

Tatort Gemeindeamt

Praxisfälle und Gerichtsurteile – Umgang mit Einzelfällen, Behandlung von Einzelsituationen

Österreichischer Städtebund

Die Haftung der Städte – Städte in Haft

Salzburg, 22. und 23.02.2018

RA Dr. Dieter Neger

1. Einleitung

Kommunalpolitiker stehen mit ihren Tätigkeiten zunehmend im Fokus der Gerichte und Behörden. Ihre Arbeit erfordert die peinliche Beachtung umfangreichster Rechtsnormen. Das Spannungsfeld zwischen bürgernaher Verwaltung und gesetzeskonformer Vorgehensweise soll in der Folge einleitend, ohne irgendeinen Anspruch auf Vollständigkeit, anhand weniger Beispiele illustriert werden.

Beispiel 1 – Raumordnung

Im Rahmen der Raumordnung ist die zielgerichtete Flächennutzung anzustreben. Die Festlegung der Nutzungskategorien, beispielsweise Bauland, obliegt dem Gemeinderat als Verordnungsgeber. Stellt sich nachträglich heraus, dass die widmungsgemäße Verwendung nicht zulässig ist, weil beispielsweise ein Hochwasserschutzbereich nicht beachtet wurde, kann das zu Amtshaftungsansprüchen des frustrierten Liegenschaftseigentümers oder Bauwerbers führen. Im Wege der Organhaftung können sodann die Entscheidungsträger, wie BürgermeisterInnen, schadenersatzrechtlich haftbar gemacht werden.

Beispiel 2 – Amtsmissbrauch

Der Bürgermeister ist in der Regel Baubehörde erster Instanz. Wird im Gemeindegebiet ein „Schwarzbau“ errichtet, hat die Baubehörde dessen Beseitigung aufzutragen, die Nutzung zu untersagen und all dies exekutieren zu lassen. Wird dies wissentlich unterlassen, ist der Straftatbestand des Amtsmissbrauchs (§ 302 StGB) erfüllt. Amtsmissbrauch - wissentlicher Befugnismissbrauch mit bedingter Schädigungsabsicht im Bereich der Hoheitsverwaltung - ist ein Verbrechen, das in seiner einfachsten Begehungsform mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis fünf Jahren bedroht ist. In den letzten Jahren zunehmende Strafverfahren und Verurteilungen von BürgermeisterInnen zeigen deutlich die strafrechtliche Sensibilität.

Beispiel 3 – Untreue

Der Straftatbestand der Untreue (§ 153 StGB) ist sozusagen das „Spiegeldelikt“ zum Amtsmissbrauch, begangen im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung. Untreu handelt, wer seine Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen, wissentlich missbraucht und dadurch eine Vermögensschädigung des wirtschaftlich Berechtigten bewirkt. Die rechtswidrige Bevorzugung eines Bieters bei einer Auftragsvergabe oder die Vergabe von Subventionen ohne gesetzkonforme Beschlussfassungen an örtliche Sportvereine verwirklicht diesen Straftatbestand, der in seiner einfachsten Begehungsform mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen bedroht ist. Auch diesbezüglich zeigen die Strafgerichte die zunehmende Tendenz, Verfehlungen zu ahnden.

2. Amtsmissbrauch - Untreue - Die Straftatbestände und ihre Unterschiede

2.1. Missbrauch der Amtsgewalt - § 302 StGB

*Ein **Beamter**, der mit dem **Vorsatz**, dadurch einen anderen an seinen **Rechten** zu **schädigen**, seine **Befugnis**, im Namen des Bundes, eines Landes, eines Gemeindeverbandes, einer Gemeinde oder einer anderen Person des öffentlichen Rechtes als deren Organ in Vollziehung der Gesetze **Amtsgeschäfte** vorzunehmen, **wissentlich missbraucht**, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen. Wer die Tat bei der Führung eines Amtsgeschäfts mit einer fremden Macht oder einer über- oder zwischenstaatlichen Einrichtung begeht, ist mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen. Ebenso ist zu bestrafen, wer durch die Tat einen 50.000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt¹.*

Missbrauch der Amtsgewalt („Amtsmissbrauch“) ist aufgrund seiner hohen Strafdrohung in allen seinen Qualifikationen ein **Verbrechen**, welches im Schöffenzug geahndet wird. **Tatvoraussetzung** ist, dass ein Beamter im Rahmen der **Hoheitsverwaltung** in Vollziehung der Gesetze **wissentlich** einen **Befugnismissbrauch** begeht, letzteren zumindest mit dem **bedingten Vorsatz**, eine **Schädigung an konkreten Rechten** zu bewirken.

Besonders hervorzuheben ist, dass zur Deliktsverwirklichung kein Vermögensschaden drohen oder verursacht werden muss, sondern eine **Schädigung an Rechten** genügt. Um Amtsmissbrauch und damit ein Verbrechen zu begehen, genügt es sohin, als Amtsträger in Vollziehung hoheitlicher Aufgaben gesetzlichen Bestimmungen, zu deren Einhaltung man in Vollziehung dieser Amtsgeschäfte verpflichtet ist, wissentlich zuwider zu handeln.

¹ § 302 StGB.

Amtsmissbrauch ist deshalb immer ein Verbrechen, da der Straftatbestand auch in seiner einfachen Begehungsform mit mehr als dreijähriger Freiheitsstrafe bedroht ist.

Bezogen auf Gemeinden ist Amtsmissbrauch für all jene tatbildlichen Handlungen relevant, die im Rahmen der Hoheitsverwaltung gesetzt werden.

Beispiele:

- Ein Bürgermeister oder ein Gemeindebediensteter erteilt einen Bauauftrag im Rahmen der Hoheitsverwaltung ohne erforderlichen Gemeinderatsbeschluss
- Ein Darlehen wird durch die Gemeinde im Rahmen der Hoheitsverwaltung ohne erforderlichen Gemeinderatsbeschluss und/oder aufsichtsbehördliche Genehmigung aufgenommen
- Der Bürgermeister als Baubehörde erteilt eine Baubewilligung auf einem hiefür raumordnungsrechtlich nicht zulässigen Grundstück oder verfügt hinsichtlich eines „Schwarzbaus“ keinen Beseitigungsauftrag
- Ein Bürgermeister oder ein Mitarbeiter des Meldeamtes führt wissentlich eine Scheinanmeldung durch
- Ein Gerichtsvollzieher unterlässt unberechtigt eine Exekution
- Ein Polizeibeamter stellt eine Organstrafverfügung nur zum Schein aus

2.2. Untreue - § 153 StGB

Untreue begeht, wer seine **Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen** oder einen anderen zu verpflichten, **wissentlich missbraucht** und dadurch den anderen am **Vermögen schädigt**. Seine Befugnis missbraucht, wer **in unvertretbarer Weise** gegen solche Regeln verstößt, die dem **Vermögensschutz** des wirtschaftlich Berechtigten dienen².

Die Strafdrohung ist bei einem Vermögensschaden bis 5.000 Euro mit einer Freiheitsstrafe von bis zu sechs Monaten oder einer Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen festgesetzt. Ein 5.000 Euro übersteigender Vermögensschaden ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bedroht. Erst ein 300.000 Euro übersteigender Schaden ist mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen.

Der Straftatbestand der Untreue ist daher, außer bei einer Schadensqualifikation von über 300.000 Euro, strafrechtlich gesehen lediglich ein **Vergehen**³.

Mit dem Strafrechtsänderungsgesetz 2015⁴ war Abs 2 neu in den § 153 StGB eingefügt worden, demzufolge nur dann ein wissentlicher Befugnismissbrauch vorliegt, wenn in unvertretbarer Weise gegen Regeln, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen, verstoßen wird.

Das Strafrechtsänderungsgesetz 2015 hat sohin hinsichtlich dieses Straftatbestandes der Untreue eine wesentliche Entkriminalisierung gebracht, indem das „wirtschaftliche Scheitern“ straffrei gestellt wurde. Außerdem waren bei dieser Gelegenheit die Wertgrenzen sehr deutlich erhöht worden. Bis zum Strafrechtsänderungsgesetz 2015 waren der erste oben angeführte Deliktsfall

² § 153 StGB.

³ Nach § 17 StGB sind Verbrechen vorsätzliche Handlungen, die mit lebenslanger oder mit mehr als dreijähriger Freiheitsstrafe bedroht sind, während alle anderen strafbaren Handlungen als Vergehen zählen.

⁴ BGBl I 2015/112.

bereits bei einem 3.000 Euro übersteigenden Schaden und der zweite Deliktsfall bereits bei einem 50.000 Euro übersteigenden Schaden normiert gewesen. Diese Wertgrenzen betragen nunmehr 5.000 Euro bzw 300.000 Euro.

Besonders hervorzuheben ist, dass zur Verwirklichung des Straftatbestandes der Untreue ein **Vermögensschaden** verursacht werden bzw zumindest drohen muss.

Bezogen auf Gemeinden ist Untreue für all jene tatbildlichen Handlungen relevant, die im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung bzw im privatwirtschaftlichen Bereich begangen werden. Diesbezüglich ist Untreue sozusagen das „Spiegeldelikt“ zum Amtsmissbrauch, der nur im hoheitlichen Bereich verwirklicht werden kann.

Beispiele im Gemeindebereich:

- Ein Bürgermeister oder ein Gemeindebediensteter bevorzugt bei einer Auftragsvergabe rechtswidrig einen Bieter
- Förderungen werden ohne gesetzeskonforme Beschlussfassungen an örtliche Sportvereine vergeben
- Gemeindegrundstücke werden ungerechtfertigt unterpreisig verkauft

2.3. Unterschiede Amtsmissbrauch – Untreue

Wie bereits erwähnt, sind Missbrauch der Amtsgewalt einerseits und Untreue andererseits im kommunalen Bereich sozusagen „Spiegeldelikte“. Während Amtsmissbrauch Verfehlungen im Hoheitsbereich ahndet, inkriminiert Untreue solche in der Privatwirtschaftsverwaltung.

Bei beiden Straftatbeständen ist zur Tatverwirklichung wissentlicher Befugnismissbrauch und bedingte Schädigungsabsicht erforderlich. Im weitern driften Amtsmissbrauch und Untreue jedoch stark auseinander.

Um Amtsmissbrauch zu begehen, genügt es, eine Schädigung an Rechten zu verwirklichen oder zu versuchen. Diese Tathandlung ist immer ein Verbrechen. Die Schädigung an Rechten muss mit keinerlei Schadenssumme zu bewerten sein, damit die Strafdrohung einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren greift. Ist die Schädigung mit mehr als 50.000 Euro zu bewerten, beträgt die Strafdrohung sogar ein bis zehn Jahre Freiheitsstrafe.

Amtsmissbrauch ist sohin immer mit einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten bedroht, selbst wenn lediglich eine Schädigung in vermögensrechtlich irrelevanten Rechten (bspw im Recht auf Beschlussfassung durch das zuständige Gemeindeorgan) versucht oder herbeigeführt wird.

Untreue hingegen ist, mit Ausnahme der zur Deliktsverwirklichung zwingend erforderliche Vermögensschaden übersteigt 300.000 Euro, immer ein Vergehen. Bis zu einem Vermögensschaden von inkl 300.000 Euro ist – im Gegensatz zum Amtsmissbrauch – keine Strafuntergrenze normiert. Während Amtsmissbrauch bei einem Schaden ab 50.000 Euro mit einem Jahr bis zehn Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist, ist Untreue mit dieser Strafe erst bei einem Schaden über 300.000 Euro bedroht.

3. Tätige Reue, Diversion und Kronzeugenregelung

Macht jemand, der den Straftatbestand der Untreue verwirklicht hat, den ganzen aus seiner Tat entstandenen Schaden gut oder verpflichtet er sich vertraglich, dem Verletzten binnen einer bestimmten Zeit volle Schadensgutmachung zu leisten bzw erstattet er Selbstanzeige und erlegt den Schadensbetrag, bevor die Strafverfolgungsbehörde von seinem Verschulden erfahren hat, bleibt er infolge „Tätiger Reue“ nach § 167 StGB straffrei.

Der Straftatbestand des Missbrauchs der Amtsgewalt ist diesbezüglich, im Gegensatz zur Untreue, nicht privilegiert. Missbrauch der Amtsgewalt ist in § 167 StGB nicht angeführt und der tätigen Reue nicht zugänglich, auch dann nicht, falls „lediglich“, spiegelbildlich zur Untreue, im Hoheitsbereich (und damit amtsmissbräuchlich) ein reiner Vermögensschaden verursacht wird.

Im Versuch, dieses augenscheinliche Auseinanderklaffen der zitierten Straftatbestände wenigstens zum Teil zu glätten, hat der Gesetzgeber mit 01.01.2014, damals noch die diesbezügliche Systematik der Strafprozessordnung verlassend, in § 198 Abs 3 StPO⁵ Amtsmissbrauch in – allerdings nur ganz geringfügigen Fällen – diversionsfähig gemacht. Seither dürfen „leichte Amtsmissbräuche“ im Wege der Diversion durch Zahlung eines Geldbetrages, Erbringung gemeinnütziger Leistungen etc erledigt werden, ohne dass es zu einem Schuldspruch und damit zu einer Vorstrafe kommt. Untreue war bereits vorher und ist dies weiterhin, außer in ihrer qualifiziertesten Tatbegehungsform (Schaden über 300.000 Euro), diversionsfähig.

Lediglich im Rahmen der sogenannten „Kronzeugenregelung“ des § 209a StPO kommt auch für Missbrauch der Amtsgewalt dann eine unter Umständen auch

⁵ Strafprozessordnung, BGBl 1975/631 idgF BGBl I 2016/121.

umfassendere diversionelle Erledigung in Betracht, wenn der Täter freiwillig an die Staatsanwaltschaft herantritt, ein reumütiges Geständnis über seinen Tatbeitrag ablegt und sein Wissen über neue Tatsachen und Beweismittel offenbart, deren Kenntnis wesentlich dazu beiträgt, die umfassende Aufklärung über seinen eigenen Tatbeitrag hinaus zu fördern oder eine als relevanter Täter infrage kommende (weitere) Person auszuforschen.

4. Spruchpraxis

Die Spruchpraxis der österreichischen Strafgerichte und des OGH zeigt, sicherlich auch bedingt durch die allseitigen öffentlich bekannten, Gebietskörperschaften und öffentliche Unternehmungen betreffenden Wirtschaftsstrafverfahren, eine deutlich sichtbare zunehmende Verschärfung. Dabei ist es auffallend, dass, gerade bezogen auf den Straftatbestand des Amtsmissbrauchs, Bürgermeister, andere Kommunalpolitiker und Gemeindebedienstete regelmäßig mit geradezu drakonischen Strafen belegt werden. Untreuedelikte, auch mit allfällige Amtsmissbräuche weit übersteigendem Unrechtsgehalt und Schaden, werden, wegen der strafrechtlich und strafprozessrechtlich normierten sehr deutlichen Besserstellung der Untreue gegenüber dem Amtsmissbrauch, unverhältnismäßig milder geahndet.

In diesem Zusammenhang ist auf folgenden, strafprozessrechtlich wesentlichen, Umstand hinzuweisen:

Hinsichtlich der „vertretbaren Rechtsansicht“, bezogen auf einen wissentlichen Befugnismissbrauch, legt der OGH einen weiten Maßstab an. Irrt der Täter über den sozialen Bedeutungsgehalt des normativen Tatbestandsmerkmals „Befugnismissbrauch“, kommt wissentlicher Befugnismissbrauch, mithin die

Erfüllung des Tatbestandes, nicht in Betracht. Ob der Irrtum vorwerfbar ist, spielt keine Rolle.⁶ Auch wenn die Überzeugung eines Beamten, sich noch innerhalb seiner gesetzlichen Befugnisse zu bewegen, auf einer abwegigen Rechtsmeinung oder einem vorwerfbaren Irrtum beruht, bleibt in subjektiver Beziehung für die Annahme einer Wissentlichkeit des Befugnismissbrauchs kein Raum.⁷

Im Sinne dieses großzügigen Maßstabs des OGH stützt sich die Verantwortung Angeklagter regelmäßig auf „vertretbare Rechtsansicht“ bzw „entschuldigenden Rechtsirrtum“. Folgen dem die Strafgerichte nicht, verurteilen sie in aller Regel **beweiswürdigend**, dem Angeklagten sei wissentlicher Befugnismissbrauch zuzurechnen.

Missbrauch der Amtsgewalt fällt in allen seinen Begehungsformen in die Zuständigkeit der **Schöffengerichtsbarkeit**. Gegen das Urteil eines Schöffengerichts ist eine sogenannte „Schuldberufung“, im Gegensatz zu einzelrichterlicher Besetzung, nicht zulässig. Urteile der Landesgerichte als Schöffengerichte dürfen nur mit den Rechtsmitteln der Nichtigkeitsbeschwerde und der Strafberufung bekämpft werden⁸. Eine „volle Berufung“, die die Schuldberufung mitumfasst, ist im schöffengerichtlichen Verfahren unzulässig. Zunehmend ist, wie erwähnt, in schöffengerichtlichen Verfahren insbesondere auch gegen Amtsträger von Gemeinden zu beobachten, dass der zur Tatverwirklichung der Straftatbestände des Missbrauchs der Amtsgewalt und der Untreue erforderliche wissentliche Befugnismissbrauch im Wege der Beweiswürdigung angenommen bzw festgestellt wird. Die Spruchpraxis des OGH zeigt sehr deutlich, dass der Versuch, derartige schöffengerichtliche Schuldsprüche im Wege der Nichtigkeitsbeschwerde und des hierfür grundsätzlich

⁶ OGH 27.5.2013, 17 Os 1/13w.

⁷ OGH 14.3.1995, 14 Os 8/95; 24.11.2014, 17 Os 16/14b; RS0088879.

⁸ § 280 StPO.

normierten § 281 Abs 1 Z 5a⁹ StPO zu bekämpfen, als unzulässig zurückgewiesen wird.

Im Ergebnis ist ein vom Schöffengericht getroffener, beweismäßig ausreichend begründeter, Schuldspruch unbekämpfbar. Das Schöffengericht ist diesbezüglich de facto erste und letzte Instanz, was judizierterweise, auch im Sinne des fair trial, zulässig, jedoch für die Rechtsunterworfenen wenig zufriedenstellend ist.

5. Auswirkungen auf die Kommunalpolitik

Gemeindebedienstete und insbesondere Kommunalpolitiker wie Bürgermeister, Gemeindevorstands- und Gemeinderatsmitglieder geraten erkennbar seit Jahren zunehmend in den Fokus der Öffentlichkeit und der Strafgerichte. Durch die seit 2013 gesetzlich normierte Legalität des **Whistleblowing**¹⁰ sind gerade Kommunalpolitiker laufend Ziel anonymer Anzeigen, denen die Strafverfolgungsbehörden nachzugehen haben.

Kommunalpolitik basiert überwiegend auf der **Bereitschaft freiwilliger Leistungserbringung für das Gemeinwohl** in Form der Übernahme kommunalpolitischer Mandate. Verbunden mit dem in der Bundesverfassung normierten gleichen und freien Wahlrecht ist die Ausübung (auch) kommunalpolitischer Mandate und Funktionen an keine fachlichen Qualifikationen gebunden.

⁹ Dieser Rechtsnorm zufolge ist ein Nichtigkeitsgrund gegeben, wenn sich aus den Akten erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit der dem Ausspruch über die Schuld zugrunde gelegten entscheidenden Tatsachen ergeben.

¹⁰ Bei der Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft wurde hierfür sogar eine eigene Whistleblower-Website eingerichtet, die die Anonymität der Anzeiger schützt.

Die diesbezügliche Aufgabenerfüllung insbesondere auch im Kommunalbereich auf Basis der gegenwärtig gesetzlich normierten Struktur, die Bürgermeister, Gemeindevorstand (Stadtsenat) und Gemeinderat in Art 117 B-VG¹¹ zwingend normiert, steht und fällt mit der freiwilligen Bereitschaft, kommunalpolitische Mandate und Funktionen zu übernehmen. Die Aufgabenstellungen, gerade an Bürgermeister, haben, bezogen auf ihre fachliche Qualifikation, in den vergangenen Jahren und Jahrzehnten sehr stark zugenommen. In bevölkerungsschwächeren Gemeinden üben Bürgermeister in aller Regel ihre Funktion nebenberuflich aus (diese Problematik trifft das Klientel des Österreichischen Städtebundes sicherlich in geringerem Maße als „Landgemeinden“). Das Amt des Bürgermeisters, Gemeindevorstandes oder Gemeinderates, in das die Betroffenen oftmals überraschend gewählt werden, erlaubt kaum, wie andere Berufe, Funktionen und Tätigkeiten, eine prophylaktische zielgerichtete Ausbildung. Abhängig von der Dauer ihrer Funktionsausübung sind kommunale Mandatäre sohin zwangsläufig oftmals fachlich, zumindest in der Anfangsphase, wenig belegt. Sie lernen und wachsen mit ihrer Aufgabe. Diese Problematik gilt selbstverständlich nicht nur im Kommunalbereich, sondern auch bundes- und landespolitisch – sie ist, wie erwähnt, Ausfluss des freien und gleichen Wahlrechts bzw Mandatszugangs.

Abgeleitet aus den beschriebenen Gegebenheiten, auch aus dem zumindest für den Kommunalbereich offensichtlichen Missverhältnis zwischen Missbrauch der Amtsgewalt und Untreue, scheint es vordringlich geboten, den Straftatbestand des § 302 StGB, wenigstens bezogen auf den Kommunalbereich, mit dem Straftatbestand des § 153 leg cit zu harmonisieren und damit deutlich zu entschärfen.

¹¹ BGBl 1930/1 idgF BGBl I 2016/106.

Über den Autor:

Dr. Dieter Neger ist ua auf Wirtschaftsrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Gemeinderecht spezialisierter Rechtsanwalt und Gründungspartner der Neger/Ulm Rechtsanwälte GmbH in Graz. E-Mail: office@neger-ulm.at, www.neger-ulm.at.

Publikationen zum Thema:

Tatort Gemeindeamt – Bürgermeister und Kommunalpolitiker als Verbrecher?, RFG 2015/1,4;
Tatort Gemeindeamt II– Bürgermeister und Kommunalpolitiker als Verbrecher?, RFG 2015/2, 73;
Tatort Gemeindeamt – Update zum Amtsmissbrauch, RFG 2016/2, 101;
Tatort Gemeindeamt II – Update zur Entwicklung des Delikts der Untreue, RFG 2016/3, 145;
Amtsmissbrauch, Untreue und Gemeinden – Wird bei der Korruptionsbekämpfung das Kind mit dem Bade ausgeschüttet?, RFG 2017/2,87;
Zur Unzulässigkeit des Privatbeteiligtenanschlusses im Strafverfahren gegen Organe iSd AHG, ecolex 12/2016, 1049;
Kein Amtsmissbrauch durch Nichtabführen der Sozialhilfeumlage an den Sozialhilfeverband, JSt 2017/5, 479;
Der Prüfungsausschuss der Gemeinde im Lichte des § 302 Abs 1 StGB, JSt 2018/1, 39.