand des Amtsmissbrauchs implizieren, bleibt zu klären.

Die *Tosches*-Entscheidung ist das einzige Urteil des obersten Gerichtshofs, in dem er das fragliche Tatbestandsmerkmal grundlegend und umfassend deutete. Die von ihm aufgestellten Voraussetzungen bezüglich der „*norme*“ sind erkennbar unter dem Eindruck der kurz zuvor abgeschlossenen Gesetzesnovellierung und der ihr vorangegangenen Diskussion entstanden. Die Begrenzung des Anwendungsbereichs der Norm und ihre Bestimmtheit standen für die Richter der *Cassazione* offenkundig im Vordergrund. Folglich entspringen die vom Gericht formulierten Einschränkungen demselben Geist, der auch die Väter des Reformgesetzes 234/1997 leitete. Aus der ersten Einschränkung wird deutlich, daß das Gericht lediglich Verbotsnormen unter den Tatbestand des Art. 323 c.p subsumiert. Diese Begrenzung ist – jedenfalls sprachlich – zu eng. Neben Normen, die ein Verhalten verbieten, müssen auch die, die ein Handeln anordnen, einbezogen werden.⁵²⁶ Mit der Formulierung, daß die verletzte Norm „*non sia genericamente strumentale alla regolarità dell'attività amministrativa, ma vieti puntualmente il comportamento sostanziale del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio*“, also nicht allgemein die Tätigkeit der Verwaltung regeln darf, sondern dem Amtsträger oder mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten ein substantielles Verhalten verbieten muß, hatten die obersten Richter den Ausschluß von reinen Verfahrensvorschriften sowie von generellen Normen und Prinzipien im Blick. Während letzteres dem Grundsatz der Bestimmtheit Tribut zollt, soll ersteres einen unangemessenen Formalismus verhindern. Hierauf wird noch im einzelnen einzugehen sein. Insbesondere die Frage, ob die Verbannung von Bestimmungen, die lediglich Verfahrensabläufe regeln, gerechtfertigt ist, bedarf einer genaueren Untersuchung.⁵²⁷ Die zweite Einschränkung ist unglücklich formuliert, meint mit der Forderung nach einem formellen Charakter sowie nach der Rechtskraft der Gesetze und Verordnung aber den Ausschluß rein materiell-rechtlicher Rechtssätze hierarchisch unterhalb von Verordnungen, wie beispielsweise Allgemeinverfügungen oder Dienstabweisungen, sowie daß das Regelungswerk, um als Gesetz oder Verordnung qualifiziert werden zu können, das dazugehörige Verfahren durchlaufen haben

⁵²⁶ Allerdings kann man mit Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 669, zwischen Verboten und Geboten allein einen Unterschied sprachlicher Natur sehen. Jedes Gebot läßt sich auch durch ein Verbot ausdrücken. Die Verpflichtung: „Du sollst Vater und Mutter ehren.“ läßt sich auch negativ ausdrücken: „Es ist verboten, Vater und Mutter nicht zu ehren.“. Dennoch gibt es auch strukturelle und sachliche Unterschiede, die von großer praktischer Bedeutung – etwa bei der Unterscheidung von Begehungs- und Unterlassungsdelikten – sind, wie Philipps, Normentheorie, S. 319 m.w.N. hervorhebt.

⁵²⁷ Siehe dazu unten B.II.5.c)aa)(3), S. 158.

muß.⁵²⁸ Das ist eine Voraussetzung, die vor allem bei der Einstufung als *regolamento* von wesentlicher Bedeutung ist. In diesem Punkt kann dem Gericht ohne weiteres gefolgt werden.⁵²⁹ Des weiteren kann festgehalten werden, daß hier das Gericht lediglich eine spezifische Norm im Blick hatte und nicht etwa eine Mehrzahl von Bestimmungen.

Auch der Unterscheidung zwischen „*principio*“ und „*regola*“, wie sie von einem Teil der Literatur vorgenommen wird, liegt der Gedanke zugrunde, daß eine Einschränkung des Tatbestands des Amtsmißbrauchs notwendig ist. Meines Erachtens ist es jedoch schwierig, *norme generalissime* bzw. *norme di principio* bereits begriffsmäßig auszuschließen. Hier ist wohl *Gambardella* recht zu geben, daß eine solche Gegenüberstellung von Regeln und Prinzipien nur innerhalb der Kategorie „Norm“ stattfindet, nicht aber geeignet ist, letztere davon auszunehmen. Selbst *Donini* weist daraufhin, daß auch Prinzipien Rechtsnormen seien („*anche i principî (...) sono norme giuridiche*“). Wenn ein Teil der Literatur somit Prinzipien nicht unter die Gesetzes- oder Verordnungsnormen subsumiert, dann ist dies als restriktive Auslegung des Tatbestands zu verstehen. Hierhinter verbirgt sich im Grunde die Überzeugung, daß eine Tathandlung, die durch eine Verletzung von Prinzipien oder ganz generellen Normen charakterisiert wird, nicht mit dem Verfassungsprinzip der Bestimmtheit von Strafgesetzen in Einklang zu bringen ist. Das bedeutet allerdings auch, daß die Unterscheidung von „*principio*“ und „*regola*“ als solche nicht im Stande ist, ein unwiderlegbares Argument gegen Erfassung von sehr weiten Normen zu liefern.⁵³⁰ Es ist jedoch der Gedanke aufzugreifen, der hinter diesen einschränkenden Positionen steht. Sowohl *Tosches* als auch die Vertreter der Rechtslehre, die zwischen Regeln und Prinzipien unterscheiden, wollen im Grunde vor allem die Bestimmtheit des Strafgesetzes wahren. Die obersten Strafrichter betonten, daß eine andere als die begrenzende Interpretation des Merkmals zu einem solch unbestimmten Tatbestand wie dem vorangegangenen Amtsmißbrauch und damit zu einem Verstoß gegen Art. 25 Abs. 2 Cost. führen würde.⁵³¹ Der Verfassungsgrundsatz liefert den Schlüssel zu einer möglichen Restriktion des Begriffs der Norm. Das Bestimmtheitsgebot ist im italienischen wie deutschen Recht Ausfluß des

⁵²⁸ Forlenza, Guida al dir. vom 7.3.1998, Nr. 9, 71, 72.

⁵²⁹ Etwas anderes ergibt sich freilich für diejenigen, die in der Formulierung „*violazione di legge o regolamento*“ einen Verweis auf den verwaltungsrechtlichen Rechtswidrigkeitsmangel „*violazione di legge*“ sehen. Wie oben erläutert, wird letzterer in einer umfassenden Weise auf abstrakt-generelle Regelungen bezogen, selbst wenn sie formell-rechtlich kein Gesetz darstellen.

⁵³⁰ Es scheint aber, daß bei denjenigen, die zwischen Regeln und Prinzipien unterscheiden, die Kriterien, die zur Einschränkung des Begriffs der Normen im Sinne des Tatbestands geeignet sind und im Folgenden herausgestellt werden sollen, bereits in die Differenzierung bzw. in die Termini Regel und Prinzip eingeflossen sind. Allerdings versäumen sie, ausdrücklich das entscheidende Kriterium der hinreichenden Bestimmtheit zu benennen.

⁵³¹ Cass., Sez. II, 4.12.1997, *Tosches*, Guida al dir. vom 7.3.1998, Nr. 9, 67, 69. Vgl. in der Literatur *Cupelli*, Cass. Pen., 2001, 1030, 1035 ff.

Gesetzlichkeitsprinzips, das den Gesetzgeber verpflichtet, Straftatbestände in einer Weise zu fassen, die es den Gesetzesunterworfenen erlaubt, das verbotene Verhalten eindeutig zu erkennen. Neben der verhaltensleitenden, also generalpräventiven Funktion dient es auch zur Wahrung des Grundsatzes der Gewaltenteilung, da sonst im Falle unbestimmter Tatbestände die Verbotsmaterie nicht mehr gesetzlich festgelegt wäre, sondern notwendigerweise erst durch die Strafgerichte bestimmt würde.⁵³²

Die Besonderheit beim Tatbestand des Amtsmissbrauchs in der Fassung von 1997 ist der Umstand, daß das strafbare Verhalten in erster Linie in einem Verstoß gegen Gesetzes- oder Verordnungsvorschriften besteht, die einer Rechtsmaterie außerhalb des *Codice penale* entstammen. Wie oben gesehen, handelt es sich bei Art. 323 c.p. um einen Blankettstraftatbestand, bei dem sich das verbotene Verhalten erst aus einer Zusammenschau von Blankettbestimmung und blankettausfüllender Norm ergibt. Aus diesem Grund gilt auch das Gebot der *lex certa* gleichermaßen für beide Teile. Folglich hängt die hinreichende Bestimmtheit maßgeblich davon ab, ob die Blankettausfüllung mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbar ist.⁵³³ Es ist somit zu bestimmen, welche Merkmale die Gesetzes- oder Verordnungsnormen, die Art. 323 c.p. mit einbezieht, aufweisen müssen, um dieser Voraussetzung gerecht zu werden. Für den öffentlichen Funktionär muß erkennbar sein, daß sich die Norm an ihn richtet und welches konkrete Verhalten von ihm verlangt wird. Des weiteren muß dies auch dem Laien zumindest erschließbar sein, der mit der Rechtsmaterie nicht vertraut ist, aber möglicherweise von dem Verhalten eines Verwaltungsangehörigen betroffen ist. Zunächst ist der richtige Adressat von Belang. Bei Strafvorschriften stellt dies in der Regel kein Problem dar. Sie bestimmen, an wen sich die Norm richtet. Beim Tatbestand des Amtsmissbrauchs ist das der Amtsträger und der mit einem öffentlichen Dienst Beauftragte. Demzufolge muß auch die außerstrafrechtliche Bestimmung an sie adressiert sein. Dabei stellt sich die Frage, ob sie ausdrücklich benannt sein müssen oder ob man die erst durch Auslegung ermittelte Relevanz der Normen (für den fraglichen Personenkreis) ausreichen läßt. Bei den Verwaltungsgesetzen oder Verwaltungsverordnungen wird die Frage grundsätzlich keine Schwierigkeiten bereiten. Sie regeln ja Verwaltungstätigkeit und richten sich daher generell an die Verwaltung und ihre Angehörige. Dementsprechend nimmt beispielsweise der Rechtssatz „Verwaltungsakte sind zu begründen“ erkennbar die mit der Befugnis zum Erlass von Verwaltungsakten ausgestattete Personen in die Pflicht. Die Amtsträger brauchen hier nicht explizit genannt zu werden. Problematischer gestaltet es sich jedoch bei Gesetzen, bei denen nicht von vornherein der Adressatenkreis festgelegt ist. Hier ist an erster Stelle die Verfassung zu nennen. So ist weder

⁵³² Romano, 1987, Art. 1 c.p., Rdn. 29; Roxin, Strafrecht, AT I, 2006, S. 172, Rdn. 67; MüKo-Schmitz, § 1 StGB, Rdn. 39.

⁵³³ MüKo-Schmitz, § 1 StGB, Rdn. 49.

bei Art. 3 Abs. 1 Cost., dem Gleichheitsgrundsatz, noch bei Art. 97 Abs. 1 Cost. mit den Verwaltungsprinzipien der guten Verwaltungsführung und der Unparteilichkeit der Amtsträger oder allgemein der Verwaltungsangehörige als Verpflichteter benannt. In Art. 3 Abs. 1 Cost. wird die Verwaltung noch nicht einmal in ihrer Gesamtheit ausdrücklich erwähnt. Fraglich ist, ob es in solchen Fällen möglich sein soll, den Amtsträger oder mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten hineinzuinterpretieren. Selbst für Juristen ist es nicht ohne weiteres ersichtlich, ob Verwaltungsfunktionäre durch Bestimmungen wie die beiden genannten Verfassungsnormen unmittelbar verpflichtet werden. Die gleiche Frage stellt sich auch bei der Erkennbarkeit der Verhaltensanweisung. Beinhaltet die in Betracht kommende Norm kein ausdrückliches Gebot oder Verbot, könnte sich wiederum durch Auslegung dennoch eine konkrete Anleitung ergeben. Beispielsweise fordert Art. 3 Abs. 1 Cost. mit dem Gleichheitsgrundsatz den einzelnen Amtsträger nicht ausdrücklich auf, bei seiner Amtsführung jeden Bürger gleich zu behandeln. Darüber hinaus darf die Anweisung nicht zu unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten, sondern muß auch insgesamt konkret genug sein. Da die Verwaltungsgesetzgebung durchaus vage Begriffe kennt, bedarf es einer sorgfältigen Prüfung, welche Bestimmungen für eine Verwendung im Strafrecht nicht geeignet sind und welche lediglich wertausfüllungsbedürftige Begriffe besitzen und daher im Rahmen des Art. 323 c.p. angewendet werden können.⁵³⁴ Gemäß *Mantovani* ist ein Strafrechtssatz nicht hinreichend bestimmt, wenn auch bei den größten Anstrengungen, die Norm auszulegen, das strafbare Verhalten sich nicht erschließen läßt.⁵³⁵ Wird bei den blankettausfüllenden Vorschriften der gleiche Maßstab der Bestimmtheit wie bei den Blankettatbeständen selbst angelegt, wäre hiernach eine Interpretation der Gesetzes- und Verordnungsnormen zulässig. Kann bei der Untersuchung ein dem Täterkreis des Straftatbestands entsprechendes Subjekt festgestellt werden, wäre das Erfordernis von identischen Adressaten bzw. einer den Täterkreis umfassenden Schnittmenge bei den blankettausfüllenden Bestimmungen erfüllt. Verpflichtet die Norm zudem, sei es auch nur implizit, zu einem bestimmten Verhalten, sind grundsätzlich die Voraussetzungen für eine den Tatbestand des Amtsmissbrauchs ausfüllende Gesetzes- oder Verordnungsvorschrift gegeben. Das hätte zur Folge, daß sich das strafbare Verhalten nicht mehr allein aus dem Tatbestand im Zusammenspiel mit den Gesetzes- und Verordnungsnormen ergibt, sondern auch durch die richterliche Interpretation festgelegt wird. Damit würde jedoch das Gesetzlichkeitsprinzip nicht strikt angewandt. Insbesondere für den Bürger, dem die juristische Interpretation nicht geläufig ist, wäre die

⁵³⁴ Vgl. dazu unten B.II.5.c)aa)(2), S. 156.

⁵³⁵ *Mantovani*, *Diritto penale*, *Parte generale*, S. 65, 66. Vgl. auch in der deutschen Rechtslehre Roxin, *Strafrecht*, AT I, 2006, S. 175, Rdn. 75, nach dem eine Strafvorschrift dann noch hinreichend bestimmt ist, „wenn und soweit sich ihr ein klarer gesetzgeberischer Schutzzweck entnehmen läßt und der Wortlaut einer beliebigen Ausdehnung der Interpretation immerhin noch Grenzen setzt“.

Strafbarkeit einer Tat nicht mehr in dem Maße erkennbar, wie wenn die Normadressaten und die Verhaltensanweisung explizit benannt würden. Andererseits müssen vornehmlich die Verwaltungsangehörigen wissen, wann ihr Tun strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann. Da sie mit der ihre öffentliche Aufgabe betreffende Materie vertraut sind, können sie auch Zuwiderhandlungen gegen die entsprechenden verwaltungsrechtlichen Vorschriften aufgrund von Auslegung letzterer einschätzen. Wird zudem davon ausgegangen, daß sie sich des Zusammenhangs von der Verletzung von Verwaltungsnormen und des Tatbestands des Art. 323 c.p. bewußt sind, erscheint es gerechtfertigt, die Auslegung der tatbestandsausfüllenden Verwaltungsbestimmungen zuzulassen. Für den Laien bleibt die Kriminalisierung des Fehlverhaltens immerhin nachvollziehbar. Darüber hinaus besteht Einigkeit, daß sich im Strafrecht interpretationsbedürftige Termini nicht vermeiden lassen und sogar erforderlich sind.⁵³⁶ Möchte man die Gesetzes- und Verordnungsnormen im Sinne des Art. 323 c.p. an strafrechtlichen Maßstäben messen, muß diese Konzession auch für die besagten Verwaltungsnormen gelten. Es ist daher festzuhalten, daß das entscheiden-

de Kriterium zur Einschränkung von in Betracht kommenden Gesetzes- und Verordnungsnormen ihre hinreichende Bestimmtheit zur Ausfüllung eines Straftatbestands ist. Hierfür muß das aktive Subjekt aus Art. 323 c.p. Adressat der Norm sein, und es muß ihm ein konkretes Verhalten auferlegt werden. Beides kann auch durch Auslegung ermittelt werden. Die Vorschrift darf außerdem keine nichtbestimmbaren Rechtsbegriffe enthalten.

Unter diesen Gesichtspunkten sind die genannten Urteile zu begutachten und dann der fragliche Einbezug von Art. 3 Abs. 1 und Art. 97 Abs. 1 Cost. sowie allgemein von generellen Normen zu entscheiden.

Unter dem Gesichtspunkt des Gesetzlichkeitsprinzips war der Ausschluß von rein verfahrensrechtlichen Normen durch den Kassationshof im Fall *Tosches* nicht erforderlich. Verfahrensnormen richten sich deutlich an Verwaltungsangehörige, verlangen ein konkretes Verhalten und sind in der Regel auch sonst hinreichend bestimmt. Die Begrenzung ist auch durch den Wortlaut des Tatbestands nicht vorgegeben. Dem vom Gericht vorgenommenen Ausschluß von generellen Normen und Prinzipien ist beizupflichten, sofern ihre Inhalte für die Konkretisierung von strafbarem Verhalten aufgrund mangelnder Bestimmtheit nicht geeignet sind. Bei der Forderung eines formellen Kriteriums, daß lediglich ordnungsgemäß zustande gekommene, rechtskräftige Verordnungen und Gesetze solche im Sinne von Art. 323 c.p. sein können, handelt es sich um eine Klarstellung, daß lediglich materiell-rechtliche Rechtssätze außer Betracht zu bleiben haben. Sie ist für die Individualisierung der einschlägigen Gesetze, aber

⁵³⁶ Vgl. Romano, 1987, Art. 1 c.p., Rdn. 30 f.; Mantovani, Diritto penale, Parte generale, S. 65 ff.; Roxin, Strafrecht, AT I, 2006, S. 173, Rdn. 69.

insbesondere der entsprechenden Verordnungen unter dem Gesichtspunkt der ausreichenden Bestimmtheit geboten, um eine unkontrollierbare Ausweitung des Anwendungsbereichs „nach unten hin“ zu verhindern.

In der Entscheidung *Mannucci* haben die höchsten Richter auch die allgemeine Ermächtigungsgrundlage des öffentlichen Amtsträgers als Norm im Sinne des Tatbestands angesehen. Führt man sich die Vorschrift des Art. 323 c.p. vor Augen, ist das eine Variante, die man im ersten Augenblick nicht in Betracht zieht. Eine Verletzung von Gebots- oder Verbotsnormen in Ausübung der Funktionen bzw. des Dienstes liegt dagegen auf der Hand. Geht man jedoch von der eingangs angeführten weiten Definition bzw. Einteilung der Norm nach ihren verschiedenen Inhalten aus, ist der Einbezug auch von Ermächtigungsbestimmungen nicht im vorhinein auszuschließen. Das Verwaltungshandeln zu einem anderen als dem gesetzlich vorgesehenen Zweck, wie es hier das Kassationsgericht als Verletzung einer Gesetzesnorm qualifiziert hat, stellt, wie oben bereits des öfteren gesehen, im italienischen Verwaltungsrecht den Hauptfall des Rechtswidrigkeitsgrunds der Ermessensüberschreitung dar, den sogenannten *sviamento di potere*. Die Dreiteilung der Rechtswidrigkeitsgründe des Verwaltungsakts vorausgesetzt, würde es sich damit im Grunde um einen Fall der Ermessensüberschreitung und gerade nicht um eine Gesetzesverletzung bzw. Verletzung einer Gesetzesnorm handeln. Wie ebenfalls bereits dargelegt, verdeutlichen die parlamentarischen Diskussionen, daß gerade dieser Rechtmäßigkeitsmangel für sich allein keine Strafbarkeit wegen Amtsmißbrauchs mehr begründen können sollte. Das Gericht erkannte, daß seine Entscheidung dem Vorwurf ausgesetzt sein würde, den von der Legislative intendierten Ausschluß der Ermessensüberschreitung zu umgehen, und betonte deshalb, daß seine Konstruktion der Normverletzung nicht als *eccesso di potere* betrachtet werden könne. Eine solche Argumentation übersehe, daß sich das Handeln zu einem privaten Zwecke für sich allein das Schema der Rechtmäßigkeit verlasse und objektiv bereits einen Angriff auf das geschützte Rechtsgut darstelle. Der Strafrichter, der eine solche Feststellung treffe, interessiere sich nicht für das Zustandekommen des Verwaltungsakts, sondern allein für das Resultat des Verhaltens des Beamten, ohne in die Autonomie der öffentlichen Verwaltung und ohne in den der Dogmatik des Verwaltungsakts vorbehaltenen Bereich einzugreifen.⁵³⁷ Diese Ausführungen

⁵³⁷ Cass., Sez. VI, 9.2.1998, *Mannucci*, Cass., pen., 1999, 1761, 1763.

Die vollständige Passage in der Urteilsbegründung lautet: „*Non può essere contraddetto il suddetto assunto riportando la violazione della norma, che funzionalizza il potere, alla figura di eccesso di potere ovvero dello sviamento di potere (...), e quindi, sulla base della ratio legislativa innovativa, concludere nel senso che l'irrelevanza di tali vizi dell'atto rispetto alla fattispecie penale non può non comprendere l'illegalità in parola. Invero, la sudetta conclusione omette di considerare che il potere esercitato per un fine diverso da quello voluto dalla legge (e quindi per un scopo personale od egoistico, e comunque estraneo alla pubblica amministrazione), in vista del quale esso è attribuito, si pone, per ciò solo, fuori dallo schema di legalità, e rappresenta nella sua oggettività*

sind unzureichend. Sie stützen sich anscheinend auf den Gedanken, daß der *sviamento di potere* wie jeder andere Rechtswidrigkeitsgrund außerhalb der Rechtmäßigkeit liege. Anschließend wird allein auf die Frage abgehoben, ob der Strafrichter die Rechtmäßigkeit einer Verwaltungshandlung untersuchen kann, ohne das Prinzip der Gewaltenteilung zu verletzen. In ihrer Bejahung ist den obersten Richtern zuzustimmen. Das war jedoch nicht die zu entscheidende Streitfrage. Das Gericht hat hier vernachlässigt, daß es nicht auf eine irgendwie geartete Rechtswidrigkeit der öffentlichen Maßnahme ankommt, sondern nach dem Tatbestand des Amtsmißbrauchs auf eine Verletzung einer Gesetzes- oder Verordnungsnorm. Die Äquivalenz von letzterer und einem Handeln aus anderen Motiven als den gesetzlich zulässigen hätte der sechste Senat gründlicher herausarbeiten müssen. Die lapidare Behauptung, daß die ausgeübte Befugnis „außerhalb des Rechtmäßigkeitsschemas“ liege, ist zu kurz gegriffen. Damit blieb das Kassationsgericht in einer verwaltungsrechtlichen Terminologie oder vielmehr sogar in dem verwaltungsrechtlichen Gedankengebäude verhaftet, obwohl es im selben Zuge die diesbezügliche Autonomie der strafrechtlichen Bestimmung verfocht. Die Rechtswidrigkeit eines solchen Tatverhaltens ist unter verwaltungsrechtlichen Aspekten unbestritten. Entscheidend ist aber die Erfüllung des Tatbestandselements der Gesetzesnormverletzung. Beim *vizio di eccesso di potere* ist gerade keine Verletzung von konkreten Gesetzesvorschriften gegeben. Bezeichnenderweise spricht der Kassationshof bei seiner Zusammenfassung auch lediglich ganz allgemein vom Gesetz, von einer Dienstausbübung „zu einem anderen Zweck als dem vom Gesetz gewollten“.

Tatsächlich wird den Richtern in der Entscheidung *Mannucci* deshalb auch von Teilen der Literatur vorgeworfen, in einem Fall, in dem gegen keine spezifischen Gesetzes- oder Ordnungsbestimmungen verstoßen wurde, eine Ermessensüberschreitung so umformuliert zu haben, daß sie doch noch unter den reformierten Tatbestand des Amtsmißbrauchs fällt.⁵³⁸ Das Gericht sei gegenüber legislativen Neuerungen unbeweglich und habe sich sogar über das Strafgesetz erhoben, in dem es eine eigene Rechtspolitik, eine *politica giudiziaria*, zum Schutz des Rechtsguts verfolge.⁵³⁹ Diese Kritik läßt sich – so wie die Entscheidung begründet wurde – schwerlich entkräften. Die Richter stellten nicht auf eine bestimmte Ermächtigungsgrundlage, auf eine konkrete Norm ab, sondern allgemein auf die öffentliche Zielsetzung von staatlichen Befugnissen. Letztere besitzen letzten Endes einen gesetzlichen Ursprung. Ein Handeln allein aus privaten Motiven widerspricht insofern diesen Gesetzen. Dem Gericht in dem Fall *Mannucci* kam es somit nicht auf die Individualisierung spezifischer Vorschriften an, gegen die

offesa dell'interesse tutelato. Il giudice penale, compiendo il suddetto accertamento, non si intressa del 'formarsi dell'atto' ma del fatto concreto, quale risultato della condotta del pubblico ufficiale, senza interferire nell'autonomia della pubblica amministrazione, e senza inferire in materia riservata alla dommatica dell'atto amministrativo.“

⁵³⁸ Masullo, Cass. pen., 1999, 1763, 1765.

⁵³⁹ Masullo, Cass. pen., 1999, 1763, 1764, 1766 f.

der Amtsträger oder der besonders Verpflichtete verstößt. Die Feststellung einer Dienstausübung lediglich zur Erreichung persönlicher Ziele reicht seiner Ansicht zufolge zur Annahme einer Normverletzung im Sinne des Tatbestands aus. Der grundsätzliche Gedanke, der am Ausgangspunkt der Argumentation steht, ist der, daß eine Normverletzung im Sinne des Art. 323 c.p. auch der Verstoß gegen eine nach dem Sinn und Zweck ausgelegte Ermächtigungsnorm sein kann. Ihn hat das Gericht jedoch nicht ausgearbeitet, denn es benannte nicht die verletzte Norm. Ihm genügte es, nur ein privat motiviertes Verhalten und damit einen Widerspruch zur öffentlichen Ausrichtung von staatlichen Kompetenzen zu konstatieren. Der Vorwurf, bewußt den verwaltungsrechtlichen Mangel des *sviamento di potere* entgegen dem Willen des Gesetzgebers als Tathandlung zuzulassen, war folglich vorprogrammiert.

Der Ansatz der *Cassazione* jedoch verdient Aufmerksamkeit. Immerhin spiegelt er eine weitere, durch den Wortlaut des Tatbestands gedeckte Interpretation des Begriffs der Norm wider, selbst wenn sie einem objektiven Betrachter konstruiert erscheinen muß. Gesetzes- oder Verordnungsbestimmungen, die den öffentlichen Bediensteten spezielle Befugnisse einräumen, richten sich unproblematisch an die Tätergruppe des Amtsmissbrauchs. Ihre Auslegung nach dem Sinn und Zweck wird stets den Einsatz staatlicher Ermächtigungen an die Verfolgung von Gemeinschaftsinteressen knüpfen. Damit gibt für die Amtsträger und besonders Verpflichteten immerhin das allgemeine Verhaltensgebot, die verliehenen Machtmittel allein zu dem gesetzlichen, öffentlichen Zweck auszuüben. Die Zweckentfremdung von staatlichen Kompetenzen könnte man als Verletzung einer Gesetzes- bzw. Verordnungsnorm im Sinne von Art. 323 c.p. qualifizieren. Da die Figur des Ermessensmissbrauchs hinreichend bestimmt ist, kann man gegen die *Mannucci*-Entscheidung auch nicht die mangelnde Bestimmtheit des in diese Richtung interpretierten Tatbestands einwenden. Eine Strafvorschrift auf die Zweckentfremdung von staatlichen Befugnissen zu gründen, wäre unter dem Gesichtspunkt des Gesetzlichkeitsprinzips nicht zu beanstanden. Daß der Gesetzgeber von 1997 diese Interpretationsmöglichkeit nicht bedachte und sie auf jeden Fall nicht befürworten würde, liegt auf der Hand. Obwohl es sein Ziel war, wäre eine Konkretisierung auch des strafbaren Verhaltens im Vergleich zur vorherigen Version des Amtsmissbrauchs nicht gegeben.⁵⁴⁰ Er hätte die frühere Formulierung „... die seinem Amte innenwohnenden Befugnisse mißbrauchend...“ beibehalten können, liest man nun in die „Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen“ das Handeln zu einem anderem als dem gesetzlichen Zweck hinein. Das Urteil *Mannucci* greift das Wesen des Amtsmissbrauchs auf, läßt aber die von der Legislative intendierte Spezifizierung außer Acht. Zwar hat die Legislative versucht, die Tathandlung zu umschreiben, aber wenn man die Zweckentfremdung als Normverletzung genügen läßt, kommt es auf die Handlung im Grunde nicht an. Der Strafrichter kann sich

⁵⁴⁰ Vgl. Masullo, Cass. pen., 1999, 1763, 1764.

damit begnügen, auf der objektiven Seite den Tatbestandserfolg und auf der subjektiven die Schädigungs- bzw. Begünstigungsabsicht festzustellen. Denn strebt der Beamte unter Einsatz seiner Befugnisse einen Vermögensvorteil für sich oder andere bzw. einen Schaden eines Dritten an, handelt er damit auch aus einem anderen als dem gesetzlich vorgesehenen Grund. Wie der Mißbrauch im einzelnen vonstatten ging, bräuchte das Strafgericht nicht mehr zu erörtern. Insbesondere wäre die Individualisierung der verletzten Norm zweitrangig. Hier besteht die Gefahr, daß sich der Schwerpunkt des Delikts wieder auf den subjektiven Tatbestand verlagert. Aufgrund der Erfahrungen unter den vorangegangenen Fassungen des Delikts war der Gesetzgeber bestrebt, eine solche „Subjektivierung“ des Tatbestands zu verhindern. Immerhin ist heute ein derartiges Übergewicht des subjektiven Elements, wie es vor der Reform von 1997 vorhanden war, nicht mehr möglich. Die Umwandlung in ein Erfolgsdelikt verlangt wenigstens konkret die Erlangung eines Vermögensvorteils oder den Eintritt eines Schadens.

Gegen die Lösung im Sinne *Mannucci* läßt sich lediglich der Wille des Gesetzgebers und eine danach ausgerichtete Interpretation des Tatbestands ins Feld führen. Die Legislative wollte das strafbare Tun konkreter umschreiben und es daher an die Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen knüpfen. Die Begehung mittels einer Ermessensüberschreitung und damit auch eines Ermessensmißbrauchs sollte ausdrücklich ausgeschlossen werden. Damit schied auch die ganz allgemeine Umschreibung „Mißbrauch der amtlichen Befugnisse“ oder ähnliches aus. Die gesetzgebenden Kammern meinten mit dem Tatbestandsmerkmal der Verletzung der Gesetzes- oder Verordnungsnormen die Verletzung spezifischer Rechtsbestimmungen aus Gesetzen und Verordnungen. Die Richter der *Cassazione* haben im Urteil *Mannucci* diesen Willen negiert und mit ihrer Interpretation die rechtspolitische Entscheidung bewußt unterlaufen. In einem Fall, in dem keine konkrete Gesetzes- bzw. Verordnungsvorschrift verletzt worden war, wollte das Gericht das amtliche Vorgehen aus persönlichen Motiven nicht ungesüht lassen und konstruierte die „Verletzung der Gesetzesnorm“. Es hat sich nicht in das bereits mehrfach beschriebene Dilemma fügen mögen, daß die zur erforderlichen Konkretisierung des Tatbestands vorgenommene Restriktion des objektiven Tatbestands insbesondere durch den Ausschluß des *excesso di potere* die schwerwiegendsten Mißbräuche von staatlicher Gewalt dem Zugriff des Strafrechts entzog. Die Richter wichen auf die vom Wortlaut zwar gedeckte, aber dem erklärten Willen des Gesetzgebers widersprechende Lösungsmöglichkeit aus. Sie werden die Verfechter der objektiven Theorie zur Interpretation von Gesetzen auf ihrer Seite haben, die auch im Fall des *abuso di ufficio* den Willen der Legislative für unbeachtlich halten, weil sie die notwendige Einschränkung des Art. 323 c.p. mit der Umwandlung in ein Erfolgsdelikt und der Forderung des *dolus directus* ersten Grades für hinreichend umgesetzt betrachten. Für sie ist die weitere Begrenzung der Tathandlung auf gebundenes Verwaltungshan-

deln eine überschießende Restriktion des strafrechtlichen Schutzes gegenüber mißbräuchlichen Akten der staatlichen Administration.⁵⁴¹

In der Entscheidung *Bocchiotti* stand explizit die teleologische Interpretation einer Gesetzesnorm im Mittelpunkt. Im Unterschied zum Urteil *Mannucci* legten die obersten Richter eine konkrete Gesetzesbestimmung aus und begnügten sich nicht mit einer privat motivierten Machtausübung. Die Anweisung, die Studienplätze durch ein öffentliches Auswahlverfahren zu vergeben, hat das oberste Gericht dahingehend ausgelegt, daß der zuständige Professor eine die Chancengleichheit wahrende Prüfung abzuhalten hatte. Durch die Auslegung nach dem Sinn und Zweck haben die Richter folglich das in der Norm explizit enthaltene Gebot ausgeweitet.

Hier stellt sich die Frage, ob es sich um verbotene Analogie oder noch zulässige Auslegung handelt. Die Strafbestimmung in Kombination mit der blankettausfüllenden Vorschrift wird über den ausdrücklichen Wortlaut hinaus ausgedehnt. Für denjenigen, der lediglich ins Gesetz schaut, ist daher die Strafbarkeit des Verhaltens nicht sofort ersichtlich. Das würde dafür sprechen, hier eher einen Verstoß gegen das Analogieverbot anzunehmen. Gestattet man – wie oben – jedoch die teleologische Auslegung von Strafnormen und dann auch die der sie ausfüllenden Gesetzes- und Verordnungsnormen, begründet die Verletzung des dadurch extrahierten Gebots eine Strafbarkeit gemäß Art. 323 c.p. Der Ansatz des Gerichts im Fall *Bocchiotti* unterstreicht lediglich die Bedeutung der Auslegung von Verwaltungsnormen nach ihrem Sinn und Zweck. Die Entscheidung des Kassationshofs kann somit unter dem Gesichtspunkt der Bestimmtheit nicht beanstandet werden. Folglich sind neben dem ausdrücklichen Inhalt der Vorschrift auch implizite Verhaltensanweisungen und ebensolche Verbote, die durch teleologische Interpretation gewonnen werden, unter dem Begriff der Norm im Sinne des Tatbestands zu fassen.⁵⁴²

Fraglich ist, ob die Entscheidung des Amtsgerichts von Neapel – zumindest so wie sie begründet wurde – dem Kriterium der Bestimmtheit genügt. Auch bei ihr steht die Auslegung im Vordergrund. Allerdings ging es dem Richter mit der Formulierung der „*violazione di un sistema di norme*“ nicht um die Interpretation einer einzelnen Norm, sondern um die einer Mehrzahl von Bestimmungen. Als „verletzbar Norm“ wird ein Rechtssatz aus dem Gesetz in seiner

⁵⁴¹ Allerdings darf die objektive Theorie nicht zur Anwendung kommen. Sie hat ihren Ursprung darin, daß eine historische Gesetzesbestimmung nicht der aktuellen Rechtsordnung bzw. den aktuellen Anforderungen entspricht. Wenn in der Norm die gesetzgeberische Antwort auf ein anhaltendes Problem zum Ausdruck kommt, ist der Wille der Legislative maßgebend. So liegt der Fall bei der Reform des Tatbestands des Amtsmißbrauchs. Vgl. auch Zagrebelsky, *Manuale di diritto costituzionale*, Vol. I, S. 75.

⁵⁴² Im konkreten Fall hätte man das Erfordernis der Unparteilichkeit bereits in den Begriff des „concorso“ hineinlesen können, so daß der angeklagte Prüfer schon gar kein Auswahlverfahren durchgeführt hätte. Das teleologische Moment wäre dann vorgezogen.

Gesamtheit extrahiert. Wenn das Gericht auch die Verletzung eines Systems von Normen als eine Normverletzung im Sinne von Art. 323 c.p. ansieht, dann steht also im Grunde die Auslegung eines Gesetzes nach dem Sinn und Zweck dahinter.⁵⁴³ Da der Tatbestand des Amtsmißbrauchs von „*norme*“, also dem Plural von Norm spricht, erscheint eine solche Deutung nicht von vornherein ausgeschlossen. Dennoch ist sie abzulehnen. Zum einen hätte der Gesetzgeber in diesem Fall auch allein eine Verletzung von Gesetzen und Verordnungen fordern können, ohne den Zusatz der Normen.⁵⁴⁴ Wenn man dem Gericht folgen würde, hätte letzterer keine spezielle und vor allen Dingen keine einschränkende Bedeutung. Dies war jedoch das Ziel der Legislative, und es läßt sich auch aus dem Wortlaut der Vorschrift lesen. Die Voraussetzung der Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen verdeutlicht, daß lediglich spezifische Bestimmungen relevant sind.⁵⁴⁵ Das bedeutet aber auch, daß ein Rechtssatz „zwischen den einzelnen Normen“, sozusagen „zwischen den Zeilen“, nicht ausreichend ist, sondern daß konkrete Normen betroffen sein müssen. Zum anderen hat diese Lösung eine unzureichende Bestimmtheit des strafbaren Verhaltens zur Folge. Das Tatverhalten wird nicht allein aus einer Zusammenschau von Art. 323 c.p. und einer ihn ausfüllenden Vorschrift determiniert, sondern zum Tatbestand kommt noch die Interpretation des gesamten Regelwerks. Für die Gesetzesunterworfenen ist es nicht mehr allein ausreichend, die Strafvorschrift und die sie ergänzenden Bestimmungen zu kennen, sondern zudem ist noch das Wissen um die Einbettung letzterer in ein Gefüge und die teleologische Interpretation des Gesamten erforderlich. Damit wäre der Tatbestand des Amtsmißbrauchs nicht mehr hinreichend konkret.⁵⁴⁶ Im Gegensatz zur Entscheidung *Bocchiotti* der *Cassazione* geht die vom Tribunale von Neapel formulierte Lösung über die teleologische Interpretation einer einzelnen Bestimmung hinaus. Das Bestimmtheitsgebot bei *Bocchiotti* gewahrt zu sehen, hingegen hier nicht, stellt somit keinen Widerspruch dar.

c) Begriff der Gesetzes- und Verordnungsnormen im einzelnen

aa) Gesetzesnormen

Unter dem Begriff „*legge*“ im Sinne des Art. 323 c.p. sind unproblematisch die Verfassung, die die Verfassung ändernden und die mit der Verfassung ranggleichen Gesetze, die formellen Gesetze, die Gesetzesverordnungen und Verordnungen mit Gesetzeskraft, die Statuten und Gesetze der Regionen sowie

⁵⁴³ Vgl. Cupelli, Cass. pen., 2001, 1030, 1035.

⁵⁴⁴ Vgl. dies hervorhebend auch Masullo, Cass. pen., 1999, 1763, 1767.

⁵⁴⁵ Ebenso Masullo, Cass. pen., 1999, 1763, 1768.

⁵⁴⁶ Ebenso Cupelli, Cass. Pen., 2001, 1030, 1035.

die Gesetze der autonomen Provinzen zu verstehen.⁵⁴⁷ Von mancher Seite werden auch die Statuten der Provinzen und Kommunen als Gesetze angesehen.⁵⁴⁸

(1) *Verfassungsnormen*

Wenn demnach grundsätzlich die Verfassung mit einzuschließen ist,⁵⁴⁹ dann stellt sich die Frage, ob es auch Verfassungsbestimmungen gibt, deren Verletzung den Tatbestand des Amtsmissbrauchs erfüllen kann. Hier kommen insbesondere Art. 97 Abs. 1 Cost. mit den Prinzipien der guten Verwaltungsführung und der Unparteilichkeit der Verwaltung und Art. 3 Abs. 1 Cost. mit dem Gleichheitsgrundsatz in Betracht.

(a) *Art. 97 Abs. 1 Cost.*

Art. 97 Abs. 1 Cost. lautet: „Die öffentlichen Ämter sind nach Gesetzesbestimmungen in der Weise organisiert, daß der gute Ablauf und die Unparteilichkeit der Verwaltung gewährleistet werden.“⁵⁵⁰ Über die Frage der Erfassung von Art. 97 Abs. 1 Cost. innerhalb des Tatbestands des Amtsmissbrauchs herrscht sowohl in der Rechtslehre als auch in der Rechtsprechung entsprechend der verschiedenen Auslegungsansätze große Uneinigkeit. Diejenigen, die der extensiven Lösung anhängen, subsumieren die Verfassungsnorm unter den Tatbestand. Die Vertreter der restriktiven Auslegung gelangen zum umgekehrten Ergebnis. Ein Teil der Literatur zählt den Art. 97 Abs. 1 Cost. also zu den Gesetzesnormen im Sinne des Art. 323 c.p. Von einigen Autoren wird die Einbeziehung des Art. 97 Abs. 1 Cost. als selbstverständlich angesehen. Art. 97 Cost. sichere die gute Verwaltungsführung und die Unparteilichkeit der Verwaltung und gehöre somit zu den zu beachtenden Gesetzesvorschriften.⁵⁵¹ Manche sehen im Art. 97 Abs. 1 Cost. den Angelpunkt, um die bisher anerkannte und häufig anzutreffende Form des Amtsmissbrauchs, den *eccesso di potere* (Ermessensüberschreitung),

⁵⁴⁷ Segreto/De Luca, 1999, S. 495; D’Avirro, L’abuso di ufficio, 1997, S. 49; Benussi, S. 69.

⁵⁴⁸ So La Rocca, Comuni d’Italia 1991, 53; s. auch Castronovo, Il nuovo testo unico degli enti locali, S. 44, die annimmt, daß die *statuti locali* mit dem Inkrafttreten des verfassungsändernden Gesetzes vom 18.10.2001, Nr. 3, die Wirksamkeit von Gesetzen erlangt hätten. Siehe dazu auch unten B.II.5.c)cc)(1), S. 168 ff., insbes. 169.

⁵⁴⁹ Unstr., siehe u.a. Segreto/De Luca, S. 497.

⁵⁵⁰ Nochmals die italienische Fassung des Art. 97 Abs. 1 Cost.: „I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l’imparzialità dell’amministrazione.“

⁵⁵¹ Grosso, Foro it., 1999, V, Sp. 329, 334; Pagliaro, Principi, 2000, S. 243 f.; Gambardella, in: Lattanzi-Lupo, Art. 323 c.p., S. 196 f.; Manna, L’indice pen., 1998, 13, 20; s. bereits Cicala, Quest. giust., 1996, 321, 322; vgl. D’Avirro, L’abuso di ufficio, 1997, S. 62; Pittaro, La nuova disciplina dell’abuso d’ufficio, S. 26.

auch unter den reformierten Tatbestand des Art. 323 c.p. fassen zu können.⁵⁵² Außerdem wird argumentiert, daß der Art. 97 Abs. 1 Cost. lediglich zu einer rein programmatischen, deklarativen Bestimmung degradiert würde, blieben die Fälle straflos, in denen keine Kompetenz- oder Verfahrensnormen, wohl aber das Gebot der Unparteilichkeit oder die Prinzipien der guten Verwaltung verletzt wurden. In solchen Fällen des Verstoßes gegen das verfassungsmäßige Prinzip aus Art. 97 Abs. 1 Cost. müsse also eine Gesetzesverletzung im Sinne des Art. 323 c.p. anerkannt werden.⁵⁵³ Der andere Teil der Rechtslehre hingegen verlangt als Gesetzesnorm im Sinne des Art. 323 c.p. eine gesetzliche Bestimmung, die eine genaue Vorschrift zum Inhalt hat, also vom Amtsträger ein spezifisches Verhalten fordert.⁵⁵⁴ Auszuschließen seien daher sowohl die Normen, die einen abstrakten Bezug zu den Verfassungsprinzipien der guten Verwaltungsführung und der Unparteilichkeit der Verwaltung haben und das Ermessen des Amtsträgers betreffen,⁵⁵⁵ als auch generelle Normen und die genannten Verfassungsprinzipien an sich.⁵⁵⁶ Begründet wird diese Auffassung mit der Zielsetzung der Reform von 1997, den Anwendungsbereich der Norm einzuschränken und den Tatbestand bestimmter zu formulieren.⁵⁵⁷ Außerdem sei sonst letztlich der Rechtmäßigkeitsmangel der Ermessensüberschreitung erfaßt, was gerade verhindert werden sollte.⁵⁵⁸ In der Rechtsprechung ergibt sich lediglich scheinbar ein eindeutig ablehnendes Bild. Wie bereits dargelegt, ist das oberste Gericht in der Entscheidung *Tosches* explizit auf Art. 97 Abs. 1 Cost. eingegangen. Es hat klargestellt, daß die Norm zu unbestimmt sei, um das Tatbestandsmerkmal der Gesetzesnorm auszufüllen.⁵⁵⁹ Ihm sind beispielsweise das Kassationsgericht im Fall *Mannucci* und das Tribunale von Neapel in der oben dargelegten Entscheidung ausdrücklich gefolgt,⁵⁶⁰ auch wenn sie mit ihren Argumentationen das restriktive *Tosches*-Urteil im Ergebnis konterkarieren. Ihre Lösungen verleugnen dessen bewußte Einschränkung und unterscheiden sich letzten Endes kaum von dem Standpunkt, der die generel-

⁵⁵² Manna, *L'indice pen.*, 1998, 13, 20 ff.; Leoni, S. 38.

⁵⁵³ Laudi, *Dir. pen. proc.*, 1997, 1050, 1051; La Greca, *Foro it.*, 1998, II, Sp. 381, 383.

⁵⁵⁴ Benussi, S. 66; Della Monica, *Eccesso di potere*, S. 71.

⁵⁵⁵ Padovani, *Legisl. pen.*, 1997, 741, 745; Benussi, S. 66 f.

⁵⁵⁶ Benussi, S. 67 f.

⁵⁵⁷ Benussi, S. 66; vgl. Fiandaca/Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2002, S. 247.

⁵⁵⁸ Forlenza, *Guida al dir. vom 7.3.1998*, Nr. 9, 71, 72.

⁵⁵⁹ Cass., Sez. II, 4.12.1997, *Tosches*, *Guida al dir. vom 7.3.1998*, Nr. 9, 67, 69; demfolgend G.u.p. Trib. Catania, 15.7.1998, Cass. pen., 1999, 722, ohne allerdings Art. 97 Cost. in diesem Zusammenhang explizit zu erwähnen; Cass., 28.4.1999, C.E.D. Cass., n. 214180; erstaunlicherweise aber auch Trib. di Napoli, 30.11.1999, Cass. pen., 2001, 1027, 1028. Das Erfordernis der Bestimmtheit des Straftatbestands des Amtsmißbrauchs hervorhebend und gegen den Einschluß der Ermessensüberschreitung Cass., Sez. VI, 10.11.1997, Marconi, RV209774; vgl. auch Sez., VI, 18.11.1997, Fricano ed altro, RV209479; Sez. VI, 17.2.1998, Ferrante ed altri, RV210402.

⁵⁶⁰ Cass., Sez. VI, 9.2.1998, *Manucci*, Cass. pen., 1999, 1761, 1762; Trib. di Napoli, 30.11.1999, Cass. pen., 2001, 1027, 1028.

len und programmatischen Normen wie Art. 97 Abs. 1 Cost. innerhalb des Amtsmißbrauchstatbestands gelten läßt.⁵⁶¹

Wendet man die oben hervorgehobenen Kriterien auf die Verfassungsbestimmung an, ist nach dem korrekten Adressaten, der konkreten Handlungsanweisung sowie der sonstigen hinreichenden Bestimmtheit zu fragen. Würde allein vom Wortlaut des Art. 97 Abs. 1 Cost. ausgegangen, wäre seine Qualifizierung als Gesetzesnorm im Sinne des Art. 323 c.p. mehr als fraglich. Er ist explizit an niemanden adressiert und enthält ebenfalls kein ausdrückliches Handlungsgebot oder -verbot. In der Literatur zum öffentlichen Recht finden sich deshalb auch Stimmen, die dem Artikel einen Vorschriftencharakter (*carattere precettivo*) absprechen und in ihm lediglich eine programmatische Zielsetzung sehen.⁵⁶² Da er aber auf Gesetzesbestimmungen Bezug nimmt, nach denen die öffentlichen Ämter organisiert sein sollen, läßt der Text zumindest einen impliziten Auftrag an den Gesetzgeber erkennen. Die Legislative hat durch entsprechende Gesetze dafür Sorge zu tragen, daß die öffentliche Verwaltung nach den Prinzipien des *buon andamento* und der *imparzialità* organisiert wird.⁵⁶³ In der Tat sieht die Literatur und Rechtsprechung heute ganz überwiegend den Art. 97 Abs. 1 Cost. als eine echte Vorschrift an.⁵⁶⁴ Dem ist jedenfalls zu folgen. Damit wird bereits an dieser Stelle deutlich wird, daß das Argument, Art. 97 Abs. 1 Cost. würde zu einer bloßen deklarativen Norm degradiert, bestrafte man nicht die Fälle des offenkundigen Verstoßes gegen den guten Ablauf oder die Unparteilichkeit der Verwaltung, nicht tragbar ist. Als Bestimmung, die sich jedenfalls an den Gesetzgeber mit einem Auftrag richtet, hat sie ohnehin ihre, nicht lediglich deklarative Bedeutung.⁵⁶⁵ Des weiteren obliegt der Schutz der verfassungsmäßigen Prinzipien nicht allein dem Strafrecht. Verwaltungsrechtliches Unrecht kann auch durch Vorschriften sanktioniert werden, die nicht die verfassungsrechtlich gebotene Bestimmtheit wie Strafrechtsnormen aufweisen müssen.⁵⁶⁶ Dies wurde auch explizit vom Verfassungsgericht unterstrichen, als es eine Vorlage mit der Frage der Verfassungswidrigkeit des Amtsmißbrauchs wegen Verletzung von Art. 97 Abs. 1 Cost. als unzulässig

⁵⁶¹ Vgl. auch die Kommentierung der Entscheidung *Mannucci* bei Grosso, Foro it., 1999, V, Sp. 329, 336.

⁵⁶² Ballardore Pallieri, La nuova costituzione italiana, S. 164; Satta, Introduzione ad un corso di diritto amministrativo, S. 35. Siehe in der Rspr. Cass., Sez. VI 03/226706, zitiert nach Cerqua, in: Crespi/Stella/Zuccala, Art. 323 c.p., VII, Nr. 1.

⁵⁶³ Corte Cost., 10.5.1982, n. 86, C.S., 1982, II, 625.

⁵⁶⁴ Siehe nur Giannini, Corso di dir. amm., S. 98; Casetta, Compendio di dir. amm., S. 16; in der Rechtsprechung Corte Cost., 10.5.1982, n. 86, C.S., 1982, II, 625; Corte Cost., 19.1.1989, n. 18, C.S., 1989, II, 20, 41; Corte Cost., 28.6.1995, n. 281, C.S., 1995, II, 995, 998 f.

⁵⁶⁵ Polemisch ließe sich dem Vorwurf begegnen, daß er schon deshalb nicht schlüssig ist, weil sicherlich nicht erst die Reform des Amtsmißbrauchs von 1997 der verfassungsrechtlichen Norm ihren Sinn gegeben hat.

⁵⁶⁶ Pavan, Riv. trim. dir. pen. econ., 1999, 283, 292.

und offensichtlich unbegründet zurückwies.⁵⁶⁷ Darüber hinaus wird Art. 97 Abs. 1 Cost. allgemein über ihren Wortlaut hinaus ausgelegt. Als Adressat wird neben dem Gesetzgeber auch die Verwaltung selbst gesehen. Umstritten ist aber ihr Anwendungsbereich hinsichtlich der Verwaltungstätigkeit. Die sogenannte traditionelle Ansicht beschränkt diesen allein auf die Verwaltung, die sich selbst organisiert. Bei der Organisation ihrer Behörden, der Einrichtung von Stellen, der Verteilung von Kompetenzen und Verantwortung, aber auch bei den öffentlichen Auswahlverfahren (*concorsi pubblici*) sei sie an die Prinzipien der guten Verwaltungsführung und der Unparteilichkeit der Verwaltung gebunden.⁵⁶⁸ Die Organisation der Verwaltung sei einerseits das Fundament für Verwaltungstätigkeit und andererseits Ergebnis von selbiger.⁵⁶⁹ Mit der Organisation der öffentlichen Ämter im Sinne der Verfassungsnorm hänge demnach die Funktion der Organisation, also die Organisationsgewalt, die zum Teil in die Kompetenz der Verwaltung selbst falle, zusammen.⁵⁷⁰ Die Auffassung stützt sich auch auf den in Art. 97 Abs. 1 Cost. enthaltenen Gesetzesvorbehalt. Denn dieser wird unstreitig nicht als absolut, sondern als relativ interpretiert,⁵⁷¹ so daß die Verwaltung mittels interner Vorschriften sich selbst organisieren könne.⁵⁷² Tatsächlich hätte der Gesetzesvorbehalt wenig Sinn, wenn man die Prinzipien direkt auf jedes Verwaltungshandeln anwenden wollte. Dann hätte in der Verfassung lediglich bestimmt werden können, daß die administrative Gewalt nach einem geordneten Verfahren und objektiv tätig zu sein hat. Damit wäre klar gewesen, daß sowohl der konzipierende Gesetzgeber als auch der ausführende Beamte den Prinzipien verpflichtet ist.⁵⁷³ Dieser Ansicht zufolge richtet sich Art. 97 Abs. 1 Cost. an den Gesetzgeber und an die Verwaltung, insoweit sie sich durch reglementierende Akte selbst organisiert. Lediglich bei letzterer Verwaltungstätigkeit könnte er demnach als Gesetzesnorm im Sinne des Art. 323 c.p. relevant werden.⁵⁷⁴

Demgegenüber ist nach der möglicherweise sogar herrschenden Ansicht der Anwendungsbereich der Norm auf keine bestimmte Verwaltungstätigkeit begrenzt. Jegliches Handeln der Verwaltung und nicht lediglich die Organisationsgewalt müsse den Prinzipien der guten Verwaltungsführung und der Unparteilich-

⁵⁶⁷ Corte Cost., 15.12.1998, n. 447; Cass. pen., 1999, 1373, 1375.

⁵⁶⁸ Vgl. Corte Cost., 19.7.2000, n. 300, Foro amm., 2000, 2052; Corte Cost., 28.6.1995, n. 281, C.S., 1995, II, 995, 996; in der Literatur Giannini, Corso di dir. amm., S. 98; Casetta, Compendio di dir. amm., S. 17; Carusi, in: Crisafulli/Paladin, Cost., Art. 97, VI, Rdn. 1.

⁵⁶⁹ Carusi, in: Crisafulli/Paladin, Cost., Art. 97, VI, Rdn. 1.

⁵⁷⁰ Carusi, in: Crisafulli/Paladin, Cost., Art. 97, VI, Rdn. 2.

⁵⁷¹ Carusi, in: Crisafulli/Paladin, Cost., Art. 97, VI, Rdn. 8; Corte Cost., 22.2.1989, n. 88, Quaderni reg., 1989, 1437.

⁵⁷² Siehe Corte Cost., 22.2.1989, n. 88, Quaderni reg., 1989, 1437.

⁵⁷³ Vgl. Segreto/De Luca, 1999, S. 498.

⁵⁷⁴ So auch Cass., Sez. VI 02/222569, zitiert nach Cerqua, in: Crespi/Stella/Zuccala, Art. 323 c.p., VII, Nr. 1.. Vgl. Segreto/De Luca, 1999, S. 498.

keit der Verwaltung entsprechen.⁵⁷⁵ Hiernach könnte Art. 97 Abs. 1 Cost. grundsätzlich eine verletzbarere Gesetzesnorm des Art. 323 c.p. sein. Wird die teleologische Interpretation von den Tatbestand des Amtsmißbrauchs ausfüllenden Gesetzesnormen zugelassen, dann könnte mit der herrschenden Ansicht der Verwaltungsrechtsliteratur argumentiert werden, daß es letztlich Sinn und Zweck der Verfassungsbestimmung ist, eine ordnungsgemäße und objektive Verwaltungstätigkeit des einzelnen Funktionärs zu garantieren. Folglich könnten der Amtsträger und der mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten Adressaten der Norm sein. Verhaltensanweisung wäre dann die Ausübung der übertragenen Befugnisse in einer Weise, in der die Prinzipien aus Art. 97 Abs. 1 Cost. gewahrt werden. Allerdings würde es sich um ein allgemeines Verhaltensgebot handeln, das dem Verwaltungsangehörigen kein konkretes Tun abverlangt. Es wäre lediglich ein Verweis auf die Prinzipien der guten Verwaltungsführung und der Unparteilichkeit der Verwaltung. Bezöge man daher Art. 97 Abs. 1 Cost. in dieser Auslegung im Rahmen des Art. 323 c.p. ein, würde sich der Tatbestand des Amtsmißbrauchs im Grunde wie folgt lesen: „Ein Amtsträger oder ein mit einem öffentlichen Dienst Beauftragter, der in Abwicklung seiner Funktionen oder seines Dienstes durch Verletzung des guten Ablaufs oder der Unparteilichkeit der öffentlichen Verwaltung anderen einen unrechtmäßigen Schaden zufügt oder sich einen unrechtmäßigen Vermögensvorteil verschafft, . . .“.⁵⁷⁶ Die Tatumschreibung wäre mithin wesentlich allgemeiner, als es der Gesetzgeber 1997 formulierte. Gegnern vom Einbezug der Verfassungsnorm ist an dieser Stelle recht zu geben, daß er auf die komplizierte Fassung des Art. 323 c.p. hätte verzichten können. Das hat die Legislative aber nicht gemacht. Die Verwendung des Merkmals der Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen zeugt von ihrem ausdrücklich erklärten Willen, den Tatbestand des Art. 323 c.p. deutlich enger als die vorangegangene Vorschrift zu fassen, um so der Justiz weniger Eingriffsmöglichkeiten zu gewähren. Der Einbezug des Art. 97 Abs. 1 Cost. würde diesem Bemühen des Reformgesetzgebers zuwider laufen.⁵⁷⁷

Ungeachtet dessen ist aber entscheidend, ob die Begriffe des *buon andamento* und der *imparzialità* der Verwaltung hinreichend bestimmt sind, um durch sie die Strafbarkeit eines Verhaltens vorzugeben.⁵⁷⁸ Es ist zwischen der guten Verwaltungsführung und der Unparteilichkeit zu unterscheiden.

⁵⁷⁵ Cons. St., Sez. VI, 25.9.1995, n. 755, Foro amm., 1995, 1845; in der Literatur Carusi, in: Crisafulli/Paladin, Cost., Art. 97, VI, Rdn. 3; Allegretti, Dig. discipl. pubbl., Vol. VIII, 131, 135; Casetta, Compendio di dir. amm., S. 16 ff.; vgl. Giannini, Corso di dir. amm., S. 98.

⁵⁷⁶ So auch Carmona, Cass. pen., 1998, 1843, 1846.

⁵⁷⁷ Fiandaca/Musco, Diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2002, S. 247; vgl. Forlenza, Guida al dir. vom 7.3.1998, Nr. 9, 71, 72.

⁵⁷⁸ Vgl. Carmona, Cass. pen., 1998, 1843, 1846.

Das Prinzip der guten Verwaltungsführung ist als Begriff zur Vorgabe strafrechtlich relevanten Verhaltens nicht geeignet.⁵⁷⁹ Es handelt sich um ein Prinzip, welches konkretisierungsbedürftig ist;⁵⁸⁰ sei es durch richterliche Auslegung, sei es durch den Gesetzgeber.⁵⁸¹ Als verfassungsrechtlicher Begriff ist seine Eingrenzung durch das Verfassungs- oder Verwaltungsrecht nicht wünschenswert. Neben der Rechtmäßigkeit der Verwaltungstätigkeit könnte zur guten Verwaltungsführung auch ein effizientes Handeln sowie Fleiß, Eifer und Hingabe der Verwaltungsangehörigen gerechnet werden. Diese Parameter können das Bestimmtheitserfordernis von Strafgesetzen aber nicht erfüllen. Eine Beschränkung der guten Verwaltungsführung durch strafrichterlicher Auslegung allein auf das rechtmäßige Verwaltungshandeln wäre im Rahmen von Art. 323 c.p. zirkulär. Bei der Prüfung der Tatbestandsvoraussetzung der Verletzung von Gesetzesnormen, würde die Einbeziehung eines so interpretierten Art. 97 Abs. 1 Cost. zur Verweisung auf die Verletzung von Verwaltungsgesetzen führen. Durch den Einbezug der Verfassungsbestimmung wäre also nichts gewonnen. Der Begriff des *buon andamento dell'amministrazione* bedarf der legislativen Konkretisierung, um als Merkmal eines Straftatbestands fungieren zu können.⁵⁸²

Das Gebot der Unparteilichkeit läßt sich als eine Anweisung zu einer objektiven und neutralen Amtsführung frei von Diskriminierung und Ungleichbehandlung aus sachfremden Gründen übertragen und ist so hinreichend konkret. Zwar handelt es sich auch um ein Prinzip, das konkretisiert werden kann, es ist aber zur Verwendung in einem Strafgesetz bereits ohne Spezifizierung bestimmt genug. Die Unparteilichkeit der Verwaltung ist verletzt, wenn sachfremde Erwägungen in eine Verwaltungsentscheidung einfließen und dadurch Bürger oder Unternehmen ohne sachlichen Grund ungleich behandelt werden. Eine Konkretisierung durch Verwaltungsgesetze ist möglich, aber nicht erforderlich. *Benussi* hingegen verlangt sie und bringt das Beispiel von Art. 24 des Gesetzes vom 11. Februar 1994, Nr. 109. Die Vorschrift legt fest, daß bei einer Ausschreibung der öffentlichen Hand mindestens fünfzehn Firmen zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden müssen. Vor Erlass der Vorschrift habe es eine uneinheitliche Sichtweise gegeben, ab welcher Anzahl von eingeholten Firmenangeboten eine parteiliche Steuerung der Ausschreibung auszuschließen sei. So sei der Verwaltungsrichter zu einem „Gesetzgeber von Fall zu Fall“ geworden. Erst das besagte Gesetz von 1994 habe Klarheit gebracht.⁵⁸³ Richtig ist, daß

⁵⁷⁹ Vgl. auch Cass., Sez. VI 03/226706, zitiert nach Cerqua, in: Crespi/Stella/Zuccala, Art. 323 c.p., VII, Nr. 1.

⁵⁸⁰ Benussi, S. 95.

⁵⁸¹ Zur Problematik der Konkretisierung durch Verordnungen unter dem Gesichtspunkt des Gesetzesvorbehalts für Strafvorschriften siehe unten S. 162.

⁵⁸² Der Gesetzgeber muß das Prinzip mithilfe konkreter Handlungsanweisungen ausfüllen, siehe dazu Allegretti, Dig. discipl. pubbl., Vol. VIII, 131, 137 ff.; Benussi, S. 96.

⁵⁸³ Benussi, S. 96.

das Gesetz die Feststellung eines verwaltungsrechtlichen Verstoßes vereinfacht. Es erleichtert auch den Strafgerichten die Prüfung des Tatbestandsmerkmals der Verletzung von Gesetznormen im Rahmen von Art. 323 c.p. Allerdings erfordert der Bestimmtheitsgrundsatz nicht die Konkretisierung des Begriffs der Unparteilichkeit. Die Schwierigkeit der Annahme von parteilichem Verhalten liegt nicht in der Unbestimmtheit des Begriffs der Parteilichkeit bzw. der Unparteilichkeit. Vielmehr ist sie in der prozessualen Feststellung des *dolus* zu sehen. Ob eine sachlich ungerechtfertigte Ungleichbehandlung vorliegt, läßt sich objektiv feststellen. Die Kriterien einer sachgerechten Verwaltungsentscheidung sind verifizierbar und bilden den Vergleichsmaßstab. Erlauben diese Kennzeichen keine ungleiche Behandlung, liegt objektiv parteiliches Verhalten vor. Der Nachweis des entsprechenden Vorsatzes ist problematisch. Darin unterscheidet sich der Begriff der Unparteilichkeit aber nicht von anderen Tatbestandsmerkmalen, die sich auf der subjektiven Tatseite spiegeln müssen. Im Übrigen ist die Feststellung von Verwaltungsunrecht und Kriminalunrecht unterschiedlich. Während dem Verwaltungsrichter der Befund eines Rechtsverstoßes des Beamten unabhängig von dessen tatsächlichen Intentionen ausreicht, muß der Strafrichter auf jeden Fall den Vorsatz des Täters untersuchen. Selbst wenn der angeklagte Beamte im Ausschreibungsverfahren beispielweise zwanzig Angebote eingeholt hat, kann seine Auswahl auf persönliche Motive beruhen und insofern parteilich sein. Ebenso mag seine Entscheidung strafrechtlich irrelevant sein, obwohl er lediglich eine geringe Zahl von Offerten einbezogen und er nach dem Verwaltungsrecht rechtswidrig gehandelt hat. Die Objektivierung von Verwaltungsunrecht muß im Strafrecht nicht zu gleichen Ergebnissen führen. Das zitierte Gesetz erleichtert lediglich die Feststellung der Verletzung einer Gesetznorm. Das Prinzip der Unparteilichkeit an sich ist aber zur Verwendung innerhalb eines Strafgesetzes hinreichend bestimmt.

Insoweit es daher um eine Verletzung des Prinzips der *imparzialità* geht, ist Art. 97 Abs. 1 Cost. zu den Gesetznormen im Sinne des Art. 323 c.p. zu rechnen.⁵⁸⁴

(b) *Art. 3 Abs. 1 Cost.*

Gemäß Art. 3 Abs. 1 Cost. haben alle Bürger die gleiche soziale Würde und sind vor dem Gesetz gleich, ohne Unterscheidung des Geschlechts, der Rasse, der Sprache, der Religion, der politischen Ansichten sowie der persönlichen und sozialen Zustände. Wie Art. 3 des deutschen Grundgesetzes beinhaltet

⁵⁸⁴ Ebenso Tesauero, *Il foro it.*, 2003, Sp. 483, 492 f., vgl. Trib. Roma, 17.9.1997, Riv. pen., 1998, 270, 271 f. Es mag im Einzelfall allerdings gar nicht nötig sein, auf Art. 97 Abs. 1 Cost. zurückzugreifen. Vielfach hat der Gesetzgeber das Prinzip der Unparteilichkeit in einfachen Gesetzen umgesetzt, die mithin spezieller als das Prinzip selbst sind.

die Verfassungsbestimmung somit einen Gleichheitsgrundsatz.⁵⁸⁵ Würde diese Verfassungsvorschrift als Gesetzesnorm im Sinne des Art. 323 c.p. verstanden, hätte wiederum der verwaltungsrechtliche Rechtswidrigkeitsgrund der Ermessensüberschreitung Eingang in den Tatbestand des Amtsmißbrauchs gefunden. Wie oben gesehen, stellt nämlich die Ungleichbehandlung einen ihrer symptomatischen Fälle dar. Allerdings ist nicht von vornherein jede Norm ausgeschlossen, nur wenn sie eine Figur der Ermessensüberschreitung regelt. Vielmehr ist entscheidend, ob die Vorschrift an den einzelnen Verwaltungsangehörigen ein Verhaltensgebot adressiert und darüber hinaus noch den Anforderungen hinreichender Bestimmtheit genügt. Sind diese Voraussetzungen gegeben und wird die Norm verletzt, handelt es sich eigentlich ohnehin nicht mehr um den *vizio di eccesso di potere*, sondern um den *vizio di violazione di legge*, also um den verwaltungsrechtlichen Mangel der Gesetzesverletzung,⁵⁸⁶ der ja zweifelsohne von Art. 323 c.p. erfaßt wird.⁵⁸⁷

Um Art. 3 Abs. 1 Cost. als Gesetzesnorm im Sinne des Straftatbestands des Amtsmißbrauchs werten zu können, muß sich die Vorschrift an die einzelnen Verwaltungsangehörigen mit einer hinreichend bestimmten Verhaltensanweisung richten. Dem Wortlaut nach handelt es sich bei Art. 3 Abs. 1 Cost. zwar lediglich um eine Feststellung, an ihrem normativen Charakter besteht indes kein Zweifel. Als Adressat sind weder einzelne Personen noch eine Staatsgewalt in ihrer Gesamtheit bzw. die öffentliche Verwaltung als Teil der Exekutive benannt. Einhellig liest jedoch die Lehre wie auch die Praxis in das Gleichheitsgebot sowohl eine Rechtssetzungs- als auch eine Rechtsanwendungsgleichheit hinein.⁵⁸⁸ Folglich richtet es sich wie im deutschen Recht auch⁵⁸⁹ nicht nur an den Gesetzgeber, sondern ebenfalls an die einzelnen Richter und Gesetze ausführenden Amtsträger.⁵⁹⁰ Die Transformation der Verfassungsbestimmung in eine einfachgesetzliche Verwaltungsvorschrift, die das Diskriminierungsverbot für den Einzelfall konkretisiert, ist nicht notwendigerweise erforderlich. Damit ist das Kriterium des richtigen Adressaten erfüllt. Die Verhaltensanweisung könnte in der Verpflichtung zu erblicken sein, die Bürger bei der Verwaltungs-

⁵⁸⁵ Art. 3 I Cost. lautet: „*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alle legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.*“

⁵⁸⁶ Erneut sei daran erinnert, daß die Legislative die Verwaltungsangehörigen heute in Art. 3 des Gesetzes Nr. 241 vom 7. August 1990 verpflichtet, Verwaltungsakte zu begründen, während die mangelnde Begründung von der Rechtsprechung ursprünglich als ein Fall der Ermessensüberschreitung entwickelt worden war.

⁵⁸⁷ Benussi, S. 94.

⁵⁸⁸ Siehe bspw. Balladore Pallieri, *Diritto costituzionale*, S. 437.

⁵⁸⁹ Maunz/Dürig-Dürig, Art. 3 GG, Rdn. 292; NK-Bergmann, Art. 3 GG, Rdn. 4; von Münch/Kunig-Gubelt, Art. 3 GG, Rdn. 8.; Dreier-Heun, Art. 3 GG, Rdn. 46 ff., 55; Umbach/Clemens-Paehlke-Gärtner, Art. 3 GG, Rdn. 45 ff.

⁵⁹⁰ Selbst wenn man – im Gegensatz zur deutschen Grundgesetzbestimmung – in erster Linie den Gesetzgeber verpflichtet sehen möchte, siehe Cuocolo, *Principi di dir. cost.*, S. 359.

tätigkeit gleich zu behandeln und nicht aufgrund der angegebenen Merkmale zu diskriminieren. Fraglich ist, ob sie als hinreichend bestimmt zu qualifizieren ist, so daß es zulässig wäre, ihre Verletzung im Delikt des Amtsmißbrauchs zu bestrafen. Immerhin handelt es sich in erster Linie um einen Grundsatz, nämlich dem, die Bürger bei der Verwaltungstätigkeit gleich zu behandeln, und nicht um eine Handlungsanweisung in einer bestimmten Situation. So muß der Teil der Rechtslehre, der bei der Interpretation des Merkmals der Gesetzesnormen zwischen Regeln und Prinzipien unterscheidet, Art. 3 Abs. 1 Cost. ausschließen, sofern er auf das in ihm enthaltene Gleichheitsprinzip abstellt. Allerdings sind Normen nicht zu unbestimmt, nur weil sie generell-abstrakte Regelungen treffen. Art. 3 Abs. 1 Cost. legt ein Verhaltensgebot für das gesamte Verwaltungshandeln fest. Entscheidend ist, ob es konkret genug ist, um eine Strafbestimmung auszufüllen. Als Anweisung an den Amtsträger bzw. den mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten ist die Vorschrift so zu lesen, daß diese verpflichtet sind, bei ihrer Tätigkeit gegenüber dem Bürger keinen Unterschied aufgrund des Geschlechts, der Rasse, der Sprache, der Religion, der politischen Ansichten oder wegen der persönlichen und sozialen Zustände zu machen. Die Kriterien, die nicht in die Verwaltungsentscheidung einfließen dürfen, sind abschließend aufgezählt. Ihr Bedeutungsgehalt ist jedermann ohne eine eingehende Interpretation zugänglich. Auch wenn das Verhaltensgebot für unbestimmt viele Fälle gilt, ist es doch hinreichend konkret und damit bestimmt. Ein Beamter darf beispielsweise die Auszahlung von Sozialhilfe nicht deshalb verweigern, weil der Anspruchsberechtigte muslimischen Glaubens oder dunkelhäutig ist. Ein Verstoß hiergegen bei Vorliegen sämtlicher weiterer Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 323 c.p. zieht eine Strafbarkeit wegen Amtsmißbrauchs nach sich.

Damit handelt es sich bei Art. 3 Abs. 1 Cost um eine Gesetzesnorm im Sinne des Tatbestands.⁵⁹¹

(2) *Generelle (einfachgesetzlichen) Normen*

In einigen Gesetzen, die sich auf die öffentliche Verwaltung beziehen, sind sehr allgemein formulierte Normen enthalten. So hat sich beispielsweise der Angestellte gemäß Art. 13 d.P.R. Nr. 3 von 1957 „in Übereinstimmung mit dem Gesetz mit Fleiß und in der besten Weise um das Interesse der Verwaltung zum öffentlichen Wohl“ zu sorgen. Art. 8 des Gesetzes vom 20. März

⁵⁹¹ Amara, Cass. pen., 1999, 736; Siehe auch – allerdings mit Bezug auf die Komponente der Unparteilichkeit des Art. 97 Abs. 1 Cost. – Tesaurò, Il foro it., 2003, Sp. 483, 492 f. Vgl. Segreto/De Luca, 1995, S. 504, die damals eine Verletzung sowohl von Art. 97 Cost. als auch von Art. 3 Cost. nicht als eine Figur des *eccesso di potere* ansahen, sondern unter den Rechtswidrigkeitsgrund der Gesetzesverletzung subsumierten; zustimmend D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1997, S. 61 f.

1975, Nr. 70, fordert demgegenüber von den Zivilangestellten des Staates und den Angestellten öffentlicher Einrichtungen, daß „die eigene Arbeit mit Fleiß und Eifer zu leisten“ ist. Nach Art. 1 des Gesetzes vom 7. August 1990, Nr. 241, „verfolgt die Verwaltungstätigkeit die gesetzlich festgelegten Ziele und ist bestimmt von Kriterien der Wirtschaftlichkeit, der Effektivität und der Öffentlichkeit“. Diese Bestimmungen sind als einfachgesetzliche Umsetzungen der Verfassungsprinzipien der guten Verwaltungsführung und der Unparteilichkeit der Verwaltung zu sehen.⁵⁹² Sie sind Gesetzesvorschriften mit Regelungsgehalt, und zumindest die ersten beiden Beispielsnormen wenden sich ausdrücklich an den einzelnen in der Verwaltung Tätigen.⁵⁹³ Ein Teil der Rechtslehre betont aus diesen Gründen ihre Relevanz im Rahmen des Amtsmißbrauchs. Es findet sich die Argumentation, wenn schon nicht Art. 3 Abs. 1 und Art. 97 Abs. 1 Cost. herangezogen würden, so seien doch zumindest die entsprechenden Normen aus den einfachen Gesetzen unter „Gesetzesnormen“ im Sinne des Art. 323 c.p. zu fassen.⁵⁹⁴

Fraglich ist, ob diese Auffassung aufrechterhalten werden kann. Die richtige Adressierung sowie eine Verhaltensanweisung sind stets gegeben. Problematisch ist jedoch die hinreichende Bestimmtheit der Gebote. Ihre Umschreibung mittels Substantiven wie „Fleiß“, „beste Weise“ oder „Effektivität“ ist nicht geeignet, das strafbare Verhalten eindeutig festzulegen. Diese Begriffe sind weder allein deskriptiv noch normativ, sondern schlicht zu vage, als daß sie einer allgemeinverbindlichen Interpretation zugänglich wären. Dadurch ist es den Gesetzesunterworfenen unmöglich, die Strafbarkeit eines Amtshandelns im voraus mit Sicherheit zu erkennen. Letztlich wäre die Bestimmung des zu pönalisierenden Verhaltens Aufgabe der Strafgerichte und nicht, wie von Art. 25 Abs. 2 Cost. gefordert, des Gesetzes. Damit wäre dem Gebot der *lex certa* nicht Genüge getan. Die Formulierungen der genannten Artikel sind demnach so generell und allgemein gehalten, daß das strafbare Verhalten nicht hinreichend bestimmt bzw. bestimmbar wäre, würde in dem Verstoß gegen sie eine Verletzung von Gesetzesnormen im Sinne des Art. 323 c.p. erblickt. Dementsprechend können generell formulierte, einfachgesetzliche Vorschriften ebenso wie generelle Verfassungsbestimmungen nicht unter das Merkmal der Gesetzesnormen fallen.⁵⁹⁵ Diese Bestimmungen wiederholen bzw. konkretisieren die Prinzipien der guten Verwaltungsführung und der Unparteilichkeit der Verwaltung, ohne jedoch dabei ein solches Niveau zu erreichen, daß sie zur Umschreibung eines der Strafbarkeit unterworfenen Verhaltens hinreichend bestimmt wären.

⁵⁹² Seminara, in: Crespi/Stella/Zuccalà, Art. 323 c.p., V, Rdn. 8; vgl. Manna, L'indice pen., 1998, 13, 21 f.; Gambardella, in: Lattanzi/Lupo, Art. 323 c.p., S. 196 f.

⁵⁹³ Seminara, Stud. iur., 1997, 1251, 1254; Cupelli, Legalità e giustizia, 1998, 35, 61 f.

⁵⁹⁴ Seminara, Stud. iur., 1997, 1251, 1254; vgl. ders., in: Crespi/Stella/Zuccalà, Art. 323 c.p., V, Rdn. 8, 11.

⁵⁹⁵ Cass., Sez. II, 4.12.1997, Tosches, Guida al dir. vom 7.3.1998, Nr. 9, 67, 69.

(3) Verfahrensnormen

Die zweite Sektion des Kassationsgerichts hat in ihrer Entscheidung vom 4. Dezember 1997 (*Tosches*) neben der Verletzung von generellen Bestimmungen auch die von Normen mit bloßem Verfahrenscharakter für die Erfüllung des Tatbestands des Amtsmißbrauchs ausdrücklich als irrelevant deklariert. Als Beispiele hat sie Vorschriften angeführt, die der Verwaltung auferlegen, Eingaben und Dokumente von Verfahrensbeteiligten zu berücksichtigen, soweit sie für das Verfahren erheblich sind, oder den Verwaltungsakt zu begründen.⁵⁹⁶ Das Gericht begründet den Ausschluß der Verfahrensvorschriften damit, daß sonst die Gefahr bestünde, auf die rein formelle Rechtswidrigkeit abzustellen, was mit bloßen Unregelmäßigkeiten gleichzusetzen wäre und so zu Ergebnissen führen würde, die noch formalistischer wären als die der früheren Rechtsprechung.

Darin, daß die Richter in Rom sowohl generelle Normen als auch reine Verfahrensnormen aus dem Tatbestand des Art. 323 c.p. ausklammern, kann in gewisser Weise eine Begrenzung des Anwendungsbereichs nach oben und nach unten erkannt werden. Die Nichtbeachtung von Prinzipien steuert – wie bereits gesehen – einer Ausuferung des Tatbestands entgegen und zielt somit auf die Bestimmtheit der Strafvorschrift. Im Gegensatz hierzu soll nach der Argumentation des Gerichts die Verwerfung der Verfahrensregelungen verhindern, daß Art. 323 c.p. hauptsächlich auf reine Formfehler Anwendung findet. Das Abgleiten in einen bloßen Formalismus wollten die höchsten Richter auf diese Weise unterbinden.⁵⁹⁷ Mit dem Ausschluß von reinen Verfahrensnormen würden die Bedenken mancher in der Rechtslehre ausgeräumt, die bereits kurz nach der Reform befürchteten, der novellierte Tatbestand des Amtsmißbrauchs könne auf ein rein formalistisches Konzept der Rechtswidrigkeit abstellen.⁵⁹⁸

Andererseits wird diese Eingrenzung jedoch in der Literatur überwiegend zu

⁵⁹⁶ Siehe Art. 3 I u. 10 b) des Gesetzes vom 7.8.1990, Nr. 241.

⁵⁹⁷ Auf den ersten Blick scheint die *Tosches*-Entscheidung die von der Verwaltungsrechtslehre (siehe bspw. Andreani, Dir. amm., 1994, 327, 340 ff.; Renna, Dir. proc. amm., 1995, 812, 815 ff.) vertretene Zweiteilung von subjektiven Rechtspositionen in solche instrumentaler bzw. verfahrensmäßiger und in solche substantieller Art aufzugreifen, wobei die Richter demzufolge nur die subjektiven Rechte, die sich aus materiell-rechtlichen Bestimmungen ergeben, auch durch Art. 323 c.p. geschützt sehen würden. Denn nach der Formulierung hätte der Ausschluß der „norme a carattere meramente procedimentale“ lediglich auf die Verfahrensnormen abzielen können, die keine subjektiven Rechte des Bürgers betreffen. An den von der *Cassazione* verwendeten Beispielen offenbart sich aber, daß die Richter die Unterscheidung nicht innerhalb der Kategorie der Verfahrensnormen vornehmen, sondern ganz allgemein zwischen Verfahrensbestimmungen und sonstigen Verwaltungsvorschriften differenzieren. Vgl. Segreto/De Luca, 1999, S. 500.

⁵⁹⁸ Fiandaca/Musco, Diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2002, S. 246 f.

Recht kritisiert und als mit den allgemeinen Grundsätzen der Auslegung⁵⁹⁹ unvereinbar angesehen.⁶⁰⁰ Tatsächlich läßt sich weder aus dem Wortlaut, der Systematik noch aus dem Sinn und Zweck des Art. 323 c.p. der Ausschluß der Verfahrensnormen entnehmen, wie ihn die *Cassazione* in *Tosches* vorgenommen hat. Das Motiv der Reform, den Anwendungsbereich der Vorschrift deutlich einzugrenzen, kann diese Argumentation des obersten Gerichts in Anbetracht der zusätzlichen Restriktionen nicht tragen, zumal ihr nicht die Wahrung des Gesetzlichkeitsprinzips zugrunde liegt. Auch läßt sich der Behauptung, daß sonst praktisch bloße Unregelmäßigkeiten auf die Stufe des strafbaren Verhaltens gehoben würden, begegnen, daß der heutige Tatbestand des Amtsmißbrauchs vor allem den Eintritt eines beabsichtigten unrechtmäßigen Tatbestandserfolgs fordert und somit Unkorrektheiten als solche ohnehin nicht relevant sind.⁶⁰¹

Darüber hinaus ist nicht nachzuvollziehen, warum den Bürgern vor Beeinträchtigungen der subjektiven Rechtspositionen, die sich letztlich aus Verletzungen von Verfahrensvorschriften ergeben, weniger Schutz gewährt werden sollte als vor solchen, die durch Zuwiderhandlungen gegen sonstige Gesetzesregelungen verursacht werden. Die neuere Verwaltungsrechtslehre ist sich einig, daß das Verfahren heute nicht mehr allein eine *garanzia formale*, sondern auch eine *garanzia sostanziale* für die Rechte der Bürger darstellt.⁶⁰² Der zunehmenden Unbestimmtheit der gesetzlichen Vorgaben für die Tätigkeit der Verwaltung wird durch eine Potenzierung der Verfahrensmechanismen begegnet.⁶⁰³ Der Schutz des öffentlichen Interesses und vor allem der der Bürgerinteressen wird nicht mehr so sehr durch gesetzliche Ermächtigungsgrundlagen für Verwaltungshandeln, als vielmehr durch Regelungen des Verwaltungsverfahrens garantiert.⁶⁰⁴ Dort findet der Ausgleich der widerstreitenden Interessen statt.⁶⁰⁵ Wodurch auch die Einhaltung der verfassungsmäßig gebotenen Unparteilichkeit

⁵⁹⁹ Im italienischen Recht in Art. 12 I disp. prel. c.c. festgeschrieben: „*Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore.*“

⁶⁰⁰ Cupelli, Legalità e giustizia, 1998, 35, 63, Fn. 73; Segreto/De Luca, 1999, S. 500; vgl. Seminara, in: Crespi/Stella/Zuccalà, Art. 323 c.p., V, Rdn. 11; Benussi, S. 70, 75.

⁶⁰¹ Siehe zur Bedeutung insbesondere des Merkmals der „*ingiustizia*“ des Tatbestandserfolgs Segreto/De Luca, S. 500 f.; Tesauro, *Violazione di legge ed evento abusivo nel nuovo Art. 323 c.p.*, S. 161 ff., der zudem die Verletzung von Verfahrensnormen und bloßen Unkorrektheiten, die „*irregolarità*“, deutlich voneinander unterscheidet, S. 148 ff.

⁶⁰² Satta, *Encicl. giur.*, Vol. XV, 5.

⁶⁰³ Pastori, *L'amministrazione per accordi*, S. 86.; siehe auch Tesauro, *Violazione di legge ed evento abusivo nel nuovo Art. 323 c.p.*, S. 131 f.

⁶⁰⁴ Cognetti, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 94, 121, der zuvor das Problem – auch mit vielen Hinweisen auf das deutsche Recht – erläutert (102 ff.); vgl. auch Romeo, *Dir. proc. amm.*, 1993, 105, 113 f.

⁶⁰⁵ Nigro, *Giustizia amministrativa*, S. 99; Cavallo, *Provvedimenti e atti amministrativi*, S. 220.

im konkreten Verwaltungshandeln gewährleistet wird.⁶⁰⁶

Damit haben gerade die *norme procedimentali* ein höheres Gewicht innerhalb des Verwaltungsrechts erlangt, so daß sich ihre generelle Nichtbeachtung im Rahmen des Amtsmißbrauchs nicht rechtfertigen läßt. Da die Bestimmungen bezüglich des Verfahrens sich auch unmittelbar an die Verwaltungsangehörigen richten und konkrete Anweisungen beinhalten, sind die Voraussetzungen des richtigen Adressaten und des bestimmten Verhaltensgebots grundsätzlich erfüllt. Somit werden auch Vorschriften, die das Verfahren von Verwaltungsmaßnahmen regeln, vom Begriff der Gesetzesnorm aus Art. 323 c.p. erfaßt.⁶⁰⁷

(4) *Disziplinarrechtliche Normen*

Zu den Gesetzesnormen im Sinne des Art. 323 c.p. zählen grundsätzlich auch disziplinarrechtliche Bestimmungen, sofern sie die Ausübung einer öffentlichen Funktion oder eines öffentlichen Dienstes betreffen.⁶⁰⁸ Hier sind in erster Linie die Gesetze über die Zivilangestellten des Staates⁶⁰⁹ und über die Angestellten der öffentlichen Einrichtungen⁶¹⁰ zu nennen. Viele ihrer Bestimmungen richten sich mit einer konkreten Handlungsanweisung direkt an die öffentlichen Funktionäre der Verwaltung. Ihre Einbeziehung innerhalb des Tatbestands des Amtsmißbrauchs erscheint nicht problematisch. Beispielsweise schreibt Art. 20 d.P.R. 1957/3 vor, daß die mit Disziplinargewalt ausgestatteten Vorgesetzten verpflichtet sind, Verfehlungen seitens der untergebenen öffentlichen Angestellten anzuzeigen. Wird das trotz Kenntnis von der Tat unterlassen, um dem Täter einer solchen Amtspflichtverletzung den so erlangten Vermögensvorteil zu sichern, ist die Tathandlung des Amtsmißbrauchs erfüllt.⁶¹¹

Allerdings sind aber auch an die Regelungen des Disziplinarrechts dieselben Maßstäbe der Bestimmtheit wie an die sonstigen Gesetzesnormen zu stellen. Eine Reihe der disziplinarrechtlichen Vorschriften beinhalten nämlich auch ganz

⁶⁰⁶ Satta, Encicl. giur., Vol. XV, 5; vgl. auch Forlenza, Guida al dir. vom 13.3.1999, Nr. 10, 90, 91, der unterstreicht, daß Verfahrensnormen der Verwaltung Verpflichtungen auferlegt, die nicht weniger wichtig seien als materiellrechtliche Vorschriften, insbesondere wenn sie beispielsweise die Beachtung der *par condicio* der Bürger oder die Transparenz von Verwaltungshandeln betreffen.

⁶⁰⁷ Cass., Sez. VI, 18.11.1997, Fricano ed altro, Riv. pen., 1998, 515; Cass., Sez. VI, 15.12.1997, Craparo, Riv. pen., 1998, 32, 34; Forlenza, Guida al dir. vom 7.3.1998, Nr. 9, 71, 72; Benussi, S. 70, 75; ders., in: Dolcini/Marinucci, Art. 323 c.p., Rdn. 24; Segreto/De Luca, 1999, S. 500; Cupelli, Legalità e giustizia, 1998, 35, 63, Fn. 73; Seminara, in: Crespi/Stella/Zuccalà, Art. 323 c.p., V, Rdn. 11; dagegen Russo, S. 48.

⁶⁰⁸ Benussi, S. 73.

⁶⁰⁹ D.P.R., 10. gennaio 1957, n. 3 (Gazz. Uff., 25.1.1957, n. 22, Serie gen.).

⁶¹⁰ L. 20 marzo 1975, n. 70 (Gazz. Uff., 2.4.1975, n. 87, Serie gen.).

⁶¹¹ Das Beispiel findet sich auch bei Benussi, S. 73 f. Ob das Delikt des Art. 323 c.p. tatsächlich gegeben ist, hängt davon ab, ob die weiteren Tatbestandsmerkmale vorliegen.

allgemein gehaltene Pflichten und fallen deswegen unter die Kategorie der oben behandelten generellen Bestimmungen. Sie können insofern im Rahmen des Amtsmißbrauchstatbestands nicht beachtet werden.

bb) Begriff der Verordnungsnormen

Neben der Verletzung von Gesetzesnormen sieht der Tatbestand des Art. 323 c.p. auch die Verletzung von Verordnungsnormen als mögliche Begehungsform des Amtsmißbrauchs vor. Im italienischen Recht wird der Begriff „Verordnung“ für ganz unterschiedliche Figuren verwandt und ihm also keine einheitliche Bedeutung beigemessen,⁶¹² so daß die Einbeziehung der Verordnungsnormen im Art. 323 c.p. unter dem Gesichtspunkt der Bestimmtheit nicht unproblematisch ist.⁶¹³ Ursächlich hierfür ist, daß im Gegensatz zu dem in der Verfassung festgelegten Gesetzgebungsverfahren ein solcher einheitlicher Mechanismus für die Verordnungen lange Zeit fehlte. Dieser wurde erst mit Art. 17 des Gesetzes Nr. 400 vom 23. August 1988 geschaffen, und das auch nur für die Regierungs- und Ministerverordnungen.⁶¹⁴ Es bedarf demnach der Klärung,

⁶¹² Cheli, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, S. 10 ff.; Carlassare, *Regolamento (Dir. cost.)*, Encicl. dir., Vol. XXXIX, S. 605 ff.; Mortati, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, S. 34 f.

⁶¹³ Pinelli, *Giur. it.* 2000, 1095 ff. Vgl. Forlenza, *Guida al dir.* vom 7.3.1998, Nr. 9, 71, 72; De Francesco, *Cass. pen.* 1999, 1633, 1635.

⁶¹⁴ Art. 17 Abs. 1-4 vom Gesetz 1988/400 lauten: „1. *Con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, sentito il parere del Consiglio di Stato che deve pronunziarsi entro novanta giorni dalla richiesta, possono essere emanati regolamenti per disciplinare:*

- a) *l'esecuzione delle leggi e dei decreti legislativi nonchè dei regolamenti comunitari;*
- b) *l'attuazione e l'integrazione delle leggi e dei decreti legislativi recanti norme di principio, esclusi quelli relativi a materie riservate alla competenza regionale;*
- c) *le materie in cui manchi la disciplina da parte di leggi o di atti aventi forza di legge, sempre che non si tratti di materie comunque riservate alla legge;*
- d) *l'organizzazione ed il funzionamento delle amministrazioni pubbliche secondo le disposizioni dettate dalla legge;*

2. *Con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, sentito il Consiglio di Stato, sono emanati i regolamenti per la disciplina delle materie, non coperte da riserva assoluta di legge prevista dalla Costituzione, per le quali le leggi della Repubblica, autorizzando l'esercizio della potestà regolamentare del Governo, determinando le norme generali regolatrici della materia e dispongono l'abrogazione delle norme vigenti, con effetto dall'entrata in vigore delle norme regolamentari.*

3. *Con decreto ministeriale possono essere adottati regolamenti nelle materie di competenza del Ministro o di autorità sottordinate al Ministro, quando la legge espressamente conferisca tale potere. Tali regolamenti, per materie di competenza di più ministri, possono essere adottati con decreti interministeriali, ferma restando la necessità di apposita autorizzazione da parte della legge. I regolamenti ministeriali ed interministeriali non possono dettare norme contrarie a quelle dei regolamenti emanati dal Governo. Essi debbono essere comunicati al Presidente del Consiglio dei ministri prima della loro emanazione.*

was unter *norme di regolamento* im Sinne des Art. 323 c.p. zu verstehen ist.⁶¹⁵

Zwei Voraussetzungen werden Verordnungen grundsätzlich auch in Italien zugeordnet. Sie legen, ebenso wie Gesetze, Normen mit generellem und abstraktem Inhalt fest und unterscheiden sich insofern von Verwaltungsakten, die sich grundsätzlich auf einen konkreten Fall beziehen.⁶¹⁶ Außerdem wird ihr normativer Regelungsbereich durch Gesetz begrenzt. Verordnungen sind diesem somit untergeordnet, weshalb sie als sekundäre Rechtsquellen bezeichnet werden.⁶¹⁷ Eine Verordnung kann daher formelle Gesetze nicht aufheben oder modifizieren.⁶¹⁸ Ihre Aufgabe besteht vielmehr in der Erklärung, Präzisierung und Vervollständigung von Gesetzen.⁶¹⁹ Es ist aber festzuhalten, daß Verordnungen geeignet sind, in die Rechtssphäre der Bürger einzugreifen, indem sie ihre Befugnisse beschränken oder erweitern.⁶²⁰

In Anbetracht des Einschlusses einer sekundären Rechtsquelle im Tatbestand des Art. 323 c.p. wird in der Literatur teilweise zunächst die Frage nach der Beachtung des Prinzips des Gesetzesvorbehalts im Strafrecht aufgeworfen.⁶²¹ Allerdings ist die „Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen“ nicht alleiniges Tatbestandsmerkmal des gesetzlich normierten Amtsmissbrauchs. Für seine Erfüllung müssen weitere Voraussetzungen gegeben sein, so daß an die bloße Verletzung einer Verordnungsbestimmung keine Strafbarkeit geknüpft ist. Darüber hinaus sind Verordnungen durch Gesetze legitimiert. Die Befugnis zum Erlaß einer Verordnung sowie deren Regelungsbereich und insbesondere deren Grenzen werden gesetzlich vorgegeben. Insofern lassen sich „*norme di regolamento*“ stets auf einen legislativen Willen zurückführen. Dementsprechend spielt auch der eingebrachte Einwand weder in der Rechtslehre noch in der Rechtsprechung eine bedeutende Rolle und der strafrechtliche Gesetzesvorbehalt wird überwiegend als gewahrt gesehen.⁶²²

4. *I regolamenti di cui al comma 1 ed i regolamenti ministeriali ed interministeriali, che devono recare la denominazione di "regolamento", sono adottati previo parere del Consiglio di Stato, sottoposti al visto ed alla registrazione della Corte dei conti e pubblicati nella Gazzetta Ufficiale.*“

⁶¹⁵ Cupelli, Legalità e giustizia, 1998, 35, 63 f.; Segreto/De Luca, 1999, S. 502 f.; Benussi, S. 76; D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1997, S. 66; ders., L'abuso di ufficio, 1999, S. 298; unproblematisch hingegen für Fiandaca/Musco, Diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2002, S. 248.

⁶¹⁶ D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1997, S. 66; ders., L'abuso di ufficio, 1999, S. 297.

⁶¹⁷ del Giudice (a cura di), Regolamenti, in: Dizionario giuridico, S. 1023; s. dazu präzisierend Carlassare, Regolamento (Dir. cost.), Encicl. dir., Vol. XXXIX, S. 607 f.

⁶¹⁸ D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1997, S. 66; ders., L'abuso di ufficio, 1999, S. 298.

⁶¹⁹ Cass., Sez. III, 8.2.1951, Mussner, Riv. it. dir. pen., 1951, 324.

⁶²⁰ D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1997, S. 66; ders., L'abuso di ufficio, 1999, S. 298.

⁶²¹ Fiandaca/Musco, Diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2002, S. 248.; Cupelli, Legalità e giustizia, 1998, 35, 63.

⁶²² Siehe nur Dolcini/Marinucci-Benussi, Art. 323 c.p., Rdn. 25; Cupelli, Legalità e giustizia,

Nach Arten lassen sich unabhängige Verordnungen (*regolamenti indipendenti*), delegierte Verordnungen (*regolamenti delegati*) und Ausführungsverordnungen (*regolamenti di esecuzione*) unterscheiden.⁶²³ Unter unabhängigen Verordnungen werden diejenigen verstanden, durch die die öffentliche Verwaltung eine normative Tätigkeit ausübt, die ihr allgemein vom Gesetzgeber für einen Bereich zugestanden wird, in welchem bisher noch keine Regelungen existieren.⁶²⁴ Delegierte Verordnungen werden von der Regierung erlassen, beinhalten aber keine Übertragung legislativer Funktionen, sondern die Erweiterung ihrer Verordnungsbefugnis an sich. Sie bleiben Verordnungen und werden nicht zu Dekreten mit Gesetzeskraft.⁶²⁵ Ausführungsverordnungen haben nur eine Bedeutung als Interpretationshilfe und können daher die vom Gesetz geregelte Materie nicht ausweiten.⁶²⁶

Werden die Verordnungen nach den sie erlassenden Organen unterschieden, so lassen sich Verordnungen des Parlaments, der Regierung und der Minister, der Regionen, der Provinzen und Kommunen und die Verordnungen der öffentlichen Einrichtungen anführen.⁶²⁷ Des weiteren sind die Verordnungen zu nennen, die von Organen der Europäischen Union erlassen werden. Sie entstammen einer anderen Rechtsordnung – selbst wenn sie unmittelbare Rechtskraft in den einzelnen Mitgliedstaaten besitzen – und sind deshalb nicht unter den Begriff der Verordnungsnormen des Art. 323 c.p. zu qualifizieren.⁶²⁸

Zu den Verordnungen im Sinne von Art. 323 c.p. sind jedenfalls die *regolamenti* der Kommunen und Provinzen zu zählen. Die Kompetenz dieser öffentlichen Körperschaften zum Erlass von Verordnungen wurden durch das Gesetz Nr. 142 vom 8. Juni 1990 und durch das *decreto legislativo* Nr. 267 vom 18. August

1998, 35, 63.

⁶²³ D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 67.

⁶²⁴ Segreto/De Luca, 1999, S. 503; D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 67; nach Carlassare, *Regolamento* (Dir. cost.), *Encicl. dir.*, Vol. XXXIX, S. 627 könne man heutzutage nicht mehr von unabhängigen Verordnungen im Sinne der klassischen Lehre sprechen, wobei er vielmehr auf die Kategorie der funktionalen Verordnungen (*regolamenti funzionali*) verweist. Im Prinzip hat aber der Gesetzgeber in Art. 17 I c) des Gesetzes Nr. 400 vom 23.8.1988 Verordnungen „*praeter legem*“ anerkannt.

⁶²⁵ Segreto/De Luca, 1999, S. 503; D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 67.

⁶²⁶ Segreto/De Luca, 1999, S. 503; D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 67.

⁶²⁷ Segreto/De Luca, 1999, S. 503; D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 67. Siehe auch Pinelli, *Giur. it.*, 2000, 1095, 1096, der die Verordnungen der *normazione primaria*, also solche des Parlaments und von Verfassungsorganen, aus dem Anwendungsbereich des Art. 323 c.p. herausnimmt. Sie seien keine Äußerung einer vom Gesetz gegebenen Kompetenz, sondern der verfassungsmäßig garantierten Autonomie des jeweiligen Organs.

⁶²⁸ Siehe dazu auch Pinelli, *Giur. it.*, 2000, 1095, 1096, der zudem anführt, daß – wollte man die Verordnungen der EU unter Art. 323 c.p. fassen – es nicht erklärbar wäre, andere Quellen des EU-Rechts wie bspw. die Richtlinien auszuschließen, die unter bestimmten Umständen auch eine direkte Auswirkung im nationalen Recht haben könne.

2000 noch ausgedehnt.⁶²⁹ Der heute geltende Art. 7 d. lgs. 267/2000⁶³⁰ bestimmt explizit, daß sie im Rahmen der Gesetze und ihres Statuts für Materien ihres Kompetenzbereichs und dabei insbesondere für die Organisation und das Funktionieren der Institute und Mechanismen der Beteiligung, für das Funktionieren der Organe und Behörden sowie für die Ausübung der Funktionen im Allgemeinen berechtigt sind, Verordnungen zu erlassen.⁶³¹ Folglich kann jeder *ente locale* in sämtlichen Bereichen der Selbstverwaltung entsprechende normative Regelungen verabschieden.⁶³² Das bedeutet allerdings auch, daß die außerstrafrechtlichen Bestimmungen, deren Verletzung den Tatbestand des Amtsmißbrauchs erfüllt, von Provinz zu Provinz, von Kommune zu Kommune variieren können, was letztlich zu einer unterschiedlichen Strafbarkeit führt.⁶³³

Problematisch kann die Einordnung von Regierungs- und Ministerverordnungen sein. Unzweifelhaft mit einzubeziehen sind solche, die gemäß Art. 17 des Gesetzes vom 23.8.1988, Nr. 400, erlassen werden.⁶³⁴ Vorgeschrieben ist dort insbesondere die Zustimmung des *Consiglio di Stato* sowie die Vorlage und Registrierung beim *Corte dei conti*. Der Gesetzgeber hat so eine abschließende Regelung getroffen, mit der Konsequenz, daß die Regierung oder die verschiedenen Minister außerhalb dieses gesetzlichen Rahmens keine Verordnungen erlassen können.⁶³⁵ Nach *Pinelli* spielt es keine Rolle, daß ein normativer Akt nicht explizit als *regolamento*, sondern als Dekret betitelt wurde, wenn er nach dem Verfahren des Art. 17 l. 1988/400 ergangen ist.⁶³⁶ Zur Bekräftigung führt

⁶²⁹ Verrienti, Dig. discipl. pubbl., Vol. XIII, 56, 58.

⁶³⁰ Er löste Art. 5 l. 142/1990 ab, welcher wie folgt lautete: „*Nel rispetto della legge e dello statuto, il comune e la provincia adottano regolamenti per l'organizzazione ed il funzionamento delle istituzioni e degli organismi di partecipazione, per il funzionamento degli organi e degli uffici e per l'esercizio delle funzioni.*“

Art. 7 d.lgs. 267/2000 weitete die Befugnis zum Erlaß von Verordnungen nochmals aus: „*Nel rispetto dei principi fissati dalla legge e dello statuto, il comune e la provincia adottano regolamenti nelle materie di propria competenza ed in particolare per l'organizzazione ed il funzionamento delle istituzioni e degli organismi di partecipazione, per il funzionamento degli organi e degli uffici e per l'esercizio delle funzioni.*“

⁶³¹ Siehe, allerdings noch zur früheren gesetzlichen Regelung, Calderoni, Autonomia statutaria e potestà regolamentare, Art. 5 l. 142/1990, S. 41 ff.; Virga, Diritto amministrativo, Vol. III, S. 23 ff.; Verrienti, Dig. discipl. pubbl., Vol. XIII, 56, 58 f.

⁶³² Virga, Diritto amministrativo, Vol. III, S. 23; s. hierzu auch, mit einer Auflistung der Regelungsgebiete, Italia/Griffini/Maccapani, I regolamenti dei comuni e delle province, S. 6 ff.; eingehend Vittorio Italia, I regolamenti dell'ente locale: contenuto, limiti e tecniche di redazione dei regolamenti: problemi, costi pratici e giurisprudenza, Milano 2000; s. zu den Grenzen dieser Befugnis Verrienti, Dig. discipl. pubbl., Vol. XIII, 56, 59 f.

⁶³³ Vgl. Segreto/De Luca, 1999, S. 506.

⁶³⁴ Benussi, S. 76. Vgl. auch Pinelli, Giur. it., 2000, 1095.

⁶³⁵ Paladin, Le fonti del diritto italiano, S. 46 f.; Benussi, S. 77.

⁶³⁶ Pinelli, Giur. it., 2000, 1095, der dabei darauf verweist, daß das Verfassungsgericht schon immer festgestellt habe, daß die Bezeichnung eines normativen Akts für seine

er eine Feststellung des *Consiglio di Stato* aus dem Jahre 1996 an, in der dieser erklärte, daß das Fehlen der ausdrücklichen Bezeichnung des Verordnungscharakters selbst dann nicht schade, wenn der Akt von Gesetzesbestimmungen vorgesehen ist, die subjektive Rechte betreffen.⁶³⁷ Dem Autor ist Recht zu geben, daß in erster Linie die Einbindung des *Consiglio di Stato* und des *Corte dei conti* die wichtigen Verfahrensschritte beim Erlaß einer Verordnung sind. Art. 17 Abs. 4 l. 1988/400 verlangt aber zudem sowohl die Veröffentlichung in der *Gazzetta Ufficiale* als auch die Bezeichnung als „*regolamento*“. Selbst wenn der *Consiglio di Stato* Letzteres verwaltungsrechtlich nicht als zwingendes Erfordernis wertet, so kann es dies im Strafrecht sein. Zur Wahrung der Bestimmtheit des Art. 323 c.p., der allein von „Verordnung“ und nicht auch von Dekreten oder Ähnlichem spricht, ist die explizite Denomination als „*regolamento*“ zumindest für die Akte zu verlangen, die nach dem Inkrafttreten des Gesetzes 1988/400 erlassen wurden.⁶³⁸ Konsequenterweise muß das selbst für die generell-abstrakten Erlasse gelten, die von der Regierung oder den Ministern vor dem Inkrafttreten des Gesetzes 1988/400 erlassen wurden. Die gleiche Lösung ergibt sich für die normativen Regelungen, die nicht nach dem Verfahren des Art. 17 l. 1988/400 ergehen, aber sowohl untergesetzlich sind als auch einen generell-abstrakten Inhalt haben, also eigentlich einen Verordnungsscharakter besitzen, jedoch andere Bezeichnungen tragen, wie Verfügungen (*ordinanze*), Dekrete (*decreti*), Anweisungen (*istruzioni*), Anordnungen (*ordini*) und Runderlasse (*circolari*).⁶³⁹ Manche Autoren halten es für zu formalistisch, diese Maßnahmen aus dem Art. 323 c.p. auszuschließen, wenn sie doch die gleichen Merkmale wie Verordnungen aufweisen.⁶⁴⁰ Das ist jedoch abzulehnen. Das italienische Strafgesetzbuch kennt eine Unterscheidung von Verordnungen und anderen generellen Akten. So differenziert es in Art. 43 Abs. 1 c.p. ausdrücklich zwischen Gesetzen (*leggi*), Verordnungen (*regolamenti*), Anordnungen (*ordini*) und Regelungen (*discipline*).⁶⁴¹ Wenn daher Art. 323 c.p. neben den Gesetznormen nur *norme di regolamento* erwähnt, müssen andere abstrakt-generelle Regelungen außer Betracht bleiben.⁶⁴² Eine gegenteilige Auslegung würde das Prinzip der *stretta*

Qualifizierung nicht entscheidend sei.

⁶³⁷ Cons. St., Sez. consultive, Ad. gen., 26.9.1996, Foro Amm., 1999, 819, der jedoch die ausdrückliche Bezeichnung für die vorzugswürdige Technik hält.

⁶³⁸ Vgl. auch Cass., Sez. VI, 2.10.1998, Tilesi ed altri, Guida al dir. vom 13.3.1999, Nr. 10, 82.

⁶³⁹ Padovani, Legisl. pen., 1997, 741, 744 f.; Gambardella, in: Lattanzi/Lupo, Art. 323 c.p., S. 205; Segreto/De Luca, 1999, S. 503.

⁶⁴⁰ Seminara, in: Crespi/Stella/Zuccalà, Art. 323 c.p., V, Rdn. 6; vgl. Forlenza, Guida al dir. vom 13.3.1999, Nr. 10, 90, 91.

⁶⁴¹ Die einschlägige Passage von Art. 43 I c.p. lautet: „*Il delitto: [...] è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline.*“

⁶⁴² D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1997, S. 68; Segreto/De Luca, 1999, S. 504; vgl. Grosso, Foro it., 1999, V, Sp. 329, 332 f.; Laudi, Dir. proc. pen., 1997, 1050, 1051; Trib. Milano,

legalità aus Art. 25 Abs. 2 Cost. verletzen.⁶⁴³

Ferner sind solche generellen Akte auszuschließen, die Ausdruck einer Ermächtigung *extra ordinem* für bestimmte Verwaltungsorgane in Ausnahmesituationen sind.⁶⁴⁴

Von der Rechtsprechung wurde ebenfalls eine restriktive Position eingenommen. Das Tribunal von Turin hat in seiner Entscheidung vom 7. Januar 1998 festgestellt, daß der Begriff *regolamento* des Amtsmißbrauchstatbestands in einem technischen Sinn zu verstehen sei. In Frage kämen nur untergesetzliche, also sekundäre Normen mit generell-abstraktem Inhalt, die zudem vom Staat oder von anderen öffentlichen Einrichtungen, die eine normative Befugnis besitzen, erlassen werden.⁶⁴⁵ Auch das oberste Gericht erachtet den bloßen Verweis auf den abstrakt-generellen Charakter zu Recht für unzulänglich. Vielmehr habe der Gesetzgeber mit der Formulierung „Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen“ deutlich gemacht, daß lediglich die zwei ausdrücklich genannten Rechtsquellen innerhalb des Art. 323 c.p. relevant sind. Er habe auf die Nennung der „*ordini o discipline*“, also der Anordnungen oder Regelungen, verzichtet, obwohl das diskutiert worden sei und die Begriffe bereits in Art. 43 Abs. 1 c.p. zur Qualifizierung von Fahrlässigkeitsdelikten Eingang gefunden hätten. Im übrigen hätte der Gesetzgeber eine generellere, umfassendere Bezeichnung, wie beispielsweise den „*obbligo giuridico*“, verwenden können, wie er es in Art. 40 Abs. 2 c.p. getan habe. Gesetze und Verordnungen nähmen durch die Art ihrer Entstehung, Veröffentlichung und auf Dauer angelegte Gültigkeit eine besondere Stellung innerhalb der Hierarchie der Rechtsquellen ein. Ihre Wahl garantiere mehr Rechtssicherheit und die erleichterte Erkennbarkeit der relevanten Vorschriften.⁶⁴⁶ Aus diesen Gründen handle es sich sicherlich nicht um eine zufällige, sondern um eine bewußte Entscheidung der Legislative. Eine Interpretation des Tatbestands des Amtsmißbrauchs, die nicht strikt von den Begriffen der Gesetze und Verordnungen ausgeht, sei daher weder mit dem Wortlaut vereinbar, noch könne sie unter teleologischen Gesichtspunkten Bestand haben. Die Ausweitung auf weitere Kategorien abstrakt-genereller Akte würde eine im Strafrecht verbotene Analogie darstellen.⁶⁴⁷ Um überhaupt als „*regolamento*“ im Sinne des Tatbestands in Frage zu kommen, müsse ihr Erlaß

29.10.1997, Foro it., 1998, II, Sp. 472, 476.

⁶⁴³ Laudi, Dir. proc. pen., 1997, 1050, 1051, der auch hervorhebt, daß eine andere Interpretation praktisch eine Neuformulierung des Art. 323 c.p. bedeuten und der *ratio* der Reform widersprechen würde.

⁶⁴⁴ Segreto/De Luca, 1999, S. 504; vgl. Grosso, Foro it., 1999, V, Sp. 329, 332; D'Avirro, L'abuso di ufficio, S. 68; Cupelli, Legalità e giustizia, 1998, 35, 63, Fn. 74.

⁶⁴⁵ Trib. Torino, 7.1.1998, Guida al dir. vom 4.4.1998, Nr. 13, 95.

⁶⁴⁶ Cass., Sez. VI, 2.10.1998, Tilesi ed altri, Guida al dir. vom 13.3.1999, Nr. 10, 82, 85; Cass., Sez. VI, 3.10.2000, Della Morte ed altro, Dir. pen. proc., 2001, 233.

⁶⁴⁷ Cass., Sez. VI, 2.10.1998, Tilesi ed altri, Guida al dir. vom 13.3.1999, Nr. 10, 82, 85 f.; vgl. auch Cass., Sez. VI, 3.10.2000, Della Morte ed altro, Dir. pen. proc., 2001, 233.

explizit vom Gesetz vorgesehen gewesen sein.⁶⁴⁸ Darüber hinaus hat das oberste Gericht in der *Tilesi*-Entscheidung ausgehend von Art. 17 l. 400/1988 für die Einstufung eines Regelwerks als Verordnung im Sinne des Art. 323 c.p. eine formale Komponente hervorgehoben. Die genannte Vorschrift verlangt in Abs. 4 die ausdrückliche Bezeichnung des zu erlassenden Regelwerks als „Verordnung“. Nach Auffassung des Kassationsgerichts hat sie eine generelle Tragweite und läßt sich grundsätzlich auf jeden Erlaß von Verordnungen übertragen. Könnte man anhand des Inhalts bei abstrakt-generellen Akten nur schwer oder gar nicht zwischen den verschiedenen Kategorien unterscheiden, würden die formellen Voraussetzungen Klarheit schaffen. So sei erforderlich, daß das die Vorschriften erlassende Subjekt sie mittels Verweises auf die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage explizit als *regolamento* qualifiziere.⁶⁴⁹

Diese Lösung wird in Einzelfällen zu scheinbar sehr formalistischen Ergebnissen führen, ist aber dennoch richtig. Dem handelnden Amtsträger oder mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten wird so eine klare Vorgabe des strafbaren Verhaltens gegeben und Unsicherheiten bezüglich der Kategorisierung von Verordnungen werden bereits im Vorfeld ausgeschlossen. Auf diese Weise erhält man einen formalen Bezugspunkt, wie er auch bei der Qualifizierung von Gesetzen vorhanden ist.⁶⁵⁰

Die Normen der Verordnungen können ebenso wie die Gesetzesvorschriften einen disziplinarrechtlichen⁶⁵¹ und rein verfahrenstechnischen⁶⁵² Inhalt haben. Bezüglich des Normcharakters von Verordnungen gilt das oben zu den Gesetzesnormen Erarbeitete. Vor allem müssen die in der Verwaltung Tätigen als Adressaten der Verordnungen erkennbar und die Vorschriften hinreichend bestimmt sein.

⁶⁴⁸ Cass., Sez. VI, 2.10.1998, *Tilesi ed altri*, Guida al dir. vom 13.3.1999, Nr. 10, 82, 87.

⁶⁴⁹ Cass., Sez. VI, 2.10.1998, *Tilesi ed altri*, Guida al dir. vom 13.3.1999, Nr. 10, 82, 87.

⁶⁵⁰ Insofern – mit einer solch restriktiven Handhabung – kann Segreto/De Luca, 1999, S. 503 widersprochen werden, die das für die Verordnungen verneinen.

⁶⁵¹ In der Tat behandeln viele Verwaltungsverordnungen das Verhältnis zwischen öffentlichen Angestellten und den öffentlichen Einrichtungen, s. Benussi, S. 79 f. und D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 68 mit Beispielen.

⁶⁵² Benussi, S. 79, Fn. 150.

cc) Sonderfälle

(1) Statuten von Kommunen und Provinzen

Problematisch ist der Einbezug der Statuten von den Kommunen und Provinzen. Während der Beratungen zur Reform des Art. 323 c.p. wurde vom Abgeordneten *Gambato* in der Sitzung vom 15. April 1997 vorgeschlagen, als weitere Begehungsform des Amtsmißbrauchs auch die Verletzung von kommunalen Statuten einzufügen.⁶⁵³ Der Vorschlag wurde jedoch nicht angenommen. Das könnte dafür sprechen, daß der Gesetzgeber ihren Ausschluß beabsichtigte. Andererseits muß es dies nicht bedeuten, wenn die Abgeordneten davon ausgingen, daß die Statuten ohnehin durch die Bezeichnung „Gesetzes- und Verordnungsnormen“ erfaßt würden.

Allerdings sind sie nach den oben dargelegten Kriterien weder Gesetze noch Verordnungen. Trotzdem sind sie unstreitig normative Erlasse, die dazu bestimmt sind, die Kompetenzen und Beziehungen zwischen den Organen der lokalen Einrichtungen und den Bürgern zu regeln.⁶⁵⁴ Das läßt sich zum einen aus der Tatsache schließen, daß die Befugnis der Kommunen und Provinzen zum Erlaß von eigenen Statuten in Art. 5 und Art. 128 Cost.⁶⁵⁵ implizit vorausgesetzt wird.⁶⁵⁶ Zum anderen ergibt es sich auch ausdrücklich aus Art. 6 Abs. 2 267/2000, wonach das Statut im Rahmen der im legislativen Dekret enthaltenen Prinzipien die fundamentalen Normen und generellen Kriterien für die Organisation der Körperschaft festlegt und insbesondere die Kompetenzbereiche der Organe, den Schutz und die Beteiligung der Minderheit, die Formen der rechtlichen Vertretung der Körperschaft, die Formen der Zusammenarbeit zwischen Kommunen und Provinzen, die Beteiligung der Bürger, die Dezentralisierung und den Zugang der Bürger zu Informationen und zu den Verwaltungsverfahren bestimmt.⁶⁵⁷ Die wohl überwiegende Ansicht in

⁶⁵³ *Gambato* abgedruckt bei Dalia, *Lavori parlamentari*, S. 315.

⁶⁵⁴ TAR Lazio, Sez. Latina, 27.11.1992, n. 965, *Comune Ventotene c. Co.Re.Co Latina*, Trib. Amm. Reg., 1992, I, 4707.

⁶⁵⁵ Art. 5 Cost. lautet: „*La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento.*“

Art. 128 Cost. lautet: „*Le Province e i Comuni sono enti autonomi nell'ambito dei principi fissati da leggi generali della Repubblica, che ne determinano le funzioni.*“

⁶⁵⁶ Verrienti, *Dig. discipl. pubbl.*, Vol. XIII, 56, 57.

⁶⁵⁷ Art. 6 Abs. 2 d.lgs. 267/2000 lautet: „*Lo statuto, nell'ambito dei principi fissati dal presente testo unico, stabilisce le norme fondamentali dell'organizzazione dell'ente e, in particolare, specifica le attribuzioni degli organi e le forme di garanzia e di partecipazione della minoranza, i modi di esercizio della rappresentanza legale dell'ente, anche in giudizio. Lo statuto stabilisce, altresì, i criteri generali in materia di organizzazione dell'ente, le forme di collaborazione fra comuni e province, della partecipazione popolare, del decentramento, dell'accesso dei cittadini alle informazioni ed ai procedimenti amministrativi,*

der Strafrechtslehre argumentiert daher auch ausgehend vom normativen Charakter der lokalen Statuten und faßt sie unter den Begriff der Verordnung im Sinne des Art. 323 c.p. Ihr Einschluß unter *regolamenti* ließe sich durch ihre übergeordnete Position gegenüber den tatsächlichen lokalen Verordnungen ableiten, welche, wie eben gesehen, einbezogen werden.⁶⁵⁸ Diese Auffassung kann sich dabei auf die Literatur zum Verwaltungsrecht stützen, die die lokale Statuten auf kommunaler Ebene als primäre Rechtsquelle bezeichnet und sie zwar in der Hierarchie der Rechtsquellen unterhalb der staatlichen Gesetze und Verordnungen sowie der regionalen Gesetze einstuft, aber ebenfalls gegenüber den lokalen Verordnungen übergeordnet sieht, da letztere gemäß Art. 7 d.lgs. 267/2000 sowohl das Gesetz als auch das Statut respektieren müssen.⁶⁵⁹ Einige Autoren in der Verwaltungsrechtslehre gehen darüber hinaus⁶⁶⁰ und bezeichnen die *statuti locali* als „*normazione di tipo subcostituzionale*“⁶⁶¹, als „*fonte atipico (di rango subprimario)*“⁶⁶² oder als „*norma superprimaria*“⁶⁶³, während ihnen manche sogar eine „*natura paralegislativa*“ bescheinigen.⁶⁶⁴ Die genaue Einordnung kann jedoch im Rahmen dieser Arbeit nicht vorgenommen

lo stemma e il gonfalone e quanto ulteriormente previsto dal presente testo unico.“

⁶⁵⁸ Benussi, S. 78; ders., in: Dolcini/Marinucci, Art. 323 c.p., Rdn. 26; Grosso, Foro it., 1999, V, Sp. 329, 332; Gambardella, in: Lattanzi/Lupo, Art. 323 c.p., S. 205. Auch von der herrschenden Verwaltungsrechtsliteratur wird anerkannt, daß die besagten Statuten gegenüber den staatlichen Gesetzen und Verordnungen und gegenüber den Regionalgesetzen untergeordnet, aber bezüglich den Verordnungen derselben lokalen Einrichtungen übergeordnet sind, s. Virga, Diritto amministrativo, Vol. III, S. 17 f.

Allerdings ist die Einordnung der lokalen Statuten in das System der Rechtsquellen innerhalb der Rechtsliteratur sehr umstritten, s. mit zahlreichen Nachweisen Benussi, S. 79, Fn. 148. Ihren normativen Charakter wird man ihnen auch aufgrund des Art. 6 267/2000 aber zuerkennen müssen.

⁶⁵⁹ Vgl. auch Calderoni, Autonomia statutaria e potestà regolamentare, Art. 4 l. 142/1990, S. 31; Virga, Diritto amministrativo, Vol. III, S. 17 f.

⁶⁶⁰ Vgl. auch Venanzi, Amm. it., 1990, 1401, 1406, für den das lokale Statut die „*massima fonte normativa dell'ente locale*“ darstellt, wobei es selbst aber keine spezifische übergeordnete Regelung habe, der es sich in *strictu sensu* angleichen müßte.

⁶⁶¹ Rizzo, Nuova rass., 1992, 558, 562 ff.

⁶⁶² Verrienti, Dig. discipl. pubbl., Vol. XIII, 56, 57; dazu tendieren ebenfalls Mignone/Vipiana/Vipiana, Commento alle legge sulle autonomie locali, Vol. I, S. 56 f., die betonen, daß die Statuten der Kommunen und Provinzen sekundäre Rechtsquellen darstellten, weil sie die Gesetzesvorgaben beachten und gleichzeitig aber auch von den Verordnungen der Kommunen und Provinzen beachtet werden müßten. Darüber hinaus vergleichen die Autoren sie mit den Regionalstatuten, wobei sie jedoch darauf hinweisen, daß die Kompetenz für diese Statuten direkt aus Art. 123 Cost., während die für die lokalen Statuten lediglich aus dem Gesetz n. 142/1990 – zwar in Ausführung des Art. 128 Cost. – erwächst.

⁶⁶³ Hamel, Amm. it., 1990, 1394; Castronovo, Il nuovo testo unico degli enti locali, S. 43 ff.

⁶⁶⁴ Siehe La Rocca, Comuni d'Italia 1991, 49 (53 f.); s. wiederum Castronovo, Il nuovo testo unico degli enti locali, S. 44, die den *statuti locali* mit dem Inkrafttreten des verfassungsändernden Gesetzes vom 18.10.2001, Nr. 3, die Wirksamkeit von Gesetzen zubilligt. Dagegen wendet sich jedoch Virga, Diritto amministrativo, Vol. III, S. 18, Fn. 3.

werden. Ob daher die lokalen Statuten wirklich Gesetze auch im Sinne von Art. 323 c.p. sind, kann dahingestellt bleiben. Die Subsumtion unter das Tatbestandsmerkmal „*regolamento*“ aufgrund ihrer übergeordneten Position gegenüber den lokalen Verordnungen erscheint jedoch schlüssig, auch wenn hiermit eine Ausnahme von der eben geforderten Formalvoraussetzung der expliziten Bezeichnung als Verordnung zugelassen wird. Diese Exzeption fällt aber nicht sonderlich ins Gewicht, da die Anzahl der Statuten überschaubar ist und die Regelwerke vor allem eine exponierte Position in der Normenhierarchie innehaben.

Damit wird durch die Verletzung einer in ihnen enthaltenen Vorschrift die Tathandlung des Amtsmißbrauchs erfüllt.

(2) *Problem der Verletzung von Bebauungsplänen*

Umstritten ist, ob der Erlaß einer dem gültigem Bebauungsplan (*piano regolatore generale*) widersprechenden Baugenehmigung vom Tatbestandsmerkmal der Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen erfaßt wird.⁶⁶⁵ Hierbei kommt zunächst sowohl ein direkter, als auch ein indirekter Einschluß in Betracht.

Für die erste Alternative müßten Bebauungspläne als Gesetze oder Verordnungen zu qualifizieren sein. Die Einstufung in die Kategorie der Gesetze scheidet von vornherein aus. Zudem wird ein *piano regolatore generale* weder von der Rechtsprechung noch von der Literatur als Verordnung angesehen. Die Zivilsenate des Kassationsgerichts sprechen in ihrem Zusammenhang häufig von „*atti normativi*“, also von normativen Akten, was vor allem auf den abstrakt-generellen Charakter ihrer Regelungen hinweist.⁶⁶⁶ Hierbei handelt es sich somit um eine Kategorisierung als *genus*, welcher viele *species* umfaßt.⁶⁶⁷ In der Verwaltungsrechtsprechung finden sich Entscheidungen, die Bebauungspläne explizit nicht als Ausdruck der Verordnungsbefugnis betrachten.⁶⁶⁸ Die Strafsenate des obersten Gerichts, die für Baubelange zuständig sind, unterscheiden häufig zwischen Regelungen, die in Baugesetzen bzw. Verordnungen enthalten sind, solchen aus Bebauungsplänen oder aus anderen Bauleitplänen sowie Ausführungsvorschriften, die die Baugenehmigungen vorgeben.⁶⁶⁹ Sie sehen in

⁶⁶⁵ Siehe dazu auch Gambardella, in: Lattanzi/Lupo, Art. 323 c.p., S. 197 ff.

⁶⁶⁶ Cass. civ., Sez. II, 16.6.1992, Fontana c. Bucca, RV477747; Cass. civ., Sez. II, 5.2.1993, Bono c. Tanda, RV480773; Cass. civ., Sez. II, 3.4.1998, Zorzi c. Gamberini Mongenet, RV514174.

⁶⁶⁷ Cass., Sez. VI, 2.10.1998, Tilesi ed altri, Guida al dir. vom 13.3.1999, Nr. 10, 82, 86.

⁶⁶⁸ So bspw. Cons. St., Sez. IV, 28.2.1990, Comune di Modena c. Leonelli ed altri, Foro it., 1990, III, 409.

⁶⁶⁹ Siehe Cass, Sez. III, 24.2.1981, Crivelli, RV149088; vgl. Cass., Sez. III, 20.1.1977, Torosantucci, RV137896; Cass., Sez. III, 3.7.1978, Caroli, RV140408.

den *piani regolamentari* damit ebenfalls keine Verordnungen. In der Literatur scheint sich die Ansicht zu konsolidieren, die in einem *piano regolatore* einen Akt mit sowohl generellen Bestimmungen als auch konkreten Vorschriften zur Regelung spezifischer Begebenheiten sieht, also ein *tertium genus* mit Elementen eines generellen Verwaltungsakts (Allgemeinverfügung) sowie solchen eines normativen Akts im Sinne eines Gesetzes oder einer Verordnung.⁶⁷⁰ Der Gesetzgeber hat Bebauungspläne ebenfalls nicht auf dieselbe Stufe mit Verordnungen gestellt. So schließt Art. 13 des Gesetzes Nr. 241 vom 7. August 1990 die Anwendung der Vorschriften bezüglich des Verwaltungsverfahrens ausdrücklich für Verwaltungshandeln aus, das auf den Erlaß von „*atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione*“, also von normativen Akten der Planung, ausgerichtet ist. Des weiteren zählt Art. 42 Abs. 2 des *decreto legislativo* vom 18. August 2000, Nr. 267,⁶⁷¹ der die Kompetenzen der Gemeinderäte betrifft, unter Buchstaben a) unter anderen die lokalen Statuten und Verordnungen auf, während er unter Buchstaben b) eine Reihe von anderen Akten anführt, unter ihnen die Raumordnungs- und Bauleitpläne.⁶⁷² Die beiden Bestimmungen verdeutlichen, daß auch die Legislative Bebauungspläne klar von den Rechtsquellen der Gesetze und Verordnungen unterscheidet.⁶⁷³ Zusammenfassend ist daher dem obersten Gericht in der *Tilesi*-Entscheidung zuzustimmen, daß die direkte Subsumierung von anderen Rechtsquellen, wie beispielsweise einem Bebauungsplan, unter das Tatbestandsmerkmal der *norme di legge o regolamento* eine im Strafrecht verbotene Analogie in *malam partem* darstellen würde.⁶⁷⁴

Demzufolge fällt der Erlaß einer Baugenehmigung, die im Widerspruch zu dem einschlägigen Bebauungsplan steht, nicht direkt unter den objektiven Tatbestand des Amtsmißbrauchs.

Die indirekte Variante, die Verletzung von Bebauungsplänen unter Art. 323 c.p. zu fassen, wird durch Art. 10, Art. 12 und Art. 13 des Dekrets des Präsidenten der Republik vom 6. Juni 2001, Nr. 380,⁶⁷⁵ eröffnet.⁶⁷⁶ Die Bestimmungen verpflichten die zuständigen Stellen der Baubehörden, die Vorgaben des Bebauungsplans sowie sonstige bauliche Vorschriften beim Erlaß der Baukonzession zu wahren. Wenn somit der zuständige Beamte eine Baugenehmigung

⁶⁷⁰ Siehe ausführlich dazu Cass., Sez. VI, 2.10.1998, *Tilesi ed altri*, Guida al dir. vom 13.3.1999, Nr. 10, 82, 86 f.

⁶⁷¹ Suppl. ord. n. 162/L, alla Gazz. Uff. N. 227, del 28 settembre 2000.

⁶⁷² Zum Zeitpunkt der Entscheidung *Tilesi* war Art. 32 Abs. 2, l. 8 giugno 1990, n. 142 einschlägig.

⁶⁷³ Vgl. Cass., Sez. VI, 2.10.1998, *Tilesi ed altri*, Guida al dir. vom 13.3.1999, Nr. 10, 82, 86.

⁶⁷⁴ Cass., Sez. VI, 2.10.1998, *Tilesi ed altri*, Guida al dir. vom 13.3.1999, Nr. 10, 82, 86 f.

⁶⁷⁵ D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (in Suppl. ord. n. 239 alla Gazz. Uff., 20 ottobre, n. 245).

⁶⁷⁶ Bis zum Inkrafttreten des d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 waren Art. 1 und Art. 4 des Gesetzes Nr. 10 vom 8. Januar 1977 sowie Art. 31 des Gesetzes Nr. 1150 vom 17. August 1942 einschlägig.

erläßt, die in Widerspruch zu dem einschlägigen Bebauungsplan bzw. anderen Baubestimmungen steht, verletzt er die genannten Gesetzesvorschriften. Damit könnte die Tatbestandsvoraussetzung des Art. 323 c.p. der *violazione di norme di legge* erfüllt sein. Fraglich ist daher, ob die Verletzung eines Bebauungsplans letztlich nicht doch erfaßt wird. In einigen Entscheidungen hat der Kassationshof diese Möglichkeit befürwortet und bei entsprechendem Verhalten die Strafbarkeit wegen Amtsmißbrauchs angenommen. Die betreffenden Artikel seien Bestimmungen der Legislative, die zu den Gesetzenormen im Sinne des Amtsmißbrauchstatbestands zu rechnen seien. Dabei würden die Bauvorschriften, auf die sie verweisen, lediglich zur Spezifizierung der Tat handlung herangezogen. Deswegen stelle sich auch nicht die Problematik des Gesetzesvorbehalts, wenn – wie bei Bebauungsplänen – die Bestimmungen in Rechtsquellen enthalten sind, die unterhalb von Verordnungen stehen.⁶⁷⁷ *Gambardella* ist ebenfalls für die indirekte Variante und bemerkt dazu, daß es ungewöhnlich anmuten würde, den Erlaß einer Baugenehmigung im Widerspruch zu zwingenden Vorschriften zwar wegen des Delikts gemäß Art. 20 a) des Gesetzes Nr. 47 von 1985⁶⁷⁸ zu bestrafen, ihn jedoch nicht zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen genügen zu lassen.⁶⁷⁹ Diese Lösung hätte zur Folge, daß den öffentlichen Funktionären eine umfangreiche Kenntnis der Verwaltungsvorschriften abverlangt würde. Allerdings ist es von den Fachkräften im Baudezernat, die für den Erlaß von Baukonzessionen zuständig sind, durchaus zu erwarten, mit den relevanten Bestimmungen vertraut zu sein. Unter diesem Gesichtspunkt ließe sich somit ihre indirekte Einbeziehung über die Artikel 10, 12 und 13 d.P.R. 6. Juni 2001/380 rechtfertigen.⁶⁸⁰

Das Kassationsgericht hat demgegenüber in dem Fall *Tilesi* vom 2. Oktober 1998 entschieden, daß eine derartige Interpretation zwei Verfassungsprinzipien

⁶⁷⁷ Cass., Sez. VI, 16.10.1998, Lo Baido, Cass. pen., 1999, 2109; Cass., Sez. VI, 11.5.1999, Fravilli, Cass. pen., 2000, 350, 351; Cass., Sez. VI, 14.3.2000, Sisti ed altri, RV216229; Cass., Sez. VI, 22.9.1999, Carbone ed altri, RV216026; Cass., Sez. VI, 6.10.1999, Callaci ed altro, RV216375; vgl. auch Cass., Sez. VI, 9.7.1998, Maccan, Cass. pen., 1999, 2112, in der neben der Verletzung des Bebauungsplans, auch ein Verstoß gegen eine regionalgesetzliche Verpflichtung der Kommunen, sich anzugleichen (Art. 32 Abs. 2, 1. Reg. Friuli V.G. 9.4.1968, n. 23), festgestellt wurde.

⁶⁷⁸ Die Vorschrift wurde von Art. 136 Abs. 2 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 außer Kraft gesetzt. Die entsprechende Regelung findet sich dort in Art. 44 Abs. 1 a) d.P.R. 2001/380 und lautet: „*Salvo che il fatto costituisca più grave reato e ferme le sanzioni amministrative, si applica:*

a) *l'ammenda fino a 10329 euro per l'inosservanza delle norme, prescrizioni e modalità esecutive previste dal presente titolo, in quanto applicabili, nonché dai regolamenti edilizi, dagli strumenti urbanistici e dal permesso di costruire; . . .*“.

⁶⁷⁹ *Gambardella*, Gazz. giur., 1999, n. 17, 1, 4 f.; ders., in: Lattanzi/Lupo, Art. 323 c.p., S. 198.

⁶⁸⁰ Allerdings ist damit noch keine Aussage über die daraus möglicherweise resultierende Unbestimmtheit von Art. 323 c.p. getroffen.

zuwiderlaufen würde. Zum einen dem Gesetzesvorbehalt (*riserva di legge*) im Strafrecht und zum anderen der Bestimmtheit von Strafgesetzen.⁶⁸¹ Gemäß den obersten Richtern stelle sich die Frage des Gesetzesvorbehalts nicht wegen des Verweises auf untergesetzliche Bestimmungen bzw. auf Vorschriften, die in der Hierarchie der Rechtsquellen noch unterhalb von Verordnungen stehen. Das kenne die Rechtsordnung bereits, wie Verweise auf Ministerialdekrete und sogar auf spezifische Verfahren – selbst wenn die Diskussion über die Zulässigkeit von Blankettstrafnormen (*norme in bianco*) noch anhalte. Entscheidend sei mit Blick auf die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs vielmehr, daß ein Verweis nur zulässig wäre, wenn er mit hinreichender Bestimmtheit die Voraussetzungen, die Merkmale, den Inhalt und die Grenzen der nichtgesetzlichen Vorschriften spezifizierte, deren Übertretung die Strafbarkeit nach sich zieht.⁶⁸² Ein Verweis auf untergesetzliche Akte sei folglich verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn seine Reichweite gesetzlich vorgegeben ist. Das Verhältnis von Strafnorm und der Norm, auf die verwiesen wird, sei so vom Willen des Gesetzgebers „gedeckt“, weil er den Inhalt der untergesetzlichen Akte miteinbeziehen wollte. Beim Tatbestand des Amtsmißbrauchs sei das hingegen nicht der Fall. Die Frage der Verletzung des Gesetzesvorbehalts stelle sich, weil nicht die Strafbestimmung auf die sublegislativen Quellen verweise. Die Legislative habe allein Gesetzes- und Verordnungsnormen einbezogen, nicht aber andere Rechtsquellen. Würden als Gesetzes- und Verordnungsnormen auch solche Bestimmungen angesehen, die wiederum Verweise enthalten, wäre die Tür zu einer Vielzahl von Vorschriften aufgestoßen, die noch unterhalb der *regolamenti* angesiedelt sind. Ihre Einbindung ließe sich aber nicht deutlich auf den legislativen Willen zurückführen, was Voraussetzung für die Zulässigkeit der Tatbestandserfüllung *ab externo* sei. Dieser Einwand, so das Kassationsgericht, erlange besondere Bedeutung in Anbetracht der Tatsache, daß der Tatbestand erst vor kurzem unter der Zielgabe reformiert wurde, das strafbare Verhalten genauer abzugrenzen.⁶⁸³ Auch das Verfassungsprinzip der hinreichenden Bestimmtheit von Strafgesetzen wäre nach Auffassung der Richter in der Entscheidung *Tilesi* durch eine extensive Auslegung in der hier aufgeworfenen Frage betroffen. Würde ein Tatbestandsmerkmal des Amtsmißbrauchs mittels eines Verweises auf Normen unterschiedlichster Natur und unterschiedlichsten Inhalts definiert, gelange man zu einem unbegrenzt weiten strafbaren Bereich. Insbesondere im Baurecht existierten eine Vielzahl von formell- und materiellrechtlichen Bestimmungen, deren Verletzung gemäß Art. 323 c.p. relevant werden könnte. Darüber hinaus seien in der Rechtsordnung viele Gesetzesnormen vorhanden, die auf Vorschriften anderer Quellen Bezug nehmen. Beispielsweise sei der öffentlich Angestellte gemäß Art. 16 des Präsidialdekrets Nr. 3 von 1957 ver-

⁶⁸¹ Cass., Sez. VI, 2.10.1998, *Tilesi ed altri*, Guida al dir. vom 13.3.1999, Nr. 10, 82, 87.

⁶⁸² Siehe die Entscheidung des Verfassungsgerichts Corte Cost., 17.3.1966, n. 26; vgl. Corte Cost., 12.5.1964, n. 36; Corte Cost., 19.11.1964, n. 96; Corte Cost., 23.5.1961, n. 26.

⁶⁸³ Cass., Sez. VI, 2.10.1998, *Tilesi ed altri*, Guida al dir. vom 13.3.1999, Nr. 10, 82, 87 f.

pflichtet, die Anweisungen seiner Vorgesetzten zu befolgen. Hier weist das oberste Gericht daraufhin, daß der Einbezug einer solchen Bestimmung der strafrichterlichen Kontrolle der Verwaltungstätigkeit Vorschub leisten und damit auch dem Willen des Gesetzgebers widersprechen würde. Des weiteren hebt es hervor, daß diese Interpretation dem von überwiegender Seite angenommenen Ausschluß des Rechtswidrigkeitsgrunds der Ermessensüberschreitung entgegenlaufen würde, da die Nichtbefolgung von Dienstanordnungen einen typischen Fall des *eccesso di potere* darstelle. Es würde zu einem noch ausufernderen Tatbestand als unter der vorherigen Rechtslage führen. Aus diesen Gründen folgert die *Cassazione penale* im Fall *Tilesi*, daß lediglich die Gesetzes- und Verordnungsnormen solche im Sinne des Art. 323 c.p. sein könnten, die die verletzbare Regel in abschließender Weise selbst in sich trügen, ohne also auf weitere Vorschriften zu verweisen.⁶⁸⁴ Demzufolge wären die Art. 10, 12, 13 d.P.R. 2001/380 nicht unter den Begriff der Gesetzesnormen zu subsumieren. Das hätte wiederum zur Folge, daß die Verletzung von Bebauungsplänen oder sonstigen Bauvorschriften nicht Grundlage für die Erfüllung des objektiven Tatbestands des Amtsmißbrauchs sein könnte.

Der Wortlaut von Art. 323 c.p. spricht unterschiedslos von Gesetzes- und Verordnungsnormen, die verletzt sein müssen. Zwischen solchen, die ein Gebot oder Verbot vollständig in sich tragen, und solchen, die wiederum auf andere Bestimmungen verweisen, wird nicht differenziert. Das könnte die Argumentation der Entscheidungen des obersten Gerichts stützen, die den indirekten Einbezug von Bebauungsplänen befürworten. Andererseits hat das *Tilesi*-Urteil zu Recht darauf hingewiesen, daß es die erklärte Intention des Reformgesetzgebers war, den Anwendungsbereich des Amtsmißbrauchs deutlich zu begrenzen und die Kontrollmöglichkeiten der Justiz über die Verwaltung einzuschränken. Bei einem Verweis auf Bebauungspläne ist die Gefahr einer unüberschaubaren Ausweitung des strafbaren Bereichs nicht so offensichtlich wie bei einem Verweis ganz genereller Art, wie in dem von den Richtern in der *Tilesi*-Entscheidung erwähnten Art. 16 d.P.R. n. 3/1957. Beinhaltet die Gesetzesnorm das ganz allgemeine Gebot, Dienstanweisungen von Vorgesetzten zu befolgen, würde der Tatbestand des Amtsmißbrauchs ganz erheblich ausgedehnt und eine weitreichende Kontrolle der Verwaltungstätigkeit durch die Strafjustiz ließe sich nicht mehr unterbinden. Würde aber der weitere Verweis der Gesetzes- oder Verordnungsnormen auf Regelwerke wie Bebauungsplänen gestattet, müßte auch der Verweis auf andere Rechtsquellen unterhalb von Verordnungen zugelassen werden. Entscheidend ist jedoch nicht so sehr der Gedanke der ausufernden Kontrolle der Justiz über die Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung,⁶⁸⁵ sondern die Vorgabe, die das Verfassungsgericht für Verweise

⁶⁸⁴ Cass., Sez. VI, 2.10.1998, *Tilesi ed altri*, Guida al dir. vom 13.3.1999, Nr. 10, 82, 88.

⁶⁸⁵ Wobei jedoch nicht vergessen werden darf, daß es in der Vergangenheit – vor der Reform von 1997 – durchaus Übergriffe des Strafrichters in den eigensten Bereich der Verwaltung

innerhalb von Strafbestimmungen formulierte und die die Strafrichter in der Entscheidung *Tilesi* aufgriffen. Wenn in einer Strafnorm auf andere Rechtsquellen verwiesen wird, muß der Gesetzgeber die Bedingungen und Grenzen dieser Delegation festlegen und in der Bestimmung erkennen lassen. Die Legislative von 1997 hat in Art. 323 c.p. auf andere Gesetzes- und Verordnungsnormen Bezug genommen und nur auf diese. Rechtsquellen unterhalb der Kategorie der Verordnungen müssen daher außer Betracht bleiben. Der Einschluß von Bebauungsplänen und anderen Rechtsquellen, die in der Hierarchie unter den Verordnungen rangieren, entspräche nicht dem gesetzgeberischen Willen und wäre dem Gesetz auch nicht zu entnehmen. Für diejenigen, die ihm unterworfen sind, wäre das strafbare Verhalten weder direkt aus dem Tatbestand noch aus den weiteren Gesetzes- oder Verordnungsnormen ersichtlich. Daher ist den Richtern der *Tilesi*-Entscheidung recht zugeben, daß der Einbezug von Bebauungsplänen sowohl dem Grundsatz des Gesetzesvorbehalts als auch der Bestimmtheit zuwiderläuft.

Demzufolge müssen Normen unberücksichtigt bleiben, die wiederum auf Normen unterhalb von Verordnungen verweisen. Dadurch ist die Frage beantwortet, ob die Verletzung von Bebauungsplänen eine Strafbarkeit wegen Amtsmißbrauchs nach sich ziehen kann. Weder direkt noch indirekt ist dies möglich. Die Artikel 10, 12 und 13 d.P.R. 2001/380 sind insoweit nicht unter das Merkmal der *norme di legge* zu subsumieren, wie sie auf Regelungen verweisen, die auf einer Hierarchiestufe unterhalb von Verordnungen stehen.

Es schließt sich aber die Frage an, ob auch Normen, die andere Gesetze oder Verordnungen zugrundelegen, also ob jegliche weiterverweisenden Vorschriften auszuschließen sind. Wie oben gesehen, traten die Richter der *Cassazione* in der Entscheidung *Tilesi* dafür ein, lediglich Gesetzes- oder Verordnungsnormen einzubeziehen, die die verletzbare Regel vollständig in sich tragen. Demnach grenzen sie sämtliche „weiterführenden“ Bestimmungen aus. Dabei stützten sie ihre Argumentation auf die Verfassungsprinzipien des Gesetzesvorbehalts sowie der Bestimmtheit von Strafgesetzen – allerdings insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Beschränkung des Art. 323 c.p. allein auf *norme di legge o regolamento*. Ihr entscheidender Gesichtspunkt ist daher die Wahrung der gesetzlichen Vorgabe hinsichtlich der relevanten Normenkategorien. Dieses Erfordernis ist jedoch bei der jetzigen Fragestellung eingehalten. Was einzig dagegen sprechen könnte, ist die Überlegung, daß der Tatbestand des Amtsmißbrauchs durch den erneuten Verweis zu unübersichtlich und damit zu unbestimmt würde. Da aber nicht andere Normenkategorien außer den auch in Art. 323 c.p. genannten zur Anwendung kämen, bliebe die Reichweite des Straftatbestands überschaubar. So können die Art. 10, 12, 13 d.P.R. 2001/380 durchaus im Rahmen des Amtsmißbrauchs relevant werden, wenn ein Widerspruch zu Bauvorschriften

vorliegt, die die formellen Voraussetzungen erfüllen, also entweder gesetzlich geregelt oder in einer Verordnung enthalten sind.

d) Begriff der Verletzung

Der Begriff der Verletzung im Tatbestand des Art. 323 c.p. setzt einen Widerspruch eines Verhaltens oder einer Maßnahme zu den Inhalten von Gesetzes- oder Verordnungsnormen voraus. Dabei kommt es nicht auf den Vorsatz des Handelnden an.⁶⁸⁶

Darüber hinaus wird teilweise ein konkreter Angriff auf die geschützten Rechtsgüter der guten Verwaltungsführung und der Unparteilichkeit der Verwaltung gefordert.⁶⁸⁷ Die bloße Verfolgung privater Ziele bei entsprechender Normverletzung reiche für die Tatbestandserfüllung des Amtsmissbrauchs nicht aus. Erforderlich sei, daß die genannten Rechtsgüter geschädigt oder gefährdet werden.⁶⁸⁸

Dem ist zu folgen. Allerdings ist anzumerken, daß es Fälle, in denen zwar alle Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, aber kein Rechtsgutsangriff vorliegt, kaum geben dürfte. Grundsätzlich sind die Verwaltungsvorschriften in Gesetzen oder Verordnungen, deren Verletzung die Tathandlung des Art. 323 c.p. bestimmt, auf die Wahrung des geordneten Ablaufs oder der Unparteilichkeit der öffentlichen Verwaltung gerichtet.

e) Korrektiv des Rechtswidrigkeitszusammenhangs

Wie oben bereits zitiert, fordert das Kassationsgericht in der Entscheidung *Tosches*, daß die verletzte Norm im Sinne des Art. 323 c.p. „*non sia genericamente strumentale alla regolarità dell'attività amministrativa, ma vieti puntualmente il comportamento sostanziale del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio*“. Sie dürfe demnach nicht allgemein die Rechtmäßigkeit der Verwaltungstätigkeit betreffen, sondern müsse ein bestimmtes Verhalten des Amtsträgers oder mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten verbieten.⁶⁸⁹ In der Entscheidung *Nicita* vom 24. September 2001 hat die *Corte di Cassazione* die Formulierung des *Tosches*-Urteils über den Begriff der Gesetzesnorm nahezu wortwörtlich aufgegriffen. In dem Fall, den die obersten Richter diesmal

⁶⁸⁶ Vgl. del Giudice (a cura di), *Violazione di legge*, in: *Dizionario giuridico*, S. 1292.

⁶⁸⁷ Benussi, S. 68; vgl. bereits unter der vorangegangenen Fassung des Art. 323 c.p. Cass., Sez. VI, 17.1.1995, Gargiulo, Cass. pen., 1996, 802; Cass., Sez. VI, 4.6.1996, Spisani ed altro, Riv. pen., 1996, 1365; vgl. auch Cass., Sez. VI, 2.2.1996, Vinciguerra, Riv. pen., 1996, 1123.

⁶⁸⁸ Benussi, S. 68 f.; Cass., Sez. VI, 17.1.1995, Gargiulo, Cass. pen., 1996, 802.

⁶⁸⁹ Cass., Sez. II, 4.12.1997, *Tosches*, Guida al dir. vom 7.3.1998, Nr. 9, 67, 69.

entscheiden mußten, hatte ein Postbeamter außerhalb der Dienstzeiten eines im Gegensatz zu den anderen am gleichen Tag eingetroffenen Einschreiben früher bearbeitet, um der Absenderin bei einer öffentlichen Ausschreibung einen Vorteil zu verschaffen. Die erste Instanz, wie auch das Berufungsgericht entschieden, daß der betreffende Beamte Art. 14 d.P.R. vom 10. Januar 1957, Nr. 3, verletzt habe, worin den Bediensteten die Einhaltung der vorgeschriebenen Arbeitszeiten auferlegt wird. Dem haben die Richter in Rom mit dem Hinweis widersprochen, daß es nicht ausreichend sei, daß die verletzte Norm im Sinne von Art. 323 c.p. „*sia genericamente strumentale alla regolarità dell'azione amministrativa*“, vielmehr sei erforderlich, daß die Bestimmung „*vieta puntualmente il comportamento del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio*.“ und Art. 14 d.P.R. 3/1957 diese Voraussetzungen nicht erfülle. Die Vorschrift würde somit nur allgemein die Verwaltungstätigkeit regeln und kein ausdrückliches Verhaltensgebot beinhalten. Solches, das exakt die Tat des Postbeamten behandelt, sei vielmehr in Art. 8 Abs. 1 des Verhaltenskodexes für die Angestellten der öffentlichen Verwaltungen enthalten.⁶⁹⁰ Nach dieser Bestimmung stellt der Bedienstete bei Ausübung der Verwaltungstätigkeit die Gleichbehandlung der Bürger sicher, die mit seiner Behörde in Kontakt kommen, wobei er zu diesem Zwecke weder Leistungen an jemanden verweigert noch erbringt, die normalerweise erbracht bzw. verweigert werden. Die Richter meinten, daß dies die eigentlich einschlägige Norm wäre, wenn sie zumindest eine Verordnungsbestimmung im Sinne von Art. 323 c.p. darstellte. Da der Verhaltenskodex jedoch nicht in der für Regierungsverordnungen vorgeschriebenen Weise⁶⁹¹ erlassen wurde, könne die Verletzung seiner Regeln keine Strafbarkeit wegen Amtsmißbrauchs, sondern nur disziplinarrechtliche Sanktionen nach sich ziehen.⁶⁹²

Den Argumentationen der beiden Gerichtsentscheidungen kann in diesem Punkt nicht gefolgt werden. Der Ansatz, Bestimmungen aus dem Anwendungsbereich des Delikts auszuschließen, nur weil sie sich generell auf die Aktivität der öffentlichen Verwaltung beziehen, trifft zum einen nicht den Kern, und zum anderen verleiten sie auch zum verfehlten Ausschluß der verfahrensrechtlichen Bestimmungen, wie ihn die Richter im *Tosches*-Fall dann ausdrücklich formulierten.⁶⁹³ Die Forderung, daß die verletzte Norm nicht allgemein Verwaltungshandeln betreffen darf, gründet auf der Befürchtung, daß sonst rein formalistisch eine *violazione di norme di legge o regolamento* gegeben sei, ohne daß tatsächlich ein Bezug zum verursachten Tatbestandserfolg vorläge. Was die Richter des

⁶⁹⁰ Der *Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni* war zunächst mittels d.m. vom 31.3.1994 (veröffentlicht in Gazz. Uff., n. 159 del 28 giugno 1994) und später nochmals vom italienischen Ministerpräsidenten per d.P.C. vom 28.11.2000 (veröffentlicht in Gazz. Uff., n. 84 del 10 aprile 2001) erlassen worden.

⁶⁹¹ Und zwar gemäß Art. 17 l. 23.8.1988, n. 400. Siehe dazu ausführlicher oben S. 137 ff.

⁶⁹² Cass., Sez. VI, 24.9.2001, Dir. pen. proc., 2003, 446, 447.

⁶⁹³ Cass., Sez. II, 4.12.1997, *Tosches*, Guida al dir. vom 7.3.1998, Nr. 9, 67, 69.

Kassationsgerichts also im Grunde bezweckten, erreichte man mittels des Gedankens des Rechtswidrigkeits- bzw. Schutzzweckzusammenhangs zwischen verletzter Vorschrift und dem eingetretenen Erfolg. Im Gegensatz zu ihrer Argumentationsweise könnte die Beantwortung der Frage, ob sich mit dem Taterfolg das realisiert hat, was die verletzte Verwaltungsnorm direkt zu verhindern beabsichtigte, eine genauere Lösung bieten. Demzufolge würde eine Tat keine Strafbarkeit wegen Amtsmißbrauchs nach sich ziehen können, wenn der Schutzzweck der Verwaltungsvorschrift nicht betroffen ist.

Tatsächlich gibt es vereinzelte Stimmen in der italienischen Rechtslehre, die für das Delikt des Amtsmißbrauchs ausdrücklich das Erfordernis eines *nesso di illiceità tra violazione di norme e risultato finale*, also eines Rechtswidrigkeitszusammenhangs zwischen der Normverletzung und dem endgültigem Resultat, hervorheben.⁶⁹⁴ *Tesauro* unterstreicht, daß, wenn ein solcher Zusammenhang nicht verlangt würde, das Delikt des Amtsmißbrauchs ein reines Tätigkeitsdelikt mit der objektiven Bedingung der Strafbarkeit eines Tatbestandserfolgs wäre. Letzterer habe jedoch eine tatbestandsbestimmende Funktion und zwar durch die Auswahl der Verhaltenweisen, die zu ihm eine direkte Beziehung besitzen.⁶⁹⁵ Daß diese erforderlich sei, werde auch durch den *dolo intenzionale* verdeutlicht. Die Rolle des Adverbs „*intenzionalmente*“ sei nicht allein auf den subjektiven Tatbestand beschränkt, sondern besäße auch eine selektive Funktion auf objektiver Ebene. Nur solche Verletzungen von Vorschriften, die direkt auf die Herbeiführung des Erfolgs ausgerichtet sind, könnten strafrechtlich relevant sein.⁶⁹⁶ Als Kriterium zur Bejahung des Rechtswidrigkeitszusammenhangs untersucht *Tesauro* die „*evitabilità in astratto*“, die abstrakte Vermeidbarkeit des Erfolgs ausgehend von dem Schutzzweck der Norm. Strafrechtliche Verantwortung sei dann gegeben, wenn sich fundieren ließe, daß der Schaden oder Vermögenserfolg das Resultat darstellt, welches die vom öffentlichen Funktionär verletzte Verwaltungsvorschrift unmittelbar zu verhindern beabsichtigte.⁶⁹⁷ So hatte im Fall *Nicita* die Verteidigung auch argumentiert, daß Art. 14 d.P.R. 3/1957 nicht zum Unterbinden von begünstigendem Verhalten außerhalb der Dienstzeit konzipiert sei, sondern unentschuldigtes Fernbleiben vom Dienst verhindern solle, indem Arbeitszeiten festgelegt werden. Aus diesem Grunde habe seine Verletzung in diesem Fall unbeachtlich zu sein.⁶⁹⁸ Hier wird deutlich

⁶⁹⁴ Siehe hier vor allen Dingen *Tesauro*, *Violazione di legge ed evento abusivo nel nuovo Art. 323 c.p.*, S. 31 ff.

⁶⁹⁵ *Tesauro*, *Violazione di legge ed evento abusivo nel nuovo Art. 323 c.p.*, S. 37 f.

⁶⁹⁶ *Tesauro*, *Violazione di legge ed evento abusivo nel nuovo Art. 323 c.p.*, S. 42 ff.

⁶⁹⁷ *Tesauro*, *Violazione di legge ed evento abusivo nel nuovo Art. 323 c.p.*, S. 48.

Er kommt jedoch zu dem Schluß, daß dieses Kriterium einen lediglich eingeschränkten Nutzen habe, weil seine Anwendung vor allem auf die gebundene Verwaltung begrenzt sei, welche es in der Form heutzutage kaum noch gebe, *Tesauro a.a.O.* S. 51 ff.

Zu seiner Anwendbarkeit im Rahmen der Ermessensverwaltung siehe *Tesauro a.a.O.*, S. 54 ff.

⁶⁹⁸ Siehe bei Cass., Sez. VI, 24.9.1001, *Dir. proc. pen.*, 2003, 446, 447.

auf den Schutzzweck der Verwaltungsbestimmung abgestellt. Im Gegensatz zum obersten Gericht in den Entscheidungen *Tosches* und *Nicita* sind nicht die Regelungen im Vorfeld auszugrenzen, die die öffentliche Administration allgemein betreffen. Vielmehr kann das Erfordernis eines Rechtswidrigkeitszusammenhangs in diesen Fällen als Korrektiv gegen eine zu formalistische Anwendung des Art. 323 c.p. fungieren.

6. Verletzung einer Enthaltungspflicht

Schließlich kann die Tathandlung des Amtsmissbrauchs auch in der Verletzung der Pflicht bestehen, „sich bei einem eigenen oder einem Interesse eines nahen Verwandten oder in den anderen vorgeschriebenen Fällen zu enthalten“. Hier kann eine Zweiteilung vorgenommen werden. Zum einen die Enthaltungspflicht bei einem eigenen Interesse, bzw. bei einem Interesse eines nahen Verwandten. Zum anderen die Enthaltungspflicht in weiteren normierten Fällen.⁶⁹⁹

a) Enthaltungspflicht

Das Problem von einer Enthaltungspflicht wurde lange in Rechtslehre und Rechtsprechung debattiert – zunächst bezüglich des Delikts des privaten Interesses an Amtshandlungen, Art. 324 c.p., dann – nach dessen Abschaffung durch die Reform der Amtsdelikte 1990 – hinsichtlich des Amtsmissbrauchs, Art. 323 c.p. a.F.⁷⁰⁰

In der Rechtslehre wurde stets betont, daß es im italienischen Recht zwar einige Normen des Verwaltungsrechts oder des Zivilrechts gebe, die eine Enthaltungspflicht in spezifischen Fällen formulierten, aber keine allgemeine Verpflichtung des öffentlich Tätigen, bei einem Interessenskonflikt von der Dienstausübung Abstand zu nehmen, geschweige denn eine solche Verpflichtung unter Strafan drohung bei Zuwiderhandlung.⁷⁰¹

⁶⁹⁹ Benussi, S. 115.

⁷⁰⁰ D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 68; Benussi, S. 116.

⁷⁰¹ Levi, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, S. 327 f., Fn. 2; vgl. Nicefaro, *Arch. pen.*, 1970, I, 264, 265; s. auch Bricola, *Encicl. dir.*, Vol. XXII, 47, 60, der das Verhältnis von Enthaltungsverpflichtung und Art. 324 c.p. eingehend untersucht, ebd., 59 ff.; s. allerdings Cass., Sez. VI, 1.10.1971, Chiodo, *Cass. pen.*, 1972, 1629, in der das Kassationsgericht eine Enthaltungspflicht direkt aus Art. 324 c.p., der privaten Interessennahme in Akte der Verwaltung, folgert. Hiergegen jedoch eingehend Bartulli, *Interesse privato in atti d'ufficio*, 1974, S. 339 ff., 346.

Auch bisherige Versuche der Legislative, eine solche generelle Pflicht in einer verwaltungsrechtlichen Bestimmung festzuschreiben, scheiterten.⁷⁰² Die Recht-

⁷⁰² Siehe hierzu Art. 20 des Gesetzentwurfs Nr. 81 des Abgeordneten *Lucifredi* in der vierten Legislaturperiode vom 31.5.1963 (*“Norme generali sull’azione amministrativa“*), der in der Sitzung der ersten Kommission der *Camera dei Deputati (affari costituzionali)* in *sede legislativa* am 19.10.1965 einstimmig angenommen wurde: *„Il funzionario che sia comunque interessato, anche indirettamente, a una pratica sulla quale l’ufficio di cui egli è titolare, o il Collegio di cui è componente, debba provvedere o esprimere un parere o esercitare un controllo, ha l’obbligo di astenersi.*

Alla sostituzione del funzionario, la cui incompatibilità sia stata accertata, di ufficio o su istanza di parte, si provvede nei modi indicati dagli articoli 6 e 14.

Nei casi in cui non si possa far luogo alla applicazione dell’articolo 6, alla sostituzione provvede il superiore gerarchico che può anche avocare a sé la trattazione della pratica.“

Dieser Gesetzentwurf, der den aus der dritten Legislaturperiode der Abgeordneten *Lucifredi, Resta, Codacci* und *Pisanelli* vom 1.8.1958, Nr. 159 (Entwurf in *Atti parlamentari del Senato*, n. 2409 bzw. in *Atti parlamentari della Camera dei deputati*, III legislatura, n. 195), wiederaufgriff – welcher wiederum in der Sitzung der *Commissione speciale per l’esame della proposta di legge concernente norme generali sull’azione amministrativa* am 13.12.1962 einstimmig angenommen wurde – scheiterte schließlich. Siehe zu dem Entwurf Nr. 81 von 1963 auch *Cataldi*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, 186 ff.; *Mariani*, *Corr. amm.*, 1966, 2559 ff.; *Piaseni Nuovo rass.*, 1965, 2929 f.; *Gelpi*, *L’Amm. it.*, 1966, 1271 f.; *Pastori* (a cura di), *La procedura amministrativa*, S. 553 ff.

Das Projekt eines Gesetzes mit allgemeinen Regelungen der Verwaltungstätigkeit war ursprünglich bereits durch die Einrichtung der *Commissione speciale per la riforma della pubblica Amministrazione* am 11.10.1944 unter Vorsitz von Prof. *Forti* in Angriff genommen und dann in der zweiten Legislaturperiode durch den Abgeordneten *De Francesco* am 21.2.1955 als Gesetzentwurf Nr. 1459 eingebracht worden. In letzterem war mit Art. 34 und Art. 35 ebenfalls eine Regelung der Inkompatibilität vorgesehen. Art. 34 (*Obbligo di astensione*): *„La persona preposta all’ufficio che deve provvedere su un affare è tenuta ad astenersi quando, in relazione alla natura dell’atto da emanare, sussistono gravi motivi di incompatibilità.*

Qualora il provvedimento debba essere emanato da un organo collegiale, è tenuto ad astenersi il membro di quest’ultimo che si trovi nelle condizioni previste dal primo comma.

Se il provvedimento deve essere emanato da un organo individuale, il titolare dell’ufficio che si astenga è sostituito a norma dell’articolo 6, salvo che egli stesso o gli interessati richiedano, in relazione alle circostanze, che alla sostituzione provveda il superiore gerarchico.“

Art. 35 (*Richiesta di sostituzione*): *„Se la persona, per cui sussistano le condizioni previste dall’articolo precedente, non si astiene, l’interessato può segnalare al superiore gerarchico o al presidente del collegio, prima che l’atto sia emanato, i motivi di incompatibilità che importano l’astensione.*

L’autorità è tenuta a provvedere. Ove ravvisi fondata la segnalazione, provvede alla sostituzione, a sensi del terzo comma dell’articolo precedente, se si tratta di organo individuale, e in conformità delle norme che regolano il funzionamento dei singoli collegi, ove si tratti di organo collegiale.

Sono salve le disposizioni relative alla ricasazione ed alla astensione dei componenti dei collegi disciplinari.“

Siehe zur Geschichte des Projekts *Roberto Lucifredi* in der Sitzung der *Commissione speciale per l’esame della proposta di legge concernente norme generali sull’azione amministrativa* vom 5.12.1958; ders. in der Präsentation des Gesetzentwurfs Nr. 81 in der *Camera dei deputati* am 31.5.1963.

sprechung stellte ursprünglich maßgeblich auf einen bloßen Interessenkonflikt zwischen der Ausübung öffentlicher Funktionen und einem beliebigen persönlichen Interesse des Amtsträgers ab.⁷⁰³ Für das oberste Gericht war nicht die Rechtswidrigkeit der Verwaltungsmaßnahme oder der Schaden, der von letzterer für die Verwaltung ausging, entscheidend, sondern die Tatsache, daß der Beamte sich bei dem Erlaß des Akts nicht enthalten hat, obwohl dieser seine privaten Interessen betraf.⁷⁰⁴ Im Folgenden setzte sich jedoch eine restriktivere Ansicht in der Rechtsprechung durch.⁷⁰⁵ Die bloße Verletzung einer Enthaltungspflicht sei für die Erfüllung des Art. 324 c.p. nicht ausreichend, vielmehr müsse der Amtsträger ein privates Interesse mit der Verwaltungsmaßnahme verfolgt haben.⁷⁰⁶ Für diese Auffassung kommt es auf die Instrumentalisierung der öffentlichen Funktionen zur Erreichung der persönlichen Ziele an. Die Pflichtverletzung ist dazu bloß ein Mittel.⁷⁰⁷ Das Kassationsgericht forderte demgemäß, daß die Instrumentalisierung an äußeren Faktoren erkennbar wird⁷⁰⁸ und ein privates Interesse konkret festgestellt werden kann.⁷⁰⁹ Damit griff es Kriterien bzw. Gedanken auf, die bereits vorher von einem Teil der Literatur entwickelt worden waren.⁷¹⁰

Nach dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 26. April 1990, Nr. 86, mit dem der Tatbestand des privaten Interesses an Amtshandlungen abgeschafft und von

⁷⁰³ Cass., Sez. III, 19.11.1964, Afferrante, Riv. it. dir. proc. pen., 1967, 617, 621; Cass., Sez. III, 9.7.1965, Corbo e Di Fava, Foro it., 1965, II, Sp. 401, 402 f.; Cass., Sez. VI, 26.11.1969, Cicone, Cass. pen., 1970, 1658; Cass., Sez. VI, 1.10.1971, Chiodo, Cass. pen., 1972, 1629.

⁷⁰⁴ So ausdrücklich Cass., Sez. III, 19.11.1964, Afferrante, Riv. it. dir. proc. pen., 1967, 617.

⁷⁰⁵ Cass., Sez. VI, 9.12.1967, Pradella ed altri, Cass. pen., 1968, 904; Cass., Sez. VI, 15.10.1968, Padula, Cass. pen., 1969, 1506; Cass. Sez. VI, 11.10.1969, De Cillis ed altro, Cass. pen., 1970, 1492 f.; Cass., Sez. VI, 30.11.1970, Colonna ed altro, Cass. pen., 1972, 176; Cass., Sez. VI, 11.5.1971, Ambrosio, Cass. pen., 1972, 859; Cass., Sez. V, 3.6.1983, Annovazzi, Cass. pen., 1986, 270; Cass., Sez. VI, 17.10.1986, Gargiulo, Cass. pen., 1988, 446, 447; Cass., Sez. VI, 7.4.1987, Elifani, Cass. pen., 1988, 2078.

⁷⁰⁶ So ausdrücklich Cass., Sez. VI, 11.5.1971, Ambrosio, Cass. pen., 1972, 859; Cass., Sez. V, 3.11.1979, Duo, Cass. pen., 1981, 1029; Cass., Sez. V, 3.6.1983, Annovazzi, Cass. pen., 1986, 270; Cass., Sez. VI, 17.10.1986, Gargiulo, Cass. pen., 1988, 446, 447; Cass., Sez. VI, 7.4.1987, Elifani, Cass. pen., 1988, 2078; Cass., Sez. VI, 13.7.1989, Brunetti, Riv. pen., 1990, 493; zustimmend in der Literatur Niceforo, Arch. pen., 1970, I, 264, 266; Pagliaro, Principi di diritto penale, Parte speciale, 1977, S. 241 f.

⁷⁰⁷ So erklärend Benussi, S. 117; s. auch Cass., Sez. V, 3.11.1979, Duo, Cass. pen., 1981, 1029; Cass., Sez. V, 3.6.1983, Annovazzi, Cass. pen., 1986, 270; Cass., Sez. VI, 7.4.1987, Elifani, Cass. pen., 1988, 2078; Cass., Sez. VI, 13.7.1989, Brunetti, Riv. pen., 1990, 493.

⁷⁰⁸ Siehe bspw. Cass., Sez. V, 29.11.1979, Lelli, Cass. pen., 1981, 542.

⁷⁰⁹ Siehe nur Cass., Sez. VI, 9.11.1979, Fazio, Cass. pen., 1981, 1026, 1027.

⁷¹⁰ Vgl. Grosso, Lineamenti dell'interesse privato in atti di ufficio, S. 87 ff.; Bartulli, L'interesse privato in atto d'ufficio, 1967, S. 273 f.; s. auch Bricola, Encicl. dir., Vol. XXII, 47, 63 ff.; auch kritisch ders., Scritti di diritto penale, Vol. II, Tome I, S. 2503 ff.; Infantini, L'abuso della qualità o delle funzioni di pubblico ufficiale in diritto penale, S. 217; Pagliaro, Principi di diritto penale, Parte speciale, 1977, S. 244 ff.

dem des Amtsmißbrauchs aufgefangen wurde,⁷¹¹ übertrug sich die Diskussion auf den Art. 323 c.p. Sie wurde zusätzlich durch das Gesetz vom 8. Juni 1990, Nr. 142, angefacht, dessen Art. 64 die *testi unici* über die Gesetze der Kommunen und Provinzen mit Ausnahme des Art. 290 r.d., 4 febbraio 1915, n. 148, und des Art. 279 r.d., 3 marzo 1934, n. 383, außer Kraft setzte. Die nun mittlerweile ebenfalls abgeschafften Art. 290⁷¹² und 279⁷¹³ beinhalteten Enthaltungspflichten für die Beschäftigten der Kommunen und Provinzen. Es stellte sich somit die Frage, ob ihre Verletzung für die Erfüllung des Tatbestands des Amtsmißbrauchs genügen sollte.⁷¹⁴

Die Rechtsprechung griff aber auf die bezüglich des Art. 324 c.p. erarbeitete Argumentation zurück und stellte heraus, daß aus der bloßen Verletzung einer Enthaltungspflicht nicht das Delikt des Art. 323 c.p. resultieren könne, sondern nur, wenn auch eine Instrumentalisierung der Befugnisse gegeben sei, worin der für den Amtsmißbrauch erforderliche Ermessensmißbrauch zu sehen sei.⁷¹⁵

Mit der Reform des Amtsmißbrauchs von 1997 hat der Gesetzgeber den Unsicherheiten ein Ende bereitet und klargestellt, daß die Verletzung einer Enthaltungspflicht ein Tatbestandsmerkmal des Amtsmißbrauchs erfüllt.

Für manche in der Rechtslehre müssen die Enthaltungspflichten allerdings noch in Verwaltungsvorschriften festgeschrieben sein.⁷¹⁶ *Benussi* schließt aus dem Wortlaut, daß die Tatbestandsalternative der Verletzung der Enthaltungspflicht sowohl aus einer materiellen als auch einer formellen Komponente besteht. Zum einen müsse ein offensichtlicher Interessenkonflikt gegeben sein („*interesse*

⁷¹¹ Pagliaro/Parodi Giusino, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2008, S. 286.

⁷¹² Art. 290 lautete: „*I consiglieri, gli assessori, i deputati provinciali e i membri della giunta provinciale amministrativa debbono astenersi dal prendere parte alle deliberazioni riguardanti liti o contabilità loro proprie, verso i corpi cui appartengono, con gli stabilimenti dai medesimi amministrati, o soggetti alla loro amministrazione o vigilanza; come pure quando si tratta di interesse proprio, o di interesse, liti o contabilità dei loro congiunti od affini sino al quarto grado civile o di conferire impieghi ai medesimi. Si astengono pure dal prendere parte direttamente o indirettamente in servizi, esazioni di diritti, somministranze od appalti di opere nell'interesse dei corpi cui appartengono, o soggetti alla loro amministrazione, vigilanza o tutela.*“

⁷¹³ Art. 279 lautete: „*Gli amministratori dei comuni, delle province e dei consorzi, nonché i consultori e i membri della giunta provinciale amministrativa devono astenersi dal prendere parte alle deliberazioni riguardanti liti o contabilità dei loro parenti o affini sino al quarto grado, o del coniuge, o di conferire impieghi ai medesimi. Il divieto di cui sopra importa anche l'obbligo di allontanarsi dalla sala delle adunanze durante la trattazione di detti affari. Le disposizioni, di cui ai commi precedenti, si applicano al segretario del comune, della provincia e del consorzio.*“

⁷¹⁴ D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 70.

⁷¹⁵ Cass., Sez. VI, 14.12.1995, Marini, *Gazz. giur.*, 1996, n. 19, 51 f.

⁷¹⁶ So bpsw. Cupelli, *Cass. pen.*, 2001, 1030, 1039.

proprio o di un prossimo congiunto“). Zum anderen würde auf jede denkbare Norm verwiesen, aus der eine Pflicht zur Enthaltung erwächst („*altri casi prescritti*“).⁷¹⁷ Er erstellt daher einen ersten Katalog von Vorschriften, in denen den in der Verwaltung Tätigen in bestimmten Konfliktfällen Enthaltung auferlegt wird.⁷¹⁸ Nach *D'Avirro* hat die Legislative dagegen erstmals eine allgemeine Pflicht, sich bei einem persönlichen Interesse zu enthalten, kodifiziert.⁷¹⁹ Die Enthaltungspflicht sei direkt im Tatbestand verankert – ohne Umweg der Verletzung von Gesetzesnormen, wie zum Beispiel der Nachfolgebestimmungen der erwähnten Artikel 290 und 279 der *testi unici* über die Gesetze der Kommunen und Provinzen. Die Nichtbeachtung der Enthaltungspflicht sei eine eigenständige Tatbestandsalternative, die, wenn sie und die weiteren Voraussetzungen gegeben seien, eine Bestrafung nach Art. 323 c.p. nach sich ziehe.⁷²⁰ Es könnte hinterfragt werden, ob es überhaupt möglich ist, daß eine Norm des Strafgesetzbuchs ein Verhaltensgebot für Verwaltungsbeamte aufstellt, und ob dieses nicht vielmehr in einer Verwaltungsvorschrift festgelegt sein muß. Diese Bedenken lassen sich jedoch mit Blick auf andere Strafnormen ausräumen. Wird beispielsweise der Tatbestand des Totschlags betrachtet, ist festzustellen, daß er die Tötung eines Menschen nicht explizit verbietet. Der Tatbestand regelt hingegen dem Wortlaut gemäß allein die Sanktion des Totschlags und richtet sich insofern an die staatlichen Organe der Rechtsdurchsetzung wie Polizei, Staatsanwaltschaft und Justiz.⁷²¹ Ein Verbot also: „Du sollst einen anderen Menschen nicht töten!“ wird nicht ausdrücklich aufgestellt. Man findet es auch nicht in einer anderen rechtskräftigen Gesetzesbestimmung.⁷²² Dennoch wird niemand bestreiten wollen, daß es einen Rechtssatz gibt, der das Töten eines Menschen verbietet. Es kann daher *Binding* recht gegeben werden, der annahm, daß jede Strafnorm implizit das Verhalten verbietet, an das die Straffolge tatbestandsmäßig anknüpft.⁷²³ Danach wäre der Tatbestand des Totschlags wie folgt zu lesen: „Das Töten eines Menschen ist verboten. Wer einen ...“.⁷²⁴ Die Norm aber, der zuwider gehandelt wird, kann nur die in

⁷¹⁷ Benussi, S. 115; weniger eindeutig allerdings ders., in: Dolcini/Marinucci, Art. 323 c.p., Rdn. 41.

⁷¹⁸ Benussi, S. 121 ff.; ders., in: Dolcini/Marinucci, Art. 323 c.p., Rdn. 44.

⁷¹⁹ *D'Avirro*, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 71; ebenso *Padovani*, *Legisl. pen.*, 1997, 741, 746; s. in der Rechtsprechung *Cass.*, Sez. VI, 19.11.1997, *Cappabianca*, *Cass. pen.*, 1999, 1441 f.

⁷²⁰ *D'Avirro*, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 72.

⁷²¹ *Adomeit*, *Rechtstheorie für Studenten*, S. 17.

⁷²² Das allgemeine Verbot: „Du sollst nicht töten.“ ist zuvorderst aus dem frühen hebräischen Recht, den Zehn Geboten des Alten Testaments (2. Buch Mose, Kapitel 20, Vers 13), bekannt.

⁷²³ *Binding*, *Die Normen und ihre Übertretung*, S. 45.

⁷²⁴ Im deutschen Strafrecht spricht für diese Implikationstheorie § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB, wonach alle Verletzungshandlungen, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklichen, mangels besonderer Umstände als rechtswidrig, also Recht widersprechend, angesehen werden.

dem jeweiligen Tatbestand implizierte Verhaltensnorm sein.⁷²⁵ Wenn daher in jeder Strafvorschrift auch ein Gebot bzw. Verbot des dort sanktionierten Verhaltens enthalten ist, ist kein Grund ersichtlich, weswegen nicht auch im Tatbestand des Amtsmissbrauchs direkt eine Enthaltungspflicht enthalten sein sollte. Der Ansicht von *D'Avirro* ist dementsprechend zu folgen, auch, da sie der Tatbestandsvariante eine wirklich eigenständige Position einräumt. Ließe man die Verletzung der Enthaltungspflicht nur über andere Normen gelten, dann wäre sie nur ein Unterfall der ersten Handlungsform, der Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen, und insofern eine im Grunde überflüssige Wiederholung.⁷²⁶ Die Enthaltungspflicht erscheint auf den ersten Blick zwar sehr allgemein, dennoch weiß der handelnde Amtsträger genau, wann sich für ihn ein konkreter Interessenskonflikt ergibt. Die Verpflichtung ist daher hinreichend bestimmt.⁷²⁷ Hat der Beamte demgegenüber beispielsweise übersehen, daß durch seine Verwaltungsmaßnahme ein naher Angehöriger begünstigt wird, fehlt es ihm am erforderlichen Vorsatz für die Tat.

Noch vor der Reform von 1990 entwickelte ein Teil der Rechtsprechung⁷²⁸ und Lehre⁷²⁹ bezogen auf den Amtsmissbrauch den Gedanken, daß das Vorliegen eines privaten Ziels für die Bestrafung nicht ausreichend sei, wenn der Amtsträger in erster Linie auch ein öffentliches Interesse verfolgte. Diese Position ist heute nicht mehr haltbar. Der Tatbestand des Art. 323 c.p. verlangt nicht, daß der Mißbrauch zum alleinigen Zweck des Tatbestandserfolgs begangen wird. Selbst wenn der Beamte auch ein öffentliches Ziel verfolgt, kann er – die sonstigen Tatbestandsmerkmale vorausgesetzt – wegen privater Interessennahme belangt werden, da nun ein Enthaltungsgebot besteht.⁷³⁰

⁷²⁵ Adomeit, Rechtstheorie für Studenten, S. 18.

⁷²⁶ Das gilt natürlich nur, wenn man Enthaltungspflichten aus Vorschriften anderer Rechtsquellen als Gesetzen oder Verordnungen außer Betracht ließe. Diese restriktive Auslegung wäre mit Blick auf das Tatbestandsmerkmal der „*violazione di norme di legge o regolamenti*“ allerdings geboten, so auch Benussi, S. 128 f.; ders., in: Dolcini/Marinucci, Art. 323 c.p., Rdn. 47.

⁷²⁷ Für den Bürger ist die Bestimmung ebenfalls eindeutig, auch wenn er häufig den Interessenkonflikt faktisch nicht kennen kann.

⁷²⁸ Cass., Sez. VI, 13.7.1989, Brunetti, Riv. pen., 1990, 493.

⁷²⁹ Stortoni, L'abuso di potere nel diritto penale, S. 260 f., der die für einen Mißbrauch erforderliche *illegittimità* des Handelns verneint, wenn das verfolgte öffentliche Interesse mit einem privaten zusammenfällt.

⁷³⁰ Siehe Benussi, S. 118 f., der die Ansicht, daß eine Instrumentalisierung der Amtsbefugnisse in den Fällen der nicht befolgten Enthaltungspflicht in jedem Fall nötig sei, nun nicht mehr für tragbar hält, wenn sich dahinter eben der Gedanke verberge, daß die Verletzung der Enthaltungspflicht bei einem eigenen Interesse oder dem eines nahen Angehörigen sowie in den anderen vorgeschriebenen Fällen nur vorliegen würde, sofern der Amtsträger oder mit einem öffentlichen Dienst Beauftragte allein aus privaten Motiven handelte.

b) Interessenkonflikt

Wenn der reformierte Tatbestand eine Enthaltungspflicht statuiert, dann ging der Gesetzgeber davon aus, daß sich ein Interessenkonflikt zwischen den persönlichen Interessen des in der Verwaltung Tätigen und dem Interesse der Verwaltung, ihren guten Ablauf und vor allem ihre Unparteilichkeit zu sichern, ergeben kann. Hiermit wird jedoch nicht die überholte und fehlerhafte Rechtsprechung zum Art. 324 c.p. wieder aufgegriffen. Im Gegensatz zur damaligen Auffassung reicht das Vorliegen einer Konfliktsituation allein nicht aus, sondern Art. 323 c.p. verlangt neben dem Eintritt eines unrechtmäßigen Schadens oder Vorteils einen entsprechenden Vorsatz des Täters.⁷³¹

Darüber hinaus stellt *Benussi* klar, daß Inkompatibilitätsfälle lediglich dann Enthaltungspflichten im Sinne von Art. 323 c.p. begründeten, wenn ein ganz konkreter Interessengegensatz besteht. So sei vielmehr eine Konkretisierung der abstrakten Konfliktsituation nötig. Beispielweise dürfe ein rechtlicher Vertreter einer Gesellschaft, die ein Untersuchungslabor betreibt, das vertraglich an die örtliche öffentliche Gesundheitseinrichtung, der *unità sanitaria locale (u.s.l.)*, gebunden ist, zwar gemäß Art. 2 Nr. 9 legge 23 aprile 1981, n. 154 nicht Bürgermeister der Kommune werden, welche in den Bereich der *u.s.l.* fällt. Allerdings könne erst eine Situation, in der die unterschiedlichen Interessen ganz konkret in Widerstreit geraten, strafrechtlich relevant werden; so, wenn der Bürgermeister selbst über eine Baugenehmigung für den rechtswidrigen Anbau des Laboratoriums entscheidet, um der Gesellschaft einen unrechtmäßigen Vermögensvorteils zu verschaffen, obwohl er die Sache an einen Assessor hätte abgeben können.⁷³²

Der Autor hat jedenfalls insofern recht, als daß allein potentielle Interessenkonflikte keine Strafbarkeit gemäß Art. 323 c.p. nach sich ziehen. Dafür muß neben die Interessenkonfrontation ein von der entsprechenden Absicht getragener Schaden oder Vorteil treten sowie ein Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen ihnen. Im übrigen können „andere vorgeschriebene Fälle“ auch Inkompatibilitätssituationen sein, in denen kein Interessenkonflikt besteht.

c) Begriff des Interesses

Zur Bestimmung des Begriffs des Interesses im Sinne des Art. 323 c.p. kann zunächst auf die klassische Definition aus der italienischen Strafrechtslehre zurückgegriffen werden. Nach *Antolisei* drückt das Interesse eine Beziehung zwischen einem Subjekt, welches ein Bedürfnis besitzt, und einem Gut, das

⁷³¹ D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 73.

⁷³² *Benussi*, S. 125.

dieses Verlangen zu befriedigen geeignet ist, aus.⁷³³ Auf den Tatbestand des Amtsmißbrauchs bezogen, bedeutet „Interesse“ die Gesamtheit der Nutzen, die ein Mensch aus verschiedenen, in der Wirklichkeit vorhandenen materiellen oder immateriellen Gütern ziehen kann.⁷³⁴ Hierbei ist streitig, ob die Nutzen einen ökonomischen Hintergrund haben müssen, oder ob jedes persönliche Interesse erfaßt wird, auch wenn es nicht das Vermögen betrifft und rein sentimental ist.⁷³⁵

In der Literatur wird der Vermögensbezug gefordert. Bloße Gefühle, wie beispielsweise die Genugtuung, von anderen gelobt zu werden oder höher geschätzt zu werden als die Kollegen, seien auszuschließen.⁷³⁶ Demgegenüber hat der oberste Gerichtshof in einer Entscheidung auch solche Interessen einbezogen, deren Verfolgung für den handelnden Amtsträger nur Auswirkungen auf seine sozialen und freundschaftlichen Beziehungen hat.⁷³⁷

Für den Einschluß von rein immateriellen Interessen ließe sich argumentieren, daß es mit dem Erfordernis eines Tatbestandserfolgs, dem unrechtmäßigen Schaden oder Vermögensvorteil, noch ein Korrektiv gegenüber einer extensiven Enthaltungspflicht gibt. Schließlich dürfte im Fall des nicht ökonomischen Interesses bereits diese Voraussetzung in den wenigsten Fällen erfüllt sein. Trotzdem wird es schwer, die Grenze zu ziehen. Beispielsweise kann das Interesse, in der Öffentlichkeit besser als die Kollegen dazustehen, nicht ernsthaft eine Enthaltungspflicht nach sich ziehen. Möglicherweise käme es andernfalls sogar zu Beeinträchtigungen des Verwaltungsablaufs.⁷³⁸ Darüber hinaus ist zu beachten, daß diese Tatbestandsvariante auf einer Stufe mit der Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen steht. Abgesehen davon, daß die den Verwaltungsangestellten leitenden, rein persönlichen Motive und damit die Enthaltungspflicht nur äußerst schwer zu beweisen sind, kann das Handeln in ihren Fällen auch nur selten zum Beispiel einer Gesetzesübertretung gleichgestellt werden. Demzufolge sind bloße sentimentale Interessen aus dem Interessensbegriff des Art. 323 c.p. auszuschließen.

Mit der Voraussetzung eines eigenen Interesses oder desjenigen eines nahen Angehörigen hat der Gesetzgeber zudem der Diskussion ein Ende bereitet, ob die Verfolgung sogenannter „zonaler“ Interessen (*interessi zonali*), die sich

⁷³³ Antolisei, L'offesa ed il danno nel reato, S. 33; ebenso Carnelutti, Il danno e il reato, S. 26.

⁷³⁴ Benussi, S. 126; vgl. auch bereits bezüglich des Art. 324 c.p. Grosso, Lineamenti dell'interesse privato in atti di ufficio, S. 135 f.

⁷³⁵ Siehe Gambardella, in: Lattanzi/Lupo, Art. 323 c.p., S. 209.

⁷³⁶ Benussi, S. 126.

⁷³⁷ So Cass., Sez. VI, 19.11.1997, Cappabianca, Cass. pen., 1999, 1441 f.

⁷³⁸ Vgl. ähnlichen Gedanken bei Seminara, Stud. iur., 1997, 1251, 1255; ders., in: Crespi/Stella/Zuccalà, Art. 323 c.p., VI, Rdn. 5.

unter anderem auf geographische, sozio-ökonomische oder ideologische „Zonen“ beziehen können, strafrechtlich relevant sind.⁷³⁹ Auch diese Frage betraf vor der Reform von 1990 den Tatbestand der privaten Interessennahme an Amtshandlungen, Art. 324 c.p., und nach ihr den des Amtsmißbrauchs. Es kann tatsächlich sein, daß ein Beamter anstatt zum Vorteil der Allgemeinheit zu handeln, ein „zonales“ Interesse verfolgt, beispielsweise auf den Nutzen seiner Partei bedacht ist. Überwiegend wurde auch über eine systematische Auslegung die Relevanz verneint.⁷⁴⁰ Mit der einschränkenden Formulierung des Art. 323 c.p. („ein eigenes Interesse oder das eines nahen Angehörigen“), die den weitergehenden Begriff des „privaten Interesses“ aus dem alten Art. 324 nicht wieder aufgreift, hat die Legislative zu erkennen gegeben, daß ein Amtsträger, der sich bei dieser Art von Verbandsinteresse nicht enthält, den Tatbestand des Amtsmißbrauchs nicht erfüllt.⁷⁴¹

d) Begriff des nahen Angehörigen

Während Art. 290 r.d. Nr. 148 von 1915 und Art. 279 r.d. Nr. 383 von 1934 die öffentlichen Administratoren zur Enthaltung bei Bestehen eines eigenen oder eines Interesses seitens ihrer Verwandten bis zum vierten Grade oder seitens des Ehegatten verpflichteten, spricht Art. 323 c.p. lediglich von „nahen Angehörigen“. Es stellt sich die Frage, welche Personen darunter zu fassen sind. Nach einer Ansicht in der Literatur sollte der Begriff aus einer Zusammenschau der eben erwähnten verwaltungsrechtlichen Vorschriften, Art. 290 r.d. 148/1915 und Art. 279 r.d. 383/1934 und der strafrechtlichen Bestimmungen, in denen die Begriffe „Angehörige“ oder „nahe Angehörige“ auftauchen, wie Art. 307, Art. 384 und Art. 649 c.p., definiert werden.⁷⁴² Diese Auffassung ist nicht verständlich, denn in Art. 307 Abs. 4 c.p.⁷⁴³ hat der Gesetzgeber eine Legaldefinition des

⁷³⁹ Cupelli, *Legalità e giustizia*, 1998, 35, 64 f.

⁷⁴⁰ Siehe die Problematik bezüglich des Delikts der privaten Interessennahme bei Pagliaro, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, 1986, S. 269 f., der aber auf die Fälle der Verfolgung eines „zonalen“ Interesses im Grundsatz nicht Art. 324 c.p., sondern Art. 323 c.p. anwenden wollte. Bezüglich derselben Problematik innerhalb des reformierten Tatbestands des Amtsmißbrauchs s. ebenfalls Pagliaro, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, 1995, S. 249 ff.

⁷⁴¹ Cupelli, *Legalità e giustizia*, 1998, 35, 65; Pagliaro, *Dir. pen. proc.*, 1997, 1394, 1400, der darauf hinweist, daß zwar die Tatbestandsvariante der Verletzung der Enthaltungspflicht nicht vorliegt, aber bei einer gleichzeitigen Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen das Delikt des Amtsmißbrauchs dennoch gegeben sein kann. In diesen Fällen müsse jedoch ein besonderes Augenmerk auf das Merkmal der Ungerechtmäßigkeit des Erfolgs gelegt werden. Siehe auch Pagliaro/Parodi Giusino, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2008, S. 279.

⁷⁴² So D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 75 f.

⁷⁴³ Art. 307 Abs. 4 c.p. lautet: „*Agli effetti della legge penale, s'intendono per 'prossimi congiunti' gli ascendenti, i discendenti, il coniuge, i fratelli, le sorelle, gli affini dello stesso grado, gli zii e i nipoti: nondimeno, nella denominazione di prossimi congiunti,*

Begriffs des nahen Angehörigen gegeben.⁷⁴⁴ Er hat ausdrücklich bestimmt, daß im Sinne des Strafgesetzes ein naher Angehöriger die Abkömmlinge, die Eltern, der Ehegatte, die Brüder, die Schwestern, die Verwandten gleichen Grades, die Onkel und Tanten sowie die Neffen und Nichten sind. Nicht eingeschlossen werden die Verwandten des Ehegatten, wenn dieser verstorben ist und es keine gemeinsamen Nachkommen gibt. Ein Rückgriff auf die von der Gegenmeinung genannten verwaltungsrechtlichen und strafrechtlichen Vorschriften ist nicht erforderlich, zumal sie keine eindeutige Klassifikation wie Art. 307 c.p. geben, sondern entweder den Begriff nur erwähnen, ohne ihn näher zu erläutern, oder sich allgemein auf Verwandtschaftsverhältnisse beziehen.

Strittig ist weiter, ob der Lebensgefährte *more uxorio* unter die Gruppe der in Art. 307 Abs. 4 c.p. aufgezählten nahen Angehörigen fällt. Der Verfassungsgerichtshof hat bisher die Verfassungswidrigkeit von Art. 307 c.p. wegen der restriktiven Legaldefinition und damit ihre Ausdehnung durch richterliche Interpretation verneint. Er stützte sich bei seinen Entscheidungen auf den Begriff der Familie aus Art. 29 Cost., der auf die lediglich durch Ehe gegründete Gemeinschaft zurückgehe.⁷⁴⁵ Er habe die legislative Entscheidung zu respektieren. Mit einer darüber hinausgehende Auslegung würde sich das Gericht Kompetenzen aneignen, die allein dem Parlament zuständen.⁷⁴⁶ Dem ist zuzustimmen – eine gerichtliche Ausweitung der Definition auf den Lebensgefährten ist wegen des Analogieverbots im Strafrecht nicht zulässig. Deshalb sollte man auch bei der Umdeutung eines Interesses des Lebensgefährten in eines des handelnden Amtsträgers bzw. mit einem öffentlichen Dienst Verpflichteten im Sinne des Art. 323 c.p. grundsätzlich vorsichtig sein, denn schließlich hat der Gesetzgeber im Tatbestand des Amtsmißbrauchs das eigene Interesse deutlich von dem eines nahen Angehörigen abgegrenzt.⁷⁴⁷ Oft wird sich aber das eigene Interesse des Funktionärs nicht leugnen lassen, zumal wenn ein gemeinsamer Haushalt besteht. Dann kann man auch das nicht lediglich sentimentale, sondern wirtschaftliche Interesse des Verwaltungsangehörigen erkennen. Allerdings mag es seltene Einzelfälle geben, in welchen auch die nicht zusammen wohnenden Lebensgefährten in gleicher Weise profitieren. So nahm das Tribunale von Rom bei einem Professor, der sich in einem öffentlichen Bewerbungsverfahren nicht von der Bewertung der Kandidaten enthielt, obwohl

*non si comprendono gli affini, allorché sia morto il coniuge e non vi sia prole.*⁴

⁷⁴⁴ Dolcini/Marinucci-Benussi, Art. 323 c.p., Rdn. 46; ders., S. 127.

⁷⁴⁵ Hierbei verweist es auf die Entscheidung des höchsten Gerichts Corte Cost., 28.1.1983, n. 30.

⁷⁴⁶ Corte Cost., 18.11.1986, n. 237, Giust. pen., 1986, I, Sp. 353, 356; Corte Cost., 18.1.1996, n. 8, Cass. pen., 1996, 1375, 1376 f. Die beiden genannten Entscheidungen betreffen allerdings den Strafausschließungsgrund bei der Begünstigung eines nahen Familienangehörigen, Art. 384 c.p.; s. auch Cass., Sez. II, 9.3.1982, Turatello, Riv. pen., 1983, 525; Cass. Cass., Sez. VI, 20.2.1988, Melilli, Cass. pen., 1989, 1217.

⁷⁴⁷ Dagegen nimmt Benussi, S. 127, in solchen Fällen grundsätzlich ein eigenes Interesse des öffentlichen Funktionärs an.

sich unter ihnen eine Frau befand, mit der er seit langem eine ununterbrochene und noch aktuelle Liebesbeziehung unterhielt, ein „eigenes“ Interesse im Sinne des Art. 323 c.p. an.⁷⁴⁸ In diesem Zusammenhang ist die Vorschrift des Art. 6 Nr. 1 des Ministerialdekrets vom 28. November 2000⁷⁴⁹ erwähnenswert, in der für die Angestellten der öffentlichen Verwaltung auch eine Enthaltungspflicht begründet wird, wenn Interessen schon von Personen, mit denen sie lediglich zusammenleben, betroffen sein können. Ihre Anwendbarkeit im Rahmen des Amtsmißbrauchs ist jedoch fraglich.⁷⁵⁰

e) Enthaltung

Art. 323 c.p. spricht ohne Spezifizierung von der Pflicht, sich zu enthalten. Fraglich ist damit, wessen sich die Administratoren enthalten müssen; ob eines Rechtsakts oder auch tatsächlicher Handlungen, die mit der Abwicklung einer Funktion oder eines Dienstes verbunden sind.⁷⁵¹

Bereits unter dem Tatbestand des Privatinteresses an Amtshandlungen, Art. 324 c.p., war die Bedeutung der Formulierung der Begehung eines „beliebigen Akts der öffentlichen Verwaltung“ (*qualsiasi atto della Pubblica Amministrazione*)

⁷⁴⁸ Siehe Trib. Roma, 17.9.1997, Riv. pen., 1998, 270, 271 f., dessen zusätzliche Bejahung einer Gesetzesverletzung im Sinne des Amtsmißbrauchstatbestands – neben der Gesetzesverletzung wegen Verstoßes gegen Art. 97 Cost. bzgl. des Prinzips der Unparteilichkeit und der Verletzung der Enthaltungspflicht – wegen des Verstoßes gegen die Verpflichtung zu Treue und Fleiß aus Art. 2104 c.c. allerdings unter dem Gesichtspunkt des Bestimmtheitsgebots von Strafgesetzen nicht zu halten ist. Siehe dazu oben B.II.5.c)aa)(2), S. 156.

⁷⁴⁹ Das Ministerialdekret beinhaltet den Verhaltenskodex für Angestellte der öffentlichen Verwaltung (*codice di comportamento dei dipendenti della pubblica amministrazione*), Gazz. Uff. 10.4.2001, n. 84, serie gen. Art. 6 lautet: „*Il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri ovvero: di suoi parenti entro il quarto grado o conviventi; di individui od organizzazioni con cui egli stesso o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito; di individui od organizzazioni di cui egli sia tutore, curatore, procuratore o agente; di enti, associazioni, anche non riconosciute, comitati, società, o stabilimenti di cui egli sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza. Sull'astensione decide il dirigente dell'ufficio.*“

⁷⁵⁰ Siehe dazu unten ausführlicher. Siehe unter Geltung des vorangegangenen Verhaltenskodex (d.m. 31 marzo 1994) D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1997, S. 78 f. und Benussi, S. 129, die mit unterschiedlichen Begründungen das Ministerialdekret einbeziehen. Der damals einschlägige Art. 6 Nr. 1 (d.m. 31 marzo 1994) lautete: „*Il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere, direttamente o indirettamente, interessi finanziari o non finanziari propri o di parenti o conviventi. L'obbligo vale anche nel caso in cui, pur non essendovi un effettivo conflitto di interessi, la partecipazione del dipendente all'adozione della decisione o all'attività possa ingenerare sfiducia nell'indipendenza e imparzialità dell'amministrazione.*“

⁷⁵¹ Vgl. Dolcini/Marinucci-Benussi, Art. 323 c.p, Rdn. 43.

umstritten. In der Lehre wurde einerseits mit Blick auf die möglichst umfassende Einschränkung von privater Interessennahme vertreten, daß unter die Bezeichnung jegliches Handeln der Verwaltung, also auch das rein tatsächliche fällt.⁷⁵² Dem schloß sich zumindest die spätere Rechtsprechung an.⁷⁵³ Die Gegenmeinung bezog andererseits den Begriff wegen des aus ihrer Sicht ausreichenden Schutzes und wegen des Wortlauts, der von einem „atto“ und nicht von einer „attività“ sprach, allein auf einen Akt im juristisch-technischen Sinne.⁷⁵⁴

Heute stellt sich das Problem hinsichtlich des reformierten Amtsmißbrauchs, der allerdings nicht mehr von einem „beliebigen Akt der öffentlichen Verwaltung“ spricht. In einer Entscheidung hat die Rechtsprechung dennoch die Enthaltung von einem lediglich formellen Akt der Verwaltung gefordert, während tatsächliches Verhalten auszuschließen sei.⁷⁵⁵ Ein Teil der Rechtslehre sieht das genauso.⁷⁵⁶ Der andere Teil der Literatur möchte dagegen sämtliches Verhalten von der Enthaltungspflicht umschließen. Es wird mit dem fehlenden Verweis im Tatbestand auf einen „Akt der Verwaltung“ argumentiert. Außerdem mache sich die Bezeichnung „in Abwicklung der Funktion oder des Dienstes“ (*nello svolgimento della funzione o del servizio*) keinen Unterschied zwischen formellen Rechtsakten und tatsächlichem Verwaltungshandeln. Daraus sei zu folgern, daß der sich im Interessenkonflikt befindliche Verwaltungsangestellte von sämtlichen, auch von materiellen Verhaltensweisen Abstand zu nehmen hätte.⁷⁵⁷ Darüber hinaus finde sich im Tatbestand des Amtsmißbrauchs im Gegensatz zum Delikt der privaten Interessennahme des alten Art. 324 c.p. kein Hinweis mehr auf einen Akt der öffentlichen Verwaltung, so daß auch dies für den Einbezug des schlichten Verwaltungshandelns spreche.⁷⁵⁸ Dieser Ansicht ist im Grundsatz zuzustimmen. Schließlich kann der Amtsträger oder der mit einem öffentlichen Dienst Beauftragte die Tat auch durch rein tatsächliches Handeln begehen.

Eine andere Frage ist demgegenüber, ob sich der Amtsträger jeglicher Verwaltungstätigkeit zu enthalten hat. So könnte beispielsweise die Teilnahme eines Beamten an der Sitzung, auf der das Thema behandelt wird, an welchem

⁷⁵² So Grosso, *Lineamenti dell'interesse privato in atti di ufficio*, S. 113; Pagliaro, *Principi di diritto penale*, 1977, S. 252 ff.

⁷⁵³ Cass., Sez. VI, 7.11.1985, Di Mari, Cass. pen., 1987, 1518; Cass., Sez. VI, 27.5.1987, Belloni, Giust. pen., 1988, II, Sp. 605; Cass., Sez. VI, 6.3.1990, Agnello, Giust. pen., 1991, II, Sp. 230.

⁷⁵⁴ So Bricola, *Encicl. dir.*, Vol. XXII, 47, 84; Bartulli, *L'interesse privato in atto di ufficio*, 1974, S. 125 f.

⁷⁵⁵ Trib. Torino, 18.1.1998, Guida al dir. vom 4.4.1998, Nr. 13, S. 95.

⁷⁵⁶ D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 79.

⁷⁵⁷ So Benussi, S. 120; ders., in: Dolcini/Marinucci, *Art. 323 c.p.*, Rdn. 43.

⁷⁵⁸ Trib. Milano, 18.11.1998, *Foro ambrosiano* 1999, 136.

er ein Interesse hat, problematisch sein. Die Verwaltungsrechtslehre⁷⁵⁹ und Verwaltungsrechtsprechung⁷⁶⁰ scheint zu einer restriktiven Lösung zu tendieren und schon die bloße Anwesenheit nicht zu gestatten, da schon diese die Freiheit der Diskussion innerhalb des Kollegiums und die seines Votums beeinträchtigen könne. Dieses Ergebnis muß jedoch nicht für das Strafrecht übernommen werden. Vielmehr ist hier entscheidend, daß das Verhalten geeignet ist, den Tatbestandserfolg herbeizuführen. Tätigkeiten, die keinen unrechtmäßigen Schaden oder Vermögensvorteil zu verursachen imstande sind, werden von der Enthaltungspflicht nicht umschlossen. Dies ergibt sich auch aus der Verwendung des Gerundiums „*omettendo*“ (unterlassend), das sich auf die Erzielung des Tatbestandserfolgs bezieht.⁷⁶¹ So kann – unter diesem Gesichtspunkt – in dem Beispiel der befangene Beamte grundsätzlich an der Sitzung teilnehmen, hat sich aber von der Diskussion und Abstimmung zu enthalten. Daß seine bloße Anwesenheit die übrigen Teilnehmer und auch das Ergebnis der Abstimmung beeinflussen kann, ist zwar richtig, aber sie stellt kein Verhalten dar, das den Tatbestandserfolg des Amtsmißbrauchs direkt herbeiführt. Zwischengeschaltet ist das (rechtswidrige) Votum der Kollegen.⁷⁶² Immer vorausgesetzt, daß es keine spezielle gesetzliche Regelung gibt, die dem Verwaltungsangehörigen nicht auch explizit die Teilnahme an der seine Interessen betreffenden Sitzung untersagt.⁷⁶³

f) Merkmal „*negli altri casi prescritti*“

Das Merkmal „in den anderen vorgeschriebenen Fällen“ hat einige Kontroversen ausgelöst.

Zunächst ist dem Wortlaut nach nicht eindeutig, worauf es sich bezieht; ob auf die ganze Tathandlung des Amtsmißbrauchs oder lediglich auf die Verletzung einer Enthaltungspflicht. Denn im Italienischen liest sich der Tatbestand wie folgt: „Sofern die Tat nicht ein schwereres Delikt darstellt, ist der Amtsträger oder mit einem öffentlichen Dienst Beauftragte, der in Abwicklung seiner Funktionen oder seines Dienstes in Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen oder unterlassend, sich bei einem eigenen Interesse oder eines seines nahen Angehörigen zu enthalten, oder in den anderen vorgeschriebenen Fällen . . .“ Erstere Lösung hätte zur Folge, daß es sich hier um eine weitere Tatbestandsalternative handeln würde. Neben dem Tatverhalten der Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen und dem der unterlassenen Enthaltung würden die

⁷⁵⁹ Siehe Galateria, Encicl. dir., Vol. III, 939, 941.

⁷⁶⁰ Cons. Stato, Sez. VI, 20.9.1993, n. 794, C.S., 1993, I, 1081.

⁷⁶¹ Vgl. Benussi, S. 125 f.; ders., in: Dolcini/Marinucci, Art. 323 c.p., Rdn. 45.

⁷⁶² So auch D’Avirro, L’abuso di ufficio, 1997, S. 74.

⁷⁶³ Siehe bspw. den oben bereits zitierten Art. 279 r.d. 3 marzo 1934, n. 383.

„anderen vorgeschriebenen Fälle“ treten.⁷⁶⁴ Man könnte an einen Verweis auf Bestimmungen denken, die Mißbräuche im Amt regeln. Die sind dann aber stets als Verhaltensvorschriften, entweder mit einem Verbot oder einer Anweisung, formuliert. Folglich würde es sich letztlich wie bei der ersten Tatbestandsalternative um eine Mißachtung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen handeln. Es sei denn, man sähe „die anderen vorgeschriebenen Fälle“ nicht auf Gesetzes- oder Verordnungsnormen beschränkt, dann würde die Variante durch Verstoß gegen eine beliebige Rechtsnorm erfüllt, und die erste Tatbestandsalternative wäre sogar überflüssig.⁷⁶⁵ Auf diese Weise würden im übrigen auch die Fälle der Ermessensüberschreitung erfaßt.⁷⁶⁶ Gegen eine solche Auslegung spricht zum einen die daraus resultierende unkontrollierbare Ausdehnung des Tatbestands, die dem erklärten Willen des Gesetzgebers widersprechen würde,⁷⁶⁷ und zum anderen die Tatsache, daß das Merkmal *negli altri casi prescritti* als Unterfall der Verletzung einer allgemeinen, in Art. 323 c.p. direkt formulierten Enthaltungspflicht gesehen sinnvoller erscheint als eine eigenständige Tatbestandsvariante, welche im Grunde lediglich eine Wiederholung bzw. sogar eine Unterhöhnung der ersten Handlungsform, der Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen, darstellen würde.⁷⁶⁸

Folglich ist die Formulierung auf die Mißachtung der Pflicht, sich bei einem eigenen Interesse oder dem eines nahen Angehörigen zu enthalten, zu beziehen.⁷⁶⁹ Sie ist damit als Verweisung auf weitere Vorschriften, in denen eine Enthaltungspflicht – aus welchem Grund auch immer – festgeschrieben ist, zu verstehen. Hierbei sind also auch solche Normen von Belang, die auf keinem Interessengegensatz basieren.

Des weiteren wird in der Lehre diskutiert, aus welchen Rechtsquellen weitere Enthaltungspflichten zuzulassen sind. Nach einer Ansicht können diese Fälle

⁷⁶⁴ So tatsächlich Pagliaro/Parodi Giusino, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2008, S. 287.

⁷⁶⁵ Vgl. Pittaro, *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio*, S. 28, der betont, daß das Tatbestandsmerkmal als überflüssig oder aber als eine Spezifizierung der Rechtsquellen angesehen werden könnte. Letztere Möglichkeit würde jedoch wegen des Verweises auf (zwangsläufig) hierarchisch niedrigere Quellen eine Verletzung des Gesetzlichkeitsprinzips nach sich ziehen.

⁷⁶⁶ Pagliaro/Parodi Giusino, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2008, S. 287.

⁷⁶⁷ Es ist zuzugeben, daß dieses Argument gegen *Pagliaro* nicht greift, da er den Willen der Legislative für nicht entscheidend hält.

⁷⁶⁸ Pittaro, *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio*, S. 28, sieht in der Abwesenheit eines Kommas vor dem trennenden „oder“ vor „*negli altri casi prescritti*“ auch ein grammatikalisches Argument gegen eine eigenständige Tatbestandsvariante.

⁷⁶⁹ So im Ergebnis ebenso die h.M.; s. bereits vor dem Erlaß des Reformgesetzes Nr. 234 Nappi, *Gazz. giur.*, 1996, n. 38, 1, 2; s. auch Pittaro, *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio*, S. 26; D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 76; Benussi, S. 128; ders., in: Dolcini/Marinucci, *Art. 323, Rdn. 47*; Leoni, S. 83 ff.; Padovani, *Legisl. pen.*, 1997, 741, 746; Fiandaca/Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2002, S. 248 f.

auch aus schriftlichen Anordnungen (*ordini*) und Regelungen (*discipline*) resultieren und nicht lediglich aus Gesetzen und Verordnungen. Anderenfalls hätte der Gesetzgeber das ausdrücklich bestimmen können.⁷⁷⁰ Die Auffassung würde jedenfalls nicht zu einer unkontrollierbaren Ausweitung der Norm führen, da mit der Beschränkung auf Enthaltungspflichten die in Betracht kommenden Fälle eingegrenzt sind. Sie billigt dem Zusatz jedenfalls eine eigenständige Rolle zu, indem sie in ihm auch den Verweis auf Enthaltungspflichten aus Rechtsquellen unterhalb von Verordnungen sieht. Dem steht die Auffassung gegenüber, die das Merkmal *negli altri casi prescritti* nur auf Enthaltungspflichten beschränkt, die in Gesetzen und Verordnungen festgeschrieben sind. Dies ergebe sich aus einer kohärenten Deutung der gesamten Norm.⁷⁷¹ Dieses Argument spricht für sie. Gegen diese Lösung läßt sich auch nicht vorbringen, daß sie das fragliche Merkmal überflüssig mache, weil es bereits vom Tatbestandselement der Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen umfaßt werde. Vielmehr kann der gesetzgeberische Verweis auf die „anderen vorgeschriebenen Fälle“ als Klarstellung verstanden werden. Die „anderen normierten Fälle“ können nur Vorschriften sein, die Enthaltungspflichten beinhalten, welche aber möglicherweise spezielle Inkompatibilitätstatbestände festlegen oder auf andere Weise über den Rahmen der allgemeinen Enthaltungspflicht des Art. 323 c.p. hinausgehen. Beispielsweise bedarf es nicht notwendig eines Interessenskonflikts.⁷⁷²

Die Gegensätze wirken sich zum Beispiel bei dem oben bereits erwähnten Ministerialdekret vom 28. November 2000 aus, welches in Art. 6 eine Enthaltungspflicht für den Fall begründet, daß Interessen des Lebensgefährten betroffen sind. Während *Benussi*, der die zweite Ansicht vertritt, den Verhaltenskodex⁷⁷³ auf eine Stufe mit Verordnungen stellt und ihn nur daher zu den relevanten Enthaltungspflichten rechnet,⁷⁷⁴ sieht ihn *D'Avirro* zwar nur als eine *discipline* (Regelung) an, kann ihn aber – als Verfechter der weniger restriktiven Lösung – zu den „anderen vorgeschriebenen Fällen“ im Sinne des Art. 323 c.p. rechnen.⁷⁷⁵ Beide halten das Ministerialdekret also im Rahmen des Amtsmißbrauchs für anwendbar, allerdings mit unterschiedlichen Begründungen.⁷⁷⁶ *Benussi* muß es

⁷⁷⁰ D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1997, S. 78 f.

⁷⁷¹ Benussi, S. 128 f.; den Tatbestand ebenso auslegend Laudi, Dir. proc. pen., 1997, 1050, 1051 f.

⁷⁷² Siehe oben B.II.6.b), S. 185.

⁷⁷³ Die Ausführungen von *Benussi* sowie *D'Avirro* beziehen sich allerdings noch auf den nunmehr ersetzten d.m. 31 marzo 1994.

⁷⁷⁴ Benussi, S. 123 f., s. dort auch Fn. 243 und S. 129. Dabei darf nicht vergessen werden, daß Benussi innerhalb des Art. 323 c.p. keine allgemeine Enthaltungspflicht normiert sieht, sondern lediglich einen Verweis auf anderswo gesetzlich oder mittels Verordnungen normierte Inkompatibilitätsfälle.

⁷⁷⁵ D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1997, S. 78 f.

⁷⁷⁶ Demgegenüber erachtet *Leoni*, S. 87, die Regelung als zu allgemein und daher für ungeeignet, eine Enthaltungspflicht zu begründen.

auf eine Stufe mit Verordnungen erheben, um es applizieren zu können, was, sofern man das formale Kriterium der expliziten Bezeichnung als *regolamento* verlangt, nicht statthaft ist. Im Übrigen grenzt sich der *decreto ministeriale* in Art. 1 Abs. 3 Satz 1 selbst von Gesetzen und Verordnungen ab, indem er seine Bestimmungen lediglich für anwendbar erklärt, sofern keine Gesetze oder Verordnungen einschlägig sind.⁷⁷⁷ Die Argumentation *Benussis* ist daher zumindest nach der heutigen Rechtslage abzulehnen.⁷⁷⁸

Die mit dem restlichen Tatbestand kohärente Auslegung, daß lediglich Gesetze und Verordnungen Enthaltungspflichten „in den anderen vorgeschriebenen Fällen“ vorgeben dürfen, ist vorzugswürdig. Nur bei ihr sind die Voraussetzungen erfüllt, die das Verfassungsgericht für Blankettstraftatbestände aufgestellt hat, und zwar, daß der Gesetzgeber die Grenzen eines Verweises hinreichend deutlich zu bestimmen hat.⁷⁷⁹ Mehr Rechtsquellen außer den Gesetzen und Verordnungen kommen so nicht in Betracht. Würde das Merkmal hingegen extensiv ausgelegt, hätte die Legislative keine klare Vorgabe für den Verweis gemacht, so daß selbst schriftliche Anweisungen theoretische erfaßt wären. Die Restriktion entspricht des weiteren dem grundsätzlichen Willen des Reformgesetzgebers, den Anwendungsbereich des Art. 323 c.p. zu begrenzen. Dementsprechend muß das Ministerialdekret außen vor bleiben.

Das Merkmal ergänzt auf alle Fälle die allgemeine Enthaltungspflicht um weitere Inkompatibilitätsvorschriften.⁷⁸⁰ Es werden auch zukünftige Vorschriften eingeschlossen.⁷⁸¹

⁷⁷⁷ Die Bestimmung lautet: „*Le disposizioni che seguono trovano applicazione in tutti i casi in cui non siano applicabili norme di legge o di regolamento o comunque per i profili non diversamente disciplinati da leggi o regolamenti.*“

⁷⁷⁸ Seine Ausführungen beziehen sich auf das abgeschaffte Ministerialdekret vom 31.3.1994.

⁷⁷⁹ Siehe erneut Corte Cost. 17.3.1966, n. 26.

⁷⁸⁰ Beispiele für Normen mit einer Enthaltungspflicht:

- 1) Art. 36 c.p.p., auf den Art. 288 c.p.m.p. für die Militärrichter verweist.
- 2) Art. 51 c.p.c., auf den der Art. 47 r.d. 17. agosto 1907, n. 642, für die Verwaltungsrichter, der Art. 6 I d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, für die Mitglieder von Steuerkommissionen und der Art. 6 l. 22. luglio 1997, n. 276, für die Ehrenrichter verweist.
- 3) Art. 1471 c.c.
- 4) Artt. 63-66 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267
- 5) Art. 28 d.P.R. 15. dicembre 1959, n. 1229
- 6) Art. 24 d.P.R. 4. ottobre 1986, n. 902.

⁷⁸¹ Fiandaca/Musco, Diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2002, S. 248.

7. Formen des Amtsmißbrauchs

a) Amtsmißbrauch durch (positives) Handeln

Die Formulierung der Tathandlung des vorherigen Art. 323 c.p. war so weit gefaßt, daß sie alle Formen des Mißbrauchs einschloß, unabhängig, ob sie sich in einem formellen Verwaltungsakt oder tatsächlichem Verhalten äußerte.⁷⁸² Dies wurde auch oftmals durch die Rechtsprechung des höchsten Gerichts bekräftigt. In mehreren Entscheidungen hob das Kassationsgericht hervor, daß Art. 323 c.p jede Art von Akt umfaßt, sei er intern oder extern, entscheidend oder bloß beratend bzw. vorbereitend und nicht bindend oder sei es schlichtes oder technisches Handeln.⁷⁸³

Nach der Reform von 1997, bei der die weite Umschreibung aus dem Mißbrauchstatbestand herausgenommen wurde, stellt sich nun die Frage, ob noch sämtliche Verwaltungshandlungen erfaßt werden. Die Tathandlung wird im neuen Amtsmißbrauch lediglich durch Merkmale der Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen sowie der Verletzung von der Enthaltungspflicht umschrieben. Bei der Voraussetzung der Verletzung von Gesetzen und Verordnungen ist es offensichtlich, daß sie auch durch schlichtes, tatsächliches Tun erfüllt werden kann, während es bei der Verletzung der Enthaltungspflicht wie oben gesehen umstritten ist.⁷⁸⁴ Allerdings wird dieses Ergebnis bereits durch die handelnden Subjekte, des Amtsträgers und des mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten, vorgegeben. Viele mit einem öffentlichen Dienst Beauftragte haben gar nicht die Befugnis zum Erlaß von Verwaltungsakten, so daß deren auch nur schlichtes Tun trotzdem erfaßt sein muß.

Folglich kann der Tatbestand des Art. 323 c.p. auch in der neuen Fassung durch jegliches Verwaltungshandeln erfüllt werden – unabhängig, ob ein formelles Verfahren vorliegt oder nicht.

b) Amtsmißbrauch durch Unterlassen

Unter der Geltung des *Codice Rocco* bis zur Reform von 1990 war der Amtsmißbrauch nicht durch Unterlassen möglich. Die Subsidiaritätsklausel der damaligen Fassung schloß das Delikt des Amtsmißbrauchs in den Fällen aus, in denen die Tat ebenfalls die Tatbestandsvoraussetzungen einer anderen Gesetzesbestimmung erfüllte. Bei einer Mißbrauchshandlung durch Unterlassen

⁷⁸² D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 79.

⁷⁸³ Cass., Sez. VI, 2.4.1992, Bronto, Cass. pen., 1994, 1835; Cass., Sez. VI, 30.4.1992, Ragni, Cass. pen., 1993, 2516.

⁷⁸⁴ Vgl. D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 80 f.

war auch stets das Delikt der Verweigerung und Unterlassung von Amtshandlungen, Art. 328 c.p. einschlägig. Demnach konnte Art. 323 c.p. nicht mehr zur Anwendung kommen, obwohl eigentlich die Voraussetzungen gegeben waren.⁷⁸⁵

Nach der umfassenden Reform von 1990, mit der im Art. 323 c.p. die Subsidiaritätsklausel in eine Konsumtionsklausel umgewandelt und auch Art. 328 c.p.⁷⁸⁶ modifiziert wurde,⁷⁸⁷ bestand nun die Möglichkeit eines Amtsmißbrauchs durch Unterlassen.⁷⁸⁸ Nur wenn die Tat keine schwerere Straftat darstellte, konnte sie nach Art. 323 c.p. geahndet werden.

Im Vergleich zum Art. 328 Abs. 2 c.p. (*omissione*), bei der der öffentliche Funktionär die beantragte Verwaltungsmaßnahme nicht innerhalb von dreißig Tagen erläßt bzw. die Verspätung nicht begründet, war dies stets der Fall – gleich, ob mit dem Amtsmißbrauch ein Vermögensinteresse verfolgt wurde oder nicht.⁷⁸⁹ Demgegenüber stellte Art. 328 Abs. 1 c.p. (*rifiuto di atti d'ufficio*) bei einer Verweigerung von dringend gebotenen Amtshandlungen das schwerere Delikt als Art. 323 Abs. 1 c.p. dar. Beide Tatbestände sahen zwar eine Höchststrafe von zwei Jahren Gefängnis vor, aber das Delikt der Verweigerung von Amtshandlungen legte darüber hinaus noch ein Mindestmaß von sechs Monaten fest. Wenn mit dem Amtsmißbrauch jedoch ein Vermögensvorteil angestrebt wurde, kam wiederum Art. 323 Abs. 2 c.p. und nicht Art. 328 Abs. 1 c.p. zur Anwendung.⁷⁹⁰

⁷⁸⁵ Infantini, L'abuso della qualità o delle funzioni di pubblico ufficiale in diritto penale, S. 134 f.; Pagliaro/Parodi Giusino, Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2008, S. 298; ders., Legisl. pen., 1990, 303, 305, 311; D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1997, S. 85; Vannini, Manuale di diritto penale italiano, Parte speciale, S. 60.

⁷⁸⁶ Art. 328 c.p. lautet seitdem: „*Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio che, per ragioni di giustizia o sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità, deve essere compiuto senza ritardo, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni. Fuori dei casi previsti dal primo comma, il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che entro trenta giorni dalla richiesta di chi vi abbia interesse non compie l'atto del suo ufficio e non risponde per esporre le ragioni del ritardo, è punito con la reclusione fino ad un anno o con la multa fino a lire due milioni (€ 1032,91). Tale richiesta deve essere redatta in forma scritta ed il termine di trenta giorni decorre dalla ricezione della richiesta stessa.*“

⁷⁸⁷ Allgemein zu der Reformierung des Art. 328 c.p., Stile, Legis. pen., 1990, 322 ff.; s. zu verschiedenen Reformvorschlägen bezüglich des Art. 328 c.p. bereits Stile, L'omissione di atti di ufficio nella riforma dei delitti contro la pubblica Amministrazione, S. 401 ff.; s. auch Pica, Osservazioni sulle proposte di modifica dell'art. 328 c.p., S. 439 ff.

⁷⁸⁸ Pagliaro, Legis. pen., 1990, 303, 305, 311; Melillo, Giust. pen., 1992, II, Sp. 364, 365; Stile, a.a.O.; ders., Legis. pen., 1990, 322, 331 f.

⁷⁸⁹ Pagliaro, Legis. pen., 1990, 303, 305; D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1995, S. 174 ff.; vgl. Melillo, Giust. pen., 1992, II, Sp. 364, 367; s. auch die Rechtsprechung, bspw. Cass., Sez. VI, 1.2.1994, Vivi, Cass. pen., 1995, 2525.

⁷⁹⁰ Stile, Legisl. pen., 1990, 322, 331; Pagliaro, Legis. pen., 1990, 303, 305 f.

Mit der Reform von 1997 wurde der Amtsmißbrauch ohne Vermögensbezug aus dem Straftatbestand des Art. 323 c.p. herausgenommen, so daß nun Art. 323 c.p. grundsätzlich das schwerere Delikt im Vergleich zum Art. 328 c.p. ist.⁷⁹¹ Außerdem bestätigt die neue Struktur des Art. 323 c.p. als Erfolgsdelikt und mit der Tatbestandsvoraussetzung der Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen die Begehungsform des Unterlassens. Gesetze und Verordnungen können auch durch Unterlassen verletzt werden, wenn sie eine Pflicht zum Handeln beinhalten.⁷⁹² Durch Art. 40 Abs. 2 c.p. wird das Nichtverhindern eines Erfolgs dem Verursachen gleichgestellt, wenn eine rechtliche Pflicht zur Abwendung desselbigen besteht.⁷⁹³ Unter der vorangegangenen Fassung des Amtsmißbrauchs war demgegenüber die Anwendung von Art. 40 Abs. 2 c.p. ausgeschlossen, da hierfür nur Tatbestände in Frage kommen, für deren Erfüllung ein Kausalzusammenhang zwischen einer Handlung und einem Resultat erforderlich ist, an dem es ihm als reines Handlungsdelikt ohne der Voraussetzung eines Erfolgseintritts mangelte.⁷⁹⁴

Folglich ist ein Amtsmißbrauch durch Unterlassen möglich.

c) Sonderfall: Amtsmißbrauch durch Zweckentfremdung

Die Frage, ob der Amtsmißbrauch durch eine Handlung begangen werden kann, die in einer Zweckentfremdung einer Sache besteht, ist nicht neu, sondern stellte sich mit der umfassenden Reform der Amtsdelikte von 1990. Wie bereits erwähnt, wurde damals die Figur der *distrazione* aus dem Tatbestand der Unterschlagung im Amt, Art. 314 c.p., herausgenommen. Seitdem gab es eine Kontroverse, ob der Gesetzgeber ihre Strafbarkeit vollständig eliminierte, ob sie durch den Art. 323 c.p. in der Fassung vom 26. April 1990 aufgefangen wurde oder ob sie unter der Variante der Aneignung (*appropriazione*) als Unterschlagung im Amt weiterhin strafbar blieb. *Pagliari* vertrat die Auffassung, daß sich jemand, der eine Sache ihrer gesetzlich vorgesehenen Bestimmung entzieht und einer anderen zuführt, zumindest für einen Moment wie ein Eigentümer gebare und deshalb eine Aneignung gegeben sei. Somit sprach er sich für die weitere Anwendung des Art. 314 c.p. aus.⁷⁹⁵ Damit stellte er sich gegen die herrschende Meinung, die die *distrazione* aus dem Tatbestand der

⁷⁹¹ D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1997, S. 86.

⁷⁹² Fiandaca/Musco, Diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2002, S. 249; Gambardelli, in: Lattanzi/Lupo, Art. 323 c.p., S. 210; Cupelli, Legalità e giustizia, 1998, 35, 65; Pagliaro/Parodi Giusino, Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2008, S. 299.

⁷⁹³ Pagliaro/Parodi Giusino, Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2008, S. 299.
⁷⁹⁴ Pagliaro, Legis. pen., 1990, 303, 306; Grosso, Riv. it. dir. proc. pe., 1991, 319, 321; Melillo, Giust. pen., 1992, II, Sp. 364, 365.

⁷⁹⁵ Pagliaro, Principi di diritto penale, Parte speciale, 1995, S. 36 f.; ihm zustimmend Antolisei, Manuale di diritto penale, Parte speciale, Vol. II, 2000, S. 296.

Unterschlagung im Amt ausgeschieden sah und für ihre Überführung in den reformierten Art. 323 c.p. und damit auch nicht für den Fall einer *abolitio criminis* plädierte.⁷⁹⁶ Sie kann sich auch auf die Überzeugung des Gesetzgebers berufen, wie sie explizit in den *travaux préparatoires* zur Gesetzesnovelle zum Ausdruck kam. Im Bericht des Abgeordneten *Battello* in der Justizkommission der *Camera dei Deputati* zum Gesetzentwurf Nr. 2078, welchen schließlich beide Kammern als Änderungsgesetz annahmen, wurde bekannt gegeben, daß bewußt auf die Voraussetzung eines Erfolgs verzichtet werde, um die Schwelle der Strafbarkeit vorzuverlegen und Vorwürfe übertriebener Nachsicht zu vermeiden, auch mit Blick auf die Ausscheidung des *peculato per distrazione* aus dem Art. 314 c.p.⁷⁹⁷ Des weiteren macht ebenso die Gegenüberstellung der Tatbestände, also des Art. 314 c.p. in der Fassung von 1930 und des Art. 323 c.p. in der Fassung von 1990, ihre Homogenität bezüglich der Figur der Zweckentfremdung deutlich, weil dem modifizierten Amtsmißbrauch ein Verwaltungshandeln entgegen dem gesetzlich vorgegebenen Zweck zugrunde liegt.⁷⁹⁸ Problematisch war bei dieser Lösung allerdings, die Deliktsstruktur des Amtsmißbrauchs mit dem Merkmal der Zweckentfremdung in Einklang zu bringen. Art. 323 c.p. als ein Tätigkeitsdelikt erforderte auf der objektiven Tatbestandsseite keinen Taterfolg, und folglich bestand ein Übergewicht auf dem subjektiven Tatbestand, aus welchem sich vor allem der Unwert der Tat ergeben mußte. Demgegenüber war die Handlungsform der Zweckentfremdung zum eigenen Profit bzw. zum Profit anderer (*profitto proprio o altrui*) im Art. 314 c.p. eine objektive Komponente. Man versuchte diese Schwierigkeit zu überwinden, indem man den Profit in das Merkmal des Vorteils im Sinne des Art. 323 c.p. hineinlas.⁷⁹⁹ Mit der Wandlung des Amtsmißbrauchs 1997 in ein

⁷⁹⁶ Siehe für die Literatur Iadecola, Giust. pen., 1991, II, Sp. 121, 122 f.; Cagli, Dig. discipl. pen., Vol. IX, 334, 336, 340; D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1995, S. 116, 183; Nappi, Gazz. giur., 1996, n. 38, 1; Fiandaca/Musco, Diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2002, S. 186; Gallo, Dir. pen. proc., 1996, 271, 274; Grosso, Riv. it. dir. proc. pen., 1991, 319, 325; Padovani, L'abuso d'ufficio, S. 602 f; Palazzo, Riv. it. dir. proc. pen., 1990, 815, 827; ders., Commento agli artt. 314-316 c.p., S. 26 f.; Parodi Giusino, Dig. discipl. pen., Vol. VIII, Appendice, 587; Pisa, Giurisprudenza commentata, S. 303 f.; Rampioni, L'abuso di ufficio, S. 109; Scordamaglia, L'abuso di ufficio, S. 194; Segreto/De Luca, S. 563 f. Siehe für die Rechtsprechung Cass., 16.2.1996, Scopinaro, Riv. pen., 1997, 81; Cass., 16.10.1992, Bova ed altri, RV193756; Cass., Sez. VI, 2.4.1992, Bronte, Cass. pen., 1994, 1835; Cass., Sez. VI, 16.5.1991, Burgaretta, Cass. pen., 1992, 3024, 3025; s. auch Trib. Cassino, 22.1.1991, Cass. pen., 1991, 864; Trib. Lamezia Terme, 14.5.1994, Riv. pen., 1994, 912; s. auch Ufficio istruzione di Roma, 30.11.1990, De Luca, Giust. pen., 1991, II, Sp. 116; a.A. in der Rechtsprechung Trib. Palermo, 25.3.1991, Giust. pen., 1991, II, Sp. 367.

⁷⁹⁷ Siehe den Bericht es Abgeordneten *Battello* in der Justizkommission der *Camera dei Deputati* zum Gesetzentwurf Nr. 2078, welcher schließlich von beiden Kammern als Änderungsgesetz angenommen wurde, abgedruckt bei D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1997, S. 140, 143 (Appendice).

⁷⁹⁸ Iadecola, Giust. pen., 1991, II, Sp. 121, 122.

⁷⁹⁹ So Picotti, Il dolo specifico, S. 295.

Erfolgssdelikt hat sich die Problematik aufgelöst. Der Vermögensvorteil ist nunmehr selbst objektive Tatbestandsvoraussetzung und umfaßt unproblematisch den Profit der Zweckentfremdung.⁸⁰⁰

Andererseits ist eine neue Schwierigkeit aufgetaucht und zwar durch die Umschreibung der Tathandlung mittels der Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen und dem daraus interpretierten Ausschluß des Rechtswidrigkeitsgrunds der Ermessensüberschreitung aus dem Anwendungsbereich der Norm. Die *distrazione*, also die Verwendung einer Sache entgegen ihrem eigentlichen, gesetzlich vorgesehenen Zweck, ist – auf die Amtsbefugnisse bezogen – hingegen ein klassischer Fall des *eccesso di potere* in der Form des Ermessensmißbrauchs (*sviamento di potere*).⁸⁰¹ In der Tat kann es sein, daß die Zweckentfremdung einer Sache nicht ausdrücklich durch Gesetzes- oder Verordnungsbestimmungen verboten ist, so daß sich die Frage stellt, ob sie dann nach dem heutigen Art. 323 c.p. strafbar ist.⁸⁰² Manche Autoren bejahen das, weil sie einen Verstoß gegen das Prinzip der guten Verwaltungsführung und damit gegen Art. 97 Abs. 1 Cost. annehmen.⁸⁰³ Wie oben gesehen, ist diese Argumentation jedoch abzulehnen, da die Verfassungsnorm hinsichtlich der guten Verwaltungsführung nicht hinreichend bestimmt ist. Es sind lediglich die Fälle von *distrazione* einer öffentlichen Sache wegen Amtsmißbrauchs strafbar, bei der genügend konkrete Gesetzes- oder Verordnungsnormen oder die Enthaltungspflicht verletzt wurden. Wenn dagegen diese Voraussetzung nicht gegeben ist und lediglich eine Ermessensüberschreitung vorliegt, handelt es sich auch nur um Verwaltungsunrecht.⁸⁰⁴

Allerdings muß für die Annahme eines Amtsmißbrauchs auch die Voraussetzung eines unrechtmäßigen Tatbestandserfolgs erfüllt sein. Folglich sieht die Literatur, die einen alleinigen Vorteil der Verwaltung selbst als nicht unrechtmäßig einstuft,⁸⁰⁵ die Konstellationen ausgeschlossen, in denen der Täter trotz der Zweckentfremdung ein öffentliches Ziel verfolgte. Dies fiel hingegen früher unter die Vorschrift der Unterschlagung im Amt, Art. 314 c.p.⁸⁰⁶

⁸⁰⁰ D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1997, S. 83.

⁸⁰¹ D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1997, S. 83.

⁸⁰² D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1997, S. 84.

⁸⁰³ D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1997, S. 84 f., der aber daran erinnert, daß die zweckentfremdete Verwendung einer Sache nur dann den Tatbestand des Art. 323 c.p. erfüllt, wenn auch ein unrechtmäßiger Vermögensvorteil oder Schaden verursacht wurde.

⁸⁰⁴ Benussi, S. 106 f.

⁸⁰⁵ Siehe zu dem Streit B.III.4., S. 206 ff.

⁸⁰⁶ Benussi, S. 107; vgl. D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1997, S. 85.

d) Amtsmissbrauch und Amtspflichtverletzungen

Vor der Reform von 1997 wurde teilweise vertreten, daß die bloße Verletzung der Amtspflichten bzw. Dienstpflichten vom Tatbestand des Amtsmissbrauchs umfaßt ist.⁸⁰⁷ Dem stimmte die überwiegende Auffassung jedoch nicht zu. Die Verletzung von Amtspflichten sei im Gegensatz zum Mißbrauch von Befugnissen ein *genus*, während letzterer eine *specie* sei.⁸⁰⁸ Der Mißbrauch von Befugnissen stelle sicherlich eine Verletzung von Amtspflichten dar, aber der Bereich der Pflichtverletzungen sei weiter als der des Amtsmissbrauchs.⁸⁰⁹ Darüber hinaus seien die beiden Umschreibungen in Art. 61 Nr. 9 c.p. alternativ verwandt worden, so daß davon ausgegangen werden könne, daß der Gesetzgeber ihnen unterschiedliche Bedeutungen beimesse. Folglich könnten die Verletzung von Amtspflichten und der Mißbrauch von Befugnissen nicht identisch sein.⁸¹⁰

Jedenfalls hat die Reform von 1997 hier Klarheit geschaffen, indem ein Amtsmissbrauch nur bei Eintritt eines Schadens oder Vorteils und bei Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen oder von der Pflicht, sich zu enthalten, gegeben sein kann. Dementsprechend können nur solche Amtspflichtverletzungen unter Art. 323 c.p. fallen, die unter diesen Bedingungen den Tatbestandserfolg hervorrufen.⁸¹¹

III. Tatbestandserfolg

1. Vorbemerkung

Der Tatbestand des Art. 323 c.p. verlangt, daß der Täter entweder sich oder einem anderen einen unrechtmäßigen Vermögensvorteil verschafft oder alternativ einem anderen einen unrechtmäßigen Schaden zugefügt hat. Daß der Vorteil mit einem Schaden korrespondiert oder umgekehrt, ist demnach nicht erforderlich.⁸¹² Dabei muß zwischen der mißbräuchlichen Amtsausübung und

⁸⁰⁷ Levi, I delitti contro la pubblica Amministrazione, S. 317; vgl. bereits Nocito, Dig. it., Vol I, Parte prima, 1884, 176, 205; vgl. mit Bezug auf den Art. 317 c.p. Marini, Lineamenti della condotta nel delitto di concussione, S. 1098.

⁸⁰⁸ Pagliaro, Principi di diritto penale, Parte speciale, 1995, S. 237.

⁸⁰⁹ Segreto/De Luca, S. 490 f.

⁸¹⁰ Segreto/De Luca, 1999, S. 491; Pagliaro, Principi di diritto penale, Parte speciale, 1995, S. 237.

⁸¹¹ Pagliaro/Parodi Giusino, Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2008, S. 292; Segreto/De Luca, 1999, S. 491 f.

⁸¹² Unstr., s. nur Pagliaro/Parodi Giusino, Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2008, S. 277 f.; Segreto/De Luca, 1999, S. 531; D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1997, S. 100; Benussi, S. 129.

dem Erfolg ein Ursachenzusammenhang bestehen.⁸¹³

Bereits bei den Vorbereitungen der Reform von 1990 hatte die Justizkommission der Abgeordnetenversammlung zunächst die Umwandlung des Amtsmißbrauchs in ein Erfolgsdelikt vorgesehen – bis sie in ihrer Sitzung vom 23. Januar 1990 davon wieder Abstand nahm, um, wie sie ausdrücklich feststellte, die Schwelle der Strafbarkeit nach vorne zu verlagern und dem Vorwurf ausufernder Nachgiebigkeit zu begegnen.⁸¹⁴ Schließlich wurde im reformierten Amtsmißbrauch kein Erfolgseintritt verlangt. So kann der Tatbestand in der Fassung von 1990 als ein Gefährdungsdelikt qualifiziert werden, in dem das Merkmal des Vorteils oder Schadens allein auf der subjektiven Seite Eingang gefunden hatte.⁸¹⁵ Der Amtsträger oder mit einem öffentlichen Dienst Beauftragte mußte den Vorteil oder Schaden lediglich beabsichtigen. Der tatsächliche Eintritt eines Erfolgs war nicht erforderlich. Allerdings wurden zusätzliche, einschränkende Voraussetzungen diskutiert, wie das Merkmal der Geeignetheit der Maßnahme, einen Vorteil oder Schaden herbeizuführen, und das des Angriffs auf die geschützten Rechtsgüter.⁸¹⁶

Mit der Änderung durch das Reformgesetz von 1997 wurde nun der Amtsmißbrauch in ein Erfolgsdelikt verwandelt und die Kontroverse um weitere Erfordernisse überflüssig.⁸¹⁷ Für die Umwandlung der Deliktsart gab es schon bei der Ausarbeitung des Reformgesetzes nahezu einhelligen Konsens.⁸¹⁸

Bei den Vermögensdelikten stellt der Vorteil oder Profit bzw. Gewinn, wie er dort vom Gesetzgeber bezeichnet ist, das symmetrische Element zum verursach-

⁸¹³ Cass., Sez. VI, 4.3.1999, Jacovacci ed altri, RV214156.

⁸¹⁴ Siehe dazu Seminarà, Commento, S. 288 f.

⁸¹⁵ Siehe u.a. Cass., Sez. VI, 1.2.1994, Vivi, Cass. pen., 1995, 2525; Cass., Sez. VI, 7.5.1998, Verrati, Gazz. giur., 1998, n. 42, 52, 53; vgl. Cass., Sez. II, 4.12.1997, Tosches, Guida al dir. vom 7.3.1998, Nr. 9, 67, 68. Siehe in der Literatur bspw. Forlenza, Guida al dir. vom 7.3.1998, Nr. 9, 70. Zu der Fassung vor der Reform von 1990 s. Cass., Sez. VI, 4.2.1983, D'Alba, Riv. pen., 1983, 901 und in der Lit. Albamonte, Giust. pen., 1973, II, Sp. 379, 381 f.

⁸¹⁶ Siehe Seminarà, Commento, S. 244 f. m.w.N.; Scordamaglia, L'abuso di ufficio, S. 216. Ablehnend gegenüber dem Merkmal der Geeignetheit zumindest nach der Reform von 1990, Pagliaro, Principi di diritto penale, Parte speciale, 1995, S. 250.

Vgl. bei den Erfolgsdelikten aber Art. 49 Abs. 2 c.p., der die Strafbarkeit für den Fall ausschließt, daß die Handlung ungeeignet ist, das schädigende oder gefährdende Ereignis zu ermöglichen: „*La punibilità è altresì esclusa quando, per la inidoneità dell'azione o per l'inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso.*“

⁸¹⁷ Seminarà, in: Crespi/Stella/Zuccalà, Art. 323 c.p., VII, Rdn. 2.

⁸¹⁸ Siehe nur die Gesetzentwürfe Nr. 826 im Senat vom 28.6.1996 und Nr. 2442, der sowohl von der Justizkommission des Senats am 8.10.1996 als auch schließlich vom Parlament am 1.7.1997 angenommen wurde. Lediglich der Abgeordnete *Simeone* sprach sich in der Debatte vom 15.4.1997 gegen das Erfordernis des Erfolgseintritts aus. Sämtlich abgedruckt bei Dalia, Lavori parlamentari, S. 266, 268, 298, 339 und 371 ff.

ten Schaden dar. Diese Stoffgleichheit erfordert, daß die Verschlechterung der Vermögenssituation beim Opfer mit der Bereicherung des Täters korrespondiert. Beim Amtsmißbrauch stehen Vorteil und Schaden hingegen nicht in einem solchen Verhältnis. Der Tatbestandserfolg ist bereits mit dem bloßen Eintritt eines Vorteils oder eines Schadens gegeben.⁸¹⁹

Darüber hinaus hat die Legislative die 1990 eingeführte Unterscheidung zwischen dem Amtsmißbrauch zur Erreichung eines Vermögensvorteils und dem zur Erlangung eines immateriellen Vorteils insofern beibehalten, daß die Tat nur noch bei ersterem vorliegt. Ein Vorteil, der keinen Vermögenszuwachs bedeutet, wird vom neuen Art. 323 c.p. nicht mehr erfaßt.⁸²⁰ Seine Verschaffung kann jedoch mittels disziplinarrechtlichen Maßnahmen sanktioniert werden.⁸²¹ Diese Neuerung vermindert die Gefahr divergierender oder ausufernder Interpretationen der Gerichte hinsichtlich des Konzepts des Vorteils.⁸²² Beispielsweise hatte der oberste Gerichtshof in einer früheren Entscheidung den Willen eines Beamten, sein Prestige und sein politisches Gewicht zu fördern, als Vorteilsabsicht – wenn auch nur sekundär neben der Beabsichtigung einer Drittbegünstigung – gewertet.⁸²³ Zudem bringt die nun erfolgte Einschränkung eine Entlastung des Justizapparats.⁸²⁴

Beim Schaden ist allerdings weiterhin auch der immaterielle Nachteil relevant.⁸²⁵ Diese Differenzierung läßt sich dadurch rechtfertigen, daß Dritte vor jeglichen Schäden umfassend bewahrt werden sollen.⁸²⁶ Anschauliches Beispiel für den notwendigen Schutz vor einem Nichtvermögensschaden ist der Fall des Kassationsgerichts, in welchem ein Richter trotz der nicht gegebenen gesetzlichen Voraussetzungen die Verhaftung anordnete, um dem Betroffenen eine „Lektion“ zu erteilen.⁸²⁷

Demgegenüber wird von mancher Seite⁸²⁸ der aufrechterhaltene Einschluß des immateriellen Nachteils als nicht unproblematisch angesehen bzw. wurde noch

⁸¹⁹ Segreto/De Luca, 1999, S. 531, 541; D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 93.

⁸²⁰ Ausführlich dazu D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 93 ff.

⁸²¹ Pagliaro/Parodi Giusino, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2008, S. 278; Segreto/De Luca, 1999, S. 531.

⁸²² Fiandaca/Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2002, S. 243.

⁸²³ Cass., Sez. VI, 2.10.1995, Palozzi, *Giust. pen.*, 1996, II, Sp. 450, 451, 453; vgl. dagegen Cass., Sez. VI, 28.5.1992, Pepe, *Cass. pen.*, 1994, 919, 920.

⁸²⁴ Vgl. Pagliaro/Parodi Giusino, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2008, S. 278; D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 97.

⁸²⁵ Cacciavillani, *Giur. merito*, 1999, 1142, 1146; Segreto/De Luca, 1999, S. 531; D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 100; Benussi, S. 139; Fiandaca/Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2002, S. 243; Seminara, in: Crespi/Stella/Zuccalà, *Art. 323 c.p.*, VII, Rdn. 5.

⁸²⁶ Fiandaca/Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2002, S. 243.

⁸²⁷ Cass. Sez. un., 20.6.1990, Monaco ed altro, *Giust. pen.*, 1990, II, Sp. 513, 520.

⁸²⁸ Della Monica, *L'ingiusto vantaggio patrimoniale*, S. 110 f.

während der Diskussion im Parlament die Anwendung des Vermögenskriteriums sowohl auf den Vorteil als auch auf den Schaden gefordert.⁸²⁹ Dadurch sollten unterschiedliche Interpretationen verhindert und klare Grenzen des Anwendungsbereichs der Norm gezogen werden.⁸³⁰ Besonders in den Fällen, in denen neben eine nichtmaterielle Begünstigung einer Person die indirekte Schädigung einer anderen tritt, bestünde die Gefahr einer eigentlich nicht gewünschten Strafbarkeit. Außerdem stehe zu befürchten, daß sich die Justiz im Untersuchungsverfahren oder sogar im Prozeß auf die Suche nach unrechtmäßigen Schädigungen versteife. Als Beispiel wird die Konstellation angeführt, daß ein Amtsarzt an einer Warteliste vorbei jemandem eine medizinische Untersuchung gewährt, auf die er sonst länger hätte warten müssen. Der ungewisse Ausgang der Examinierung schließe einen Vermögensvorteil aus, während die übergangenen Personen auf der Warteliste einen nichtmateriellen Schaden davontrügen.⁸³¹ Meines Erachtens ist jedoch diese Befürchtung nicht berechtigt, da indirekte, also nicht beabsichtigte Schäden – wenn man diese überhaupt gegeben sieht – wegen des Erfordernisses eines *dolo intenzionale* irrelevant sind.⁸³² Allerdings ist richtig, daß die Bestimmung immaterieller Schäden durchaus heikel sein kann.

Ob ein Vorteil oder Schaden im Sinne des Tatbestands vorliegt, wird durch eine hypothetische Untersuchung ermittelt. Es wird die Situation, die durch das mißbräuchliche Verhalten eingetreten ist, mit der verglichen, wie sie sich nach einem korrekten Verwaltungshandeln darstellen würde.⁸³³

2. Vermögensvorteil

Mit dem Erfordernis eines vermögenswerten Vorteils scheidet jedenfalls jeder Nutzen rein sozialer, geistiger, religiöser, künstlerischer oder ähnlicher Art aus.⁸³⁴ Allerdings stellt sich die Frage, nach welchen Gesichtspunkten der

⁸²⁹ Siehe die Ausführungen des Abgeordneten *Giuliano* in der Parlamentsdebatte vom 15.4.1997, abgedruckt bei Dalia, *Lavori parlamentari*, S. 351.

⁸³⁰ *Giuliano*, ebd.

⁸³¹ Della Monica, *L'ingiusto vantaggio patrimoniale*, S. 111, der im Folgenden die Annahme eines Schadenseintritts allerdings klar eingrenzt, S. 112.

⁸³² Im übrigen ein Resultat, das nicht unbedingt befriedigend erscheinen muß, s. dazu eingehend unten. Della Monica, *L'ingiusto vantaggio patrimoniale*, S. 111, Fn. 51, kommt hier zu einem anderen Ergebnis aufgrund seiner von der hier vertretenen Interpretation des subjektiven Tatbestandsmerkmals offensichtlich divergierenden Auffassung. Wie bereits in der vorherigen Fußnote angedeutet, möchte er bei der bestehenden Rechtslage die prognostizierten Unsicherheiten in der Anwendung durch eine exakte Definition des unrechtmäßigen Schadens verhindern, dem unabhängig davon nicht zu widersprechen ist.

⁸³³ Segreto/De Luca, S. 531; Seminara, in: Crespi/Stella/Zuccalà, Art. 323 c.p., VII, Rdn. 1.

⁸³⁴ Vgl. D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 98.

Begriff des Vermögensvorteils zu interpretieren ist. Ähnlich wie in Deutschland werden hierzu verschiedene Theorien vertreten.

Die juristische Theorie sieht im Vermögen die Summe der rechtlichen Beziehungen einer Person, also ihrer subjektiven Rechte und Verpflichtungen, welche einen wirtschaftlichen Wert haben. Nach diesem Ansatz ist ein Vorteil gegeben, wenn die Person einen solchen Anspruch dazugewinnt oder eine solche Verpflichtung verliert.⁸³⁵ Folglich läge beispielsweise ein Vermögensvorteil bereits mit dem Abschluß eines begünstigenden Vertrags und nicht erst bei seiner Erfüllung vor.

Die rein ökonomische Theorie versteht unter Vermögen hingegen die Gesamtheit aller wirtschaftlichen Güter einer Person, ohne Rücksicht auf ihre rechtliche Natur. Für sie ist ein Vermögensvorteil ein effektiver Zuwachs an wirtschaftlichen Gütern, also ein Nutzen, der einer wirtschaftlichen Bewertung zugänglich ist.⁸³⁶

Eine Ansicht in der Rechtslehre scheint beide Theorien anwenden zu wollen. Ein Vermögensvorteil liege vor, wenn der Vorteil einen wirtschaftlich abschätzbaren Nutzen hat oder eine vorteilhafte Situation für die Gesamtheit der subjektiven Rechte einer Person geschaffen wird.⁸³⁷

Überwiegend wird sowohl von der Rechtsprechung⁸³⁸ als auch von der Literatur⁸³⁹ die ökonomische Auffassung bevorzugt.

⁸³⁵ Vgl. Cass., Sez. VI, 22.12.1997, Urso ed altri, Riv. pen., 1998, 613, die einen Vermögensvorteil in dem Moment realisiert sieht, in dem die Sphäre der subjektiven Rechte erweitert wird. Vgl. auch Cass., Sez. VI, 11.6.1997, Graziani, Riv. pen., 1998, 613, in der das oberste Strafgericht einen Vermögensvorteil mit der Schaffung einer begünstigenden Situation für die Gesamtheit von subjektiven Rechten mit einem *contenuto patrimoniale* angenommen hat, ohne daß ein tatsächlicher wirtschaftlicher Zuwachs erforderlich sei. Siehe sonst Segreto/De Luca, 1999, S. 540; D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1997, S. 98.

⁸³⁶ Fiandaca/Musco, Diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2002, S. 243.

⁸³⁷ Seminara, in: Crespi/Stella/Zuccalà, Art. 323 c.p., VII, Rdn. 4; an anderer Stelle sagt derselbe Autor, daß in jedem Fall ein Vorteil dann Vermögenscharakter besitzt, wenn er mit Situationen verbunden ist, die wirtschaftlich meßbar sind, Seminara, Stud. iur., 1997, 1251, 1258.

⁸³⁸ Cass., Sez. I, 29.1.1973, Confl. comp. G.I. Trib. Napoli e G.I. Trib. Rimini in proc. Nazionale ed altri, Giust. pen., 1973, II, 665; Cass., Sez. VI, 31.3.1995, Ric. p.m. in proc. Catania, Mass. pen., 1995, 9, 85; Cass., Sez. VI, 19.1.1996, Pace ed altri, RV204649; Cass., Sez. II, 4.12.1997, Tosches, Guida al dir. vom 7.3.1998, Nr. 9, 67, 69; vgl. Cass., Sez. I, 14.1.1977, Fasoli, Cass. pen., 1978, 385, 386; Cass., Sez. VI, 27.05.1992, Pepe, RV191354.

⁸³⁹ Fiandaca/Musco, Diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2002, S. 243; Segreto/De Luca, 1999, S. 541; Benussi, S, 138; D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1997, S. 99; das Argument von D'Avirro und Segreto/De Luca, daß mit der Umwandlung des Amtsmißbrauchs in ein Erfolgsdelikt nur noch der ökonomische Ansatz in Frage käme, ist nicht nachvollziehbar. Der Tatbestand von Art 323 c.p. verlangt lediglich den Eintritt eines Vermögensvorteils. Um seine Definierung geht es bei der Kontroverse. Die beiden Autoren beantworten die Frage „Was ist ein Vermögensvorteil?“ mit dem strittigen Begriff des Vermögens selbst

Als Vermögensvorteil hat das höchste Strafgericht beispielsweise das Verschaffen eines Arbeitsplatzes oder einer vergüteten Tätigkeit,⁸⁴⁰ die Einstufung eines Angestellten mit einer höheren Qualifikation,⁸⁴¹ die Ausschreibung eines Grundstücks als Bauland⁸⁴² sowie den Erlaß einer Baugenehmigung⁸⁴³ bewertet.

Um eine unangemessene Ausweitung des Vermögensvorteils zu verhindern, ist erforderlich, daß der Vermögensbezug unmittelbar in der begünstigenden Maßnahme vorliegt und nicht bloß eine indirekte Folge darstellt.⁸⁴⁴ Wenn demnach ein Bürgermeister mittels rechtswidrigen Akts die Ausstattung der Straße mit Laternen beschließt, in der seine politischen Freunde oder seine Wähler wohnen, dann ist unzweifelhaft ein Vorteil für die Anwohner gegeben, der aber nur indirekt, nämlich mit der Wertsteigerung ihrer Grundstücke, ihr Vermögen vermehrt. Der Verwaltungsakt selber wirkt sich nicht direkt auf das Vermögen aus.⁸⁴⁵ In einem solchen Fall wäre die Voraussetzung eines Vermögensvorteils im Sinne des Art. 323 c.p. nicht erfüllt.⁸⁴⁶

und stellen auf „einen effektiven Zuwachs an Vermögen“ (*un effettivo incremento del patrimonio*) ab. Daß das Vermögen auch nach der juristischen Theorie „effektiv wachsen“ kann und deshalb das Tatbestandsmerkmal erfüllen kann, wird nicht bedacht.

Vgl. die Kassationsentscheidung, Cass., Sez. VI, 11.6.1997, Graziani, Riv. pen., 1998, 613, die die juristische Theorie vertritt und einen effektiven ökonomischen Zuwachs („*effettivo incremento economico*“, also nicht „*effettivo incremento patrimoniale*“) für unerheblich hält.

⁸⁴⁰ Cass., Sez. VI, 11.5.1993, Morello ed altri, Riv. pen., 1994, 927; Cass., Sez. VI, 6.7.1994, Argento ed altri, Riv. pen., 1995, 1069; Cass., Sez. VI, 26.1.1995, Ingraio, Cass. pen., 1996, 1776; Cass., Sez. VI, 26.1.1995, Albanese, Guida al dir. vom 1.4.1995, Nr. 13, 92; Cass., Sez. VI, 17.10.1997, Vitarelli ed altri, Cass. pen., 1998, 1616, 1619; zustimmend D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1997, S. 100.

⁸⁴¹ Cass., Sez. VI, 16.6.1994, Tucciarone, Riv. pen., 1995, 1217; zustimmend D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1997, S. 100.

⁸⁴² Die beiden folgenden Entscheidungen des Kassationshofs betreffen die Vorteilsabsicht im Sinne der vorangegangenen Fassung des Art. 323 c.p: Cass., Sez. VI, 7.12.1992, Morici, Cass. pen., 1994, 926; Cass., Sez. VI, 1.2.1994, Vivi, Cass. pen., 1995, 2525.

⁸⁴³ Cass., Sez. VI, 2.12.1994, Grieco ed altro, Riv. pen., 1996, 365; Cass., Sez. VI, 27.9.1996, Pugliese ed altro, Riv. pen., 1996, 1323; Cass., Sez. VI, 22.12.1997, Urso ed altri, Riv. pen., 1998, 613; Cass., Sez. VI, 7.5.1998, Verrati, Gazz. giur., 1998, n. 42, 52, 53; vgl. Cass., Sez. VI, 20.9.1994, Riv. pen. 1995, 1531; zustimmend D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1997, S. 99 f.

⁸⁴⁴ Cass., Sez. VI, 19.1.1996, Pace ed altri, Riv. pen., 1996, 1259; Seminara, Stud. iur., 1997, 1251, 1258; Benussi, S. 138; Segreto/De Luca, 1999, S. 543, die dies auch durch das Erfordernis des *dolo intenzionale* unterstrichen sehen, wonach der Tatbestandserfolg das Ziel des Handelns darstellen, also beabsichtigt sein müsse.

⁸⁴⁵ Anders der Fall, wenn ein VA die Bebaubarkeit eines Grundstücks feststellt. Die Verwaltungsmaßnahme bezieht sich direkt auf das Grundstück und damit das Vermögen.

⁸⁴⁶ Segreto/De Luca, 1999, S. 544.

3. Schaden

Der Tatbestand des Art. 323 c.p. spricht ohne Differenzierung von einem Schaden, so daß, wie bereits eingangs erwähnt, sowohl der materielle als auch der immaterielle Schaden eines anderen erfaßt wird. Auch sei nochmals erwähnt, daß es kein Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem Tatbestandserfolg des Vermögensvorteils und dem des Schadens gibt. Allerdings können sie dennoch beide gegeben sein, wie es oft bei der mißbräuchlichen Enteignung der Fall ist.⁸⁴⁷

Auch bei der Bestimmung des Vermögensschadens sind die unterschiedlichen Theorien zum Begriff des Vermögens relevant. Nach der juristischen Vermögensauffassung ist ein Vermögensschaden gegeben, wenn sich eine nachteilige Situation für die Gesamtheit der geldwerten Rechtsbeziehungen einer Person ergibt, wenn also entsprechende Rechte verloren gehen oder entsprechende Verpflichtungen hinzukommen. Für die ökonomische Theorie liegt in der Verringerung der wirtschaftlichen Güter ein Schaden.⁸⁴⁸

Ein immateriellen Schaden entsteht insbesondere in den Fällen der „*prevaricazione*“ (Amtsverletzung) aus Motiven wie Rache, Vergeltung, persönlicher, religiöser oder politischer Feindschaft, Diskriminierung usw.⁸⁴⁹ In der Rechtsprechung gibt es zahlreiche Beispiele. So wurde auf einen immateriellen Schaden erkannt, als ein Bürgermeister einem mißliebigen Funktionär einer politischen Partei die Nutzung eines bestimmten Platzes zu der Abhaltung einer Versammlung versagte.⁸⁵⁰ Ebenso liegt in der unbegründeten Ausstellung eines Haftbefehls ein „*danno non patrimoniale*“.⁸⁵¹

4. Begriff der „Anderen“

Der Vorteil oder Schaden kann gemäß dem Tatbestand „Anderen“ verschafft bzw. zugefügt werden. Fraglich ist, ob darunter auch die öffentliche Verwaltung oder lediglich eine Privatperson fällt. Ließe man neben dem Bürger auch die Verwaltung als „Anderen“ gelten, würde sich die Frage anschließen, ob sogar die Behörde, bei der der Täter angestellt ist, oder ob nur andere öffentliche Stellen einzubeziehen sind.⁸⁵²

Die Frage hat innerhalb des Amtsmißbrauchs mit der Reform von 1990 besondere Bedeutung erlangt. Vorher fielen die Fälle der Unterschlagung von Geld und

⁸⁴⁷ D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1997, S. 100 f.

⁸⁴⁸ Benussi, S. 141.

⁸⁴⁹ D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1997, S. 101; Benussi, S. 142.

⁸⁵⁰ Cass., Sez. VI, 12.6.1973, Boni, Cass. pen., 1975, 460.

⁸⁵¹ Cass. Sez. un., 20.6.1990, Monaco ed altro, Giust. pen., 1990, II, Sp. 513, 524.

⁸⁵² Benussi, S. 144.

anderen beweglichen Sachen zugunsten der öffentlichen Verwaltung unter die Unterschlagung, Art. 314 c.p. (*peculato*) und unter die Veruntreuung zulasten von Privatpersonen, Art. 315 c.p. (*malversazione a danno di privati*).⁸⁵³ Schon damals herrschte über die Behandlung der Taten zum alleinigen Vorteil der Verwaltung und die Auslegung des Begriffs des „Anderen“ Uneinigkeit, wobei die überwiegende Meinung in Literatur und Rechtsprechung zum Einschluß der Verwaltung als „*altri*“ tendierte – allerdings unter Ausschluß der Behörde, bei der der Täter seinen Dienst verrichtet.⁸⁵⁴ Mit der Reform der Amtsdelikte 1990 verlagerte sich diese Problematik in den Tatbestand des Art. 323 c.p.

Der Gesetzgeber hat es nun erneut versäumt, Klarheit zu schaffen, und es bleibt wiederum der Lehre und Praxis überlassen, eine angemessene Lösung zu finden.⁸⁵⁵ Zunächst kann jedoch klargestellt werden, daß sich die Bezeichnung „*a sé*“, also das Verschaffen eines Vermögensvorteils „an sich selbst“, auf den handelnden Amtsträger bzw. mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten bezieht und nicht etwa – wegen eines Organhandelns – auf die Verwaltung. Sonst würde die persönliche Begünstigung des Verwaltungstätigen nie das Merkmal „*a sé*“, sondern im Verhältnis zur öffentlichen Behörde stets das der „*altri*“ erfüllen. Die *ratio* des vorliegenden Tatbestands verdeutlicht zudem, daß der handelnde Täter des Amtsmißbrauchs nicht als unantastbares Organ, sondern als verantwortliches Individuum zu betrachten ist.⁸⁵⁶ Wenn sich demnach die Bezeichnung „*a sé*“ allein auf den Verwaltungsangehörigen bezieht, kann vom Wortlaut her nicht ausgeschlossen werden, daß in dem Begriff „*altri*“ grundsätzlich auch die *pubblica amministrazione* einzubeziehen ist. Dann ist es ebenfalls möglich, daß selbst die Verwaltung, zu der der Amtsträger oder mit einem öffentlichen Dienst Beauftragte bei Ausführung der Tat gehört, „*anderer*“ im Sinne des Tatbestands ist. Bezugspunkt wäre allein der handelnde Täter,

⁸⁵³ Della Monica, L'ingiusto vantaggio patrimoniale, S. 122.

⁸⁵⁴ Siehe für die herrschende Meinung in der Literatur Manzini, Trattato di diritto penale italiano, Vol. V, 1982, S. 145 f.; Vinciguerra, 'Distrazione' e peculato, S. 1679 f.; Scordamaglia, Encicl. dir., Vol. XXXII, 554, 613; Prosdocimi, Riv. it. dir. proc. pen., 1985, 846, 855. Siehe in der Rechtsprechung, wobei allerdings stets die Behörde ausgeschlossen wird, in der der Amtsträger seinen Dienst verrichtet bzw. deren Vermögen beeinträchtigt wird, Cass., Sez. VI, 18.11.1969, Conchedda, Cass. pen., 1970, 1499, 1500; Cass., Sez. VI, 27.10.1971, Zampini ed altri, Cass. pen., 1973, 95, 96; Cass., Sez. V, 24.4.1972, Bianco ed altri, Cass. pen., 1973, 1036; Cass., Sez. VI, 26.4.1978, Cavallaro, Cass. pen., 1980, 1066.

Dafür, daß die Verwaltung nicht „*Anderer*“ sein konnte, war in der Lehre z.B. Pagliaro, Studi sul peculato, S. 7 ff.; und in der Rechtsprechung u.a. Cass., Sez. VI, 20.3.1972, Casati ed altri, Cass. pen., 1973, 531, 533; Cass., Sez. VI, 3.7.1972, Parenti ed altri, Cass. pen., 1973, 1246.

⁸⁵⁵ Benussi, S. 143; Della Monica, L'ingiusto vantaggio patrimoniale, S. 125. Für D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1997, S. 101 f., scheint der Ausschluß der öffentlichen Verwaltung dagegen selbstverständlich zu sein.

⁸⁵⁶ So auch Mazzone, Riv. it. dir. proc. pen., 1994, 707, 722.

unabhängig von seiner Verwaltungszugehörigkeit.

Zum Teil wird versucht, den Willen des Gesetzgebers zu ermitteln und so die Problematik zu lösen.⁸⁵⁷ Bereits im Vorfeld der Novellierung des *Codice Rocco* von 1990 gab es Vorschläge, die Frage explizit durch das Gesetz zu klären. So sahen der Gesetzentwurf von Minister *Martinazzoli*, Nr. 2844, vom 22. April 1985 und der von Minister *Vassalli*, Nr. 2441, der dem Parlament am 7. März 1988 vorgelegt worden war, in einem dritten Absatz Strafflosigkeit für die Fälle vor, in denen die Tat zum alleinigen Vorteil der Verwaltung verübt wurde. Ein ganz ähnlicher Gesetzesvorschlag wurde im Zuge der erneuten Reformbemühungen am 20. Dezember 1995 dem Senat auf Initiative des Senators *Di Ricco* unterbreitet.⁸⁵⁸ Auch der Reformvorschlag der Kommission *Morbidello* sah die Einführung eines Art. 360*bis* c.p. vor, welcher für alle Delikte von Amtsträgern gegen die öffentliche Verwaltung einen Nichtstrafbarkeitsgrund festlegte, wenn die Tat zum alleinigen Vorteil der Verwaltung geschah.⁸⁵⁹ Weder 1990 noch 1997 fanden diese Vorstöße jedoch Eingang in die revidierten Texte. Es ist davon auszugehen, daß ihre Verfasser unter dem Begriff „anderer“ auch die öffentliche Verwaltung verstanden, sonst hätte ihre vorgesehene Einschränkung lediglich als eine Klarstellung einen Sinn gehabt. Das Scheitern der Vorschläge legt die Vermutung nahe, daß die Legislative diese Ansicht teilte.⁸⁶⁰ In Anbetracht des in Literatur und Rechtsprechung schwelenden Streits mußte sie sich bewußt sein, daß der Inhalt des Begriffs aus dem Text heraus nicht eindeutig zu bestimmen ist. Die Ablehnung der expliziten Strafflosigkeit des Amtsmißbrauchs zum Vorteil der Verwaltung könnte so als Bestätigung des generellen Einschlusses der Verwaltung erscheinen. Dieser Rückschluß läßt sich jedoch nicht mit Sicherheit ziehen. Hätte der Gesetzgeber die Nichtstrafbarkeitsformel aufgenommen, hätte das wahrscheinlich bedeutet, daß er in dem Begriff des „Anderen“ auch die Verwaltung sieht, aber einen Amtsmißbrauch zu ihrem alleinigen Vorteil nicht bestrafen möchte. Andererseits hätte es auch bloß eine Klarstellung der Nichtstrafbarkeit eines solchen Falles sein können, um die anhaltende Kontroverse zu beenden. Ist die Klausel nun aber nicht aufgenommen worden, kann das sowohl heißen, daß die Legislative unter „*altri*“ gar nicht die Administration versteht, als auch, daß sie sie doch erfaßt sieht und die Fälle strafbar lassen will bzw. hält die Strafbarkeit auf einer anderen Ebene beispielsweise durch die mangelnde Unrechtmäßigkeit des Tatbestandserfolgs

⁸⁵⁷ So Segreto/De Luca, 1999, S. 533.

⁸⁵⁸ Gesetzesvorschlag Nr. 2380, abgedruckt bei Dalia, *Lavori parlamentari*, S. 253.

⁸⁵⁹ Die Arbeit der Kommission *Morbidelli* ist bei D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 147 ff., abgedruckt. Art. 360*bis* I c.p. sollte danach folgendermaßen lauten: „*Non è punibile chi ha commesso, ad esclusivo vantaggio della pubblica amministrazione taluno dei fatti previsti nel capo I di questo titolo, sempre che non si tratti di concussione oppure di distrazione di danaro o di altra cosa appartenente e privati.*“

⁸⁶⁰ Segreto/De Luca, 1999, S. 533 spricht von einem entsprechenden klaren Willen der Legislative.

ohnehin für ausgeschlossen. Hieran zeigt sich, daß sich auch der Wille des Gesetzgebers nicht präzise ermitteln läßt. Wahrscheinlicher ist allerdings, daß er die Verwaltung grundsätzlich eingeschlossen sah.

Dem Argument, daß der Amtsmißbrauch auch historisch gesehen den unrechtmäßigen Übergriff der Staatsautorität auf den Bürger bestrafe und insofern die Verwaltung nicht „Anderer“ im Sinne des Tatbestands sein könne,⁸⁶¹ kann entgegen gehalten werden, daß das Delikt spätestens seit der Reform von 1990 zwei Schutzrichtungen aufweist. Zum einen tatsächlich den Schutz des Bürgers vor willkürlichen Verwaltungsbeamten, zum anderen – mit der Überführung des Delikts der privaten Interessennahme in Akte der Verwaltung und der Figur der *distrazione* aus der Unterschlagung im Amt in den Tatbestand des Amtsmißbrauchs – aber auch den Schutz der Verwaltung selbst vor ihren untreuen Angehörigen. Dies wird auch durch die Einordnung der Norm im *Codice penale* als ein Delikt gegen die öffentliche Verwaltung bekräftigt.

Die Diskussion wird vor allem im Hinblick auf die Fälle des Amtsmißbrauchs zum alleinigen Vorteil der Verwaltung geführt. Zu bedenken ist, daß der Ausschluß dieser Variante ebenfalls die Straflosigkeit des Amtsmißbrauchs zum alleinigen Schaden der Verwaltung bewirkt, da der Begriff des „Anderen“ unterschiedslos sowohl beim Vorteil als auch beim Schaden verwandt wird. Demzufolge kann die Verwaltung nicht das eine Mal ausgeschlossen werden und das andere Mal nicht. Der Nachteil der entstehenden Schutzlücke liegt auf der Hand. Zwar mag bei einem Mißbrauch zum alleinigen Vorteil nur ein relativ geringer Angriff auf die geschützten Rechtsgüter bestehen, nicht so jedoch bei einer die Verwaltung schädigenden Tat. Diese wäre dann schon gar nicht von Art. 323 c.p. erfaßt. Allerdings dürfte ein alleiniger Schaden der Verwaltung, ohne Vorteil beim Täter oder bei einer anderen Privatperson, relativ selten auftreten. Wenn in den Begriff des „Anderen“ auch die Verwaltung hinein interpretiert würde, dann hätte das den Vorzug, grundsätzlich einen umfassenden Rechtsschutz zu ermöglichen, wobei das Merkmal der Unrechtmäßigkeit des Tatbestandserfolgs vor allem bei den Fällen des Amtsmißbrauchs zum alleinigen Vorteil der Verwaltung korrigierend eingreifen könnte.⁸⁶² Allerdings darf auch nicht außer

⁸⁶¹ Della Monica, *L'ingiusto vantaggio patrimoniale*, S. 126; vgl. jedoch Stortoni, *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, 707, 721 f., der sich positiv über den Wegfall des vorgesehenen dritten Absatzes äußerte, in dem die Nichtstrafbarkeit von Amtsmißbräuchen zum alleinigen Vorteil der Verwaltung festgelegt war. Seiner Auffassung nach wäre die Bestimmung dem Grund der Pönalisierung des Amtsmißbrauchs zuwidergelaufen, da der Tatbestand auch historisch gesehen die Übergriffe der Staatsgewalt auf die Rechtssphäre der Bürger bestrafe. Demgemäß subsumiert der Autor bei der begünstigenden Tat die Verwaltung unter den Begriff der „Anderen“. Da sich „*altri*“ aber unterschiedslos auf sowohl den Vorteil als auch den Schaden bezieht, müßte er dies auch beim allein die öffentliche Administration schädigenden *abuso di ufficio* tun, auch wenn dann keine willkürliche Benachteiligung des Bürgers durch den Staat gegeben ist.

⁸⁶² Vgl. Benussi, S. 145.

Acht gelassen werden, daß von Art. 323 c.p. nicht nur der Vermögensschaden erfaßt wird, sondern auch der nichtmaterielle Schaden. Wenn die Verwaltung einbezogen wird, dann ist es schwierig abzugrenzen, wann ein nichtmaterieller Schaden für sie vorliegt. Beispielsweise könnte der Gedanke Raum greifen, daß bereits der der Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen anhaftende Ansehensverlust einen relevanten Nachteil darstellen würde – was aber auf jeden Fall abzulehnen ist.⁸⁶³ Andererseits kann diese Schwierigkeit nicht ausschlaggebend sein, da der Tatbestandserfolg auf der subjektiven Seite stets von einer Absicht getragen sein muß, damit das Delikt des Art. 323 c.p. überhaupt gegeben ist. So sind bisher keine Fälle bekannt, in denen es dem Täter allein auf die „moralische“ Schädigung der Verwaltung ankam.

Manche werfen gegen die Einbeziehung der Verwaltung ein, daß bei einem Amtsmißbrauch zum alleinigen Vermögensvorteil der Verwaltung der Angriff auf die von Art. 323 c.p. geschützten Rechtsgüter vergleichsweise gering und damit nicht strafwürdig sei, jedenfalls aber die Unrechtmäßigkeit des Tatbestandserfolgs nicht gegeben sei.⁸⁶⁴

An den verschiedenen Argumentationen wird deutlich, daß zu unterscheiden ist; und zwar zwischen der Frage, wer unter das Tatbestandsmerkmal der „Anderen“ zu subsumieren ist, und der, ob in den Fällen, in denen allein die öffentliche Verwaltung begünstigt oder geschädigt wird, tatsächlich nach Art. 323 c.p. zu bestrafen ist. Die Vertreter der zuletzt genannten Auffassung müssen zwangsläufig die öffentliche Verwaltung durch den Begriff „*altri*“ erfaßt sehen. Um die Strafwürdigkeit des Falles verneinen zu können, bedarf es zunächst der Erfüllung des Tatbestandselements. Das objektive Merkmal des Vorteils oder Schadens von „Anderen“ ist für sie folglich gegeben. Eine Beschränkung der Strafbarkeit nehmen sie hingegen auf der Ebene eines hinreichenden Rechtsgutsangriffs vor, d.h. die Strafbarkeit findet dort ihre Grenze, wo es an einem Angriff auf das geschützte Rechtsgut mangelt. Anschaulich sind hier die Ausführungen von *Mazzone* über die Bedeutung des Rechtsguts innerhalb des Tatbestands des Amtsmißbrauchs. Im Tatbestand des Art. 323 c.p. sei das handelnde Subjekt als Individuum zu betrachten. Unter dem Merkmal „*altri*“ könne daher selbst die öffentliche Verwaltung eingeschlossen werden, für die dieser tätig wird. Ein Amtsmißbrauch zu ihrem Vorteil stelle aber keinen Angriff auf das Rechtsgut der guten Verwaltungsführung dar. Allein das Rechtsgut der Unparteilichkeit könne betroffen sein, wenn man ihm die weitest mögliche Bedeutung zukommen ließe und auch den Schutz des Privaten gegenüber der Verwaltung – also nicht

⁸⁶³ Der immaterielle Schaden muß über das hinausgehen, was ein absichtlicher Amtsmißbrauch an Ansehensverlust mit sich bringt.

⁸⁶⁴ Vgl. Della Monica, *L'ingiusto vantaggio patrimoniale*, S. 126 f.; Fiandaca/Musco, *Parte speciale*, Appendice, 1991, S. 32; D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 101; Benussi, S. 145.

nur gegenüber anderen Bürgern – erfaßt sehe. Damit eine solche Rechtsgutsverletzung strafrechtliche Relevanz erlangen könne, müsse aber der Täter eine entsprechende Absicht verfolgt haben, einen Dritten zu schädigen.⁸⁶⁵ Auch für denjenigen, der erst das Erfordernis der Unrechtmäßigkeit des Tatbestandserfolgs als Korrektiv verwendet, muß das Merkmal des „Anderen“ gegeben sein.

Es sprechen somit mehrere Gründe dafür, unter „*altri*“ im Sinne von Art. 323 c.p. auch die Verwaltung zu verstehen. Es wird der Tatsache am ehesten gerecht, daß im Strafrecht grundsätzlich der einzelne Täter zur Rechenschaft gezogen wird und daß es wegen dieser Fokussierung auf das Individuum beim Amtsmißbrauch logisch ist, jeden außer dem Täter als „Anderen“ anzusehen. Zudem wird so verhindert, daß die Fälle des Amtsmißbrauchs zum alleinigen Schaden der Verwaltung nicht von vornherein ausscheiden. Außerdem entspricht es am wahrscheinlichsten dem Willen des Gesetzgebers von 1997, der die vorgeschlagene Nichtstrafbarkeitsklausel nicht in die Bestimmung aufnahm.

Damit wird aber noch keine Aussage über die Strafbarkeit eines Amtsmißbrauchs getroffen, welcher allein eine staatliche Behörde begünstigt. Wie im Folgenden noch zu zeigen sein wird, ist ein Vorteil der öffentlichen Verwaltung nie unrechtmäßig im Sinne von Art. 323 c.p. Dem läßt sich jedenfalls nicht einfach mit dem Hinweis widersprechen, daß ein Amtsmißbrauch zum alleinigen Vermögensvorteil der Verwaltung nie im Interesse der Gemeinschaft sein könne, weil die Tat stets mißbräuchlich, also durch Verletzung von Gesetzen oder Verordnungen oder durch die Verletzung einer Enthaltungspflicht geschehe.⁸⁶⁶ Richtig ist, daß ein solch mißbräuchliches Handeln immer unrechtmäßig und insofern nicht im öffentlichen Interesse ist. Dies gilt aber nicht in jedem Fall für den Taterfolg, wie ihn Art. 323 c.p. verlangt.⁸⁶⁷ Der Vermögensvorteil als

⁸⁶⁵ Siehe Mazzone, Riv. it. dir. proc. pen., 1994, 707, 722, wobei allerdings nicht übersehen werden darf, daß seine Ausführungen den Tatbestand des Amtsmißbrauchs vor seiner letzten Reform betrafen, welcher nicht den Eintritt eines Erfolgs, sondern allein seine Beabsichtigung verlangte. Übertragen auf den heutigen Art. 323 c.p. müßte er bei einer Tat zum alleinigen Vorteil der öffentlichen Verwaltung einen hinreichenden Angriff auf die geschützten Rechtsgüter verneinen.

Mazzone a.a.O. gab außerdem – immer unter der vorherigen Fassung des Art. 323 c.p. – zu bedenken, daß die Merkmale des Vorteils „für sich“, den „für Andere“ sowie des Schadens „für Andere“ innerhalb des Tatbestands denselben Unwert besitzen. Darüber hinaus seien das Handeln zugunsten einer öffentlichen Verwaltung und das für eigene Zwecke aus kriminologischer Sicht verschiedene schwere Taten. Die Begehung des Delikts für „Andere“ müsse somit dasselbe Unrecht aufweisen wie ein Tätigwerden für „sich selbst“ und das sowohl bezüglich dem Rechtsgut des guten Ablaufs als auch hinsichtlich des der Unparteilichkeit der Verwaltung. Die Tangierung der Rechtsgüter mit derselben Intensität komme nur in dort in Frage, wo es dem Täter um ein privates Interesse gehe. Lediglich unter dieser Voraussetzung könne die Beabsichtigung eines alleinigen Vorteils für eine öffentliche Behörde hier strafrechtliche Relevanz erlangen.

⁸⁶⁶ So aber Cass., Sez. VI, 7.5.1998, Verrati ed altri, RV 211586.

⁸⁶⁷ Siehe dazu unten B.III.5., S. 212 ff.

solcher kann durchaus im öffentlichen Interesse sein.

Im Grundsatz jedoch sind unter der Formulierung „Anderen“ sowohl Außenstehende als auch die Verwaltung selbst zu verstehen.⁸⁶⁸

Nun schließt sich die Frage an, ob darunter auch die Behörde fällt, bei der der Täter angestellt ist, oder nur andere öffentlichen Stellen. Wenn das Handeln des Täters der Verwaltungseinheit zugerechnet würde, bei der er tätig ist, wäre diese auszuschließen und nur die restliche öffentliche Verwaltung einzubeziehen. Strafrechtliche Verantwortung ist aber stets persönliche Haftung. Wenn bereits die Verwaltung allgemein als mögliche Geschädigte anerkannt wird, sind keine zwingenden Gründe zu sehen, warum nicht auch die Behörde des Täters Benachteiligte sein kann. „Andere“ im Sinne des Art. 323 c.p. ist folglich auch die Stelle, bei der der Amtsträger oder mit einem öffentlichen Dienst Beauftragte tätig ist.

5. Merkmal der „Unrechtmäßigkeit“

Der eintretende Schaden oder Vermögensvorteil muß „*ingiusto*“, also „unrechtmäßig“ sein. Noch bevor dieses besondere Rechtswidrigkeitsmerkmal der Unrechtmäßigkeit durch das Gesetz Nr. 86 vom 26. April 1990 in den Tatbestand des Art. 323 c.p. eingefügt wurde, verwendete es bereits die Literatur und

⁸⁶⁸ Ebenso der Ansicht, daß auch die Verwaltung Bevorteilte oder Geschädigte im Sinne des Art. 323 c.p. sein kann, sind Romano, 2006, Art. 323 c.p., Rdn. 37; Segreto/De Luca, 1999, S. 532 f.; Seminara, in: Crespi/Stella/Zuccalà, Art. 323 c.p., VII, Rdn. 6; Pagliaro/Parodi Giusino, Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2008, S. 281; s. in der Rechtsprechung Cass., Sez. III, 18.6.1959, Somenzini, Giust. pen., 1960, II, Sp. 49; Cass., Sez. VI, 15.12.1966, Lora ed altro, Cass. pen., 1967, 1109; Cass., Sez. VI, 7.3.1967, Boerani, Cass. pen., 1968, 53.

Grundsätzlich gegen die Strafbarkeit eines Amtsmißbrauchs zum alleinigen Vorteil der Verwaltung Stortoni, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, S. 140; Della Monica, *L'ingiusto vantaggio patrimoniale*, S. 126; D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 101 f.; Benussi, S. 144 f.; vgl. bereits vor dem Reformgesetz Nr. 234 vom 16.7.1997 Palazzo, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 815, 829; Pannain, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, S. 158; Rampioni, *L'abuso di ufficio*, S. 120; Scordamaglia, *L'abuso di ufficio*, S. 238; grundsätzlich ebenso Mazzone, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 707, 722, für den allerdings die Strafbarkeit bei Begünstigung einer anderen Verwaltung als die der Täter angehört in Betracht kommt, sofern der Vorteil auf einer Stufe mit einem persönlichen Interesse steht. Vgl. bereits früh Bricola, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 985, 989; vgl. zu der im Zuge der Reform von 1990 geplanten Einführung eines dritten Absatzes mit einem Strafausschließungsgrund, wenn der Amtsmißbrauch zum alleinigen Vorteil der öffentlichen Verwaltung begangen wurde, Padovani, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 76, 92.

Rechtsprechung als einschränkende Voraussetzung.⁸⁶⁹ Mit seiner Einführung 1990 sahen sich ihre Befürworter bestätigt.⁸⁷⁰ Die Reform von 1997 hat an dem Adjektiv „*ingiusto*“ festgehalten. Seine Bedeutung wuchs durch den Umstand, daß es ebenso wie das Merkmal des Vorteils oder Schadens aus dem subjektiven in den objektiven Tatbestand transferiert wurde.⁸⁷¹

Dennoch vertreten einige Autoren in der Rechtslehre die Auffassung, daß es sich bei dem Merkmal eigentlich um einen Pleonasmus handelt, weil ein durch einen Amtsmißbrauch verursachter Vorteil oder Schaden stets unrechtmäßig sei.⁸⁷² Zum Teil befürchteten sie, daß ansonsten den Richtern die Aufgabe zufiele, von Fall zu Fall über die Grenze zwischen rechtmäßigen oder unrechtmäßigen Mißbräuchen mittels einer unakzeptablen Untersuchung der Entscheidungsgründe der Verwaltungsmaßnahme zu ziehen.⁸⁷³ Die Vertreter dieser Auffassung müssen das Tatbestandselement als einen Fall der sogenannten ausdrücklichen Rechtswidrigkeit (*illiceità espressa*) betrachten, bei der die durch den restlichen Tatbestand umschriebene Unrechtmäßigkeit wiederholt wird.⁸⁷⁴ Die herrschende Meinung⁸⁷⁵ sieht in ihm dagegen das Erfordernis einer speziellen

⁸⁶⁹ Siehe für die Rechtsprechung bspw. Cass., Sez. VI, 7.4.1971, Genda, Cass. pen., 1972, 446. Siehe für die Literatur Manzini, Trattato di diritto penale italiano, Vol. V, 1950, S. 238; Antolisei, Manuale di diritto penale, Parte speciale, Vol. II, 1986, S. 797; Contieri, Encicl. dir., Vol. I, S. 189.

⁸⁷⁰ Siehe ausführlich zu dem Merkmal Seminara, Riv. it. dir. proc. pen., 1992, 562, 572 ff.

⁸⁷¹ Cerqua, L'indice pen., 1998, 44; D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1997, S. 103; vgl. Padovani, Legis. pen., 1997, 741, 747.

⁸⁷² Fiandaca/Musco, Diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2002, S. 244; Padovani, Riv. it. dir. proc. pen., 1989, 76, 90 f.; Iadecola, La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione, S. 70; Seminara, Riv. it. dir. proc. pen., 1992, 562, 574 ff., 582; ders., Commento, S. 269 ff., 281 f.; ders., in: Crespi/Stella/Zuccalà, Art. 323 c.p., VIII, Rdn. 3; vgl. Rampioni, L'abuso di ufficio, S. 122 f.; ebenso eine der Ausnahmen in der Rechtsprechung App. Catania, 4.7.1997, Sirna ed altri, Giur. merito, 1998, 723, 724 ff.; kritisch hinterfragend auch Vinciguerra, L'indice pen., 1998, 37; vgl. hingegen Parodi Giusino, Dig. discipl. pen., Vol. VIII, Appendice, 587, 591 f., der sich zwar ausdrücklich sowohl gegen die Ansicht wendet, das Merkmal sei überflüssig, als auch gegen die Auffassung, die „*ingiustizia*“ habe man autonom vom Mißbrauch zu bewerten, jedoch bei seinem Lösungsvorschlag im Grunde ebenfalls eine eigenständige Untersuchung der Unrechtmäßigkeit des angestrebten Tatbestandserfolgs vornimmt. Er sagt nämlich, daß ein Resultat, das objektiv geschuldet war, bloß mit unzulässigen Mitteln, in unzulässiger Form bzw. unter unzulässigen Bedingungen erreicht wurde, nicht „*ingiusto*“ im Sinne des Tatbestands ist. Der Richter habe keine Einschätzungen der Entscheidungsgründe des Verwaltungshandelns vorzunehmen, sondern die Existenz eines Rechtsanspruchs festzustellen, den der Beamte zu befriedigen beabsichtigte. War ein entsprechendes Recht gegeben, sei der Erfolg nicht unrechtmäßig.

⁸⁷³ Seminara, Riv. it. dir. proc. pen., 1992, 562, 575; vgl. Parodi Giusino, Dig. discipl. pen., Vol. VIII, Appendice, 587, 592.

⁸⁷⁴ Vgl. Della Monica, L'ingiusto vantaggio patrimoniale, S. 94.

⁸⁷⁵ Grosso, Riv. it. dir. proc. pen., 1991, 319, 322; Scordamaglia, L'abuso di ufficio, S. 232; D'Avirro, Riv. trim. dir. pen. econ., 1992, 905, 925; Mazzone, Riv. it. dir. proc. pen., 1994, 707, 722; Bricola, La riforma dei reati contro la pubblica amministrazione: cenni

Rechtswidrigkeit (*illiceità speciale*), bei dem der Tatbestand nur erfüllt werden kann, wenn ein Widerspruch zu einer außerstrafrechtlichen Norm bzw. zur Rechtsordnung allgemein besteht.⁸⁷⁶ Für sie spricht der Wortlaut, wonach sich die *ingiustizia* eindeutig auf den Tatbestandserfolg bezieht. Hätte der Gesetzgeber mit ihr jedoch die gesamte Tat umfassen wollen, wäre die Verwendung des Adverbs „unrechtmäßigerweise“ (*illegittimamente*) sinnvoller gewesen. So wie es im Tatbestand eingefügt ist, wäre das Merkmal tatsächlich überflüssig, wenn man mit ihm nicht allein den Tatbestandserfolg spezifizieren wollte. Die Entscheidung des Gesetzgebers, einen unrechtmäßigen Vorteil oder Schaden zu fordern, hat nur dann ihre Berechtigung, wenn dem Merkmal eine autonome Bedeutung zuerkannt wird.⁸⁷⁷ So weist schon der Wortlaut der Vorschrift auf diese Lösung hin.⁸⁷⁸ Außerdem würde das Gegenargument, daß die Richter in die Entscheidungsgründe eingriffen, nur stimmen, wenn sie die Untersuchung der *ingiustizia* nach nichtjuristischen Gesichtspunkten vornähmen.⁸⁷⁹

generali, S. 17 f.; Cerqua, L'indice pen., 1998, 44, 45; Della Monica, L'ingiusto vantaggio patrimoniale, S. 97, 126; Scarpetta, Il danno ingiusto, S. 133; D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1997, S. 103; Segreto/De Luca, 1999, S. 534; Benussi, S. 130; in der Rechtsprechung s. Cass., Sez. VI, 7.3.1995, Bussolati ed altri, Giust. pen., 1996, II, Sp. 201; Cass., Sez. VI, 13.5.1996, Tuozzi, Cass. pen., 1996, 3625

⁸⁷⁶ D'Avirro, Riv. trim. dir. pen. econ., 1992, 905, 925, Fn. 61; Scordamaglia, L'abuso di ufficio, S. 236; D'Avirro, Riv. trim. pen. econ., 1992, 905, 922 f.; Della Monica, L'ingiusto vantaggio patrimoniale, S. 97, 126; Scarpetta, Il danno ingiusto, S. 132; Benussi, S. 134 f.; s. auch Cass., Sez. VI, 7.3.1995, Bussolati ed altri, Giust. pen., 1996, II, Sp. 201, 203; Cass., Sez. VI, 20.4.1995, Pasetti ed altri, Giust. pen., 1996, II, Sp. 263, 264; Cass., Sez. VI, 13.5.1996, Tuozzi, Cass. pen., 1996, 3625; Padovani, Legisl. pen., 1990, 350, 352; allgemein zur *illiceità speciale* und zur Abgrenzung von der *illiceità espressa* Pulitanò, Riv. it. dir. proc. pen., 1967, 65, 70 ff., 92 ff.

⁸⁷⁷ Segreto/De Luca, 1999, S. 534; D'Avirro, Riv. trim. dir. pen. econ., 1992, 905, 925.

⁸⁷⁸ Gambardella, Cass. pen., 1997, 2693, 2696 f., nach dem auch die *ratio legis* dagegen spricht, das Merkmal der Unrechtmäßigkeit als überflüssig anzusehen. Die objektive Funktion des Art. 323 c.p. sei eindeutig die Strafbarkeit des Amtsmißbrauchs auf die Fälle zu beschränken, in denen ein unrechtmäßiger Tatbestandserfolg erzielt wurde. Die Unrechtmäßigkeit lediglich als unvermeidliche Folge des Mißbrauchs anzusehen, würde daher bedeuten, der Vorschrift einen anderen Sinn beizumessen, als er sich aus dem Zusammenhang des Gesetzes für die Norm ergibt.

⁸⁷⁹ Della Monica, L'ingiusto vantaggio patrimoniale, S. 99; im gleichen Sinne Cerqua, L'indice pen., 1998, 44, 45, der das Eintreten von einer Bevorzugung bzw. Diskriminierung gegenüber den anderen Bürgern fordert. Ähnlich D'Avirro, Riv. trim. dir. pen. econ., 1992, 905, 923, der meint, allein die Einbeziehung der geschützten Rechtsgüter des guten Ablaufs und der Unparteilichkeit der Verwaltung könne verhindern, daß in die Untersuchung des Merkmals der „*ingiustizia*“ metajuristische Erwägungen einflößen. Der Strafrichter ziehe hier nicht die Grenze zwischen Recht und Unrecht, sondern entscheide mit Blick auf die geschützten Rechtsgüter, ob der Erfolg unrechtmäßig ist oder nicht. Die Unrechtmäßigkeit bestehe nicht in der Unrechtmäßigkeit der Tat, sondern darin, daß der Täter eine diskriminierende Situation mit Blick auf die anderen Bürger geschaffen hat. Vgl. jedoch Sena, Giur. Di merito, 1998, 728, 730, der meint, daß ein Vorteil nur dann rechtmäßig, also nicht „*ingiusto*“ sein könne, wenn er bei Einhaltung aller formell- und materiellrechtlichen Bestimmungen erlangt wurde, es sei denn, man wolle der „*ingiustizia*“

Darüber hinaus spricht die sonstige Terminologie des Gesetzgebers ebenso gegen die Ansicht, daß das Rechtswidrigkeitserfordernis überflüssig sei. Auch in anderen Delikten des *Codice penale* existieren Verweise auf die Unrechtmäßigkeit des Tatbestandserfolgs und haben dort jeweils eine eigenständige Rolle. So ist bei der Erpressung (*estorsione*), Art. 629 c.p., der Tatbestandserfolg des Profits nicht unrechtmäßig, wenn er durch die Rechtsordnung geschützt ist. Dann kann die Gewalteinwirkung oder Drohung jedoch einen anderen Tatbestand wie den der Nötigung (*violenza privata*), Art. 610 c.p., erfüllen.⁸⁸⁰ Der deutlichste Hinweis, daß die Legislative die Unrechtmäßigkeit des Taterfolgs von der der Tathandlung unterscheidet, läßt sich dem Art. 326 Abs. 3 c.p. entnehmen.⁸⁸¹ Danach macht sich unter anderem der Amtsträger oder mit einem öffentlichen Dienst Beauftragte strafbar, der sich unrechtmäßigerweise (*illegittimamente*) Dienstgeheimnisse nutzbar macht, um sich oder anderen einen unrechtmäßigen, nichtmateriellen Profit (*un ingiusto profitto non patrimoniale*) zu verschaffen.⁸⁸²

Als Paradebeispiel, das die Notwendigkeit einer gesonderten Untersuchung der Unrechtmäßigkeit des Erfolgs unterstreicht, kann die Konstellation dienen, in der ein Bürgermeister eine Baugenehmigung ohne das erforderliche Einvernehmen der zuständigen Baukommission erläßt, der Begünstigte jedoch anspruchsberechtigt ist. Hier hat der Funktionär zweifelsohne gegen Gesetzesvorschriften verstoßen und damit die Tathandlung des Amtsmissbrauchs erfüllt. Der dem Bürger verschaffene Vermögensvorteil kann aber nicht als unrechtmäßig betrachtet werden, da er ihm ohnehin zustand und sich bei einem rechtmäßigen Erlaß der Konzession auch nicht in einem geringeren Maße realisiert hätte.⁸⁸³

weit auffassen und sie anhand von sozialen, politischen, jedenfalls nichtjuristischen Begriffen messen.

⁸⁸⁰ Benussi, S. 134; s. auch D'Avirro, Riv. trim. dir. pen. econ., 1992, 905, 926, der anhand einer Schau auf den Raub (*rapina*), Art. 628 c.p., und den Betrug (*truffa*), Art. 640 c.p., die Eigenständigkeit des Merkmals der *ingiustizia* herleitet und den Grund in dem unterschiedlichen Schutzgut sieht, das die Vermögensdelikte im Gegensatz zu den Delikten gegen die öffentliche Verwaltung besitzen.

⁸⁸¹ Vgl. D'Avirro, Riv. trim. dir. pen. econ., 1992, 905, 926.

⁸⁸² Art. 326 Abs. 3 c.p. lautet: „*Il pubblico ufficiale o la persona incaricata di un pubblico servizio, che, per procurare a sé o ad altri un indebito profitto patrimoniale, si avvale illegittimamente di notizie d'ufficio, le quali debbano rimanere segrete, è punito con la reclusione da due a cinque anni. Se il fatto è commesso al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto non patrimoniale o di cagionare ad altri un danno ingiusto, si applica la pena della reclusione fino a due anni.*“

⁸⁸³ Das Beispiel findet sich sowohl bei D'Avirro, Riv. trim. dir. pen. econ., 1992, 905, 924 f., als auch bei Cerqua, L'indice pen., 1998, 44, 45 f. sowie bei Della Monica, L'ingiusto vantaggio patrimoniale, S. 93 f., 95, 101. Siehe auch Romano, 2006, Art. 323 c.p., Rdn. 44. Einen ähnlichen Fall behandelt Cass., Sez. V, 19.5.1993, Grandati, Giust. pen., 1994, II, Sp. 320 f.

D'Avirro und Cerqua, jeweils a.a.O., verneinen die Strafbarkeit des Bürgermeisters, weil er zwar mit seinem Vorgehen gegen Verwaltungsvorschriften verstoßen und das Rechtsgut

Entsprechend hat die Rechtsprechung von Beginn an, also bereits kurz nach der Reform von 1990, nahezu ausnahmslos⁸⁸⁴ die zentrale Rolle der Unrechtmäßigkeit unterstrichen.⁸⁸⁵ Der Kassationshof entwickelte schließlich die Theorie der „*doppia ingiustizia*“, der doppelten Unrechtmäßigkeit. In zahlreichen Entscheidungen stellte er fest, daß sowohl die Tathandlung als auch der Tatbestandserfolg unrechtmäßig sein müßten. Es handele sich dabei um voneinander unabhängige Unrechtmäßigkeitsuntersuchungen.⁸⁸⁶ Die herrschende Meinung in der Literatur spricht mittlerweile ebenso von dem Erfordernis der doppelten Unrechtmäßigkeit.⁸⁸⁷

Die Unrechtmäßigkeit betrifft folglich nicht allein das Verhalten, das den Tatbestandserfolg herbeiführt, sondern letzteren selbst. Vermögensvorteil und Schaden müssen nicht nur *non iure* verursacht, sondern selbst *contra ius* sein.⁸⁸⁸ Die Verursachung *non iure* bedeutet, daß für sie keine Rechtfertigung innerhalb der gegebenen Rechtsordnung besteht. Das Erfordernis des Tatbestandserfolgs *contra ius* verweist auf die Verletzung eines subjektiven Rechts.⁸⁸⁹ Aus dem

des guten Ablaufs der Verwaltung geschädigt habe, nicht jedoch das der Unparteilichkeit der Verwaltung, da keine Ungleichbehandlung gegenüber anderen Bürgern vorliege.

⁸⁸⁴ Siehe jedoch Cass., Sez. VI, 11.5.1993, Morello ed altri, Giust. pen., 1994, II, 257; App. Catania, 4.7.1997, Sirna ed altri, Giur. merito, 1998, 723, 724 ff.

⁸⁸⁵ Siehe nur Cass., Sez. un., 20.6.1990, Monaco ed altro, Giust. pen. 1990, II, Sp. 513, 520; Cass., Sez. VI, 6.6.1996, Ferretti, Riv. pen., 1996, 839, 843 f.

⁸⁸⁶ Cass., Sez. VI, 15.10.1993, Montali, RV196125; Cass., Sez. VI, 5.4.1994, Presutto, Cass. pen., 1995, 3336; Cass., Sez. VI, 6.7.1994, Argento, Cass. pen., 1996, 799; Cass., Sez. VI, 19.12.1994, Medea, Guida al dir. vom 15.4.1995, Nr. 15, 68; Cass., Sez. VI, 14.12.1995, Marini ed altro, Riv. pen., 1996, 979, 980 f.; Cass., Sez. VI, 15.12.1994, Susinni ed altri, Guida al dir. vom 1.4.1995, Nr. 13, 91; Cass., Sez. VI, 7.3.1995, Bussolati, Cass. pen., 1996, 800; Cass., Sez. VI, 29.4.1996, Masciardi, Guida al dir. vom 3.8.1996, Nr. 31, 83; Cass., Sez. VI, 6.6.1996, Scoduto, Cass. pen., 1997, 2693; Cass., Sez. VI, 6.6.1996, Ferretti, Riv. pen., 1997, 333; Cass., Sez. VI, 27.09.1996, Pugliese ed altro, Riv. pen., 1996, 1323, 1325; Cass., Sez. VI, 17.1.1997, Cordaro ed altro, Riv. pen., 1997, 387; Cass., Sez. VI, 19.12.1996, Menzella ed altri, Guida al dir. vom 19.4.1997, Nr. 15, 73; Cass., Sez. VI, 7.3.1997, Di Ielsi, Riv. pen., 1997, 716, 717; Cass., Sez. VI, 9.12.1996, Basile, Guida al dir. vom 24.5.1997, Nr. 19, 92; Cass., Sez. VI, 10.4.1997, Fiorani, Gazz. giur., 1998, n. 1, 55; Cass., Sez. VI, 17.10.1997, Vitarelli ed altri, Cass. pen., 1998, 1616, 1617, 1619; Cass., Sez. VI, 27.4.1998, Celico e Celico, Gazz. giur., 1998, n. 30, 56; s. auch Trib. Roma, 27.3.1995, Riv. pen., 1995, 1204, 1206; Trib. Milano, 28.11.1997, Indice pen., 1998, 47.

⁸⁸⁷ Siehe nur Stortoni, Delitti contro la pubblica amministrazione, S. 141; Della Monica, L'ingiusto vantaggio patrimoniale, S. 97; Scarpetta, Il danno ingiusto, S. 132; Pittaro, La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio, S. 29; Pagliaro/Parodi Giusino, Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2008, S. 279. Ausdrücklich dagegen Sena, Giur. Di merito, 1998, 728, 730 f.

⁸⁸⁸ Siehe u.a. Cass., Sez. VI, 27.09.1996, Pugliese ed altro, Riv. pen., 1996, 1323, 1325 und in der Literatur Scarpetta, Il danno ingiusto, S. 131 f; Forlenza, Guida al dir. vom 2.8.1997, Nr. 29, 23, 25; Segreto/De Luca, 1999, S. 535; Benussi, S. 135; D'Avirro, Riv. trim. dir. pen. econ., 1992, 905, 925.

⁸⁸⁹ Scarpetta, Il danno ingiusto, S. 131; D'Avirro, Riv. trim. dir. pen. econ., 1992, 905, 925.

mißbräuchlichen Verhalten folgt somit nicht automatisch der unrechtmäßige Tatbestandserfolg.

Diese Auslegung entspricht dem, was die Zivilrechtslehre zur Unrechtmäßigkeit des Schadens im Bereich der außervertraglichen Verantwortlichkeit⁸⁹⁰ entwickelt hat.⁸⁹¹ Auch hier wird zwischen der Rechtswidrigkeit des den Schaden verursachenden Handelns und der des Resultats unterschieden. Das verletzende Verhalten darf nicht durch die Rechtsordnung gerechtfertigt und das betroffene subjektive Recht muß von ihr anerkannt und geschützt sein, so daß der Schaden selbst unrechtmäßig erscheint.⁸⁹²

Die Voraussetzung der Unrechtmäßigkeit nimmt demzufolge eine wichtige Rolle im Tatbestand des Art. 323 c.p. ein. Mit ihr besteht ein weiteres Unterscheidungsmerkmal zwischen verwaltungsrechtlicher Rechtswidrigkeit und strafrechtlichem Unrecht.⁸⁹³ Wird eine Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen oder der Enthaltungspflicht konstatiert, dann ist es erst die Unrechtmäßigkeit des Tatbestandserfolgs, mit der sich dem Verhalten strafrechtliche Relevanz beimessen läßt.⁸⁹⁴ Handelt es sich jedoch um einen „rechtmäßigen“, also nicht gegen die Rechtsordnung verstoßenden Erfolg, scheidet die Strafbarkeit gemäß Art. 323 c.p. aus, selbst wenn die Tat mit dem Verwaltungsrecht nicht in Einklang zu bringen ist.⁸⁹⁵ In diesem Fall kann das Verhalten nur disziplinarrechtlich geahndet werden, wenn auch keine anderen Straftatbestände einschlägig sind.⁸⁹⁶

Fraglich bleibt, an welchem Kriterium sich die Unrechtmäßigkeit des Vorteils oder Schadens messen läßt.⁸⁹⁷ Während die Rechtswidrigkeit der Tathandlung durch die Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen oder von einer

⁸⁹⁰ Der Begriff des „*danno ingiusto*“ wird in Art. 2043 c.c. verwendet („*Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.*“); s. hierzu Rodotà, Il problema della responsabilità civile, S. 107 ff.

⁸⁹¹ Segreto/De Luca, 1999, S. 534 f.; vgl. D’Avirro, L’abuso di ufficio, 1997, S. 105; ders., Riv. trim. dir. pen. econ., 1992, 905, 925 f., Fn. 62, der allerdings den Rückgriff auf das Zivilrecht zur Bestätigung der besonderen Bedeutung des Merkmals der Unrechtmäßigkeit nicht für nötig erachtet.

⁸⁹² Vgl. Schlesinger, Jus, 1960, 336, 344; Tucci, Il danno ingiusto, S. 3; vgl. Salvi, Dig. discipl. priv., Vol. V, 63, 68 f., der zur Bestimmung der Unrechtmäßigkeit das in der schädigenden Handlung zum Ausdruck kommende Interesse dem durch die Tat betroffenen gegenüberstellt; s. ganz allgemein zur *ingiustizia* Alpa/Bessone, Obbligazioni e contratti, S. 129 ff.

⁸⁹³ Della Monica, L’ingiusto vantaggio patrimoniale, S. 97.

⁸⁹⁴ Scarpetta, Il danno ingiusto, S. 133; Cerqua, L’indice pen., 1998, 44 f.; Benussi, S. 130.

⁸⁹⁵ Scarpetta, Il danno ingiusto, S. 133; D’Avirro, L’abuso di ufficio, 1997, S. 106 f.; Benussi, S. 131 f.; vgl. Pagliaro/Parodi Giusino, Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2008, S. 279.

⁸⁹⁶ Stortoni, Delitti contro la pubblica amministrazione, S. 141.

⁸⁹⁷ Vgl. Vinciguerra, Giur. it., 1998, 1021, 1022.

Enthaltungspflicht indiziert wird, hat der Gesetzgeber beim Taterfolg lediglich den Begriff der Unrechtmäßigkeit benutzt.⁸⁹⁸ Einigkeit besteht, daß dieser jedenfalls nicht nach dem gesellschaftlichen Gewissen oder nach Prinzipien ausgelegt werden kann, die nicht mit der Rechtsordnung korrespondieren,⁸⁹⁹ sondern eine „juristisch-substanzielle“ Interpretation erforderlich ist.⁹⁰⁰ Damit kann auch der Befürchtung der Gegenansicht begegnet werden, daß der Strafrichter bei der Untersuchung der „*ingiustizia*“ unweigerlich in den *merito* jeder Verwaltungsentscheidung eindringen würde, um im Einzelfall zwischen Recht und Unrecht der Tat unterscheiden zu können. Es kommt eben nicht auf moralische oder soziale, sondern auf rein juristische Gesichtspunkte an.⁹⁰¹ Ebenso hat das Kassationsgericht betont, daß das Merkmal der Unrechtmäßigkeit nicht nach politischen oder sozialen Kriterien, explizit nicht nach höherrangigen Interessen der Gemeinschaft oder der öffentlichen Verwaltung zu beurteilen ist, sondern allein gemäß dem objektiven Recht.⁹⁰² Die Autoren *Segreto* und *De Luca* sehen in der Entscheidung der Legislative, ohne nähere Spezifizierung lediglich einen unrechtmäßigen Vorteil oder Schaden zu fordern, einen Hinweis, daß sich die Unrechtmäßigkeit nicht allein aus einer Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen, sondern auch aus der Verfolgung eines rein privaten Interesses mit einer Schädigung der *par condicio* anderer oder der Verfassungsprinzipien der guten Verwaltungsführung und der Unparteilichkeit der Verwaltung ergeben kann.⁹⁰³ *D’Avirro* geht in die gleiche Richtung und nimmt als Ausgangspunkt seiner Argumentation die Feststellung, daß das geschützte Rechtsgut nicht allein die gute Verwaltungsführung sei, sondern auch die Unparteilichkeit der Verwaltung. Er verlangt für die Annahme der Unrechtmäßigkeit des Tatbestandserfolgs einen Angriff auf das Rechtsgut der *imparzialità della pubblica amministrazione*. Entscheidend sei die Schaffung einer diskriminierenden Situation im Vergleich zu anderen Bürgern. Allein die Einbeziehung der geschützten Rechtsgüter der guten Verwaltungsführung und der Unparteilichkeit der Verwaltung könne verhindern, daß in die Untersuchung des Merkmals der „*ingiustizia*“ metajuristische Erwägungen einfließen würden.⁹⁰⁴ Ganz ähnlich ist gemäß *Della Monica* das maßgebliche Kriterium für einen „unrechtmäßigen“ Tatbestandserfolg die Instrumentalisierung der öffentlichen Befugnisse für einen privaten Zweck, wodurch es zu einer effektiven

⁸⁹⁸ Segreto/De Luca, 1999, S. 537; Benussi, S. 136.

⁸⁹⁹ Segreto/De Luca, S. 537; Scarpetta, Il danno ingiusto, S. 133; vgl. D’Avirro, Riv. trim. dir. pen. econ., 1992, 905, 923.

⁹⁰⁰ D’Avirro, L’abuso di ufficio, 1997, S. 105; Segreto/De Luca, 1999, S. 537.

⁹⁰¹ Della Monica, L’ingiusto vantaggio patrimoniale, S. 99.

⁹⁰² Cass., Sez. VI, 7.3.1995, Bussolati ed altri, Giust. pen., 1996, II, Sp. 201, 203.

⁹⁰³ So Segreto/De Luca, 1999, S. 538.

⁹⁰⁴ D’Avirro, Riv. trim. dir. pen. econ., 1992, 905, 923 ff.; ders., L’abuso di ufficio, 1997, S. 105; inhaltlich nahezu identisch die Ausführungen von Cerqua, L’indice pen., 1998, 44, 45.

Schädigung des Rechtsguts der Unparteilichkeit der Verwaltung käme.⁹⁰⁵ *Benussi* stimmt zu, daß der Tatbestand weder einen ausdrücklichen noch einen impliziten Bezug auf irgendwelche Rechtsquellen zur Eingrenzung des Adjektivs nimmt. Daher könne beispielsweise auch ein Bebauungsplan, ein öffentlicher Bauauftrag oder die Genehmigung zum Bau oder Betrieb eines öffentlichen Bauwerks die normative Beurteilungsgrundlage bieten. Allerdings seien allein hinreichend bestimmte Normen einzubeziehen, so daß insbesondere die Prinzipien aus Art. 97 Abs. 1 Cost. herausfielen. Ansonsten würde im offenen Widerspruch zu Art. 25 Abs. 2 Cost. innerhalb des Straftatbestands ein zu unpräziser Koeffizient eingebracht.⁹⁰⁶

Es ist *Benussi* recht zu geben, daß zumindest ein abstrakter Hinweis auf das Prinzip der guten Verwaltungsführung aus Art. 97 Abs. 1 Cost. kein hinreichend bestimmtes Kriterium für die Beurteilung der Unrechtmäßigkeit liefern kann, während die Forderung nach einer Verletzung konkreter Normen ein geeignetes Mittel darstellt. Andererseits können die anderen genannten Ansätze nicht so ohne weiteres abgetan werden. Insbesondere erscheint das Merkmal *D'Avirros* praktikabel und vor allen Dingen auch hinreichend bestimmt, wenn man die Schaffung einer diskriminierenden Situation zwischen den Bürgern anhand der in Art. 3 Abs. 1 Cost. genannten Kriterien bemißt bzw. als ungerechtfertigte Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Cost. liest. Hiermit lassen sich nicht nur die Fälle der Drittbegünstigung, sondern auch die Fälle lösen, in denen sich der Amtsträger oder mit einem öffentlichen Dienst Beauftragte einen persönlichen Vermögensvorteil verschafft. Dann ist letzterer als Privatperson, also als einfacher Bürger, mit anderen Bürgern zu vergleichen. Letztlich zielen ebenso die beiden weiteren Ansätze auf eine diskriminierende Behandlung. Während *Segreto/De Luca* ausdrücklich von der Schädigung der *par condicio* sprechen, soll es nach *Della Monica* zu einer effektiven Schädigung der Unparteilichkeit der Verwaltung kommen.⁹⁰⁷ Den Argumenten *Benussis* kann im Grundsatz gefolgt und das Merkmal der „*ingiustizia*“ anhand von hinreichend bestimmten Normen jedweder Quelle überprüft werden. Anhaltspunkt für die Unrechtmäßigkeit des Taterfolgs kann aber ebenfalls die durch ihn verursachte Diskriminierung im Sinne des Art. 3 Abs. 1 Cost. sein.

In der Literatur wird das Merkmal der Unrechtmäßigkeit bei verschiedenen Fragestellungen, die sich bereits unter den vorherigen Tatbeständen des Amtsmissbrauchs ergaben, als Lösungsansatz gewertet. Wie schon oben gesehen, könnte, sofern der Theorie der doppelten Unrechtmäßigkeit gefolgt wird, die „*ingiustizia*“ ein Korrektiv in den Fällen des alleinigen Vorteils der Verwaltung sein. Für diejenigen, die auch die Verwaltung als mögliche alleinigen

⁹⁰⁵ Della Monica, L'ingiusto vantaggio patrimoniale, S. 101.

⁹⁰⁶ Benussi, S. 136.

⁹⁰⁷ Jeweils a.a.O. Siehe auch Della Monica, a.a.O., S. 120 mit Erläuterung eines Beispiels.

Geschädigte oder Begünstigte im Sinne des Tatbestands ansehen, kann in der Tat das Unrechtmäßigkeitsmerkmal hier einschränkend zusätzliche Bedeutung erlangen.⁹⁰⁸ Betrachtet man den durch das mißbräuchliche und unrechtmäßige Verhalten hervorgerufenen alleinigen Vorteil der Verwaltung gesondert, wird deutlich, daß letzterer nicht unrechtmäßig im Sinne des Art. 323 c.p. sein kann, da er keine diskriminierende Situation zwischen Bürgern schafft bzw. nicht das Resultat einer rein privaten Zielsetzung darstellt.⁹⁰⁹ Des weiteren wird das spezielle Rechtswidrigkeitsmerkmal zur Lösung der Fälle angewandt, in denen ein privates Interesse und ein öffentliches zusammenfallen.⁹¹⁰ Das Kassationsgericht hat unter der vorangegangenen Gesetzeslage, bei der allein die Begünstigungs- oder Schädigungsabsicht maßgeblich war, zwar oftmals entschieden, daß ein Amtsmißbrauch in solchen Fällen vorliegen kann, da der Tatbestand nicht das ausschließliche Handeln zu einem privaten Zweck erfordere.⁹¹¹ Allerdings versuchte es ebenso, die Problematik mittels einer Einschätzung darüber zu lösen, ob eines der Handlungsgründe überwog, ob also eher der private Zweck oder aber der öffentliche den Täter motivierte.⁹¹² Heute kommt es in erster Linie auf den tatsächlichen Eintritt eines Tatbestandserfolgs, aber auch weiterhin auf dessen Unrechtmäßigkeit an. Liegt so ein direkter unrechtmäßiger Vorteil beim Täter oder einem Dritten vor, ist der Tatbestand des Art. 323 c.p. bei einem entsprechenden Vorsatz erfüllt, unabhängig davon, ob der Täter auch einen öffentlichen Zweck verfolgte.⁹¹³ Stellt sich aber der Schaden eines Bürgers als unbeabsichtigte Folge⁹¹⁴ eines anvisierten Vorteils der öffentlichen Verwaltung dar, so liegt kein Amtsmißbrauch vor. Der angestrebte und erreichte Vorteil der öffentlichen Hand ist nicht unrechtmäßig im Sinne des Art. 323 c.p., während der Schaden des Bürgers nicht mit *dolus directus* ersten Grades verursacht wurde.⁹¹⁵ Schließlich wird das Rechtswidrigkeitsmerkmal von einer Ansicht in der Literatur als Lösungsansatz in den Konstellationen gewertet, in

⁹⁰⁸ Benussi, S. 145, ist gegen die Einbeziehung der Verwaltung als „*altri*“, und zwar u.a. aus dem Grund, daß der Vorteil der Verwaltung nie unrechtmäßig sei. Ebenso mit Bezug auf die Figur der Zweckentfremdung einer Sache zum Vorteil der Verwaltung, Palazzo, *Commento agli artt. 314-316 c.p.*, S. 27.

⁹⁰⁹ Vgl. Della Monica, *L'ingiusto vantaggio patrimoniale*, S. 126 f.; D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 104; Benussi, S. 145.

⁹¹⁰ D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 105 f.; Segreto/De Luca, 1999, S. 538 f.; Della Monica, *L'ingiusto vantaggio patrimoniale*, S. 119.

⁹¹¹ Cass., Sez. VI, 16.2.1996, Scopinaro ed altro, *Riv. pen.*, 1996, 1100; vgl. Cass., Sez. VI, 14.12.1995, Marini ed altro, *Riv. pen.*, 1996, 979, 980.

⁹¹² Cass., Sez. VI, 2.10.1995, Palazzi, *Giust. pen.*, 1996, II, Sp. 450, 451, 453.

Vgl. bei Vorteilen unterschiedlicher Art, d.h. materiellen und nichtmateriellen Begünstigungen, Segreto/De Luca, 1999, S. 543 f.; Padovani, *Legisl. pen.*, 1997, 748; Della Monica, *L'ingiusto vantaggio patrimoniale*, S. 112 ff.

⁹¹³ Segreto/De Luca, 1999, S. 539; D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 106; vgl. auch Cass., Sez. VI, 7.5.1998, Verrati, *Gazz. giur.*, 1998, n. 42, 52, 53.

⁹¹⁴ Nicht: notwendige Voraussetzung für den Vorteil der Verwaltung.

⁹¹⁵ Vgl. Della Monica, *L'ingiusto vantaggio patrimoniale*, S. 127; Benussi, S. 145.

denen der Täter neben einem öffentlichen Zweck sogenannte „*interessi zonali*“ („zonale Interessen“, eine Art von „Verbandsinteressen“) verfolgt. Darunter sind beispielsweise Interessen einer Partei, eines Wählerkreises oder eines Gebiets zu verstehen. Es handelt sich um Fälle, in denen eine Verwaltungsmaßnahme zwar in einem öffentlichen Interesse liegt, aber vor allem eine bestimmte Partei, einen bestimmten Wählerkreis oder ein bestimmtes Gebiet begünstigen soll. Gemäß *Pagliari* müsse genau analysiert werden, ob der eingetretene Vorteil unrechtmäßig im Sinne des Tatbestands sei und so vom Amtsträger angestrebt wurde.⁹¹⁶ Zu diesem Gedanken ist anzumerken, daß in solchen Fällen zunächst genau untersucht werden muß, ob zum einen ein Vermögensvorteil und zum anderen die Unmittelbarkeit zwischen Handlung und Taterfolg gegeben ist. Erst dann könnte die Frage nach der Unrechtmäßigkeit des Vorteils relevant werden. Zur Erinnerung das bereits oben erwähnte Beispiel: Wenn ein Bürgermeister der Kommune mißbräuchlich eine Straße, in der vornehmlich seine Wähler wohnen, mit einer Beleuchtung ausstatten läßt, dann verschafft er diesen sicherlich einen Vorteil, aber keinen direkten Vermögenszuwachs.⁹¹⁷ Darüber hinaus werden viele politische Begünstigungen wegen der Beschränkung auf den bloßen Vermögensvorteil heute nicht mehr von Art. 323 c.p. erfaßt.⁹¹⁸

IV. Subjektives Element

1. Vorbemerkung

Gemäß Art. 42 Abs. 1 c.p. kann niemand für eine Handlung oder Unterlassung, die vom Gesetz als Straftat qualifiziert wird, belangt werden, wenn er die Tat nicht mit Wissen und Willen begangen hat.⁹¹⁹ Art. 43 Abs. 1 c.p. sieht vor, daß ein Delikt dann vorsätzlich ist, wenn der Täter das schädigende oder gefährdende Ereignis als Folge seiner Handlung oder Unterlassung vorhersah und wollte.⁹²⁰ Die Schwierigkeiten, dem Vorsatz Struktur zu geben, haben ihren

⁹¹⁶ Pagliaro, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2000, S. 240; siehe nun Pagliaro/Parodi Giusino, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2008, S. 279 f.

⁹¹⁷ Vgl. Segreto/De Luca, 1999, S. 544.

⁹¹⁸ Della Monica, *L'ingiusto vantaggio patrimoniale*, S. 128; Benussi, S. 137 f.

⁹¹⁹ Art. 42 I c.p. lautet: „*Nessuno può essere punito per una azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l'ha commessa con coscienza e volontà.*“

Die Möglichkeit des Fahrlässigkeitsdelikts als Ausnahme von der Regel ergibt sich aus Art. 42 Abs. 2 c.p.: „*Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto, se non l'ha commesso con dolo, salvi i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente preveduti dalla legge.*“

⁹²⁰ Art. 43 I c.p. lautet: „*Il delitto è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione.*“

Ausgangspunkt in diesen Vorschriften. Vor allem besteht die Notwendigkeit, den Inhalt und die Charakteristika sowohl des intellektuellen als auch des voluntativen Elements zu ermitteln.⁹²¹

Die italienische Rechtslehre und Rechtsprechung unterscheidet beim subjektiven Tatbestandselement unter anderem zwischen dem *dolo generico*, dem einfachen Vorsatz, und dem *dolo specifico*, dem sogenannten spezifischen Vorsatz (Absicht). In einem Tatbestand wird der einfache Vorsatz vorausgesetzt, wenn er lediglich das Wissen und Wollen der durch die Norm umschriebenen Tat verlangt. Der „spezifische“ Vorsatz erfordert darüber hinaus die Verfolgung eines besonderen Zieles, dessen konkrete Erreichung für die Vollendung des Delikts nicht notwendig ist.⁹²² Des weiteren wird – wie im deutschen Recht auch – der einfache Vorsatz hinsichtlich seiner Intensität unterschieden, wobei mehrheitlich drei Arten herausgearbeitet worden sind.⁹²³ Der Vorsatz mit der stärksten Ausprägung des Wollens ist der *dolo intenzionale*, der „beabsichtigende Vorsatz“. Er ist beim Erfolgsdelikt dann gegeben, wenn der Tatbestandserfolg das vorrangige Ziel des Täters oder das notwendige Mittel zur Erreichung eines anderen Resultats darstellt. Beim reinen Begehungsdelikt stellt die Verwirklichung der strafbaren Handlung den vom Täter verfolgten Zweck dar. Von manchen Autoren wird anstelle des „beabsichtigenden Vorsatzes“ auch vom *dolo diretto di primo grado*, vom Direktvorsatz ersten Grades, gesprochen. Eine weitere Vorsatzart stellt der direkte Vorsatz oder Direktvorsatz zweiten Grades, *dolo diretto o dolo diretto di secondo grado* dar. Er liegt vor, wenn der Täter zwar den Tatbestandserfolg nicht bezweckt, ihn aber als sicher oder sehr wahrscheinlich vorhersieht und akzeptiert. Schließlich gibt es als Form des indirekten Vorsatzes den Eventualvorsatz, den *dolo eventuale*. Hier hält der Täter den Eintritt des Tatbestandserfolgs als Folge seines Handelns für möglich und akzeptiert dies.⁹²⁴ Lediglich in der früheren Rechtsprechung findet sich eine Einteilung, die allein zwischen direktem und indirektem Vorsatz unterscheidet. Für sie stellte das Bezwecken des Erfolgs keine eigenständige Vorsatzart dar.⁹²⁵ Nach ihr gab es keine Kategorie des „beabsichtigenden Vorsatzes“.

⁹²¹ Vgl. Russo, *Temi romana*, 1998, 99, 101.

⁹²² Mantovani, *Diritto penale*, Parte generale, S. 316 f.

⁹²³ D’Avirro, *L’abuso di ufficio*, 1997, S. 112.

⁹²⁴ Cass., Sez. VI, 1.6.2000, Spitella ed altro, Riv. pen., 2000, 1151, 1153; Cass., Sez. I, 3.7.1996, Garbin ed altri, RV205534; Cass., Sez. I, 29.1.1996, Giannette ed altro, RV204188.

⁹²⁵ Cass., Sez. I, 17.4.1979, Serra, Cass. pen., 1980, 1273; Cass., Sez. I, 22.5.1984, Lo Bianco, Cass. pen., 1985, 2017.

2. „Beabsichtigender Vorsatz“ im Art. 323 c.p.

Die dem heute gültigen Art. 323 c.p. vorangegangenen Versionen der Vorschrift sahen jeweils die Begehung der Tat zu dem Zweck vor, sich oder anderen einen Vorteil zu verschaffen oder andere zu schädigen. Ein Vorteil oder eine Schädigung mußte jedoch für die Erfüllung des Tatbestands nicht eintreten. Folglich verlangte der Tatbestand des Amtsmißbrauchs bis 1997 den spezifischen Vorsatz als subjektives Element.⁹²⁶

Bereits bei der Ausarbeitung des Reformgesetzes Nr. 86 von 1990 wurde eine übermäßige Ausdehnung des Tatbestands befürchtet, wenn nicht mehr der *dolo specifico* Voraussetzung sein würde und auch der Eventualvorsatz eine Strafbarkeit begründen könne.⁹²⁷ Aus diesem Grunde verlangte der Gesetzgeber neben dem Vorsatz bezüglich der Mißbrauchshandlung eine spezielle Vorteils- bzw. Schädigungsabsicht. Der *dolo specifico* sollte also den *dolo eventuale* mit der geringsten Intensität an Wissen und Wollen ausschließen. Jedoch bewirkte die Kombination aus reinem Begehungsdelikt und „spezifischem“ Vorsatz Abgrenzungsschwierigkeiten der Rechtsprechung zwischen den objektiven und den subjektiven Tatbestandselementen und damit letztlich die exzessive Ausweitung des Anwendungsbereichs der Norm.⁹²⁸ Es gab keine objektiven Tatbestandsmerkmale, die als Anhaltspunkte für die Feststellung der geforderten

⁹²⁶ Einhellige Ansicht in Lehre und Rechtsprechung. Siehe für die Literatur vor der Reform von 1990 Contieri, Encicl. dir., Vol. I, 189; Riccio, Noviss. dig. it., Vol. I, 111; Parodi Giusino, Dig. discipl. pen., Vol. I, 41, 45; s. für die Literatur nach dem Inkrafttreten des Gesetzes Nr. 86 vom 26.4.1990, aber vor der erneuten Modifizierung von 1997 Grosso, Riv. it. dir. proc. pen., 1991, 319, 323 f.; Seminara, Commento, S. 257 ff.; ders., Riv. it. dir. proc. pen., 1992, 562, 589 ff.; Rampioni, L'abuso di ufficio, S. 119; Garri, Enti pubblici, 1996, Sp. 297, 300 f.; Sirani, Dir. pen. proc., 1996, 1139, 1141; Puleio, Giust. pen., 1996, II, Sp. 183, 191; Pagliaro, Legisl. pen., 1990, 303, 309; Picotti, Il dolo specifico nel 'nuovo' abuso di ufficio, S. 267 ff.; vor allem sehr kritisch Sirani, Dir. pen. proc., 1996, 1139, 1141 ff.; s. für die Rechtsprechung s. Cass., Sez. VI, 13.5.1975, Angeli, Cass. pen., 1977, 42; Cass., 16.12.1977, Salaorni, Cass. pen., 1977, 783; Cass., Sez. VI, 28.5.1992, Pepe, Cass. pen., 1994, 919, 920; Cass., Sez. VI, 1.2.1995, Gadani, Cass. pen., 1996, 488; Cass., Sez. VI, 7.3.1995, Bussolati, Cass. pen., 1996, 800; Cass., Sez. VI, 10.3.1995, Moretti, Cass. pen., 1996, 804; Cass., Sez. VI, 20.4.1995, Pasetti, Cass. pen., 1997, 395, 396; Cass., Sez. VI, 14.12.1995, Marini ed altro, Riv. pen., 1996, 979, 980; Cass., Sez. VI, 16.2.1996, Scopinaro, Riv. pen., 1997, 81; Cass., Sez. VI, 6.6.1996, Ferretti, Riv. pen., 1996, 839; Cass., Sez. VI, 2.7.1996, Mamoli, Riv. pen., 1996, 1337, 1338; Cass., Sez. VI, 27.9.1996, Pugliese ed altro, Riv. pen., 1996, 1323; nicht so explizit aber inhaltlich übereinstimmend Cass., Sez. VI, 7.7.1983, Bovo, Cass. pen., 1984, 2164; Cass., Sez. VI, 1.2.1994, Vivi, Cass. pen., 1995, 2525.

⁹²⁷ Guardata, Quaderni della Giustizia, 1985, Nr. 45, 42, 49; Cicala, Quad. Giust., 1987, Nr. 71, 21, 24; Grosso, Cass pen., 1989, 1580, 1588 (kritisch gegen einen Vorschlag, als subjektives Element im Tatbestand des Art. 323 c.p. keinen spezifischen Vorsatz mehr zu fordern); ders., Riv. it. dir. proc. pen., 1989, 1154, 1158; ders., Riv. it. dir. proc. pen., 1990, 700, 701.

⁹²⁸ Siehe dazu eingehender Sirani, Dir. pen. proc., 1996, 1139, 1141 ff.; Macrillò, Il dolo, S. 76 ff.

Absicht hätten dienen können. Letztere wurde oftmals für bewiesen gehalten, sobald nur ein rechtswidriges Verwaltungshandeln vorlag.⁹²⁹ Damit wurde der spezifische Vorsatz lediglich vermutet und das Bestehen des Delikts aus der Rechtswidrigkeit des Aktes abgeleitet.⁹³⁰ Der Umstand, daß der Unwert des *abuso di ufficio* damit praktisch allein auf dem Vorsatz beruhte, rief in der Literatur Bedenken eines Gesinnungsstrafrechts hervor.⁹³¹

Als der Gesetzgeber von 1997 dem Delikt des Amtsmißbrauchs vor allem Konturen auf objektiver Seite geben und es daher in ein Erfolgsdelikt umwandeln wollte, kamen die gleichen Befürchtungen wie schon im Zuge der Reform von 1990 hinsichtlich des Einschlusses des Eventualvorsatzes auf. Der vom Täter in Kauf genommene, ihm aber möglicherweise unerwünschte Erfolgseintritt sollte keine Strafbarkeit gemäß Art. 323 c.p. begründen.⁹³² Aus diesem Grund wurde die Einsetzung des Adverbs *intenzionalmente*, „absichtlich“, in den Gesetzestext vorgeschlagen.⁹³³ Mit der Annahme des Reformgesetzes Nr. 234 am 16. Juli 1997 fand der Vorschlag schließlich Eingang in den Text des Art. 323 c.p.⁹³⁴ Der Amtsträger oder der mit einem öffentlichen Dienst Beauftragte muß folglich den Tatbestandserfolg absichtlich herbeigeführt haben. Allerdings wird auch der Eintritt eines Vermögensvorteils oder Schadens vorausgesetzt, und deshalb reicht die bloße Vorteils- oder Schädigungsabsicht nicht aus, um den Tatbestand zu erfüllen. Das Adverb *intenzionalmente* begründet daher nicht einen „spezifischen“ Vorsatz, *dolo specifico*,⁹³⁵ sondern bezieht sich auf den *dolo generico*.⁹³⁶ Es stellt sich nun die Frage, ob und gegebenenfalls welche

⁹²⁹ Vgl. nur Cass., Sez. VI, 27.5.1993, Talarico, Riv. pen., 1994, 390, 391 f.; Cass., Sez. VI, 1.2.1995, Gadani, Cass. pen., 1996, 488, 489 f.

⁹³⁰ D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1995, S. 210 f.

⁹³¹ Scordamaglia, L'abuso di ufficio, S. 202; Sirani, Dir. pen. proc., 1996, 1139, 1143.

⁹³² D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1997, S. 116 f.; Russo, Temi romana, 1998, 99, 100.

⁹³³ Erstmals wurde der Gedanke in der Kommission *Morbidelli* entwickelt, s. den von den Kommission ausgearbeiteten Tatbestand der *Prevaricazione* (Amtsverletzung), abgedruckt bei D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1997, S. 157 (Appendice). In der Abgeordnetenversammlung wurde er vor allem durch den Gesetzentwurf Nr. 3451, den der Abgeordnete *Saraceni* am 22.11.1995 während der XII. Legislaturperiode dem Präsidenten des Parlaments präsentierte und den *dolo intenzionale* mit dem Ausschluß des Eventualvorsatzes begründete, deutlich aufgegriffen, abgedruckt bei Dalia, Lavori parlamentari, S. 258; die Abgeordneten *Saraceni* und *Altea* brachten in der folgenden XIII. Legislaturperiode denselben Entwurf nochmals in das Abgeordnetenhaus ein, Gesetzentwurf Nr. 110, vom 9.5.1996; s. ebenfalls die Äußerungen der Abgeordneten *Marotta* und *Manzione* in der Debatte am 15.4.1997, abgedruckt bei Dalia, Lavori parlamentari, S. 330 bzw. 334; vgl. die im Senat eingereichten Gesetzentwürfe Nr. 741 vom 19.6.1996 und Nr. 826 vom 28.6.1996, abgedruckt bei Dalia, Lavori parlamentari, S. 264 bzw. 266.

⁹³⁴ Siehe m.w.H. zu der parlamentarischen Diskussion Macrillò, Il dolo, S. 79 ff.

⁹³⁵ Vgl. Stortoni, Delitti contro la pubblica amministrazione, S. 141; Pagliaro, Dir. pen. proc., 1996, 1405, 1408; ders., Dir. pen. proc., 1997, 501, 503.

⁹³⁶ Siehe bereits die Ausführungen des Abgeordneten *Marotta* in der Parlamentsdebatte am 15.4.1997, abgedruckt bei Dalia, Lavori parlamentari, S. 330.

Bedeutung der Bezeichnung beizumessen ist.⁹³⁷

Bereits während der *travaux préparatoires* wurde das Adverb von einigen als überflüssig angesehen.⁹³⁸ Wenn das Ziel der Ausschluß des Eventualvorsatzes wäre, so sei doch festzuhalten, daß sich letzterer in der Betätigung des Wollens nicht sehr vom Direktvorsatz unterscheide. Die einzige Differenz sei, daß einmal der Erfolg vorhergesehen und gehandelt werde, um ihn herbeizuführen, und das andere Mal werde das Risiko des Erfolgseintritts akzeptiert. Also sei das Adverb „absichtlich“ völlig überflüssig und gesetzestechnisch unangebracht.⁹³⁹ Dem könnte zunächst entgegen gehalten werden, daß die ersatzlose Streichung des Wortes *intenzionalmente* die Einbeziehung des Eventualvorsatzes zur Folge gehabt hätte.⁹⁴⁰ Die Argumentation beruht vor allem auf der Annahme, daß nur der Eventualvorsatz und nicht auch der Direktvorsatz (zweiten Grades) ausgeschlossen sein sollte. Tatsächlich deuten alle Äußerungen in der Gesetzesdebatte lediglich auf die Verhinderung der Tatbestandsverwirklichung durch einen bloß indirekten Vorsatz.⁹⁴¹ Vornehmlich in der Rechtsprechung⁹⁴², aber auch in einem Teil der Lehre⁹⁴³ wird dementsprechend als Sinn der Umschreibung „absichtlich“ oft nur der Ausschluß des Eventualvorsatzes explizit herausgestellt. Darüber hinaus findet sich in den ersten Entscheidungen des höchsten Gerichts

⁹³⁷ Vgl. Russo, *Temi romana*, 1998, 99, 101.

⁹³⁸ So die Abgeordneten *Simeone* und *Carotti* in der Sitzung des Parlaments am 1.7.1997, abgedruckt bei *Dalia*, *Lavori parlamentari*, S. 381 f.; siehe ebenso bereits der Abgeordnete *Ayala* in der Sitzung der zweiten Kommission am 11.9.1996, abgedruckt bei *Cass.*, *Sez. VI*, 1.6.2000, *Spitella ed altro*, *Riv. pen.*, 2000, 1151, 1153.

⁹³⁹ Der Abgeordnete *Carotti* in der Debatte am 1.7.1997, abgedruckt bei *Dalia*, *Lavori parlamentari*, S. 382.

⁹⁴⁰ Wogegen der Abgeordnete *Carotti* in der Sitzung der zweiten Kommission am 5.3.1997 allerdings ausdrücklich nichts einzuwenden hatte, abgedruckt bei *Cass.*, *Sez. VI*, 1.6.2000, *Spitella ed altro*, *Riv. pen.*, 2000, 1151, 1154.

⁹⁴¹ So rechtfertigte der Berichterstatter im Senat *Calvi* in der Sitzung am 2.10.1996 das Adverb mit Verweis auf die „*l'intenzione di evitare ogni interpretazione riguardante il dolo eventuale*.“ In der Sitzung der zweiten Kommission der Abgeordnetenversammlung am 28.1.1997 sah auch *Marotta* den Sinn des Ausdrucks allein im Ausschluß des bedingten Vorsatzes. In der weiteren Diskussion am 5.3.1997 verteidigte er die Bezeichnung wie folgt: „*intenzionalmente* è tutt'altro che superfluo, poiché al contrario mira ad escludere la punibilità a titolo di dolo eventuale o indiretto, che è un concetto dottrinale contrapposto a quello di dolo intenzionale o diretto.“

Siehe auch die Äußerungen des Abgeordneten *Siniscalchi* in der zweiten Kommission am 28.1.1997, der zwar auch den gleichen Sinn in der Formulierung erblickte, aber zudem bereits Auslegungsschwierigkeiten vorhersah. Jeweils abgedruckt bei *Cass.*, *Sez. VI*, 1.6.2000, *Spitella ed altro*, *Riv. pen.*, 2000, 1151, 1154.

⁹⁴² *Cass.*, *Sez. VI*, 28.11.1997, *Fricano ed altro*, *Guida al diritto* vom 7.2.1998, Nr. 5, 66, 68; *Cass.*, *Sez. VI*, 14.1.1998, *Branciforte ed altro*, *Riv. pen.*, 1998, 613; *Trib. Piacenza*, 20.12.1997, *Bertuzzi*, *Foro it.*, 1998, II, Sp. 190; s. auch *Cass.*, *Sez. VI*, 2.10.1997, *Angelo ed altro*, *Riv. pen.*, 1998, 613, in der das Gericht den in Art. 323 c.p. geforderten Vorsatz allerdings mit dem Direktvorsatz bezeichnet.

⁹⁴³ *Lanzi*, *Il corriere giur.*, 1997, 1014, 1016; *Macrillò*, *Il dolo*, S. 82 f.; *D'Avirro*, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 116 f.; *Galeazzi*, *Temi romana*, 1997, 460, 469.

zum subjektiven Element die Aussage, daß der direkte Vorsatz gefordert, der eventuelle hingegen nicht ausreichend sei.⁹⁴⁴

Wird von der Dreiteilung des einfachen Vorsatzes in den „beabsichtigenden“, den direkten und den bedingten Vorsatz ausgegangen, dann spricht der Wortlaut der neuen Norm dagegen für die Beschränkung allein auf den *dolo intenzionale*.⁹⁴⁵ Hierin scheint sich der weit überwiegende Teil der Literatur einig zu sein.⁹⁴⁶ Mittlerweile gibt es auch einige Entscheidungen des obersten Gerichts, in der dieser Argumentation ausdrücklich gefolgt wird.⁹⁴⁷

Der Wortlaut ist eindeutig. Damit ist weder der Eventualvorsatz noch der Direktvorsatz erfaßt.⁹⁴⁸ Bei dem Adverb „absichtlich“ handelt es sich folglich

⁹⁴⁴ Cass., Sez. VI, 2.10.1997, Angelo ed altro, Riv. pen., 1998, 613; Cass., Sez. VI, 22.12.1997, Urso ed altri, Giur. it., 1999, 126; Cass., Sez. VI, 14.1.1998, Branciforte ed altro, Riv. pen., 1998, 613.

⁹⁴⁵ Siehe die Dreiteilung des Vorsatzes bei Cass., Sez. un., 12.10.1993, n. 748, Cassata, RV195804: *“In tema di elemento soggettivo del reato, possono individuarsi vari livelli crescenti di intensità della volontà dolosa. Nel caso di azione posta in essere con accettazione del rischio dell’evento, si richiede all’autore una adesione di volontà, maggiore o minore, a seconda che egli consideri maggiore o minore probabilità di verificaione dell’evento. Nel caso di evento ritenuto altamente probabile o certo, l’autore, invece, non si limita ad accettarne il rischio, ma accetta l’evento stesso, cioè lo vuole e con una intensità maggiore o minore la probabilità di verificaione dell’evento. Se l’evento, oltre che accettato, è perseguito, la volontà si colloca in un ulteriore livello di gravità, e può distinguersi fra un evento voluto come mezzo necessario per raggiungere uno scopo finale, ed un evento perseguito come scopo finale. Il dolo va, poi, qualificato come ‘eventuale’ solo nel caso di accettazione del rischio, mentre negli altri casi suindicati va qualificato come ‘diretto’ e, nell’ipotesi in cui l’evento è perseguibile come scopo finale, come ‘intenzionale’.”*

⁹⁴⁶ La Greca, Foro it., 1998, II, Sp. 381, 387 f.; Russo, Temi romana, 1998, 99, 101; Benussi, S. 150; Pagliaro/Parodi Giusino, Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2008, S. 303 f.; Manna, L’indice pen., 1998, 13, 28; Seminara, Stud. iur., 1997, 1251, 1257; ders., in: Crespi/Stella/Zuccalà, Art. 323 c.p., IX, Rdn. 3; Fiandaca/Musco, Diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2002, S. 249 f.; Stortoni, Delitti contro la pubblica amministrazione, S. 142; Padovani, Leg. pen., 1997, 741, 748; nicht ganz eindeutig Amato, Cass. pen., 1998, 1359, 1361, der sagt, daß die Tat nur strafbar ist, wenn sie mit „*dolo diretto o intenzionale*“ begangen wurde; s. bereits vor dem Inkrafttreten der Reform Manes, Riv. it. dir. proc. pen., 1997, 1202, 1227; Pagliaro, Dir. pen. proc., 1997, 501, 503; Picotti, Riv. trim. dir. pen. econ., 1997, 283, 299 ff.

⁹⁴⁷ So insbesondere Cass., Sez. VI, 1.6.2000, Spitella ed altro, Riv. pen., 2000, 1151, 1154; siehe auch Cass., Sez. VI, 4.5.1998, n. 6563, Scaccianoce, RV210897; Cass., Sez. V, 5.5.1999, n. 7581, Graci, RV213778; vgl. im Ergebnis ebenso Trib. Napoli, 3.12.1997, Guida al dir. vom 28.2.1998, Nr. 8, 109.

⁹⁴⁸ Audrücklich Benussi, S. 152 f.; Seminara, Stud. iur., 1997, 1251, 1257; ders., in: Crespi/Stella/Zuccalà, Art. 323 c.p., IX, Rdn. 3; Leoni, S. 94 ff.; Cupelli, Legalità e giustizia, 1998, 35, 67; ebenso, Pagliaro, Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2000, S. 261, der allerdings mißverständlich vom Ausschluß sowohl des „*dolo indiretto*“ als auch des „*dolo eventuale*“ spricht, wobei er mit „*dolo indiretto*“ jedoch eindeutig den Direktvorsatz zweiten Grades meint. Siehe nun Pagliaro/Parodi Giusino, Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2008, S. 303 f.

Siehe schon vor dem Inkrafttreten der Reform Manes, Riv. it. dir. proc. pen., 1997, 1202,

nicht nur um eine Verstärkung des einfachen Vorsatzes, sondern um seine Qualifizierung.⁹⁴⁹ Mit dem *dolus directus* ersten Grades hat auf der Ebene des *dolo generico* das Äquivalent zum sogenannten spezifischen Vorsatz Eingang in die gesetzliche Bestimmung gefunden.⁹⁵⁰ Auch heute muß der Täter das gleiche Ziel anstreben wie unter der vorherigen Regelung, nur daß es nun auch dessen Realisierung bedarf.⁹⁵¹ So wie vormals der „spezifische“ Vorsatz unmittelbar aus der Finalität des Verhaltens hergeleitet wurde, so wird heute mit dem „beabsichtigenden Vorsatz“ verlangt, daß das Resultat des Verhaltens den tatsächlich verfolgten Zweck des Täters wiedergibt.⁹⁵² In dieser Hinsicht hat sich somit beim subjektiven Tatbestand keine Änderung zur vorangegangenen Fassung der Vorschrift ergeben.⁹⁵³ Der Gesetzgeber hat damit erstmals in einem Straftatbestand die Vorsatzform ausdrücklich vorgeschrieben. In keiner anderen Disposition des italienischen Strafgesetzbuchs wird der einfache Vorsatz qualifiziert.⁹⁵⁴ Um das subjektive Element des Art. 323 c.p. zu erfüllen, muß der Täter mit seinem Tun oder Unterlassen die Absicht verfolgt haben, einen Vermögensvorteil oder Schaden zu verursachen. Es ist daher notwendig, seine Beweggründe für die Tat zu ermitteln.⁹⁵⁵ Allerdings bezieht sich die geforderte Absicht lediglich auf den Taterfolg. Die anderen Tatbestandsvoraussetzungen wie die Ausübung einer öffentlichen Tätigkeit und die Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen oder der Pflicht, sich der Amtshandlung zu enthalten, können auch mit einem bloßen Eventualvorsatz erfüllt werden.⁹⁵⁶

In der Rechtslehre findet sich durchaus berechtigte Kritik gegenüber der Be-

1227; Pagliaro, *Dir. pen. proc.*, 1996, 1405, 1408; ders., *Dir. pen. proc.*, 1997, 501, 503; ebenfalls implizit Stortoni, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, S. 142.

Zustimmend, aber diese legislative Entscheidung ablehnend Padovani, *Leg. pen.*, 1997, 741, 748 f.; Manna, *L'indice pen.*, 1998, 13, 28 f.; Fiandaca/Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2002, S. 250. und bereits Picotti, *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 1997, 283, 300 f.

⁹⁴⁹ D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 116; Russo, *Temi romana*, 1998, 99, 101; vgl. Cupelli, *Legalità e giustizia*, 1998, 35, 67; Padovani, *Legisl. pen.*, 1997, 741, 748; Pagliaro, *Dir. pen. proc.*, 1996, 1405, 1408.

⁹⁵⁰ Padovani, *Leg. pen.*, 1997, 741, 748; Segreto/De Luca, 1999, S. 546; Benussi, S. 150; Seminara, *Stud. iur.*, 1997, 1251, 1257; vgl. Russo, *Temi romana*, 1998, 99, 103.

⁹⁵¹ Benussi, S. 150; Seminara, *Stud. iur.*, 1251, 1257; Russo, *Temi romana*, 1998, 99, 103.

⁹⁵² Seminara, *Stud. iur.*, 1997, 1251, 1257; Russo, *Temi romana*, 1998, 99, 103; Stortoni, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, S. 142; Benussi, S. 150.

⁹⁵³ Seminara, *Stud. iur.*, 1997, 1251, 1257.

⁹⁵⁴ Russo, *Temi romana*, 1998, 99, 101; D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 113; Fiandaca/Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2002, S. 250; s. auch die Äußerungen des Untersekretärs der Zweiten Justizkommission des Senats *Ayala* in der Sitzung vom 11.9.1996, der diese Tatsache als Argumentation gegen die Einführung des Adverbs „*intenzionalmente*“ anführte und sie für ohnehin pleonastisch hielt, zusammenfassend abgedruckt bei Dalia, *Lavori parlamentari*, S. 284.

⁹⁵⁵ Benussi, S. 150.

⁹⁵⁶ Pagliaro, *Principi*, 2000, S. 261 f.; Segreto/De Luca, 1999, S. 547.

schränkung des einfachen Vorsatzes auf den *dolo intenzionale*. Zunächst wird die Form kritisiert. Die Spezifizierung einer Vorsatzform durch den Tatbestand, also die bindende Vorgabe des Gesetzgebers an den Gesetzesinterpreten ist im *Codice penale* einmalig.⁹⁵⁷ Vor allem wird aber der Ausschluß des Direktvorsatzes als verfehlt angesehen. Jemand, der den Eintritt eines Schadens oder eines Vorteils als sichere Folge seines rechtswidrigen Tuns zwar nicht bezweckt, aber voraussieht, sei ebenfalls strafwürdig.⁹⁵⁸ Zudem habe der Richter ohnehin gemäß Art. 133 Abs. 1 Nr. 3 c.p. die Möglichkeit, bei der Bemessung des Strafmaßes auch die Intensität des Vorsatzes zu berücksichtigen.⁹⁵⁹ Nicht wenige Autoren verweisen auch auf die Beweisschwierigkeiten sowie die daraus resultierenden Lücken im strafrechtlichen Schutz. Für die Feststellung des Direktvorsatzes ersten Grades müsse der Strafrichter tief in die Beweggründe des Täters vordringen, wobei er seiner Untersuchung anhand von externen Faktoren vorzunehmen habe.⁹⁶⁰ Darüber hinaus sei man durch die explizite Festlegung auf den „beabsichtigenden Vorsatz“ nicht mehr für mögliche spätere Entwicklungen in der Rechtslehre und Rechtspraxis, also nicht mehr für eine eventuelle Neueinteilung der Vorsatzformen offen.⁹⁶¹ Diesen Argumenten kann allenfalls entgegen gehalten werden, daß der *dolo intenzionale* ein Pendant zum *dolo specifico* darstellt und die Tat mit einfachem Direktvorsatz eben nicht die Gesinnung aufweist, die ein Handeln mit Bereicherungs- bzw. Schädigungsabsicht besitzt.

3. Zusammentreffen von privatem und öffentlichem Interesse

Fraglich ist, ob „Absichtlichkeit“ auch Exklusivität des Zwecks meint, ob also der Täter allein den Erfolgseintritt verfolgt haben muß oder auch andere Ziele anvisiert haben kann. Diese Frage gewinnt beim Zusammentreffen von einem öffentlichen und einem privaten Interesse besondere Bedeutung.⁹⁶²

Ein Teil der Literatur vertritt die Ansicht, daß das bloße Zusammentreffen von öffentlichem und privatem Interesse für sich allein noch keine Strafbarkeit nach Art. 323 c.p. begründen könne. Entscheidend sei eine Einzelfallbetrachtung, bei der die Zielsetzung ermittelt werden müsse, die den Täter zum Handeln bewogen

⁹⁵⁷ Fiandaca/Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2002, 250.

⁹⁵⁸ Manna, *L'indice pen.*, 1998, 13, 28; Fiandaca/Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2002, S. 250; Segreto/De Luca, 1999, S. 546; vgl. bereits Picotti, *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 283, 300.

⁹⁵⁹ Picotti, *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 283, 301.

⁹⁶⁰ Manna, *L'indice pen.*, 1998, 13, 28 f.; Vinciguerra, *Giur. it.*, 1998, 1021, 1022; Fiandaca/Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2002, 250; Segreto/De Luca, 1999, S. 546; vgl. bereits Picotti, *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 283, 300 f.

⁹⁶¹ Picotti, *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 283, 301.

⁹⁶² D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 117.

hat, und in welcher Weise diese gegenüber einer anderen vorrangig gewesen ist.⁹⁶³ Insofern seien der „beabsichtigende Vorsatz“ und damit die Strafbarkeit wegen Amtsmißbrauchs ausgeschlossen, wenn trotz Vorliegens auch eines privaten Zwecks der öffentliche ausschlaggebend war.⁹⁶⁴

Der andere Teil im Schrifttum sieht dagegen in Art. 323 c.p. die Exklusivität des persönlichen Interesses nicht gefordert. Trete neben einem öffentlichen Ziel auch ein privates, dann sei der *dolo intenzionale* gegeben.⁹⁶⁵ Allein das Vorhandensein der Absicht, den Tatbestandserfolg herbeizuführen, stelle den vorgeschriebenen Vorsatz dar. Weitere Motive seien belanglos.⁹⁶⁶ Argumentiert wird auch, daß, wenn der Gesetzgeber die Verfolgung allein eines privaten Zieles vor Augen gehabt hätte, er dieses durch eine entsprechende Formulierung, wie „zu dem alleinigen Zweck“, im Tatbestand zum Ausdruck hätte bringen können, wie er es bereits in den Artikeln 314, 334, 424, 427, 429, 431, 502, 508, 578 und 626 Nr. 1 c.p. getan hat.⁹⁶⁷

Dieses Argument ist überzeugend. Die Exklusivität des persönlichen Interesses ist somit – wie auch bereits oben erwähnt – nicht erforderlich. Eine solche Lösung entspricht ebenfalls der Einschätzung der überwiegenden Rechtsprechung vor 1997. Sie hatte in mehreren Entscheidungen darauf hingewiesen, daß der Tatbestand des Amtsmißbrauchs nicht die *exklusive* Verfolgung eines privaten Interesses fordere. Ansonsten sei der verfassungsmäßig gebotene Schutz der guten Verwaltungsführung und der Unparteilichkeit der öffentlichen Verwaltung nicht gewährleistet.⁹⁶⁸ Auch die Rechtsprechung nach der Reform scheint diese Argumentation fortzuführen.⁹⁶⁹

4. Irrtum

Gemäß Art. 47 Abs. 1 Satz 1 c.p. schließt ein Irrtum über Tatsachen, die den Tatbestand begründen, die Strafbarkeit des Täters aus.⁹⁷⁰ Der Irrtum über eine gesetzliche Bestimmung außerhalb des Strafgesetzes hingegen verhindert

⁹⁶³ D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 118 f.; Russo, *Temi romana*, 1998, 99, 105.

⁹⁶⁴ Russo, *Temi romana*, 1998, 99, 105; D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 119.

⁹⁶⁵ Benussi, S. 151; Segreto/De Luca, 1999, S. 548.

⁹⁶⁶ Segreto/De Luca, 1999, S. 548.

⁹⁶⁷ Benussi, S. 152.

⁹⁶⁸ Cass., Sez. VI, 1.3.1993, Atzori, Cass. pen., 1994, 571; Cass., Sez. VI, 16.2.1996, Scopinaro ed altro, Riv. pen., 1996, 1100; a.A. App. Cagliari, 9.6.1992, Atzori, Giur. merito, 1993, 729.

⁹⁶⁹ Cass., Sez. VI, 2.4.1998, Sanguedolce, RV211245.

⁹⁷⁰ Die Norm lautet: „*L'errore sul fatto che costituisce il reato esclude la punibilità dell'agente.*“

nach Art. 47 Abs. 3 c.p. die Strafbarkeit, sofern er einen Irrtum über Tatsachen, die den Tatbestand begründen, zur Folge hatte.⁹⁷¹

Einigkeit besteht dahingehend, daß, wenn der Amtsträger oder der mit einem öffentlichen Dienst Beauftragte irrtumsbedingt die Wirklichkeit falsch wahrnimmt oder einschätzt und Umstände für gegeben hält, in denen die Amtshandlung vorzunehmen wäre, er wegen Tatsachenirrtums nicht strafbar ist.⁹⁷² Trotz der Regelung des Art. 47 Abs. 3 c.p. ist dagegen die Relevanz eines Irrtums über außerstrafrechtliche Normen umstritten bzw., genauer gesagt, ist die Einordnung als außerstrafrechtliches Recht streitig. Beim Tatbestand des Amtsmissbrauchs kommen diesbezüglich Irrtümer über die Subjektqualität, über die Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen sowie über die Unrechtmäßigkeit des Vermögensvorteils oder Schadens in Betracht. Nach der herrschenden Meinung in der Rechtslehre wird der Vorsatz in diesen Fällen durch den Irrtum ausgeschlossen.⁹⁷³ Die höchste Rechtsprechung verneint dagegen grundsätzlich die Relevanz solcher Irrtümer. Diese Kontroverse rührt daher, daß für die Gerichte eine strafrechtliche Norm nicht nur Regelungen sind, die die Strafbarkeit eines bestimmten Tatbestandes festlegen, sondern jede zivil- oder verwaltungsrechtliche Vorschrift, auf die ein Strafgesetz verweist sowie von dem es inhaltlich bestimmt und so vervollständigt wird. So seien außerstrafrechtliche Gesetze tatsächlich nur solche, auf die weder eine Strafnorm verweist noch explizit oder implizit in ihr enthalten sind. Demzufolge scheidet die Annahme eines vorsatzausschließenden Irrtums in den Fällen einer Fehlbewertung von Normen, die die Subjektqualität, die Unrechtmäßigkeit der Tathandlung oder des Taterfolgs betreffen, aus.⁹⁷⁴ Der Rechtsprechung kann nicht gefolgt werden.

⁹⁷¹ Die Norm lautet: „L'errore su una legge diversa dalla legge penale esclude la punibilità, quando ha cagionato un errore sul fatto che costituisce il reato.“

⁹⁷² Segreto/De Luca, S. 549; Cass., Sez. I, 12.11.1973, Calandrella ed altro, Cass. pen., 1975, 487.

⁹⁷³ Pagliaro/Parodi Giusino, Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2008, S. 303; Seminara, in: Crespi/Stella/Zuccalà, Art. 323 c.p., IX, Rdn. 2; Benussi, S. 155 ff.; Segreto/De Luca, 1999, S. 549 ff.

⁹⁷⁴ Cass., Sez. VI, 20.11.1970, Cosentino, Giust. pen., 1971, II, Sp. 549, 552; Cass., Sez. 13.5.1975, Angeli, Cass. pen., 1975, 42; Cass., Sez. VI, 16.11.1978, Bonaccorsi ed altro, Riv. pen., 1979, 835; Cass., Sez. VI, 9.7.1980, Palma, Giust. pen., 1981, II, Sp. 403; Cass., Sez. VI, 6.6.1996, Ferretti, Riv. pen., 1996, 839, 844; Cass., Sez. VI, 27.9.1996, Pugliese ed altro, Riv. pen., 1996, 1323; Cass., Sez. VI, 17.10.1997, Vitarelli ed altri, Cass. pen., 1998, 1616, 1617; Cass., Sez. VI, 18.11.1998, Benanti, RV 214730; anders Trib. Campobasso, 26.11.1991, Di Giacomo, Dir. pen. proc., 1992, 71; Trib. Roma, 18.6.1993, Iannace, Cass. pen. mass. ann., 1994, 1376, 1377 f.; Trib. Lamezia Terme, 14.5.1994, Matarazzo ed altri, Riv. pen., 1994, 912, 915; Trib. Napoli, 6.2.1996, Di Scalo, Foro nap., 1996, 63; Trib. Venezia, 4.10.1996, Bernini, Dir. regione, 1996, 1131.

Den Vorsatz schließt die Rechtsprechung andererseits in den Fällen aus, in denen der Täter zwar den unrechtmäßigen Akt erläßt, aber nur um die bestehende Verwaltungspraxis einzuhalten, siehe Cass., Sez. VI, 15.4.1983, Faleschin ed altro, Riv. pen., 1984, 127; einschränkend Cass., Sez. VI, 17.10.1997, Vitarelli ed altri, Cass. pen., 1998, 1616, 1619 f.

Richtig ist, daß gemäß Art. 5 c.p. die Unkenntnis von Strafgesetzen nicht vor Strafe schützt.⁹⁷⁵ Jedoch haben die Gerichte den Begriff des Strafgesetzes zu sehr ausgedehnt. Zwar sollten die Amtsträger und mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten die ihre Befugnisse betreffenden Regelungen kennen und richtig anzuwenden wissen, aber die Gleichsetzung mit den Strafgesetzen geht zu weit. Zum einen gibt es eine selbst für Eingeweihte kaum zu übersehende Vielzahl von Vorschriften. Zum anderen besitzen Verwaltungsbestimmungen allgemein nicht die gleiche handlungsdeterminierende Qualität wie strafrechtliche Normen. Es besteht ein Unterschied zwischen einem Irrtum über Strafgesetze und einem über Verwaltungsgesetze. Der Verweis auf verwaltungsrechtliche Gesetze oder Verordnungen innerhalb eines Straftatbestands ändert nichts daran, daß sie weiterhin als bloße Verwaltungsvorschriften wahrgenommen werden. Sie sollten nicht mit Bestimmungen aus dem *codice penale* gleichgesetzt werden.

Der Täter muß sich über seine öffentliche Tätigkeit, sein unrechtmäßiges Verhalten und die Unrechtmäßigkeit des Taterfolgs im Klaren sein. Führt seine Bewertung beispielsweise verwaltungsrechtlicher Normen über die Kündigung zu der fälschlichen Vorstellung, daß das Beamtenverhältnis bereits aufgelöst ist, und begeht er dann die Tat, fehlt es irrtumsbedingt am Vorsatz.⁹⁷⁶ Ebenso verhält es sich, wenn er sein Verhalten oder den beabsichtigten Vermögensvorteil irrtümlich für rechtmäßig hält. Es mangelt schlicht am Wissen und Willen der Tat.⁹⁷⁷ Dem kann auch nicht entgegen gehalten werden, daß der Irrtum möglicherweise bei Wahrung größerer Sorgfalt hätte vermieden werden können. Selbst bei einer solchen Sachlage käme lediglich eine Bestrafung wegen Fahrlässigkeit in Betracht, die jedoch nach Art. 323 c.p. beim Amtsmißbrauch nicht vorgesehen ist.⁹⁷⁸

Beim Irrtum über die Subjektqualität, also wenn der Täter sein Handeln nicht als Ausführung einer öffentlichen Funktion oder eines öffentlichen Diensts erkennt, stellt sich insbesondere die Frage, ob die Voraussetzungen bezüglich der handelnden Person zum Tatbestand zu rechnen sind oder nicht. Würde sie dazu gezählt, dann wäre im Fall der Fehlvorstellung bereits gemäß Art. 47 Abs. 1 c.p. die Strafbarkeit abzulehnen, ansonsten gemäß Art. 47 Abs. 3 c.p.

⁹⁷⁵ Art. 5 c.p. lautet: „*Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale.*“ Das Verfassungsgericht hat allerdings die Bestimmung insofern für verfassungswidrig erklärt, als die unvermeidbare Unkenntnis des Strafgesetzes von der Unentschuldbarkeit nicht ausnimmt, Corte Cost., 24.3.1988, n. 364.

⁹⁷⁶ Vgl. Benussi, S. 157.

⁹⁷⁷ Segreto/De Luca, 1999, S. 551 f.; Benussi, S. 158 f., 160.

⁹⁷⁸ Benussi, S. 159.

5. Feststellung des Vorsatzes

Die Feststellung des „beabsichtigenden Vorsatzes“ ist davon bestimmt, einen Ausgleich zwischen zwei Extremen zu finden. Da die Gründe für das Handeln allein subjektiv im Täter begründet sind, besteht einerseits die Gefahr, daß der Richter bloße Vermutungen über den Vorsatz anstellt. Andererseits kann die Untersuchung in eine *probatio diabolica* münden, kann die Beweisfeststellung unerreichbar werden, wenn zu hohe Anforderungen an den Beweis gestellt werden.⁹⁷⁹ Nach der Lehre und Rechtsprechung ist der korrekte Ausgangspunkt die Erfassung aller äußeren Umstände, die nach den allgemeinen Erfahrungsregeln Ausdruck der inneren Einstellung des Täters sein können. Deutet nach diesen Regeln das Verhalten des Täters auf eine vorsätzliche Tat hin, weil keine gegenteiligen Anhaltspunkte vorliegen, kann das schon für sich als ausreichende Bestätigung des Vorsatzes gewertet werden.⁹⁸⁰ Dabei hat das höchste Gericht stets die Bedeutung auch von dem der Mißbrauchshandlung vorangegangenen oder ihr nachfolgenden Verhalten hervorgehoben.⁹⁸¹

Ebenso ist die Begünstigungs- bzw. Schädigungsabsicht des Täters aufgrund äußerer Tatsachen abzuleiten. Davon ist jedoch der eigentliche Vorsatz zu unterscheiden, auch wenn die Bejahung der Absicht grundsätzlich zum Beweis des letzteren führen wird.⁹⁸²

V. Strafmaß

1. Neuerungen im Strafmaß

Der Amtsmißbrauch wird gemäß Art. 323 Abs. 1 c.p. grundsätzlich mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu drei Jahren bestraft. Nach Art. 323 Abs. 2 c.p. in Verbindung mit Art. 64 Abs. 1 c.p.⁹⁸³ kann die Strafe bei einem Vorteil

⁹⁷⁹ Manna, *L'indice pen.*, 1998, 13, 28 f.; Benussi, S. 161.

⁹⁸⁰ Siehe für die Rechtsprechung Cass., Sez. I, 13.1.1986, Comparato, Cass. pen., 1987, 725; Cass., Sez. I, 12.5.1986, Catalano, Cass. pen., 1988, 596; vgl. auch Cass., Sez. I, 6.3.1984, Buccino, *Giur. it.*, 1985, II, Sp. 49; s. für die Lehre Benussi, S. 161 f.; vgl. auch Fiandaca/Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2002, S. 250.

⁹⁸¹ Cass., Sez. VI, 25.10.1991, Giunta, Cass. pen., 1993, 1403; Cass., Sez. VI, 1.2.1995, Gadani, Cass. pen., 1996, 488, 489 f.; Cass., Sez. VI, 27.9.1996, Pugliese ed altro, *Riv. pen.*, 1996, 1323; s. auch Cass. Sez. un., 20.6.1990, Monaco ed altro, *Giust. pen.*, 1990, II, Sp. 513, 521.

⁹⁸² Benussi, S. 163.

⁹⁸³ Art. 64 I c.p. lautet: „Quando ricorre una circostanza aggravante, e l'aumento di pena non è determinato dalla legge, è aumentata fino a un terzo la pena che dovrebbe essere inflitta per il reato commesso.“ Die Norm besagt, daß, wenn ein Erschwerungsgrund vorliegt, eine Straferhöhung aber nicht gesetzlich vorgegeben ist, die Strafe für die begangene Tat bis zu einem Drittel erhöht wird.

oder Schaden von erheblichem Ausmaß um ein Drittel erhöht werden. Im Vergleich zum Strafmaß des Amtsmißbrauchs in der vorangegangenen Version sind verschiedene Änderungen eingetreten. So wird der Amtsmißbrauch zur Verschaffung eines Vermögensvorteils heute milder, der Amtsmißbrauch zum Schaden eines Dritten hingegen schwerer und das begünstigende Verhalten ohne Vermögensbezug gar nicht mehr bestraft. Die Herabsetzung der grundsätzlichen Höchststrafe von fünf auf drei Jahren Freiheitsstrafe hat auch weitere Auswirkungen substantieller und prozessualer Art.⁹⁸⁴ Die Verjährungsfrist des Delikts beträgt gemäß Art. 157 Abs. 1, Nr. 4 c.p. jetzt nur noch fünf Jahre und im Fall der „erheblichen Schwere“ gemäß Art. 157 Abs. 1, Nr. 3 c.p. zehn Jahre.⁹⁸⁵ Nach Art. 160 Abs. 3 c.p. kann die Frist bei Unterbrechung auf sieben Jahre und sechs Monate bzw. auf fünfzehn Jahre ausgedehnt werden.⁹⁸⁶ Darüber hinaus wurde der Anwendungsbereich von Normen erweitert, die auf verschiedene Weise Straferleichterungen bei einem relativ niedrigen Strafmaß vorsehen. Hier ist beispielsweise Art. 444 c.c.p. mit der vorteilhaften Anwendung der Strafe auf Anfrage der Parteien zu nennen. Auch kommt nun vermehrt die Ersetzung einer (kurzen) Freiheitsstrafe, deren Länge innerhalb der von Art. 53 des Gesetzes Nr. 689 vom 24. November 1981⁹⁸⁷ gesetzten Grenzen liegt, durch eine Geldstrafe, Freiheitskontrolle oder eine Teilhaftstrafe in Betracht, sofern die sonstigen Voraussetzungen des Gesetzes gegeben sind. Auch ist mit der letzten Änderung die Wahrscheinlichkeit gestiegen, daß Art. 163 c.p. mit seiner bedingten Strafaussetzung bei Strafen, die nicht über eine zweijährige Freiheitsstrafe hinausgehen, in Amtsmißbrauchsfällen einschlägig wird.⁹⁸⁸ Zudem kann die Anvertrauung des Täters an eine soziale Einrichtung auf Be-

⁹⁸⁴ Siehe dazu auch Benussi, S. 204 f.

⁹⁸⁵ Art. 157 I Nr. 3, 4 c.p. lauten: „*La prescrizione estingue il reato: ... 3) in dieci anni, se si tratta di delitto per cui la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore a cinque anni; 4) in cinque anni, se si tratta di delitto per cui la legge stabilisce la pena della reclusione inferiore a cinque anni, o la pena della multa; ...*“

⁹⁸⁶ Art. 160 Abs. 3 c.p. lautet: „*La prescrizione interrotta comincia nuovamente a decorrere dal giorno della interruzione. Se più sono gli atti interruttivi, la prescrizione decorre dall'ultimo di essi; ma in nessun caso i termini stabiliti nell'art. 157 possono essere prolungati oltre la metà.*“

⁹⁸⁷ Gazz. Uff. 30 novembre 1981, n. 329, Suppl. ord. Art. 53 Abs. 1 des Gesetzes lautet: „*Il giudice, nel pronunciare sentenze di condanna, quando ritiene di dover determinare la durata della pena detentiva entro il limite di un anno può sostituire tale pena con la semidetenzione; quando ritiene di doverla determinare entro il limite di sei mesi può sostituirla anche con la libertà controllata; quando ritiene di doverla determinare entro il limite di tre mesi può sostituirla altresì con la pena pecuniaria della specie corrispondente.*“

⁹⁸⁸ Art. 163 I c.p. lautet: „*Nel pronunciare sentenza di condanna alla reclusione o all'arresto per un tempo non superiore a due anni, ovvero a pena pecuniaria che, sola o congiunta alla pena detentiva e ragguagliata a norma dell'articolo 135, sia equivalente ad una pena privativa della libertà personale per un tempo non superiore, nel complesso, a due anni, il giudice può ordinare che l'esecuzione della pena rimanga sospesa per il termine di cinque anni se la condanna è per delitto e di due anni se la condanna è per contravvenzione.*“

währung gemäß Art. 47 des Gesetzes Nr. 354 vom 26. Juli 1975⁹⁸⁹ vermehrt erfolgen.

Auf prozessualer Ebene ist die Herabsetzung des Strafmaßes ebenfalls von großer Bedeutung. Zwangsmaßnahmen und Untersuchungshaft sind gemäß Art. 280 c.p.p.⁹⁹⁰ nun nicht mehr zulässig, da dafür eine Strafandrohung von über drei bzw. über vier Jahren erforderlich ist. Art. 278 c.p.p.⁹⁹¹ verhindert sogar Zwangsmaßnahmen für den erschwerten Amtsmißbrauch nach Art. 323 Abs. 2 c.p. Erschwerte Fälle bleiben nach dieser Vorschrift grundsätzlich bei der Festlegung des relevanten Strafmaßes außer Betracht. Auch das Abhören von Gesprächen und telefonischen Kommunikationen ist gemäß Art. 266 Abs. 1, Buchstabe b) c.p.p.⁹⁹² nur für Delikte gegen die öffentliche Verwaltung vorgesehen, die im Höchstmaß mit einer Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft werden. Damit sind solche Maßnahmen im Rahmen von Ermittlungen wegen des reformierten Amtsmißbrauchs nicht mehr möglich.

2. Verbot der Ausübung eines öffentlichen Amtes

Als akzessorische Strafe kann die Ausübung eines öffentlichen Amtes lebenslanglich oder zeitweise verboten werden, Art. 28 Abs. 1 c.p.⁹⁹³ Gemäß Art. 29 Abs. 1 c.p. ist bei einer Haftstrafe nicht unter drei Jahren das Verbot der Bekleidung

⁹⁸⁹ Gazz. Uff. 9 agosto 1975, n. 212, Suppl. ord. Art. 47 I lautet: „*Se la pena detentiva inflitta non supera tre anni, il condannato può essere affidato al servizio sociale fuori dell'istituto per un periodo uguale a quello della pena da scontare.*“

⁹⁹⁰ Art. 280 c.p.p. lautet: „(1) *Salvo quanto disposto dai commi 2 e 3 del presente articolo e dall'art. 391, le misure previste in questo capo possono essere applicate solo quando si procede per delitti per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a tre anni.*

(2) *La custodia cautelare in carcere può essere disposta solo per delitti, consumati o tentati, per i quali sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni.*

(3) *La disposizione di cui al comma 2 non si applica nei confronti di chi abbia trasgredito alle prescrizioni inerenti ad una misura cautelare.*“

⁹⁹¹ Art. 278 c.p.p. lautet: „*Agli effetti dell'applicazione delle misure, si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per ciascun reato consumato o tentato. Non si tiene conto della continuazione, della recidiva e delle circostanze del reato, fatta eccezione della circostanza aggravante prevista al numero 5) dell'articolo 61 del codice penale e della circostanza attenuante prevista dall'articolo 62 n. 4 del codice penale nonché delle circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale.*“

⁹⁹² Die Passage des Art. 266 c.p.p. lautet: „*L'intercettazione di conversazioni o comunicazioni telefoniche e di altre forme di telecomunicazione è consentita nei procedimenti relativi ai seguenti reati:*

(...)

b) *delitti contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni determinata a norma dell'articolo 4; (...).*“

⁹⁹³ Zu den möglichen administrativen Strafen siehe Benussi, S. 206 ff.

öffentlicher Ämter für fünf Jahre vorgesehen. Dies ist beim reformierten Amts- mißbrauch nur möglich, sofern die Höchststrafe von drei Jahren Freiheitsstrafe verhängt wird. Hingegen zieht nach Art. 31 c.p. u.a. eine Verurteilung für Delikte, die mittels Mißbrauch von Befugnissen oder mittels Verletzung von Amts- oder Dienstpflichten begangen wurden, die zeitweilige Ausschließung von den öffentlichen Ämtern nach sich.⁹⁹⁴ Auch wenn der Tatbestand des Amts- mißbrauchs heute nicht mehr explizit vom Mißbrauch von Befugnissen oder von Verletzungen von Amts- oder Dienstpflichten spricht, so werden sie von der Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen oder von einer Enthaltungspflicht, wie sie Art. 323 c.p. nun erfordert, mit umfaßt. Schließlich sind die Befugnisse und Pflichten für die öffentlichen Bediensteten stets in Gesetzes- oder Verordnungsvorschriften festgelegt.⁹⁹⁵ Gemäß Art. 37 c.p. wird in Fällen wie bei Art. 31 c.p., in denen keine Zeitdauer für die akzessorische Strafe gesetzlich bestimmt ist, die Dauer des Verbots der Amtsausübung der Dauer der Freiheitsstrafe entsprechen. Nach Art. 28 Abs. 4 c.p. kann sie jedenfalls nicht unter einem Jahr liegen. Wenn die Haftstrafe gemäß Art. 163 c.p. bedingt ausgesetzt ist, bezieht sich dies auch auf die akzessorischen Strafen, Art. 166 c.p.

⁹⁹⁴ Art. 31 c.p. lautet: „*Ogni condanna per delitti commessi con l'abuso dei poteri, o con la violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione, o a taluno degli uffici indicati nel numero 3 dell'articolo 28, ovvero con l'abuso di una professione, arte, industria, o di un commercio o mestiere, o con la violazione dei doveri a essi inerenti, importa l'interdizione temporanea dai pubblici uffici o dalla professione, arte, industria, o dal commercio o mestiere.*“

⁹⁹⁵ Benussi, S. 205.

C. Fragen des Allgemeinen Teils, des transitorischen Rechts und der Verfassungsmäßigkeit

I. Vollendung und Versuch des Delikts

1. Vollendung des Delikts

Durch die Umwandlung des Amtsmissbrauchs von einem Gefährdungsdelikt in ein Erfolgsdelikt sollte im Grunde auch der Zeitpunkt der Vollendung der Tat genau zu bestimmen sein. Früher vollendete sich der Amtsmissbrauch mit der Vornahme eines Aktes, der auf einen Mißbrauch gerichtet ist.¹ Das Delikt ist heute erst bei Erfolgseintritt vollendet, also wenn entweder ein Vermögensvorteil oder ein Schaden entstanden ist.² Hier bedarf es jedoch einer Spezifizierung. Während der Schaden grundsätzlich nur durch das einseitige Verhalten des öffentlichen Funktionärs hervorgerufen wird, realisiert sich der Vorteil oft mittels einer Initiative des Begünstigten erst vollständig.³ So könnte man sich auf den Standpunkt stellen, daß beispielsweise bei der nicht beanspruchten rechtswidrigen Baugenehmigung und der Ablehnung des durch eine manipulierte Vergabe angebotenen öffentlichen Amtes der Amtsmissbrauch nicht zur Vollendung gekommen sei. Deswegen ist es nötig, den Moment des Erfolgseintritts exakt zu bestimmen.⁴

Die wohl überwiegende Ansicht in der Rechtslehre hält den Zeitpunkt für maßgebend, in welchem die vorteilhaften oder schädigenden Effekte in der vermögensrechtlichen Sphäre des Privaten eintreten, ohne daß es auf ihre Konkretisierung oder ihren Gebrauch ankäme.⁵ Hiernach wäre der Amtsmissbrauch bereits mit der Bekanntgabe und Zustellung der rechtswidrigen Baugenehmigung vollendet, nicht erst mit der Bebauung des Grundstücks. Dem ist aus mehreren Gründen zuzustimmen. Schon der Wortlaut mit den Beschreibungen des Beschaffens eines Vermögensvorteils und dem Verursachen eines Schadens

¹ Vannini, *Manuale di diritto penale italiano*, Parte speciale, S. 60; vgl. Ranieri, *Manuale di diritto penale*, II, S. 196.

² So schlicht Gambardella, in: Lattanzi/Lupo, Art. 323 c.p., S. 225; Pagliaro/Parodi Giusino, *Principi di diritto penale*, Parte speciale, Vol. I, 2008, S. 305; Fiandaca/Musco, *Diritto penale*, Parte speciale, Vol. I, 2002, S. 250; Segreto/De Luca, 1999, S. 554.

³ Della Monica, *La configurabilità del tentativo*, S. 143.

⁴ Vgl. Della Monica, *La configurabilità del tentativo*, S. 143.

⁵ Benussi, S. 166; Della Monica, *La configurabilità del tentativo*, S. 143; Seminara, in: Crespi/Stella/Zuccalà, Art. 323 c.p., X, Rdn. 2.

sprechen für das bloße Handeln des Täters zur Vollendung.⁶ Des weiteren kann die Einordnung des Art. 323 c.p. als Amtsdelikt mit der entsprechenden Rechtsgutverletzung ebenfalls als Bestätigung gesehen werden.⁷ Der Angriff auf das Rechtsgut der guten Verwaltungsführung und der Unparteilichkeit der Verwaltung ist nicht erst durch das Tätigwerden der betroffenen Privatperson gegeben, sondern durch die Tat des Amtsträgers. Schließlich sprechen die *travaux préparatoires* für die Vollendung des Delikts nach bloßem Handeln des Täters. Es gab zahlreiche Gesetzentwürfe, die eine Nichtstrafbarkeit bei Unwirksamkeit des Verwaltungsakts oder bei einem un abgeschlossenen Verwaltungsverfahren vorsahen.⁸ Danach wäre der Moment der Vollendung des Amtsmissbrauchs äußerst unbestimmt gewesen. Daß diese Vorstöße trotz Diskussion keine Mehrheit fanden, legt die Vermutung nahe, der Gesetzgeber wollte keine Zweifel an der Versuchsstrafbarkeit aufkommen lassen und Interpretationsschwierigkeiten über den Erfolgseintritt vermeiden.⁹ Außerdem ist dadurch klargestellt, daß nur wirksames Verwaltungshandeln einen Vorteil oder Schaden produzieren kann – abgesehen von seiner möglichen Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit.¹⁰ Folglich ist der Amtsmissbrauch mit dem durch das bloße Verhalten des Täters verursachten Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs vollendet.

Durch die Umwandlung in ein Erfolgsdelikt liegt auch das früher umstrittene Erfordernis der Geeignetheit des Verhaltens, einen Vermögensvorteil oder Schaden herbeizuführen, auf der Hand. Das Täterverhalten muß überhaupt geeignet sein, den Tatbestandserfolg zu verursachen, damit dieser eintreten kann.¹¹

Wenn sich der Vorteil oder Schaden mit der Zeit vertieft hat, verschiebt sich nach *Pagliari* der Zeitpunkt der Vollendung bis zur maximalen Ausdehnung des Erfolgs. Es könne eventuell ein Dauerdelikt vorliegen.¹² Dem kann so nicht zugestimmt werden. Für ein Dauerdelikt müßte durch eine Handlung ein anhaltender Angriff auf das geschützte Rechtsgut gegeben sein. Das dürfte beim Amtsmissbrauch die Ausnahme bleiben. Zudem verschiebt sich nicht der Zeitpunkt der Vollendung nach hinten, sondern vielmehr der Moment der

⁶ Della Monica, La configurabilità del tentativo, S. 143.

⁷ Della Monica, La configurabilità del tentativo, S. 143 f.

⁸ Siehe zum Beispiel die Gesetzentwürfe Nr. 1849, Nr. 910 und Nr. 934, abgedruckt bei Dalia, *Lavori parlamentari*, S. 261, 271 sowie die Verbesserungsvorschläge Nr. 1.23 im Senat und Nr. 1.58 und Nr. 1.16 im Parlament, abgedruckt bei Dalia, *Lavori parlamentari*, S. 290, 377, 389.

⁹ Siehe die Diskussionsbeiträge der Abgeordneten *Borrometi* und *Giuliano* in der Sitzung vom 15.4.1997, abgedruckt bei Dalia, *Lavori parlamentari*, S. 312, 350.

¹⁰ Vgl. Benussi, S. 166 f.; Seminara, *Commento*, S. 243 f.; ders., in: Crespi/Stella/Zuccalà, Art. 323 c.p., X, Rdn. 1.

¹¹ Vgl. Benussi, S. 166; Seminara, in: Crespi/Stella/Zuccalà, Art. 323 c.p., X, Rdn. 1.

¹² *Pagliari*, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2000, S. 263; siehe nun *Pagliari/Parodi Giusino*, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2008, S. 305.

Beendigung des Delikts. Es wäre absurd, den Täter lediglich wegen Versuchs zu bestrafen, nur weil der bereits eingetretene Schaden oder Vorteil sich noch ausweiten könnte.¹³

Eine andere Frage ist es, ob es sich nur um einen Versuch oder bereits um eine Vollendung des Delikts handelt, wenn sich der Erfolg nicht – wie vom Täter anvisiert – in seiner Gänze erfüllt. Auch hier ist Vollendung anzunehmen, sofern zumindest der realisierte Erfolgseintritt vom Vorsatz mitumfaßt wurde.¹⁴

2. Versuch des Delikts

Der Versuch eines Delikts ist in Art. 56 c.p. geregelt. Nach Absatz 1 hat sich derjenige, der geeignete, unzweideutig auf die Begehung eines Delikts gerichtete Handlungen vornimmt, wegen des versuchten Delikts zu verantworten, wenn die Tat sich nicht vollzieht oder der Erfolg nicht eintritt.¹⁵ Die Gründe für die Nichtvollendung des Delikts müssen außerhalb des Willens des Täters liegen.¹⁶ Anders als im deutschen, ist im italienischen Strafrecht der untaugliche Versuch nicht strafbar. Die vorgenommenen Handlungen müssen konkret zur Begehung des Delikts geeignet sein, um eine Versuchsstrafbarkeit annehmen zu können. Das sind sie, wenn sie aufgrund einer hypothetischen Prognose geeignet erscheinen, die Realisierung des Delikts zu verursachen oder zu begünstigen.¹⁷

Unter der vorangegangenen Fassung des Art. 323 c.p. wurde in der Rechtsprechung keine Versuchsstrafbarkeit angenommen.¹⁸ Sie konnte sich auf die klassische Literatur zum Amtsmißbrauch stützen.¹⁹ In der neueren Lehre wurde jedoch bereits vor der Reform von 1997 die Möglichkeit des Versuchs gesehen. Die Vertreter dieser Auffassung setzten die Teilbarkeit des Handlungsablaufs voraus. Sie warfen der gegenteiligen Ansicht vor, daß diese bei jeglichen Akten – also auch bei solchen, die lediglich einen Mißbrauchsakt vorbereiten, ohne selbst mißbrauchend zu sein – das Delikt bereits als vollendet ansehen müßten,

¹³ Vgl. ebenfalls kritisch Segreto/De Luca, 1999, S. 556.

¹⁴ Vgl. Benussi, S. 167.

¹⁵ Art. 56 I c.p. lautet: „*Chi compie atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, risponde di delitto tentato, se l'azione non si compie o l'evento non si verifica.*“

¹⁶ Vgl. Benussi, S. 168; Della Monica, La configurabilità del tentativo, S. 147.

¹⁷ Siehe nur Mantovani, Diritto penale, Parte generale, S. 431; AA.VV., Compendio di dir. pen., S. 177.

¹⁸ Siehe zum Charakter eines Gefährdungsdelikts des Art. 323 c.p. gemäß der Rechtsprechung Cass., Sez. VI, 4.2.1983, D'Alba, RV158362.

¹⁹ Vannini, Manuale di diritto penale italiano, Parte speciale, S. 60; Ranieri, Manuale di diritto penale, II, S. 197; Contieri, Enc. dir., Vol. I, S. 190; Manzini, Trattato di diritto penale italiano, Vol. V, 1982, S. 283; vgl. auch bezüglich des *abuso di autorità* Carrara, Programma, Parte speciale, Vol. V, § 2532 ff., S. 102 ff.

so daß kein Versuch mehr möglich sei. Dies habe aber zur Konsequenz, daß die Strafbarkeit in einem auch vom Wortlaut der Bestimmung nicht mehr tragbaren Maße vorverlagert würde. Art. 323 c.p. verlange demgegenüber eine effektive Realisierung des Mißbrauchs, was durch die Verwendung des Gerundiums „*abusando*“ vor der Reform von 1990 und danach durch das Verb „*abusa*“ zum Ausdruck gekommen sei. Daher könne ein Versuch des Delikts für die Fälle nicht ausgeschlossen werden, in denen Handlungen begangen werden, die unzweifelhaft auf die Begehung eines Mißbrauchs ausgerichtet sind. Dies wiederum erfordere, daß die Befugnisse durch eine teilbare Handlung ausgeübt werden können.²⁰

Durch die Umwandlung in ein Erfolgsdelikt hat der Gesetzgeber unstreitig den strafbaren Versuch des Amtsmißbrauchs anerkannt.²¹ Er ist vor allem in den Fällen der Unterteilung des Verwaltungsverfahrens, des Zusammenwirkens von verschiedenen Stellen oder des Eingreifens von Kontrollmechanismen denkbar.²² So wäre die Versuchstrafbarkeit gegeben, wenn der rechtswidrige, einen Dritten begünstigende Verwaltungsakt durch eine Aufsichtsbehörde vor seinem Erlaß annulliert wird.²³ Es bleibt zu untersuchen, wann die Schwelle zur strafbaren Vorbereitungshandlung überschritten ist. Unproblematisch ist dies beim beendeten Versuch der Fall, bei dem der Täter bereits sämtliche erforderlichen, auf die Tatbestandsverwirklichung gerichteten Handlungen vorgenommen hat und der Erfolg nur durch äußere Umstände nicht eingetreten ist.²⁴ Beim unbeendeten Versuch hingegen kommt als untere Grenze nur ein solches Verhalten in Betracht, welches schon eine Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen oder von der Enthaltungspflicht darstellt sowie auf die Erlangung eines Vermögensvorteils oder das Verursachen eines Schadens gerichtet ist.²⁵ Es handelt sich damit um ein Tun, das unter der alten Fassung des Amtsmißbrauchs bereits ein vollendetes Delikt dargestellt hätte. Ein rechtmäßiges Verwaltungshandeln kann demgegenüber nicht als eindeutig auf

²⁰ Parodi Giusino, Dig. discipl. pen., Vol. I, 41, 46; ders., Dig. discipl. pen., Vol. VIII, Appendice, 587, 590; Fiandaca/Musco, Diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 1988, S. 186; Antolisei, Manuale di diritto penale, Parte speciale, Vol. II, 1991, S. 336; Pagliaro, Principi di diritto penale, Parte speciale, 1995, S. 254; Seminara, Commento, S. 290.

²¹ Siehe in der Rechtslehre Segreto/De Luca, 1999, S. 555; Benussi, S. 168; Fiandaca/Musco, Diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2002, S. 251; Pagliaro/Parodi Giusino, Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2008, S. 305; Della Monica, La configurabilità del tentativo, S. 146 f.; Gambardella, in: Lattanzi/Lupo, Art. 323 c.p., S. 225; Seminara, Stud. iur., 1997, 1251, 1259; sie für die Rechtsprechung Trib. Napoli, 3.12.1997, Guida al dir. vom 28.2.1998, Nr. 8, 109.

²² Seminara, in: Crespi/Stella/Zuccalà, Art. 323 c.p., X, Rdn. 4; Pagliaro, S. 263; Benussi, S. 168.

²³ Vgl. Benussi, S. 168; Della Monica, La configurabilità del tentativo, S. 147 f.; Seminara, Stud. iur., 1997, 1251, 1259.

²⁴ Della Monica, La configurabilità del tentativo, S. 147 f.

²⁵ Segreto/De Luca, 1999, S. 555; Della Monica, La configurabilità del tentativo, S. 148.

die Begehung eines Delikts gerichtet angesehen werden.²⁶ Darüber hinaus entspricht diese Auslegung dem Willen des Gesetzgebers, den Anwendungsbereich der Norm des Amtsmißbrauchs zu beschränken und begegnet den Bedenken, die Strafbarkeit des Versuchs führe zur Rückkehr der Unbestimmtheit, die man mit der Reform habe eliminieren wollen.²⁷ Für die Versuchsstrafbarkeit bedarf es schließlich einer *prognosi postuma*, um nach dem *id quod plerumque accidit* zu klären, ob die bisherigen Vorbereitungshandlungen geeignet gewesen wären, den Tatbestandserfolg herbeizuführen.²⁸

Mit der Möglichkeit des Versuchs finden auch die Institute der freiwilligen Tataufgabe (*desistenza*) und des Rücktritts (*recesso*) Anwendung.²⁹ Es ist eine strafbefreiende Tataufgabe gegeben, wenn der Täter, bevor er die Handlung vollendet, diese aufgrund freier Entscheidung unterbricht und es so nicht zur Vollendung des Delikts kommt. Nach Art. 56 Abs. 3 c.p. ist der Schuldige dann allenfalls gemäß eines Tatbestands zu bestrafen, der durch seine Tat bereits erfüllt worden ist.³⁰ Beim Amtsmißbrauch könnte der Beamte beispielsweise das mehrstufige Genehmigungsverfahren nach einem bereits rechtswidrigen Anfang nicht mehr fortsetzen. Der Rücktritt kommt dagegen beim beendeten Versuch in Betracht, wenn also der Täter schon sämtliche zur Tatbestandsverwirklichung ausreichenden Schritte eingeleitet hatte. Hier verhindert er freiwillig durch eine neue Initiative den Eintritt des Erfolgs.³¹ Allerdings ist der Rücktritt nicht strafbefreiend, sondern die Strafe für das versuchte Delikt wird gemäß Art. 56 Abs. 4 c.p. lediglich zwischen einem Drittel und der Hälfte herabgesetzt.³² Hier hat der Beamte beispielsweise die rechtswidrige Baugenehmigung bereits ausgefertigt, verhindert aber schließlich die Bekanntgabe und Zustellung derselben.

Nach Eintritt des Erfolgs kann dem Täter allenfalls seine tätige Reue als

²⁶ Vgl. Della Monica, La configurabilità del tentativo, S. 148.

²⁷ Siehe den vom Abgeordneten *Marotta* in der Sitzung vom 15.4.1997 geäußerten Einwand, abgedruckt bei *Dalia*, Lavori parlamentari, S. 329.

²⁸ *Seminara*, Stud. iur., 1997, 1259; *Benussi*, S. 169.

²⁹ *Gambardella*, in: *Lattanzi/Lupo*, Art. 323 c.p., S. 226; *Della Monica*, La configurabilità del tentativo, S. 149 f.; *Benussi*, S. 169 f.

³⁰ Art. 56 Abs. 3 c.p. lautet: „*Se il colpevole volontariamente desiste dall'azione, soggiace soltanto alla pena per gli atti compiuti, qualora questi costituiscano per sé un reato diverso.*“

³¹ Siehe *Antolisei*, Manuale di diritto penale, Parte generale, 2003, S. 506 ff.

³² Art. 56 Abs. 4 c.p. lautet: „*Se volontariamente impedisce l'evento, soggiace alla pena stabilita per il delitto tentato, diminuita da un terzo alla metà.*“

Milderungsumstand gemäß Art. 62 Nr. 6 c.p.³³ angerechnet werden.³⁴ Die Bestimmung ist einschlägig, wenn der Täter vor Erlaß eines Urteils durch Entschädigung oder Restitution den Schaden repariert oder die Folgen der Tat freiwillig und effizient behebt oder abmildert.

II. Tatbeteiligung

Der reformierte Tatbestand des Amtsmißbrauchs hat die Frage der Beteiligung nicht explizit aufgegriffen, obwohl es während seiner Ausarbeitung einige Gesetzentwürfe und Verbesserungsvorschläge gab, die entsprechende Regelungen vorsahen.³⁵ Sie wurden jedoch nicht in den Text übernommen, da die allgemeinen Vorschriften über die Tatbeteiligung, Art. 110 ff. c.p., von beiden Kammern für ausreichend erachtet wurden.³⁶

Das Problem der Tatbeteiligung durch eine gänzlich außerhalb der Verwaltung stehende Person wurde oben bereits behandelt. Wurde der Tatbestand des Amtsmißbrauchs durch ein taugliches Subjekt begangen, kann ein *extraneus* mittels kausalen Tatbeitrags bei entsprechendem Vorsatz am Delikt teilnehmen. Des weiteren stellt sich die Frage der Beteiligung insbesondere bei einer Pluralität von handelnden Subjekten und Organen.³⁷ In den verschiedenen Phasen eines Verwaltungsverfahrens wirken heutzutage oft viele Personen am Erlaß eines Verwaltungsakts mit.³⁸ Wie ebenfalls oben festgestellt, haben die meisten Verwaltungen die Verantwortlichkeiten zwischen dem Verfahrensverantwortlichen und dem das Verfahren abschließenden Funktionär aufgeteilt. Deshalb wird grundsätzlich auch die Täterschaft des Amtsmißbrauchs bei einem der

³³ Art. 62 Nr. 6 c.p. lautet: „*Attenuano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze attenuanti speciali, le circostanze seguenti: ... 6) l'averne, prima del giudizio, riparato interamente il danno, mediante il risarcimento di esso, e, quando sia possibile, mediante le restituzioni; o l'essersi, prima del giudizio e fuori del caso preveduto nell'ultimo capoverso dell'articolo 56, adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato.*“

³⁴ Della Monica, La configurabilità del tentativo, S. 150.

³⁵ Siehe u.a. den kommentierten Gesetzentwurf Nr. 934 der Senatoren *Callegaro* und *Centaro* vom 11.6.1996, abgedruckt in *Dalia*, *Lavori parlamentari*, S. 271, 273, die Verbesserungsvorschläge im Senat Nr. 1.17 vom 18.9.1996 und Nr. 1.7 vom 8.10.1996, abgedruckt ebd. S. 288, 296 sowie die Äußerungen des Abgeordneten *Borrometi* in der Parlamentssitzung am 15.4.1997, abgedruckt ebd. S. 313.

³⁶ Siehe kommentierte Unterschriftsrücknahme des Senators *Milio* unter den zunächst mitgetragenen Vorschlag 1.7 in der Justizkommission des Senats am 8.10.1996, abgedruckt in *Dalia*, *Lavori parlamentari*, S. 297; s. auch Ausführungen des Abgeordneten *Giuliano* in der Parlamentssitzung vom 15.4.1997, abgedruckt ebd. S. 350.

³⁷ Benussi, S. 174.

³⁸ Benussi, S. 175; s. auch Virga, *Il provvedimento amministrativo*, S. 231 f., der beim Erlaß eines Verwaltungsakts die Phasen der Initiative, der Untersuchung, der Disposition, der Kontrolle und die der Kommunikation unterscheidet.

beiden oder bei beiden Personen liegen.³⁹ Der einzelne Beamte, der lediglich die Anweisungen des Verfahrensverantwortlichen ausführt, wird hingegen in der Regel strafrechtlich nicht belangt werden können, da er weder den Überblick hat noch in die Mittel besitzt, seinem Vorgesetzten zu widersprechen.⁴⁰ Dennoch kann die verwaltungsrechtliche Verantwortung nicht ohne weiteres mit der strafrechtlichen gleichgesetzt werden. Es ist der jeweilige Tatbeitrag und Vorsatz der einzelnen Verfahrensbeteiligten zu untersuchen.

Gemäß den Artikeln 48 und 110 c.p. ist auch eine mittelbare Täterschaft des Verfahrensverantwortlichen denkbar, wenn er die Rechtswidrigkeit des Aktes steuert und von der Unkenntnis des den Akt erlassenden Amtsträgers profitiert. Desgleichen kann auch lediglich letzterer die Rechtswidrigkeit der Maßnahme erkennen und für seine Zwecke ausnutzen. Schließlich ist eine auf den Amtsmißbrauch zielende Vereinbarung zwischen beiden möglich.⁴¹ Gleiches gilt für den Fall des Zusammenwirkens von einem beratenden und einem den Verwaltungsakt erlassenden Organ.⁴² Bei einer Entscheidung, an der mehrere Behörden zu beteiligen sind, kann gemäß Art. 14 Abs. 2 des Gesetzes vom 7. August 1990, Nr. 241, eine Konferenz einberufen werden, deren Ergebnisse als Grundlage zum Erlaß der Maßnahme dienen.⁴³ Bei einer auf einen Amtsmißbrauch abzielenden Vereinbarung können sämtliche Beteiligten strafbar sein.⁴⁴

Ein besonderes Augenmerk erfordert auch die Untersuchung der Strafbarkeit beim Erlaß eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes durch ein Kollegialorgan. Ein Kollegialorgan setzt sich aus mehreren natürlichen Personen zusammen, tritt aber nach außen einheitlich auf. *Tellone* stellt heraus, daß gerade die Mitglieder von Regierungsorganen der Kommunal-, Provinzial- und Regionalverwaltungen oft nicht in der Lage sind, sämtliche Auswirkungen und Aspekte der von ihnen angenommenen Entscheidungen zu überblicken, auch weil für ihr Amt keine spezielle Ausbildung oder Qualifikation erforderlich ist. In der Praxis seien sie daher auf die Unterstützung bzw. Beratung durch die jeweiligen Fachkräfte der

³⁹ Benussi, S. 175.

⁴⁰ *Tellone*, Il concorso di persone, S. 156.

⁴¹ *Tellone*, Il concorso di persone, S. 157 f.; vgl. Benussi, S. 175.

⁴² Siehe dazu ausführlich *Tellone*, Il concorso di persone, S. 158 ff.; vgl. auch Cass., Sez. VI, 17.10.1997, Vitarelli e altri, Cass. pen., 1998, 1616, 1619, in der das oberste Gericht hervorhebt, daß auch die Vorbereitungen und Vorschläge, die zur Entscheidungsfindung führen, ausreichende Tatbeiträge darstellen können.

⁴³ Art. 14 Abs. 1 u. 2 des Gesetzes vom 7.8.1990, Nr. 241 lauten: „1. Qualora sia opportuno effettuare un esame contestuale di vari interessi pubblici coinvolti in un procedimento amministrativo, l'amministrazione precedente indice di regola una conferenza di servizi. 2. La conferenza stessa può essere indetta anche quando l'amministrazione precedente debba acquisire intese, concerti, nulla osta o assensi comunque denominati di altre amministrazioni pubbliche. In tal caso le determinazioni concordate nella conferenza tra tutte le amministrazioni intervenute tengono luogo degli atti predetti.“

⁴⁴ *Tellone*, Il concorso di persone, S. 162.

Verwaltung angewiesen, ohne aber ihre Einschätzungen überprüfen zu können. Die strafrechtliche Verantwortung könne bei ihnen folglich nur aus formalen Gesichtspunkten angesetzt werden.⁴⁵ Auch aus diesem Grunde wurden während der Vorbereitung des Reformgesetzes Vorschläge unterbreitet, mit denen gerade die Möglichkeit der Strafbarkeit der Mitglieder der Kollegialorgane explizit begrenzt werden sollte.⁴⁶ Wie eingangs erwähnt, konnten sich diese Zusätze nicht durchsetzen, womit die Fälle gemäß den allgemeinen Vorschriften über die Täterschaft und Teilnahme zu lösen sind. Entscheidend ist folglich nicht die Teilnahme an der Abstimmung über die Maßnahme, auch nicht die Stimmenthaltung oder das Dagegenstimmen bei der Beschlußfassung, sondern allein, ob der Einzelne vorsätzlich einen kausalen Tatbeitrag geleistet hat.⁴⁷ Es kann durchaus sein, daß jemand die Meinungsbildung im Organ entscheidend beeinflußt hat, sich bei der Abstimmung aber enthält.⁴⁸ Wenn schließlich jedes Mitglied des Organs ein eigenes Schädigungs- bzw. Begünstigungsinteresse verfolgt, sind ebenso viele Mißbrauchstatbestände erfüllt, wie Amtsträger dem Kollegium angehören.⁴⁹ Andererseits ist auch eine Strafbarkeit der die Mitglieder beratenden Fachkräfte nach den Grundsätzen der mittelbaren Täterschaft, Art. 48 und Art. 100 c.p. möglich.⁵⁰ Dies korrespondiert mit der Tatsache, daß auch der Gesetzgeber mit dem *decreto legislativo* vom 18. August 2000, Nr. 267,⁵¹ bezüglich der lokalen Selbstverwaltungen die verwaltungsrechtliche Verantwortung der technischen Berater hervorgehoben hat.⁵² Eine solche

⁴⁵ Tellone, Il concorso di persone, S. 162.

⁴⁶ Siehe erneut den kommentierten Gesetzentwurf Nr. 934 der Senatoren *Callegaro* und *Centaro* vom 11.6.1996, abgedruckt in *Dalia*, Lavori parlamentari, S. 271, 273, die Verbesserungsvorschläge im Senat Nr. 1.17 vom 18.9.1996 und Nr. 1.7 vom 8.10.1996, abgedruckt ebd. S. 288, 296 sowie die Äußerungen des Abgeordneten *Borrometi* in der Parlamentssitzung am 15.4.1997, abgedruckt ebd. S. 313.

⁴⁷ Tellone, Il concorso di persone, S. 164; Pagliaro/Parodi Giusino, Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2008, S. 306.; Seminara, in: *Crespi/Stella/Zuccalà*, Art. 323 c.p., X, Rdn. 6; ders., Commento, S. 291; vgl. in der Rechtsprechung Cass., Sez. VI, 8.7.1997, *Brescia*, Riv. pen., 1998, 385.

⁴⁸ Vgl. Tellone, Il concorso di persone, S. 164.

⁴⁹ Benussi, S. 176; Seminara, in: *Crespi/Stella/Zuccalà*, Art. 323 c.p., X, Rdn. 6; ders., Commento, S. 291.

⁵⁰ Cass., Sez. VI, 3.7.1986, *Zanello*, Cass. pen., 1987, 59.

⁵¹ Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, Gazz. Uff. 18. settembre 2000, n. 227, Suppl. ord.

⁵² Siehe Art. 49 t.u. enti locali, der grundsätzlich vor jedem Beschluß der Beigeordneten und des Gemeinderats die Einholung eines Gutachtens des Verantwortlichen des betreffenden Diensts und, sofern finanzielle Belange betroffen sind, des Verantwortlichen der Buchhaltung verlangt und diese dementsprechend in die Verantwortung nimmt: „*Su ogni proposta di deliberazione sottoposta alla giunta ed al consiglio che non sia mero atto di indirizzo deve essere richiesto il parere in ordine alla sola regolarità tecnica del responsabile del servizio interessato e, qualora comporti impegno di spesa o diminuzione di entrata, del responsabile di ragioneria in ordine alla regolarità contabile. I pareri sono inseriti nella deliberazione.*

Nel caso in cui l'ente non abbia i responsabili dei servizi, il parere è espresso dal Segretario

Verteilung der verwaltungsrechtlichen Verantwortung unter Einschluß auch der beratenden Stellen mag Hinweise über die Strafbarkeit von Beteiligten eines rechtswidrigen, möglicherweise mißbräuchlichen Verwaltungsverfahrens geben.⁵³

Was den Erschwerungsgrund des Art. 112 Nr. 1 c.p.⁵⁴ bei einer Tatbeteiligung von fünf oder mehr Personen betrifft, so hat das Kassationsgericht entschieden, daß er auf den Art. 323 c.p. anwendbar sei, da der Amtsmißbrauch grundsätzlich nur von einem Subjekt begangen werde.⁵⁵ Demnach wäre in den Fällen, in dem beispielsweise ein Gemeinderat mit mehr als vier Mitgliedern absichtlich eine rechtswidrige Maßnahme erläßt, um jemanden einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder jemanden einen Schaden zuzufügen, die Strafe zu erhöhen. Dem mag man grundsätzlich zustimmen, problematisch wird aber die Anwendung der Norm, wenn das Kollegialorgan erst bei einem *quorum* von mindestens fünf Mitgliedern beschlußfähig ist.⁵⁶

III. Erschwerungs- und Milderungsgründe

1. Erschwerungsgrund des Art. 323 Abs. 2 c.p.

Gemäß Art. 323 Abs. 2 c.p. wird die Strafe in den Fällen erhöht, in denen der Vorteil oder der Schaden eine erhebliche Schwere (*rilevante gravità*) aufweist. Einerseits hat der Gesetzgeber das Höchstmaß der Strafandrohung im Vergleich zur vorangegangenen Vorschrift von fünf auf drei Jahre Gefängnis herabgesetzt, um den Mißbrauch des Tatbestands durch den Justizapparat Einhalt zu gebieten. Denn nach der Reform von 1990 wurden Ermittlungen wegen eines Verstoßes gegen Art. 323 c.p. oftmals nur vorgeschoben, um andere schwerwiegendere Delikte ans Licht zu bringen. Die damalige Strafandrohung ermöglichte es der Staatsanwaltschaft, Sicherungsmaßnahmen sowie auch telefonische Überwachungen im Rahmen vermeintlicher Untersuchungen wegen Amtsmißbrauchs anzuwenden. Dieser Praxis wurde durch die Reform von 1997 ein Riegel vorgeschoben.⁵⁷ Andererseits wollte der Gesetzgeber der Justiz im

dell'ente, in relazione alle sue competenze.

I soggetti di cui al comma 1 rispondono in via amministrativa e contabile dei pareri espressi.“

⁵³ Vgl. Tellone, Il concorso di persone, S. 165.

⁵⁴ Art. 112 Nr. 1 c.p. lautet: „La pena da infliggere per il reato commesso è aumentata: 1) se il numero delle persone, che sono concorso nel reato, è di cinque o più, salvo che la legge disponga altrimenti“

⁵⁵ Cass., Sez. VI, 30.6.1993, Bisogni ed altri, Riv. pen., 1994, 901.

⁵⁶ Der Kassationshof hält auch in einem solchen Fall Art. 112 Nr. 1 c.p. für anwendbar, s. Cass., Sez. un., 7.7.1984, Dantini, RV165423. Siehe dazu unten C.III.3., S. 252.

⁵⁷ D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1997, S. 107; vgl. Cutrupi, La rilevante gravità, S. 173 ff.

Einzelfall die Möglichkeit einräumen, die Sanktion für das Delikt nach Art. 323 c.p. denen der anderen Delikte gegen die öffentliche Verwaltung angleichen zu können. Er tat dies durch die Einführung des speziellen Erschwerungsgrunds (*aggravante*) in Absatz 2, welcher ausschließlich auf den Tatbestand des Amtsmißbrauchs anwendbar ist.⁵⁸

Vereinzelt wird von einem undefinierten Erschwerungsgrund⁵⁹ gesprochen, der aufgrund seiner Unbestimmtheit Fragen hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit aufwerfe.⁶⁰ Ganz überwiegend wird dem jedoch widersprochen und darauf verwiesen, daß sich das Merkmal der erheblichen Schwere nicht auf das gesamte Delikt beziehe, sondern lediglich auf den Schaden bzw. Vorteil und damit auf ein bestimmtes Objekt des Tatbestands.⁶¹ Einigkeit besteht dahingehend, daß die Formulierung „*gravità*“, „Schwere“, mit Blick auf den Vorteil unglücklich ist und der Gesetzgeber besser den Begriff des Umfangs, „*entità*“, hätte verwenden sollen.⁶²

Mit der Kodifizierung des besonderen Erschwerungsumstandes in Absatz 2 hat der alte Streit an Bedeutung verloren, inwiefern der allgemeine Erschwerungsgrund für Vermögensdelikte bzw. für Delikte mit einem Angriff auf das Rechtsgut des Vermögens oder mit Gewinnabsichten nach Art. 61 Nr. 7 c.p. auch auf den Amtsmißbrauch anwendbar ist.⁶³ Die dortige Bestimmung sieht einen Erschwerungsgrund in dem Umstand, daß bei den genannten Delikten dem Geschädigten der Tat ein Vermögensschaden von erheblicher Schwere

⁵⁸ D’Avirro, *L’abuso di ufficio*, 1997, S. 107; Gambardella, in: Lattanzi/Lupo, Art. 323 c.p., S. 223; Segreto/De Luca, 1999, S. 559; Pagliaro/Parodi Giusino, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2008, S. 304; Benussi, S. 179.

⁵⁹ Siehe allgemein dazu Bricola, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 1019, 1033 ff.

⁶⁰ So Manna, *L’indice pen.*, 1998, 13, 30 f.; Lanzi, *Il corriere giur.*, 1997, 1014, 1016; vgl. auch Padovani, *La riforma dell’abuso innominato*, S. 181.

⁶¹ Patalano, *Guida al diritto vom 2.8.1997*, Nr. 29, 18, 20; Fiandaca/Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2002, S. 251; Gambardella, in: Lattanzi/Lupo, Art. 323 c.p., S. 223 f.; Segreto/De Luca, 1999, S. 559; Benussi, S. 179 f.; Pagliaro, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2000, S. 262, spricht deshalb auch von partieller Unbestimmtheit; siehe nun Pagliaro/Parodi Giusino, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2008, S. 304; vgl. auch Seminara, in: Crespi/Stella/Zuccalà, Art. 323 c.p., XI, Rdn. 1.

Weiterhin kritisch Manna, *L’indice pen.*, 1998, 13, 30 f., der das Argument nicht für ausreichend hält, um die verfassungsrechtlichen Bedenken auszuräumen. Er meint, die Beantwortung der Frage, wann ein Vorteil oder Schaden eine „erhebliche Schwere“ besitzen, lasse der Justiz immer noch einen zu großen Ermessenspielraum, was allenfalls bei einem Milderungs-, nicht jedoch bei einem Erschwerungsgrund tolerierbar sei.

⁶² Cutrupi, *La rilevante gravità*, S. 171; Seminara, in: Crespi/Stella/Zuccalà, Art. 323 c.p., XI, Rdn. 3; Fiandaca/Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2002, S. 251; Gambardella, in: Lattanzi/Lupo, Art. 323 c.p., S. 224; Segreto/De Luca, 1999, S. 559; Pagliaro/Parodi Giusino, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2008, S. 305; Benussi, S. 179, Fn. 375.

⁶³ Zum Streit, der die Einordnung des Amtsmißbrauchs als Vermögensdelikt bzw. Delikt mit Gewinnabsicht betraf, s. Baldi, *Cass. pen.*, 1995, 934, 935; Cutrupi, *La rilevante gravità*, S. 168 f.

zugefügt wird.⁶⁴ Demnach hat der Gesetzgeber auch dort das Merkmal der „erheblichen Schwere“ verwendet, so daß die von der Lehre und Rechtsprechung dazu entwickelten Kriterien nunmehr auf den speziellen Erschwerungsgrund des Art. 323 Abs. 2 c.p. übertragen werden können.⁶⁵ Dem folgend muß in erster Linie der objektive Umfang des Schadens oder des Vorteils anhand einer wirtschaftlichen Einschätzung im Vergleich zum Durchschnitt der Allgemeinheit ermittelt werden. Subsidiär ist subjektiv auf die wirtschaftliche Lage des Opfers bzw. beim Vermögensvorteil auf die des Täters Bezug zu nehmen.⁶⁶

Fraglich ist, ob Art. 323 Abs. 2 c.p. auch den immateriellen Schaden erfaßt. *Cutrupi* spricht sich vehement dagegen aus und führt einige Argumente ins Feld.⁶⁷ Der spezielle Erschwerungsgrund des Art. 332 Abs. 2 c.p. sei eigentlich nur eine Wiederholung des bereits genannten allgemeinen Erschwerungsgrundes des Art. 61 Nr. 7 c.p., welcher auch früher lediglich auf den Amtsmißbrauch mit Vermögensbezug angewandt worden sei. Auch sei nur das Vermögen einer objektiven Beurteilung zugänglich, während der nichtmaterielle Schaden nur nach subjektiven Kriterien bestimmt werden könne und so unweigerlich zu Unsicherheiten bei der Anwendung der Vorschrift führen würde.⁶⁸ Außerdem habe der Gesetzgeber stets dem vermögensschädigenden Verhalten einen höheren sozialen Unwert beigemessen, als den Taten, die nicht das Vermögen betreffen. Das habe sich jetzt wiederum in der Beschränkung auf nur den Vermögensvorteil im reformierten Art. 323 c.p. gezeigt. Dem kann nicht zugestimmt werden. Es ist richtig, daß die Legislative den nichtvermögenswerten Vorteil aus dem Tatbestand des Amtsmißbrauchs herausgenommen hat. Allerdings bezieht sich der Begriff „Schaden“ unzweifelhaft sowohl auf materielle als auch auf nichtmaterielle Beeinträchtigungen, sonst hätte die Legislative das in Absatz 1 verwendete Adjektiv „*patrimoniale*“ ebenso zur Beschränkung des Schadens verwenden können.⁶⁹ Sie hat mit der Reform von 1997 diesen schädigenden Amtsmißbrauch sogar dem Strafmaß nach dem begünstigenden gleichgestellt.⁷⁰

⁶⁴ Art. 61 Nr.7 c.p. lautet: „*Aggravano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali, le circostanze seguenti: ... 7) l'averne, nei delitti contro il patrimonio, o che comunque offendono il patrimonio, ovvero nei delitti determinati da motivi di lucro, cagionato alla persona offesa dal reato un danno patrimoniale di rilevante gravità.*“

⁶⁵ Benussi, S. 180; *Cutrupi*, La rilevante gravità, S. 175.

⁶⁶ *Cutrupi*, La rilevante gravità, S. 175; Benussi, S. 180; Segreto/De Luca, 1999, S. 560; vgl. D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1997, S. 108; so explizit auch die Rechtsprechung Cass., Sez. II, 8.1.1985, *Asinari*, Giust. pen., 1985, II, Sp. 660 f.; Cass., Sez. II, 14.5.1991, *Pastrovicchio*, Cass. pen., 1992, 3031.

⁶⁷ *Cutrupi*, La rilevante gravità, S. 171 ff.

⁶⁸ Siehe auch *Manna*, L'indice pen., 1998, 13, 30 f., der sogar verfassungsrechtliche Bedenken hat.

⁶⁹ *Manna*, L'indice pen., 1998, 13, 30.

⁷⁰ Ebenso Benussi, S. 181.

Ebenfalls kann die Behauptung, daß Art. 323 Abs. 2 c.p. im Grunde nur eine Wiederholung des Art. 61 Nr. 7 c.p. sei, mit Blick auf den Wortlaut nicht aufrecht erhalten werden. Im Gegensatz zum allgemeinen Erschwerungsgrund nimmt Art. 323 Abs. 2 c.p. nämlich nicht nur auf den Schaden, sondern auch auf den Vorteil Bezug. Wenn *Cutrupi* mit „Wiederholung“ allein den Aspekt des Schadens, nicht aber den des Vorteils in Absatz 2 meinte, würde sich um so mehr die Frage stellen, warum der Gesetzgeber dann nicht die Vermögensrelevanz durch das Adjektiv „*patrimoniale*“ betont hat. Auch wenn die „erhebliche Schwere“ eines nichtmateriellen Schadens nur mittels subjektiver und damit ungenauer Parameter zu ermitteln ist, wird dieser daher vom besonderen Erschwerungsgrund erfaßt.⁷¹

Weil die Vorschrift des Art. 323 Abs. 2 c.p. keine Angaben über die Erhöhung der Strafe macht, gilt Art. 64 c.p.⁷², wonach sie um ein Drittel des gesetzlich bestimmten Strafmaßes angehoben werden kann.⁷³

2. Milderungsgrund des Art. 323bis c.p.

Art. 323bis c.p.⁷⁴ bestimmt, daß wenn unter anderem im Fall des Art. 323 c.p. die Tat eine besondere Geringfügigkeit („*particolare tenuità*“) aufweist, die Strafe zu mindern ist.⁷⁵ Der spezielle Milderungsgrund wurde durch Art. 14 des Reformgesetzes Nr. 86 vom 26. April von 1990 eingefügt. Es handelt sich um einen undefinierten Milderungsumstand, wie er bereits aus der Strafvorschrift der Hehlerei (*ricettazione*) in Art. 648 Abs. 2 c.p. bekannt ist. Zum Teil werden diese speziellen Milderungsgründe als bloße Wiederholung der allgemeinen Milderungsumstände des Art. 62bis c.p.⁷⁶ angesehen.⁷⁷ Das ist jedoch nicht richtig. Art. 323bis c.p. bezieht sich lediglich auf eine Tat von „besonderer

⁷¹ So auch Manna, *L'indice pen.*, 1998, 13, 30; Segreto/De Luca, 1999, S. 559 f.

⁷² Art. 64 c.p. lautet: „*Quando ricorre una circostanza aggravante, e l'aumento di pena non è determinato dalla legge, è aumentata fino a un terzo la pena che dovrebbe essere inflitta per il reato commesso.*

Nondimeno, la pena della reclusione da applicare per effetto dell'aumento non può superare gli anni trenta.“

⁷³ Segreto/De Luca, S. 559; Pagliaro/Parodi Giusino, *Principi di diritto penale*, Parte speciale, Vol. I, 2008, S. 304.

⁷⁴ Art. 323bis c.p. lautet: „*Se i fatti previsti dagli articoli 314, 316, 316bis, 316ter, 317, 318, 319, 320, 322, 322bis e 323 sono di particolare tenuità, le pene sono diminuite.*“

⁷⁵ Einen Überblick über die Vorschrift mit zahlreichen Nachweisen gibt Gambardella, in: Lattanzi/Lupo, Art. 323bis c.p., S. 231 ff.

⁷⁶ Art. 62bis c.p. lautet: „*Il giudice, indipendentemente dalle circostanze prevedute nell'articolo 62, può prendere in considerazione altre circostanze diverse, qualora le ritenga tali da giustificare una diminuzione della pena. Esse sono considerate in ogni caso, ai fini dell'applicazione di questo capo, come una sola circostanza, la quale può anche concorrere con una o più delle circostanze indicate nel predetto articolo 62.*“

⁷⁷ So Baldi, *Cass. pen.*, 1995, 934, 936; Padovani, *La riforma dell'abuso innominato*, S. 182.

Geringfügigkeit“, während Art. 62bis c.p. diesbezüglich keine Vorgabe macht. Diese Vorschrift ermöglicht dem Strafrichter eine Reduzierung der Strafe, wenn er es aus anderen als in den von Art. 62 c.p.⁷⁸ genannten Umständen für gerechtfertigt hält. Sie ist damit grundsätzlich weiter gefaßt als Art. 323bis c.p. Die beiden Bestimmungen können demnach nebeneinander zur Anwendung kommen.⁷⁹

Zur Annahme des speziellen Milderungstatbestandes des Art. 323bis c.p. ist nicht der Umfang der Vermögensbeeinträchtigung erheblich, sondern die gesamten Umstände, wie auch die Beweggründe und die Persönlichkeit des Täters.⁸⁰

Mit Blick auf den Milderungstatbestand des Art. 62 Nr. 4 c.p.⁸¹ im Bereich der vermögensrelevanten Delikte, der von „*speciale tenuità*“, spezieller Geringfügigkeit, spricht, ist hervorzuheben, daß er durchaus neben dem Art. 323bis c.p. zur Anwendung kommen kann und nicht von diesem stets verdrängt wird. Er berücksichtigt nur den Umfang des Schadens oder Gewinns, während bei Art. 323bis c.p. die Tat in ihrer Gesamtheit besonders geringfügig erschei-

⁷⁸ Art. 62 c.p. lautet: „*Attenuano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze attenuanti speciali, le circostanze seguenti: 1) l'aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale; 2) l'aver reagito in stato di ira, determinato da un fatto ingiusto altrui; 3) l'aver agito per suggestione di una folla in tumulto, quando non si tratta di riunioni o assembramenti vietati dalla legge o dall'Autorità, e il colpevole non è delinquente o contravventore abituale o professionale, o delinquente di tendenza; 4) l'aver, nei delitti contro il patrimonio, o che comunque offendono il patrimonio, cagionato alla persona offesa dal reato un danno patrimoniale di speciale tenuità, ovvero, nei delitti determinati da motivi di lucro, l'aver agito per conseguire o l'aver comunque conseguito un lucro di speciale tenuità, quando anche l'evento dannoso o pericoloso sia di speciale tenuità; 5) l'essere concorso a determinare l'evento, insieme con l'azione o l'omissione del colpevole, il fatto doloso della persona offesa; 6) l'aver, prima del giudizio, riparato interamente il danno, mediante il risarcimento di esso, e, quando sia possibile, mediante le restituzioni; o l'essersi, prima del giudizio e fuori del caso preveduto nell'ultimo capoverso dell'art. 56, adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato.*“

⁷⁹ Segreto/De Luca, 1999, S. 561; Benussi, S. 182.

⁸⁰ So ausdrücklich Cass., Sez. VI, 17.10.1991, Bulgari, Cass. pen., 1993, 1132; Cass., Sez. VI, 6.2.1992, Dominidiato, Cass. pen., 1993, 818, 819; Cass., Sez. VI, 1.2.1994, Montesi, Cass. pen., 1995, 932; Cass., 21.4.1994, Loffredo, Riv. pen., 1994, 732; Cass., Sez. VI, 23.3.1995, Florita, Cass. pen., 1997, 395; s. auch Cass., Sez. VI, 9.1.1997, Raimundo, Riv. pen. 1997, 852; s. in der Literatur Benussi, S. 182 f., der als Anhaltspunkte auf die Aufzählung des Art. 133 Nr. 1 c.p. verweist sowie Segreto/De Luca, 1999, S. 560, die die Aufzählung des Art. 311 c.p. ins Feld führen.

⁸¹ Art. 62 Nr. 4 c.p. lautet: „*Attenuano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze attenuanti speciali, le circostanze seguenti: . . . 4) l'aver, nei delitti contro il patrimonio, o che comunque offendono il patrimonio, cagionato alla persona offesa dal reato un danno patrimoniale di speciale tenuità, ovvero, nei delitti determinati da motivi di lucro, l'aver agito per conseguire o l'aver comunque conseguito un lucro di speciale tenuità, quando anche l'evento dannoso o pericoloso sia di speciale tenuità; . . .*“

nen muß.⁸² Hierbei ist dessen Voraussetzung, wie bereits eingangs dargelegt, lediglich die weniger restriktive „*particolare tenuità*“.⁸³

Wenn also allein der Schaden oder Vorteil von geringer Höhe ist, während die sonstigen Umstände die Annahme einer besonderen Geringfügigkeit nicht rechtfertigen, kann allein Art. 62 Nr. 4 c.p. zur Anwendung kommen.⁸⁴ Ebenfalls ist wegen des unterschiedlichen Bezugs des Erschwerungsgrunds von Art. 323 Abs. 2 c.p. allein auf den Vorteil und Schaden und des Milderungstatbestands des Art. 323bis auf die gesamte Tat ein Zusammentreffen beider Vorschriften denkbar, wobei gemäß Art. 69 c.p.⁸⁵ die Erschwerungs- und Milderungsumstände gegeneinander abzuwägen sind.⁸⁶ Zum Teil wird in der Literatur die Befürchtung geäußert, daß hier Art. 323bis c.p. aufgrund seines Umfangs und des Grundsatzes *favor rei* leicht den Erschwerungstatbestand des Art. 323 Abs. 2 c.p. verdränge.⁸⁷

3. Weitere Erschwerungs- und Milderungsumstände

Zwar wird man der grundsätzlichen Kompatibilität des oben erwähnten Art. 61 Nr. 7 c.p. mit dem Delikt des Amtsmißbrauchs zustimmen können,⁸⁸ jedoch

⁸² So ausdrücklich Cass., Sez. VI, 9.12.1996, Basile, Guida al dir. vom 24.5.1997, 92 f.; Cass., Sez. VI, 9.11.1991, Guerriero, Cass. pen. 1991, 1573; Cass., Sez. VI, 13.1.1994, Loffredo, Riv. pen., 1994, 732 f.; vgl. auch die Rechtsprechung zum Verhältnis von Art. 648 Abs. 2 c.p. und Art. 62 Nr. 4 c.p. Cass., Sez. un., 11.10.1989, Beggio, Cass. pen., 1990, 214; Cass., Sez. VI, 14.11.1996, Fragasso, Cass. pen., 1997, 3036.

⁸³ Cass., Sez. VI, 13.1.1994, Loffredo, Riv. pen., 1994, 732, 733; s. in der Lehre Segreto/De Luca, 1999, S. 560 f., die ebenfalls auf den Unterschied zwischen „*particolare tenuità*“ und „*speciale tenuità*“ unterscheiden; s. auch Piemontese, S. 101 ff. m.w.N.

⁸⁴ Vgl. mit Blick auf Art. 648 Abs. 2 c.p., Cass., Sez. VI, 14.11.1996, Fragasso, Cass. pen., 1997, 3036.

⁸⁵ Art. 69 c.p. lautet: „*Quando concorrono insieme circostanze aggravanti e circostanze attenuanti, e le prime sono dal giudice ritenute prevalenti, non si tien conto delle diminuzioni di pena stabilite per le circostanze attenuanti, e si fa luogo soltanto agli aumenti di pena stabiliti per le circostanze aggravanti.*“

Se le circostanze attenuanti sono ritenute prevalenti sulle circostanze aggravanti, non si tien conto degli aumenti di pena stabiliti per queste ultime, e si fa luogo soltanto alle diminuzioni di pena stabilite per le circostanze attenuanti.

Se le circostanze aggravanti e quelle attenuanti il giudice ritiene che vi sia equivalenza, si applica la pena che sarebbe inflitta se non concorresse alcuna di dette circostanze.

Le disposizioni precedenti si applicano anche alle circostanze inerenti alla persona del colpevole ed a qualsiasi altra circostanza per la quale la legge stabilisca una pena di specie diversa o determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato.“

⁸⁶ Benussi, S. 184; Segreto/De Luca, S. 560.

⁸⁷ Seminara, Stud. iur., 1997, 1251, 1259; ders., in: Crespi/Stella/Zuccalà, Art. 323 c.p., XI, Rdn. 2.

⁸⁸ Benussi, S. 184; vgl. Cutrupi, La rilevante gravità, S. 168 f.

dürfte heute wegen Art. 323 Abs. 2 c.p. ein Rückgriff auf ihn kaum nötig werden.

Der Erschwerungsgrund des Art. 61 Nr. 2 c.p.⁸⁹ ist im Grundsatz auf den Amtsmißbrauch anwendbar.⁹⁰ Die Bestimmung sieht eine Straferhöhung für die Fälle vor, daß die Tat begangen wurde, um ein anderes Delikt zu begehen oder zu verdecken, oder sich oder anderen u.a. den Gewinn aus diesem Delikt zu verschaffen oder zu sichern bzw. die Strafbarkeit zu verhindern.

Wie bereits gesehen, kann auch Art. 62 Nr. 4 c.p., der nur auf den Umfang des Vermögensschadens oder Vermögensvorteils abstellt, trotz der speziellen Vorschrift des Art. 323bis c.p. beim Amtsmißbrauch in den Varianten mit Vermögenseinschlag relevant werden.⁹¹

Der Milderungsgrund des Art. 62 Nr. 6 c.p.,⁹² der zwei Varianten beinhaltet und zwar die vollständige Wiedergutmachung des verursachten Schadens und die Vermeidung der schädigenden oder gefährlichen Tatfolgen durch den Täter, setzt ein Delikt voraus, welches – unabhängig von dem eigentlich geschützten Rechtsgut – irgendwie geartete nachteilige Konsequenzen verursacht.⁹³ Damit ist die Bestimmung im Grundsatz auf jedes Delikt anwendbar.⁹⁴ Folglich auch auf den Amtsmißbrauch.⁹⁵

Fraglich ist dies hingegen beim Milderungsumstand des Art. 62 Nr. 1 c.p.,⁹⁶ der bei einem besonderen moralischen oder sozialen Wert der Tatmotive einschlägig ist. Von manchen wird hervorgehoben, daß die Absicht, einen unrechtmäßigen Schaden oder Vermögensvorteil zu verursachen, im Gegensatz zu einem

⁸⁹ Art. 61 Nr. 2 c.p. lautet: „*Aggravano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali, le circostanze seguenti: ... 2) l'aver commesso il reato per eseguirne od occultarne un altro, ovvero per conseguire o assicurare a sé o ad altri il prodotto o il profitto o il prezzo ovvero la impunità di un altro reato; ...*“

⁹⁰ Benussi, S. 185.

⁹¹ Benussi, S. 184.

⁹² Art. 62 Nr. 6 c.p. lautet: „*Attenuano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze attenuanti speciali, le circostanze seguenti: ... 6) l'aver, prima del giudizio, riparato interamente il danno, mediante il risarcimento di esso, e, quando sia possibile, mediante le restituzioni; o l'essersi, prima del giudizio e fuori del caso preveduto nell'ultimo capoverso dell'articolo 56, adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato.*“

⁹³ Vgl. Cass., Sez. un., 29.10.1983, Del Fà ed altro, Cass. pen., 1984, 846, 848 f.; in der Literatur Manzini, Trattato di diritto penale italiano, Vol. II, 1981, S. 289. Siehe allgemein zu diesem Milderungsgrund und seinen unterschiedlichen Interpretationen m.w.H. Fabris, in: Crespi/Stella/Zuccalà, 1986, Art. 62 c.p., VI, Rdn. 1 ff.

⁹⁴ So ausdrücklich Cass., Sez. un., 29.10.1983, Del Fà ed altro, Cass. pen., 1984, 846, 848 f.

⁹⁵ Benussi, S. 184.

⁹⁶ Art. 62 Nr. 1 c.p. lautet: „*Attenuano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze attenuanti speciali, le circostanze seguenti: 1) l'aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale; ...*“

solchen Wert stehe.⁹⁷ Andere sehen die Möglichkeit, die Vorschrift bei einem Handeln aus altruistischen und karitativen Gründen anzuwenden.⁹⁸ Dem ist wohl zuzustimmen, da Konstellationen denkbar sind, in denen lediglich ein Vermögensvorteil verschafft wird, ohne daß dem ein Schaden gegenübersteht und der Angriff auf die gute Verwaltungsführung und die Unparteilichkeit der Verwaltung nicht schwer wiegt.

Umstritten ist außerdem die Relevanz des Erschwerungsgrundes des Art. 112 Nr. 1 c.p.,⁹⁹ der die Beschwerde bei einer Tatbeteiligung von fünf oder mehr Personen vorsieht, wenn der rechtswidrige Verwaltungsakt durch ein Kollegialorgan erlassen wurde, das nur bei einem *quorum* von mindestens fünf Mitgliedern beschlußfähig ist.¹⁰⁰ Die Rechtsprechung scheint überwiegend das Bestehen des Erschwerungsgrundes anzunehmen. Sie verweist darauf, daß der Tatbestand des Amtsmißbrauchs grundsätzlich von nur einem Täter erfüllt werde, so daß bei einem Handeln von mehr als fünf Personen, wie es bei Abstimmungen von kollegialen Verwaltungsorganen der Fall sein kann, eine erhöhte Gefährlichkeit zu bejahen und damit eine Strafverschärfung angezeigt sei. Der Ausschluß des *aggravante* käme nur dort in Frage, wo der Straftatbestand abstrakt betrachtet mehr als fünf Täter voraussetzt. Der Umstand, daß hier der Tatbestand des Art. 323 c.p. nur durch mehrere Amtsträger erfüllt werden kann, sei nicht einer strafrechtlichen Bestimmung, sondern einer Vorschrift außerhalb des Strafrechts zuzuschreiben. Beide Kategorien seien auseinander zu halten.¹⁰¹ Die Rechtslehre vertritt demgegenüber die Ansicht, daß es sich um eine Fallkonstellation handle, bei der die Tat notwendigerweise nur von mehreren Tätern begangen werden könne, so daß nicht eine eventuelle Variante, sondern die alleinig denkbare Form des Amtsmißbrauchs gegeben sei. Folglich könne auch nicht der größere Unwert festgestellt werden, der dem Erschwerungsgrund zugrunde liegen sollte. Dies sei nur bei einem bewußt gewollten Zusammenwirken der Mitglieder, nicht jedoch schon beim bloßen, unbewußten, gemeinsamen Abstimmen möglich.¹⁰² Dieser Ansicht ist zu folgen, da die den Beschluß fassenden Amtsträger, die ohne Mißbrauchsvorsatz handeln, nicht wirklich an der Tat beteiligt sind, wie es vom Gesetzgeber in Art. 112 Nr. 1 c.p. gefordert ist. Es gibt keinen bewußt gemeinsam ausgeführten Angriff auf die Rechtsordnung,

⁹⁷ Benussi, S. 185.

⁹⁸ Segreto/De Luca, 1999, S. 561.

⁹⁹ Art. 112 Nr. 1 c.p. lautet: „*La pena da infliggere per il reato commesso è aumentata: 1) se il numero delle persone, che sono concorse nel reato, è di cinque o più, salvo che la legge disponga altrimenti;...*“.

¹⁰⁰ Siehe Gambardella, in: Lattanzi/Lupo, Art. 323 c.p., S. 224 f. und Piemontese, S. 104 f., die beide einen Überblick über die relevante Rechtsprechung geben.

¹⁰¹ So ausdrücklich Cass., Sez. VI, 3.7.1986, Zanella, Cass. pen., 1988, 59; Cass., Sez. VI, 30.6.1993, Bisogno ed altri, Riv. pen. 1994, 901, 906 f.; vgl. zur selben Problematik beim Delikt der Korruption die identische Argumentation Cass., Sez. I, 8.7.1995, Costioli, Cass. pen., 1996, 3653.

¹⁰² So Benussi, S. 186.

von dem eine höhere Gefährdung ausgeht.

IV. Verhältnis zu anderen Delikten

1. Mehrheit von Straftaten

Im italienischen Strafrecht werden drei Konkurrenzen unterschieden: Den *concorso materiale di reati*, den *concorso formale di reati* sowie den *concorso apparente di norme*.¹⁰³ Der *concorso materiale di reati* liegt bei mehreren Handlungen oder Unterlassungen vor. Er entspricht damit der Tatmehrheit bzw. Realkonkurrenz im deutschen Strafrecht. Wenn verschiedene Delikte durch eine Handlung begangen werden, wird von *concorso formale di reati*, gleichbedeutend mit der Tateinheit bzw. Idealkonkurrenz des hiesigen Rechts gesprochen. Der *concorso apparente di norme* schließlich ist gegeben, sofern nur scheinbar eine Mehrzahl von Straftaten vorhanden ist. Tatsächlich jedoch verdrängt eine primär anzuwendende Vorschrift die übrigen Straftatbestände.¹⁰⁴ Im deutschen Recht wird dieser Fall als Gesetzeseseinheit bezeichnet. Für ihn legt Art. 15 des italienischen Strafgesetzbuchs den Grundsatz der Spezialität (*principio di specialità*) fest; also, daß das spezielle Gesetz das allgemeine verdrängt.¹⁰⁵ Die Tatsache, daß allein dieses Prinzip gesetzlichen Niederschlag gefunden hat, vermag die Unsicherheiten in der Lehre und Rechtsprechung Italiens bei der Bewältigung der Gesetzeseseinheit zu erklären.¹⁰⁶ Häufig werden wie in Deutschland drei Untergruppen unterschieden: Spezialität (*specialità*), Subsidiarität (*sussidiarietà*) und Konsumtion (*consunzione*).¹⁰⁷ Andere halten jedoch das Prinzip der Spezialität für ausreichend, wobei innerhalb dieser Gruppe allerdings wieder verschiedene Konzepte wie die „abstrakte“, „konkrete“ oder „reziproke“ Spezialität zur Bestimmung der „spezielleren“ Norm vertreten werden.¹⁰⁸

¹⁰³ Siehe Überblick im AA.VV., *Compendio di diritto penale*, S. 241 ff.

¹⁰⁴ Fiandaca/Musco, *Diritto penale, Parte generale*, 2006, S. 629.

¹⁰⁵ Art. 15 c.p. lautet: „*Quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa material, la legge o la disposizione di legge speciale derogano alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito.*“

¹⁰⁶ Zu der Diskussion um die Gesetzeseseinheit siehe Pagliaro, *Principi di diritto penale, Parte generale*, 2003, S. 192 ff. m.w.N.; vgl. Fiandaca/Musco, *Diritto penale, Parte generale*, 2006, S. 630.

¹⁰⁷ Siehe Fiandaca, in: Crespi/Stella/Zuccalà, 1986, Art. 15 c.p., II, Rdn. 1. Pagliaro, *Principi di diritto penale, Parte generale*, 2003, S. 197, dagegen stellt nur auf die Spezialität und Konsumtion ab.

¹⁰⁸ Siehe die Angaben bei Fiandaca, in: Crespi/Stella/Zuccalà, 1986, Art. 15 c.p., II, Rdn. 2; Pagliaro, *Principi di diritto penale, Parte generale*, 2003, S. 192 f., Fn. 9.

2. Konsumtionsklausel

Bereits der Gesetzgeber von 1990 hatte die *clausola di riserva* dahingehend geändert, daß nicht mehr das Vorliegen eines jeglichen Delikts die Anwendung von Art. 323 c.p. verhindern kann, sondern nur noch die im Vergleich zum Amtsmißbrauch schwereren Tatbestände. Diese Regelung blieb bei der Gesetzesänderung von 1997 ungetastet.

Über die Terminologie besteht in der Literatur jedoch keine Einigkeit. Vor der Reform von 1990 handelte es sich zweifelsohne um eine Subsidiaritätsklausel, bei der die Tat nur hilfsweise, also subsidiär, nach Art. 323 c.p. geahndet werden konnte. Erfüllte sie hingegen irgendeinen anderen Tatbestand, selbst wenn dieser eine geringere Bestrafung vorsah oder auch nur eine Übertretung (*contravvenzione*) darstellte, so kam das Delikt des *abuso di ufficio* nicht in Frage.¹⁰⁹ Heute sieht ein Teil der Lehre die einschränkende Formel als Konsumtionsklausel an,¹¹⁰ während ein anderer die Vorschrift weiterhin als subsidiär bezeichnet.¹¹¹ Romano als Vertreter letzterer Ansicht meint, der Anwendungsbereich des Amtsmißbrauchs werde passender durch seine „aktive Verfügbarkeit im Notfall“ charakterisiert, als durch die „passive Konsumtion“.¹¹² Nach der Gegenmeinung verdeutliche das Konsumieren einer Norm durch eine andere dagegen besser den Gedanken der Überwiegens bzw. Vorherrschens (*prevalenza*), der in der höheren Strafanordnung zum Ausdruck komme, während der Ausdruck Subsidiarität allgemeiner erscheine und die Position jeglicher Norm bezeichnen könne, die nur dann angewendet wird, wenn keine andere einschlägig ist.¹¹³ Die Kontroverse ist zweitrangig, da sie lediglich auf terminologischer Ebene verläuft und keine materiellrechtlichen Konsequenzen besitzt.¹¹⁴

Allerdings bestehen ebenfalls Divergenzen hinsichtlich der Reichweite der Klausel. Es bieten sich verschiedene Möglichkeiten. Die erste ist, daß die Klausel nur in Beziehung zu den Amtsdelikten gilt. Allein wenn ein anderes Amtsdelikt vorliegt, das schwerer als der Amtsmißbrauch ist, würde Art. 323 c.p. ausscheiden. So beziehen *Fiandaca* und *Musco* die Konsumtionsklausel¹¹⁵ lediglich auf Delikte gegen die öffentliche Verwaltung, mit der Folge, daß die Einschränkung

¹⁰⁹ Pagliaro, Leg. Pen. 1990, 303, 304; ders., *Principi di diritto penale, Parte speciale*, 2000, S. 265; Leoni, S. 129; Benussi, S. 189; Segreto/De Luca, 1999, S. 556.

¹¹⁰ Benussi, S. 188; Leoni, S. 129; Segreto/De Luca, 1999, S. 556; Pagliaro/Parodi Giusino, *Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I*, 2008, S. 307.

¹¹¹ *Fiandaca/Musco, Diritto penale, Parte generale*, 2006, S. 635; dieselben, 2002, S. 249; siehe auch Romano, 2006, Art. 323 c.p., Rdn. 54, der den Ausdruck „*clausola di sussidiarietà limitata*“ benutzt.

¹¹² Romano, 2006, Art. 323 c.p., Rdn. 54.

¹¹³ So Benussi, S. 188, Fn. 399.

¹¹⁴ Der Einfachheit halber und um den Unterschied zur ursprünglichen Regelung hervorzuheben, wird im Folgenden lediglich von einer Konsumtionsklausel die Rede sein.

¹¹⁵ Nicht zu vergessen, daß sie jedoch weiterhin von einer Subsidiaritätsklausel sprechen.

bei einer Konkurrenzsituation mit anderen Straftatbeständen nicht zum Tragen kommt.¹¹⁶ Die zweite Interpretationsmöglichkeit besteht darin, die Regelung auch in Beziehung zu den Delikten anzuwenden, die zwar einen Mißbrauch öffentlicher Befugnisse beinhalten, aber im Kern andere Unrechtsinhalte betreffen. Demgemäß hebt *Pagliari* hervor, daß Art. 323 c.p. wegen der Konsumtionsklausel nicht nur nicht applizierbar sei, wenn die Tat ein anderes (schwereres) Amtsdelikt darstellt,¹¹⁷ sondern auch dann nicht zur Anwendung komme, wenn Tatbestände mit anderen Schutzgütern – wie beispielsweise die Beleidigung oder Körperverletzung – tangiert sind, sofern die Begehung mittels Mißbrauchs des Amtes einen allgemeinen (Art. 61 Nr. 9 c.p.) oder speziellen (z.B. Art. 605 Nr. 2 c.p.) Erschwerungsgrund erfülle. Allein maßgebend sei, daß das andere Delikt schwerer als der Amtsmißbrauch ist.¹¹⁸ *Romano* verneint schließlich in Anwendung der „limitierte Subsidiaritätsklausel“ kategorisch die Möglichkeit von Tateinheit zwischen dem Amtsmißbrauch und jeglichen schwereren Delikten.¹¹⁹ Auf die Verwirklichung eines Erschwerungsgrunds kommt es ihm hier nicht an. Vielmehr unterstreicht er das Erfordernis, daß alle Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 323 c.p. vorliegen müßten. Wenn der Amtsträger oder mit einem öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete lediglich eine allgemeine Strafbestimmung verletze, mangle es an der Gesetzesnormverletzung im Sinne des Tatbestands, weil sie nicht die Verwaltungstätigkeit regle. In solchen Konstellationen sei ein allgemeines Strafdelikt mit Erschwerungsgründen – Art. 61 Nr. 9 c.p. oder spezielle – gegeben, ohne daß die Schwere im Vergleich zum (nicht vorliegenden) Amtsmißbrauch von Belang sei.¹²⁰

Es ist selbstverständlich, daß der Vorbehalt aus Art. 323 c.p. nur dann relevant werden kann, wenn überhaupt alle Tatbestandsvoraussetzungen des Amtsmißbrauchs gegeben sind. Fehlt es somit an der Tathandlung wie beispielsweise der Verletzung einer Gesetzesnorm, besteht gar keine Konkurrenz mit dem Delikt des *abuso di ufficio*. Die Problematik, die *Romano* mit dem letzten Gedanken anspricht, gehört zum Fragenkomplex bezüglich des Charakters der Gesetzes- oder Verordnungsnormen im Sinne von Art. 323 c.p. aufweisen müssen. Im Ansatz unterscheiden sich die Ansichten von *Pagliari* und *Romano* nicht: die Klausel besitzt grundsätzlich auch eine Funktion bei Allgemeindelikten. Wenn sämtliche Merkmale des Art. 323 c.p. sowie die eines Allgemeindelikts vorhanden sind, wird darüber hinaus in der Regel die allgemeine Erschwerungsbestimmung des Art. 61 Nr. 9 einschlägig sein. Nur wo dies nicht der Fall ist, würden die Auffassungen der beiden Autoren zu

¹¹⁶ Fiandaca/Musco, *Diritto penale, Parte generale*, 2006, S. 635; dieselben, 2002, S. 249.

¹¹⁷ Wie beispielsweise Art. 263, 314-320, 322, 325-328, 520, 606-609 c.p.

¹¹⁸ *Pagliari*, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2000, S. 265. Ihm folgend Benussi, S. 190. Siehe nun *Pagliari/Parodi Giusino*, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2008, S. 308.

¹¹⁹ *Romano*, 2006, Art. 323 c.p., Rdn. 54.

¹²⁰ *Romano*, 2006, Art. 323 c.p., Rdn. 57 f.

unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Ihr Ansatz erscheint meines Erachtens vorzugswürdig.

Eine weitere Schwierigkeit besteht hinsichtlich der Frage, welche Rolle die Klausel in Bezug auf die Delikte besitzt, die neben dem Amtsmißbrauch gegeben, jedoch mit gleicher oder geringerer Strafe als dieser bedroht sind. Während die subsidiäre Stellung des ursprünglichen Art. 323 c.p. Tateinheit mit anderen Delikten ausgeschlossen hatte, eröffnete die Beschränkung der Vorbehaltsklausel¹²¹ durch den Gesetzgeber 1990 die Problematik der Unterscheidung von Idealkonkurrenz und Gesetzeseinheit.¹²² Denn wenn auch andere Delikte vorliegen, die aber nicht schwerer als der Amtsmißbrauch wiegen, muß entschieden werden, ob die Tatbestände in Tat- oder aber in Gesetzeseinheit zueinander stehen. *Romano* meint, daß die *clausola di riserva* keine Funktion in Beziehung zu Delikten besäße, die als leichter oder gleich schwer wie der Amtsmißbrauch einzustufen sind. Hier würden die allgemeinen Regeln gelten, d.h. es käme entweder Idealkonkurrenz oder Gesetzeseinheit in Betracht. Eine besondere Bedeutung erhielte an diesem Punkt das Prinzip der Spezialität, Art. 15 c.p.¹²³ Auch *Segreto* und *De Luca* sagen, daß mit der Reform von 1990 der Gesetzgeber die Problematik der Unterscheidung von Idealkonkurrenz und Gesetzeseinheit eröffnet habe, der durch das Prinzip der Spezialität zu lösen sei.¹²⁴ Ebenfalls *Benussi* wendet Art. 15 c.p. mit dem *principio di specialità* an.¹²⁵ Gänzlich der Lösung mit Hilfe des Grundsatzes der Spezialität läuft die Überlegung zuwider, daß Art. 15 c.p. im Fall des Art. 323 c.p. unanwendbar ist. In der Tat sieht Art. 15 c.p. vor, daß das spezielle Gesetz das allgemeine nur dann verdrängt, wenn nichts anderes bestimmt ist. Diese andere Regelung könnte jedoch in dem Vorbehalt des Art. 323 c.p. zu sehen sein und das auch in Bezug auf die gegenüber den Amtsmißbrauch leichteren Delikte.¹²⁶ Das hätte zur Folge, daß die Klausel ebenfalls bei einer Konkurrenz zu letzteren Gültigkeit erhalten würde und grundsätzlich nach dem Delikt des Amtsmißbrauchs

¹²¹ Benussi, S. 187, 189, Fn. 399, spricht von einer „*clausola relativamente determinata*“.

¹²² Segreto/De Luca, S. 556 f.

¹²³ Romano, 2006, Art. 323 c.p., Rdn. 59 f. Vgl. aber Cass., Sez. V, 16.1.1986, D'Amato, RV172413, in welchem das oberste Gericht unabhängig vom Art. 323 c.p. festgestellt hat, daß die Klausel „*salvo che il fatto costituisca più grave reato*“ nicht immer mit dem Spezialitätsprinzip verbunden sei, weil „*fatto*“ etwas anderes als „*stessa materia*“ aus Art. 15 c.p. bedeute. Letztere, „*dieselbe Materie*“, bedeute die Homogenität der abstrakten Tatbestandselemente sowie der Rechtsgüter. Der Begriff „*fatto*“, also die „*Tat*“, meine hingegen das konkrete spezifische Ereignis, für welches die Homogenität der abstrakten Tatbestandsmerkmale nicht von Belang sei, sondern das konkrete Profil der kriminellen Verhaltensweisen, die von verschiedenen – in Tat- oder in Gesetzeseinheit zueinander stehenden – Normen geregelt würden.

¹²⁴ Segreto/De Luca, 1999, S. 557.

¹²⁵ Benussi, S. 190.

¹²⁶ So ließe sich zunächst Benussi, S. 189, Fn. 399, deuten, der jedoch später ohne weiteres den Grundsatz der Spezialität anwendet.

zu bestrafen wäre, wenn es im Vergleich zu den anderen vorliegenden Straftatbeständen das schwerwiegendere darstellt. Dieser Gedanke setzt zunächst voraus, daß die verschiedenen Vorbehaltsklauseln in den Tatbeständen, wie die des Amtsmissbrauchs, als solche andere Regelung im Sinne des Art. 15 c.p. verstanden werden.¹²⁷ Dagegen läßt sich jedenfalls nichts einwenden.¹²⁸ Die Schlußfolgerung jedoch, daß das Delikt des Amtsmissbrauchs im Verhältnis zu gleich schwerwiegenden oder leichteren Delikten stets zur Anwendung zu kommen hat, ist nicht richtig. Vielmehr eröffnet die Klausel aus Art. 323 c.p. lediglich die Frage der Konkurrenz; wenn also durch sie feststeht, daß der Amtsmissbrauch im Grundsatz gegeben ist und zudem ebenfalls andere Tatbestände erfüllt sind, stellt sich erst die Frage, in welchem Verhältnis sie zueinanderstehen.

Die Problematik, wann der Amtsmissbrauch das schwerere Delikt darstellt, ist durch einen Vergleich der Strafandrohungen zu lösen. Grundsätzlich sind die oberen Grenzen der Strafmaße einander gegenüberzustellen, bei identischer Höhe jedoch die Mindeststrafen.¹²⁹

3. Einzelne Konkurrenzen

a) Amtsmissbrauch und Unterschlagung im Amt

Mit der Reform von 1990 wurde auch der Tatbestand der Unterschlagung im Amt (*peculato*), Art. 314 c.p., umfassend geändert. Vorher waren sowohl die Begehungsweise der Aneignung (*appropriazione*), als auch die der Zweckentfremdung (*distrazione*) erfaßt. Mit dem Gesetz 86/1990 nahm die Legislative hingegen letztere Handlungsform aus der Vorschrift heraus. Dadurch eröffnete sich die Diskussion, ob seine vollständige Eliminierung aus dem Strafgesetzbuch vorgenommen wurde, oder aber die Figur der Zweckentfremdung im Folgenden vom Tatbestand des Amtsmissbrauchs erfaßt werden sollte. Die überwiegende Meinung sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung bevorzugt letztere Lösung. Für sie handele es sich daher nicht um einen Fall der *abolitio criminis*, sondern lediglich um eine Umgestaltung aufgrund systematischer Anforderungen und dementsprechend seien die Regelungen bezüglich der Gesetznachfolge anzuwenden.¹³⁰

¹²⁷ Siehe Benussi, a.a.O.

¹²⁸ Ebenso Pagliaro, *Principi di diritto penale, Parte generale*, 2003, S. 194 f.

¹²⁹ Benussi, S. 190, Fn. 401. Vgl. jedoch die sogenannte konkrete Lösung zur Ermittlung des tätergünstigsten Gesetzes Pagliaro, *Principi di diritto penale, Parte generale*, 2003, S. 134 f.; Fiandaca/Musco, *Diritto penale, Parte generale*, 2006, S. 81 f.

¹³⁰ Siehe für die Literatur Iadecola, *Giust. pen.*, 1991, II, Sp. 121, 122 f.; Cagli, *Dig. discipl. pen.*, Vol. IX, 334, 336, 340; D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1995, S. 116, 183; Nappi, *Gazz. giur.*, 1996, n. 38, 1; Fiandaca/Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2002, S. 186;

Auf diese Weise wurde auch die umstrittenen Fälle gelöst, in denen Amtsträger oder mit einem öffentlichen Dienst Beauftragte Arbeitskräfte der Verwaltung, meist Untergebene, für private Zwecke einsetzten.¹³¹ Mal hatte die Rechtsprechung von der Veruntreuung öffentlicher Gelder durch den Täter gesprochen und Art. 314 c.p. angewandt,¹³² andere Male wurde die private Interessennahme in Handlungen der Verwaltung, Art. 324 c.p.,¹³³ für einschlägig befunden. Als der Gesetzgeber aus Art. 314 c.p. Handlungsweisen herausnahm, bei denen der Gebrauchszweck entfremdet wird, und Art. 324 c.p. abschaffte, eröffnete er Gerichten die Möglichkeit, diese Fälle mittels der Anwendung des Art. 323 c.p. zu lösen.¹³⁴

Wenn heute bei anderen Konstellationen die Tatbestände sowohl der Unterschlagung im Amt als auch des Amtsmißbrauchs erfüllt sind, wird letzterer wegen der geringeren Strafandrohung grundsätzlich von Art. 314 c.p. konsumiert. Dieses gilt natürlich nur, sofern die Mißbrauchshandlung auch das Mittel zur Aneignung des Geldes oder der beweglichen Sache darstellt. Sobald beispielsweise der Amtsmißbrauch nach Vollendung der Unterschlagung im Amt zu ihrer Verschleierung begangen wird, sind zwei Handlungen und Realkonkurrenz zwischen den Delikten gegeben.¹³⁵

Gallo, Dir. pen. proc., 1996, 271, 274; Grosso, Riv. it. dir. proc. pen., 1991, 319, 325; Padovani, L'abuso d'ufficio, S. 602 f; Palazzo, Riv. it. dir. proc. pen., 1990, 815, 827; ders., Commento agli artt. 314-316 c.p., S. 26 f.; Parodi Giusino, Dig. discipl. pen., Vol. VIII, Appendice, 587; Piemontese, S. 107 ff.; Pisa, Giurisprudenza commentata, S. 67; Rampioni, L'abuso di ufficio, S. 109; Scordamaglia, L'abuso di ufficio, S. 194; s. für die Rechtsprechung Cass., 16.2.1996, Scopinaro, Riv. pen., 1997, 81; Cass., Sez. VI, 16.10.1992, Bova ed altri, RV193756; Cass., Sez. VI, 2.4.1992, Bronte, Cass. pen., 1994, 1835; Cass., Sez. VI, 16.5.1991, Burgaretta, Cass. pen., 1992, 3024, 3025; s. auch Trib. Cassino, 22.1.1991, De Ciantis, Cass. pen., 1991, 864; Trib. Palermo, 20.7.1990, Bronte ed altri, Giur. merito, 1991, 818; Trib. Lamezia Terme, 14.5.1994, Matarazzo ed altri, Riv. pen., 1994, 912; s. auch Ufficio istruzione di Roma, 30.11.1990, De Luca, Giust. pen., 1991, II, Sp. 116; einsam a.A. in der Rechtsprechung Trib. Palermo, 25.3.1991, Greco ed altri, Giust. pen., 1991, II, Sp. 367.

¹³¹ Cass., Sez. VI, 16.5.1991, Burgaretta, Cass., pen., 1992, 3024, 3025.

¹³² Cass., Sez. VI, 14.2.1973, Benedettino ed altro, Giust. pen., 1973, II, Sp. 418; Cass., Sez. VI, 21.3.1980, Papette, Cass. pen., 1981, 2005; diese Lösung hätte auch Cass., Sez., VI, 16.5.1991, Burgaretta, Cass., pen., 1992, 3024, 3025 gewählt.

¹³³ Siehe Konsequenz aus App. Catania, 8.2.1994, Rodolico, Foro it., 1994, II, Sp. 515, 516.

¹³⁴ Cass., Sez., VI, 16.5.1991, Burgaretta, Cass., pen., 1992, 3024, 3025; Cass., Sez. VI, 25.5.1992, Manno, RV191418; Cass., Sez. VI, 13.5.1998, Agnello, Cass. pen., 1999, 2838, in das Gericht hervorhebt, daß nicht das Delikt des Art. 314 Abs. 2 c.p. erfüllt sein kann, da dieses die Aneignung einer Sache voraussetzt, während das bei einer Person nicht möglich ist; App. Catania, 8.2.1994, Rodolico, Foro it., 1994, II, Sp. 515, 516; vgl. für den Fall, daß die Tat durch einen *incaricato di un pubblico servizio* begangen wurde, s. Cass., Sez. VI, 27.1.1994, Liberatore, Cass. pen., 1996, 802; s. in der Rechtslehre Piemontese, S. 109; Gambardella, in: Lattanzi/Lupo, Art. 323 c.p., S. 228.

¹³⁵ Benussi, S. 193; vgl. Pisa, Encicl. giur., Vol. I, 19.

b) Amtsmißbrauch und Erpressung im Amt

Auch die Erpressung im Amt (*concussione*), Art. 317 c.p., ist gegenüber dem Amtsmißbrauch das schwerere Delikt und verhindert bei Erfüllung beider Tatbestände durch eine Handlung die Anwendung des Art. 323c.p.

Wiederum ist nur Tatmehrheit zwischen den Vorschriften denkbar, wenn zwei entsprechende Handlungen vorliegen.¹³⁶ So hat es das oberste Strafgericht in einem Fall entschieden, in dem ein Bürgermeister für später erlassene Ermächtigungen und Konzessionen Geld – auch wenn oft nur zur Leihe – eintrieb und so den Tatbestand des Art. 317 c.p. erfüllte. Die objektiven Tatbestandsvoraussetzungen des Amtsmißbrauchs sahen die Richter mit den später erfolgten Verwaltungsakten erfüllt.¹³⁷

c) Amtsmißbrauch und Bestechlichkeit

Das Verhältnis von Bestechlichkeit (*corruzione propria*), Art. 319 c.p., und Amtsmißbrauch war bis zur Reform von 1997 insbesondere in der Rechtslehre umstritten und die Diskussion von dogmatischen Unsicherheiten geprägt, die bis heute nicht ausgeräumt zu sein scheinen.¹³⁸ Die Rechtsprechung und die herrschende Literatur befürworteten das Aufgehen des Amtsmißbrauchs in der Bestechlichkeit, um eine Verletzung des Grundsatzes *ne bis in idem* auszuschließen.¹³⁹ Die Gegenansicht sah jedoch diesen nicht gefährdet, da sich die Unwerte der Delikte auf unterschiedliche Tathandlungen beziehen würden. Während es beim Amtsmißbrauch eine tatsächliche Pflichtverletzung sei, erschöpfe sich der Unwert bei der Bestechlichkeit in der Vereinbarung zwischen dem Verwaltungsangehörigen und der Privatperson.¹⁴⁰

Mit der letzten gesetzlichen Modifikation haben sich die Voraussetzungen geändert. Die Strafandrohung ist beim Amtsmißbrauch nun erheblich geringer als

¹³⁶ Piemontese, S. 111 f.; Gambardella, in: Lattanzi/Lupo, Art. 323 c.p., S. 227; Segreto/De Luca, S. 557; Benussi, S. 195; vgl. hingegen Pisa, Encicl. giur., Vol. I, 19, der die Konsumtionsklausel nicht auf den zweiten Absatz des Art. 323 c.p. i.d.F. von 1990 anwendet.

¹³⁷ Cass., Sez. VI, 3.2.1991, Chiminello, Cass. pen., 1992, 635, 636, 638 f., wobei das Gericht aber im konkreten Fall die erforderliche Schädigungs- bzw. Vorteilsabsicht verneinte, da der unrechtmäßige Gewinn bereits vorher mit der Erpressung im Amt realisiert worden war und keine weiteren Absichten erkennbar waren

¹³⁸ Vgl. besonders Seminara, Commento, S. 293, 295 und Pisa, Encicl. giur., Vol. I, 19.

¹³⁹ Siehe für die Lehre Pisa, Encicl. giur., Vol. I, 19; Parodi Giusino, Dig. discipl. pen., Vol. VIII, Appendice, S. 597; s. für die Rechtsprechung Cass., Sez. VI, 16.2.1996, Travaglione, Cass. pen., 1997, 3401; vgl. Cass., Sez. VI, 21.4.1995, Innocenti ed altri, Riv. pen., 1996, 629.

¹⁴⁰ Seminara, Commento, S. 293, 295.

bei der Korruption. Darüber hinaus spielen auch das Erfordernis eines Erfolgseintritts sowie das des allgemeinen Vorsatzes eine Rolle. So ist bei gleichen Umständen bereits in einigen Fällen die Tatbestandsverwirklichung des Art. 323 c.p. im Gegensatz zur Situation unter der früheren Regelung zu verneinen, so daß sich die Frage der Konkurrenz gar nicht stellt. Dennoch ist der Streit im Kern der gleiche geblieben. Die wohl immer noch herrschende Rechtslehre argumentiert ausgehend von dem Fall der auf die pflichtwidrige Diensthandlung folgenden Korruption (*corruzione propria sussequente*). Bei ihr sei die erlassene Maßnahme bereits vom Tatbestand umfaßt. Würde wegen Amtsmißbrauch und Bestechlichkeit bestraft werden, läge ein Verstoß gegen den Grundsatz *ne bis in idem* vor.¹⁴¹ Das ist jedoch nicht richtig. Beim Tatbestand der Bestechlichkeit wird nicht die Begehung des pflichtwidrigen Akts bestraft, sondern die Vereinbarung seiner Vergütung. Das ergibt sich auch aus der Tatsache, daß die der Verwaltungshandlung vorangehenden Korruption mit derselben Strafe bedroht ist.¹⁴² Die höhere Strafandrohung der *corruzione propria*, Art. 319 c.p., im Vergleich zur Vorteilsannahme (*corruzione impropria*), Art. 318 c.p., begründet sich hingegen allein durch Ausrichtung auf die Pflichtwidrigkeit der Maßnahme.¹⁴³

Wenn ein Amtsträger zunächst vollständig den Tatbestand des Art. 323 c.p. ohne entsprechende Vereinbarung über die mißbräuchliche Amtshandlung erfüllt und nachträglich Geld für die erlassene Maßnahme annimmt, dann liegen zwei verschiedene Handlungen und damit zwei selbständige Straftaten vor.¹⁴⁴ Es besteht nur ein *concorso materiale di reati*, denn zum Tatbestand des Art. 319 c.p. gehört nicht der effektive Erlaß von Akten. Zum Unwert der Pflichtverletzung kommt der Unwert der Käuflichkeit dieser Diensthandlung hinzu.¹⁴⁵ Wenn der Verwaltungsangehörige aufgrund der vorangegangenen Absprache, die den Tatbestand des Art. 319 c.p. erfüllt, die versprochene rechtswidrige Handlung erläßt, dann folgt der vollendeten Bestechlichkeit nur ein selbständiger Amtsmißbrauch, sofern sämtliche Tatbestandsmerkmale des Art. 323 c.p., insbesondere ein Tatbestandserfolg eintritt. Möchte der Täter lediglich sein Versprechen einlösen und erstrebt darüber hinaus keinen weiteren Vorteil oder Schaden, liegt kein Amtsmißbrauch vor. Daran wird deutlich, daß grundsätzlich Amtsmißbrauch und Bestechlichkeit nur in Realkonkurrenz zueinander stehen.¹⁴⁶

¹⁴¹ Benussi, S. 194; vgl. Pagliaro/Parodi Giusino, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2008, S. 309; s. zur Argumentation Pisa, *Encicl. giur.*, Vol. I; 19.

¹⁴² So auch schon Seminara, *Commento*, S. 295.

¹⁴³ A.A. Pisa, *Encicl. giur.*, Vol. I, 19.

¹⁴⁴ A.A. Pagliaro/Parodi Giusino, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2008, S. 309; Benussi, S. 194.

¹⁴⁵ So vor der Reform Seminara, *Commento*, S. 293, 295.

¹⁴⁶ Segreto/De Luca, 1999, S. 557 m.w.N.; a.A. Pagliaro/Parodi Giusino, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2008, S. 309; Benussi, S. 194.

Allein wenn die Privatperson dem Amtsträger einen Lohn für die pflichtwidrige Diensthandlung verspricht und der Erlaß der Verwaltungsmaßnahme als Annahme dieses Versprechens gewertet werden kann, wird der Tatbestand der Korruption durch die Begehung eines Amtsmißbrauchs erfüllt. Es liegt nur eine Handlung vor, und der Art. 323 c.p. wird von Art. 319 c.p. als dem schwereren Delikt konsumiert.¹⁴⁷

d) Amtsmißbrauch und Verwendung von Dienstgeheimnissen

Bei dem Delikt der Aufdeckung von Dienstgeheimnissen (*rivelazione di segreti di ufficio*) wird gemäß Art. 326 Abs. 1 c.p. der Amtsträger oder mit einem öffentlichen Dienst Beauftragte, der in Verletzung von Pflichten seiner Funktion bzw. seines Dienstes oder aber zumindest seine Subjektqualität mißbrauchend, ein Dienstgeheimnis aufdeckt oder seine Kenntnisnahme in irgendeiner Form erleichtert, mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu drei Jahren bestraft.

Daß ein und dieselbe Handlung sowohl Art. 326 Abs. 1 als auch Art. 323 c.p. erfüllt, ist zwar möglich, da aber der Amtsmißbrauch eine Bereicherungs- bzw. Schädigungskomponente notwendig voraussetzt, ist auch das Delikt der Nutzbarmachung von Dienstgeheimnissen (*utilizzo di segreti di ufficio*), Art. 326 Abs. 3 c.p., gegeben. Dieses ist zweifelsohne spezieller als das aus Absatz 1, und darum ist seine Konkurrenz zum Amtsmißbrauch maßgebend.

Gemäß Art. 326 Abs. 3 Satz 1 c.p. ist derjenige Amtsträger oder mit einem öffentlichen Beauftragte, der sich unrechtmäßigerweise Dienstgeheimnisse nutzbar macht, um sich oder andere einen ungeschuldeten Vermögensgewinn zu verschaffen, mit Freiheitsstrafe zwischen zwei bis fünf Jahren zu bestrafen. Die Strafe beträgt nach Satz 2 bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe, sollte die Tat begangen worden sein, um sich oder anderen einen ungerechten, nichtmateriellen Gewinn zu verschaffen oder um anderen einen ungerechten Schaden zuzufügen.¹⁴⁸ Die Konkurrenzfrage stellt sich, wenn die Tat mittels eines Amtsmißbrauchs begangen wird. Gebraucht demnach ein Verwaltungsangehöriger ein Dienstgeheimnis, um sich oder andere einen unrechtmäßigen Vermögensgewinn zu verschaffen und verwirklicht im Grunde sowohl den Tatbestand des Art. 323 c.p. als auch

¹⁴⁷ Vgl. Cass., Sez. VI, 7.5.1998, Casiccia, Cass. pen., 1999, 2836; Cass., Sez., I, 1.10.1998, Saccani, Cass. pen., 1999, 2504 f.; Benussi, S. 194.

¹⁴⁸ Art. 326 Abs. 3 c.p. lautet: „*Il pubblico ufficiale o la persona incaricata di un pubblico servizio, che, per procurare a sé o ad altri un indebito profitto patrimoniale, si avvale illegittimamente di notizie d'ufficio, le quali debbano rimanere segrete, è punito con la reclusione da due a cinque anni. Se il fatto è commesso al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto non patrimoniale o di cagionare ad altri un danno ingiusto, si applica la pena della reclusione fino a due anni.*“

den des Art. 326 Abs. 3 Satz 1 c.p.,¹⁴⁹ so kommt nur letzterer zur Anwendung. Er ist aufgrund seiner erheblich höheren Strafandrohung das schwerwiegendere Delikt, so daß die Konsumtionsklausel die Anwendung des Amtsmißbrauchs verhindert.

Wenn es jedoch um einen immateriellen Gewinn bzw. um einen Schaden im Sinne von Art. 326 Abs. 3 Satz 2 c.p. geht, wofür die Strafandrohung unter der des Amtsmißbrauchs liegt, sind beide Delikt gegeben. Hier hat aber wiederum Art. 323 c.p. zurückzutreten. Die Nutzbarmachung von Dienstgeheimnissen ist spezieller, weil sie mit der Nutzbarmachung des Verwaltungsgeheimnisses gegenüber dem Amtsmißbrauch ein zusätzliches Tatbestandsmerkmal beinhaltet.¹⁵⁰ Eine Bestrafung nach beiden Vorschriften würde den Grundsatz *ne bis in idem* verletzen.¹⁵¹

Nicht eine Frage von Konkurrenz, sondern von Tatbestandserfüllung ist es, wenn der Verwaltungsangehörige *uti privatus* handelt, also nicht, wie beim Amtsmißbrauch erforderlich, in Ausübung seiner Funktionen oder seines Dienstes. Art. 323 c.p. ist dann nicht einschlägig, so daß nur der Tatbestand des Art. 326 Abs. 3 c.p. gegeben sein kann.¹⁵²

e) Amtsmißbrauch und Amtsanmaßung

Umstritten ist, ob ein Amtsmißbrauch mit einer vorangegangenen Amtsanmaßung (*usurpazione di funzioni pubbliche*), Art. 347 c.p., konkurrieren kann. Diese begeht derjenige, der sich öffentliche Funktionen oder Attribute anmaßt, die einer öffentlichen Anstellung zu eigen sind. Zunächst sind die Konstellationen, in denen die Tat von einer Privatperson begangen wird, von denen zu unterscheiden, in denen ein öffentlich Bediensteter handelt.

Maßt sich ein gänzlich außerhalb der öffentlichen Verwaltung Stehender vorsätzlich Amtsbefugnisse an, macht er sich – wie oben bereits festgestellt –

¹⁴⁹ Dabei erfordert Art. 326 Abs. 3 c.p. nicht die Realisierung eines Vorteils oder die Verursachung eines Schadens, sondern jeweils nur einen entsprechenden Vorsatz sowie die Aneignung von Dienstgeheimnissen. Eine Konkurrenzsituation zum Amtsmißbrauch setzt aber den Eintritt eines Vorteils oder eines Schadens voraus.

¹⁵⁰ Benussi, S. 192 f.; Pagliaro/Parodi Giusino, *Principi di diritto penale*, Parte speciale, Vol. I, 2008, S. 281. Vgl. auch Cass., Sez. VI, 6.7.1988, Di Crecchio, RV178949, Cass. pen., 1989, 1986.

¹⁵¹ Cass., Sez. VI, 12.6.1981, Maio, Giust. pen., 1982, II, Sp. 454, 460; Cass., Sez. VI, 6.7.1988, Di Crecchio, Cass. pen., 1989, 1986; Cass., Sez. VI, 9.6.1997, Palumbo, Cass. pen., 1999, 540, 541; Piemontese, S. 113; Gambardella, in: Lattanzi/Lupo, Art. 323 c.p., S. 228; vgl. mit anderem Argument gegen die Anwendung von Art. 323 c.p. Seminara, Riv. it. dir. proc. pen., 1992, 565, 604.

¹⁵² Vgl. aber Benussi, S. 192 f.; Piemontese, S. 114.

unzweifelhaft gemäß Art. 347 c.p. strafbar. Mißbraucht er dann diese Funktionen im Sinne von Art. 323 c.p. sieht *Pagliari* auch den Tatbestand des Amtsmißbrauchs für erfüllt an. Der Private sei zu einem *pubblico ufficiale* geworden.¹⁵³ Die Gegenmeinung verneint jedoch, daß jemand, dem die Befugnis, öffentliche Funktionen wahrzunehmen, vollständig fehlt, durch Anmaßung die Subjektqualität eines Amtsträger im Sinne des Art. 357 c.p. erlangen könne.¹⁵⁴ Wie aber oben auch bereits ausgeführt, kommt es nach Art. 357 Abs. 1 c.p. für die Qualifizierung einer Person als Amtsträger im Sinne des Strafgesetzes nicht darauf an, wie sie die Funktionen erlangt hat, sondern allein, daß sie sie wahrnimmt. Es ist daher möglich, daß es nach einer Amtsanmaßung auch zu einem Mißbrauch des Amtes kommt. Selbst wenn das bedeutet, daß jemand aus eigenem Entschluß heraus öffentliche Tätigkeiten vornehmen kann. Hat sich demnach jemand staatliche Gewalt angemaßt, übt diese eine gewisse Zeit aus, um sie dann in einem bestimmten Fall zu mißbrauchen, ist sowohl der Tatbestand nach Art. 347 c.p., als auch der gemäß Art. 323 c.p. erfüllt. Dabei handelt es sich um einen Fall der Tatmehrheit. Bemächtigt sich der Täter hingegen lediglich ein einziges Mal einer öffentlichen Funktion, um in einem Zug einen Tatbestandserfolg im Sinne von Art. 323 c.p. herbeizuführen, liegt nur das Delikt des Art. 347 c.p. vor, nicht aber auch das des Amtsmißbrauchs. Die Annahme beider Delikte in Tateinheit scheidet zum einen daran, daß die Erfüllung von Art. 323 c.p. die besondere Subjektqualität erfordert, die Amtsanmaßung daher immer vorangehen muß. Ohne die Amtsanmaßung wäre der Amtsmißbrauch gar nicht möglich. Eine Privatperson, die einen Tatbestandserfolg im Sinne des Art. 323 c.p. herbeiführen will, muß sich zwangsläufig die nötigen Funktionen anmaßen. Sie hat zum anderen in dieser Konstellation nicht den Vorsatz, diese längere Zeit auszuüben, um dann eines Tages sich oder andere zu begünstigen bzw. andere zu schädigen. Sie wird in der Regel lediglich die Anmaßung der Amtsgewalt bezwecken. Schließlich deckt eine Bestrafung nach Art. 347 c.p. die Tat in hinreichender Weise ab. Der Amtsmißbrauch wäre nach deutschem Verständnis als mitbestrafte Nachtat zu qualifizieren.

Zu untersuchen bleibt der Fall, in dem ein Amtsträger handelt, der für einen ganz anderen Bereich zuständig ist und somit auch völlig außerhalb seiner Befugnisse agiert. Grundsätzlich macht auch er sich nicht gemäß Art. 323 c.p., sondern nach Art. 347 c.p. strafbar.¹⁵⁵ Anders verhält es sich lediglich

¹⁵³ *Pagliari*, *Principi di diritto penale*, Parte speciale, Vol. I, 2000, S. 248; siehe nun *Pagliari/Parodi Giusino*, *Principi di diritto penale*, Parte speciale, Vol. I, 2008, S. 289.

¹⁵⁴ *Levi*, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, S. 50; *Benussi*, S. 196.

¹⁵⁵ *Nuvolone* in einer aktualisierenden Fn. bei *Manzini*, *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. V, 1982, S. 276, Fn. 2; *Pagliari*, *Encicl. dir.*, Vol. XLV, 1157, 1161; *Antolisei*, *Manuale di diritto penale*, Parte speciale, Vol. II, 2000, S. 333, Fn. 157; vgl. *Spizuoco*, *Giust. pen.*, 1951, I, Sp. 6; vgl. in der Rechtsprechung *Cass.*, *Sez. III*, 17.11.1949, *Pesini*, *Giust. pen.*, 1950, II, Sp. 688; *Cass.*, *Sez. III*, 11.10.1968, *Botello*, *Cass. pen.*, 1969, 1574;

in dem Fall, daß der Handelnde die Tat aufgrund eines Irrtums nicht mit einem Vorsatz der *usurpazione*, sondern mit einem solchen des Amtsmissbrauchs begeht.¹⁵⁶ Eine Bestrafung nach Art. 347 c.p. scheidet mangels Vorsatz aus, während zur Erfüllung des Art. 323 c.p. im Grunde die Subjektqualität fehlt. Allerdings ist der Täter, sobald er tatsächlich öffentliche Funktionen ausübt, ein Amtsträger im Sinne des Art. 323 c.p. und erfüllt daher dessen objektive wie auch subjektive Tatbestandselemente. Die Tat ist – sofern die Amtsanmaßung mittels des Missbrauchs des eigenen Amtes geschieht¹⁵⁷ – als Amtsmissbrauch zu ahnden.¹⁵⁸ Dennoch bleibt festzuhalten, daß in einem Fall, in welchem dem Amtsträger die ausgeübten Funktionen in keiner Weise zustehen, in der Regel Art. 347 c.p. anzuwenden ist. Der Amtsträger muß sich hier erst das fremde Amt anmaßen, bevor er es für seine Zwecke missbrauchen kann.¹⁵⁹ Das Delikt gemäß Art. 347 c.p. ist auf jeden Fall einschlägig. Ob darüber hinaus auch Art. 323 c.p. erfüllt ist, hängt davon ab, ob ein oder mehrere Handlungskomplexe vorliegen. Hier gilt daher das Gleiche, was oben zur Privatperson erörtert wurde. Handelt der Täter nur, um ein einziges Mal andere Befugnisse für private Zwecke zu missbrauchen, scheidet eine Bestrafung wegen Amtsmissbrauchs aus. Anders, wenn nach abgeschlossener Bemächtigung der Befugnisse diese später zu einem Tatbestandserfolg im Sinne des Art. 323 c.p. instrumentalisiert werden. Hingegen kommt allein das Delikt des *abuso di ufficio* in Betracht, wenn er die Befugnisse durchaus besitzt, aber ihre Grenzen überschreitet oder die Bedingungen für ihre Ausübung sonst nicht vorliegen¹⁶⁰ – immer vorausgesetzt, daß sämtliche Tatbestandsmerkmale gegeben sind.

f) Amtsmissbrauch und Unterlassung von Amtshandlungen

Wie bereits oben dargelegt, kam unter der Geltung der Subsidiaritätsklausel des Art. 323 c.p. in der Fassung bis 1990 bei einer Unterlassung seitens des Amtsträgers oder des mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten lediglich der Tatbestand der Unterlassung von Amtshandlungen (*ommissione*), Art. 328 Abs. 2 c.p. zur Anwendung. Mit der Umgestaltung als Konsumtionsklausel

Cass., Sez. VI, 8.10.1974, Rogen, Cass. pen., 1975, 462.

¹⁵⁶ Cass., Sez. VI, 4.2.1983, D'Alba, Cass. pen., 1984, 854 f.; auf diese Entscheidung scheint auch Pisa, Encicl. giur., Vol. I, 4 Bezug zu nehmen.

¹⁵⁷ Das stellt Pagliaro, *Principi di diritto penale*, Parte speciale, Vol. I, 2000, S. 248 klar. Siehe nun Pagliaro/Parodi Giusino, *Principi di diritto penale*, Parte speciale, Vol. I, 2008, S. 289.

¹⁵⁸ Vgl. im Ergebnis gleich Cass., Sez. VI, 4.2.1983, D'Alba, Cass. pen., 1984, 854, 855; wohl auch Segreto/De Luca, 1999, S. 569; unschlüssig Piemontese, S. 116 f.; vgl. Pagliaro, *Usurpazioni di funzioni pubbliche*, in: Encicl. del dir., XLV, 1157.

¹⁵⁹ Pagliaro, Encicl. dir., XLV, 1157, 1160; ders., *Principi di diritto penale*, Parte speciale, 1998, S. 409.

¹⁶⁰ Cass., Sez. III, 11.10.1968, Botello, Cass. pen., 1969, 1574; Cass., Sez. VI, 8.10.1974, Rogen, Cass. pen., 1975, 462; Cass., Sez. VI, 4.2.1983, D'Alba, RV158359.

durch das Reformgesetz Nr. 86 vom 26. April 1990 und der einheitlichen¹⁶¹ Strafandrohung bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe des heutigen Amtsmissbrauchs stellt dieser gegenüber Art. 328 c.p. – also sowohl hinsichtlich der Verweigerung (Art. 328 Abs. 1 c.p.) als auch der Unterlassung von Amtshandlungen (Art. 328 Abs. 2 c.p.) – das schwerwiegendere Delikt dar.¹⁶² Er kann somit nicht mehr von Art. 328 c.p. verdrängt werden.¹⁶³

Im Gegenteil treten regelmäßig sowohl der Tatbestand der Verweigerung einer Verwaltungsmaßnahme, als auch der der Unterlassung einer Verwaltungshandlung, d.h. ihrer Verzögerung über dreißig Tage hinaus, hinter dem Delikt des Amtsmissbrauchs zurück. Mit den zusätzlichen Voraussetzungen der Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen, des Eintritts eines Vermögensvorteils oder eines Schadens sowie des *dolo intenzionale* ist Art. 323 c.p. gegenüber Art. 328 c.p. spezieller.¹⁶⁴

g) Amtsmissbrauch und Entwendung von beschlagnahmten Sachen

Nach Art. 334 Abs. 1 c.p. macht sich unter anderem derjenige strafbar, der eine beschlagnahmte Sache, die er im Gewahrsam hat, entwendet, um dem Eigentümer der Sache einen Vorteil zu verschaffen.¹⁶⁵ Der oberste Gerichtshof hat in einem Fall, in dem ein Beamter ein seiner Verwahrung anvertrautes beschlagnahmtes Motorfahrzeug mit einem anderen minderen Wertes ausgetauscht hatte, um den Eigentümer in den Genuß eines ungerechten Vermögensvorteils

¹⁶¹ D.h. einen einheitlichen Strafrahmen sowohl für den vermögensrelevanten als auch für den immateriellen Amtsmissbrauch.

¹⁶² Siehe Pagliaro/Parodi Giusino, *Principi di diritto penale*, Parte speciale, Vol. I, 2008, S. 298 f.

¹⁶³ Benussi, S. 191.

¹⁶⁴ Anders, wenn keine konkreten Gesetzesbestimmungen verletzt wurden. Dann ist allerdings auch keine Konkurrenzsituation gegeben.

Vgl. zur selben Frage unter der der Reform von 1997 vorangegangenen Rechtslage jedoch Stile, *Legisl pen.*, 1990, 322, 331 f. Ihm zufolge würden die Änderungen von 1990 nicht dem systematischen Profil der Delikte gerecht. Beim Aufeinandertreffen von Art. 328 Abs. 1 und Art. 323 Abs. 1 c.p. komme letzterer wegen der Konsumtionsklausel nicht zur Anwendung, auch wenn der Amtsmissbrauch die Verweigerung der Verwaltungshandlung gemäß Art. 328 Abs. 1 c.p. umfasse und der *dolo specifico* ein angemessenes Strafmaß erlaube. Andererseits sei das Schutzgut des Art. 328 Abs. 1 c.p. spezieller.

Bei einer Konkurrenz zur Unterlassung einer Verwaltungshandlung, Art. 328 Abs. 2 c.p., falle zwar das unbegründete Verzögern der Maßnahme sicherlich in das Konzept des „Missbrauchs eines Amtes“, sei aber implizit stets von einem Schädigungsvorsatz getragen, wodurch das Delikt gegenüber Art. 323 c.p. wiederum spezieller erscheine.

¹⁶⁵ Art. 334 I c.p. lautet: „*Chiunque sottrae, sopprime, distrugge, disperde o deteriora una cosa sottoposta a sequestro disposto nel corso di un procedimento penale o dall’Autorità amministrativa e affidata alla sua custodia, al solo scopo di favorire il proprietario di essa, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con multa da lire centomila a un milione.*“

zu bringen, die eigenständige Anwendbarkeit des Art. 323 c.p. neben Art. 334 c.p. festgestellt. Mit der Ersetzung des Fahrzeugs würde der nötige rechtswidrige Akt begangen.¹⁶⁶ Von einem Teil der Literatur wird dieser Lösung zu Recht widersprochen. Das Austauschen ist nur das Mittel um die Sicherstellungsmaßnahme zu umgehen. Es ist als eine einheitliche Handlung zu bewerten und darf deshalb auch nur eine Bestrafung nach sich ziehen. Der Unwert der Tat wird durch die Anwendung des Art. 334 c.p. erschöpfend erfaßt.¹⁶⁷

h) Amtsmißbrauch und Falschbeurkundung im Amt

Nach einer Entscheidung des Kassationshofes wird der Amtsmißbrauch durch das Delikt der Falschbeurkundung im Amt (*falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici*), Art. 479 c.p.,¹⁶⁸ absorbiert, wenn der Mißbrauch allein durch die Falschbeurkundung begangen wurde. Art. 479 c.p. stelle gegenüber Art. 323 c.p. das schwerere Delikt dar.¹⁶⁹ Teile in der Rechtslehre halten jedoch weder den Grundsatz der Spezialität noch den der Konsumtion für anwendbar, so daß der Amtsmißbrauch nicht verdrängt werden könne.¹⁷⁰

Die Gerichtsentscheidung ist aber nicht zu beanstanden. Wenn durch eine Handlung sowohl der Tatbestand der Falschbeurkundung im Amt als auch der des Amtsmißbrauchs erfüllt wurde, kommt Idealkonkurrenz zwischen beiden Delikten nur in Betracht, sofern nicht eine Vorschrift als spezieller zu werten ist oder die Konsumtionsklausel des Art. 323 c.p. greift. Wird die Spezialität des Art. 479 c.p. verneint, so ist jedenfalls anzuerkennen, daß er mit der einer Strafandrohung im Höchstfall bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe¹⁷¹ das schwerere Delikt gegenüber dem Amtsmißbrauch darstellt.¹⁷²

¹⁶⁶ Cass., Sez. VI, 1.10.1997, Pescatore, Riv. pen., 1997, 953; zustimmend Gambardella, in: Lattanzi/Lupo, Art. 323 c.p., S. 229.

¹⁶⁷ So Benussi, S. 197.

¹⁶⁸ Art. 479 c.p. lautet: „*Il pubblico ufficiale, che, ricevendo o formando un atto nell'esercizio delle sue funzioni, attesta falsamente che un fatto è stato da lui compiuto o è avvenuto alla sua presenza, o attesta come da lui ricevute dichiarazioni a lui non rese, ovvero omette o altera dichiarazioni da lui ricevute, o comunque attesta falsamente fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità, soggiace alle pene stabilite nell'articolo 476.*“

¹⁶⁹ Cass., Sez. V, 21.10.1998, D'Asta, Rv211928.

¹⁷⁰ Benussi, S. 192; Segreto/De Luca, 1999, S. 571.

¹⁷¹ Art. 479 c.p. i.V.m. Art. 476 Abs. 2 c.p.

¹⁷² Gambardella, in: Lattanzi/Lupo, Art. 323 c.p., S. 230 f.

i) Amtsmißbrauch und Hausfriedensbruch durch einen Amtsträger

Der Tatbestand des Hausfriedensbruchs durch einen Amtsträger (*violazione di domicilio commessa da un pubblico ufficiale*), Art. 615 c.p., beinhaltet das Eindringen oder Aufhalten in einer Privatwohnung durch den Mißbrauch der amtlichen Befugnisse.¹⁷³ Die Mißbrauchshandlung für sich genommen ist weiter gefaßt als beim Art. 323 c.p., so daß bei einem Zusammentreffen beider Delikte der Anwendungsbereich von Art. 615 c.p. auch grundsätzlich größer ist.¹⁷⁴ Auch das Kassationsgericht hat explizit festgestellt, daß das Tatverhalten des Hausfriedensbruchs im Gegensatz zu dem des *abuso di ufficio* jeglichen Mißbrauch wie Amtsanmaßung, die Verfolgung anderer als der gesetzlichen vorgegebenen Zwecke, die Verletzung von Gesetzen, Verordnungen oder Dienst-anweisungen – unabhängig von der Unrechtmäßigkeit des Tatbestandserfolgs – umschließe.¹⁷⁵ Werden durch eine Handlung beide Tatbestände erfüllt, konsumiert der Hausfriedensbruch aufgrund seiner höheren Strafandrohung ohnehin den *abuso di ufficio*.

j) Amtsmißbrauch und Störung von öffentlichen Ausschreibungen

Gemäß Art. 353 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 c.p. macht sich die für öffentliche Ausschreibungen oder für private Versteigerungen auf Rechnung der öffentlichen Verwaltung verantwortliche Person strafbar, wenn sie durch Gewalt oder Drohung, oder durch Geschenke, Versprechungen, Vereinbarungen oder durch andere betrügerische Mittel, den Wettbewerb verhindert oder stört.¹⁷⁶ Bei einem Zusammentreffen mit dem Tatbestand des Amtsmißbrauchs hat die Rechtsprechung zumindest unter Geltung der gesetzlichen Regelung vor 1997 widersprüchlich entschieden. Einmal hat sie dem Art. 323 c.p. Vorrang gegeben, weil dieser in seiner Tathandlung das durch Art. 353 c.p. geschützte Interesse

¹⁷³ Art. 615 c.p. lautet: „*Il pubblico ufficiale, che abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, s'introduce o si trattiene nei luoghi indicati nell'articolo precedente è punito con la reclusione da uno a cinque anni.*“

Se l'abuso consiste nell'introdursi nei detti luoghi senza l'osservanza delle formalità prescritte dalla legge, la pena è della reclusione fino a un anno.“

¹⁷⁴ Segreto/De Luca, 1999, S. 569 f.; Gambardella, in: Lattanzi/Lupo, Art. 323 c.p., S. 229.

¹⁷⁵ Cass., Sez. V, 19.5.1993, Grandati, Giust. pen., 1994, II, Sp. 320, 321.

¹⁷⁶ Art. 353 Abs. 1 u. 2 c.p. lauten: „*Chiunque, con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, impedisce o turba la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche amministrazioni, ovvero ne allontana gli offerenti, è punito con la reclusione fino a due anni e con multa da lire duecentomila a due milioni.*“

Se il colpevole è persona preposta dalla legge o dall'Autorità agli incanti o alle licitazioni suddette, la reclusione è da uno a cinque anni e la multa da lire un milione a quattro milioni.“

bereits umfasse.¹⁷⁷ Ein anderes Mal hat sie sich für Idealkonkurrenz ausgesprochen, da sie unterschiedliche Rechtsgüter schützten und auch in keinem Verhältnis der Spezialität zueinander ständen.¹⁷⁸

Heute muß bei einer alleinigen Tat der Amtsmißbrauch zweifelsohne wegen seines geringeren Strafrahmens zurückstehen.¹⁷⁹

k) Amtsmißbrauch und privates Interesse des Zwangsverwalters, des Regierungskommissars und des Konkursverwalters

Mit der Reform der Amtsdelikte 1990 wurde das private Interesse an Amtshandlungen (*interesse privato in atti di ufficio*), Art. 324 c.p., aus dem *Codice penale* herausgenommen. Das Verhalten wurde nunmehr vom Tatbestand des Art. 323 c.p. erfaßt.

Art. 2637 des Zivilgesetzbuches (*codice civile*)¹⁸⁰ und Art. 228 des Konkursgesetzes (*legge fallimentare*)¹⁸¹ beinhalten Strafbestimmungen, die Varianten von privater Interessennahme durch den Zwangsverwalter und den Regierungskommissar bzw. durch den Konkursverwalter in ihren ihnen übertragenen Geschäftsführungen darstellen. Beide Vorschriften besitzen jedoch eine explizite Subsidiaritätsklausel gegenüber dem Amtsmißbrauch aus dem Strafgesetzbuch, so daß Idealkonkurrenz zu Art. 323 c.p. auszuschließen ist.¹⁸²

4. Frage der Mehrzahl von Fällen des Amtsmißbrauchs

Die Frage, inwiefern nur ein Delikt oder aber zwei Delikte gemäß Art. 323 c.p. vorliegen, stellt sich, wenn der Täter durch eine Handlung sich oder anderen einen Vermögensvorteil verschafft und zugleich anderen einen Schaden zugefügt hat bzw. wenn er mittels einer Maßnahme mehrere Personen begünstigt oder

¹⁷⁷ Cass., Sez. VI, 13.12.1994, Rollandin, Cass. pen., 1996, 829.

¹⁷⁸ Cass., Sez. VI, 10.5.1996, Cuoco ed altri, Dir. pen. proc., 1996, 956, 957; anders sieht Benussi, S. 198 f., Fn. 422, Art. 353 Abs. 2 c.p. als spezieller an.

¹⁷⁹ Romano, 2006, Art. 323 c.p., Rdn. 56.

¹⁸⁰ Art. 2637 c.c. lautet: „*Salvo che al fatto non siano applicabili gli articoli 315, 317, 318, 319 e 323 del codice penale, l'amministratore giudiziario o il commissario governativo che, direttamente o per interposta persona o con atti simulati, prende interesse privato in qualsiasi atto della gestione a lui affidata, è punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa non inferiore a lire quattrocentomila.*“

¹⁸¹ Art. 228 della legge fallimentare lautet: „*Salvo che al fatto non siano applicabili gli articoli 315, 317, 318, 319, 321, 322 e 323 del codice penale, il curatore che prende interesse privato in qualsiasi atto del fallimento direttamente o per interposta persona o con atti simulati è punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa non inferiore a lire quattromila.*“

¹⁸² Ausführlich Segreto/De Luca, 1999, S. 564 ff. m.w.N.; s. auch Benussi, S. 199 f.

schädigt. Ihr liegt die Problematik über die Einheit oder Pluralität von Straftaten zugrunde, wozu verschiedene Ansätze vertreten werden. Die Anhänger einer „naturalistischen“ Ausrichtung fragen nach der Anzahl von Handlungen, Tatfolgen oder Tatvorsätzen. Die normative Auffassung sucht die Lösung allein anhand des positiven Rechts, anhand der Strafnormen.¹⁸³

Bezüglich des Amtsmissbrauchs hatte die Rechtsprechung vor der Reformierung des Tatbestands die Tatbestandsvarianten des Vermögensvorteils und des nichtmateriellen Vorteils als eigenständig bewertet. Sie hat in den beiden Absätzen eine fundamentale Unterscheidung des Gesetzgebers zwischen der Schädigung und der nichtvermögendlichen Begünstigung auf der einen Seite und dem Mißbrauch zur Bereicherung auf der anderen Seite gesehen. Die Varianten stünden auch nicht in einem Verhältnis von *genus* und *species* zueinander, was die Voraussetzung für die Annahme eines einzigen Delikts mit einer eventuellen Qualifikation wäre. Zudem habe der Gesetzgeber für sie einen unterschiedlichen Strafraum bestimmt. Dementsprechend haben die Gerichte bei Erfüllung beider Absätze durch eine Handlung zwei in Idealkonkurrenz zueinander stehende Delikte angenommen.¹⁸⁴ Heute hat der Gesetzgeber demgegenüber in Art. 323 c.p. alle Tatbestandsalternativen auch im Hinblick auf ihre Sanktionierung gleich behandelt, so daß davon ausgegangen werden kann, daß der Gesetzgeber ihnen den gleichen Unrechtsgehalt zuerkannt hat.¹⁸⁵

Diesem Gedanken folgend, der die „absolute Austauschbarkeit“ der Tatbestandsalternativen voraussetzt, ist für einen Teil der Rechtslehre nur ein einzelnes Delikt gegeben, wenn sowohl ein Schaden als auch ein Vorteil vorliegen.¹⁸⁶ Es gebe Normen, die mehrere Tatbestände enthielten, und Bestimmungen, die verschiedene Normen beherbergten. Der Amtsmissbrauch sei der ersten Kategorie zugehörig, weil die Tatbestände der Norm vom Gesetzgeber äquivalent behandelt würden. Nur wenn Varianten nicht in diesem Sinne gleichzusetzen seien, sondern sich vielmehr auch ontologisch, chronologisch, psychologisch sowie funktional unterschieden, könne von einer Mehrzahl von Delikten ausgegangen werden.¹⁸⁷ Demgegenüber wird in der Literatur auch die Ansicht vertreten, daß mehrere Amtsmissbräuche gegeben seien, sofern mehrere Tatbestandserfolge mit entsprechendem Vorsatz durch eine Verwaltungsmaßnahme verursacht wurden.¹⁸⁸ Dabei wird von der Regelung zur Idealkonkurrenz, Art. 81 Abs. 1

¹⁸³ Siehe dazu Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, S. 453.

¹⁸⁴ Cass., Sez. VI, 31.5.1990, 30.1.1991, Mangiavillano, *Giust. pen.*, 1993, II, Sp. 76 f.; Cass., Sez. V, 18.8.1993, Talarico, *Riv. pen.*, 1994, 390, 391; s. auch Trib. Caltanissetta, 19.3.1991, *Giust. pen.*, 1991, II, Sp. 599, 601 f.

¹⁸⁵ Vgl. Benussi, S. 200 f.

¹⁸⁶ Benussi, S. 200 f., Pagliaro/Parodi Giusino, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2008, S. 277 f.

¹⁸⁷ Benussi, S. 200 f. So auch die Rechtsprechung Cass., Sez. VI, 3.7.1980, Paradiso, RV176817.

¹⁸⁸ Segreto/De Luca, 1999, S. 558.

c.p., ausgegangen, nach der die Höchststrafe für denjenigen um ein Drittel zu erhöhen ist, der mit einer einzelnen Handlung oder Unterlassung verschiedene Gesetzesvorschriften verletzt oder mehrere Verletzungen von derselben Gesetzesbestimmung verursacht.¹⁸⁹ Für die Annahme von mehreren Straftaten müßten mehrere rechtsgutsverletzende Tatbestandserfolge gegeben sein, was der Fall sei, wenn beim Amtsmißbrauch sowohl Vermögensvorteil als auch Schaden bzw. eine Vielzahl von Begünstigungen oder Nachteilen vorliegen.¹⁹⁰ Diese Lösung stellt die am Einfachsten zu handhabende dar. Die Tatbestandserfolge können leicht abgezählt werden. Zwar ist richtig, daß jeder Tatbestandserfolg für sich gesehen eine Rechtsgutsverletzung darstellt und auch allein den Tatbestand erfüllen könnte. Jedoch muß klargestellt werden, daß Art. 81 Abs. 1 c.p. die eben dargelegte Schlußfolgerung nicht zwingend vorgibt. Seine zweite Alternative spricht von mehreren Verletzungen ein und derselben Strafbestimmung durch eine Handlung bzw. Unterlassung. Es gilt damit erst noch zu klären, ob Art. 323 c.p. durch eine einzige Handlung, die zu mehreren Tatbestandserfolgen führt, mehrmals verletzt wird. Der erstgenannten Auffassung ist zu folgen. Sofern es nicht um höchstpersönliche Rechtsgüter geht, sind die Bestimmungen dahingehend zu untersuchen, ob sie mehrere Tatbestände enthalten, also mehrere Tatbestandsvarianten, die – selbst wenn verschiedene Rechtsgüter betroffen sind – vom Gesetzgeber mit den selben Konsequenzen bedacht werden. Ist das der Fall und weisen sie keine derartigen, auch funktionalen Abweichungen auf, daß sich von unterschiedlichen Normen sprechen läßt, sind sie als „austauschbar“ einzustufen; mit der Folge, daß, wenn sie gemeinsam gegeben sind, dennoch nur ein Delikt vorliegt.

Beim Amtsmißbrauch handelt es sich um eine solche Bestimmung mit verschiedenen, aber doch gleichzusetzenden Varianten. Der Gesetzgeber hat sowohl das Verschaffen eines Vermögensvorteils als auch das Verursachen eines Schadens mit derselben Strafe bedacht, obwohl beim Schaden neben der guten Verwaltungsführung und der Unparteilichkeit der öffentlichen Verwaltung auch die Rechte des Geschädigten angegriffen werden. Das Delikt zum alleinigen Vorteil und das zum alleinigen Schaden differieren also im geschützten Rechtsobjekt. Dennoch werden sie rechtlich gleichbehandelt.¹⁹¹ Die Varianten können auch funktional nicht als verschiedenartige Normen qualifiziert werden. Erzielte demnach ein Täter des Amtsmißbrauchs mit einer Handlung oder Unterlassung mehrere Taterfolge – seien es allein Schäden, allein Vermögensvorteile oder seien es mindestens ein Schaden und ein Vermögensvorteil – hat er sich

¹⁸⁹ Art. 81 I c.p. lautet: „È punito con la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata sino al triplo chi con una sola azione od ommissione viola diverse disposizioni di legge ovvero commette più violazioni della medesima disposizione di legge.“

¹⁹⁰ Segreto/De Luca, 1999, S. 558.

¹⁹¹ Was auch nicht zu beanstanden ist, da es sich nicht um höchstpersönliche Rechtsgüter dreht.

lediglich eines einzelnen Amtsmissbrauchs gemäß Art. 323 c.p. strafbar gemacht.¹⁹²

Eine andere Sachlage ergibt sich, wenn der Täter dieselben Mißbrauchshandlungen in fortgesetzter Weise wiederholt. Hier handelt es sich nach der Gesetzesterminologie um ein *reato continuato*, ein fortgesetztes Delikt, mit einer fortgesetzten Handlung aufgrund eines entsprechenden Vorsatzes.¹⁹³ Art. 81 Abs. 2 c.p. sieht hierfür ebenfalls eine Straferhöhung um ein Drittel der Höchststrafe vor.¹⁹⁴

V. Fragen des transitorischen Rechts

Auf die Frage, welches Recht nach einer Gesetzesänderung Anwendung findet, gibt Art. 2 Abs. 2, 3 c.p. Antwort.

Gemäß Art. 2 Abs. 2 c.p. kann niemand für eine Tat bestraft werden, die nach dem neuen Gesetz kein Delikt darstellt. Wenn bereits ein Gerichtsurteil vorliegt, wird seine Ausführung und die Strafe ausgesetzt.¹⁹⁵ Es handelt sich um den Fall der *abolitio criminis*. Er liegt nicht nur vor, wenn eine vollständige, ersatzlose Abschaffung eines Straftatbestandes gegeben ist, sondern auch, wenn innerhalb einer Norm ein bestimmtes, bisher strafbares Verhalten nach der Gesetzesänderung nicht mehr erfaßt wird.¹⁹⁶ Eine *abolitio criminis* besteht beim reformierten Amtsmissbrauch daher bezüglich der Mißbräuche, die zur Erlangung eines nichtmateriellen Vorteils¹⁹⁷ sowie – im Grundsatz¹⁹⁸ auch –

¹⁹² A.A. Della Monica, La configurabilità del tentativo, S. 153 f., der explizit sagt, daß wenn die Norm des Art. 323 c.p. auch das Interesse des Bürgers schützen würde, man unproblematisch mit der Mehrzahl von begünstigten Personen auch zu einer Mehrzahl von schädigenden Taterfolgen und zu einer dementsprechenden Anzahl von Straftaten kommen würde.

Dem ist mit Blick auf die fehlende Höchstpersönlichkeit der Rechtsgüter zu widersprechen. Zudem ist der Bezug auf den begünstigenden Amtsmissbrauch unglücklich, denn, wenn zusätzlich kein Schaden vorliegt, werden die Interessen der einzelnen Bürger nicht tangiert.

¹⁹³ Ebenso Della Monica, La configurabilità del tentativo, S. 152; Benussi, S. 201; vgl. Trib. Genova, 27.4.1993, Moretti ed altri, Riv. it. dir. proc. pen., 1994, 724.

¹⁹⁴ Art. 81 Abs. 2 c.p. lautet: „*Alla stessa pena soggiace chi con più azioni od omissioni, esecutive di un medesimo disegno criminoso, commette anche in tempi diversi più violazioni della stessa o di diverse disposizioni di legge.*“

¹⁹⁵ Art. 2 Abs. 2 c.p. lautet: „*Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali.*“

¹⁹⁶ Segreto/De Luca, 1999, S. 571.

¹⁹⁷ Siehe dazu Cass., Sez. VI, 17.10.1997, Vitarelli ed altri, RV209769; vgl. Cass., Sez. VI, 24.10.1997, Todini ed altri, RV209495.

¹⁹⁸ Etwas anderes gilt selbstverständlich, wenn die Tat auch die Voraussetzungen der neuen Fassung des Art. 323 c.p. erfüllt. Vgl. oben B.II.4.f), S. 126.

die mittels Ermessensüberschreitung¹⁹⁹ begangen wurden.

Sollte die vorherige und die nachfolgende Regelung divergieren, wird gemäß Art. 2 Abs. 3 c.p. das für den Schuldigen günstigere Gesetz angewandt, es sei denn, daß ein Urteil bereits rechtskräftig geworden ist.²⁰⁰ Hierbei geht es also um die Fälle der Gesetzessukzession. Bei einem Amtsmißbrauch, der einen unrechtmäßigen Schaden herbeiführte, wird grundsätzlich die alte Regelung für den Täter die mildere sein, da sie nur eine Freiheitsstrafe bis zwei Jahren vorsah. Nach jetzt gültigem Gesetz sind es zwischen sechs Monaten und drei Jahren Gefängnis. Hingegen ist der neue Tatbestand im Fall des Vermögensvorteils täterbegünstigend, da hier die Strafandrohung im Vergleich zum alten Art. 323 Abs. 2 erheblich geringer ausfällt.²⁰¹ Folglich muß untersucht werden, ob eine Tat, die unter dem bisherigen Recht strafbar war, auch unter die nun geltende Regelung fällt. Wenn ja, kommt die vorteilhaftere Vorschrift zur Anwendung. Wenn das nicht der Fall ist und auch kein anderer Tatbestand in Betracht kommt, ist die Tat nicht mehr strafbar.²⁰² Hierbei ist auch zu beachten, daß vor dem Inkrafttreten des Reformgesetzes Nr. 234 am 16. Juli 1997 der Amtsmißbrauch lediglich ein Gefährdungsdelikt war, während heute ein Erfolgseintritt erforderlich ist. Wenn eine tatbestandsmäßige Handlung somit vor der Reform begangen wurde, aber keinen Schaden oder Vermögensvorteil verursachte, stellt sich die Frage, nach welcher Vorschrift das Geschehen zu bewerten ist. Hier ist zu unterscheiden. War das Verhalten geeignet, einen Erfolg herbeizuführen, liegt ein Versuch des Amtsmißbrauchs nach neuer Regelung vor. Unter der alten Rechtslage wäre das Delikt bereits vollendet, so daß die Versuchstrafbarkeit die günstigere Lösung für den Täter ist, Art. 2 Abs. 3 c.p. Fehlt jedoch die Geeignetheit der Maßnahme, dann scheidet eine Versuchsstrafbarkeit an Art. 56 c.p., wonach ein untauglicher Versuch nicht strafbar ist. Demzufolge scheidet in Anwendung von Art. 2 Abs. 2 c.p. die Strafbarkeit wegen Amtsmißbrauchs schlechthin aus.²⁰³

¹⁹⁹ Segreto/De Luca, S. 572; Dolcini/Marinucci-Benussi, Art. 323 c.p., Rdn. 84; vgl. Pagliaro, *Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2000*, S. 267 f., der eine *abolitio criminis* hinsichtlich der Fälle von Ermessensüberschreitung nicht annehmen kann, da er die Figur weiterhin bestraft sieht. Darüber hinaus seien nach ihm die Fälle von Mißbräuchen, die nicht mit einem *dolus directus* ersten Grades begangen wurden, nach Art. 2 c.p. zu lösen. Dieser Verweis ist unverständlich, da unter der früheren Version des Art. 323 c.p. eine besondere Schädigungs- bzw. Vorteilsabsicht erforderlich war. Siehe nun Pagliaro/Parodi Giusino, *Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2008*, S. 309 ff.

²⁰⁰ Art. 2 Abs. 3 c.p. lautet: „*Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile.*“

²⁰¹ Segreto/De Luca, S. 574; Benussi, S. 214; vgl. Pagliaro/Parodi Giusino, *Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2008*, S. 310 f.

²⁰² Segreto/De Luca, S. 574.

²⁰³ Pagliaro/Parodi Giusino, *Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2008*, S. 310; Segreto/De Luca, 1999, S. 573 f.; Benussi, S. 214. Bei dieser Betrachtung wird allerdings nicht auf die Ansicht unter der früheren Rechtslage eingegangen, nach der für das Vorliegen

VI. Verfassungsmäßigkeit des Art. 323 c.p.

Bereits in seiner ursprünglichen Fassung von 1930 wurde der Tatbestand des Art. 323 c.p. als „elastisch und dunkel“²⁰⁴ bezeichnet und von zahlreichen Autoren in der Rechtslehre für verfassungswidrig gehalten.²⁰⁵ Mit der *ordinanza* vom 27. April 1964 erhob der Untersuchungsrichter des Amtsgerichts Foggia den Einwand der Verfassungswidrigkeit des Art. 323 c.p. und legte die Frage der *Corte Costituzionale*, dem Verfassungsgericht, vor.²⁰⁶ Er hielt eine Verletzung der Art. 25 Abs. 2 und Art. 3 Cost. für gegeben. Die Norm sei nicht hinreichend bestimmt und verletze daher das Bestimmtheitsgebot aus Art. 25 Abs. 2 Cost. und Art. 1 c.p., denn es sei dem Richter überlassen, die Voraussetzungen des Delikts zu bestimmen, sobald ein „*qualsiasi fatto non preveduto come reato da una speciale disposizione di legge*“²⁰⁷ begangen worden sei. Des weiteren liege eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes aus Art. 3 Cost. vor, weil die Bestimmung lediglich Amtsmißbräuche von Amtsträgern und nicht auch solche, die von mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten begangen werden, bestrafe. Das Verfassungsgericht stellte in seiner Entscheidung fest, daß beide Einwendungen nicht begründet seien und eine Verfassungswidrigkeit nicht gegeben sei.²⁰⁸ Der Tatbestand des Art. 323 c.p. überlasse es nicht dem Ermessen des Gesetzesauslegenden, die Merkmale des Delikts festzulegen. Die strafbare Tat sei vielmehr in eine Übertretung von Amtspflichten zu sehen, die sich in einem vom *dolo specifico* getragenen unrechtmäßigen Akt oder Verhalten konkretisiert. Für die Feststellung des Delikts sei die eventuelle Verletzung von außerstrafrechtlichen Normen notwendig.²⁰⁹ Eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes scheidet aus, weil es dem Gesetzgeber obliege, Normen nach objektiv unterschiedlichen Situationen zu differenzieren und ihm allein das Urteil über die Parität oder Diversität der Situationen zustehe. Weder die Vernunft noch weitere Verfassungsprinzipien würden dagegen stehen, die strafrechtliche Verantwortung an den Status des Amtsträgers zu binden, ohne

eines Amtsmißbrauchs das Verwaltungshandeln geeignet sein mußte, überhaupt einen Schaden oder Vorteil zu verursachen. Nach ihr wäre bei Ungeeignetheit auch schon vor 1997 kein Amtsmißbrauch gegeben gewesen.

²⁰⁴ Grosso, Quad. Giust., 1985, Nr. 45, 22, 24.

²⁰⁵ Bricola, Riv. it. dir. proc. pen., 1966, 985, 986; Grosso, Cass. pen., 1989, 1580, 1582; Stortoni, L'abuso di potere nel diritto penale, S. 263; Rampioni, Bene giuridico, S. 314 f.; Fiandaca/Musco, Diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 1988, S. 185; Pedrazzi, Riv. it. dir. proc. pen., 1966, 349, 389.

²⁰⁶ Der Text der *ordinanza* ist in Giur. cost., 1964, 270 abgedruckt.

²⁰⁷ Die Umschreibung der Tathandlung des Art. 323 c.p. im Gesetzeswortlaut.

²⁰⁸ Corte Cost., 19.2.1965, n. 7, Riv. it. dir. proc. pen., 1966, 984 ff. Eine kritische Auseinandersetzung mit dieser Entscheidung findet sich bei Bricola, Riv. it. dir. proc. pen., 1966, 985 ff., der u.a. betont, daß der Tatbestand keine größere Bestimmtheit durch die Voraussetzung des *dolo specifico* besitze, a.a.O., S. 997 f. Vgl. hierzu auch *ordinanza* 16 aprile 1996 del G.i.p. Trib. Piacenza, Dir. pen. proc. 1996, 1138 f.

²⁰⁹ Corte Cost., 19.2.1965, n. 7, Riv. it. dir. proc. pen., 1966, 984, 991 ff.

sie auf die juristisch andere Lage des mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten auszudehnen.²¹⁰

Auch nach seiner Modifikation durch das Gesetz Nr. 86 vom 26. April 1990 wurde die Verfassungsmäßigkeit des Art. 323 c.p. angezweifelt.²¹¹ Zunächst tauchten Bedenken bezüglich eines Verstoßes gegen Art. 3 Cost. wegen der unterschiedlichen Strafandrohung vom neuen Amtsmißbrauch im Vergleich zum schwerer bestrafte, nun mit der Reform von 1990 abgeschafften Delikt der privaten Interessennahme, Art. 324 c.p., auf. Es gebe eine auf die Vergangenheit bezogene Ungleichbehandlung der Täter des Amtsmißbrauchs und damaligen privaten Interessennahme. Das Verfassungsgericht hat die Vorlage als unbegründet zurückgewiesen und eine Ungleichbehandlung verneint. Es hob insbesondere hervor, daß sich eine ständige Rechtsprechung des Kassationshofs hinsichtlich der Regeln der Gesetzesukzession gebildet habe, nach denen stets die dem Täter günstigere Norm zur Anwendung kommt und daher des abgeschafften Art. 324 c.p., wenn er sich als solche erweist.²¹² Vor allem beschäftigte sich sowohl die Literatur als auch die Rechtsprechung mit der möglichen Unbestimmtheit des reformierten Amtsmißbrauchs und damit, daß dieser Tatbestand eine ausufernde Kontrolle der Verwaltung durch den Strafrichter begünstigt.²¹³ Am 16. April 1996 rief der Untersuchungsrichter des Tribunals von Piacenza, *Picciau*, das Verfassungsgericht an, weil er eine Verletzung der Art. 25 Abs. 2 und Art. 97 Abs. 1 Cost. für gegeben sah.²¹⁴ Der Tatbestand charakterisiere sich durch verschwommene Begriffe vom Mißbrauch des Amtes und der zentralen Rolle des *dolo specifico*, was dazu führe, daß anhand derselben verwaltungsrechtlichen Unrechtmäßigkeit eines Verhaltens – welches für sich gesehen strafrechtlich neutral sei – entschieden werde. Das Fehlen konkreter objektiver Tatbestandsmerkmale und die daraus resultierende Abhängigkeit der Strafbarkeit allein von einer spezifischen Absicht, die oft lediglich an der Unrechtmäßigkeit des Akts festgemacht werde, widersprächen eindeutig den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots, welches dem Rechtmäßigkeitsprinzip des Art. 25 Abs. 2 Cost. entspringe.²¹⁵ Zudem bedeute diese Unbestimmtheit

²¹⁰ Corte Cost., 19.2.1965, n. 7, Riv. it. dir. proc. pen., 1966, 984 f., 995 ff.

²¹¹ Siehe Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, Vol. II, 1991, S. 333 f.; Bricola, *La riforma dei reati contro la pubblica amministrazione: cenni generali*, S. 17; Fiandaca/Musco, *Diritto penale, Parte speciale, Appendice*, 1991, S. 29; Iadecola, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, S. 70; Rampioni, *L'abuso di ufficio*, S. 110; Seminara, *Commento*, S. 296 f.; Siniscalco, *Legis. pen.*, 1990, 263, 264 f.

²¹² Corte Cost., 22.1.1992, n. 6, Cass. pen., 1992, 2287.

²¹³ Seminara, *Commento*, S. 296 f.; vgl. Cupelli, *Legalità e giustizia*, 1998, 35, 47 ff.

²¹⁴ G.i.p. Trib. Piacenza, 16.4.1996, Dir. pen. proc., 1996, 1138. Siehe dazu die kritische Auseinandersetzung von Sirani, *Dir. pen. proc.*, 1996, 1139 ff. Siehe auch die weitere Anrufung der *Corte Costituzionale* am 21.6.1996 durch das Tribunale von Milano, *Gazz. Uff.*, 2.10.1996, I, Serie spec.

²¹⁵ G.i.p. Trib. Piacenza, 16.4.1996, Dir. pen. proc., 1996, 1138 f. Vgl. Seminara, *Commento*, S. 296 f., der den Verstoß gegen den Gesetzesvorbehalt ausführt.

der Norm ein dem Richter überlassenes Einfallstor, um auf das Territorium der öffentlichen Verwaltung vorzudringen und einen Strafprozeß anzustrengen. Das wirke sich direkt auf die Tätigkeit der Verwaltungsangehörigen aus, über deren Häupter ein Damoklesschwert schwebe. Dieses wiederum kompromittiere die gute Verwaltungsführung aus Art. 97 Abs. 1 Cost. Zum einen, weil Übergriffe der Justiz in den Ermessensbereich der öffentlichen Administration ermöglicht werden, und zum anderen, weil es die Tätigkeit und die Initiative selbst der ehrlichsten Entscheidungsträger hemmen könne. Damit greife Art. 323 c.p. paradoxerweise genau das Rechtsgut an, welches er schützen solle.²¹⁶ Der Verfassungsgerichtshof konnte sich jedoch nicht mehr zur Sache äußern, da die Legislative mit der erneuten Reform des Amtsmißbrauchs durch das Gesetz Nr. 234 vom 16. Juli 1997 der Entscheidung zuvorkam.²¹⁷

Selbst der heutige Tatbestand des *abuso di ufficio* sieht sich dem Vorwurf der Verfassungswidrigkeit ausgesetzt. Es gibt Stimmen in der Rechtslehre, die die Vereinbarkeit des reformierten Art. 323 c.p. mit der Verfassung, insbesondere mit Art. 97 Abs. 1 Cost., wegen des Ausschlusses der Ermessensüberschreitung anzweifeln. Die Prinzipien der guten Verwaltungsführung und der Unparteilichkeit der Verwaltung seien nicht hinreichend geschützt, blieben die Fälle der Ermessensüberschreitung im neuen Tatbestand des Amtsmißbrauchs ohne strafrechtliche Folgen.²¹⁸ Bereits unmittelbar nach dem Inkrafttreten des Reformgesetzes, Nr. 234, vom 16. Juli 1997 wurde die Frage der Verfassungsmäßigkeit des neuen Amtsmißbrauchs wegen genau dieses Punktes durch den Untersuchungsrichter am Landgericht Bozen aufgeworfen. Er nahm eine Verfassungswidrigkeit *in malam partem* an und legte die Frage dem Verfassungsgericht zur Entscheidung vor. Die Beschränkung der Tathandlung des Mißbrauchs auf die Fälle von Normverletzungen unter Auslassung der „hinterlistigeren“ Ermessensüberschreitung sei irrational. Dadurch, daß der Gesetzgeber eine Reihe von strafwürdigen Figuren aus dem Tatbestand herausgenommen habe, seien die Prinzipien der guten Verwaltungsführung und der Unparteilichkeit der Verwaltung aus Art. 97 Abs. 1 Cost. in Verbindung mit dem Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Cost. verletzt. Zum einen gewähre er so nicht den gebührenden Schutz der öffentlichen Verwaltung, während er zum anderen ein Instrument der Ungleichbehandlung von Bürgern geschaffen habe, weil andere Verhaltensweisen wiederum bestraft würden.²¹⁹ Bezüglich dieses Vorwurfes (Verletzung von Art. 3 und Art. 97 Abs. 1 Cost.) hat das Verfassungsgericht mit Blick auf Art. 25 Abs. 2 Cost. die Vorlage für unzulässig erklärt und festgestellt, daß der Gesetzgeber die gute Verwaltungsführung und die Unparteilichkeit

²¹⁶ G.i.p. Trib. Piacenza, 16.4.1996, Dir. pen. proc., 1996, 1139. Vgl. Cupelli, *Legalità e giustizia*, 1998, 35, 48.

²¹⁷ Vgl. Seminara, in: Crespi/Stella/Zuccalà, Art. 323 c.p., XIII, Rdn. 2, der der Ansicht ist, daß die Norm vom Verfassungsgericht für verfassungswidrig hätte erklärt werden müssen.

²¹⁸ So besonders Leoni, S. 35 ff., s. insbesondere S. 43 ff.

²¹⁹ G.i.p. Trib. Bolzano, 7.8.1997, Guida al dir. vom 8.11.1997, Nr. 42, 72 ff.

der Verwaltung nicht nur mittels des Strafrechts, sondern auch durch andere Vorschriften und Sanktionen schützen kann. Das Strafrecht stelle nur die *extrema ratio* dar. Es sei Sache des Gesetzgebers, Art und Weise des Schutzes von verfassungsmäßigen Prinzipien und somit auch das angemessene Mittel oder aber die Reichweite von Straftatbeständen eigenständig zu bestimmen.²²⁰ Diese Entscheidung findet sowohl bei Befürwortern²²¹ als auch bei Gegnern²²² des Einbezugs der Ermessensüberschreitung Zustimmung.

Art. 79 Cost. regelt hingegen das Verfahren beim Erlaß eines Amnestiegesetzes, das der Untersuchungsrichter von Bozen mit dem Reformgesetz ebenfalls verletzt sah, da es sich unter dem Deckmantel einer teilweisen *abolitio criminis* in Wirklichkeit um eine versteckte Amnestie für bereits begangene Amtsmißbräuche gehandelt habe.²²³ Diesen Einwand hat das Verfassungsgericht für offensichtlich unbegründet gehalten. Eine besondere Aufhebung bestimmter Amtsmißbräuche aus der Vergangenheit durch die Legislative liege nicht vor, so daß keine Amnestie, auch keine versteckte und folglich auch kein Verstoß gegen Art. 79 Cost. gegeben sei.²²⁴ Der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs ist zuzustimmen. Auch wenn Art. 323 c.p. konkreter und begrenzter als seine vorherige Version ist, wird vereinzelt seine Verfassungswidrigkeit wegen unzureichenden Bestimmtheit behauptet.

Wie bereits oben gesehen, sind die neuen Tatbestandsmerkmale nur scheinbar eindeutig – tatsächlich jedoch verursachen sie einige Interpretationsschwierigkeiten.²²⁵ Probleme ergeben sich, wie oben bereits gesehen, aus den Formulierungen der „Verletzung von Gesetzes- und Verordnungsnormen“ als Ganzes und aus dem Begriff Verordnung im Besonderen²²⁶ und beim Straferschwerungsgrund der „erheblichen Schwere“²²⁷. Die Auslegungsschwierigkeiten bestehen zweifelsohne. Eine Unvereinbarkeit mit der Verfassung, insbesondere mit Art. 25 Abs. 2 Cost., wurde jedoch vom Verfassungsgericht bisher nicht festgestellt. Teilweise wird in der Rechtslehre trotz der Unklarheiten explizit darauf verwiesen, daß die Norm auch dem Grundsatz hinreichender Bestimmtheit Genüge tut. Art. 25 Abs. 2 Cost. verlange vom Gesetzgeber nicht, Straftatbestände ganz detailliert, „naturalistisch“ zu formulieren, sonst käme es unweigerlich

²²⁰ Corte Cost., 28.12.1998, n. 447, Cass. pen., 1999, 1373, 1374 f.

²²¹ Siehe bereits vor der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs den ablehnenden Kommentar zum Vorlagebeschluß des Amtsgerichts Bozen von Patalano, Guida al diritto vom 8.11.1997, Nr. 42, 76 f.

²²² Masullo, Cass. pen., 1999, 1763, 1767; Pavan, Riv. trim. dir. pen. econ., 1999, 283, 292 f.

²²³ G.i.p. Trib. Bolzano, 7.8.1997, Guida al dir. vom 8.11.1997, Nr. 42, 72, 75.

²²⁴ Corte Cost., 28.12.1998, n. 447, Cass. pen., 1999, 1373, 1375.

²²⁵ Vgl. auch Seminara, in: Crespi/Stella/Zuccalà, Art. 323 c.p., XIII, Rdn. 3.

²²⁶ Die Verfassungsmäßigkeit in diesem Punkte anzweifelnd Pinelli, Giur. it., 2000, 1095 ff.

²²⁷ Die Verfassungsmäßigkeit in diesem Punkte anzweifelnd Manna, L'indice pen., 1998, 13, 30 f.

zu Regelungslücken. Entscheidend sei vielmehr, daß das strafbare Verhalten, wie beim Art. 323 c.p., ausgehend vom allgemeinen Sprachgebrauch mittels Instrumente der juristischen Methode ausreichend präzise ermittelt werden könnte.²²⁸ Dem kann zugestimmt werden. Es ist allgemein anerkannt, daß bei der Anwendung eines Gesetzes, dieses im Einklang mit der Verfassung und daher auch mit dem Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 25 Abs. 2 Cost. zu interpretieren ist. Die umstrittenen Tatbestandsmerkmale innerhalb des Amtsmißbrauchs sind, wie oben gesehen, einer verfassungskonformen Auslegung zugänglich.

Art. 323 c.p. ist in seiner heutigen Fassung somit nicht verfassungswidrig.

²²⁸ Pagliaro/Parodi Giusino, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2008, S. 300 f.

D. Abschließende Betrachtung zum geltenden Tatbestand des Amtsmißbrauchs

Mit der Umwandlung des Amtsmißbrauchs 1997 in ein Erfolgsdelikt gab es auch einen erweiterten Rechtsgutsschutz. Nach der hier vertretenen Auffassung wird neben dem öffentlichen Gut des guten, geordneten Funktionierens und der Unparteilichkeit der Verwaltung, wie es Art. 97 Abs. 1 Cost. für die Administration fordert, beim schädigenden Amtsmißbrauch nunmehr auch das Interesse der „Anderen“ geschützt, nicht in ihren Rechten verletzt zu werden. Passives Subjekt kann damit sekundär auch der Bürger sein.

Der Gesetzgeber von 1997 war bemüht, dem Delikt auf der objektiven Tatbestandsseite schärfere Konturen zu geben und umschreibt die Tathandlung insbesondere mit der Verletzung von Gesetzes- und Verordnungsnormen. Zum einen wurden so die gemeinhin als schwerwiegendste Mißbräuche verstandenen formell, aber nicht inhaltlich korrekten Amtshandlungen ausgeschlossen. Zum anderen birgt dieses Tatbestandsmerkmal einige praxisrelevante Unsicherheiten. Beides läßt an dem Erfolg der Neufassung zweifeln. Die Berührungspunkte der Straftat mit dem Verwaltungsrecht verleiten einen nicht geringen Teil der Rechtslehre dazu, die fragliche Umschreibung mit dem verwaltungsrechtlichen Rechtswidrigkeitsgrund der Gesetzesverletzung gleichzusetzen. Womit für ihn die Diskussion um den Einbezug der Ermessensüberschreitung vorentschieden ist. Der Streit nimmt in der italienischen Lehre aufgrund der Erfahrungen mit den vorherigen Fassungen des Amtsmißbrauchs erhebliche Ausmaße, ist aber dogmatisch im Grunde verfehlt. Entscheidend ist die Feststellung der Tatbestandsvoraussetzungen und nicht, ob eine bestimmte Figur aus dem Verwaltungsrecht strafbar ist. Die Kontroverse hatte unter der früheren Gesetzeslage insofern mehr Berechtigung, als es damals an objektiven Tatbestandsmerkmalen nahezu gänzlich mangelte und die Tathandlung schlicht mit dem Mißbrauch des Amts umschrieben war. Ausgehend vom Wesen des Amtsmißbrauchs als der Zweckentfremdung von staatlichen Befugnissen aus persönlichen Motiven war die Parallele zum Hauptfall des verwaltungsrechtlichen Ermessensüberschreitung der Zweckentfremdung von Ermessensbefugnissen nicht weit. Die Annäherung des Amtsmißbrauchs bei Ermessensentscheidungen an den verwaltungsrechtlichen Mangel der Ermessensüberschreitung insbesondere durch die Rechtsprechung mußte daher nicht überraschen. Für die weiterhin bestehende Streitfrage seines Einschlusses bleibt festzuhalten, daß der Gesetzgeber ihn aus dem Tatbestand des Art. 323 c.p. verbannen wollte, und entgegen einiger Stim-

men in der Lehre und Rechtsprechung ist ihm das auch gelungen. Ein direkter Einschluß ist ebenso zu verneinen, wie der indirekte über die Verletzung von weiten Gesetzesbestimmungen, weil die in Frage kommenden Normen die für das Strafrecht erforderliche hinreichende Bestimmtheit nicht aufweisen. Generell ist bei den Gesetzes- und Verordnungsnormen im Sinne des Tatbestands darauf zu achten, daß sie bestimmt genug bzw. bestimmbar sind und sich mit einer Verhaltensanweisung an die Verwaltungsangehörigen richten. Der Einbezug von Verordnungen ist dann nicht problematisch, wenn sie auf eine legislative Befugnis zurückgehen und sie grundsätzlich explizit als *regolamento* bezeichnet sind. Den Amtsträgern und Bediensteten soll es dadurch erleichtert werden, aus der Vielzahl der generell-abstrakten Akte die einschlägigen Regelwerke erkennen zu können. Auch die Alternative der Verletzung einer Enthaltungspflicht wirft Interpretationsschwierigkeiten auf. Es ist nicht eindeutig, ob sich die Verpflichtung direkt aus dem Tatbestand des Art. 323 c.p. ergibt, oder ob sie erst durch andere Vorschriften begründet wird. Hier wird Ersteres vertreten. Eine weitere Unsicherheit ergibt sich aus dem Merkmal „in den anderen vorgeschriebenen Fällen“. Im Gegensatz zu der Ansicht, die dieses Merkmal auf die ganze Tathandlung bezieht, ist es so interpretieren, dass es allein auf die Enthaltungspflicht Bezug nimmt. Dann aber stellt sich die Frage, ob auch Rechtssätze aus normativen Akten unterhalb von Verordnungen darunter zu verstehen sind. Obwohl eine solche Ausdehnung auf die Bestimmungen beschränkt wäre, die den Amtsträger verpflichten, von der Amtsausübung Abstand zu nehmen, und damit überschaubar sind, dürfte das Merkmal mit dem der Verletzung von Gesetzes- und Verordnungsnormen kohärent auszulegen sein. Andere als die dort vom Gesetzgeber genannten Rechtsquellen sind daher nicht einzubeziehen. Die Streichung des immateriellen Vorteils aus der Reihe der möglichen Taterfolge hat Kritik hervorgerufen, ist aber der gesetzgeberischen Intention geschuldet, den Anwendungsbereich des Delikts im Gegensatz zur früheren Fassung deutlich zu begrenzen. So können nur noch Taten einen Amtsmißbrauch darstellen, die entweder einen Vermögensvorteil oder einen wie auch immer gestalteten Schaden verursachen. Die Beschneidung seiner Bedeutung drückt sich auch im reduzierten Strafmaß aus. Das Höchstmaß beträgt nun nicht mehr fünf, sondern lediglich drei Jahre Gefängnis. Damit sind auch die Befugnisse der Ermittlungsbehörden im Gegensatz zu früher beschränkter. Im Fall „erheblicher Schwere“ des Taterfolgs kann jedoch die Strafe erhöht werden. Von mancher Seite wird der Erschwerungsgrund für zu unbestimmt gehalten, dem aber mit Blick auf die mögliche Verwendung der bereits zu Art. 61 Nr. 7 c.p. entwickelten Kriterien widersprochen werden kann. Die immer wieder aufkommende Frage der Verfassungsmäßigkeit der 1997 revidierten Bestimmung muß trotz der zweifelsohne zum Teil bestehenden Auslegungsschwierigkeiten positiv beantwortet werden. Der hier vertretenen Auffassung nach läßt sich Art. 323 c.p. verfassungskonform anwenden.

An diesen Problemen, vor allem mit der Interpretation der Tatumschreibung, wird deutlich, daß es für den Gesetzgeber sehr schwer ist, einem allgemeinen Tatbestand des Amtsmißbrauchs auf der objektiven Seite klare Konturen zu geben. Die Tathandlung soll mißbräuchliche Verwaltungstätigkeiten möglichst umfassend erfassen, darf aber insgesamt nicht zu unbestimmt werden. Das ist ein Balanceakt, und es kann sehr wohl hinterfragt werden, ob er der italienischen Legislative mit dem Reformgesetz 1997/234 gelungen ist. Die Auswüchse in der Praxis, insbesondere die Eingriffe des Strafrichters in die Ermessensverwaltung, der Mißbrauch des Tatbestands sowohl durch die Justiz als auch durch die Bürger, aber auch die legislative Aufwertung der ursprünglich subsidiären Bestimmung mit einer Schlüsselfunktion innerhalb der Amtsdelikte, bestärkten den Gesetzgeber von 1997 in der Annahme, die Streichung der Ermessensentscheidungen als mögliche Begehungsform sei erforderlich, um den objektiven Tatbestand zu begrenzen. Das hat zur Folge, daß die Tathandlung nunmehr lediglich mit der Verletzung von Gesetzes- und Verordnungsnormen bzw. einer Enthaltungspflicht umschrieben ist. Die schwerwiegendsten Amtsmißbräuche und zwar solche, die in bewußt falscher Ausübung der Ermessensbefugnisse geschehen, bleiben außen vor; zumindest, wenn die Merkmale der Gesetzes- und Verordnungsnormen in der oben dargelegten Weise auslegt und nicht auch unbestimmte Vorschriften mit einbezogen werden.

Ein interessanter Vergleich läßt sich zum schweizerischen Recht ziehen. In diesem existiert der Tatbestand eines allgemeinen Amtsmißbrauchs, der – abgesehen von der sogar fehlenden Anwendungsbegrenzung einer Konsumtionsklausel und der mangelnden Unterscheidung zwischen materiellen und immateriellen Vorteil – Art. 323 c.p. in der Fassung von 1990 sehr ähnelt. In der Schweiz ruft er nicht die Irritationen hervor, wie sie sich in Italien bis 1997 zeigten. Auch wird die Wahrung des Prinzips der Bestimmtheit des Strafgesetzes nicht angezweifelt. Der Art. 312 StGB-CH ist mit der Bezeichnung Amtsmißbrauch überschrieben und lautet:

„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 Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft.“

Es handelt sich um ein echtes Sonderdelikt, welches nur von einem Mitglied einer Behörde oder einem Beamten begangen werden kann.¹ In Art. 110 Abs. 3 StGB-CH wird der Begriff des Beamten legaldefiniert. Er umfaßt Beamte und Angestellte einer öffentlichen Verwaltung und Rechtspflege, auch wenn sie lediglich provisorisch ein Amt bekleiden oder angestellt sind, sowie Personen,

¹ Stratenwerth/Bommer, Schweizerisches Strafrecht, BT II, S. 429, Rdn. 4.

die nur vorübergehend amtliche Funktionen ausüben. Für die Qualifizierung als Beamten ist es gleichgültig, ob es sich um eine besoldete Tätigkeit oder um ein Ehrenamt handelt und ob die öffentlich-rechtlichen Aufgaben hoheitlicher Natur sind.² Der Begriff des Beamten impliziert ein Abhängigkeitsverhältnis,³ was hingegen beim Behördenmitglied im Sinne des Art. 312 StGB-CH fehlt.⁴ Die Tathandlung wird nur mit dem Mißbrauch der Amtsgewalt umschrieben.⁵ Der subjektive Tatbestand erfordert einerseits Vorsatz bezüglich sämtlicher Tatbestandsmerkmale⁶ sowie andererseits die Vorteils- bzw. Schädigungsabsicht.⁷ Nach allgemeiner Ansicht braucht es sich bei den Vor- und Nachteilen nicht um Vermögensinteressen zu handeln. Die erstrebte Begünstigung muß im Gegensatz zum Nachteil unrechtmäßig sein.⁸ Die Konkurrenzfrage zu anderen Amtsdelikten ist in der Literatur nicht eindeutig geklärt.⁹ Offensichtlich wollen einige Art. 312 StGB-CH beispielsweise gegenüber der Bestechlichkeit (des Sichbestechenlassens), Art. 322quater StGB-CH, als *lex generalis* zurücktreten lassen,¹⁰ während andere eine echte Konkurrenz gemäß Art. 49 Abs. 1 StGB-CH annehmen.¹¹ Letztere besteht nach der herrschenden Meinung auch gegenüber den Tatbeständen, die erfüllt sind, wenn der Amtsmißbrauch zu Eingriffen in individuelle Rechtsgüter führt.¹² Als Tatbestände des Amtsmißbrauchs im weiteren Sinne sind die im selben Abschnitt aufgeführten Delikte der Gebührenüberforderung, Art. 313 StGB-CH,¹³ und der ungetreuen Amtsführung,

² Stratenwerth/Bommer, Schweizerisches Strafrecht, BT II, S. 429 f., Rdn. 5. Vgl. BGE 121 IV 220; 123 IV 76; 68 IV 151 f.

³ So BGE 76 IV 150. Dagegen jedoch Oberholzer, in: BSK Strafrecht I, Art. 110 Abs. 3 StGB, Rdn. 12.

⁴ Stratenwerth/Bommer, Schweizerisches Strafrecht, BT II, S. 430 f., Rdn. 6 f.

⁵ Sogleich einschränkend Heimgartner, in: BSK Strafrecht II, Art. 312 StGB, Rdn. 2.

⁶ Heimgartner, in: BSK Strafrecht II, Art. 312 StGB, Rdn. 21; Stratenwerth/Bommer, Schweizerisches Strafrecht, BT II, S. 432, Rdn. 11.

⁷ Heimgartner, in: BSK Strafrecht II, Art. 312 StGB, Rdn. 22.

⁸ Heimgartner, in: BSK Strafrecht II, Art. 312 StGB, Rdn. 22; Stratenwerth/Bommer, Schweizerisches Strafrecht, BT II, S. 432 f., Rdn. 12; Rehberg, Strafrecht IV, S. 398 u. in dessen Fortsetzung Donatsch, in: Donatsch/Wohlers, Strafrecht IV, S. 443 f.; vgl. BGE 99 IV 14; 104 IV 23.

⁹ Vgl. Heimgartner, in: BSK Strafrecht II, Art. 312 StGB, I. Kriminalstatistik und Rdn. 23 f.

¹⁰ So z.B. Rehberg, Strafrecht IV, S. 399, in Bezug auf den vorherigen Tatbestand der Bestechlichkeit in Art. 315 StGB-CH a.F.

¹¹ So bspw. Stratenwerth/Bommer, Schweizerisches Strafrecht, BT II, S. 433, Rdn. 14; Donatsch, in: Donatsch/Wohlers, Strafrecht IV, S. 447.

¹² Rehberg, Strafrecht IV, S. 399; Stratenwerth/Bommer, Schweizerisches Strafrecht, BT II, S. 434 Rdn. 15; Donatsch, in: Donatsch/Wohlers, Strafrecht IV, S. 448; s. in der Rspr. BGE 99 IV 14.

¹³ Siehe dazu Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, BT II, S. 365 ff. Rdn. 17 ff.; Donatsch, in: Donatsch/Wohlers, Strafrecht IV, S. 448 ff.

Art. 314 StGB-CH,¹⁴ zu erwähnen.¹⁵

Die Parallelen zur italienischen Version von 1990 sind unverkennbar. Der Grund, warum der recht unbestimmte Tatbestand dennoch nicht die Probleme verursacht wie in Italien, ist darin zu sehen, daß die Rechtsprechung in der Schweiz einheitlich eine einschränkende Auslegung der Norm gefunden hat.¹⁶ Die bundesgerichtliche Umschreibung sieht vor, daß der Täter seine Machtbefugnisse, die ihm sein Amt verleiht, unrechtmäßig anwendet, d.h. kraft seines Amtes verfügt oder Zwang ausübt, wo dies nicht geschehen dürfte.¹⁷ Unter dem Mißbrauch der Amtsgewalt werden somit nicht sämtliche Pflichtverletzungen von Beamten und Behördenmitgliedern verstanden. Verfügungen, d.h. rechtsgestaltende Akte, vermögen demnach nur dann einen Amtsmißbrauch darzustellen, wenn der Täter sie in Ausübung seiner hoheitlichen Gewalt trifft, wo dies nicht geschehen dürfte.¹⁸ Eingriffe in persönliche Freiheitsrechte, also Zwang, ist dann unrechtmäßig, wenn der Beamte ungesetzliche Ziele, oder zwar legitime Zwecke verfolgt, aber mit unzulässigen bzw. unverhältnismäßigen Mitteln.¹⁹ Die Anwendung der Gewalt bzw. des Zwangs kann auch bei Anlaß der Amtsausübung geschehen, wenn der Täter dabei seine besondere Machtstellung ausnutzt.²⁰ Von der Literatur wurden die Einschränkungen abgesehen von einzelnen Details akzeptiert.²¹ Die Frage von mangelnder Unbestimmtheit des Amtsmißbrauchs konnte in der Schweiz aufgrund der einheitlichen Begrenzung nicht Raum gewinnen. Vor allem schränkt die dargelegte Lesart die Möglichkeit der Justiz, die Norm für Eingriffe in den Bereich der öffentlichen Verwaltung oder für weitergehende Untersuchungen zu mißbrauchen, ein. Darüber hinaus ist so für Mitglieder der Behörden eindeutig vorhersehbar, welches Verhalten strafrechtliche Konsequenzen nach sich zieht.

Das Delikt des Amtsmißbrauchs ist „naturgemäß“ nur schwer konkret zu umschreiben. Wenn die Umschreibung relativ vage belassen wird, kommt es auf eine einheitliche, die Bestimmtheit der Norm im Blick habende Auslegung an. Eine solche gab es in Italien zum Zeitpunkt der Reform von 1997 nicht, sondern der Tatbestand wurde im Gegenteil selbst durch die Justiz instrumentalisiert. Ohne diese Fehlentwicklung wäre dem Tatbestand nach 1990 nicht eine Schlüsselrolle zugefallen, und es hätte möglicherweise auf die erneute Revidierung

¹⁴ Siehe dazu Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, BT II, S. 367 ff. Rdn. 26 ff.; Donatsch, in: Donatsch/Wohlens, Strafrecht IV, S. 451 ff.

¹⁵ Vgl. Stratenwerth/Bommer, Schweizerisches Strafrecht, BT II, S. 429, Rdn. 1.

¹⁶ Siehe dazu Heimgartner, in: BSK Strafrecht II, Art. 312 StGB, Rdn. 2, 6 ff.

¹⁷ BGE 108 IV 49; 113 IV 30; 114 IV 42.

¹⁸ BGE 108 IV 48 E 2a.

¹⁹ BGE 99 IV 13; 104 IV 23; 113 IV 30.

²⁰ BGE 127 IV 209.

²¹ Stratenwerth/Bommer, Schweizerisches Strafrecht, BT II, S. 431 f., Rdn. 9 f.; Rehberg, Strafrecht IV, S. 396 f.; Donatsch, in: Donatsch/Wohlens, Strafrecht IV, S. 444 ff.; Heimgartner, in: BSK Strafrecht II, Art. 312 StGB, Rdn. 7 ff.

verzichtet werden können.

Eine andere als die vom Gesetzgeber schließlich gewählte Lösung hatte die Kommission *Morbidelli* 1996 vorgeschlagen. Sie sah die Aufteilung des Amtsmissbrauchs in drei unterschiedliche Delikte vor. Die Rechtsbeugung (*prevaricazione*) sollte die Amtsträger und mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten bestrafen, die ihre Befugnisse willkürlich und instrumentalisierend gebrauchen, um anderen absichtlich einen unrechtmäßigen Schaden zuzufügen. Jemandem auf dieselbe Weise einen Vermögensvorteil zu verschaffen, hätte das Delikt der Begünstigung (*favoritismo affaristico*) dargestellt, während die persönliche Bereicherung unter den Tatbestand des privaten Ausnutzens des Amtes (*sfruttamento privato dell'ufficio*) gefallen wäre.²²

Die Dreiteilung erscheint übersichtlicher. Es bietet die Möglichkeit auf den Unwert der jeweiligen Taten – auch mittels Variation des Strafmaßes – gesondert einzugehen. Die Bewertungen der einzelnen Delikte, die die Kommission vorgenommen hat, sind jedoch zum Teil fragwürdig. So ist die Einschätzung, daß der *sfruttamento privato dell'ufficio* denselben Unwert besitze wie die Bestechlichkeit,²³ sicherlich nicht richtig, fehlt ihm doch das bewußte Zusammenwirken von Verwaltungsinternem und Verwaltungsexternem. Selbst die Unterscheidung zur Begünstigung leuchtet nicht ein. Es stellt sich die Frage, aus welchem Grund, das persönliche Ausnutzen des Amtes, also das Sichverschaffen eines Vorteils, anders eingestuft werden sollte, als das Verschaffen eines Vorteils an Dritte. Eine Tat aus rein altruistischen Motiven, hätte eine Strafmilderung verdient, nicht aber die Konstellationen der Vetternwirtschaft. Die Nähe zur Bestechlichkeit weisen letztere eher auf, als die persönliche Bereicherung im Amt. Des weiteren ist die drastische Diskrepanz im Strafmaß zwischen der absichtlichen Schädigung anderer und den beiden anderen Delikten fragwürdig. Die Rechtsbeugung sollte im Höchstmaß mit zwei Jahren Gefängnis bestraft werden, während bei den anderen Taten fünf Jahre vorgesehen waren. Beim *sfruttamento privato* sollte sogar bereits das Mindestmaß zwei Jahre Gefängnisstrafe betragen. Die Kommission verwies auf die größere Gefährlichkeit und Verbreitung der Delikte, die auf die Erzielung eines eigenen Vorteils oder des eines anderen gerichtet sind, im Gegensatz zu allein schädigenden Taten. Zwar hat der italienische Gesetzgeber auch deutlich zwischen den Delikten des Diebstahls (Art. 624 c.p.) und der Sachbeschädigung (Art. 635 c.p.) unterschieden,²⁴ dabei handelt es sich

²² Siehe oben A.II.3., S. 31.

²³ Siehe Erläuterungen der Kommission, abgedruckt im Anhang bei D'Avirro, *L'abuso di ufficio*, 1997, S. 152.

²⁴ Das Strafmaß beim Diebstahl beträgt Haftstrafe von sechs Monaten bis zu drei Jahren sowie Geldstrafe von 154 € bis zu 516 €. Die Sachbeschädigung, welche nur auf Antrag des Geschädigten verfolgt wird, ist mit Geldstrafe von 258 € bis zu 2582 € oder mit Hausarrest von sechs bis dreißig Tage oder mit gemeinnütziger Arbeit von zehn Tagen bis zu drei Monaten bedroht.

aber um grundsätzlich andersartige Straftaten. Beim Amtsmissbrauch lediglich mit den Richtungen der Vorteilsverschaffung und der Schadenszufügung ist das aber nicht der Fall. Eine solches Unwertgefälle, wie von der Kommission angenommen, ist zwischen den Varianten nicht zu erkennen. Meines Erachtens wäre zumindest die von der Kommission vorgesehene Differenzierung von Dritt- und Selbstbegünstigung mittels unterschiedlicher Tatbestände nicht notwendig. Tathandlung und subjektive Ausrichtung auf einen Vorteil sind identisch. Starkes Divergieren im Unwert läßt sich nicht ausmachen. Die Varianten könnten ohne Probleme in einer Bestimmung nebeneinander stehen. Allein um anschaulicher verdeutlichen zu können, daß die Tat des ehemaligen Delikts des *interesse privato in atti d'ufficio* weiterhin unter Strafe steht, erfordert nicht unbedingt eine zusätzliche Bestimmung. Für eine Unterscheidung zwischen Rechtsbeugung und Begünstigung lassen sich nachvollziehbare Gründe finden. Ob sie dermaßen frappierend zu sein hätte, wie von der Kommission gedacht, kann bezweifelt werden.

Die Umschreibung des Mißbrauchs („*esercitando ovvero omettendo di esercitare in maniera arbitraria e strumentale i poteri inerenti alle funzioni o al servizio*“), die in den drei Vorschriften identisch war, wäre im Gegensatz zum heute gültigen Tatbestand zwar weiter gefaßt, hätte aber den Vorteil, auch die Ermessensentscheidungen zu erfassen. Gegenüber der Bezeichnung „Mißbrauch des Amts“ stellt sie klar, daß nicht das Ausnutzen der Amtsstellung, sondern allein das der dem Amt innenwohnenden Kompetenzen strafbar sein sollte und daß die Tat auch durch Unterlassung begangen werden kann. Das Merkmal mutet nach deutscher Lesart für einen Gesetzestext etwas umständlich an. Durch eine entsprechende Auslegung des „Mißbrauchs des Amts“ könnte – wie es die Praxis in der Schweiz zeigt – dasselbe Ergebnis erzielt werden. Daß die Kommission diesen Weg vorzog, dürfte jedoch dem Umstand geschuldet gewesen sein, daß die italienischen Gerichte zu der Zeit den Tatbestand oftmals nahezu konturenlos interpretierten. Insofern läßt sich nachvollziehen, daß die Kommission versuchte, wenigstens eine klarstellende Formulierung für die Tathandlung zu finden. Was den subjektiven Tatbestand angeht, hat der Gesetzgeber von 1997 die von der Kommission *Morbidelli* geplante Einführung eines *dolo intenzionale* übernommen.

In Betrachtung der heute bestehenden Restriktion des Anwendungsbereichs, dem damit einhergehenden Bedeutungsverlust in der Praxis und der neuen Auslegungsschwierigkeiten des Art. 323 c.p. ist die Frage berechtigt, ob bei der Reform von 1997 tatsächlich die beste Lösung gewählt wurde. Daß der Tatbestand damals durch seine Schlüsselposition, seine Unbestimmtheit und seine Handhabung durch die Justiz zu einer Lähmung der öffentlichen Verwaltung führte, dessen Schutz eigentlich seine Aufgabe war, ist unbestreitbar. Reformbedarf bestand sicherlich. Eine Konkretisierung unter Einbezug der

objektiven Seite war dringend erforderlich. Dennoch ist fraglich, ob der Gesetzgeber nicht über das Ziel hinausgeschossen ist. Nach der hier vertretenen Auffassung hätte die Tathandlung durchaus weiterhin mit dem Mißbrauch des Amtes umschrieben werden können. Das Wesen eines Amtsmissbrauchs, nämlich die Zweckentfremdung der staatlichen Befugnisse aus persönlichen Motiven, hätte das strafbare Verhalten in hinreichend bestimmter Weise vorgegeben. Daß diese Zweckentfremdung im Verwaltungsrecht den Rechtswidrigkeitsgrund des Ermessensmissbrauchs darstellt, würde seine Verwendung im Strafrecht nicht hindern. Die obigen Ausführungen zu diesem Problem kommen zu dem Schluß, daß der *sviamento di potere* für sich allein das Gebot der Bestimmtheit des Strafgesetzes nicht verletzt. Wird daher die weite Formulierung „wer sein Amt mißbraucht. . .“ zugelassen, muß dem Strafrichter auch gestattet werden, zu überprüfen, ob die Entscheidungsgründe der Verwaltung vom öffentlichen Zweck des Gesetzes gedeckt sind. Er kann also hinterfragen, ob sich der Amtsträger von öffentlichen oder von privaten Interessen hat leiten lassen. Diese Untersuchung hat die Legislative von 1997 unterbunden, um unzulässige Übergriffe der Justiz auf die Administration zu vermeiden. Oben wurde klargestellt, daß die eben beschriebene Kontrolle des Strafrichters nicht das Gewaltenteilungsprinzip tangiert, sondern dies erst tun würde, wenn die Justiz mit ihren Entscheidungen die der Verwaltung ersetzte. Ein Urteil, welches beispielsweise auf der Annahme beruht, daß es sinnvoller oder effektiver gewesen wäre, der Verwaltungsfunktionär hätte eine andere Lösung gewählt, würde einen unzulässigen Übergriff der einen Staatsgewalt auf die andere darstellen. Demzufolge könnte gegen eine Tathandlung, die mit dem Mißbrauch von Amtsbefugnissen normiert wird, nicht eingewandt werden, sie sei zu unbestimmt und gebe dem Strafrichter gegenüber der öffentlichen Verwaltung zu weitreichende Eingriffsmöglichkeiten. Vorteil dieser Lösung wäre, daß auch die schwerwiegenden Mißbrauchsfälle erfaßt werden, in denen keine bestimmten Verwaltungsvorschriften verletzt sind. Außerdem würden die Interpretationsschwierigkeiten hinsichtlich der aktuellen Tatbestandsmerkmale der Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen und der unterlassenen Enthaltung umgangen. Die gebotene Beschränkung des Art. 323 c.p. hätte allein durch die Umwandlung in ein Erfolgsdelikt, die Streichung der immateriellen Zielsetzung und die Reduzierung des Strafmaßes vorgenommen werden können. Das Erfordernis des Tatbestandserfolgs gewährleistet, daß sich die richterlichen Feststellungen nicht nur auf den subjektiven Tatbestand reduzieren. Der nichtvermögendliche Vorteil ist relativ vage und könnte auch höchstpersönliche Empfindungen beinhalten. Ihn außen vor zulassen, vermindert eine unsichere Feststellung des Taterfolgs. Mit der Herabsetzung der Strafe bekommt die Staatsanwaltschaft weniger Zwangsmaßnahmen an die Hand, wodurch das Delikt nicht mehr zur Ermittlung bei anderen Straftaten vorgeschoben werden kann. Diese Änderungen haben sich seit der Reform von 1997 bewährt. Eine darüber hinausgehende Limitierung der Norm ist nicht notwendig, wäre jedoch mit der Umkehr von der Konsumtions- wieder zur

Subsidiaritätsklausel ohne weiteres möglich.

Allerdings würde ein solch weite Tatumschreibung die Disziplin der Rechtsprechung voraussetzen, sich auf die Feststellung der Tatbestandsmerkmale zu beschränken und nicht, wie es vor der Gesetzesänderung von 1997 oftmals geschah, verwaltungsrechtliche Entscheidungen zu ersetzen. Die Zügellosigkeit der Justiz hatte schließlich die Legislative veranlaßt, eine restriktive Umschreibung des Amtsmissbrauchs zu verwenden. Wahrscheinlich war dies zu jenem Zeitpunkt unabdingbar, um die Ankläger und Strafgerichte in ihre Schranken zu weisen. Vielleicht wäre es heute möglich, wieder den Begriff des Mißbrauchs des Amtes zu verwenden, ohne die früheren Konsequenzen auszulösen. Die alte Rechtsprechung hat von vielen Seiten Kritik erfahren und müßte die Reform von 1997 als Zurechtweisung durch den Gesetzgeber verstehen. Des weiteren haben sich die Zustände in Justiz und Gesellschaft zum Teil geändert: Die Bewegung der „*mani pulite*“, die zu einer Flut von Anzeigen gegen Staatsbedienstete führte, existiert nicht mehr.

Teil II

Erklärungsansätze für den Unterschied zwischen Deutschland und Italien

A. Vergleich des positiven Strafrechts

I. Gegenüberstellung der Amtsdelikte

Im italienischen Strafgesetzbuch finden sich die Delikte der Amtsträger gegen die öffentliche Verwaltung im ersten Kapitel des zweiten Titels des zweiten Buchs (Art. 314-335). Allerdings gibt es auch im restlichen Besonderen Teil weitere Bestimmungen, die Handlungen oder Unterlassungen von Amtsträgern unter Strafe stellen.

Neben dem Delikt des Amtsmissbrauchs finden sich zusätzlich Vorschriften im italienischen Strafgesetzbuch, die es im deutschen Recht nicht gibt. Hier sind insbesondere der *peculato*, die Unterschlagung im Amt, Art. 314 und Art. 316 c.p., die *concussione*, die Erpressung im Amt, Art. 317 c.p., die *ommissione o rifiuto di atti d'ufficio*, die Unterlassung oder Verweigerung von Amtshandlungen, Art. 328 c.p., die *interruzione di un servizio pubblico o di pubblica necessità*, die Unterbrechung eines öffentlichen oder im öffentlichen Interesse notwendigen Dienstes, Art. 331 c.p., sowie die *sottrazione o danneggiamento di cose sottoposte a sequestro disposto nel corso di un procedimento penale o dall'Autorità amministrativa*, die Wegnahme oder Beschädigung von gepfändeten oder beschlagnahmten Sachen, Art. 334 c.p., bzw. die fahrlässige Pflichtverletzung bei ihrer Verwahrung, Art. 335 c.p., zu nennen.

In dem hier zu untersuchenden Zusammenhang ist die eben genannte Unterlassung oder Verweigerung von Amtshandlungen, Art. 328 c.p., von besonderer Bedeutung. Während Absatz 1 das Verweigern einer Amtshandlung, die aus wichtigen übergeordneten Gründen keinen Aufschub duldet, unter Strafe stellt, geht es in Absatz 2 um ein schlichtes Nichthandeln innerhalb einer Frist von 30 Tagen nach Erhalt einer schriftlichen Anfrage. Erläßt der Amtsträger oder mit einem öffentlichen Dienst Beauftragte nicht den beantragten Akt oder legt nicht die Gründe für seine Verspätung dar, macht er sich strafbar. Damit ist insbesondere Art. 328 Abs. 2 c.p. ein weit umfassendes Amtsdelikt, das lediglich ein Unterlassen zur Voraussetzung hat.

Des Weiteren besitzt der *codice penale* Vorschriften, die im deutschen Recht mittlerweile aufgehoben wurden. So zum Beispiel die unrechtmäßige Verhaftung

(*arresto illegale*), Art. 606 c.p.,¹ und der Hausfriedensbruch durch einen Amtsträger (*violazione di domicilio commessa da un pubblico ufficiale*), Art. 615 c.p.² Während die Freiheitsentziehung durch einen Strafvollzugsbeamten (*indebita limitazione di libertà personale*), Art. 607 c.p., in etwa mit dem deutschen Delikt der Vollstreckung gegen Unschuldige, § 345 StGB, vergleichbar ist, hat der Machtmißbrauch gegenüber Festgenommenen oder Gefangenen (*abuso di autorità contro arrestati o detenuti*), Art. 608 c.p., im deutschen Recht keine Entsprechung. Der Amtsträger wendet vom Gesetz nicht vorgesehene Härtemaßnahmen an. Nach deutschem Strafrecht könnte jedoch gegebenenfalls eine Körperverletzung im Amt, § 340 StGB, oder eine Aussageerpressung, § 343 StGB, vorliegen. Auch der Tatbestand der willkürlichen Durchsuchung oder Leibesvisitation (*perquisizione e ispezione personali arbitrarie*), Art. 609 c.p., ist im deutschen Strafgesetzbuch nicht vorhanden.

Ebenfalls ohne identische Entsprechung im deutschen Strafgesetzbuch ist Art. 361 c.p. (*omessa denuncia di reato da parte del pubblico ufficiale*), die unterlassene (oder verzögerte) Anzeige von Straftaten, von denen der Amtsträger in Ausübung oder aufgrund seiner Funktionen erfahren hat. Allerdings sind solche Taten in Deutschland unter den Voraussetzungen der Strafvereitelung gemäß §§ 258, 258a StGB strafbar, deren sachlicher Anwendungsbereich erheblich weiter ist.

Die Korruptionsdelikte der Vorteilsannahme (*corruzione impropria* oder *corruzione per un atto d'ufficio*, Art. 318 c.p.) und Bestechlichkeit (*corruzione propria* oder *corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio*, Art. 319 c.p.) bzw. der Vorteilsgewährung und Bestechung sind in beiden Rechtssystemen ähnlich, besitzen jedoch auch einige Unterschiede.

Die italienische Vorteilsannahme und Bestechlichkeit kennen nur zwei Verhaltensalternativen; einen Vorteil zu erhalten und ein Versprechen anzunehmen. Das Fordern einer Leistung ist nicht ausdrücklich aufgeführt und wird auch nicht als solches für ausreichend angesehen. Wenn sie zudem sofort zurückgewiesen wurde, scheidet selbst der Versuch aus, weil es an einer Kollusion zweier Personen mangelt.³ Demzufolge muß die (zweiseitige) Unrechtsvereinbarung in

¹ Vergleichbar – wenn auch nicht identisch – mit dem früheren § 341 StGB: „Ein Amtsträger, welcher vorsätzlich, ohne hierzu berechtigt zu sein, eine Verhaftung oder vorläufige Ergreifung und Festnahme oder Zwangsgestellung vornimmt oder vornehmen läßt oder die Dauer einer Freiheitsentziehung verlängert, wird nach der Vorschrift des § 239, jedoch mindestens mit Gefängniß von drei Monaten bestraft.“ Zitiert in der Fassung von 1876.

² Entsprechend dem früheren § 342 StGB: „Ein Amtsträger, der in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung seines Amtes einen Hausfriedensbruch (§ 123) begeht, wird mit Gefängniß bis zu einem Jahre oder mit Geldstrafe bis zu neunhundert Mark bestraft.“ Zitiert in der Fassung von 1876.

³ Cass., Sez. VI, 10.2.1984, Fiorentini, RV163472; Cass., Sez. VI, 4.4.1984, Antonazzo, RV164289; Cass., Sez. VI, 14.6.1984, Mazzone, RV165997; vgl. Cass., Sez. VI, 16.3.1990, Sabusco, RV185099.

Italien ausgeprägter als in Deutschland sein, selbst wenn sie – wie auch hierzulande – ebenfalls nur konkludent oder durch Mittelspersonen zustande kommen kann.⁴ Fordert somit der Verwaltungsangestellte für eine Diensthandlung einen Vorteil, den die Privatperson trotz Verhandlungen nicht zu gewähren bereit ist, dann ist im Gegensatz zum deutschen Recht keine vollendete Vorteilsannahme gegeben, jedoch ihr Versuch.⁵ Ein Amtsmißbrauch wird aber mangels Schadens der Verwaltung in der Regel noch nicht vorliegen.⁶

Ein nicht unbedeutender Unterschied zum italienischen Recht besteht seit der Einführung des deutschen Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption vom 13. August 1997⁷ in Bezug auf die Vorteilsannahme gemäß § 331 Abs. 1 StGB. Das Gegenstück in Art. 318 c.p. bezieht sich – wie zuvor auch in Deutschland – lediglich auf eine bestimmte Diensthandlung,⁸ während hierzulande nunmehr der Vorteil auch ganz allgemein für Dienstaufübungen erstrebt oder gewährt werden kann.⁹ Diese erweiterte Anwendung führt dazu, daß der schwer zu erbringende Beweis eines Zusammenhangs zwischen einer Zuwendung und einem konkreten Dienstaft nicht geführt werden muß. Es ist nicht mehr erforderlich, daß der Täter den Vorteil als Gegenleistung für eine bestimmte Diensthandlung fordert, sich versprechen läßt oder annimmt.¹⁰ Vielmehr reicht jede Vorteilsannahme „im Zusammenhang“ mit dem Amt aus.¹¹ Hier ist der deutsche Tatbestand also umfassender.

Die Möglichkeit, bei Korruptionsverdacht zumindest wegen Amtsmißbrauchs zu ermitteln, wurde mit der Reform von 1997 eingeschränkt. Die Wahrscheinlichkeit, daß die Bestechlichkeit nicht, aber der Amtsmißbrauch bereits nachgewiesen werden kann, ist mit den Neuerungen gesunken. Die Forderung einer

⁴ Vgl. Cass., Sez. VI, 25.1.1982, Alberini, RV154245.

⁵ Siehe Cass., Sez. VI, 10.2.1984, Fiorentini, RV163472; Cass., Sez. VI, 4.4.1984, Antonazzo, RV164289.

⁶ Hier zeigt sich allerdings die Problematik der Einbeziehung des immateriellen Schadens. Insbesondere worin er für die öffentliche Verwaltung besteht, läßt sich nicht leicht beantworten. Vgl. oben B.III.1., S. 202.

⁷ BGBl. I, 2038.

⁸ So ausdrücklich Cass., Sez. VI, 24.11.1981, Taldone, RV152461; Cass., Sez. IV, 19.9.1997, Paolucci ed altro, RV210301. Siehe Dolcini/Marinucci-Benussi, Art. 318 c.p., Rdn. 14; Seminara, in: Crespi/Stella/Zuccalà, 1986, Art. 318 c.p., IV, Rdn. 1. Differenzierend Romano, 2006, Art. 318 c.p., Rdn. 28 ff., 31. Vgl. in Bezug auf die *corruzione propria* Cass., Sez. VI, 27.5.1998, Zorzi ed altri, RV212236 sowie Cass., Sez. VI, 30.9.1996, Penna ed altri, RV208176, die allerdings feststellen, daß es ausreichend sei, wenn der fragliche Akt dem *genus* nach bestimmt ist.

Vgl. Cass., Sez. VI, 3.11.1998, Giovannelli, RV212324; Cass., Sez. VI, 12.11.1998, Sabatini, RV212566; Cass., Sez. VI, 29.10.1992, Riso ed altro, RV193821; Cass., Sez. VI, 14.11.2001, Manzo ed altro, RV220432.

⁹ Vgl. Schönke/Schröder-Heine, § 331 StGB, Rdn. 1b.

¹⁰ Schönke/Schröder-Heine, § 331 StGB, Rdn. 7. Vgl. BGH wistra 1999, 224 f.

¹¹ Siehe BT-Drs. 13/3353, S. 2, 5, 11.

Verletzung von Gesetzes- oder Verordnungsnormen bzw. von Enthaltungspflichten sowie des Eintritts eines konkreten Taterfolgs haben die Strafbarkeitsschwelle erheblich nach oben gesetzt.

Ebenfalls ähnlich, wenn auch nicht identisch, sind die Bestimmungen über den Vertrauensbruch bei der Vertretung nationaler Interessen im Ausland. In Art. 264 c.p. ist die Tathandlung mit der Untreue zum Auftrag umschrieben, aus der sich eine Schädigung des nationalen Interesses ergeben kann. § 353a StGB verlangt eine Zuwiderhandlung gegen eine amtliche Anweisung oder eine unwahre Berichterstattung in der Absicht, die Bundesregierung irrezuleiten.

Urkundenfälschung und Falschbeurkundung im Amt sind in Art. 476 ff. c.p. als reine Amtsdelikte formuliert, während in Deutschland nur die Falschbeurkundung, § 348 StGB, ein Sonderdelikt darstellt. Die Urkundenfälschung unter Mißbrauch der Amtsstellung und -befugnis ist gemäß § 267 I, III Nr. 4 StGB als Regelbeispiel eines besonders schweren Falls konzipiert. Das Merkmal „zur Täuschung im Rechtsverkehr“ wird im italienischen Tatbestand nicht verlangt, kennt dafür aber nicht die Variante des „Gebrauchens“.

Das Offenbaren von Dienstgeheimnissen durch einen Amtsträger ist in beiden Strafgesetzbüchern strafbewehrt. Der Anwendungsbereich von § 353b StGB ist gegenüber Art. 326 c.p. dadurch begrenzter, daß durch die Enthüllung des Geheimnisses wichtige öffentliche Interessen gefährdet sein müssen. Andererseits sieht Art. 326 c.p. in Absatz 3 eine Strafschärfung für den Fall vor, daß der Täter sich oder anderen einen ungerechtfertigten Vorteil verschaffen wollte, und dementsprechend heißt der Tatbestand *„rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio“* – „Enthüllung und Verwendung (Verwertung) von Dienstgeheimnissen“. Darüber hinaus wird mit Art. 325 c.p. die Verwertung von geheimen Erfindungen oder Entdeckungen bestraft, die aufgrund der Dienstausbübung dem Amtsträger oder mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten bekannt geworden sind (*utilizzazione d'invenzioni o scoperte conosciute per ragioni d'ufficio*). Demgegenüber besitzt das deutsche Recht mit der Verletzung des Steuergeheimnisses, § 355 StGB, noch einen gesonderten Tatbestand, der kein italienisches Pendant hat.

Weitere Amtsdelikte im deutschen Recht, die im italienischen fehlen, sind die Strafvereitelung im Amt (§§ 258, 258a StGB),¹² die Rechtsbeugung (§ 339 StGB),¹³ die Körperverletzung im Amt (§ 340 StGB), die Aussageerpressung (§ 343 StGB), die Verfolgung Unschuldiger (§ 344 StGB), die Gebührenüberhebung (§ 352 StGB), die Abgabenüberhebung und Leistungsverkürzung (§ 353

¹² Das oben angeführte italienische Delikt der Nichtanzeige von Straftaten, Art. 361-363 c.p., vermag lediglich einen sehr kleinen Teil der Verfolgungsvereitelung abzudecken.

¹³ Aber immerhin ist die Prozeßverschleppung durch den Richter durch Art. 328 c.p. erfaßt.

StGB) und die Verleitung eines Untergebenen zu einer Straftat (§ 357 StGB). Nur zu einem kleinen Teil werden diese Delikte in Italien durch den Tatbestand des Amtsmißbrauchs kompensiert.

Für die Strafvereitelung durch eine Amtsperson gibt es im *codice penale* keinen besonderen Tatbestand. Die bereits erwähnten Delikte der Nichtanzeige von Straftaten, Art. 361-363 c.p., decken nur einen sehr kleinen Teil der Verfolgungsvereitelung ab. Bei ihnen geht es allein um die objektiv unterlassene Anzeige von Straftaten durch Amtsträger oder mit einem öffentlichen Dienst Beauftragte. Eine subjektive Komponente der vorsätzlichen Strafvereitelung fehlt. Daher kann eine Strafvereitelung im Amt nur nach der allgemeinen Bestimmung zur Strafvereitelung, Art. 378 c.p. (*favoreggiamento personale*), in Verbindung mit dem Erschwerungsgrund des Art. 61 Nr. 9 c.p. abgeurteilt werden. Allein die Strafandrohung des Art. 378 c.p. ist höher als die des Amtsmißbrauchs. Damit ist letzterer aufgrund seiner Subsidiaritäts- bzw. Konsumtionsklausel nicht anwendbar.

Begeht ein italienischer Amtsträger hingegen eine Rechtsbeugung, wird grundsätzlich der Tatbestand des Art. 323 c.p. zur Anwendung kommen. Die Tatbestandsmerkmale der Verletzung von Gesetzesnormen und der Schadensverursachung bei einem Dritten werden regelmäßig gegeben sein.

Wird allerdings eine *corruzione impropria* oder *corruzione propria* zur Beeinflussung eines Zivil-, Straf-, oder Verwaltungsprozesses begangen, kommen die Art. 318 bzw. Art. 319 c.p. mit der Strafschärfung¹⁴ des Art. 319ter c.p. zum Tragen. Neben dem Höchstmaß von acht Jahren ist im Mindestmaß hier eine Gefängnisstrafe nicht unter drei Jahren vorgesehen. Damit liegt der Strafrahmen deutlich höher als beim Amtsmißbrauch.¹⁵ In einer solchen Konstellation bleibt somit kein Raum für Art. 323 c.p.

Bei einer durch Unterlassen begangenen Rechtsbeugung war bis 1990 Art. 328 c.p. einschlägig.¹⁶ Seit durch das Reformgesetz vom 26. April 1990 erfolgten Umgestaltung der Subsidiaritätsklausel des Art. 323 c.p. dahingehend, daß er nur noch durch schwerere Delikte verdrängt werden kann, bleibt der Tatbestand der Unterlassung oder Verweigerung von Amtshandlungen außen vor.

Die Körperverletzung im Amt kann in Italien nur über die normalen Körperverletzungstatbestände der Art. 581 (*percosse*) und Art. 582 (*lesione personale*) c.p. mit den allgemeinen Erschwerungsgründen des Art. 61 Nr. 9 und Nr. 11 c.p. geahndet werden. Wenn zugleich die Voraussetzungen des Art. 323

¹⁴ Trib. Messina, 21.11.1990, Giur. merito 1992, II, 696.

¹⁵ Im übrigen liegt der Strafrahmen auch höher als die sich auf Richter und Schiedsrichter beziehenden §§ 331 Abs. 2 und 332 Abs. 2 StGB.

¹⁶ Vgl. Schmidt-Speicher, Hauptprobleme der Rechtsbeugung, S. 119.

c.p. gegeben sind, kommt es auf den Einzelfall an, welches Delikt schwerer mißt: Der Amtsmißbrauch oder die strafferhöhte Körperverletzung.¹⁷ Allerdings kann allenfalls die *lesione personale* durch die Straferhöhung schwerer werden als der Amtsmißbrauch. Bleibt wie im Regelfall der Amtsmißbrauch das schwerere Delikt, ist die Frage der Gesetzeskonkurrenz zu klären. Liegt der Schwerpunkt der Tat nicht auf dem Mißbrauch von Amtsbefugnissen, sondern bei der Körperverletzung, verdrängt sie den Art. 323 c.p. im Wege der Spezialität.

Die Aussageerpressung wird in Italien lediglich¹⁸ über den Tatbestand der Nötigung (*violenza privata*), Art. 610 c.p., in Verbindung mit den allgemeinen Erschwerungsgründen des Art. 61 Nr. 9 c.p. bestraft. Sofern eine Konkurrenzsituation mit dem Amtsmißbrauch besteht, tritt dieser jedoch hinter der Nötigung zurück, da sie bereits im Grundtatbestand mit einer Höchststrafe von vier Jahren Gefängnis das schwerere Delikt darstellt.

Für die strafrechtliche Verfolgung Unschuldiger gibt es im *codice penale* keinen gesonderten Tatbestand. Allerdings deckt die unrechtmäßige Verhaftung, Art. 606 c.p., einen Teil ab. Die Freiheitsberaubung (*sequestro di persona*), Art. 605 c.p., mit dem Erschwerungsgrund der durch einen Amtsträger unter Mißbrauch seiner Befugnisse begangenen Tat gemäß Absatz 2 Nr. 2 wird nicht zur Anwendung kommen können. Der subjektive Tatbestand setzt im Gegensatz zu Art. 606 c.p. voraus, daß der Täter das Opfer unter seiner persönlichen Herrschaft halten und nicht der staatlichen Autorität überstellen möchte.¹⁹ Für die Strafbarkeit wegen illegaler Verhaftung muß es aber bereits zu einer effektiven Einschränkung der Freiheit gekommen sein. Die Einleitung von Ermittlungen und auch beispielsweise das Ausstellen eines Haftbefehls werden nicht erfaßt. Für diese Taten kommt Art. 323 c.p. in Betracht. Die Tatbestandsalternative der Verletzung von Gesetzenormen wird in der Regel vorliegen, ebenso wie ein – vorwiegend wohl immaterieller – Schaden beim unschuldig Verfolgten. Damit wäre § 344 StGB ein Tatbestand, der Verhaltensweisen abdeckt, die in Italien unter Art. 323 c.p. fallen würden.

Bei den Fällen der Gebühren- und Abgabenüberhebung könnte im italienischen Recht dem Wortlaut nach die *concussione*, der Tatbestand der Erpressung im Amt, Art. 317 c.p., in Betracht kommen, da dort nicht nur das Tatmittel des Zwangs, sondern auch des Verleitens („*costringe o induce*“) aufgezählt wird. Allerdings ist in der italienischen Literatur und Rechtsprechung umstritten,²⁰ ob

¹⁷ Vgl. Pagliaro/Parodi Giusino, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2008, S. 308.

¹⁸ D.h. ein eigenständiges Sonderdelikt gibt es nicht.

¹⁹ Cass., Sez. I, 27.1.1992, Musca, RV189218. Siehe auch Cass., Sez. V 02/223023, zitiert nach Monaco, in: Crespi/Stella/Zuccala, Art. 605 c.p., VIII, Nr. 3.

²⁰ Siehe dazu Romano, 2006, Art. 317 c.p., Rdn. 36 ff.; Dolcini/Marinucci-Benussi, Art. 317 c.p., Rdn. 31.

unter dem Verb *indurre* eine Täuschungshandlung (*inganno*) zu verstehen ist,²¹ wie sie die herrschende Meinung als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal für § 352 StGB fordert,²² oder ob es lediglich eine andere Form des psychologischen Zwangs, *metus publicae potestatis*, vorgibt und sich das Opfer folglich der Unrechtmäßigkeit der Forderung bewußt sein muß.²³ Die letztgenannte Auffassung schließt somit bei der Gebühren- und Abgabenüberhebung mittels Täuschung das Amtsdelikt der *concessione* aus und wendet den Betrug (*truffa*) gemäß Art. 640 c.p. i.V.m. dem Erschwerungsgrund des Art. 61 Nr. 9 c.p. an.²⁴ Die vermittelnde Position sieht in dem „Verleiten“ jedes nicht an bestimmte Formen gebundene Verhalten, durch das die Privatperson in einen Zustand der psychologischen Befangenheit versetzt wird, welche sie zu einem bestimmten Verhalten veranlaßt.²⁵ Hier ist u.a. neben der Überredung auch die Täuschung umfaßt.²⁶ Nach ihr und der ersten Ansicht ist Art. 317 c.p. einschlägig. Selbst wenn zusätzlich die Tatbestandsmerkmale des Amtsmißbrauchs gegeben sind, verhindert die Konsumtionsklausel sowohl im Hinblick auf die *concessione* als auch auf die *truffa aggravata* die Anwendung von Art. 323 c.p. Dementsprechend ist letztlich nach allen Auffassungen ein Amtsmißbrauch nicht gegeben. Werden hingegen staatliche Leistungen durch einen italienischen Verwaltungsbeamten rechtswidrig gekürzt, um sich den Differenzbetrag zuzueignen, macht er sich jedenfalls wegen *peculato*, der Unterschlagung im Amt, Art. 314 c.p., strafbar. Art. 323 c.p. als das leichtere Delikt ist nicht anwendbar.

²¹ So Grispigni, I delitti contro la Pubblica Amministrazione, S. 148; Pagliaro, Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2000, S. 122 f. m.w.H., der aber nicht verlangt, daß das Opfer tatsächlich in einem Irrtum erliegt. Siehe nun Pagliaro/Parodi Giusino, Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2008, S. 150 f. Ebenso Cass., Sez. VI, 17.2.1979, Marucci, RV140279.

²² Tröndle/Fischer, § 352 StGB, Rdn. 6a.

²³ Marini, Riv. it. dir. proc. pen., 1967, 294, 303; Romano, 2006, Art. 317 c.p., Rdn. 42 ff., 46. Für die Rspr. siehe Cass., Sez. II, 8.11.1984, Lombardi, RV167815.

²⁴ Cass., Sez. VI, 15.10.1982, Basile, RV157053; Cass., Sez. II, 8.11.1984, Lombardi, RV167815. Vgl. zur Unterscheidung zwischen Art. 317 c.p. und Art. 640 c.p. Cass., Sez. VI, 26.3.1991, Cucco, RV188405.

Dagegen u.a. mit Verweis auf die historischen Vorläufer der Erpressung im Amt, Art. 169 (gewaltsam) und Art. 170 (betrügerisch) des *Codice Zanardelli*, Pagliaro/Parodi Giusino, Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2008, S. 153 f.; vgl. Manzini, Trattato di diritto penale italiano, Vol. V, 1982, S. 190.

²⁵ So Levi, Delitti contro la Pubblica Amministrazione, S. 246; Riccio, Noviss. dig. it., Vol. III, S. 1073; Fiandaca/Musco, Diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2002, S. 208; vgl. Segreto/De Luca, 1995, S. 244; Manzini, Trattato di diritto penale italiano, Vol. V, 1982, S. 204 f. In der Rspr. Cass., Sez. II, 1.12.1995, Russo, RV204363; Cass., Sez. VI, 22.10.1993, Catapano, RV197715 u. RV197717; Cass., Sez. VI, 22.10.1993, Fedele, RV196048 u. RV196049; Cass., Sez. VI, 5.2.1991, Dilavanzo, RV187438; vgl. Cass., Sez. VI, 5.10.1998, Veneziano, RV211745.

²⁶ So ausdrücklich Fiandaca/Musco, Diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2002, S. 208; vgl. Antolisei, Manuale di diritto penale, Parte speciale, Vol. II, 2003, S. 317. Siehe in der Rspr. Cass., Sez. II, 1.12.1995, Russo, RV204363; Cass., Sez. VI, 30.1.1995, Nicotera, RV201357, Riv. pen., 1996, 99.

Was die Verletzung von Steuergeheimnissen beispielsweise durch Finanzbeamte angeht, so ist in der italienischen Lehre umstritten, ob Geheimnisse, deren Offenbarung oder Verwendung lediglich Privatpersonen schaden können, auch unter den Begriff *notizie d'ufficio* des Art. 326 c.p. fallen. Die befürwortende Ansicht meint, daß auch die öffentliche Verwaltung ein Interesse an der Wahrung von privaten Geheimnissen besitze, und zwar unter dem Gesichtspunkt eines korrekten und effizienten Verwaltungsablaufs. Es sei zwischen dem drohenden Schaden und dem Interesse an dem Schutz des Geheimnisses zu unterscheiden. Für sie ist auch die Offenlegung oder Verwertung von privaten Daten durch einen Amtsträger oder mit einem öffentlichen Dienst besonders Beauftragten nach Art. 326 c.p. zu bestrafen.²⁷ Wenn regelmäßig auch die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 323 c.p. gegeben sind, so ist er dennoch nicht anzuwenden, da dies entweder die Konsumtionsklausel verhindert oder er im Wege der Gesetzesinheit hinter Art. 326 c.p. zurückzustehen hat.²⁸ Demgegenüber verlangt die einschränkende Auffassung,²⁹ daß die Geheimnisse allein die öffentliche Verwaltung im weiten Sinne³⁰ betreffen dürfen, da Art. 326 c.p. nur das öffentliche Interesse schütze.³¹ *Manzini* verwies in diesen Fällen – allerdings vor den Reformen – auf das Delikt des Amtsmißbrauchs.³² *Concas* und *Romano* ziehen die *rilevazione di segreto professionale*, die Enthüllung von Berufsgeheimnissen, Art. 622 c.p., in Betracht.³³ Nach *Manzini* käme also in Fällen der Verletzung des Steuergeheimnisses Art. 323 c.p. direkt zum Tragen. Voraussetzung wäre dafür neben der Verletzung von Gesetzes- oder Ordnungsbestimmungen,³⁴ daß durch das Offenbaren des Steuergeheimnisses dem anderen absichtlich ein ungerechtfertigter Schaden zugefügt bzw. das

²⁷ Mazzacuva, La tutela penale del segreto industriale, S. 183; Fioravanti, Profili penali dei pubblici segreti, S. 125 f.; Pagliaro/Parodi Giusino, Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2008, S. 323, Fiandaca/Musco, Diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2002, S. 255 f.

²⁸ Vgl. oben Kapitel über Konkurrenzen

²⁹ Für sie spricht vor allem ein systematischer Grund: Art. 622 c.p. schützt die privaten Interessen und sieht in Abs. 2 eine Strafschärfung für die u.a. von *amministratori* begangenen Taten vor. Für Art. 326 c.p. bleibt da nur Raum, wenn das verletzte Geheimnis unmittelbar die öffentliche Verwaltung betrifft. Vgl. Dolcini/Marinucci-Lago, Art. 622 c.p., Rdn. 29.

³⁰ Damit sind die Verwaltungen aller Staatsgewalten gemeint, also der Legislative, Judikative und Exekutive.

³¹ *Concas*, La garanzia penale del segreto istruttorio, S. 169; *Manzini*, Trattato di diritto penale italiano, Vol. V, 1982, S. 311, 313; *Seminara*, in: *Crespi/Stella/Zuccalà*, 1986, Art. 326 c.p., II, Rdn. 6; *Romano*, 2006, Art. 326 c.p., Rdn. 6; *Dolcini/Marinucci-Lago*, Art. 622 c.p., Rdn. 29.

³² *Manzini*, Trattato di diritto penale italiano, Vol. V, 1982, S. 313.

³³ *Concas*, La garanzia penale del segreto istruttorio, S. 169; *Romano*, 2006, Art. 326 c.p., Rdn. 6.

³⁴ Siehe das Gebot zur Amtverschwiegenheit mit dem Verbot, Dienstgeheimnisse an Unbefugte weiterzugeben, in Art. 15 D.P.R. 10.1.1957, n. 3, in der Fassung durch Art. 28 l. 7.8.1990, n. 241.

Geheimnis verwertet wird. Ist der Sachverhalt so gelagert, ist die Anwendung des Art. 323 c.p. unumgänglich. Wären seine Tatbestandsmerkmale nicht gegeben, würde Art. 622 c.p. relevant werden.

Die Verleitung eines Untergegebenen zu einer Straftat kann in Italien grundsätzlich nur nach den allgemeinen Vorschriften über die Beteiligung, Art. 110 ff. c.p., geahndet werden. Nach Art. 110 c.p. ist jeder Tatbeteiligte mit der für das Delikt vorgesehenen Strafe zu bestrafen. Gemäß Art. 112 Abs. 1 Nr. 3 c.p. ist die Strafe für denjenigen zu erhöhen, der in Ausübung seiner Befugnisse, Leitung oder Aufsicht jemanden zu der Tat bestimmt hat. Falls eine Drohung vorliegt, könnte allerdings auch das Delikt der Anwendung von Gewalt oder Drohungen vorliegen, um einen anderen zur Begehung einer Straftat zu zwingen, Art. 611 c.p. (*violenza o minaccia per costringere a commettere un reato*); zusammen mit der Strafschärfung des Art. 61 Nr. 9 c.p. Dann stünde der eventuell ebenfalls gegebene Amtsmißbrauch als das weniger schwerwiegende Delikt zurück.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß es im deutschen Recht nicht viele Amtsdelikte gibt, die Verhaltensweisen erfassen, die in Italien allein durch Art. 323 c.p. strafbewehrt sind. Hier sind in erster Linie die weder durch Unterlassung begangene noch mit einer Bestechung in Verbindung stehende Rechtsbeugung (§ 339 StGB) sowie die unterhalb der Schwelle der Freiheitsbeschränkung bleibenden Akte strafrechtlicher Verfolgung eines Unschuldigen (§ 344 StGB) zu nennen. Darüber hinaus bleibt der Amtsmißbrauch in Italien ein Auffangtatbestand, so daß in manchen Fällen Art. 323 c.p. einschlägig ist, in denen eine deutsche Norm einen umfassenderen Anwendungsbereich als sein italienisches Gegenstück besitzt.

II. Unterschiede anhand von Fällen

1. Fallkonstellationen

Die folgenden Fallkonstellationen beinhalten Mißbräuche von Amtsbefugnissen. Ihre Begutachtung sowohl nach italienischem als auch nach deutschem Strafrecht soll die divergierenden Lösungen aufzeigen. Auf der italienischen Seite ist grundsätzlich das Delikt des Amtsmißbrauchs gegeben, welches aber in einigen Fällen auf der Konkurrenzenebene verdrängt wird.

a) Fallkonstellation 1

Der Amtsträger oder mit einem öffentlichen Dienst Beauftragte besitzt Befugnisse zum Erteilen von Genehmigungen und mißbraucht diese.

Beispielsweise bewilligt der zuständige Baureferent die Errichtung eines Gebäudes, obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllt sind, oder ein Angehöriger des Gewerbeaufsichtsamts erteilt entgegen den Vorgaben eines Gesetzes oder einer Verordnung die Genehmigung zum Betreiben eines Restaurants.

Ein weiteres Beispiel ist der Fall, daß ein parteigebundener Bürgermeister einer konkurrierenden politischen Gruppierung das Anbringen von Werbeplakaten im Gemeindegebiet untersagt, obgleich diese ein Anrecht darauf hat.

Nach italienischem Recht hat sich der Verwaltungsangehörige in den geschilderten Situationen wegen Amtsmißbrauchs gemäß Art. 323 c.p. strafbar gemacht, sofern er die unrechtmäßige Begünstigung bzw. Schädigung durch seine Entscheidung beabsichtigt hatte.

Nach deutschem Recht handelt es sich bei den Taten jeweils um rechtswidrige Verwaltungsentscheidungen, die auf dem Verwaltungsrechtswege anfechtbar sind. Eine strafrechtliche Verantwortung des Beamten ist dagegen nicht gegeben, wohl aber eine disziplinarrechtliche. Zur gleichen Kategorie ist der folgende Fall zu zählen:

Der Kommunalbeamte K ist Mitglied des Stadtrats. An der Verabschiedung eines Flächennutzungsplans, der auch die landwirtschaftlich genutzten Grundstücke von K zu Bauland erklärt, beteiligt sich dieser mit einem befürwortenden Votum.

Da K sich der Beteiligung an der Abstimmung hätte enthalten müssen und sich so einen unrechtmäßigen Vermögensvorteil verschaffte, hat er sich gemäß Art. 323 c.p. strafbar gemacht.

Solange K mit seinem Verhalten niemandem einen Vermögensschaden zufügt, scheidet eine Bestrafung nach deutschem Strafrecht aus.

b) Fallkonstellation 2

Der Amtsträger oder mit einem öffentlichen Dienst Beauftragte ist mit der Vergabe von Aufträgen betraut und mißbraucht diese.

Beispiel 1: Der für seine Ausrichtung zuständige Beamte A erteilt im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung unter Verletzung von gesetzlichen Bestimmungen der Firma F den Zuschlag, damit deren Inhaber I, ein Freund von A, mehr Gewinn macht.³⁵ Dabei

³⁵ Fall nach Cass., Sez. VI, 30.9.1998, De Simone ed altro, Riv. pen., 1999, 51, 52.

gab es andere, qualitativ gleichwertige, aber preiswertere Anbieter.
(Strafbarkeit hinsichtlich der Tat zu Lasten der Verwaltung)

Grundsätzlich kommt das Delikt der Störung der freien Durchführung von Versteigerungen, Art. 353 Abs. 2 c.p. (*turbata libertà degli incanti*), zur Anwendung und verdrängt aufgrund der höheren Strafandrohung den ebenfalls vorliegenden Amtsmißbrauch.³⁶ Wenn es sich jedoch weder um eine öffentliche Versteigerung noch um eine freihändige Vergabe³⁷ (*licitazione privata*) handelt, dann ist allein Art. 323 c.p. einschlägig.³⁸ Ein allgemeines Delikt der Untreue wie in Deutschland gibt es nicht. Zwar existiert im Zivilgesetzbuch in Art. 2634 c.c.³⁹ der Straftatbestand der *infedeltà patrimoniale*, Täter können aber nur Geschäftsführer, Direktoren und Liquidatoren einer Gesellschaft sein. Untreue von Verwaltungsangehörigen wird nicht erfasst.

Durch die Vergabe des Auftrags an F könnte sich A nach deutschem Recht gemäß § 266 Abs. 1 StGB wegen Untreue strafbar gemacht haben. Der Mißbrauchstatbestand setzt ein nach außen hin wirksames Rechtsgeschäft voraus, durch das der Vermögensbetreuende sein rechtliches Dürfen im Rahmen seines rechtlichen Könnens mißbräuchlich überschreitet.⁴⁰ Da A die Befugnis besaß, den Zuschlag zu erteilen, konnte er die Verwaltung rechtsverbindlich verpflichten. Er hat sie mißbraucht, indem er F entgegen den gesetzlichen Vorgaben bevorzugte und obwohl es preisgünstigere Angebote gab. Nach herrschender Ansicht ist auch für den Mißbrauchstatbestand eine Vermögensbetreuungspflicht zu verlangen. Sie muß typischer und wesentlicher Inhalt (Hauptpflicht) einer fremdnützigen Geschäftsbesorgung⁴¹ von gewisser Selbständigkeit⁴² und

³⁶ Bei Abs. 2 handelt es sich um den erschwerten Fall, daß die Tat von einer Person begangen wird, die vom Gesetz oder von der Behörde zur Ausrichtung der Ausschreibung bestimmt ist.

³⁷ Private Ausbietungen, die für Rechnung von öffentlichen Verwaltungen erfolgen.

³⁸ So bspw. Cass., Sez. VI, 30.9.1998, De Simone ed altro, Riv. pen., 1999, 51, 52. Vgl. auch Dolcini/Marinucci-Pasella, Art. 353 c.p., Rdn. 5 m.w.N.

³⁹ Der Tatbestand der *infedeltà patrimoniale*, Art. 2634 c.c., lautet: „(1) *Gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori, che, avendo un interesse in conflitto con quello della società, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio, compiono o concorrono a deliberare atti di disposizione dei beni sociali, cagionando intenzionalmente alla società un danno patrimoniale, sono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni.* (2) *La stessa pena si applica se il fatto è commesso in relazione a beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi, cagionando a questi ultimi un danno patrimoniale.* (3) *In ogni caso non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo.* (4) *Per i delitti previsti dal primo e secondo comma si procede a querela della persona offesa.*“

⁴⁰ BGHSt 5, 61, 63; BGH NJW 1984, 2539, 2540; Kindhäuser, § 266 StGB, Rdn. 40.

⁴¹ BGHSt 33, 244, 250; 41, 224, 228 f.; Kindhäuser, § 266 StGB, Rdn. 22.

⁴² BGH NSTZ-RR 2002, 107; wistra 2002, 142, 143; Kindhäuser, § 266 StGB, Rdn. 24.

Bedeutung⁴³ sein. Das ist hier gegeben, ebenso wie die Verletzung dieser Pflicht. Der Verwaltung ist ein Vermögensschaden entstanden, da sie sich durch einen für sie wirtschaftlich nachteiligen Vertrag verpflichtete. Bei einem ungestörten Wettbewerb hätte die Verwaltung für die gleiche Leistung weniger bezahlt. Der Mehraufwand ist ihr Schaden. Damit hat sich A wegen Untreue gemäß § 266 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Beispiel 2: Der mit der Einholung von Angeboten im Rahmen einer Ausschreibung befaßte Beamte B enthält dem den Zuschlag erteilenden Kollegen C bestimmte Angebote vor, so daß die Wahl allein auf die Offerte seines Freundes F fallen kann, um diesem einen Vermögensvorteil zu verschaffen. F bekommt den Auftrag. (Strafbarkeit hinsichtlich der Tat zu Lasten der Verwaltung)

Wenn B bei dem Zurückhalten der besseren Angebote Täuschungshandlungen im Sinne von *artifici* (Kunstgriffe)⁴⁴ oder *raggiri* (Hintergehungen)⁴⁵ benutzt, dann ist ein Betrug in einem schweren Fall gegeben, Art. 640 Abs. 1 und 2, Nr. 1 c.p.⁴⁶ Dieser stellte im Verhältnis zum ebenfalls vorliegenden Amtsmißbrauch das schwerere Delikt dar. Würde die Konsumtionsklausel des Art. 323 c.p. auf sämtliche Delikte angewendet, die zumindest unter Mißbrauch von Amtsbefugnissen im Sinne des Art. 61 Nr. 9 c.p. begangen werden, läge der Tatbestand des *abuso di ufficio* hier nicht vor.⁴⁷ Ist der Betrugstatbestand dagegen nicht erfüllt, liegt lediglich ein Amtsmißbrauch vor.

Nach deutschem Recht liegt ein Betrug in einem besonders schweren Fall gemäß § 263 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 StGB gegenüber C zu Lasten der Verwaltung vor. B hat C konkludent darüber getäuscht, daß er ihm alle in Frage kommenden Angebote weiterreichte. B hat dabei seine Befugnisse als Amtsträger mißbraucht. C erteilte den Zuschlag und verfügte damit über das Vermögen der Verwaltung, die durch die Bindung an einen für sie wirtschaftlich ungünstigen Vertrag geschädigt ist. Eine Untreue in einem besonders schweren Fall in der Treubruchvariante gemäß § 266 Abs. 1, 2. Alternative, Abs. 2

⁴³ BGHSt 4, 170, 172; Kindhäuser, § 266 StGB, Rdn. 27.

⁴⁴ Eine Übersetzung mit „Künsteleien“ wäre auch möglich.

⁴⁵ Eine Übersetzung mit „Schwindeleien, Vorspiegelungen“ wäre auch möglich.

⁴⁶ Die Tathandlung des Art. 640 Abs. 1 c.p. ist enger formuliert als die im deutschen § 263 Abs. 1 StGB. Es läßt sich daher nicht ohne weiteres das Vorliegen des italienischen Delikts annehmen, sobald nach deutscher Rechtslage ein Betrug gegeben ist.

⁴⁷ Siehe Pagliaro, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2000, S. 265, der für den Ausschluß des Art. 323 c.p. wegen eines weiteren Delikts dessen Begehung mittels Mißbrauchs von Amtsbefugnissen verlangt. Siehe nun Pagliaro/Parodi Giusino, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, 2008, S. 308. Romano, 2006, Art. 323 c.p., Rdn. 54, vertritt hingegen die Auffassung, daß die Klausel hinsichtlich aller schwereren Delikte Geltung besitzt. Nach ihm käme im vorliegenden Fall die Konsumtionsklausel des Art. 323 c.p. jedenfalls zur Anwendung. Vgl. oben C.IV.2., S. 254 ff.

StGB hängt von der Annahme eines Treueverhältnisses von B bezüglich des Vermögens der Verwaltung ab. In Anbetracht der Tatsache, daß er durch seine Tätigkeit solchen Einfluß auf die Ausschreibung nehmen konnte, liegt es nahe, diese Treuepflicht von B zu bejahen. Die faktische Herrschaft über fremdes Vermögen ist dann ausreichend, wenn damit ein schützenswertes Vertrauen in eine pflichtgemäße Wahrnehmung der Vermögensinteressen verbunden ist.⁴⁸ Die Untreue und der Betrug stehen in Tateinheit zueinander.

c) Fallkonstellation 3

Der Beamte ist in den Prozeß der Rekrutierung neuen Personals eingebunden und mißbraucht seine Kompetenzen, um einen Dritten zu begünstigen.

Beispiel: Der im Rahmen eines Auswahlverfahrens mit der Ausarbeitung der Prüfungsaufgaben zur Besetzung einer öffentlichen Stelle befaßte Beamte B teilt die Themen der schriftlichen Prüfungen seinem Freund F, der die sonstigen laufbahnrechtlichen Voraussetzungen besitzt, vorab mit, damit sich dieser gut vorbereiten kann und bessere Chancen auf Einstellung erhält. F legt daraufhin sehr gute Prüfungen ab und wird von der zuständigen Kommission eingestellt. (Strafbarkeit hinsichtlich der Tat zu Lasten der Verwaltung)

In diesem Fall wird Art. 323 c.p. durch den schwereren Art. 326 III Satz 1 c.p., die Verwertung von Dienstgeheimnissen, verdrängt. Selbst wenn mit der überwiegenden Rechtsprechung⁴⁹ ein Betrug durch Unterlassen für möglich gehalten wird,⁵⁰ kommt er hier nicht in Betracht, da B keine Aufklärungspflicht trifft. Er hat das Dienstgeheimnis absichtlich offenbart. Eine Aufklärungspflicht anzunehmen, bedeutete, ihm eine Selbstanzeige über die begangene Straftat aufzuerlegen.

In Deutschland ist der Tatbestand der Verletzung von Dienstgeheimnissen, § 353b Abs. 1 Satz 1 StGB gegeben.⁵¹ Ein Betrug durch B scheidet in Deutschland aus dem gleichen Grund wie in Italien aus: B ist nicht verpflichtet, sich

⁴⁸ BGH NStZ 1996, 540; wistra 1999, 419.

⁴⁹ So Cass., Sez. II, 18.12.1995, Capra, Giust. pen., 1996, II, 731; Cass., Sez. II, 19.4.1991, Salvalaio, Riv. pen., 1992, 473; Cass., Sez. II, 23.6.1989, Della Torre, RV184067; Cass., Sez. VI, 13.2.1987, Miccoli, RV175917; vgl. Cass., Sez. II, 8.4.1986, Bosso, Riv. pen., 1987, 799.

⁵⁰ Die Rspr. verlangt dafür das Bestehen einer Rechtspflicht zur Auskunft bzw. Aufklärung. Zur differenzierenden Literatur siehe Dolcini/Marinucci-Vasciaveo, Art. 640 c.p., Rdn. 10 f.

⁵¹ Zur Gefährdung des wichtigen öffentlichen Interesses siehe RGSt 74, 110; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 353b StGB, Rdn. 9.

selbst zu belasten. Allerdings könnte eine Untreue in einem besonders schweren Fall nach § 266 Abs. 1, 2 i.V.m. § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 StGB zu Lasten der Verwaltung vorliegen. Im Außenverhältnis besitzt B keine Dispositionsbefugnisse, weswegen der Mißbrauchstatbestand ausscheidet.⁵² Der Treubruchtatbestand setzt dagegen ein Treueverhältnis gehobener Art mit Pflichten von einigem Gewicht voraus, die nicht in allen Einzelheiten vorgegeben,⁵³ zu deren Erfüllung dem Verpflichteten vielmehr ein gewisser Spielraum und eine gewisse Selbständigkeit insbesondere bei der Betreuung der fremden Vermögensinteressen belassen sind.⁵⁴ Dabei muß die Vermögensbetreuungspflicht – wie bereits gesehen – Hauptpflicht eines fremdnützig typisierten Schuldverhältnisses von gewisser Selbständigkeit und Bedeutung sein. Fraglich ist, ob B eine solche Treuepflicht oblag. Er hatte die Aufgabe, den Prüfungsstoff selbständig auszuarbeiten und Stillschweigen darüber zu bewahren. Die Prüfungen müssen dazu geeignet sein, einen Bewerber mit den gewünschten Fähigkeiten zu ermitteln. Da das Personal für eine Verwaltung in der Regel den höchsten Kostenfaktor darstellt, besitzt die Rekrutierung geeigneter Kandidaten unzweifelhaft eine Vermögenskomponente. Damit ist auch die Bedeutsamkeit der Tätigkeit von B offenbar. Selbst wenn eine gesonderte Kommission über die Einstellung zu entscheiden hatte, so hatte B dennoch eine solche Position inne, daß er die Besetzung der Stelle nach seinen persönlichen Motiven zu beeinflussen vermochte. Demzufolge ist ein Treueverhältnis im Sinne des § 266 StGB anzunehmen. Die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht ist mit der Offenbarung der Prüfungsaufgaben an F gegeben. Ein Vermögensnachteil ist für die Verwaltung mit der Einstellung des F gegeben, der nicht in einem ordentlichen Auswahlverfahren ermittelt wurde. B hat seine Amtsbefugnisse mißbraucht. Er hat sich folglich auch gemäß § 266 Abs. 1, 2. Alternative, Abs. 2 i.V.m. § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 StGB wegen Untreue in einem besonders schweren Fall strafbar gemacht. Mit § 353b Abs. 1 Satz 1 StGB besteht Tateinheit.

d) Fallkonstellation 4

Der Amtsträger oder mit einem öffentlichen Dienst Beauftragte besitzt Weisungsbefugnis gegenüber untergebenem Personal und mißbraucht diese.

Beispiel: Der verbeamtete Chefarzt C eines städtischen Krankenhauses bestimmt entgegen gesetzlichen Bestimmungen zwei Assistenzärzte sowie zwei Krankenschwestern dazu, eine nicht dringend

⁵² Vgl. Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266 StGB, Rdn. 4.

⁵³ BGH NStZ 1983, 455.

⁵⁴ BGHSt 3, 289, 293; BGH NJW 1991, 2574. Siehe auch Lackner/Kühl, § 266 StGB, Rdn. 9.

gebotene Operation seines Freundes F vorzunehmen, ohne daß dieser offiziell als Patient im Krankenhaus aufgenommen worden ist. (Strafbarkeit hinsichtlich der Zweckentfremdung des Personals)

Nach italienischem Recht hat sich C wegen Amtsmißbrauchs strafbar gemacht. Die Unterschlagung im Amt, Art. 314 c.p. (*peculato*), ist nach der Tatbestandsumgestaltung von 1990 keinesfalls mehr einschlägig. Während sie früher mit unterschiedlichen Begründungen angewandt wurde,⁵⁵ ist die Figur der Zweckentfremdung (*distrasione*) seit der Reform der Amtsdelikte vom Tatbestand des Amtsmißbrauchs „übernommen“ worden und damit allein letzterer relevant.⁵⁶ C kann allein wegen Amtsmißbrauchs bestraft werden.

Nach deutschem Recht kommt eine Strafbarkeit wegen Untreue in einem besonders schweren Fall gemäß § 266 Abs. 1, Abs. 2 i.V.m. § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 StGB in Betracht. C hat als Vorgesetzter seinen Untergebenen verbindliche Anweisungen zu geben. Eine rechtliche Befugnis, nach außen rechtswirksam über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, stellt dies nicht dar. Damit scheidet die Mißbrauchsvariante aus. Jedoch ist die Treubruchalternative gegeben. Dadurch, daß er als Vorgesetzter seinen Untergebenen Arbeitsanweisungen geben und sie zu Diensten ohne Absprache mit der Krankenhausleitung bestimmen konnte, besaß er eine Position, in welcher er das Vermögen des kommunalen Krankenhauses zu betreuen hatte. Dabei stellt diese Kompetenz eine Hauptpflicht von gewisser Selbständigkeit und Bedeutung dar. Diese hat er im vorliegenden Fall durch die eigenmächtige Anordnung der Operation verletzt.⁵⁷ Der Vermögensnachteil liegt für die städtische Einrichtung in der Nichtgeltendmachung von Ansprüchen gegen F. Da C vorsätzlich und unter Mißbrauch seiner Amtsbefugnisse handelte, hat er sich gemäß § 266 Abs. 1 Alt. 2, Abs. 2 i.V.m. § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 StGB strafbar gemacht. Eine Strafbarkeit wegen Betrugs gemäß § 263 Abs. 1 StGB gegenüber und zu Lasten der Krankenhausverwaltung scheidet aus, weil C sich wegen der zunächst begangenen Untreue selbst belasten mußte.

⁵⁵ Zum Teil wurde darauf abgestellt, daß es sich um eine bezahlte Tätigkeit handelt und damit Gelder der Verwaltung zweckentfremdet wurden, siehe Cass., Sez. VI, 21.3.1980, Papette, Riv. pen. 1980, 916. Zum Teil wurde letztlich das Personal selber oder die von ihm aufgewandte menschliche Energie als „*cosa mobile*“ (bewegliche Sache) im Sinne des Art. 314 c.p. qualifiziert, vgl. Cass., Sez. VI, 29.3.1990, Del Vecchio, RV185339, Cass. pen. 1992, 1517; in der Lit. Scordamaglia, Encicl. dir., Vol. XXXII, 1982, 554, 601; ders., La modifica dei delitti di peculato e di malversazione, S. 271. Ablehnend und m.w.N. Dolcini/Marinucci-Benussi, Art. 314 c.p., Rdn. 41.

⁵⁶ Cass., Sez. VI, 16.5.1991, Burgaretta, Cass. pen. 1992, 3024 (RV188243, RV188244).

⁵⁷ Er hätte die Operation von der Krankenhausleitung genehmigen lassen müssen.

2. Schlußfolgerungen

Zwei Grundsätze lassen sich aufstellen. Erstens ist dort, wo in Italien lediglich ein Amtsmißbrauch vorliegt, in Deutschland regelmäßig⁵⁸ keine Sanktionsmöglichkeit nach dem Strafgesetzbuch gegeben. Dann liegt allein Verwaltungsunrecht vor und kann nur disziplinarrechtlich geahndet werden. Zweitens läßt sich feststellen, daß, wenn in Italien dagegen neben dem Amtsmißbrauch auch ein anderes Delikt vorliegt,⁵⁹ welches ebenfalls – wenn auch nicht in identischer Weise – nach deutschem Recht strafbar ist, dieses Delikt dann hierzulande Anwendung findet. Diese Grundsätze werden beim vermögensschädigenden Amtsmißbrauch vor allem durch die Existenz von zwei Tatbeständen durchbrochen. Zum einen von § 263 StGB und zum anderen von § 266 StGB.

Der deutsche Betrugstatbestand ist bezüglich der Tathandlung weiter gefaßt als sein italienischer Konterpart. Die „*artifici*“ und „*raggiri*“ des Art. 640 Abs. 1 c.p. sind enger als die „Täuschung über Tatsachen“ des § 263 Abs. 1 StGB.⁶⁰ Aus diesem Grund ist der Anwendungsbereich des deutschen Betrugstatbestands größer als in Italien. Wenn dort allein der Amtsmißbrauch vorliegt, kann in Deutschland (bereits) § 263 StGB eingreifen.

Eine dem Untreuetatbestand des § 266 StGB vergleichbare Bestimmung gibt es im *Codice penale* nicht. Sobald der Amtsträger oder der mit einem öffentlich Dienst besonders Beauftragte Befugnisse besitzt, die die Vermögensinteressen der öffentlichen Verwaltung derart berühren, daß ihm eine diesbezügliche Betreuungspflicht obliegt, wird bei einer entsprechenden Pflichtverletzung die Strafbarkeit wegen Untreue gegeben sein. Deshalb ist insbesondere sie als eine Strafnorm zu werten, die im Bereich der vermögensschädigenden Mißbräuche von Amtskompetenzen durchaus „einzuspringen“ vermag und bewirkt, daß nicht allein Disziplinarmaßnahmen angewendet werden.

⁵⁸ Ausnahme ist die Fallkonstellation 4.

⁵⁹ Ein Delikt, welches den Amtsmißbrauchs möglicherweise zudem im Wege der Gesetzeskonkurrenz verdrängt.

⁶⁰ Vgl. Marinucci/Dolcini-Vasciaveo, Art. 640 c.p., Rdn. 4 ff. Andererseits wird in Italien keine Stoffgleichheit zwischen Schaden und erlangtem Vorteil gefordert, ebd., Rdn. 42.

B. Unterschiedliche Entwicklung des Strafrechts

I. Exkurs: Amtsmißbrauch im römischen Strafrecht

1. Einführung

Allgemein läßt sich mit *Temme* feststellen, daß das Strafrecht zu den am wenigsten ausgearbeiteten Partien des römischen Rechts gehört.¹ Weder die Prätores, die römischen Beamten, noch die Wissenschaft konnten Einfluß auf das Strafrecht nehmen. Es wurde bereits in der Republik, aber vor allem unter den Kaisern willkürlich, weil überwiegend aus politischen Motiven angewendet. Eine juristische Entwicklung fand nicht statt. Zudem galten lediglich wenige allgemeine Grundsätze. Tatbestände im heutigen Sinne gab es nicht. Begriffsbestimmungen innerhalb einzelner Deliktgruppen existierten nicht. Meist wurden nur speziell aufgeführte Handlungen mit Strafe bedroht. Die Strafgesetze richteten sich gegen bestimmte Handlungen bzw. Verhaltensweisen einer Kategorie.² Darüber hinaus bestrafte das römische Strafrecht seit den Volksgerichten im Gegensatz zum vorangegangenen Kriminalrecht vornehmlich den *dolus*, den verbrecherischen Willen, was sich auch in der Behandlung von Versuch und Fahrlässigkeit zeigte.³ Letztere wurde erst sehr spät und nur aus besonderen Gründen bestraft. Hingegen führte die Betonung der subjektiven Seite bei manchen Delikten – aber nur, wenn dies gesetzlich ausdrücklich bestimmt war⁴ – zur Gleichstellung von versuchtem und vollendetem Delikt.⁵

Was im Speziellen die Amtsdelikte betrifft, so werden mit ihnen die strafbaren Handlungen in Bezug auf die Erlangung oder Verwaltung eines Amtes bezeichnet. Hinsichtlich des ersteren ist die Amterschleichung unter dem Stichwort des

¹ Temme, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, S. 30; vgl. Geib, Geschichte des römischen Criminalprocesses, S. 2 f.

Zu den Abkürzungen hinsichtlich lateinischer Quellen siehe das Abkürzungsverzeichnis und vgl. das Oxford Latin Dictionary, ed. P.G.W. Glare, Oxford 2006. Die Texte der klassischen Autoren lassen sich auch unter <http://www.thelatinlibrary.com> (08.07.2009) nachschlagen, wobei die Nummerierung differieren kann. Manche Gesetzestexte finden sich unter <http://ancientrome.ru/ius/library/leges> (08.07.2009).

² Temme, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, S. 30 f. Vgl. Rein, Das Criminalrecht der Römer, S. 6 f.

³ Vgl. Rein, Das Criminalrecht der Römer, S. 123 f.

⁴ Rein, Das Criminalrecht der Römer, S. 124.

⁵ Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 26 f.; vgl. Temme, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, S. 31.

crimen de ambitu zu nennen. Die Verbrechen der „schlechten Amtsführung“, die *crimina male gestae administrationis* sind im römischen Strafrecht ganz verschiedenartig. Rein unterscheidet zwischen der Nichterfüllung einer Dienstpflicht (als *crimen maiestatis* oder *crimen repetundarum* im weiten Sinne zu bestrafen), der Überschreitung amtlicher Befugnisse, namentlich Willkür, übermäßiger Härte und Eigenmacht (zum *crimen repetundarum* im weiten Sinne gehörend), der finanziellen Ausbeutung der Untertanen (*crimen repetundarum* im engen Sinne), der Verbrechen der Magistrate als rechtsprechende Personen (*crimen repetundarum* im weiten Sinne) und der Verbrechen bezüglich der Verwaltung von Staatsvermögen (*crimen peculatus et de residuis*).⁶

Unter *crimen repetundarum* im weiten Sinne wäre auch der Gebrauch der amtlichen Befugnisse zur Verfolgung nicht öffentlicher, sondern eigener Zwecke zu subsumieren gewesen.

2. Amtsmißbrauch *in sensu lato* im römischen Strafrecht

Mit den wechselnden politischen Verhältnissen im römischen Reich waren das materielle Strafrecht und das Strafprozeßrecht einem ständigen Wechsel unterworfen. Für die Entwicklung des Kriminalrechts war die Errichtung der *quaestiones perpetuae*, der ständigen Gerichte, von besonderer Bedeutung. Anhand ihrer Hauptwirkungszeit lassen sich mit den Perioden davor und danach drei Phasen unterscheiden.⁷

a) Periode vor den *quaestiones perpetuae*: Volksgerichte (*comitie*)

Über die Vorläufer des ersten römischen Strafrechts läßt sich nur mutmaßen.⁸ Wahrscheinlich gab es sowohl sakrales Strafrecht als auch die Privatrache.⁹ Sakralstrafrecht bestrafte Übeltäter, um die Strafe der Götter gegen die Gemeinschaft abzuwenden.¹⁰ Bei der Privatrache ging es dem Verletzten bzw. seiner Familie um Genugtuung für das erlittene Unrecht.¹¹ Zu den schriftlichen Quellen des ältesten römischen Strafrechts werden die *leges regiae* gerechnet.¹²

⁶ Rein, Das Criminalrecht der Römer, S. 598.

⁷ Vgl. Geib, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. 1, S. 8 ff.

⁸ Vgl. Rein, Das Criminalrecht der Römer, S. 26 f.; Temme, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, S. 27.

⁹ Temme, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, S. 27 f.; ausführlich Rein, Das Criminalrecht der Römer, S. 26 ff.

¹⁰ Rein, Das Criminalrecht der Römer, S. 25 f.

¹¹ Rein, Das Criminalrecht der Römer, S. 24.

¹² Siehe zu den Gesetzen der römischen Könige eingehend Dirksen, Quellen des römischen Rechts, S. 234 ff.; vgl. Rein, Das Criminalrecht der Römer, S. 45 ff., der aber Bedenken gegen die Echtheit der *leges regiae* vorbringt, S. 47 ff.

Es handelt sich jedoch nach Aussage von *Geib* bei den Gesetzen der Könige zum größten Teil um keine wirklichen Gesetze, sondern um Rechtsgewohnheiten, welche man gleichsam instinktmäßig befolgt habe und welche nur von den späteren Schriftstellern wie *Dionysius* und *Plutarch* auf geschriebene Verordnungen zurückgeführt worden seien, weil sie sich die Existenz eines Rechts ohne ein bestimmtes Gesetz nicht haben vorstellen können.¹³ Als andere schriftliche Quelle gilt das XII-Tafel-Gesetz.¹⁴ Daneben findet sich auch das Gewohnheitsrecht als Ursprung des römischen Kriminalrechts.¹⁵

Was die Verfolgung von Amtsdelikten anging, konnte ein Magistratus, der sein Amt mißbrauchte, sich bestechen ließ oder öffentliche Gelder unterschlug, vor den Volkskomitien, d.h. den Centurien oder Tribus angeklagt werden,¹⁶ und zwar selbst wenn die Tat nicht explizit gesetzlich festgelegt war, da sich in dem Volk die Befugnisse des Gesetzgebers und die des obersten Richters vereinigten.¹⁷ Diese frühere Praxis wurde im XII-Tafel-Gesetz schriftlich bestätigt: „*Privilegia ne inroganto. de capite civis nisi per maximum comitiatum ollosque censores in partibus populi lacassint ne ferunto.*“¹⁸ Beamte, insbesondere Tribunen, fungierten als Ankläger.¹⁹

Einen Hinweis auf das Delikt der richterlichen Bestechlichkeit in dieser Zeit findet sich bei *Gellius*: „*Dure autem scriptum esse in istis legibus quid existimari potest? nisi duram esse legem putas, quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem dicendam pecuniam accepisse conuictus est, capite poenitur (...). dic enim, quaeso, dic, uir sapientiae studiosissime, an aut iudicis illius perfidiam contra omnia iura diuina atque humana iusiurandum suum pecunia uendentis (...) non dignam esse capitis poena existumes?*“²⁰

Von den Gesetzen zeitlich nach dem XII-Tafel-Gesetz sind solche erwähnenswert, die sich auf das Verbot der Anwälte (*patroni*), von seitens der im Zivil- oder Strafprozeß von ihnen vertretenen Parteien Geschenke anzunehmen, sowie auf das Verbot des *ambitus* beziehen. Ersteres findet sich in der *lex Cincia* 550 u. a. c. (204 v. Chr.). Dazu ist bei *Tacitus* zu lesen: „*consurgunt patres legemque Cinciam flagitant, cavetur antiquitus, ne quis ob causam orandam pecuniam donumve accipiat.*“²¹ Demgegenüber bezeichnet *ambitus* das Delikt der

¹³ Geib, Geschichte des römischen Criminalprocesses, S. 12; vgl. Rein, Das Criminalrecht der Römer, S. 51.

¹⁴ Siehe zum System der XII Tafeln Dirksen, Zwölf-Tafel-Fragmente, S. 100 ff.

¹⁵ Geib, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. 1, S. 9 f.

¹⁶ Gegen die Auslegung, daß auch die Kurien eine Strafgerichtsbarkeit inne hatten, wendet sich Geib, Geschichte des römischen Criminalprocesses, S. 54.

¹⁷ Grippo, Encicl. giur. it., Vol. I, Parte I, S. 92, 99; vgl. Rein, Das Criminalrecht der Römer, S. 56, 600.

¹⁸ Cic. Leg. 3, 4 (11).

¹⁹ Fuhrmann, Einführung in die Reden gegen C. Verres, S. 11.

²⁰ Gell. 20, 1 (7 f.).

²¹ Tac. Ann. 11, 5.

Amterschleichung, vornehmlich durch unlautere Bewerbungsmittel. Während es in der ersten Zeit vornehmlich um Unziemlichkeiten ging, wie das Tragen auffälliger Kleidung oder das Werben an unschicklichen Orten, verbreitete sich später vor allem der Stimmenkauf.²² In der Aussicht, sich mittels eines öffentlichen Amtes Reichtümer zu verschaffen, gingen viele Bewerber dazu über, sich das Wohlwollen der stimmbfähigen Bürger durch Zuwendungen zu sichern. Das Verbot der Amterschleichung wird von verschiedenen Gesetzen behandelt. *Livius* hebt die *lex Poetelia* von 396 a. u. c. (358 v. Chr.) hervor.²³ Auch die *lex Cornelia Baebia* 573 a. u. c. (181 v. Chr.) richtete sich gegen Mißbräuche bei der Bewerbung um ein Amt.²⁴ Schließlich gehört in diesen Zusammenhang auch ein Gesetz von 595 a. u. c. (159 v. Chr.), das schlicht *lex de ambitu* genannt wird und möglicherweise *Cornelius Fulvius* zuzuschreiben ist.²⁵ Beim Parteiverrat liegt der Mißbrauch eines übernommenen Amtes auf der Hand. Ebenfalls beim *crimen de ambitu* kann aber ein Amtsmißbrauch gegeben sein, und zwar wenn der Bewerber bereits ein Amt inne hat und dessen Befugnisse mißbräuchlich zum Stimmenfang einsetzt.

b) Periode der *quaestiones perpetuae*

Aus dem vom Volkstribun *Lucius Calpurnius Piso Frugi* eingebrachten Plebiszit gegen das *crimen repetundarum* entstand im Jahre 605 a. u. c. (149 v. Chr.) die *lex Calpurnia de pecuniis repetundis*, wodurch sich eine neue Form des Strafprozesses entwickelte.²⁶ Das Calpurnische Repetundengesetz begründete die Errichtung der ersten *quaestio perpetua*,²⁷ des ersten ständigen Gerichts, welches sich ausschließlich mit einzelnen Amtsdelikten beschäftigte. Dabei erfolgte die Besetzung des Gerichts für alle im Amtsjahr anfallenden Repetundenprozesse anhand einer im voraus erstellten Liste von Richtern, und damit unabhängig von der Person des Beklagten.²⁸ Die Gerichtshöfe beruhten

²² Hepp, Staatsverbrechen und Vergehen, S. 102.

²³ Vgl. McDonnell AJP 1986, 564 f. *Livius* (Liv. 7, 15 (12)) schreibt zu dem Gesetz: „*et de ambitu ab C. Poetelio tribuno plebis auctoribus patribus tum primum ad populum latum est; eaque rogatione novorum maxime hominum ambitionem, qui nundinas et conciliabula obire soliti erant, compressam credebant.*“

²⁴ Liv. 40, 19 (11).

²⁵ Siehe McDonnell AJP 1986, 564, 566 sowie dort Fn. 13 m.w.N.

²⁶ Vgl. Cic. Brut. 27, 105 f. Siehe zu dieser Entwicklung Geib, Geschichte des römischen Criminalprocesses, S. 170 ff.

²⁷ Der Ausdruck der *quaestio perpetua* bedeute – ebenso wie *edictum perpetuum* als Gegensatz zu *edictum temporarium* steht – eine *quaestio annua* gegenüber einer *quaestio temporaria*, so Geib, Geschichte des römischen Criminalprocesses, S. 170, Fn. 2.

²⁸ Kunkel, *Quaestio*, Sp. 720, 737; s. auch Geib, Geschichte des römischen Criminalprocesses, S. 170. Nach Fuhrmann, Einführung in die Reden gegen C. Verres, S. 11, habe sich die Zusammensetzung der Richterliste nach ständischen Kriterien bemessen, was seit gracchischer Zeit heftig umstritten gewesen sei.

auf dem Prinzip der Popularklage, d.h. jeder unbescholtene Bürger Roms durfte als Kläger auftreten.²⁹ Der Begriff des *crimen repetundarum* erklärt sich daraus, daß es ursprünglich um die einfache Rückforderung der durch die Tat erpreßten Gelder ging und nicht um eine Bestrafung des Täters.³⁰ Darum ist die *lex Calpurnia de pecuniis repetundis* weder als Strafgesetz noch als Strafprozeßgesetz im eigentlichen Sinn zu bezeichnen.³¹

Das *crimen repetundarum* umriß ursprünglich allein die Erpressung von Einwohnern einer Provinz durch den machthabenden Statthalter. Dieses enge Verständnis des Verbrechens wurde mit steigender Gewinnsucht der Beamten gegen Ende der Republik zugunsten der Ausweitung generell auf Fälle schlechter Magistratsverwaltung (*crimen male gestae administrationis*) aufgegeben.³² Der Begriff umfaßte schließlich ganz verschiedene Verbrechen von Amtspersonen. Unter ihnen waren vor allem die Bestechlichkeit, die Erpressung sowie weitere auf persönliche, rechtswidrige Bereicherung abzielende Tatbestände – mit Ausnahme der Unterschlagung von öffentlichen Geldern.³³ Diese Tat sowie der Diebstahl, die Unterschlagung und Veruntreuung sonstiger staatlicher Güter wurden als *crimen peculatus et crimen de residuis* erfaßt. Für sie, ebenso wie für das *crimen ambitus*, wurden später eigene *quaestiones perpetuae* eingerichtet.

Während der rund 120 jährigen Wirkungszeit der *quaestiones perpetuae* kam es durch eine Reihe von Gesetzen zur Fortbildung der Repetundendelikte. Hier sind die *lex Iunia*³⁴, *lex Acilia*, *lex Servilia Glaucia* (zw. 111 u. 104 v. Chr.), *lex Cornelia de repetundis* und die *lex Iulia Caesaris* sowie die *lex Iulia Augusti* zu nennen. Von besonderer Bedeutung sind die *lex Acilia*, *lex Cornelia de repetundis* und *lex Iulia Caesaris*. Bei der *lex Acilia (repetundarum)*³⁵ wird vermutet, daß sie *Acilius Glabrio* im Jahre 631 oder 632 a. u. c. (123 oder 122 v. Chr.) erlassen hat.³⁶ Sie umriß die strafbaren Handlungen mittels einer allgemeinen Formulierung: Wenn jemandem ein bestimmter monetärer Wert durch das rechtsgrundlose Verhalten eines Amtsträgers („*ablatum captum coactum conciliatum aversumve*“) abhanden gekommen war, hatte er das Recht, diesen

²⁹ Fuhrmann, Einführung in die Reden gegen C. Verres, S. 11.

³⁰ Kunkel, Quaestio, Sp. 720, 736.

³¹ Kleinfeller, Repetundarum crimen, Sp. 603, 604.

³² Rein, Das Criminalrecht der Römer, S. 604.

³³ Geib, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. 1, S. 40.

³⁴ Siehe dazu Rein, Das Criminalrecht der Römer, S. 615 f.

³⁵ Das Gesetz findet sich unter <http://ancientrome.ru/ius/library/leges/acilia.html> (08.07.2009).

³⁶ So Kleinfeller, Repetundarum crimen, Sp. 603, 605; siehe auch Geib, Geschichte des römischen Criminalprocesses, S. 373. A.A. Rein, Das Criminalrecht der Römer, S. 620; Long, Repetundae, S. 542. Sie vermuten den Ursprung des Gesetzes hingegen im Jahr 101 v. Chr., also zeitlich nach der *lex Servilia Glaucia*. Siehe zu dem Streit Geib, a.a.O., S. 373 f.; Rein, a.a.O., S. 620 Fn. **.

zu verklagen („*de ea re eius petitio nominisque delatio esto*“).³⁷ Damit besaß die Bestimmung einen umfassenden Anwendungsbereich. Auf die Verurteilung hin, der *condemnatio*, folgte die *litis aestimatio*, die Festsetzung der Geldstrafe und zwar nun *duplum*. Der Delinquent mußte das Doppelte des erlangten Vorteils zahlen. Ihm wurde zusätzlich zur Summe, die er durch die Tat erhalten und zu ersetzen hatte, der gleiche Betrag als Geldstrafe auferlegt. Folglich handelt es sich bei dem Regelwerk um ein echtes Strafgesetz.³⁸

Nach dem Bundesgenossenkrieg nahm die Ausbeutung der Provinzen durch die Statthalter und die Bestechlichkeit der Gerichte zu. Hierauf reagierte der Diktator *Sulla* 673 a. u. c. (81 v. Chr.) mit einer Verschärfung des Rechts.³⁹ Seine *lex Cornelia de repetundis* basierte auf der *lex Acilia* und besaß deshalb ebenfalls eine allgemeine Formel für die strafbare Vorteilsverschaffung („*pecunia capta coacta conciliata*“),⁴⁰ wodurch Beamte wie zuvor bei jeglichen Arten von Erpressung, Veruntreuung, Unterschlagung und Diebstahl der Repetundenklage unterworfen waren.⁴¹ Besonders hervorgehoben wurde u.a. die Bestechlichkeit.⁴² Darüber hinaus gab es Vorschriften, die einem Macht- oder Amtsmißbrauch der Beamten vorbeugen sollten. So durften die Statthalter generell keine Handels- oder Zinsgeschäfte tätigen.⁴³ Die *litis aestimatio* wurde verdoppelt und betrug nun das Vierfache des Empfangenen.⁴⁴ Daneben bestand die Möglichkeit der Verbannung.⁴⁵

Dennoch hielt die willkürliche Bedrückung der Provinzen durch die Statthalter an. Unter *Caesars* erstem Konsulat erging deshalb die *lex Iulia (de pecuniis*

³⁷ Kleinfeller, *Repetundarum crimen*, Sp. 603, 605.

³⁸ Kleinfeller, *Repetundarum crimen*, Sp. 603, 606. Vgl. hinsichtlich der *lex Servilia Glaucia* Long, *Repetundae*, S. 542; Rein, *Das Criminalrecht der Römer*, S. 619.

³⁹ Kleinfeller, a.a.O.

⁴⁰ Rein, *das Criminalrecht der Römer*, S. 621 f.

⁴¹ Anschaulich ist der Prozeß gegen *Verres*. In zwei Anklagereden führte Marcus Tullius Cicero die zahlreichen Vergehen auf. Siehe Cic. *Ver.* II, 1, 12 ff. (34 ff.); II, 2, 6 ff. (17 ff.); II, 3, 6 ff. (12 ff.); II, 4, 2 ff. (3 ff.); II, 5, 1 ff. (1 ff.).

⁴² Vgl. Cic. *Ver.* I, 12 (36).

⁴³ Vgl. Fuhrmann, *Einführung in die Reden gegen C. Verres*, S. 13; Rein, a.a.O.; Kleinfeller a.a.O.

⁴⁴ Rein, *Das Criminalrecht der Römer*, S. 623; Kleinfeller, a.a.O.

Die Rückforderung konnte auch diejenigen betreffen, an die der Vorteil geflossen war (*ad quos ea pecunia pervenit*). Siehe Cic. *Rab. Post.* 4 (8) u. 5 (12); vgl. Cic. *Clu.* 41 (116).

⁴⁵ Rein, *Das Criminalrecht der Römer*, S. 622; Kleinfeller, *Repetundarum crimen*, Sp. 603, 606.

Was die Bestrafung anging, sah die Praxis freilich anders aus. Vor Abschluß des Prozesses hatte *Verres* sich bereits mit seinem Vermögen ins Ausland abgesetzt, also freiwillig das Exil gewählt. Er wurde lediglich zur Rückzahlung von drei Millionen Sesterzen verurteilt, obwohl ihm vorgeworfen worden war, Werte in Höhe von insgesamt 40 Millionen Sesterzen rechtswidrig an sich gebracht zu haben. Möglicherweise entsprach die Urteilssumme dem Betrag an Werten, die noch beschlagnahmt werden konnte. Siehe Fuhrmann, *Einführung in die Reden gegen C. Verres*, S. 17.

repetundis) 695 a. u. c. (59 v. Chr.), das das letzte republikanische Gesetz zur Bekämpfung des *crimen repetundarum* darstellte. In ihm waren erstmals alle diesbezüglichen Verfehlungen aufgelistet und unter Strafe gestellt.⁴⁶ Daraus ergab sich, daß die Statthalter in ihren Provinzen keine unrechtmäßige Abgaben und Zölle fordern oder Geschenke über ein gewisses Maß annehmen durften. Auch war es verboten, Privilegien und Freiheiten gegen Entgelt zu vergeben oder willkürlich zu entziehen.⁴⁷ Es galt ein umfassendes, allgemeines Verbot der Bestechlichkeit.⁴⁸ Ausdrücklich war es den Senatoren verboten, Geld anzunehmen, damit sie im Senat ihr Votum für oder gegen eine Anklage abgaben.⁴⁹ Die Geldstrafe betrug wie bisher die vierfache Summe des rechtswidrig erlangten Vermögensvorteils. Darüber hinaus bestimmte das Gesetz nun, daß der Verurteilte sowohl sein Amt⁵⁰ als auch die Fähigkeit verlor, Zeuge, Richter oder Senator zu sein oder ein Testament zu errichten.⁵¹ Schwere Fälle wurden weiterhin mit Verbannung bestraft.⁵²

c) Periode nach den *quaestiones perpetuae* bis zum Ende der Kaiserzeit: Senats- und Kaisergericht

Zunächst ist vorzuschicken, daß nun zwischen *iudicia publica* und *iudicia extraordinaria* unterschieden wurde.⁵³ Unter dem ersten Begriff sind die Gerichte zu verstehen, die aufgrund von gesonderten Gesetzen zur Entscheidung über ein bestimmtes Verbrechen berufen waren; also vornehmlich den *quaestiones perpetuae*, aber auch die früheren Volksgerichte. Selbst wenn die zugrundeliegenden Gesetze geändert oder erweitert worden waren, blieben sie *iudicia publica*. Demgegenüber werden mit *iudicia extraordinaria* die Gerichte über die Delikte bezeichnet, die erst jetzt, insbesondere durch kaiserliche Konstitutionen, unter Strafe gestellt wurden. Das brachte auch den Wandel in der Bezeichnung der Verhandlungsgegenstände mit sich. Die Delikte, die nun vor einem *iudicium*

⁴⁶ Rein, Das Criminalrecht der Römer, S. 625 ff., der innerhalb der *lex iulia* zwischen Regelungen bzgl. der Bedrückung der Provinzialen, der allgemeinen Verwaltungsvorschriften und der Bestechlichkeit unterscheidet. So auch Kleinfeller, *Repetundarum crimen*, Sp. 603, 607 f.

⁴⁷ Rein, Das Criminalrecht der Römer, S. 627; Kleinfeller, a.a.O.

⁴⁸ Siehe dazu Rein, Das Criminalrecht der Römer, S. 628 f.

⁴⁹ Iust. Dig. 48, 11, 6. Siehe m.w.N. Rein, a.a.O.; Kleinfeller, *Repetundarum crimen*, Sp. 603, 608.

⁵⁰ Zur Austossung aus dem Senat vgl. Suet. Caes. 43; Suet. Oth. 2; Tac. Hist. 1, 77.

⁵¹ Rein, Das Criminalrecht der Römer, S. 630; Long, *Repetundae*, S. 543.

⁵² Kleinfeller, *Repetundarum crimen*, Sp. 603, 608; vgl. Long, a.a.O.

⁵³ Ehemals bezeichnete der Begriff *iudicium publicum* die Gerichte, die – unabhängig vom Verhandlungsgegenstand, allein auf die Person des Richters abstellend – mit Richtern aus dem Volk besetzt waren. Diese Gerichte, namentlich die *quaestiones perpetuae*, wurden auch *iudicia publica* genannt. Mit ihrem Wegfall wandelte sich auch die Bedeutung des fraglichen Begriffs. So Geib, *Geschichte des römischen Criminalprocesses*, S. 402 f.

publicum verfolgt wurden, erhielten die Bezeichnung *crimina publica* oder *crimina legitima*, weil ihnen ein altes Gesetz zugrunde lag. *Crimina extraordinaria* waren demgegenüber die Straftaten, die von einem *iudicium extraordinarium* untersucht wurden.⁵⁴

Einzelne Überreste der *quaestiones perpetuae* reichten bis in die Zeit des *Septimius Severus*, also bis ungefähr zum Beginn des dritten Jahrhunderts nach Christus.⁵⁵ Die *quaestiones perpetuae de repetundarum* verloren aber schon unter den ersten Kaisern an Bedeutung, denn die Gerichtsbarkeit über diese Delikte wurde dem Senat übertragen.⁵⁶ Diese ging in der Folge hinsichtlich der Amtsdelikte vom Senat auf die Kaiser selbst⁵⁷ bzw. auf den von ihnen ermächtigten *praefectus praetorius* über.⁵⁸

Die Gesetzgebung in der Kaiserzeit beschränkte sich vor allem auf die Ergänzung der *lex Iulia* sowie auf die Verschärfung anderen bestehenden Rechts.⁵⁹ Das geschah zunächst mittels Senatsbeschlüssen, später allein in Konstitutionen der Kaiser, insbesondere von Konstantin dem Großen, Theodosius dem Großen und Justinian.⁶⁰ Hinzu kamen verschiedene Anweisungen (*mandata*) gegen die Ausbeutung durch die Statthalter, die der Kaiser den Prokuratoren, Prokonsuln und Proprätoren⁶¹ bei ihrer Entsendung in die Provinzen erteilte.⁶² Unter *Caesar* wurde auch angefangen, den Beamten ein Gehalt zu zahlen. Mit

⁵⁴ Geib, Geschichte des römischen Criminalprocesses, S. 403 f.

In der späteren Kaiserzeit änderte sich diese Bedeutung abermals. Der Begriff des *iudicium publicum* kennzeichnete nicht mehr das erkennende Gericht, sondern den Ankläger, und zwar wenn dieser aus dem Volk kommen konnte. Ein *crimen publicum* war dementsprechend ein Verbrechen, aufgrund dessen jedermann Anklage erheben konnte. Im weiteren Verlauf entwickelte sich daraus die Bezeichnung der Strafgerichte als Gegensatz nicht mehr zu den *iudicia extraordinaria*, sondern vielmehr zur Zivilgerichtsbarkeit. So Geib, Geschichte des römischen Criminalprocesses, S. 404 f.

⁵⁵ So Geib, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. 1, S. 77.

⁵⁶ Tac. Ann. 3, 67 ff. Siehe allgemein zur Entstehung des Senatsgerichts Bleicken, Senatsgericht und Kaisergericht, S. 17 ff. Speziell zum Repetundenprozeß im *senatus consultum Calvisianum* Bleicken, a.a.O., S. 36 f. Zum Charakter des Repetundendelikts nach dem *senatus consultum Calvisianum* und dem *lex Iulia repetundarum* siehe ebenfalls Bleicken, a.a.O., S. 37 ff. Eine Auffistung von Senatsprozessen *de repetundis* im 1. und 2. Jahrhundert n.Ch. gibt Bleicken, a.a.O., S. 158 ff.

Wenn von *reciperatores* berichtet wird (z.B. bei Tac. Ann. 1, 74 f.), dann hatten diese lediglich über Schadensersatz zu entscheiden, besaßen aber keine Strafgewalt, s. Kleinfeller, Repetundarum crimen, Sp. 603, 609.

⁵⁷ Cod. Theod. 9.1.0. Der Kodex Theodosianus findet sich auch unter <http://www.thelatinlibrary.com/theodosius.html> (08.07.2009).

⁵⁸ Cod. Theod. 1.5.0. Siehe auch Kleinfeller, a.a.O. Zur Entstehung des Kaisergerichts s. ausführlich wiederum Bleicken, Senatsgericht und Kaisergericht, S. 79 ff.

⁵⁹ Rein, Das Criminalrecht der Römer, S. 631.

⁶⁰ Siehe Geib, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1. Bd., S. 80 f. mit vielen Nachweisen.

⁶¹ Siehe zu diesen Titeln Cass. Dio 53, 13 (5 f.).

⁶² Vgl. Cass. Dio 53, 15 (4); Plin. Ep. 10, 56. Siehe Rein, Das Criminalrecht der Römer, S. 631, 636 ff; Kleinfeller, Repetundarum crimen, Sp. 603, 608.

der Besoldung der Statthalter, der Auszahlung des *vasarium*, eines Betrages zum Umzug in die Provinz und zur Ausstattung der dortigen Wohnung, und genaue Regelungen über den *transitus*, den Reiseaufwand des Statthalters in der Provinz, sollten die Staatsausgaben eingeschränkt werden.⁶³ Früher hingegen gab es für solche Ausgaben keine Begrenzungen.⁶⁴ Den Statthaltern war zudem nicht gestattet, Aushebungen von Soldaten vorzunehmen und Geld von den Provinzeinwohnern über die festgelegte Höhe hinaus einzutreiben.⁶⁵ Des Weiteren durfte niemand Statthalter in der Provinz werden, aus der er stammte, oder eine Provinzialin heiraten.⁶⁶ Darüber hinaus bestimmte der *Caesar*, daß die Statthalter unmittelbar nach der Amtsniederlegung die Provinz zu verlassen hatten.⁶⁷ Mithilfe dieser Regelungen nahm die Zahl der Repetundenklagen deutlich ab, auch wenn immer noch Mißbräuche zu verzeichnen waren.⁶⁸ Die erpresserische Ausbeutung der Provinzialen als *crimen repetundarum* verlor so allmählich an Bedeutung.⁶⁹ Allerdings war im gesamten Reich weiterhin die Bestechlichkeit verbreitet.⁷⁰ Als Strafen bestanden die vierfache Ersetzung des widerrechtlich Erlangten,⁷¹ Intestabilität, Amtsentsetzung, Dienstunfähigkeit sowie Verbannung fort.⁷²

Das *crimen ambitus* – zumindest hinsichtlich der Stelle eines Statthalters – war in der Kaiserzeit gleichfalls rückläufig. Zum einen mangelte es am Anreiz, durch Bestechung auf den Posten in der Provinz zu gelangen, weil die Einkünfte genau festgelegt waren und so Mißbrauch erschwert bzw. leicht aufzudecken war. Zum anderen hatte sich die Stellung der Statthalter grundlegend gewandelt: Von nahezu absoluter Unabhängigkeit hin zu der Position eines stark kontrollierten Beamten des Kaisers.⁷³ Von dieser Entwicklung im Bereich des *ambitus* zeugt die *lex Iulia de ambitu* aus dem Jahre 18 v. Chr., die gegenüber der früheren

⁶³ Vgl. Rein, Das Criminalrecht der Römer, S. 638; Kleinfeller, Repetundarum crimen, Sp. 603, 608.

⁶⁴ Cass. Dio 53, 15 (4 f.).

⁶⁵ Cass. Dio 53, 15 (6).

⁶⁶ Siehe mit vielen Nachweisen Rein, Das Criminalrecht der Römer, S. 637 f. Siehe auch Kleinfeller, Repetundarum crimen, Sp. 603, 608 f.

⁶⁷ Vgl. Cass. Dio 53, 15 (6). Rein, Das Criminalrecht der Römer, S. 637 m.w.N.

⁶⁸ Vgl. Tac. Ann. 1, 2: „*neque provinciae illum rerum statum abnuebant, suspecto senatus populique imperio ob certamina potentium, et avaritiam magistratum, invalido legum auxilio, quae vi ambitu, postremo pecunia turbadantur.*“ Siehe auch Iuv. 8, 87 ff.

⁶⁹ Siehe auch Geib, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. 1, S. 85 f.

⁷⁰ Kleinfeller, Repetundarum crimen, Sp. 603, 609.

⁷¹ Cod. Theod. 9.27.3.

⁷² Siehe m.w.N. Rein, Das Criminalrecht der Römer, S. 640 ff., der unterstreicht (S. 642), daß die Strafen nun nicht mehr so einheitlich gewesen seien, da durch das neue Verfahren *extra ordinem* der Senat das Recht erhalten habe, nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls vom Gesetz abzuweichen und die Strafe selbständig zu bestimmen. Nach ihm habe Gleiches für die Kaiser gegolten, wenn sie als Richter auftraten. So auch Kleinfeller, Repetundarum crimen, Sp. 603, 610. Siehe Plin. Ep. 2, 11 f.; 4, 9 (17).

⁷³ Geib, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. 1, S. 85 f.

Gesetzgebung eine deutliche Milderung darstellte.⁷⁴ Die *crimen peculatus* und *crimen de residuis* waren auch jetzt noch anzutreffen und erfuhren zumindest hinsichtlich der Strafe einzelne Modifikationen.⁷⁵ Als eine Neuschaffung eines Delikts in dieser Periode, also als *crimen extraordinarium*, ist die Befreiung bzw. das „Entweichenlassen“ von Gefangenen durch Aufseher zu erwähnen.⁷⁶ Letztere konnte dieselbe Strafe wie die der geflohenen Sträflinge treffen.⁷⁷ Als weitere Delikte *extraordinaria* wurden die *praevaricatio*, *calumnia* und *tergiversatio* behandelt. Die *praevaricatio* bedeutet die Verletzung der Amtstreue in der Führung eines Prozesses, beispielsweise die Begünstigung sowohl des Angeklagten durch den Ankläger als auch der gegnerischen Partei durch einen Anwalt.⁷⁸ Die *calumnia* bestraft die falsche, böswillige Anklage eines unbescholtenen Bürgers.⁷⁹ Das Delikt der *tergiversatio* bestraft den Ankläger, der eine begonnene Anklage unvollendet fallen läßt, ohne *abolitio*,⁸⁰ also ohne die offizielle Aufhebung der Anklage erlangt zu haben. Vor allem gegen Ende der Republik häuften sich Fälle, in denen Menschen Anklage erhoben, aber von

⁷⁴ Berger, *Lex Iulia de ambitu*, Sp. 2365; siehe dazu ausführlich auch Rein, *Das Criminalrecht der Römer*, S. 719 ff.

⁷⁵ Geib, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Bd. 1, S. 87.

⁷⁶ Geib, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Bd. 1, S. 95.

⁷⁷ Zu diesem Delikt findet sich im Kodex von Theodosius (Cod. Theod. 9.3.5.): „*ad commentariensem receptarum personarum custodia observatioque pertineat, nec putet hominem abiectum atque vilem obiiciendum esse iudiciis, si reus condicione* aliqua fuerit elapsus. nam ipsum volumus eius poena consumi, cui obnoxius docebitur fuisse, qui fugerit. si vero commentariensis necessitate aliqua procul ab officio egerit, adiutorem eius pari iubemus invigilare cura, et eadem statuimus legis severitate constringi. (...) si de carcere reus fugerit, ab eo, cui est traditus, requiratur: qui si eum non potuerit praesentare, noverit negligens custos, illius se aut damnum aut poenam, qui fugerit, subiturum.*“ Abgesehen vom letzten Satz identisch im Kodex von Justinian, Cod. Iust. 9.4.4. In den Digesten von Justinian (Iust. Dig. 47.18.1.) ist dazu zu lesen: „*de his, qui carcere effracto evaserunt, sumendum supplicium divi fratres Aemilio Tironi rescripserunt. saturninus etiam probat in eos, qui de carcere eruperunt, sive effractis foribus, sive conspiratione cum ceteris, qui in eadem custodia erant, capite puniendos; quod si per negligentiam custodum evaserunt, levius puniendos.*“

⁷⁸ Isidor von Sevilla (Isid. Etym. 10, 223.) schreibt dazu: „*Praevaricator, malae fidei advocatus, et qui vel in accusando nocitura, vel in defendendo profutura praetereat, aut inutiliter dubieque ponat mercedis gratia, scilicet corruptus.*“

⁷⁹ Vgl. dazu ausführlich Rein, *Das Criminalrecht der Römer*, S. 807 ff. Bei Isidor von Sevilla (Isid. Etym. 10, 42.) findet sich: „*Calumniator, falsi criminis accusator, a calvendo, id est, frustrando et decipiendo dictus.*“

⁸⁰ Es können *abolitio generalis, ex lege* und *privata* unterschieden werden. *Abolitio generalis* oder *publica* meint die Aufhebung der Anklage zu religiösen Festtagen oder anderen freudigen Anlässen. Sie wurde früher vom Senat, später vom Kaiser ausgesprochen. Die Gefangenen wurden freigelassen und waren während der Ferien frei. Danach konnte erneut Anklage gegen sie erhoben werden. Bei der *abolitio ex lege* lag ein Anklagehindernis in der Person des Anklägers. Die *abolitio privata* konnte auf Bitten des Anklägers, welcher sich mit *error, temeritas, calor* usw. entschuldigte, vom *magistratus* selbst, d.h. z.B. vom Provinzstatthalter oder vom Kaiser, gewährt werden. Siehe dazu Rein, *Das Criminalrecht der Römer*, S. 273 ff.

dieser, sei es aus Furcht vor der Strafe wegen *calumnia*, sei es wegen Bestechung durch den Angeklagten wieder Abstand nahmen. Bereits unter den ersten Kaisern wuchs die Zahl der niedergeschlagenen Prozesse durch Rücktritte der Ankläger. Deren Strafbarkeit wurde jedoch erst in der Regierungszeit von Nero in dem *senatus consultum Turpilianum* oder der *lex Petronia* festgelegt.⁸¹ Des weiteren wurde das Verbrechen der *concessio* herausgearbeitet, für das keine Legaldefinition existiert. Die verschiedenartigen Fälle, die es umfaßt, haben die Gemeinsamkeit, daß der Täter bei seinem Opfer Furcht erregt und daraus einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zieht. Damit ähnelt es stark der Erpressung bzw. Bedrückung der Untertanen in den Provinzen, wie es das *crimen repetundarum* im engen Sinne stets bestrafte. Dennoch gilt es als *crimen extraordinarium*. Die *concessio* ist das römische Vorbild des heutigen Delikts der Erpressung, wobei das Verbrechen im gegenwärtigen italienischen *codice penale* auch als reines Amtsdelikt, der *concessione*, bewahrt geblieben ist.⁸²

d) Ergebnis

Der Tatbestand des Amtsmißbrauchs, wie er im heutigen italienischen Strafgesetzbuch vorliegt, wurde im antiken Rom zu keiner Zeit gesetzlich normiert.⁸³ Das mag insbesondere daran liegen, daß das römische Strafrecht die Abstrahierung in Tatbeständen größtenteils nicht kannte, sondern vielmehr die strafbaren Handlungen einzeln aufführte. Die Schaffung eines unspezifischen, allgemeinen Amtsmißbrauchs war daher fernliegend. Sie erschien auch nicht notwendig. Weil es praktisch keine Legaldefinitionen gab, konnte die Strafbarkeit am Taterfolg angeknüpft werden. Es liegen Überlieferungen von Prozessen vor, die bezeugen, daß Amtspersonen wegen Handlungen angeklagt wurden, die in Italien heute als Amtsmißbrauch zu qualifizieren wären.⁸⁴ Sie ließen sich vornehmlich unter die Oberbegriffe der *crimen repetundarum* und *crimen peculatus et crimen de residuis* fassen. Ein antikes Vorbild für einen exakten Tatbestand des Amtsmißbrauchs liefert das römische Strafrecht hingegen nicht.

⁸¹ Rein, Das Criminalrecht der Römer, S. 804. *Isidor von Sevilla* (zitiert bei Geib, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. 1, S. 97.) bemerkt zu diesem Delikt: „*Tergiversator, quod animum quasi tergum vertat huc et illuc, nec facile qualis sit intelligitur.*“

⁸² Hitzig, *Concessio*, Sp. 840.

⁸³ Siehe auch Tesauro, *Annali Perugia*, 1925, 101, 112 ff.

⁸⁴ Siehe insbesondere den Prozeß gegen Verres bei Cic. Ver. II, 1, 12 ff. (34 ff.); II, 2, 6 ff. (17 ff.); II, 3, 6 ff. (12 ff.); II, 4, 2 ff. (3 ff.); II, 5, 1 ff. (1 ff.).

II. Exkurs: Kanonisches Recht

Das kanonische Strafrecht hat in Bezug auf die Amtsdelikte keine erheblichen Neuerungen zum römischen Recht gebracht, zumal es nur für die Kirchenverwaltung galt.⁸⁵ Ein spezielles Delikt war die sogenannte Simonie, unter der das Gewähren und der Erwerb eines geistigen oder kirchlichen Gutes um einen weltlichen Vorteil willen zu verstehen ist.⁸⁶ Es geht auf Verse der neutestamentlichen Apostelgeschichte zurück (Apg. 8, 18-24).⁸⁷ Es handelte sich um eine Art der Bestechung bzw. Bestechlichkeit.⁸⁸ Als Strafe verloren die Täter ihre Ordination und das Recht zu ordinieren. Dies führte *ipso iure* zur Exkommunikation, was wiederum den Verlust aller kirchlichen Ämter und Pfründe mit sich brachte.⁸⁹

III. Amtsmißbrauch in Italien vor 1889

1. Untersuchungskriterien

Das erste einheitliche Strafgesetzbuch Italiens wurde 1889 verabschiedet und trat am 1. Januar 1890 in Kraft. Bis zu diesem Zeitpunkt galt seit der Vereinigung der italienischen Staaten 1861 der sardische *codice penale* von 1859 als Strafgesetz für das Reich. Allerdings bestanden Ausnahmen für die Provinz Toskana, wo am eigenen Strafgesetzbuch von 1853 festgehalten wurde,⁹⁰ sowie, bis zu ihrer Eingliederung, für Venetien, Mantua und dem Kirchenstaat.⁹¹ Vor

⁸⁵ Im Gegensatz zu dem Einfluß, den es auf die allgemeinen Lehren des Strafrechts, namentlich die Zurechnung, sowie auf andere Bereiche des Besonderen Teils, wie den Ehebruch und die Aussetzung, ausgeübt hat, Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, S. 27.

⁸⁶ Siehe dazu genauer Kahl, in: Richter, Lehrbuch des Kirchenrechts, S. 979 ff.; Geib, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. 1, S. 131 f.

⁸⁷ Bei *Isidor von Sevilla* (Isid. Etym. 8, 5, 2.) heißt es: „*Simoniani dicti a Simone magicae disciplinae perito, cui Petrus in Actibus apostolorum maledixit, pro eo quod ab Apostolis Spiritus sancti gratiam pecunia emere voluisset.*“ Bei *Regino von Prüm* (zitiert bei Geib, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. 1, S. 131) findet sich dazu: „*Si quis episcopus aut presbyter aut diaconus per pecunias hanc obtinuerit dignitatem, deiciatur ipse et ordinator eius, et a communione modis omnibus abscidatur, sicut Simon magus a Petro.*“

⁸⁸ Grippo, Encicl. giur. it., Vol. I, Parte I, 92, 100.

⁸⁹ Grippo, Encicl. giur. it., Vol. I, Parte I, 92, 100; siehe für Einzelheiten Kahl, in: Richter, Lehrbuch des Kirchenrechts, S. 799 f.

⁹⁰ Für dessen Anwendung galt das Territorialprinzip. Es wurde also auf Straftaten angewandt, die in der Toskana begangen worden waren, auch wenn ein Gericht einer anderen Provinz den Täter zur Verantwortung zog. Toskanische Bürger außerhalb der Provinz unterlagen jedoch dem italienischen Strafgesetzbuch von 1859. Siehe Vinciguerra, I codici penali sardo-piemontesi, S. 392, m.w.N.

⁹¹ Der *codice sardo* war auf das ehemalige Reich von Neapel (einschl. Gebieten auf Sizilien) durch Dekret vom 17. Februar 1861 ausgedehnt worden. Mit den Annexionen von Venetien (*Veneto*) und dem Gebiet von Mantua (*Mantovano*) 1866 erlangte er auch dort

der Einheit Italiens fanden die jeweiligen Strafgesetze der verschiedenen Staaten Anwendung.

Bereits aus dieser Zeit sind einige Bestimmungen zu nennen, die die Kennzeichen eines allgemeinen Amtsmißbrauchs besitzen, wie er auch noch im heutigen *codice penale* zu finden ist.⁹² Neben einem weiten Täterkreis, der alle Amtsträger erfaßt, sind entscheidende Kriterien die Offenheit der Tathandlung ohne Vorgabe spezieller Handlungsweisen und eine Schädigungs- bzw. Begünstigungskomponente, die die Begehung der Tat aus persönlicher und nicht den öffentlichen Zwecken dienenden Zielsetzung beinhaltet. Danach handelt der Täter entweder, um sich oder Dritten einen Vorteil zu beschaffen oder um Dritten einen Schaden zuzufügen.

Kurze Erwähnung sollen auch die Tatbestände finden, die die Vorteilsbeschaffung bei der Amtsführung unter Strafe stellten. In den späteren Gesetzbüchern, dem *Codice Zanardelli* von 1889 und dem *Codice Rocco* von 1930, existierte neben dem Tatbestand des Amtsmißbrauchs eigenständig das Delikt des *interesse privato in atti di ufficio*.⁹³ Das ist für die vorliegende Untersuchung deshalb von Bedeutung, weil es sich zum einen bei diesem Delikt ebenfalls um einen umfassenden Mißbrauchstatbestand handelte, dessen Tathandlung unspezifisch gehalten war und als Täter alle Amtsträger einschloß. Zum anderen hat der Gesetzgeber von 1990 die zusätzliche Bestimmung abgeschafft und in den Tatbestand des *abuso di ufficio* überführt.

2. Einzelne Strafgesetze

a) Kriminalgesetz der Toskana von 1786

Das Kriminalgesetz des Großherzogtums Toskana, das am 30. November 1786 von Pietro Leopoldo erlassen wurde, die sogenannte *legge leopoldina*, besaß mit Art. 64 einen weiten Tatbestand. Vereinfacht übertragen, wurde in ihm bestimmt, daß Richter, Minister und Angestellte jeglichen Grades, die ihre Grenzen überschreiten oder anders das ihnen anvertraute öffentliche Ministerium,

Gesetzeskraft. Schließlich galt er nach dem Sturz des Kirchenstaats 1870 ebenfalls in dessen bisherigen Territorium. Siehe dazu Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. I, 1933, S. 65; vgl. (a cura della) Biblioteca Centrale Giuridica, *Documenti Giustizia*, 1999, Sp. 773.

⁹² Siehe auch die Gegenüberstellung historischer Tatbestände mit dem Delikt des Amtsmißbrauchs bei Tesauo, *Annali Perugia* 1925, 101, 124 ff.

⁹³ Art. 176 c.p. 1889 und Art. 324 c.p. 1930. Art. 176 c.p. 1889 lautet: „*Il pubblico ufficiale che, direttamente o per interposta persona, o con atti simulati, prende un interesse privato in qualsiasi atto della pubblica Amministrazione, presso la quale esercita il proprio ufficio, è punito con la reclusione da un mese a cinque anni, e con la multa da lire cento a cinquemila.*“

Amt oder Anstellungsverhältnis mißbrauchen, um eine Ungerechtigkeit oder ein Unrecht, besonders gegenüber Witwen, Mündeln oder anderen benachteiligten Personen zu begehen oder einen anerkannten Straftäter zu begünstigen, nicht nur ihrer Posten und jeglicher anderer Ämter zu entheben, sondern auch wie ein Täter der *violenza pubblica*, Art. 62,⁹⁴ zu verurteilen seien:

„Perchè poi dagli antedetti disordini non nasca occasione alcuna dalla parte dei nostri giudici, ministri ed impiegati di qualunque grado e condizione sieno, siccome per ogni altro giusto ed importante fine, determiniamo che se alcuno dei detti giudici, ministri ed impiegati trascendendo i limiti, o altrimenti abusando del pubblico ministero uffizio od impiego affidatogli, si varrà dolosamente dell'autorità o maneggio del di lui ministero, uffizio od impiego per fare a chichessia qualsivoglia specie d'ingiustizia, o di torto, e massime a vedove, pupilli, ed altri miserabili persone, come ancora per favorire un reo conosciuto, sarà non solo privato di quel posto, ed insieme inhabilitato ad ogni altro uffizio, ma ancora condannato come reo di violenza pubblica a forma del prescritto dell'art. 62, essendo questa la maggiore offesa che possa farsi alla società ed al sovrano che n' è capo e regolatore.“

Täter konnte jeder Amtsträger sein. Die Tathandlung wurde in der zweiten Alternative lediglich mit dem Mißbrauch des Amts umschrieben. Damit waren sowohl der Täterkreis als auch die Tathandlung offen gehalten. Zudem beinhaltet die Begehung von „Ungerechtigkeit oder Unrecht“ eine Benachteiligung von Dritten. Die Verschaffung eines Vorteils hebt die Vorschrift in der Alternative der Straftäterbegünstigung hervor.

Folglich handelte es sich um einen allgemeinen Amtsmißbrauchstatbestand nach den oben genannten Kriterien.

b) Französische Strafgesetze

aa) Strafgesetz von 1808

Im Staat Lombardei-Venetien sowie in den sonstigen italienischen Mittelmeergebieten unter französischer Herrschaft wurden 1808 die *leggi sui delitti e le pene*, die Gesetze über die Delikte und Strafen, eingeführt.

⁹⁴ Beispielhaft für die Fortschrittlichkeit des Strafgesetzes ist insbesondere dieser Art. 62, mit dem die weitreichenden Delikte der Majestätsverbrechen abgeschafft und „alle Gewalttätigkeiten, in welcher Weise auch immer begangen, oder Attentate gegen die Sicherheit, Freiheit und Ruhe der Regierung“ als *violenze pubbliche* angesehen wurden.

Art. 134 Abs. 1 Satz I der *legge napoletana* vom 20. Mai 1808 – erlassen unter *Giuseppe Bonaparte Napoleone* – sah vor, daß jeder Richter und jeder öffentliche Funktionär jeglicher Art, der die ihm vom Gesetz übertragene Befugnis mißbraucht, um eine Leidenschaft oder ein privates Interesse zu befriedigen, selbst wenn es gerechtfertigt ist, mit der unehrenhaften Absetzung von seinem Amt und mit der Geldstrafe des Vierfachen des verursachten Schadens zu bestrafen ist:

„Ogni giudice ed ogni funzionario pubblico di qualunque sorta, che abusi del potere di cui rivestito dalla legge, per soddisfare una passione od un interesse privato, anche giusto, sarà punito colla destituzione con infamia dalla propria carica, e col quadruplo del danno, che avrà recato all’offeso.“

Auch hier waren Täterkreis und strafbare Handlung bewußt offen gelassen. Als Beweggrund der Tat wurde die Befriedigung eines persönlichen Ziels angegeben.

bb) Strafgesetz von 1810 ⁹⁵

1812 wird dann in den Territorien unter französischer Herrschaft der *code pénal* von 1810 in Kraft gesetzt.⁹⁶ Der allgemeine Amtsmißbrauchstatbestand in der Form des Gesetzes von 1808 wurde nicht beibehalten. Der Ausdruck des Machtmißbrauchs überschreibt den Paragraph 5 der zweiten Sektion der Verbrechen gegen den öffentlichen Frieden und beinhaltet spezielle Mißbräuche der Beamten während der Amtsausübung. Zwei Klassen von Mißbräuchen werden hier unterschieden; und zwar die Delikte gegen die Bürger (Art. 184-187) und die gegen die öffentliche Sache (Art. 188-191). Darunter findet sich zum einen die umfassend gehaltene Rechtsverweigerung trotz entsprechender Anweisung durch den Vorgesetzten gemäß Art. 185 *code pénal*:

„Tout juge ou tribunal, tout administrateur ou autorité administrative, qui, sous quelque prétexte que ce soit, même du silence ou de l’obscurité de la loi, aura dénié de rendre la justice qu’il doit aux parties, après en avoir été requis, et qui aura persévéré dans son déni, après avertissement ou injonction de ses supérieurs, pourra être poursuivi, et sera puni d’une amende de deux cents francs au moins

⁹⁵ Die hier genannten Bestimmungen wurden im Strafgesetz vom 18.04.1832 wortgleich übernommen.

⁹⁶ Somit erlangte er unter anderem im Staat Lombardei-Venetien, im Stadtstaat Rom sowie, als das Königreich Etruria dem französischen Reich zugeschlagen wurde, auch in dessen Territorium Gesetzeskraft. Siehe Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. I, 1933, S. 62.

et de cinq cents francs au plus, et de l'interdiction de l'exercice des fonctions publiques depuis cinq ans jusqu'à vingt.“ Im Italienischen lautet die Vorschrift: „*Ogni giudice o tribunale, ogni amministratore o autorità amministrativa, che sotto qualsiasi pretesto, anche il silenzio o dell'oscurità della legge, avrà negato di rendere la giustizia dovuta alle parti, dopo esserne stato richiesto, e che avrà perseverato nel suo rifiuto, dopo l'avvertimento o l'ordine dei superiori, potrà essere processato, e sarà punito con un'ammenda di 200 franchi al meno o di 500 al più, e coll'interdizione dall'esercizio delle pubbliche funzioni da 5 sino a 20 anni.*“

Hiernach macht sich jeder Richter oder jedes Gericht, jeder Verwaltungsbeamte oder jede Verwaltungsbehörde strafbar, die unter irgendeinem Vorwand, auch dem des Schweigens oder der Unklarheit des Gesetzes, den Parteien nach Antragstellung die ihnen zustehende Entscheidung verweigern und nach Anweisung oder Befehl der vorgesetzten Behörde bei ihrer Weigerung verharren.

Zum anderen schließt ein genereller Tatbestand, Art. 183 *code pénal*, den Abschnitt über die Korruption ab:

*„Tout juge ou administrateur qui se sera décidé par faveur pour une partie, ou par inimitié contre elle, sera coupable de forfaiture et puni de la dégradation civique.“*⁹⁷

Danach macht sich jeder Richter oder Verwaltungsbeamte, der sich aus Gunst oder aus Abneigung für oder gegen eine der Parteien entscheidet, eines Machtmißbrauchs schuldig und wird mit Aberkennung der staatsbürgerlichen Rechte bestraft. Wird zunächst der Verwaltungsbeamte außer Betracht gelassen, liest sich der Tatbestand wie ein Rechtsbeugungsdelikt, das den Richter für eine parteiliche Entscheidung aus Freund- oder Feindschaft bestraft, auch wenn eine Bestechung nicht gegeben ist. Wird der Verwaltungsbeamte dazu genommen, stellt sich die Frage, ob die Norm bei jeder privatmotivierten Verwaltungsentscheidung zugunsten oder zuungunsten eines Bürgers greift, oder nur, wenn es – wie beim deutschen Delikt der Rechtsbeugung – um eine Rechtssache geht, die „richterlich“ zwischen zwei Parteien entschieden werden muß.⁹⁸ Wäre der Tatbestand auch im ersten Fall einschlägig, würde es sich um einen ganz

⁹⁷ Im Italienischen lautet die Vorschrift: „*Ogni giudice o amministratore che si sarà determinato per favore o per inimicizia per una delle parti, sarà colpevole di prevaricamento e punito colla degradazione civica.*“

⁹⁸ In den Beratungen der Gesetzgebungskommission und des Staatsrats wurde bei der Frage der Abschaffung des Tatbestands jedoch lediglich das Beispiel des rechtsbeugenden Strafrichters angeführt. Die Variante des parteiischen Verwaltungsbeamten kam nicht zur Sprache. Siehe die Beratungen der Sitzung vom 9. Januar 1810 abgedruckt bei Chauveau/Hélie, *Teorica del codice penale*, S. 384.

allgemeinen Amtsmißbrauch handeln, da der Täterkreis nicht auf bestimmte Beamtenkategorien beschränkt ist und die Norm keinerlei Vorgaben zur Tat macht. Jede aus Gunst oder Mißgunst getroffene Entscheidung wäre strafbar. Ungewöhnlich wäre dann allerdings die Stellung am Ende der Korruptionsdelikte, weil es sich im Grunde nicht um eine Bestechung handelt.⁹⁹ Wäre die zweite Auslegung richtig, stellte die Norm einen auf richterlich handelnde Beamte beschränkten Rechtsbeugungstatbestand dar. Direkt vorweg befinden sich Delikte in Bezug auf die Bestechung von Strafrichtern, also auch Tatbestände, die den Bereich der Rechtsbeugung betreffen. Dies könnte dafür sprechen, daß Art. 183 *code pénal* Konstellationen erfassen soll, bei denen der Amtsträger wie ein Richter etwas für Recht erklären muß – sei es in der Beziehung zwischen zwei Bürgern, sei es zwischen dem Staat und dem Bürger. Auch die Verwendung der Bezeichnung „Partei“ könnte auf das Erfordernis einer Rechtssache deuten, so daß nicht sämtliche Verwaltungsentscheidungen, die einen Bürger unrechtmäßig begünstigten oder benachteiligten, unter die Norm zu subsumieren wären. Diese Schlußfolgerungen sind jedoch nicht zwingend. Der Abschnitt, an dessen Ende sich das Delikt befindet, ist mit der Korruption der öffentlichen Amtsträger und der Angestellten von privaten Unternehmen überschrieben. Während Art. 177 die Bestechlichkeit, Art. 178 einen Erschwerungsgrund, Art. 179 die Bestechung und Art. 180 die Konfiskation des Bestechungsmittels behandeln, sind Artikel 181 und 182 Sonderbestimmungen über die Strafe für den bestechlichen Strafrichter. Im Vordergrund steht somit nicht die Rechtsbeugung, sondern die Bestechlichkeit, welche aber von Richtern wie Verwaltungsbeamten gleichermaßen begangen werden kann. In der Tat sticht Art. 183 heraus, weil er keine Korruption im eigentlichen Sinne beinhaltet. Ein Zusammenwirken zwischen Bestechenden und Bestochenem ist in seinem Fall nicht gegeben. Die zu sanktionierende Parteinahme liegt allein in den persönlichen Motiven des Richters oder Verwaltungsbeamten begründet. Es werden keine Geschenke oder Versprechungen gefordert oder angenommen.¹⁰⁰ Insofern kann die Bestimmung nicht allein auf die kollusive Korruption bezogen werden. Es läßt sich nicht argumentieren, der Gesetzgeber habe die Korruption immanent vorausgesetzt, nur daß anstatt einer materiellen Zuwendung ein immaterieller Vorteil erstrebt würde. Neben der Gunst steht auch die Feindschaft als Motiv, mithin ein rein persönlicher Beweggrund des Funktionärs, bei dem eine korrumpierende Verbindung ausscheidet. Die zwei Bestimmungen, die Art. 183 vorangehen, betreffen zwar den rechtsbeugenden Strafrichter, aber nach dem Tatbestand selbst sind taugliche Täter ausdrücklich Richter und Verwaltungsbeamte. Wie am Anfang des Abschnitts das Delikt der Bestechlichkeit sowohl vom Richter als auch vom Verwaltungsbeamten begangen werden kann, ist dies auch am Ende bei Art. 183 der Fall. Wie sich der Verwaltungsbeamte bei jeder Amtshandlung be-

⁹⁹ Vgl. auch Chauveau/Hélie, *Théorie du Code Pénal*, Tome II, S. 654.

¹⁰⁰ Vgl. Vassogne/Bernard, *Corruption*, S. 714, Nr. 105.

stechen lassen kann, so kann er ebenfalls jede seiner Entscheidungen aus Gunst oder Mißgunst fällen. Zudem ließe sich die Bezeichnung „Parteien“ dadurch erklären, daß der Richter zwischen zwei Parteien entscheiden muß und für ihn und den Verwaltungsbeamten keine unterschiedlichen Zuordnungen verwendet werden sollten, um die Norm nicht zu verkomplizieren. Demnach wäre aus der Formulierung nicht notwendig das Erfordernis einer Rechtssache zu folgern.¹⁰¹ Insbesondere spricht die schlichte Benennung des „Verwaltungsbeamten“ neben dem „Richter“ für ein allgemeines Amtsdelikt. Hätte der Gesetzgeber nur die Rechtsbeugung (nach deutschem Verständnis) anvisieren wollen, wäre ein Zusatz wie in § 339 StGB unumgänglich gewesen. Die Tat hätte dann auf die Fälle bei Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache beschränkt werden müssen. Es wäre in Anbetracht der Tatsache erforderlich gewesen, daß der Abschnitt mit Korruption und nicht mit Rechtsbeugung überschrieben ist.

Aus diesen Gründen handelt es sich bei Art. 183 *code pénal* um einen allgemeinen Amtsmißbrauchstatbestand. Die ungewöhnliche Stellung innerhalb des Abschnitts über die Korruption, obwohl die ihr eigene korrumpierende Interaktion fehlt, mag einerseits unbewußt aufgrund der Einteilung des folgenden Abschnitts über den Amtsmißbrauch erfolgt sein. So hatte der französische Gesetzgeber von 1810 die expliziten Amtsmißbräuche in solche gegen die Individuen und solche gegen den Staat gegliedert. Weil aber ein Amtsmißbrauch des Art. 183 *code pénal* sowohl dem Bürger als auch dem Staat schaden kann, wäre es ohnehin nicht möglich gewesen, die Bestimmung nur einer Untergliederung zuzuweisen. Andererseits wurde bei der Beratung des Gesetzes die Bestimmung insbesondere im Zusammenhang mit der richterlichen Rechtsbeugung und nicht als Amtsmißbrauch diskutiert.¹⁰² Von diesem Ausgangspunkt her ist die Einordnung in diesen Abschnitt verständlich.

Eine Bestätigung einer solchen Interpretation der Norm könnte in Bestimmungen späterer Strafgesetze gesehen werden, die auf Art. 183 *code pénal* zurückgehen.¹⁰³ So hat der sardische Gesetzgeber von 1839 und von 1859 bei

¹⁰¹ Zugegeben bleibt die Verwenung der Bezeichnung „Parteien“ verwirrend. Der Ausdruck „Bürger“ hätte diese Unsicherheit vermieden.

¹⁰² Siehe die Diskussion im *Conseil d'État* am 09.01.1810, abgedruckt bei Nypels, *Le Droit Pénal Français*, S. 146. In den *motifs* von *Berlier*, Nr. 20-21, und *Noailles*, Nr. 15, wird die Vorschrift nicht gesondert erwähnt, siehe bei Nypels, a.a.O., S. 194, 204 f.

¹⁰³ Dieser Argumentation wird möglicherweise zweierlei entgegenhalten werden: Entweder, daß es sich bei den Nachfolgeb Bestimmungen um Weiterentwicklungen der französischen Norm handelt, die selbst noch keinen allgemeinen Amtsmißbrauch darstellte; oder, daß die fraglichen Artikel aus den sardischen Strafgesetzbüchern selbst keinen unbenannten Amtsmißbrauch umschreiben. Dazu siehe unten B.III.2.f)aa), S. 332. Zu ersterem bleibt zu sagen, daß zwar Stellung und Wortwahl der Norm gegen einen Amtsmißbrauchstatbestand sprechen, aber der Inhalt der Bestimmung dafür, was letztlich entscheidend ist. Für die Systematik gibt es zumindest den eben genannten Erklärungsansatz.

dem Nachfolgetatbestand einen eindeutigeren Wortlaut gewählt.¹⁰⁴ Art. 295 des *codice sardo* von 1839 und Art. 220 des *codice sardo* von 1859 setzen nicht mehr voraus, daß sich die Richter oder Verwaltungsbeamten aus Gunst oder Feindschaft für oder gegen eine Partei entschieden, sondern daß sie ihre Funktionen bzw. ihr Amt mißbraucht haben. Diese Formulierungen legen eine Beschränkung auf Rechtsbeugungsfälle nicht nahe.¹⁰⁵

Auch unter den Delikten gegen die Verfassung hatte der französische Gesetzgeber eine Bestimmung aufgenommen, die im Zusammenhang mit dem *abuso di ufficio* genannt werden kann. Vom Gesetz wurde Art. 114 als Angriff gegen die Freiheit qualifiziert:

„Lorsqu’un fonctionnaire public, un agent ou un préposé du gouvernement, aura ordonné ou fait quelque acte arbitraire, et attentatoire soit à la liberté individuelle, soit aux droits civiques d’un ou de plusieurs citoyens, soit aux constitutions de l’empire, il sera condamné à la peine de la dégradation civique.

*Si néanmoins il justifie qu’il a agi par ordre de ses supérieurs pour des objets du ressort de ceux-ci, et sur lesquels il leur était dû obéissance hiérarchique, il sera exempt de la peine, la quelle sera, dans ce cas, appliquée seulement aux supérieurs qui auront donné l’ordre.“*¹⁰⁶

Damit war die Anordnung oder Begehung einer willkürlichen Handlung unter Strafe gestellt, die gegen die persönliche Freiheit, die staatsbürgerlichen Rechte von einem oder mehreren Bürgern oder gegen die Verfassung gerichtet war. Vornehmlich hatte der Gesetzgeber wohl an die widerrechtliche Verhaftung und Gefangennahme gedacht,¹⁰⁷ was sich auch an der auf Haftentschädigung zugeschnittenen Reparationsbestimmung des Art. 117 *code pénal* ablesen läßt.¹⁰⁸ Bereits die Einordnung unter die Angriffe gegen die Freiheit deutet hierauf hin, daß Art. 114 *code pénal* nicht allgemein Amtsmißbräuche einbezieht.

¹⁰⁴ Die systematische Stellung innerhalb der Korruptionsdelikte wirft aber weiterhin Zweifel auf.

¹⁰⁵ Vgl. unten B.III.2.f)aa), S. 332 sowie die Reformüberlegungen zum deutschen Rechtsbeugungstatbestand B.IV.3., S. 385.

¹⁰⁶ Im Italienischen lautet die Vorschrift: *„Quando un funzionario pubblico, un agente o un preposto del governo, avrà comandato o commesso qualche atto arbitrario, e attentatorio sia alla libertà individuale, sia ai dritti civili d’uno o più cittadini, sia alle costituzioni del regno, sarà condannato alla pena della degradazione civica.*

Nondimeno se egli giustificò di aver agito di ordine dei suoi superiori per oggetto di loro ispezione, e pei quali era dovuta loro un’obbedienza di gerarchia, sarà esente dalla pena, la quale sarà in questo caso applicata solamente ai superiori che avranno dato l’ordine.“

¹⁰⁷ Vgl. Chauveau/Hélie, *Théorie du Code Pénal*, S. 195 ff.

¹⁰⁸ Vgl. Brandt, *Die Entstehung des Code pénal von 1810*, S. 151.

Auch die anderen Bestimmungen dieser Sektion gehören lediglich in den Rahmen der illegalen Verfolgung oder Inhaftierung.

Andererseits ist die „willkürliche Handlung gegen die staatsbürgerlichen Rechte“ eine Tatbestandsalternative, die einen erweiterten Interpretationsspielraum eröffnet. An sie erinnert auch die vom Gesetzgeber von 1889 gewählte Umschreibung des Amtsmissbrauchs mittels der Anordnung oder Begehung einer gegen die Rechte anderer gerichteten Tat. Vermutlich aus diesem Grund ordnet *Tesauro* den auf Art. 114 *code pénal* beruhenden und daher ganz ähnlichen Art. 234 der *legge napoletane* von 1818 in die Reihe der historischen Vorläufer des *abuso innominato di ufficio*, Art. 175 des *Codice Zanardelli*.¹⁰⁹

Ein Delikt, das sich später jedenfalls im Strafgesetzbuch *Zanardellis* wiederfand,¹¹⁰ ist die Vorteilsbeschaffung, Art. 175 *code pénal*:

„Tout fonctionnaire, tout officier public, tout agent du gouvernement, qui, soit ouvertement, soit par actes simulés, soit par interposition de personnes, aura pris ou reçu quelque intérêt que ce soit, dans les actes, adjudications, entreprises ou régies dont il a ou avait, au temps de l'acte, en toute ou en partie, l'administration ou la surveillance, sera puni d'un emprisonnement de six mois au moins et deux ans au plus, et sera condamné à une amende qui ne pourra excéder le quart des restitutions et des indemnités, ni être au-dessous du douzième.

Il sera de plus déclaré à jamais incapable d'exercer aucune fonction publique.

La présente disposition est applicable à tout fonctionnaire ou agent du gouvernement qui aura pris un intérêt quelconque dans une affaire dont il était chargé d'ordonner le paiement ou de faire la liquidation.“¹¹¹

¹⁰⁹ *Tesauro*, *Annali Perugia* 1925, 101, 125.

¹¹⁰ Unter Art. 176 c.p.

¹¹¹ Im Italienischen lautet die Bestimmung: *„Ogni funzionario, ogni ufficiale pubblico, ogni agente del governo, che, o apertamente, o con atti simulati, o con interposizione di persone, avrà preso o ricevuto un interesse qualunque, negli atti, nelle aggiudicazioni, negli appalti o amministrazioni di cui egli ha o aveva nel tempo dell'atto, in tutto o in parte, l'amministrazione o la vigilanza, sarà punito con una prigionia di sei mesi al meno e di due anni al più, e sarà condannato ad un'ammenda che non potrà eccedere la quarta parte delle restituzioni o delle indennizzazioni, nè essere al di sotto della dodicesima. Sarà inoltre dichiarato per sempre incapace d'esercitare ogni funzione pubblica.*

La presente disposizione è applicabile ad ogni ufficiale o agente del governo che avrà preso un interesse qualunque in un affare nel quale egli era incaricato di ordinare il pagamento o di farne la liquidazione.“

Danach ist jeder Amtsträger strafbar, der sich offen, unter Täuschungshandlungen oder durch eine Mittelsperson bei Amtshandlungen, Zuteilungen, Unternehmungen oder Monopolverwaltungen, deren Verwaltung oder Aufsicht ihm ganz oder teilweise obliegt oder zur Zeit der Handlung oblag, einen Vorteil verschafft oder gewähren läßt. Es handelte sich folglich um einen Tatbestand, durch den die Amtsträgern dazu angehalten werden sollten, bei der Ausübung ihrer Funktionen allein die öffentlichen Interessen zu verfolgen und sich nicht durch private Motive leiten zu lassen. Dadurch, daß der Gesetzgeber die Tathandlung vor allem lediglich mit der Vorteilsnahme „*quelque intérêt que ce soit*“ umriß, schuf er einen weiten, wenn auch nicht völlig allgemeinen Mißbrauchstatbestand, den einige nachfolgende Strafgesetze ebenfalls übernahmen.¹¹²

c) Österreichische Strafgesetze

aa) Strafgesetz von 1803

Mit der Herrschaftsübernahme durch die Österreicher 1814 wurde in Lombardei-Venetien das österreichische Strafgesetzbuch von 1803 veröffentlicht. Der *codice penale universale austriaco* vom 3. September 1803 kennt ebenfalls einen allgemeinen Amtsmißbrauch. In § 85 wird festgestellt, daß jeglicher Mißbrauch der verliehenen Gewalt durch eine mittels Pflichten gebundene Amtsperson ein Delikt darstellt.

§ 85: „*Quegli che in un ufficio, i cui doveri s'è formalmente obbligato d'adempire, abusa in qualsivoglia modo dell'affidatagli podestà per recar danno a qualcuno, commette con tal abuso un delitto, sia egli a ciò stato mosso dal proprio interesse, o da qualche passione, ovvero da altre mire secondarie.*“

§ 86: „*Sono tali circostanze si fa specialmente reo di questo delitto.*

- a) *un giudice, od altro magistrato, e chiunque trovarsi costituito in un impiego, che si lascia indurre a scostarsi dal legittimo adempimento de'doveri del proprio ufficio;*
- b) *una persona impiegata, che in cose d'ufficio attesta una falsità;*
- c) *che svela pericolosamente un segreto d'ufficio a lui confidato, che sopprime un documento commesso alla sua cura in forza del suo ufficio, o contro il suo dovere lo comunica a qualcuno;*

¹¹² Beachte im folgenden Art. 213 f. StGB-Sizilien von 1819, Art. 171 f. StGB von Parma, Piacenza u. Guastalla von 1820, Art. 195 StGB-Toskana von 1853, Art. 286-289 StGB-Sardinien von 1839, Art. 241 StGB-Sardinien von 1859 und Art. 176 c.p. (*Zanardelli*).

d) *un avvocato, od altro agente giurato, che in pregiudizio del suo cliente assiste l'avversario nella formazione delle scritture legali, o in altro modo col fatto, o col consiglio.*“

§ 87: *„La pena di questo delitto è del carcere duro da uno fino a cinque anni; secondo però il maggior grado di malizia, e l'importanza del danno può anco estendersi fino a dieci anni.*“

Die Bestimmung des § 85 ist ein weiter Tatbestand im oben geforderten Sinne. § 86 sieht lediglich einige Regelbeispiele vor, bei denen ein Amtsmissbrauch vorliegt. Es werden die Bestechlichkeit, die Falschbeurkundung, die Verletzung des Dienstgeheimnisses sowie der Parteiverrat durch den Rechtsanwalt genannt. Nach dem Wortlaut beider Normen kann das Delikt auch durch andere Verhaltensweisen begangen werden. Die Tat ist auf eine Schädigung eines Dritten gerichtet, wobei sich der Beamte durch private Interessen hat leiten lassen.

bb) Strafgesetz von 1852

Diese Bestimmungen blieben im „Strafgesetz über Verbrechen, Vergehen und Übertretungen für das Kaiserthum Österreich“ vom 27. Mai 1852 in den §§ 101-103 nahezu identisch erhalten:

§ 101 Mißbrauch der Amtsgewalt: „Jeder Staats- oder Gemeindebeamte, welcher in dem Amte, in dem er verpflichtet ist, von der ihm anvertrauten Gewalt, um Jemandem, sei es der 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 öffentlichen Auftrages, mit oder ohne Beeidigung, Geschäfte der Regierung zu besorgen verpflichtet ist.“

§ 102 Besondere Fälle: „Unter solchen Umständen begeht dieses Verbrechen insbesondere: a) ein Richter, Staatsanwalt oder anderer obrigkeitlicher, wie auch sonst jeder in Pflichten stehende Beamte, der sich von gesetzmäßiger Erfüllung seiner Amtspflicht abwenden läßt; b) jeder Beamte, der in Amtssachen, daher auch ein Notar, der bei Aufnahme oder Ausfertigung einer Notariatsurkunde eine Unwahrheit bezeugt; c) der ein ihm anvertrautes Amtsgeheimniß gefährlicher Weise eröffnet; der eine seiner Amtsaufsicht anvertraute Urkunde vernichtet, oder Jemandem pflichtwidrig mittheilt; d) ein

Advocat oder anderer beideter Sachwalter, der zum Schaden seiner Partei dem Gegentheile in Verfassung der Rechtsschriften oder sonst mit Rath und That behilflich ist.“

§ 103 Strafe: „Die Strafe dieses Verbrechens ist schwerer Kerker von einem bis auf fünf Jahre. Nach der Größe der Bosheit und des Schadens kann derselbe auch bis auf zehn Jahre verlängert werden.“

Die Tätergruppe und das strafbare Tun werden von § 101 ganz allgemein umschrieben. Es werden keinerlei Vorgaben gestellt. Was die Richtung des Delikts angeht, wird zwar lediglich auf das Zufügen eines Schadens abgestellt, aber der Geschädigte muß nicht der Bürger, sondern kann auch der Staat sein. Folglich sind auch die Fälle erfaßt, in denen der Beamte einen Dritten zum Nachteil der öffentlichen Hand begünstigt.

d) Strafgesetz des Königreichs beider Sizilien

Das Strafgesetzbuch des *Regno delle Due Sicilie*, des Königreichs beider Sizilien, vom 26. März 1819¹¹³ wurde insbesondere aus den napoleonischen Strafgesetzen entwickelt. Es trägt dementsprechend deutliche Züge der französischen Gesetzgebung. Das zeigt sich insbesondere auch in der Bestimmung des Art. 234, die unverkennbar auf Art. 114 des *code pénal* von 1810 zurückgeht und folglich einen weitgehend unspezifischen Tatbestand zum Schutz der persönlichen Freiheit des Bürgers und seiner anderen staatsbürgerlichen Rechte enthält:

„Ogni ufficiale pubblico o impiegato, che comanda o commette qualche atto arbitrario, sia contro la libertà individuale, sia contro i diritti civili di uno o più cittadini sarà punito colla interdizione dalla carica da un anno a cinque. Se l'atto arbitrario si commetta per soddisfare una passione o un interesse privato, l'uffiziale pubblico, che lo comanda o commette, sarà inoltre punito collo relegazione: salve le pene maggiori nei casi stabiliti dalle leggi.

Se nondimeno egli giustifichi di aver agito d'ordine de' suoi superiori per oggetti di loro ispezione, e pe' quali era dovuto loro una obbedienza gerarchica, sarà esente dalla pena; la quale verrà in questo caso applicata a' superiori che han dato l'ordine.“

¹¹³ In der Literatur findet sich häufig ein anderes Datum aus dem Mai 1819. Das mag daran liegen, daß mit dem Gesetz vom 21.5.1819 die Bestimmungen aufgeführt wurden, die bei Inkrafttreten der Strafgesetze am 1.9.1819 vollends ihre Gültigkeit verlieren sollten. Dieses Gesetz findet sich in einigen Textausgaben unmittelbar vor dem zweiten Teil des *Codice per lo Regno delle Due Sicilie*.

Adressat der Norm war jeder Amtsträger und öffentlich Angestellte. Die Mißbrauchshandlung wurde nicht mit der Formulierung „Mißbrauch des Amtes oder der Befugnisse“ umschrieben, sondern mit der Anordnung oder Begehung eines willkürlichen Akts gegen die individuelle Freiheit oder die bürgerlichen Rechte eines oder mehrerer Bürger. Dennoch handelte es sich weiterhin um einen allgemeinen Tatbestand eines Amtsmißbrauchs zum Schaden des Untertans. Die Begehung der Tat zur Befriedigung eines privaten Interesses seitens des Amtsträgers hatte gemäß Satz 2 des ersten Absatzes eine Strafschärfung zur Folge.

Zusätzlich gibt es in Art. 213 und Art. 214 unter der Überschrift „*Della malversazione de' funzionarj pubblici*“ das Delikt des *interesse privato*, die Vorteilsnahme bei der Amtsführung.¹¹⁴

Die Tatbestände der Artikel 183 und 185 des *code pénal* von 1810 sind jetzt in einer Vorschrift vereinigt, Art. 199:

„Ogni ufficiale pubblico o impiegato che si sarà determinato per favore o per inimicizia per una delle parti, sarà punito colla interdizione da' pubblici uffizj da sei a venti anni. La stessa pena gli sarà applicata, se legalmente richiesto si sarà negato di fare un atto del suo ministero imposto dalla legge; o se si sarà, sotto qualsivisia pretesto, anche di silenzio o di oscurità delle leggi, negato di render la giustizia, ed avrà perseverato nel suo rifiuto dopo l'avvertimento o l'ordine de' suoi superiori.“

Hier handelt es sich demnach um den allgemeinen Amtsmißbrauch sowohl zum Schaden als auch zum Vorteil des Bürgers sowie im zweiten Satz um das Delikt der Unterlassung von Amtshandlungen. Diese Zusammenstellung unterstreicht den Charakter einer allgemeinen Mißbrauchsbestimmung, die nicht auf einzelne Verfehlungen beschränkt ist. Vor allem ist eine Eingrenzung allein auf den rechtsbeugenden Verwaltungsangestellten bzw. Richter ausgeschlossen. Das zeigt sich auch darin, daß Richter oder Gerichte nicht mehr ausdrücklich genannt werden.

¹¹⁴ Art. 213 lautet: „*Ogni ufiziale pubblico o impiegato qualunque che o apertamente, o con atti simulati, o con interposizione di persona prenda un interesse privato nelle aggiudicazioni, appalti o amministrazioni, sia che egli ne abbia in tutto o in parte la direzione o la vigilanza, sia che l'avea nel tempo in cui queste aggiudicazioni, appalti o amministrazioni son cominciate, verrà punito con sei a venti anni d'interdizione da' pubblici ufizj, e con un' ammenda da cento a quattrocento ducati.“*

Art. 214 lautet: „*Ogni ufiziale pubblico o impiegato qualunque sarà ugualmente punito con sei a venti anni d'interdizione da' pubblici ufizj, e con un' ammenda da cento a quattrocento ducati, quando prenda un interesse privato in un affare sul quale egli è incaricato di dare ordini, di fare liquidazioni, di disporre o di fare alcun pagamento.“*

Darüber hinaus wurde die Systematik des Gesetzes im Vergleich zum *code pénal* von 1810 geändert. Die Bestimmung steht nicht mehr am Ende des Abschnitts über die Korruption, sondern in einer Sektion über die Erpressung im Amt und die Korruption. Dort wird zunächst eine Art Gebührenüberhebung (Art. 196) behandelt, dann eine Gebührüberhebung, die zu einer Erpressung im Amt wird (Art. 197) und schließlich eine Erpressung im Amt, die mittels Angriffs auf die Freiheit eines Bürgers begangen wird (Art. 198). Die auf Art. 199 folgenden Tatbestände bestrafen die Korruption in verschiedenen Varianten.

Demnach nimmt Art. 199 bereits systematisch eine Sonderstellung ein.

e) Strafgesetze von Parma, Piacenza und Guastella von 1820

Das Delikt des *interesse privato* bestraft das Strafgesetzbuch für die Stadtstaaten Parma, Piacenza und Guastalla von 1820 in den Art. 171 und 172.¹¹⁵

f) Sardische Strafgesetzbücher

aa) Strafgesetzbuch von 1839

Das sardische Strafgesetzbuch vom 26. Oktober 1839 ist deutlich durch die französischen Strafgesetze inspiriert.

Art. 311 bestraft die Begehung eines willkürlichen Akts gegen die persönliche Freiheit eines Individuums oder gegen die freie Ausübung von dessen Rechten.¹¹⁶ Allerdings ist die Bestimmung nicht unter die Delikte gegen die Verfassung

¹¹⁵ Art. 171 lautet: „*Ogni ufficiale pubblico o agente del governo che con atti manifesti o simulati, ovvero per interposte persone abbia preso un interesse qualunque in atti, aggiudicazioni, imprese, di cui abbia egli attualmente, o avesse al tempo del loro incominciamento in tutto in parte l'amministrazione o direzione, sarà punito colla interdizione temporanea da' pubblici ufizj, e con una multa da cento a due mila lire.*“

Art. 172 lautet: „*La stessa disposizione ha luogo contro ogni ufficiale pubblico o agente del governo che prenda interesse privato in un affare, sul quale egli è incaricato di dare ordini, di liquidare conti, o ingiungere pagamenti.*“

¹¹⁶ Die Bestimmung lautet: „*Ogni ufficiale pubblico, agente o incaricato del governo che avrà fatto o comandato qualche atto arbitrario o attentatorio alla libertà personale d'un individuo, o al libero esercizio dei suoi dritti, sarà punito colla prigionia; se l'atto arbitrario è commesso per animosità, o per vedute d'interesse particolare, il colpevole sarà punito colla relegazione; salvo l'applicazione d'altre pene, nei casi specialmente indicate dalla legge.*“

oder die Freiheit gerechnet, sondern als Machtmißbrauch zu Lasten der Bürger bezeichnet. Zu den Mißbräuchen gegenüber den einzelnen ist auch die Rechtsverweigerung, Art. 315, gezählt.¹¹⁷

Die Art. 286-289 behandeln das Delikt der Verschaffung eines privaten Vorteils bei der Amtsausübung.¹¹⁸

Darüber hinaus existiert der allgemeine Mißbrauchstatbestand, der offensichtlich auf Art. 183 des *code pénal* von 1810 zurückgeht, dessen Handlung jedoch diesmal explizit mittels des Mißbrauchs von Amtsfunktionen umschrieben ist.¹¹⁹ Und zwar bestimmt Art. 295 auf schlichte Weise die Strafbarkeit der Amtsträger und öffentlich Angestellten, die ihre Funktionen für eine Leidenschaft oder einen anderen zweitrangigen Zweck mißbrauchen:

„Le pene stabilite negli articoli precedenti saranno anche applicate ai funzionarii o impiegati sopra menzionati, i quali per passione o per ogni altro motivo secondario, avranno abusato delle loro funzioni.“

¹¹⁷ Die Bestimmung lautet: *„Ogni giudice, ogni autorità amministrativa che sotto qualsiasi pretesto, anche del silenzio, dell'oscurità, dell'antinomia o dell'insufficienza della legge, abbia rifiutato di esercitare un atto del suo ministero, o si neghi di rendere la giustizia che deve alle persone che l'avranno richiesta, e che avrà perseverato nel suo rifiuto o nel suo diniego, dopo avvertimento ed ingiunzione dell'autorità superiore, sarà sospeso dall'esercizio delle sue funzioni e condannato ad un'ammenda che potrà estendersi a trecento lire.*

Si potrà applicare separatamente l'una o l'altra di tali pene.“

¹¹⁸ Die entsprechenden Artikel lauten:

Art. 286 *„Ogni funzionario pubblico, ogni agente del governo, il quale, apertamente, con atto simulato, o con persone interposte avrà preso un interesse personale qualsiasi, nelle agguudicazioni, intraprese o altri atti di pubblica amministrazione, di cui egli ha o avea avuto, nell'epoca in cui hanno avuto luogo, o solo in quella in cui sono cominciate, la direzione o la vigilanza, in tutto o in parte, sarà punito con una prigionia la di cui durata sarà di tre mesi al meno e che potrà estendersi a due anni, ed in oltre con un' ammenda di cento lire a tremila lire.“*

Art. 287 *„La stessa disposizione è applicabile ad ogni ufficiale pubblico o agente del governo che avrà preso un interesse personale in un affare per cagione del quale egli era incaricato di dare ordini, o per cui era tenuto alla liquidazione dei conti, a regolare o fare i pagamenti.“*

Art. 288 *„Nondimeno se, nei casi preveduti dai due articoli precedenti, per effetto del dolo, si è cagionato danno all'amministrazione da cui l'affare dipende, la pena sarà la reclusione, alla quale sarà sempre unita l'interdizione dalle pubbliche funzioni.“*

Art. 289 *„Ogni funzionario dell'ordine amministrativo, salariato dal governo, che, nella estensione dei luoghi ove ha dritto di esercitare la sua autorità, avrà fatto apertamente o con atti simulati, o con interposizione di persone, commercio di grani, farine o vini, diversi da quelli provenienti dalle sue proprietà, sarà punito con un' ammenda di cinquecento lire al meno, che potrà essere portata a diecimila lire, oltre la confisca delle derrate appartenenti a questo commercio.“*

¹¹⁹ Offensichtlich a.A. Sabatini, in: Conti, Cp, Art. 323, Nr. 368 S. 319.

Die Verwendung des Begriffs der Leidenschaft bzw. eines anderen zweitrangigen Zwecks verdeutlicht den Gegensatz zu einer materiellen Leistung an den öffentlich Bediensteten. Dieser verfolgt keinen öffentlichen Zweck. Das allein macht den Tatbestand aber noch nicht zu einem allgemeinen Amtsmißbrauch. Allerdings spricht die Wortwahl des Gesetzgebers für ein solches Delikt. Zum einen hebt sich der „Mißbrauch von Amtsfunktionen“ von der Terminologie der vorweg behandelten Vorteilsannahme und Bestechlichkeit ab. Zum anderen sind Anleihen an die Rechtsbeugung verloren gegangen, denn die Richter werden als potentielle Täter nicht mehr ausdrücklich erwähnt, und es muß sich auch nicht mehr um eine Entscheidung für eine „Partei“ handeln. Die Tathandlung ist definitiv offen gelassen. Die Einordnung unter die Bestechungsdelikte ist beibehalten und erscheint weiterhin befremdlich, weil keine Korruption vorausgesetzt wird. Dementsprechend urteilt *Nocito* in Bezug auf die nach dem Inhalt identische Nachfolgebestimmung des sardischen Strafgesetzbuchs von 1859, Art. 220, daß sie dort völlig fehl am Platze sei. Sie überschreite die Grenzen des Bereichs der Korruptionsdelikte und habe mit diesen außer dem Strafraum nichts gemein. Inhaltlich handele es sich um einen allgemeinen Amtsmißbrauch.¹²⁰ Dem ist zuzustimmen. Die Voraussetzung eines Korruptionselements kann nicht gesehen werden. Der Wortlaut spricht dagegen. Bezüglich der Systematik mag noch angefügt werden, daß, wenn die Norm schon innerhalb des Abschnitts über die Korruption der Amtsträgern steht, sie aber immerhin zwischen den allgemeinen Korruptionstatbeständen und den gesonderten Vorschriften für Richter plazierte wurde. Sie besitzt eine Sonderstellung, was die These eines unbenannten Amtsmißbrauchs stützt.

bb) Strafgesetzbuch von 1859

Der *Codice sardo* von 1859 galt ab der Vereinigung für ganz Italien mit Ausnahme der Toskana bis 1889 und enthält die gleichen, bereits genannten Mißbrauchsdelikte wie das sardische Strafgesetzbuch von 1839. Im Abschnitt über die Angriffe gegen die individuelle Freiheit ist in Art. 194 die Verübung eines willkürlichen Akts gegen die persönliche Freiheit eines Bürgers oder gegen die freie Ausübung seiner Rechte unter Strafe gestellt.¹²¹ Weiterhin unter den

¹²⁰ Nocito, Dig. it., Vol. I, Parte Prima, 1884, S. 201.

¹²¹ Die Bestimmung lautet: „*Ogni ufficiale pubblico, agente od incaricato del Governo, che eserciti o comandi qualche atto arbitrario contro la libertà personale di un privato od il libero esercizio dei suoi diritti, sarà punito colla pena del carcere e delle multa, e colla sospensione dall'esercizio dei pubblici uffizi.*

Se l'atto arbitrario sarà stato commesso per soddisfare una passione, o per particolare interesse, il colpevole sarà punito colla relegazione, e coll'interdizione dai pubblici uffizi; salva l'applicazione delle altre pene nei casi specialmente indicati dalla legge.

Qualora le persone indicate nel presente articolo giustificino d'aver agito per ordine dei loro superiori, ai quali era dovuto obbedienza, saranno esenti da pena, la quale sarà in questo caso inflitta ai superiori che hanno dato l'ordine.“

Machtmißbräuchen gegenüber einzelnen findet sich die Rechtsverweigerung in Art. 235.¹²² Das Delikt des *interesse privato*, Art. 241, befindet sich in der Sektion „*Dei reati dei pubblici ufficiali che si ingeriscono in negozi o traffici incompatibili colla loro qualità.*“¹²³ Der allgemeine Amtsmißbrauchstatbestand innerhalb der Bestechungsdelikte ist nun in Art. 220 festgeschrieben und benutzt ausdrücklich die Formulierung „Mißbrauch des Amtes“.¹²⁴

g) Strafgesetzbuch der Toskana von 1853

Wie bereits eingangs angeführt,¹²⁵ ähnelt Art. 196 des toskanischen Strafgesetzbuchs von 1853 dem Amtsmißbrauchstatbestand von 1930:¹²⁶

„Se, fuori de' casi specialmente contemplati negli articoli precedenti di questo capo, un pubblico ufficiale ha dolosamente violato i suoi doveri d'ufficio, sia per favore o inimicizia, sia per procurare a sé o ad altri un'illecita utilità, sia per recar pregiudizio allo Stato od ai particolari, è punito, secondo la gravità del fatto, o con multa da cento a duemila lire, o con l'interdizione dal pubblico servizio, o con amendue queste pene cumulate.“

Die Norm hat durch die Subsidiaritätsklausel die gleiche Rolle eines Auffangtatbestands, wie sie Art. 323 des *Codice Rocco* bis 1990 haben sollte.¹²⁷ Außerdem besitzt die Vorschrift die gleiche Struktur. Auch hier ist die Vollendung des

¹²² Die Bestimmung lautet: „*Qualunque Giudice, e qualunque autorità amministrativa, che sotto qualsiasi pretesto, anche di silenzio, oscurità, contraddizione od insufficienza della legge, avrà ricusato di esercitare un atto del suo ministero o di fare giustizia alle persone che ne lo avranno richiesto, ed avrà perseverato nel suo rifiuto dopo l'avvertimento e l'ordine dell'autorità superiore, sarà punito colla sospensione dall'esercizio dei pubblici uffizi, o con multa estensibile a lire trecento.*

Queste pene possono anche imporsi separatamente.“

¹²³ Art. 241 lautet: „*Ogni ufficiale pubblico, od agente del Governo, che, od apertamente o con atti simulati o con interposizione di persone, prenda un interesse privato qualunque nelle aggiudicazioni, negli appalti od in altri atti delle pubbliche amministrazioni, dei quali egli ha od abbia avuto al tempo in cui i medesimi sono seguiti od anche solamente incominciati la direzione o l'asorveglianza in tutto od in parte, sarà punito colla pena del carcere non minore di tre mesi, estensibile a due anni, ed inoltre con multa da lire cento a tremila.“*

¹²⁴ Art. 220 lautet: „*Saranno puniti colle pene stabilite nei precedenti articoli gli ufficiali od impiegati suddetti che avessero abusato del loro ufficio per passione od altro fine secondario.“*

¹²⁵ Siehe oben A.I.1., S. 8.

¹²⁶ So auch D'Avirro, *L'Abuso di ufficio*, 1995, S. 15.

¹²⁷ Allerdings war auch bereits das Delikt des Amtsmißbrauchs des *Codice Zanardelli* lediglich ein Auffangtatbestand.

Delikts antizipiert,¹²⁸ d.h. sanktioniert wird nicht der tatsächliche Eintritt eines Vorteils oder Schadens, sondern allein die Mißbrauchshandlung in der Absicht, einen solchen Erfolg zu erreichen. Dadurch erhält der subjektive Tatbestand zu Lasten des objektiven ein Übergewicht, so daß sich Verwaltungsunrecht allein durch die Gesinnung des Täters in strafrechtlich sanktioniertes Unrecht wandeln kann.¹²⁹ Des weiteren sollte das Merkmal der Unrechtmäßigkeit des angestrebten Vorteils mehr als ein Jahrhundert später vom Gesetzgeber wieder eingeführt werden.¹³⁰ Allerdings ist Tathandlung die Verletzung von Amtspflichten und nicht der Mißbrauch des Amtes. Auch wenn das heutige italienische Strafgesetzbuch in Art. 61 Nr. 9 c.p. zwischen dem Mißbrauch von Befugnissen und der Verletzung von Amtspflichten unterscheidet, ist es schwer, die beiden Verhalten voneinander zu trennen. Schließlich geht in der Regel jeder Amtsmissbrauch mit der Verletzung von Dienstpflichten einher.¹³¹ Beziehen sich die Dienstpflichten auf die Amtsausübung, stellt die Verletzung derselben, um Dritte zu schädigen oder sich oder andere zu begünstigen, ebenfalls einen Amtsmissbrauch dar. Jedenfalls ist bei der Weite der Amtspflichten die Umschreibung des strafbaren Verhaltens mit ihrer Hilfe ähnlich umfassend wie die des „Mißbrauchs des Amtes“.

Zusätzlich wird im Strafgesetzbuch der Toskana das Delikt des *interesse privato* bestraft, welcher mit Art. 195 dem Amtsmissbrauch unmittelbar vorangestellt ist.¹³²

3. Ergebnis

Die italienische Strafgesetzgebung war im 19. Jahrhundert deutlich ausländischen Einflüssen ausgesetzt. Hier sind insbesondere die französischen und österreichischen Strafgesetze zu nennen. In beiden Rechtskreisen war das Delikt des Amtsmissbrauchs bekannt. Durch die wechselnden Herrschaftsbereiche

¹²⁸ Vgl. dazu auch Zuccalà, Riv. it. dir. proc. pen., 1977, 1225 ff.

¹²⁹ Vgl. D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1995, S. 17.

¹³⁰ D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1995, S. 16, sieht in der „*illecita utilità*“ dieselbe Voraussetzung einer speziellen Rechtswidrigkeit des Taterfolgs, wie sie auch seit 1990 im Tatbestand des Art. 323 c.p. mit dem Merkmal der „*ingiustizia*“ des Vorteils oder Schadens festgeschrieben ist.

¹³¹ Ebenso D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1995, S. 15 f.

¹³² Art. 195 lautet: „1. *Ogni pubblico ufficiale, che direttamente, o per interposta persona, prende un interesse privato qualunque in aggiudicazioni, appalti, forniture, affitti, od altri atti consimili d'una pubblica amministrazione, presso di cui sia incaricato di dar ordini, o di liquidar conti, o di regolare o far pagamenti, o della quale abbia l'alta direzione, o il sindacato; è punito con una multa da trecento a duemila lire, e con l'indizione dal pubblico servizio fino a cinque anni.*
2. *E se, nei casi del paragrafo precedente, il pubblico ufficiale si è procurato un profitto in pregiudizio dell'amministrazione, soggiace alla pena del carcere da sei mesi a cinque anni, ed all'interdizione dal pubblico servizio da cinque a dieci anni.*“

erlangten unterschiedliche Versionen in den italienischen Territorien zum Teil unmittelbar Gesetzeskraft oder inspirierten die italienischen Legislativen. So existierte auch im Recht der nicht fremddominierten Toskana der Straftatbestand des Amtsmissbrauchs. Dieses Delikt gab es also im italienischen Rechtsraum lange vor der Einführung des ersten einheitlichen Strafgesetzbuchs für ganz Italien, des *Codice Zanardelli*. Eine einzelne Vorlage für Art. 175 c.p., dem *abuso innominato di ufficio*, läßt sich jedoch nicht ausmachen. Anders hingegen geht das Delikt des *interesse privato in atti di ufficio*, Art. 176 c.p., letztlich auf Art. 175 des französischen *code pénal* von 1810 zurück.

IV. Amtsmissbrauch in der Geschichte des deutschen Strafrechts

Es gilt die Frage zu klären, ob es im früheren deutschen Recht den Tatbestand eines allgemeinen Amtsmissbrauchs gab, der der Bestimmung des Art. 323 c.p. vergleichbar ist. Die Untersuchung erfolgt wiederum anhand der bereits genannten Kriterien. Neben einem weiten Täterkreis, der alle Amtsträger einschließt, sollte die Vorschrift vor allen Dingen zwei Charakteristika aufweisen. Erstens müßte die Tathandlung lediglich ganz allgemein umschrieben sein. Das strafbare Verhalten dürfte nicht auf spezielle Begehungsweisen beschränkt sein. Zweitens müßte es sich um eine Bestimmung handeln, die die Schädigung Dritter, ihre Begünstigung oder die Begünstigung des Täters umfaßt.

1. Exkurs: Abriß der Strafrechtsentwicklung bis zum 19. Jahrhundert unter besonderer Berücksichtigung der Amtsdelikte

Das älteste germanische Strafrecht war Ausdruck der Sitten und Gewohnheiten des Volks. Geschriebene Gesetze gab es nicht.¹³³ Es wurde zwischen Verbrechen gegen die Götter und das Gemeinwesen sowie den Verbrechen gegen Einzelne unterschieden.¹³⁴ Zur ersten Gruppe findet sich in der *Lex Frisionum* die Entehrung eines Tempels („*Qui fanum infregerit, immolatur diis.*“).¹³⁵ Verbrechen

¹³³ So Geib, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. 1, S. 156.

¹³⁴ Temme, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, S. 34.

¹³⁵ Die entsprechende Vorschrift lautet übersetzt (s. *Lex Frisionum*, *additio sapientum XI*, § 1, S. 103): „Wer ein Heiligtum aufbricht und dort etwas von den Weihesachen nimmt, werde zum Meer geführt, und auf dem Sande, den die Flut des Meeres zu bedecken pflegt, werden seine Ohren aufgeschlitzt, und er wird entmannt und den Göttern hingeopfert, deren Tempel er entehrte.“

Vgl. auch L. Baiuv., *Textus Legis Primus*, I, 3.

gegen das Gemeinwesen waren insbesondere Verrat, Überlaufen zum Feind, Feigheit vor dem Feind und der Mordanschlag gegen den Herzog.¹³⁶ Die Bestrafung erfolgte vor allem durch Züchtigung oder Tod.¹³⁷ Die Gerichtsbarkeit oblag der ganzen Gemeinschaft.¹³⁸ Hingegen kamen bei den Verbrechen gegen Einzelne das Fehde- und das Kompositionenrecht zum Tragen.¹³⁹ Wurde einem Germanen Unrecht angetan, so verschaffte sich der Verletzte selbst bzw. zusammen mit seiner Familie sein Recht.¹⁴⁰ Die germanische Fehde ist also eine Privat- oder Blutrache, wie sie auch das römische Recht kannte. Über diese Institution wachte aber zudem die Gemeinschaft, indem sie die Betroffenen dazu anhielt, den Streit beizulegen (*componere*), zunächst durch Vermittlung, später durch richterliche Anweisung. Der Straftäter zahlte seine Rechtsverletzung mittels Vermögensgegenständen ab. Hiermit wird das Kompositionensystem bezeichnet. Die Komposition mußte vom Täter und seiner Familie aufgebracht werden. Sie war einerseits als Buße an den Verletzten oder dessen Erben¹⁴¹, andererseits als Friedensgeld¹⁴² an die Gemeinschaft zu entrichten.¹⁴³ Letzteres war die öffentliche Genugtuung für den gestörten Rechtsfrieden.¹⁴⁴ Kam ein Rechtsbrecher diesen Zahlungsverpflichtungen nicht nach, blieb er „friedlos“¹⁴⁵ und war damit vogelfrei. Er verlor sein Vermögen und konnte sanktionslos getötet werden. Keiner durfte ihm Verpflegung oder Unterkunft gewähren.¹⁴⁶ Dabei stellte das Kompositionensystem allein auf die Rechtsverletzung ab. Auf den Vorsatz und die Schuld, ihr eventuelles Fehlen, mithin auf die Frage, ob lediglich Fahrlässigkeit vorlag oder der Täter unzurechnungsfähig war, kam es regelmäßig nicht an.¹⁴⁷ Das germanische Strafrecht veranschlagte somit im Gegensatz zum römischen Strafrecht nur objektive Begebenheiten.¹⁴⁸

In der Zeit nach der Völkerwanderung wurde das Recht zunächst durch die

¹³⁶ Tac. Ger. 6, 7, 12; L. Alaman. XXIV-XXVI; L. Baiuv., Textus Legis Primus, II, 1 ff.

¹³⁷ Temme, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, S. 34.

¹³⁸ Tac. Ger. 11.

¹³⁹ Temme, a.a.O.

¹⁴⁰ Tac. Ger. 21: „*Suscipere tam inimicitias seu patris seu propinqui quam amicitias necesse est.*“

¹⁴¹ Bei Tötung hieß die Zahlung Wergeld (Manngeld), *Werigildium*.

¹⁴² Auch als *Fredum*, *Fredus*, später *Wedde* bezeichnet.

¹⁴³ Temme, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, S. 35, nach dem das *Fredum* in früherer Zeit zur Buße gerechnet worden sei, während es als *Wedde* später allein öffentlichen Sühnecharakter gehabt habe. Vgl. Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 9.

¹⁴⁴ Siehe Tac. Ger., 12: „*sed et levioribus delictis pro modo poena: equorum pecorumque numero convicti multantur. pars multae regi vel civitati, pars ipsi qui vindicatur vel propinquis eius exsolvitur.*“ Tac. Ger., 21: „*luitur enim etiam homicidium certo armentorum ac pecorum numero, recipitque satisfactionem universa domus, utiliter in publicum.*“

¹⁴⁵ Vgl. zum Begriff des Friedens und der Friedlosigkeit eingehender Geib, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. 1, S. 162 ff.

¹⁴⁶ So Temme, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, S. 35 f.

¹⁴⁷ Temme, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, S. 37.

¹⁴⁸ Temme, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, S. 38.

entstehenden Monarchien geprägt. Sie zielten mittels geschriebener Gesetze darauf ab, die Fehde einzudämmen. Es handelt sich um die sogenannten Volksrechte, *leges Barbarorum*.¹⁴⁹ Dennoch bestand die Privatrache auch weiterhin fort. Sie wurde in der Folge aber nicht mehr als rechtmäßig angesehen.¹⁵⁰ Die Land- oder Königs- sowie die Kirchenfrieden sollten eine bessere Ordnung schaffen.¹⁵¹ Hierbei dauerte das Kompositionensystem an und wurde verfeinert.¹⁵²

Aus dieser Zeit ist im germanischen Rechtsraum bereits das Delikt der Rechtsbeugung nach Annahme von Bestechungsgeld bekannt. In der *Lex Baiuvariorum* heißt es:

„*Iudex si accepta pecunia male iudicaverit, ille qui iniuste aliquid ab eo per sententiam iudicantis abstulerit, ablata restituat. Nam iudex, qui [pecunia] perperam iudicaverit, in duplum ei, cui damnum intulerat, cogatur exsolvere, quia ferre sententiam contra legem nostrarum statuta praesumpsit; et in fisco cogatur 40 solidos persolvere.*“¹⁵³

Wenn demnach der Richter nach der Annahme von Geld das Recht beugte, sollten die Rechtsfolgen des falschen Urteils rückgängig gemacht werden: Das, was eine Partei ungerechtfertigt erlangt hat, war zurückzuerstatten. Der Richter hatte als Strafe dem Geschädigten das Doppelte und der Staatskasse 40 Schillinge zu zahlen. Es handelt sich um einen Tatbestand eines speziellen Amtsmißbrauchs. Täter konnte nur der Richter sein. Tathandlung war das „schlechte Richten“.

Darüber hinaus gab es das Delikt der falschen Anklage, das später als *Calumnia* bezeichnet wird. Der Tatbestand taucht beispielsweise in der *Lex Salica*¹⁵⁴,

¹⁴⁹ *Lex Salica, Ripuariorum, Chamavorum, Alamannorum, Baiuvariorum, Burgundionum, Frisionum, Anglorum et Werinorum, Saxonum, Wisigothorum, Longobardorum (Rotharis, Grimoaldi, Liutprandi, Rachis, Aistulphi).*

¹⁵⁰ Geib, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. 1, S. 170 f.

¹⁵¹ Siehe dazu Geib, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. 1, S. 171 ff. m.w.N. Vgl. Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 9.

¹⁵² Siehe dazu im einzelnen Geib, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. 1, S. 174 ff.

¹⁵³ L. Baiuv. Textus Legis Primus, II, 17.

¹⁵⁴ Siehe Lex Salica D XXIV „*De cuique ad regem hominem innocentem absentem accusat, mallobergo seolando ueua, (sunt dinarii MMD qui faciunt) solidus LXII semis culpabilis iudicetur.*“, Lex Salica E XXIII „*Si quis ad regem hominem innocentem absentem accusauerit, soledos LXII semis culpabilis iudicetur.*“ oder Lex Salica S V § 1 „*Si quis hominem innocentem uel absentem de culpis minoribus sine causa ad regem accusauerit, MMD denariis qui faciunt solidos LXII semis culpabilis iudicetur.*“, § 2 „*Si uero tale crimen ei inputauerit, unde mori debuisset si uerum fuisset, ille qui eum accusauerit VIII denariis qui faciunt solidos CC culpabilis iudicetur.*“

der *Lex Baiuvariorum*¹⁵⁵ und der *Lex Frisionum*¹⁵⁶ auf. Dabei handelt es sich allerdings nicht um ein Amtsdelikt, sondern betrifft den Fall, daß ein Privatmann jemanden wegen einer vermeintlichen Straftat verklagt. Das Amt eines öffentlichen Anklägers bestand noch nicht.

Ein Delikt, bei dem der Täter ganz allgemein die ihm von der Gemeinschaft verliehenen Befugnisse zu eigenen Zwecken mißbraucht, existierte nicht.

Die Volksrechte gingen im Laufe des 10. Jahrhunderts unter. Die politischen Verhältnisse und die Staatseinrichtungen, die sie hervorgebracht hatten, waren nicht mehr gegeben. Außerdem gelangten sie mit dem nun vorherrschenden Rechtsbewußtsein und Rechtsbedürfnis in einem immer stärkeren Widerspruch, auch weil sich die Richter streng an den Buchstaben des Gesetzes halten mußten und so nicht zur Rechtsfortbildung im Sinne des aktuellen Rechtsempfindens beitragen konnten.¹⁵⁷ An die Stelle der Volksrechte trat das ungeschriebene Gewohnheitsrecht. Die Richter sollten nicht mehr nach feststehenden Normen Recht „sprechen“, sondern es mit Rücksicht auf die Besonderheiten des Einzelfalls „schaffen“. Diese Befugnis dauerte sogar dann noch fort, als vor allem im 13. und 14. Jahrhundert die einzelnen Städte und Territorien die schriftlichen Stadt- und Landrechte schufen. In zahlreichen Statuten wurde diese richterliche Kompetenz explizit anerkannt.¹⁵⁸

Die berühmtesten Landrechte dieser Zeit waren das sächsische, das im Sachsenpiegel um 1230¹⁵⁹ festgehalten wurde, sowie das schwäbische, das im Schwa-

¹⁵⁵ Siehe L. Baiuv., Textus Legis Primus, IX, 18 oder Textus Legis Tertius, Nr. 131 (VIII, 18): „*Si quis contra caput alterius falsa suggesserit, vel pro quacumque invidia de iniusta accusatione commoverit: ipse penam vel damnum, quod alteri intulit, excipiat. Neminem damnes, antequam inquiras veritatem; scriptum est: Omnia autem probate, quod bonum est tenete.*“

¹⁵⁶ Siehe Titel III Diebstahl, § 9, Lex Frisionum, S. 45: „Wenn aber derjenige, der den andern als Dieb belangt, ihn fälschlich anschuldigte und beim (Gottes)urteil des siedenden Wassers überführt wird, löst er mit 60 Schillingen seine Hand.“

¹⁵⁷ So Geib, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. 1, S. 195 f.

¹⁵⁸ So Geib, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. 1, S. 197 f. mit Verweis auf folgende Regelwerke, nach ihm zitiert: Der Richtebrief der Bürger von Zürich, S. 27 ff.: „Swas vnzuch ald übils in der stat geschicht, des man an disem brieve niender vinde vnd doch buoswidrig ist, vnd swas si kunnen erdenken bi ir eide, das sich ze guotem gerichte vnd der stat ze nuzze vnd ze eren vnd ze guote geziehe, vnd der stat guot si, das sol an des rates eide stan vnd ir bescheidenheit, wie si das gevürdern vnd gebessern, vnd swie es nit hie geschriben ist, so suln es doch die burger vürdern bi dem eide, vnd dem rate gehorsam sin das si erdenkent bi dem eide.“; Goslarer Statut S. 37, 21. 88, 34.: „Under weme unrecht mate unde wichtighevunden wert, dat steyt an deme rade wu he dat keren wille.“; Kulmer Stadrechte I 7.: „yst do bobyne keyne benumpte kore, so mogen is dy ratmanne halden myt den sache walden wy sy wellen.“

¹⁵⁹ Das ungefähr zwischen 1220 und 1235 von *Eike von Repgow* – wahrscheinlich auf Drängen des Grafen *Hoyer von Falkenstein* – erarbeitete Rechtsbuch ist einer der ältesten deutschsprachigen Aufzeichnungen von Gewohnheitsrecht.

benspiegel von 1274/75 Niederschlag gefunden hat. Der Sachsenspiegel behielt in überarbeiteter Form teilweise sogar bis zur Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs am 1.1.1900 Gültigkeit.¹⁶⁰ In den Jahrhunderten der Rezeption des römischen Rechts war er das wichtigste und überwiegend einzige deutsche Regelwerk.¹⁶¹

Im Landrecht des Sachsenspiegels findet sich zwar das Delikt einer erfolglosen Anklage wegen Friedensbruchs I 50 § 1:

§ 1 „Sve ok den anderen wundet oder dodet, unde en gevangen vor gerichte voret, unde ine to eneme vredebrekere bereden wel, ne vulkumt he's nicht, he is selve verwunnen des ungerichtes, des he an ime gedan hevet.“¹⁶²

Jedoch ist dieser Tatbestand auch hier noch kein Amtsdelikt. Ebenfalls kein Amtsdelikt ist der schwere Treubruch, wie er nach Art. 13 § 4 des zweiten Buchs bestraft wird, auch wenn er sicherlich auf von der Obrigkeit Beauftragte angewendet werden konnte:

„Alle mordêre unde die den plûch rouben oder molen oder kherken oder kerkhof, unde vorrêtere unde mordbernêre, oder die ir bodeschaph werben [zu ireme vromen] die sol men alle radebrechen.“¹⁶³

Allerdings richtet sich Art. 13 § 8 des zweiten Buchs direkt an Amtspersonen, und zwar an die trotz eines Verbrechens untätigen Richter:

„Swelk richtêre ungerichte nicht gerichtet, der is des selben gerichtes schuldich, daz uber jenen solde gân. Nieman nis ouch plichtich des richtêres ding zu sûchene noch rechtes im zu plegene, die wîle her selbe rechtes weigert hât.“¹⁶⁴

¹⁶⁰ Siehe u.a. Schmidt-Wiegand in der Einführung zu der von ihr herausgegebenen Textausgabe des Wolfenbütteler Sachsenspiegels, von Reggow, Sachsenspiegel, S. 1.

¹⁶¹ Vgl. Meckbachs, Kommentar über den Sachsen-Spiegel, S. 3 f.

¹⁶² Nach Eckhardt, Sachsenspiegel, S. 45. In der Übertragung von Eckhardt, Sachsenspiegel-Übersetzung, S. 47 heißt die Bestimmung: „Wenn einer einen anderen verwundet oder tötet und ihn gefangen vor Gericht führt und ihn als einen Friedebrecher überführen will, weist er es nicht nach, er ist selber des Verbrechens überführt, das er an jenem getan hat.“

¹⁶³ Nach Eckhardt, Sachsenspiegel, S. 69 f. In der Übersetzung von Eckhardt, Sachsenspiegel-Übersetzung, S. 66 lautet die Bestimmung: „Alle Mörder und die den Pflug berauben oder eine Mühle oder eine Kirche oder einen Kirchhof, und Verräter und Mordbrenner, oder die ihre Vollmacht zu ihrem Nutzen mißbrauchen, die soll man alle radbrechen.“

¹⁶⁴ Nach Eckhardt, Sachsenspiegel, S. 70. In der Übersetzung von Eckhardt, Sachsenspiegel-Übersetzung, S. 66 lautet die Bestimmung: „Welcher Richter ein Verbrechen nicht richtet, der ist desselben Gerichts schuldig, das über jenen ergehen sollte. Niemand ist auch verpflichtet, des Richters Thing zu besuchen oder ihm Gerichtspflicht zu leisten, dieweil er selbst Recht verweigert hat.“

Der Schwabenspiegel enthält in seinem Landrechtsteil ebenfalls unsystematisch angeordnete Straftatbestände. Allgemeine Amtsdelikte, die sich grundsätzlich an alle Beamte der Obrigkeit richten, gibt es nicht. Es sind allerdings zwei Artikel vorhanden, die unmittelbar die Richter betreffen. Art. 299 ermahnt sie, sich von unrechter Gewalt zu enthalten und insbesondere den Witwen und Waisen sowie armen Leuten Recht zu verschaffen.¹⁶⁵ Bei Zuwiderhandlung soll über sie gerichtet werden. Außerdem hält die Vorschrift die Richter dazu an, keine Vorteile oder Bestechungszahlungen anzunehmen. Art. 149 wendet sich unter anderem an den Richter und bestimmt, daß er, wenn er die Rechtsprechung verweigert oder Unrecht spricht, vor einem übergeordneten Gericht zur Rechenschaft gezogen wird und mit der Strafe belegt wird, auf die er selbst zu Unrecht erkannt hatte.¹⁶⁶ Darüber hinaus gibt es jedoch einige Tatbestände, die bei Untätigkeit der Richter auch deren Bestrafung vorsehen, so z.B. Art. 258 bei dem Verfahren gegen Ketzer.¹⁶⁷ Ähnlich verhält es sich bei Art. 322, dem unbefugten Ausgraben von Toten, sowie bei Art. 342, der falschen Anklage bzw. Verleumdung durch einen Bürger. Art. 300 handelt von der Einnahme von Zöllen und davon, daß niemand zuviel erheben darf.

Der Tatbestand eines allgemeinen Amtsmissbrauchs existierte in keinem der beiden Landrechte.

Im Folgenden wurde das deutsche Recht auch durch das römische Recht und die christliche Kirche beeinflusst.¹⁶⁸ Das römische Recht, welches vor allem durch die bevorzugte Beschäftigung von Doktoren des römischen Rechts seit dem 15. Jahrhundert mehr Verbreitung fand, führte zu einer allmählichen Anerkennung des öffentlichen Charakters des Strafrechts.¹⁶⁹ Bei der Tatwürdigung selbst

¹⁶⁵ Die Vorschrift lautet nach Wackernagel, Schwabenspiegel, S. 274 f.: „Wir gebieten daz bi keiserlichem banne unde gewalte allen den rihteren die in dem lande sint unde in den steten, daz si sich reinen vor unrehtem gewalte. unde swâ si des niht tuont, daz rihtet got über si an dem jungesten tage. wir rihtenz über si als unser reht seit. Swelich rihter niht enrihtet witwen unde weisen unde armen liuten die schulde die si im klagent unde vor im irziugent, als reht ist: über den sol der rihten, von dem er daz gerihte hât. Dem rihter ist niht gefezet iht ze nehmen weder umb reht oder umb unreht daz miete heize, wan sine rehte buoze, unde dannoch nâch genâden. Swenn der driër menschen einiez vür gericht kumet, witwen unde weisen oder arme liute, unde di an dem gerihte fizent, die sullen si hoeren vür ander liute. Swer des niht tuot, der tuot wider got unde wider reht.“

¹⁶⁶ Die entsprechende Passage lautet nach Wackernagel, Schwabenspiegel, S. 146: „Swelich rihter daz enrihtet, swenne ez im geklaget wirt, unde vor dem ez erziugent wirt: über den sol der herre rihten von dem er daz gerihte hât. unde alsô: swaz der rihter jenem sollte hân getân, daz sol im der ober rihter tuon.“

¹⁶⁷ Die entsprechende Passage lautet nach Wackernagel, Schwabenspiegel, S. 242: „unde beschirmit si der rihter, unde gestet in ungerihtes, unde rihtet über si niht: man sol in verbannten bi dem hôsten banne. daz sol ein bischof tuon. Swer wereltlich rihter über in ist, der sol daz gerihte über in tuon, daz er über den kezer solde hân getân.“

¹⁶⁸ Nach Temme, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, S. 36 drangen die fremden Rechte schon seit dem 12. Jahrhundert nach Deutschland.

¹⁶⁹ Vgl. Geib, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. 1, S. 243 f. m.w.N.

förderte es die Beachtung der Willensseite des Verbrechens.¹⁷⁰ Je nach den verschiedenen Gegenden Deutschlands nahmen die Wirkungen der Rezeption des fremden Rechts unterschiedliche Ausmaße an. Im Norden blieb der bisherige Rechtszustand beispielsweise nahezu erhalten.¹⁷¹ Mit zunehmender Akzeptanz eines öffentlichen Strafrechts wurde in den Landesteilen, die dem römischen Recht folgten, die außergerichtliche Abfindung durch den Verbrecher unstatthaft. Insbesondere wurde die Befugnis, sich von der Strafe loszukaufen, stark beschränkt.¹⁷² Die christliche Kirche stellte sich ebenfalls gegen die Fehde, und zwar mit Hilfe ihrer Gottes- oder Kirchenfrieden, welche für jede Gewalttat, die an kirchlichen Ruhetagen begangen wurde, den Bann androhten.¹⁷³ Darüber hinaus wandte sie sich gegen das Kompositionensystem, weil es nicht am sündhaften Willen des Übeltäters ansetzte. Dieser sollte sich von seiner Schuld nicht freikaufen können, sondern Buße tun.¹⁷⁴

Diese Entwicklungen führten zu einem Widerspruch der alten und neuen Rechtselemente, der von einer Rechtsunsicherheit aufgrund des teilweise weiterhin bestehenden Faust- und Fehderechts, der Mängel des Strafverfahrens sowie der Willkür der Femgerichte flankiert wurde.¹⁷⁵ Die Übertragungen des römischen Rechts in den Rechtsspiegeln des beginnenden 16. Jahrhunderts zielten auf eine Verbesserung der Lage. Hier sind der in der ersten Hälfte des 15. Jahrhunderts entstandene und 1516 von *Sebastian Brandt* überarbeitet herausgegebene „Richterlich Clagspiegel“ sowie der „Layenspiegel“ von *Ulrich Tengler* aus dem Jahr 1509 zu nennen.¹⁷⁶ Bezüglich der Amtsdelikte nimmt der Laienspiegel zunächst Bezug auf die Julianischen Gesetze und erwähnt explizit die Delikte *peculatus*, *falsarii*, *ambitus* und *repetundarum*.¹⁷⁷ Zum Teil finden sie sich im dritten

¹⁷⁰ Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 10; Geib, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. 1, S. 246.

¹⁷¹ Geib, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. 1, S. 246.

¹⁷² Geib, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. 1, S. 246 f.; s. Geib, ebd., S. 247 ff. mit der Auflistung weiterer Auswirkungen.

¹⁷³ Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 10; Vgl. auch Temme, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, S. 32 f. Siehe allgemein zum Einfluß des Christentums auf die Strafrechtsentwicklung Geib, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. 1, S. 178 ff.

¹⁷⁴ Siehe Temme, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, S. 36.

¹⁷⁵ Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 10; vgl. Temme, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, S. 36.

Die Femgerichte sind in weiten Teilen des niederdeutschen Sprachraums und einigen angrenzenden Gebieten nachgewiesen. Sie waren überall für die Ahndung von Mord, Raub, Brandstiftung und anderen schweren Delikten zuständig. Im östlichen und mittleren Deutschland wurden sie im 14. Jahrhundert von verschiedenen Territorialgewalten jedoch auch zum Schutz des Landfriedens errichtet. Zwischen Rhein und Weser stellten sie dagegen Freigerichte dar, die mit Freigraf und Schöffen besetzt und allgemein für schwere Rechtsverletzungen zuständig waren. So Gimbel, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. I, Sp. 1100.

¹⁷⁶ Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 10; vgl. Geib, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. 1, S. 286.

¹⁷⁷ Layenspiegel, Drit Teyl, Blatt CI (Vorderseite).

Teil unter den Überschriften „Vom Falsch“ und „Von Diebstahl in mancherley weiß“ wieder.¹⁷⁸ Ganz ähnlich verhält es sich beim Klagspiegel, der dieselben Delikte zurückgehend auf die Gesetze von Julius und Cornelius anführt.¹⁷⁹ Der Klagspiegel und der Laienspiegel haben zwar zur Verbreitung des römischen Rechts sowie überhaupt von juristischen Kenntnissen beigetragen, aber das Ziel der Vereinheitlichung des materiellen und prozessualen Rechts haben sie nicht erreicht. Zum Teil wird den Verfassern der Spiegel später mangelndes Bewußtsein für das Verhältnis zwischen dem fremden und dem deutschen Recht vorgeworfen.¹⁸⁰

Dem fortwährenden Defizit an Rechtseinheit und Rechtssicherheit konnte nur durch eine allgemeine Strafgesetzgebung abgeholfen werden. Eingeleitet wurde sie durch den Ewigen Landfrieden von 1495 und das zu seinem Schutz gleichzeitig eingesetzte Reichskammergericht sowie die Umgestaltung der Feme-gerichte.¹⁸¹ Beim Reichskammergericht gingen in der Folge zahlreiche Klagen über viele zu Unrecht ergangene Todesurteile ein. Das Organ wandte sich daraufhin mehrmals an den Reichstag. Nach längerer Untätigkeit wurde 1521 auf dem Wormser Reichstag der erste Entwurf einer peinlichen Gerichtsordnung präsentiert.¹⁸² Er basierte auf der von *Johann Freiherr von Schwarzenberg*

¹⁷⁸ So heißt es dort beim *false* „Falscheit würt nit allein mit eide/zeugnis/vrteile/oder andern betrüglichen vnwarhafften worten volbracht / sondern in mancherley weiß“, Layenspiegel, Drit Teyl, Blatt CI f. sowie beim Diebstahl „Ité/so ein amptman jemens mit gewalt/oder mit traw zwingt/oder erschreckt vmb sein gut. [Mißbrauch der Amtsgewalt] Item/Amptleut oder Richter/die gelt oder schenk nehmen/vn darumb anders thun weder sie schuldig vnd pflichtig sind. [Bestechlichkeit] Item/welche ämpter oder ehrn/mit gelt an sich bringen. [crimen ambitus]“, Layenspiegel, Drit Teyl, Blatt CIIII (Vorderseite).

¹⁷⁹ Im *Ander Teyl* (zweiten Teil) finden sich beispielsweise die folgenden Delikte: *Quon contumacia accusatoris puniat* – „Wie die Ungehorsamkeit des Verclagers sol gestrafft werden“ (Blatt CXXIII) [Bestrafung des Klägers, insbes. wenn er nicht zur Verhandlung erscheint]; *Ad corneliam de fallis actio subtilis* (Blatt CXL u. CXLI) [sehr umfassender Fälschungstatbestand, u.a. „wo der richter wissentlich wider constitutones bösllich urteylt“, zudem Zeugenbestechlichkeit]; *Ad legem iuliam repetundarum* – „So der richter etwas thut das er nit thun solt onde unterwegenlaßt das er thun solt“ (Blatt CXLII) [umfassender, an die Richter adressierter Korruptionstatbestand, der vor allem die aufgrund vorangegangener Bestechung begangene Rechtsbeugung, aber auch die Ausbeutung von Untertanen umfaßt]; *Ad legem iuliam peculatus* (Blatt CXLII u. CXLIII) [behandelt den Fall, das ein Magistrat öffentliche Gelder an sich bringt]; *Ad senatusconsultum turpilianum* – „Wie der Verclager einer gemeynen Übelthat gestrafft sol werden so er bößlich davon gelassen hat“ (Blatt CXLV) [die Bestrafung der unterlassenen Fortführung der Anklage sollte die Fälle der falschen Anklage verhindern]; *De calumniatoribus* – „Wie der calumniator sol gestrafft werden“ (Blatt CXLI) [behandelt das Delikt der falschen Anklage].

¹⁸⁰ So bspw. Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 10.

¹⁸¹ Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 10 f.

¹⁸² Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 11 f. m.w.N. Auf dem Wormser Reichstag wurde auch eine neue Kammergerichtsordnung erlassen. Titel 13 (Straff der Canzley personen) sieht eine Strafe bei Fehlverhalten des Gerichtspersonals vor. Titel 14 (Von den

und *Hohenlandsberg* 1507 verfaßten Bambergischen Halsgerichtsordnung, der sogenannten *Bambergensis*, die materielles und prozessuales Strafrecht beinhaltete.¹⁸³ Dieses Gesetz war 1516 mit wenigen Änderungen auch in den Fränkischen Landen der Markgrafen *Kasimir* und *Georg* als Brandenburgische Gerichtsordnung, *Brandenburgensis* oder *Brandenburgica*, übernommen worden.¹⁸⁴

Aduocaten und Procuratorn) schränkt die Mißbrauchsmöglichkeiten der Rechtsbeistände ein: „Es sollen auch der Aduocaten und Procuratorn ämpter vnderschiedlich seyn/vnnd derhalb bey dem Artickel hievor zu Augspurg auffgericht/vnuerändert bleiben/vnd demselben nachgangen werden / also lautend [Kammergerichtsordnung vom Reichstag zu Augsburg im Jahr 1500, allerdings ist der Wortlaut nicht identisch]: Item nachdem sich täglich begibt/ daß ein Procurator deß andern Procurators Aduocat seyn will. Vnnd aber der Redner oder Procurator vnnd der Aduocaten ämpter vnderschiedlich seind.Auch die Procuratores von menige der sachen wegen beyden ämptern nit wol fürseyn mögen. Ist berathschlagt/daß hinfürt kein Procurator sich Aduocaten Ampts/ vnnd herwiderumb / kein Aduocat sich Procurators ampts/ vnderfahen soll. Wolt aber ein parthey zu ihrem Procurator ein Aduocaten brauchen/ so soll sie ein auß den geschwornen Aduocaten deß Chammergerichts nemen/der sonst kein Procurator deß Chammergerichts sey. Doch so ein Parthey sich an irem Procurator allein begnügen last/soll sie darzu / einigen Aduocaten anzunehmen/nit schuldig seyn.“ Titel 15 (Straff der Aduocaten und Procuratorn) stellt eine Strafe in Aussicht, sollte es doch zu einem Mißbrauch kommen: „Vnd wo durch ir einen oder mehr einig vberfahung/Exceß oder mißbrauchung/darwider geübt oder gehandelt / soll der oder dieselben/nach laut vorberürter Ordnung vnnd Abschiedt/vnabläßlich gestrafft vnd darinn ir keinem vbersehen werden.“

¹⁸³ *Freiherr von Schwarzenberg* schöpfte für die *Bambergensis* vornehmlich aus dem italienischen Recht, aber auch aus dem Bamberger Stadtrecht, der Bamberger Landgerichtsordnung von 1503, den Reichsgesetzen, der Nürnberger Reformation von 1479, der Wormser Reformation von 1498 und aus dem Klagspiegel. So Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 11 f. mit Verweis auf Emil Brunnenmeister, Die Quellen der *Bambergensis*, Leipzig 1879.

¹⁸⁴ Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 12. Die Delikte der Amtspersonen sind in beiden Werken nur spärlich behandelt. Ihre identischen Bestimmungen lauten:

Art. CXL Straff der procurator, so jren partheyen zu nachteyl geuerdlicher williger weyss, und dem widerteyl zu gut handeln: „Item so ein priocurator fursetzlicher geuerdlicher weyss seiner parthey zu nachteyl vnd dem widerteyl zu gut handelt, vnd söllicher vbeltat vberwunden wirdet, der sol zu förderst seinem teyl nach allem vermögen seinen schaden, so er sölcher sachenhalb entpfecht, widerlegen vnd darzu in branger gestelt, das landt verpotten, vnd mit rutten ausgehawan werden.“

Art. CCVI So ein hüter der peynlichen gefencknuss, einm gefangen auss hilfft: „Item So ein hüter der peynlichen gefencknuss, einem der peynlich straff verwürckt hat, auss hilfft, der sol dieselbigen peynlichen straff an stat des vbeltetters (den er auss gelassen hat) leyden, Köme aber der gefangen durch seinen vnfleys auss gefencknuss, söllicher vnfleys sol nach gestalt der sach vnd rate vnser Rete gestrafft werden.“

Art. CCLXIV (Dieser Artikel ist weder in der *Bambergensis* noch in der *Brandenburgensis* mit einer Zahl versehen) Wie die Panrichter von straffung der vbeltetter kein sunderliche belonung nehmen sollen: „Item wir werden bericht wie an etlichen enden misspraucht werde, das die Panrichter von einem yeden vbeltetter, so peynlich gestrafft wirdt, sundere belonung begern, vnd nehmen, das gantz wider das ampt vnd alle billigkeyt ist, wann ein sülcher Panrichter nichts besser (dann der Nachrichter, so von yedem stück sein belonung het) möchte geacht werden, Darumb wöllen wir das furo alle vnser Panrichter, sülche belonung von den Clegern nit fordern oder nehmen söllen.“

Auch die folgenden Entwürfe von 1523 (Nürnberg), 1529 (Speyer) und 1530 (Augsburg) und damit schließlich auch die endgültige Fassung des Reichsstrafgesetzbuchs fußten auf den Arbeiten von *Schwarzenbergs*: 1532 wurde die Karolina oder CCC (*Constitutio Carolina Criminalis*) auf dem Reichstag zu Regensburg unter dem Titel „Des allerdurchlauchtigsten, großmächtigsten, unüberwindlichsten Kaisers *Karl V* und des heiligen Römischen Reichs peinliche Gerichtsordnung“ als Reichsgesetz angenommen. Sie behandelt zu ungefähr zwei Drittel Prozeßrecht und nur in den Art. 104 bis 180 materielles Strafrecht.¹⁸⁵ Die Frage ihrer unmittelbaren Rechtskraft ist aufgrund der salvatorischen Klausel, die sich in der Vorrede *Karls V* zum Gesetz findet, umstritten. In ihr sicherte der Kaiser den „alten, wohlhergebrachten, rechtmäßigen und billigen Gebräuchen“ der bestehenden Partikularrechte weiterhin Geltung zu.¹⁸⁶ Nach einer Ansicht in der Literatur qualifizierte er damit die Karolina implizit als ein lediglich subsidiäres Gesetzbuch.¹⁸⁷ Die Gegenmeinung sieht nicht jegliches Partikularrecht unangetastet, sondern nur solches, das einen alten, allgemein als recht und billig anerkannten Rechtsbrauch beinhaltet.¹⁸⁸ Jedenfalls setzte sich die CCC als Grundlage des gesamten Strafrechts in den meisten Ländern Deutschlands durch.¹⁸⁹

Den Delikten von Amtspersonen bzw. Bevollmächtigten wendet sich die Karolina aber lediglich in zwei Artikeln zu. Art. 115 bestraft die Verletzung der Amtspflicht des gerichtlichen Anwalts, der seine Partei verrät, in dem er der Gegenseite Vorschub leistet.¹⁹⁰ Art. 180 behandelt die vorsätzliche wie fahr-

¹⁸⁵ Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 12 f.

¹⁸⁶ Die entscheidende Formulierung lautet: „Doch wollen wir durch diese gnedige erinnerung Churfürsten Fürsten vnd Stenden, an jren alten wohlherbrachten rechtmessigen vnnnd billichen gebreuchen, nichts benommen haben.“

¹⁸⁷ Siehe dazu mit einigen Nachweisen Geib, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. 1, S. 264, 276; vgl. auch Temme, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, S. 42 f.

¹⁸⁸ So von Wächter, Gemeines Recht Deutschlands, S. 31.

¹⁸⁹ In manchen Staaten wurde die CCC als eigentliches Territorialgesetz publiziert: So in Köln 1538, Lüneburg 1564, Wolfenbüttel 1564, Pommern 1566, Mecklenburg 1570, Solms 1571, Münster 1571 und Butzbach 1578. In anderen Staaten fand sie ausdrückliche Anerkennung als Grundlage des Territorialrechts, allerdings mit einzelnen Ergänzungen und Erläuterungen: So in Frankfurt in der Reformation von 1611, in der Churpfalz im Landrecht von 1582, in Baden-Baden im Landrecht von 1588, in Baden-Durlach im Landrecht von 1622 und 1654, in Hamburg in den Statuten von 1605 und in Bayern in der Malefizprozeßordnung von 1616. Zu der stillschweigenden Anerkennung in anderen Staaten durch die Aufnahme ihrer Bestimmungen in neueren Landrechten oder durch die Gerichte, s. Geib, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. 1, S. 278 f.; s. auch von Wächter, Gemeines Recht Deutschlands, S. 44 ff.

Nahezu völlige Nichtbeachtung fand die Karolina in Henneberg in der Landesordnung von 1539, in Rottweil im Rechtsbuch von 1546, in Worms in der 1542 erneut veröffentlichten Reformation (von 1498), in Frankenhausen in den Statuten von 1558 sowie in Tirol in der Landesordnung von 1573, s. von Wächter, Gemeines Recht Deutschlands, S. 38 f.; vgl. Geib, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. 1, S. 279 f.

¹⁹⁰ Art. 115 lautet: „Item so ein procurator fürsetzlicher geuerlicher weiß seiner parthei, inn

lässige Gefangenenbefreiung durch den Wärter.¹⁹¹ In Art. 150 werden Richter ermahnt, sich an das Recht zu halten und Angeklagte nicht zu begünstigen. Die Bestimmung besagt, daß sie bei Zuwiderhandlung den Anklägern vor Gott und der Welt Schadensersatz schuldig sind. Eine sonstige Strafe ist nicht vorgesehen.¹⁹² Ebenso stellt Art. 205 zwar fest, daß es der Pflicht und der Würde des Richters sowie dem Gesetz und der Gleichheit insgesamt widerspricht, Geld vom Ankläger zu verlangen oder anzunehmen, um den Angeklagten zu verurteilen. Eine Bestrafung bestechlicher Richter sieht die Vorschrift demgegenüber nicht vor.¹⁹³ Auch eine Strafbarkeit von Amtsträgern, die allgemein ihr Amt aus

bürgerlichen oder peinlichen sachen zu nachtheyl, vnd dem widertheyl zu gut handelte, vnd solcher vbelthatt überwunden würd, der soll zuuörderst seinem theyl, anch allem vermögen seinen schaden so er solcher sachen halb entpfecht, widerlegen, vnd darzu inn pranger oder halsseisen gestelt, mit ruten ausgehawen, des lands verboten, oder sunst nach gelegenheit der misshandlung inn andere weg gestrafft werden.“

Im Lateinischen: „*Si quis procurator vel in civilibus, vel in criminalibus causis partem suam praevaricaverit, huiusque criminis convictus fuerit, is primum quidem et ante omnia quantum in bonis habet, parti suae damnum illatum resarciet, et nihilominus publico loco, seu pressume, maestro, torquive infami adfigatur, virgis caedatur, extra ditionem seu territorium ejiciatur, aut alias juxta conditionem qualitatemque delicti plectatur.*“

¹⁹¹ Art. 180 lautet: „Item so eyn hütter der peinlichen gefencknuss eynem der peinlich straff verwirckt hat, ausshilfft, der hat die selbig peinlich straff an statt des übelthätters, den er also ausgelassen, verwirckt. Kem aber der gefangen durch bemelts hütters vnfleiss auss gefencknuss, solcher vnfleiss ist nach gestalt der sachen vnnd radt so an den orten, als hernach gemelt wirdet, zu straffen.“

Im Lateinischen: „*Quod si custos poenalis capturae seu carceris aliquem, qui criminaliter deliquit, poenamque promeritus est, is quidem eandem poenam loco facinorosi, quem ita liberavit, promeritus est. Verum si incarceratus propter janitoris seu custodis incuriam ac negligentiam liberaretur, ea quidem incuria atque negligentia ex qualitate causae, et consilio, ut infra sequetur, corrigenda est.*“

¹⁹² Die entsprechende Passage des Art. 150 lautet: „so geschicht auch vil dass Richter vnd vrtheyler die missthäter begünstigen, vnnd jre handlung darauff richten, wie sie jn das recht zu gut verlengen, vnd wissentlich übelthätter dardurch ledig machen wollen, vermeynen vielleicht etlich eynfeltig leut, sie thun wol daran, dass sie den selben leutten jr leben retten. Sie sollen wissen, dass sie sich schwerlich darmit verschulden, vnnd sein den anklägern derhalber vor gott vnd der welt widerkerung schuldig, wann eyn jeder richter vnd vrtheyler ist bei seinem eydt vnd seiner seel seligkeyt schuldig, nach seinem besten verstehn gleich vnd recht zu richten“

¹⁹³ Art. 205 lautet: „Item wir seind bericht, wie an etlichen enden mißbraucht werde, dass die Richter vonn eynes jeden übelthätters wegen, so peinlich gestrafft wirdet, sondere belonung von dem ankläger begern vnd nehmen, das gantz wider das ampt vnd wirde eynes Richters, auch das recht vnd alle billicheyt ist, wann eyn solcher Richter wo er den jedem stuck sein belonung het, möcht dem nachrichter derhalb wol zuuergleichen sein, Darumb wollen wir, dass füro alle solche Richter keyn belonung von den klägern fordern oder nehmen sollen.“

Im Lateinischen: „*Nobis quidem innotuit quorundam locorum abusus, nimirum iudices a cujuslibet facinorosi, qui criminaliter punitur, certam mercedem seu precia actore exigere atque recipere: quod plane officio iudices ac dignitati, adeoque juri ipso et aequitati omni adversatur atque repugnat. Talis enim iudex si a quolibet delinquente, singulisque facinorosis mercedem vellet, haberetque: non immerito carnifici ipsi assimilari posset. Idcirco volumus, ut nullam de caetero mercedem iudices ab actoribus exigant, recipiantve.*“

privaten Motiven mißbrauchen, existierte nicht.¹⁹⁴

In den zwei Jahrhunderten nach Inkrafttreten der Karolina beschränkte sich die Entwicklung des Strafrechts hauptsächlich auf Kommentierung und gelegentliche Ergänzung der peinlichen Gerichtsordnung.¹⁹⁵ Auch die vom Reichstag zu Frankfurt 1577 erlassene Polizeiordnung, die auf den vorangegangenen Ordnungen von 1530 und 1548 beruhte, brachte im Bereich der Amtsdelikte keine erwähnenswerten Neuerungen. Die diesbezüglichen Tatbestände beschränken sich vor allem auf eine Strafandrohung bei Untätigkeit der Obrigkeit.¹⁹⁶ Nur in zwei Titeln wird die Obrigkeit bzw. der Amtsträger direkt angesprochen: Bei der Gotteslästerung, Titel 1 § 6, und bei der Untreue des Vormunds, Titel 32 § 4.

Damit enthält die Reichsgesetzgebung jener Zeit kaum positives Recht zu den Delikten von Amtsträgern.¹⁹⁷

2. Gesetzgebung des 18. und 19. Jahrhunderts

Ab der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts löste sich die Praxis immer mehr von der Karolina; dort, wo sie ehemals Anwendung gefunden hatte. Es entstanden Partikulargesetzbücher unterschiedlichen Charakters, die das geltende Recht aufhoben.¹⁹⁸ Verstärkt wurde diese Entwicklung durch den Untergang des Deutschen Reichs 1806.¹⁹⁹ Berner spricht von einer Dezentralisation des deutschen Strafrechts in der Zeit von 1751 bis 1866 und einer ihr folgenden Zentralisation in drei Schritten.²⁰⁰ 1867 wird das preußische Strafgesetzbuch in den neuen Provinzen Preußens eingeführt.²⁰¹ Auf seiner Grundlage basiert das

¹⁹⁴ Vgl. auch Tesauro, *Annali Perugia*, 1925, 101, 115, Fn. 2.

¹⁹⁵ Siehe dazu einen kurzen Überblick bei Berner, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, S. 16 ff.

¹⁹⁶ So bspw. Titel 17 § 8, der Wucher, Titel 18, die *monopolia*, eine Art rechtswidriges Preistreiben, und Titel 35 § 4, das Verfassen und Verbreiten von Schmähchriften.

¹⁹⁷ Vgl. Martin, *Lehrbuch des Teuschen gemeinen Criminal-Rechts*, S. 526.

¹⁹⁸ Berner, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, S. 22.

¹⁹⁹ Temme, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*, S. 43 f.; ausführlich zu den Auswirkungen der Reichsauflösung auf die Entwicklung des Strafrechts von Wächter, *Gemeines Recht Deutschlands*, S. 169 ff.

²⁰⁰ Berner, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, S. 22.

²⁰¹ In den preußischen Provinzen von 1866 erfolgte die Einführung des Preußischen StGB durch Verordnung vom 25.6.1867. Dadurch wurden aufgehoben: in Hannover das Gesetzbuch von 1840, der größte Teil des Polizeistrafgesetzes vom 25.5.1847 und das Gesetz über polizeiliche Aufsicht vom 22.11.1850; in Schleswig-Holstein und Kurhessen das gemeine sowie das betroffene partikulare Recht; in Frankfurt, Nassau und Hessen-Homburg hauptsächlich das hessische StGB von 1841 mit dem Änderungsgesetz von 1849. Mit dem 1.9.1867 erlangte in allen diesen Landesteilen das preußische Strafgesetzbuch (3. amtliche Ausgabe vom 14.6.1859) Gesetzeskraft.

Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund von 1870, das sämtliche norddeutsche Strafgesetze sowie das gemeine Recht in Mecklenburg, Schaumburg-Lippe und Bremen ablöste. Ein Jahr später, am 15. Mai 1871,²⁰² wird es zum Strafgesetzbuch des Deutschen Reichs erhoben, so daß auch die süddeutschen Strafgesetzbücher weichen mußten.²⁰³

Für die Frage nach einem allgemeinen Tatbestand eines Amtsmißbrauchs im deutschen Recht wird erst die Gesetzgebung ab dem 18. Jahrhunderts relevant. In dieser Zeit entwickelte sich das prozessuale und materielle Strafrecht erheblich weiter. Die Strafgesetze erhielten eine heutigen Strafgesetzbüchern vergleichbare Struktur. Zudem wurden, auch bei den Amtsdelikten, eine Reihe von neuen Tatbeständen formuliert. Darüber hinaus wurden die Amtspflichten von staatlichen Bediensteten betont und normiert.²⁰⁴ Aus diesem Grund sind die entsprechenden Gesetzeswerke des 18. und 19. Jahrhunderts nach einer dem Art. 323 c.p. ähnlichen Bestimmung zu untersuchen.

a) *Codex criminalis* von 1751

Der bayerische *Codex criminalis* vom 7. Oktober 1751 besitzt zwar im 9. Kapitel des ersten Teils mit § 2 einen sehr umfassenden Tatbestand des *falso*, der neben den gewöhnlichen Fälschungshandlungen wie zum Beispiel der Urkundenfälschung auch das Urteilen gegen besseres Wissen und Gewissen, das Öffnen und Unterschlagen von Briefen, das Nachmachen und Erbrechen von Siegeln, den Geheimnisverrat, das Vertreten von zwei Parteien in derselben Sache, die Bestechung von Zeugen sowie die Falschaussage vor Gericht umfaßt. Dennoch ist es keine Bestimmung, die, auch nicht in einer Variante, allgemein den Mißbrauch von Amtsbefugnissen unter Strafe stellt. § 5 betrifft die Untreue

²⁰² Es trat am 1.1.1872 in Kraft.

²⁰³ Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 25.

²⁰⁴ So verpflichtet bspw. die *Criminalordnung von der Chur-Mark Brandenburg* aus dem Jahre 1717 die Gerichtsschreiber (1. Kap. § 8), Assessoren und Schöffen (1. Kap. § 9) sowie die Gefängniswärter (2. Kap. § 4) einen Eid abzulegen, mit dem die Beamten bekräftigen, sich „durch kein Ansehen der Person, unzeitiges Mitleiden, Freundschaft oder Feindschaft, Geschenck, Giff oder Gaben oder andern Ursachen“ von ihren Pflichten abhalten zu lassen. Ebenso werden im ersten Kapitel der *Criminal-Instruktion für Bremen und Verden* von 1749 allgemeine Pflichten der Amts- und Gerichtspersonen aufgeführt. Nach § 1 sollen Gerichtspersonen weder Übeltäter der verdienten Strafe entgehen lassen noch jemand unschuldig in Gefahr bringen. § 2 bestimmt, daß Gerichte ohne Ansehen der Person, ohne Annahme von Geschenken, ohne Drohungen, ohne Eigennutz usw. Verbrechen untersuchen und verfolgen sollen. Die unteren Bediensteten trifft gemäß § 3 eine Anzeigepflicht von Straftaten. Schließlich droht § 4 den Amts- und Gerichtspersonen, die Straftaten nicht untersuchen oder deren Untersuchung verschleppen, mit Absetzung und Bestrafung nach den einschlägigen Gesetzen.

von Dienern und Beamten,²⁰⁵ während § 6 mit „*Crimen repetundarum oder Corruptiones*“ überschrieben ist und die Vorteilsannahme und Bestechlichkeit meint.²⁰⁶

b) *Constitutio Criminalis Theresiana* von 1768

Einen ersten allgemeinen Mißbrauchstatbestand findet sich in der peinlichen Gerichtsordnung Österreichs vom 31.12.1768, der sogenannten *Constitutio Criminalis Theresiana*, benannt nach der Kaiserin Maria Theresia. In dem zweiten Teil handelt Art. 67 von Richtern und Beamten, die ihr Amt zur Rache oder Erpressung mißbrauchen.²⁰⁷ Dort lautet § 1:

²⁰⁵ § 5 lautet: „Diener und Beamte, welche in Churfürstlich-Landschaftlichen- oder eines Standes in particulari, oder auch einer Gemeinde Diensten, Verwaltung, oder Richterey mit würcklicher Pflicht und Befolungs- Genuß an Geld-Naturalien, oder gewissen Amts-Emolumenten stehen, und hierinn ihrer Pflicht und Bestallung entgegen zu wenig in Einnahm, oder zu viel in Ausgab bringen, oder das anvertraute Guth in ihren Nutzen verwenden, oder der Herrschaft zum Schaden vorenthalten; mithin derselben auf diebische Weis fürsetzlich entziehen, es seye an Geld, Wein, Frucht, Vieh, Holtz, oder anderen Guth, wie das Namen haben mag, der soll ohne Unterscheid der Person, wes Standes und Wesens sie immer seye, das erstemal, wann sich der Schaden über fünfzig Gulden beträgt, mit der Amotion und Entsetzung aller seiner Ehren, wie auch an Geld, Gefängnuß, und nach Gelegenheit des Fürsatz mit öffentlicher Vorstell- und Verweisung des Landes gestraffet werden. Wurde er aber etwan aus Gnaden bey seinen vorigen oder anderen Dienst von neuen angenommen, und läßt sich abermal auf vor verstandene Weis in solcher Untreu, und geflissenen Abtrag betretten; so ist er mit dem Strang oder Schwerdt von dem Leben zum Tode zu bringen, welches auch gleich das erstemal, wann der Schade sich über hundert Gulden belauffet, statt haben soll, und wird die Entschuldigung, ob wäre die Veruntreuung nur in Meynung künftiger Restitution geschehen, niemals angenommen.“

²⁰⁶ § 6 lautet: „Alle Corruptiones, da man etwas verspricht, giebt, annimmt, um mehr oder weniger zu thun als was die Amts-Pflicht ohnehin schon erfordert, werden ohne Unterscheid, ob sie für sich oder durch andere wissentlich geschehen seynd, mit der Confiscation des Geschenckes und Entsetzung von dem Amt; Jene aber, welche sich hierunter gebrauchen lassen, arbitrarie bestraffet.“

²⁰⁷ Weitere Artikel, die Straftaten von Beamten betreffen sind: Art. 64 von hinterlistig und unehrbarer Dienstwerbung (eine Art Amterschleichung), Art. 65 von der Bestechung der Richter, und Amtspersonen (Bestechung und Bestechlichkeit), Art. 66 von der Verrathung der Raths- und Amtsgeheimnissen, Art. 69 von Untreue der Rechtsfreunden, und Sachwaltern, so zu Schaden ihrer Partheyn handeln, Art. 71 von denen, so aus der Gefängniß brechen, nebst ihren Hülffleistern (§ 4 Der Gefangenwartern, und Wächtern, so die Gefangene auslassen, oder zu ihrer Entweichung beywirken), Art. 72 von denen, die allerhand Falsch begehen (unter § 3 Verfälschung von Urkunden, unter § 15 ist ein Erschwerungsgrund wenn die Fälschung im Amt begangen wird), Art. 73 von dem öffentlichen Gewalt, und jenen gewaltsamen Thathandlungen, so der gemeinen Sicherheit entgegen stehen (§ 7 Die Ausschweifungen, und Excessen der Wächter, Ueberreitern, und Beamten), Art. 97 von untreuen Beamten (§ 1 „Durch die untreuen Beamten werden hierorts jene verstanden, welche zu einen gemeinwesigen Amt angestellt sind, und in solchem gefährlich, und betrüglich handeln, andurch aber sich einer vorsätzlichen Amtsuntreue schuldig machen.“; § 4 zählt als Regelbeispiele Diebstahl, Unterschlagung,

„Es ist bereits oben Art. 64 [„von hinterlistig und unehrbarer Dienstwerbung“] geordnet, daß die Richtere, und Beamten ihren treuen Pflichten gemäß in ihren Amtshandlungen immerhin reinde Händ zu halten, und von Annehmung der Geschencken, wenn solche auch freywillig zu ihrer Bestechung ihnen anboten worden, sich bey schwerer Bestrafung zu enthalten schuldig seyen; um so unverantwortlicher ist also derjenigen Vermessenheit, die sich ihres Amtsgewalt widerrechtlich, und boshaft mißbrauchen, um entweder durch eingejagte Furcht Geld, oder was anderes von Jemanden zu erpressen, oder wohl gar gegen Jemanden Rache auszuüben.“

Die Tathandlung ist ganz allgemein der widerrechtliche und boshafte Mißbrauch von Amtsgewalt. Zusätzliches Erfordernis ist die Begehung der Tat, um eine Erpressung vorzunehmen oder um Rache zu üben. Die Besonderheit des Tatbestands ist demnach, daß die Tathandlung gerade bei der Variante der Rache keinerlei Vorgaben erfüllen muß. Allein der Mißbrauch von Amtsbefugnissen ist gefordert. Was die Deliktsrichtung angeht, steht allerdings die Schädigung des Bürgers im Vordergrund. Bei der Variante der Erpressung kommt es auf eine persönliche Bereicherung des Richters oder Beamten nicht an. Die Alternative der Rache impliziert lediglich die Benachteiligung des „Bürgers“. Damit handelt es sich zwar um einen allgemeinen Mißbrauchstatbestand, der jedoch keine Komponente einer unrechtmäßigen Begünstigung besitzt.

c) Allgemeines Landrecht von 1794

Ein umfassender Katalog von Tatbeständen findet sich im zweiten Teil des Allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten vom 5. Februar 1794 unter dem Abschnitt „Von den Verbrechen der Diener des Staats“ (8. Abschnitt des zwanzigsten Titels – ALR II 20 8). Ausdrücklich kommt die Umschreibung „Mißbrauchs des Amts“ im Delikt der Erpressung im Amt, § 337, vor:

„Wer sein Amt zum Nachtheile der gemeinen Sicherheit, zu Erpressungen, oder sonst zum Drucke der Unterthanen des Staats mißbraucht, soll desselben entsetzt werden, und außerdem verhältnißmäßige Gefängniß- oder Festungsstrafe leiden.“

Der Amtsmißbrauch ist also an die Erpressung oder sonstige Bedrückung von Untertanen gebunden. Daneben finden sich Vorschriften, die unverkennbar disziplinarrechtlichen Charakter besitzen. Hier können beispielsweise der Ungehorsam gegen den Vorgesetzten (§ 352), das unerlaubte Entfernen vom Amt

Veruntreuung, Betrug, Bestechlichkeit und Mißhandlungen auf).

und die Urlaubsüberschreitung (§§ 355, 356) und die unordentliche Lebensführung (§ 363) genannt werden.²⁰⁸ Fraglich ist, ob hierunter des weiteren die §§ 333-336 fallen, die in unserem Zusammenhang wegen ihrer Weite von besonderem Interesse sind.

Mit § 333 existiert ein allgemeiner Tatbestand der vorsätzlichen Verletzung von Amtsvorschriften, ohne daß allerdings die Bezeichnung des Amtsmissbrauchs verwendet und ohne daß eine spezielle Absicht gefordert wird:

„Wer den Vorschriften seines Amtes vorsätzlich zuwider handelt, der soll sofort cassirt; außerdem, nach Beschaffenheit des Vergehens, und des verursachten Schadens, mit verhältnismäßiger Geld- Gefängniß- oder Festungsstrafe belegt; und zu allen fernern öffentlichen Aemtern unfähig erklärt werden.“

§ 334 und § 335 haben Amtspflichtverletzungen bei einem unterschiedlichen Grad von Verschulden zum Inhalt. § 334 behandelt die schwerwiegendere Form:

„Wer aus grober Fahrlässigkeit oder Unwissenheit seine Amtspflichten verletzt, hat verhältnißmäßige Geldstrafe, Degradation, oder Cassation verwirkt.“

§ 335 lautet dagegen:

„Wer sich geringer Versehen in seinem Amtspflichten schuldig gemacht hat, soll durch Warnung, Verweise, und geringe Geldstrafen, zur bessern Beobachtung seiner Pflichten angehalten werden.“

§ 336 bestimmt für den Wiederholungsfall:

„Bewirken aber diese Strafen keine Besserung bey ihm: so ist er für einen Menschen anzusehen, der aus grober Fahrlässigkeit seinen Amtspflichten zuwider handelt.“

Der Wortlaut der Vorschriften läßt keine eindeutigen Schlüsse zu, ob sie dem Disziplinar- oder dem Strafrecht zuzuordnen sind. Die Nennung von Begriffen wie „Amtsvorschriften“ und „Amtspflichten“ hebt das Beamtenverhältnis besonders hervor und verleiht den Paragraphen eine disziplinarrechtliche Färbung.²⁰⁹ Bei § 333 handelt es sich um einen weiten Tatbestand, der generalklauselartig die Dienstvergehen erfaßt, die in einer Verletzung von Dienstvorschriften bestehen. Die Möglichkeit einer zusätzlichen Freiheitsstrafe spricht nach heutigem Verständnis dafür, daß die bewußte Zuwiderhandlung gegen Amtsvorschriften

²⁰⁸ Behnke, ZBR 1963, 257, 260.

²⁰⁹ Vgl. Behnke, ZBR 1963, 257, 260.

zu einem kriminalrechtlichen Delikt erhoben wurde. Als solches würde es umfassend Amtsmißbräuche erfassen. Bei der Amtspflichtverletzung aufgrund grober Fahrlässigkeit ist gemäß § 334 die Freiheitsstrafe nicht vorgesehen. Die „Casation“ könnte jedoch als strafrechtliche Sanktion zu verstehen sein.²¹⁰ Dagegen besitzt § 335 nach dem Wortlaut eher einen disziplinarrechtliche Charakter.²¹¹ Der Sanktionszweck, daß der Amtsträger zur besseren Pflichterfüllung angehalten werden soll, scheint die erzieherische Einwirkung zur Aufrechterhaltung einer funktionsfähigen Verwaltung zu unterstreichen. Andererseits könnte es sich auch um eine aus heutiger Sicht ungewöhnliche gesetzgeberische Betonung der spezialpräventiven Komponente handeln. Dennoch scheint aber auch in der Literatur Einigkeit darüber zu herrschen, daß es sich hierbei um einen disziplinarrechtlichen Tatbestand handelt.²¹² Die Einordnung von § 336 scheint schließlich – zumindest auf den ersten Blick – davon abzuhängen, wie § 334 qualifiziert wird.²¹³ Aus den dargelegten Gründen ist die Eingliederung dieser Bestimmungen in den Abschnitt der Amtsdelikte des ALR problematisch. Für manche stellen sie ein Standesstrafrecht der Staatsdiener dar, das jedoch kein mit dem allgemeinen Kriminalstrafrecht zu kumulierendes Sonderstrafrecht sei, sondern „ein in das System desselben eingearbeitetes, mit ihm organisch verbundenes kriminalstrafrechtlich konstruiertes Disziplinarrecht, dessen Normen den kriminalstrafrechtlichen Normen subsidiär sind,“ darstellt.²¹⁴ Danach gehören die disziplinarrechtlichen Bestimmungen allerdings dem Strafrecht und nicht dem Staatsrecht bzw. Beamtenrecht an.²¹⁵ Andere hingegen bestreiten die organische Zugehörigkeit zum Strafrecht, da es sich bei dem Strafrechtsteil des ALR nicht um ein systematisches Strafgesetz handle und eine Reihe von Dienstvergehen lediglich „ganz lose, äußerlich und zufällig“ darin eingeordnet seien.²¹⁶ Sie sehen in der Aufnahme der §§ 335 f. die bewußte Überlegung des Gesetzgebers, rein disziplinarrechtliche Pflichtverletzungen gerichtlich verfolgbar zu machen. Gerade mit § 336 habe der maßgebliche Verfasser des Strafrechtsteils, *Carl Gottlieb Suarez*, als Steigerung des administrativen ein gerichtliches Disziplinarverfahren wegen wiederholter Pflichtverletzung ermög-

²¹⁰ So beispielsweise Stock, Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen, S. 158.

²¹¹ So selbst Stock, Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen, S. 158, für den „§ 335 der Typus der ‚disziplinellen‘ Norm im Sinn des ALR und der früheren Zeit“ darstellt.

²¹² Stock, Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen, S. 158 f.; Hubrich, Der Gerichtssaal 1910, 53, 66; Behnke, BDO, 1954, Einführung, S. 78; genauer erläuternd ders., ZBR 1963, 257, 270 ff., der in § 335 nicht den *sedes materiae* für die administrative Disziplinarbefugnis sieht, sondern seinen Grund in der Eröffnung des Rechtsweg zu den Gerichten ausmacht.

²¹³ Vgl. Hubrich, Der Gerichtssaal 1910, 53, 80 f.; Stock, Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen, S. 158 f.; vgl. auch Behnke, ZBR 1963, 257, 272, der jedoch in § 336 lediglich den gesetzestechnischen Kniff für eine gerichtliche Verfolgung von Amtspflichtverletzungen ALR II 20 8 sieht.

²¹⁴ Stock, Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen, S. 155, 159.

²¹⁵ Stock, Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen, S. 159.

²¹⁶ Behnke, ZBR 1963, 257, 260 f.

lichen wollen.²¹⁷ *Behnke* führt für diese Ansicht ins Feld, daß die Erfüllung der fraglichen Tatbestände nicht zwangsläufig in einen Strafprozeß mündeten, sondern auch in eine förmliche fiskalische Untersuchung nach § 34 Nr. 5 Teil I Titel 35 der Allgemeinen Gerichtsordnung (AGO) von 1793²¹⁸ oder sogar nur ein administratives Verfahren – bei Entlassung des Beamten durch Beschluß des Staatsrats und Bestätigung durch den Landesherrn gemäß §§ 98 ff. ALR II 10 – nach sich zog.²¹⁹ Daß die Praxis jedoch weit mehr den gerichtlichen als den administrativen Weg – zum Ärger mancher Gegner der Inamovibilität – wählte,²²⁰ habe dieser Auffassung zufolge nichts an dem in erster Linie disziplinarrechtlichen Charakter der weit formulierten §§ 335 f. geändert.²²¹ Auch wenn die Hintergründe für *Behnkes* Argumentation sprechen mögen, darf nicht übersehen werden, daß er zum einen nicht auf die §§ 333 f. eingeht, und daß zum anderen das Gesetz nicht unterband, daß auch aufgrund von § 336 Strafverfahren eingeleitet werden konnten. Die Vorschriften sind daher nicht unbedingt disziplinarrechtlicher Art. Gerade der hier besonders interessierende § 333 kann dem Wortlaut nach mit der zusätzlichen Androhung einer Freiheitsstrafe als strafrechtliche Bestimmung interpretiert werden. Tatsächlich qualifizierte ihn das Ministerium der Gesetzrevision bei der Überarbeitung des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs für die preußischen Staaten von 1843 als eine Strafvorschrift.²²²

Unstreitig handelt es sich bei der Vorteilnahme und Bestechlichkeit der Staatsdiener, §§ 360 f. sowie die der Richter §§ 366-370 um echte Strafbestimmungen. Gleiches gilt auch für das Delikt des pflichtwidrigen Handelns von

²¹⁷ Behnke, ZBR 1963, 257 (272); anders dagegen Stock, Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen, S. 159, der in § 336 die Kriminalisierung des disziplinären Tatbestands des § 335 erkennt. Anderer Einschätzung ist offenbar auch Beseler, 28. Tit., S. 544, der alle Vorschriften des ALR II 20 8 als Strafbestimmungen bezeichnet und sieht *Suarez'* Ausspruch, daß kein Beamter „ohne Urteil und Recht“ zu entsetzen sei, mit den §§ 333-336 in dessen Sinne umgesetzt – ganz im Gegensatz zu der verwaltungsinternen Absetzbarkeit der Beamten gemäß §§ 98-101 ALR II 10.

²¹⁸ Dazu, daß dieses Verfahren nach dem Zivilprozeßrecht disziplinarischen Charakter trägt, siehe ausführlich Behnke, ZBR 1963, 257, 274 ff.

²¹⁹ Behnke, ZBR 1963, 257, 272 ff. mit vielen Nachweisen.

²²⁰ Siehe beispielsweise *von Kamptz* in seinem Circular-Reskript an die Obergerichte vom 9.5.1831, worin er tadelt, daß selbst bei geringen Dienstvergehen der Gerichts-Subalternbeamten nicht von der administrativen Disziplinargewalt, sondern „vielmehr statt dessen sehr häufig der weitläufige Weg des förmlichen fiskalischen- oder gar des Kriminal-Untersuchungsprozesses gewählt“ werde. Deshalb weist er im Namen des Justizministers die Königlichen Obergerichte an, solche Fälle disziplinarisch zu ahnden und wenn das nicht ausreicht, das abgekürzte (summarische) Strafverfahren gemäß § 253 des Anhangs der AGO einzuleiten. (Karl Albert von Kamptz, Jahrbücher für die Preußische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung, 37. Bd. (1831), S. 374 f.)

²²¹ Behnke, ZBR 1963, 257, 273.

²²² Siehe die ministeriale Einleitung zum 28. Titel des revidierten Entwurfs von 1843 aus dem Jahre 1845, in Revision des Entwurfs des Strafgesetzbuchs von 1843, 3. Bd., Berlin 1845, S. 102 f.

Justizbeamten, § 371, das sehr weit formuliert und daher allgemeiner Natur ist:

„Justizbediente, die sich aus Animosität, Privatleidenschaften, oder andern Nebenabsichten, zu pflichtwidrigen Handlungen in ihrem Amte hinreißen lassen, sollen cassirt, und außerdem mit zwey- bis fünfjährigem Festungsarreste bestraft werden.“

Tathandlung ist die Vornahme von pflichtwidrigen Amtshandlungen, wobei im subjektiven Tatbestand noch besondere persönliche Gründe bzw. Absichten hinzutreten müssen. Dennoch besitzt dieses Delikt, das die Grundlage für die spätere Rechtsbeugung bildete, mit den Justizbeamten einen lediglich eingeschränkten Täterkreis aus der Gruppe aller Amtsträger.

Schließlich gibt es neben den Untreuedelikten (§§ 418 ff.) mehrere Tatbestände, die ein Fehlverhalten von Finanzbeamten zum Schaden sowohl des Staates als auch des Bürgers zur Grundlage haben.²²³

d) Badisches Strafedikt von 1803

Das badische Strafedikt von 1803 enthält nur wenige Amtsdelikte. Ein allgemeiner Mißbrauchstatbestand in dem eingangs verlangten Sinne ist nicht darunter. Nach § 53 wird allerdings die Konkussion, die Erpressung im Amt, bestraft:

„Gleiche Strafe [Ehrentsetzung und beständige Unfähigkeit zu Staatsdiensten] folgt auf die Konkussion, da Jemand seine Amtsgewalt mißbraucht, um etwas zu seinen Privatnutzen Gereichendes unerlaubterweise von seinen Amtsuntergebenen zu erzwingen.“

Die Tathandlung ist hier zwar der Mißbrauch der Amtsgewalt, aber dieser muß auf die Erzwingung eines privaten Vorteils gerichtet sein und besitzt demnach eine Nötigungskomponente.

²²³ § 410: „Beamte, welche zur Ausmittelung oder Einziehung öffentlicher Abgaben und Gefälle bestellt sind, und dabey den Staat vorsätzlich verkürzen, sollen um den vierfachen Betrag des verursachten Schadens fiskalisch bestraft, und ihres Amtes entsetzt werden.“

§ 411: „Hat sich ein solcher Beamter zur Verkürzung der Staatseinkünfte, aus eigennützi- gen Absichten, um Gewinns oder Vortheils willen verleiten lassen: so hat er außer der Cassation und Geldstrafe Ein- bis anderthalbjährige Festungsstrafe verwirkt.“

§ 413: „Beamte, welche bey Ausmittelung, Bestimmung, oder Einziehung der Abgaben, das Publicum vorsätzlich drücken, sollen das zu viel Genommene, oder sonst zur Ungebühr Erhobene, dem Beschädigten vierfach ersetzen.“

§ 414: „Haben sie das zu viel Erhobene noch dazu unterschlagen, und zur Casse nicht abgeliefert: so sind sie denjenigen, die sich an Cassengeldern vergreifen, gleich zu achten. (§ 418 sqq.)“

Weitere Amtsdelikte im weitesten Sinne sind die Prävarikation der Anwälte (§ 52), die Rechtsfeilschaft (Bestechlichkeit) (§ 54), die Geschenknahme (§ 55), der Diebstahl der Wächter, Nachthüter und Feldschützen (§ 87) und die Untreue der Verrechner (§ 90).

e) Strafgesetzbuch Bayerns von 1813

Eine deutliche Weiterentwicklung stellte das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern vom 16. Mai 1813 dar. *Berner* bezeichnet es als erstes modernes Strafgesetzbuch Deutschlands, das merklich auf die späteren Strafgesetzbücher Sachsens, Württembergs, Hannovers und Braunschweig eingewirkt habe.²²⁴ Im Herzogtum Oldenburg wurde es mit kleinen Änderungen ein Jahr später, am 10. September 1814, übernommen.

Die hier bedeutsamste Vorschrift ist die des Art. 352.²²⁵ Sie findet sich in dem Kapitel „Von den besonderen Verbrechen der Staatsbeamten und öffentlichen Dienern“ und ist ganz allgemeiner Natur:

„Wenn ein öffentlicher Beamter I. das ihm anvertraute Amt zu Verübung eines gemeinen Verbrechens mißbraucht, so ist die hierauf gesetzte besondere Strafe zu schärfen und mit Dienstentsetzung zu verbinden. Wer II. ausser dem erwähnten Falle seinen Amtspflichten vorsätzlich und zwar in der Absicht zuwider handelt, um dadurch entweder sich selbst einen Vortheil zu verschaffen, oder den Staat oder einen Unterthan in Schaden zu bringen, ist mit der Dienstentsetzung, und bei geringerem Grade des Verschuldens, mit der Dienstentlassung zu bestrafen.“

Der zweite Satz stellt somit generell die vorsätzliche Pflichtverletzung durch Beamte unter Strafe, wenn sie zur Erlangung eines Vorteils oder zur Schädigung anderer vorgenommen wird. Der Tatbestand greift auch, wenn sonst weder ein gewöhnliches Verbrechen noch ein spezifisches Amtsdelikt vorliegen. Selbst wenn die Tathandlung mittels Zuwiderhandlung gegen Amtspflichten beschrieben wird und nicht durch das Wort „Amtsmissbrauch“, ist Art. 352 Satz 2 ein allgemeiner Amtsmissbrauchstatbestand, da die Dienstpflichten von jeher sehr weit und wenig konkret gefaßt wurden. Letztere können durch eine Fülle von Verhaltensweisen verletzt werden und insbesondere durch mißbräuchliche Amtsführung zur Verfolgung eigener Interessen.

²²⁴ Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 24; vgl. jedoch Wächter, *Gemeines Recht Deutschlands*, S. 235, der vor allem auf die Schwächen des bayerischen Strafgesetzbuchs hinweist.

²²⁵ Art. 357 im oldenburgischen StGB.

Bemerkenswert ist auch die Vorschrift des Art. 357,²²⁶ der ebenfalls einen allgemeinen Mißbrauchstatbestand beinhaltet, allerdings mit der Vorgabe der Schädigung von Bürgern:

„Wer aus Privatabsichten, aus Haß, Parteilichkeit oder Eigennuz die ihm anvertraute Amtsgewalt zum Druck oder zur Mißhandlung der Unterthanen mißbraucht, soll mit der Dienstentsetzung bestraft werden, vorbehaltlich der etwa noch überdieß verschuldeten Strafen.“

Allerdings verfügt das bayerische Strafgesetzbuch mit Art. 358 auch noch über einen ausdrücklichen Tatbestand der Erpressung im Amt:

„Wer durch Bedrohung mit der Amtsgewalt irgend einen unerlaubten Privatvorteil zu erpressen sucht, ist gleicher Strafe unterworfen.“

Daß der Gesetzgeber diese Bestimmungen nicht als disziplinarrechtliche Norm, sondern als echte Straftatbestände qualifizierte, ergibt sich aus den Art. 2²²⁷ und 3²²⁸ und der Einordnung der Vorschriften in das Buch „Von den Verbrechen und deren Bestrafung“.

Darüber hinaus verfügt das Strafgesetz über ein drittes Buch, in dem gesondert die Vergehen behandelt werden. Im sechsten Kapitel des zweiten Titels sind die besonderen Vergehen der Staatsbeamten und Diener aufgeführt. Art. 438 stellt die vorsätzliche, aber nicht eigennützige Amtspflichtverletzung unter Strafe:

²²⁶ Art. 362 im oldenburgischen StGB.

²²⁷ Art. 2 bestimmt: „Strafbare Handlungen sind entweder Verbrechen, oder Vergehen, oder Polizeiübertretungen.

Alle vorsätzlichen Rechtsverletzungen, welche wegen Beschaffenheit und Grösse der Uebelthat mit Todesstrafe, Kettenstrafe, Zuchthaus- Arbeitshaus- Festungsstrafe, mit Dienstentsetzung oder Unfähigkeitserklärung zu allen Würden, Staats- und Ehrenämtern bedroht sind, heissen Verbrechen.

Unter Vergehen werden verstanden, alle unvorsätzlichen, wie auch alle diejenigen vorsätzlichen Rechtsverletzungen, welche wegen ihrer geringeren Strafbarkeit mit Gefängniß, körperlicher Züchtigung, Geldstrafe und anderen geringeren Uebeln geahndet werden.

Handlungen oder Unterlassungen, welche zwar an und für sich selbst Rechte des Staats oder eines Unterthans nicht verletzen, jedoch wegen der Gefahr für rechtliche Ordnung und Sicherheit unter Strafe verboten oder geboten sind, desgleichen diejenigen geringeren Rechtsverletzungen, welche durch besondere Gesetze den Polizeibehörden zur Untersuchung und Bestrafung überwiesen werden, heissen Polizeiübertretungen.“

²²⁸ Art. 3 lautet: „Die Untersuchung und Bestrafung der Verbrechen gehört den Kriminalgerichten;

die Untersuchung und Bestrafung der Vergehen den Zivilgerichten;

die Untersuchung und Bestrafung der Polizeiübertretungen den Polizeibehörden nach den näheren Bestimmungen der Geseze über das gerichtliche und polizeiliche Verfahren in Strafsachen.“

„Öffentliche Beamte, welche zwar nicht in eigennütziger Absicht oder um einen Unterthan in Schaden zu bringen, jedoch vorsätzlich ihrer Amtspflicht zuwider handeln, sollen I. wenn gleichwohl ein Schade für den Staat oder einen Unterthan aus solcher Pflichtverletzung entstanden ist, mit der Dienstentlassung, oder, nach Umständen, mit der Degradation bestraft werden. Wenn aber II. obgedachte pflichtwidrige Handlung keinen Schaden zur Folge gehabt hat, so soll der Schuldige erst alsdann, wenn die über ihn verhängten Disziplinarstrafen fruchtlos geblieben sind, im ersten Wiederholungsfalle vor Gericht gestellt und hierauf mit Degradation oder auch bei beschwerenden Umständen, mit Dienstentlassung bestraft werden.

Uebrigens kommt die Bestimmung des Art. 353 auch hier zur Anwendung.“²²⁹

Art. 439 behandelt die fahrlässige Vernachlässigung von Amtspflichten:

„Ein Beamter, welcher in Ausübung seines Amtes Fahrlässigkeiten begeht, oder aus Unfleiß oder Leichtsinne die ihm obliegenden Amtspflichten vernachlässiget, oder durch unsittliches Betragen sich seines Amtes unwürdig bezeigt, soll, wenn er nach dreimal vorhergegangenen Disziplinarstrafen von neuem sich eines solchen Vergehens schuldig macht, vor Gericht gestellt und mit Degradation oder Dienstentlassung bestraft werden.“²³⁰

Auch wenn die Bestimmungen besonderen Bezug auf ein Amtsverhältnis nehmen und vor allem die Verletzung von Amtspflichten voraussetzen, stellen sie die Strafen der Degradation und der Dienstentlassung klar den Disziplinarmaßnahmen gegenüber. Das läßt sich im übrigen auch aus Art. 2 folgern, wonach auch die Vergehen zu den strafbaren Handlungen zählen. Demnach kriminalisieren die Normen unter bestimmten Voraussetzungen Dienstverfehlungen. Es handelt sich nicht mehr um reine disziplinarrechtliche Tatbestände. Wie sich aus Art. 3 ergibt, ist jedoch für die Untersuchung und Bestrafung dieser Vergehen die Zivilgerichtsbarkeit zuständig.

f) Sächsisches Strafgesetzbuch von 1838

Auch das sächsische Strafgesetzbuch vom 30. März 1838, das in den nachfolgenden Jahren zum Teil mit leichten Abänderungen²³¹ in Weimar-Eisenach,

²²⁹ Art. 467 im oldenburgischen StGB.

²³⁰ Art. 468 im oldenburgischen StGB.

²³¹ Zu den Änderungen s. Röhrig, Das sächsisch-thüringische Strafrecht im 19. Jahrhundert, S. 63 ff.

Altenburg,²³² Meiningen²³³ und Schwarzburg-Sondershausen²³⁴ eingeführt wurde, enthält sowohl eine Bestimmung über die Vernachlässigung der Amtspflicht als auch eine über den allgemeinen Mißbrauch der Amtsgewalt. Hier werden exemplarisch die Vorschriften des Strafgesetzbuchs von Weimar-Eisenach vom 5. April 1839 herangezogen. Art. 311 lautet:

„Staatsdiener und andere in Pflicht stehende öffentliche Beamte, welche die ihnen nach den erhaltenen Instruktionen oder sonst obliegenden Amtspflichten verletzen oder vernachlässigen, sind, insoweit nicht dabei ein schwereres Verbrechen vorliegt oder durch spezielle Anordnungen besondere Strafen vorgeschrieben sind, mit Verweis oder mit einer Geldstrafe bis zu funfzig Thalern zu belegen.“

Es kommt allein darauf an, daß das Handeln im Widerspruch zu dienstlichen Anweisungen oder zu Dienstpflichten steht. Die Beabsichtigung eines Vorteils oder eines Schadens ist nicht erforderlich. Dies und zumindest die Strafe des Verweises deuten nach heutigem Verständnis auf einen eher disziplinarrechtlichen Charakter der Vorschrift. Das scheint Art. 326 zu bekräftigen:

„Bei allen in diesem Kapitel erwähnten Verbrechen soll eine Untersuchung nur auf Antrag der dabei Beteiligten, und bei den in öffentlichen Pflichten stehenden Personen außerdem auch auf Antrag der Dienst- oder Aufsichtsbehörde Statt finden. Ist in dem letzteren Falle die in Frage kommende widerrechtliche Handlung nur mit Geldstrafe oder mit einer die Dauer von acht Wochen nicht übersteigenden Gefängnißstrafe bedroht: so ist die Dienstbehörde ermächtigt, die Untersuchung nach Befinden selbst zu führen und darin zu erkennen.“²³⁵

Im Fall des Art. 311 war somit grundsätzlich die Dienstbehörde des betroffenen Beamten für die Untersuchung zuständig, wenn keine anderen Beteiligten existierten, die Strafantrag stellen konnten. Allerdings ergibt sich aus Art. 326 auch, daß ein Tätigwerden der Kriminalgerichte möglich war, wenn ein Beteiligter die Untersuchung beantragte. Bestätigt wird das in einer Verordnung des Großherzogs von Sachsen Weimar-Eisenach *Carl Friedrich* vom 10. April 1839 zur Angleichung der Vorschriften über die Gerichtszuständigkeit in Strafsachen mit dem neuen Strafgesetzbuch, in der es in § 1 heißt: „Zur Untersuchung der in dem Strafgesetzbuche für das Großherzogthum mit Strafe

²³² Gesetz vom 3.5.1841.

²³³ Gesetz vom 1.8.1844.

²³⁴ Gesetz vom 10.5.1845.

²³⁵ Das Strafgesetzbuch von Altenburg besitzt noch einen dritten Satz: „Deshalb sind alle wegen solcher Vergehen einlaufende Anzeigen zunächst an die Dienstbehörde der Bezüchtigten abzugeben, und es ist deren Entschließung zu erwarten.“

bedrohten Handlungen und Unterlassungen sind in der Regel die Kriminal-Gerichte, ingleichen die Justiz-Aemter, welche zur Zeit noch ausnahmsweise die Kriminal-Gerichtsbarkeit ausüben, Allstedt, Ilmenau und Oppurg, ein jedes in seinem Bezirke, zuständig.“ § 2 formuliert für den hier relevanten Fall folgende Einschränkung: „Ausgenommen von der Zuständigkeit der Kriminal-Gerichte ist jedoch die Untersuchung: (...) 17) wegen der in dem siebzehnten Kapitel des Strafgesetzbuches genannten Pflichtverletzungen in besonderen Verhältnissen, insofern die vorgesetzte Dienstbehörde die Untersuchung zuständigerweise (Art. 326) selbst führt.“ Art. 326 ist damit lediglich eine Zuständigkeitsregelung, ohne den strafrechtlichen Charakter der in dem Abschnitt befindlichen Amtsdelikte anzutasten.

Darüber hinaus ist die Strafe des Verweises in Art. 16 unzweifelhaft als Kriminalstrafe aufgeführt und wird grundsätzlich vom Richter erteilt.²³⁶ Folglich handelt es sich beim Tatbestand des Art. 311 um eine Strafbestimmung.

Das sächsische Strafgesetzbuch kennt zudem den Tatbestand des Mißbrauchs der Amtsgewalt, Art. 320. Dort hat der Gesetzgeber zunächst spezifische Handlungen aufgeführt, um am Ende des ersten Absatzes den Anwendungsbereich auf sämtliche mögliche Mißbrauchsformen auszuweiten:

„Mit Geldstrafen von zehen bis zu einhundert Thalern und nach Befinden mit Gefängnißstrafe bis zu zwei Jahren sind, insofern nicht ein schwereres Verbrechen dabei eintritt, Staatsdiener und öffentlich Beamte zu belegen, welche jemanden zu einer Handlung oder Unterlassung, wozu dieser rechtlich nicht verbunden ist, unter dem erdichtetem Vorwande eines amtlichen Befugnisses nöthigen, oder die an sie gelangten Verordnungen höherer Behörden, oder rechtliche Erkenntnisse, oder andere ihnen in ihrer amtlichen Eigenschaft zugekommene Schriften unterdrücken, oder jemanden widerrechtlich verhaften oder gefangen halten, oder ihre amtlichen Verhältnisse auf irgend eine Weise zur Bedrückung, Mißhandlung oder widerrechtlicher Begünstigung einer Person mißbrauchen.

Haben dieselben sich solche Handlungen um der Erlangung eines eigenen Vortheils willen zu Schulden gebracht, so ist, insofern die Handlung nicht an sich eine höhere Strafe nach sich zieht, unbedingt auf Gefängnißstrafe von einem Monate bis zu zwei Jahren zu erkennen.“

²³⁶ Art. 16 lautet: „Ein Verweis findet statt, wenn das dem zu Bestrafenden zur Last fallende Vergehen so gering ist, oder demselben so wichtige Milderungsgründe zu statten kommen, daß jede andere Strafart unangemessen sein würde. Der Verweis wird von dem Richter mündlich an die Gerichtsstelle oder schriftlich erteilt, auch kann der mündliche Verweis durch Zuziehung der bei dem Vergehen beteiligten Personen geschärft werden.“

Demzufolge handelt es sich um eine Vorschrift, die neben einer offengelassenen Tathandlung sowohl die Schädigung als auch die Begünstigung der Bürger einschließt. Art. 320 des sächsischen Strafgesetzbuchs läßt sich so durchaus mit dem heutigen italienischen Amtsmißbrauch vergleichen.

g) Württembergisches Strafgesetzbuch von 1839

Gleiches gilt auch für das Delikt des Mißbrauchs der Amtsgewalt im Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg vom 1. März 1839.²³⁷ Art. 413 lautet:

„Wer die ihm anvertraute Amtsgewalt aus Eigennutz, Haß oder Parteilichkeit zu Bedrückung oder Mißhandlung Anderer mißbraucht, soll mit dem Verluste der bürgerlichen Ehren- und der Dienstrechte bestraft werde.“

Während hier allein die Komponente der Schädigung zum Tragen kommt,²³⁸ wurde für die der widerrechtlichen Begünstigung mit Art. 414 eine besondere Bestimmung geschaffen:

„Wer eine Privatperson zum Nachtheile Anderer oder des Gemeinwesens widerrechtlich begünstigt, hat, wofern seine Handlung nicht in das im Art. 413 bezeichnete, schwerere Verbrechen übergeht, Dienstentlassung verwirkt.“

Beiden Vorschriften ist gemein, daß sie die Tathandlungen nicht näher spezifizieren und so ganz allgemeine Mißbrauchstatbestände darstellen. Zusammen decken sie Verhaltensweisen ab, die durch einen allgemeinen Amtsmißbrauchstatbestand, wie Art. 323 c.p., unter Strafe gestellt werden.

Darüber hinaus ist mit Art. 418 das Delikt der Erpressung vorhanden.²³⁹

²³⁷ Daß es sich bei den im württembergischen Strafgesetzbuch aufgeführten Amtsdelikten ausschließlich um Strafbestimmungen und nicht um disziplinarrechtliche Normen handelt, ergibt sich aus Art. 405: „Dienstverfehlungen, welche nicht unter eine der Strafbestimmungen dieses Gesetzbuches fallen, werden entweder im Disciplinarwege von den vorgesetzten Amtsstellen geahndet, oder es ist wegen derselben nach den Bestimmungen der §§ 46 bis 48 der Verfassungsurkunde zu verfahren.“

²³⁸ Als Beispiel findet sich bei von Hufnagel, Das StGB für das Königreich Württemberg, S. 431: „Es ist Mißbrauch der Amtsgewalt, wenn die bei der Verwaltung der indirecten Steuern angestellten Beamten und Diener zu ihrem eigenen Nutzen mehr als die gesetzlichen Abgaben fordern.“

²³⁹ Es lautet: „Wer, um einen rechtswidrigen Vortheil für sich oder Andere zu erpressen, mit der ihm anvertrauten Amtsgewalt droht, ist nach Beschaffenheit der angewendeten Drohung und nach der Größe des bezweckten Vortheiles mit Dienstentlassung oder dem Verluste der bürgerlichen Ehren- und der Dienstrechte zu bestrafen, mit Vorbehalt der in

h) Braunschweiger Strafgesetzbuch von 1840

Das Braunschweiger Strafgesetzbuch vom 10. Juli 1840, welches 1843 auch in Lippe-Detmold eingeführt wurde, stellt wiederum den Mißbrauch der Amtsgewalt sowohl zur Benachteiligung als auch zur Begünstigung des Bürgers einzig in § 258 unter Strafe:

„Wer die ihm anvertraute Amtsgewalt aus Eigennutz, Haß oder Parteilichkeit zu Bedrückung oder Mißhandlung Anderer oder zu widerrechtlicher Begünstigung einer Person mit dem Schaden Anderer oder des Gemeinwesens mißbraucht, ist, insofern seine Handlung zugleich ein anderes gemeines Verbrechen enthält, mit Dienstentsetzung, sonst mit Dienstentlassung zu bestrafen.“

Allerdings hat der Gesetzgeber die Einschränkung vorgenommen, daß die Tat nur dann mit der angegebenen Strafe zu bedenken ist, wenn sie auch sonst eine Straftat darstellt. Damit werden weniger schwerwiegende Mißbräuche ausgeklammert.

Unabhängig hiervon behandelt § 259 das Delikt der Erpressung im Amt.²⁴⁰ Desweiteren gibt es zwei, allein Richter betreffende Tatbestände der Rechtsbeugung. Der zweite, § 280, erscheint als der allgemeinere bei unserer Betrachtung als besonders interessant:

„Hat ein Richter bei Leitung einer Rechtssache oder bei Entscheidung eines Rechtsstreits oder Vollziehung eines rechtskräftigen Erkenntnisses, wissentlich Ungerechtigkeiten begangen, oder einen Angeschuldigten, dessen Schuld erwiesen oder durch dem Richter nicht unbekannte Beweis- oder Verdachtsgründe zu erweisen ist, aus Parteilichkeit losgesprochen oder mit einer gelinderen als der gesetzlichen Strafe belegt, oder aus diesen Gründen die erkannte Strafe ganz oder theilweise nicht vollzogen, so ist er seines Dienstes zu entsetzen.“²⁴¹

dem Art. 314 angedrohten höheren Strafen.“

²⁴⁰ Es lautet: „Wer, um einen rechtswidrigen Vortheil für sich oder andere zu erpressen, mit der ihm anvertrauten Amtsgewalt drohet, oder solche zur Erhebung unerlaubter Abgaben, Gebühren oder Vergütungen für amtliche Mühwaltungen mißbraucht, ist mindestens mit Dienstentlassung zu bestrafen.“

²⁴¹ Demgegenüber lautet § 279: „Ein Richter, der wissentlich über einen Unschuldigen eine Strafe oder über einen Schuldigen eine härtere als die verwirkte Strafe verhängt, oder willkürlich ohne ein vollstreckbares oder wider ein lossprechendes Erkenntniß oder der erfolgten Begnadigung ungeachtet, an einer Person eine Strafe vollzieht, ist nach den § 135 unter Nr. 1 gegebenen Vorschriften zu bestrafen.“

Daß es sich bei den genannten Vorschriften um echte Strafbestimmungen handelt und nicht etwa um disziplinarrechtliche, die lediglich neben den (strafrechtlichen) Amtsdelikten aufgeführt werden, ergibt sich aus § 254: „Amtliche, in den nachfolgenden Kapiteln [Kapitel 2: Verletzung allgemeiner Dienstpflichten, Kapitel 3: Verletzung besonderer Amtspflichten] aufgeführte Vergehen, bei welchen die daselbst angegebenen Erschwerungsgründe sich nicht finden, sind disciplinarisch zu strafen.“

i) Hannoversches Strafgesetzbuch von 1840

Anders stellt sich das Delikt des Mißbrauchs der Amtsgewalt im Strafgesetzbuch Hannovers vom 8. August 1840 dar. Die Tathandlung wird zwar nicht spezifiziert, ist demnach in Gänze offengelassen, sie muß aber lediglich auf eine Bedrückung oder Mißhandlung von Bürgern gerichtet sein. Die Variante der Begünstigung fehlt im Art. 242:

„Wer vorsätzlich die ihm anvertraute Amtsgewalt auf was immer für eine Weise, zu Bedrückung oder Mißhandlung einer Person mißbraucht; soll, mit Rücksicht auf die Beschaffenheit des Beweggrundes, auf den Grad des Mißbrauchs und auf den bezweckten oder verursachten Schaden, mit Dienstentsetzung oder Dienstentlassung, oder, bei minderer Verschuldung, mit Suspension bestraft werden, vorbehaltlich jedoch der ohne Rücksicht auf sein Dienstverhältniß durch die Handlung an sich etwa noch verwirkten Strafe.

Wer aus Übereilung also verfährt, ist disciplinarisch zu bestrafen, insofern nicht Art. 370 auf denselben Anwendung findet.“²⁴²

Auch hier besteht die einschränkende Voraussetzung, daß die Tat einen weiteren Straftatbestand erfüllt haben muß. Mit der einseitigen Deliktsausrichtung besitzt Art. 242 nicht die gleiche Qualität eines ganz allgemeinen Amtsmißbrauchs wie beispielsweise der eben zitierte § 259 des Braunschweiger Strafgesetzbuchs.

²⁴² Art. 370 bestraft die Vernachlässigung der Dienstpflichten: „Wer seine ihm obliegenden Dienstpflichten gröblich vernachlässigt, durch häufige Wiederholung solcher Dienstvergehen, welche an sich nur einer disciplinarisch Ahndung unterliegen, seine Unfähigkeit zur Fortsetzung des Dienstes bewährt, oder durch sein unsittliches Betragen im Allgemeinen öffentlichen Anstoß gibt, und dadurch sich des Zutrauens und der Achtung verlustig macht, welche zur Ausübung seines Amtes erforderlich sind, auch ohngeachtet wiederholter disciplinarischer Ahndung sein dienstwidriges Benehmen fortsetzt, wird auf Anzeige der zuständigen Behörde in gerichtliche Untersuchung gezogen und mit Dienstentlassung oder unter erschwerenden Umständen mit Dienstentsetzung bestraft.“

In der entsprechenden Bestimmung eines der ersten Entwürfe des Kapitels über die Amtsdelikte für das hannoversche Strafgesetzbuch von Professor *Anton Bauer* (1772-1843) aus dem Jahr 1824 war demgegenüber der Mißbrauch zur Begünstigung noch enthalten.²⁴³ Der Paragraph 94 lautet dort: „Wer aus irgend einem Beweggrunde die ihm anvertraute Amtsgewalt, auf was immer für eine Weise zu Bedrückung oder Mißhandlung der Unterthanen, oder zur Begünstigung des Einen oder des Andern mißbraucht, soll, mit Rücksicht auf die Beschaffenheit des Beweggrundes, auf den Grad des Mißbrauchs und auf den bezweckten oder verursachten Schaden, mit Dienstentsetzung oder Dienstentlassung, oder, bey minderer Verschuldung, mit Suspension bestraft werden, vorbehältlich jedoch der etwa noch überdies verwirkten Strafe.“

Interessant ist jedoch auch die Vorschrift, auf die Art. 242 II verweist. Art. 370, Vernachlässigung der Dienstpflichten, mag auf den ersten Blick als eine disziplinarrechtliche Bestimmung erscheinen, wird aber aufgrund der Artikel 1, 6, 7, 8, 18 und 373²⁴⁴ im hannoverschen Strafgesetzbuch eindeutig als Strafnorm qualifiziert:

„Wer seine ihm obliegenden Dienstpflichten gröblich vernachlässigt,

²⁴³ Der endgültige, am 12.1.1825 abgeschlossene Entwurf der Gesetzeskommission, die von König Georg IV im Mai 1823 eingesetzt worden war, besaß mit Art. 356 bereits eine Fassung des Amtsmissbrauchs, die der tatsächlich Gesetz gewordenen Bestimmung sehr nahe kam: „Wer vorsätzlich die ihm anvertraute Amtsgewalt, auf was immer für eine Weise zu Bedrückung oder Mißhandlung der Unterthanen mißbraucht; soll, mit Rücksicht auf die Beschaffenheit des Beweggrundes, auf den Grad des Mißbrauchs und auf den bezweckten oder verursachten Schaden, mit Dienstentsetzung oder Dienstentlassung, oder, bei minderer Verschuldung, mit Suspension bestraft werden, vorbehältlich jedoch der etwa noch überdieß verwirkten Strafe.“ Die Bestimmung findet sich abgedruckt bei Bauer, Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Königreich Hannover, S. 214 f. Siehe zur Geschichte des Entwurfs Bauer, a.a.O., S. 233 ff.

²⁴⁴ Art. 1 lautet: „Das gegenwärtige Gesetzbuch hat nur solche unerlaubten Handlungen und Unterlassungen zum Gegenstande, welche als Verbrechen zu betrachten sind.“
 Art. 6 lautet: „Wer sich einer Handlung oder Unterlassung schuldig macht, für welche das gegenwärtige Gesetzbuch eine Strafe gedrohet hat, der begeht ein Verbrechen. Es umfaßt mithin dieser allgemeine Ausdruck, so oft er in dem Gesetzbuche gebraucht wird, auch diejenigen Vergehen, durch welche eine leichtere Strafe verwirkt wird.“
 Art. 7 lautet: „Die Verbrechen sind in diesem Gesetzbuche theils mit schweren, theils mit leichteren Strafen bedroht.“
 Art. 8 lautet: „Die schweren Strafen sind folgende: 1) Todesstrafe, 2) Kettenstrafe, 3) Zuchthausstrafe, 4) Dienstentsetzung.“
 Art. 18 lautet: „Die leichteren Strafen sind: 1) Strafarbeitshaus, 2) Gefängniß, 3) einfache Dienstentlassung (Dimission), 4) Suspension vom Amte, 5) Widerruf und Abbitte vor versammeltem Gerichte, 6) gerichtlicher Verweis bei offenen Thüren, 7) Geldbußen.“
 Art. 373 lautet: „Ist in diesem Kapitel [Von strafbaren Dienstverletzungen der öffentlichen Beamten] die Verhängung einer criminellen Strafe davon abhängig gemacht, daß der Schuldige früher bereits mit disciplinarischer Ahndung belegt worden; so ist unter letzterer nur eine auf den Grund einer disciplinarischen Untersuchung erkannte Geldstrafe, Verweis zu Protokoll, Gefängniß oder Suspension zu verstehen.“

durch häufige Wiederholung solcher Dienstvergehen, welche an sich nur einer disciplinarisch Ahndung unterliegen, seine Unfähigkeit zur Fortsetzung des Dienstes bewährt, oder durch sein unsittliches Betragen im Allgemeinen öffentlichen Anstoß gibt, und dadurch sich des Zutrauens und der Achtung verlustig macht, welche zur Ausübung seines Amtes erforderlich sind, auch ohngeachtet wiederholter disciplinarischer Ahndung sein dienstwidriges Benehmen fortsetzt, wird auf Anzeige der zuständigen Behörde in gerichtliche Untersuchung gezogen und mit Dienstentlassung oder unter erschwerenden Umständen mit Dienstentsetzung bestraft.“

Es handelt sich um einen im Disziplinarrecht typischen generalklauselartigen Tatbestand der wiederholten Pflichtverletzung bzw. eines unsittlichen Betragens außerhalb des Dienstes.²⁴⁵

j) Hessisches Strafgesetzbuch von 1841

Im Strafgesetzbuch des Großherzogtums Hessen vom 17. September 1841 gibt es am Ende des Titels LVI „Von den besonderen Verbrechen und Vergehen der Staatsbeamten und öffentlichen Diener“ mit Art. 475 einen Auffangtatbestand:

„Wenn ein Staats- oder öffentlicher Diener, außer den in den vorhergehenden Artikeln besonders genannten Fällen, seinen Dienstpflichten vorsätzlich zuwider gehandelt hat, und wenn dieses aus Haß oder Rachsucht, oder um sich oder Anderen einen unerlaubten Vortheil zuzuwenden, oder um den Staat oder Private in Schaden zu bringen, geschehen ist, so soll er nach Analogie der in den vorhergehenden Artikeln enthaltenen Bestimmungen mit Suspension von Dienst und Gehalt, oder mit Dienstentlassung oder mit Dienstentsetzung bestraft werden.

Bei Zuerkennung dieser verschiedenen Strafen ist vorzüglich auf die Wichtigkeit der verletzten Dienstpflicht, auf die Gefährlichkeit oder Niederträchtigkeit des Beweggrundes und die Absicht des

²⁴⁵ Der vorangehende Art. 369 der unbenannten Dienstverletzungen ist sogar noch unbestimmt: „Außer den besonders benannten Dienstverbrechen sollen öffentliche Diener, welche ihre Dienstpflicht vorsätzlich verletzen, auf den Antrag der zuständigen Behörde nach dem Sinne der in den vorstehenden Artikeln enthaltenen Bestimmungen bestraft werden. Bei Zumessung der Strafe ist vorzüglich auf die Wichtigkeit der verletzten Dienstpflicht, auf den Beweggrund und die Absicht des Uebertreters, insbesondere ob solcher aus Eigennutz oder um den Staat oder Einzelne zu beschädigen, handelte, sowie auf die Größe des bezweckten oder verursachten Schadens Rücksicht zu nehmen.“

Uebertreters, sowie auf die Größe und Bedeutung des bewirkten Schadens oder Nachtheils Rücksicht zu nehmen.“

Es handelt sich somit um einen Tatbestand, der – vergleichbar mit Art. 352 des bayerischen Strafgesetzbuchs von 1813 – die in besonderer Absicht vorsätzlich begangene Verletzung von Dienstplichten zum Inhalt hat. Ähnlich wie disziplinarrechtliche Normen besitzt Art. 475 durch die Umschreibung der Tathandlung allein mit Hilfe einer Dienstplichtverletzung einen weiten Anwendungsbereich. Sie ist jedoch aufgrund Art. 444 eindeutig als strafrechtliche Norm zu qualifizieren, da dort hervorgehoben wird, daß alle Dienstplichtverletzungen, die in diesem Titel des Strafgesetzbuchs nicht behandelt werden, lediglich disziplinarisch geahndet werden.²⁴⁶ Das gestattet den Rückschluß, daß sämtlichen Tatbeständen des Abschnitts über die Amtsdelikte ein strafrechtlicher Charakter zugedacht war. Damit läßt sich die Bestimmung in die Reihe der allgemeinen Amtsmissbräuche einordnen, auch wenn der Mißbrauch von Amtsbefugnissen nicht ausdrücklich erwähnt wird.

Das oben bereits durch das Braunschweiger Strafgesetzbuch bekannte Delikt der von einem Richter begangenen Ungerechtigkeit findet sich auch hier. Art. 463 lautet:

„Richter, welche bei Leitung oder Entscheidung eines Rechtsstreites vorsätzlich Ungerechtigkeiten begehen, sollen mit der Dienstentsetzung bestraft werden.“

Mit kleinen Änderungen wurde das hessische Strafgesetz 1849 auch im Herzogtum Nassau eingeführt.²⁴⁷ Darüber hinaus ist das Strafgesetzbuch der freien Stadt Frankfurt von 1856 ein wörtlicher Abdruck des hessischen Gesetzeswerks.²⁴⁸

k) Badisches Strafgesetzbuch von 1845

Im Strafgesetzbuch für das Großherzogtum Baden vom 6. März 1845²⁴⁹ erscheint der in dieser Untersuchung maßgebliche Tatbestand, § 659, in seiner Ausrichtung auf den ersten Blick allein auf die widerrechtliche Benachteiligung beschränkt. Allerdings kann der Benachteiligte sowohl eine Person als auch der Staat selbst

²⁴⁶ Art. 444 lautet: „Diejenigen Dienstplichtverletzungen, der Staats- oder öffentlichen Diener, worüber dieser Titel keine Bestimmungen enthält, werden disziplinarisch bestraft.“

²⁴⁷ Art. 475 trägt dort die Nummer 471, Art. 463 die Nummer 459 und Art. 444 die Nummer 439 – sind aber sonst identisch.

²⁴⁸ Lediglich einige Bestimmungen (Art. 29, 129 Ziff. 1, Art. 137 Ziff. 2, Art. 147-153, 442, 471), die hier nicht von Belang sind, wurden durch Gesetz vom 16.9.1856 aufgehoben.

²⁴⁹ Es konnte wegen politischer Komplikationen und der Revolution von 1848 erst am 1.3.1851 in Kraft treten.

sein. Dadurch ist die Variante der Drittbegünstigung zum öffentlichen Schaden nicht ausgeschlossen:

„Der öffentliche Diener, welcher sein Amt, oder Dienstverhältnis zu widerrechtlicher Benachteiligung Anderer, oder des Staates, oder zur Bedrückung Untergebener, oder um die freie Ausübung staats- oder gemeindebürgerlicher Rechte zu hindern, aus Bosheit, Rachsucht, Eigennutz, oder Parteilichkeit mißbraucht, wird, in so fern die Handlung nicht in ein bestimmtes Verbrechen übergeht, als des Amtsmißbrauchs schuldig, von der Strafe der Dienstentlassung getroffen.“

Dadurch wird nur der Fall nicht erfaßt, in dem die Tat allein zum Vorteil eines Bürgers geschieht und es reziprok keinen Geschädigten gibt. Dennoch kann diese Bestimmung als ein allgemeiner Amtsmißbrauchstatbestand angesehen werden, der allerdings nicht den gleichweiten Anwendungsbereich wie § 258 des Braunschweiger Strafgesetzbuchs aufweist.²⁵⁰

Auffällig ist die Terminologie, die das Delikt erstmals ausdrücklich als Amtsmißbrauch bezeichnet. Dementsprechend ist die Norm als „Amtsmißbrauch im Allgemeinen“ überschrieben.

Erwähnenswert ist aber auch der Tatbestand der „Öffentlichen Erpressung durch Befehle oder Täuschung“, § 672:

„Hat der öffentliche Diener ohne Anwendung der Amtsgewalt und ohne Drohung mit derselben, jedoch, mit Mißbrauch seiner amtlichen Stellung, durch Befehle, oder falsche Vorspiegelungen Jemanden zur Gewährung von Vortheilen, die ihm nicht gebühren, bestimmt, oder hat er unter gleicher Voraussetzung sich solche Vortheile durch Benützung der Unwissenheit, oder des Irrthums Desjenigen zugeignet, von dem sie ihm gewährt wurden, oder hat ein öffentlicher Diener der im § 662 bezeichneten Art Jemanden durch pflichtwidrige Verzögerung vorsätzlich veranlaßt, so wird er ebenfalls, als der öffentlichen Erpressung schuldig, mit Kreisgefängniß oder Arbeitshaus, und in so fern im einzelnen Falle eine höhere Strafe, als Kreisgefängniß von

²⁵⁰ Siehe die Erläuterungen bei Puchelt, Das Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Baden, S. 1002 ff. Siehe insbes. Anm. 8, S. 2004, wo er das Delikt in einen allgemeinen Kontext stellt: „Das gemeinrechtliche crimen repetundarum umfaßt auch Bestechung, sowie unsere öffentliche Erpressung (§. 672), und beschränkt sich auf widerrechtliche Bedrückungen durch Beamte aus Eigennutz. (. . .)

Die neuen Gesetze haben sämmtlich das Aushilfsverbrechen des Amtsmißbrauchs (bei einzelnen „Bedrückung der Unterthanen“ genannt) im ähnlichen Sinne, wie unser §. 659, doch fehlt bei manchen die Beschränkung auf gewisse Arten von Vorsatz, z. B. Preußen §. 315.“

drei Monaten, verschuldet ist, zugleich mit Dienstentlassung, oder Dienstentsetzung bestraft.“²⁵¹

Daneben gibt es noch den Tatbestand der „öffentlichen Erpressung durch Anwendung der Amtsgewalt oder Drohung mit derselben“, § 671.²⁵²

Darüber hinaus findet sich mit § 673 ein spezielles Delikt der Rechtsbeugung:

„Oeffentliche Diener, welche in bürgerlichen Rechts-, oder in Verwaltungs- oder in Strafsachen wissentlich ungerechte Entscheidungen geben, oder zum Zweck solcher Entscheidungen wissentlich ungerecht abstimmen, werden von der Strafe des falschen Zeugnisses (§§ 486 bis 489), und überdies in allen Fällen der Verurtheilung zu zeitlichen Freiheitsstrafen von Dienstentlassung oder Dienstentsetzung getroffen.“

1) Thüringisches Strafgesetzbuch von 1850

Im thüringischen Strafgesetzbuch aus dem Jahr 1850 findet sich wieder ein allgemeiner Tatbestand des Mißbrauchs der Amtsgewalt in beiderlei Richtung,

²⁵¹ Siehe dazu Puchelt, Das Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Baden, S. 1021: „Im gemeinen Rechte erscheint dieß Vergehen als Theil des *crimen repetundarum*, und ist beschränkt auf die Fälle unseres § 671; übrigens kommen dort noch Einzelbestimmungen über Erhebung übermäßiger Sporteln und Steuern vor. . . .

Die anderen neuen Gesetze stimmen bezüglich der eigentlichen Amtserpressung (§ 671) mit dem unseren überein; nur Preußen §§ 234 ff., 315 hat hierüber keine besondere Bestimmung, sondern sieht darin entweder gemeine Erpressung (Bedrohung mit Verbrechen z. B. mit ungesetzlicher Einsperrung) oder Amtsmissbrauch.

Dagegen hat Preußen §§ 326. 327 in Uebereinstimmung mit den meisten anderen Gesetzen (. . .) Bestimmungen über widerrechtliche Erhebung von Gebühren, Sporteln, Steuern durch Beamte, während die Bestimmung unseres § 672 sich in keinem anderen Gesetze findet. Jene widerrechtlichen Erhebungen sind bei uns theils Amtsmissbrauch, theils Rechneruntreue, theils fallen sie unter § 672.“

Im badischen StGB lautet das Delikt der „Rechnersuntreue“ in § 687: „Oeffentliche Rechner oder Verwalter, welche Gelder oder andere Gegenstände ihrer Verrechnung oder Verwaltung in ihren eigenen Nutzen verwenden, werden, als der Rechnersuntreue schuldig, von der Strafe der Unterschlagung, und zugleich von Dienstentlassung oder Dienstentsetzung getroffen.“

²⁵² Die Vorschrift lautet: „Der öffentliche Diener, welcher durch Anwendung der Amtsgewalt, oder durch Drohung mit derselben Jemanden nöthigt, ihm Vortheile zu gewähren, die ihm nicht gebühren, oder welcher auf gleiche Weise Jemanden in rechtswidriger Absicht nöthigt, einen Andern Vortheile zu gewähren, die ihm nicht gebühren, wird, als der öffentlichen Erpressung schuldig, neben der Strafe des gemeinen Verbrechens der Erpressung (§§ 417 bis 419 und 422), zugleich von der Strafe der Dienstentlassung, oder Dienstentsetzung getroffen.“

also sowohl zum Schaden als auch zum Vorteil von anderen. Zur Ausarbeitung des Gesetzeswerks hatten sich nicht nur sämtliche Staaten vereinigt, die zwischen 1839 und 1845 das sächsische Strafgesetzbuch aus dem Jahr 1838 angenommen hatten,²⁵³ sondern darüber hinaus auch Coburg-Gotha, Schwarzburg-Rudolstadt, Reuß ältere und jüngere Linie, Anhalt-Dessau und Köthen.²⁵⁴ Exemplarisch wird hier das zuerst publizierte weimarische Gesetzbuch vom 20. März 1850 herangezogen. Dort lautet der Mißbrauchstatbestand des Art. 316, der die Besonderheit besitzt, im dritten Absatz drei Regelbeispiele zu geben:

„Staatsdiener und öffentliche Beamte, welche ihre amtlichen Verhältnisse aus Haß, Rachsucht, Parteilichkeit, oder sonst vorsätzlich zur Bedrückung oder Mißhandlung Anderer, oder zu widerrechtlicher Begünstigung einer Person zum Nachtheil eines Andern oder des Gemeinwesens mißbrauchen, sind, sofern ihre Handlung nicht in ein schwereres Verbrechen übergeht, mit einer Geldstrafe bis zu hundert Thalern, oder mit Gefängniß bis zu zwei Jahren zu bestrafen.

Haben sie sich die Handlung zu Schulden kommen lassen, um einen rechtswidrigen Vortheil für sich zu erlangen, so soll auf Gefängniß bis zu zwei Jahren erkannt und eine Geldstrafe nicht angewendet werden.

Die in dem gegenwärtigen Artikel verordneten Strafen sollen insbesondere eintreten: 1) wenn ein Beamter, um einen rechtswidrigen Vortheil für sich oder Andere zu erpressen, mit der ihm anvertrauten Amtsgewalt droht, oder solche zur Erhebung unerlaubter Abgaben, Gebühren oder Vergütungen für amtliche Bemühungen mißbraucht, und nicht nach Art. 155 und Art. 157 eine höhere Strafe eintritt; 2) wenn ein Beamter Abgaben, Gefälle oder sonstige Einkünfte, deren Festsetzung, Erhebung oder Verwaltung ihm übertragen ist, zum Nachtheil des Berechtigten verkürzt; 3) wenn Justiz- oder Polizeibeamte einen Unschuldigen wissentlich in eine Untersuchung verwickeln, einen Angeschuldigten widerrechtlich verhaften oder verhaften lassen, oder in Haft behalten, Angeschuldigte, Verhaftete oder Zeugen mißhandeln, Untersuchungen pflichtwidrig unterlassen, oder bei Ertheilung einer Entscheidung oder Vollziehung das Recht beugen.“

²⁵³ Siehe oben unter II 6.

²⁵⁴ Nicht überall wurde es später Gesetz. So z.B. in Altenburg, wo daher das 1841 angenommene sächsische StGB fortgalt. Demgegenüber publizierten es die folgenden Staaten: Weimar am 20.3.1850, Schwarzburg-Sondershausen am 25.3.1850, Schwarzburg-Rudolstadt am 26.4.1850, Anhalt-Dessau und Köthen am 28.5.1850, Meiningen am 21.6.1850, Coburg am 29.11.1850, Gotha am 12.7.1850, Reuß jüngere Linie am 14.4.1852, Anhalt-Bernburg am 31.10.1864 sowie Reuß ältere Linie am 5.9.1868.

Da es sich bei den im dritten Absatz aufgeführten Fällen um Regelbeispiele handelt, während Absatz 1 in seiner Weite unberührt bleibt, handelt es sich um einen allgemeinen Amtsmißbrauchstatbestand im eingangs erläuterten Sinne.

Darüber hinaus gibt es mit Art. 307 ebenfalls den Auffangtatbestand der Vernachlässigung der Amtspflicht, wie er gleichlautend aus dem sächsischen Strafgesetzbuch von 1838 (Art. 311) bekannt ist.²⁵⁵

m) Preußisches Strafgesetzbuch von 1851

Im preußischen Strafgesetzbuch vom 14. April 1851²⁵⁶ fehlt demgegenüber ein allgemeiner Mißbrauchstatbestand im eingangs erläuterten Sinne. Mit § 315 existiert zwar ein Delikt, bei dem als Tathandlung explizit der Mißbrauch der Amtsgewalt verlangt wird, aber letztlich muß die Tat allein auf eine Nötigung abzielen:

„Ein Beamter, welcher seine Amtsgewalt mißbraucht, um Jemand zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung widerrechtlich zu nöthigen, wird mit Gefängniß nicht unter einem Monate bestraft; zugleich kann auf zeitige Unfähigkeit zu öffentlichen Aemtern erkannt werden.“

Von manchen wird die Tathandlung allerdings weitgehender interpretiert. So meint *Temme*, daß das Delikt des Mißbrauchs der Amtsgewalt mit der Erpressung im Amt (*concessio publica*) des gemeinen Rechts die Gemeinsamkeit verbindet, daß sie beide durch die betrügerische Vorspiegelung einer zustehenden amtlichen Befugnis, also durch List, ausgeübt werden können. Das wiederum würde bedeuten, daß die Tathandlung nicht allein auf die Anwendung oder Androhung von Gewalt beschränkt wäre. Dennoch wäre die Norm selbst bei einer solchen Auslegung nicht als gänzlich allgemeiner Mißbrauchstatbestand zu qualifizieren, da stets die Einwirkung des Täters auf die Willensbildung oder Willensbetätigung seines Gegenübers vorausgesetzt würde.²⁵⁷

²⁵⁵ Siehe oben B.IV.2.f), S. 358.

²⁵⁶ Abgesehen von der Zeit von 1794 bis 1814 hatte Preußen nie ein uniformes Strafrecht. Gerade vor Erlass des Strafgesetzbuchs war der Zustand des Strafrechts am uneinheitlichsten: In den „alten“ Provinzen galt das Strafrecht des Allgemeinen Landrechts, in der Rheinprovinz galt das französische StGB, in Neuvorpommern, am Oberrhein und im Fürstentum Hohenzollern-Hechingen das gemeine deutsche Strafrecht und schließlich in Hohenzollern Sigmaringen das Badische StGB. *Temme*, Lehrbuch des Preußischen Strafrechts, S. 72, merkt deshalb an, daß eine Abhilfe dieser Situation erforderlich war, kritisiert aber den Zeitpunkt. Der Erlass des Gesetzbuchs im Anschluß an eine politische Krise habe es merklich geprägt – insbesondere mit Blick auf die politischen Verbrechen, aber auch den Geist des ganzen Werks.

²⁵⁷ *Temme*, Lehrbuch des Preußischen Strafrechts, S. 1076 f.

Besondere Beachtung verdient die vorangehende Vorschrift des § 314, die einen Amtsmißbrauch behandelt, selbst wenn dieser nicht von ganz allgemeiner Art ist:

„Ein Beamter, welcher bei der Leitung oder Entscheidung von Rechtsachen vorsätzlich, zur Begünstigung oder Benachtheiligung einer Partei, sich einer Ungerechtigkeit schuldig macht, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.

Zu gleicher Strafe ist ein Schiedsrichter zu verurtheilen, welcher bei der ihm übertragenen Leitung oder Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten vorsätzlich, zur Begünstigung oder Benachtheiligung einer Partei, sich einer Ungerechtigkeit schuldig macht.“

Es handelt sich um den Vorläufer unseres heutigen Tatbestands der Rechtsbeugung (§ 339 StGB). Das Merkmal der „Ungerechtigkeit“ wich aus redaktionellen Gründen der Umschreibung der „Beugung des Rechts“, ohne daß dies eine inhaltliche Änderung mit sich gebracht hätte.²⁵⁸

Als aktives Tatsubjekt war allein der Beamte genannt. Der Richter blieb hingegen unerwähnt. Weil der Täter nur mit dem Begriff des „Beamten“ umschrieben war, kam grundsätzlich auch der einfache Verwaltungsbeamte als handelndes Subjekt der Rechtsbeugung in Betracht. Allerdings galt einschränkend, daß es ein Beamter sein mußte, dem die Leitung oder Entscheidung von Rechtssachen oblag. Folglich war diese Voraussetzung – und sie ist es auch noch heute – von entscheidender Bedeutung für die Reichweite des Tatbestands und für die Frage nach dem tauglichen Tatsubjekt. Wäre auch die schlichte Rechtsanwendung seitens der Verwaltungsbeamten ohne eine richterähnliche Position oder entsprechende Kompetenzen, wie beispielsweise die Bewilligung von Sozialhilfe oder die Erteilung einer Baugenehmigung, als „Leitung oder Entscheidung von Rechtssachen“ zu qualifizieren, wäre das vorsätzlich rechtswidrige Verwaltungshandeln zur Benachteiligung oder Begünstigung von Bürgern eine „Ungerechtigkeit“ im Sinne von § 314. Die Geschichte der Vorschrift spricht dagegen. § 314 geht ursprünglich auf § 371 ALR II 20 zurück.²⁵⁹ Dort war der Täter der

²⁵⁸ Oppenheim, Die Rechtsbeugungsverbrechen (§§ 336, 343, 344) des Deutschen Strafgesetzbuches, S. 35; Musielak, Die Rechtsbeugung, S. 16; Seebode, Das Verbrechen der Rechtsbeugung, S. 9 f.; Schmidt-Speicher, Hauptprobleme der Rechtsbeugung, S. 52. Im übrigen wurde bereits die Vorlage für § 314 des preußischen Strafgesetzbuchs und zwar § 354 des hannoverschen Strafgesetzbuchs von 1840 als „Beugung des Rechts“ betitelt. Folgerichtig spricht auch Goldammer, § 314, Anm. 1, von § 314 prStGB als dem Rechtsbeugungstatbestand.

²⁵⁹ § 371 ALR II 20 lautete: „Justizbeamte, die sich aus Animosität, Privatleidenschaften, oder andern Nebenabsichten, zu pflichtwidrigen Handlungen in ihrem Amte hinreißen lassen, sollen cassirt, und außerdem mit zwey- bis fünfjährigem Festungsarreste bestraft werden.“

„Justizbediente“ und damit das Delikt nicht auf jegliche Beamten anzuwenden. In seiner konkreten Fassung war § 314 aber dem § 354 des allgemeinen Criminal-Gesetzbuchs für das Königreich Hannover²⁶⁰ nachgebildet.²⁶¹ Dieser sprach explizit lediglich von Richtern als potentielle Täter der „Beugung des Rechts“. § 314 rückte davon aber ab und verwendete den Begriff des Beamten.²⁶² Im Vorfeld der Entstehung des preußischen Strafgesetzbuchs hatte sich die Gesetzeskommission der zweiten Kammer mit dem Entwurf der Vorschrift auseinanderzusetzen (§§ 285-287) und in ihrem Bericht merkte sie zu diesem Punkt an:

„Bekanntlich werden nach unserer Gesetzgebung nicht alle Rechts-sachen von den Gerichten erledigt. In Vorfluthssachen, wenn es sich um das Setzen eines Merkpfaahs, und Regulirung eines Interimistiums in Kirchen-Bausachen handelt, und in vielen anderen Fällen sind es Verwaltungsbehörden, denen die Entscheidung zusteht. Es war also ganz richtig, wenn der Entwurf sich in diesen Paragraphen nicht auf die Richter beschränkte.“²⁶³

In „Vorflutsachen“ ging es um Streitigkeiten bei der Markierung von Niedrigst- und Höchstwasserständen durch das Setzen von Merkpfehlen. Hier mußte der Beamte zwischen Mühlen-, Wehr- oder Schleusenbesitzern einerseits und den von Staumaßnahmen betroffenen Grundstückseigentümern und Wassernutzungsberechtigten andererseits bis zum Ausgang ihres anhängigen Gerichtsverfahrens eine schlichtende Entscheidung treffen.²⁶⁴ Bei den Kirchenbausachen verhielt es sich ganz ähnlich. Gemäß des Allgemeinen Preußischen Landrechts sollten die von der Verwaltung getroffenen Regulierungen – vorbehaltlich einer gerichtlichen Lösung – Streitigkeiten zum Beispiel über die Notwendigkeit und Art eines Kirchenbauwerks oder die zu leistenden finanziellen Beiträge beenden, die nicht kirchenintern geregelt werden konnten.²⁶⁵ Zu den „vielen anderen

²⁶⁰ § 354 lautete: „Richter, welche aus irgend einem Beweggrunde bei Leitung oder Entscheidung eines Rechtsstreits vorsätzlich Ungerechtigkeiten begehen, sollen ihres Dienstes entsetzt und nach den Umständen zugleich mit Freiheitsstrafe belegt werden.“

²⁶¹ Goltdammer, § 314, Anm. 1.

²⁶² In einem weiteren Punkt wich § 314 von § 354 des hannoverschen Strafgesetzbuchs ab. Letzterer verwendete den Begriff des Rechtsstreits, während in Preußen auf die „Rechtssache“ abgestellt wurde. Dies war geschehen, um so die Vorschrift nicht allein auf Zivilrechtssachen (sog. *crimen syndicus*) zu beschränken, sondern auch auf Strafsachen auszudehnen. Siehe Goltdammer, § 314, Anm. 1; Seebode, Das Verbrechen der Rechtsbeugung, S. 80.

²⁶³ Abgedruckt bei Müller, Das Preußische Straf-Gesetzbuch, S. 170.

²⁶⁴ Siehe das Preußische „Gesetz wegen des Wasserstaues bei Mühlen, und Verschaffung von Vorfluth“ vom 15.11.1811 (Preußische Gesetzessammlung S. 352 ff.), insbes. §§ 5 f.

²⁶⁵ Siehe in diesem Zusammenhang §§ 707-709 ALR II, 11, 9 (zweiter Teil, 11. Titel „Von den Rechten und Pflichten der Kirchen und geistlichen Gesellschaften“, 9. Abschnitt). § 707 lautet: „Die geistlichen Obern müssen die Nothwendigkeit des Baues prüfen, und die Art desselben bestimmen.“ § 708 lautet: „In allen Fällen, worüber die Nothwendigkeit

Fällen“, von denen die Gesetzeskommission in ihrem Bericht sprach, gehörten nach *Temme* „die Cognitionen der Polizeibehörden in Gesindesachen, die Untersuchungen und die Strafresolute der Verwaltungsbehörden in Defraudations- und Contraventionssachen, in Disciplinarsachen u.s.w.“²⁶⁶

Die von der Gesetzeskommission benutzten Beispiele verdeutlichen, daß sie als taugliche Täter des Rechtsbeugungstatbestands nicht sämtliche Verwaltungsbeamte im Blick hatte, sondern lediglich solche, die auch Rechtssachen leiten oder entscheiden konnten, und daß als Rechtssache eben nicht jede Rechtsanwendung in Betracht kam. *Temme* stellte ebenfalls klar, daß es sich um Fälle handeln muß, in denen die Beamten eine richterliche Eigenschaft besitzen, also als Richter einer „Administrativ-Justiz“ tätig werden.²⁶⁷

Wenn also § 314 das Tatsubjekt mit dem „Beamten“ umschrieb, dann allein deshalb, weil nach damaliger preußischer Gesetzgebung auch Verwaltungsbeamte in Einzelfällen Rechtssachen zu leiten bzw. zu entscheiden hatten.²⁶⁸ Daran hat sich bis heute im Grunde nichts geändert. Nach überwiegendem Verständnis handelt es sich bei einer Rechtssache um eine Rechtsangelegenheit, die zwischen mehreren Beteiligten mit – mindestens möglicherweise – entgegenstehenden rechtlichen Interessen in einem rechtlich geordneten Verfahren nach Rechtsgrundsätzen verhandelt und entschieden werden.²⁶⁹ Die Definition verdeutlicht, daß nicht alle Verwaltungsmaßnahmen als Rechtssache zu qualifizieren sind. Zudem kommt der Verwaltungsbeamte nur dann als Täter der Rechtsbeugung in Frage, wenn er im Hinblick auf seinen Aufgabenbereich und seine Stellung mit einem Richter vergleichbar ist.²⁷⁰

Im übrigen zeigt sich eine deutliche Differenz zu § 673 des badischen Strafgesetzbuchs von 1845. Das Delikt der Rechtsbeugung dort schloß einerseits alle öffentlichen Staatsdiener und andererseits explizit auch Verwaltungssachen ein. Es bestrafte im Gegensatz zu § 314 folglich auch vorsätzliche Ungerechtigkeiten

oder Art des Baues, oder der Reparatur, oder wegen des dazu zu leistenden Beytrages, unter den Interessenten Streit entsteht, müssen die geistlichen Obern, die Sache gütlich zu reguliren, sich angelegen seyn lassen.“ § 709 lautet: „Findet die Güte nicht statt: so müssen sie die rechtliche Entscheidung des Streits an die weltliche Obrigkeit verweisen; zugleich aber festsetzen: wie es inzwischen mit dem Baue oder der Reparatur gehalten werden solle.“

²⁶⁶ *Temme*, Lehrbuch des Preußischen Strafrechts, S. 1078, Fn. 4.

²⁶⁷ Ebd.

²⁶⁸ So auch die Literatur, s. *Beseler*, § 314, Anm. 1, S. 554; *Goltdammer*, § 314, Anm. 1, S. 554.

²⁶⁹ RGSt 71, 115; BGHSt 5, 304; 12, 191; 14, 147; NJW 1960, 253; SK-Rudolphi/Stein, § 339 StGB, Rdn. 7; Schönke/Schröder-Heine, § 339 StGB, Rdn. 3. Vgl. anders *Seebode*, Das Verbrechen der Rechtsbeugung, S. 81 ff., 93, der insbesondere das Erfordernis einer weisungsfreien und unparteiischen Position des Beamten hervorhebt und deshalb auch zu anderen Ergebnissen als die herrschende Meinung kommt.

²⁷⁰ BGHSt 34, 146; OLG Bremen NStZ 86, 120; Schönke/Schröder-Heine, § 339 StGB, Rdn. 9.

bei einfachen Verwaltungsentscheidungen. Demnach war § 314 ein spezieller Tatbestand eines Amtsmißbrauchs.

Als weitere spezielle Fälle von Amtsmißbräuchen können auch die Delikte der rechtswidrigen Erhebung von Gebühren, § 326, sowie der rechtswidrigen Erhebung von Abgaben aus Eigennutz, § 327, gesehen werden. § 326 lautet:

„Ein Beamter, welcher Gebühren oder andere Vergütungen für amtliche Verrichtungen zu seinem Vortheil zu erheben hat, wird, wenn er Gebühren oder Vergütungen erhebt oder zu erheben versucht, von denen er weiß, daß die Zahlenden sie gar nicht oder nur in geringerem Betrage verschulden, mit Geldstrafe bis zu Einhundert Thalern oder mit Gefängniß bis zu Einem Jahre bestraft; es kann zugleich auf zeitige Unfähigkeit zu öffentlichen Aemtern erkannt werden.“

§ 327 lautet:

„Ein Beamter, welcher Steuern, Gebühren, oder andere Abgaben für eine öffentliche Kasse zu erheben hat, wird, wenn er Abgaben, von denen er weiß, daß der Zahlende sie gar nicht oder nur in geringerem Betrage verschuldet, erhebt und das rechtswidrig Erhobene ganz oder zum Theil nicht zur Kasse bringt, mit Gefängniß nicht unter drei Monaten bestraft; auch kann gegen denselben auf zeitige Unfähigkeit zu öffentlichen Aemtern erkannt werden.“

Eine solche Strafe hat ein Beamter verwirkt, welcher bei amtlichen Ausgaben an Geld oder Naturalien dem Empfänger vorsätzlich und rechtswidrig Abzüge macht und die Ausgaben als vollständig geleistet in Rechnung stellt.“

Das preußische Strafgesetzbuch wurde am 22. Januar 1852 auch als Strafgesetzbuch für das Herzogtum Anhalt-Bernburg angenommen.

n) Sächsisches Strafgesetzbuch von 1855

So wie im badischen existiert auch im sächsischen Strafgesetzbuch vom 13. August 1855²⁷¹ eine Strafbestimmung, die explizit als Amtsmißbrauch überschrieben ist. Art. 362 enthält dabei einen allgemeinen Mißbrauchstatbestand, der die oben aufgestellten Kriterien erfüllt. Die Tathandlung ist nicht spezifiziert, und auch sind ausdrücklich beide Deliktsrichtungen gegeben. Die

²⁷¹ Als einziger thüringischer Staat führte Reuß ältere Linie das StGB Sachsens am 27.11.1861 ein. Allerdings übernahm er knapp sieben Jahre später (am 5.9.1868) das thüringische StGB von 1850.

Tat kann sowohl zur Benachteiligung als auch zur Begünstigung von Personen begangen werden:

„Staatsdiener und andere in besonderen öffentlichen Pflichten stehende Personen, welche sich durch Mißbrauch der in ihrer öffentlichen Stellung liegenden Eigenschaften oder Befugnisse oder durch geflissentliche Verabsäumung ihrer Obliegenheiten einer Bedrückung, Mißhandlung, oder widerrechtlichen Begünstigung Jemandes schuldig machen, oder durch die obgedachten Handlungen oder Unterlassungen Jemandem Schaden zufügen, sind, dafern nicht die That in ein schwereres Verbrechen übergeht, mit Geldbuße von zehn bis zweihundert Thalern, in schwereren Fällen mit Gefängnis von zwei Monaten bis zu zwei Jahren zu bestrafen.“

Interessant ist auch das Delikt der Verletzung der Dienstpflicht, Art. 371:

„Haus- oder Wirtschaftsbeamte oder andere Privatdiener, welche in ihren Dienstverhältnissen ihre Dienstherrschaften vorsätzlich benachteiligen, um sich oder Anderen einen unerlaubten Vortheil zu verschaffen, sind, dafern nicht Art. 364 zur Anwendung kommt, mit Gefängnis bis zu sechs Monaten zu bestrafen.“

Es scheint sich jedoch in erster Linie an Personen zu richten, die in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis stehen und die ihnen dort eingeräumten Befugnisse mißbrauchen. Das erklärt auch, warum das 18. Kapitel nicht mit einem Bezug zu Amtsdelikten überschrieben ist, sondern „Von den Pflichtverletzungen in besonderen Verhältnissen“ heißt. Ausdrücklich sind die in dem Kapitel aufgeführten Straftatbestände vom Disziplinarrecht unterschieden. Art. 375 bringt diese Differenzierung zum Ausdruck: „Haben Staatsdiener oder andere in besonderen öffentlichen Pflichten stehende Personen in irgend einer anderen Beziehung den ihnen vermöge der Gesetze, ergangener Verordnungen und Befehle, oder besonderer Instructionen obliegenden Verpflichtungen zuwider gehandelt, so wird solches von der Dienst- oder Aufsichtsbehörde im disciplinarischen Wege geahndet.“

o) Oldenburger Strafgesetzbuch von 1858

Das Strafgesetzbuch für das Großherzogtum Oldenburg vom 3. Juli 1858²⁷² basiert auf dem preußischen Strafgesetzbuch von 1851 in der zweiten Ausgabe, die am 21. April 1856 erschienen ist. Das Delikt des Mißbrauchs der Amtsgewalt,

²⁷² Veröffentlicht am 10.7.1858.

Art. 292, stimmt nahezu wörtlich mit dem entsprechenden preußischen Art. 315 überein:

„Ein Beamter, welcher seine Amtsgewalt mißbraucht, um Jemand zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung widerrechtlich zu nöthigen, wird mit Gefängniß nicht unter Einem Monate bestraft; zugleich kann auf Unfähigkeit zu öffentlichen Aemtern erkannt werden.“

Identisch sind auch die Bestimmungen über die rechtswidrige Erhebung von Gebühren, Art. 303 (Art. 326 preuß. StGB), und die rechtswidrige Erhebung von Abgaben aus Eigennutz, Art. 304 (Art. 327 preuß. StGB). Das Delikt der Begehung einer Ungerechtigkeit in Rechtssachen, Art. 291 (Art. 314 preuß. StGB), differiert nur leicht zum preußischen Recht, und zwar im Strafmaß sowie mit der Nennung des Schöffen:

„§ 1 Ein Beamter, welcher bei der Leitung oder Entscheidung von Rechtssachen vorsätzlich, zur Begünstigung oder Benachtheiligung einer Parthei, sich einer Ungerechtigkeit schuldig macht, wird mit Gefängniß nicht unter zwei Jahren und mit Untersagung der Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte auf die Dauer von fünf Jahren bestraft.

§ 2 Zu gleicher Strafe ist ein Schöffe oder ein Schiedsrichter zu verurtheilen, welcher bei der ihm übertragenen Leitung oder Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten vorsätzlich, zur Begünstigung oder Benachtheiligung einer Parthei, sich einer Ungerechtigkeit schuldig macht.“

p) Bayerisches Strafgesetzbuch von 1861

Im Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern vom 10. November 1861 finden sich mehrere Vorschriften, die bezüglich des Delikts des Amtsmißbrauchs erwähnenswert sind. Gleich zu Beginn des vierundzwanzigsten Hauptstücks der zweiten Abteilung des Strafgesetzbuchs über die Verletzung besonderer Berufspflichten steht mit Art. 364 (Verletzung der Dienstpflicht im Allgemeinen) ein allgemeines Amtsdelikt:

„Ein Beamter, welcher seiner Dienstpflicht zuwiderhandelt, um dadurch einem Andern Schaden zuzufügen oder sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vortheil zu verschaffen, ist mit Gefängniß bis zu drei Monaten oder an Geld bis zu zweihundert Gulden zu bestrafen.

Mit der Gefängnißstrafe kann der Verlust des Dienstes als Straffolge verbunden werden.“

Dieser Tatbestand ist hinsichtlich der Begehung, also des strafbaren Verhaltens, abgesehen von der Pflichtverletzung, völlig offen und schließt neben der Benachteiligung und Begünstigung von Dritten auch die Beabsichtigung eines eigenen Vorteils für den Täter ausdrücklich ein. Zwar fällt nicht der Begriff des Mißbrauchs von Amtsbefugnissen, dennoch werden Amtsmißbräuche, bei denen gleichzeitig eine Pflichtverletzung vorliegt, durch die Norm erfaßt.

Interessant ist in diesem Zusammenhang die Vorschrift des Art. 377, die sich ausdrücklich auf die Beamten in Ausübung ihrer Berufspflichten bezieht:

„Beamte, welche in der Ausübung ihrer Berufspflichten sich zur Begünstigung oder Benachtheiligung einer Partei wissentlich einer Ungerechtigkeit schuldig machen, sollen mit Gefängniß nicht unter sechs Monaten bestraft werden, womit der Verlust des Dienstes verbunden werden kann.“

Bei diesem Tatbestand geht es somit um die vorsätzliche Parteilichkeit eines Beamten, ohne daß auf die sonstigen Umstände, wie namentlich auf das Motiv der Tat, ankäme.²⁷³ Während sich der Täter bei Art. 364 außerhalb seiner Dienstpflichten bewegt, erfaßt letztere Bestimmung auch Verhaltensweisen, die ihnen nicht widersprechen. Zusammen decken beide Artikel auf jeden Fall das Spektrum von Verhaltensweisen ab, was normalerweise von dem Delikt eines allgemeinen Amtsmißbrauchs aufgefangen wird.²⁷⁴

Art. 375, der dem Wortlaut nach den Mißbrauch der Amtsgewalt enthält, zielt wie Art. 315 des preußischen Strafgesetzbuchs von 1851 jedoch lediglich auf eine widerrechtliche Nötigung²⁷⁵ und gibt somit die Tathandlung vor:

„Beamte, welche ihre Amtsgewalt mißbrauchen oder mit dem Gebrauche derselben drohen, um Jemanden zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung widerrechtlich zu nöthigen, sollen mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft werden, womit nach Umständen der Verlust des Dienstes als Straffolge verbunden werden kann.“

²⁷³ Weis, Das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern, 2. Bd., S. 290 f.

²⁷⁴ An dem strafrechtlichen Charakter beider Bestimmungen besteht indes trotz der Verwendung der Umschreibung der Pflichtverletzung kein Zweifel mehr. Beide Tatbestände sind gem. Art. 1 Abs. 2 als Vergehen im Sinne des Strafgesetzes zu qualifizieren. Art. 1 Abs. 2 lautet: „Handlungen, welche die Gesetze mit Gefängniß oder mit einer Geldstrafe, deren höchster Betrag hundert und fünfzig Gulden übersteigt, bedrohen, sind Vergehen.“

²⁷⁵ Siehe auch Weis, Das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern, 2. Bd., S. 289.

Ist die Handlung auf Erlangung eines rechtswidrigen Vortheils gerichtet, so ist auf Gefängniß nicht unter einem Jahre zu erkennen mit Verhängung der im Art. 28 bezeichneten Straffolgen.“

Der folgende Art. 376 behandelt die eigennützige rechtswidrige Erhebung von Leistungen:

„Beamte, welche aus Eigennutz an Steuern, Taxen, Stempeln oder anderen Leistungen etwas erheben, was der Betheiligte überhaupt nicht oder nicht in dem eingehobenen Betrage schuldet, oder welche bei amtlichen Ausgaben an Geld oder anderen Sachen dem Empfänger widerrechtlich Abzüge machen, sind zu Gefängniß nicht unter drei Monaten zu verurtheilen, womit Geldstrafe bis zu tausend Gulden verbunden werden kann. Zugleich kann auf Verlust des Dienstes als Straffolge erkannt werden.

Übersteigt der Gesamtbetrag dessen, was der Beamte auf die angegebene Weise widerrechtlich bezogen oder zurückbehalten hat, die Summe von fünfhundert Gulden, so ist auf Zuchthaus bis zu zwölf Jahren zu erkennen.“

q) Strafgesetzbuch des Norddeutschen Bundes von 1870

Im Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund vom 31. Mai 1870, das auf dem preußischen Strafgesetzbuch von 1851 beruht, existiert ebenfalls kein allgemeines Delikt des Amtsmissbrauchs. Der Mißbrauch der Amtsgewalt des § 339 besteht, jetzt eindeutiger als seine Vorlage,²⁷⁶ in der Nötigung einer Person, gibt also die Tathandlung in dieser Beziehung vor:

„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.

Der Versuch ist strafbar.

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.“

²⁷⁶ Während beim § 315 des preußischen StGB die Nötigung nur beabsichtigt sein mußte („mißbraucht, um Jemand zu einer Handlung ... zu nöthigen“), muß sie gem. § 319 StGB des Norddeutschen Bundes bereits vollendet sein.

Im Unterschied zum Mißbrauch der Amtsgewalt des preußischen Strafgesetzbuchs ist hier auch der Versuch unter Strafe gestellt und die Strafbarkeit in Absatz 3 auf andere Nötigungsfälle ausgedehnt, wobei der Mißbrauch der Amtsgewalt oder Androhung eines bestimmten Mißbrauchs derselben der Anwendung von Gewalt oder Drohung mit einer strafbaren Handlung gleichgestellt ist.²⁷⁷

Der Tatbestand der Rechtsbeugung, § 336 (§ 314 preuß. StGB), lautet nun:

„Ein Beamter oder Schiedsrichter, welcher sich bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache vorsätzlich zu Gunsten oder zum Nachtheile einer Partei einer Beugung des Rechtes schuldig macht, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.“

Nahezu unverändert sind die Bestimmungen über die Gebührenübererhebung, § 352 (§ 326 preuß. StGB), und Abgabenübererhebung sowie Leistungsverkürzung, § 353 (§ 327 preuß. StGB) geblieben. § 352 hat allerdings einen erweiterten Täterkreis:

„Ein Beamter, Advokat, Anwalt oder sonstiger Rechtsbeistand, welcher Gebühren oder andere Vergütungen für amtliche Verrichtungen zu seinem Vortheile zu erheben hat, wird, wenn er Gebühren oder Vergütungen erhebt, von denen er weiß, daß der Zahlende sie überhaupt nicht oder nur in geringerem Betrage verschuldet, mit Geldstrafe bis Einhundert Thalern oder mit Gefängniß bis zu Einem Jahre bestraft.

Der Versuch ist strafbar.“

Bei § 353 wurde aus dem ersten Absatz die mögliche Nebenstrafe der Unfähigkeit zu öffentlichen Ämtern herausgenommen:

„Ein Beamter, welche Steuern, Gebühren oder andere Abgaben für eine öffentliche Casse zu erheben hat, wird, wenn er Abgaben, von denen er weiß, daß der Zahlende sie überhaupt nicht oder nur in geringerem Betrage verschuldet, erhebt, und das rechtswidrig Erhobene ganz oder zum Theil nicht zur Casse bringt, mit Gefängniß nicht unter drei Monaten bestraft.

Gleiche Strafe trifft den Beamten, welcher bei amtlichen Ausgaben an Geld oder Naturalien dem Empfänger vorsätzlich und rechtswidrig Abzüge macht und die Ausgaben als vollständig geleistet in Rechnung stellt.“

²⁷⁷ Siehe Meyer, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, S. 273.

3. Analyse und spätere Entwicklungen

Der Blick in die Strafgesetze des 19. Jahrhunderts zeigt, daß es den Tatbestand eines allgemeinen Amtsmissbrauchs im eingangs erläuterten Sinne durchaus in einigen deutschen Staaten gab. Wie gesehen, hatte er ganz unterschiedliche Formen, aber der Kern, der Gedanke, daß ein Beamte kriminelles Unrecht begeht, indem er sich seine amtlichen Befugnisse zu privaten Zwecken einsetzt, um Vor- oder Nachteile zu bewirken, war dem deutschen Recht demzufolge nicht fremd.

Den Begriff des Mißbrauchs von Amtsgewalt kennen darüber hinaus bis auf wenige Ausnahmen alle der untersuchten Strafgesetze jener Zeit. Das ist auch beim preußischen Strafgesetzbuch der Fall, aus dem sich letztlich das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich entwickelte. Allerdings verwendet es die Bezeichnung ebenso wie schließlich das norddeutsche und dann das gesamtdeutsche Strafgesetzbuch lediglich im Zusammenhang mit der Nötigung. Dadurch handelt es sich bei dem betreffenden Tatbestand nicht um einen allgemeinen Amtsmissbrauch, bei dem die Tathandlung und auch die Deliktsrichtung offen gelassen sind. Ein solches Delikt sah die preußische Strafgesetzgebung zeitlich nach dem ALR nicht vor. Dementsprechend war in dieser Hinsicht der Weg für das deutsche Strafgesetzbuch vorgezeichnet. Bei der Einführung eines einheitlichen Strafrechts für das deutsche Reich wurde das Delikt des Amtsmissbrauchs nicht berücksichtigt. Dabei blieb es in der Bundesrepublik letztlich auch.

Es stellt sich die Frage, warum im preußischen Strafgesetzbuch von 1851 eine entsprechende Regelung fehlte; zumal wenn davon ausgegangen wird, daß es sich bei § 333 des ALR, der allgemein die vorsätzliche Zuwiderhandlung gegen Amtsvorschriften mit Strafe bedrohte, um eine echte Strafbestimmung handelte. Es wäre nicht ungewöhnlich gewesen, hätte die Legislative auch im reformierten Strafrecht an dem Tatbestand im Grundsatz festgehalten, so wie es beispielsweise mit dem Delikt der Bestechung der Fall war oder in Italien mit dem Amtsmissbrauch selbst. Der preußische Gesetzgeber hat sich jedoch bewußt gegen seine Aufnahme entschieden. Das Justizministerium,²⁷⁸ das mit der Revision des Strafrechts betraut war, stellte bei der Überarbeitung des Entwurfs von 1843 ausdrücklich fest, daß eine allgemeine Bestimmung wie § 333 ALR abzulehnen sei.²⁷⁹ Es verwies einleitend zu dem Titel über die Verbrechen der Beamten auf die grundsätzlichen Erwägungen, auf denen der Entwurf von 1843 beruhe. Als erstes nannte es, daß die meisten vorsätzlichen und fahrlässigen Pflichtwidrigkeiten auf dem Disziplinarweg zu erledigen seien. Nur diejenigen

²⁷⁸ 1842-1848 unter Leitung von *Friedrich Karl von Savigny*.

²⁷⁹ Revision des Entwurfs des Strafgesetzbuchs von 1843, 3. Bd., Berlin 1845, S. 103.

schweren Verbrechen gegen die Amtspflichten, welche mit Kassation oder Amtsentsetzung bedroht werden müßten, seien als Amtsverbrechen der Kognition des Strafrichters vorzubehalten und daher in das Strafgesetzbuch aufzunehmen. Weiter stellte das Ministerium heraus, daß sich über die Anwendung der Kassation oder Amtsentsetzung keine allgemein durchgreifenden Bestimmungen geben lasse, und deshalb das Strafgesetzbuch die einzelnen als Amtsverbrechen zu bestrafenden Handlungen auführen müsse. Schon hieraus konnte indirekt die Ablehnung eines allgemeinen Amtsmißbrauchstatbestands abgelesen werden. Schließlich forderte es, daß die Entfernung aus dem Amt – zwar nicht als Strafe der Kassation oder Amtsentsetzung verstanden – auf dem Disziplinarwege zulässig sein müsse, wenn das Verhalten des Beamten seine Beibehaltung nicht gestatte. Als Schlußfolgerung unterstrich das Ministerium, daß der Entwurf demgemäß nur einzelne bestimmte Amtsdelikte hervorgehoben, alles andere aber zur „Disziplinarbestrafung“ verwiesen habe.²⁸⁰ Hauptsächlich hiergegen habe sich auch die Kritik aus der Literatur gewendet, berichten die Verfasser der Einleitung zum 28. Titel. Es sei getadelt worden, daß es im Entwurf keinen allgemeinen Begriff der Amtsverbrechen gebe und der Disziplinarbestrafung zuviel überlassen sei. Tatsächlich hatte *von Strampff* dem Entwurf grundsätzlich vorgeworfen, über die aufgestellte Kasuistik die Entwerfung von allgemeinen Formeln vernachlässigt zu haben.²⁸¹ Auch *Temme* war mit dem System des Entwurfs nicht einverstanden und forderte konkret die allgemeine Definition eines Amtsverbrechens. Für ihn war ein solches immer dann gegeben, „wenn der Beamte sein Amt in der Absicht einer Rechtsverletzung gegen den Staat oder einen Dritten mißbraucht“.²⁸² Das Ministerium zur Gesetzrevision begegnet der Kritik zunächst mit dem zutreffenden Hinweis, daß mit dem Gesetz über das gerichtliche und disziplinarrechtliche Verfahren gegen Beamte vom 29. März 1844 die Grundzüge des Entwurfs bereits insofern gesetzlich sanktioniert worden sind, als es nur diejenigen Dienstvergehen den Straferichten zuordnet, die mit Kassation oder Amtsentsetzung bedroht sind, und die übrigen der Disziplinar-gewalt unterwirft sowie hierbei als Maßnahme der Entfernung aus dem Amt zuläßt.²⁸³ Das Ministerium erteilte dem Verzicht auf das System mit speziellen Amtsdelikten eine klare Absage, da die Delikte hinsichtlich des Tatbestands und des „Grades der Strafbarkeit“, also des Unrechts, so unterschiedlich seien, daß ihnen keine allgemeine Bestimmung gerecht werden könne. Allerdings stellte es sich die Frage, ob nicht eine allgemeine Vorschrift ergänzend zu den besonderen Tatbeständen aufzunehmen sei, weil eine Aufzählung einzelner Verbrechen nicht erschöpfend sein kann. Es heißt in dem Bericht, daß sich der Staatsrat mit dieser

²⁸⁰ Siehe Revision des Entwurfs des Strafgesetzbuchs von 1843, 3. Bd., Berlin 1845, S. 101.

²⁸¹ Von Strampff, Kritische Briefe über den Entwurf des Strafgesetzbuches für die Preußischen Staaten, S. 8 ff.

²⁸² Temme, Kritik des Entwurfs des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, Zweiter Theil, S. 400.

²⁸³ Revision des Entwurfs des Strafgesetzbuchs von 1843, 3. Bd., Berlin 1845, S. 102.

Problematik ausführlich auseinandergesetzt, aber einen entsprechenden Antrag zu Recht abgewiesen habe. Es lasse sich eine solch allgemeine Norm nicht mit der erforderlichen Bestimmtheit geben, während den praktischen Bedürfnissen durch eine disziplinarische Entfernung aus dem Amt genüge getan werde könne.²⁸⁴ Dann erinnern die Verfasser an den allgemeinen Straftatbestand des § 333 ALR, der sich in der Praxis wegen seiner Unausführbarkeit nicht bewährt habe.²⁸⁵ Der Entwurf eines Strafgesetzbuchs von 1836 habe den § 333 auf die Fälle beschränkt, in denen der Beamte seine Amtspflichten vorsätzlich verletzt, um dadurch entweder sich einen unerlaubten Vorteil zu verschaffen oder dem Staat oder einem Dritten Schaden zuzufügen.²⁸⁶ Man habe sich aber genötigt gesehen, die Modifikation hinzuzufügen, daß es der Dienstbehörde vorbehalten bleibe, Fälle geringer Erheblichkeit disziplinarisch zu ahnden. Eine derartige Regelung führe aber zur Willkür, so daß die Kommission des Staatsrats und letzterer selbst jede allgemeine Bestimmung verworfen habe.²⁸⁷ Die Verfasser verschweigen an dieser Stelle nicht, daß das Gesetz vom 29. März 1844 in § 4 nochmals auf § 333 ALR verweist und diesen für anwendbar erklärt, wenn der Beamte die Amtspflichtverletzung in der Absicht begangen hat, sich oder anderen einen Vorteil zu verschaffen oder dem Staat oder anderen einen Nachteil zuzufügen.²⁸⁸ Das erklären sie damit, daß das Gesetz von 1844 vor dem nun zu ergehenden Strafgesetzbuch erlassen wurde und deshalb nur das Strafrecht des ALR berücksichtigt werden konnte. Mit der Emanation des neuen Strafgesetzbuchs bedürfe es daher einer Aufhebung des § 4 durch das Einführungsgesetz.²⁸⁹ Dieser, wie auch § 333 und die entsprechende Bestimmung des Entwurfs von 1836 seien jedenfalls nicht zur Beibehaltung zu empfehlen, da sie der Vorwurf der übermäßigen Weite treffe.²⁹⁰ Vage Strafvorschriften öffneten der Willkür Tür und Tor, aber gerade im Bereich der Amtsdelikte müsse man nicht auf eine umfassende strafrechtliche Erfassung der Taten bedacht sein, da hier die

²⁸⁴ A.a.O., S. 102 f.

²⁸⁵ Siehe dazu die Motive zu dem von dem Revisor vorgelegten Ersten Entwurfe des Criminal-Gesetzbuches für die Preußischen Staaten, 3. Bd., Berlin 1830, S. 118 f.

²⁸⁶ Das geht auf die Vorschläge zurück, die der Revisor an dieser Stelle zum ersten Entwurf eines Strafgesetzbuchs gemacht hatte, siehe Motive zu dem von dem Revisor vorgelegten Ersten Entwurfe des Criminal-Gesetzbuches für die Preußischen Staaten, 3. Bd., Berlin 1830, S. 119.

²⁸⁷ Ebenso Temme, Kritik des Entwurfs des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, Zweiter Theil, S. 400.

²⁸⁸ § 4 des Gesetzes vom 19.3.1844 lautet: „Die Bestimmung des § 333 Titel 10 Theil II des Allgemeinen Landrechts ist nur auf solche Fälle anzuwenden, in welchen die Verletzung der Amtspflicht von dem Beamten in der Absicht verübt worden ist, sich oder Andern Vortheil zu verschaffen, oder dem Staate oder einen Andern Nachteil zuzufügen. Andere Fälle einer vorsätzlichen Verletzung der Amtspflicht sollen, sofern sie nicht nach § 2 zu den Amtsverbrechen zu rechnen sind, im Disziplinarwege geahndet werden.“

²⁸⁹ Art. II des Einführungsgesetz verfügt schließlich, daß mit dem 1. Juli 1851 alle Strafbestimmungen außer Kraft gesetzt werden, die Materien betreffen, auf welche sich das Strafgesetzbuch bezieht. Explizit wird hier der 20. Titel des 2. Teils des ALR angeführt.

²⁹⁰ Revision des Entwurfs des Strafgesetzbuchs von 1843, 3. Bd., Berlin 1845, S. 103.

Disziplinalgewalt aushelfen könne.²⁹¹

Diese Überlegungen setzten sich bei der Reform des preußischen Strafrechts durch. In den Motiven zum 25. Titel²⁹² über die Verbrechen und Vergehen im Amte des Entwurfs von 1850, also dem Entwurf, der nach nur relativ wenigen Änderungen schließlich Gesetzeskraft erlangte,²⁹³ heißt es diesbezüglich:

„Bereits der frühere Entwurf beruht rücksichtlich der Amtsverbrechen auf der Erwägung, daß es weder zulässig noch überhaupt möglich ist, alle vorsätzlichen und fahrlässigen Verletzungen der Amtspflichten als Kriminal-Verbrechen zu behandeln, daß vielmehr nur diejenigen schwereren Vergehungen gegen die Amtspflichten, für welche die Ahndung im Disziplinarwege nach den dort zulässigen Strafen nicht ausreicht, als Amtsverbrechen der Cognition des Strafrichters vorzubehalten und daher in das Strafgesetzbuch aufzunehmen sind.

Von dieser Ansicht ist man auch gegenwärtig ausgegangen. Eine allgemeine Definition über den Begriff von Amtsverbrechen ist nicht aufgestellt worden, weil man von jeher der Ueberzeugung war, daß eine solche sich da, wo das Strafmaß das allein Entscheidende ist, mit der für ein Strafgesetzbuch erforderlichen Bestimmtheit nicht geben läßt. In dem 25sten Titel werden daher diejenigen strafbaren Handlungen der Beamten einzeln aufgezählt, welche sich zur Erledigung im Disziplinarwege nicht eignen.

Bei einer solchen Enumeration bleibt es freilich immerhin möglich, daß eine Pflichtwidrigkeit vorkommt, welche man allenfalls auch unter die Amtsverbrechen hätte aufnehmen können; für derartige nicht vorausgesehene seltene Fälle wird jedoch dem praktischen Bedürfnisse dadurch genügt, daß im Disziplinarwege auf Entfernung des betreffenden Beamten aus dem Amte stets erkannt werden kann. Einer ausdrücklichen Erklärung darüber, daß überhaupt alle Pflichtwidrigkeiten eines Beamten, welche nicht im Strafgesetzbuche als Amtsverbrechen aufgezählt sind, lediglich im Disziplinarwege geahndet werden können, bedarf es nicht.“²⁹⁴

²⁹¹ Revision des Entwurfs des Strafgesetzbuchs von 1843, 3. Bd., Berlin 1845, S. 104.

²⁹² Im letztlich gültigen Strafgesetzbuch von 1851 ist es der 28. Titel.

²⁹³ Die Motive zu dem Entwurf von 1850 und die zum Strafgesetzbuch sind dementsprechend nahezu identisch, vgl. Müller, Das Preußische Straf-Gesetzbuch, S. 167 f.

²⁹⁴ Die Rechtslehre griff den Gedanken des Zusammenhangs zwischen Disziplinarrecht und den Amtsdelikten auf, siehe Schütze, Amtsverbrechen, S. 97, der dazu ausführt: „Je weiter ein positives Recht seine Disziplinarstrafmittel ausdehnt, desto enger begrenzt es den Kreis der öffentlichen Strafbarkeit, also der Amtsdelikte. So nach dem Vorbilde

Der entscheidende Punkt der Argumentation ist der, daß der Gesetzgeber von der Prämisse ausgegangen ist, daß nur diejenigen Dienstvergehen als „Amtsverbrechen“ in das Strafgesetzbuch aufzunehmen sind, die mindestens mit Kassation oder Amtsentsetzung bestraft werden können. Alle Dienstverfehlungen, bei denen diese Bestrafung eine unangemessene Härte darstellen würde, sollten demgegenüber der Disziplinargewalt überlassen bleiben. Aus diesem Grund schränkte er ein, daß eine allgemeine Definition von Amtsdelikten nicht gegeben werden könne, „wo das Strafmaß das allein Entscheidende ist“. Damit haben die mit der Strafrechtsreform Betrauten die vom preußischen Disziplinargesetz aus dem Jahre 1844 gegebene Einstufung der Amtsverbrechen anhand des Strafmaßes als unverrückbar übernommen. Alle Amtsdelikte müssen jedenfalls mit Kassation oder Amtsentsetzung bestraft werden können, ohne daß das übermäßig hart erscheinen würde.

Während in früheren Phasen der Gesetzesausarbeitung die daran Beteiligten nicht auf eine subsidiäre Auffangbestimmung zur Erfassung der Fälle, die kein spezielles Amtsdelikt darstellen, verzichten wollten,²⁹⁵ war man dann zur Überzeugung gelangt, daß selbst die Spezifizierung, wonach eine vorsätzliche Verletzung der Amtspflichten nur dann als ein Amtsverbrechen zu bezeichnen ist, wenn der Täter entweder sich dadurch einen widerrechtlichen Vorteil verschaffen oder den Staat oder einen Dritten einen Schaden zufügen wollte, nicht hinreichend bestimmt ist. Das Ministerium für Gesetzrevision befürchtete, daß der Vor- oder Nachteil, die Übertretung insgesamt, so unbedeutend sein könne, daß ein Strafverfahren auf Kassation oder Amtsentsetzung unangemessen wäre.²⁹⁶

Möglicherweise trennte das Ministerium das Straf- und Disziplinarrecht dem Wesen nach noch nicht völlig, sondern erblickte hier eher eine Frage der Kompetenzaufteilung²⁹⁷ zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden mit der Maßgabe, die richterliche Justiz nicht mit geringen Verfehlungen zu belasten und diese deshalb nicht in das Strafgesetzbuch aufzunehmen. Letztlich bestimmte die Überzeugung, daß nicht alle vorsätzlichen Amtspflichtverletzungen

des C. p. [Code pénal] schon das preußische StGB, noch mehr das österreichische und sächsische, nunmehr auch das deutsche; während früherhin die entgegengesetzte Tendenz vorherrschte.“

Selbst Temme, Lehrbuch des Preußischen Strafrechts, S. 1072 f., pflichtet dem Minister der Gesetzrevision nun augenscheinlich bei, allerdings nicht ohne damit zu schließen, das österreichische Strafgesetzbuch als „musterhaft einfach“ und seine Aufzählung mit dem Mißbrauch der Amtsgewalt und der Bestechung als für jede Gesetzgebung ausreichend herauszustellen.

²⁹⁵ Siehe beispielweise Motive zu dem von dem Revisor vorgelegten Ersten Entwurfe des Criminal-Gesetzbuches für die Preußischen Staaten, 3. Bd., Berlin 1830, S. 116 ff.

²⁹⁶ Revision des Entwurfs des Strafgesetzbuchs von 1843, 3. Bd., Berlin 1845, S. 103.

²⁹⁷ Vgl. insbes. die Motive zu dem von dem Revisor vorgelegten Ersten Entwurfe des Criminal-Gesetzbuches für die Preußischen Staaten, 3. Bd., Berlin 1830, S. 8 ff.

strafgesetzlich erfaßt werden können, seine Entscheidung, auf eine allgemeine Bestimmung zu verzichten.

Auch der Einwand von *Duden*, der den Entwurf von 1943 mit dem französischen *code pénal* von 1810 verglich und bemängelte, daß ersterer fast nur die richterlichen Beamten bestrafe, aber vor den Verbrechen und Vergehen der Verwaltungsbeamten, wie sie hingegen letzterer unter Strafe stellt,²⁹⁸ keinen Schutz gewähre,²⁹⁹ wurde vom Ministerium der Gesetzrevision zurückgewiesen und blieb bei der Überarbeitung im Gesetzgebungsverfahren letztlich unberücksichtigt. Es warf lediglich die Frage auf, ob nicht manche Bestimmungen des französischen Strafrechts in der Rheinprovinz beizubehalten seien.³⁰⁰ *Duden* befürchtete einen mangelhaften Schutz der Staatsbürger gegen die Pflichtwidrigkeiten der Verwaltungsbeamten.³⁰¹ Er hatte unter anderen auch auf Art. 114 und Art. 175 des *code pénal* verwiesen, also auf die Tatbestände, die im italienischen Recht die Grundlage für die Delikte des *abuso innominato di ufficio* und des *interesse privato in atti di ufficio* – den zwei allgemeinen Amtsmißbrauchstatbeständen – bilden sollten.

Abgesehen davon, daß *Duden* die französischen Vorschriften ausdrücklich diskutierte, war der *code pénal* dadurch, daß er bisher in der Rheinprovinz des preußischen Staats Gesetzeskraft besaß, durchaus bekannt. Es ist daher davon auszugehen, daß sich die preußische Legislative, insbesondere nach dem Tadel von *Duden*, durchaus mit den fraglichen Vorschriften auseinandergesetzt hatte. An dieser Stelle hätte das französische Gesetzbuch entscheidenden Einfluß auf die nachfolgende gesamtdeutsche Strafgesetzgebung nehmen können. Es kam jedoch nicht dazu.

Es bleibt jedenfalls festzuhalten, daß Preußen bei der Strafrechtsreform von 1851 nicht nur an dem System der Aufzählung der speziellen Amtsdelikte festgehalten und so beiläufig auf den Tatbestand eines allgemeinen Amtsmißbrauchs verzichtet, sondern sich auch ganz bewußt gegen ihn entschieden hatte. Bei den weiteren Stationen zu einem ersten Strafgesetzbuch für ganz Deutschland wurden an der Vorlage keine tiefgreifenden Änderungen vorgenommen. Sowohl als das preußische zum norddeutschen als auch dieses zum deutschen Strafgesetz erhoben wurde, blieb der Abschnitt über die Amtsdelikte hinsichtlich des hier entscheidenden Punkts unberührt. Das deutsche Strafrecht von 1871

²⁹⁸ *Duden*, Der Preußische Entwurf einer neuen Strafgesetzgebung und sein Verhalten zum Rheinlande, S. 343, verweist auf die Art. 114, 115, 120, 130, 131, 175, 176, 184-191 des *code pénal*.

²⁹⁹ *Duden*, ebd.

³⁰⁰ Revision des Entwurfs des Strafgesetzbuchs von 1843, 3. Bd., Berlin 1845, S. 109. Tatsächlich blieb der *code pénal* im Bezirk des Rheinischen Appellationsgerichtshofs gültig, siehe Müller, Das Preußische Straf-Gesetzbuch, S. 197.

³⁰¹ *Duden*, Der Preußische Entwurf einer neuen Strafgesetzgebung und sein Verhalten zum Rheinlande, S. 344 ff.

kennt lediglich spezifische Straftaten der Amtsträger, aber keine umfassende Auffangbestimmung.

Eine Mißbräuche von Verwaltungsbeamten umfassende Norm wäre jedoch beinahe später eingeführt worden. Der Entwurf eines neuen Strafgesetzbuchs von 1925 (E 1925) sah einen erweiterten Tatbestand der Rechtsbeugung vor. § 126 Abs. 1 E 1925 bedroht ganz allgemein jeden Amtsträger, der bei Ausübung seines Amtes in der Absicht, einen Beteiligten zu begünstigen oder zu benachteiligen, wissentlich das Recht beugt, mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren. In der Begründung des Entwurfs heißt es dazu, daß unter „Recht“ jede Rechtsnorm im weitesten Sinne, also nicht nur ein Gesetz zu verstehen sei. Dementsprechend mache sich nicht nur der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sondern jeder Verwaltungsbeamte, der wissentlich einen Rechtssatz zugunsten oder zum Nachteil eines Beteiligten falsch anwendet, der also z.B. bei der Erteilung einer GewerbeKonzession, einer Schankerlaubnis oder eines Baukonsenses wissentlich die geltenden Vorschriften verletzt, der Rechtsbeugung schuldig. Diese Erweiterung des Tatbestands sei erforderlich erschienen, um das Publikum gegen Beamtenwillkür jeder Art zu schützen.³⁰² Absatz 2 der Vorschrift befaßt sich mit der richterlichen Rechtsbeugung und hebt sie als besonders strafwürdig hervor. Subjekt ihres Tatbestands kann lediglich der Richter sein, also jemand, der in ein öffentliches Richteramt berufen wurde. Als Strafe ist hier Zuchthaus bis zu fünfzehn Jahren angedroht. Die Erweiterung der Rechtsbeugung auf den rechtsanwendenden Verwaltungsbeamten hätte zur Folge gehabt, daß im deutschen Strafrecht wieder ein allgemeiner Amtsmissbrauchstatbestand eingeführt worden wäre. Der Entwurf setzte sich jedoch nicht durch.

Auch der Strafrechtsentwurf von 1962 (E 1962) sah eine Neufassung der Rechtsbeugungsvorschrift vor. § 455 E 1962 erweitert den Täterkreis durch den Begriff des „anderen Amtsträgers“, verzichtet auf den Begriff der „Rechtssache“ sowie auf den der „Partei“ und ermöglicht so eine extensivere Auslegung.³⁰³ Gerade dadurch, daß sich keine Parteien gegenüberstehen müssen, wird die Anwendung der Norm auf den Verwaltungssektor unterstrichen.³⁰⁴ So betont

³⁰² Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 3, S. 70.

³⁰³ Die Vorschrift lautet: „(1) Ein Richter, ein anderer Amtsträger oder ein Schiedsrichter, der bei der Leitung eines rechtlich geordneten Verfahrens in einer nach Rechtsgrundsätzen zu entscheidenden Sache oder bei der Entscheidung in einem solchen Verfahren absichtlich oder wissentlich zugunsten oder zum Nachteil eines Beteiligten das Recht beugt, wird mit Zuchthaus bis zehn Jahren bestraft.

(2) In minder schweren Fällen ist die Strafe Gefängnis von sechs Monaten bis zu fünf Jahren.“

³⁰⁴ Aus der Begründung des Entwurfs geht aber hervor, daß die Änderung nicht auf eine umfassende Erfassung der Verwaltungsbeamten gerichtet war und auch weiterhin die Rechtsangelegenheiten deutlich von den Verfahren, die nach Zweckmäßigkeitssätzen zu entscheiden sind, unterschieden werden sollten, siehe BR-Drucksache 200/62, S. 643.

Seebode, daß die Vorschrift nach dem Wortlaut zuliebe, jeden Verwaltungsbeamten als tauglichen Täter anzusehen. Er sieht die Änderung als Bestätigung, „daß in der Verwaltung strafwürdiges und der Rechtsbeugung vergleichbares Unrecht begangen werden kann“.³⁰⁵ Allerdings befürwortet er die Aufnahme eines eigenen Tatbestands für die von einem Beamten bei Amtsausübung zum Vor- oder Nachteil begangene Ungerechtigkeit. Seiner Ansicht nach erlaube ein solcher die genauere Bestimmung der strafbaren Täter sowie die Abgrenzung des richterlichen Standesdelikts von dem anders garteten Verstoß weiterer Beamter gegen die Pflicht zur gesetzestreuen Amtsausübung. Ihm zufolge sollte man ihn etwa als Amtsmißbrauch bezeichnen.³⁰⁶

Aus der jüngeren deutschen Strafgesetzgebung ist jedoch der Tatbestand des Amtsmißbrauchs in § 244a des Strafgesetzbuchs der Deutschen Demokratischen Republik (DDR) in der Fassung des 6. Strafrechtsänderungsgesetzes vom 29. Juni 1990 zu erwähnen. Danach konnte derjenige mit einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren bestraft werden, der seine staatlichen oder gesellschaftlichen Befugnisse oder seine Stellung oder Tätigkeit mißbraucht und zum Nachteil des Gemeinwohls sich oder andere erheblich bereichert oder sich oder anderen sonstige erhebliche Vorteile verschafft hatte.³⁰⁷ Die Vorschrift ist sowohl vom Täterkreis als auch von der Tathandlung her äußerst umfassend konzipiert. Hierbei werden somit auch Personen als mögliche Täter erfaßt, die außerhalb der klassischen Administration aufgrund ihrer gesellschaftlichen Position über vergleichbare Einflußmöglichkeiten verfügten. Darüber hinaus besitzt § 244a StGB-DDR eine Bereicherungskomponente, die der gleichzeitigen Benachteiligung der Allgemeinheit gegenübergestellt ist. Die Bestimmung erfüllt damit alle Kriterien an einen generellen Amtsmißbrauch, ist aber im Kontext der politischen und gesellschaftlichen Verhältnisse in der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik und insbesondere der Wendezeit von 1990 zu sehen.³⁰⁸ Weil es in der DDR offiziell keine Beamten gab, konnte die Regelung auch nicht auf Amtsträger beschränkt werden. Und da Mitglieder der Sozialistischen Einheitspartei

³⁰⁵ Nach ihm erscheine das Verhalten auch des unbestochenen Verwaltungsbeamten, der vorsätzlich dem Rechte zuwider Bürger benachteiligt oder begünstigt, allerdings als strafwürdig, *Seebode*, Das Verbrechen der Rechtsbeugung, S. 79.

³⁰⁶ *Seebode*, Das Verbrechen der Rechtsbeugung, S. 162 f.

³⁰⁷ Wörtlich lautete § 244 a StGB-DDR: „(1) Wer seine staatlichen oder gesellschaftlichen Befugnisse oder seine Stellung oder Tätigkeit mißbraucht und zum Nachteil des Gemeinwohls sich oder andere erheblich bereichert oder sich oder andere sonstige erhebliche Vorteile verschafft, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren, Verurteilung auf Bewährung oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Schwere Fälle des Amtsmißbrauchs werden mit Freiheitsstrafe von zwei bis zu zehn Jahren bestraft. Einen schweren Fall begeht, wer das Gemeinwohl in besonders hohem Maße schädigt oder sich oder anderen Vorteile in besonders hohem Umfang verschafft.

(3) Der Versuch ist strafbar.“

³⁰⁸ Siehe dazu auch *Volker Klemm*, Korruption und Amtsmißbrauch in der DDR, Stuttgart, 1991; *Überhofen*, Korruption und Bestechungsdelikte im staatlichen Bereich, S. 366.

Deutschland (SED) zum Teil zumindest faktisch auf Verwaltungsentscheidungen Einfluß nehmen konnten, wurde der Mißbrauch der gesellschaftlichen Befugnisse mit in die Tatumschreibung aufgenommen.

Das Strafgesetzbuch der DDR vor dem Umsturz kannte mit § 165 den Vertrauensmißbrauch als Straftat gegen die Volkswirtschaft.³⁰⁹ Es handelte sich jedoch nicht um einen ganz allgemeinen Amtsmissbrauch, sondern um den Mißbrauch einer Vertrauensstellung, der einen bedeutenden wirtschaftlichen Schaden verursacht. Dabei bestehen aber vor allem hinsichtlich der Weite der Tathandlung Parallelen zum „klassischen“ Amtsmissbrauch. Die Umschreibung führte das pflichtwidrige Treffen oder Unterlassen von Entscheidungen oder Maßnahmen sowie das Bewirken von Maßnahmen oder Entscheidungen mittels „Irreführung oder in anderer Weise“ an.

³⁰⁹ In der Fassung vom 28.06.1979 lautete § 165 StGB-DDR: „(1) Wer eine ihm dauernd oder zeitweise übertragene Vertrauensstellung mißbraucht, indem er entgegen seinen Rechtspflichten Entscheidungen oder Maßnahmen trifft oder pflichtwidrig unterläßt oder durch Irreführung oder in anderer Weise Maßnahmen oder Entscheidungen bewirkt und dadurch vorsätzlich einen bedeutenden wirtschaftlichen Schaden verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Verurteilung auf Bewährung oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Wer

1. durch die Tat einen besonders, schweren wirtschaftlichen Schaden verursacht;
2. die Tat zusammen mit anderen ausführt, die sich unter Ausnutzung ihrer beruflichen Tätigkeit oder zur wiederholten Begehung zusammengeschlossen haben, wird mit Freiheitsstrafe von zwei bis zu zehn Jahren bestraft.

(3) Ist die Tatbeteiligung nach Absatz 2 Ziffer 2 von untergeordneter Bedeutung, kann die Bestrafung nach Absatz 1 erfolgen.

(4) Der Versuch ist strafbar.“

C. Unterschiedliche Entwicklung des Berufsbeamtentums

Amtsdelikte lassen sich als Sonderdelikte nicht von den Konzeptionen trennen, die ihren (aktiven) Tatsubjekten zugrunde liegen. Beim Inkrafttreten der ersten einheitlichen Strafgesetzbücher, 1871 in Deutschland und des *Codice Zanardelli* 1889 in Italien, waren die Amtsdelikte vornehmlich als Beamtendelikte formuliert. Insofern bedarf es bei der Suche nach Gründen, warum es in Deutschland im Gegensatz zu Italien keinen Straftatbestand des Mißbrauchs von amtlichen Befugnissen gibt, ebenfalls einer Gegenüberstellung der jeweiligen Ausformungen des Berufsbeamtentums.

Es mag sich die Frage stellen, ob zu jener Zeit das Beamtenrecht Deutschlands und Italiens im Vergleich eine solche Diskrepanz aufwies, daß vor diesem Hintergrund die unterschiedliche strafrechtliche Behandlung des Amtsmißbrauchs erklärbar wird. Das würde voraussetzen, daß das deutsche Beamtenrecht im Jahr 1871 im Gegensatz zum italienischen von 1889 ein solch enges Treue- und Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem Staat und seinen Beamten aufwies, daß ein Mißbrauch der Amtsgewalt „gesellschaftlich undenkbar“ erschien und sich die Legislative nicht zu seiner Strafbewehrung genötigt sah. Diese Überlegung beruht auf soziologischen bzw. sozialpsychologischen Erwägungen. Sie unterstellt zum einen, daß die Beschäftigten, die in einer besonders großen Abhängigkeit zum Dienstherrn stehen – bei denen also die Beziehung zum Staat als Lebenswidmung angesehen wird –, eine höhere Hemmschwelle zur absichtlichen Verletzung der Dienstpflichten besitzen, als diejenigen, deren Dienstverhältnis möglicherweise als reiner Austausch von Leistungen aufgefaßt wird. Bei der ersten Alternative wird der Staatsdienst mit Begriffen wie „Ehre“ und „Vaterlandsliebe“, folglich mit idealistischen Beweggründen in Verbindung gebracht. Demgegenüber stehen bei der zweiten Alternative die Erbringung einer Dienstleistung und ihre Bezahlung im Vordergrund, so wie es auch bei privatrechtlichen Arbeitsverträgen der Fall ist. Zum anderen erfordert die Ansicht, daß sich diese gegensätzlichen Ausformungen eindeutig Deutschland und Italien zuordnen lassen.

Welche Konzeption dem Berufsbeamtentum zugrunde liegt, kann sicherlich die Einstellung der Beschäftigten zum Dienst und zur Einhaltung aller mit ihm verbundenen Pflichten beeinflussen. Die These an sich ist jedoch einer juristischen Überprüfung nicht zugänglich und wird auch sozialwissenschaftlich nicht oder nur schwer zu belegen sein, da entsprechende Erhebungen aus

jener Zeit über Amtsmissbräuche mit Angaben zu den Motiven nicht vorliegen. Dennoch soll hier die Entwicklung des Beamtenrechts in beiden Ländern grob nachgezeichnet werden, um einen eventuellen (weiteren) Erklärungsansatz für die unterschiedliche Sanktionierung der Tat zu gewinnen. Die Betrachtung der weiteren Entwicklung bis heute soll helfen, die Beibehaltung der Unterschiede zu begründen.

I. Berufsbeamtentum in Deutschland

1. Entwicklung des deutschen Beamtentums bis 1871

Die Ursprünge des Beamtentums¹ finden sich im Hochmittelalter, welches in dieser Hinsicht durch das Lehnswesen gekennzeichnet ist. Das Lehen stellte ein persönliches Treuverhältnis dar: Der Lehnsmann schuldete dem Lehnsherrn Leistungen, die er persönlich oder mit seinem Gefolge zu erbringen hatte. Der Lehnsherr bedachte den Lehnsmann dagegen mit Grundbesitz und sonstigen Rechten.² Aus der Gefolgschaft der Lehnsleute und den Bediensteten des Königs entstanden die sogenannten Ministerialen, die zur Erledigung hoheitlicher Aufgaben eingesetzt wurden.³ Durch die Abhängigkeit vom Lehnsherrn, der ihnen Art, Inhalt und Umfang der zu erbringenden Leistungen vorgab, waren jedoch persönliche und öffentliche Angelegenheiten nicht klar voneinander unterschieden.⁴ Als Lohn erhielten die Ministerialen „Dienstlehen“.⁵

Die Konzeption des Amtes setzte sich während des Absolutismus durch. Wie alle kontinentaleuropäischen Herrscher waren auch die deutschen Reichsfürsten und Könige der Auffassung, von Gott ins Amt der Staatsführung berufen zu sein. Damit ging von ihnen die gesamte Staatsgewalt aus. Sie übertrugen nachgeordnete Ämter auf ihre Bediensteten.⁶ Beispielsweise wurden gegen Ende des 15. und zu Beginn des 16. Jahrhunderts die sogenannten Räte,

¹ Der folgende Abriss dient allein dazu, eine Vergleichsgrundlage zur Situation in Italien zu schaffen. Die Darstellung ist notwendig unvollständig. Siehe ausführlicher, auch zu den alten Formen des Beamtentums, Hans Scheerbarth/Höffken/Bauschke/Schmidt, *Beamtenrecht*, S. 39 ff.; und insbes. allgemein zur Geschichte des deutschen Berufsbeamtentums umfassend Hattenhauer, *Geschichte des Berufsbeamtentums*, S. 1 ff.

² Coing, *Epochen der Rechtsgeschichte in Deutschland*, S. 22 f.

³ Kümmel, *Beamtenrecht, Einführung*, Rdn. 1, 76. Erg.-Lfg., Dez. 2008.

⁴ Maiwald, in: Schütz/Maiwald, *Beamtenrecht*, Teil A, *Geschichte des Beamtenrechts*, Rdn. 1, 266. Erg.-Lfg., Okt. 2006.

⁵ Kümmel, *Beamtenrecht, Einführung*, Rdn. 1, 76. Erg.-Lfg., Dez. 2008.

⁶ Siehe m.w.H. Kümmel, *Beamtenrecht, Einführung*, Rdn. 2, 76. Erg.-Lfg., Dez. 2008, der auf die Entwicklung des Begriffs des Beamten vom Lehnsmann über den Amtmann verweist.

ständige kollegiale Zentralbehörden der Fürsten, sowie die Posten der Kanzler mit juristisch geschulten Amtsmännern besetzt.⁷ Diese waren wegen ihrer juristischen Ausbildung und ihrer ständigen Präsenz für das Funktionieren der landesfürstlichen Verwaltung von großem Gewicht. Allerdings war das Treueverhältnis zum Fürsten nicht besonders ausgeprägt. Die Beamten arbeiteten auf lehns- und privatrechtlicher Grundlage.⁸ Ihre Entlohnung wurde mehr als Entgelt angesehen. Die Beamten nutzten daher ihre Kenntnisse und Befugnisse zum eigenen Vorteil aus, ließen sich von anderen Fürsten abwerben und quitierten ihren Dienst, sobald sich ihnen ein besserer Posten bot.⁹ Einen anderen Charakter hatte allerdings das Verhältnis der beim Reichskammergericht angestellten Beamten. Sie waren nicht Beamte des Kaisers oder von Fürsten, sondern des Reichs, und die unabhängige Stellung, die dem Gericht verfassungsmäßig eingeräumt war, wirkte sich auch auf ihr Dienstverhältnis aus und hob es vom rein privatrechtlichen Beschäftigungsverhältnis ab.¹⁰ Die Reichskammergerichtsordnung von 1521 erkannte bereits den Grundsatz an, daß kein Mitglied des Reichskammergerichts seines Postens enthoben werden konnte, außer durch Urteil des Gerichts selbst.¹¹ Allerdings konnte es sich mit dieser Position gegenüber dem Reichshofrat¹² kaum durchsetzen und hatte zunächst auch sonst keinen Einfluß auf die landesfürstliche Praxis.¹³

Friedrich Wilhelm, „der Große Kurfürst“ (1640-1688), schuf in Preußen die Grundlagen für eine zentrale Verwaltung. Er billigte dem Adel eine Führungsrolle im Staat zu, für die dieser im Gegenzug Staatsdienst „mit Gut und Blut“

⁷ Loening, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 109; siehe auch Hartung, Deutsche Verfassungsgeschichte, S. 73.

⁸ Maiwald, in: Schütz/Maiwald, Beamtenrecht, Teil A, Geschichte des Beamtenrechts, Rdn. 1, 266. Erg.-Lfg., Okt. 2006.

⁹ Hartung, Deutsche Verfassungsgeschichte, S. 73; Loening, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 111; Hintze, Der Beamtenstand, S. 119 f.; Kümmel, Beamtenrecht, Vor § 1, Rdn. 3, 8. Erg.-Lfg., Dez. 1994.

¹⁰ Loening, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 109 f.

¹¹ Außerdem war als Einstellungsvoraussetzung die erforderliche Befähigung verankert. Siehe Art. 1 und Art. 7. Vgl. in der Reichskammergerichtsordnung von 1555 Tit. I, Art. 3, § 3, Art. 5, § 1, 2.

¹² Der Reichshofrat fungierte seit Ende des 15. Jahrhunderts als zentrale Regierungsbehörde. Er stellte das den Kaiser beratende Kollegium und die oberste Regierungs-, Verwaltungs- und Justizbehörde für das Reich dar. Seine Mitglieder ernannte der Kaiser. Das Gremium wurde allerdings auch als Gericht tätig. Es ist sogar als das eigentliche kaiserliche Gericht anzusehen, denn die Besetzung des Kammergerichts bestimmten im Zuge der allgemeinen Landfriedensregelung von 1495 überwiegend die Reichsstände. Seine Zuständigkeit erstreckte sich zwar in erster Linie auf Streitigkeiten über Reichslehen, kaiserliche Privilegien und Reservatrechte, konkurrierte aber auch mit dem Reichskammergericht, welches vor allem Landfriedensbrüche, Klagen gegen Reichsunmittelbare und Fälle der Rechtsverweigerung verhandelte sowie als Berufungsinstanz gegen Urteile der Land- und Stadtgerichte fungierte. So Boldt, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. 1, S. 269.

¹³ Noch im 18. Jahrhundert hielt der Reichshofrat an der gegenteiligen Auffassung Lehre fest, s. Loening, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 112 f.

leisten mußte. Offiziersstellen in der Armee und Posten in der Verwaltung wurden mit Adligen besetzt.¹⁴ Dementsprechend prägten das Menschenbild, die politischen Anschauungen und der Ehrenkodex des Adels entscheidend die Verwaltungskultur und das preußische Beamtentum.¹⁵

Unter Friedrich Wilhelm I (1713-1740), dem „Soldatenkönig“, entwickelten sich erste Ansätze des „klassischen“ Berufsbeamtentums. Er strebte die Schaffung eines leistungsfähigen und loyalen Beamtenstandes an. Die Einstellungskriterien, vor allem hinsichtlich der Vorbildung, wurden heraufgesetzt, wodurch der Beamtenberuf für breite Bevölkerungsschichten geöffnet wurde. Ein Katalog von Dienstpflichten forderte insbesondere Regelmäßigkeit, Genauigkeit, Sparsamkeit, Pünktlichkeit und Pflichterfüllung in der Dienstleistung. Die Praxis, wegen der geringen Beamtenbezüge die dienstliche Stellung auch für Nebentätigkeiten zu nutzen, wurde unterbunden und private Erwerbsgeschäfte verboten. Zu dieser Zeit entstand der Grundsatz, daß der Beamte dem Dienstherrn die volle Arbeitskraft schuldet. Vom Beamten wurde bedingungslose Treue gegenüber dem König gefordert. Es deutete sich der Wandel von einem reinen Arbeitsvertragsverhältnis hin zu einem Treueverhältnis zwischen dem König und dem Beamten an.¹⁶

Unter Friedrich II (1740-1786) stand nicht mehr der Monarch im Mittelpunkt des Staatswesens, sondern der Staat als solcher. In diesem Sinne verstand sich Friedrich II als „erster Diener“ des Staates und damit bloß als eines seiner Organe. Diese Grundhaltung übertrug er auch auf die Beamten, deren Rechtsstellung mittels des von ihm vor seinem Tod veranlaßten Allgemeinen Landrechts erstmals schriftlich festgelegt wurde.¹⁷ Aus diesem Gesetzeswerk ergab sich – wenn auch nicht explizit –, daß Beamte als Staatsdiener Teil der Exekutive ebenso wie der König nur dem Gesetz unterworfen waren sowie in einem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis stehen.¹⁸ Die Behandlung der Rechte und Pflichten der Staatsdiener einem gesonderten Titel (ALR II 10 „Von den Rechten und Pflichten der Diener des Staats“) und die allgemeinen Grundsätzen in den dortigen §§ 1-3 sprechen für diese Interpretation.¹⁹ Normativ war damit

¹⁴ Kümmel, *Beamtenrecht*, Vor § 1, Rdn. 4, 8. Erg.-Lfg., Dez. 1994.

¹⁵ Kümmel, *Beamtenrecht*, Vor § 1, Rdn. 3, 46. Erg.-Lfg., Nov. 2002.

¹⁶ Kümmel, *Beamtenrecht*, Vor § 1, Rdn. 4, 8. Erg.-Lfg., Dez. 1994.

¹⁷ Vgl. Kümmel, *Beamtenrecht*, Einführung, Rdn. 2, 76. Erg.-Lfg., Dez. 2008; Reuß, DVBl. 1963, 161.

¹⁸ Vgl. von Rönne/Zorn, *Das Staatsrecht der Preußischen Monarchie*, 1. Bd., S. 425 f., Fn. 6; Kümmel, *Beamtenrecht*, Vor § 1, Rdn. 5, 8. Erg.-Lfg., Dez. 1994; Maiwald, in: Schütz, *Beamtenrecht*, Geschichte des Beamtentums, Rdn. 3, 154. Erg.-Lfg., Juni 1998; Reuß, DVBl. 1963, 161.

¹⁹ So auch von Rönne/Zorn, *Das Staatsrecht der Preußischen Monarchie*, 1. Bd., S. 425 f., Fn. 6.

Siehe im ALR II 10:

„§ 1 Militair- und Civilbediente sind vorzüglich bestimmt, die Sicherheit, die gute Ordnung, und den Wohlstand des Staats unterhalten und befördern zu helfen.“

die endgültige Loslösung vom privatrechtlichen Arbeitsverhältnis vollzogen.²⁰ Zudem bestimmte das ALR, daß die Beamten wider ihren Willen nur nach einem ordnungsgemäßen Verfahren durch Kollegialbeschluß des Staatsrats entlassen werden konnten, der, wenn der Beamte vom König unmittelbar angestellt worden war, dessen Bestätigung bedurfte.²¹ Die Absetzung eines Richters erforderte ein gerichtliches Urteil.²² In dieser Zeit wurde der Grundstein für das Ethos des Berufsbeamtentums gelegt.²³ Die Rechte und Pflichten der Amtsträger in Ansehung ihres Amtes ergaben sich aus §§ 85-93 ALR II 10. Grundsätzlich verweist § 85 ALR II 10 zur Bestimmung der Rechte und Pflichten auf die speziellen Gesetze sowie auf die Dienstanweisungen:

§ 2 Sie sind, außer den allgemeinen Unterthanenpflichten, dem Oberhaupte des Staats besondere Treue und Gehorsam schuldig.

§ 3 Ein jeder ist nach der Beschaffenheit seines Amtes, und nach dem Inhalte seiner Instruction, dem Staate noch zu besonderen Diensten durch Eid und Pflicht zugethan.“

²⁰ So Kümmel, *Beamtenrecht*, Vor § 1, Rdn. 3, 46. Erg.-Lfg., Nov. 2002.

In der Rechtslehre war allerdings die juristische Konstruktion des Verhältnisses weiterhin umstritten. Zunächst blieb die Vertragstheorie vorherrschend. Die Vorstellung, daß es sich um einen privatrechtlichen Vertrag zwischen dem Beamten und dem Staat handelte, wandelte sich nun dahingehend, daß vermehrt ein öffentlichrechtlicher bzw. gemischt- (halb öffentlich-, halb privat-) rechtlicher Kontrakt angenommen wurde, vgl. Seuffert, *Von dem Verhältnisse des Staats und der Diener des Staats*, S. 26 ff., 35 ff. Nach Gönner, *Der Staatsdienst*, S. 60 ff., 83, bestand eine allgemeine Verpflichtung der Staatsangehörigen zur Übernahme von Staatsämtern, weswegen er die Vertragstheorie verwarf (er stützte sich dabei auf die Gesetzgebung der französischen Nationalversammlung, s. das Gesetz vom 3.8.1790 und s. auch die Äußerung von Robespierre in der Parlamentssitzung am 24.4.1793: „*Les fonctions publiques ne peuvent être considérées comme des distinctions, ni comme des recompenses, mais comme des devoirs publics.*“). Die Ansicht konnte sich aber nicht durchsetzen. Nachdem zudem Hegel, *Rechtsphilosophie*, § 294, S. 760, erörtert hatte, daß das Staatsdienerverhältnis nicht durch Vertrag begründet werden könne, da der Bedienstete das „Hauptinteresse seiner geistigen und besonderen Existenz“ in das Verhältnis lege und nicht bloß eine „äußerliche“ Dienstleistung, sondern als „Inneres“ einen Wert an sich zu erbringen habe, gewann die Auffassung vermehrt Anhänger, die in der Begründung des Dienstverhältnisses einen einseitigen staatlichen Akt sieht. So sprach sich ebenfalls Heffter, *Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrecht*, S. 129 f., gegen die Vertragstheorie aus und meinte, „das Amt, das Verhältniß, die obligatio wird nicht erst durch einen Vertrag, eine conventio geschaffen, es ist schon vorhanden und wird nur jedesmal durch einen Regierungsact bei einer neuen Anstellung für ein bestimmtes Individuum ins Leben gerufen“. Siehe auch von Rönne/Zorn, *Das Staatsrecht der Preussischen Monarchie*, 1. Bd., S. 425 f.; Arndt, *RBG*, § 1 Anm. 4, S. 20. Dennoch wurde die Vertragstheorie auch Ende des 19. Jahrhunderts noch von zahlreichen Autoren der Rechtslehre vertreten, so bspw. von Seydel, *Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre*, S. 59 ff.; Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, S. 62 f.; ders., *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Bd. I, S. 423; Loening, *Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts*, S. 119 f. m.w.H. Erst in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts steht die Begründung des öffentlichrechtlichen Staatsdienerverhältnisses durch einen Verwaltungsakt außer Zweifel, s. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2. Bd., S. 148.

²¹ Siehe ALR II 10 § 98-101.

²² Siehe ALR II 17 § 99.

²³ Kümmel, *Beamtenrecht*, Vor § 1, Rdn. 5, 8. Erg.-Lfg., Dez. 1994.

„Die Rechte und Pflichten der Civilbedienten, in Beziehung auf das ihnen anvertrauete Amt, werden durch die darüber ergangenen besondern Gesetze, und durch ihre Amtsinstructionen bestimmt.“

Für die vorliegende Untersuchung ist insbesondere § 86 ALR II 10 erwähnenswert, der die unparteiische und uneigennützigte Amtsführung betraf:

„Niemand soll sein Amt zur Beleidigung oder Bevortheilung Anderer mißbrauchen.“

Den Beamten war es damit nach dem ALR explizit verboten, ihr Amt aus persönlichen Gründen zu mißbrauchen.

Die strikte Einhaltung der Dienstpflichten bei Amtsausübung kam in § 88 ALR II 10 zum Ausdruck:

„Wer ein Amt übernimmt, muß auf die pflichtgemäße Führung desselben die genaueste Aufmerksamkeit wenden.“

Die §§ 89-91 ALR II 10 machten den fahrlässig handelnden Beamten sowie seinen Vorgesetzten für den von ihnen verursachte Schaden subsidiär haftbar.²⁴

Auch durch diese Verantwortlichkeit sollte der Amtsträger zu gewissenhaften Pflichterfüllung angehalten werden. Des weiteren wurde in § 92 ALR II 10 die Residenzpflicht des Beamten festgeschrieben:

„Kein Beamter darf den zur Ausübung seines Amts ihm angewiesenen Wohnort ohne Vorwissen und Genehmigung seiner Vorgesetzten verlassen.“

Die gesteigerte Treuepflicht gegenüber dem König ergab sich bereits aus § 2 ALR II 10, der sowohl für militärische als auch für zivile Staatsdiener galt:

²⁴ Die §§ 89-91 lauten: „§ 89 Jedes dabey begangene Versehen, welches bey gehöriger Aufmerksamkeit, und nach den Kenntnissen, die bey der Verwaltung des Amts erfordert werden, hätte vermieden werden können und sollen, muß er vertreten.

§ 90 Vorgesetzte, welche durch vorschriftsmäßige Aufmerksamkeit die Amtsvergehungen ihrer Untergebenen hätten hindern können, sind für den aus der Vernachlässigung dessen entstehenden Schaden, sowohl dem Staate, als einzelnen Privatpersonen, welche darunter leiden, verhaftet.

§ 91 Doch findet in beyden Fällen (§ 89. 90.) die Vertretung nur alsdann statt, wenn kein anderes gesetzmäßiges Mittel, wodurch den nachtheiligen Folgen eines solchen Versehens abgeholfen werden könnte, mehr übrig ist.“

„Sie [Militair- und Civilbediente] sind, außer den allgemeinen Unterthanenpflichten, dem Oberhaupte des Staats besondere Treue und Gehorsam schuldig.“

Die Verpflichtung der Soldaten und Beamten gegenüber dem Staat unterstrich § 3 ALR II 10:

„Ein jeder ist nach der Beschaffenheit seines Amtes, und nach dem Inhalte seiner Instruction, dem Staate noch zu besonderen Diensten durch Eid und Pflicht zugethan.“

Mit Beginn des 19. Jahrhunderts wurden erstmals gesetzliche Regelungen erlassen, die ausschließlich beamtenrechtlichen Inhalts waren. Das erste Beamtengesetzbuch war die bayerische „Hauptlandespragmatik für die Dienstverhältnisse der Staatsdiener“ vom 1. Januar 1805. Weiter sind beispielsweise das Beamtengesetz für das Königreich Württemberg von 1821 sowie das hessische Staatsdienstgesetz vom 8.3.1831 zu nennen. In der konstitutionellen Monarchie kam es somit zur Ausreifung des Beamtenrechts.²⁵ Die Rechtsstellung der Beamten mit ihren Rechten und Pflichten wurde gesetzlich genau festgelegt.²⁶ Unter anderem förderten die im Beamteneid verankerte allgemeine Treuepflicht und die Pflicht zur politischen Zurückhaltung und Neutralität die Herausbildung des Beamtentums als Element der Kontinuität und Stabilität im Staatsgefüge.²⁷ Beispielsweise wurden in Preußen alle mittelbaren und unmittelbaren Staatsbeamten durch besonderen Verfassungseid gemäß Art. 108 der Verfassung vom 31. Januar 1850 verpflichtet.²⁸ Nach § 1 der Verordnung vom 6. Mai 1867 lautete die Formel des Eides:

²⁵ Siehe Summer, PersV 1996, 241 f.; Battis, Einleitung BBG, Rdn. 2.

²⁶ Ein umfassendes Staatsdienergesetz, wie es von Art. 98 der preußischen Verfassung vom 31.1.1850 in Aussicht gestellt worden war, war indes bis zur Reichsgründung nicht ergangen. Nur die Grundzüge des Rechtsverhältnisses der richterlichen Beamten hatte die Verfassung in den Artikeln 87, 88 und 90 aufgestellt. Über die besonderen Rechtsverhältnisse der nichtrichterlichen Staatsbeamten bestimmte die Verfassung nichts, außer daß sie durch Gesetz geregelt werden sollten, was die Beamten vor willkürlicher Entziehung des Amtes und Einkommens schützt, Art. 99.

Die Gesetzgebung allgemein zum Beamtentum beschränkte sich auf den Erlaß von Gesetzen über das Disziplinarrecht, das Pensionswesen, die Witwen- und Waisenversorgung und die Hinterlegung von Kautionen. Da ein allgemeines Staatsdienergesetz nicht erlassen wurde, behielten gemäß Art. 109 der Verfassung die früheren Gesetze und Verordnungen zu diesem Gegenstand noch Rechtskraft. Das waren zu einem großen Teil Vorschriften, die auf dem 10. Titel des ALR II basierten. Siehe dazu von Rönne/Zorn, Das Staatsrecht der Preußischen Monarchie, S. 416 f.

²⁷ Battis, Einleitung BBG, Rdn. 2; Kümmel, Beamtenrecht, Vor § 1, Rdn. 6, 8. Erg.-Lfg., Dez. 1994.

²⁸ Art. 108 lautet: „Die Mitglieder der beiden Kammern und alle Staatsbeamte leisten dem König den Eid der Treue und des Gehorsams, und beschwören die gewissenhafte Beobachtung der Verfassung.

Eine Vereidigung des Heeres auf die Verfassung findet nicht statt.“

„Ich, N.N., schwöre zu Gott, dem Allmächtigen und Allwissenden, daß Seiner Königlichen Majestät von Preußen, meinem Allergnädigsten Herrn, ich unterthänig, treu und gehorsam sein und alle mir vermöge meines Amtes obliegenden Pflichten nach meinem besten Wissen und Gewissen genau erfüllen, auch die Verfassung gewissenhaft beobachten will, so wahr mir Gott helfe.“

Nach der Gründung des Deutschen Reichs wechselten vornehmlich Beamte und Richter aus Preußen in den Reichsdienst. Daher wurde die Reichsverwaltung insbesondere vom preußischen Beamtentum geprägt.²⁹

In der Reichsverfassung vom 16.4.1871, die im wesentlichen aus der Verfassung für den Norddeutschen Bund vom 1.7.1867 hervorgegangen war, betraf lediglich Art. 18 den Beamtenstand. Danach ernannte der Kaiser die Reichsbeamten, ließ sie für das Reich vereidigen und verfügte erforderlichenfalls deren Entlassung. Darüber hinaus bestimmte die Vorschrift, daß den zu Reichsbeamten berufenen Beamten gegenüber dem Reich die Rechte zustehen, welche ihnen ihr Heimatland in ihrer dienstlichen Stellung gewährt hatte.³⁰ Demzufolge war es die Regel, daß ein Landesbeamter in den Dienst des Deutschen Reiches bzw. zuvor in den des Norddeutschen Bundes übernommen wurde und sein Dienstrecht ihm nachfolgte.³¹

So stellte sich die Rechtslage der Beamten bei Einführung des Strafgesetzbuchs am 15. Mai 1871 dar. Der öffentlichrechtliche Status der Beamten war gefestigt. Sie waren Teil der Exekutive und als solche dem Gesetz unterworfen. Die Beziehung zwischen ihnen und dem Staat war durch eine besondere Abhängigkeit gekennzeichnet, die weit über das normale Band zwischen Bürger und Staat hinausging. Der Gedanke der Hingabe, der Aufopferung für das Gemeinwesen ist seit der Zeit Friedrich II. tief im deutschen Staatsdienst verwurzelt.³² Unter

²⁹ Kümmel, *Beamtenrecht*, Vor § 1, Rdn. 4, 54. Erg.-Lfg., Dez. 2002.

³⁰ Art. 18 lautete: „Der Kaiser ernennt die Reichsbeamten, läßt dieselben für das Reich vereidigen und verfügt erforderlichen Falls deren Entlassung.

Den zu einem Reichsbeamten berufenen Beamten eines Bundesstaates stehen, sofern nicht vor ihrem Eintritt in den Reichsdienst im Wege der Reichsgesetzgebung etwas Anderes bestimmt ist, dem Reiche gegenüber diejenigen Rechte zu, welche ihnen in ihrem Heimathlande aus ihrer dienstlichen Stellung zugestanden hatten.“

³¹ Arndt, *RBG*, Einleitung, S. 13. Aus diesem Grunde ist auch nicht verwunderlich, daß das spätere Reichsbeamtenengesetz im besonderen Maße auf die beamtenrechtlichen Vorschriften Preußens zurückgriff.

³² Siehe bereits Seuffert, *Von dem Verhältnisse des Staats und der Diener des Staats*, S. 14 ff. Siehe auch Hegel, *Rechtsphilosophie*, § 294, S. 759 f., der meint, der Staatsdienst erfordere vom Beamten die Aufopferung der Befriedigung der subjektiven (eigenen) Zwecke und gebe das Recht, sie in der pflichtgemäßen Leistung – aber nur in ihr – zu finden. Diese Verknüpfung des allgemeinen und des besonderen Interesses mache den Begriff und die Festigkeit des Staates aus.

Entsprechend dem Gedanken der Aufopferung verstand Seuffert, *Von dem Verhältnisse des Staats und der Diener des Staats*, S. 32 ff., die Besoldung des Beamten als Entschädigung

anderem sind die allgemeine Treuepflicht, die Gehorsamspflicht und die Pflicht zur politischen Zurückhaltung der Beamten vor diesem Hintergrund zu sehen. Ihrer umfassenden Verpflichtung steht vor allem die Alimentation durch den Dienstherrn gegenüber.

2. Entwicklung des deutschen Beamtentums von 1873 bis heute

Selbst wenn sich der deutsche Gesetzgeber bereits 1871 mit der Einführung des Strafgesetzbuchs gegen die Einführung eines allgemeinen Amtsmissbrauchstatbestands entschieden hatte, so kann doch die weitere Entwicklung im Beamtenrecht möglicherweise einen Grund dafür liefern, warum bis heute keine entsprechende Bestimmung im deutschen Strafrecht aufgenommen wurde.

Das Reichsbeamtengesetz vom 31. März 1873 übernahm im wesentlichen die preußischen Rechtsvorschriften über das allgemeine Beamten-, Pensions-, und Disziplinarrecht, das Defektenverfahren sowie den Rechtsweg für die Reichsbeamten.³³ Es regelte die Rechte und Pflichten der Beamten im Gegensatz zur Verfassung umfassend. Unter anderem wurden der Dienst auf Lebenszeit (Art. 2), die Ableistung des Diensteides (Art. 3), der Anspruch auf Gewährung eines Dienstinkommens (Art. 4 II), die verfassungs- und gesetzestreue Amtsführung sowie generell ein achtbares Verhalten innerhalb und außerhalb des Amtes (Art. 10), die Wahrung des Dienstgeheimnisses (Art. 11), die Verantwortlichkeit für gesetzesgemäßes Amtshandeln (Art. 13) gesetzlich normiert. Die Revolution von 1918 beseitigte das Beamtentum nicht. In der Weimarer Verfassung wurden die Beamten als Diener der Gesamtheit verpflichtet (Art. 130 I WRV) und ihnen eine Reihe von Garantien gegeben, wie beispielsweise die Anstellung auf Lebenszeit (Art. 129 I Satz 1 WRV), eine gesetzliche Regelung von Ruhegehalt und Hinterbliebenenversorgung (Art. 129 I Satz 2 WRV), die Unverletzlichkeit der wohlerworbenen Rechte (Art. 129 I Satz 3 WRV) und die Gewährleistung der Freiheit der politischen Gesinnung und der Vereinigungsfreiheit (Art. 130 II WRV).³⁴ Nach der Machtergreifung durch die Nationalsozialisten wurden politisch wie rassistisch mißliebige Personen mittels des „Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums“ vom 7. April 1933 aus der Verwaltung entfernt. Das Deutsche Beamtengesetz vom 26. Januar 1937 (DBG) kodifizierte

für sein besonderes Opfer, welches sowohl in der Zeit und dem Vermögen, das er in seine Ausbildung investiert habe, als auch in der durch den Staatsdienst verhinderten alternativen Erwerbstätigkeit zu sehen sei: „Dasjenige, womit der Staat die Staatsbeamten schadlos dafür hält, daß sie entweder ihre Nahrung wegen der ihnen obliegenden Dienste auf eine andere Art sich nicht erwerben, oder ihre Umstände auf eine andere erlaubte Weise nicht verbessern können, heißt Besoldung. Der wahre Grund der Besoldungen liegt also in der Verbindlichkeit des Staates, seine Diener zu entschädigen.“

³³ Maiwald, in: Schütz: Beamtenrecht, Geschichte des Beamtenrechts, Rdn. 5, 154. Erg.-Lfg., Juni 1998.

³⁴ Siehe eine Auflistung aller Rechte bei Battis, Einleitung BBG, Rdn. 3.

reichseinheitlich die Rechtsstellung der Beamten, war aber insgesamt an die nationalsozialistische Ideologie angepaßt. Vor allem mußten die Beamten gemäß § 4 DBG einen Treueid auf den Führer leisten.³⁵

Mit dem Zusammenbruch des Dritten Reichs kam das Beamtentum auf den Prüfstein.³⁶ Für einen Neuanfang stellte sich auch die Frage nach der Konzeption des Staatsdiensts. Die Alliierten waren in der frühen Nachkriegszeit wegen der auf der Potsdamer Konferenz beschlossenen Entnazifizierung der öffentlichen Verwaltung zunächst gegen die Wiedereinführung des Beamtentums. Desgleichen sahen die Verfassungen von Hessen, Groß-Berlin und Bremen die Einrichtung eines einheitlichen Dienstrechts aller Beschäftigten des öffentlichen Diensts auf arbeitsrechtlicher und nicht mehr öffentlichrechtlicher Grundlage vor. Demgegenüber bekräftigten die Verfassungen der süddeutschen Länder das Berufsbeamtentum.³⁷ In der sowjetischen Besatzungszone wurden die entlassenen Richter, Beamte und Lehrer durch „unbelastete“, der kommunistischen Ideologie aufgeschlossenen Personen ersetzt. Dort und später in der DDR gab es keine Berufsbeamten, wenn auch für die Mitarbeiter in den staatlichen Organen zusätzliche Vorschriften zu dem für alle Werktätigen einschlägigen Arbeitsgesetzbuch galten.³⁸ Die westlichen Siegermächte gelangten bald zu der Einsicht, daß der Aufbau einer geordneten Verwaltung ohne geschultes Personal nicht möglich war und lockerten die hohen Anforderungen der Entnazifizierung, so daß auch Beamte aus der NS-Zeit wieder eingestellt wurden.

Die Bundesrepublik Deutschland hat sich im Grundgesetz für die Beibehaltung des Berufsbeamtentums entschieden.³⁹ Daran hat sich während aller Stadien der Entwicklung bis heute nichts geändert; die Vereinheitlichung des Beamtenrechts durch die Stärkung der Bundeskompetenzen, die Gesetzgebung

³⁵ Der Eid lautete gemäß § 4 Abs. 1 DBG: „Ich schwöre: Ich werde dem Führer des Deutschen Reiches und Volkes, Adolf Hitler, treu und gehorsam sein, die Gesetze beachten und meine Amtspflichten gewissenhaft erfüllen, so wahr mir Gott helfe.“ Wer die Leistung des Eides verweigerte, war nach § 57 DBG zu entlassen. Siehe Brand, DBG, S. 116 ff., 422 f. Vgl. Wittland, RDStO, S. 133, Rdn. 182; Behnke, RDStO, S. 76, Brand, RDStO, S. 95. Siehe zur Treuepflicht zum Führer Wittland, RDStO, S. 81, Rdn. 35 ff.; Brand, RDStO, S. 72.

³⁶ Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts waren die bisher bestandenen Beamtenverhältnisse mit dem Untergang der NSDAP und dem Tode Hitlers erloschen, da vor allem der Treueid auf Hitler das Wesen des Beamtenverhältnisses derart verändert gehabt habe, wodurch die Amtsträger nicht mehr nur an den Staat, sondern in erster Linie an die Person des Führers und an die von ihm gelenkte Partei gebunden worden waren. Die auf diesem Rechtsverhältnis beruhenden gegenseitigen Treue- und Fürsorgepflichten zwischen Beamten und Staat wären allein auf das Vorhandensein und die Fortdauer eines bestimmten verfassungsrechtlichen Zustands abgestellt gewesen. Siehe BVerfGE, 3, 58, 99 ff., 114, 117 f.; 6, 132, 173 ff., 176; 15, 80, 100.

³⁷ Battis, Einleitung BBG, Rdn. 5.

³⁸ Battis, Einleitung BBG, Rdn. 6. Siehe dazu ausführlicher Hattenhauer, Geschichte des deutschen Beamtentums, S. 461 ff.

³⁹ Battis, Einleitung BBG, Rdn. 5.

der Dienstrechtsreform seit 1997 und auch die Reföderalisierung mit der Föderalismusreform von 2006 haben den grundsätzlichen Status des Beamten, das Verhältnis zu seinem Dienstherrn und damit die gegenseitigen Rechte und Pflichten nicht entscheidend gewandelt.⁴⁰ Ausgangspunkt bleibt die Verfassung. Art. 33 Abs. 4 GG überträgt die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes, die in einem öffentlichrechtlichen Treueverhältnis stehen. Hierin ist die institutionelle Garantie des Beamtenstandes zu sehen.⁴¹ Er ist den öffentlich Bediensteten gegenübergestellt, die in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis als Angestellte oder Arbeiter stehen.⁴² Darüber hinaus verpflichtet Art. 33 Abs. 5 GG den Gesetzgeber dazu, das Recht des öffentlichen Dienstes unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln und fortzuentwickeln. Neben dem beamtenrechtlichen Leistungsprinzip aus Art. 33 Abs. 2 GG gehören zu den hergebrachten Grundsätzen vor allen Dingen die Treuepflicht, insbesondere Verfassungstreuepflicht des Beamten,⁴³ die Unparteilichkeit und politische Neutralität des Beamten,⁴⁴ das Streikverbot für Beamte,⁴⁵ der Grundsatz der Hauptberuflichkeit mit der Verpflichtung, sich dem Dienst mit voller Hingabe zu widmen,⁴⁶ der Anspruch des Beamten auf Vollbeschäftigung und amtsangemessene Beschäftigung,⁴⁷ verbunden mit der Garantie des Amtes im statusrechtlichen Sinn,⁴⁸ die Fürsorgepflicht des Dienstherrn⁴⁹ und das Alimentationsprinzip, d.h. die amtsangemessene Besoldung⁵⁰ und Versorgung⁵¹ durch den Dienstherrn. Durch Art. 33 Abs. 5 GG haben diese Grundsätze Verfassungsrang erlangt. Ihre Relevanz auch unter Geltung des Art. 33 Abs. 5 GG in seiner aktuellen Fassung hat das Bundesverfassungsgericht im sogenannten Teilzeit-Beschluss vom 19.9.2007 nochmals unterstrichen. Das Gericht vertritt die Auffassung, daß sich das in Art. 33 Abs. 5 GG eingefügte Fortentwicklungsgebot nicht auf den Inhalt der maßgeblichen Strukturprinzipien des Beamtenrechts auswirke. Aus dem jetzigen Wortlaut und Zweck der Verfassungsnorm folge die Pflicht des Gesetzgebers, das Recht des öffentlichen Dienstes am weiterhin gültigen Maßstab der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums fortzuentwickeln. Auf letztere

⁴⁰ Siehe zur Entwicklung Kümmel, *Beamtenrecht, Einführung*, Rdn. 12 ff., 76. Erg.-Lfg., Dez. 2008.

⁴¹ Kümmel, *Beamtenrecht, Vor § 1*, Rdn. 10, 46. Erg.-Lfg., Nov. 2002.

⁴² Vgl. bereits Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2. Bd., S. 146 f.

⁴³ BVerfGE 39, 334.

⁴⁴ BVerfGE 9, 269, 286; 70, 251, 267.

⁴⁵ BVerfGE 8, 1, 17; 44, 249, 264.

⁴⁶ BVerfG NJW 1970, 2313.

⁴⁷ BVerfGE 70, 251, 266.

⁴⁸ BVerfGE 56, 146, 164.

⁴⁹ BVerfGE 8, 332, 356 f.; 43, 154, 165.

⁵⁰ BVerfGE 44, 249, 265; 70, 251, 266 f.; 81, 363.

⁵¹ BVerfGE 61, 43.

selbst beziehe sich das Fortentwicklungsgebot nicht.⁵²

Der einfache Gesetzgeber hat die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums erst kürzlich u.a. im sechsten Abschnitt des Bundesbeamtengesetzes (BBG) vom 5. Februar 2009 über die rechtliche Stellung des Beamten erneut aufgegriffen und ausgeführt.⁵³ § 60 Abs. 1 Satz 1 BBG⁵⁴ stellt klar, daß der Beamte dem ganzen Volk dient und nicht einer einzelnen Partei. Die Pflicht zur Verfassungstreue findet sich in Satz 2, wonach sich der Beamte durch sein gesamtes Verhalten zu der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen und für deren Erhaltung eintreten muß. Absatz 2 legt ihm Mäßigung und Zurückhaltung bei politischer Betätigung auf. Die Pflicht, sich mit voller Hingabe seinem Beruf zu widmen, wird durch § 61 Abs. 1 Satz 1 BBG⁵⁵ auferlegt. Satz 2 verlangt die uneigennützigere Verwaltung des Amtes nach bestem Gewissen. In Satz 3 findet sich schließlich die sogenannte Wohlverhaltensklausel, nach der das Verhalten des Beamten innerhalb und außerhalb des Dienstes der Achtung und dem Vertrauen gerecht werden muß, die sein Beruf erfordert. Es handelt sich um den disziplinarrechtlichen Grundtatbestand,⁵⁶ der einen verbindlichen Auslegungsmaßstab für die Grundpflichten bietet.⁵⁷ Der neue Absatz 2 sieht eine Teilnahmeverpflichtung des Beamten an dienstlichen Qualifizierungsmaßnahmen vor. In § 62 BBG⁵⁸ findet sich die Beratungs- und Gehorsamspflicht des Beamten gegenüber seinem Vorgesetzten bzw. seinem Dienstherrn. Nach § 63 Abs. 1 BBG⁵⁹ trägt er für die Rechtmäßigkeit seiner dienstlichen Handlungen die volle persönliche Verantwortung. Die Verpflichtung zur Amtsverschwiegenheit, die auch über die Zeit des Beamtenverhältnisses hinausgeht, führt § 67 BBG⁶⁰ aus. § 71 Abs. 1 BBG⁶¹ unterstreicht, daß der Beamte im Grundsatz, auch nach Beendigung des Beamtenverhältnisses, keine Belohnungen oder Geschenke in bezug auf sein Amt annehmen darf. Dem Pflichtenkatalog für den Beamten steht die Fürsorgepflicht des Dienstherrn gemäß § 78 BBG⁶² gegenüber. Hiernach hat der Dienstherr im Rahmen des Dienst- und Treueverhältnisses für das Wohl des Beamten und seiner Familie, auch für die Zeit nach Beendigung des Beamtenverhältnisses,

⁵² BVerfG DVBl., 2007, 1359, 1360. Siehe zur Bedeutung von Art. 33 Abs. 5 GG in seiner aktuellen Fassung auch Kenntner, DVBl., 2007, 1321 f.

⁵³ Mit dem neuen BBG wurden u.a. Änderungen durch das Beamtenstatusgesetz vom 17.06.2008 (BeamtStG) umgesetzt und das BBG vom 14.07.1953 novelliert.

⁵⁴ § 60 BBG ist mit § 33 BeamStG identisch.

⁵⁵ Vgl. § 34 BeamStG.

⁵⁶ Ausführlich zu dem Begriff Arndt, DÖV, 1968, 39 ff.; vgl. BVerfG, NJW, 1969, 2192, 2195.

⁵⁷ Arndt, DÖV, 1968, 39, 40; Claussen/Janzen, BDO, S. 21.

⁵⁸ Vgl. § 35 BeamStG.

⁵⁹ Vgl. § 36 BeamStG.

⁶⁰ Vgl. § 37 BeamStG.

⁶¹ Vgl. § 42 BeamStG.

⁶² Identisch mit § 45 BeamStG.

zu sorgen. Er hat ihn bei seiner amtlichen Tätigkeit und in seiner Stellung als Beamter zu schützen.

3. Ergebnis

Aus dem Vorangegangenen wird deutlich, daß das heutige, verfassungsmäßig garantierte Berufsbeamtentum einer langen geschichtlichen Entwicklung entspringt. Einzelne Pflichten wie beispielsweise die zur Treue gegenüber dem Dienstherrn, zur vollen Hingabe sowie zur uneigennütigen Amtsführung wurden bereits früh unter der preußischen Monarchie begründet. Diese preußischen Errungenschaften prägten das Beamtenrecht des Deutschen Reiches und damit auch das der Bundesrepublik.⁶³

Der öffentlichrechtliche Charakter des Beamtenverhältnisses wurde trotz gelegentlicher Änderungsvorschläge in Deutschland bis heute beibehalten.⁶⁴ Das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis ist ein besonderes Treue- und Fürsorgeverhältnis. Die Pflichten der Beamten sind auch darauf ausgelegt, einem Mißbrauch des Amtes entgegen zu wirken. Auf der anderen Seite sollen der Schutz und die Versorgung durch den Dienstherrn den Beamten an den Staat binden und auch den Anreiz zu einem pflichtwidrigen Fehlverhalten verringern.

II. Berufsbeamtentum in Italien

1. Die Entwicklung des öffentlichen Diensts in Italien bis 1889

Vor der Geburt des modernen Staates und der zeitgleichen Bildung einer öffentlichen Verwaltung gingen in Italien – wie in Deutschland auch – die Herrscher des Absolutismus zunehmend dazu über, sich für die Erledigung öffentlicher

⁶³ Insofern gibt es eine Parallele zur Entwicklung des Strafrechts. Das heute gültige Strafgesetzbuch geht zu einem großen Teil auf das preußische Strafgesetzbuch von 1851 zurück.

⁶⁴ Dieser wird auch in der neuesten Entwicklung des Beamtenrechts im Grundsatz nicht angetastet. Am 4.10.2004 haben sich der Bundesinnenminister Schily, die Gewerkschaften des öffentlichen Diensts, der Deutsche Beamtenbund und die Dienstleistungsgewerkschaft Verdi auf Eckpunkte zur Flexibilisierung der Besoldung und Beförderung von Beamten verständigt. Insbesondere geht es um die Einführung einer leistungsbezogenen Vergütung der Beamten. Geplant ist, die Beamten zukünftig ausgehend von einem Basisgehalt nach bis zu fünf Leistungsstufen entweder höher oder geringer zu besolden. Siehe dazu FAZ vom 5.10.2004, Nr. 232, S. 1 und 2; SZ vom 5.10.2004, Nr. 231, S. 1, 4, 5; Hartmut Kühne im RM vom 7.10.2004, Nr. 41, S. 4.

Funktionen permanenter Amtsträger zu bedienen.⁶⁵ Diese trugen vornehmlich den Titel eines Prokurators⁶⁶ oder eines Kommissars⁶⁷. Während sie früher von den sie berufenden Monarchen auch jederzeit wieder abgesetzt werden konnten, bildeten sie nun im Zeichen der Machtkonsolidierung und Stabilisierung der Herrschaftsstrukturen gegenüber der feudalen Aristokratie die Basis der „neuen Bürokratie“.⁶⁸ Das Anstellungsverhältnis war nach einhelliger Auffassung privatrechtlicher Natur. Es wurde in einem privatrechtlichen Dienstvertrag nach dem Vorbild der *locatio operarum* des römischen Rechts begründet gesehen.⁶⁹ Genauer gesagt, waren es die im römischen Recht ausgebildeten Juristen selbst, die „gemieteten Doktoren“, die ihre Dienste dem Souverän auf Grundlage der *locatio operarum* zur Verfügung stellten. Sie bildeten den Grundstein des entstehenden Berufsbeamtentums.⁷⁰ Für die Übertragung des Amtstitels hingegen wurde die Figur des Mandats bemüht.⁷¹

Mit dem Erscheinen der konstitutionellen Monarchie und der ersten verhaltenen parlamentarischen Kontrolle wurde das Ausüben eines öffentlichen Amtes an eine Laufbahn geknüpft. Die Anstellung in der Verwaltung blieb nunmehr allein Berufsbeamten vorbehalten, d.h. die Ausübung einer öffentlichen Funktion wurde zu einem Beruf. Gemäß dem Prinzip der Gleichheit stand jetzt grundsätzlich allen Untertanen der Weg in die Administration offen, die eine den Aufgaben entsprechende Vorbildung vorweisen konnten. Die Beziehung zum Monarchen bzw. zum Staat entsprach allerdings weiterhin einem Arbeitsverhältnis, das nach privatrechtlichen Prinzipien geregelt war. Außerdem wurde der Staat nicht mehr vollständig mit der Person des Monarchen identifiziert, so daß der Verwaltungsapparat nicht einzig zu seiner Verfügung stand, sondern allen

⁶⁵ Ebenso wie bei der Betrachtung der deutschen Entwicklung auf die Untersuchung der Vorformen eines Beamtentums verzichtet wurde, so beginnt auch diese Darstellung bei der Entstehung der öffentlichen Ämter im absolutistischen Staat. Es wird nicht auf das Beamtentum nach römischem Recht und ebenfalls nicht auf das Beamtenrecht des Königreichs Sizilien zur Zeit des Kaiser Friedrich II. von Hohenstaufen eingegangen. Siehe zu letzterem Hattenhauer, *Geschichte des deutschen Beamtentums*, S. 32 ff.

⁶⁶ So Giannini, *Encicl. dir.*, Vol. XX, S. 293 ff.; Rusciano, *L'impiego pubblico in Italia*, S. 37.

⁶⁷ So demgegenüber Pinna, *L'evoluzione del pubblico impiego in Italia*, S. 2 f.; s. auch die Gegenüberstellung von Beamten und Kommissaren, die sich auf der Grundlage von *Bodins* Lehre bei Schmitt, *Die Diktatur*, S. 34 ff., findet. Siehe zur Praxis der fürstlichen Kommissare im 16. und 17. Jahrhundert ebenfalls ebd., S. 43 ff. Siehe generell zum außerhalb der eigentlichen Regierung stehenden *Commissarius* in der allgemeinen Verwaltungsgeschichte Hintze, *Fg für Zeumer*, S. 493 ff.

⁶⁸ Pinna, *L'evoluzione del pubblico impiego in Italia*, S. 3.

⁶⁹ Volpe, *Le fonti del pubblico impiego*, S. 31; Giannini, *Encicl. dir.*, Vol. XX, S. 300.

⁷⁰ Hintze, *Der Beamtenstand*, S. 116, 119 f., findet sich in der italienischen Übersetzung zitiert bei Pinna, *L'evoluzione del pubblico impiego in Italia*, S. 3.

⁷¹ Giannini, *Encicl. dir.*, Vol. XX, S. 300, der in seiner Darstellung dies so knapp wiedergibt, obwohl es zumindest später äußerst kontrovers diskutiert wurde. Vgl. auch Rusciano, *L'impiego pubblico in Italia*, S. 37.

Verfassungsorganen.⁷²

Die normative Regelung des öffentlichen Diensts bis zum Inkrafttreten des *Codice penale* 1889 ist vor allem durch mangelnde Systematik gekennzeichnet, die sie fragmentarisch erscheinen läßt. Es gab eine Reihe von beamtenrechtlichen Vorschriften, aber sie waren untereinander nicht koordiniert. Während einige Aspekte des Dienstverhältnisses geregelt wurden, blieben andere außer Betracht und waren in das Belieben der Verwaltung gestellt.⁷³ Die Beweggründe für die Regelungen waren anfangs weniger in dem Schutz der öffentlichen Angestellten, denn gemäß der politischen Zielsetzung in einer Vereinheitlichung der Verwaltung und ihrer Kontrollierbarkeit durch die Regierung sowie der Senkung der öffentlichen Ausgaben für den Behördenapparat zu sehen.⁷⁴

Die Rechtsmaterie war vornehmlich durch die Gesetzgebung des Königreichs Sardinien-Piemont geprägt. Seine Verfassung, der *Statuto Albertino* vom 4. März 1848, wurde die Verfassung des vereinigten Italiens. Es gilt zwar als liberales Werk, vollzog aber keine deutliche Abkehr vom absolutistischen Regime. Zwischen Krone und Verwaltung bestand weiterhin ein enges Band. Der König war gemäß Art. 5 alleiniger Inhaber der exekutiven Gewalt.⁷⁵ Nach Art. 6 bestimmte er alle Staatsämter;⁷⁶ und Art. 65⁷⁷ stellte klar, daß er allein die Minister berief und entließ.⁷⁸

Die einzigen Gesetze, die nach der Vereinigung allgemein den öffentlichen Dienst betrafen, und zwar die sogenannte *Legge Cavour* und das sie ausführende Dekret, waren ebenfalls Regelwerke des sardisch-piemontesischen Staats, die das Königreich Italien geerbt hatte. Mit dem Gesetz *Cavour* vom 23. März 1853, Nr. 1483,⁷⁹ wurde die Zentralverwaltung des Staates in die Verantwortlichkeit der Minister gegeben. Diese leiteten sie mittels der ihnen direkt unterstellten Behörden (Art. 1 Abs. 1)⁸⁰. Damit war die Organisationsgewalt über die

⁷² Pinna, L'evoluzione del pubblico impiego in Italia, S. 3 f.

⁷³ Battini, Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni, S. 11; Giannini, Encicl. dir., Vol. XX, S. 297.

⁷⁴ Vgl. Battini, Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni, S. 12 f.; Rusciano, L'impiego pubblico in Italia, S. 40 ff.; Melis, Storia dell'amministrazione italiana, S. 22, 28.

⁷⁵ Art. 5 S. 1 lautet: „*Al Re solo appartiene il potere esecutivo.*“

⁷⁶ Art. 6 1. Halbsatz lautet: „*Il Re nomina a tutte le cariche dello Stato*“

⁷⁷ Art. 65 lautet: „*Il Re nomina e revoca i suoi Ministri.*“

⁷⁸ Auch wenn sie gemäß Art. 67 „verantwortlich“ sind. Zwar ist es aus der Bestimmung nicht zu entnehmen, aber Schidor, Entwicklung und Bedeutung des Statuto Albertino in der italienischen Verfassungsgeschichte, S. 205, sieht darin ein Kennzeichen der konstitutionellen Monarchie festgeschrieben, und zwar die Ministerverantwortlichkeit dem Parlament gegenüber.

⁷⁹ Benannt nach dem Ministerpräsidenten *Camillo Graf Benso di Cavour*.

⁸⁰ Art. 1 Abs. 1 lautet: „*I ministri provvederanno all'amministrazione centrale dello Stato per mezzo di Uffizi posti sotto l'immediata loro direzione.*“

öffentliche Verwaltung und ihr Personal der Exekutive zugedacht. Dieser Umstand führte auch zur Schaffung von hierarchischen Strukturen, was wiederum entscheidenden Einfluß auf die Ordnung des öffentlichen Diensts hatte und eines der elementaren Prinzipien begründete, *il principio gerarchico*.⁸¹ Zur Durchführung des ersten Titels der *Legge Cavour, Dell'Amministrazione centrale dello Stato*, wurde am 23. Oktober 1853 der *regio decreto*, Nr. 1611, erlassen. In seinem Art. 30 war die Pflicht zur Ableistung eines Schwurs verankert.⁸² Die Eidesformel umfaßte die Treue zum König und seinen königlichen Nachfolgern und die Verpflichtung, die Verfassung und anderen Gesetze des Staats treulich zu achten sowie die übertragenen Funktionen zum alleinigen Wohl des Königs und des Vaterlands auszuüben.⁸³ Der Schwur auf König und Verfassung zeigt exemplarisch die Ambivalenz des konstitutionellen Staats. Neben das Element des *Ancien Régime*, der persönliche Treue des Beamten gegenüber dem Herrscher, trat die Bindung an Verfassung und Gesetz.⁸⁴ Der *regio decreto* 1611/1853 sah darüber hinaus bereits eine Reihe von Verpflichtungen der Verwaltungsangestellten vor, die zum Teil bis heute gelten.⁸⁵ Folgende Pflichten lassen sich dem Dekret entnehmen: die Subordination gemäß der hierarchischen Ordnung,⁸⁶ die gewissenhafte und fleißige Verrichtung des Dienstes,⁸⁷ die Wahrung des Dienstgeheimnisses,⁸⁸ die Wahrung des Ansehens und der Ehre der Verwaltung,

⁸¹ Pinna, L'evoluzione del pubblico impiego in Italia, S. 5; siehe insbesondere auch Melis, Storia dell'amministrazione italiana, S. 25 ff.

Im Gesetz von 1853 kam das in Art. 2 Abs. 1 zum Ausdruck: „L'ordinamento dei Ministeri e degli Uffici, di cui all'articolo precedente avrà luogo, in modo uniforme quanto ai titoli, gradi e stipendi del personale.“ Noch deutlicher zeigt sich die hierarchische Ordnung in Art. 1 des das Gesetz ausführenden *regio decreto*, vom 23.10.1853, n. 1611: „I titoli ed i gradi del personale dell'Amministrazione centrale sono stabiliti nella seguente conformità: Segretario generale, - Direttore generale, - Direttore capo di Divisione, - Capo di Sezione, - Segretario di prima classe, - Segretario di seconda classe, - Applicato di prima classe, - Applicato di seconda classe, - Applicato di terza classe, - Applicato di quarta classe.

Presso il Ministero di Finanze sono inoltre stabiliti Ispettori generali, i quali per grado verranno immediatamente dopo il Direttore generale.“

⁸² Art. 30 lautet: „Gli impiegati dovranno prestare il giuramento, secondo le norme fissate dai regolamenti in vigore, nelle mani del Ministro o di un suo delegato.

Il giuramento avrà solo luogo in occorrenza della prima loro nomina ad impiego stipendiato.“

⁸³ Die Formel findet sich bei Melis, Storia dell'amministrazione italiana, S. 29, Fn. 41 zitiert: „Io giuro di essere fedele al Re ed ai suoi Reali successori, di osservare fedelmente lo Statuto e le altre leggi dello Stato e di esercitare le mie funzioni al solo scopo del bene inseparabile del Re e della Patria.“

⁸⁴ Vgl. Melis, Storia dell'amministrazione italiana, S. 29.

⁸⁵ Die generellen Pflichten finden sich auch in der Rechtslehre des 19. Jahrhunderts behandelt. Siehe Orlando, Principi di Diritto Amministrativo, S. 102 ff.; Meucci, Istituzioni di diritto amministrativo, S. 221 ff.; vgl. Presutti, Istituzioni di diritto amministrativo italiano, Vol. I, S. 470.

⁸⁶ Siehe Art. 17.

⁸⁷ Dies ergab sich vor allem aus den Disziplinarbestimmungen der Art. 38 f.

⁸⁸ Dies ergab sich ebenfalls aus Art. 39. Siehe aber auch Art. 75 Abs. 2 und Art. 85.

die Achtung der Person des Königs, die (zumindest „äußerliche“)⁸⁹ Treue zur konstitutionellen Monarchie,⁹⁰ die Anwesenheit während der Arbeitszeiten⁹¹ und die Inkompatibilität mit anderen Diensten.⁹² Das Personal war innerhalb der Verwaltungen gemäß der *Legge Cavour* an den jeweiligen Minister gebunden und von diesem abhängig, was sich dadurch verstärkte, daß die Minister durch den Erlaß von Verordnungen⁹³ die Beziehung zu den Angestellten selbst ordneten.⁹⁴ Folglich wurde die Materie weniger von der Legislative denn durch die Exekutive geregelt. Das ist auch der Grund, warum es bis zum Ende des 19. Jahrhunderts dauerte, bis erstmals wieder ein Gesetz das Dienstverhältnis zwischen Staat und Beamten allgemein behandelte.⁹⁵ Lediglich über die Kontrolle der öffentlichen Ausgaben besaß das Parlament bis dahin eine indirekte Überwachungsmöglichkeit der ministeriellen Organisationstätigkeit, welche großen Einfluß auf den Staatsetat hatte. Die Ausgaben für Gehälter und Pensionen der öffentlichen Bediensteten stellten eine erhebliche Belastung der öffentlichen Kasse dar.⁹⁶ Da der Haushaltsplan durch ein Gesetz angenommen werden mußte, konnte die Legislative mittelbar die Verwaltungsorganisation kontrollieren.⁹⁷ Die ersten legislativen Regelungen⁹⁸ im Bereich der öffentlichen Verwaltung betrafen daher direkt oder indirekt die ökonomischen Aspekte der öffentlichen Dienstverhältnisse: Das Verbot der Ämterhäufung bzw. der Kumulation von Gehältern und Pensionen sowie Regelungen beispielsweise bezüglich der außerordentlichen Beurlaubung, des Erholungsurlaubs, des Ruhegehalts und der Zulagen.⁹⁹ So kam es, daß solche einzelnen Vorgaben mittels Gesetz gemacht wurden und für alle öffentlichen Bediensteten Gültigkeit besaßen, während aber eine allgemeine Regelung des öffentlichen Diensts in der Form eines einheitlichen Beamtengesetzes weiterhin fehlte.¹⁰⁰

⁸⁹ Die Angestellten durften öffentlich keine die konstitutionellen Monarchie schädigenden Ansichten vertreten.

⁹⁰ Die letztgenannten Pflichten ergaben sich alle wiederum aus Art. 39.

⁹¹ Siehe Art. 94.

⁹² Siehe Art. 97.

⁹³ Die Organisationsgewalt war im Gesetz von 1853 in Art. 2 Abs. 2 ausdrücklich festgelegt: „*Tali titoli e gradi, come pure le altre basi di organizzazione delle Direzioni generali e degli altri Uffici interni dei Ministeri, saranno determinati da Regolamento deliberato in Consiglio dei Ministri, ed approvato con decreto reale da pubblicarsi ed inserirsi negli Atti del Governo. Non potranno esservi recate variazioni se non nello stesso modo.*“

⁹⁴ Siehe Pinna, L'evoluzione del pubblico impiego in Italia, S. 5.

⁹⁵ Das regio decreto vom 12.2.1899, n. 407, regelte das Dienstverhältnis und die Laufbahn von den Angestellten der „*Amministrazione centrali e provinciali dell'Interno*“.

⁹⁶ Rusciano, L'impiego pubblico in Italia, S. 42.

⁹⁷ Siehe dazu die Vorschriften des Capo I des Titolo Secondo des Gesetzes vom 23.3.1853; s. auch Pinna, L'evoluzione del pubblico impiego in Italia, S. 5.

⁹⁸ Siehe die Gesetze: l. 19.7.1962, n. 722; l. 11.10.1863, n. 1500; l. 14.4.1864, n. 1731; l. 18.12.1864, n. 2034; l. 9.3.1871, n. 102; l. 7.7.1876, n. 3212.

⁹⁹ Siehe dazu Battini, Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni, S. 16 ff.

¹⁰⁰ Pinna, L'evoluzione del pubblico impiego in Italia, S. 6, bemerkt dazu: „*Tuttavia, essi non configuravano uno status particolare dell'impiego statale, sebbene introducessero evidenti*

Die rechtliche Natur des Staatsdienerverhältnisses betreffend, tat sich die italienische Rechtslehre – ähnlich wie die Literatur in Deutschland bezüglich der juristischen Konstruktion – mit ihrer Bestimmung bzw. Einordnung schwer. Zwar war der Ausgangspunkt eines privatrechtlichen Verhältnisses zunächst unstreitig, aber schon an der Einordnung innerhalb des Zivilrechts entzündete sich eine heftige Kontroverse.¹⁰¹ Grundlegend war die Frage, ob es sich um das „gewöhnliche“, allgemeine Zivilrecht (*diritto privato comune*) oder um besonderes Privatrecht (*diritto privato speciale*) handelte.¹⁰² Bei der Einordnung unter bestimmte privatrechtliche Figuren standen anfänglich der „normale“ Arbeitsvertrag, *la locatio operarum*, und die Beauftragung, *il mandato*, zur Debatte.¹⁰³ Später sprachen andere von einem privatrechtlichen Vertragsverhältnis *sui generis*.¹⁰⁴ In der Tat ließen sich die bisher diskutierten Figuren vor allem mit den nach der Einheit Italiens folgenden Gesetzesregelungen, die die ökonomischen Aspekte des öffentlichen Diensts betrafen, nicht mehr uneingeschränkt aufrechterhalten. Die den Staatsbediensteten gewährten besonderen Garantien auf der einen und ihre speziellen Verpflichtungen auf der anderen Seite fügten Aspekte des öffentlichen Rechts in das bislang rein zivilrechtliche Schema.¹⁰⁵ So entwickelten sich die Theorien des rein öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisses¹⁰⁶ sowie die des Verhältnisses *sui generis* mit sowohl zivilrechtlichen als auch öffentlichrechtlichen Kennzeichen.¹⁰⁷ Erst mit der Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit durch die Einrichtung einer IV. Sektion des *Consiglio di Stato* im Jahr 1890 und deren öffentlichrechtliches Verständnis vom Staatsdienst begann sich die allgemeine Ansicht von der privatrechtlichen

incrinature nello schema della locatio operarum e sensibili elementi di differenziazione rispetto ai comuni prestatori d'opera.“ Er kann sich dabei auf die Ausführungen des angesehenen Verwaltungsrechtlers Giannini, Encicl. dir., Vol. XX, S. 297, stützen: „*Sicchè il rapporto di impiego pubblico era concepito come un rapporto, secondo l'ordine concettuale dell'epoca, di locatio operarum, ma corredato di un insieme di tratti particolari, che furono, via via con gli sviluppi dei vari interventi legislativi, il diritto alla pensione, la disciplina degli avanzamenti in carriera, la disciplina dei congedi, delle aspettative e degli altri fatti modificativi delle prestazioni del prestatore d'opera, la disciplina dei concorsi d'assunzione, e simili.*“

¹⁰¹ Siehe dazu Meucci, Istituzioni di diritto amministrativo, S. 182 ff.; Orlando, Principi di Diritto Amministrativo, S. 92 ff.; Giannini, Encicl. dir., Vol. XX, S. 300 ff.

¹⁰² Vgl. Mainardi, Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico, S. 42, Fn. 127.

¹⁰³ Siehe vor allem Meucci, Istituzioni di diritto amministrativo, S. 190 ff.; Orlando, Principi di Diritto Amministrativo, S. 94 f., die letztlich beide in dem Merkmal der Stellvertretung beim Mandat, *la rappresentanza*, das Unterscheidungskriterium sehen.

¹⁰⁴ Siehe Meucci, Istituzioni di diritto amministrativo, S. 183 m.w.N.

¹⁰⁵ Vgl. Carinci, Riv. trim. dir. proc. civ. 1974, 1098, 1107; Giannini, Encicl. dir., Vol. XX, S. 297.

¹⁰⁶ C.C. Roma 13 aprile 1880 (Annali, XIV, II, 154), angegeben bei Meucci, Istituzioni di diritto amministrativo, S. 183.

¹⁰⁷ So Orlando, Principi di Diritto Amministrativo, S. 95; Presutti, Lo Stato parlamentare, S. 33; vgl. Meucci, Istituzioni di diritto amministrativo, S. 189 f., der von *diritto civile speciale* spricht; vgl. Giannini, Encicl. dir., Vol. XX, S. 300.

Auffassung zur öffentlichrechtlichen zu verlagern.

Zur Frage der juristischen Konstruktion des Verhältnisses wurden verschiedene Erklärungsansätze verfolgt.¹⁰⁸ Grob lassen sie sich in die Vertragstheorien, die gemischten Theorien und die unilateralen Theorien gliedern. Für die Vertragstheorien kam das Beamtenverhältnis wie jeder Vertrag durch Angebot und Annahme zustande. Der Staat und die Privatperson schlossen einen Vertrag. In verschiedenen Variationen wurde die Teilnahme am Auswahlverfahren durch den Bürger oder die Nominierung durch die Verwaltung als Angebot gesehen und die Annahme je nachdem in der Ernennung oder in der Dienstaufnahme durch den Privaten. Der Unterschied zum normalen Arbeitsvertrag bestand nun darin, daß das Verhältnis ausschließlich vom öffentlichen Recht geregelt wurde.¹⁰⁹ Manche Vertreter einer gemischten Theorie sahen in dem Moment des Verhältnisbeginns einen Vertrag und im folgenden eine unilaterale, von der Verwaltung einseitig bestimmte Beziehung.¹¹⁰ Andere wiederum erkannten in der Nominierung einen unilateralen, autoritären Akt des Staats, der dann bilaterale Wirkungen entfaltet.¹¹¹ Die unilateralen Theorien wiederum faßten die Begründung des Verhältnisses als lediglich einseitigen, hoheitlichen Akt auf.¹¹² Der Bürger wurde durch einen Verwaltungsakt ins Beamtenverhältnis berufen, wobei seine Zustimmung durch Annahme der Nominierung für die Begründung nicht entscheidend war.¹¹³

Als der *Codice Zanardelli* erlassen wurde, existierte mithin kein allgemeines Beamtengesetz, sondern es bestanden nur die beamtenrechtlichen Regelungen des Gesetzes *Cavour* und seines Ausführungsdekrets. Es ist allerdings zweifelhaft, ob dieser Umstand die Annahme rechtfertigt, das italienische Beamtentum sei 1889 noch nicht so gefestigt gewesen und habe auch kein solch besonderes Treue-

¹⁰⁸ Vgl. Virga, *Il pubblico impiego*, 1973, S. 19 ff., der allerdings die Problemkreise der rechtlichen Natur des Verhältnisses und der juristischen Konstruktion nicht trennt bzw. unter der rechtlichen Natur sowohl die Frage nach dem Recht – ob öffentliches oder ziviles – als auch die nach der juristischen Figur versteht.

¹⁰⁹ Vgl. dazu Virga, *Il pubblico impiego*, 1973, S. 19 f. m.w.H.

¹¹⁰ Vgl. dazu Virga, *Il pubblico impiego*, 1973, S. 21 m.w.H. Anders, aber vgl. Orlando, *Principi di Diritto Amministrativo*, S. 95 f.

¹¹¹ Vgl. dazu Giannini, *Encicl. dir.*, Vol. XX, S. 300 f.

¹¹² Die frühere These der auch unfreiwilligen Anstellung von Privatpersonen aufgrund ihrer staatsbürgerlichen Verpflichtungen wurde mit Rückgriff auf deutsche Literatur – und hier insbesondere auf *Gönner* und *Jellinek* – auch in Italien diskutiert, wo sie sich jedoch ebenfalls nicht durchsetzen konnte. Vgl. dazu Meucci, *Istituzioni di diritto amministrativo*, S. 182 f. m.w.H. und Virga, *Il pubblico impiego*, 1973, S. 19, Fn. 60, die beide *Gönner* angeben, sowie Giannini, *Encicl. dir.*, Vol. XX, S. 300, der auf *Jellinek* und in der italienischen Lehre aus der jüngeren Zeit auf *Pastori* verweist.

¹¹³ So bspw. Virga, *Il pubblico impiego*, 1973, S. Es handelt sich allerdings um die Theorie, die erst in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts dominierend wurde – bis ab Ende der sechziger Jahre Zug um Zug wieder mehr Elemente der vertraglichen Konzeption Eingang ins positive Recht fanden.

und Abhängigkeitsverhältnis beinhaltet, daß die Bereitschaft zur Begehung eines Amtsmißbrauchs – verglichen mit Deutschland – erheblich höher gewesen wäre und somit den Gesetzgeber zur Aufnahme einer entsprechenden Strafbestimmung mitveranlaßt hätte. Dagegen spricht, daß das Geflecht von Gesetzen¹¹⁴ und königlichen Dekreten eine Normierung der Rechtsmaterie bewirkte, die zwar Unterschiede zwischen den verschiedenen Beamtenkategorien zuließ, aber dennoch die wichtigsten Pflichten und Garantien beinhaltete.¹¹⁵ Die These, daß das Fehlen eines allgemeinen Beamtengesetzes den maßgeblichen Unterschied mit den entsprechenden Konsequenzen ausmache, scheidet schon daran, daß auch in Deutschland das Reichsbeamtengesetz erst 1873 erlassen wurde und es beispielsweise auch in Preußen kein allgemeines Staatsdienergesetz gab und dennoch das besondere Treue- und Abhängigkeitsverhältnis der Beamten nicht in Frage gestellt wurde.

Relevanter könnte dagegen sein, daß in Italien 1889 die rechtliche Natur des Beamtenverhältnisses keineswegs geklärt war. Das öffentlichrechtliche Verständnis hatte sich noch nicht durchgesetzt. Am meisten verbreitet war zu diesem Zeitpunkt darüber hinaus die vertragliche Konzeption des Verhältnisses, das den Beamten als gleichberechtigtes Gegenüber des Staats sah. Der vertragsgemäße Austausch von Leistungen, Dienstleistung und Bezahlung, standen im Vordergrund. Insbesondere scheint es, als wäre der Gedanke der Aufopferung des Beamten für den Staatsdienst in Italien nicht sonderlich verbreitet gewesen. Zwar hat die italienische Lehre der Diskussion um die rechtliche Natur des Dienstverhältnisses viel Raum gegeben, die Idee, daß der Beamte sein Leben dem Staatsdienst widmet und deshalb in einem besonderen Abhängigkeitsverhältnis zum Staat steht, findet sich hingegen nicht ausgearbeitet.¹¹⁶ Das zeigt sich in den Ausführungen zum Rechtsgrund der Besoldung. Der italienischen Lehre lassen sich keine Hinweise auf das Alimentationsprinzip entnehmen. Die Besoldung wird als Bezahlung für den geleisteten Dienst verstanden.¹¹⁷ Dieser Unterschied zum deutschen Beamtenrecht könnte als Indiz für eine weniger tiefe Verbundenheit der italienischen Beamten zu ihrem Dienstherrn gewertet werden.

¹¹⁴ Siehe eine Auflistung der Gesetze bei Brusa, Das Staatsrecht des Königreichs Italiens, S. 253.

¹¹⁵ Vgl. Brusa, Das Staatsrecht des Königreichs Italien, S. 255.

¹¹⁶ Selbst später nicht, als der öffentlichrechtliche Charakter bereits deutlicher hervorgetreten war. Siehe Presutti, Istituzioni di diritto amministrativo italiano, Vol. I, S. 451.

¹¹⁷ Siehe Meucci, Istituzioni di diritto amministrativo., S. 209: „Lo stipendio è una somma fissa e periodica che si paga dall'Amministrazione al funzionario in remunerazione dell'opera sua.“ Vgl. auch heute Virga, Il pubblico impiego dopo la privatizzazione, S. 4, der feststellt, daß sich die Bezahlung jedoch nicht nach dem erreichten Resultat bemißt, sondern im Voraus nach dem Alter.

2. Entwicklung von 1889 bis heute

Es war schließlich die Rechtsprechung der IV. Sektion des *Consiglio di Stato*, die das Bewußtsein dafür schärfte, daß die privatrechtliche Sichtweise des *pubblico impiego* nicht mehr der Realität des positiven Rechts entsprach.¹¹⁸ Vor der Einrichtung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit war die Existenz von subjektiven Rechten der öffentlichen Bediensteten außerhalb der ökonomischen Gesichtspunkte des Dienstverhältnisses nicht anerkannt. Das Vermögen betreffend hatten ordentliche Gerichte – die dem Anstellungsverhältnis einen vertraglichen Charakter zusprachen – hingegen subjektive Rechtspositionen bestätigt; so unter anderem das Recht auf Schadensersatz sowie das Recht auf Gehalt und auf periodische Erhöhungen desselben.¹¹⁹ Mit der Einsetzung von Verwaltungsgerichten wurde die öffentliche Verwaltung durch den Rechtmäßigkeitsgrundsatz (*principio di legalità*) auch in den Bereichen gebunden, in denen sie ehemals uneingeschränktes Ermessen besaß. Der Verwaltungsrichter entschied, daß die Akte, mit denen öffentliches Verwaltungspersonal angestellt wird, und die, die zu seiner Führung dienen, als Verwaltungsakte anzusehen sind.¹²⁰ Das Amt und der entsprechende Tätigkeitsbereich wurden so zu einem Rechtsgut, das der einmal zum Beamten Berufene vor dem Verwaltungsgericht einklagen konnte.¹²¹

Diese Ausrichtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit wurde schließlich von der Legislative mit der *Legge Giolitti* vom 25. Juni 1908, Nr. 290, aufgegriffen, das kurz darauf Teil des *testo unico delle leggi sullo stato degli impiegati civili* vom 22. November 1908, Nr. 693, wurde.¹²² Art. 1 Abs. 1 des *testo unico* stellte als erstes fest, daß die zivilen Angestellten des Staates nach den Personalordnungen

¹¹⁸ Carinci, Riv. trim. dir. proc. civ. 1974, 1098, 1107; Giannini, Encicl. dir., Vol. XX, S. 297; Pinna, L'evoluzione del pubblico impiego in Italia, S. 6 f.

¹¹⁹ Siehe m.w.N. Pinna, L'evoluzione del pubblico impiego in Italia, S. 7.

¹²⁰ Pinna, L'evoluzione del pubblico impiego in Italia, S. 7. Anders als für den *Consiglio di Stato* ist für Giannini, Encicl. dir., Vol. XX, S. 302, allerdings die Zuordnung der Streitigkeiten wegen des Dienstverhältnisses an die Verwaltungsgerichtsbarkeit kein Zeichen, daß es sich bei der Materie um Verwaltungsrecht handelt, sondern vielmehr dafür, daß sich der Verwaltungsrichter auch mit Zivilrecht befassen kann. Auch Pinna, L'evoluzione del pubblico impiego in Italia, S. 12 ff., setzt sich kritisch mit der „öffentlichrechtlichen Ausrichtung“ des öffentlichen Dienstes auseinander und macht als konzeptionelle Schwäche der Auffassung die Qualifizierung der Verwaltung als ein autoritäres Subjekt aus, welche zur Überbewertung des „*rapporto organico*“ geführt habe, was sich wiederum in der Überbetonung der „*funzione*“ gegenüber dem „*rapporto di impiego*“ ausdrücke. Die Natur des Dienstverhältnisses werde so durch die Funktion der öffentlichen Verwaltung bestimmt. Aufgrund des Rechtmäßigkeitsprinzips (*principio di legalità*) werde die Verwaltung kontrolliert – nicht nur die Verwaltungstätigkeit, sondern auch die Organisation des Behördenapparats. Dadurch seien subjektive Garantien des öffentlichen Bediensteten gegenüber der ihn anstellenden Autorität geschaffen worden.

¹²¹ Giannini, Encicl. dir., Vol. XX, S. 297.

¹²² Pinna, L'evoluzione del pubblico impiego in Italia, S. 8.

der einzelnen Verwaltungen ernannt werden.¹²³ Gemäß Art. 1 Abs. 2 war die Verwaltung hierarchisch nach Dienstgrad und Dienstalter geordnet.¹²⁴ Die Voraussetzungen der Berufung in den öffentlichen Dienst sowie der Beförderungen in andere Klassen oder Grade waren genau bestimmt (Art. 3 bis 6). Die Unvereinbarkeit einer öffentlichen Anstellung mit jeglicher privaten beruflichen Tätigkeit ergab sich aus Art. 7 Abs. 1.¹²⁵ Der Titel III regelte die Fälle, in denen der Beamte seinen Dienst nicht verrichten kann. Er nannte die außerordentliche Beurlaubung (*aspettativa*), die Stellung auf Abruf bei Abkömmlichkeit (*disponibilità*) und den regulären Urlaub (*congedo*). Der Titel IV regelte die Entlassungen (*dimissioni*), wobei Art. 42 Abs. 1 und 2 klarstellte, daß die vom Angestellten ersuchte Entlassung der Annahme durch die Verwaltung bedarf und daß dieser solange den Dienst zu verrichten hat, wie diese nicht erteilt wird.¹²⁶ Unter dem gleichen Titel befand sich auch eine Antistreikbestimmung, Art. 43,¹²⁷ die wegen der zunehmenden gewerkschaftlichen Organisierung des öffentlichen Dienstes aufgenommen worden war.¹²⁸ Im Titel V waren schließlich das Disziplinarverfahren und die zu maßregelnden Tatbestände sowie die entsprechenden Sanktionen festgelegt.

Die Gesetzgebungen, die nach 1908 folgten, tasteten die öffentlichrechtliche Ausrichtung des *pubblico impiego* zunächst nicht an. Sie schwankten zwar zwischen den gegensätzlichen Polen einer mehr autoritären und einer mehr liberalen Verwaltungsauffassung, also zwischen mehr Befugnissen der Institution und mehr Rechten der Angestellten, aber am öffentlichenrechtlichen Charakter

¹²³ Art. 1 I lautet: „*Gl'impiegati civili dello Stato sono nominati secondo gli ordinamenti organici di ciascuna amministrazione e si distinguono, quando gli ordinamenti stessi non provvedano diversamente, in tre categorie: amministrativi, di ragioneria e d'ordine.*“

¹²⁴ Art. 1 Abs. 2 lautet: „*La gerarchia fra gl'impiegati di ogni categoria è costituita dal grado; nello stesso grado dalla classe; a parità di grado e di classe, dall'anzianità.*“

¹²⁵ Art. 7 I lautet: „*Con la qualità d'impiego civile dello Stato è incompatibile qualunque impiego privato, l'esercizio di qualunque professione, o commercio, o industria, e la carica di amministratore, consigliere di amministrazione, commissario di sorveglianza od altra consimile, sia o non sia retribuita, in tutte le società costituite a fine di lucro, salva, per l'amministrazione delle cooperative costituite da impiegati, la previa autorizzazione dell'amministrazione da cui l'impiegato dipende.*“

¹²⁶ Art. 42 Abs. 1 u. 2 lauten: „*La dimissione di un impiegato dall'ufficio dev'essere presentata in iscritto: non ha effetto se non è accettata. L'impiegato che si è dimesso è tenuto a proseguire nell'adempimento degli obblighi del suo ufficio, finchè non gli sia partecipata l'accettazione della sua dimissione. L'accettazione può essere ritardata per gravi motivi di servizio; può anche essere rifiutata, quando l'impiegato sia sottoposto a procedimento disciplinare e il consiglio di disciplina ritenga che sia il caso di applicare la destituzione.*“

¹²⁷ Art. 43 I lautet: „*Sono dichiarati dimissionari, senza pregiudizio dell'azione penale secondo le vigenti leggi, gl'impiegati che volontariamente abbandonano l'ufficio, o prestano l'opera propria in modo da interrompere o perturbare la continuità e regolarità del servizio.*“

¹²⁸ Rusciano, *L'impiego pubblico in Italia*, S. 60; Pinna, *L'evoluzione del pubblico impiego in Italia*, S. 9.

des Dienstverhältnisses änderte sich nichts.¹²⁹

Mit dem *regio decreto* vom 23. Oktober 1919, Nr. 1971, wurde die Rechtsnatur des öffentlichen Dienstes nicht verändert, sondern er zielte vor allem darauf ab, die Verwaltungen effizienter zu gestalten und das Personal zu reduzieren. Unter anderem wurden einige Dienstgrade abgeschafft, die Beförderungen noch genauer geregelt und die periodische Gehaltserhöhung innerhalb eines Grades sowie das automatische Aufsteigen in der Behördenhierarchie nach Dienstzeit eingeführt. Mithilfe des Instruments der Entbindung vom Dienst, gegen das kein Rechtsmittel zulässig war, wurde im Folgenden die Zahl der Beschäftigten heruntergeschraubt. Das Gesetz 1919/1971 betonte somit die autoritären Gesichtspunkte des öffentlichen Dienstverhältnisses auf Kosten der Garantien der Angestellten.¹³⁰ Auch mit dem Gesetz vom 13. August 1921, Nr. 100, sowie insbesondere mit dem *regio decreto* vom 25. Januar 1923, Nr. 87, wurde Personalabbau mittels der Entbindung vom Dienst bzw. durch die Versetzung in den Ruhestand betrieben.¹³¹ Das letztgenannte Gesetz war bereits vom faschistischen Regime erlassen worden. Diesem kam die bisherige Entwicklung entgegen, da es die Schaffung eines kompakten, effizienten und vor allem der Regierung gegenüber treuen Behördenapparats anstrebte.¹³² Die Angleichung der Verwaltungsstruktur an die politische Ordnung des totalitären Staates erfolgte durch das *regio decreto* vom 11. November 1923, Nr. 2395, und das *regio decreto* vom 30. Dezember 1923, Nr. 2960. Das erste betraf die hierarchische Ordnung der zivilen Staatsangestellten und das zweite ihren Rechtsstatus. In beiden Regelungen wurde die autoritäre Seite der Verwaltung betont und zudem implizit die Treue zur Politik des Regimes auferlegt.¹³³ Die den Dekreten nachfolgende Gesetzgebung zielte sowohl auf die Verringerung des Personals¹³⁴ als auch die politische Gleichschaltung des Verwaltungsapparats.¹³⁵ Wichtig ist

¹²⁹ Pinna, *L'evoluzione del pubblico impiego in Italia*, S. 15.

¹³⁰ Pinna, a.a.O., S. 15 f.

¹³¹ Siehe dazu Pinna, a.a.O., S. 16.

¹³² Rusciano, *L'impiego pubblico in Italia*, S. 81.

¹³³ Siehe insbesondere die Eidesformeln der Erklärung bzw. des Schwures, den nicht nur die auf eine feste Planstelle nominierten Anwärter, sondern auch die Angestellten auf Probe abzuleisten haben. Die hier interessante Passage des Eides, der jeweils in Art. 5 und Art. 6 festgelegt war, lautete nahezu identisch: „*Dichiaro [bzw. Giuro] che non appartengo e prometto che non apparterrò ad associazioni o partiti la cui attività non si concili coi doveri del mio ufficio.*“ Siehe auch Art. 12, der die alljährlichen Beurteilung der Bediensteten vorschreibt. In Abs. 2 hieß es: „*Esse [le note di qualifica] devono comprendere le notizie riguardanti le condizioni fisiche e le qualità intellettuali dell'impiegato, la sua condotta in ufficio e quella privata, la diligenza e l'operosità, nonché tutte le speciali circostanze riguardanti il disimpegno del servizio cui è addetto, l'attitudine alle funzioni del grado superiore, e ogni altra annotazione ritenuta opportuna.*“

¹³⁴ R.d.l. 16.8.1926, n. 1387.

¹³⁵ R.d. 6.1.1927, n. 57; Dekret des Regierungschefs vom 17.12.1932; r.d.l. 3.6.1938, n. 827; l. 9.5.1939, n. 700; l. 25.9.1940, n. 1457.

in diesem Zusammenhang auch die Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit,¹³⁶ durch die dem Verwaltungsrichter die ausschließliche Zuständigkeit im Bereich des öffentlichen Dienstes eingeräumt wurde. Für eine autoritäre Interpretation des Dienstverhältnisses war eine entsprechende prozessuale Handhabung bei Rechtsstreitigkeiten nicht unerheblich.¹³⁷

Von der republikanischen Verfassung gingen keine entscheidenden Innovationen im Bereich der öffentlichen Verwaltung aus. Einerseits klingt mit der Ministerverantwortlichkeit aus Art. 95 Cost. die traditionelle Idee der Verwaltung als Hilfsmittel der Regierung an, andererseits findet sich in Art. 97 Cost. hinsichtlich der Behördenorganisation die ausdrückliche Bindung an das Gesetz. Zudem dienen die öffentlichen Angestellten gemäß Art. 98 Cost. allein der Nation.¹³⁸ Der Zugang zu den öffentlichen Ämtern ist nach Art. 51 Cost. unter die Bedingung der Gleichheit gestellt und erfolgt mittels eines öffentlichen Auswahlverfahrens (Art. 97 Cost.). Die Funktionen sind ehrenhaft und diszipliniert zu erfüllen (Art. 54 Cost.). Daß die öffentlichen Angestellten und Beamten straf-, zivil- und verwaltungsrechtlich verantwortlich sind, ist in Art. 28 Cost. festgelegt. Diese Verfassungsbestimmungen über den öffentlichen Dienst geben keine Konzeption vor, weder eine autoritäre öffentlichrechtliche noch eine privatrechtliche. Die Verfassung steht damit einer rechtlichen Gleichstellung von der Arbeit in der Privatwirtschaft und der beim Staat ebenso wenig im Wege wie einer autoritären Verwaltungsauffassung, an der auch nach ihrem Erlaß von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung festgehalten wurde.¹³⁹

Der *testo unico* von 1957 über die zivilen Angestellten des Staates modifizierte die „Architektur des öffentlichen Dienstes“ nicht.¹⁴⁰ Manche sprechen in diesem Zusammenhang von einem Wiederaufgreifen der Gesetzgebung von 1923.¹⁴¹

Entscheidende Veränderungen brachten die gesetzgeberischen Maßnahmen ab Ende der sechziger Jahre, die zu einer schrittweisen Einführung von Tarifverträgen, der Anerkennung eines Mitspracherechts von Gewerkschaften, der Einführung der „*qualifica funzionale*“ als Gegenstück zur Laufbahnkarriere sowie der Absonderung und besonderen Regelung der „*dirigenza statale*“ führten.¹⁴² Die

¹³⁶ Siehe r.d. 30.12.1923, n. 2840 sowie die *testi unici*, Nr. 1054 und 1058, aus dem Jahre 1924.

¹³⁷ Pinna, L'evoluzione del pubblico impiego in Italia, S. 20; vgl. Rusciano, L'impiego pubblico in Italia, S. 100.

¹³⁸ Pinna, L'evoluzione del pubblico impiego in Italia, S. 20.

¹³⁹ Vgl. Pinna, L'evoluzione del pubblico impiego in Italia, S. 21 ff., der die Rolle des Verfassungsgerichtshofs dabei unterstreicht.

¹⁴⁰ Giannini, Encicl. dir., Vol. XX, S. 300.

¹⁴¹ So Rusciano, L'impiego pubblico in Italia, S. 181.

¹⁴² Eine erste Anerkennung von Tarifverträgen geschah durch d.P.R. vom 27.3.1969, n. 130,

Akzeptanz von Tarifverträgen im Bereich des öffentlichen Rechts stellte einen wichtigen Schritt in Richtung einer „Privatisierung“ des Dienstverhältnisses dar.¹⁴³ Allerdings fand eine vollständige Gleichstellung mit der Privatwirtschaft nicht statt, da sich die Verfahren des Vertragsabschlusses unterschieden. Das Gesetz vom 20. März 1975, Nr. 70, hatte ein neues Vertragsverfahren eingeführt, das von späteren Regelungen bestätigt wurde. Es teilte den Vorgang in zwei Phasen auf: Die erste umfaßte die Aushandlung und Ausarbeitung des Vertrages durch die Vertreter der Gewerkschaften und der Behörden, während sich die zweite aus der Annahme durch die Regierung und dem Erlaß der Vereinbarung mittels Dekrets des Präsidenten der Republik zusammensetzte. Folglich mußte die ausgehandelte Regelung noch durch einen öffentlichrechtlichen Akt bestätigt werden und besaß dadurch dessen Rechtswirkungen, was insbesondere hinsichtlich einer gerichtlichen Überprüfung bedeutsam war. Denn der Schutz des öffentlichen Angestellten durch den Verwaltungsrichter ging weniger weit als der durch die ordentliche Gerichtsbarkeit.¹⁴⁴ Mit Hilfe des Rahmengesetzes zum öffentlichen Dienst, der *Legge Quadro* vom 29. März 1983, Nr. 93, wurde die legislative Linie der siebziger Jahre fortgeführt und die Homogenisierung des öffentlichen Dienstes auf staatlicher, halbstaatlicher, regionaler und lokaler Ebene betrieben. Das Gesetz sollte die wirtschaftliche und rechtliche Gleichheit der öffentlichen Angestelltensichern, wie sie von den Art. 3 und Art. 36 Cost. vorgegeben ist.¹⁴⁵

Die bisherige Entwicklung mündete in die Privatisierung des öffentlichen Dienstes, die durch den d.lgs. vom 3. Februar 1993, Nr. 29,¹⁴⁶ vorgenommen wurde. Weitere Änderungen brachte der d.lgs. 31. März 1998, Nr. 80.¹⁴⁷ Mit dem d.lgs. vom 30. März 2001, Nr. 165, faßte die Regierung schließlich sämtliche geltenden Bestimmungen im Bereich des *pubblico impiego* als *testo unico* mit dem Titel „*norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*“ (t.u. pubbl. imp.) zusammen.¹⁴⁸ Die

über den Rechtsstatus von Krankenhausangestellten auf der Grundlage des Art. 40 des Gesetzes vom 12.2.1968, n. 132, der die Möglichkeit des Abschlusses von Tarifverträgen vorsah. Mit Art. 9 des Gesetzes vom 22.7.1975, n. 382, wurden die Tarifverträge auch für andere zivile Angestellten des Staates zugelassen, mit Ausnahme des leitenden Personals. Das Gesetz vom 20.3.1975, n. 70, dehnte das Tarifsystme zudem auf die halbstaatlichen Anstalten aus.

¹⁴³ Vgl. Pinna, L'evoluzione del pubblico impiego in Italia, S. 27, der in dieser legislativen Entwicklung die Unterminierung der autoritären Verwaltungsauffassung erkennt.

¹⁴⁴ Pinna, L'evoluzione del pubblico impiego in Italia, S. 28.

¹⁴⁵ Pinna, L'evoluzione del pubblico impiego in Italia, S. 28.

¹⁴⁶ Die Kompetenz der Regierung zu dieser Maßnahme war ihr durch Art. 2 des Gesetzes vom 23.10.1992, Nr. 421, eingeräumt worden.

¹⁴⁷ Dieser beruhte auf der erneuerten Delegation durch das Gesetz vom 15.3.1997, Nr. 59.

¹⁴⁸ In Art. 72 t.u. pubbl. imp. wurden zudem alle abgeschafften Normen aufgeführt, und im Anhang finden sich drei Tabellen mit den Gesetzesbestimmungen, die nicht mehr anzuwenden sind.

Privatisierung bedeutete die Einführung der arbeitsrechtlichen Grundsätze auch für das Verhältnis zwischen dem Staat und seinen Angestellten und die fortgesetzte Reglementierung durch Tarifverträge.¹⁴⁹ Die nahezu¹⁵⁰ vollständige Ersetzung der gesetzlichen Handhabung durch die Verträge hob die Unterscheidung von subjektiven Rechten und berechtigten Interessen ebenso auf wie die der von autoritären und paritätischen Akten.¹⁵¹ Mittlerweile werden selbst die Ermessensentscheidungen der Verwaltung gegenüber ihren Angestellten, wie beispielsweise deren Versetzung oder disziplinarrechtliche Maßregelung, von der Rechtsprechung nicht mehr als wirkliche Verwaltungsmaßnahmen angesehen.¹⁵² Auch die Begründung eines Dienstverhältnisses erfolgt nicht mehr durch den administrativen Vorgang der Berufung, sondern durch den Abschluß eines individuellen Arbeitsvertrags. Die damit verbundenen Rechte und Pflichten resultieren wiederum aus den Tarifverträgen.¹⁵³ Von der Privatisierung sind gemäß Art. 3 t.u. pubbl. imp. allerdings einige Sektoren des öffentlichen Diensts ausgenommen, für die weiterhin die vorherige Rechtslage gilt. Das ist der Fall für Richter, Anwälte und Staatsanwälte des Staates, Personal des Militärs und der Polizei, Diplomaten, höhere Angestellte der Präfektur sowie für Universitätsprofessoren.

3. Ergebnis und Vergleich mit Deutschland

Die Entwicklung der letzten Jahrzehnte in Italien, die in der Privatisierung des größten Teils des öffentlichen Diensts mündete, läßt erkennen, daß die öffentlichrechtliche Konzeption vom Beamtenverhältnis, die sich erst Anfang des 20. Jahrhunderts durchzusetzen begann, nicht so tief verwurzelt ist. Zwar blieb sie für einige Kernbereiche der öffentlichen Verwaltung bestehen, dennoch ist ihre grundsätzliche Zurückdrängung bezeichnend für ihre historisch geringe Verfestigung.

Die unterschiedliche Sanktionierung des Amtsmißbrauchs in Deutschland und Italien läßt sich nicht auf eine Diskrepanz des normativen Beamtenrechts zurückführen. In beiden Ländern existierte zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des jeweiligen Strafgesetzbuchs kein allgemeines Beamtengesetz. Allerdings waren in beiden Ländern die Rechte und Pflichten der öffentlichen Bediensteten klar umrissen. Insbesondere bestanden in beiden Rechtsordnungen zahlreiche

¹⁴⁹ Virga, *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, S. 11.

¹⁵⁰ In einigen Bereichen hat der Gesetzgeber allerdings wieder eingegriffen. So mit der l. 27.3.2001, n. 97, für das Verhältnis von Disziplinar- und Strafverfahren und mit dem d.lgs. 26.3.2001, n. 151, für die *congedi parentali*, den für beide Elternteile beanspruchbaren Erziehungsurlaub.

¹⁵¹ Virga, *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, S. 12 f.

¹⁵² Siehe Cass, Sez. un., 9.8.2000, n. 4556, C.S., 2000, II, 237.

¹⁵³ Clarich/Iaria, *La riforma del pubblico impiego*, S. 96.

Pflichten, die Mißbräuche von staatlichen Befugnissen unterbinden sollten. Lediglich die öffentlichrechtliche Konzeption hatte sich in Deutschland eher durchgesetzt als südlich der Alpen. Daß ihre Wurzeln hierzulande tiefer sind, zeigt der Umstand, daß an ihr bis zum heutigen Tag festgehalten und ein Weichen zugunsten einer privatrechtlichen Ausrichtung nicht ernsthaft diskutiert wird. In Italien sind dagegen mittlerweile weite Teile des öffentlichen Diensts dem Privatrecht unterstellt worden.

Zusammenfassend läßt sich festhalten, daß im Gegensatz zum italienischen Berufsbeamtentum das deutsche eine weiter reichende Tradition besitzt. Dies kann zur Bestätigung dienen, daß auch das Treue- und Abhängigkeitsverhältnis des Beamten zum Staat letztlich von anderer Qualität als das in Italien ist. Diese Besonderheit könnte dafür sprechen, Vergehen im Dienst in Deutschland grundsätzlich intern mittels des Beamten- sowie des Disziplinarrechts und eben nicht über das „externe“ Strafrecht zu regeln. Es wird im Folgenden zu klären sein, ob sich hieraus ein weiterer Erklärungsansatz ergibt, warum der deutsche Gesetzgeber an der Straflosigkeit des Amtsmißbrauchs festhielt.

D. Unterschiedliche Entwicklung des Disziplinarrechts

Nachdem festgestellt wurde, daß das Beamtenrecht zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der jeweiligen Strafgesetzbücher keine solchen Differenzen aufwies, daß sie die unterschiedliche Behandlung des Amtsmißbrauchs begründen könnten, ist das Disziplinarrecht beider Länder gegenüberzustellen. Fraglich ist, ob hier möglicherweise eine Erklärung zu finden ist, warum das deutsche Strafrecht ohne die Pönalisierung der Tat auskommt. Dafür müßte das italienische Disziplinarrecht entweder erheblich weniger ausgearbeitet sein als das der Bundesrepublik. Dem liegt der Gedanke eines Abhängigkeitsverhältnisses zwischen Disziplinar- und Strafrecht zugrunde, den auch bereits 1880 *Schütze* formulierte: „Je weiter ein positives Recht seine Disziplinarstrafmittel ausdehnt, desto enger begrenzt es den Kreis der öffentlichen Strafbarkeit, also der Amtsdelikte. So nach dem Vorbilde des C. p. [code pénal] schon das preußische StGB, noch mehr das österreichische und sächsische, nunmehr auch das deutsche; während früherhin die entgegengesetzte Tendenz vorherrschte.“¹ Oder aber die Applikation des positiven Rechts ist nicht effektiv. Wiederum wird zunächst das normative Recht in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts beleuchtet, wie es die Legislative bei Erlaß der ersten einheitlichen Strafgesetzbücher vorfand. Die Untersuchung der weiteren Entwicklung des Disziplinarrechts soll zeigen, inwiefern Abweichungen für die Aufrechterhaltung des *status quo* sprachen.

I. Disziplinarrecht in Deutschland

1. Entwicklung des Disziplinarrechts

Die Entwicklung des Disziplinarrechts ist mit der des Beamtentums verwoben.² Solange die Rechtsstellung der Beamten noch nicht gesichert war, konnten sie aus dem persönlich geprägten Verhältnis zu ihrem Dienstherrn von diesem jederzeit ohne Anlaß und Begründung entlassen werden. Erst mit einem Urteil von 1759, in welchem jede Entlassung ohne *iusta causa* als unzulässig angesehen wurde, begründete das Reichskammergericht – ausgehend von der privatrechtlich orientierten Inamovibilitätstheorie *von Cramers* – die Lehre der

¹ Schütze, *Amtsverbrechen*, S. 97.

² Behnke, ZBR 1963, 257, 263; Behnke-Arndt, BDO, Einführung, S. 45, Rdn. 1; Bauschke/Weber, BDG, Einführung, Rdn. 1.

„wohlerworbenen Rechte“ (*iura quaesita*).³ Dies führte zu einer wirksameren Statussicherung der Staatsdiener, da sie nun grundsätzlich unabsetzbar waren und nur in Ausnahmefällen durch ein förmliches Verfahren entlassen werden konnten.⁴ Vor dem Heranreifen eines eigenständigen Beamtenrechts bestand hingegen eher eine Symbiose von Disziplinarrecht und Strafrecht. Das Disziplinarrecht wurde als Strafgewalt wegen Verletzung der Dienstpflicht, demnach als Sonderstrafrecht für Beamte eingestuft.⁵ Zum Teil hielt sich die Ansicht von der Wesensgleichheit bzw. Wesensverwandtschaft beider Rechte in der Lehre noch weit ins 20. Jahrhundert.⁶

Obwohl das ALR vom 5. Februar 1794 erstmals die rechtlichen Verhältnisse des Staatsdienstes gesetzlich regelte (ALR II 10), kannte es keine strikte Trennung in der Ausübung der allgemeinen Strafgewalt und der Disziplinalgewalt. Im Abschnitt „Über die Verbrechen der Diener des Staates“ (ALR II 20 8) sind neben Kriminaldelikten ebenso reine disziplinarrechtliche Verfehlungen im heutigen Sinne erfaßt (s. insbesondere §§ 335, 336).⁷

³ Diese Lehre wurde von *Malacord* in seiner Dissertation 1788 weiter ausgebaut (Sébastien Malacord, *Dissertatio Inavgvralis Ivridica De Pvblicis Officiis Absqve Ivsta Causa, Eivsqve Legali Cognitione Non Avferendis*, Göttingen 1788).

⁴ Behnke, ZBR 1963, 257, 264; Köhler, in: Köhler/Ratz, BDG, S. 57; Bauschke/Weber, BDG, Einführung, Rdn. 3; Behnke-Arndt, BDO, Einführung, S. 46, Rdn. 2; vgl. auch allgemeiner zur Entwicklung Heffter, Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrecht, S. 141 ff.

⁵ So Zorn, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, Bd. 1, S. 328 f.; Meyer, Hirth's Annalen 1876, 656, 673 ff., 675; ebenso noch Hubrich, Der Gerichtssaal 1910, 53, 91, 101, 107 f., 120; Polacz, Die Anwendung des § 193 StGB im Beamten-disziplinarrecht, S. 106; dagegen als erster und Wegbereiter der staats- oder verwaltungsrechtlichen Theorie Heffter, Neues Archiv des Criminalrechts 1832, 48, 77 f.; ders., Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechtes, S. 444; vgl. auch Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, S. 521, der mißverständlich zunächst feststellt, daß „sich criminelles Amtsdelict und Disciplinarvergehen nicht begrifflich oder grundsätzlich“ unterscheiden, um dann aber in der Fn. 2 als Unterscheidungsmerkmale folgende Punkte anzuführen: „1. das strafende Organ: dort die Strafhoheit, hier die Aufsichtshoheit der Staatsgewalt; und in Zusammenhang damit ein abweichendes Verfahren; 2. Mittel und Zweck der Strafe: dort die im StGB. Bestimmten öffentl. Strafen zur Sühne der gebrochenen Rechtsordnung, hier die Ordnungsstrafen zur Sicherung und Reinhaltung des öffentl. Dienstes u. des Staatsdienerverhältnisses (Rüge, Suspension, Sperrung der Amtseinkünfte, Degradation, Kassation); 3. die Begrenzung, welche dort, nicht hier, scharf und ausdrücklich vom Gesetze gezogen sein muss.“ Insofern deutlicher ders., in: Franz von Holtzendorff, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Amtsverbrechen, 1880, S. 97.

⁶ Siehe bspw. Wittland, Reichsdienststrafordnung, S. 16, Rdn. 38.

⁷ Siehe dazu vor allem Behnke, ZBR 1963, 257, 260 ff., der ausführlich nachweist, daß es sich bei den Bestimmungen der § 335 und § 336 ALR II 20 8 – welche bei Rückfälligkeit auch Entfernungmaßnahmen gem. § 334 ALR II 20 8 zuließen – im Sinne des Gesetzesredakteurs *Carl Gottlieb Suarez* nicht um strafrechtliche, sondern allein um disziplinarrechtliche Vorschriften handelte, die zudem nicht notwendig in einen Strafprozeß mündeten. Damit widerspricht er auch Stock, Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen, S. 159, der behauptet hatte, das ALR kenne nur Disziplinarmaßnahmen „ausschließlich korrektiven, nicht epurierenden Charakters“, Behnke, ZBR 1963, 257, 271 f. Ihm folgen Behnke-Arndt,

Die Trennlinie zwischen beiden Rechtsbereichen war im bayerischen Recht am Anfang des 19. Jahrhunderts dagegen entschieden schärfer. Das bayerische Strafgesetzbuch von 1813 überließ „korrektive Maßnahmen“ – also solche, die allein auf die Besserung und nicht auf die Entfernung des Beamten gerichtet waren – für geringe Pflichtverstöße der verwaltungsinternen Erledigung, behandelte aber die Dienstentlassung eindeutig als Kriminalstrafe.⁸ Folglich setzte es die Existenz eines Disziplinarrechts voraus, während dessen Regelung aber den einzelnen Dienststörungen vorbehalten blieb.⁹ Labes geht deshalb davon aus, daß die erste Entstehung des „modernen Disziplinarstrafrechts“ in die Zeit zwischen 1794 und 1813 fällt.¹⁰ Das bayerische Staatsdieneredikt von 1818 griff die vom Strafgesetzbuch vorgenommene Differenzierung auf. Seine Disziplinarvorschriften sind dementsprechend unterhalb der Vergehen der Staatsbeamten angesiedelt.¹¹ Sie kennen als Disziplinarmaßnahmen weder die Dienstentlassung noch die Suspension oder Strafversetzung.¹² Weitestgehend

BDO, Einführung, S. 47 f., Rdn. 5; Bauschke/Weber, BDG, Einführung, Rdn. 4.

Der Umstand, daß sich innerhalb des Abschnitts über die Amtsdelikte auch Vorschriften mit bisher dem Disziplinarrecht zugeordneten Inhalt befinden, führte dazu, daß einige Vertreter der Rechtslehre davon ausgingen, daß zu jener Zeit „alle Dienstverfehlungen öffentlicher Bediensteter als rein strafrechtliche“ aufgefaßt und die disziplinarrechtlichen Tatbestände kriminalisiert worden waren, so Stock, Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen, S. 39, 159; vgl. ebenfalls Hubrich, Der Gerichtssaal 1910, 53, 80 f.

⁸ Vgl. Labes, Hirth's Annalen 1889, 213, 220 f.; Schöne, Verwaltungsarchiv 19 (1911), 180, 188 Fh 19.

⁹ Labes ebd.

¹⁰ Labes, a.a.O., 213, 221.

¹¹ D.h. unterhalb des Art. 439 des bayerischen Strafgesetzbuchs von 1813.

¹² Während die Dienstentlassung in den Art. 438 f. des bayerischen Strafgesetzbuchs von 1813 im Wiederholungsfalle von Dienstvergehen als Kriminalstrafe den Disziplinarstrafen gegenübergestellt ist.

Damit wurde die Linie weiterverfolgt, die bereits die bayerische Staatsdienerpragmatik vom 1.1.1805 in Art. VIII vorgegeben hatte, daß die disziplinarische Aufhebung des Dienstverhältnisses den Gerichten vorbehalten ist: „Der Verlust des dienerschaftlichen Standes (Cassation) kann nur nach vorhergegangener richterlicher Untersuchung und aus der Kraft des Urtheilspruches eines Justizkollegiums erfolgen, und wird auf den unerwarteten Fall, daß ein Staatsdiener fähig sein könnte, die persönliche Würde des Staats-Oberhauptes durch Verbal- oder Real-Angriffe zu verletzen, nebst einer unmittelbar erfolgenden Suspension seines ganzen Standes- und Dienstesverhältnisses ausdrücklich unter die gesetzlichen Strafbestimmungen aufgenommen.“

Vgl. auch die §§ 9 und 10 der Beilage IX. zur Verfassungsurkunde. § 9 lautet: „Die Dienstentsetzung (Cassation) und die Dienstentlassung mit dem Verlust des Dienstranges und Gesamtgehaltes (Dimission) können nur nach vorhergegangener richterlicher Untersuchung durch Erkenntniß der competenten Gerichtsbehörde erfolgen, und die erste tritt noch als gesetzliche Folge der wegen eines gemeinen Verbrechens erkannten Criminalstrafe ein.“ § 10 lautet: „Ein Staatsbeamter und öffentlicher Diener kann auch wegen Verletzung der Amtspflicht durch Handlungen und Unterlassungen vermittelt rechtlichen Erkenntnisses degradirt oder entlassen werden, welche einzeln mit dieser Strafe vom Gesetze nicht bedroht sind, wenn nach Inhalt des Straf-Gesetzbuches eine dreimalige Disciplinarstrafe fruchtlos geblieben ist.“

Vgl. dazu auch von Moy, Das Staatsrecht des Königreichs Bayern, S. 335 f.

die gleichen Grundlagen besaßen das großherzoglich hessische Edikt vom 12. April 1820, das coburgische Edikt vom 20. August 1821 sowie das kurhessische Gesetz vom 8. März 1831. Demgegenüber sahen das badische Staatsdiener-Edikt vom 13. Januar 1819, die hannoversche Amtsordnung vom 18. April 1823 und das königlich sächsische Staatsdienstgesetz vom 7. März 1835 auch ein administratives Verfahren zur Entlassung eines Beamten vor.¹³ In den rheinischen Landesteilen des preußischen Staats war durch das Kapitel VII des französischen Gesetzes über die Gerichtsorganisation und die Organisation der Justizverwaltung vom 20. April 1810 ebenfalls zwischen dem Straf- und Disziplinarrecht klar unterschieden worden.¹⁴ Die preußische Legislative selbst traf eine erste speziell disziplinarrechtliche Regelung schließlich im Gesetz vom 29. März 1844. Auch wenn es sowohl strafgerichtlich zu verfolgende „Amtsverbrechen“ als auch „andere Dienstvergehungen“ erfaßte, wurde jedenfalls zwischen Disziplinar- und Strafverfahren unterschieden,¹⁵ wurden Doppelverfahren ausgeschlossen

¹³ Siehe m.w.H. Labes, Hirth's Annalen 1889, 213, 222.

¹⁴ Siehe bspw. die Art. 48-51, 59 des Gesetzes.

Art. 48 lautet: *„Les juges et les officiers du ministère public qui s'absenteraient sans un congé délivré suivant les règles prescrites par la loi où les règlements, seront privés de leur traitement, pendant le temps de leur absence; et si leur absence dure plus de six mois, ils pourront être considérés comme démissionnaires, et remplacés.*

Néanmoins, les juges et officiers du ministère public pourront, après un mois d'absence, être requis par le procureur général de se rendre à leur poste; et faute par eux d'y revenir dans le mois, il en sera fait rapport au grand-juge, qui pourra proposer à l'empereur de les remplacer comme démissionnaires.“

Art. 49 lautet: *„Les présidents des cours impériales et des tribunaux de première instance avertiront d'office, ou sur la réquisition du ministère public, tout juge qui compromettra la dignité de son caractère.“*

Art. 50 lautet: *„Si l'avertissement reste sans effet, le juge sera soumis par forme de discipline, à l'une des peines suivantes; savoir :*

La censure simple; La censure avec réprimande; La suspension provisoire.

La censure avec réprimande emportera de droit privation de traitement pendant un mois; la suspension provisoire emportera privation de traitement pendant sa durée.“

Art. 51 lautet: *„Les décisions prises par les tribunaux de première instance seront transmises, avant de recevoir leur exécution, aux procureurs généraux, par les procureurs impériaux, et soumis aux cours impériales.“*

Art. 59 lautet: *„Tout jugement de condamnation rendu contre un juge, à une peine même de simple police, sera transmis au grand-juge ministre de la justice, qui, après en avoir fait l'examen, dénoncera à la cour de cassation, s'il y a lieu, le magistrat condamné; et, sous la présidence du ministre, ledit magistrat pourra être déchu ou suspendu de ses fonctions, suivant la gravité des faits.“*

¹⁵ Siehe § 2 u. § 3.

§ 2 lautet: *„Wenn Beamte sich gemeinen Verbrechen oder solcher Dienstvergehungen schuldig machen, welche in den Gesetzen mit der Kassation oder Amtsentsetzung bedroht sind (Amtsverbrechen), so gehören die Untersuchung und Bestrafung vor die Gerichte. Dasselbe soll auch für Bestechungen stattfinden, ohne Rücksicht auf die Art und das Maß der Strafe.“*

§ 3 lautet: *„Alle anderen Dienstvergehungen sind als Vergehen gegen die Disziplin zu behandeln und im Disziplinarwege zu ahnden. (§§ 14 u. f.)“*

(§§ 10-12) sowie Zuständigkeiten und Disziplinarmaßnahmen für die eigentlichen „Dienstvergehungen“ geregelt (§§ 14 ff.).¹⁶ Eine deutliche materiell- und verfahrensrechtliche Differenzierung ergab sich aber erst aus den preußischen Verordnungen vom 10. und 11. Juli 1849 betreffend der Dienstvergehen der Richter und der nichtrichterlichen Beamten. In § 1 bzw. § 2 der Verordnungen wurde das Dienstvergehen in einem Grundtatbestand definiert¹⁷ und deutlich vom kriminellen Amtsdelikt abgegrenzt.¹⁸ Die disziplinarrechtliche Bewertung und Maßregelung wurde als *aliud* und nicht als *minus* gegenüber der strafrechtlichen Sanktion charakterisiert. Disziplinar- und Strafverfahren waren prinzipiell getrennt.¹⁹ Ein Richter konnte aus dem Dienst nur durch richterliches Urteil entlassen werden (§§ 20 ff. VO vom 10.7.1849). Auch wenn die Berufungsentscheidung im Verfahren gegen nichtrichterliche Beamte dem Staatsministerium oblag (§§ 26, 45 VO vom 11.7.1849), konnte es eine Dienstentlassung nicht anordnen, sofern der Dienststrafhof zuvor auf Freispruch erkannt hatte (§ 50 VO vom 11.7.1849). Diese Verordnungen sind zunächst in Preußen zur Grundlage für die spätere disziplinarrechtliche Gesetzgebung geworden und als Folge davon im Deutschen Reich sowie schließlich die der Bundesrepublik.²⁰

Die preußischen Disziplinargesetze betreffend der Dienstvergehen der Richter und der nichtrichterlichen Beamten vom 7. Mai 1851 (PDG 1851) und 21. Juli 1852 (PDG 1852) verwirklichten demzufolge eine stärkere Trennung vom Strafrecht als das Gesetz von 1844.²¹ Das kam insbesondere im inhaltlich identischen § 2 PDG 1851 bzw. § 3 PDG 1852 zum Ausdruck:

„Ist eine der unter § 1 [bzw. § 2] fallenden Handlungen (Dienst-

¹⁶ Köhler, in: Köhler/Ratz, BDG, S. 60.

¹⁷ Hierin entsprechen sie die der heutigen Regelung der §§ 54, 77 BDG.

¹⁸ Siehe bspw. die VO vom 11.7.1849, bei auf die Definition des Dienstvergehens in § 2 die Definition der Amtsverbrechen in § 3 folgt: „Amtsverbrechen, wegen welcher eine Bestrafung nach den bestehenden Gesetzen auf Grund eines gerichtlichen Verfahrens stattfindet, sind nur diejenigen Verletzungen der Amtspflicht, welche mit einer Strafe des gemeinen Strafrechts bedroht sind, dieselbe bestehe in Freiheitsstrafe oder in einer schwereren Strafe, in immerwährenden oder zeitigen Entziehung oder Einschränkung staatsbürgerlicher Rechte, in Stellung unter Polizei-Aufsicht, oder in einer solchen Geldbuße, deren Höhe sich nach der Größe des verursachten Schadens oder des gesuchten Gewinnes richtet.“

¹⁹ Behnke-Arndt, BDO, Einführung, S. 48, Rdn. 6; s. auch Bauschke/Weber, BDG, Einführung, Rdn. 5.

²⁰ Behnke-Arndt, BDO, Einführung, S. 49, Rdn. 8; Bauschke/Weber, BDG, Einführung, Rdn. 6.

²¹ Für Labes, Hirth's Annalen 1889, 213, 223, bilden die preußischen Gesetze ein „Markstein in der Geschichte der Disziplinargesetzgebung“. Zum einen, weil sie nach französischem Vorbild in der deutschen Gesetzgebung erstmals die Disziplinar- und Strafgewalt selbständig nebeneinander stellten, und zum anderen, weil sie die Kategorisierung und Spezialisierung der Dienstvergehen vermieden, sondern vielmehr alle Pflichtverletzung als Disziplinarvergehen bezeichneten.

vergehen) zugleich in den gemeinen Strafgesetzen vorgesehen, so können die durch dieselben angedrohten Strafen nur auf Grund des gewöhnlichen Strafverfahrens von denjenigen Gerichten ausgesprochen werden, welche für die gewöhnlichen Strafsachen zuständig sind.“

Damit wurde deutlich zwischen Dienstvergehen und Straftatbeständen differenziert. Für den Fall, daß eine Handlung sowohl ein Dienstvergehen als auch eine Straftat darstellt, unterstreichen die Bestimmungen die Verschiedenartigkeit der daraus folgenden Verfahren.²² Disziplinar- und Strafverfahren fallen in unterschiedliche Zuständigkeiten.²³ § 3 PDG 1851 bzw. § 4 PDG 1852 räumte dem Strafverfahren allerdings Priorität ein. Während eines anhängigen Strafverfahrens durfte keine Disziplinaruntersuchung eingeleitet werden. War letztere bereits eher begonnen worden, mußte sie bei Einleitung eines strafrechtlichen Verfahrens ausgesetzt werden.²⁴ § 4 PDG 1851 bzw. § 5 PDG 1852 stellte jedoch klar, daß unabhängig davon, ob ein Freispruch oder eine Verurteilung vor dem Strafgericht erging, der Beamte disziplinarrechtlich weiterhin zur Verantwortung gezogen werden konnte.²⁵ Die Gesetze enthielten nur wenige materielle Pflichttatbestände mit Disziplinarstrafen und Statusfolgen,²⁶ sondern gingen vornehmlich von der allgemeinen Definition des Dienstvergehens aus. Darüber hinaus regelten sie das einfache und förmliche Disziplinarverfahren.

Das Reichsbeamtengesetz vom 31. März 1873 (RBG) übernahm die preußische

²² Vgl. auch Labes, ebd.

²³ Siehe auch Seydel, Die Dienstvergehen der nichtrichterlichen Beamten, S. 51.

²⁴ Die Bestimmung lautet: „Im Laufe einer gerichtlichen Untersuchung darf gegen den Angeschuldigten ein Disziplinarverfahren wegen der nämlichen Thaten nicht eingeleitet werden.“

Wenn im Laufe eines Disziplinarverfahrens wegen der nämlichen Thaten eine gerichtliche Untersuchung gegen den Angeschuldigten eröffnet wird, so muß das Disziplinarverfahren bis zur rechtskräftigen Erledigung des gerichtlichen Verfahrens ausgesetzt werden.“

²⁵ Im Fall des Freispruchs mußte die Tat allerdings für sich gesehen und ungeachtet ihrer Beziehung zum Strafgesetz ein Dienstvergehen darstellen.

Die Bestimmung lautet: „Wenn von den gewöhnlichen Strafgerichten auf Freisprechung erkannt ist, so findet wegen derjenigen Thaten, welche in der gerichtlichen Untersuchung zur Erörterung gekommen sind, ein Disziplinarverfahren nur noch insofern statt, als dieselben an sich und ohne ihre Beziehung zu dem gesetzlichen Thatbestande der Uebertretung, des Vergehens oder des Verbrechen, welche den Gegenstand der Untersuchung bildeten, ein Dienstvergehen enthalten.“

Ist in einer Untersuchung eine Verurteilung ergangen, welche den Verlust des Amtes nicht zur Folge gehabt hat, so bleibt derjenigen Behörde, welche über die Einleitung des Disziplinarverfahrens zu verfügen hat, die Entscheidung darüber vorbehalten, ob außerdem ein Disziplinarverfahren einzuleiten oder fortzusetzen sei.“

²⁶ Und zwar nur in Bezug auf das unerlaubte Entfernen vom Amt, §§ 7-11 PDG 1851 und §§ 8-12 PDG 1852.

Unterscheidung.²⁷ Es beinhaltete das Dienststrafrecht (§§ 72-133 RGB) und unterstrich damit seine Zugehörigkeit zum Beamtenrecht. Zudem verzichtete es auf die im Strafrecht typischen konkreten Pflichtentatbestände und stellte diesbezüglich mit § 10 RGB vielmehr auf eine Generalklausel ab.²⁸ Darüber hinaus schuf es mit der Einrichtung von Reichsdisziplinkammern und des Reichsdisziplinarhofs eine selbständige Disziplinargerichtsbarkeit (§ 86 RGB). Das in der Weimarer Republik vorbereitete Deutsche Beamtengesetz (DBG) erschien zusammen mit der Reichsdienststrafordnung dann nationalsozialistisch gefärbt am 26. Januar 1937.²⁹ Zwar enthielt es die Ergebnisse der Reformarbeiten bis 1932, aber ihr liberaler Hintergrund konnte nun nicht mehr zum Tragen kommen.³⁰ Nach Kriegsende galt die Reichsdienststrafordnung fort, da sie von den Alliierten nicht aufgehoben worden war. In der Bundesrepublik wurden Bundesdienststrafgerichte durch Gesetz vom 12. November 1951 errichtet, und die verfahrensrechtliche Neuregelung des Disziplinarrechts geschah durch die Bundesdisziplinarordnung vom 26. November 1952 (BDO). Die BDO hatte trotz vielfacher Änderungen die Struktur der alten Reichsdienststrafordnung behalten.³¹ Die Trennung von Straf- und Disziplinarrecht wurde beibehalten.³² Besonders deutlich machte dies das Gesetz zur Neuordnung des Bundesdisziplinarrechts vom 20. Juli 1967, mit dem auch sprachlich Anklänge an das Strafrecht beseitigt werden sollten. So wurde aus „Beschuldigter“ der „Beamte“ und statt „Strafe“ hieß es nun „Disziplin“ und „Maßnahme“. Es gliederte die Senate des früheren Bundesdisziplinarhofs in das Bundesverwaltungsgericht ein. Darüber hinaus enthielt es materiellrechtliche Änderungen. Es schränkte den Tatbestand des „außerdienstlichen Dienstvergehens“ in § 77 Abs. 1 Satz 2 BBG ein, nahm die Rückstufung in den Dienstaltersstufen wieder zurück,³³ beseitigte teilweise die „Doppelbestrafung“ in § 14 BDO und entwickelte die Verjährungs- und Tilgungstatbestände in §§ 4 und 19 BDO weiter.³⁴ Auch bei der letzten

²⁷ Labes, Hirth's Annalen 1889, 213, 223.

²⁸ § 10 RGB lautet: „Jeder Reichsbeamte hat die Verpflichtung, das ihm übertragene Amt der Verfassung und den Gesetzen entsprechend gewissenhaft wahrzunehmen und durch sein Verhalten in und außer dem Amte der Achtung, die sein Beruf erfordert, sich würdig zu zeigen.“

²⁹ Siehe Ule, ZBR, 1987, 225, 226, der aber klarstellt, daß das DBG kein nationalsozialistisches Gesetz war.

³⁰ Köhler, in: Köhler/Ratz, BDG, S. 62.

³¹ Köhler, a.a.O., S. 63.

³² Allerdings hatte die Einführung der Gehaltskürzung (anstelle der Versetzung) und der Rückstufung in den Dienstaltersstufen durch die BDO von 1952 dem Mißverständnis eines zugleich vergeltenden Charakters von disziplinären Maßnahmen Vorschub geleistet und das Problem der straf- und disziplinarrechtlichen „Doppelbestrafung“ verschärft, s. Behnke-Arndt, BDO, Einführung, S. 50, Rdn. 12.

³³ Diese Rückstufung ist nicht mit der Zurückstufung im heutigen BDG zu verwechseln, welche die Versetzung des Beamten in ein Amt derselben Laufbahn mit geringerem Endrundengehalt meint, § 9 Satz 1 BDG.

³⁴ Köhler, in: Köhler/Ratz, BDG, S. 63.

Neuregelung durch das Gesetz vom 9. Juli 2001 setzte sich dies fort, indem die ergänzende Geltung der Strafprozeßordnung gemäß § 25 BDO durch die des Verwaltungsverfahrensgesetzes und der Verwaltungsgerichtsordnung ersetzt wurde, § 3 BDG.

Damit hat sich in der deutschen Gesetzgebung die staats- oder verwaltungsrechtliche Theorie gegenüber der strafrechtlichen Theorie durchgesetzt. Ebenso begegnet ihr heute auch in der Rechtslehre kein Widerspruch mehr. Das Disziplinarrecht ist nach Grund und Zweck als prinzipiell wesensverschieden vom Strafrecht anzusehen. Während letzterem zumindest auch eine Vergeltungs- oder Sühnefunktion zufällt, besitzt das Disziplinarrecht diese nicht, sondern neben einer Schutzfunktion des Beamten vor allem eine Ordnungsfunktion hinsichtlich der Leistungs- und Funktionsfähigkeit sowie dem Ansehen des Beamtentums.³⁵ Durch ein gesetzlich geregeltes Verfahren für die Verhängung von Disziplinarmaßnahmen wird der Beamte vor willkürlicher Behandlung durch seinen Dienstherrn geschützt. Andererseits ermöglichen die verschiedenen Sanktionen bis hin zur Dienstentlassung, Fehlfunktionen der Verwaltung zu korrigieren und pflichtwidrig handelnde Bedienstete zur ordnungsgemäßen Dienstausübung anzuhalten oder bei Untragbarkeit aus dem Beamtenapparat zu entfernen.³⁶

2. Disziplinarrecht vor 1871

Zur Betrachtung der disziplinarrechtlichen Gesetzgebung zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Strafgesetzbuches läßt sich exemplarisch auf das preußische „Gesetz betreffend der Dienstvergehen der nichtrichterlichen Beamten, die Versetzung derselben auf eine andere Stelle oder in den Ruhestand“ vom 21. Juli 1852 (PDG 1852) zurückgreifen.³⁷ Das läßt sich auch deshalb rechtfertigen, weil es insbesondere das preußische Recht war, das die Gesetzgebung des neu

³⁵ BVerfG DVBl. 1967, 722, 723; BVerwG, Dokumentarische Berichte 1968, 3163, 3169; s. auch Behnke-Arndt, BDO, Einführung, S. 59, Rdn. 30; Claussen/Janzen, BDO, S. 1 f., Rdn. 2 ff. ; vgl. Köhler, in: Köhler/Ratz, BDG, S. 70.

³⁶ Siehe ausführlich Behnke-Arndt, BDO, Einführung, S. 55 ff., Rdn. 23 ff.

³⁷ Vgl. aber auch Teil IX. des hannoverschen Staatsdienergesetzes vom 8.5. 1852. Sein Teil IX behandelt die „Aufrechterhaltung der Dienstordnung“. Die §§ 53, 54 behandeln die Ordnungsgewalt auch mittels Zwangsmittel der vorgesetzten Behörden, um die ihr untergeordneten Behörden und Beamten zur Erfüllung ihrer Pflichten anzuhalten. § 55 bestimmte dann: „Bleibt diese Einwirkung ohne Erfolg, oder liegt eine bedeutendere Verwahrlosung oder Verletzung des Dienstes, oder der nach § 33 dem Staatsdiener obliegenden sonstigen Pflichten vor, namentlich unsittliches oder Ärgerniß erregendes Betragen, Trunkenheit, leichtsinniges Schuldenmachen, Spielsucht, fortdauernde Unverträglichkeit in dienstlicher Beziehung, unangemessene Behandlung der Dienstuntergebenen oder anderer mit ihm bei Ausrichtung seines Dienstes in Berührung kommenden Personen, ein seiner dienstlichen Stellung widersprechendes Betragen gegen Vorgesetzte, so ist eine geeignete Disziplinarstrafe zu verhängen.“

gegründeten Deutschen Reichs maßgeblich beeinflusste. Wie eben bereits erwähnt, gab es im PDG 1852, abgesehen vom unentschuldigtem Fernbleiben vom Dienst, §§ 8-12, keine Pflichtentatbestände mit Androhung einer Disziplinarstrafe. Ansonsten umschrieb § 2 PDG 1852 den Begriff des Dienstvergehens lediglich ganz allgemein:

„Ein Beamter, welcher

1. die Pflichten verletzt, die ihm sein Amt auferlegt, oder
2. sich durch sein Verhalten in oder außer dem Amte der Achtung, des Ansehens oder des Vertrauens, die sein Beruf erfordert, unwürdig zeigt, unterliegt den Vorschriften dieses Gesetzes.“

Demnach eröffnete die Feststellung eines Dienstvergehens den Weg für die disziplinarrechtliche Maßregelung des betroffenen Beamten. Gemäß § 14 PDG 1852 bestanden die sogenannten Dienststrafen in Ordnungsstrafen und in der Entfernung aus dem Amt. Ordnungsstrafen waren die Warnung, der Verweis, die Geldbuße sowie gegen untere Beamte die Arreststrafe von einer Dauer von höchstens acht Tagen (§ 15 PDG 1852). Die Entfernung aus dem Amt konnte nach § 16 PDG 1852 in der Versetzung in ein anderes Amt des gleichen Ranges, jedoch mit der Verminderung des Dienstehaltens und dem Verlust des Anspruchs auf Umzugskosten oder nur eine der beiden Folgen oder aber in der Dienstentlassung bestehen.

Zu Warnungen und Verweisen war jeder Dienstvorgesetzte befugt (§ 18 PDG 1852). Seine Möglichkeiten bei der Verhängung von Geldbußen waren jedoch begrenzt (§ 19 PDG 1852). Über Arreststrafen zu verfügen, waren nur bestimmte Beamte ermächtigt (§ 20 PDG 1852). Der Entfernung aus dem Amt mußte ein förmliches Disziplinarverfahren vorangehen, welches in einer von einem Kommissar zu führenden schriftlichen Voruntersuchung und in einer mündlichen Verhandlung bestand (§ 22 PDG 1852). Die entscheidenden Disziplinarbehörden erster Instanz waren der Disziplinarhof in Berlin und die Provinzialbehörden (§ 24 PDG 1852). Sofern die Entscheidung einer Sache

§ 56 lautete: „Disziplinarstrafen sind: 1) Geldbuße bis zu 100 Thaler einschließlich; 2) schriftlicher Verweis; 3) mündlicher Verweis vor versammelter Behörde; 4) Suspension vom Dienst und Gehalt, jedoch nicht über die Dauer von drei Monaten; 5) theilweise Entziehung des Gehalts; 6) Dienstentlassung.

Neben einer der fünf ersten Strafen kann auch auf Versetzung auf eine andere Dienststelle ohne Vergütung der Umzugskosten erkannt werden.“

§ 33 war die erste Bestimmung im Teil V über die allgemeinen Pflichten der Staatsdiener: „Jeder Staatsdiener muß das ihm übertragene Amt nach der Verfassung, nach den Gesetzen und Dienstanweisungen treu und fleißig verwalten.

Er ist schuldig, in und außer dem Dienste ein Verhalten zu beobachten, welches nicht nur den Vorschriften der Sittlichkeit, sondern auch der Würde und dem Zwecke seines Amtes entspricht.“

vor den Disziplinarhof gehörte, wurde die Einleitung des Disziplinarverfahrens von dem Minister verfügt, der dem Angeschuldigten vorgesetzt war. Von ihm wurde auch der Untersuchungskommissar ernannt (§ 23 Nr. 1 PDG 1852). In allen anderen Fällen von dem Vorsteher der Behörde, welche die entscheidende Disziplinarbehörde bildete, oder von dem vorgesetzten Minister (§ 23 Nr. 2 PDG 1852). Letzterer konnte das Verfahren auch gemäß § 33 Abs. 1 PDG 1852 einstellen. Wenn das Verfahren nicht eingestellt wurde, fand das (förmliche) Verfahren erster Instanz statt (§§ 34-40 PDG 1852). Gegen die dort getroffene Entscheidung gab es keinen Widerspruch („Opposition“) und keine Wiederaufnahme des Verfahrens („Restitution“), § 40 PDG 1852. Es bestand allerdings die Möglichkeit der Berufung an das Staatsministerium (§§ 41-46 PDG 1852).

Das Entscheidende der Rechtslage, wie sie sich vor dem Erlaß des Strafgesetzbuchs darbot, ist die weite Umschreibung des Begriffs des Dienstvergehens. Die völlig offene Definition ermöglichte die Erfassung nicht nur einzelner, spezifischer Pflichtverletzungen, sondern eines weiten Spektrums von Verhaltensweisen sowohl innerhalb als auch außerhalb des Diensts. Damit waren jedenfalls sämtliche Mißbräuche von übertragenen Befugnissen umschlossen. Handlungen, die wie in Italien gemäß Art. 323 c.p. unter Strafe gestellt waren und sind, konnten in Deutschland zumindest disziplinarrechtlich geahndet werden.

3. Disziplinarrecht nach 1871

Das RBG von 1873 verwies mit der Definition des Dienstvergehens in § 72 auf einen weiten Grundtatbestand von Amtspflichten:

„Ein Reichsbeamter, welcher die ihm obliegenden Pflichten (§ 10) verletzt, begeht ein Dienstvergehen und hat die Disziplinarbestrafung verwirkt.“

Nach § 10 RBG hatte jeder Reichsbeamte die Verpflichtung, das ihm übertragene Amt der Verfassung und den Gesetzen entsprechend gewissenhaft wahrzunehmen und durch sein Verhalten in und außer dem Amte der Achtung, die sein Beruf erfordert, sich würdig zu zeigen.

Das RBG unterschied in § 73 zwischen den Ordnungsstrafen und der Entfernung aus dem Amt als Disziplinarmaßnahmen. Gemäß § 74 RBG waren Ordnungsstrafen die Warnung, der Verweis und die Geldstrafe, die auch mit einem Verweis verbunden werden kann. Nach § 75 konnte die Entfernung aus dem Amt mittels der Strafversetzung oder der Dienstentlassung erfolgen. Das Disziplinarverfahren teilte sich in ein summarisches (§§ 80-83) und in

ein förmliches Verfahren (§§ 84-119). Im summarischen wurde von Dienstvorgesetzten, Behörden bzw. von Behördenvorstehern auf Ordnungsstrafen erkannt, während das förmliche grundsätzlich die Entfernung aus dem Amt betraf, wobei aber auch auf Warnung oder Verweis entschieden werden konnte.³⁸ Die Einleitung des förmlichen Disziplinarverfahrens oblag der obersten Reichsbehörde und bestand in einer schriftlichen Voruntersuchung und einer mündlichen Verhandlung (§ 84 RBG). In erster Instanz waren die entscheidenden Disziplinarbehörden die Disziplinkammern, in zweiter der Disziplinarhof (§ 86 RBG).

Das Deutsche Beamtengesetz vom 26. Januar 1937 (DBG) stellte die Formel über das Dienstvergehen nur unbedeutend um. Nach § 22 Abs. 1 Satz 1 DBG begeht der Beamte ein Dienstvergehen, wenn er schuldhaft die ihm obliegenden Pflichten verletzt. Gemäß § 22 Abs. 1 Satz 2 DBG ist es auch ein Dienstvergehen, wenn ein Ruhestandsbeamter sich staatsfeindlich betätigt oder wenn er gegen § 8 (Verletzung der Amtsverschwiegenheit) oder gegen § 15 (Annahme von Belohnungen und Geschenken) verstößt. Im zweiten Abschnitt des DBG finden sich die Pflichten der Beamten, wo in § 3 die außerordentliche Bindung des Beamten an die Staatsführung im Sinne der nationalsozialistischen Staatsideologie besonders zum Tragen kommt:

„(1) Die Berufung in das Beamtenverhältnis ist ein Vertrauensbeweis der Staatsführung, den der Beamte dadurch zu rechtfertigen hat, daß er sich der erhöhten Pflichten, die ihm seine Stellung auferlegt, stets bewußt ist. Führer und Reich verlangen von ihm echte Vaterlandsliebe, Opferbereitschaft und volle Hingabe der Arbeitskraft, Gehorsam gegenüber den Vorgesetzten und Kameradschaftlichkeit gegenüber den Mitarbeitern. Allen Volksgenossen soll er ein Vorbild treuer Pflichterfüllung sein. Dem Führer, der ihm seinen besonderen Schutz zusichert, hat er Treue bis zum Tode zu halten.

(2) Der Beamte hat jederzeit rückhaltlos für den nationalsozialistischen Staat einzutreten und sich in seinem gesamten Verhalten von der Tatsache leiten zu lassen, daß die Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei in unlöslicher Verbundenheit mit dem Volke die Trägerin des deutschen Staatsgedankens ist. Er hat Vorgänge, die den Bestand des Reichs oder der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei gefährden könnten, auch dann, wenn sie ihm nicht vermöge seines Amtes bekanntgeworden sind, zur Kenntnis seines Dienstvorgesetzten zu bringen.

(3) Der Beamte ist für die gewissenhafte Erfüllung seiner Amtspflichten verantwortlich. Durch sein Verhalten in und außer dem

³⁸ Arndt, RBG, § 80, Anm. 2, S. 113.

Amte hat er sich der Achtung und des Vertrauens, die seinem Berufe entgegenbracht werden, würdig zu zeigen. Er darf nicht dulden, daß ein seinem Hausstande angehörendes Familienmitglied eine unehrenhafte Tätigkeit ausübt.“

Beachtung verdienen des weiteren § 5 DBG, der eine Inkompatibilitätsvorschrift beinhaltet, § 7 DBG mit einer Verpflichtung zu gesetzmäßigem Handeln und einer generellen Gehorsamspflicht gegenüber seiner Vorgesetzten, die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit nach § 8 DBG, § 10 Abs. 2 DBG mit der Genehmigungsbedürftigkeit von Nebentätigkeiten und § 15 DBG, dem grundsätzlichen Verbot der Annahme von Belohnungen oder Geschenken in bezug auf das Amt.

Die allgemein gehaltene Legaldefinition des Dienstvergehens wurde auch im Bundesbeamtengesetz von 1953 beibehalten. § 77 Abs. 1 BBG in der Fassung von 1953 übernahm die Formulierung des § 22 DBG. Auch nach dem heute geltenden § 77 Abs. BBG (Nichterfüllung von Pflichten) ist das Dienstvergehen weiterhin mit der schuldhaften Pflichtverletzung umschrieben. Die entsprechenden Pflichten der Beamten finden sich vor allem in den §§ 60 bis 74 BBG, daneben aber auch in amtlichen und dienstlichen Weisungen.

In der Bundesdisziplinarordnung (BDO) von 1952 wurden in § 4 Abs. 1 die sogenannten Disziplinarstrafen aufgezählt. Sie waren die Warnung, der Verweis, die Geldbuße, die Gehaltskürzung, die Versagung des Aufsteigens im Gehalt, die Einstufung in eine niedrigere Dienstaltersstufe, die Versetzung in ein Amt derselben Laufbahn mit geringerem Endgrundgehalt, die Entfernung aus dem Dienst, die Kürzung des Ruhegehalts und die Aberkennung des Ruhegehalts. Gemäß § 11 Abs. 2 BDO konnten lediglich die Warnung, der Verweis und die Geldbuße vom Dienstvorgesetzten durch Disziplinarverfügung verhängt werden. Allein den Bundesdisziplinargerichten stand es zu, im förmlichen Disziplinarverfahren über alle anderen Maßnahmen zu entscheiden (§ 11 Abs. 1 BDO). Dabei teilten sich die Bundesdisziplinargerichte in die Bundesdisziplinararkammern und den Bundesdisziplinarhof auf (§ 31 Abs. 1 BDO). Darüber hinaus führte die BDO in § 30a die Institution eines Bundesdisziplinaranwalts ein. Nach Satz 1 war es seine Aufgabe, die einheitliche Ausübung der Disziplinalgewalt zu sichern und das Interesse der Verwaltung und der Allgemeinheit in jeder Lage des Verfahrens wahrzunehmen. Er besaß die Befugnis, im Einvernehmen mit der obersten Dienstbehörde ihm geboten erscheinende Ermittlungen selbst durchzuführen oder durch seine Beauftragten durchführen zu lassen (§ 30c BDO). Hielt er die Durchführung eines förmlichen Disziplinarverfahrens für geboten, so hatte die Einleitungsbehörde seinem Antrag stattzugeben (§ 30d Satz 1 BDO). Zudem besaß der Bundesdisziplinaranwalt das Recht auf Akteneinsicht (§ 30d Satz 2 BDO).

Heute gilt das Bundesdisziplinargesetz vom 9. Juli 2001 (BDG). Was die Definition des Dienstvergehens aus § 77 Abs. 1 BBG angeht, hatte sie sich mit dem Gesetz zur Neuordnung des Bundesdisziplinarrechts vom 20. Juli 1967 nur in Bezug auf die Dienstvergehen wegen außerdienstlichem Verhalten geändert. Die damals getroffene Regelung blieb auch durch die Novellierung im Februar 2009 nahezu unberührt. § 77 Abs. 1 BBG lautet nun:

„Beamtinnen und Beamte begehen ein Dienstvergehen, wenn sie schuldhaft die ihnen obliegenden Pflichten verletzen. Außerhalb des Dienstes ist dieses nur dann ein Dienstvergehen, wenn die Pflichtverletzung nach den Umständen des Einzelfalls in besonderem Maße geeignet ist, das Vertrauen in einer für ihr Amt oder das Ansehen des Beamtentums bedeutsamen Weise zu beeinträchtigen.“

Die Kernaussagen des heutigen Pflichtenkatalogs der §§ 60 bis 74 BBG blieben seit dem Inkrafttreten des Bundesdisziplinargesetzes von 1953 unangestastet. Für die Frage nach den Pflichten der Beamten sind die Vorschriften aus dem BBG bzw. BeamStG, aber auch die dazu ergangenen Rechts- und Verwaltungsverordnungen sowie die amtlichen und dienstlichen Weisungen relevant.³⁹

Nach § 5 Abs. 1 BDG gibt es den Verweis, die Geldbuße, die Kürzung der Dienstbezüge, die Zurückstufung und die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis als Disziplinarmaßnahmen gegen Beamte. Gegen Ruhestandsbeamte sieht § 5 Abs. 2 BDG die Kürzung des Ruhegehalts und die Aberkennung des Ruhegehalts vor. Das BDG kennt ein behördliches Disziplinarverfahren (§§ 17 bis 44 BDG), das entweder mit der Einstellungsverfügung (§ 32 BDG), Disziplinarverfügung im Falle eines Verweises, einer Geldbuße, einer Kürzung der Dienstbezüge oder einer Kürzung des Ruhegehalts (§ 33 Abs. 1 BDG), oder aber mit der Erhebung der Disziplinarklage endet, wenn es um die Zurückstufung des Beamten, um seine Entfernung aus dem Beamtenverhältnis oder um die Aberkennung seines Ruhestandsgehalts geht (§ 34 Abs. 1 BDG). Die Disziplinargerichtsbarkeit fällt gemäß § 45 BDG in den Aufgabenbereich der Gerichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Entsprechende Kammern und Senate waren bei den Verwaltungsgerichten bzw. Oberverwaltungsgerichten einzurichten. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit der Revision vor dem Bundesverwaltungsgericht (§§ 69 f. BDG).

4. Ergebnis

Festzuhalten ist, daß zur Zeit, als das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich entstand, das Disziplinarrecht zumindest in Preußen bereits einen Entwicklungs-

³⁹ Vgl. Battis, § 77 BBG, Rdn. 9.

stand erreicht hatte, der dem heutigen in Grundzügen entsprach. Vor allem wurde das Dienstvergehen mittels einer weiten Umschreibung definiert, und es gab bereits die Aufteilung zwischen einem einfachen und einem förmlichen Disziplinarverfahren. Die Dienstentlassung von Richtern konnte nur durch richterliches Urteil bewirkt werden.⁴⁰ Der Entfernung eines nichtrichterlichen Beamten aus dem Amt mußte ein förmliches Disziplinarverfahren vorangehen, das in der von einem Kommissar zu führenden schriftlichen Voruntersuchung und in einer mündlichen Verhandlung bestand.⁴¹

Sowohl das Reichsbeamtengesetz von 1873 als auch alle nachfolgenden Beamtengesetze stellten nicht auf spezifische Pflichtentatbestände, sondern insbesondere auf einen umfassenden Grundtatbestand der dienstlichen Verfehlung ab. Der Gesetzgeber wollte so die Erfassung aller Verhaltensweisen gewährleisten, die das Funktionieren der öffentlichen Verwaltung oder das Vertrauen in sie in irgendeiner Form beschädigen könnten.

II. Disziplinarrecht in Italien

1. Entwicklung des Disziplinarrechts in Italien

Die Entwicklung des Disziplinarrechts nahm in Italien bis zur Reform des öffentlichen Dienstes in den neunziger Jahren des 20. Jahrhunderts einen ähnlichen Verlauf wie in Deutschland. In Anlehnung an die deutsche Lehre⁴² gab es neben der verwaltungsrechtlichen ebenfalls sowohl eine strafrechtliche⁴³ als auch eine zivilrechtliche⁴⁴ Auffassung von Disziplinalgewalt.⁴⁵ Da man von ihrem akzessorischen und instrumentalen Charakter zum Beamtenverhältnis als einem besonderen Abhängigkeitsverhältnis ausging,⁴⁶ gelangte mit der Durchsetzung des öffentlichrechtlichen Verständnisses vom Staatsdienst schließlich die verwaltungsrechtliche Konzeption der Disziplinarkompetenz zur Vorherr-

⁴⁰ Siehe bereits §§ 20 ff. der VO vom 10.7.1849.

⁴¹ § 22 PDG 1852.

⁴² Siehe die Verweise auf *Meyer, Laband, Binding* und *Jellinek* bei Contieri, *Potere disciplinare e accordi sindacali nel pubblico impiego*, S. 18 f.; vgl. auch die Darstellung bei Bortolotti, *Disciplina (dir. amm.)*, Encicl. giur., Vol. XI, 2 f.

⁴³ Vgl. Cino Vitta, *Il potere disciplinare sugli impiegati pubblici*, Milano 1913, dessen Verständnis des Disziplinarrechts auf Analogien zum Strafrecht gründe, so Contieri, *Potere disciplinare e accordi sindacali nel pubblico impiego*, S. 18 f., Fn. 11.

⁴⁴ Siehe Pacinotti, *L'impiego nelle pubbliche amministrazioni secondo il diritto positivo italiano*, S. 209; Presutti, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Vol. I, S. 329.

⁴⁵ Siehe ausführlich zu den unterschiedlichen Theorien Rasponi, *Il potere disciplinare*, S. 4 ff.

⁴⁶ Siehe dazu eingehend Romano, *Giur. it.*, 1898, IV, Sp. 238, 252 ff.

schaft.⁴⁷ Demnach sollte sie die korrekte Pflichterfüllung seitens der Beamten und insgesamt ein besseres Dienstverhältnis sowie dadurch letztlich die effektive Wahrnehmung der der öffentlichen Verwaltung anvertrauten Aufgaben garantieren.⁴⁸ Lange Zeit wurde sie auf die *supremazia speciale*, der speziellen Vormachtsstellung der Verwaltung, gegründet,⁴⁹ was im deutschen Recht in etwa mit dem Begriff des besonderen Gewaltverhältnisses verglichen werden kann. Erst später unter der republikanischen Verfassung und auch nur zögerlich rückte die herrschende Auffassung davon ab.⁵⁰ Die Disziplinargewalt diene dem Schutz von in der Verfassung verankerten Werten, wie der guten Verwaltungsführung. Sie sei damit nicht aus dem besonderen Gewaltverhältnis zu erklären, sondern aus dem Gedanken des Selbstschutzes der Verwaltung, der *autotutela della pubblica amministrazione*.⁵¹ Die Verwaltung könne dem seine Amtspflichten verletzenden Beamten direkt eine Sanktion auferlegen, ohne einen Richter anrufen zu müssen. Die Ausübung der Disziplinargewalt stelle einen Selbstschutz mit Entscheidungsbefugnissen (*autotutela decisoria*) über solche Beziehungen dar, die der Verwaltung Nutzen bringen.⁵² Mit dem Selbstschutz solle dieser Nutzen gewährleistet werden. Materiell betrachtet, habe die Disziplinargewalt einen judikatorischen Inhalt, obwohl sie Ausdruck einer administrativen Funktion sei.⁵³

⁴⁷ Contieri, Potere disciplinare e accordi sindacali nel pubblico impiego, S. 18 f. Siehe bereits Romano, Giur. it., 1898, IV, Sp. 238, 240, 244, 246 ff.

⁴⁸ Vgl. Contieri, Potere disciplinare e accordi sindacali nel pubblico impiego, S. 26. Siehe auch Rasponi, Il potere disciplinare, S. 71, der hervorhebt, daß jeder soziale Organismus eine interne Ordnung braucht, mit der die internen Beziehungen geregelt und der Vollzug der Anweisungen sanktioniert werden.

⁴⁹ So Rasponi, Il potere disciplinare, S. 92. Romano, Giur. it., 1898, IV, Sp. 238, 253, spricht ähnlich von speziellen Beziehungen der Untertänigkeit bzw. Abhängigkeit. Siehe auch die Hinweise bei Contieri, Potere disciplinare e accordi sindacali nel pubblico impiego, S. 19..

⁵⁰ Siehe Mor, Le sanzioni disciplinare ed il principio *nullum crimen sine lege*, S. 95 ff. Zustimmend Contieri, Potere disciplinare e accordi sindacali nel pubblico impiego, S. 24 f. Rusciano, L'impiego pubblico in Italia, S. 278, hielt diese traditionelle Konzeption für noch nicht überwunden.

⁵¹ Contieri, Potere disciplinare e accordi sindacali nel pubblico impiego, S. 25; vgl. Vgl. Pastori, La burocrazia, S. 321.

⁵² Vgl. zum Selbstschutz der Verwaltung in den Beziehungen zwischen Verwaltung und Privatperson Benvenuti, Encicl. dir., Vol. IV, 537, 548. Die Disziplinargewalt erwähnt er allerdings nicht.

⁵³ Contieri, Potere disciplinare e accordi sindacali nel pubblico impiego, S. 26.

2. Disziplinarrecht vor 1889

a) Regio decreto, n. 3306/1866

Die Qualifizierung des Disziplinarrechts als Teil des öffentlichen Rechts und zwar des Verwaltungsrechts setzte wie die öffentlichrechtliche Ausrichtung des Beamtenverhältnisses insbesondere erst nach der Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit 1890 ein.⁵⁴

Zur Zeit des Inkrafttretens des *Codice Zanardelli* gab es in Italien kein reines Disziplinargesetz, welches allgemein für sämtliche öffentlichen Angestellten galt. Vielmehr existierte eine Vielzahl von disziplinarrechtlichen Bestimmungen in unterschiedlichen Regelwerken. Selbst für eine bestimmte Kategorie von Beamten konnten sich in mehreren Gesetzen und Verordnungen entsprechende Vorschriften befinden. Beispielsweise enthielten das Gesetz über die Justizordnung,⁵⁵ die Zivilprozeß-⁵⁶ und die Strafprozeßordnung⁵⁷ sowie die sie ausführende Generaljustizverordnung⁵⁸ Disziplinarregelungen, die die Bediensteten der Justizverwaltung betrafen.⁵⁹ Ihre Amtspflichtverletzungen konnten demzufolge nach verschiedenen normativen Regelungen geahndet werden.⁶⁰

Der *regio decreto* Nr. 3306 vom 24. Oktober 1866 ordnete nach der Vereinigung Italiens erstmals die Zentralverwaltungen und ihre Behörden neu. Im

⁵⁴ Siehe jedoch Nocito, Dig. it., Vol. I, Parte Prima, 1884, S. 208, aus dessen Ausführungen sein verwaltungsrechtliches Verständnis von Disziplinalgewalt bereits vor Einsetzung der Verwaltungsgerichtsbarkeit hervorgeht.

⁵⁵ D.lgs. 13.11.1859, n. 3871, „legge Rattazzi“ genannt.

⁵⁶ Vom König Vittorio Emanuele II mit Dekret gebilligt am 25.6.1865, n. 2366.

⁵⁷ Verabschiedet mit dem r.d., 26.11.1859, n. 2598.

⁵⁸ Diese findet sich im zweiten Teil des r.d., 14.12.1865, n. 2641. Es regelt die Ausführung der drei vorgenannten Gesetze und ist nach ihnen gegliedert. Die Bezeichnung des ersten Teils „*Disposizioni disciplinari*“ im Titel über das Justizordnungsgesetz ist nach deutschem Verständnis irreführend. Disziplinarbestimmungen sind in ihm nämlich nicht enthalten, wohl aber Vorschriften mit verschiedenen Pflichten. Darüber hinaus wird die Disziplinalgewalt nur in Art. 85 Abs. 3I erwähnt. Demgegenüber finden sich im Titel über die Zivilprozessordnung im Teil VI Regelungen hinsichtlich des Disziplinarverfahrens (Art. 282-285). Unter ihnen wurde damals im Übrigen auch die Ordnungsgewalt des Richters gegenüber Zeugen und Parteien gefasst (siehe Art. 283).

⁵⁹ Wenigstens eine Bestimmung soll hier genannt werden, die ganz allgemein gehalten und bei einem Amtsmissbrauch von Justizbeamten einschlägig war, Art. 61 c.p.c.: „*Se l'ufficiale o il procuratore abbia ecceduto i limiti del suo ministero, o se per negligenza abbia ritardato l'istruzione o il compimento della causa, può essere condannato personalmente alle spese del giudizio senza diritto al rimborso, oltre il risarcimento dei danni, la sospensione o interdizione secondo le circostanze.*“

⁶⁰ Siehe Nocito, Dig. it., Vol. I, Parte Prima, 1884, S. 208 f., der die Schärfe der Disziplinarsanktionen im Vergleich zu den Strafbestimmungen kritisiert und es beispielsweise hinsichtlich der Verletzung von Dienstgeheimnissen vorgezogen hätte, diese allein im Strafgesetzbuch (Art. 220 c.p. 1859) und nicht auch in der *legge sull'ordinamento giudiziario* und in der Strafprozessordnung zu behandeln.

zweiten Titel des Dekrets fand sich auch ein kurzes Kapitel über die Disziplinarsanktionen. Weil es also die Disziplinargewalt explizit und gesondert aufführt und wenigstens für alle Bediensteten der Zentralverwaltungen galt, soll es exemplarisch für einen Überblick zur Rechtslage vor 1889 genutzt werden. Als „*pene disciplinari*“ sah Art. 26 den Verweis, die Suspendierung für fünfzehn Tage bis zu sechs Monaten mit Verlust des ganzen oder eines Teils des Gehalts, die Abberufung (*revoca dall'ufficio*) und die Absetzung mit dem Verlust der Pension vor. Der Verweis erging schriftlich durch den Minister und wurde allen Ministerialbeamten angezeigt sowie in der Personalakte vermerkt (Art. 27). Die Suspendierung erfolgte aufgrund Ministerialdekrets, die Abberufung und Absetzung mittels königlichen Erlasses (Art. 28). Als Voraussetzungen für einen Verweis und in den schwereren Fällen für eine Suspendierung waren verschiedene Verfehlungen angegeben: Wer sich nicht mit Fleiß dem Amt widmet und nicht die Arbeitszeiten und die Ordnung einhält, wer kein lobenswertes moralisches Verhalten pflegt, wer das Dienstgeheimnis verletzt, wer öffentlich die Entscheidungen seiner Vorgesetzten und seiner eigenen Behörde kritisiert und schließlich wer zu einer „Erziehungsstrafe“ (*pena correttiva*) verurteilt wird, wobei die zugrundeliegende Tat aber weder die Abberufung noch die Absetzung rechtfertigt (Art. 29). Hingegen verlangte Art. 30 für die Abberufung, daß der Angestellte gewohnheitsmäßig seine Amtspflichten verletzt, daß er in den Verfehlungen verharret, die zu seiner Suspendierung führten, daß er vorsätzlich vertrauliche Verfügungen und Informationen offenbart, daß er öffentlich Meinungen kundtut, die den fundamentalen Gesetzen des Staats widersprechen oder dem König, der königlichen Familie oder der gesetzgebenden Versammlung gegenüber respektlos sind oder daß er die Kritik an den Entscheidungen seiner Vorgesetzten und seiner Behörde bis zur Verachtung und Verhöhnung vorantreibt. Art. 31 listete endlich die Fälle der Absetzung mit Verlust der Rentenansprüche auf: Wer strafrechtlich verurteilt ist, selbst wenn das Urteil nicht die Bekleidung öffentlicher Ämter untersagt, wem eine „Erziehungsstrafe“ wegen Fälschung, Diebstahl, Betrug, Unterschlagung, Korruption, Erpressung im Amt, Veruntreuung oder Angriffs auf die Sitten auferlegt wurde, wer vorsätzlich das Gebot der Vertraulichkeit verletzt und dadurch anderen Schaden zufügt, wer die Ehre der Verwaltung verletzt sowie wer Geschenke annimmt oder sich an Gewinnsspekulationen anderer Interessierter beteiligt. Gegenüber dem entsprechenden, auch nach der Einheit Italiens noch gültigen Akt des sardisch-piemontesischen Staats, dem *regio decreto* Nr. 1611 vom 23. Oktober 1853, ist neben dem Verweis, der Suspendierung und der Absetzung, nur noch die Entlassung mit Verlust des Ruhegehalts als zusätzliche Disziplinarmaßnahme getreten.⁶¹ Abgesehen davon, daß es die Zuständigkeit für die Verhängung

⁶¹ Im *regio decreto* 1611/1853 waren der Verweis, die Suspendierung mit dem vollständigen oder teilweisen Verlust des Gehalts und die Abberufung (Art. 37) als Sanktionen aufgeführt. Die ersten beiden Disziplinarmaßnahmen konnten bei Nachlässigkeit oder Verfehlung im Dienst oder gegen die Ordnung, bei tadelnswertem Verhalten oder bei einer

der Sanktionen regelte, traf das Dekret von 1866 keinerlei verfahrensrechtlichen Regelungen. Es war somit, verglichen mit dem von 1853, sogar noch dürftiger, denn letzteres sah zumindest bei der damaligen schärfsten Sanktion, der Absetzung, die Einschaltung einer fünfköpfigen Disziplinarkommission vor.⁶² Die Kommission kam jedoch trotz mangelnder Erwähnung auch unter Geltung des neuen Gesetzes zum Einsatz. Sie war durch das Gesetz Nr. 1751 vom 14. April 1864 eingerichtet worden und wurde in der Frage der Entlassung mit Verlust der Pension tätig. Stimmte das mit drei Richtern und zwei Beamten besetzte Gremium nicht zu, konnte die Maßnahme nicht ergehen.⁶³

Ein systematischer Unterschied zum sardisch-piemontesischen Dekret Nr. 1611 von 1853 ist dadurch gegeben, daß das italienische Gesetzeswerk von 1866 mehr Pflichtentatbestände enthält, die bei Zuwiderhandlung konkrete Disziplinarmaßnahmen androhen, bzw. daß es die Umstände, unter denen die einzelnen Sanktionen verhängt werden können, auch bereits beim Verweis und bei der Suspendierung abschließend auflistet.

b) Vergleich mit Preußen und Zwischenergebnis

In der vorweg erwähnten Spezifizierung unterscheidet sich das italienische Dekret 3306/1866 vom preußischen Disziplinargesetz von 1852. Letzteres umschrieb die Dienstvergehen bis auf eine Ausnahme mittels einer allgemeinen Formel und war insofern offen gestaltet. Unspezifizierte Verhaltensweisen, die die Verwaltung als schädlich für die Bewältigung ihrer Aufgaben erachtete, konnten so problemlos geahndet werden. Allerdings bestand diese Möglichkeit auch nach dem italienischen Dekret, denn eine Reihe der Tatbestände waren allgemein gehalten. Umschreibungen wie „sich nicht mit Fleiß dem Amt widmen“, „kein lobenswertes moralisches Verhalten besitzen“, „gewöhnheitsmäßig die Amtspflichten verletzen“ oder „gegen die Ehre zu fehlen“ ließen einen ähnlich weiten

Verurteilung zu einer Strafe für die Zeit derselben ergehen (Art. 38). Voraussetzungen für die Abberufung waren das Fortbestehen von den Gründen, die zu einer Suspendierung führten, die gewöhnheitsmäßige Nachlässigkeit oder ein schweres Fehlverhalten im Dienst oder gegen die Ordnung, die Verletzung des Dienstgeheimnisses, die Verletzung des Gebots der Vertraulichkeit, die die Geschäfte von Privaten schädigt, ein Fehlverhalten gegen die Ehre, die Majestätsbeleidigung oder öffentliche Bekundung einer die konstitutionelle Monarchie ablehnenden Meinung und die Verurteilung zu einer mehr als sechsmonatigen Haftstrafe (Art. 39).

⁶² Verfahrensrechtliches fand sich in den Art. 40-42 des Dekrets 1611/1853. Der Verweis konnte nur schriftlich vom Minister, vom Generalsekretär oder vom Leiter der Generaldirektion erteilt werden (Art. 40). Die Suspendierung wurde vom Minister aufgrund eines begründeten Berichts des Dienstvorgesetzten erklärt (Art. 41). Die Abberufung schließlich erfolgte durch königliches Dekret, nach Anhörung einer fünfköpfigen Kommission von höheren Ministeriumsangestellten (Art. 42).

⁶³ Vgl. Orlando, *Principi di Diritto Amministrativo*, S. 117.

Anwendungsbereich zu.⁶⁴ Ansonsten lassen die Regelungen des *regio decreto* im Vergleich zum preußischen Disziplinalgesetz von 1852 lediglich Grundrisse eines Disziplinarrechts erkennen. Insbesondere Verfahrensfragen regelte letzteres eingehender als das Dekret Nr. 1611. Dort war nur bestimmt, wer für die Verhängung der einzelnen Maßnahmen zuständig war. Die dabei vorgenommene Abstufung, daß je einschneidender sich eine Sanktion für den Betroffenen darstellte, desto aufwendiger das Verfahren ihrer Verhängung sein mußte, fand sich allerdings sowohl in Italien als auch in Deutschland. Über die Möglichkeiten der Anfechtung der Entscheidung und die Berufung an eine höhere Instanz machte das italienische Dekret keine Angaben.

Es besteht kein Zweifel, daß das italienische Gesetzeswerk im direkten Vergleich zum preußischen die Materie bei weitem weniger detailliert behandelte. Das zeigt sich schon allein an der Anzahl und dem Umfang der Bestimmungen. Andererseits kann davon ausgegangen werden, daß Verhaltensweisen, die strafrechtlich einen Amtsmißbrauch darstellten, in der Regel auch disziplinarrechtlich geahndet werden konnten. Die weite Formulierung der „Nichteinhaltung der Ordnung“ meint insbesondere die Verletzung von Amtspflichten. Da mit einem Mißbrauch der Amtsbefugnisse in aller Regel die Verletzung von Dienstpflichten einhergeht, war die Sanktionierung solcher Verfehlungen auf dem Disziplinarwege bereits vor Verabschiedung des italienischen Strafgesetzes von 1889 möglich. Im Übrigen darf nicht vergessen werden, daß disziplinarrechtliche Tatbestände in zahlreichen speziellen Gesetzeswerken vorhanden waren. Eine mangelnde Sanktionierungsmöglichkeit nach dem positiven Disziplinarrecht scheidet folglich als Grund für die Aufnahme eines entsprechenden Amtsmißbrauchstatbestands im *Codice penale* aus.

Eine andere Frage ist die Effektivität der damaligen Disziplinalgewalt und der Nachdruck, mit dem die Ahndung von dienstlichen Verfehlungen betrieben wurde. Ob entsprechende Dienstvergehen konsequent disziplinarrechtlich gemaßregelt oder möglicherweise weitgehend toleriert wurden, wäre gesondert zu klären.⁶⁵

3. Disziplinarrecht nach 1889

Die Entwicklung der Disziplinalgesetzgebung nach dem Inkrafttreten des *Codice Zanardelli* bis zum heutigen Tag soll ebenfalls skizziert werden, denn sie könnte für die Beantwortung der Frage relevant sein, warum am Tatbestand des Amtsmißbrauchs festgehalten wurde. Schließlich wurde die Strafnorm in den

⁶⁴ Vgl. Mor, *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, S. 72 ff. Rusciano, *L'impiego pubblico in Italia*, S. 279.

⁶⁵ Eine solche Untersuchung, die im Rahmen dieser Arbeit nicht erbracht werden kann, würde heute erheblichen Nachweisschwierigkeiten begegnen.

Codice Rocco von 1930 übernommen und überdauerte die legislativen Eingriffe von 1990 und 1997.

Einen erheblichen Sprung von der bisherigen gesetzlichen Regelung des öffentlichen Diensts und des Disziplinarrechts stellte der *regio decreto* vom 22. November 1908, Nr. 693, dar, mit dem der *testo unico delle leggi sullo stato degli impiegati civili* angenommen wurde. Der fünfte Titel beinhaltete das Disziplinarrecht und war bereits von den äußeren Ausmaßen deutlich angewachsen. Es gab nun mehr Abstufungsmöglichkeiten der Sanktionen. Die Vergehen, die zu ihrer Verhängung führen konnten, wurden zwar augenscheinlich abschließend aufgezählt, Begriffe wie Nachlässigkeit, Dienstverfehlung und irreguläres Verhalten garantierten aber auch weiterhin, daß jegliches als sanktionswürdig eingestuftes Tun oder Unterlassen geahndet werden konnte. Detailliert wurde nunmehr geregelt, wer für die Verhängung der einzelnen Disziplinarmaßnahmen zuständig war und welches Verfahren eingehalten werden mußte sowie welche Möglichkeiten es gab, gegen die Entscheidung anzugehen.⁶⁶ Nach Art. 49 waren die Disziplinarmaßnahmen der Verweis, die Suspendierung der Gehaltszahlung, die Suspendierung vom Dienstgrad und der Gehaltszahlung, die Abberufung und die Absetzung. Der Verweis wurde vom Leiter der Behörde erteilt, gegen die Maßnahme war ein Widerspruch beim Minister zulässig (Art. 50 Abs. 2). Die Suspendierung erging mittels ministeriellen Dekrets, dem eine Empfehlung vom Disziplinarrat vorangegangen sein muß, wenn es um die Suspendierung sowohl vom Dienstgrad als auch der Gehaltszahlung ging. Gegen das Dekret gab es eine Berufungsmöglichkeit bei der Regierung des Königs (Art. 51 Abs. 4). Die Verfahren für die Abberufung und für die Absetzung legte der *testo unico* dagegen nicht fest, sondern eine entsprechende Verordnung. Diese beiden Sanktionen setzen jedoch eine Entscheidung des Disziplinarrats voraus, sofern sie nicht vom *Consiglio dei Ministri*, dem Ministerrat, beschlossen wurden (Art. 49 Abs. 2). Es gab ein schriftliches Vorverfahren und eine Verhandlung vor dem Disziplinarrat, bei der Betroffene gehört werden mußte, wenn er dies wünschte. Gegen die Abberufung und Absetzung war die Berufung nur aus Gründen der Rechtmäßigkeit zulässig und zwar entweder an die vierte Sektion des *Consiglio di Stato* oder außerordentlich an den König.⁶⁷

Die nächste Neuordnung der Rechtsstellung der zivilen Staatsbediensteten erfolgte durch *regio decreto* vom 30. Dezember 1923, Nr. 2960. Sein zweiter Teil enthielt das Disziplinarrecht, welches sich in die Disziplinarsanktionen und in Vorschriften über die Disziplinarkommission und das Disziplinarverfahren untergliederte. Hinsichtlich der anwendbaren Maßnahmen gab es nur geringe Änderungen. Die Suspendierung des Gehalts wurde durch die Gehaltskürzung

⁶⁶ Mit den Einschränkungen, die im folgenden für die Abberufung und Absetzung erläutert werden.

⁶⁷ Siehe Presutti, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Vol. I, S. 473.

ersetzt. Die Aufzählungen der zu ahndenden Dienstvergehen blieben erhalten und waren auch weiterhin durch ausfüllungsbedürftige Begriffe offen gestaltet. Die Zusammensetzung der Disziplarkommission und allgemein das Disziplinarverfahren wurden erstmals ausführlich innerhalb desselben Regelwerks bestimmt. Für den Verweis und die Gehaltskürzung war der Amtsleiter zuständig. Bei schwereren Sanktionen mußte er die Sache an die Personalstelle abgeben, die dann den Schriftverkehr und die Voruntersuchungen leitete. Die Maßnahmen wurden schließlich von der Disziplarkommission oder dem Ministerrat beschlossen und mittels ministeriellen Dekrets erlassen.

Im republikanischen Italien regelt der d.P.R. vom 10. Januar 1957, Nr. 3, den Status der zivilen Angestellten des Staats. Im siebten Titel findet sich das Disziplinarrecht, das in drei Abschnitte unterteilt ist. Der erste behandelt die Dienstvergehen und die entsprechenden Sanktionen,⁶⁸ der zweite die vorsorgliche Suspendierung und die Suspendierung aufgrund einer strafrechtlichen Verurteilung⁶⁹ und der letzte das Disziplinarverfahren,⁷⁰ das abermals noch genauer geregelt ist. Die Disziplinarmaßnahmen sind die gleichen wie die aus dem vorangegangenen Regelwerk. Für den Verweis wird auf eine Aufzählung der möglichen Verfehlungen verzichtet und die Maßnahme lediglich als schriftlicher und begründeter Tadel, der bei leichten Übertretungen erteilt wird, definiert (Art. 79). Bei den anderen Sanktionen werden die Fälle weiterhin aufgelistet, wobei auch hier allgemeine Begriffe einen flexiblen Gebrauch zulassen. Was das Verfahren angeht, bleibt es beim abgestuften System nach der Schwere der Übertretung sowie der Position des Angestellten. Allerdings ist jetzt der Amtsleiter nur noch für die Verhängung von Verweisen zuständig. Fälle, die Verhängung schwererer Maßnahmen erwarten lassen, muß er an die Personalstelle abgeben. Hier folgt das bereits bekannte Verfahren.

Die „Privatisierung“ des öffentlichen Diensts und darin auch der disziplinarrechtlichen Verantwortlichkeit wurde mit dem Gesetz vom 13. Oktober 1992, Nr. 421, in Gang gesetzt, welches die Regierung mit der Vereinfachung und Revision unter anderem der Vorschriften über den öffentlichen Dienst beauftragte. Diese erließ bereits am 3. Februar 1993 ein d.lgs., Nr. 29, das die gesamte Materie und in Art. 59 das Disziplinarrecht neu regelte. Allerdings wurde die Vorschrift noch im selben Jahr durch das d.lgs. vom 23. Dezember 1993, Nr. 546, wieder geändert und erhielt in Art. 27 die Form, die sie – von einigen kleineren Modifizierungen⁷¹ abgesehen – auch im Art. 55 des heute geltenden t.u. pubbl. imp.⁷² besitzt. Absatz 2 schreibt die Anwendung der Art. 2106 c.c.

⁶⁸ Siehe dazu Bortolotti, *Sanzioni disciplinari*, Encicl. giur., Vol. XXVI, 2 f.

⁶⁹ Siehe dazu Bortolotti, a.a.O., 4 f.

⁷⁰ Siehe dazu Bortolotti, a.a.O., 3 f.

⁷¹ Durch die Art. 2 Abs. 4 d.l. vom 28. August 1995, 361 und die Art. 27 Abs. 2 und Art. 45 Abs. 16 d.lgs. vom 31. März 1998, Nr. 80.

⁷² D.lgs. vom 30. März 2001, Nr. 165. Der *testo unico* über den öffentlichen Dienst besitzt

und Art. 7 Abs. 1, 5 und 8 des Gesetzes vom 20. Mai 1970, Nr. 300 (*statuto dei lavoratori*, stat. lav.) auf die Angestellten der öffentlichen Verwaltung vor. Die Bestimmungen gehören dem (zivilrechtlichen) Arbeitsrecht an, und damit verdeutlicht der Verweis bereits die „Privatisierung“ der Disziplinargewalt des öffentlichen Diensts. Art. 2106 c.c. stellt generell fest, daß die Nichterfüllung der hauptsächlichen Pflichten⁷³ seitens des Arbeitnehmers nach der Schwere der Tat disziplinarrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann. Art. 7 stat. lav. macht dagegen Vorgaben für die Ausübung der Disziplinargewalt zum Schutz der Arbeitnehmer.

Art. 55 Abs. 3 t.u. pubbl. imp. bestimmt, daß, während die Pflichten der Angestellten durch die *codici di comportamento* (Verhaltenskodizes) im Sinne des Art. 54 t.u. pubbl. imp. definiert werden, Tarifverträge die Übertretungen und die entsprechenden Sanktionen typisieren. Nach Absatz 4 hat jede Verwaltung eine für Disziplinarverfahren zuständige Stelle einzurichten, die auf Anweisung des Behördenvorstehers dem betroffenen Angestellten die Anschuldigungen anzeigt, das Verfahren leitet und die Maßnahme auferlegt. Ein mündlicher Tadel sowie ein Verweis ergehen hingegen direkt vom Behördenleiter. Bei allen anderen Sanktionen muß eine schriftliche Beanstandung vorangegangen sowie dem Betroffenen die Gelegenheit zu seiner Verteidigung – auf Wunsch mit Unterstützung eines Anwalts oder eines Gewerkschaftsvertreters – gegeben worden sein (Abs. 5). Eine Besonderheit stellt die Möglichkeit einer einvernehmlichen Reduzierung der Sanktion dar, die die Unanfechtbarkeit zur Folge hat (Abs. 6).⁷⁴ Diese Art Aushandeln der Maßnahme, der sogenannte *patteggiamento*, ist darauf gerichtet, einen Rechtsstreit vor Gericht zu verhindern.⁷⁵ Er besitzt einen vertraglichen Charakter, bei dem ein Ausgleich zwischen unterschiedliche Interessen angestrebt wird. Die Voraussetzungen, das Verfahren, die Grenzen und die Wirkungen des *patteggiamento* werden nicht vom Gesetz vorgegeben und sind, wenn die Tarifverträge ebenfalls keine Regelungen treffen, durch Auslegung zu ermitteln.⁷⁶ Wurde von dieser Möglichkeit kein Gebrauch gemacht und sehen die Tarifverträge keine anderen Mittel eines Vergleichs vor, kann der Betroffene die ihm auferlegte Disziplinarmaßnahme innerhalb von zwanzig Tagen vor dem *collegio arbitrale di disciplina dell'amministrazione*, einem Schiedskollegium für

den offiziellen Titel „*norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*“.

⁷³ Art. 2106 c.c. bezieht sich auf die vorangegangenen Artikel mit den Pflichten, die Arbeit mit dem gebührenden Fleiß zu verrichten, den Anordnungen des Arbeitgebers nachzukommen (Art. 2104 c.c.) und der Pflicht zur Treue und zur Wahrung des Firmengeheimnisses (Art. 2105 c.c.).

⁷⁴ Siehe dazu ausführlich Mainardi, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, S. 488 ff.

⁷⁵ Die Literatur nimmt hier oft Bezug auf den *patteggiamento* des Strafprozeßrechts (Art. 444 c.p.p.), was Mainardi, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, S. 488 f., wegen der bestehenden Unterschiede zwischen beiden Figuren kritisiert.

⁷⁶ Siehe dazu Mainardi, a.a.O., S. 490 ff.

Disziplinarsachen, anfechten (Abs. 7).⁷⁷

Daß der Gesetzgeber neben den generellen Regelungen des öffentlichen Diensts auch die Disziplinalgewalt ins Zivilrecht überführt hat, ergibt sich folglich unter anderem aus dem Verweis auf die privatrechtlichen Vorschriften und Tarifverträge. Bestätigt wird dies insbesondere durch Art. 63 t.u. pubbl. imp., nach welchem alle Streitfragen, die aus einem Angestelltenverhältnis an einer öffentlichen Verwaltung erwachsen können, in den Zuständigkeitsbereich des ordentlichen Richters in der Funktion des Arbeitsrichters fallen.⁷⁸ Die nahezu einhellige Meinung in Lehre und Rechtsprechung geht davon aus, daß die Akte des Disziplinarverfahrens privatrechtlicher Natur sind und keine Verwaltungsakte mehr darstellen.⁷⁹ Davon zu unterscheiden sind jedoch die Bereiche der öffentlichen Verwaltung, die gemäß Art. 3 („*Personale in regime di diritto pubblico*“) d.lgs. Nr. 165/2001 weiterhin dem öffentlichen Recht unterliegen. Für die dort genannten Sektoren haben die disziplinarrechtlichen Vorschriften des *testo unico* von 1957 ihre Gültigkeit behalten.⁸⁰

4. Ergebnis und Kritik mangelnder Effektivität

Abgesehen von der Entwicklung der letzten zehn Jahre mit der Neuausrichtung des öffentlichen Diensts und des Disziplinarrechts, bestanden zwar zweifelsohne Unterschiede zum deutschen Recht, aber eine gravierende Divergenz ist nicht zu erkennen, daß sie die Beibehaltung des Straftatbestands des Amtsmißbrauchs allein vor dem Hintergrund etwaiger Lücken des positiven Rechts erklären würde. Wiederum ein anderer Gesichtspunkt ist die Konsequenz, mit der die disziplinarrechtlichen Vorschriften in Italien umgesetzt wurden. Es stellt sich die Frage, ob nicht aufgrund einer mangelnden Verfolgung von dienstlichen Verfehlungen die Aufrechterhaltung des Art. 323 c.p. erforderlich war.⁸¹

⁷⁷ Die paritätische Zusammensetzung der Einrichtung aus Vertretern der Verwaltung und den der Angestellten ist in Abs. 8 festgelegt.

⁷⁸ Ebenso Noviello/Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare*, S. 13.

⁷⁹ Siehe dazu ausführlich und mit vielen Nachweisen Noviello/Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare*, S. 14 ff., der diese Ansicht insbesondere auf Art. 5 Abs. 2 t.u. pubbl. imp. stützt. Die Bestimmung sieht vor, daß alle Maßnahmen im Rahmen der Führung der öffentlichen Dienstverhältnisse von den zuständigen Organen mit den Befugnissen eines privaten Arbeitgebers vorgenommen werden. In Verbindung mit Art. 63 t.u. pubbl. imp., in welchem von Verwaltungsakten die Rede ist, ergebe sich eine Unterscheidung zwischen „makro-organisatorischen“ Akten und Führungsmaßnahmen. Erstere seien weiterhin Verwaltungsakte, während letztere rein zivilrechtlichen Charakter besäßen.

⁸⁰ Mainardi, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, S. 52.

⁸¹ Siehe auch die Aussage bei Pagliaro, *Principi di diritto penale di diritto penale*, Parte speciale, 2008, S. 278, daß es notwendig sei, das Disziplinarverfahren in Italien wiederzubeleben, um die leichten Formen des Amtsmißbrauchs (anstelle mit strafrechtlicher) mit einer angemessenen Sanktion zu belegen. Zurzeit könne man in Italien auf die Anwendung

Vor der Reform des Disziplinarrechts 1993 wurde von vielen Seiten die Ineffektivität der Disziplinalgewalt angeprangert. *Mor* beispielsweise kritisierte, daß nur in den wenigsten Sektoren und auch nur in bestimmten Regionen des Landes die öffentlichen Bediensteten bei Verfehlungen noch mit einer disziplinarrechtlichen Maßregelung rechnen müßten.⁸² Fehlverhalten würde weitgehend toleriert. Zudem seien noch andere Faktoren für die nachlässige Verfolgung von Dienstvergehen verantwortlich. So fehle ein Arbeitgeber, der sich für die öffentlichen Interessen einsetze und die Erbringung der vom Bediensteten geschuldeten Leistungen einfordere. Auch gebe es häufig die Überlegung, daß Disziplinarverfahren Zeit und Energie kosteten, die man anderweitig besser einsetzen könne. Darüber hinaus müsse ein Behördenleiter abwägen, ob es sinnvoller ist, sich des betroffenen Beamten zu entledigen, um dann die schwierige Aufgabe seiner Ersetzung lösen zu müssen, oder aber auf eine Entlassung zu verzichten. Manchmal hindere ihn auch seine vorangegangene Untätigkeit bzw. Toleranz bei der Kontrolle seiner Untergebenen oder sogar seine Komplizenschaft, Maßnahmen einzuleiten. Damit fehle auf der einen Seite jemand, der die Interessen der öffentlichen Verwaltung nachdrücklich schütze, während für die Interessen der Angestellten sowohl einzeln als auch gemeinschaftlich gekämpft würden. Des weiteren sei der Verwaltungsrichter durch seine ursprüngliche Zugehörigkeit zur Verwaltung eher dazu geneigt, sich mit dem Personal zu identifizieren als die öffentlichen Belange in den Vordergrund zu stellen.⁸³ Überdies sei ein weiterer Grund für die laxe Handhabung der Disziplinalgewalt in der Struktur der disziplinarrechtlichen Normen selbst zu sehen. Sie legten keine spezifischen Tatbestände fest, sondern nähmen mehr Bezug auf undefinierte Werte und Pflichten, was in einer Gesellschaft, in der es keinen Konsens über Werte gebe, leicht zu einer Orientierungslosigkeit führe.⁸⁴

Auch nach der Reform blieben das Disziplinarrecht und seine Umsetzung im Blickfeld der Kritik. Die mangelnde Anwendung der Disziplinalgewalt wurde durch den Bericht des Ausschusses zur Korruptionsprävention an den Präsidenten der *Camera dei Deputati* im Jahre 1996 belegt. In ihm wurde festgestellt, daß in sämtlichen Ministerien die Zahl der Disziplinarverfahren gegenüber der der Strafverfahren weit niedriger gewesen sei. Darüber hinaus unterstrich der Ausschuß, daß eine disziplinarische Verantwortung eher als eine eventuelle Konsequenz aus einem Verfahren vor dem Strafrichter in Erscheinung getreten, denn als ein Mittel präventiven Schutzes der Verwaltung angesehen worden sei.⁸⁵ Von einigen Seiten wurde in den Debatten zur Novellierung von Art. 323 c.p. tatsächlich der Zusammenhang zwischen dem Tatbestand

des Disziplinarrechts nicht vertrauen.

⁸² *Mor*, Quad. dir. lav. rel. ind. 1991, 27.

⁸³ *Mor*, a.a.O., 28.

⁸⁴ *Mor*, a.a.O., 28 f.

⁸⁵ Bericht des Ausschusses zur Korruptionsprävention an den Präsidenten der Abgeordnetenkammer vom 23.10.1996, abgedruckt in *Guida al dir.* vom 2.8.1997, Nr. 29, 31.

des Amtsmissbrauchs und dem Disziplinarrecht hergestellt. Der Abgeordnete *Giuliano* plädierte für eine deutliche Beschneidung des Tatbestands des Amtsmissbrauchs, insbesondere um dem Strafrichter die Möglichkeit zu nehmen, über die Ermessensentscheidungen der Administration zu urteilen. Dabei war er sich bewußt, daß dadurch einige Bereiche der strafrechtlichen Verfolgung entzogen würden, die jedoch nicht notwendig durch Strafgerichte sanktioniert werden müßten. An diesem Punkt sprach sich *Giuliano* für eine Stärkung der disziplinarrechtlichen Gegenmittel sowie der der Verwaltungsgerichtsbarkeit aus. Es müsse ein ausgewogenes und komplettes System geschaffen werden, in welchem die disziplinar- und verwaltungsrechtlichen Mittel mit dem Eingreifen der Strafgewalt harmonisierten.⁸⁶ Die Begrenzung des Deliktsumfangs sollte dieser Ansicht zufolge durch die konsequentere Anwendung des Disziplinarrechts ausgeglichen werden. Auch beim Vorschlag, den Art. 323 c.p. ganz abzuschaffen,⁸⁷ setzten manche offenbar auf die Lösung der Mißbrauchsfälle allein durch das Disziplinarrecht.⁸⁸ Der Abgeordnete *Carrara* wandte sich gegen die Abschaffung des Tatbestands des Amtsmissbrauchs, unter anderem auch weil er das administrative Kontrollsystem und damit auch die Disziplinalgewalt für nicht hinreichend effektiv hielt, um die Konsequenzen eines solchen Schritts aufzufangen. Den Verwaltungssektor stufte er als noch reformbedürftiger als die Strafjustiz ein.⁸⁹ Ebenfalls ein Reformvorschlag im Senat während der XIII. Legislaturperiode brachte das Delikt des Amtsmissbrauchs ausdrücklich in Zusammenhang mit dem Disziplinarrecht.⁹⁰ Seine Verfasser wollten direkt im Gesetzestext auf die Disziplinalgewalt verweisen. Absatz 3 der vorgesehenen Vorschrift beinhaltete den Ausschluß der Strafbarkeit für die Fälle, in denen der verursachte Vermögensschaden zehn Millionen Lire nicht übersteigt und der

⁸⁶ Siehe seine Ausführungen in der Parlamentssitzung am 15.4.1997, abgedruckt in *Dalia*, *Lavori parlamentari*, S. 350.

⁸⁷ Siehe bspw. den Einwurf des Senators *Greco* in der Sitzung der Justizkommission des Senats am 11.9.1996, abgedruckt in *Dalia*, a.a.O., S. 281 sowie seinen entsprechenden Gesetzentwurf 1.2 in der Sitzung am 18.9.1996, abgedruckt in *Dalia*, a.a.O., S. 285.

⁸⁸ Bspw. die Reformvorschläge von *Izzo*, 1.52, sowie von *Maggi*, zusammen mit *Cento*, 1.22 und 1.21, zielten auf die Abschaffung des Art. 323 c.p., wobei *Maggi* mit der Eingabe 1.21 den Gedanken der Abschaffung des Art. 323 c.p. und die Überleitung des strafbaren Verhaltens in den Tatbestand der *corruzione*, Art. 319 c.p., ins Spiel brachte. Siehe seine Äußerungen dazu in der Sitzung der Abgeordnetenkammer am 1.7.1997, abgedruckt in *Dalia*, a.a.O., S. 374.

⁸⁹ So ausdrücklich der Abgeordnete *Carrara* in der Parlamentssitzung am 1.7.1997, abgedruckt in *Dalia*, a.a.O., S. 374 f.

Selbst nach der privatrechtlichen Neuordnung des öffentlichen Diensts erscheint fraglich, ob das Disziplinarrecht die strafrechtliche Sanktionierung des Amtsmissbrauchs ersetzen wird. Es könnte dem Rechtsempfinden vieler widersprechen, daß die Anwendung des Instituts des *patteggiamento* (Art. 55 Abs. 6 t.u. pubbl. imp.) möglich wäre und so ein Verhalten, das bisher pönalisiert war, lediglich durch eine mit dem Täter einvernehmlich ausgehandelte Maßregelung geahndet würde.

⁹⁰ Gesetzentwurf Nr. 740, der von einer Gruppe von 15 Senatoren um *Squilini* und *Cirami*, am 19.6.1996 vorgelegt wurde, abgedruckt in *Dalia*, a.a.O., S. 264.

Schaden vollständig wieder gut gemacht wurde. Zudem wurde explizit herausgestellt, daß in solchen Fällen – also wenn nicht wegen Amtsmißbrauchs bestraft wird – unter anderem die obligatorische Ausübung der Disziplinargewalt und der Rechnungsprüfung bestehen bleibt.⁹¹

Abschließend kann zum einen festgehalten werden, daß der Tatbestand des Amtsmißbrauchs und seine fortwährende Existenz durchaus mit dem Disziplinarrecht in Verbindung gebracht werden kann. Zum anderen ist zu unterstreichen, daß nicht Unzulänglichkeiten des normativen Disziplinarrechts eine Beibehaltung der Strafnorm bedingten, sondern allenfalls eine inkonsequente Anwendung der disziplinarrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten.

⁹¹ Der Absatz lautete: „*La punibilità è esclusa quando il fatto non ha cagionato un danno patrimoniale pubblico o privato di ammontare superiore a lire dieci milioni, e ci sia stata riparazione dell'interno danno, permanendo in tali casi l'esercizio obbligatorio dell'azione disciplinare o contabile.*“

E. Schlußfolgerungen aus den Unterschieden zwischen Deutschland und Italien

Die Untersuchung des Beamtenrechts der beiden Länder hat gezeigt, daß sich die öffentlichrechtliche Konzeption des Beamtentums in Deutschland früher durchgesetzt und bereits bei Inkrafttreten des Strafgesetzbuchs 1871 bestanden hatte. Der Beamte war dem Staat durch ein öffentlichrechtliches Dienstverhältnis und zu besonderer Treue ihm gegenüber verpflichtet. Die Ableistung seines Diensts unterlag keinen arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten, vor allem stand sie in keiner synallagmatischen Beziehung zum Dienstgehalt. Die völlige Vereinnahmung des Beamten durch den Staatsdienst und die Fürsorge durch den Dienstherrn waren akzeptiert. Des weiteren blieb die öffentlichrechtliche Konzeption trotz immer wieder aufkommender Reformbestrebungen bis heute unangetastet. Anders in Italien: Dort war die Einstufung des öffentlichen Diensts als öffentlichrechtliche Institution bei Erlaß des *Codice Zanardelli* 1889 noch nicht sicher. Zwangsläufig bestand auch keine so enge Beziehung zwischen dem Beamten und dem Staat, denn wo der Dienstleistende seine Tätigkeit lediglich als Arbeiterbringung für Geld ansieht, kann keine solche Bindung entstehen, als wenn er sein Leben dem öffentlichen Dienst widmet. Die öffentlichrechtliche Auffassung setzte sich erst durch, als das erste einheitliche Strafgesetzbuch bereits in Kraft war. Daß sie aber in Italien letztlich weniger gefestigt erscheint, verdeutlichte die Privatisierung weiter Bereiche der öffentlichen Verwaltung in den letzten Jahren.

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß das Dienst- und Treueverhältnis zwischen Beamten und Staat in Italien und Deutschland sowohl zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der jeweiligen Strafgesetzbücher als auch in der Folgezeit durchaus unterschiedlicher Intensität war und ist. Eine sozialpsychologisch stärkere Bindung des deutschen Beamten an seinen Dienstherrn und eine ihrerwegen höhere Hemmschwelle, Dienstpflichten zu verletzen, lassen sich nicht ausschließen. Es ist jedoch offensichtlich, daß eine derartige Aussage ohne weitergehende Untersuchungen hinsichtlich der soziologischen Gesichtspunkte und unter Heranziehung von einschlägigen Kriminalstatistiken aus beiden Ländern wenig Gehalt besitzt. Insbesondere vermag sie keinen alleinigen Erklärungsansatz für die unterschiedliche rechtliche Behandlung des Amtsmißbrauchs zu liefern.

Was die Entwicklung des Disziplinarrechts in Deutschland und Italien angeht, so lassen sich im positiven Recht des 19. Jahrhunderts im Gegensatz zu dem

des 20. durchaus Unterschiede feststellen. Die deutschen disziplinarrechtlichen Regelungen wiesen 1871 eine höhere Qualität auf als die italienischen im Jahre 1889. Letztlich waren jedoch die Unterschiede zur Zeit der Verabschiedung der ersten einheitlichen Strafgesetzbücher nicht gravierend. Es steht außer Frage, daß auch in Italien der Mißbrauch der Amtsbefugnisse disziplinarrechtlich zu ahnden war. Die Existenz des Delikts des *abuso di ufficio* im italienischen Recht ist daher nicht auf Mängel im positiven Disziplinarrecht zurückzuführen.

Die These, daß in Italien im Gegensatz zu Deutschland von der Disziplinar-gewalt nur unzureichend Gebrauch gemacht wurde und werde, bedürfte der Verifizierung durch einen Vergleich der entsprechenden empirischen Erhebungen aus beiden Ländern, was im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht möglich ist. Tatsache ist jedoch, daß in Italien von einigen Seiten die mangelnde Ausschöpfung der verwaltungsinternen Sanktionsmechanismen angeprangert wird und gerade während der letzten Reform des Delikts des Amtsmissbrauchs mit diesem in direkten Zusammenhang gebracht wurde. Bezeichnend ist, daß die Abschaffung des Tatbestands mit dem Hinweis abgelehnt wurde, daß die administrativen Kontrollen nicht hinreichend wirksam erschienen, um die Folgen eines solchen Schritts zu kompensieren.

Der Blick in die Strafgesetze, die den einheitlichen Strafgesetzbüchern der beiden Länder vorangegangen sind, zeigt, daß in Italien vor 1889 der Straftatbestand des Amtsmissbrauchs ebenso existierte wie in Deutschland vor 1871. Für das italienische Strafrecht wurde insbesondere der französische *code pénal* von 1810 richtungweisend. Dieses Gesetz *Napoleons* hatte in weiten Gebieten Italiens Geltung erlangt. Es beeinflusste stark die nachfolgenden Strafgesetze insbesondere Siziliens und Sardiniens; hier zunächst das sardische Strafgesetzbuch von 1839 und dann das von 1859, welches mit Ausnahme der Toskana nach der Einigung Italiens in sämtlichen italienischen Territorien in Kraft gesetzt wurde. Vor allem auf diesen *codice sardo* – und später *sardo-italiano* – ging schließlich das erste Strafgesetzbuch für ganz Italien, der *Codice Zanardelli*, zurück.¹ Letzterer hatte daher auch im Bereich der Amtsdelikte einige Anleihen an den französischen *code pénal* von 1810. Dessen Art. 175, das Delikt der Vorteilsbeschaffung bei Amtshandlungen, wurde in Art. 176 c.p. (*Codice Zanardelli*) übernommen. Eine solche Vorlage für den allgemeinen Amtsmissbrauch lieferte der *code pénal* zwar nicht, aber lexikalisch erinnert Art. 175 c.p. (*Codice Zanardelli*) an Art. 114 *code pénal*. Zudem besaß auch das französische Strafgesetzbuch einen unbestimmten Amtsmissbrauch. Art. 183 *code pénal* war zwar unter die Bestechungsdelikte gefaßt, beinhaltete letztlich aber einen allgemeinen Mißbrauch der Amtsbefugnisse. Der Einfluß, den das französische Recht auf die Gesetzgebung Italiens hatte, ist somit unverkennbar.

¹ Vgl. Cadoppi, L'indice pen. 2003, 19, 42.

Allerdings sollte nicht vergessen werden, daß auch die anderen für Gesamtitalien bedeutenden Rechtskreise den Tatbestand des Amtsmißbrauchs kannten; und zwar sowohl das österreichische als auch das toskanische Strafrecht. Das Delikt des *abuso innominato di ufficio* war insofern im italienischen Rechtsbewußtsein verfestigt. Hätte sich daher – wie es beispielsweise der angesehene Strafrechtler *Carrara* vorgezogen hatte² – die toskanische Linie durchgesetzt, wäre es aller Wahrscheinlichkeit nach im einheitlichen *codice penale* ebenfalls zur Festschreibung des Delikts gekommen. In Deutschland war dies anders. Eine Reihe von partikulären Strafgesetzbüchern des 19. Jahrhunderts kannten das Delikt des Amtsmißbrauchs zwar, andere jedoch nicht. Zu letzteren zählt das preußische Strafgesetzbuch von 1851, auf welchem das für den Norddeutschen Bund basierte, aus welchem wiederum das gesamtdeutsche von 1871 hervorging. Es ist insofern nicht verwunderlich, daß sein Abschnitt über die Amtsdelikte keinen Amtsmißbrauch enthält. Daß sich im heutigen *codice penale* das Delikt des allgemeinen Amtsmißbrauchs findet, im deutschen Strafgesetzbuch hingegen nicht, wird daher vor allem auf die historische Entwicklung des Strafrechts zurückzuführen sein.

Die vermutete unterschiedliche Effektivität der Disziplinargewalt könnte eine unterstützende Rolle gespielt haben. Ein korrelatives Verhältnis zwischen Disziplinar- und Strafrecht – auch in der historischen Entwicklung des positiven Strafrechts – ist dokumentiert. So hatte sich der preußische Gesetzgeber des Strafgesetzbuchs von 1851 explizit gegen einen allgemeinen Amtsmißbrauch nach dem Vorbilde des § 333 ALR entschieden. Einen solchen Tatbestand hatte er als Strafnorm für zu unbestimmt qualifiziert und statt einer Pönalisierung die Sanktionierung durch das Disziplinarrecht befürwortet.

Wenn es auch keinen Grund für das Fehlen des Amtsmißbrauchstatbestands in Deutschland liefert, so bleibt doch zu erwähnen, daß es Bestimmungen im deutschen Strafgesetzbuch gibt, die geeignet sind, Verhaltensweisen mißbräuchlicher Amtstätigkeit zu erfassen und keine Entsprechung im *Codice penale* haben. Hier sind aus den Amtsdelikten vor allem die Rechtsbeugung (§ 339 StGB) und die Verfolgung Unschuldiger (§ 344 StGB) zu nennen. Ihre praktische Bedeutung ist aber anerkanntermaßen gering. Außerhalb der Sondertatbestände können die Untreue (§ 266 StGB) und zum Teil auch der Betrug (§ 263 StGB) vermögensschädigende Amtsmißbräuche bestrafen. Einen allgemeinen Untreuetatbestand gibt es im italienischen Strafgesetzbuch nicht. Der Tatbestand der *infedeltà patrimoniale*, Art. 2634 c.c., ist bei einer Zweckentfremdung von staatlichen Befugnissen durch Beamte nicht einschlägig. Der Betrug, die *truffa* (Art. 640 c.p.), existiert zwar im italienischen Strafgesetz, aber sein Anwendungsbereich ist im Vergleich zum deutschen Tatbestand begrenzter. Das ermöglicht die Relevanz von § 263 StGB in einigen Konstellationen, in denen das Vermö-

² Vgl. ebd.

gen der Verwaltung durch Täuschungshandlungen eines Beamten geschädigt wird.

Teil III

Strafwürdigkeit des Amtsmissbrauchs in Deutschland

A. Begriffe der Strafwürdigkeit und der Strafbedürftigkeit

Der Begriff der Strafwürdigkeit wird sowohl als Oberbegriff verwendet als auch zur Kennzeichnung von kriminellem Verhalten bemüht.¹ Er taucht, abgesehen von der Frage der Pönalisierung oder Entkriminalisierung von Verhaltensweisen, auch im Zusammenhang mit der Gliederung des Straftatsystems und dessen etwaige Erweiterung eben um die Kategorie der Strafwürdigkeit nach denen des Unrechts (Tatbestand und Rechtswidrigkeit) und der Schuld auf. Zu diesem letzten Komplex zählt auch die Kontroverse um die Einordnung der objektiven Strafbarkeitsbedingungen und der Strafausschließungsgründe.² In der vorliegenden Untersuchung ist jedoch der Terminus allein in seiner Funktion als Bewertungsmaßstab gemeinschaftsstörenden Handelns von Interesse. Der zweite Begriff, der in diesem Zusammenhang stets genannt wird, ist der der Strafbedürftigkeit bzw. des Strafbedürfnisses.³

Der Gebrauch der Ausdrücke erklärt sich direkt aus ihrer Semantik:⁴ Steht die Strafbarkeit einer bestimmten Tat zur Disposition, stellt sich zunächst

¹ Es ist von vornherein klarzustellen, daß in der Rechtslehre keineswegs Einigkeit über den Inhalt, die Grenzen und die Relevanz der Termini Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit besteht. Auf ihre unterschiedliche Verwendung oder Gewichtung einzugehen, ist an dieser Stelle nicht möglich.

² Vgl. Altpeter, Strafwürdigkeit und Straftatsystem, S. 5.

Die Theorie, daß die „Strafwürdigkeit“ eine vierte Deliktskategorie darstellt, zu der auch die objektiven Strafbarkeitsbedingungen sowie die Strafausschließungsgründe gehören, wird insbes. von Schmidhäuser, AT, 12/1, 13/1 vertreten. Siehe zu seiner Kritik Roxin, AT I, 2006, S. 1047, § 23, Rdn. 34 ff. und Altpeter, Strafwürdigkeit und Straftatsystem, S. 202 ff. Ablehnend auch Bloy, Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, S. 227 ff., 235.

³ Manche sehen in dem Begriff des Strafbedürfnisses ein dem materiellen Strafrecht vorgelagertes massenpsychologisches Phänomen, was sich nicht an empirischen und normativen Daten orientiere. Er beschreibe das rein psychologische Bedürfnis des Staats bzw. seiner in ihm lebenden Menschen, bestimmte Verhaltensweisen durch Strafgewalt zu sanktionieren. Siehe Alwart, Strafwürdiges Versuchen, S. 50 ff. Ihm folgt Scharrer, Notwendigkeit und Grenzen hauptstrafrechtlicher Sanktionen, S. 22 f.

Es fragt sich, ob nicht Strafwürdigkeit und Strafbedürfnis bzw. Strafbedürftigkeit dem materiellen Recht vorgelagert sind. Unabhängig davon, ob den Autoren recht zu geben ist oder nicht, soll im Folgenden zur Vereinfachung lediglich von Strafbedürftigkeit die Rede sein.

⁴ Krit. jedoch Altpeter, Strafwürdigkeit und Straftatsystem, S. 24 ff. Darüber hinaus ist die Stellung des Strafwürdigkeitsurteils im Verbrechenaufbau freilich umstritten. Siehe nur die kurzen Ausführungen bei Bloy, Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, S. 231 ff.

unwillkürlich die Frage, ob dieses Verhalten der Bestrafung würdig ist. Es ist zu klären, ob es sich um einen solch unerträglichen Eingriff in das gemeinschaftliche Dasein handelt, daß es zur Wahrung des sozialen Gefüges strafrechtlich sanktioniert werden muß.⁵ Die sich hier anschließende Frage ist die nach der Bedürftigkeit im Sinne von Notwendigkeit, mittels des Strafrechts reagieren zu müssen.⁶ Zum einen muß das Verhalten ein gesellschaftlich relevantes Phänomen darstellen. Zum anderen dürfen mildere Maßnahmen aus weniger einschneidenden Rechtsbereichen oder auch nichtrechtliche Sozialkontrolle zur Eindämmung der fraglichen Vorkommnisse nicht in Frage kommen bzw. haben als nicht hinreichend wirksam auszuscheiden.⁷

Folglich läßt sich mit dem Begriff der Strafwürdigkeit ein Werturteil über die Unerträglichkeit eines Angriffs für das gemeinschaftliche Zusammenleben verbinden und in dem der Strafbedürftigkeit ein Zweckmoment als Ausdruck des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgebots erkennen.⁸ Beide zusammen müssen klären, ob die strafrechtliche Repression des sozialschädlichen Verhaltens die mit der Kriminalisierung verbundenen Nachteile sowohl für den Täter als aber – wegen der sozialen Stigmatisierung und Ausgrenzung und den daraus resultierenden Folgeerscheinungen – auch letztlich für die Gesellschaft aufwiegen kann.

Ihren Ursprung nehmen diese Gedanken in der Lehre von der Strafwürdigkeit, wie sie von *Walter Sax* begründet wurde. Bei ihm ist der Terminus der Strafwürdigkeit zweischichtig und beinhaltet sowohl das „Strafe-Verdienen“ als auch „Der-Strafe-Bedürfen“. In der Strafwürdigkeit sei die Strafbedürftigkeit enthalten.⁹ Dabei meine „Strafe-Verdienen“ die Beurteilung einer sozialschädlichen Tat als hinreichend massiv, um zur angedrohten Strafe in einem proportionalen Verhältnis zu stehen.¹⁰ Mit dem Urteil „Der-Strafe-Bedürfen“ werde festgestellt, daß die Strafe das einzige Mittel zum Schutz der Gemeinschaftsordnung bildet.¹¹

Da die Termini der Strafwürdigkeit und der Strafbedürftigkeit noch nicht aus sich heraus hinreichendes Begrenzungspotential bieten, sondern selbst

⁵ Vgl. Langer, Das Sonderverbrechen, S. 276, 330. Er fragt darüber hinaus, ob die Tat im Grundsatz sozialetisch mißbilligenswert ist, ders., a.a.O., S. 327. Vgl. zum Letzteren Günther JuS 1978, 8, 12 f.

⁶ Siehe dazu Günther JuS 1978, 8, 11 f., der allerdings den Terminus des Strafbedürfnisses verwendet.

⁷ Hieran wird deutlich, daß die Strafbedürftigkeit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entstammt. Insofern hat Altpeter, Strafwürdigkeit und Straftatsystem, S. 45, recht. Der Autor wendet sich gegen die Eigenständigkeit des Begriffes der Strafbedürftigkeit gegenüber dem der Strafwürdigkeit a.a.O., S. 38 ff., 45 f.

⁸ Siehe Scharrer, Notwendigkeit und Grenzen hauptstrafrechtlicher Sanktionen, S. 22.

⁹ Sax, Grundsätze der Strafrechtspflege, S. 924.

¹⁰ Sax, a.a.O., S. 927.

¹¹ Sax, a.a.O., S. 925.

ausfüllungsbedürftig sind, wird ihre Nützlichkeit von Teilen der Rechtslehre bestritten.¹² Sie lassen sich jedoch als übergeordnete begriffliche Eingrenzungen handhaben, worunter die eigentliche Konkretisierung der kriminelle Taten kennzeichnenden Merkmale noch zu erfolgen hat. Jedenfalls sind die ihnen innewohnenden Wertungsfragen nach der Hinnehmbarkeit des Verhaltens und der Verhältnismäßigkeit seiner strafrechtlichen Repression richtungsweisend. Im Folgenden ist daher zu klären, inwiefern der Amtsmissbrauch als Zweckentfremdung staatlicher Funktionen strafwürdig ist und welche Alternativen zur Inkriminierung bestehen. Die Diskussion wird unabhängig von der Erforderlichkeit im Sinne eines rechtspolitischen Bedürfnisses geführt. Die Entscheidung darüber hat die Legislative zu treffen.¹³

¹² Siehe bspw. Frisch, Fs für Stree und Wessels, S. 77 ff. Er plädiert demgegenüber (a.a.O., S. 81) für eine originäre „Strafadäquitätsbetrachtung“, bei der dem qualitativen Inhalt der Strafe, genauer ihrer Schwere im Gefüge der Sanktionsmechanismen, unter Außerachtlassung der bisherigen gesetzlichen Wertungen Rechnung getragen wird. Die Taten müßten sich durch mit der Strafe korrespondierende qualitative Momente auszeichnen.

¹³ Ihr müßten vor allem empirischen Erhebungen über die quantitativen Ausmaße des Phänomens Amtsmissbrauch zugrunde gelegt werden, deren Beibringung über die vorliegende Aufgabenstellung hinaus geht.

B. Strafwürdigkeit nach den Wertungen des geltenden Strafgesetzbuchs

In Anbetracht der Tatsache, daß es bei der Frage nach der Kriminalisierung des Amtsmißbrauchs um die Eingliederung eines neuen Tatbestands in das geltende Strafgesetzbuch ginge, sind die darin bereits vorhandenen Gewichtungen des Unrechts bedeutsam. Wertungswidersprüche sind für beide Seiten – sowohl für den rechtsunterworfenen Bürger als auch für die rechtsanwendende Justiz – problematisch, weil sie die Geltungskraft von Strafrecht zu unterminieren vermögen. Aus diesem Grund muß die mögliche Pönalisierung der Zweckentfremdung von staatlichen Befugnissen vor dem Hintergrund der bestehenden Inkriminierungen betrachtet werden.

Es ist offensichtlich, daß eine Bestrafungspflicht für den Gesetzgeber im Zusammenhang mit dem Amtsmißbrauch nicht besteht. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kommt eine legislative Inkriminierungsobligation nur für den Schutz höchster Rechtsgüter in Betracht, beispielsweise des Lebens.¹ Insofern scheidet sie hinsichtlich eines Delikts aus, welches in erster Linie die Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung schützt.

Zur Begutachtung der Strafwürdigkeit eines Mißbrauchs der vom Staat übertragenen Befugnisse anhand des geltenden Rechts drängt sich eine Gegenüberstellung insbesondere mit der Rechtsbeugung und den Bestechungsdelikten auf. So sah der amtliche Entwurf eines „Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs“, den das Reichsjustizministerium 1925 veröffentlichte, die Ausweitung des Rechtsbeugungstatbestands auf jeden Verwaltungsbeamten vor, der wissentlich einen Rechtssatz zugunsten oder zum Nachteil eines Beteiligten falsch anwendet. Damit sollte folglich ein Tatbestand des allgemeinen Amtsmißbrauchs im Rahmen des Rechtsbeugungstatbestands eingeführt werden. Der französische Gesetzgeber von 1810 hatte den Amtsmißbrauch hingegen am Ende des Abschnitts über die Korruption gesetzt. Das heutige Strafgesetzbuch Deutschlands bestraft sowohl die Beugung des Rechts als auch die Vorteilsannahme und Bestechlichkeit, nicht jedoch den Amtsmißbrauch.

Ein weiterer Vergleich soll zu den Delikten der Gebühren- und Abgabenüberhebung als speziellen Tatbeständen des Amtsmißbrauchs gezogen werden. Auch bei ihnen werden staatliche Befugnisse zweckentfremdet. Damit hat der Gesetzgeber nur einen eng begrenzten Kreis von Amtsmißbräuchen herausgegriffen

¹ BVerfGE 39, 1, 45, 88.

und pönalisiert. Es fragt sich, ob diese Exklusivität gerechtfertigt oder nicht auch ein Verhalten, wie es der italienische *abuso di ufficio* sanktioniert, bei uns strafwürdig ist.

I. Gegenüberstellung mit der Rechtsbeugung

Zunächst soll untersucht werden, was das Delikt der Rechtsbeugung von dem eines allgemeinen Amtsmißbrauchs unterscheidet.

Im allgemeinen Sprachgebrauch wird unter Rechtsbeugung die richterliche Ungerechtigkeit bei Ausübung des Amtes verstanden.² Da der Amtsmißbrauch ebenfalls als eine im Amt begangene Ungerechtigkeit bezeichnet werden kann, ließe sich nach laienhafter Vorstellung, d.h. von einer rechtsunkundigen Person, mutmaßen, die entscheidende Differenz zwischen Rechtsbeugung und Amtsmißbrauch bestünde im divergierenden Täterkreis. Tatsächlich zeichnet sich das Richteramt durch besondere Anforderungen aus. Einmal berufene Richter sind unabhängig. Ihre Rechtsanwendung ist autoritativ und weisungsfrei.³ Ihre Entscheidungen können von keiner anderen Gewalt abgeändert werden.⁴ Sie können durch ihren Ausspruch einem rechtswidrigen Zustand die Bedeutung eines rechtmäßigen oder umgekehrt einem rechtmäßigen Zustand die Bedeutung eines rechtswidrigen geben, also Unrecht in Recht und Recht in Unrecht verwandeln.⁵ So folgert beispielsweise *Oppenheim*, daß der Staat mit der Bestellung eines Richters diesen sogleich über sich selbst setze.⁶ Aus dieser besonderen Stellung des Richters könnte man demnach die Daseinsberechtigung des Delikts der Rechtsbeugung ableiten⁷ und den Unterschied zum Verwaltungsbeamten sehen, der das Recht falsch anwendend.⁸

Allein die Sonderstellung des Richters macht jedoch nicht den Unterschied aus, denn der Wortlaut des Gesetzes geht über den allgemeinen Sprachgebrauch

² Seebode, Das Verbrechen der Rechtsbeugung, S. 82; vgl. *Oppenheim*, Die Rechtsbeugungsverbrechen, S. 34, *Wacker*, Die Rechtsbeugung, S. 15.

³ *Oppenheim*, Die Rechtsbeugungsverbrechen, S. 46, spricht von einem „autoritativen Interpreten“; *Joly*, Die Rechtsbeugung des Richters, S. 14.

⁴ *Seebode*, Das Verbrechen der Rechtsbeugung, S. 82 f.

⁵ *Joly*, Die Rechtsbeugung des Richters, S. 13, für den der Täter einer Rechtsbeugung nur jemand sein kann, der mit dem „Recht auf gleicher Stufe steht“.

⁶ *Oppenheim*, Die Rechtsbeugungsverbrechen, S. 45

⁷ *Joly*, Die Rechtsbeugung des Richters, S. 15, spricht davon, daß die Rechtsbeugung das strafrechtliche Gegenstück zu denjenigen Gesetzesbestimmungen ist, die dem Richter die überragende Stellung geben. *Seebode*, Das Verbrechen der Rechtsbeugung, S. 82, bezeichnet das Delikt als das „Korrelat der richterlichen Unabhängigkeit, das Gegenstück zur hohen Aufgabe der Rechtsprechung und besonderen Verantwortung des Richters.“ Siehe auch *Musielak*, Die Rechtsbeugung, S. 3.

⁸ Diesen Schluß zieht *Seebode*, Das Verbrechen der Rechtsbeugung, S. 82 ff. Vgl. auch *Wassermann DRiZ* 1992, 161.

hinaus. Die Vorschrift des § 339 StGB richtet sich sowohl an Richter und Schiedsrichter als auch an „andere Amtsträger“. Es ist somit bereits lexikalisch kein reines Richterdelikt.⁹ Sofern die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind, können auch Verwaltungsbeamte Täter der Rechtsbeugung sein. Es müssen allerdings Beamte sein, denen die Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache obliegen. Nach herrschender Ansicht kommt es darauf an, daß der Amtsträger eine Rechtssache wie ein Richter zu leiten oder zu entscheiden habe.¹⁰ Ob das der Fall ist, sei nach der Natur und dem Ziel des Verfahrens zu beurteilen, wobei entscheidend sei, ob eine wesensmäßig richterliche Tätigkeit vorliegt.¹¹ Tatsächliche Unabhängigkeit des Richters oder Weisungsfreiheit des Amtsträgers seien nicht erforderlich.¹²

Auf Grundlage dieser Position ist das Unterscheidungsmerkmal zwischen den rechtsbeugenden und den Recht falsch anwendenden Beamten die wesensmäßig richterliche Tätigkeit. Nur wenn eine solche gegeben ist, können die betreffenden Beamten Täter einer strafbaren Rechtsbeugung werden. Das sind diejenigen, die Herren über ein nach Rechtsgrundsätzen geordnetes Verfahren sind, welches sie „wie ein Richter“ leiten und/oder in welchem sie „wie ein Richter“ eine Entscheidung zu fällen haben.¹³ Die Beamten hingegen, die, ohne diese Position inne zu haben, lediglich „einfache“ Verwaltungsentscheidungen vorsätzlich falsch treffen, werden vom Tatbestand der Rechtsbeugung nicht erfaßt. Das Delikt des Amtsmissbrauchs setzt keine Rechtssache im Sinne von § 339 StGB voraus. Es erfaßt auch Exekutivbeamte, die nicht wie ein Richter tätig werden und bei

⁹ NK-Kuhlen, 2005, § 339 StGB, Rdn. 12; LK-Spendel, § 339 StGB, Rdn. 4.

¹⁰ Fischer, § 339 StGB, Rdn. 5; LK-Spendel, § 339 StGB, Rdn. 32 ff.; RGSt 71, 315; BGH NJW 1960, 253; BGHSt 24, 326, 327 f.; 34, 146, 148; 35, 224, 230; 38, 381, 382.

¹¹ Fischer, § 339 StGB, Rdn. 5.

¹² BGHSt 14, 147, 148; 24, 326, 328; Lackner/Kühl, § 339 StGB, Rdn. 2; Fischer, § 339 StGB, Rdn. 5. A.A. allerdings BGHSt 34, 146, 148; Wassermann DRiZ 1992, 161.

Das Kriterium der „wesensmäßig richterlichen Tätigkeit“ ist mit dem gleichzeitigen Verzicht auf tatsächliche Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit nicht gerade von außerordentlicher Bestimmtheit. Seebode, Das Verbrechen der Rechtsbeugung, S. 89, kritisiert daher an der Rechtsprechung des BGH, daß sie mit der Formulierung „in einem zwar abhängigen Amt, aber wie ein Richter“ Widersprüchliches verbinde. Er meint, ein abhängiger Richter könne nicht wie ein Richter entscheiden. Zumindest sachliche Unabhängigkeit sei erforderlich. Musielak, Die Rechtsbeugung, S. 47, 49, sieht als Rechtssachen die Fälle an, in denen ein unparteiischer Dritter über Rechte und Pflichten von Rechtssubjekten, die am Verfahren unmittelbar beteiligt sind, gemäß seiner Überzeugung vom Recht nach Rechtsgrundsätzen kraft der ihm vom Staat übertragenen Gewalt mit autoritativer Wirkung und frei von Weisungen zu entscheiden hat. Vgl. auch Heinitz, Probleme der Rechtsbeugung, S. 8; Sieveking, Der Täterkreis der Rechtsbeugung, S. 72.

Differenzierend im Rahmen der h.M. SK-Rudolphi/Stein, § 339 StGB, Rdn. 8, die betonen, daß es auf persönliche Unabhängigkeit und auf sachliche Unabhängigkeit im Sinne von individueller Weisungsfreiheit nicht ankomme, aber es zu den unabdingbaren Voraussetzungen der Unparteilichkeit gehöre, daß rechtlich keine Weisungshierarchie existiere, die bis zu einer Parteiinteressen vertretenden Stelle reicht.

¹³ BGH NJW 1960, 253; BGHSt 24, 326, 328; 34, 146, 148; Fischer, § 339 StGB, Rdn. 5.

ihrer Amtsausübung sich oder anderen einen Vorteil verschaffen oder Dritte benachteiligen. Der Unterschied zwischen dem Täter der Rechtsbeugung und dem des Amtsmissbrauchs ist demzufolge das „richterliche“ Tätigwerden des Amtsträgers.

Bei der Rechtsbeugung wird das Rechtsgut in dem Schutz der Rechtspflege gesehen.¹⁴ Der Rechtsbeugungstatbestand erfaßt wie alle Amtsdelikte Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit der staatlichen Verwaltung und im Speziellen solche der Rechtspflege. Als äußere Bedingung für ihr effektives Funktionieren schützt der Straftatbestand das Vertrauen der Bevölkerung in die Korrektheit der Rechtspflege. Zwar geht es auch bei dem Delikt des Amtsmissbrauchs um die Funktionsfähigkeit der Verwaltung durch Vertrauensschutz. Mit ihm ist jedoch die Bewahrung des gesamten staatlichen Verwaltungsapparats anvisiert, während bei der Rechtsbeugung lediglich ein Teilbereich herausgegriffen ist. Es stellt sich die Frage, ob das Schutzgut Rechtspflege gegenüber der Funktionsfähigkeit der gesamten Verwaltung tatsächlich – wie es die Wertung durch den Gesetzgeber offenbart¹⁵ – höherwertig einzustufen und deshalb die strafrechtliche Ungleichbehandlung von Rechtsbeugung und Amtsmissbrauch sachlich gerechtfertigt ist. Zu klären ist, inwiefern ein Angriff auf die Rechtspflege schwerer wiegt, als die Verletzung der guten Verwaltungsführung oder der Unparteilichkeit der allgemeinen Verwaltung bzw. ob jemand, der vom Staat dazu bestellt ist, Recht nach eigener Überzeugung unparteiisch anzuwenden bzw. zu gestalten, eine Position besitzt, aus der heraus er im Gegensatz zu den Amtsträgern, die das Recht lediglich schlicht anwenden, einen schwerwiegenden Angriff auf die Rechtsordnung vornehmen kann.¹⁶

Sowohl der Rechtspflege als auch der Verwaltung kommen wichtige Funktionen im Staatsgefüge zu. Von beiden ist die Rechtspflege durch die Judikative jedoch zweifellos der sensiblere Bereich. Die Judikative ist die Wächterin über die Einhaltung der Gesetze, über das, was Recht ist. Werden ihre Angehörige dieser übergeordneten Rolle nicht gerecht, weil sie selbst – anstatt Recht zu sprechen – dieses beugen, wird der Staat in besonderer Weise gefährdet. Wie bereits oben dargelegt, wurde den Richtern vom Staat eine Sonderstellung eingeräumt. Ihnen bringt sowohl der Staat, der ihn ins Amt berufen hat, als auch der Bürger besonderes Vertrauen entgegen. Ihre Position ist vornehmlich durch die Befugnis qualifiziert, weisungsfrei, unabhängig und bindend Recht anzuwenden. Damit stehen Richter mit der Übertragung ihres Amts in herausragender Verantwortung. Es gibt, abgesehen von höheren Gerichtsinstanzen, keine weitere Staatsgewalt, die Fehlentscheidungen der Justiz revidieren könnte. Das ist bei Entscheidungen der Verwaltung anders. Sie können letztlich durch

¹⁴ BGHSt 40, 272, 275; Schönke/Schröder-Heine, § 339 StGB, Rdn. 1; Lackner/Kühl, § 339 StGB, Rdn. 1.

¹⁵ SK-Rudophi/Stein, § 331 StGB, Rdn. 4.

¹⁶ Vgl. an dieser Stelle auch Henning, Die Rechtsbeugung, S. 40 ff.

die Judikative aufgehoben werden. Schon allein hieraus ergibt sich, daß ein Versagen der Rechtsprechung heikler ist, als das der Staatsadministration. Die gerichtliche Rechtspflege ist im Vergleich zur Funktionsfähigkeit der Verwaltung das schutzbedürftigere Gut.

Hätte der Gesetzgeber den Kreis der Täter bei der Rechtsbeugung auf die Berufsrichter beschränkt, ließe sich im Hinblick auf ihre Sonderstellung der Tatbestand als Korrelat ihrer Unabhängigkeit und ihrer besonderen Pflichtenbindung verstehen und die strafrechtliche Sonderbehandlung ohne weiteres nachvollziehen. Nun schützt § 339 StGB aber nicht allein vor Störungen der richterlichen, sondern auch vor denen von Verwaltungsbeamten und Schiedsrichtern gewährleisteten Rechtspflege. Hier zeichnet sich das Bild bezüglich der Gewichtung der Rechtsgüter weniger eindeutig. Blickt man auf die Verwaltungsbeamten, verwischt die Grenze zu den schlicht rechtsanwendenden Amtsträgern. Insbesondere wenn die herrschende Meinung undifferenziert¹⁷ auf die tatsächliche Unabhängigkeit des Beamten und seine Weisungsfreiheit als Bestimmungskriterium für eine richterähnliche Position verzichtet. Jedenfalls gehören die Amtsträger – selbst wenn sie in ihrem Aufgabenbereich Rechts-sachen zu leiten oder zu entscheiden haben – noch der Verwaltung an. Ihre Entschlüsse besitzen nicht dieselbe Autorität wie die der Richter. Sie können spätestens durch die Rechtsprechung revidiert werden. Damit ist der Bürger den Entscheidungen der rechtspflegenden Verwaltungsbeamten nicht in dem Maße ausgeliefert wie denen von Richtern. Der Gesetzgeber hat dennoch beide in § 339 StGB gleichgestellt. Er hat sie auch dem Bereich der Rechtspflege zugeordnet und damit deutlich von den „einfachen“ Verwaltungsbeamten unterschieden. An dieser Stelle ist zu hinterfragen, ob die Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache durch einen Verwaltungsbeamten von anderer Qualität ist, als die Bearbeitung der „normalen“ Verwaltungssachen. Der nur Verwaltungssachen erledigende Beamte setzt ebenfalls Recht. Der Erlaß oder die Verweigerung einer Baugenehmigung oder GewerbeKonzession definiert eine Rechtsposition für den Betroffenen. Dieser kann dabei durch eine unrechtmäßige Entscheidung im gleichen Maße geschädigt werden wie bei einer durch eine Verwaltungsbehörde falsch geleiteten oder entschiedenen Rechtssache. Andererseits sieht selbst die herrschende Ansicht, für die es gleichgültig ist, ob es um gebundenes oder Ermessenshandeln geht,¹⁸ bei den eine Rechtssache leitenden oder entscheidenden Beamten eine besondere Stellung innerhalb des Verfahrens, eine besondere Selbständigkeit. Ansonsten würde sie diesem Amtsträger nicht die Eigenschaft „wie ein Richter“ zubilligen können.¹⁹ Wenn er für eine solche Qualifikation „Herr des Verfahrens“ sein muß, dann setzt das diese besondere Selbständigkeit

¹⁷ Siehe jedoch SK-Rudolphi/Stein, § 339 StGB, Rdn. 8.

¹⁸ So ausdrücklich Schönke/Schröder-Heine, § 339 StGB, Rdn. 3.

¹⁹ Vgl. BGH NJW 1979, 2114.

voraus.²⁰ An diesem Punkt weicht seine Stellung von der des Beamten mit regelmäßiger Verwaltungstätigkeit ab. Die herrschende Ansicht führt stets den Staatsanwalt als Beispiel für einen potentiellen nichtrichterlichen Täter einer Rechtsbeugung an. In der Tat verfügt er im Ermittlungsverfahren nach der Strafprozeßordnung über weitreichende Kompetenzen. Die Staatsanwaltschaft ist Herrin des Ermittlungsverfahrens. Grundsätzlich werden von ihr bzw. ihren Ermittlungsbehörden die Untersuchungshandlungen durchgeführt (§§ 161, 161a, 163, 163a-f StPO), einschließlich der erforderlichen Beweiserhebung. Hierbei besitzt sie weitgehende Entscheidungsfreiheit. Sie ist es auch, die schließlich über die Erhebung einer öffentlichen Klage bzw. die Einstellung des Verfahrens entscheidet, § 170 StPO. Daß die Staatsanwaltschaft während des Verfahrens sogar auf gewisse Weise einen Ausgleich zwischen widerstreitenden Interessen schaffen muß, ergibt sich aus der Verpflichtung des § 160 Abs. 2 StPO, nicht nur belastende, sondern auch entlastende Umstände zu ermitteln. Ein gegenüber dem schlicht rechtsanwendenden Verwaltungsbeamten gesteigertes Maß an Selbständigkeit kann dem Staatsanwalt folglich nicht abgesprochen werden. Eine ähnlich unabhängige Position hat der Bundesgerichtshof beim Rechtspfleger als Nachlaßpfleger²¹ sowie beim Verwaltungsbeamten festgestellt, der nach dem Ordnungswidrigkeitengesetz über Geldbußen entscheidet.²²

Diese Art von Unabhängigkeit ist der Strafgrund für die Rechtsbeugung durch einen Amtsträger, der kein Richter ist. Die Unparteilichkeit des Beamten innerhalb des Verwaltungsverfahrens, seine herausragende Stellung, begründet ebenfalls eine besondere Verantwortung. Diese wiederum läßt das Unrecht des Mißbrauchs seiner Befugnisse größer erscheinen als das des Amtsmißbrauchs von einfachen Entscheidungsträgern der öffentlichen Verwaltung. Sein Angriff auf die Funktionsfähigkeit der Verwaltung trifft den Staat empfindlicher. Der Gesetzgeber stuft das Unrecht des rechtsbeugenden Verwaltungsbeamten sogar als so strafwürdig ein, daß er auch ihn – gleich dem das Recht beugenden Berufsrichter – bereits im Mindestmaß mit einem Jahr Freiheitsstrafe belegt.

Es ist folglich ein Unterschied zwischen regelmäßiger Verwaltungstätigkeit und solcher festzustellen, bei der Rechtssachen geleitet oder entschieden werden. Der Bruch des besonderen Vertrauens, das der Staat in die mit der Rechtspflege betrauten Amtsträger setzt, bedeutet einen schwerwiegenderen Angriff auf die Rechtsordnung als es durch die Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Verwaltung mittels eines „einfachen“ Amtsmißbrauchs geschehen kann. Das Rechtsgut der Rechtspflege ist daher höher einzustufen als das des ordnungsgemäßen Funktionierens der Administration.

²⁰ Siehe so Schönke/Schröder-Heine, § 339 StGB, Rdn. 9. BGHSt 34, 146, 148 spricht tatsächlich von „sachlich unabhängiger Stellung“; vgl. auch BGHSt 35, 224, 231.

²¹ BGHSt 35, 224, 230 ff.

²² BGHSt 14, 147, 148 mit Verweis auf BGHSt 13, 102, 110.

Offen bleibt jedoch die Frage, ob der eben festgestellte Unterschied so gravierend ist, daß er die Diskrepanz zwischen einem Jahr Freiheitsstrafe bereits im Mindestmaß und völliger Strafflosigkeit zu rechtfertigen vermag. Das kann bezweifelt werden. Auch der rechtswidrige Verwaltungsakt, solange er nicht nichtig ist, besitzt erst einmal Gültigkeit und ist von allen, die er angeht, zu beachten. Sowohl alle Staatsorgane als auch die Bürger haben ihn anzuerkennen, bis er von der zuständigen Behörde zurückgenommen oder vom Verwaltungsgericht aufgehoben wird.²³ Dadurch geht von rechtswidrigem Verwaltungshandeln für die Rechte der Betroffenen durchaus eine Gefahr aus. Die Möglichkeit der nachträglichen Korrektur der Rechtslage mindert sie zwar, hebt sie aber nicht völlig auf.²⁴ Wie beim Richter, so kommt auch beim berechnend handelnden Verwaltungsbeamten meist hinzu, daß er durch seinen fehlerhaften Staatsakt nicht nur einen rechtswidrigen Zustand herbeiführt, sondern diesen zudem als rechtmäßig hinstellt.²⁵ Wird das Recht von dem Beamten vorsätzlich falsch angewendet, um anderen oder sich selbst einen Vorteil zu verschaffen oder um einzelnen Personen einen Schaden zuzufügen, tritt neben die objektive Gefährdung von Rechten das personale Handlungsunrecht des unmittelbar gegen den Normbefehl gerichteten Handlungswillens. Ein solches Verhalten – auch im Vergleich zur von einem Exekutivbeamten begangenen Rechtsbeugung – erscheint durchaus strafwürdig.²⁶ Erkennt man in der Rechtsbeugung durch einen Verwaltungsbeamten eine strafwürdige Tat und sieht in ihr einen schwerwiegenderen Angriff auf die Rechtsordnung als durch den vorsätzlich rechtswidrig handelnden Beamten, so mag eine Differenzierung im Strafraumen gerechtfertigt sein. Die völlige Strafflosigkeit des letzteren steht mit der vorgegebenen Wertung des § 339 StGB im Widerspruch.

Gemessen am gegenwärtigen Rechtsbeugungstatbestand, der den eine Rechtssache leitenden oder entscheidenden Amtsträger mit dem selben Strafraumen wie für den Richter umfaßt, wäre die Einführung des Tatbestands eines allgemeinen Amtsmißbrauchs in Betracht zu ziehen.²⁷

Der Gesetzgeber hatte das 1925 im Rahmen der geplanten Ausweitung des Rechtsbeugungstatbestands getan. Der Entwurf des Reichsjustizministeriums

²³ Vgl. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, S. 565, Rdn. 56, S. 571, Rdn. 8, S. 588, Rdn. 53; s. auch Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt, S. 46; Henning, Die Rechtsbeugung, S. 41.

²⁴ Henning, a.a.O., S. 42.

²⁵ Henning, a.a.O., S. 43.

²⁶ Vgl. Henning, a.a.O., S. 42 f.; Seebode, Das Verbrechen der Rechtsbeugung, S. 79, 162 f.

²⁷ Vgl. Schmidt-Speicher, Hauptprobleme der Rechtsbeugung, S. 121; Seebode, Das Verbrechen der Rechtsbeugung, S. 163 f.

Etwas anderes wäre es, wenn § 339 StGB zwischen dem rechtsbeugenden Richter und dem rechtsbeugenden Verwaltungsbeamten im Strafmaß differenzierte. Wäre dieses für den Exekutivbeamten herabgesetzt, erschiene die Diskrepanz zum strafflosen vorsätzlichen Verwaltungsunrecht nicht so frappierend.

erlangte aber keine Gesetzeskraft. Als Begründung für die Ausdehnung der Norm auf die regelmäßige Verwaltungsarbeit wurde die Schutzbedürftigkeit des Publikums gegenüber Beamtenwillkür angeführt.²⁸ In der Literatur fand der Vorstoß Zustimmung. *Wacker* war der Ansicht, daß Schutz vor dem ungerechten Verwaltungsbeamten nötig sei, zumal er viel eher noch als der Richter eine ungerichte Verfügung erlassen werde, da er nicht wie jener in seinen Entscheidungen frei, sondern von seiner vorgesetzten Behörde abhängig sei. Er schrieb 1931: „Gerade heutzutage bedarf es eines ausreichenden Schutzes des Bürgers gegenüber der Verwaltung, wo die Maßnahmen der Verwaltungsbeamten des öfteren nicht von sachlichen, sondern von parteipolitischen Interessen diktiert werden. Auch ist die Objektivität des Verwaltungsbeamten dadurch stark gefährdet, daß er dazu berufen ist, die Interessen des Staates gegenüber dem Bürger zu wahren. Daß der Richter dem Gesetz gegenüber eine andere Stellung einnimmt, daß er viel enger mit dem Gesetz verbunden ist als der Verwaltungsbeamte, mag eine mildere Bestrafung des ungerechten Verwaltungsbeamten, wie sie ja auch der AE. 1925 [Strafgesetzentwurf von 1925] vorsieht, rechtfertigen, eine Straffreiheit rechtfertigt dieser Umstand jedoch nicht.“²⁹ Die Ausführungen des Autors sind vor dem Hintergrund der Politisierung der Gesellschaft in der Weimarer Republik zu sehen. Die politische Gesamtlage war damals äußerst instabil. Der Wechsel von einer konstitutionellen Monarchie zu einer demokratischen Republik war nicht reibungslos verlaufen, vielmehr gerade im Begriff zu scheitern. Die junge Republik wurde durch antidemokratische Kräfte von rechts wie von links bekämpft. Das politische Krätemessen verursachte ständig wechselnde Regierungsmehrheiten mit der Folge häufiger Neuwahlen, die zur Politisierung aller gesellschaftlichen Bereiche – auch der staatlichen Verwaltung – beitrugen. *Henning* ging zwar von einer Sonderstellung des Richters aufgrund seiner Unabhängigkeit und damit von dessen besonderer Strafwürdigkeit aus, wollte aber den Recht falsch anwendenden Verwaltungsbeamten deshalb nicht strafflos lassen. Auch seine Rechtsverletzung sei wegen der mit ihr verbundenen Gefahr strafwürdig. Er befürwortete daher die vom Strafgesetzentwurf von 1925 vorgenommene Unterscheidung zwischen der höher sanktionierten richterlichen Rechtsbeugung (§ 126 Abs. 2) und der ungerechten Amtsausübung von weniger selbständigen Amtsträgern (§ 126 Abs. 1).³⁰ Auch *Jellinek* begrüßte die geplante Ausweitung des Rechtsbeugungstatbestands. Er erblickte in ihr einen Fortschritt im rechtsstaatlichen Sinne.³¹ Für ihn war der Tatbestand der Rechtsbeugung ein mittelbarer gerichtlicher Rechtsschutz gegenüber fehlerhaften staatlichen Akten.³²

²⁸ Siehe amtliche Begründung des Entwurfs, Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 3, S. 70.

²⁹ *Wacker*, Die Rechtsbeugung, S. 69. Siehe aber auch *Henning*, Die Rechtsbeugung, S. 43.

³⁰ *Henning*, ebd.

³¹ *Jellinek*, Der Schutz des öffentlichen Rechts, S. 72 f.

³² *Jellinek*, Der Schutz des öffentlichen Rechts, S. 70.

Heute zeichnet sich von der Verwaltung sicherlich ein anderes Bild als in der Weimarer Zeit. Sie erscheint nicht mehr in dem Maße polarisiert. Daß einzelne Entscheidungen auch heutzutage aufgrund parteipolitischer Erwägungen getroffen werden, läßt sich nicht ausschließen, aber ein weitverbreitetes Phänomen scheint es nicht zu sein. Unter diesem Gesichtspunkt ist die Erforderlichkeit der Bestrafung im Vergleich zur damaligen Zeit gemindert – an der Feststellung der Strafwürdigkeit des mißbräuchlichen Verwaltungshandelns bei Gegenüberstellung mit dem Tatbestand des § 339 StGB ändert sich allerdings nichts.

II. Gegenüberstellung mit den Bestechungsdelikten

Neben den Parallelen, die zwischen einem allgemeinen Tatbestand des Mißbrauchs von staatlichen Befugnissen und den Korruptionstatbeständen bestehen, soll nach dem maßgeblichen Unterschied gesucht werden, der die differierende strafrechtliche Sanktionierung der betreffenden Handlungsweisen rechtfertigt.

Rechtsgut der Bestechungsdelikte ist nach überwiegender Auffassung die Funktionsfähigkeit der staatlichen Verwaltung und Rechtspflege.³³ Die innere Funktionsbedingung ist die Bereitschaft der Verwaltungsangehörigen zu ordnungsgemäßer Amtsführung, die äußere das Vertrauen der Allgemeinheit in die Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen.³⁴ Auch ein Amtsmißbrauch erschüttert das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Integrität des Staatsapparats. In Italien hilft der Tatbestand dementsprechend das Funktionieren und die Unparteilichkeit der Administration sichern.

Allen Amtsdelikten ist gemein, daß sie Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit des Staatsapparats erfassen.³⁵ Da sowohl die Korruptionsdelikte als auch das Delikt eines allgemeinen Amtsmißbrauchs zusätzlich kein spezielles Schutzgut aufweisen, liegt die Parallele hinsichtlich des Rechtsguts auf der Hand.

Auch beim Täterkreis gibt es eine Übereinstimmung. Die Vorteilsannahme (§ 331 StGB) wie auch die Bestechlichkeit (§ 332 StGB) haben einen wei-

³³ Maiwald, in: Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 2, S. 341, § 79, Rdn. 9; Schröder GA 1961, 289, 291 f., 297; SK-Rudolphi/Stein, § 331 StGB, Rdn. 4; Schönke/Schröder-Heine, § 331 StGB, Rdn. 3; Fischer, § 331 StGB, Rdn. 3; vgl. Lackner/Kühl, § 331 StGB, Rdn. 1; Stein NJW 1961, 433, 436.

Die Rechtsprechung des BGH stellt insbesondere auf das Vertrauen der Allgemeinheit in die Unkäuflichkeit von Trägern staatlicher Funktionen ab, s. bspw. BGHSt 15, 88, 96 f.; 30, 46, 48; 47, 295, 309.

³⁴ Siehe ausführlich SK-Rudolphi/Stein, Vor § 331 StGB, Rdn. 7 ff.

³⁵ SK-Rudolphi/Stein, Vor § 331 StGB, Rdn. 7.

ten Täterkreis. Alle Amtsträger und für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete können Täter der Korruptionstatbestände sein. Auch der *abuso di ufficio* in Italien bezieht grundsätzlich die gleiche Tätergruppe ein. Der Tatbestand eines allgemeinen Amtsmissbrauchs muß naturgemäß einen weiten Anwendungsbereich hinsichtlich des handelnden Subjekts besitzen. Wären nur bestimmte Amtspersonen anvisiert, würde er sich automatisch in einen speziellen Mißbrauchstatbestand wandeln.

Des weiteren müssen alle Tatbestände in gewisser Weise auf die Motivation des in der Verwaltung tätigen Täters eingehen, was sich in dem Tatbestandsmerkmal der Verschaffung eines eigenen Vorteils bzw. eines Dritt Vorteils äußert. Verglichen mit der gegenwärtigen italienischen Amtsmissbrauchsbestimmung besitzen die deutschen Korruptionsdelikte insofern einen weitergehenden Anwendungsbereich als sie auch Vorteile immaterieller Art erfassen,³⁶ die Art. 323 c.p. seit der Reform von 1997 nicht mehr umschließt. Andererseits kennt ein allgemeiner Amtsmissbrauch beide Antriebsrichtungen, die der Bevorzugung sowie die der Benachteiligung anderer.

Der offensichtliche Unterschied zwischen dem allgemeinen Amtsmissbrauch und der Korruption besteht hinsichtlich der in den Taten liegenden verschiedenen Unrechtsinhalten. Während beim Amtsmissbrauch das spezielle Unrecht in der Zweckentfremdung der vom Staat verliehenen Befugnisse zur eigenen Begünstigung oder der von Dritten bzw. ihrer Schädigung zu sehen ist, liegt der Unrechtskern aller Bestechungstatbestände in der sich aus der verbotenen Beziehung zwischen Bestechendem und Bestochenem ergebenden generellen Gefährdung des Staatsapparats. Zwar wird, wie bereits gesagt, in beiden Fällen sein Ansehen durch die Annahme von Geschenken für eine Dienstausbübung oder durch die ungerechtfertigte Begünstigung oder Benachteiligung beeinträchtigt, da das Vertrauen der Allgemeinheit in die Sachlichkeit und Unparteilichkeit staatlicher Entscheidungen leidet. Die eigentliche Differenz ergibt sich aber daraus, daß im ersten Fall allein der *intraneus* die Tat begeht, im zweiten hingegen der Amtsträger mit einem Administrationsexternen eine Übereinkunft über die Straftat trifft bzw. anstrebt. Der besondere Strafgrund der Bestechungsdelikte ist mithin in dieser – wenn auch nur anvisierten – „Unrechtsvereinbarung“ zu sehen.³⁷ Selbst wenn hier kein Vertrag im zivilrechtlichen Sinne erforderlich ist,³⁸ kann nicht geleugnet werden, daß vom kollusiven Zusammentreffen des *intraneus* und des *extraneus* eine besondere Gefahr für den Rechtsstaat ausgeht.

³⁶ Vgl. Schönke/Schröder-Heine, § 331 StGB, Rdn. 19, § 332 StGB, Rdn. 21.

³⁷ BGHSt 15, 88, 97; 15, 352, 354; LK-Jescheck, Vor § 331 StGB, Rdn. 17; Schönke/Schröder-Heine, § 331 StGB, Rdn. 3; Fischer, § 331 StGB, Rdn. 21; vgl. Maiwald, in: Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 2, S. 341, § 79, Rdn. 9.

³⁸ Es ist allgemein anerkannt, daß hier keine Vereinbarung im engen Sinne verlangt werden kann, da nach den Tatbeständen der §§ 331 f. bereits einseitiges Fordern eines Vorteils ausreicht. Siehe Schönke/Schröder-Heine, § 331 StGB, Rdn. 4.

Das Vertrauen der Allgemeinheit in die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes wird nachhaltiger gestört. Darüber hinaus ist die Gefahr einer schadhaften Wechselwirkung für die Zukunft größer als wenn nur ein einzelner Beamter von sich aus die öffentlichen Befugnisse für seine privaten Zwecke einsetzt. In einem erfolgreichen „Kauf“ bzw. „Verkauf“ einer staatlichen Entscheidung können sich beide Seiten in ihrem kriminellen Tun bestätigt sehen und auch zukünftig in gleicher Weise handeln. In diese Versuchung mag der Amtsträger nach geglücktem Mißbrauch seiner Befugnisse ohne Fremdeinwirkung freilich auch geraten. Jedoch ist die Gefahr bei mehreren Beteiligten, die untereinander erpressbar sind, naturgemäß höher. Ein Ausufern ist beispielsweise im Bereich der staatlichen Ausschreibungen bekannt, wenn die durch die Korruption ausgestochenen Konkurrenten in Zukunft ebenfalls unlauteren Einfluß zur Erlangung von Aufträgen nehmen.³⁹ Darüber hinaus verfälscht die Korruption hier die Preisgestaltung der freien Marktwirtschaft. Neben der Erschütterung des Vertrauens der Rechtsgemeinschaft in die Integrität der öffentlichen Verwaltung tritt insbesondere bei der Kollusion mit der Wirtschaft ein hoher volkswirtschaftlicher Schaden.⁴⁰ Unter dem Gesichtspunkt der Generalprävention ist die strafrechtliche Verfolgung der Korruption daher sicherlich gebotener als die des Amtsmißbrauchs, zumindest was die Fälle des tatsächlichen Zusammenwirkens von Amtsträger und Zuwendenden angeht.

Dieser Unrechts- und Gefährdungsüberhang nimmt jedoch bei dem erfolglosen bloßen Fordern eines Vorteils bereits ab. Hier wird zwar die Übereinkunft über die inhaltliche Verknüpfung von Dienstausbübung und Vorteilszuwendung durch den Amtsträger angestrebt, sein Ansinnen hat sich nach außen manifestiert und insofern ist der Vertrauensschaden bereits eingetreten, aber die eben beschriebene Wechselwirkung des bewussten Zusammenwirkens haftet ihm nicht an.

Das Vertrauen der Allgemeinheit in die Sachlichkeit des Staatsapparats wird zudem schon durch das mißbräuchliche Ausnutzen amtlicher Befugnissen erschüttert. Ein Amtsträger, der eine Baugenehmigung allein deshalb erteilt, weil sie ihn oder einen Freund begünstigt, anstatt nach öffentlichen Belangen zu entscheiden, greift zweifelsohne dieses Rechtsgut an; ebenso die Versagung der Gewerbe Konzession nur wegen der Abneigung des Beamten gegenüber dem Antragsteller.⁴¹

³⁹ Dieser Gedanke setzt voraus, daß die Bestechung zumindest manchen Mitbewerbern bekannt geworden ist bzw. von diesen vermutet wurde.

⁴⁰ Vgl. BR-Drs. 289/95 vom 3.11.1995, S. 9.

⁴¹ Andererseits ließe sich argumentieren, daß das Vertrauen der Allgemeinheit erst dadurch beeinträchtigt werden kann, daß die Straftat publik wird. Die Wahrscheinlichkeit, daß der Fall bekannt wird, ist allerdings bei Tatbeteiligung mehrerer Personen, also bei einem Korruptionsdelikt, höher als bei Tatbegehung durch einen einzelnen Täter. Die Geheimhaltung wird im Übrigen um der Transparenz staatlichen Handelns willen von der Rechtsordnung nicht angestrebt. Siehe SK-Rudolphi/Stein, Vor § 331 StGB, Rdn.

Eine unterschiedliche strafrechtliche Behandlung von Bestechungsdelikten und Amtsmißbrauch erscheint gerechtfertigt. Die Apologie einer derartigen Diskrepanz, wie sie im deutschen Recht dadurch besteht, daß die Zweckentfremdung von amtlichen Kompetenzen nicht unter Strafe gestellt ist, kann allerdings nicht gelingen. Ebenso bei Gegenüberstellung mit den Bestechungstatbeständen ist die Strafwürdigkeit der vom Delikt des Amtsmißbrauchs erfaßten Verhaltensweisen gegeben.

III. Gegenüberstellung mit der Gebührenüberhebung

Der Tatbestand der Gebührenüberhebung, § 352 StGB, soll das „rechtssuchende“⁴² bzw. „zahlungspflichtige“⁴³ Publikum vor überhöhten Gebührenforderungen schützen. Primär kommt somit als geschütztes Rechtsgut das Vermögen des Publikums zum Tragen.⁴⁴ Wie bei allen Amtsdelikten sollen darüber hinaus die inneren und äußeren Bedingungen für die Funktionsfähigkeit der staatlichen Verwaltung im weitesten Sinne gewährleistet werden.⁴⁵ Damit ist die Schutzrichtung des § 352 StGB gegenüber der eines allgemeinen Amtsmißbrauchs spezifischer, weil letzterer grundsätzlich alle Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit der Verwaltung erfaßt und nicht nur die, bei denen das Vermögen der Bürger in Mitleidenschaft gezogen wurde. Andererseits ist dabei nicht ausgeschlossen, daß auch er das Vermögen der Bürger schützen kann. Die Fälle des allgemeinen Amtsmißbrauchs führen sogar in einem beträchtlichen Maße ebenfalls zu Vermögensbenachteiligungen der Bürger. Nur setzt er sie – im Gegensatz zur Gebührenüberhebung – nicht notwendigerweise voraus. Weil neben dem Schutzobjekt der Funktionsfähigkeit der staatlichen Verwaltung im weitesten Sinne noch das unbedingte Erfordernis der Vermögensrelevanz tritt, mag das Unrecht der Tat nach § 352 unter dem Gesichtspunkt der betroffenen Rechtsgüter zumindest im Grundsatz etwas höher als das beim allgemeinen Amtsmißbrauch erscheinen. In der Variante des vermögensschädigenden Amtsmißbrauchs fehlt aber ein solches Übergewicht, wenn der Tatbestand durch die Voraussetzung eines Schadenseintritts auch dem Vermögensschutz dient.

Fraglich ist, ob nicht der in § 352 StGB genannte Personenkreis eine im Vergleich zu anderen Amtsträgern herausragende Vertrauensstellung inne hat, wodurch die Tat ein größeres Unrecht erhält. Es ließe sich erwägen, daß ihre

7b.

⁴² RGSt 14, 364, 372.

⁴³ RGSt 18, 219, 222.

⁴⁴ NK-Kuhlen, 2005, § 352 StGB, Rdn. 3; SK-Hoyer, § 352 StGB, Rdn. 1; Lackner/Kühl, § 352 StGB, Rdn. 1; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 352 StGB, Rdn. 1.

⁴⁵ Vgl. SK-Rudolphi/Stein, Vor § 331 StGB, Rdn. 7.

Position eine verstärkte Pflichtenbindung – ähnlich der des Garanten – begründet: Wenn ihnen der Staat das Vertrauen entgegenbringt, Gebühren oder andere Vergütungen zu ihrem Vorteil zu erheben, dann nehme sie das in die besondere Pflicht, jeglichen Mißbrauch zu unterlassen. Dafür müßte der Bereich des direkten Einforderns von Geld der sensiblere Bereich im Gegensatz zur sonstigen Verwaltungstätigkeit sein. Sowohl der Bürger als auch der Staat erwarten sicherlich einen pflichtgemäßen Umgang mit der Befugnis der Gebührenerhebung. Das ist aber auch bei Beamten mit anderen Aufgaben nicht anders. Beispielsweise der über Konzessionen entscheidende Amtsträger kann zum einen bei bewußter Versagung der eigentlich zu erteilenden Genehmigung erheblich in das Vermögen vom Antragsteller eingreifen oder umgekehrt in das der von der falschen Entscheidung betroffenen Personen. Zum anderen stellt diese spezielle staatliche Tätigkeit in der Regel die anspruchsvollere Arbeit dar, weil neben der schlichten Gesetzesanwendung auch noch eine Interessenabwägung treten kann, was die Erhebung einer Gebühr grundsätzlich nicht erfordert. Die Gebührenordnung gibt das zu Zahlende gewöhnlich genau vor. Aus seiner Sicht ist der Bürger dem entscheidungsfällenden Amtsträger mehr ausgeliefert als dem eine Vergütung fordernden Beamten. Die geschuldete Gebühr läßt sich der Verordnung oder gesetzlichen Grundlage in den meisten Fällen leichter entnehmen, als die Begründetheit eines Anspruchs auf eine Konzession. Bei letzterem besitzt der Amtsträger einen größeren Spielraum für Manipulationen. Bewußte Fehlentscheidungen lassen sich einfacher verschleiern. Mißbräuche in diesem Bereich fallen aber genauso auf den Staat zurück wie solche im Bereich der Gebührenerhebung oder vielleicht sogar noch mehr. Schließlich bringt der Laie die Tätergruppe des § 352 StGB mit unter anderen den Notaren, Rechtsanwälten, Rechtsbeiständen, Gerichtsvollziehern, Bezirksschornsteinfegern und öffentlich bestellten Vermessungsingenieuren weniger mit dem Staat in Verbindung als die in einer Behörde tätigen Amtsträger.

Unabhängig von der Anfechtbarkeit der Verwaltungsentscheidung dürften die durch einen Mißbrauch der Entscheidungskompetenz über Baugesuche, Gewerbeerrichtungen etc. entstehenden Schäden für die Antragsteller oder sonst Betroffenen meist höher sein als bei den Taten nach § 352.

Auch aus der Sicht des Staats stellt sich ein Mißbrauch außerhalb des Gebühreneinzugs als ebenso schädlich dar wie innerhalb des genannten Gebiets. In beiden Fällen hat der Staat Personen mit bestimmten Befugnissen ausgestattet und ihnen entsprechendes Vertrauen entgegen gebracht. In beiden Fällen werden genau diese Kompetenzen für private Zwecke mißbraucht und das Vertrauen enttäuscht. Der Staat benötigt in beiden Aufgabenbereichen integres und pflichtbewußtes Personal.

Daß die geltende Strafbestimmung des § 352 StGB daher den sensibleren Verwaltungsbereich betrifft und insofern größeres Unrecht sanktioniert, läßt

sich nicht erkennen.

Ein bedeutender Unterschied ließe sich bezüglich des tatbezogenen Handlungsunrechts der verschiedenen Taten erwägen. Während die Tathandlung beim Delikt eines allgemeinen Amtsmißbrauchs offen gelassen sein muß und nur durch die Zweckentfremdung der Befugnisse umrissen ist, besitzt § 352 StGB eine spezifische Tathandlung: Er verlangt die Erhebung von nicht geschuldeten Vergütungen und setzt dabei ein Einwirken des Amtsträgers auf die Vorstellung des Bürgers voraus – ähnlich der Täuschung beim Betrug.⁴⁶ Der Täter muß den Schuldner über die Gebühren- bzw. Abgabepflicht getäuscht haben.⁴⁷

Es fragt sich, ob in dieser Suggestion die Besonderheit liegt, die die Strafwürdigkeit des § 352 StGB im Gegensatz zum Amtsmißbrauch begründet. Jedoch kann auch bei letzterem der Täter in ähnlicher Weise eine Täuschung begehen und zwar, wenn er eine mißbräuchliche Diensthandlung vornimmt und ihr bewußt den Anschein von Rechtmäßigkeit gibt. Dann wirkt er damit auf die Vorstellung des Adressaten bzw. derjenigen ein, die von der Verwaltungsentscheidung betroffen sind. Sie sollen denken, daß der Vorgang rechtens sei und somit gegebenenfalls den erlittenen Schaden als unvermeidlich hinnehmen oder den Vorteil auf Seiten anderer nicht hinterfragen.

Mancher sieht das spezifische Unrecht der Gebührenüberhebung darin, daß der Täter die Autorität einer gesetzlichen Gebührenregelung in Anspruch nimmt.⁴⁸ Abgesehen davon, daß es sich um eine *Gebührenordnung* handelt, stellt das gegenüber dem Amtsmißbrauch aber wiederum keine Besonderheit dar. Bei einer Vielzahl von Mißbräuchen dient eine gesetzliche Regelung dem Täter zur vermeintlichen Legitimation seiner Entscheidung. Man denke nur an die Fälle aus dem Bausektor, wo sich der Amtsträger auf Bauvorschriften beruft, obwohl sachfremde Faktoren sein Handeln determiniert haben. Ein besonderes

⁴⁶ § 352 StGB stellt nach h.M. gegenüber § 263 StGB eine Privilegierung dar. Siehe Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 352 StGB, Rdn. 1, § 353 StGB, Rdn. 14; SK-Hoyer, § 352 StGB, Rdn. 1; Fischer, § 352 StGB, Rdn. 2; Kindhäuser, § 352 StGB, Rdn. 10; A.A. NK-Kuhlen, 2005, § 352 StGB, Rdn. 5; ders., 1997, § 352 StGB, Rdn. 8. Ob beim Schuldner auch ein Irrtum hervorgerufen werden muß, ist streitig. Dagegen RGSt 18, 219, 223; LK-Träger, § 352 StGB, Rdn. 19; Lackner/Kühl, § 352 StGB, Rdn. 5. Dafür RGSt 19, 19, 21; BGHSt 4, 233, 235; SK-Hoyer, § 352 StGB, Rdn. 7; NK-Kuhlen, 2005, § 352 StGB, Rdn. 21; Kindhäuser, § 352 StGB, Rdn. 6; vgl. auch zu § 353 Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 353 StGB, Rdn. 6.

Für die Annahme von Tateinheit mit einem Betrug setzt die h.M. eine zusätzliche Täuschungshandlung voraus, die über das bloße Fordern der nichtgeschuldeten Gebühren oder Abgaben hinausgeht, s. RGSt 18, 219, 223 f.; 77, 122, 123, BGHSt 2, 35, 36; OLG Düsseldorf wistra 1989, 316, 317; OLG Karlsruhe wistra 1991, 154, 155; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 352 StGB, Rdn. 14; LK-Träger, § 352 StGB, Rdn. 24.

⁴⁷ Siehe die in Fn. 46, S. 466, zitierte Rspr. sowie auch BayOLG NJW 1990, 1001, 1002; OLG Hamm NStZ-RR 2002, 141.

⁴⁸ NK-Kuhlen, 2005, § 352 StGB, Rdn. 3.

Handlungsunrecht bei der Gebührenüberhebung läßt sich im Vergleich zu einem Delikt des Amtsmißbrauchs daher nicht feststellen. Auch einen gesteigerten Unrechtsgehalt bei der Gebührenüberhebung aufgrund besonderer subjektiver Tatbestandsvoraussetzungen scheidet aus. § 352 StGB setzt beispielsweise keine Bereicherungsabsicht voraus.⁴⁹ Vielmehr kann je nach Ausgestaltung des Tatbestands der Amtsmißbrauch eine Bereicherungs- bzw. Schädigungsabsicht verlangen. So forderte Art. 323 des italienischen *Codice penale* bis 1997 keinen Eintritt eines Schadens oder Vorteils, jedoch das Streben danach und seit 1997 einen diesbezüglichen *dolus directus* ersten Grades. Das Erfolgsunrecht des § 352 StGB besteht – unabhängig von der Erschütterung des Vertrauens in die Korrektheit staatlicher Verwaltung im weitesten Sinne – in der Verursachung eines Vermögensschadens beim Bürger. Je nachdem wie konkret der Tatbestand formuliert wird, kann beim Delikt des Amtsmißbrauchs zusätzlich zum Angriff auf die Funktionsfähigkeit der Administration eine vermögensrechtliche oder immaterielle Benachteiligung des Bürgers oder eine rechtswidrige Bereicherung des Amtsträgers treten.

Auch wenn sich die bestehende Rechtslage historisch nachvollziehen läßt, weil der Tatbestand des Amtsmißbrauchs aus dem ALR nicht in das preußische Strafgesetzbuch von 1851 übernommen wurde, während dies jedoch mit der „Bedrückung“ von Parteien durch „Sportelexzesse“ der Justizbeamten⁵⁰ und dem „Drücken“ der Untertanen durch sonstige Beamten⁵¹ in Grundsätzen geschah.⁵² Die unterschiedliche Behandlung nach der geltenden Gesetzeslage läßt sich durchaus als ungleichgewichtig bezeichnen. Der Gesetzgeber hat allein eine Art des Amtsmißbrauchs herausgegriffen und der strafrechtlichen Judikative unterworfen. Demgegenüber bleibt die Vielzahl der mißbräuchlichen Rechtsanwendungen außen vor, selbst wenn sie die – wie von § 352 StGB geschützten – Vermögensinteressen der Bürger im gleichen Maße oder darüber hinaus beeinträchtigen. Gerade der Amtsmißbrauch, der zu Vermögensschäden auf Seiten des Verwaltungspublikums führt, besitzt mindestens einen ebenso hohen Unrechtsgehalt wie die Gebührenüberhebung. Bezweifelte der Gesetzgeber hingegen in den Fällen des allgemeinen Amtsmißbrauchs, die nicht zu Vermögensbenachteiligungen der Bürger führen, ein dem § 352 StGB äquivalentes Unrecht, hätte er immerhin die Möglichkeit gehabt, diese

⁴⁹ Das unterscheidet die Norm im Übrigen auch von § 263 StGB, siehe SK-Hoyer, § 352 StGB, Rdn. 1; vgl. RGSt 30, 249.

⁵⁰ §§ 373-376 ALR 20. Der Grundtatbestand (§ 373) lautet: „Justizbediente, welche durch Ueberschreitung der vorgeschriebenen Taxen, oder sonst durch geflissentliche Anhäufung unnöthiger Kosten, die Parteyen bedrücken, werden, wenn ihnen der Selbstgenuß der Sporteln zukommt, um den zehnfachen Betrag der zu viel genommenen Gebühren bestraft.“

⁵¹ § 413 ALR 20: „Beamte, welche bey Ausmittelung, Bestimmung, oder Einziehung der, Abgaben, das Publicum vorsätzlich drücken, sollen das zu viel Genommene, oder sonst zur Ungebühr Erhobene, dem Beschädigten vierfach ersetzen.“

⁵² Siehe § 326 preuß. StGB.

Figuren aus einem Amtsmißbrauchstatbestand herauszunehmen und allein die materiellen Schädigungen durch den Kompetenzmißbrauch zu erfassen. Das hätte gegenüber der jetzigen Gesetzeslage den Vorteil, sämtliche vermögensrelevanten Benachteiligungen durch Zweckentfremdung amtlicher Befugnisse zu sanktionieren und nicht wie § 352 StGB lediglich die eines eng begrenzten Bereichs.

Allerdings müßte die Existenz des § 352 StGB nicht notwendig ein Argument für die Einführung des Delikts eines Amtsmißbrauchs liefern, wenn die Beibehaltung des Tatbestands in Frage gestellt würde.⁵³ Abgesehen davon, daß seine praktische Bedeutung sehr gering ist,⁵⁴ kann zumindest die von der herrschenden Meinung vertretene Privilegierung der Gebührenüberhebung gegenüber dem Betrug, der in der Regel auch gegeben sein wird, als kriminalpolitisch verfehlt bezeichnet werden.⁵⁵ So wäre als Konsequenz aus dem gezogenen Vergleich auch an die Abschaffung der hergebrachten Bestimmung zu denken.

Der Frage um die Daseinsberechtigung des § 352 StGB soll hier jedoch nicht weiter nachgegangen werden. Fakt ist, daß der Gesetzgeber den Tatbestand zusammen mit § 353 StGB auch vom 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 26. Januar 1998 unberührt gelassen hat. Trotz der umfangreichen Änderungen, unter anderem auch der Einführung des besonders schweren Falls

⁵³ Siehe NK-Kuhlen, 2005, § 352 StGB, Rdn. 1 sowie § 353 StGB, Rdn. 1.

⁵⁴ NK-Kuhlen, 2005, § 352 StGB, Rdn. 2 sowie § 353 StGB, Rdn. 1.

⁵⁵ So auch Maiwald, in: Maurach/Schröder/Maiwald, BT 2, S. 358 f. § 81, Rdn. 8. Allerdings ist bereits die These der Privilegierung fragwürdig. NK-Kuhlen, 1997, § 352 StGB, Rdn. 8 widerspricht ihr nämlich und sieht die alleinige Anwendung des § 352 StGB auf die Fälle beschränkt, in denen nicht auch die Voraussetzungen des § 263 StGB gegeben sind.

Die Besserstellung des Amtsträgers hatte bereits das Reichsgericht (RGSt 18, 219, 223) mit der stärkeren, sich oft wiederholenden Versuchung auf Seiten des Täters, mit den meist geringfügigen Beträgen sowie damit begründet, daß der Zahlende die gebotene Möglichkeit habe, sich über den gesetzlichen Umfang seiner gesetzlichen Zahlungspflicht zu unterrichten (zustimmend SK-Hoyer, § 352 StGB, Rdn. 1). Die Begründung vermag NK-Kuhlen, 1997, § 352 StGB, Rdn. 6, nicht zu überzeugen. Sollten die potentiellen Täter eines „übermäßigen Sportulierens“ tatsächlich einer größeren Versuchung ausgesetzt sein als die eines Betrugs, könne man anstatt an eine Privilegierung ebenso gut an einen vor allem generalpräventiv dringenderen Schutz der Bürger denken, meint er. Auch, daß sich der regelmäßig rechtsunkundige Bürger leichter in einer Gebührenordnung zurecht finden solle als beispielsweise in einem von ihm selbst geschlossenen Vertrag, sei seiner Ansicht nach nicht einleuchtend.

Richtig ist, daß es sich in den Fällen der Gebührenüberhebung oftmals um geringere Schadenssummen handelt (vgl. RGSt 17, 169; 18, 219; 19, 19), was jedoch nicht immer der Fall ist (siehe OLG Bay NStZ 1990, 129; OLG Karlsruhe wistra 1991, 154). Insbesondere ist aber der Begründung des Reichsgerichts der erschwerende Umstand entgegenzuhalten, daß der Amtsträger oder Rechtsbeistand eine besondere Pflichtenstellung innehat (Maiwald, in: Maurach/Schröder/Maiwald, BT 2, S. 359 § 81, Rdn. 8; NK-Kuhlen, 1997, § 352 StGB, Rdn. 6; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 352 StGB, Rdn. 1).

des durch einen seine Befugnisse oder Stellung mißbrauchenden Amtsträger begangenen Betrugs,⁵⁶ hat die Legislative die Möglichkeit nicht wahrgenommen, die Sonderdelikte der Gebühren- und Abgabenüberhebung zu überarbeiten.

Nach der gegenwärtigen Gesetzeslage ist aus der Gegenüberstellung mit § 352 StGB die Strafwürdigkeit eines Amtsmißbrauchs zu attestieren.

IV. Gegenüberstellung mit der Abgabenüberhebung

Der Tatbestand der Abgabenüberhebung gemäß § 353 Abs. 1 StGB setzt die Befugnis des Amtsträgers voraus, Abgaben für eine öffentliche Kasse zu erheben. Neben den Schutzgütern des Vermögens der in Anspruch genommenen Privaten und allgemein der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung tritt noch die Korrektheit der öffentlichen Kassenführung.⁵⁷ Insofern unterscheidet sich das Delikt deutlich von § 352 StGB.

Die Staatskasse ist ein empfindliches Gut. Sowohl der Staat selbst als auch der Bürger müssen darauf vertrauen können, daß die Steuern und anderen Abgaben ordnungsgemäß erhoben und verbucht werden. Würden Mißbräuche nicht geahndet, bestünde die Gefahr, daß diese sich ausweiteten, sie sodann das Vertrauen der Steuerpflichtigen in die Kassenführung erschütterten und letztlich die Zahlungsbereitschaft abnähme. Dann wäre die Leistungsfähigkeit des Staats insgesamt in Gefahr. Der Gesetzgeber trug dem insofern Rechnung, als er die Abgabenüberhebung sowie Leistungsverkürzung gemäß § 353 StGB im Vergleich zur Gebührenüberhebung des § 352 StGB mit einem wesentlich höheren Strafraum ausstattete und zwar mit Gefängnisstrafe von drei bis fünf Jahren im Gegensatz zu einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr. Auch gegenüber einem allgemeinen Amtsmißbrauch, der lediglich generell die Funktionsfähigkeit

⁵⁶ § 263 Abs. 3 Nr. 4 StGB. Sieht man die §§ 352 f. StGB als Sonderfälle des Betrugs und diesem gegenüber als Privilegierung an, dann würde die neue Bestimmung dazu führen, daß die Besserstellung des nicht geschuldete Gebühren oder Abgaben erhebenden Amtsträgers gegenüber der einen sonstigen Betrug unter der Voraussetzung des § 263 Abs. 3 Nr. 4 StGB begehenden Amtsperson ein immenses Ausmaß erreichen würde. Bei letzterem beträgt die Obergrenze 10 Jahre, bei ersterem hingegen lediglich 1 Jahr Freiheitsstrafe. Diese Diskrepanz wäre allerdings nicht so frappierend, würde mit NK-Kuhlen, 1997, § 352 StGB, Rdn. 8, die These der Privilegierung abgelehnt und der Anwendungsbereich des § 352 StGB auf die Konstellationen beschränkt, in denen nicht auch die Tatbestandsvoraussetzungen des Betrugs erfüllt sind (beispielsweise wenn der Täter ohne Bereicherungsabsicht handelt).

⁵⁷ Vgl. NK-Kuhlen, 2005, § 353 StGB, Rdn. 3; Lackner/Kühl, § 353 StGB, Rdn. 1; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 353 StGB, Rdn. 1. Manche sehen zudem das Vermögen des Staats als geschütztes Rechtsgut an, da der Staat regreßpflichtig werde, so SK-Hoyer, § 353 StGB, Rdn. 2.

von staatlicher Verwaltung sichert, erscheint der Rechtsgüterschutz des § 353 StGB gewichtiger.

Abgesehen vom zusätzlichen Rechtsgut der Korrektheit der öffentlichen Kasse, der damit verbundenen herausgehobenen Pflichtenstellung des verantwortlichen Amtsträgers und dem erweiterten Erfolgsunwert der Tat ähnelt das Delikt stark dem der Gebührenüberhebung. Insofern kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

Das durch § 353 StGB sanktionierte Unrecht ist im Grundsatz größer einzustufen als das durch einen Amtsmissbrauch begangene. Ob dieser Unterschied aber die Diskrepanz in der strafrechtlichen Behandlung von Straflosigkeit und fünf Jahren Freiheitsstrafe im Höchstmaß zu rechtfertigen vermag, darf bezweifelt werden.

V. Ergebnis

Gemessen an den im StGB vorhandenen Tatbeständen der Rechtsbeugung, der Bestechungsdelikte sowie der Gebühren- und Abgabenüberhebung würde die Inkriminierung eines allgemeinen Amtsmissbrauchs auch im deutschen Recht nicht aus dem Rahmen fallen.

Sein Unrecht ist im Vergleich zu denen der genannten Delikte ebenfalls als strafwürdig zu qualifizieren. Würde daher ein kriminalpolitisches Bedürfnis festgestellt, auf das Phänomen des Amtsmissbrauchs gesetzgeberisch zu reagieren, könnte seine Pönalisierung mittels eines Tatbestands im Strafgesetzbuch erwogen werden. Hierbei wäre ein variables Strafmaß zu wählen, das die Höchststrafe der Tatbestände der Rechtsbeugung, Vorteilsannahme, Bestechlichkeit und Abgabenüberhebung nicht überschreitet. Damit wäre eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren möglich.⁵⁸ Das gegenwärtige Delikt der Gebührenüberhebung könnte gestrichen werden. Verhaltensweisen von Amtsträgern, die bisher seinen Tatbestand (§ 352 StGB) erfüllten, würden durch eine allgemeine Amtsmissbrauchsbestimmung aufgefangen.⁵⁹ Diese Lösung hätte den Vorteil, je nach Ausgestaltung der Bestimmung eine Vielzahl von Mißbrauchshandlungen zu erfassen und nicht nur diejenigen im Zusammenhang mit einer Gebührenüberhebung. Darüber hinaus wäre eine Privilegierung gegenüber dem Betrug ausgeschlossen.

⁵⁸ Bestechlichkeit, Rechtsbeugung und Abgabenüberhebung sehen eine Freiheitsstrafe bis zu fünf, die Vorteilsannahme lediglich bis zu drei Jahren vor.

⁵⁹ Die Gebührenüberhebung durch Rechtsanwälte und andere Rechtsbeistände würde dann in der Regel durch § 263 StGB erfaßt, weil § 352 StGB nach h.M. gegenüber § 263 StGB eine Privilegierung darstellt. Vgl. Fn. 46, S. 466.

Diese Folgerungen ergeben sich allein aufgrund der Wertungen des heute gültigen Strafgesetzbuchs. Alternativen zum Strafrecht bleiben hier noch unberücksichtigt.

C. Strafwürdigkeit nach dem materiellen Verbrechenbegriff

Die Frage der möglichen Einführung eines Tatbestands des allgemeinen Amtsmaßbrauchs in Deutschland unabhängig von seinem geltenden Strafgesetzbuch bedingt die Auseinandersetzung mit den Grundlagen des Strafrechts. Es muß geklärt sein, wonach über die Strafbarkeit von Verhaltensweisen geurteilt wird; ob es Kriterien gibt, anhand derer sich zu bestrafendes Verhalten kennzeichnen läßt, bzw. wo die Grenze zwischen straflosen und kriminellen Taten zu ziehen ist. Das erfordert wiederum Klarheit über die Aufgaben des Strafrechts sowie über den Charakter von Strafe.

I. Aufgabe des Strafrechts und Charakter von Strafe

Es ist hilfreich, zunächst die Zielbestimmung des Strafrechts zu eruieren.¹ Dazu hat vor allem die Rechtslehre eine Vielfalt von unterschiedlichen Beschreibungen hervorgebracht, die inhaltlich oftmals nicht weit voneinander entfernt sind. Da ihre vollständige Wiedergabe an dieser Stelle nicht geleistet werden kann, sollen exemplarisch wenige Ansichten kurz skizziert werden.²

Jescheck sieht die Aufgabe des Strafrechts in dem Schutz der menschlichen Sozialbeziehungen; das Strafrecht also als Friedens- und Schutzordnung des Zusammenlebens der Menschen in der Gemeinschaft.³

Für *Mezger* und *Blei* geht es beim Strafrecht um einen effektiven Kampf gegen das Verbrechen und darum, daß dabei die Gebote der Humanität gewahrt werden.⁴

¹ Von der Aufgabe des Strafrechts im Allgemeinen ist der Zweck des Strafens im konkreten Fall zu unterscheiden. Hierzu werden verschiedene Straftheorien vertreten: Als absolute Straftheorien die Vergeltungs- und die Sühntheorie, als relative das Konzept der Generalprävention und das der Spezialprävention sowie als Vereinigungstheorien sowohl diejenige, die den Vergeltungsgedanken unterstreicht, als auch diejenige, die den Präventionsansatz betont. Siehe dazu bspw. überblicksartig Schmidhäuser, AT, 3/10 ff., Stratenwerth/Kuhlen, AT, S. 3 ff., Rdn. 3 ff. und Wessels/Beulke, AT, S. 4 Rdn. 12a sowie ausführlich Roxin, AT I, 2006, S. 69 ff., § 3, Rdn. 1 ff.

² Ein Überblick findet sich auch bei Stratenwerth/Kuhlen, AT, S. 27 ff., Rdn. 1 ff.

³ Jescheck/Weigend, AT, S. 2.

⁴ Mezger/Blei, AT, S. 1. Ebenfalls ausdrücklich die Verbrechensbekämpfung in den Vordergrund stellend, Maurach/Zipf, AT 1, S. 60, § 5, Rdn. 1, die Verbrechen aber als einen besonders unerträglichen Einbruch in die öffentliche Friedensordnung qualifizieren.

Schmidhäuser sagt, daß das staatliche Strafen der Verbrechensbekämpfung diene, um ein gedeihliches Gemeinschaftsleben zu ermöglichen.⁵

Roxin versteht die Aufgabe dieses Rechtsgebiets in dem „subsidiären Rechtsgüterschutz“ und damit in der freien Entfaltung des einzelnen und der Aufrechterhaltung einer auf dieses Prinzip gegründeten Sozialordnung.⁶

Rudolphi meint, dem Strafrecht obliege es nach der vom Grundgesetz getroffenen Wertentscheidung die für den Bestand unserer Gesellschaft wichtigen sozialen Funktionen und Wirkungsmechanismen vor Beeinträchtigungen und Störungen zu schützen und daher sozialschädliches Verhalten zu bekämpfen.⁷

Gemäß *Welzel* dient Strafrecht in erster Linie dem Schutz sozialemischer Gesinnungswerte und somit lediglich mittelbar dem von Rechtsgütern.⁸

Das Bundesverfassungsgericht stellt die „Sicherung des Rechtsfriedens“⁹ und den „Schutz der elementaren Gemeinschaftswerte“¹⁰ als wichtigste Aufgabe staatlicher Straf Gewalt heraus. Der Bundesgerichtshof spricht von der Aufgabe des Strafrechts, die Sozialordnung der Gemeinschaft vor groben Störungen und Belästigungen zu schützen.¹¹

Ohne auf die verschiedenen Ansätze im einzelnen einzugehen, läßt sich konstatieren, daß im Grunde am Ende aller Überlegungen der Schutz des menschlichen Zusammenlebens bei weitestgehender Sicherung der Freiheit des einzelnen innerhalb dieser Gemeinschaft steht.

Das Zusammenleben des Menschen vollzieht sich insbesondere nach überlieferten Regeln (Normen), die in ihrer Gesamtheit die soziale Ordnung darstellen.¹² Über die Einhaltung der Normen wacht ein Gesamtsystem der sozialen Kontrolle, dessen Träger vornehmlich in den verschiedenen Institutionen wie Familie, Schule, Arbeitsplatz, Gemeinde, Nachbarschaft, Kirche, Verbände, Vereine

⁵ Schmidhäuser, AT, 3/15.

⁶ Roxin, AT I, 2006, S. 14, § 2, Rdn. 1 u. S. 69 f., § 3, Rdn. 1.

⁷ SK-Rudolphi, Vor § 1 StGB, Rdn. 1.

⁸ Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 2 f.

⁹ BVerfGE 51, 324, 343.

¹⁰ BVerfGE 27, 18, 29; 45, 187, 253.

¹¹ BGHSt 23, 40, 43 f.; 24, 318, 319.

¹² Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen, S. 16 ff., unterscheidet dabei zwischen den Rechtsnormen und den Kulturnormen, wobei er letzteren Begriff für die Gesamtheit derjenigen Gebote und Verbote gebraucht, die als religiöse, moralische, konventionelle, als Forderungen des Verkehrs und des Berufs an das Individuum herantreten.

usw. zu sehen sind und die über eigene Regulationsmechanismen zur Wahrung der Ordnung verfügen.¹³ Die Sozialordnung allein vermag allerdings ein friedliches und geordnetes Gemeinschaftsleben nicht zu gewährleisten und bedarf daher der Ergänzung durch die Rechtsordnung. Diese verbürgt die Allgemeinverbindlichkeit der als Recht geltenden Normen und besitzt die Aufgabe, etwaigen Rechtsverletzungen entgegenzutreten. Dem Strafrecht kommt hier die spezifische Aufgabe der Erhaltung der Rechtsordnung mittels staatlichen Zwangs zu und fördert damit das höhere Ziel des Schutzes des friedlichen Zusammenlebens der Gesellschaftsglieder.¹⁴ Dabei steht es nicht selbständig da, sondern neben den weiteren Rechtsgebieten des Zivil-, des allgemeinen Verwaltungs-, des Ordnungswidrigkeiten- und des Disziplinarrechts, denen gegenüber es aber mit den einschneidendsten Sanktionsmechanismen ausgestattet ist.

Wenn Strafrecht somit die Grundlagen menschlichen Zusammenlebens sichern helfen soll, dann muß Strafe selbst auf dieses Ziel gerichtet sein. Mit den relativen Straftheorien hat Strafe die Aufgabe, die Gemeinschaft vor dem Straftäter zu schützen, Abschreckungswirkung zu entfalten, das Vertrauen der Gemeinschaft in die Rechtsordnung zu stärken sowie den Täter zu bessern und wieder in die Gesellschaft zurückzuführen (Spezial- und Generalprävention).¹⁵ Unabhängig von den spezial- bzw. generalpräventiven Aspekten der Strafe stellt sie für den Betroffenen einen Eingriff in seine Rechte dar. Insbesondere bei einer Gefängnisstrafe vermag er seine entscheidenden Freiheitsrechte gar nicht mehr oder nur vermindert wahrzunehmen. Strafe greift aber nicht nur in seine Rechte ein, sondern stigmatisiert sowohl ihn als auch teilweise seine Familie gesellschaftlich. Die von Strafe betroffenen Personen empfinden sie daher als ein Übel.¹⁶ Von mancher Seite wird darüber hinaus betont, daß strafrechtliche Normen gesellschaftliche Gesinnungswerte ausdrücken sollten und Strafe eine sozialetische Mißbilligung des Täterverhaltens sei.¹⁷

Weil strafrechtliche Sanktion ein massiver Rechtseingriff seitens des Staats ist, muß sie sich auf ein gerade notwendiges Maß beschränken und darf nicht über das eigentlich Erforderliche hinausgehen.¹⁸ Die Bestrafung eines bestimmten menschlichen Handelns oder Unterlassens muß zum einen hinsichtlich der weitreichenden Konsequenzen erträglich erscheinen. Zum anderen hat der Gesetzgeber, der über die Pönalisierung eines Verhaltens befindet, daher dem

¹³ Vgl. Kaiser, Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle, S. 20 ff.; Stratenwerth/Kuhlen, AT, S. 2 Rdn. 1; Jescheck/Weigend, AT, S. 2.

¹⁴ Vgl. Jescheck/Weigend, AT, S. 2. Vgl. auch Wessels, AT, S. 2 Rdn. 6.

¹⁵ Siehe dazu Roxin, AT I, 2006, S. 73 ff., § 3, Rdn. 11 ff.

¹⁶ Vgl. Günther, JuS 1978, 8, 13.

¹⁷ So Frisch, Fs für Stree und Wessels, S. 85, der hervorhebt, daß Strafe nicht allein ein Übel als Repressalie darstellt, sondern einen sozialetischen Vorwurf beinhaltet.

¹⁸ Vgl. Sax, Grundsätze der Strafrechtspflege, S. 924.

ultima-ratio-Charakter der Strafe Rechnung zu tragen. Strafe stellt das letzte Mittel des Staats dar, den Abweichler wieder zu gesellschaftskonformen Verhalten anzuhalten. Um die Wirkung von Strafe mit ihrem Rechtseingriff und ihrer sittlichen Diskriminierung nicht zu verfehlen bzw. abzunutzen, darf sie nur sparsam eingesetzt werden. Käme sie auch bei weniger wichtigen Rechtsgütern und weniger gravierenden Handlungsweisen zum Einsatz, bestünde die Gefahr, daß das Bewußtsein der Bevölkerung für die sittliche Mißbilligung von Strafe abstumpft und dadurch kontraproduktive Effekte verursacht.¹⁹ Da dem Staat also über das Strafrecht hinaus keine weitergehenden Mittel der Sozialpolitik zur Verfügung stehen, und weil strafrechtliche Sanktionen am empfindlichsten in die Rechtssphäre des Betroffenen eingreifen, sollen zunächst mildere Behelfe ausgeschöpft werden. Nur wenn letztere nicht mehr ausreichend erscheinen, normkonformes Verhalten sicherzustellen, darf eine Gesellschaft zum Strafrecht greifen. Insofern wird die Aufgabe von Strafe auch als subsidiärer Rechtsgüterschutz bezeichnet.²⁰

Darüber hinaus ist auch die mehrheitliche Überzeugung zu nennen, daß Strafrecht nur fragmentarischen Charakter besitzen kann.²¹ Strafrecht wird nie in der Lage sein, alle gemeinschaftsschädigenden Verhaltensweisen zu erfassen. Wenn eine Strafnorm am Gebot der Bestimmtheit ausgerichtet ist, wird es immer wieder Konstellationen geben, die durch keine Tatbestandstechnik eingeschlossen werden können. Natürlich soll Strafrecht die gravierendsten Störungen des Sozialwesens sanktionieren, also diejenigen, die das Zusammenleben der Menschen unter Berücksichtigung der grundlegenden Rechte des einzelnen erheblich schädigen. Je weiter Beeinträchtigungen von diesem Grad entfernt sind, desto wahrscheinlicher werden „Strafbarkeitslücken“. Zudem ist es nicht Ziel des Strafrechts, sämtliche Verhaltensnormen der Sozialethik unter seinen Schutz zu stellen. So wird es stets Bereiche geben, in denen Strafrecht auch subsidiär nicht eingreift.²²

II. Materieller Verbrechensbegriff

Der materielle Verbrechensbegriff soll helfen, die Strafbarkeit von Handlungen innerhalb einer Gesellschaft zu bestimmen. Insbesondere geht es um die Erarbeitung von Merkmalen, die strafbares Tun bestimmen. Er soll dazu dienen, dem Strafgesetzgeber einen objektivierten Maßstab an die Hand zu geben,

¹⁹ Siehe Frisch, Fs für Stree und Wessels, S. 86 ff.

²⁰ Roxin, JuS 1966, 377, 382; Roxin, AT I, 2006, S. 45, § 2, Rdn. 97.

²¹ Der Ausdruck geht auf Binding, BT, I, 1902, S. 20 ff. zurück. Siehe dazu auch ausführlich Maiwald, Fs für Maurach, S. 9 ff.

²² Vgl. Maiwald, Fs für Maurach, S. 21 ff., begründet die fragmentarische Natur damit, daß es weder möglich noch Aufgabe des Staates sei, durch Strafrecht umfassende Gerechtigkeit zu schaffen.

mit dessen Hilfe dieses strafbare Verhalten und seine Grenzen festlegen kann. Während der formelle Verbrechensbegriff durch positives Recht vorgegeben wird,²³ bestimmt der materielle Verbrechensbegriff die inhaltliche Qualität strafbaren Handelns unabhängig von der jeweiligen Strafrechtsordnung vor dem Hintergrund der Aufgabe des Strafrechts allgemein.²⁴ Der Gedanke des materiellen Verbrechensbegriffs geht folglich davon aus, daß sich die Kriminalität eines Verhaltens aus sich selbst heraus bzw., genauer, aus ihrer Beziehung zur Gemeinschaft ergibt.

1. Erfolgswert: Sozialschädlichkeit und Rechtsgüterschutz

Es gibt Kriterien, die am Erfolgswert der Tat ansetzen. Hier sind vor allem die Aspekte der Sozialschädlichkeit der Handlung und ihres Angriffs auf Rechtsgüter zu nennen.

a) Kriterium der Sozialschädlichkeit

Als Spezifizierungsmerkmal der Strafwürdigkeit wird in der Literatur die Sozialschädlichkeit diskutiert. Allerdings besteht bei diesem Terminus Uneinigkeit über seine Aussagekraft und Tragfähigkeit als Ansatz für einen rechtspolitischen Maßstab zur Inkriminierung oder Entpönalisierung von Verhaltensweisen.²⁵

Unproblematisch ist das Postulat der Sozialschädlichkeit (im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs) jedenfalls dem semantischen Gehalt nach: Ein Verhalten, dessen Kriminalisierung in Frage steht, muß gesellschaftsschädigend sein.²⁶ Da es wie eben erläutert Aufgabe des Strafrechts ist, ein friedliches Zusammenleben von Individuen in einer Gemeinschaft sichern zu helfen, darf nur ein solches Handeln der staatlichen Strafgewalt unterstellt werden, welches das Zusammenleben erheblich beeinträchtigt – zumal wenn seine Ausweitung

²³ Dabei ist der Terminus „Verbrechen“ in einem weiten, auch die „Vergehen“ i.S.d. § 12 einschließenden Sinne zu verstehen.

²⁴ Siehe Roxin, AT I, 2006, S. 13, § 2, Rdn. 1. Ihm folgend Scharrer, Notwendigkeit und Grenzen hauptstrafrechtlicher Sanktionen, S. 19. Siehe grundlegend dazu auch Zipf, Kriminalpolitik, S. 106 ff.

²⁵ Siehe kritisch Frisch, Fs für Stree und Wessels, S. 76 f.

²⁶ A.A. Frisch, a.a.O., S. 76, der insofern recht hat, die Aussagekraft des Begriffs anzuzweifeln, wenn er ihn mit der Verbots- oder Gebotswidrigkeit bestimmten Verhaltens gleichsetzt. Daß sich eine solche (zirkuläre) Definition zur Klärung der Frage nach dem Sinngehalt von „Sozialschädlichkeit“ als Voraussetzung für Strafgesetzgebung jedoch verbietet, liegt auf der Hand. Andererseits mag der Nutzen des Begriffs der „Sozialschädlichkeit“ deshalb gering sein, weil er eine Selbstverständlichkeit ausdrückt und über die problematische Schwelle von strafrelevanter Gemeinschaftswidrigkeit keine Aussage trifft. Diese mangelnde Bestimmtheit ist aber vielen Oberbegriffen nicht verwunderlich.

bei Nichtsanktionierung zu befürchten steht. Was im einzelnen eine solch beträchtliche Beeinträchtigung darstellt, ist allerdings schwierig festzulegen. Sicher scheidet ausschließlich moralwidriges Tun oder Unterlassen im vornherein als Gegenstand strafrechtlicher Normierung aus. Verhalten, das zwar gegen die hergebrachten Sitten verstößt, aber weder der Allgemeinheit noch dem einzelnen einen Schaden zufügt, ist kriminalpolitisch irrelevant.²⁷

Der Mißbrauch von staatlichen Befugnissen vollzieht sich nicht innerhalb eines die Gesellschaft und seine Mitglieder nicht tangierenden Privatbereichs, sondern fügt dem Sozialgefüge einen unmittelbaren Schaden zu. Die Effektivität staatlicher Verwaltung wird durch den Amtsmissbrauch untergraben. Je nach Variante des mißbräuchlichen Verhaltens kann zudem das einzelne Gesellschaftsmitglied in seinen Rechten verletzt sein. Dem Wortlaut des Begriffs gemäß ist ein Amtsmissbrauch *sozialschädlich*.

b) Kriterium des Rechtsgüterschutzes

Ein mit der Sozialschädlichkeit verbundener Ansatz zur Eingrenzung strafbaren Verhaltens ist in der Konzeption des Rechtsgüterschutzes zu sehen.²⁸ Die überwiegende Meinung in Schrifttum und Rechtsprechung geht davon aus, daß Strafrecht nur „Rechtsgüter“ schützen darf. Mit jeder strafrechtlichen Norm müsse der Gesetzgeber also die Sicherung eines bestimmten Guts wie das Leben oder das Eigentum bezwecken. Durch den Schutz von Rechtsgütern diene das Strafrecht der Verwirklichung des Gemeinwohls und der Wahrung des Rechtsfriedens, also dem eigentlichen Zwecke des Strafrechts.²⁹ Auch dieser Ansatz ist aber umstritten und beinhaltet das Problem der Definition von „Rechtsgut“.³⁰

So stellt sich die Frage, ob und wodurch dem Gesetzgeber die Güter vorgeben sind, beispielsweise durch eine naturrechtliche Konzeption des Menschen in der Gesellschaft, durch den „Sinn und Zweck der einzelnen Strafrechtssätze“,³¹

²⁷ Günther JuS 1978, 8, 9. Roxin, AT I, 2006, S. 19 f., § 2, Rdn. 17 ff.

²⁸ Siehe beispielsweise Günther JuS 1978, 8, 9, der sagt, daß sozialschädlich nur ein Verhalten sein könne, das Rechtsgüter verletzt oder gefährdet. Für Jescheck/Weigend, AT, S. 234 liegt in der Rechtsgutsverletzung ein Schaden für die Gemeinschaft, der es rechtfertigt, die Straftat als „gesellschaftsschädliches Verhalten“ im Sinne von v. Liszt/Schmidt, AT, S.176 zu bezeichnen.

²⁹ Wessels/Beulke, AT, S. 2 Rdn. 6.

³⁰ Siehe kritisch insbes. Frisch, Fs für Stree und Wessels, S. 71 ff.; Stratenwerth/Kuhlen, AT, S. 29 ff., Rdn. 7 ff. Siehe zur Problematik der Definition von „Rechtsgut“ auch Roxin, AT I, 2006, S. 14 f., § 2, Rdn. 2 ff.

³¹ So Honig, Die Einwilligung des Verletzten, S. 30; Grünhut, Fg für von Frank, S. 8; Schwinge, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, S. 25; vgl. auch Blei, AT, S. 89.

durch die Verfassung³² oder durch die Aufgaben des Strafrechts.³³ Andererseits könnten Rechtsgüter nicht allein vom Recht bereits vorgefundene Zustände darstellen, sondern von ihm erst zu schaffende Zwecksetzungen sein.³⁴ Ohne den Streit zu behandeln, soll hier mit *Roxin* davon ausgegangen werden, daß Rechtsgüter Gegebenheiten oder Zwecksetzungen sind, die dem einzelnen und seiner freien Entfaltung im Rahmen eines auf diese Zielvorstellung aufbauenden sozialen Gesamtsystems oder dem Funktionieren dieses Systems selbst nützlich sind.³⁵

Des weiteren gilt es zu klären, welche Rechtsgüter strafrechtlich schützenswert sind. Eine Trennlinie zwischen den von Strafgesetzen abzusichernden Individualgütern – wie dem Leben, der körperlichen Unversehrtheit oder der Ehre – und den vermeintlich weniger schutzbedürftigen Rechtsgütern der Allgemeinheit (Universalrechtsgütern) – wie dem Staat, der Wahrung oder der Rechtspflege – hat zumindest der deutsche Strafgesetzgeber nicht gezogen.³⁶ Das Strafgesetzbuch Deutschlands hat beide Arten von Gütern unter staatlichen Schutz gestellt.³⁷ Universalgüter als Rechtsgüter mit einzubeziehen, ist insbesondere vor dem Hintergrund der Aufgabe des Strafrechts gerechtfertigt. Um das friedvolle Zusammenleben der Menschen in der Gesellschaft zu sichern, ist nicht allein der Schutz unmittelbar des Individuums erforderlich, sondern auch der dem Gemeinwesen dienenden Institute. Das Leben in einem Staat ist nur anhand von Strukturen und mit Hilfe von Einrichtungen der Allgemeinheit denkbar. Letztere sichern direkt die Funktionsfähigkeit des Staats. Solange die Menschen ihr Zusammenleben somit in einem Staat organisieren, ist dessen Apparat mit seinen Organen für die Wahrung sämtlicher Rechte des einzelnen an sich und in einer Gruppe unabdingbar und folglich schutzbedürftig.

Wie oben bereits mehrfach erläutert, würde ein allgemeiner Straftatbestand des Amtsmißbrauchs in erster Linie auf den Schutz des „ordnungsgemäßen Funktionierens der staatlichen Verwaltung“ gerichtet sein. Die staatliche Verwaltung ist eine Institution, die der Gesellschaft und ihren einzelnen Gliedern durch die Umsetzung von das Leben in der Gemeinschaft erleichternden Regeln dient. Daß die administrative Arbeit „ordnungsgemäß funktioniert“, ist eine Zwecksetzung, die zunächst auf den reibungslosen Ablauf der Exekutive,

³² So noch Roxin, AT I, 1997, S. 15, § 2, Rdn. 9.

³³ So nun Roxin, AT I, 2006, S. 16 ff., § 2, Rdn. 7 ff.

³⁴ Vgl. Roxin, AT I, 1997, S. 15, § 2, Rdn. 9 oder Roxin, AT I, 2006, § 2, Rdn. 7.

³⁵ Roxin, AT I, 2006, S. 16, § 2, Rdn. 7.

Einen formellen Ansatz, der für unsere Untersuchung nicht angezeigt ist, verfolgt beispielsweise Wessels, AT, S. 2 Rdn. 7. Für ihn sind Rechtsgüter Lebensgüter, Sozialwerte und rechtlich anerkannte Interessen des einzelnen oder der Allgemeinheit, die wegen ihrer besonderen Bedeutung für die Gesellschaft Rechtsschutz genießen.

³⁶ Vgl. aber die Kritik bei Stratenwerth/Kuhlen, AT, S. 29 f. Rdn. 7, die meinen, daß Universalrechtsgütern keine konkreten Inhalte beigemessen werden könnten.

³⁷ Roxin, AT I, 1997, S. 13, § 2, Rdn. 5.

letztlich auf die faktische Garantie der Rechte der Bürger sowie auf den Erhalt des Staatsbetriebs gerichtet ist. Die Nützlichkeit einer objektiven und unparteiischen, weil ordnungsgemäß funktionierenden Verwaltung, sowohl für die soziale Gesamtheit als auch für den einzelnen steht außer Zweifel. Mithin handelt es sich nach der hier verwendeten Definition um ein Rechtsgut. Da es nicht allein dem einzelnen Menschen zuzuordnen ist, sondern vor allem der Allgemeinheit zugute kommt, ist es als Universalrechtsgut zu qualifizieren. Je nach der konkreten Ausgestaltung des Tatbestands könnte zudem der Schutz des Vermögens anderer bezweckt werden. Da eine Vielzahl von Mißbräuchen auf die Erlangung eines Vermögensvorteils gerichtet sind, welche oft zur Benachteiligung des Staats oder von Dritten führt, wäre es für den Gesetzgeber angebracht, die Konstellation der vermögensschädigenden Tat auch auf Tatbestandsebene herauszustellen. Würde nicht nur die entsprechende Absicht, sondern auch der Eintritt eines Schadens verlangt, träte neben den Schutz der Funktionsfähigkeit der staatlichen Administration auch der des Vermögens anderer. Zweifelsohne ist der Erfolgswert eines das Vermögen von Bürgern beeinträchtigenden Amtsmißbrauchs höher als beispielsweise die Tat, bei der sich der Beamte lediglich einen immateriellen Vorteil verschafft, ohne daß damit die Benachteiligung eines Dritten korrespondiert.

Würde also eine Rechtsgutsverletzung für die Kriminalisierung eines Verhaltens vorausgesetzt und würde, wie auch vom deutschen Strafrecht, hierbei nicht nur Individualrechtsgüter zugelassen, sondern ebenfalls Güter der Allgemeinheit, spräche unter diesem Gesichtspunkt nichts gegen die Pönalisierung der Zweckentfremdung von amtlichen Befugnissen.³⁸

c) Ergebnis zum Erfolgswert

Die Forderung nach Sozialschädlichkeit der zu inkriminierenden Tat und einer Rechtsgutsverletzung durch sie entspringt der Überlegung, daß ein Verhalten zunächst einmal nach seinen Folgen bemessen wird. Vor allem an den vom Verhalten verursachten Folgen lassen sich seine Nachteile für die Gesellschaft ablesen. Die Sozialschädlichkeit bzw. die Rechtsgutsverletzung als Voraussetzung für einen Straftatbestand zielt daher auf Einbeziehung des Erfolgswerts der Tat. Ein solches Kriterium ist somit grundsätzlich zu bejahen. Beide Merkmale, sowohl die Sozialschädlichkeit als auch die Rechtsgutsverletzung, sind jedoch nur schwer mit greifbarem Inhalt zu füllen. Als Oberbegriffe vermögen sie Verhalten lediglich grob einzuteilen; beispielsweise in sozialschädliches und in sozialirrelevantes Handeln.

³⁸ Vgl. in Bezug auf ein mögliches Rechtsgut des „ungestörten Funktionierens der Verwaltung“ Roxin, AT I, 1997, S. 14, § 2, Rdn. 6.

Nach beiden Kriterien wäre eine Kriminalisierung des Amtsmißbrauchs möglich, denn er ist sozialschädlich und verletzt Rechtsgüter der Gemeinschaft und gegebenenfalls des einzelnen.

2. Handlungsunwert

Um beurteilen zu können, ob das gemeinschaftsschädigende Verhalten für die Gesellschaft ein erhebliches sozialetisch mißbilligendes Maß erreicht, bedarf es neben der Berücksichtigung seines Erfolgswerts die des Handlungswerts samt der in ihm zum Ausdruck kommenden Tätergesinnung. Hierbei können der Erfolgs- und der Handlungswert einer Tat in Beziehung gesetzt werden. Je höher der Erfolgswert, desto geringere Anforderungen können an das Wie der Erfolgsherbeiführung gestellt werden. Und umgekehrt: Bei Schädigung oder Gefährdung eines geringfügigeren Rechtsguts muß das Ausmaß des Handlungswerts entsprechend zunehmen.³⁹ Der Handlungswert besteht sowohl aus äußeren Modalitäten des Verhaltens als auch aus Umständen, die in der Person des Täters liegen. Dementsprechend läßt sich grundsätzlich zwischen tatbezogenem und täterbezogenem (personalem) Handlungswert differenzieren.⁴⁰

Beim Amtsmißbrauch speist sich der tatbezogene vornehmlich aus dem täterbezogenem Handlungswert. Zum täterbezogenen Handlungswert zählen objektive Merkmale, die eine bestimmte Pflichtenstellung bezeichnen, wodurch die Täterschaft oder eine Qualifikation auf einen besonderen Personenkreis beschränkt wird. So auch im vorliegenden Fall: Täter eines Amtsmißbrauchs könnte nur ein Amtsträger, also eine Person sein, die vom Staat mit amtlichen Befugnissen betraut wurde, bzw. ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter. Dadurch weist der Amtsmißbrauch ein erhebliches Moment personalen Handlungswerts auf. Der Staat überträgt ausgewählten Personen spezifische Befugnisse, mit denen sie auf die Realisierung öffentlicher Ziele hinarbeiten sollen. Die ihnen verliehenen Machtinstrumente sind somit zweckgebunden und auf einen übergeordneten Nutzen der Allgemeinheit ausgerichtet. Das ist der Grund für die Übertragung eines Amtes bzw. für die besondere Verpflichtung mit einem öffentlichen Dienst. Beim Amtsmißbrauch mißbraucht der Amtsträger die dem Amt innewohnenden Rechte. Anstatt mit ihnen öffentliche Ziele zu verfolgen, gebraucht er sie zu privaten Zwecken. Darin ist zum einen das Konterkarieren der öffentlichen Sache zu erblicken und zum anderen ein Vertrauensbruch. Durch die Tat enttäuscht der Amtsträger bzw. besonders Verpflichtete das Vertrauen, das der Staat mit seiner Beauftragung in ihn setzte. Für den Staat ist es insofern besonders schädlich,

³⁹ Günther JuS 1978, 8, 13.

⁴⁰ Jeschek/Weigand, AT, S. 240.

als daß der Angriff gerade durch eine speziell verpflichtete Person verübt wird. Darum läßt sich bei Amtsdelikten grundsätzlich ein höherer Handlungsunwert feststellen.

Voraussetzung für einen Amtsmißbrauch ist demnach, daß der Täter ein Amt innehat bzw. einen öffentlichen Dienst ausübt. Mit der Zweckfremdung der zu dieser Funktion gehörenden Befugnisse ist auch der tatbezogene Handlungsunwert vorgegeben. Da die Tathandlung nicht spezifiziert ist, kann eine grundsätzliche Aussage über die Art und Weise der Begehung eines allgemeinen Amtsmißbrauchs nur eingeschränkt ausfallen. Erforderliches Moment ist jedenfalls die Instrumentalisierung von amtlichen Ermächtigungen, die der Tatbestand mindestens implizit vorgeben müßte. Wie der Mißbrauch sich im einzelnen vollzieht, ist jedoch Tatfrage. Ausnahmslos verstößt der sein Amt oder seinen Dienst mißbrauchende Amtsträger ebenfalls gegen seine Dienstpflichten, die ihn zu ordnungsgemäßer Amtsführung bzw. Dienstausübung anhalten. Insbesondere sind die Entscheidungsträger in der Verwaltung der öffentlichen Sache und zur Unparteilichkeit bei der Dienstausübung verpflichtet. Damit liegt mit jedem Amtsmißbrauch pflichtwidriges Verhalten vor. Wenn der Tatbestand – wie seit 1997 in Italien – die Verletzung konkreter Gesetzesbestimmungen voraussetzte, dann wäre mit der Tat nicht allein ein Verstoß gegen Amtspflichten gegeben, sondern strafrechtsunabhängig auch ein gesetzeswidriges Tun. Andererseits begeht der Täter oft auch eine Täuschungshandlung, indem er seiner Amtshandlung den Anschein der Rechtmäßigkeit gibt. Formelle Kriterien werden eingehalten, während die Entscheidung materiellrechtlich bewußt fehlerhaft ist. Der Adressat des Akts und die von ihm betroffenen Personen werden über die Rechtmäßigkeit getäuscht. Sie sollen möglichst nicht gegen die Verwaltungsmaßnahme vorgehen.

Des weiteren tritt mit dem Vorsatz neben das objektive ein subjektives Unwertskennzeichen.⁴¹ Der Tatbestand eines allgemeinen Amtsmißbrauchs würde nicht den fahrlässigen Falschgebrauch der staatlichen Kompetenzen bestrafen, sondern nur eine vorsätzliche Tat. Amtsmißbrauch, wie es schon der Terminus nahelegt, setzt ein berechnendes Verhalten voraus. Demnach wäre beim Täter ein unmittelbar gegen den Normbefehl gerichteter Handlungswille erforderlich. Mithin würde zusätzlich zur objektiven Verletzung der besonderen Pflichten- bzw. Vertrauensposition der Unwert der vorsätzlichen Begehungsweise treten. Dabei bleibt es in der Regel nicht allein beim Wissen und Wollen um die Zweckentfremdung der Kompetenzen, sondern dem Täter geht es insbesondere um das Erreichen eines weitergehenden Taterfolgs, wie die Erlangung oder Verschaffung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils oder die rechtswidrige

⁴¹ Jescheck/Weigend, AT, S. 241 f. Siehe näher zum Streit, ob der Vorsatz Bestandteil des Handlungsunrechts ist oder erst ein Schuldmerkmal darstellt, Rudolphi, Fs für Maurach, S. 52 ff.; Fukuda, ZStW 71 (1959), S. 38, 42 ff.

Schädigung anderer. Gerade diese Ziele steigern den Handlungsunwert des Amtsmissbrauchs, offenbaren sie doch eine besonders verwerfliche Tätergesinnung.

Es sind folglich drei Faktoren, die den Handlungsunwert des Amtsmissbrauchs vor allem kennzeichnen: Die Amtsträgereigenschaft des Täters, die vorsätzliche Zweckentfremdung seiner Befugnisse und die Schädigungs- oder Bereicherungsabsicht.

3. Ergebnis nach dem materiellen Verbrechensbegriff

Mit dem materiellen Verbrechensbegriff wird versucht, die Wesensmerkmale von strafbaren Taten unabhängig vom positiven Recht zu ermitteln, um sie zu einer objektiven Richtschnur für die Kriminalisierung oder Entkriminalisierung von bestimmten Verhaltensweisen innerhalb einer Gesellschaft zusammenzufügen.

Allerdings gestaltet sich die Bestimmung dieser den Verbrechen innewohnenden Kennzeichen schwierig. Alle in der Literatur diskutierten Eingrenzungskriterien sind relativ vage. Auch wenn sie sich als ausfüllungsbedürftig darstellen, läßt sich anhand der Begriffe Sozialschädlichkeit und Rechtsgutverletzung der Erfolgsunwert des Amtsmissbrauchs ermessen. Erfolgs- und Handlungsunwert sind für das Werturteil in Beziehung zum Gewicht der Strafe zu setzen. Hierbei ist festzustellen, daß die Instrumentalisierung von amtlichen bzw. dienstlichen Kompetenzen zu privaten Zwecken in der Regel keine Individualrechtsgüter ersten Ranges wie beispielsweise das Leben oder unerläßliche Freiheitsrechte beeinträchtigen. Vornehmlich tangiert er mit der Funktionsfähigkeit der Verwaltung ein Allgemeingut, welches unter den Universalrechtsgütern ebenfalls nicht zu den wichtigsten⁴² zu rechnen ist. Dennoch sind eine funktionsfähige Administration und das Vertrauen der Bevölkerung in sie für das menschliche Zusammenleben in einem Staat von erheblicher Bedeutung. Ein Mißbrauch von amtlichen Befugnissen verletzt demzufolge ein Rechtsgut und ist sozialschädlich. Sein Erfolgsunwert ist als erhebliche Beeinträchtigung des Gemeinschaftslebens zu qualifizieren.

Wird die durch den Mißbrauch betroffene Verwaltungsmaßnahme nicht fristgerecht angefochten und von der Widerspruchsbehörde bzw. vom Verwaltungsgericht aufgehoben, erlangt sie Rechtskraft und entfaltet ihre vollen Wirkungen gegenüber jedermann. Selbst wenn die Entscheidung also rechtswidrig und anfechtbar ist, kann sie letztlich rechtskräftig werden und die Rechtspositionen der Bürger dauerhaft beeinträchtigen. Diese Gefahr besteht bei jedem fehlerhaften Verwaltungsakt. Sie kann jedoch dadurch erhöht werden, daß der

⁴² Hierzu wäre z.B. die Gesundheit der Bevölkerung zu zählen.

Täter die Rechtswidrigkeit des Akts absichtlich hinter der Konformität mit den formellen Voraussetzungen verschleiert. Der Gesamtunwert der Tat wird mithin durch ihren Handlungsunwert erhöht. Der vorsätzliche Vertrauensbruch des Amtsträgers gegenüber dem Staat und seinen Bürgern, in der Absicht sich oder andere zu begünstigen oder den Staat bzw. Dritte zu benachteiligen, wiegt schwer und untermauert die Verwerflichkeit der Tat.

Die Zweckentfremdung von staatlichen Kompetenzen ist ein Verhalten, das von keiner Gesellschaft hingenommen werden kann. Eine Gemeinschaft kann es sich nicht leisten, daß seine Organe, die gerade zur Wahrung der Rechte sowie Gewährleistung der Unparteilichkeit bei der Gesetzesexekution berufen sind, diese Zwecksetzung durch die Verfolgung privater Ziele konterkarieren. Der Mißbrauch durch den Amtsträger widerspricht nicht allein gesellschaftlichen Moralvorstellungen, sondern beinhaltet eine die Gemeinschaft und unter Umständen auch den einzelnen beeinträchtigende Rechtsgutsverletzung, die sich im Grundsatz strafrechtlich ahndenswert darstellt. Der Unwert der Tat würde eine Anwendung des Strafrechts als letztes Mittel der Sozialkontrolle rechtfertigen.

D. Strafbedürftigkeit

Nach Bejahung der prinzipiellen Strafwürdigkeit des Amtsmissbrauchs, stellt sich die Frage nach der Erforderlichkeit des Einsatzes strafrechtlicher Zwangsmittel. Wenn letztere *ultima ratio* der Sozialkontrolle sind, müssen mildere Mittel zur Eindämmung des schädigenden Verhaltens erwogen werden. Es ist folglich zu klären, ob der Zweckentfremdung staatlicher Befugnisse in Deutschland nicht auf anderem Wege hinreichend wirksam begegnet wird bzw. werden könnte.

I. Aufhebung der Verwaltungsentscheidung

Da der Amtsträger beim Mißbrauch seiner amtlichen Befugnisse regelmäßig Normen des Verwaltungsrechts verletzt, liegt der Gedanke nahe, verwaltungsrechtliche Maßnahmen zur Verhinderung von Amtsmissbräuchen in Erwägung zu ziehen. Allerdings sollen bereits die Vorschriften, die der Täter beim Amtsmissbrauch nicht einhält, die Unparteilichkeit der Verwaltung und damit die Rechte der Bürger bzw. der Gemeinschaft schützen. Als Beispiele können die Inkompatibilitätsbestimmungen, die Begründungspflicht für Verwaltungsakte oder auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genannt werden. Die Verletzung solcher gesetzlichen Vorgaben hat die formelle bzw. materielle Rechtswidrigkeit der Verwaltungsentscheidung zur Folge. Sofern sie also nicht bereits nichtig ist, wird sie anfechtbar. Der Betroffene kann Widerspruch einlegen bzw. Klage vor dem Verwaltungsgericht einlegen. Rechtswidrige Verwaltungsmaßnahmen können so revidiert werden. Das Verwaltungsrecht ist aber nur in der Lage, verwaltungsrechtliches Unrecht zu revidieren. Beispielsweise wird die rechtswidrig versagte Baugenehmigung letztlich erteilt oder die ungerechtfertigt begünstigten Prüfungskandidaten werden ausgeschlossen. Es geht allein um die Verwaltungsentscheidung. Maßnahmen, die den mißbräuchlich handelnden Amtsträger oder mit einem öffentlichen Dienst Beauftragten unmittelbar in seinen Rechten treffen, vermag das allgemeine Verwaltungsrecht nicht zu liefern. Lediglich indirekte Auswirkungen sind möglich. Müssen Verwaltungsakte eines bestimmten Amtsträgers immer wieder aufgehoben werden, kann das – abgesehen von eventuellen disziplinarrechtlichen Folgen – in Zukunft mit der Verankerung von Leistungskriterien im öffentlichen Dienst dazu führen, daß der betreffende Beamte beispielsweise nicht mehr in höhere Gehaltsstufen versetzt wird.

Demzufolge geht das allgemeine Verwaltungsrecht nur gegen die den Amtsmissbrauch darstellende Verwaltungsmaßnahme an. Den Täter sanktioniert es nicht. Die Möglichkeiten des allgemeinen Verwaltungsrechts, Zweckentfremdungen von amtlichen Befugnissen wirksam zu begegnen, sind daher begrenzt.

II. Schadensersatzpflicht

Es ist nicht die unmittelbare Aufgabe der zivilrechtlichen Schadensersatzpflicht, Menschen von der Begehung eines schadenserzeugenden Unrechts abzuhalten. Jedoch ist ihre (mittelbare) präventive Wirkung unbestreitbar.¹ Insofern soll hier kurz auf das Institut der Schadensersatzpflicht im Falle eines Amtsmissbrauchs eingegangen werden.

Der Beamte ist im Innenverhältnis seinem Dienstherrn gemäß § 75 Abs. 1 BBG zu Schadensersatz verpflichtet, wenn er die ihm obliegenden Pflichten vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzt und dem Dienstherrn daraus ein Schaden entsteht. Dies kommt insbesondere bei öffentlichrechtlichem Handeln zum Tragen, da dort Art. 34 GG die Eigenhaftung des Beamten grundsätzlich ausschließt.² Die Bestimmung sieht die Haftungsverlagerung auf den Staat vor bzw. bildet zusammen mit § 839 BGB die Anspruchsgrundlage gegen selbigen³ und garantiert so das Institut der Staatshaftung.⁴ Die Verfassung gewährleistet die prinzipielle Haftung des Staates für das von seinen Amtsträgern bei Ausübung von öffentlicher Gewalt begangene Unrecht.⁵ Das bedeutet, daß der durch einen Amtsmissbrauch geschädigte Bürger den Staat wegen des Vermögensschadens in Anspruch nehmen kann. Für diesen mittelbaren Haftungsschaden, der der Körperschaft durch ihre Ersatzleistung an den geschädigten Dritten entsteht, kann sie den vorsätzlich oder grob fahrlässig handelnden Täter in Regreß nehmen, Art. 34 Satz 2 GG (Rückgriffsrecht).⁶ Art. 34 Satz 3 GG bestimmt für die Geltendmachung des Haftungsschadens den ordentlichen Rechtsweg. Danach darf selbst für den Rückgriff im hoheitsrechtlichen Tätigkeitsbereich der Weg zu den Zivilgerichten nicht ausgeschlossen werden. Damit sind dem Dienstherrn der Verwaltungsrechtsweg sowie die spezifisch

¹ Siehe auch Palandt/Heinrichs, Vorb. v. § 249 BGB, Rdn. 4.

² Battis, § 78 BBG, Rdn. 5.

³ Siehe zu diesem Streit Jarass/Pieroth-Jarass, Art. 34 GG, Rdn. 1; MüKo-Papier, § 839 BGB, Rdn. 7, 13; v. Mangoldt/Klein/Starck-von Danwitz, Art. 34 GG, Rdn. 54 f.

⁴ BVerfGE 61, 149, 198 f.

⁵ MüKo-Papier, § 839 BGB, Rdn. 14.

⁶ Siehe dazu MüKo-Papier, § 839 BGB, Rdn. 369 ff.; Jarass/Pieroth-Jarass, Art. 34 GG, Rdn. 25.

hoheitsrechtlichen Durchsetzungsmittel der administrativen Selbsttitulierung und Selbstvollstreckung versagt.⁷

Die Eigenschäden des Staates kann dieser dem Beamten oder der sonst in einem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis stehenden Person⁸ gegenüber durch Leistungsklage vor dem Verwaltungsgericht (vgl. §§ 40 Abs. 1 VwGO, 126 Abs. 1 BBG) oder durch Erlaß eines Leistungsbescheids geltend machen. Darüber hinaus besteht für den Dienstherrn die Möglichkeit der Aufrechnung mit den Dienstbezügen des Beamten.⁹ Im Außenverhältnis richtet sich die vermögensrechtliche Eigenhaftung des Beamten nicht nach § 75 BBG, sondern nach den Vorschriften des BGB. Im Bereich des privatrechtlichen einschließlich des verwaltungsprivatrechtlichen Verwaltungshandelns haftet der Beamte bei schuldhafter Verletzung einer drittschützenden Amtspflicht nach § 839 BGB. Damit werden die Anspruchsvoraussetzungen sowohl im Innen- als auch im Außenverhältnis durch § 839 BGB vorgegeben.

Gemäß § 839 BGB ist ein Beamter, der vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt, diesem zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Der Bürger kann somit in der Regel den Ersatz des durch einen Amtsmißbrauch verursachten Vermögensschadens vor Zivilgerichten einfordern. Vorausgesetzt wird zunächst eine Amtspflichtverletzung in Ausübung eines öffentlichen Amtes. Der Mißbrauch eines Amtes meint die Vornahme, Unterlassung, Verzögerung oder mangelhafte Ausführung einer Amtstätigkeit aus sachfremden, rein persönlichen Gründen. Das Merkmal der Amtsausübung wird folglich erfüllt. Die notwendige Amtspflichtverletzung ist stets gegeben, wenn eine Rechtsverletzung vorliegt, da eine Amtspflicht zu rechtmäßigem Verhalten besteht. Es besteht eine Pflicht, sich bei der Amtsausübung rechtswidriger Eingriffe in den Rechtskreis des Bürgers, insbesondere unerlaubter Handlungen,¹⁰ zu enthalten.¹¹ Weitere von der Rechtsprechung entwickelte Amtspflichten¹² sind u.a. die zu zuständigkeits- und verfahrensgemäßem Handeln,¹³ zur fehlerfreien Ermessensentscheidung¹⁴

⁷ MüKo-Papier, § 839 BGB, Rdn. 373.

⁸ Wenn es um Eigenschäden geht, die von Arbeitnehmern verursacht wurden, muß der Staat oder die sonstige juristische Person des öffentlichen Rechts Klage vor dem Arbeitsgericht erheben.

⁹ MüKo-Papier, § 839 BGB, Rdn. 372.

¹⁰ Vgl. BGHZ 16, 111, 113; 23, 36, 47.

¹¹ BGHZ 69, 128, 138; 78, 274, 279; BGH NJW 1979, 642, 643; BGH NJW 1980, 1679; BGH NJW 1986, 2309, 2310. Siehe auch Jarass/Pieroth-Jarass, Art. 34 GG, Rdn. 11; Bamberger/Roth-Reinert, § 839 BGB, Rdn. 34; MüKo-Papier, § 839 BGB, Rdn. 193; Maunz/Dürig-Papier, Art. 34 GG, Rdn. 161.

¹² Siehe eine Auflistung von Pflichtenbindungen bei v. Mangoldt/Klein/Starck-von Danwitz, Art. 34 GG, Rdn. 77.

¹³ BGHZ 117, 240, 244.

¹⁴ BGHZ 74, 144, 156; 75, 120, 124; 118, 263, 271; MüKo-Papier, § 839 BGB, Rdn. 198; Maunz/Dürig-Papier, Art. 34 GG, Rdn. 163.

und zur verhältnismäßigen Amtsführung.¹⁵ Bereits mit Blick auf die genannten Pflichten wird bei einem Amtsmißbrauch generell eine Amtspflichtverletzung anzunehmen sein. Darüber hinaus folgt unmißverständlich aus der Verpflichtung des Beamten, sein Amt uneigennützig (§ 61 Abs. 1 Satz 2 BBG) sowie gerecht und unparteiisch zu verwalten und bei der Amtsführung auf das Wohl der Allgemeinheit Bedacht zu nehmen (§ 60 Abs. 1 Satz 2 BBG), daß sich der Amtsträger jedes Mißbrauchs seines Amtes zu enthalten hat.¹⁶ Deswegen stellt bei einem Amtsmißbrauch die weitere Voraussetzung des § 839 BGB der Drittbezogenheit der Amtspflichtverletzung auch kein sonderliches Problem dar.¹⁷ Die Verpflichtung, sich jedes Amtsmißbrauchs zu enthalten, obliegt dem Amtsträger allgemein gegenüber jedem, der durch ihre Verletzung geschädigt werden kann.¹⁸ Dementsprechend weit ist der Kreis der geschützten Dritten.¹⁹ Die Voraussetzung des Verschuldens ist im Fall eines vorsätzlichen Amtsmißbrauchs unproblematisch. Dem Geschädigten eines Amtsmißbrauchs wird daher in aller Regel ein Schadensersatzanspruch gemäß § 839 BGB zustehen. Der Täter eines Amtsmißbrauchs ist demzufolge zivilrechtlich zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der dem Staat oder einem Dritten entstanden ist.

Die zivilrechtliche Schadensersatzpflicht betrifft den Täter direkt (selbst wenn es sich um die Regreßhaftung handelt), setzt an einer empfindlichen Stelle an und zwar seinem Vermögen. Vermögenseinbußen können wirksame Mittel zur Verhinderung von gemeinschädlichem Verhalten sein. Allerdings greift die Ersatzpflicht nur da, wo ein Schaden entstanden ist. In den Fällen, in denen der Schaden mit einem durch die Tat erlangten Vorteil beim Täter korrespondiert, läuft letzterer nicht unbedingt Gefahr, nach Bilanzierung von Bereicherung und Ersatzpflicht erhebliche Vermögenseinbußen zu erleiden. Da könnte die Hoffnung, nicht entdeckt zu werden, die Furcht vor der zivilrechtlichen Inanspruchnahme übertreffen. Wenn es sich aber um einen allein schädigenden Amtsmißbrauch handelt, also ohne daß der Beamten einen persönlichen Vorteil

¹⁵ BGHZ 18, 366, 368; 55, 261, 266.

¹⁶ BGHZ 91, 243, 252; MüKo-Papier, § 839 BGB, Rdn. 216.

¹⁷ BGH VersR 1963, 235, 236 f.; 1966, 473, 475; 1973, 317, 318; Bamberger/Roth-Reinert, § 839 BGB, Rdn. 74. Vgl. BGHZ 91, 243, 252, die für einen Amtsmißbrauch nicht jede schuldhaft unkorrekte Amtshandlung gelten läßt, sondern nur solche, die im Widerspruch mit den Forderungen von Treu und Glauben und guter Sitte stehen.

Während es ansonsten vornehmlich auf die Bestimmung des Schutzzwecks der verletzen Amtspflicht ankommt – sofern nicht ein subjektives öffentliches Recht betroffen ist. Siehe MüKo-Papier, § 839 BGB, Rdn. 227 ff., 234. Erforderlich ist, daß die verletzte Amtspflicht überhaupt eine drittschützende Wirkung entfaltet, der Geschädigte dem geschützten Personenkreis angehört und das verletzte Recht oder Rechtsgut von der drittschützenden Wirkung erfaßt wird. Siehe zu den Auslegungskriterien v. Mangoldt/Klein/Starck-von Danwitz, Art. 34 GG, Rdn. 82 f.

¹⁸ BGHZ 14, 319, 324; 34, 99, 104; 91, 243, 252.

¹⁹ MüKo-Papier, § 839 BGB, Rdn. 271.

zieht, kann ihn die Ersatzpflicht hart treffen. Hier wird er sich die Begehung des Unrechts wahrscheinlich genauer überlegen und seine Risiken gründlicher abwägen.

Die Ersatzpflicht des bürgerlichen Rechts greift nicht bei allen Varianten des Amtsmißbrauchs, sondern nur bei denjenigen, die einen Schaden hervorrufen. Je nachdem, ob der Täter zuvor durch die Tat einen Vorteil zu erlangen beabsichtigt oder nicht, wird ihn die Aussicht der Schadensersatzpflicht auch mehr oder weniger in seinem Handeln beeinflussen bzw. von der Tat abhalten. Da dieses zivilrechtliche Institut am Eintritt eines Schadens anknüpft und nicht an der Zweckentfremdung von amtlichen Befugnissen als solchen, kann es nur bedingt den Amtsmißbrauch verhindern helfen. Andere zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen besitzen noch eingeschränktere Abschreckungspotentiale.²⁰

III. Ordnungswidrigkeitenrecht

Da das Verhältnis zwischen Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht umstritten ist, stellt sich die Frage, ob der Amtsmißbrauch mittels des milderen Mittels des Ordnungswidrigkeitenrechts gehandelt werden könnte. Zur Abgrenzung von Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht gibt es drei Betrachtungsweisen.

Die *aliud*-Theorie geht von einem wesensmäßigen, qualitativen Unterschied zwischen Straftat und Ordnungswidrigkeit aus.²¹ Nach ihr richtet sich Kriminalstrafrecht gegen Verletzungen wesentlicher Gemeinschafts- und Individualrechte,

²⁰ Die ungerechtfertigte Bereicherung, § 812 BGB, kommt beispielsweise nur dort zum Tragen, wo der Täter etwas (ungerechtfertigt) erlangt hat. Beim Amtsmißbrauch allein zu Lasten von anderen, d.h. ohne einen Vorteil beim Täter, ist die Norm nicht einschlägig.

²¹ Die *aliud*-Theorie, die auf die insbesondere von James Goldschmidt und Erik Wolf fortgeführte Verwaltungsstrafrechtstheorie zurückgeht, lag dem Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts (Wirtschaftsstrafgesetz) vom 26.7.1949 zugrunde, durch welches das Ordnungswidrigkeitenrecht in das deutsche Recht eingeführt wurde. Das Gesetz gebrauchte in § 6 eine von Eberhard Schmidt gefundene Abgrenzungsformel:

„(1) Zuwiderhandlungen nach den Bestimmungen dieses Abschnittes sind entweder Wirtschaftsstraftaten oder Ordnungswidrigkeiten.

(2) Eine Zuwiderhandlung ist Wirtschaftsstraftat, wenn sie das Staatsinteresse an Bestand und Erhaltung der Wirtschaftsordnung im Ganzen oder in einzelnen Bereichen verletzt, indem entweder

1. die Zuwiderhandlung ihrem Umfange oder ihrer Auswirkung nach geeignet ist, die Leistungsfähigkeit der staatlich geschützten Wirtschaftsordnung zu beeinträchtigen, oder
2. der Täter mit der Zuwiderhandlung eine Einstellung bekundet, die die staatlich geschützte Wirtschaftsordnung im Ganzen oder in einzelnen Bereichen mißachtet, insbesondere dadurch, daß er gewerbsmäßig, aus verwerflichen Eigennutz oder sonst verantwortungslos gehandelt oder Zuwiderhandlungen hartnäckig wiederholt hat.

(3) In allen anderen Fällen ist die Zuwiderhandlung eine Ordnungswidrigkeit.“

mithin sozialetisch verwerflichen Handlungen, während im Ordnungswidrigkeitenrecht nur ethisch neutraler Verwaltungsungehorsam geahndet werde.²² Unter letzterem seien beispielsweise Verstöße gegen Normen zu verstehen, die wirtschaftlichen, gesundheitlichen oder rein polizeilichen Zwecken sowie allgemeinen Verwaltungszwecken dienen.²³ Die *aliud*-Theorie wurde ganz überwiegend während der Geltung des OWiG 1952 vertreten, das am zum 1. Oktober 1968 außer Kraft trat. Würde dieser Theorie strikt gefolgt werden, könnte ein an sich als strafwürdig erachteter Amtsmißbrauch nicht als Ordnungswidrigkeit geahndet werden.

Die qualitative Betrachtungsweise kann jedoch heute keine uneingeschränkte Geltung mehr beanspruchen. Die Aufteilung zwischen rechtsgutsverletzenden Straftaten und Ordnungswidrigkeiten als „Zuwiderhandlungen, deren soziale Sinnbedeutung über den Raum der verwaltungsmäßigen Interessen nicht hinausgreift“²⁴ ist nicht mehr aufrechtzuerhalten. Im geltenden Ordnungswidrigkeitenrecht finden sich eine Reihe von Bestimmungen, denen durchaus Beeinträchtigungen von Rechtsgütern zugrunde liegen, wie beispielsweise die Erregung gesundheitsstörenden Lärms (§ 117 OWiG) oder die Eigentumsverletzung durch die Jagd (§ 39 Abs. 1 Nr. 8 BJagdG).²⁵ Seit dem Inkrafttreten des OWiG 1952 hat sich das Ordnungswidrigkeitenrecht über das Wirtschaftsstrafrecht hinaus auf sämtliche andere Sachgebiete des Nebenstrafrechts ausgedehnt. Dabei hat der Gesetzgeber zahlreiche abstrakte Gefährdungsdelikte (z.B. § 46 Abs. 1 Nr. 2, 4 AtomG), konkrete Beeinträchtigungstatbestände (z.B. § 118 OWiG) sowie auch Fahrlässigkeitstatbestände, deren vorsätzliche Begehung mit Strafe bedroht ist (z.B. §§ 3, 14, 15 Abs. 2 HeilwesenwerbungsG vom 18.10.1978, BGBl. I, S. 1677) als Ordnungswidrigkeiten eingestuft. Weiteres Beispiel dafür, daß die *aliud*-Theorie nicht mehr unumschränkte Geltung beanspruchen kann, stellt die am 1. Januar 1969 erfolgte Umwandlung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten dar (Art. 3, 167 Abs. 2 Satz 2 EGOWiG vom 24.5.1968, BGBl. I, S. 503).²⁶ Die qualitative Betrachtungsweise läßt sich allenfalls für die Kernbereiche von Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht aufrechterhalten; in den Randbereichen beider Rechtsgebiete vermag sie keine Lösungen zu geben.²⁷ Jedoch vertreten die Befürworter einer qualitativen Theorie die Auffassung, daß nur nach ihr Ordnungswidrigkeitenrecht verfassungsgemäß sei.²⁸ Dabei wird davon ausgegangen, daß Art. 92 GG die Bestrafungskompetenz ausschließlich

²² Vgl. BGHSt 11, 263, 264.

²³ Vgl. Rebmann/Roth/Herrmann-Förster, Vor § 1 Rdn. 5.

²⁴ Schmidt, DRZ 1950 Beih. 11, 25, 27.

²⁵ Roxin, AT I, 1997, S. 13 f., § 2, Rdn. 6, S. 30, § 2, Rdn. 49; Rebmann/Roth/Herrmann-Förster, Vor § 1 Rdn. 8 f.

²⁶ Siehe Rebmann/Roth/Herrmann-Förster, Vor § 1 Rdn. 8, mit weiteren Angaben zur materiellen Ausweitung des Ordnungswidrigkeitenrechts.

²⁷ Rebmann/Roth/Herrmann-Förster, Vor § 1 Rdn. 8.

²⁸ So Schmidt JZ 1969, 401, 402.

den Gerichten vorbehalten.²⁹ Die Überlegung ist, daß – wenn Strafrecht und Ordnungswidrigkeitsrecht nicht wesensmäßig unterschieden würden – Verwaltungsbehörden mit der Umsetzung des OWiG der Verfassung zuwider doch Strafgewalt ausüben.

Die quantitative Betrachtungsweise verneint einen wesensmäßigen Unterschied zwischen Verwaltungs- und Kriminalunrecht. Vielmehr seien bei Ordnungswidrigkeiten in der Regel lediglich der Gefährlichkeitsgrad, der Grad der Beeinträchtigung des geschützten Rechtsguts sowie der Grad der Verwerflichkeit der Tätergesinnung geringer als bei Straftaten.³⁰ Es ginge demnach darum, diejenigen Rechtsverletzungen als Ordnungswidrigkeiten auszusondern, „die wegen der geringen Bedeutung des Rechtsguts und ihrer lediglich abstrakten Gefährlichkeit weniger strafwürdig erscheinen, aber doch nicht einfach dem Zivilrecht überlassen bleiben können“.³¹ Es handle sich bei ihnen jedoch nicht um „sozialethisch farblose Lässigkeiten“.³² Nach dieser Betrachtungsweise bestünde selbst zwischen dem Falschparken und einem Mord kein Wesensunterschied. Demgemäß wäre es auch unproblematisch, den Amtsmißbrauch anstatt der strafrechtlichen Judikative der Sanktionsgewalt der Administration zu unterstellen. Würde aber in Art. 92 GG die verfassungsmäßige Zuweisung der Sanktionskompetenz für Straftaten und Ordnungswidrigkeiten allein an die Strafgerichte gesehen, muß das geltende OWiG und die Ausübung der Bußgeldgewalt durch andere Staatsorgane als den Richter als verfassungswidrig eingestuft werden.³³

Schließlich wird die gemischt qualitativ-quantitative Auffassung vertreten. Sie beinhaltet, daß Tatbestände aus den Kernbereichen der jeweiligen Sachgebiete einen qualitativen, in den Randbereichen hingegen lediglich einen quantitativen Unterschied aufweisen. Zu ihren Befürwortern wird das Bundesverfassungsgericht gezählt.³⁴ Als Kennzeichen für echte Kriminalstrafe gilt ihm ein sozialethisches Unwerturteil.³⁵ Dagegen seien die Ordnungswidrigkeiten von geringerem Unrechtsgehalt und nach allgemeiner gesellschaftlicher Auffassung nicht im engeren Sinne strafwürdig.³⁶ Bloßer Ungehorsam gegen „technisches“, zeit- und verhältnisbedingtes Ordnungsrecht der staatlichen Verwaltung³⁷ werde nur mit

²⁹ Vgl. KK-Bohnert, Einl., Rdn. 108 ff.

³⁰ Jescheck/Weigend, AT, S. 59; vgl. Schmidhäuser, AT, 8/107 S. 258; Stratenwerth/Kuhlen, AT, S. 24 Rdn. 48; Krümpelmann, Die Bagatelldelikte, S. 166 ff.

³¹ Jescheck JZ 1959, 457, 461.

³² Ebd. sowie Jescheck/Weigend, AT, S. 59.

³³ Mattes ZStW 82 (1970), 25, 30, 33 f., Schorheit, GA 1967, 225, 235 f.; vgl. auch Jescheck JZ 1959, 457, 462; Heimler, Ordnungswidrigkeit und Prozessgegenstand, S. 82 ff.; Bohnert Jura 1984, 11, 20.

³⁴ Siehe KK-Bohnert, Einl., Rdn. 88.

³⁵ BVerfGE 27, 18, 29.

³⁶ BVerfGE 8, 197, 207.

³⁷ BVerfGE 9, 167, 171.

einer nachdrücklichen, scharfen³⁸ Pflichtenmahnung³⁹ geahndet, welcher der Ernst des staatlichen Strafens⁴⁰ fehle. In den Kernbereichen seien Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht auseinanderzuhalten, und schwere Verstöße müßten ausschließlich der richterlichen Strafgewalt vorbehalten werden.⁴¹ Zwischen ihnen liege ein Grenzbereich von undeutlicher Zugewiesenheit.⁴² Die graduelle Einstufung nach dem Unwert- bzw. Unrechtsgehalt⁴³ und entsprechende Zuordnung zu einem der Sachgebiete sei die eigenverantwortliche Aufgabe des Gesetzgebers.⁴⁴ Demzufolge wäre zu klären, ob der Mißbrauch von staatlichen Befugnissen zu einem der Kernbereiche gehört oder aber zwischen dem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht anzusiedeln ist. Wäre er keinem der Kernbereiche zuzuordnen, stünde es dem Gesetzgeber frei, welche der Kategorien er sich aufgrund von Zweckmäßigkeitserwägungen vor dem Hintergrund der konkreten historischen Situation wählt.

Wie bereits festgestellt, kann die qualitative Theorie allein für die Kernbereiche gelten, nicht jedoch für die Randbereiche, sofern überhaupt eine wesensmäßige Differenz zwischen Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht angenommen wird. Es ist daher die grundsätzliche Frage nach einem solchen qualitativen Unterschied zu beantworten.

Der überwiegenden Ansicht⁴⁵ folgend, muß sie bejaht werden. Es gibt Verhaltensweisen, die für den Bestand der Friedensordnung unentbehrliche Individual- oder Gemeingüter verletzen, während andere Taten ganz erheblich geringere Sozialbeeinträchtigung bedeuten, so daß sie von anderer Qualität sind.⁴⁶ Ein Mord stellt einen unerträglichen Angriff auf das Zusammenleben dar, der die grundlegenden Werte der Gemeinschaft berührt. Dagegen ist das Falschparken zwar ein Verstoß gegen ein verwaltungsrechtliches Verbot, aber die elementaren Sozialwerte werden nicht tangiert. Ein Mord muß eine strafrechtliche Reaktion nach sich ziehen, sonst würde die Identität der Gesellschaft gefährdet.⁴⁷ Unsanktioniertes Falschparken – auch wenn es sozialschädlich ist und im einzelnen ethisch nicht neutral sein mag – vermag eine solche Gefahr nicht zu verursachen. Es handelt sich nicht allein um einen quantitativen Unterschied, sondern

³⁸ BVerfGE 9, 167, 171.

³⁹ BVerfGE 27, 18, 33.

⁴⁰ BVerfGE 22, 49, 79.

⁴¹ BVerfGE 22, 49, 80.

⁴² BVerfGE 27, 18, 29 f.

⁴³ BVerfGE 8, 197, 207; siehe auch BVerfGE 51, 60, 74.

⁴⁴ BVerfGE 22, 49, 81.

⁴⁵ Für die qualitativ-quantitativ Betrachtung siehe Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 4, Rdn. 16, S. 49; Jakobs, AT, S. 54 f. Rdn. 9 f.; Maurach/Zipf, AT 1, S. 17, § 1, Rdn. 35; Jescheck/Weigend, AT, S. 59; Roxin, AT I, 2006, S. 59, § 2, Rdn. 133; Göhler, Vor § 1 Rdn. 6; Rebmann/Roth/Herrmann-Förster, Vor § 1 Rdn. 8; vgl. Lang-Hinrichsen, Fs für H. Mayer, S. 61.

⁴⁶ Vgl. BVerfGE 27, 18, 28 f.

⁴⁷ Vgl. Jakobs, AT, S. 55 Rdn. 10,

um eine wesensmäßige Differenz. Auch in der psychologischen Wahrnehmung werden eindeutige Straftaten und eindeutige Ordnungswidrigkeiten wie Mord und Falschparken von der Allgemeinheit qualitativ nicht auf eine Stufe gestellt. Die Kernbereiche beider Sanktionsmittel werden ohne Zweifel als verschiedenartig empfunden. Ordnungswidrigkeiten und Straftaten sind in ihren jeweiligen Kernbereichen wesensmäßig verschieden.

Zwar ist die Differenz zwischen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten überwiegend quantitativer Art, aber es gibt einen Punkt, an dem die Quantität in Qualität umschlägt.⁴⁸ Diesen Punkt exakt zu bestimmen ist nicht möglich. Es gibt kein eindeutiges Abgrenzungskriterium, welches die jeweiligen Kernbereiche klar umreißt und von den Randbereichen abgrenzt.

Das Bundesverfassungsgericht unterscheidet aufgrund einer „sozialethischen“ Wertung zwischen Ordnungswidrigkeiten und Straftaten. Ausdrücklich urteilte es, daß der Schuldvorwurf bei einer Ordnungswidrigkeit im Gegensatz zu einer Straftat die Sphäre des Ethischen nicht erreiche. Es liege bloßer Ungehorsam gegen „technisches“, zeit- und verhältnisbedingtes Ordnungsrecht der staatlichen Verwaltung vor, auf den diese mit einer scharfen Pflichtenmahnung antwortete.⁴⁹ Der Bereich der Ordnungswidrigkeiten umgreife Gesetzesübertretungen, die nach allgemeinen gesellschaftlichen Auffassungen nicht als strafwürdig gelten: Fälle mit geringerem Unrechtsgehalt, die sich von den kriminellen Vergehen durch den Grad des ethischen Unrechtsgehalts differenzierten.⁵⁰ Zum Kernbereich des Strafrechts gehörten demgegenüber alle bedeutsamen Unrechtstatbestände, da es Aufgabe des Strafrechts sei, die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens zu schützen. Was zweifellos hierher zu rechnen sei, ließe sich anhand der grundgesetzlichen Wertordnung mit hinreichender Bestimmtheit ermitteln. Schwieriger sei, „die exakte Grenzlinie zwischen dem Kernbereich des Strafrechts und dem Bereich der bloßen Ordnungswidrigkeiten zu ziehen, zumal in diesem Grenzbereich die in der Rechtsgemeinschaft herrschenden Anschauungen über die Bewertung des Unrechtsgehaltes einzelner Verhaltensweisen in besonderem Maße dem Wechsel unterworfen sind.

Diese Grenzlinie unter Berücksichtigung der jeweiligen konkreten historischen Situation im einzelnen verbindlich festzulegen, ist Sache des Gesetzgebers. Das Bundesverfassungsgericht kann dessen Entscheidung nicht darauf überprüfen, ob er dabei im einzelnen die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung gefunden hat. Es hat lediglich darüber zu wachen, daß die Entscheidung des Gesetzgebers materiell in Einklang mit der verfassungsrechtlichen Wertordnung steht und auch den ungeschriebenen Verfassungsgrundsätzen und

⁴⁸ Roxin, AT I, 2006, S. 59, § 2, Rdn. 132.

⁴⁹ BVerfGE 9, 167, 171.

⁵⁰ BVerfGE 9, 167, 172; 27, 18, 28.

Grundentscheidungen des Grundgesetzes entspricht.“⁵¹

Der Differenzierungsansatz der Sozialethik ist jedoch in seiner Rigorosität unangebracht, da auch Ordnungswidrigkeiten in der Regel sozialetisch relevant sind. Denn der Staat kann nur solche Handlungsweisen mit repressiven Sanktionen bedrohen, die nach der Grundüberzeugung der Rechtsgemeinschaft – wenn auch nur gering – sittlich mißbilligenswert sind. Hinter dem Gesetzesbefehl auch der Ordnungswidrigkeit muß ein ethisch anerkannter Zweck oder Wert stehen, damit er innerlich verpflichtend wirkt. Sobald die Sicherung des gerechten und geordneten Zusammenlebens der Menschen eine Vorschrift des Ordnungswidrigkeitenrechts erforderlich macht, ist sie sozialetisch nicht neutral. Somit handelt es sich auch in dieser Hinsicht um einen graduellen und nicht wesensmäßigen Unterschied zwischen beiden Rechtsgebieten.⁵²

Demzufolge scheidet die „sozialetische Wertung“ als eindeutiges Merkmal aus. Es muß sich damit abgefunden werden, daß es ein solches auch nicht gibt.⁵³ Allerdings kann sich der Gesetzgeber an verschiedenen Maßgaben orientieren.

Das Bundesverfassungsgericht hat als einen Anhaltspunkt die Aufgabe des Strafrechts ins Feld geführt, die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens zu schützen, deren Verletzung in jeder menschlichen Gesellschaft wegen der notwendigen Aufrechterhaltung der Friedensordnung nicht hingenommen werden könne. Ihre Verletzung gehöre in den Kernbereich des Strafrechts.⁵⁴ Dem kann zugestimmt werden. Ebenso ist dem höchsten Gericht in seiner Auffassung beizupflichten, daß der Gesetzgeber strafrechtlichen Rechtsgüterschutz anhand von den Wertungen des Grundgesetzes zu entwickeln habe.⁵⁵ Die bedeutet jedoch nicht, daß alle Prinzipien der Verfassung dem Strafrechtsschutz unterstellt werden müssen.⁵⁶

Ein weiteres Indiz wird von einem Teil der Lehre angeführt. So meinen *Jescheck* und *Weigend*, daß sich die Ordnungswidrigkeit von der Straftat – neben dem geringeren Grad von Gefährlichkeit des Rechtsgutsangriffs und des der Beeinträchtigung des geschützten Handlungsobjekts – deutlich durch das Fehlen jenes hohen Grads von Verwerflichkeit der Tätergesinnung unterscheide, welcher allein das schwere sozialetische Unwerturteil der Kriminalstrafe rechtfertige.⁵⁷

⁵¹ BVerfGE 27, 18, 28 ff.

⁵² Siehe *Jescheck* JZ 1959, 457, 461.

⁵³ Wie es im Grunde das Bundesverfassungsgericht auch für den Grenzbereich festgestellt hat, BVerfGE 27, 18, 29. Siehe auch *Jakobs*, AT, S. 54 f. Rdn. 9 f.

⁵⁴ BVerfGE 27, 18, 29. Ihm folgt *Rebmann/Roth/Herrmann-Förster*, Vor § 1 Rdn. 9.

⁵⁵ So ebenfalls *Göhler*, Vor § 1, Rdn. 6. Vgl. zu einer solchen „Wertschöpfung“ unabhängig vom Strafrecht BVerfGE 5, 85, 204 ff.; 6, 32, 40 f.; 7, 198, 204 f.; 21, 362, 372.

⁵⁶ So auch *Jakobs*, AT, S. 55 Rdn. 10, der hierbei auf die Sozialstaatlichkeit verweist.

⁵⁷ *Jescheck/Weigend*, AT, S. 59.

Die beiden genannten Ansätze von der Rechtsprechung und der Literatur greifen im Grunde die Aspekte auf, die für die Strafwürdigkeit von Verhaltensweisen relevant sind; und zwar einerseits den Erfolgswert und andererseits den Handlungswert.⁵⁸ Verletzungen von Individual- oder Gemeinschaftsgütern, die für ein friedvolles Leben der Gesellschaft essentiell sind, müssen auch strafrechtlich geahndet werden. Hier sind der Wert des Rechtsguts und die Gefährlichkeit seiner Beeinträchtigung relevant. Soll hingegen die Verwerflichkeit der Tätergesinnung aussagekräftig sein, darf sie nicht vom betroffenen Schutzgut entkoppelt werden. Denn ließe man es nur auf eine besonders verwerfliche Tätergesinnung ankommen, würde ihr Vorhandensein die Sanktionierung durch das Ordnungswidrigkeitenrecht selbst dann hindern, wenn das verletzte Rechtsgut nicht zu den elementaren Werten des Gemeinschaftslebens zu zählen ist. Das erscheint jedoch als Grundsatz nicht richtig. Ein relativ hoher Grad an Verwerflichkeit der sozialschädlichen Einstellung des Täters muß nicht notwendig zu einer Ahndung durch das Strafrecht führen, wenn die angegriffenen Rechtsgüter eher als sekundär einzustufen sind.

Es bleibt dabei, daß der Gesetzgeber abgesehen vom Kernbereich des Strafrechts einen Ermessensspielraum hat, in dem er Zuwiderhandlungen nach pragmatischen Gesichtspunkten entweder einem Rechtsgebiet zuordnen oder aber auch gar nicht einer repressiven Kontrolle unterwerfen kann.⁵⁹ Er trifft in dem Grenzbereich zwischen Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht eine rechtspolitische Entscheidung.⁶⁰

So ergibt sich auch für den Amtsmissbrauch kein eindeutiges Bild. Würde allein vom Rechtsgut der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung ausgegangen, wäre der Amtsmissbrauch nicht als ein Verhalten einzustufen, das einen elementaren Wert des Gemeinschaftslebens betrifft, obwohl der geordnete Ablauf der Administration für eine moderne Gesellschaft wichtig ist. Für die Aufrechterhaltung ihrer Friedensordnung jedoch ist die Funktionsfähigkeit der Administration nicht entscheidend. Beim Mißbrauch der staatlichen Funktionen hingegen, der daneben auch einen Vermögensschaden verursacht, fällt die Entscheidung schwerer, da er den sozialen Frieden nachhaltiger gefährden kann.⁶¹ Dennoch ist die Ahndung durch das OWiG nicht auszuschließen, denn zum einen beinhaltet es bereits heute z.B. auch Eigentumsschutz (§ 39 Abs. 1 Nr. 8 BJagdG), und zum anderen ergibt sich aus dem Grundgesetz nicht, daß die tangierten Rechtsgüter

⁵⁸ Siehe oben C.II.3., S. 483.

⁵⁹ Jescheck/Weigend, AT, S. 59. Vgl. BVerfGE 27, 18, 30.

⁶⁰ BVerfGE 22, 49, 78, 81; 23, 113, 126; 27, 18, 28.

⁶¹ Vgl. Rebmann/Roth/Herrmann-Förster, Vor § 1 Rdn. 9, der das Vermögen zu den unentbehrlichen Rechtsgütern zählt. Allerdings sieht er die Umwandlung von Bagatelldelikten im Bereich der Vermögenskriminalität in Ordnungswidrigkeiten nicht im Widerspruch zu der von ihm befürworteten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Förster a.a.O., Rdn. 11.

allein durch das Strafrecht zu schützen sind.

Grundsätzlich besitzt ein Amtsmissbrauch – abgesehen von der Ausnutzung der besonderen Vertrauensstellung vor allem mit Blick auf den oben skizzierten hohen Grad von verwerflicher Tätergesinnung seiner absichtlichen Begehung – einen hohen Unwert. Dessen Schwere wegen gehört der Amtsmissbrauch gewiß nicht in dem Kernbereich des Ordnungswidrigkeitenrechts. Im Gegenteil ist dieser Unwert geeignet, die Anwendung einer strafrechtlichen Sanktion mit ihren gravierenden rechtlichen wie sozialen Implikationen zu rechtfertigen. Der große personale Handlungsunwert könnte folglich die strafrechtliche Sanktionierung des Amtsmissbrauchs stützen, obwohl die beeinträchtigten Rechtsobjekte nicht als elementar zu qualifizieren sind. Der Gesetzgeber müßte im Grundsatz dieser Lösung aber nicht den Vorzug geben, wenn er es für angemessener hält, den Mißbrauch von staatlichen Befugnissen durch das mildere Mittel des Ordnungswidrigkeitenrechts zu regeln.

Andererseits muß der deutsche Gesetzgeber das bestehende Recht beachten. Eine Ahndung des Amtsmissbrauchs als Ordnungswidrigkeit stünde im Widerspruch zu den Wertungen des geltenden Strafrechts. Ohne eine umfassende Reform der Amtsdelikte wäre das Ungleichgewicht allein gemessen am Unrecht der Delikte der Rechtsbeugung, Bestechlichkeit, Vorteilsannahme und Gebührenüberhebung untragbar.⁶² Die Ausscheidung der Bestechungsdelikte aus dem Strafrecht oder auch nur die signifikante Herabsetzung ihrer Strafrahmen ist aber vor dem Hintergrund der rechtlichen wie politischen Verpflichtungen im Rahmen der EU- und UN-Korruptionsbekämpfung nicht denkbar.⁶³

Hält der Gesetzgeber in bezug auf den Amtsmissbrauch ein Eingreifen für rechtspolitisch erforderlich, scheidet folglich eine Sanktionierung durch das

⁶² Das könnte auch nicht mit dem Hinweis entkräftet werden, daß der Amtsmissbrauch momentan gar nicht sanktioniert wird und deshalb das Ungleichgewicht bei einer Regelung wenigstens durch das Ordnungswidrigkeitenrecht keinesfalls größer sein könne, als bei der gegenwärtigen Rechtslage. Hierbei würde übersehen, daß der Amtsmissbrauch zur Zeit weder im Ordnungswidrigkeiten- noch im Strafrecht geregelt, sondern lediglich vom Disziplinarrecht erfaßt ist. Entscheidet sich der Gesetzgeber zum Handeln und wählt dann anstatt des Kriminalrechts die Einstufung als Ordnungswidrigkeit, wird das Ungleichgewicht begründet bzw. zementiert.

⁶³ Zwar betrifft die derzeitige EU-Rechtsangleichung hinsichtlich der Korruption vornehmlich den privaten Sektor (siehe Amtsbl. EG L 358 v. 31.12.1998, 2; EG L 192 v. 31.07.2003, 54) und wurde das UN-Übereinkommen gegen Korruption (A/RES/58/4) von der Bundesrepublik noch nicht ratifiziert, dennoch ist eine Entkriminalisierung der Bestechlichkeit von Amtsträgern nicht vorstellbar. Sie würde ein Ungleichgewicht gegenüber der weiterhin strafbaren Korruption in der Wirtschaft bewirken und den internationalen Bemühungen zur Eindämmung der Korruption zuwiderlaufen (siehe auch die Mitteilung der EU-Kommission vom 28.5.2003, KOM/2003/0317 endg.; am 08.07.2009 zu finden unter http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=de&type_doc=COMfinal&an_doc=2003&nu_doc=317).

Ordnungswidrigkeitenrecht unter den gegebenen Umständen – nicht jedoch prinzipiell – aus.

IV. Disziplinarrecht

Wenn es um die Verhinderung von Unrecht seitens öffentlich Bediensteter in Ausübung ihrer staatlichen Tätigkeit geht, ist als milderes Mittel gegenüber dem Strafrecht insbesondere auch die Disziplinalgewalt in Betracht zu ziehen. Zwar wird Disziplinarunrecht gegenüber dem kriminellen Unrecht überwiegend als ein „grundsätzliches Aliud“ angesehen,⁶⁴ jedoch dienen sowohl die Kriminalstrafe als auch die Disziplinarmaßnahme der Aufrechterhaltung einer Organisation. Sie sollen das Funktionieren der Organisation gegen Störungen durch Organisationsangehörige sicherstellen.⁶⁵ Strafrecht schützt die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens und damit den Staat insgesamt.⁶⁶ Dem Disziplinarrecht fällt demgegenüber die Aufgabe zu, das Funktionieren besonders wichtiger staatlicher Organisationen (vornehmlich des Beamtenapparats, der Bundeswehr und des Strafvollzugs) sowie bestimmter Berufsstände (wie beispielsweise der Anwälte und Ärzte) zu gewährleisten.⁶⁷ Selbst wenn also mit der jeweiligen Sanktionsgewalt nicht identische Ziele verfolgt werden, kann sich der Gesetzgeber durch Androhung nicht nur von Kriminalstrafe, sondern auch von Disziplinarmaßnahmen eine spezial- wie generalpräventive Wirkung erhoffen.⁶⁸ Sanktionen nach dem Disziplinarrecht als milderes Mittel gegenüber dem Strafrecht zu prüfen, ist daher im Grundsatz legitim.

Der Amtsmissbrauch wird bereits heute vom geltenden Disziplinarrecht für die Beamenschaft erfaßt. Es gehört zu den Pflichten des Amtsträgers, seine Aufgabe unparteiisch und gerecht zu erfüllen sowie sein Amt zum Wohl der Allgemeinheit zu führen.⁶⁹ Was unparteiisch und gerecht ist, bestimmen die

⁶⁴ So bspw. Maurach/Zipf, AT 1, S. 9, § 1, Rdn. 17 f.

⁶⁵ Jacobs, AT, S. 57 f. Rdn. 15 f.

⁶⁶ BVerfGE 27, 18, 28 f.

⁶⁷ Maurach/Zipf, AT 1, S. 9 ff., § 1, Rdn. 18 ff.; Roxin, AT I, 2006, S. 60, § 2, Rdn. 134.

⁶⁸ Wenn also nicht rechtssystematisch, so ist das doch rein faktisch der Fall. Daß Disziplinarrecht auch eine normative Garantie leisten muß, also Maßnahmen nicht allein wegen ihrer spezialpräventiven Wirkung ergehen, sondern auch zur Bestätigung der Norm, verdeutlicht das Beispiel, in welchem ein Beamter den letzten Monat vor seiner Pensionierung grundlos nicht mehr zum Dienst erscheint. Ein Sanktionsbedürfnis nach Gesichtspunkten der Spezialprävention scheidet aus, dennoch muß das Fehlverhalten geahndet werden, damit die Normgeltung nicht in Frage gestellt wird. Siehe Jacobs, AT, S. 58 Rdn. 17.

Grds. a.A. Köhler, in: Köhler/Ratz, BDG, S. 115 Rdn. 88 ff., der entgegen der st. Rspr. des BVerwG als Zielsetzung der Disziplinierung die allgemeine Abschreckung (Generalprävention) für unzulässig erachtet. Eine faktische Generalprävention erkennt er jedoch an.

⁶⁹ Siehe § 60 Abs. 1 Satz 2 BBG bzw. § 33 Abs. 1 Satz 2 BeamtStG.

Gesetze und die sie konkretisierenden Anordnungen der Vorgesetzten. Die Unparteilichkeit ist Ausdruck des Gerechtigkeits- und Gleichheitsgebots, woraus wiederum das Gebot der Uneigennützigkeit und Unbefangenheit folgt.⁷⁰ Das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) regelt in den §§ 20 und 21 umfassend das Unbefangenheitsprinzip für den öffentlichen Dienst. Jeder Amtsträger ist verpflichtet, auch nur den Anschein von Parteilichkeit zu vermeiden.⁷¹ Um so mehr ist der Gebrauch der amtlichen Befugnisse zur Verfolgung privater Ziele, insbesondere zu einem persönlichen Vorteil, nicht gestattet.⁷² Demzufolge verstößt ein Amtsmißbrauch unzweifelhaft gegen die gesetzlich normierten Pflichten der Beamten. Schuldhaftes Zuwiderhandlungen werden als Dienstvergehen bezeichnet, § 77 BBG bzw. § 47 BeamtStG, und nach dem Bundesdisziplinar-gesetz (BDG) behandelt. Die schwerwiegendste Disziplinarmaßnahme ist die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis (§ 10 BDG), die nur im Wege der Disziplinar-klage von einem Verwaltungsgericht ausgesprochen werden kann (§§ 34, 45 BDG). Nach § 13 BDG ist der Beamte, der durch ein schweres Dienstvergehen das Vertrauen des Dienstherrn oder der Allgemeinheit endgültig verloren hat, aus dem Beamtenverhältnis zu entfernen. Sind die Tatbestandsvoraussetzungen gegeben, bleibt dem zuständigen Gericht kein Ermessensspielraum.⁷³ Die Schwere des Dienstvergehens beurteilt sich nach objektiven Handlungsmerkmalen wie Eigenart und Bedeutung der Dienstpflichtverletzungen, Häufigkeit und Dauer eines wiederholten Fehlverhaltens, darüber hinaus nach subjektiven Handlungsmerkmalen wie Verschulden des Beamten und Beweggründen für sein Verhalten sowie den unmittelbaren Folgen des Dienstvergehens für den dienstlichen Bereich und für Dritte.⁷⁴

Im Regelfall, wenn also keine besonderen Milderungsgründe vorliegen, dürfte bei einem Amtsmißbrauch das Vertrauen des Dienstherrn und der Bevölkerung in den Amtsträger unwiederbringlich verloren und er deshalb aus dem Beamtenverhältnis zu entfernen sein.⁷⁵ Dies insbesondere, wenn auf Grund einer Gesamtwürdigung der bedeutsamen Umstände der Schluß gezogen werden muß, der Beamte werde auch künftig seinen Dienstpflichten nicht ordnungsgemäß nachkommen.⁷⁶

Fraglich ist, ob das BDG insofern einen geeigneten Schutz vor Amtsmißbräuchen bietet. Sobald die Kriminologen bzw. Rechtspolitiker – möglicherweise

⁷⁰ Siehe § 61 Abs. 1 Satz 2, § 65 und § 99 Abs. 2 BBG bzw. § 34 Satz 2 und § 40 BeamtStG. Vgl. Battis, § 52 BBG, Rdn. 9.

⁷¹ BVerwG ZBR 1968, 279, 280; BVerwGE 43, 42, 44.

⁷² BVerwGE 43, 42, 43; Kirchhof, VerwArch 1975, 370, 381 f.; Wenzel, DÖV 1976, 411 f.

⁷³ Ebert, BDG, S. 125.

⁷⁴ BVerwG, Urteil vom 06.07.2006, Aktenzeichen 1 D 7/05, juris, Rdn. 127.

⁷⁵ Vgl. die Übersicht über die Disziplinarmaßrechtsprechung bei Claussen/Janzen, BDO, S. 115 ff. Rdn. 30 ff.

⁷⁶ Insofern einschränkend BVerwG, Urteil vom 20.10.2005, Aktenzeichen 2 C 12/04, juris, Rdn. 30 ff.

aufgrund eines erhöhten Aufkommens mißbräuchlicher Amtsführung – gesetzgeberischen Handlungsbedarf erkennen, wäre dies ein Indiz, daß das geltende Disziplinarrecht dem Amtsmißbrauch eben nicht hinreichend wirksam begegnet. Andererseits wäre eine Verschärfung des positiven Disziplinarrechts nur noch möglich, indem beim Amtsmißbrauch die Entfernung aus dem Amtsverhältnis und den Ausschluß von Unterhaltsbeiträgen im Sinne von § 10 Abs. 3 BDG gesetzlich festgelegt würde.

Damit würde der Gesetzgeber aber von der aktuellen Gesetzestechnik abweichen, denn momentan werden keine Disziplinarvergehen gesondert benannt und ihre Sanktionierung vorgeschrieben. Eine Enumeration von Vergehen und den zu verhängenden Disziplinarmaßnahmen wäre möglich, besitzt jedoch grundsätzlich Nachteile. Sofern es keinen (allgemeinen) Auffangtatbestand gebe, bestünde vor allem die Gefahr, daß nicht alle ahndungswerten Verhaltensweisen erfaßt werden und Sanktionslücken entstehen. Bei der Nennung allein des Amtsmißbrauchs als „spezifiziertes“ Dienstvergehen steht dies jedoch nicht zu befürchten. Die weite Definition des Dienstvergehens bliebe unberührt und der prinzipielle Beurteilungsspielraum bei der Maßregelung von Dienstverfehlungen ebenfalls. Die Abweichung von der bisherigen Gesetzessystematik ließe sich nicht umgehen.⁷⁷

Andererseits könnten der Lösung mittels des Disziplinarrechts grundsätzliche Bedenken aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzung von Disziplinar- und Strafrecht entgegenstehen. Die Disziplinalgewalt soll der Effektivität des Beamtenapparats dienen, diesen also vor Beeinträchtigungen durch seine Angehörige schützen. Wenn jedoch der Amtsmißbrauch aufgrund seines sozialschädlichen Aufkommens derart disziplinarrechtlich geregelt würde, stünde der Schutz der Gesellschaft vor den Rechtsverletzungen der Beamten im Vordergrund.

Roxin, für den die Abgrenzung zwischen Disziplinar- und Strafrecht vom Gegenstand des Fehlverhaltens her eher quantitativer Art ist, stellt in diesem Zusammenhang fest, daß es darauf ankomme, „ob eine Verfehlung im Rahmen einer Organisation oder eines Berufstandes die Allgemeinheit so sehr berührt, daß darauf mit Kriminalstrafe reagiert werden muss, oder ob mit dem milderen Mitteln interner Disziplinierung auszukommen ist“. Er führt das Beispiel des bestechlichen Beamten an, der das Vertrauen der Allgemeinheit in die Zuverlässigkeit der staatlichen Administration so sehr erschüttere, daß ein solches

⁷⁷ Hierbei müßte der Gesetzgeber im Grunde zwischen dem Subsidiaritätsprinzip und einem gesetzestechnisch bewährtem Disziplinarrecht abwägen.

Andererseits ließe sich durch einen Zusatz in § 13 BDG, vielleicht als Abs. 3, das Gesetz um ein Regelbeispiel des Amtsmißbrauchs für einen endgültigen Vertrauensverlust leicht erweitern, ohne daß seine Übersichtlichkeit großen Schaden nähme. In § 10 I BDG könnte dann durch einen weiteren Satz die Gewährung von Unterhaltsbeiträge für Täter eines Amtsmißbrauchs ausgeschlossen werden.

Verhalten mit Kriminalstrafe geahndet werden müsse. Hingegen berührten andere Dienstvergehen die Belange der Gemeinschaft weniger, so daß man es bei internen Disziplinarmaßnahmen bewenden lassen könne.⁷⁸ Hiernach wäre der Amtsmißbrauch strafrechtlich zu sanktionieren, da auch bei ihm das Vertrauen der Gesellschaft nachhaltig erschüttert wird.

Das ist ein Konflikt, bei dem es um die Abwägung zwischen dem Grundsatz der Subsidiarität von Strafrecht – daß also Strafe nur als *ultima ratio* in Frage kommt – und der Idee der Anwendung von Disziplinargewalt nur zum Schutz des öffentlichen Diensts geht. Zum einen müssen auch mildere Mittel, die hinreichende Wirksamkeit versprechen, zur Anwendung kommen können, soll der Subsidiarität des Strafrechts tatsächlich Rechnung getragen werden. Sie hat – eine genügende Abschreckungswirkung vorausgesetzt – sowohl für den Täter als auch für die Gesellschaft nur Vorteile. Für den Täter stellt die Ahndung durch das Disziplinarrecht mit Sicherheit das mildere Mittel dar. Die negativen, sozialen Implikationen des Strafrechts werden vermieden. Eine gesellschaftliche Stigmatisierung wie sie durch das Strafrecht geschieht, haftet einer disziplinarrechtlichen Maßnahme nicht an. In dieser Hinsicht profitiert die Gemeinschaft ebenfalls. Zum anderen unterstützt eine solche Verschärfung die Zielsetzung des Disziplinarrechts. Die Spezial- und Generalprävention durch die sofortige Entlassung des überführten Täters eines Amtsmißbrauchs kommt auch der Effektivität des (rechtmäßigen) öffentlichen Diensts zugute. Im übrigen hätte auch die strafrechtliche Verurteilung wegen Amtsmißbrauchs eine Entlassung aus dem öffentlichen Beschäftigungsverhältnis zur Folge, sofern eine Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verhängt wird, § 41 Abs. 1 Nr. 1 BBG bzw. § 24 Abs. 1 Nr. 1 BeamtStG. Schließlich darf nicht übersehen werden, daß die Tat des Amtsmißbrauchs bereits heute durch das Disziplinarrecht erfaßt wird und es sich lediglich um dessen Verschärfung handelte. Es hieße damit nicht, sich zwischen Disziplinarrecht oder Strafrecht für ein neues Fehlverhalten entscheiden zu müssen. Vielmehr würde die Schraube der Disziplinargewalt angezogen, um zu prüfen, ob dies nicht bereits genügt, das Aufkommen des sozialschädlichen Verhaltens einzudämmen. Aus demselben Grund wäre der Einwand des Wertungswiderspruchs mit dem geltenden Strafgesetzbuch hier nicht zu erheben – anders als gegen eine Regelung mittels des Ordnungswidrigkeitenrechts.

Einem Amtsmißbrauch könnte der Gesetzgeber, der rechtspolitischen Handlungsbedarf gegeben sieht, somit zunächst mit einer kompromißlosen Applikation der disziplinarrechtlicher Maßnahme der Entfernung aus dem Beamtenverhältnis und dem gleichzeitigen Verlust jeglicher Versorgungsansprüche entgegentreten. Allerdings darf die Wirksamkeit einer etwaigen Maßnahme bezweifelt werden. Angesichts der Tatsache, daß schon heute ein Amtsmißbrauch in der Regel

⁷⁸ Roxin, AT I, 2006, S. 60 f., § 2, Rdn. 135.

die Maßnahme des § 10 BDG nach sich zieht und somit eine entsprechende generalpräventive Wirkung⁷⁹ entfaltet, dürfte die hier diskutierte Änderung des Disziplargesetzes keine tiefgreifenden Verbesserungen bringen. Das Mißbrauchsaufkommen, welches ein Handeln erforderte, dürfte also nicht erheblich höher sein als heute. Das müßte letztlich vom Gesetzgeber entschieden werden, der den rechtspolitischen Handlungsbedarf gegeben sieht.

V. Ergebnis der Strafbedürftigkeit

Ein Verhalten, das einen Amtsmißbrauch beinhaltet, zieht bereits heute verwaltungs-, zivil- und disziplinarrechtliche Konsequenzen nach sich. Würde dennoch Handlungsbedarf zur Eindämmung des Phänomens Amtsmißbrauch festgestellt, wäre damit offenbar, daß die Möglichkeiten des geltenden Rechts nicht ausreichend sind.

Dabei haben das Verwaltungs- und Zivilrecht andere Zielvorgaben und nicht die Spezial- oder Generalprävention von Unrechtstaten im Blick. Das Verwaltungsrecht will nur die Aufhebung der unrechtmäßigen Verwaltungsentscheidung erreichen, während die zivilrechtlichen Schadensersatzpflichten allein auf die Wiederherstellung der ursprünglichen Rechtslage bzw. auf die Wiedergutmachung der erlittenen Schäden gerichtet sind. Lediglich das Disziplinarrecht strebt auch die Verhinderung von mißbräuchlichem Verhalten an. Disziplinarrechtliche Sanktionen sollen nicht nur Täter läutern, sondern potentielle Täter von Dienstverfehlungen abhalten. Wenn das Aufkommen an Amtsmißbräuchen steigt, könnte der Gesetzgeber die Verschärfung des Disziplinarrechts anvisieren.

Die Zweckentfremdung staatlicher Kompetenzen als Ordnungswidrigkeit zu qualifizieren ist unter der geltenden Rechtslage nicht möglich, ohne den sozial-ethischen Unwert der Tat mit Blick auf die im Strafgesetzbuch kodifizierten Amtsdelikte unverhältnismäßig gering zu sanktionieren. Dafür bedürfte es einer umfassenderen Reform des einschlägigen Strafrechts.

Folglich könnte insbesondere das Disziplinarrecht als milderes Mittel im Gegensatz zur *ultima ratio* des Strafrechts zum Zuge kommen. Ob es allerdings ebenso effektiv wie Kriminalrecht ist, erscheint fraglich. Die Schärfe von letzterem, bedingt unter anderem durch die soziale Stigmatisierung, wird stets sicherlich einen größeren Eindruck auf potentielle Täter machen als dies das Disziplinarrecht vermag. Die Abschreckung für potentielle Täter, einen Amtsmißbrauch zu begehen, wird also durch das Strafrecht insgesamt am ehesten gewährleistet.

⁷⁹ Selbst wenn eine generalpräventive Zielsetzung verneint würde und es im Disziplinarverfahren eine Vertraulichkeitspflicht gäbe, wird die individuelle Maßnahme zwangsläufig zu einer Abschreckung führen, so auch Köhler, in: Köhler/Ratz, BDG, S. 115 Rdn. 88.

Die Effektivität einer Schärfung des BDG ist darüber hinaus deshalb zweifelhaft, weil die schwerstmögliche Sanktion, die Entfernung aus dem Dienstverhältnis, bereits heute grundsätzlich angewandt wird. Wenn der Gesetzgeber daher die Möglichkeiten dieses sozial milderen Eingriffsmittels gemessen am Handlungsbedarf als so begrenzt einschätzt, wäre die Strafbedürftigkeit des Amtsmissbrauchs nicht zu verneinen.

E. Ergebnis zur Strafwürdigkeit

Die Gegenüberstellung des Amtsmissbrauchs mit den im geltenden Strafbuch kodifizierten Amtsdelikten ergibt seine grundsätzliche Strafwürdigkeit.

Insbesondere der personale Handlungsunwert der absichtlichen Zweckentfremdung öffentlicher Befugnisse zum Schaden anderer oder zum eigenen Vorteil offenbart eine besonders verwerfliche Tätergesinnung. Ihr gegenüber wäre das schwere Unwerturteil einer Kriminalstrafe, mit sämtlichen auch sozialen Folgen für den Handelnden, durchaus verhältnismäßig. Daher ist auch nach dem materiellen Verbrechensbegriff der Amtsmissbrauch als strafwürdig zu qualifizieren.

Um dem Grundsatz, daß Strafe nur die *ultima ratio* der Sozialkontrolle sein darf, Genüge zu tun, muß der Gesetzgeber weniger einschneidenden Sanktionsmöglichkeiten gegenüber dem Strafrecht den Vorzug geben. Die Wirksamkeit der theoretisch möglichen Verschärfung des Disziplinarrechts ist eher als gering einzuschätzen, insbesondere wenn rechtspolitischer Handlungsbedarf wegen eines zukünftig vermehrten Deliktsaufkommens gesehen würde. Nach diesem milderen Mittel bliebe nur noch Raum für die Inkriminierung der Zweckentfremdung von administrativen Befugnissen.

Schlußbetrachtung

Die divergierenden Rechtslagen in Deutschland und Italien bezüglich des Amtsmissbrauchs lassen sich vor allem historisch erklären. Eine weniger öffentlichrechtlich ausgerichtete Konzeption vom Beamtentum in Italien mag die unterschiedliche Entwicklung begünstigt haben. Daß dort zudem Rechtsbrüche weniger streng geahndet werden als hierzulande, kann nur vermutet werden und bedürfte einer gesonderten Überprüfung.

Nur wenige Delikte im deutschen Strafgesetzbuch können überhaupt Konstellationen von Amtsmissbräuchen erfassen. Der klassische Fehlgebrauch von amtlichen Kompetenzen – eines solchen, der nach italienischem Recht allein gemäß Art. 323 c.p. bestraft wird – ist in Deutschland in der Regel strafrechtlich nicht relevant. Dadurch ergibt sich eine „Strafbarkeitslücke“. Sie zu schließen, könnte vom deutschen Gesetzgeber erwogen werden.

Hier wird die Frage der Strafwürdigkeit des Amtsmissbrauchs relevant. Grundsätzlich ist sie, gemessen am bestehenden Recht in Deutschland, gegeben. Das Gewicht von Erfolgs- und Handlungswert würden das Mittel des Strafrechts legitimieren. Weil das Disziplinarrecht nur noch sehr begrenzt verschärft werden kann und daher zur Eindämmung von Mißbrauchsfällen kaum geeignet sein dürfte, ist auch die Strafbedürftigkeit zu bejahen – besonders wenn einem Mehraufkommen von Amtsmissbräuchen entgegen gewirkt werden soll.

Es stellt sich die Frage, ob in Deutschland eine entsprechende Norm ins Strafgesetzbuch aufgenommen werden sollte.

Das erscheint zumindest dann sinnvoll, wenn es zu einem signifikanten Anstieg dieses Fehlverhaltens kommen sollte. Allerdings könnte die Legislative auch bei einer Revision der gesamten Amtsdelikte einen allgemeinen Amtsmissbrauchstatbestand schaffen und spezielle Normen wie die Gebührenüberhebung¹ aufheben.

¹ Das gilt selbst vor dem Hintergrund, daß § 352 nicht allein Amtsträger, sondern auch Anwälte und sonstige Rechtsbeistände als Täter benennt. Mit Vertretern der Privilegierungsthese ließe sich dann auf die Anwendbarkeit des § 263 verweisen. Nach § 263 Abs. 4 führten zudem Bagatellfälle der „Gebührenüberhebung“ nicht ohne weiteres zur strafrechtlichen Sanktionierung.

Es besteht auch die Möglichkeit, daß sich der deutsche Gesetzgeber mit der Einführung eines Amtsmißbrauchstatbestands wegen Entwicklungen im EU-Recht auseinanderzusetzen hat. Ein „echtes“² supranationales Strafrecht in Europa existiert derzeit nicht, weil die EG/EU keine Kompetenz zu kriminalstrafrechtlicher Rechtssetzung besitzt.³ Das würde sich mit dem Art. 280 Abs. 4 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), der künftig als Art. 325 AEUV firmieren soll, ändern.⁴ Damit würde eine Rechtsgrundlage für eine echte Strafrechtssetzungskompetenz geschaffen – beschränkt allerdings auf den Bereich der Bekämpfung von „Betrügereien und sonstige gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtete rechtswidrige Handlungen“.⁵ Wie die neue Rechtssetzungsbefugnis durch die Organe der Union hinsichtlich materiell-rechtlicher Vorschriften umgesetzt werden könnte, zeigt beispielsweise der Blick auf das sogenannte Corpus Juris 2000, den überarbeiteten „Corpus Juris strafrechtlicher Regelungen zum Schutze der finanziellen Interessen der EU“. Neben Delikten wie „Betrügereien“, Bestechlichkeit und Bestechung ist in Art. 7 auch der Tatbestand des Mißbrauchs von Amtsbefugnissen formuliert.⁶ In seiner deutschen Übersetzung lautet er wie folgt:

„Ein Beamter, der mit der Verwaltung von Mitteln aus dem Gemeinschaftshaushalt betraut ist, begeht eine Straftat, wenn er seine Befugnisse mißbraucht und dadurch die finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften beeinträchtigt.“

Es handelt sich durchaus um den Entwurf einer Strafvorschrift, die einem allgemeinen Mißbrauchstatbestand aus nationalem Recht gleicht. Freilich ist sie auf Handlungen zum Schaden der Europäischen Union beschränkt. Auch wenn es nun auf solchem Wege zu einem grundsätzlichen Durchbruch für ein Europäisches Kriminalstrafrecht kommen sollte, so ist durch die Begrenzung auf einzelne Bereiche die Schaffung eines umfassenden, nationales Recht substi-

² Die h.M. sieht durch Art. 30 EuGH-Satzung zumindest faktisch ein supranationales Gemeinschaftsrecht geschaffen. Der dortige Verweis auf nationales Strafrecht dehnt die Reichweite von bereits existierenden niedgliedstaatlichen Strafbestimmungen aus. Siehe zu dieser „Assimilierungstechnik“ Ambos, Internationales Strafrecht, S. 423 ff., Rdn. 16 ff. A.A. Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, S. 87 f., Rdn. 17 ff.

³ Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, S. 90 ff., Rdn. 23 ff.; Ambos, Internationales Strafrecht, S. 417 ff., Rdn. 6 ff.

⁴ Der Vertrag von Lissabon, der den EG-Vertrag, nun AEUV, ändert, befindet sich noch im Ratifizierungsverfahren. Wegen des ablehnenden Referendums der Republik Irland zum Vertrag konnte dieser nicht wie beabsichtigt am 1.1.2009 in Kraft treten. Wann er es tut, ist zurzeit offen.

⁵ Ambos, Internationales Strafrecht, S. 421 f., Rdn. 13; Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, S. 95 f., Rdn. 40 ff.

⁶ Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, BT, S. 28, Rdn. 48, meint allerdings, daß im Gegensatz zu Art. 5 (Bestechlichkeit und Bestechung) u.a. der Amtsmißbrauch durch einen neuen Kompetenztitel zur EU-Amtsträgerstrafbarkeit erfaßt werden müßte, wie ihn der 2004 vorgelegte Alternativentwurf „Europäische Strafverfolgung“ zu Recht gefordert habe.

tuierenden „Europäischen Strafgesetzbuchs“ mittelfristig⁷ nicht zu erwarten. In einem solchen Regelwerk wäre aber die Bestimmung eines Amtsmissbrauchs nicht ungewöhnlich. Neben dem eben bereits gesehenen Modellcharakter des Corpus Juris auf supranationaler Ebene verfügen heute eine Reihe von Mitgliedstaaten der EU in ihren Rechtsordnungen über eine entsprechende Strafvorschrift.⁸

Insofern wäre auch eine diesbezügliche Harmonisierung des nationalen Strafrechts innerhalb der EU denkbar. Art. 29 Abs. 2, Spiegelstrich 3 und Art. 31 Abs. 1 e) EUV bietet die Möglichkeit einer materiellen Strafrechtsangleichung. Dieser Weg sieht die „Festlegung von Mindestvorschriften über Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und Strafen“⁹ vor.¹⁰ Allerdings sind der Rechtsangleichung nach Art. 31 Abs. 1 e) EUV Grenzen gesetzt, weil Art. 29 Abs. 2, 3. Spiegelstrich EUV bestimmt, daß eine Annäherung der Strafvorschriften der Mitgliedstaaten nur erfolgt, „soweit dies erforderlich ist“. Es muß zur Erreichung des ebenfalls in Art. 29 EUV formulierten Unionsziels der Schaffung eines „Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ notwendig sein.¹¹ Somit kommen für die Angleichung nur besonders schwere und grenzüberschreitende Deliktskategorien in Betracht.¹² Das ist bei einem Amtsmissbrauch, der in aller Regel keine grenzübergreifende Dimension aufweist, eher zu verneinen. Somit erstrecken sich die bisherigen Harmonisierungsbemühungen der EU nicht auf die Amtsdelikte. Zwar gibt es eine Gemeinsame Maßnahme¹³ und

⁷ Selbst auf lange Sicht erscheint es eher unwahrscheinlich, daß die Mitgliedstaaten ihre eigene Strafrechtssetzungskompetenz zugunsten einer europäischen aufgeben werden. Die stets wiederholte Betonung, daß die EU nicht zu einem Bundesstaat ausgebaut werden soll, spricht auch dagegen. Siehe jüngst den ersten Leitsatz der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon, BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009: „Das Grundgesetz ermächtigt mit Art. 23 GG zur Beteiligung und Entwicklung einer als Staatenverbund konzipierten Europäischen Union. Der Begriff des Verbundes erfasst eine enge, auf Dauer angelegte Verbindung souverän bleibender Staaten, die auf vertraglicher Grundlage öffentliche Gewalt ausübt, deren Grundordnung jedoch allein der Verfügung der Mitgliedstaaten unterliegt und in der die Völker – das heißt die staatsangehörigen Bürger – der Mitgliedstaaten die Subjekte demokratischer Legitimation bleiben.“

⁸ Hier sind neben Italien u.a. Frankreich, Spanien, Österreich, Dänemark, Schweden, Polen zu nennen.

⁹ Nach richtiger Ansicht ist die dort folgende Beschränkung auf die Bereiche der Organisierten Kriminalität, des Terrorismus und des illegalen Drogenhandels sprachlich mißglückt und Art. 31 I e) EUV im Grunde weit auszulegen. Dies ergibt sich bereits aus Art. 29 EUV, der von der „Verhütung und Bekämpfung der – organisierten und nichtorganisierten – Kriminalität“ spricht. So auch Hecker, *Europäisches Strafrecht*, S. 422 Rdn. 84 ff.; Satzger, in: Streinz, *EUV/EGV*, Art. 31 EUV, Rdn. 12.

¹⁰ Siehe dazu Ambos, *Internationales Strafrecht*, S. 456 ff. Rdn. 5 ff.; ausführlich Vogel, *GA* 2003, 314, 315 ff.

¹¹ Hecker, *Europäisches Strafrecht*, S. 395 Rdn. 6.

¹² So Satzger, in: Streinz, *EUV/EGV*, Art. 31 EUV, Rdn. 13.

¹³ Vom 22.12.1998 (Amtsbl. EG L 358 v. 31.12.1998, 2).

einen Rahmenbeschluß zur Bekämpfung der Bestechung,¹⁴ aber jeweils nur zur Bestechung im privaten Sektor.

Insgesamt besteht wenig Aussicht, daß im Wege einer europäischen Rechtsangleichung in Deutschland in mittlerer Zukunft ein Straftatbestand des Amtsmißbrauchs eingeführt wird.

Ähnlich sieht es auf völkerrechtlicher Ebene aus. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption¹⁵ aus dem Jahre 2003 hat die Bundesrepublik noch nicht ratifiziert. Im Kapitel III über die Kriminalisierung und Rechtsdurchsetzung findet sich mit Art. 19 eine Bestimmung, die den Vertragsstaaten die Auseinandersetzung mit der Pönalisierung von Amtsmißbräuchen auferlegt.¹⁶ Der Vergleich des Textes mit anderen Vorschriften des Kapitels macht deutlich, daß es sich hier nicht um eine Kriminalisierungsverpflichtung handelt. Die Vertragsstaaten sollen die Einführung eines Straftatbestands des Amts- bzw. Machtmißbrauchs lediglich erwägen. Die englische Fassung benutzt die Formulierung „*shall consider adopting such legislative and other measures*“. In Art. 15, der die Bestechung und Bestechlichkeit behandelt, werden demgegenüber die Worte „*shall adopt such legislative and other measures*“ verwendet. Dort also sollen die Vertragsparteien zum strafrechtlichen Eingreifen gebunden werden. Selbst wenn daher die Bundesrepublik die UN-Konvention gegen Korruption ratifizieren sollte, folgt daraus mithin keine völkerrechtliche Pflicht, einen Amtsmißbrauchstatbestand einzuführen.

Weder mit Blick auf die Bemühungen der EU noch der Vereinten Nationen, dem Problem der Korruption umfassend zu begegnen, ist es demzufolge wahrscheinlich, daß die Bundesrepublik eine entsprechende Strafbestimmung erlassen wird.

Aus anderen Gründen wurde seitens der deutschen Strafrechtslehre verschiedentlich die Einführung eines Tatbestands des Amtsmißbrauchs gefordert bzw. erwogen. So verlangt *Seebode* in Abgrenzung zur richterlichen Rechtsbeugung die Bestrafung von Verwaltungsbeamten, die vorsätzlich rechtswidrig Bürger schädigen oder begünstigen.¹⁷ Demgegenüber regt *Überhofen* die Schaffung eines „subsidiären Tatbestands des korruptiven Amtsmißbrauchs“ an, um die

¹⁴ Vom 22.07.2003 (Amtsbl. EG L 192 v. 31.07.2003, 54).

¹⁵ A/RES/58/4.

¹⁶ Die Bestimmung, überschrieben mit *Abuse of functions*, lautet: „*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.*“

¹⁷ Seebode, Das Verbrechen der Rechtsbeugung, S. 162 f.

„deutliche Strafbarkeitslücke zwischen den Tatbeständen der schweren Bestechung und der Rechtsbeugung“ zu schließen.¹⁸

Sollte sich die Legislative jedoch – aus welchen Gründen auch immer – zur Schaffung eines entsprechenden Straftatbestands entschließen, ist der Rückgriff auf die geltende Fassung des italienischen Art. 323 c.p. nicht zu empfehlen.

Er ist in der heutigen Form ein Produkt der Entwicklungen in Italien vor allem im Bereich der Justiz und insofern auf die italienischen Verhältnisse zugeschnitten. Die politisierte Justiz, die sich zur Bekämpfung von Gegnern mißbrauchen ließ, sowie die die ganze Gesellschaft erfassende Bewegung der „*mani pulite*“ waren¹⁹ italienische Phänomene, wie wir sie hierzulande gegenwärtig nicht kennen.²⁰ Daß der italienische Gesetzgeber 1997 den Anwendungsbereich des Amtsmißbrauchs und damit die Befugnisse der Staatsanwälte und Gerichte deutlich beschneiden wollte, ist vor diesem Hintergrund nachvollziehbar. Deshalb wurde der Tatbestand so formuliert, wie er sich heute im *codice penale* findet. Sprachlich gesehen ist die Darstellung der Tathandlung umständlich. Inhaltlich besitzt sie den Nachteil, die schwerwiegenden Verfehlungen aus dem Bereich der Ermessensverwaltung nicht zu erfassen. Auch aus diesem Grund böte sich Art. 323 c.p. nicht als Vorbild für eine deutsche Regelung.

Ein allgemeiner Amtsmißbrauch sollte wie in Italien Taten sowohl der absichtlichen Schädigung als auch der Selbstbegünstigung erfassen – zumindest wenn die Schaffung eines einzelnen Paragraphen angestrebt wird. Dadurch werden Mißbräuche unter Strafe gestellt, die zum Schaden der Bürger oder des Staates gehen oder den Täter oder Dritte rechtswidrig begünstigen. Rechtsgut wäre in erster Linie der Schutz der Funktionsfähigkeit und Unparteilichkeit der öffentlichen Verwaltung. Das Vertrauen der Allgemeinheit in diese Attribute soll durch die Norm bewahrt werden. Als Erfolgsdelikt konzipiert, würde es in der schädigenden Variante sekundär auch den Betroffenen vor staatlicher Willkür schützen.

Damit die Bestimmung einen *allgemeinen* Amtsmißbrauch darstellt, muß sie im Grundsatz einen weiten Tatbestand erhalten. Im Täterkreis sind sämtliche höheren öffentlichen Bediensteten einzuschließen, und die Tathandlung ist offen zu gestalten. Dies birgt allerdings unweigerlich die Gefahr mangelnder Bestimmtheit in sich.

Das schweizerische Beispiel mit einem umfassenden Tatbestand und seiner einhellig einschränkenden Auslegung zeigt jedoch im Gegensatz zur Situation

¹⁸ Überhofen, Korruption und Bestechungsdelikte im staatlichen Bereich, S. 231.

¹⁹ Eine politisch durchdrungene Justiz scheint es in Italien jedoch auch heute noch zu geben.

²⁰ Eine politisierte Verwaltung und Justiz war in Deutschland vor 1945 freilich nicht unbekannt.

in Italien vor 1997, daß sich eine Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes vermeiden läßt.

Der Gefahr, daß lediglich Verwaltungsunrecht kriminalisiert wird, kann durch die Aufnahme einer Finalität bezüglich eines unrechtmäßigen Tatbestandserfolgs in die Bestimmung begegnet werden. Handeln mit *dolus directus* ersten Grades zur Verursachung einer Schädigung anderer oder zur Erlangung eines Vermögensvorteils wäre eine begrenzende Voraussetzung. Allerdings hätte es Vorteile, den *dolus directus* zweiten Grades ebenfalls einzuschließen. In den Fällen, in denen auf unrechtmäßige, mißbräuchliche Weise sowohl öffentliche als auch private Interessen verfolgt werden, könnte sich der Täter immer auf den öffentlichen Zweck seines Tuns berufen. Dieser Weg wäre ihm aber verbaut, wenn der Taterfolg auch nur wissentlich hervorgerufen werden kann. Damit er einem strafrechtlichen Untersuchungsverfahren entgeht, müßte er von einem mißbräuchlichen Gebrauch seiner Kompetenzen Abstand nehmen. Andererseits sinkt mit dem Einschluß des Direktvorsatzes zweiten Grades die Schwelle der Strafbarkeit. Verwaltungsrechtliche Fehler werden eher unter Strafe gestellt. Somit haben beide Lösungen ihre Vorzüge. Meines Erachtens wäre es beim Amtsmißbrauch vorteilhaft, die Finalität des Handelns zu unterstreichen und lediglich Taterfolge zu pönalisieren, die mit *dolus directus* ersten Grades realisiert wurden. Damit läßt sich das strafbare Tun deutlicher zum bloßen Verwaltungsunrecht abgrenzen, welches einen Taterfolg als sicheren Nebeneffekt besitzt.

Um ein Übergewicht auf der subjektiven Tatbestandsseite, auch mit den beweisrechtlichen Schwierigkeiten, zu verhindern, sollte jedenfalls der Eintritt eines Taterfolgs verlangt werden. Damit entstände ein objektiver Anknüpfungspunkt für die Ermittlung des Direktvorsatzes als kriminelle Absicht.

Schließlich wäre es vorteilhaft, in der Strafvorschrift den notwendigen Zusammenhang zwischen der Tathandlung und dem Erfolg herauszustellen. Der Taterfolg muß auf dem Mißbrauch der Amtsbefugnisse beruhen. Er darf nicht vom verwaltungsrechtlichen Fehlverhalten abgekoppelt sein. Bei der zielgerichteten Zweckentfremdung staatlicher Befugnisse ist das eigentlich eine Selbstverständlichkeit. Im Tatbestand kann dies aber durch die Bezeichnungen „durch“, „mittels“ oder „und dadurch“ oder ähnliches verdeutlicht werden.

Wenn sich die Legislative eines Tages vor die Aufgabe gestellt sieht, einen Tatbestand eines allgemeinen Amtsmißbrauchs zu verfassen, so ist ihr folgende Normierung zu empfehlen:

- (1) Ein Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter, der durch Mißbrauch seiner Dienstbefugnisse absichtlich anderen einen Schaden zufügt oder sich oder anderen einen

rechtswidrigen Vermögensvorteil verschafft, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.

(2) Der Versuch ist strafbar.

(3) Verursacht die Tat einen Schaden oder Vermögensvorteil von nur geringem Umfang, wird der Amtsmissbrauch nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, daß die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.

Die ausdrückliche Subsidiarität gegenüber mit schwererer Strafe bedrohten Vorschriften macht die Funktion als Auffangtatbestand deutlich.

Der Wortlaut läßt einen extremen Anwendungsbereich zu, der durch eine restriktive Auslegung auf ein vernünftiges Maß zu beschränken ist. Unter Mißbrauch der Dienstbefugnisse ist nur rechtswidriges Verwaltungshandeln zu verstehen. Falls der Gesetzgeber Interpretationsschwierigkeiten vorbeugen wollte, ließe sich die Einschränkung in einem vierten Absatz mittels einer Legaldefinition klarstellen. Diese könnte wie folgt lauten: „Der Mißbrauch von Dienstbefugnissen ist die rechtswidrige Verwendung dienstlicher Befugnisse zu anderen als den gesetzlichen Zwecken.“ Der rechtswidrige Mißbrauch staatlicher Kompetenzen ist die erste Tatbestandsvoraussetzung. Die zweite ist grundsätzlich der Eintritt eines Taterfolgs: Eines – auch nur immateriellen – Schadens oder eines Vermögensvorteils. Der Taterfolg muß auf die Handlung zurückgehen und auf der subjektiven Seite vom Täter beabsichtigt worden sein. Entweder war er sein Endziel oder ein notwendiges Zwischenziel.

Das Strafmaß ergibt sich letztlich aus einem Vergleich mit dem Delikt der Vorteilsannahme, welche im Höchstmaß ebenfalls mit drei Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist. Zwar überwiegt die Gefährlichkeit der Vorteilsannahme gegenüber dem Amtsmissbrauch in den Fällen der vollendeten Kollusion, nicht aber beim einseitigen Fordern eines Vorteils. Diese Konstellation ähnelt aufgrund der Einseitigkeit, mit der der Amtsträger handelt, dem Amtsmissbrauch. Beide Delikte im Strafmaß anzugleichen, erscheint daher verhältnismäßig. Natürlich ließe sich ebenso eine Freiheitsstrafe allein bis zu zwei Jahren erwägen. Auch das wäre angemessen. Weil der Erfolg des Amtsmissbrauchs aber durchaus immense Ausmaße annehmen kann, wäre das Strafmaß mit der größeren Spanne aus meiner Sicht vorzuziehen.

Der Versuch des Amtsmissbrauchs ist unter Strafe zu stellen. Die Schwierigkeiten, die Grenze zwischen strafloser Vorbereitung und strafbarem Ansetzen zur Tat zu ziehen, sind nicht größer als bei anderen Delikten.

Der dritte Absatz erscheint sinnvoll, um die Inkriminierung von Bagatelldaten auszuschließen. Er ließe sich auch als Verweis auf die entsprechende Anwendung von § 248a formulieren. Das würde aber wahrscheinlich Unsicherheiten hervorrufen, ob auch geringe Schäden den Strafantrag bzw. die Feststellung des besonderen öffentlichen Interesses erforderlich machten. Ihr Einschluß, wie ohnehin die Aufnahme von immateriellen Schäden, ist nicht frei von Problemen. Wann ein solcher Schaden als gering anzusehen wäre, läßt sich nicht so leicht feststellen wie das geringe Ausmaß eines Vermögensvorteils. Letzterer ist bezifferbar, so wie die Rechtsprechung auch die Geringwertigkeit von Sachen bestimmt. Der Umfang eines Schadens, der geldwerte Positionen nicht tangiert, muß auf andere Weise bewertet werden. Allerdings kennt das Strafgesetzbuch bereits die geringe Schuld des Täters und das geringe Unrecht der Tat. So wird sich auch ein Maßstab für den geringen Umfang eines nichtvermögendlichen Schadens finden. Welche Art von Nachteil der Betroffene erleidet, könnte einen ersten Anhaltspunkt geben; beispielsweise ob es sich um körperliche, seelische oder gesellschaftliche Beeinträchtigungen handelt. Ob sie allein vorübergehend oder aber dauerhaft sind, mag ebenfalls zur Differenzierung dienen.

Abschließend sei nochmals darauf hingewiesen, daß zum gegenwärtigen Zeitpunkt wegen des „*Ultima-Ratio*-Gedankens“, möglichst wenig zu strafen, an einer singulären Inkriminierung des Amtsmißbrauchs ohne Novellierung der Amtsdelikte und unabhängig von einem gesteigerten Tataufkommen kein Bedürfnis besteht.

Literaturverzeichnis

AA.VV.: Diritto amministrativo, (a cura di Leopoldo Mazzarolli / Giuseppe Pericu / Alberto Romano / Fabio Alberto Roversi Monaco / Franco Gaetano Scoca), Vol. II, Monduzzi [Verlag], Bologna 1993; zitiert: AA.VV., Diritto amministrativo, Vol. II, 1993

AA.VV.: Diritto amministrativo, (a cura di Leopoldo Mazzarolli / Giuseppe Pericu / Alberto Romano / Fabio Alberto Roversi Monaco / Franco Gaetano Scoca), Vol. II, 3. ed., Monduzzi [Verlag], Bologna 2001; zitiert: AA.VV., Diritto amministrativo, Vol. II, 2001

AA.VV.: Compendio di diritto penale, Parte generale e speciale, Simone [Verlag], Napoli 2000; zitiert: AA.VV., Compendio di diritto penale

Abbamonte, Giuseppe: Sulla sindacabilità dell'eccesso di potere da parte del giudice ordinario, Temi nap., 1962, I, 211-215

Adomeit, Klaus: Rechtstheorie für Studenten, 4. Auflage, Heidelberg 1998

Albamonte, Adalberto: Abuso generico di ufficio, Giust. pen., 1973, II, Sp. 379-384

ders.: La „disapplicazione“ della concessione edilizia nel processo penale alla luce della recente giurisprudenza. Effetti per l'amministrazione locale., Riv. pen., 1981, 153-155

ders.: Dal „teorema“ della disapplicazione degli atti amministrativi alla „novella“ n. 234 del 1997. Il caso della concessione edilizia „illegittima“, Riv. pen., 1998, 641-646

Albertini, Bruna: Beitrag zu L'obiettivo su...l'abuso d'ufficio, L'indice pen., 1998, 42-44

Allegretti, Umberto: Imparzialità e buon andamento della pubblica Amministrazione, Dig. discipl. pubbl., Vol. VIII, Torino 1993, S. 131-139

Alessi, Renato: Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano, Milano 1953

ders.: Principi di diritto amministrativo, Parte I, 3. ed., Milano 1974; zitiert: Alessi, Principi di dir. amm.

Alibrandi, Tommaso: La sindacabilità del provvedimento amministrativo nel processo penale, Napoli 1969

Alpa, Guido / Bessone, Mario: Obbligazioni e contratti, in: Pietro Rescigno (diretto da), Trattato di diritto privato, Vol. XIV, Tome VI, 2. ed., Torino 1995

Altpeter, Frank: Strafwürdigkeit und Straftatsystem, Frankfurt am Main, Bern, New York, Paris 1990

Alwart, Heiner: Strafwürdiges Versuchen, Berlin 1982

Amara, Pifro: (Anmerkung zu Cass., G.u.p. Trib. Catania, 15.7.1998, Arena ed altri, Cass. pen., 1999, 722-736), Cass. pen., 1999, 736-737

Amato, Giuseppe: La Cassazione comincia a precisare i profili normativi del nuovo abuso d'ufficio, Cass. pen., 1998, 1359-1362

ders.: Puntualizzazioni giurisprudenziali sul „nuovo“ abuso d'ufficio, Cass. pen., 1998, 1621-1623

Amorth, Antonio: Il merito dell'atto amministrativo, Milano 1939

Ancora, Felice: Il concessionario di opera pubblica tra pubblico e privato, Milano 1990

Andreani, Antonio: Gli interessi pretensivi dinamici nel procedimento amministrativo, Dir. amm., 1994, 327-372

Antolisei, Francesco: L'offesa ed il danno nel reato, Bergamo 1930

ders.: Manuale di diritto penale, Parte generale, 13. ed., a cura di Luigi Conti, Milano 1994; zitiert: Antolisei, Manuale di diritto penale, Parte generale, 1994

ders.: Manuale di diritto penale, Parte generale, 16. ed., a cura di Luigi Conti, Milano 2003; zitiert: Antolisei, Manuale di diritto penale, Parte generale, 2003

ders.: Manuale di diritto penale, Parte speciale, Vol. II, 3. ed., Milano 1957; zitiert: Antolisei, Manuale di diritto penale, Parte Speciale, Vol. II, 1957

ders.: Manuale di diritto penale, Parte speciale, a cura di Luigi Conti, Vol. II, 9. ed., Milano 1986; zitiert: Antolisei, Manuale di diritto penale, Parte speciale, Vol. II, 1986

ders.: Manuale di diritto penale, Parte speciale, a cura di Luigi Conti, Vol. II, 10. ed., Milano 1991; zitiert: Antolisei, Manuale di diritto penale, Parte speciale, Vol. II, 1991

ders.: Manuale di diritto penale, Parte speciale, a cura di Luigi Conti, Vol. II, 13. ed., Milano 2000; zitiert: Antolisei, Manuale di diritto penale, Parte speciale, Vol. II, 2000

ders.: Manuale di diritto penale, Parte speciale, a cura di Luigi Conti, Vol. II, 14. ed., Milano 2003; zitiert: Antolisei, Manuale di diritto penale, Parte speciale, Vol. II, 2003

Arndt, Adolf: Das Reichsbeamten-gesetz, (Kommentar), 2. Aufl., Berlin, Leipzig 1922; zitiert bspw.: Arndt, RBG, § 1 Anm. 4, S. 20

Arndt, Horst: Der disziplinarrechtliche Grundtatbestand, DÖV 1968, 39-46

ders.: Einführung, in: Kurt Behnke, Bundesdisziplinarordnung, Kommentar, 2. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1970; zitiert bspw.: Behnke-Arndt, BDO, Einführung, S. 55, Rdn. 23

Artino Innaria, Giuseppe: Con la riforma dell'abuso d'ufficio fissati i limiti del sindacato penale, Il mondo giud., 1998, 1-2

Baldi, Fulvio: Le principali forme di manifestazione del reato di abuso di ufficio: abuso circostanziato ed abuso tentato, Cass. pen., 1995, 934-940

Balladore Pallieri, Giorgio: La nuova costituzione italiana, Milano 1948

ders.: Diritto costituzionale, 10. ed., Milano 1972

Bartulli, Armando: L'interesse privato in atto di ufficio, Milano 1967; zitiert: Bartulli, L'interesse privato in atti di ufficio, 1967

ders.: Interesse privato in atti d'ufficio, 2. ed., Milano 1974; zitiert: Bartulli, L'interesse privato in atti di ufficio, 1974

Battini, Stefano: Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni, Padova 2000

Battis, Ulrich: Bundesbeamten-gesetz, 3. Aufl., München 2004; zitiert bspw.: Battis, § 77 BBG, Rdn. 9

Bauer, Anton: Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Königreich Hannover, Göttingen 1826

Baumann, Jürgen / Weber, Ulrich / Mitsch, Wolfgang: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Bielefeld 2003

Behnke, Kurt: Reichsdienststrafordnung vom 26. Januar 1937, Kommentar für die Praxis, 2. Aufl., Berlin 1940; zitiert bspw.: Behnke, RDStO, S. 1

ders.: Bundesdisziplinarordnung (BDO), Kommentar, Stuttgart und Köln 1954; zitiert bspw.: Behnke, BDO, 1954, Einführung, S. 1

ders.: Disziplinarrecht und Strafrecht, ZBR 1963, 257-277

Belfiore, Elio: Concorso universitario, abuso d'ufficio e limiti del sindacato penale, Foro it., 1999, II, Sp. 103-106

Benussi, Carlo Il nuovo delitto di abuso di ufficio, Padova 1998; zitiert bspw.: Benussi, S. 1

ders.: Kommentierung zu Artt. 314-335 c.p., in: Emilio Dolcini / Giorgio Marinucci (a cura di), Codice penale commentato, Parte speciale, Milano 1999; zitiert bspw.: Dolcini/Marinucci-Benussi, Art. 314 c.p., Rdn. 1

Benvenuti, Feliciano: Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione, Rass. dir. pubbl., 1950, 1-47

ders.: Autotutela (diritto amministrativo), Encicl. dir., Vol. IV, Milano 1959, S. 537-556

Berger, k.A.: Lex Iulia de ambitu, in: Paulys Real-Encyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft, herausgegeben von Wilhelm Kroll, 24. Halbband (Legio-Libanon), Stuttgart 1925, Sp. 2365-2368; zitiert: Berger, Lex Iulia de ambitu

Berner, Albert Friedrich: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 17. Aufl., Leipzig 1895

Bertoldini, Antonio: La tripartizione dell'invalidità nella giurisprudenza amministrativa, Dir. proc. amm., 1999, 759-790

Bertoni, Raffaele: Pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio. La nuova disciplina, Cass. pen., 1991, 870-898

Beseler, Georg: Kommentar über das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten und das Einführungsgesetz vom 14. April 1851, Leipzig 1851; zitiert bspw.: Beseler, § 314, Anm. 1, S. 1

Biblioteca Centrale Giuridica: (a cura della), Codici penali italiani. Scheda storica-bibliografica, Documenti Giustizia, 1999, Sp. 773-780

Bin, Roberto: Commento al art. 25, in: Vezio Crisafulli / Livio Paladin (direttori), Commentario breve alla Costituzione, Padova 1990; zitiert bspw.: Bin, in: Crisafulli/Paladin, Art. 25 Cost., II, Rdn. 1

Binding, Carl: Die Normen und ihre Übertretung, Band 1, 3. Aufl., Leipzig 1916

Blei, Hermann: Strafrecht, AT, 18. Aufl., München 1983

Bleicken, Jochen: Senatsgericht und Kaisergericht, Eine Studie zur Entwicklung des Prozeßrechtes im frühen Prinzipat, Göttingen 1962

Bloy, René: Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, Berlin 1976

Bohnert, Joachim: Die Entwicklung des Ordnungswidrigkeitenrechts, Jura 1984, 11-22

ders.: Einleitung, in: Karlheinz Boujong, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 2. Aufl., München 2000; zitiert bspw.: KK-Bohnert, Einl., Rdn. 1

Boldt, Hans: Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. 1 (Von den Anfängen bis zum Ende des älteren deutschen Reiches 1806), 2. Aufl., München 1990

Bortolotti, Dario: Sanzioni disciplinari, II) Impiego pubblico, Encicl. giur., Vol. XXVIII, Roma 1992

ders.: Disciplina (dir. amm.), Encicl. giur., Vol. XI, Roma 1989

Brand, Arthur: Das Deutsche Beamtengesetz (DBG), Berlin 1937; zitiert bspw.: Brand, DBG, S. 1

ders.: Die Reichsdienststrafordnung (RDStO), 3. Aufl., Berlin 1941; zitiert bspw.: Brand, RDStO, S. 1

Brandt, Christian: Die Entstehung des Code pénal von 1810 und sein Einfluß auf die Strafgesetzgebung der deutschen Partikularstaaten des 19. Jahrhunderts am Beispiel Bayerns und Preußens, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Brüssel, Nex York, Oxford, Wien 2002; zitiert: Brandt, Die Entstehung des Code pénal von 1810

Bricola, Franco: Le aggravanti indefinite. (Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato), Riv. it. dir. proc. pen., 1964, 1019-1073

ders.: In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p., Riv. it. dir. proc. pen., 1966, 985-998

ders.: Interesse in atti d'ufficio, Encicl. dir., Vol. XXII, Milano 1972, S. 47-94

ders.. La riforma dei reati contro la pubblica amministrazione: cenni generali, in: Franco Coppi (a cura di), Reati contro la pubblica amministrazione, Torino 1993, S. 13-19

ders.: Scritti di diritto penale, Vol. II, Tome I, Milano 1997

Brunelli, Roberto: In tema di abuso innominato d'ufficio, Giur. merito, 1977, 382-395

Brusa, E.: Das Staatsrecht des Königreichs Italien, in: Heinrich Marquardsen (Hrsg.), Handbuch des Oeffentlichen Rechts der Gegenwart in Monographien, 4. Bd., 1. Halbbd., 7. Abteilung (1. Lfg. 1888, 2. Lfg. 1890, 3. Lfg. 1891), Freiburg 1892

Burzio, Elisabetta: Procedure di concorso „addomesticate“ ed abuso in atti di ufficio, Riv. it. dir. proc. pen., 1994, 735, 744

Cacciavillani, Ivone: Funzione giurisdizionale e limiti di giurisdizione nella cognizione del delitto di abuso d'ufficio, Giur. merito, 1998, 744-747

ders.: Il delitto di abuso d'ufficio nel sistema di tutela della pubblica funzione, Giur. merito, 1999, 1142-1147

Cagli, Silvia: Peculato e malversazione, Dig. discipl. pen., Vol. IX, Torino 1995, S. 334-351

Calabrò, Corrado: La discrezionalità amministrativa nella realtà d'oggi. L'evoluzione del sindacato giurisdizionale sull'eccesso di potere, C.S., 1992, II, 1565-1582

Calderoni, Giorgio: Autonomia statutaria e potestà regolamentare (commento agli artt. 4 e 5 l. 142/1990), in: Luigi Papiano (a cura di), L'autonomia locale. Commentario alle legge 8 giugno 1990 n. 142 sulle autonomie locali coordinata con la legge 7 agosto 1990 n. 241 sul procedimento amministrativo, Bologna 1991, S. 25-46

Camaioni, Salvatore: Il nuovo abuso d'ufficio: un abrogazione mancata, in: AA.VV., Le nuove leggi penali: abuso d'ufficio, dichiarazioni del coimputato,

videoconferenze giudiziarie, (Problemi attuali della giustizia penale, collana diretta da Angelo Giarda, Giorgio Spangher, Paolo Tonini), Padova 1998, S. 37-64

Cammeo, Federico: La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere, Giur. it., 1912, III, Sp. 107-114

Cannada-Bartoli, Eugenio: L'inapplicabilità degli atti amministrativi, Milano 1950

Caraccioli, Ivo: Manuale di diritto penale, Parte generale, Padova 1998

Caravita di Torritto, Beniamino: La „disapplicazione“ dell'atto amministrativo da parte del giudice penale, Quaderni C.S.M., 1991, n. 42, 45-55

Carinci, Franco: Alle origini di una storica divisione: impiego pubblico - impiego privato, Riv. trim. dir. proc. civ. 1974, 1098-1151

Caringella, Francesco: Il diritto amministrativo, 2. ed., Napoli 2002; zitiert: Caringella, Il dir. amm.

Carlassare, Lorenza: Regolamento (Dir. cost.), Encicl. dir., Vol. XXXIX, Milano 1988, S. 605-638

Carmona, Angelo: La nuova figura di abuso di ufficio: aspetti di diritto intertemporale, Cass. pen., 1998, 1843-1852

Carnelutti, Francesco: Il danno e il reato, 2. ed., Padova 1930

Carnevale, Pietro: L'eccesso di potere nel provvedimento amministrativo e il reato di abuso di ufficio, Trib. amm. reg., 1998, II, 60-74

Carrara, Francesco: Programma del corso di diritto criminale, Parte speciale, Vol. V, 4. ed., Lucca 1881

Carusi, Vittoriana: Commento agli artt. 97-100, in: Vezio Crisafulli / Livio Paladin, Commentario breve alla Costituzione, Padova 1990; zitiert bspw.: Carusi, in: Crisafulli/Paladin, Cost., Art. 97, Rdn. 1

Casetta, Elio: Compendio di diritto amministrativo, Milano 2002; zitiert: Casetta, Compendio di dir. amm.

Cassius Dio, Lucius Claudius: Dio's Roman History, with translation by Earnest Cary, Vol. VI (Books LI - LV), London, Cambridge Massachusetts 1917 (1980); zitiert: Cass. Dio

Castronovo, Marcella: Il nuovo testo unico degli enti locali, dalla legge 142/90 alla legge Bianco, guida alle novità e all'applicazione del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, 2. ed., Rimini 2002

Cataldi, Giuseppe: I lavori preparatori per la disciplina giuridica del procedimento amministrativo, Riv. trim. dir. pubbl., 1965, 186-239

Catti, Alessandro: Eccesso di potere, abuso d'ufficio, usurpazione di pubbliche funzioni o di potere politico, Giust. pen., 1960, Sp. 481-491

Cavallo, Bruno: Provvedimenti e atti amministrativi, Padova 1993

Cavallo Perin, Roberto: Violazione di legge (atto amministrativo), Dig.discipl. pubbl., Vol. XV, Torino 1999, S. 657-661

Celotto, Federico: Dalla non applicazione alla disapplicazione del diritto interno incompatibile con il diritto comunitario, Giur. it., 1995, I, Sp. 341-350

Cerqua, Luigi Domenico: (Beitrag zu L'obiettivo su... l'abuso d'ufficio), L'indice pen., 1998, 44-47

ders.: (Rechtsprechungszusammenstellung zu) Artt. 314-360 c.p., in: Alberto Crespi / Federico Stella / Giuseppe Zuccalà, Commentario breve al codice penale, Complemento giurisprudenziale, 8. ed., Padova 2006; zitiert bspw.: Cerqua, in: Crespi/Stella/Zuccalà, Art. 323 c.p., VII, 1

Chapus, René: Droit administratif général, 12 éd., Tome I, Paris 1998

Chauveau, Adolphe / Hélie, Faustin: Teorica del codice penale, Versione italiana, Vol. III, Napoli 1856

dies.: Théorie du Code Pénal, 6. ed., Tome II, Paris 1887

Cheli, Enzo: Potere regolamentare e struttura costituzionale, Milano 1967

Cicala, Mario: Considerazioni sulla riforma dei delitti dei pubblici ufficiali, Quad. Giust., 1987, Nr. 71, 21-26

ders.: A proposito di riforma del reato d'abuso d'ufficio, Quest. giust., 1996, 321-328

Cicero, Marcus Tullius: M. Tulli Ciceronis, De Legibus Libri, ed. Iohannis Vahleni, Berlin 1883; zitiert: Cic. Leg.

ders.: M. Tulli Ciceronis, Orationes, ed. Albertus Curtis Clark, Tom. I, Oxford 1905 (1961); zitiert: Cic. Clu.

ders.: M. Tulli Ciceronis, Rhetorica, ed. Augustus Samuel Wilkins, Tom. II, London 1903 (1957); zitiert: Cic. Brut.

ders.: M. Tulli Ciceronis, Orationes, ed. Gulielmus Peterson, Tom. III, 2. ed., Oxford 1917 (1957); zitiert: Cic. Ver.

ders.: M. Tulli Ciceronis, Orationes, ed. Albertus Curtis Clark, Tom. IV, Oxford 1909 (1978); zitiert: Cic. Pis. bzw. Cic. Rab. Post.

Civoli, Cesare: Manuale di diritto penale, Milano 1900

Clarich, Marcello / Iaria, Domenico: La riforma del pubblico impiego : commento ai D. lgs. 3 febbraio 1993, n. 29; 18 novembre 1993, n. 470; 23 dicembre 1993, n. 546; 31 marzo 1998, n. 80; 20 ottobre 1998, n. 387 (alla luce della normativa emanata fino al settembre 1999), 3. ed., Rimini 2000

Claussen, Hans Rudolf / Janzen, Werner: Bundesdisziplinarordnung, Kommentar, 8. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1995

Codex Iustinianus: Corpus Iuris Civilis, Vol. II, Codex Iustinianus, ed. Paulus Krueger, 13. Aufl., Berlin 1963; zitiert: Cod. Iust.

Codex Theodosianus: Theodosiani, Libri XVI, Cum Constitutionibus Simondianis, ed. Th. Mommsen, Vol. I, 3. Aufl. (unveränderter Nachdruck der 2. Aufl. von 1954), Berlin 1963; zitiert: Cod. Theod.

Cognetti, Stefano: Normative sul procedimento, regole di garanzia ed efficienza, Riv. trim. dir. pubbl., 1990, 94-130

Coing, Helmut: Epochen der Rechtsgeschichte in Deutschland, 3. Aufl., München 1976

Colazza, Manrico M.: Diritti soggettivi pubblici ex legge n. 241 del 1990, in: Franco Coppi (a cura di), Reati contro la pubblica Amministrazione, Studi in memoria di Angelo Raffaele Latagliata, Torino 1993, S. 20-27; zitiert: Colazza, Diritti soggettivi

Concas, Luigi: La garanzia penale del segreto istruttorio, Milano 1963

Contento, Gaetano: Il sindacato del giudice penale sugli atti e sulle attività della pubblica amministrazione, in: Alfonso Stile (a cura di), La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione, Napoli 1987, S. 79-113; zitiert: Contento, Il sindacato del giudice penale

ders.: Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi, con particolare riferimento agli atti discrezionali, Quaderni C.S.M., 1991, n. 42, 13-55

Contieri, Alfredo: Potere disciplinare e accordi sindacali nel pubblico impiego, Napoli 1984

Contieri, Enrico: Abuso innominato di ufficio, Encicl. dir., Vol. I, Milano 1958, S. 187-191

Cramer, Peter / Sternberg-Lieben, Detlev: Kommentierung zu § 352, § 353 StGB, in: Schönke, Adolf / Schröder, Horst: Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., München 2006; zitiert bspw.: Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 352 StGB, Rdn. 1

Crespi, Alberto: Successione ed abrogazione di leggi in tema di pubblico ufficiale, Riv. it. dir. pen., 1950, 417-423

ders.: Il nuovo testo dell'art. 358 c.p. e un preteso caso di corruzione punibile, Riv. it. dir. proc. pen., 1992, 1239-1254

Crosetti, Alessandro: Incompetenza (atto amministrativo), Dig. discipl. pubbl., Vol. VIII, Torino 1993, S. 204-208

Cuocolo, Fausto: Principi di diritto costituzionale, 2. ed., Milano 1999; zitiert: Cuocolo, Principi di dir. cost.

Cupelli, Cristiano: Il nuovo abuso d'ufficio: tra vecchi problemi e nuove prospettive, Legalità e giustizia, 1998, 35-71

ders.: Abuso d'ufficio e tipologia delle fonti: sulla rilevanza penale della violazione di un „sistema di norme“, Cass. pen., 2001, 1030-1042

Cutrupi, Fabio: La rilevante gravità, in: Andrea Antonio Dalia / Marzia Ferraioli (coordinato da): La modifica dell'abuso di ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa, Milano 1997, S. 167-178

Dal Piaz, Claudio: Osservazioni sui limiti del sindacato di legittimità dell'Autorità giurisprudenziale ordinaria sugli atti amministrativi, con particolare riferimento al vizio di eccesso di potere, Giur. it., 1957, II, Sp. 17-28

Dalia, Andrea Antonio: La contestazione della imputazione provvisoria, in: Andrea Antonio Dalia / Marzia Ferraioli (coordinato da), La modifica dell'abuso di ufficio e le nuove norme sul diritto della difesa, Milano 1997, S. 181-215

ders.: (a cura di), Sintesi dei lavori parlamentari, in: Andrea Antonio Dalia / Marzia Ferraioli (coordinato da), La modifica dell'abuso di ufficio e le nuove

norme sul diritto di difesa, Milano 1997, S. 235-415; zitiert: Dalia, Lavori parlamentari

Dalia, Andrea Antonio / Ferraioli, Marzia: Manuale di diritto processuale penale, 5. ed., Padova 2003; zitiert: Dalia/Ferraioli: Manuale di diritto processuale penale

D'Avirro, Antonio: Il requisito dell'ingiustizia del vantaggio o del danno nella nuova ipotesi di abuso di ufficio, Riv. trim. dir. pen. econ., 1992, 905-928

ders.: L'abuso di ufficio, Milano 1995; zitiert: D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1995

ders.: L'abuso di ufficio, Milano 1997; zitiert: D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1997

ders.: L'abuso di ufficio, in: Antonio D'Avirro (a cura di), I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, Padova 1999, S. 265-327; zitiert: D'Avirro, L'abuso di ufficio, 1999

De Francesco, Giovannangelo: La fattispecie dell'abuso d'ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale, Cass. pen., 1999, 1633-1641

Del Corso, Stefano: Pubblica funzione e pubblico servizio di fronte alla trasformazione dello Stato: profili penalistici, I Parte, Riv. it. dir. proc. pen., 1989, 1036-1078

ders.: Pubblica funzione e pubblico servizio di fronte alla trasformazione dello Stato: profili penalistici, II Parte, Riv. it. dir. proc. pen., 1989, 1560-1615

Delfino, Felice: Osservazioni in tema di sindacato del giudice penale sull'eccesso di potere, Foro it., 1962, II, Sp. 328-334

del Giudice, Federico: (a cura di), Dizionario giuridico, 2. ed., Napoli 1992; zitiert bspw: del Giudice (a cura di), Norma giuridica, in: Dizionario giuridico

Della Monica, Giuseppe: La non configurabilità dell'abuso di ufficio per eccesso di potere, in: Andrea Antonio Dalia / Marzia Ferraioli (coordinato da), La modifica dell'abuso di ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa, Milano 1997, S. 61-73; zitiert: Della Monica, Eccesso di potere

ders.: L'ingiusto vantaggio patrimoniale, in: Andrea Antonio Dalia / Marzia Ferraioli (coordinato da), La modifica dell'abuso di ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa, Milano 1997, S. 89-128

ders.: La configurabilità del tentativo, del concorso dell'extraneus e del concorso di reati, in: Andrea Antonio Dalia / Marzia Ferraioli (coordinato da), La modifica dell'abuso di ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa, Milano 1997, S. 139-154

Di Benedetto, Ugo: Diritto penale, Rimini 1998

Di Giovine, Ombretta: Verso un „nuovo“ abuso d'ufficio?, Documenti giustizia, 1996, 2052-2068

di Raimondo, Marco: La terza dimensione degli interessi: oltre il pubblico e il privato „di parte“, Nuova rass., 1996, 1112-1117

Dirksen, Heinrich Eduard: Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des römischen Rechts, Leipzig 1823; zitiert: Dirksen, Quellen des römischen Rechts

ders.: Übersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente, Leipzig 1824; zitiert: Dirksen, Zwölf-Tafel-Fragmente

Donatsch, Andreas / Wohlers, Wolfgang: Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 3. Aufl., Zürich, Basel, Genf 2004

Donini, Massimo: Teoria del reato, Una Introduzione, Padova 1996

D'Orazi, Marco: Le disposizioni processuali della legge di riforma dell'abuso di ufficio (Commento), Critica pen., 1997, III-IV, 27-50

Dreier, Horst: (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band I, 2. Aufl., Tübingen 2004

Dubouis, Louis / Peiser, Gustave: Droit public, Capacité, 11. éd., Paris 1992

Duden, Gottfried: Der Preußische Entwurf einer neuen Strafgesetzgebung und sein Verhalten zum Rheinlande, Für Juristen und Nichtjuristen, Bonn 1843

Durigato, Lauretta: Rilievi sul reato plurioffensivo, Padova 1972

Ebert, Frank: Das aktuelle Disziplinarrecht, Leitfaden für den öffentlichen Dienst, 2. Aufl., Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden 2005; zitiert: Ebert, BDG

Eckhardt, Karl August: (Hrsg.), Sachsenspiegel, Land- und Lehnrecht, in Monumenta Germaniae Historica, Fontes Iuris Germanici Antiqui, Nova Series, Tom. I, Hannover 1933

ders.: (Hrsg.), Sachsenspiegel-Übersetzung, I, Landrecht in hochdeutscher Übertragung, Hannover 1967

Engisch, Karl: Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, in: Festschrift für Edmund Mezger, München, Berlin 1954, S. 127-163; zitiert: Engisch, Fs für Mezger

Fabricius, Dirk: Strafbarkeit der Untreue im Öffentlichen Dienst, NStZ 1996, 414-419

Fabris, Palermo: Delle circostanze del reato, commento agli artt. 61-70, in: Crespi, Alberto / Stella, Federico / Zuccalà, Giuseppe, Commentario breve al codice penale, Padova 1986; zitiert bspw.: Fabris, in: Crespi/Stella/Zuccalà, 1986, Art. 62 c.p., I, Rdn. 1

Fahnenschmidt, Willi: DDR-Funktionäre vor Gericht: die Strafverfahren wegen Amtsmissbrauch und Korruption im letzten Jahr der DDR und nach der Vereinigung, Berlin 2000

Fanelli, Andrea: Abuso di ufficio in casi non preveduti specificamente dalla legge, Il sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa, Gazz. giur., 1996, n. 44, 3-9

ders.: Sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa alla luce del disegno di legge sulla modifica dell'abuso d'ufficio, Riv. amm., 1996, 827-835

Fastenrath, Ulrich / Müller-Gerbes, Maïke: Europarecht, Baden-Baden 2000

Ferraioli, Marzia: L'interrogatorio dell'indagato prima della sospensione da un pubblico ufficio o servizio, in: Andrea Antonio Dalia / Marzia Ferraioli (coordinato da), La modifica dell'abuso di ufficio e le nuove norme sul diritto della difesa, Milano 1997, S. 217-231; zitiert: Ferraioli, L'interrogatorio dell'indagato

Ferrari, Carlo: Osservazioni sulla motivazione degli atti amministrativi, Giur. it., 1958, II, Sp. 225-240

Ferrari, Gennaro: Sindacato penale e sindacato amministrativo in tema di abuso d'ufficio, Riv. amm., 1995, 1-8

Fiandaca, Giovanni: Artt. 6-16, in: Crespi, Alberto / Stella, Federico / Zuccalà, Giuseppe, Commentario breve al codice penale, Padova 1986; zitiert bspw.: Fiandaca, in: Crespi/Stella/Zuccalà, 1986, Art. 15 c.p., I, Rdn. 1

ders.: Verso una nuova riforma dell'abuso di ufficio?, Quest. giust., 1996, 308-320

Fiandaca, Giovanni / Musco, Enzo: Diritto penale, Parte generale, 4. ed., ristampa aggiornata, febbraio 2004, Bologna; zitiert: Fiandaca/Musco, Diritto penale, Parte generale, 2004

dies.: Diritto penale, Parte speciale, Vol. I, Bologna 1988; zitiert: Fiandaca/Musco, Diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 1988

dies.: Diritto penale, Parte speciale, Vol. I, Appendice alle 1. ed.: La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione, Bologna 1991; zitiert: Fiandaca/Musco, Diritto penale, Parte speciale, Appendice, 1991

dies.: Diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 3. ed., Bologna 2002; zitiert: Fiandaca/Musco, Diritto penale, Parte speciale, 2002

Fioravanti, Laura: Profili penali dei pubblici segreti, Padova 1991

Fiorella, Antonio: Ufficiale pubblico, incaricato di un pubblico servizio o di un servizio di pubblica necessità, Encicl. dir., Vol. XLV, Milano 1992, S. 563-582

Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch, Kommentar, 56. Aufl., München 2009

Forlenza, Oberdan: Necessario un check-up sulla giurisprudenza per la diversa configurazione del delitto, Guida al dir. vom 2.8.1997, Nr. 29, 23-25

ders.: Il patrimonio della pubblica amministrazione tra i beni giuridici tutelati dalla norma, Guida al dir. vom 18.10.1997, Nr. 39, 81-82

ders.: La violazione di legge assume rilievo penale solo se non è di carattere puramente formale, Guida al dir. vom 7.3.1998, Nr. 9, 71-72

ders.: Con il giudizio sulla legittimità dell'atto - dimenticata la condotta del pubblico ufficiale, Guida al dir. vom 13.3.1999, Nr. 10, 90-91

ders.: Il reato assume natura plurioffensiva solo se comporta pregiudizio al privato, Guida al dir. vom 17.4.1999, Nr. 15, 58

Forti, Ugo: I „motivi“ e la „causa“ negli atti amministrativi, Foro it., 1932, III, Sp. 289-298

Franchini, Flaminio: Aspetti del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi, Riv. trim. dir. pubbl., 1957, 337-385

Franchini, Claudio: Il controllo del giudice penale sulla p. A., Introduzione al tema, Padova 1998; zitiert bspw.: Franchini, S. 1

Frisch, Wolfgang: An den Grenzen des Strafrechts, in: Wilfried Küper / Jürgen Welp (Hrsg.), Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1993, S. 69-106; zitiert: Frisch, Fs für Stree und Wessels

Fuhrmann, Manfred: Einführung in die Reden gegen C. Verres, in: Marcus Tullius Cicero - Sämtliche Reden, Band III, Zürich, Stuttgart 1971

Fukuda, Taira: Vorsatz und Fahrlässigkeit als Unrechtsrechtselemente, ZStW 71 (1959), 38-50

Galateria, Luigi: Astensione (diritto costituzionale e amministrativo), Encicl. dir., Vol. III, Milano 1958, S. 939-947

Galateria, Luigi / Stipo, Massimo: Manuale di diritto amministrativo: principi generali, Torino 1993

Galeazzi, Gabriele: Abuso e attività amministrativa: un confronto tra la „vecchia“ disciplina e la recente riforma dell'art. 323 c.p., attuata con la legge 16 luglio 1997, n. 234, Temi romana, 1997, 460-472

Galetta, Diana-Urania: Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo, Milano 1998

Galli, Rocco: Corso di diritto amministrativo, Padova 1991; zitiert: Galli, Corso di dir. amm.

Gallo, Ettore: Aperto il dibattito sul delitto di „abuso d'ufficio“, Dir. pen. proc., 1996, 271-277

Gambardella, Marco: Legittimità e merito dell'atto amministrativo nell'abuso di ufficio, Cass. pen., 1994, 1378-1380

ders.: Brevi note sul rapporto tra gli artt. 4 e 5 della l. n. 2248, all. E del 1865 e il giudizio penale, Cass. pen., 1995, 377-380

ders.: Sul requisito dell'ingiustizia del vantaggio o del danno nel delitto di abuso di ufficio, Cass. pen., 1997, 2693-2699

ders.: Considerazioni sulla „violazione di norme di legge“ nel nuovo delitto di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.), Cass. pen., 1998, 2335-2342

ders.: Il controllo del giudice penale sulla legittimità amministrativa nel nuovo abuso d'ufficio (art. 323 c.p.), Gazz. giur., 1999, Nr. 17, 1-5

ders.: Commento all'art. 323 c.p., in: Giorgio Lattanzi / Ernesto Lupo, Codice penale (Commentario), Vol. VI, I delitti contro la pubblica amministrazione, Libro II, Articoli 314-360, Milano 2000; zitiert bspw.: Gambardella, in: Lattanzi/Lupo, Art. 323 c.p., S. 1

ders.: Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa, Milano 2002; zitiert: Gambardella, Il controllo del giudice penale

Garri, Guglielmo: L'abuso d'ufficio nella giurisprudenza di un anno, Enti pubblici, 1996, Sp. 297-304

Gasparri, Pietro: Eccesso di potere (diritto amministrativo), Encicl. dir., Vol. XIV, Milano 1965, S. 124-135

Geib, Gustav: Geschichte des römischen Criminalprocesses bis zum Tode Justinian's, Leipzig 1842; zitiert: Geib, Geschichte des römischen Criminalprocesses

ders.: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Band 1 (Geschichte), Leipzig 1861

Gellius, Aulus: A. Gellii Noctes Atticae, ed. Peter Kenneth Marshall, Tom. II (Libri XI-XX), Oxford 1968; zitiert: Gell.

Gelpi, Alberto: Norme generali sull'azione amministrativa, L'Amm. it., 1966, 1271-1272

Giannini, Massimo Severo: Corso di diritto amministrativo, (I, II,) Milano 1965; zitiert: Giannini, Corso di dir. amm.

ders.: Impiego pubblico, Encicl. dir., Vol. XX, Milano 1970, S. 293-305

ders.: Disegno storico generale, in: M. S. Giannini (a cura di), La giustizia amministrativa, Roma 1972; zitiert: Giannini, La giustizia amministrativa

ders.: Diritto amministrativo, Vol. 2, 2. ed., Milano 1988

Gimbel, R.: Femgerichte, in: Adalbert Erler / Ekkehard Kaufmann (Hrsg.): Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. I, Berlin 1971, Sp. 1100-1103

Giunta, Alberto: L'eccesso di potere innanzi al giudice ordinario, Enti pubblici, 1997, Sp. 309-312

Göhler, Erich: Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Kommentar, 13. Aufl., München 2002; zitiert bspw.: Göhler, Vor § 1 Rdn. 1

Gönner, Nicolaus Thaddäus: Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet, Landshut 1808; zitiert: Gönner, Der Staatsdienst

Goldammer, Theodor: Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die Preußischen Staaten, Theil II, Berlin 1852; zitiert bspw.: Goldammer, § 314, Anm. 1

Grippò, P.: Abuso di autorità o di potere, Encicl. giur. it., Vol. I, Parte I, Milano 1884, S. 92-125

Grispigni, Filippo: I delitti contro la Pubblica Amministrazione, Roma 1953

Grosso, Carlo Federico: Lineamenti dell'interesse privato in atti di ufficio, Milano 1966

ders.: Come punire i reati dei pubblici ufficiali, Quad. Giust., 1985, Nr. 45, 22-31

ders.: Prospettive di riforma dei reati contro la pubblica amministrazione, Cass pen., 1989, 1580-1590

ders.: Riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione: pregi e difetti del testo „2 maggio 1989“, Riv. it. dir. proc. pen., 1989, 1154-1161

ders.: Riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione: brevi annotazioni a margine del testo approvato dalla Camera dei deputati, Riv. it. dir. proc. pen., 1990, 700-703

ders.: L'abuso di ufficio, Riv. it. dir. proc. pen., 1991, 319-326

ders.: Condotte ed eventi del delitto di abuso di ufficio, Foro it., 1999, V, Sp. 329-341

Grünhut, Max: Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, in: Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, Bd. I, Tübingen 1930, S. 1-32; zitiert: Grünhut, Fg für von Frank

Guardata, Michele: Giudice penale e P.A.: prospettive di riforma, Quaderni della Giustizia, 1985, Nr. 45, 42, 49

Guarino, Giuseppe: Pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio (a proposito dei dirigenti e delle banche di diritto pubblico che esercitano il credito ordinario), Riv. it. dir. proc. pen., 1967, 3-39

Gubelt, Manfred: Kommentierung zu Art. 3 GG, in: Ingo von Münch / Philip Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl., München 2000; zitiert bspw.: von Münch/Kunig-Gubelt, Art. 3 GG, Rdn. 1

Hamel, Pasquale: L'autonomia statutaria degli Enti locali nella disciplina della legge 8 giugno 1990, n. 142, Amm. it., 1990, 1394-1400

Hartung, Fritz: Deutsche Verfassungsgeschichte vom 15. Jahrhundert bis zur Gegenwart, 9. Aufl., Stuttgart 1969; zitiert: Hartung, Deutsche Verfassungsgeschichte, S.

Hattenhauer, Hans: Geschichte des deutschen Beamtentums, 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1993 [1. Bd. des Handbuchs des öffentlichen Dienstes, hrsg. von Walter Wiese]

Hecker, Bernd: Europäisches Strafrecht, 2. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 2007

Heffter, August Wilhelm: Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrecht, Berlin 1829

ders.: Ueber Verbrechen und Disciplinar-Vergehungen der Staats- und Kirchendiener, Neues Archiv des Criminalrechts, 1832, 13. Band, 1. Stück (Heft), S. 48-87

ders.: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, 5. Aufl., Braunschweig 1854

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich: Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831, herausgegeben von Karl-Heinz Ilting, 2. Bd. (Die „Rechtsphilosophie“ von 1820), Stuttgart, Bad Cannstatt 1974; zitiert: Hegel, Rechtsphilosophie

Heimgartner, Stefan: Kommentierung zu Art. 312, in: Marcel Alexander Niggli / Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 2. Aufl., Basel 2007; zitiert bspw.: Heimgartner, in: BSK Strafrecht II, Art. 312 StGB, Rdn. 1

Heimler, Rainer: Ordnungswidrigkeit und Prozessgegenstand, Erlangen, Nürnberg 1985

Hein, Susanne: Landesbericht Italien, in: Albin Eser / Michael Überhofen / Barbara Huber (Hrsg.), Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht, Freiburg 1997, S. 213-279

Heine, Günter: Kommentierung zu § 331, § 332, § 339 StGB, in: Schönke, Adolf / Schröder, Horst: Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., München 2006; zitiert bspw.: Schönke/Schröder-Heine, § 331 StGB, Rdn. 1

Heinitz, Ernst: Probleme der Rechtsbeugung, Berlin 1963

Heinrichs, Helmut: Kommentierung zu Vorb. v. § 249, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 68. Aufl., München 2009; zitiert bspw.: Palandt/Heinrichs, Vorb. v. § 249, Rdn. 1

Henning, Otto: Die Rechtsbeugung im geltenden Recht und in den deutschen Strafgesetzentwürfen unter besonderer Berücksichtigung der Amtlichen Entwürfe eines Allgemeinen deutschen Straf-Gesetzbuches von 1925 und 1927, Gießen 1929; zitiert: Henning, Die Rechtsbeugung

Hepp, Ferdinand Carl Theodor: Die politischen und unpolitischen Staatsverbrechen und Vergehen nebst angränzenden Amtsverbrechen und Polizeiuebtretungen nach gemeinem und württembergischem Rechte, Tübingen 1846; zitiert: Hepp, Staatsverbrechen und Vergehen

Hintze, Otto: Der Commissarius und seine Bedeutung in der allgemeinen Verwaltungsgeschichte, in Historische Aufsätze, Festgabe für Karl Zeumer, Weimar 1910, S. 493-528; zitiert: Hintze, Fg für Zeumer

ders.: Der Beamtenstand, in: Vorträge der Gehe-Stiftung zu Dresden, Band III, Leipzig, Dresden 1911, S. 93-170

Hitzig, k.A.: Concussio, in: Paulys Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft, herausgegeben von Georg Wissowa, 4. Band (Claudius mons-Demodoros), Stuttgart 1901, Sp. 840

Hömig, Dieter: (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Nomos-Kommentar, 8. Aufl., Baden-Baden 2007; zitiert bspw.: NK-Bergmann, Art. 3 GG, Rdn. 4

Honig, Richard: Die Einwilligung des Verletzten, Teil I, Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage, Mannheim, Berlin, Leipzig 1919

Hoyer, Andreas: Kommentierung zu § 352 u. § 353, in: Hans-Joachim Rudolphi / Jürgen Wolter (Gesamtredaktion), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band II, BT (§§ 267-358), 41. Lfg., 5. Aufl., November 1997, Neuwied; zitiert bspw.: SK-Hoyer, § 352 StGB, Rdn. 1

Hubrich, Eduard: Die Entwicklung der Kriminal- und Disziplinarstrafgewalt gegenüber dem preußischen Beamtentum und ihre Bedeutung für das Reichsrecht, Der Gerichtssaal 1910 (Bd. 75), 53-125

Iadecola, Gianfranco: In tema di continuità tra peculato per distrazione ed abuso d'ufficio a fini patrimoniali, Giust. pen., 1991, II, Sp. 121-123

ders.: La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione, 2. ed., Torino 1992; zitiert: Iadecola, La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.

ders.: I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica Amministrazione dopo le leggi di riforma, 3. ed., Torino 1998; zitiert: Iadecola, I delitti dei pubblici ufficiali

ders.: L'abuso d'ufficio, in: Francesco Saverio Fortuna, I delitti contro la pubblica Amministrazione, Milano 2002, S. 99-122; zitiert: Iadecola, L'abuso d'ufficio

Infantini, Francesco: L'abuso della qualità o delle funzioni di pubblico ufficiale in diritto penale, Milano 1974

ders.: Abuso innominato di ufficio, Encicl. giur., Vol. I, Roma 1998

Isidori Hispalensis Episcopi: Etymologiarum Sive Originum, Libri XX, ed. Wallace Martin Lindsay, Tom. I, Libros I-X continens, Oxford 1911; zitiert: Isid. Etym.

Italia, Vittorio / Griffini, Giovanni / Maccapani, Renzo: I regolamenti dei comuni e delle province, Milano 1991

Iuvenalis, Decimus Iunius: D. Iunii Iuvenalis Saturae Sedecim, ed. Iacobus Willis, Stuttgart, Leipzig 1997; zitiert: Iuv.

Iustinian Augustus: Digesta Iustiniani Augusti, ed. Th. Mommsen, Vol. II, 2. Aufl. (unveränderter Nachdruck der 1. Aufl. von 1870), Berlin 1963; zitiert: Iust. Dig.

Jakobs, Günther: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin, New York 1991; zitiert: Jakobs, AT

Jarass, Hans D.: Kommentierung zu Art 34 GG, in: Hans D. Jarass / Bodo Pieroth, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 9. Aufl., München 2007; zitiert bspw.: Jarass/Pieroth-Jarass, Art 34 GG, Rdn. 1

Jellinek, Walter: Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen, Tübingen 1908; zitiert: Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt

ders.: Der Schutz des öffentlichen Rechts durch ordentliche und Verwaltungsgerichte (Fortschritte, Rückschritte und Entwicklungstendenzen seit der Revolution), in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Schutz des öffentlichen Rechts. Die neueste Entwicklung des Gemeindeverfassungsrechts, Berlin, Leipzig 1925, S. 8-80; zitiert: Jellinek, Der Schutz des öffentlichen Rechts

Jescheck, Hans-Heinrich: Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht, JZ 1959, 457-462

Jescheck, Hans-Heinrich / Weigend, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996; zitiert: Jescheck/Weigend, AT

Joly, Wolfgang: Die Rechtsbeugung des Richters (§ 336 StGB), Göttingen 1954

Kahl, Wilhelm: in: Aemilius Ludwig Richter, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts, 8. Aufl., Leipzig 1886, zitiert: Kahl, in: Richter, Lehrbuch des Kirchenrechts

Kaiser, Günther: Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle, Frankfurt am Main 1972

Kelsen, Hans: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz, 2. Aufl., Tübingen 1923

Kenntner, Markus: Sinn und Zweck der Garantie des hergebrachten Berufsbeamtentums, DVBl. 2007, 1321-1328

Kirchhof, Paul: Die Bedeutung der Unbefangenheit für die Verwaltungsentscheidung, VerwArch 1975, 370-386

Kindhäuser, Urs: Strafgesetzbuch, Nomos-Kommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2006; zitiert bspw.: Kindhäuser, § 266 StGB, Rdn. 1

Kleinfeller, k.A.: Repetundarum crimen, in: Wilhelm Kroll / Kurt Witte (Hrsg.), Paulys Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft, Zweite Reihe, 1. Halbband, Sp. 603-610, Stuttgart 1914

Köhler, Heinz: Einführung u. Allgemeiner Teil, in: Heinz Köhler / Günter Ratz, Bundesdisziplargesetz und materielles Disziplinarrecht, Kommentar für die Praxis, 3. Aufl., Köln 2003; zitiert: Köhler, in: Köhler/Ratz, BDG

Krey, Volker / Hellmann, Uwe: Strafrecht, Besonderer Teil, Band 2 (Vermögensdelikte), 13. Aufl., Stuttgart 2002

Krümpelmann, Justus: Die Bagatelldelikte, Berlin 1966

Kümmel, Wilhelm: Beamtenrecht, (Loseblatt-) Kommentar zum Beamtenrecht, Hannover, 8. Erg.-Lfg., Dez. 1994, 46. Erg.-Lfg., Nov. 2002, 54. Erg.-Lfg., Dez. 2002 und 76. Erg.-Lfg., Dez. 2008; zitiert bspw.: Kümmel, Beamtenrecht, Einführung, Rdn. 1, 76. Erg.-Lfg., Dez. 2008

Kuhlen, Lothar: Kommentierung zu §§ 352 und 353, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 5, Baden Baden, 4. Lfg., 1997; zitiert bspw.: NK-Kuhlen, 1997, § 352 StGB, Rdn. 1

ders.: Kommentierung zu §§ 339, 352, 353, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, 2. Aufl., Baden Baden 2005; zitiert bspw.: NK-Kuhlen, 2005, § 352 StGB, Rdn. 1

Kunkel, Wolfgang: Quaestio, in: Pauly's Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft, herausgegeben von Konrat Ziegler, 47. Halbband, Stuttgart 1963, Sp. 720-786

La Greca, Giuseppe: La nuova figura di abuso di ufficio: questioni applicative, Foro it., 1998, II, Sp. 381-390

La Rocca, Pietro: Dell'autonomia statutaria dei Comuni e delle Province, Comuni d'Italia 1991, 49-64

Laband, Paul: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, in: Heinrich Marquardsen, Handbuch des Oeffentlichen Rechts der Gegenwart in Monographien, 2. Bd., 1. Halbband, Freiburg und Tübingen 1883; zitiert: Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches

ders.: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 2. Aufl., Bd. I, Freiburg 1888; zitiert. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. I

Labes, Paul: Die Disziplinargewalt des Staates über seine Beamten, Hirth's Annalen (Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik) 1889, 213-272; zitiert bspw.: Labes, Hirth's Annalen 1889, 213

Lackner, Karl / Kühl, Kristian: Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl., München 2007

Lago, Anna: Kommentierung zu artt. 618-622 c.p., in: Emilio Dolcini / Giorgio Marinucci (a cura di), Codice penale commentato, Parte speciale, Milano 1999; zitiert bspw.: Dolcini/Marinucci-Lago, Art. 620 c.p., Rdn. 1

Landi, Guido / Potenza, Giuseppe: Manuale di diritto amministrativo, 7. ed., Milano 1983; zitiert: Landi/Potenza, Manuale di dir. amm., 1983

ders.: Manuale di diritto amministrativo, 10. ed., Milano 1997; zitiert: Landi/Potenza, Manuale di dir. amm.

Lang-Hinrichsen, Dietrich: „Verbandsunrecht“, Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965, Berlin 1966, S. 49-78; zitiert: Lang-Hinrichsen, Fs für H. Mayer

Langer, Winrich: Das Sonderverbrechen: eine dogmatische Untersuchung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts, Berlin 1972

Lanzi, Alessio: Il nuovo abuso d'ufficio, Commento all'art. 323 c.p., Il corriere giur., 1997, 1014-1016

Laschena, Renato: Violazione di legge (diritto amministrativo), Encicl. giur., Vol. XXXII, Roma 1994

Laudi, Maurizio: L'abuso di ufficio: luci ed ombre di un'attesa riforma, profili sostanziali, Dir. pen. proc., 1997, 1050-1054

Lenckner, Theodor / Perron, Walter: Kommentierung zu § 266, § 353b StGB, in: Schönke, Adolf / Schröder, Horst: Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., München 2006; zitiert bspw.: Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266 StGB, Rdn. 1

Leoni, Michele: Il nuovo reato di abuso d'ufficio, Padova 1998; zitiert bspw.: Leoni, S. 1

Leukauf, Otto / Steininger, Herbert: Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl., Eisenstadt 1992

Levi, Nino: Delitti contro la pubblica amministrazione, Milano 1935

Lex Alamannorum: Georg Heinrich Pertz / Paul Jönnis Merkel (Hrsg.), Lex Alamannorum, in: Monumenta Germaniae Historica, Tom. III, Hannover 1863; zitiert: Lex Alaman.

Lex Baiuvariorum: Georg Heinrich Pertz / Paul Jönnis Merkel (Hrsg.), Lex Baiuvariorum, in: Monumenta Germaniae Historica, Tom. III, Hannover 1863; zitiert: Lex Baiuv.

Lex Frisionum: Karl August / Albrecht Eckhardt (Hrsg.), Lex Frisionum, in: Monumenta Germaniae Historica, Fontes iuris Germanici antiqui in usum scholarum separatim editi, XII, Hannover 1982; zitiert: Lex Frisionum

Lex Salica: Karl August Eckhardt (Hrsg.), Lex Salica, in: Monumenta Germaniae Historica, Legum Sectio I (Legum Nationum Germanicarum), Tom. IV, Pars II, Hannover 1969; zitiert bspw.: Lex Salica D XXIV, S. 66 oder Lex Salica S V § 1, S. 201

Livius, Titus: Titi Livi Ab Urbe Condita, ed. Carolus Flamstead Walters / Robertus Seymour Conway, Tom. II (Libri VI-X), Oxford 1919 (1965); zitiert: Liv. 7

ders.: Titi Livi Ab Urbe Condita, ed. Patrick G. Walsh, Tom. VI (Libri XXXVI-XL), Oxford 1999; zitiert: Liv. 40

Loening, Edgar: Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, Leipzig 1884

Lombardo, Giuseppe: Il principio di ragionevolezza nel diritto amministrativo, Riv. trim. dir. pubbl., 1997, 939-986

Lollini, Silvio: Dei Delitti contro la pubblica Amministrazione, in: Enrico Pessina (a cura di), Encicl. dir. pen. it., Vol. VII, Milano 1907, S. 1-484; zitiert: Lollini, Encicl. dir. pen. it., Vol. VII, 1907

Long, George: Repetundae, or Pecuniae Repetundae, in: William Smith, William Wayte, G. E. Marindin (edited by), A Dictionary of Greek and Roman Culture, Vol. II, London, New York 2008 (Nachdruck des Originals von 1891), S. 542-543; zitiert: Long, Repetundae

Macrillò, Armando: Il dolo, in: Andrea Antonio Dalia / Marzia Ferraioli (coordinato da), La modifica dell'abuso di ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa, Milano 1997, S. 75-87

Maddalena, Marcello: L'abuso di ufficio: luci ed ombre di un'attesa riforma, profili processuali, Dir. pen. proc., 1997, 1054-1059

Maggiore, Giuseppe: Diritto penale, Vol. II (Parte speciale), Tomo I (Art. 241 - Art. 544), 4. ed., Bologna 1950

Magri, Marco: Atto amministrativo, disapplicazione e giudizio penale, Stud. iur., 1996, 889-895

Mainardi, Sandro: Art. 2106, Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico, in: Piero Schlesinger (fondato e già diretto da), Il codice civile, Commentario, Milano 2002

Maiwald, Joachim: Geschichte des Beamtenrechts, in: Erwin Schütz, Beamtenrecht des Bundes und der Länder, Gesamtausgaben A und B, 154. Erg.-Lfg., Juni 1998, Heidelberg; zitiert bspw.: Maiwald, in: Schütz, Beamtenrecht, Geschichte des Beamtenrechts, Rdn. 1, 154. Erg.-Lfg., Juni 1998

ders.: Geschichte des Beamtenrechts, in: Erwin Schütz / Joachim Maiwald, Beamtenrecht des Bundes und der Länder, Gesamtausgaben A und B, 266 Erg.-Lfg., Okt. 2006, Heidelberg; zitiert bspw.: Maiwald, in: Schütz/Maiwald, Beamtenrecht, Teil A, Geschichte des Beamtenrechts, Rdn. 1, 266. Erg.-Lfg., Okt. 2006

Maiwald, Manfred: Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts, in: Friedrich-Christian Schroeder / Heinz Zipf (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, Karlsruhe 1972, S. 9-23; zitiert: Maiwald, Fs für Maurach

Malinverni, Alessandro: Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio nel diritto penale, Torino 1950

ders.: Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio, Nov. dig. it., Vol. XIV, Torino 1967, S. 557- 583; zitiert bspw.: Malinverni, Nov. dig. it., Vol. XIV, 1967, 557

Malo, Maurizio: Testo unico, Dig. discipl. pubbl., Vol. XV, Torino 1999, S. 293-312

Manes, Vittorio: Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alle luce delle soluzioni proposte, Riv. it. dir. proc. pen. 1997, 1202-1235

ders.: Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere, Foro it., 1998, II, Sp. 390 ff.

Manna, Adelmo: Luci ed ombre nella nuova fattispecie d'abuso di ufficio, L'indice pen., 1998, 13-35

Mantovani, Ferrando: Diritto penale, Parte generale, 5. ed., Padova 2007

Manzini, Vincenzo: Istituzioni di diritto penale italiano, Vol. II, Parte speciale, I singoli reati, Padova 1941

ders.: Trattato di diritto penale italiano, secondo il codice del 1930, Vol. I, Torino 1933; zitiert: Manzini, Trattato di diritto penale italiano, Vol. I, 1933

ders.: Trattato di diritto penale italiano, Vol. V, (nuova edizione completamente aggiornata), Torino 1950, zitiert: Manzini, Trattato di diritto penale italiano, Vol. V, 1950

ders.: Trattato di diritto penale italiano, Vol. I (a cura del prof. Gian Domenico Pisapia), 5. ed. (aggiornata dai professori Pietro Nuvolone e Gian Domenico Pisapia), Torino 1981; zitiert: Manzini, Trattato di diritto penale italiano, Vol. I, 1981

ders.: Trattato di diritto penale italiano, Vol. II (a cura del prof. Gian Domenico Pisapia), 5. ed. (aggiornata dai professori Pietro Nuvolone e Gian Domenico Pisapia), Torino 1981; zitiert: Manzini, Trattato di diritto penale italiano, Vol. II, 1981

ders.: Trattato di diritto penale italiano, Vol. V (a cura del prof. Pietro Nuvolone), 5. ed. (aggiornata dai professori Pietro Nuvolone e Gian Domenico Pisapia), Torino 1982; zitiert: Manzini, Trattato di diritto penale italiano, Vol. V, 1982

Manziona, Roberto: Le forme di manifestazione della condotta, in: Andrea Antonio Dalia / Marzia Ferraioli (coordinato da), La modifica dell'abuso di ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa, Milano 1997, S. 3-20; zitiert: Manziona, Le forme della condotta

Marchal, André: Crimes et délits contre l'ordre public commis par des fonctionnaires, in: Screvens, Raymond (Hrsg.), Les Nouvelles, Droit pénal, Les infractions, Tome III, (Code pénal, Livre II, Titres IV-VII, art. 233 à 391ter), Brüssel 1972, S. 1-270

Mariani, Domenico: Norme generali sull'azione amministrativa, Corr. amm., 1966, 2559-2563

Marini, Giuliano: Criterio soggettivo e criterio oggettivo nell'interpretazione degli articoli 357-358 c.p., Riv. it. dir. proc. pen., 1959, 567-574

ders.: Questioni in tema di distinzione fra concussione e truffa aggravata a' sensi dell'art. 61, n. 9, codice penale, Riv. it. dir. proc. pen., 1968, 294-306

ders.: Lineamenti della condotta nel delitto di concussione, in: Studi in onore di Biagio Petrocelli, Tome II, Milano 1972, S. 1069-1118

Martin, Christoph Reinhard Dietrich: Lehrbuch des Teutschen gemeinen Criminal-Rechts mit besonderer Rücksicht auf das im Jahre 1813 publicirte Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern, Heidelberg 1829; zitiert: Martin, Lehrbuch des Teuschen gemeinen Criminal-Rechts

Marzaduri, Enrico: Commento all'art. 2 L. 16/7/1997 n. 234, Legisl. pen., 1997, 750-765

Masullo, Maria Novella: L'abuso d'ufficio nell'ultima giurisprudenza di legittimità, tra esigenze repressive e determinatezza della fattispecie: „la violazione di norme di legge“, Cass. pen., 1999, 1763-1770

Mattarella, Bernardo Giorgio: Il provvedimento, in: Sabino Cassese (a cura di), Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale, Tomo primo, Milano 2000, S. 705-925

Mattes, Heinz: Die Problematik der Umwandlung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten, ZStW 82 (1970), 25-39

Maunz, Theodor: Kommentierung zu Art. 3 GG, in: Theodor Maunz / Günter Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Band I (Art. 1-5), München, Dezember 1973; zitiert bspw.: Maunz/Dürig-Dürig, Art. 33 GG, Rdn. 1

Maurach, Reinhart / Zipf, Heinz: Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1, 8. Aufl., Heidelberg 1992; zitiert: Maurach/Zipf, AT 1

Maurach, Reinhart / Schroeder, Friedrich-Christian / Maiwald, Manfred: Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 2, 9. Aufl., Heidelberg 2005; zitiert: Maiwald, in: Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 2

Mayer, Max Ernst: Rechtsnormen und Kulturnormen, Breslau 1903

Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Bd., 3. Aufl., Berlin 1924 (unveränderter Nachdruck von 1969)

Mazza, Marcellino: Sindacato del giudice penale ordinario sugli atti amministrativi, Giur. compl. cass. pen., 1952, II, 203-206

Mazzacova, Nicola: La tutela penale del segreto industriale, Milano 1979

Mazzone, Antonio: Bene giuridico e condotta nell'abuso d'ufficio, Riv. it. dir. proc. pen., 1994, 707-723

McDonnell, Myles: Ambitus and Plautus' Amphitruo 65-81, AJP 1986, 564-576

Meckbachs, Hieronymus Christoph: Commentar über den Sachsen-Spiegel, (in welchem vom Staats- Lehn- Gesit- Pein- und Bürgerlichen Rechte gehandelt, der Text auch aus denen Capitularibus Regum Francorum, Reichs-Abschieden, Schwäbischen und Sächsischen Lehn-Rechte, Schwaben-Spiegel, Sächsischen Weichbilde und andern echten und reinen Quellen erklärt, mit Exempeln erläutert und einem Register der vornehmsten Sachen versehen worden ist,) 2. Ausgabe, Weimar 1798

Melillo, Giovanni: Abuso di ufficio e comportamento omissivo, Giust. pen., 1992, II, Sp. 364-367

Melis, Giudo: Storia dell'amministrazione italiana, 1861-1993, Bologna 1996

Mendoza, Roberto: Le Sezioni unite affermano la rilevanza penale della concessione edilizia emessa in difformità dalla normativa urbanistica e dalle previsioni di piano, Cass. pen., 1994, 907-910

Meucci, Lorenzo: Istituzioni di diritto amministrativo, 3. ed., Torino 1892

Meyer, Friedrich: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Mit dem Gesetze betreffend die Redaktion des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund als Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Unter Benutzung der amtlichen Materialien, der Verhandlungen des Reichstags und der Reichstags-kommission, so wie unter Vergleichung mit den bisherigen Partikularrechten, 2. Ausgabe, Berlin 1871

Meyer, Georg: Paul Laband: Das Staatsrecht des deutschen Reiches (Buchbesprechung), Hirth's Annalen (Annalen des Deutschen Reichs) 1876, 656-681; zitiert: Meyer, Hirth's Annalen 1876, 656

Mezger, Edmund / Blei, Hermann: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl., München 1973; zitiert: Mezger/Blei, AT

Mignone, Claudio / Vipiana, Patrizia / Vipiana, Piera Maria: Commento alle legge sulle autonomie locali, Vol. I, Torino 1993

Milone, Mario: Il „mancato intervento“ delle Sezioni Unite penali della Cassazione sul grave problema, ancora aperto, della sindacabilità dell'atto amministrativo da parte del Giudice ordinario, Riv. giur. dell'edilizia, 1995, Parte I, 981-986

Modugno, Franco: Norma giuridica, Teoria generale, Encicl. dir., Vol. XXVIII, Milano 1978, S. 328-533

Modugno, Franco / Manetti, Michela: Eccesso di potere, II) Eccesso di potere amministrativo, Encicl. giur., Vol. XII, Roma 1989

Monaco, Giovanni: Non convince il nuovo look del reato di abuso d'ufficio, Il sole 24 ore, 12.10.1996, S. 23

Monaco, Lucio: (Rechtsprechungszusammenstellung zu) Artt. 600-609 c.p., in: Alberto Crespi / Federico Stella / Giuseppe Zuccalà, Commentario breve al codice penale, Complemento giurisprudenziale, 8. ed., Padova 2006; zitiert bspw.: Monaco, in: Crespi/Stella/Zuccalà, Art. 605 c.p., VIII, 3

Mor, Gianfranco: Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege, Milano 1974

ders.: Il potere disciplinare nel pubblico impiego: tendenze recenti, Quad. dir. lav. rel. ind. 1991, 27-36

Morelli, Mario Rosario: Commento agli artt. 101-113, in: Vezio Crisafulli / Livio Paladin (direttori), Commentario breve alla Costituzione, Padova 1990; zitiert: Morelli, in: Crisafulli/Paladin, Cost.

Morello, Michele: Il nuovo processo penale, Padova 2000

Mortati, Constantino: Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità, Milano 1964

Müller, Christian Friedrich: Das Preußische Straf-Gesetzbuch nebst dem Einführungs-Gesetz, Berlin 1851: zitiert: Müller, Das Preußische Straf-Gesetzbuch

Musielak, Hans-Joachim: Die Rechtsbeugung (§ 336 StGB), Köln 1960

Nanizzi, Silvia: Medico convenzionato con l'USL e pubblico ufficiale alle luce della legge n. 86 del 26 aprile 1990, Cass.pen., 1992, 1228-1233

Nappi, Aniello: La riforma dell'abuso d'ufficio, Gazz. giur., 1996, n. 38, 1-2

Napoleone, Fabio. L'abuso d'ufficio tra legittimità ed illegittimità dell'attività amministrativa, Diritto pubblico, 1997, III, 107-112

Nicefaro, Raffaele: La condotta punibile nel delitto di interesse privato in atti di ufficio, Arch. pen., 1970, I, 264-266

Nigro, Mario: Giustizia amministrativa, 6. ed., Bologna 2002

Nocito, Pietro: Abuso di autorità, Dig. it., Vol. I, Parte prima, Torino 1884, S. 176-228

Noviello, Giustina / Tenore, Vito: La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato, Milano 2002

Nuvolone, Pietro: Brevi note sul concetto penalistico del pubblico ufficiale, Riv. it. dir. pen., 1940, 42-52

Oberholzer, Niklaus: Kommentierung zu Art. 110 Abs. 3, in: Marcel Alexander Niggli / Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Aufl., Basel 2007; zitiert bspw.: Oberholzer, in: BSK Strafrecht I, Art. 110 Abs. 3 StGB, Rdn. 1

Oppenheim, Lassa Francis Lawrence: Die Rechtsbeugungsverbrechen (§§ 336, 343, 344) des Deutschen Strafgesetzbuches, Eine kriminalistische Monographie, Leipzig 1886; zitiert: Oppenheim, Die Rechtsbeugungsverbrechen

Orlando, Vittorio Emanuele. Principi di Diritto Amministrativo, 2. ed., Firenze 1892

Pacinotti, Giovanni: L'impiego nelle pubbliche amministrazioni secondo il diritto positivo italiano, Torino 1907

Padovani, Tullio: La riforma dell'abuso innominato e dell'interesse privato in atti d'ufficio, Riv. it. dir. proc. pen., 1986, 1042-1077

ders.: La riforma dell'abuso innominato e dell'interesse privato in atti d'ufficio, in: Alfonso M. Stile (a cura di), La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali

contro la Pubblica Amministrazione, Napoli 1987, S. 133-184; zitiert: Padovani, La riforma dell'abuso innominato

ders.: L'abuso di ufficio e il sindacato del giudice penale, Riv. it. dir. proc. pen., 1989, 76-94

ders.: L. 26/4/1990 n. 86 - Modifiche in tema di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, Commento all'art. 20 della l. 26 aprile 1990, n.+86, Legisl. pen., 1990, 350-354

ders.: L'abuso d'ufficio (La nuova struttura dell'art. 323 c.p. e l'eredità delle figure criminose abrogate), in: Studi al onore di Giuliano Vassalli, Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale, 1945-1990, (a cura di M. C. Bassiouni, A. R. Latagliata, A. M. Stile), Vol. I (Diritto penale), Milano, 1991, S. 581-608 zitiert: Padovani, L'abuso d'ufficio

ders.: Commento all'art. 1 L. 16/7/1997 n. 234, Legisl. pen., 1997, 741-750

Paehlke-Gärtner, Cornelia: Kommentierung zu Art. 3 GG, in: Dieter C. Umbach / Thomas Clemens, Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Band I, Heidelberg 2002; zitiert bspw.: Umbach/Clemens-Paehlke-Gärtner, Art. 3 GG, Rdn. 1

Pagliari, Antonio: Studi sul peculato, Palermo 1964

ders.: Principi di diritto penale, Parte generale, 8. ed., Milano 2003; zitiert: Pagliaro, Principi, Parte generale, 2003

ders.: Principi di diritto penale, Parte speciale, Milano 1977; zitiert: Pagliaro, Principi di diritto penale, Parte speciale, 1977

ders.: Principi di diritto penale, Parte speciale, 4. ed., Milano 1986; zitiert: Pagliaro, Principi di diritto penale, Parte speciale, 1986

ders.: Principi di diritto penale, Parte speciale, 7. ed., Milano 1995; zitiert: Pagliaro, Principi di diritto penale, Parte speciale, 1995

ders.: Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 9. ed., Milano 2000; zitiert: Pagliaro, Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2000

ders.: Brevi note sulla riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione, L'indice pen., 1989, 27-38

ders.: L. 26/4/1990 n. 86 - Modifiche in tema di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, Commento all'art. 13 della l. 26 aprile 1990, n. 86, Legisl. pen., 1990, 303-312

ders.: Usurpazione di funzioni pubbliche, Encicl. dir., Vol. XLV, Milano 1992, S. 1057-1162

ders.: Il concorso dell'estraneo nei delitti contro la pubblica amministrazione, Dir. pen. proc., 1995, 975-982

ders.: Contributo al dibattito sull'abuso d'ufficio, Dir. pen. proc., 1996, 1405-1410

ders.: Nuovi spunti sull'abuso d'ufficio, Dir. pen. proc., 1997, 501-503

ders.: La nuova riforma dell'abuso d'ufficio, Dir. pen. proc., 1997, 1394-1401

ders.: L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio, Dir. pen. proc., 1999, 106-111

Pagliari, Antonio / Parodi Giusino, Manfredi: Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 10. ed., Milano 2008; zitiert: Pagliaro/Parodi Giusino, Principi di diritto penale, Parte speciale, Vol. I, 2008

Paladin, Livio: Le fonti del diritto italiano, Bologna 1996

Palazzo, Francesco C.: La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali: un primo sguardo d'insieme, Riv. it. dir. proc. pen., 1990, 815-835

ders.: Commento agli artt. 314-316 c.p., in: Tullio Padovani (coordinato da), I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, Torino 1996, S. 3-35

Pannain, Remo: I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, Napoli 1966

Paolantonio, Nino: Interesse pubblico specifico e apprezzamenti amministrativi, Dir. amm., 1996, 413-497

Papier, Hans-Jürgen: Kommentierung zu Art. 34, in: Theodor Maunz / Günter Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Band IV (Art. 28-69), München, 34. Erg.-Lfg., Juni 1998; zitiert bspw.: Maunz/Dürig-Papier, Art. 34 GG, Rdn. 1

ders.: Kommentierung zu § 839 BGB, in: Franz Jürgen Säcker / Roland Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5 (Schuldrecht, Besonderer Teil III, §§ 705-853), 5. Aufl., München 2009; zitiert bspw.: MüKo-Papier, § 839 BGB, Rdn. 1

Parodi Giusino, Manfredi: Abuso innominato di ufficio, Dig. discipl. pen., Vol. I, Torino 1987, S. 41-47; zitiert: Parodi Giusino, Dig. discipl. pen., Vol. I

ders.: Abuso di ufficio, Dig. discipl. pen., Vol. VIII, Appendice, Torino 1994, S. 587-604; zitiert: Parodi Giusino, Dig. discipl. pen., Vol. VIII, Appendice

Pasella, Roberto: Kommentierung zu artt. 336-356 c.p., in: Emilio Dolcini / Giorgio Marinucci (a cura di), Codice penale commentato, Parte speciale, Milano 1999; zitiert bspw.: Dolcini/Marinucci-Pasella, Art. 353 c.p., Rdn. 1

Pastori, Giorgio: (a cura di), La procedura amministrativa, Vicenza 1964

ders.: La burocrazia, Padova 1967

ders.: L'amministrazione per accordi nella recente progettazione legislativa, in: Atti del Convegno di Messina-Taormina, 1990; zitiert: Pastori, L'amministrazione per accordi

Patalano, Vincenzo: Difficile censurare le scelte del legislatore sulla base di improbabili casi limite, Guida al dir. vom 8.11.1997, Nr. 42, 76-77

ders.: Amministratori senza paura della firma con i nuovi vincoli alle condotte punibili, Guida al dir. vom 2.8.1997, Nr. 29, 18-22

Pavan, Giuseppe: La nuova fattispecie di abuso d'ufficio e la norma di cui all'Art. 97, I comma, Cost., Riv. trim. dir. pen. econ., 1999, 283-293

Pedrazzi, Cesare: Problemi e prospettive del diritto penale dell'impresa pubblica, Riv. it. dir. proc. pen., 1966, 349-404

ders.: Millantato credito, trafic d'influence, influence peddling, Riv. it. dir. proc. pen., 1968, 913-969

Petrone, Marino: La disapplicazione dell'atto amministrativo (aspetti penali), Quaderni C.S.M., gennaio 1987, 67 ff.

Philipps, Lothar: Normentheorie, in: Arthur Kauffmann / Winfried Hassemer (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 6. Aufl., Heidelberg 1994, S. 317-330

Pianesi, Ermanno: Disegno di legge sull'azione amministrativa: il testo predisposto dal Comitato ristretto, Nuova rass., 1965, 2929-2930

Pica, Giorgio: Osservazioni sulle proposte di modifica dell'art. 328 c.p. relativo al reato di „omissione di atti di ufficio“, in: Alfonso M. Stile (a cura di), La riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione, Napoli 1987,

S. 437-445; zitiert: Pica, Osservazioni sulle proposte di modifica dell'art. 328 c.p.

Picone, Pasquale: Efficacia delle direttive CEE e disapplicazione delle norme nazionali contrarie, Dir. del lav., 1995, I, 29-34

Picotti, Lorenzo: Le „nuove“ definizioni penali di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio nel sistema dei delitti contro la pubblica Amministrazione, Riv. trim. dir. pen. econ., 1992, 263-323

ders.: Il dolo specifico, Milano 1993

ders.: Il dolo specifico nel „nuovo“ abuso di ufficio, in: Franco Coppi (a cura di), Reati contro la pubblica amministrazione, Studi in memoria di Angelo Raffaele Latagliata, Torino 1993, S. 265-282

ders.: Sulla riforma dell'abuso d'ufficio, Riv. trim. dir. pen. econ., 1997, 283-304

ders.: Continua il dibattito sull'abuso d'ufficio, Dir. proc. pen., 1997, 347-353

Piemontese, Carmela: Il delitto di abuso di ufficio, Padova 1996; zitiert bspw.: Piemontese, S. 1

Pinelli, Cesare: Profili costituzionalistici del reato di abuso d'ufficio, Giur. it., 2000, 1095-1099

Pinucci, Neri: Le qualifiche soggettive, in: Antonio D'Avirro (a cura di), I delitti contro la pubblica amministrazione, Padova 1999, S. 1-79

Pinna, Pietro: L'evoluzione del pubblico impiego in Italia, in: Giuseppe Volpe (a cura di), Il pubblico impiego: principî generali, Torino 1991, S. 1-30; zitiert: Pinna, L'evoluzione del pubblico impiego

Pisa, Paolo: Abuso di ufficio, Encicl. giur., Vol. I, Roma 1995, S. 1-20

ders.: Giurisprudenza commentata di diritto penale, Vol. II (Delitti contro la pubblica amministrazione e contro la giustizia), 3. ed., Padova 2003; zitiert: Pisa, Giurisprudenza commentata

Pittaro, Paolo: La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio, in: AA.VV., Le nuove leggi penali: abuso d'ufficio, dichiarazioni del coimputato, videoconferenze giudiziarie, (Problemi attuali della giustizia penale), collana diretta da Angelo Giarda, Giorgio Spangher, Paolo Tonini, Padova 1998, S. 13-36

Plinius, Gaius: C. Plini Caecili Secundi Epistularum libri decem, ed. R. A. B. Mynors, Oxford 1963; zitiert: Plin. Ep.

Polaczy, August: Die Anwendung des § 193 StGB (Wahrnehmung berechtigter Interessen) im Beamtendisziplinarrecht, München 1959

Potenza, Giuseppe: Eccesso di potere per disparità di trattamento escluso se trattasi di attività vincolata, Riv. amm., 1990, 1564

Presutti, Errico: Lo Stato parlamentare ed i suoi impiegati amministrativi, Napoli 1899; zitiert: Presutti, Lo Stato parlamentare

ders.: Istituzioni di diritto amministrativo italiano, Vol. I, 2. ed., Roma 1917

Prodocimi, Salvatore: Peculato per distrazione e rischio d'impresa, Riv. it. dir. proc. pen., 1985, 846-874

Puleio, Francesco: Il delitto di abuso di ufficio. Problematiche interpretative ed orientamenti della Corte di Cassazione, Giust. pen., 1996, II, Sp. 183-192

Pulitanò, Domenico: Illiceità espressa e illiceità speciale, Riv. it. dir. proc. pen., 1967, 65-124

Ramacci, Fabrizio: Prospettive dell'interpretazione dell'art. 357 c.p., Riv. it. dir. proc. pen., 1965, 861-894

Rampioni, Roberto: Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A., Milano 1984; zitiert: Rampioni, Bene giuridico

ders.: Progetto di riforma ed oggetto della tutela dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, in: Alfonso M. Stile (a cura di), La riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione, Napoli 1987, S. 59-78; zitiert: Rampioni, Progetto di riforma

ders.: L'abuso di ufficio, in: Franco Coppi (a cura di), Reati contro la Pubblica Amministrazione, Studi in memoria di Angelo Raffaele Latagliata, Torino 1993, S. 109-127

Ranelletti, Oreste: Nota alla Cass., Sez. un., 25.1.1928, n. 402, (Dei confini tra legittimità e merito del provvedimento amministrativo e dei vizi dell'atto (incompetenza, eccesso di potere, violazione di legge) nei riguardi del sindacato giurisdizionale), Foro amm., 1928, II, Sp. 69-74

Ranieri, Silvio: Manuale di diritto penale, II (Parte speciale), Padova, 1952

Rasponi, Enrico: Il potere disciplinare, Vol. I, Padova 1942

Rebmann, Kurt / Roth, Werner / Herrmann, Siegfried: Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Kommentar, Band 1, 3. Aufl., 6. Lfg. Januar

2002, Stuttgart; zitiert bspw.: Rebmann/Roth/Herrmann-Förster, Vor § 1 Rdn. 1

Rehberg, Jörg: Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 2. Aufl., Zürich 1996

Rein, Wilhelm: Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus, Leipzig 1844; zitiert: Rein, Das Criminalrecht der Römer

Reinert, Patrick: Kommentierung zu § 839 BGB, in: Heinz Georg Bamberger / Herbert Roth (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 (§§ 611-1296), München 2003; zitiert bspw.: Bamberger/Roth-Reinert, § 839 BGB, Rdn. 1

Renna, Mauro: Spunti di riflessione per una teoria delle posizioni soggettive „strumentali“ e tutela cautelare degli interessi „procedimentali“ pretensivi, Dir. proc. amm., 1995, 812-841

Resta, Raffaele: La natura giuridica dell'eccesso di potere come vizio degli atti amministrativi, in: Vittorio Scialoja (a cura di), Studi in onore di Federico Cammeo, Vol. II, Padova 1933, S. 383-421; zitiert: Resta, La natura giuridica dell'eccesso di potere

Reuß, Hermann: Der Beamte und seine Richter, DVBl. 1963, 161-164

Riccio, Stefano: Abuso di ufficio, Noviss. dig. it., Vol. I, Torino 1957, S. 107-120; zitiert: Riccio, Noviss. dig. it., Vol. I

ders.: Concussione, Noviss. dig. it., Vol. III, Torino 1959, S. 1066 ff.; zitiert: Riccio, Noviss. dig. it., Vol. III

Riz, Roland: Il Codice Penale Italiano, Zweisprachige Ausgabe, Berlin 1969

Rizzo, Gerlando C.: Lo statuto comunale nella gerarchia delle fonti, Nuova rass., 1992, 558-565

Rodella, Domenico: L'imparzialità della pubblica amministrazione nelle disposizioni legislative e nella giurisprudenza, Nuova rass., 1991, 1064-1068

Rodotà, Stefano: Il problema della responsabilità civile, Milano 1967

Herbert Röhrig: Das sächsisch-thüringische Strafrecht im 19. Jahrhundert, Göttingen 1924

Romano, Mario: Commentario sistematico del codice penale, I, Art. 1-84, Milano 1987; zitiert bspw.: Romano, 1987, Art. 1 c.p., Rdn. 30

ders.: I Delitti contro la Pubblica Amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali, Artt. 336-360 c.p., Commentario sistematico, 2. ed., Milano 2002; zitiert bspw.: Romano, 2002, Art. 357 c.p., Rdn. 1

ders.: I Delitti contro la Pubblica Amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali, Artt. 314-335bis c.p., Commentario sistematico, 2. ed., Milano 2006; zitiert bspw.: Romano, 2006, Art. 323 c.p., Rdn. 1

Romano, Santi: I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni, Giur. it., 1898, IV, Sp. 238-282

Romeo, Giuseppe: Il cittadino e il giudice amministrativo di fronte al procedimento, Dir. proc. amm., 1993, 105-123

Roxin, Claus: Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, 377-387

ders.: Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. I (Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre), 3. Aufl., München 1997; zitiert: Roxin, AT I, 1997

ders.: Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. I (Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre), 4. Aufl., München 2006; zitiert: Roxin, AT I, 2006

Rudolphi, Hans-Joachim: Zum Wesen der Rechtsbeugung, ZStW 82 (1970), 610-632

ders.: Inhalt und Funktionen des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, in: Friedrich Christian Schroeder / Heinz Zipf, Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, Karlsruhe 1972, S. 51-73; zitiert: Rudolphi, Fs für Maurach

ders.: Kommentierung Vor § 1, in: Hans-Joachim Rudolphi / Jürgen Wolter (Gesamtredaktion), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, AT (§§ 1 b-§ 79b), 26. Lfg., 6. Aufl., Juni 1997, Neuwied; zitiert bspw.: SK-Rudolphi, Vor § 1 StGB, Rdn. 1

Rudolphi, Hans-Joachim / Stein, Ulrich: Kommentierung § 339, in: Hans-Joachim Rudolphi / Jürgen Wolter (Gesamtredaktion), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band II, BT (§§ 267-358), 58. Lfg., 7. Aufl., September 2003, Neuwied; zitiert bspw.: SK-Rudolphi/Stein, § 339 StGB, Rdn. 1

dies.: Kommentierung Vor § 331 u. § 331, in: Hans-Joachim Rudolphi / Jürgen Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band

II, BT (§§ 267-358), 58. Lfg., 6. Aufl., September 2003, Neuwied; zitiert bspw.: SK-Rudolphi/Stein, § 331 StGB, Rdn. 1

Rusciano, Mario: L'impiego pubblico in Italia, Bologna 1978

Russo, Vincenzo: Il nuovo abuso di ufficio e gli altri reati contro la pubblica amministrazione, Napoli 1998; zitiert: Russo

Russo, Ermenegildo: L'elemento soggettivo nel reato di abuso d'ufficio, Temi romana, 1998, 99-106

Sabatini, Guglielmo: Kommentierung zu Art. 323 c.p., in: Ugo Conti, Il codice penale, Vol. II, Milano 1934; zitiert bspw.: Sabatini, in: Conti, Cp, Art. 323, Nr. 368 S. 319

Sala, Giovanni: L'eccesso di potere amministrativo dopo la legge 241/1990: un ipotesi di ridefinizione, Dir. amm., 1993, 173-229

Salandra Antonio: La giustizia amministrativa nei governi liberi con speciale riguardo al vigente diritto italiano, Torino 1904; zitiert: Salandra, La giustizia amministrativa

Salemi, Giovanni: La giustizia amministrativa, 5. ed., Padova 1958

Salvi, Cesare: Danno, Dig. discipl. priv., Vol. V, Torino 1989, S. 63-74

Sandulli, Aldo M.: Manuale di diritto amministrativo, Napoli 1957; zitiert: Sandulli, Manuale di diritto amministrativo, 1957

ders.: Manuale di diritto amministrativo, 14. ed., Vol. I, Napoli 1984; zitiert: Sandulli, Manuale di dir. amm., Vol. I, 1984

ders.: Manuale di diritto amministrativo, 14. ed., Vol. II, Napoli 1984; zitiert: Sandulli, Manuale di dir. amm., 14. ed., Vol. II

ders.: La proporzionalità dell'azione amministrativa, Padova 1998

Satta, Filippo: Introduzione ad un corso di diritto amministrativo, Padova 1980

ders.: Imparzialità della pubblica amministrazione, Encicl. giur., Vol. XV, Roma 1991

Satzger, Helmut: Kommentierung zu Art. 31 EUV, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der

Europäischen Gemeinschaft, München 2003; zitiert bspw.: Satzger, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 31 EUV, Rdn. 1

ders.: Internationales und Europäisches Strafrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2008

Sax, Walter: Grundsätze der Strafrechtspflege, in: Karl August Bettermann / Hans Carl Nipperdey / Ulrich Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd. III, 2. Halbbd., Berlin 1959, S. 909-1014

Scarpa, Giuseppe: L'abuso di ufficio, Bologna 1970

Scarpetta, Giuliana: Il danno ingiusto, in: Andrea Antonio Dalia / Marzia Ferraioli (koordinato da), La modifica dell'abuso di ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa, Milano 1997, S. 129-137

Scharrer, Dirk: Notwendigkeit und Grenzen hauptstrafrechtlicher Sanktionen im Bereich Theater, Film und Fernsehen, Potsdam 1997; zitiert: Scharrer, Notwendigkeit und Grenzen hauptstrafrechtlicher Sanktionen

Scheerbarth, Walter / Höffken, Heinz / Bauschke, Hans-Joachim / Schmidt, Lutz: Beamtenrecht, 6. Aufl., Siegburg 1992

Schidor, Dieter: Entwicklung und Bedeutung des Statuto Albertino in der italienischen Verfassungsgeschichte, München 1977

Schlesinger, Piero: La „ingiustizia“ del danno nell'illecito civile, Jus, 1960, 336-347

Schmidt, Eberhard: Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, DRZ 1950, Beiheft 11

ders.: Schrifttum zum neuen Ordnungswidrigkeitenrecht, JZ 1969, 401-402

Schmidhäuser, Eberhard: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 2. Aufl., Tübingen 1975; zitiert bspw.: Schmidhäuser, AT, 3/15

Schmidt-Speicher, Ursula: Hauptprobleme der Rechtsbeugung, Berlin 1982

Schmitt, Carl: Die Diktatur, Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf, 2. Aufl., Berlin, Leipzig 1928

Schmitz, Roland: Kommentierung zu § 1 StGB, in: Wolfgang Joecks / Klaus Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I (§§ 1-51), München 2003; zitiert bspw.: MüKo-Schmitz, § 1 StGB, Rdn. 1

Schöne, Friedrich: Die rechtliche Natur der disziplinarischen Bestrafung der Staatsbeamten unter besonderer Berücksichtigung des preußischen Rechtes, Verwaltungsarchiv 19 (1911), 180-267

Schorheit, Armin: Die sogenannten Ordnungswidrigkeiten, GA 1967, 225-237

Schröder, Horst: Das Rechtsgut der Bestechungsdelikte und die Bestechlichkeit des Ermessensbeamten, GA 1961, 289-298

Schütze, Theodor Reinhold: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts (auf Grund des Reichsstrafgesetzbuches), 2. Aufl., Leipzig 1874

ders.: Amtsverbrechen, in: Franz von Holtzendorff (herausgegeben von), Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 2. Teil (Rechtslexikon), 1. Band, 3. Aufl., Leipzig 1880, S. 97-98

Schwinge, Erich: Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, Bonn 1930

Sciascia, Massimiano: Forza e valore formale delle direttive comunitarie - sulla immediata eseguibilità nel campo amministrativo, Nuova rass., 1995, 863-866

Scordamaglia, Vincenzo: Peculato, Encicl. dir., Vol. XXXII, Milano 1982, S. 554-660

ders.: La modifica dei delitti di peculato e di malversazione: una reformatio in pejus?, in: Alfonso M. Stile (a cura di), La riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione, Napoli 1987, S. 241 ff.; zitiert: Scordamaglia, La modifica dei delitti di peculato e di malversazione

ders.: L'abuso di ufficio, in: Franco Coppi (a cura di), Reati contro la pubblica Amministrazione, Studi in memoria di Angelo Raffaele Latagliata, Torino 1993, S. 191-264

Seebode, Manfred: Das Verbrechen der Rechtsbeugung (§ 336 StGB), Würzburg 1968

Segreto, Antonio / De Luca, Gaetano: Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica Amministrazione, 1. ed., Milano 1991; zitiert: Segreto/De Luca, 1991

ders.: Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica Amministrazione, 2. ed., Milano 1995; zitiert: Segreto/De Luca, 1995

ders.: Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica Amministrazione, 3. ed., Milano 1999; zitiert: Segreto/De Luca, 1999

Seminara, Sergio: Il delitto di abuso di ufficio, Riv. it. dir. proc. pen., 1992, 565-607

ders.: Commento agli artt. 323, 323bis, 324 c.p., in: Tullio Padovani (coordinato da), I delitti contro la pubblica amministrazione, Torino 1996, S. 226-297; zitiert: Seminara, Commento

ders.: Dei delitti contro la pubblica amministrazione, Artt. 314-360, in: Alberto Crespi / Federico Stella / Giuseppe Zuccalà, Commentario breve al codice penale, Padova 1986; zitiert bspw.: Seminara, in: Crespi/Stella/Zuccalà, 1986, Art. 323 c.p., I, Rdn. 1

ders.: Dei delitti contro la pubblica amministrazione, Artt. 314-360, in: Alberto Crespi / Federico Stella / Giuseppe Zuccalà, Commentario breve al codice penale, 3. ed., Padova 1999; zitiert bspw.: Seminara, in: Crespi/Stella/Zuccalà, Art. 323 c.p., I, Rdn. 1

ders.: Il nuovo delitto di abuso di ufficio, Stud. iur., 1997, 1251-1260

Seuffert, Johann Michael: Von dem Verhältnisse des Staats und der Diener des Staats gegeneinander im rechtlichen und politischen Verstande, Würzburg 1793; zitiert: Seuffert, Von dem Verhältnisse des Staats und der Diener des Staats

Severino Di Benedetto, Paola: I delitti contro la pubblica amministrazione: le qualifiche soggettive, Milano 1983

dies.: La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione: soggetti, qualifiche, funzioni, in: Alfonso M. Stile (a cura di), La riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione, Napoli 1987; S. 29-58; zitiert: Severino Di Benedetto, La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione

dies.: Prospettive di riforma degli artt. 357 e 358 c.p., Riv. it. dir. proc. pen., 1989, 1165-1177

dies.: L. 26/4/1990 n. 86 - Modifiche in tema di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, Commento agli artt. 17 e 18 della l. 26 aprile 1990, n. 86, Legisl. pen., 1990, 335-346

dies.: Le nozioni di pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio nel nuovo testo degli artt. 357 e 358 c.p., in: Atti del primo Congresso Nazionale di Diritto Penale, I delitti contro la pubblica amministrazione dopo la riforma - Il nuovo codice di procedura penale ad un anno dall'entrata in vigore, Napoli 1991, S. 19-55

dies.: Commento alla l. 7-2-1992 n. 181 - Modifiche al codice penale in tema di delitti contro la pubblica amministrazione, *Legisl. pen.*, 1992, Nr. 3, 445-450

dies.: Le nuove definizioni delle figure di pubblico ufficiale ed incaricato di un pubblico servizio nel testo riformato degli artt. 357 e 358 c.p., in: Franco Coppi (a cura di), *Reati contro la pubblica Amministrazione*, Studi in memoria di Angelo Raffaele Latagliata, Torino 1993, S. 338-368; zitiert: Severino Di Benedetto, *Le nuove definizioni*

dies.: Pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio, in: *Dig. discipl. pen.*, Vol. X, Torino 1995, S. 508-524

dies.: Commento agli artt. 357-358 c.p., in: Tullio Padovani (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano 1996, S. 448-482; zitiert: Severino Di Benedetto, *Commento agli artt. 357-358 c.p.*

Seydel, Friedrich: Gesetz vom 21. Juli 1852 betreffend die Dienstvergehen der nichtrichterlichen Beamten, die Versetzung derselben auf eine andere Stelle oder in den Ruhestand und seine Ergänzungen, Berlin 1883; zitiert: Seydel, *Die Dienstvergehen der nichtrichterlichen Beamten*

Seydel, Max: Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre, Freiburg 1873

Sieveking, Wilhelm Michael: Der Täterkreis der Rechtsbeugung, München 1964

Siniscalco, Marco: La nuova disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali, *Profili critici*, *Legisl. pen.*, 1990, 263-266

Sirani, Alberto: Dolo specifico e deficit di tassatività nell'abuso d'ufficio, *Il commento*, *Dir. pen. proc.*, 1996, 1139-1143

Spendel, Günter: Kommentierung zu § 339 StGB, *Leipziger Kommentar*, 9. Band, 11. Aufl., Berlin, Stand 1.1.1999; zitiert bspw.: LK-Spendel, § 339 StGB, Rdn. 1

Spizuoco, Renato: Differenze fra l'abuso di potere, l'atto illegittimo e l'atto arbitrario, *Giust. pen.*, 1951, I, Sp. 6-9

Stein, Albert: Der Streit um die Grenzen der Bestechungstatbestände, *NJW* 1961, 433-439

Stile, Alfonso M.: L'omissione di atti di ufficio nella riforma dei delitti contro la pubblica Amministrazione, in: Alfonso M. Stile (a cura di), *La riforma dei delitti contro la pubblica Amministrazione*, Napoli 1987, S. 399-436

ders.: L. 26/4/1990 n. 86 - Modifiche in tema di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, Commento all'art. 16 della l. 26 aprile 1990, n. 86, Legisl. pen., 1990, 322-334

Stock, Ulrich: Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen, Leipzig 1932

Stortoni, Luigi: L'abuso di potere nel diritto penale, Milano 1976

ders.: La nuova disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.: profili generali e spunti problematici, Riv. trim. dir. pen. econ., 1990, 707-722

ders.: Delitti contro la pubblica amministrazione, in: AA.VV., Diritto penale, Lineamenti di parte speciale, 2. ed., Bologna 2000, S. 69-154

Stratenwerth, Günter / Bommer, Felix: Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 6. Aufl., Bern 2008

Stratenwerth, Günter / Kuhlen, Lothar: Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 5. Aufl., Köln, Berlin, München 2004; zitiert. Stratenwerth/Kuhlen, AT

Suetonius, Gaius: C. Suetoni Tranquilli opera, in: Maximilianus Ihm (Hrsg.), Vol. I, Stuttgart 1958; zitiert: Suet. Caes. bzw. Suet. Oth.

Summer, Rudolf: Das Berufsbeamtentum als Instrument des liberalen Verfassungs- und Rechtsstaats, PersV 1996, 241-249

Tacitus, Cornelius: Cornelii Taciti, Annalium Ab Excessu Divi Augusti Libri, The Annals of Tacitus, ed. Henry Furneaux, Vol. I (Books I-VI), 2. ed., London 1896; zitiert: Tac. Ann. 1

ders.: Cornelii Taciti, Annalium Ab Excessu Divi Augusti Libri, The Annals of Tacitus, ed. Henry Furneaux / H. F. Pelham / C. D. Fisher, Vol. II. (Books XI-XVI), 2. ed., Oxford 1907; zitiert: Tac. Ann. 11

ders.: Cornelii Taciti opera minora, ed. Henricus Furneaux / J. G. C. Anderson, Oxford 1900 (1958); zitiert: Tac. Ger.

ders.: Historien, Lateinisch-deutsch ed. Joseph Borst, 2. Aufl., München 1969; zitiert: Tac. Hist.

Tanda, Paolo: Abuso d'ufficio: eccesso di potere e violazione di norme di legge o regolamento, Cass. pen., 1999, 2119-2134

Tellone, Gianluca: La violazione delle norme sulla competenza, in: Andrea Antonio Dalia / Marzia Ferraioli (coordinato da), La modifica dell'abuso

di ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa, Milano 1997, S. 41-60

ders.: Il concorso di persone nel reato, in: Andrea Antonio Dalia / Marzia Ferraioli (coordinato da), La modifica dell'abuso di ufficio e le nuove norme sul diritto di difesa, Milano 1997, S. 155-165; zitiert: Tellone, Il concorso di persone

Temme, Jodocus Deodatus Hubertus: Kritik des Entwurfs des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, Zweiter Theil, Berlin 1843

ders.: Lehrbuch des Preußischen Strafrechts, Berlin 1853

ders.: Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Stuttgart 1876

Tesauero, Alessandro: Violazione di legge ed evento abusivo nel nuovo Art. 323 c.p., Torino, 1999

Tesauero, Alfonso: L'abuso innominato di autorità, Annali di Perugia, Vol. XXXVII, 1925, Serie V, Vol. I, 101-300

Tiedemann, Klaus: Wirtschaftsstrafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl., Köln, München 2008

Träger, Ernst: Kommentierung zu §§ 352-355 StGB, Leipziger Kommentar, 9. Band, 11. Aufl., Berlin, Stand 1.5.2004; zitiert bspw.: LK-Träger, § 352 StGB, Rdn. 1

Tonini, Paolo: Manuale di procedura penale, 2. ed., Milano 2000

Tucci, Giuseppe: Il danno ingiusto, Napoli 1970

Überhofen, Michael: Korruption und Bestechungsdelikte im staatlichen Bereich, Ein Rechtsvergleich und Reformüberlegungen zum deutschen Recht, Freiburg im Breisgau 1999

Ule, Carl Herman: Vom Deutschen Beamten Gesetz zum Beamtenrechtsrahmengesetz, ZBR 1987, S. 225-231

Vannini, Ottorino: Manuale di diritto penale italiano, Parte speciale, Milano 1954

Vasciaveo, Maria Teresa: Kommentierung zu artt. 636-640bis c.p., in: Emilio Dolcini / Giorgio Marinucci (a cura di), Codice penale commentato, Parte speciale, Milano 1999; zitiert bspw.: Dolcini/Marinucci-Vasciaveo, Art. 640 c.p., Rdn. 1

Vassalli, Giuliano: Corruzione propria e corruzione impropria, Giust. pen., 1979, II, Sp. 305-337

Vassogne, Jean / Bernard, Camille: Corruption, in: Dalloz, Encyclopédie Juridique, 2. ed., Répertoire de Droit Pénal et de Procédure Pénale, Tome I (Abandon d'enfant - Cumul d'infractions), Paris 1967

Venafro, Emma: Reato proprio, Dig. discipl. pen., Vol. XI, Torino 1996, S. 337-348

Venanzi, Mario: La provvista regolamentare degli Enti locale e primi appunti sulla potestà statutaria, Amm. it., 1990, 1401-1406

Vendetti Rodolfo: Questioni sulla sindacabilità degli atti amministrativi da parte del giudice penale, Riv. it. dir. proc. pen., 1964, 1135-1139

ders.: Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi, Riv. it. dir. proc. pen., 1965, 28-47

Verrienti, Luca: Giurisdizione ordinaria e pubblica Amministrazione, (Kommentar zu den Artikeln 1-5 und 12 des Gesetzes vom 20.3.1865, Nr. 2248), in: Alberto Romano (direttore), Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa, Padova 1992; zitiert: Verrienti, in: Romano, Giustizia amministrativa

ders.: Regolamenti e potere normativo degli enti locali, Dig. discipl. pubbl., Vol. XIII, Torino 1997, S. 56-62

Vinciguerra, Sergio: Impiego presso ente pubblico e qualità di incaricato di un pubblico servizio (a proposito dei dipendenti dell'Enel), Riv. it. dir. proc. pen., 1966, 594-607

ders.: „Distrazione“ e peculato, in: Studi in onore di Biagio Petrocelli, Tome III, Milano 1972, S. 1631-1694 1653

ders.: Profili penalistici del servizio pubblico, Giur. it., 1992, IV, Sp. 24-34

ders.: Non tutte riforme sono migliorative: il nuovo art. 323 c.p., Giur. it. 1998, 1021-1022

ders.: (Beitrag zu L'obiettivo su... l'abuso d'ufficio), L'indice pen., 1998, 37-39

ders.: I codici penali sardo-piemontesi del 1839 e del 1859, in: Sergio Vinciguerra (studi coordinati da), Padova 1999, S. 350-393; zitiert: Vinciguerra, I codici penali sardo-piemontesi

Vipiana, Piera Maria: Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico, Milano 1993

dies.: Introduzione ai vizi di legittimità dell'atto amministrativo, Padova 1997

Virga, Pietro: Il provvedimento amministrativo, 4. ed., Milano 1972

ders.: Preclusa la sindacabilità nel merito delle scelte discrezionali, Giur. amm. sic., 1997, 343-345

ders.: Diritto Amministrativo, Vol. II (Atti e ricorsi), 6.ed., Milano 2001; zitiert: Virga, Diritto Amministrativo, Vol. II

ders.: Diritto Amministrativo, Vol. III (Amministrazione locale), 4. ed., Milano 2003; zitiert: Virga, Diritto amministrativo, Vol. III

ders.: Il pubblico impiego, 2. ed., Milano 1973; zitiert: Virga, Il pubblico impiego, 1973

ders.: Il pubblico impiego dopo la privatizzazione, 4. ed., Milano 2002

Vogel, Joachim: Harmonisierung des Strafrechts in der Europäischen Union, GA 2003, 314-334

Volpe, Giuseppe: Le fonti del pubblico impiego, in: Giuseppe Volpe (a cura di), Il pubblico impiego: principi generali, Torino 1991, S. 31-42

von Danwitz, Thomas: Kommentierung zu Art. 34 GG, in: Hermann von Mangoldt / Friedrich Klein / Christian Starck, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Band 2: Artikel 20 bis 78, 5. Aufl., München 2005; zitiert bspw.: v. Mangoldt/Klein/Starck-von Danwitz, Art. 34 GG, Rdn. 1

von Hufnagel, Carl Friedrich: Das StGB für das Königreich Württemberg, mit erläuternden Anmerkungen vornehmlich aus der Praxis der Gerichte, Tübingen 1845

von Liszt, Franz / Schmidt, Eberhardt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Einleitung und Allgemeiner Teil, 26. Aufl., Berlin, Leipzig 1932; zitiert: v. Liszt/Schmidt, AT

von Moy, Ernst: Das Staatsrecht des Königreichs Bayern, 1. Teil: Verfassungsrecht, Regensburg 1940

von Repgow, Eike: Sachsenspiegel: die Wolfenbütteler Bilderhandschrift, Textband als Sonderausgabe herausgegeben von Ruth Schmidt-Wiegand, Berlin 1998

von Rönne, Ludwig / Zorn, Philipp: Das Staatsrecht der Preußischen Monarchie, 1. Bd., 5. Aufl., Leipzig 1899

von Strampff, Heinrich Leopold: Kritische Briefe über den Entwurf des Strafgesetzbuches für die Preußischen Staaten, Berlin 1844

von Wächter, Carl Georg: Gemeines Recht Deutschlands, insbesondere Gemeines Strafrecht, Leipzig 1844

Wacker, Hans: Die Rechtsbeugung. Dogmatische und rechtspolitische Untersuchungen zu § 336 des Reichsstrafgesetzbuches mit besonderer Berücksichtigung der Strafgesetzentwürfe, Kiel 1931

Wackernagel, Wilhelm: (Hrsg.), Das Landrecht des Schwabenspiegels in der ältesten Gestalt mit den Abweichungen der gemeinen Texte und den Zusätzen derselben, Zürich, Frauenfeld 1840; zitiert: Wackernagel, Schwabenspiegel

Warda, Heinz-Günter: Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, Berlin 1955

Wassermann, Rudolf: Schein-Richter, DRiZ 1992, 161

Weis, Ludwig: Das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern sammt dem Gesetze vom 10. November 1861 zur Einführung des Strafgesetzbuchs und des Polizeistrafgesetzbuchs, 2. Band, Nördlingen 1865

Welzel, Hans: Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Berlin 1969

Wenzel, Alfons: Amtsausübung und Interessenkollision, DÖV 1976, 411-413

Wessels, Johannes / Beulke, Werner: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 34. Aufl., Heidelberg 2004

Wessels, Johannes / Hillenkamp, Thomas: Strafrecht, Besonderer Teil, Band 2, 28. Aufl., Heidelberg 2005

Wittland, Hermann: Reichsdienststrafordnung, Kommentar, 2. Aufl., Berlin 1941; zitiert bspw.: Wittland, RDStO, S. 133, Rdn. 182

Wolff, Hans Julius / Bachof, Otto / Stober, Rolf / Kluth, Winfried: Verwaltungsrecht I, 12. Aufl., München 2007

Zagrebel'sky, Gustavo: Manuale di diritto costituzionale, Vol. I, Il sistema delle fonti del diritto, Torino 1990 (ristampa aggiornata)

Zanobini, Guido: Corso di diritto amministrativo, Vol. I, 7. ed., Milano 1954; zitiert: Zanobini, Corso di dir. amm., Vol. I

ders.: Corso di diritto amministrativo, Vol. II, 7. ed., Milano 1954; zitiert: Zanobini, Corso di dir. amm., Vol. II

Zorn, Philipp: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 1. Bd. Das Verfassungsrecht, 2. Aufl., Berlin 1895

Zuccalà, Giuseppe: Profili del delitto di attentato, Riv. it. dir. proc. pen., 1977, 1225-1255

Das Phänomen des Mißbrauchs von Amtsbefugnissen ist in sämtlichen Gesellschaften verbreitet. Im Gegensatz zum deutschen hat der italienische Gesetzgeber den Amtsmißbrauch in Artikel 323 codice penale unter Strafe gestellt. Das Delikt hat durch die Anklage hochgestellter Politiker in Italien aktuell auch in Deutschland Bekanntheit erlangt.

Die Bestimmung weist eine bewegte Geschichte auf und war in Italien Gegenstand heftiger wissenschaftlicher Auseinandersetzungen. Darauf geht die vorliegende Abhandlung anhand der Erläuterung der Tatbestandsmerkmale ein. Darüber hinaus wird untersucht, worin die Gründe für das Fehlen einer entsprechenden Norm im deutschen Recht zu sehen sind und inwiefern eine Inkriminierung der Zweckentfremdung von Amtskompetenzen hierzulande unter den Gesichtspunkten der Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit in Betracht käme.



GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT
GÖTTINGEN

ISBN: 978-3-86395-037-8
ISSN: 1864-2136

Universitätsverlag Göttingen