1 / 2007

Schriftenreihe [RFG]

Recht & Finanzen für Gemeinden

Aicher-Hadler

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Bürgermeisters

Amtsmissbrauch ■
Verbandsverantwortlichkeit ■

MANZ

Österreichischer Gemeindebund

kommunal KREDIT

RPW_NÖ GBG
NÖ Gemeinde-Beratungs- & Steuerberatungsgesmbh

KC kommunal consult

Leitner+Leitner

vortr. Hofrat Dr. Robert Hink
Generalsekretär
Gemeindebund

Dr. Reinhart Platzer
Generaldirektor
Kommunalkredit Austria AG

Bgm. Helmut Mödlhammer
Präsident
Gemeindebund

Vorwort

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser,

der erste Band der RFG-Schriftenreihe im Jahr 2007 widmet sich der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Bürgermeistern und Gemeindeorganen. Für die Entscheidungsträger in den Gemeinden ist es wichtig, über den gesetzlich vorgesehenen Handlungsspielraum genau Bescheid zu wissen. Nur so lässt es sich dauerhaft sicherstellen, dass Gemeindemandatare die Fülle ihrer Aufgaben gesetzeskonform wahrnehmen können.

In der vorliegenden Abhandlung werden sehr anschaulich die Grundsätze der Verantwortlichkeit dargestellt. Es wird deutlich herausgearbeitet, für welche Organe der Gemeinde überhaupt eine strafrechtliche Verantwortung für ihr Handeln auf Gemeindeebene besteht. So ist vielfach die Tatsache nicht bekannt, dass Gemeinden in bestimmten Bereichen auch dem Unternehmensstrafrecht unterliegen, ua dann, wenn sie Tätigkeiten oder Dienstleistungen in Verbänden organisieren.

Abgerundet wird der Beitrag mit einem Überblick über die einzelnen Schritte eines möglichen Strafverfahrens und dessen Besonderheiten. Der letzte Teil dokumentiert beispielhaft einige Fälle aus der aktuellen Judikatur. Er zeigt, wie umfangreich die Felder sind, in denen Entscheidungsträger einer Gemeinde Verantwortung tragen. Bau- und Raumordnung, Denkmalschutz, Amtsgeheimnis und viele weitere Domänen fallen in die Zuständigkeit von Gemeindeorganen oder Gemeindevertretern. Für alle gilt: Vorbeugen und ein gewisses Grundwissen um die eigene Verantwortlichkeit ist die beste Maßnahme, um Schaden für andere und sich selbst zu vermeiden.

Vorwort

Wenn dieser Band der RFG-Schriftenreihe dazu beiträgt, dass möglichst viele Verfahren erst gar nicht stattfinden müssen, ist ein wichtiges Ziel erreicht. Unser Dank gilt der Autorin dieses Werkes, Dr. Gabriele Aicher-Hadler, die die Problemfelder mit großer Sachkenntnis und unter größtmöglicher Vermeidung juristischer Fachbegriffe aufgearbeitet hat, damit sie für die im Alltag Betroffenen auch verständlich und nachvollziehbar bleiben.

Generalsekretär	*Generaldirektor*	*Präsident*
vortr. Hofrat Dr. Robert Hink	Dr. Reinhart Platzer	Bgm. Helmut Mödlhammer

Wien, im Januar 2007

Inhaltsverzeichnis

Vorwort 1

Inhaltsverzeichnis 3

Auf den Punkt gebracht 5

1. Einleitung („Prolog“ der Autorin) 7

2. Missbrauch der Amtsgewalt – das Verbrechen des Amtsmissbrauchs 9

2.1 Wissentlicher Missbrauch der Befugnis durch einen „Beamten“ mit Schädigungsvorsatz 9

2.2 „Beamter“ 10

2.3 Privatpersonen in Beamtenfunktion 11

2.4 Kenntnis des Täters von dessen Beamtenfunktion 12

2.5 Die Bedeutung von Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung bei Amtsdelikten 13

2.6 Exkurs – Strafschärfung bei Begehung einer strafbaren Handlung unter Ausnützung einer Amtsstellung (§ 313 StGB) 14

2.7 „In Vollziehung der Gesetze“ 15

2.8 „Vollziehung“ am Beispiel von Einzelfällen 16

2.9 Gutgläubiger Entscheidungsträger – strafbarer Nichtbeamter 17

2.10 Schädigungsvorsatz 17

2.11 Amtsmissbrauch auf Weisung des Vorgesetzten 19

2.12 Begehen durch Unterlassen 19

3. Missbrauch der Beamtenstellung, ohne einen Hoheitsakt zu setzen – Untreue 22

3.1 Wissentlicher Missbrauch der Befugnis durch einen Machthaber mit Schädigungsvorsatz 22

3.2 „Machthaber“ 22

3.3 Untreue und Geschenkannahme 24

3.4 Untreue und Verletzung des Amtsgeheimnisses 25

4. Unternehmensstrafrecht – Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Gemeinde . . 26

4.1 Allgemeine Erläuterungen zum VbVG 26

4.2 „Bestrafung“ des Verbands 27

4.3 Wer steht für den „Verband“ vor Gericht? 28

4.4 Wann wird ein „Verband“ vom Staatsanwalt verfolgt? 28

4.5 Welches Gericht ist zuständig? 29

4.6 Die Gemeinde oder ausgegliederte Rechtsträger als „strafbarer Verband“ . . . 29

4.6.1 Taten des Entscheidungsträgers zu Gunsten des Verbands 30

4.6.2 „Pflichtenverletzung“ 31

4.6.3 Bemessung des Tagessatzes – Geldbußensystem (§ 4 Abs 4 VbVG) . . 32

Inhaltsverzeichnis

5. Die Besonderheiten des Strafverfahrens im Überblick 34
5.1 Verfahren in erster Instanz 34
5.2 Anfechtung eines Strafurteils 35
5.3 Verfahren vor dem Rechtsmittelgericht 37
5.4 Das Verfahren am Beispiel eines Amtsmissbrauchs 38

6. Beispiele aus der Judikatur – Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs . . . 39
6.1 Bauordnung – Duldung eines konsenslos errichteten Schweinestalls 39
6.2 Bauordnung, Raumordnungsgesetz – Keine Abbruchsanordnung konsenslos errichteten Wochenendhäuser; mündliche Genehmigung zur Errichtung eines Blockhauses im Grünland 40
6.3 Denkmalschutzgesetz – Baubewilligung für den Abbruch und Neubau einer unter Denkmalschutz gestellten Kapelle 41
6.4 Untreue des Bürgermeisters und Verletzung des Amtsgeheimnisses bei Bau eines Abwasserkanals – Ermöglichung von Bieterabsprachen durch Weitergabe der Interessentenliste 44

7. Anhang 48

Stichwortverzeichnis 49

Auf den Punkt gebracht

Wenn ein „Beamter“ ein Amtsgeschäft in Vollziehung der Gesetze, dh im Rahmen der Hoheitsverwaltung missbräuchlich vornimmt und dabei einen anderen an seinen Rechten schädigt, so stellt dies einen **„Amtsmissbrauch“** im strafrechtlichen Sinn (§ 302 StGB) dar. Strafbar in diesem Sinne ist auch, wer einen Beamten dazu zu bewegen versucht (Anstiftung), einen solchen Missbrauch zu setzen oder derjenige, der sich irgendwie an einer solchen Handlung beteiligt.

In diesem Sinne nimmt ein Bürgermeister ein Amtsgeschäft in Vollziehung der Bauordnung des Landes vor, wenn er Bauarbeiten vor deren Bewilligung, die er für fraglich hält, duldet. Lässt er dies mit dem Vorsatz zu, Land und Gemeinde in ihren Rechten auf Einhaltung der Verfahrensvorschriften sowie der Bestimmungen der Bauordnung, des Baugesetzes und des Raumordnungsgesetzes zu schädigen, macht er sich des Missbrauchs der Amtsgewalt nach § 302 Abs 1 StGB schuldig.

Die Frage, wo keine Gesetzesvollziehung mehr vorliegt, dennoch Befugnisse missbraucht werden und der Machtgeber – hier in concreto die Gemeinde – geschädigt wird, ist manchmal schwierig zu lösen (Hoheitsverwaltung versus Privatwirtschaftsverwaltung), sie wird jedoch vom Delikt der **Untreue** (§ 153 StGB) erfasst. Dieser Tatbestand ist – wie schon die BAWAG-Anklage zeigt – ein sehr breitgefächerter und vielumfassender: Jeder Missbrauch einer Befugnis, jede Vollmachtsüberschreitung, bei der der Befugnisinhaber oder Bevollmächtigte eine **Schädigung** des von ihm Vertretenen ernstlich für möglich hält und sich damit abfindet, ist strafbar.

Wird aus Gemeindemitteln eine Geldstrafe des vormaligen Bürgermeisters bezahlt, so missbraucht der anweisende Bürgermeister seine Befugnis, über das Gemeindeetat zu verfügen und begeht, sofern er die damit einhergehende Vermögensschädigung billigend in Kauf nimmt, Untreue nach § 153 StGB.

Andere Amtsdelikte, die an die Beamteneigenschaft anknüpfen, sind **Geschenkannahme** durch Beamte (§ 304 StGB) oder Verletzung des **Amtsgeheimnisses** (§ 310 StGB).

Erhält der Bürgermeister für die Bezahlung der eben angeführten Geldstrafe von seinem Vorgänger für die Bezahlung der Geldstrafe ein Geschenk, so macht er sich zusätzlich nach § 304 StGB schuldig.

Seit Inkrafttreten des **Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes** mit 1. 1. 2006 kann auch die Gemeinde selbst für strafrechtliches Verhalten ihrer Organe und anderer Bediensteter, sofern diese nicht hoheitlich handeln, bestraft werden. In diesen Fällen ist die Gemeinde oder auch ein ausgegliederter Rechtsträger (Müllverband, Abwasserverband) selbst „Beschuldigter“ („belangter Verband“) in einem Strafverfahren,

kann schuldig erkannt werden und hat eine Geldbuße (bis zu einer maximalen Höhe von 1,8 Millionen Euro) zu bezahlen.

So kann bei einem Verkehrsunfall eines Müllwagens, der nicht genügend gewartet wurde, auch der Müllverband wegen der Verletzung oder Tötung von Verkehrsteilnehmern strafrechtlich wegen §§ 88 oder 80, 81 StGB zur Verantwortung gezogen werden.

Die Frage, ob jemand eine Tat begangen hat und insbesondere diese auch verwirklichen wollte, somit „wissentlich“ oder „vorsätzlich“ gehandelt hat , wie das Gesetz dies verlangt, wird vom Gericht nach Durchführung eines Strafverfahrens festgestellt. Solche Feststellungen werden in freier Beweiswürdigung getroffen. Der Umfang der zulässigen Bekämpfung eines Strafurteils richtet sich danach, welches Gericht (Bezirksgericht, Einzelrichter am Landesgericht, Schöffengericht) in erster Instanz entscheidet, ebenso die Frage, wer zur Behandlung des Rechtsmittels (Berufung, Nichtigkeitsbeschwerde) zuständig ist.

Für Strafverfahren wegen Amtsmissbrauch ist das Schöffengericht beim Landesgericht zuständig. Gegen ein Urteil kann – sofern nicht nur die Strafhöhe bekämpft wird – eine Nichtigkeitsbeschwerde an den Obersten Gerichtshof erhoben werden. Im Rechtsmittelverfahren kann die Tatfrage, also etwa die Frage, was der Angeklagte „wusste“ oder „wollte“, nur sehr eingeschränkt bekämpft werden.

1. Einleitung („Prolog“ der Autorin)

Die Erfahrung zeigt, dass wenige Personen Interesse an berufsspezifischer strafrechtlicher Verantwortlichkeit haben. So wollen Ärzte kaum über Risiko der Gesundheitsberufe oder Kunstfehlerprozesse und Manager nicht über Wirtschaftskriminalität informiert werden, weil es außerhalb des Denkbaren liegt, selbst betroffen zu sein. Kriminalität wird mit Mördern, Vergewaltigern, Einbrechern, Dieben und Betrügern assoziiert.

Doch lehren Berichte über Anklagen gegen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder von Großbanken, dass der Grat zwischen „Mann des Jahres“ auf der Titelseite eines Hochglanzmagazins und Untersuchungshaft manchmal schmal ist, auch wenn es dem Laien nicht ganz verständlich erscheinen mag, aus welchem Grund Bankmanager „ihre Befugnisse“ mit bloßem Schädigungsvorsatz missbrauchen sollten, doch kann man sich vorstellen, dass „einige“ sich irgendwie bereichert haben könnten (was jedoch, dies sei am Rande bemerkt, bei dem in Rede stehenden Delikt der Untreue nicht erforderlich ist). Nun wurde sogar eine „echte“ Anklage in einer österreichischen Wochenzeitschrift veröffentlicht („Die geheime BAWAG-Anklage“), doch wer hat das im vollen Wortlaut gelesen? Ich wage zu behaupten, lediglich eine handverlesene Gruppe von Juristen, die mit dem „Juristendeutsch“ vertraut sind, jeder andere dürfte schon am Anfang kapituliert haben, denn der seitenweise abgedruckte Anklagetenor, nämlich die Ausformulierung dessen, was strafrechtlich angelastet wird, klingt für den Laien ziemlich unverständlich. Vielleicht hat sie aber auch Interesse erweckt, welche Umstände zu einem Strafverfahren führen können.

Die Zielgruppe der vorliegenden Abhandlung sind Gemeindeorgane, die überwiegend keine juristische Ausbildung haben. Niemand kann sich vorstellen, jemals aufgrund seiner Tätigkeit als Gemeinderat, als Mitglied des Gemeindevorstands, als Stadtrat oder als Bürgermeister vor dem Strafrichter zu stehen. Es waren schon bisher nicht sehr viele – aber manche von jenen haben es bis zum Gerichtstag vor dem Obersten Gerichtshof nicht wirklich verstanden, aus welchem Grund dies der Fall war.

Diese Abhandlung befasst sich überwiegend mit dem Straftatbestand des Missbrauchs der Amtsgewalt („Amtsmissbrauch“), teilweise allgemein dargestellt, aber stets mit Blick auf die Gemeinden und deren Organe, wie dann auch an Beispielen aus der Judikatur verdeutlicht wird.

Daran anschließend wird das „Gegenstück“ zum Amtsmissbrauch, nämlich der Tatbestand der „Untreue“ vorgestellt, der immer dann in Rede steht, wenn im konkreten Fall die Tat nicht in Vollziehung der Gesetze begangen wird.

Weiters wird ein Überblick über andere Amtsdelikte geboten und auf das Verbandsverantwortlichkeitsgesetz eingegangen, auch wenn dies für Gemeinden nur in Bezug auf nichthoheitliches Handeln und auf ausgegliederte Rechtsträger von Interesse sein kann.

Letztlich erfolgt ein kurzer Überblick über das Strafverfahren und dessen Besonderheiten, wobei auch eine Übersicht über Gerichte und staatsanwaltschaftliche Behörden im Instanzenzug geboten wird.

Diese Abhandlung soll niemandem Angst machen, man sollte sie vielmehr mit ein wenig Interesse lesen, wie die Rechtslage ist und was so manchen Personen vor Gericht widerfahren ist. Und diese Personen kommen alle aus dem Kreis jener, dem auch die Leserschaft irgendwie angehörig ist.

2. Missbrauch der Amtsgewalt – das Verbrechen des Amtsmissbrauchs

Gesetzestext (StGB – Strafgesetzbuch):

Mißbrauch der Amtsgewalt

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

(2) Wer die Tat bei der Führung eines Amtsgeschäfts mit einer fremden Macht oder einer über- oder zwischenstaatlichen Einrichtung begeht, ist mit Freiheitsstrafen von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen. Ebenso ist zu bestrafen, wer durch die Tat einen 50 000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt.

2.1 Wissentlicher Missbrauch der Befugnis durch einen „Beamten“ mit Schädigungsvorsatz

„Amtsmissbrauch“ ist der wissentliche Befugnismissbrauch eines Beamten, der dabei den (zumindest bedingten) Vorsatz hat, einen anderen an seinen Rechten zu schädigen.

„Wissentlich“ handelt nur derjenige, dem es vollkommen bewusst ist und der weiß, dass er sich ungesetzlich verhält (§ 5 Abs 3 StGB). Für „bedingten Vorsatz“ reicht es hin, wenn der Täter es lediglich, aber doch ernstlich, für möglich hält, dass seine Handlung Folgen haben kann oder ein bestimmter Erfolg eintritt. Diese Folge oder den Erfolg muss er nicht geradezu anstreben, sondern sich lediglich damit abfinden, diesen „billigend in Kauf nehmen“ (§ 5 Abs 1 StGB). Die meisten Delikte des Strafgesetzbuchs erfordern „nur“ bedingt vorsätzliches Handeln. Beim Amtsmissbrauch ist es insofern komplexer, weil es dem Täter ganz klar vor Augen stehen muss, dass er seine konkreten Befugnisse missbraucht. Dass seine Handlung zu einer Schädigung der Rechte anderer führt, muss der Täter nur – „im Hinterkopf“ – mitbedenken, für möglich halten.

§ 302 ist ein „Sonderdelikt“, denn der unmittelbare Täter muss zwingend „Beamter“ (siehe Punkt 2.2) sein.

Die Einschränkung „unmittelbarer“ Täter lässt erkennen, dass es auch „mittelbare“ Täter geben kann. Mittelbarer Täter, nämlich Anstifter oder sonst wie Beteiligter (§ 12 zweiter und dritter Fall StGB), kann jedermann sein.

Die häufigsten Fälle von Verurteilungen wegen Amtsmissbrauch liegen im Bereich der versuchten Anstiftung eines Beamten hiezu.

Dies sei an einem Beispiel dargestellt: „Verkehrssünder“ versuchen manchmal, den sie anhaltenden Polizisten dazu zu bewegen, keinen Alkoholtest durchzuführen oder keine Anzeige zu erstatten („Herr Inspektor, können wir das nicht einfach vergessen?“, wobei auch die Bezahlung von Geldbeträgen angeboten wird). Ein Schuldspruch wegen des in der Entwicklungsstufe des Versuchs (§ 15 StGB) verbliebenen Verbrechens des Missbrauchs der Amtsgewalt nach § 302 Abs 1 StGB alsBeteiligter (nach § 12 zweiter Fall StGB) wäre die Folge, wobei das Urteil lauten würde:

„X hat am . . . 2006 in . . . Revierinspektor NN durch die Aufforderung, er möge den Alkomattest nicht durchführen, dessen positives Ergebnis nicht der Verwaltungsbehörde anzeigen und ihm den Führerschein nicht abnehmen, einen Polizeibeamten mit dem Vorsatz, die Republik Österreich an ihrem konkreten Recht auf Einhaltung des Verfahrens und auf Ausschluss alkoholbeeinträchtigter Lenker vom Straßenverkehr zu schädigen, zu bestimmen versucht, seine Befugnis im Namen des Bundes als dessen Organ in Vollziehung der Gesetze Amtsgeschäfte vorzunehmen, wissentlich zu missbrauchen.“

Unter diesem Aspekt wäre es daher strafrechtlich relevant, wenn ein Bauwerber versuchen würde, den Bürgermeister dazu zu bewegen, ein Bauvorhaben im Grünland zu bewilligen oder bei der Bewilligung zu „übersehen“, dass der vorgeschriebene Abstand zum Nachbargrundstück unterschritten wird. Dies eben auch dann, wenn der Bürgermeister nicht daran denkt, dies zu tun (sich also nicht zu einem Missbrauch der Amtsgewalt bestimmen lässt).

2.2 „Beamter“

So klar wie bei einem Polizisten ist die Beamteneigenschaft nicht immer.

Das Strafgesetzbuch bietet hiefür eine Begriffsdefinition:

§ 74. (1) Im Sinn dieses Bundesgesetzes ist

1. . . .

4. Beamter: **jeder, der bestellt ist, im Namen** *des Bundes, eines Landes,* **eines Gemeindeverbandes, einer Gemeinde** *oder einer anderen Person des öffentlichen Rechtes, ausgenommen einer Kirche oder Religionsgesellschaft,* **als deren Organ allein oder gemeinsam mit einem anderen Rechtshandlungen vorzunehmen, oder sonst mit Aufgaben der** *Bundes-, Landes- oder* **Gemeindeverwaltung betraut** *ist; als Beamter gilt auch, wer nach einem anderen Bundesgesetz oder auf Grund einer zwischenstaatlichen Vereinbarung bei einem Einsatz im Inland einem österreichischen Beamten gleichgestellt ist; …*

Um dem Beamtenbegriff des § 74 Z 4 StGB zu entsprechen, ist kein dienstrechtliches Ernennungs- oder Anstellungsverhältnis erforderlich. Es kommt nicht auf Förmlichkeiten bei der Bestellung oder der bloßen Betrauung mit einer Tätigkeit an.

Gleichgültig ist auch, wie lange jemand eine Tätigkeit ausübt, wie sie das Gesetz umschreibt. Einzig wesentlich ist, dass eine bestimmte Funktion im Namen und mit Willen des Rechtsträgers ausgeübt wird.

Der strafrechtliche Beamtenbegriff ist funktional zu verstehen.

Nicht erforderlich sind
- ein Ernennungs- oder Anstellungsverhältnis
- die Einbindung in die Organisation des Rechtsträgers
- Beachtung bestimmter Förmlichkeiten bei der Bestellung oder Betrauung

Maßgeblich ist die im Namen und mit Willen des Rechtsträgers geschehende Ausübung der betreffenden Funktion. Merkmal des in § 74 Abs 1 Z 4 erster Fall StGB umschriebenen Beamten ist dessen Kompetenz, als „bestelltes Organ" eines der angeführten Rechtsträger in dessen Namen Rechtshandlungen vorzunehmen.

Beamte sind
- Bürgermeister
- Mitglieder des Gemeindevorstands
- Mitglieder des Gemeinderats dann, wenn sie über Berufungen gegen Bescheide des Bürgermeisters entscheiden, sonst nicht.

2.3 Privatpersonen in Beamtenfunktion

In den letzten Jahrzehnten wurden viele Bereiche der Verwaltung ausgegliedert, sodass Privatpersonen oder Dienstnehmer privater Unternehmen „hoheitliche Aufgaben" erfüllen. Somit wurde der Kreis jener weiter, die als „Nichtbeamte" das Sonderdelikt des Amtsmissbrauchs begehen können.

Um dies zu veranschaulichen, sollte man sich vor Augen führen, dass die simple Ausgabe eines „Pickerls", der Begutachtungsplakette nach § 57 a KFG, durch einen Kraftfahrzeugmechaniker ein Amtsmissbrauch sein kann. Denn dieser Mechaniker wurde von Amt einer Landesregierung ermächtigt, Begutachtung von Kraftfahrzeugen nach § 57 a KFG vorzunehmen, sodass er „Beamter im funktionalen Sinn" wird. Wenn er nun etwa für ein Fahrzeug, obwohl es Rostschäden aufweist und demnach nicht den Erfordernissen der Verkehrs- und Betriebssicherheit entspricht, ein positives Gutachten erstellt, so ist dies kein „Freundschaftsdienst" mehr, sondern wird er sich strafbar machen. Natürlich nur, wenn er dies mit dem Vorsatz, „den Staat in seinem Recht auf Überprüfung der Verkehrs- und Betriebssicherheit von Kraftfahrzeugen zu schädigen", tut und dadurch seine Befugnis, im Namen eines Landes oder als dessen Organ in Vollziehung der Gesetze Amtsgeschäfte vorzunehmen, „wissentlich missbraucht". Doch zu diesen Bereichen kommen wir später.

Kurzum können auch
- Vertragsbedienstete,
- von Fall zu Fall bestellte Mitglieder einer Wahlbehörde
- oder ein als Aufsichtsorgan bestellter Angestellter einer Bewachungsfirma in Ausübung der gesetzlich zugewiesenen Aufgabe der Parkraumüberwachung

„Beamte“ im strafrechtlichen Sinn sein.
Damit kommen sie als Täter eines Amtsdelikts in Frage.

Daher kann auch ein **Wahlbeisitzer** in einer Gemeindewahlbehörde „Beamter“ (im funktionalen Sinn) sein und als solcher einen Amtsmissbrauch begehen: Wie der Fall zeigt, in dem ein solcher auf neun Stimmzetteln ein zusätzliches Kreuz anbrachte, damit seine Wahlkommission die Stimmzettel als ungültig bewerte. Wollte er doch durch sein bewusst pflichtwidriges Verhalten einen rechtlich nicht vertretbaren Hoheitsakt herbeiführen.

2.4 Kenntnis des Täters von dessen Beamtenfunktion

Viele Personen werden sich ihrer Beamteneigenschaft nicht völlig bewusst sein, doch genügt es, wenn sie den „sozialen Sinngehalt“ des § 74 Z 4 erkennen. Es muss ihnen lediglich in laienhafter Art klar sein, dass sie mit besonderen Befugnissen ausgestattet sind. Wir bezeichnen dies als „Parallelwertung in der Laiensphäre“.

Man kann dies insofern deutlich machen, als auch ein Rechtsirrtum ausgeschlossen ist, wenn im Bewusstsein gehandelt wird, dass die Handlung nach dem Gesamtsachverhalt rechtswidrig ist. Dabei braucht nicht jedes Merkmal eines normativen Begriffs für sich umfassend erkannt zu werden.

Um dies an dem Beispiel des Kraftfahrzeugmechanikers zu verdeutlichen:

Regelmäßig wird von den angeklagten Mechanikern ins Treffen geführt, dass sie sich nicht als „Beamte“ gesehene haben, für sie nicht vorhersehbar war, dass sie sich derart qualifiziert strafbar machen könnten und das Gesetz nicht hinreichend klar mache, dass Gewerbetreibenden aus strafrechtlicher Sicht „Beamteneigenschaft“ zukommen könne. Nun hängen diese Fragen überwiegend davon ab, welche Feststellungen das Gericht über ihr Wissen trifft. Sobald der Gewerbetreibende die Befugnis zur Ausgabe von Begutachtungsplaketten und hiefür erforderlicher Gutachten hat, wird er im weitesten Sinn eine Vorstellung haben, dass er sich an die gesetzlichen Bestimmungen zu halten hat. Liegt die manipulative Tätigkeit auch nur darin, ein Formular auszufüllen, so ist jede unrichtige Angabe verpönt.

Somit wird sich auch der **Wahlbeisitzer,** der die Stimmzettel verfälscht, nicht damit „entschuldigen“ können, dass er nicht daran gedacht hat, in Beamtenfunktion tätig gewesen zu sein.

2.5 Die Bedeutung von Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung bei Amtsdelikten

Hoheitsverwaltung betrifft den Bereich, in dem der Staat oder die Gebietskörperschaft mit hoheitlichen Befugnissen auftritt, was sich regelmäßig (aber nicht nur) dadurch zeigt, dass Hoheitsakte (im hier interessierenden Bereich Verordnungen, Bescheide) erlassen werden.

Privatwirtschaftsverwaltung wiederum erfasst jene Bereiche, in welchen der Staat oder die Gebietskörperschaft **wie ein Privater** handelt, sich also Rechtsformen bedient, die auch dem Privaten zur Verfügung stehen. Dabei handelt es sich um Rechtsgeschäfte des Zivilrechts, aber auch um das Handeln im Bereich des öffentlichen Rechts, welches auch von Privatpersonen gesetzt werden kann, wie zB das Betreiben eines Gewerbes oder das Ansuchen um Baugenehmigung.

Die Abgrenzung beider Bereiche bereitet mitunter Probleme, wobei grundsätzlich auf die Form des Handelns des Rechtsträgers abzustellen ist.

Die Gemeinde ist ein Verwaltungskörper, dessen verfassungsgesetzlicher Kompetenzbereich sowohl Hoheits- als auch Privatwirtschaftsverwaltung umfasst.

Im Nachstehenden wird eine Grobgliederung vorgenommen, in welchen Bereich die Tätigkeiten im eigenen oder übertragenen Wirkungsbereich (mit Blick auf strafrechtliche Relevanz) fallen:

Hoheitsverwaltung:
- in diesem Rahmen stehen der Gemeinde alle Rechtsformen des Verwaltungshandelns zur Verfügung (Bescheid, Verordnung)
- Baurecht (alle Entscheidungen/Unterlassungen/Handlungen im Zusammenhang mit der BauO)
- Gewerberecht
- Förderungsverwaltung, soweit das Gesetz konkrete und individuelle Ansprüche vorsieht, über die bescheidmäßig abzusprechen ist

Privatwirtschaftsverwaltung
- Bau und Erhaltung öffentlicher Straßen
- Bau und Erhaltung gemeindeeigener Bauten (Rathaus, Kindergarten etc)
- Auftragsvergabe
- Subventionsgewährung
- Wohnbauförderung

Für die Beamteneigenschaft ist unerheblich, ob die Personen, die bei den in § 74 Abs 1 Z 4 StGB angeführten Ämtern und Behörden tätig sind, mit Aufgaben der Hoheits- oder Privatwirtschaftsverwaltung betraut sind.

- **Bedienstete eines Gemeindeamts** sind Beamte, auch wenn sie dort mit der Vergabe von Wohnungen oder mit dem Einkauf und der Verteilung von Büromaterial, mit der Abrechnung von Leistungen, die Baufirmen für die Gemeinde erbracht haben, oder mit der Buchhaltung befasst sind.
- Beamte, die Hoheitsakte setzen, werden als Beamte auch dann tätig, wenn sie Agenden nichthoheitlicher Art vornehmen: Der Bürgermeister ist Beamter und wird als Beamter auch dann tätig, wenn er lediglich eine **Auszahlungsanweisung** an die Gemeindekasse unterschreibt.
- Der Bürgermeister oder ein anderer Beamter kann Funktionen auch in einem **selbstständigen Wirtschaftskörper** erfüllen: Wenn und soweit das zutrifft, wird er nicht als Beamter tätig.

Bedeutungsvoll ist die Frage der Abgrenzung von Hoheits- oder Privatwirtschaftsverwaltung für den Missbrauch der Amtsgewalt nach § 302 StGB. Es sind nicht alle „Missbräuche“, die jemand als bestellter Beamter einer Gebietskörperschaft begeht, als Amtsmissbräuche zu qualifizieren. Der Amtsmissbrauch ist auf Missbräuche „in Vollziehung der Gesetze“ beschränkt, auf Missbräuche also, die mit hoheitlicher Tätigkeit zusammenhängen.

Für die Strafrechtsanwendung ist die Unterscheidung der Verwaltungsbereiche nicht nach formell-organisatorischen, sondern nach materiell-inhaltlichen Gesichtspunkten vorzunehmen. Dabei wird im Strafrecht gelegentlich – bei Handlungen im Zusammenhang mit hoheitlicher Tätigkeit – von einem engeren Begriff der Hoheitsverwaltung ausgegangen als in der zivilrechtlichen Judikatur zum Amtshaftungsrecht.

Missbräuche eines Beamten im Rahmen nichthoheitlicher Tätigkeit, vor allem im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung, können nicht nach § 302 StGB bestraft werden.

Derartige Verhalten sind in der Regel dem allgemein strafbaren Delikt zu unterstellen, wobei Beamte jedoch strenger bestraft werden können (§ 313 StGB – siehe unten Punkt 1.6.). Eine Ausnahme sind Straftaten nach § 304 StGB (Geschenkannahme durch Beamte) oder nach § 310 StGB (Verletzung des Amtsgeheimnisses), die sich auch innerhalb der Privatwirtschaftsverwaltung ereignen können.

2.6 Exkurs – Strafschärfung bei Begehung einer strafbaren Handlung unter Ausnützung einer Amtsstellung (§ 313 StGB)

Gesetzestext:

Strafbare Handlungen unter Ausnützung einer Amtsstellung

§ 313. Wird eine auch sonst mit Strafe bedrohte vorsätzliche Handlung von einem Beamten unter Ausnützung der ihm durch seine Amtstätigkeit gebotenen Gelegenheit begangen, so kann bei ihm das Höchstmaß der angedrohten Freiheitsstrafe oder Geldstrafe um die Hälfte überschritten werden. Doch darf die zeitliche Freiheitsstrafe die Dauer von zwanzig Jahren nicht überschreiten.

Nützt ein Beamter bei Begehung einer strafbaren Tat die Gelegenheit aus, die ihm durch die Amtstätigkeit geboten wird (also auch alle Bereiche des Handelns im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung), dann kann er strenger bestraft werden. Diese Bestimmung ist nur auf allgemeine Delikte (und nicht die Amtsdelikte des 22. Abschnitts des StGB, etwa Geschenkannahme durch Beamten [§ 304 StGB] oder Verletzung des Amtsgeheimnisses [§ 310 StGB]), dabei nur auf Vorsatzdelikte und somit nicht auf Fahrlässigkeitsdelikte anwendbar.

Die Obergrenze des normalen Strafsatzes kann um die Hälfte überschritten werden, wenn das Gericht den normalen Strafsatz nicht für ausreichend hält.

Beispiel:

– Nehmen wir an, dass ein Beamter Parteien vortäuscht, sie müssten für die amtliche Tätigkeit Gebühren oder Honorare bezahlen, wenn auch nur geringfügige. Und dass er dies in der Absicht tut, sich durch das wiederholte Verlangen derartiger Beträge einen kleinen „Nebenverdienst“ zu erschließen.

Der Strafrahmen bei einem Betrug, der „gewerbsmäßig“ begangen wird – §§ 146, 148 erster Fall StGB – beträgt 6 Monate bis 5 Jahre Freiheitsstrafe. Über den Beamten kann das Gericht jedoch eine Freiheitsstrafe bis zu 7 ½ Jahren verhängen.

Diese Bestimmung kann sich im Strafverfahren auch insoweit auswirken, dass im Vergleich zum „normalen“ Täter, der nicht Beamter ist, ein anderes Gericht zuständig ist (§ 8 Abs 3 StPO bzw § 29 Abs 2 StPO idF des Strafprozessreformgesetzes).

– Für einen „einfachen“ gewerbsmäßigen Kleinbetrüger wäre der Einzelrichter des Gerichtshofes I. Instanz (Landesgericht) zuständig. Über den Beamten als gewerbsmäßigen Betrüger hat das Schöffengericht (zwei Berufsrichter und zwei Laienrichter) zu urteilen (siehe dazu im Anhang die „Übersicht der gerichtlichen Zuständigkeiten“).

2.7 „In Vollziehung der Gesetze“

Der Beamte führt den Amtsmissbrauch aus, indem er seine Befugnis missbraucht, im Namen einer Person des öffentlichen Rechts als deren Organ „in Vollziehung der Gesetze“ Amtsgeschäfte vorzunehmen.

Es ist für jedermann einsichtig, dass die Ausfertigung eines besonderen Schriftstücks, etwa eines Urteils, Beschlusses oder Bescheids, eine Rechtshandlung in Vollziehung der Gesetze darstellt. Doch sind strafrechtlich relevante Amtsgeschäfte keineswegs darauf beschränkt. Denn das Gesetz spricht nicht von Rechtshandlungen und nicht von Hoheitsakten, sondern von **Amtsgeschäften.** Damit wird schon deutlich, dass auch tatsächliche Verhalten Amtsmissbrauch sein können. Freilich nicht alle möglichen Missbräuche, sondern nur bestimmte **Missbräuche beim Zustandekommen von Hoheitsakten.** Damit wird der Bereich jeglichen hoheitlichen Handelns erfasst, jede Art von Bescheiderlassung, aber auch Handlungen in deren Vorfeld, wie **Anberaumung von Bauverhandlungen** oder auch nur die **Ladung** hiezu.

Somit stehen auch andere Vollziehungstätigkeiten in Frage, wie etwa die für den Bürgermeister verpflichtende Einberufung und Anberaumung einer **Gemeinderatssitzung,** welche Amtsgeschäfte darstellen, das der Bürgermeister als Gemeindeorgan in Vollziehung der Gesetze vorzunehmen hat.

Unter einem „Missbrauch“ ist im Allgemeinen die **Vornahme** eines Hoheitsakts zu verstehen, der dem materiellen Recht widerspricht. Andererseits kann die Befugnis auch durch **Unterlassung** zwingend vorgeschriebener Rechtsakte missbraucht werden (zur Unterlassung als Tathandlung siehe unten Punkt 2.12).

Demnach kann etwa auch die Unterlassung der (zeitgerechten) Einberufung einer Gemeinderatssitzung oder die Nichtanberaumung einer Bau- oder Gewerbeverhandlung tatbildlich sein.

2.8 „Vollziehung“ am Beispiel von Einzelfällen

Am gefahrenträchtigsten sind Verhalten der Baubehörde. Eine stringente Einhaltung der Bestimmungen der Bauordnungen der Länder ist erforderlich. Denn soweit man die Judikatur überblickt, ereignen sich die meisten Fälle in diesem Bereich:

- Der Bürgermeister, der eine Baubewilligung erteilt, obwohl eine **Bauverhandlung nicht stattgefunden** hat, missbraucht seine Befugnis wissentlich;
- ebenso bei Erteilung einer Baubewilligung für ein **Bauvorhaben** auf einem im **Grünland** gelegenen Grundstück, obwohl die Ausnahmebestimmungen der BauO nicht anwendbar sind. Über die Nichtanwendbarkeit der Ausnahmebestimmungen muss der Bürgermeister sich im Klaren sein. Wenn er die Anwendung dieser Ausnahmebestimmungen in vertretbarem Ausmaß für möglich hielte, fehlte es an einem wissentlichen Befugnismissbrauch;
- wenn der Bürgermeister in einer Baubewilligung den **Bauabstand** mit 3 m festlegt, obwohl er weiß, dass die Bauordnung 4 m vorsieht und der Sachverständige 5 m für notwendig hält, um das Nachbargrundstück vor Schaden zu bewahren;
- Bewilligung eines Bauvorhabens mit unzulässiger **Bebauungsdichte** oder im **Freiland;**
- das Erteilen einer „Erlaubnis“ mit den Bauarbeiten zu beginnen, obwohl eine Baubewilligung noch nicht vorliegt. Selbst die bloße Duldung der Bauarbeiten vor deren Bewilligung kann tatbildlich sein, sofern die Bewilligungsfähigkeit fraglich erscheint. Hält der Bürgermeister den Bau für bewilligungsfähig und rechnet er mit einer Baubewilligung, so könnte es am Schädigungsvorsatz mangeln;
- bei einer **konsenswidrigen Bauausführung** hat die Baubehörde die Amtspflicht auf Erlassung eines Bauauftrags, deren Verletzung einen Missbrauch der Amtsgewalt bedeuten kann;
- die Bewilligung eines faktisch bereits erfolgten Abbruchs einer **unter Denkmalschutz stehenden Kapelle** und deren Neuerrichtung durch den Bürgermeister ohne Einholung einer Genehmigung des Bundesdenkmalamts (siehe die unten zu Punkt 6.3 auszugsweise abgedruckte Entscheidung).

2.9 Gutgläubiger Entscheidungsträger – strafbarer Nichtbeamter

In den eben angeführten Fällen ging es regelmäßig um den Bürgermeister, der sich über die Gesetze hinweggesetzt hatte. Doch manchmal wird er nur „benutzt“, und unterschreibt unwissentlich. Demnach wird der Hoheitsakt von ihm gesetzt, doch er hat die Unrichtigkeit nicht zu verantworten.

Der Justizausschuss hat bereits im Jahr 1974, als das Strafgesetzbuch neu gefasst wurde, dieses Problem ganz deutlich angesprochen (JAB 1974, 15, 35):

– Ein Konzeptbeamter legt dem Chef einen Bescheidentwurf mit unvertretbarem Inhalt vor, der Chef unterschreibt in gutem Glauben: Der Chef missbraucht seine Befugnis nicht, er ist ja gutgläubig und der Konzeptbeamte nimmt keine Rechtshandlung vor. Dennoch soll der Konzeptbeamte nach dem Willen des Justizausschusses Täter des Amtsmissbrauchs sein.

Soweit der Wille des Gesetzgebers, der von der Wirklichkeit eingeholt wurde: Tatsächlich hat in den letzten Jahren ein **Beamter im Bauamt** auf Bauplänen die Unterschrift eines Architekten nachgemacht. Er verfasste den Genehmigungsvermerk und ließ diesen vom gutgläubigen Bürgermeister unterschreiben, obwohl in Wahrheit ein verantwortlicher Planverfasser und Bauführer fehlte. Der Beamte, der selbst keine Befugnis hat, einen derartigen Bescheid zu erlassen, wurde des Amtsmissbrauchs schuldig erkannt.

2.10 Schädigungsvorsatz

Die allgemein gehaltene Formulierung des Gesetzes, der Täter muss „mit dem Vorsatz, einen anderen an seinen Rechten zu schädigen“ handeln, lässt einen weiten Spielraum zu.

Das geschützte konkrete Recht muss keineswegs ein **Vermögensrecht** sein, die Tat kann ebenso in der Schädigung eines konkreten **öffentlichen Rechts** bestehen. Vor allem wird nach dem Zweck der verletzten öffentlich-rechtlichen Norm zu fragen sein, der durch den Hoheitsakt beeinträchtigt wird.

Ein **„anderer“** kann sowohl eine physische Person als auch eine juristische Person, insbesondere auch eine Gebietskörperschaft (Bund, Länder, Gemeinde), sein. Die Schädigung dieser Gebietskörperschaften erfolgt regelmäßig dadurch, dass diese „in ihren Ansprüchen auf eine geordnete Verwaltungsführung“ oder was immer sich aus den jeweils von ihnen erlassenen Gesetzen ergibt, beeinträchtigt werden.

Welche physische oder juristische Person nach den Zielvorstellungen des Täters in concreto geschädigt werden sollte, ist für den Amtsmissbrauch nicht von Belang.

Ein konkretes staatliches Recht ist somit die Verhinderung der Errichtung von Wohngebäuden im **Grünland,** sofern kein in der Bauordnung umschriebener Ausnahmefall vorliegt. **Konsenswidrige Bauführungen** sind einzustellen und der **Abbruch** konsenswidrig errichteter Bauten muss verfügt werden. Wenn diese Entscheidungen un-

terbleiben, weil das zuständige Organ einfach untätig bleibt, werden diese Rechte beeinträchtigt. Hält der Täter dies „ernsthaft für möglich und findet sich damit ab“ (sogenannter bedingter Vorsatz), so handelt er mit dem für die Strafbarkeit erforderlichen Schädigungsvorsatz.

Das Delikt ist vollendet, wenn die Rechtsschädigung eingetreten ist; unerheblich ist, ob der Schaden in weiterer Folge abgewendet werden kann:

- Der Bürgermeister, der den Beginn der **Bauarbeiten duldet,** obwohl eine Baubewilligung noch nicht vorliegt, missbraucht seine Befugnis und handelt mit Schädigungsvorsatz, wenn er es ernsthaft für möglich hält und sich damit abfindet, es lägen Umstände vor, die die Erteilung der Baubewilligung ausschließen. Damit ist der Amtsmissbrauch vollendet. Selbst wenn sich der Bau später doch als bewilligungsfähig erweist, kann ihm dies nicht zugute gehalten werden. Deswegen brauchen solche Umstände im Strafverfahren, wenn der (bedingte!) Schädigungsvorsatz feststeht, nicht geprüft zu werden.
- Werden von einem Bürgermeister als Organ der Bau- oder Gewerbebehörde erster Instanz **Verfahrensvorschriften einfach übergangen,** liegt eine Schädigung der für die Verfahrensabwicklung zuständigen Gebietskörperschaft an einem konkreten Recht, nämlich ein diesen Vorschriften unterliegendes Begehren auf seine Genehmigungsvoraussetzungen zu prüfen, vor. Dies selbst dann, wenn das vorschriftsmäßiges Handeln zum gleichen Ergebnis geführt hätte.

Bei Entdecken eines Missbrauchs berufen sich die verantwortlichen Beamten häufig darauf, sie hätten ihr Vorgehen für **rechtlich** vielleicht doch noch **vertretbar** gehalten, ihre Befugnis also nicht wissentlich missbraucht. Ob das wirklich zutrifft, ist eine Frage der Beweiswürdigung:

- Wenn ein Bürgermeister eine **Baubewilligung** für ein Bauvorhaben mit einer nach der BauO **unzulässigen Bebauungsdichte** erteilt, obwohl ihn ein Fachbeamter und ein Amtssachverständiger warnen. Wenn der Bürgermeister dennoch glaubte, die BauO sei anders auszulegen, als der Fachbeamte und der Amtssachverständige behaupten, fehlt ihm das Wissen, seine Befugnis zu missbrauchen. Das Gericht wird ihm dies glauben oder auch nicht, je nachdem wird es entsprechende Feststellungen treffen. Im Urteil muss lediglich nachvollziehbar dargelegt werden, aus welchen Gründen es zu seiner Überzeugung gelangt ist.
- Der Bauamtsleiter der Gemeinde plant für eine Firma ein Bauvorhaben, die Firma beantragt die Baubewilligung, der **Bauamtsleiter** nimmt an der Bauverhandlung als **Amtssachverständiger** teil und verfasst für den Bürgermeister die **Erledigungsentwürfe,** die der Bürgermeister unterschreibt. Der Täter wurde wegen Amtsmissbrauchs verurteilt. Das Auftreten als Amtssachverständiger und die Verfassung der Erledigungsentwürfe sind Befugnismissbräuche, denn der Bauamtsleiter hätte sich für befangen erklären müssen. Die Gerichte sahen die Gemeinde in ihrem **Recht „auf eine gesetzmäßige Verwaltungsrechtspflege“** geschädigt.

- wenn ein Bürgermeister seiner **Entscheidungspflicht nach AVG** nicht nachkommt, indem er die Durchführung einer Bauverhandlung unterlässt, wodurch er eine **konsenslose Bauführung duldet,** handelt er nur dann mit Schädigungsvorsatz, wenn er es ernsthaft für möglich hält und sich damit abfindet, der Bau sei in seiner konkreten Form nicht bewilligungsfähig;
- wenn ein Bürgermeister veranlasst, dass die Bauverhandlung durchgeführt, dass der Bau mit den nötigen Auflagen bewilligt und nach einer dafür **notwendigen Änderung des Bebauungsplans** in Kraft tritt; inzwischen soll mit den Bauarbeiten begonnen werden. Soweit er mit der Änderung des Bebauungsplans rechnet, kann es am Schädigungsvorsatz mangeln;

2.11 Amtsmissbrauch auf Weisung des Vorgesetzten

In manchen Fällen wird ein (missbräuchlicher) Hoheitsakt durch einen Beamten (auch oder nur deswegen) gesetzt, weil ein Vorgesetzter ihn dazu **anweist.** Wenn diese Erledigung wirklich unvertretbar ist, begeht (auch) der Angewiesene durch die Befolgung der Weisung Amtsmissbrauch. Auch die bloße **Vorbereitung** eines rechtlich nicht vertretbaren Bescheids ist ein Befugnismissbrauch.

Der angewiesene, missbräuchlich handelnde Beamte kann sich nicht damit rechtfertigen oder „entschuldigen“, dass er „nur auf Weisung“ („Ich habe nur meine Pflicht getan“) gehandelt hat. Die Weisung des Vorgesetzten kann das tatbestandsmäßige Verhalten des Untergebenen nicht ausschließen, weil sie im Bereich des gerichtlichen Strafrechts als Rechtfertigungsgrund nicht in Betracht kommt.

Der Anweisende hinwieder begeht Amtsmissbrauch, auch wenn er die Tat nicht „eigenhändig“ ausführt. Unerheblich ist, ob eine **formelle Weisung** erteilt oder bloß in Form einer **Bitte** an den Handelnden herangetragen wird.

- Der Bürgermeister weist den **Gemeindesekretär** an, einen bewilligenden Bescheid vorzubereiten. Der Gemeindesekretär hält die positive Erledigung für rechtlich unvertretbar. Der Gemeindesekretär missbraucht seine Befugnisse wissentlich, da er ja überzeugt ist, die Voraussetzungen für die Bewilligung lägen nicht vor;
- ob der Bürgermeister die Weisung gut- oder schlechtgläubig erteilt hat und ob der Gemeindesekretär den Bürgermeister für gut- oder schlechtgläubig hält, ist unerheblich. Entscheidend ist nur, dass der Gemeindesekretär **weiß,** dass der Bescheid, den er vorbereitet, **rechtlich nicht vertretbar** ist.

2.12 Begehen durch Unterlassen

Strafrechtliche Tatbestände bauen überwiegend darauf auf, dass ein bestimmtes menschliches Verhalten gesetzt wird – jemand tut etwas. Abgesehen von einigen wenigen Delikten, die darin bestehen, dass jemand etwas gerade nicht tut (wie das

Imstichlassen eines Verletzten [§ 94 StGB], das Unterlassen der Hilfeleistung [§ 95 StGB] oder die Unterlassung der Verhinderung einer mit Strafe bedrohten Handlung [§ 286 StGB], sogenannte „echte“ Unterlassungsdelikte), wird regelmäßig die **Herbeiführung eines bestimmten Erfolgs durch ein aktives Tun** pönalisiert.

Durch die allgemeine Sonderbestimmung des § 2 StGB wird die Möglichkeit eröffnet, dass unter besonderen Voraussetzungen auch die **Unterlassung der Abwendung eines Erfolgs** genauso strafbar ist wie die Herbeiführung dieses Erfolgs. Der Täter muss jedoch durch die Rechtsordnung dazu verpflichtet sein, einen bestimmten Erfolg abzuwenden (sogenannte Garantenstellung) und die Unterlassung muss einem Tun gleichkommen (Gleichwertigkeitskorrektiv).

Man kann dies an einem einfachen Beispiel verdeutlichen:

– Nehmen wir an, in einem Schwimmbad droht ein Mädchen zu ertrinken und stirbt dann auch, wobei der Todeskampf vom Rand des Beckens von ihrem Vater und von einem Badegast beobachtet wird. Beide tun nichts, um das Ertrinken zu verhindern.
  Der Vater macht sich des Verbrechens des Mordes durch Unterlassung schuldig (§§ 2, 75 StGB). Denn Eltern haben gegenüber ihren Kindern aufgrund §§ 137, 144 und 146 ABGB eine umfassende Personenfürsorgepflicht (Garantenstellung) und die Unterlassung jeglicher Rettungsmaßnahmen ist einem aktiven Tun (Ertränken) durchaus gleichwertig. Der ebenfalls untätig zusehende Badegast hat keine Beistandspflicht dem unbekannten Mädchen gegenüber, er ist kein „Garant“ iSd Gesetzes, sodass ihm nicht „Mord durch Unterlassen“ angelastet werden kann. Jedoch unterlässt er es, bei diesem Unglücksfall die zur Rettung offensichtlich erforderliche Hilfe zu leisten, sodass er sich „nur“ des Vergehens nach § 95 Abs 1 StGB schuldig macht.

Dieses Beispiel ist natürlich ein lehrbuchhafter Extremfall, in den hier interessierenden Fällen wird man jedoch ganz klar eine Einschränkung vornehmen können, dass zweifellos nicht jeder, der von irgendwelchen Versäumnissen eines Beamten weiß und dennoch untätig bleibt, sich eines Amtsmissbrauchs (mit)schuldig macht, weil ihm regelmäßig diese besondere Verpflichtung zur Erfolgsabwendung fehlt.

Amtsmissbrauch kann durch Unterlassen begangen werden. Grundsätzlich ist es fraglich, ob tatsächlich die Bestimmung des § 2 StGB herangezogen werden muss, wie die Rechtsprechung dies regelmäßig tut. Nach Teilen der Lehre ist dafür weder Garantenstellung noch Gleichwertigkeit iSd § 2 StGB erforderlich. Denn nur für die unterlassene Erfolgsabwendung sind die Kriterien des § 2 StGB maßgeblich und bei § 302 StGB handelt es sich nicht um ein Erfolgs-, sondern um ein Tätigkeitsdelikt. Auch kann der vom Gesetz erforderte Befugnismissbrauch sowohl in einem pflichtwidrigen Gebrauch als auch in einem **pflichtwidrigen Nichtgebrauch der Befugnis** bestehen.

Es kann davon ausgegangen werden, dass bei Begehung durch Unterlassung der Täter als Garant für das Zustandekommen des unterbliebenen Hoheitsakts verantwortlich und die Unterlassung der missbräuchlichen Vornahme eines Hoheitsakts gleichwertig sein muss.

Der Täter ist als **Garant** für das Zustandekommen des Hoheitsakts verantwortlich, wenn er für dessen Vornahme oder Vorbereitung **dienstlich zuständig** ist.

Beispiel:

- Der Bürgermeister und der zuständige Referent des Bauamts unterlassen es, gegen einen Bau einzuschreiten, obwohl er ohne Baubewilligung oder abweichend von ihr ausgeführt wird.

Beide sind Garanten für das Zustandekommen des unterbliebenen Hoheitsakts und begehen Amtsmissbrauch. Dienstlich zuständig für das Zustandekommen eines Hoheitsakts ist nicht nur der Sachbearbeiter, sondern auch dessen Vorgesetzter.

Die Garantenstellung wird begründet, wenn der Beamte **dienstlich** von Umständen erfährt, die den Hoheitsakt notwendig machen. Privates Wissen begründet keine Garantenstellung.

3. Missbrauch der Beamtenstellung, ohne einen Hoheitsakt zu setzen – Untreue

Gesetzestext (StGB – Strafgesetzbuch):

Untreue

§ 153. (1) Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wissentlich mißbraucht und dadurch dem anderen einen Vermögensnachteil zufügt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

(2) Wer durch die Tat einen 3 000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren, wer einen 50 000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt, mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen.

3.1 Wissentlicher Missbrauch der Befugnis durch einen Machthaber mit Schädigungsvorsatz

Wie bereits bei der Frage der Abgrenzung von Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung ausgeführt, scheidet bei Handlungen, die nicht in Vollziehung der Gesetze durch Beamte vorgenommen werden, das Verbrechen des Amtsmissbrauchs aus. Dennoch werden solche Handlungen im Namen und als Organ ihres Rechtsträgers vorgenommen. Wenn dies pflichtwidrig geschieht, kann Untreue vorliegen.

„Untreue“ ist der wissentliche Befugnismissbrauch eines Machthabers, der dabei den (zumindest bedingten) Vorsatz hat, den Machtgeber einen Vermögensnachteil zuzufügen.

Die Tathandlung muss notwendig in einem Rechtsgeschäft oder einer sonstigen Rechtshandlung bestehen (der Missbrauch faktischer Verfügungsmacht kann Veruntreuung nach § 133 StGB sein – zB der Weiterverkauf einer Sache, die unter Eigentumsvorbehalt anvertraut wurde).

3.2 „Machthaber“

Alleintäter kann – abgesehen von Fällen versuchter Bestimmung (siehe das Beispiel zu 2.1) – nur sein, wer eine tatbestandsmäßige Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis für einen anderen (den Machtgeber) hat. Eine solche Befugnis kann durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumt werden:

- Geschäftsführer, Vorstände von juristischen Personen, die kraft Gesetz die Gesellschaft verpflichten bzw über deren Vermögen disponieren können;
- Sachwalter, Masseverwalter, die kraft behördlichen Auftrags über das Vermögen des Mündels oder Besachwalterten bzw der Konkursmasse verfügen können;
- jeder Bevollmächtigte, der nach den Regeln des Zivilrechts Vollmacht eingeräumt erhält und somit Vertretungsmacht erlangt.

Der Machthaber muss nicht allein vertretungsbefugt sein; für die Annahme einer Vertretungsmacht genügt vielmehr eine Mitentscheidungsbefugnis. Selbst wenn der Machtgeber (oder der andere Mitentscheidungsbefugte) zustimmt, so schließt eine auf bewusst unrichtiger oder unvollständiger Information beruhende Zustimmung zu einer bestimmten Vertretungshandlung die Annahme eines Befugnismissbrauchs nicht aus.

Um es am Beispiel eines „Bankbeamten“ zu verdeutlichen:

Wer zur Vergabe von Kredite ermächtigt ist, darf dies nur innerhalb der Bankrichtlinien tun (Kredithöhe, Sicherheiten etc). Werden nun Kredite außerhalb dieser Richtlinien eingeräumt, liegt darin ein – wissentlicher, denn der Vergebende weiß idR wohl, dass er außerhalb der Richtlinien keine Kredite vergeben darf – Befugnismissbrauch; sofern der Betreffende es ernstlich für möglich hält und sich damit abfindet, dass die Bank dadurch geschädigt werden könnte, erfüllt er den Tatbestand der Untreue. Vorerst nur auf Ebene des Versuchs, das Delikt ist erst vollendet, wenn der Kredit tatsächlich „notleidend“ wird und der Schaden tatsächlich eintritt.

Auch innerhalb der **Gemeinde** gibt es eine Fülle von Befugnissen bzw Berechtigungen, diese zu verpflichten oder über deren Vermögen zu verfügen.

Der Bürgermeister ist dabei nach dem (regelmäßig gleichlautenden) Inhalt der **Gemeindeordnungen** verpflichtet, das Wohl seiner Gemeinde nach bestem Wissen und Gewissen zu fördern und das Gemeindevermögen nach wirtschaftlichen Grundsätzen zu verwalten. Für dessen Aufgaben im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung der Gemeinde bedeutet dies, dass der Bürgermeister Geschäfte wie ein **redlicher und verantwortungsbewusster Kaufmann** zu führen und nicht nur Verpflichtet ist, die einzelnen (Verwaltungs-)Akte so vorzunehmen, dass hieraus kein Schaden für die Gemeinde entsteht, sondern die gesamte Geschäftstätigkeit derart auszuüben hatte, dass sie den größtmöglichen Nutzen für die Gemeinde hervorbringt.

Einzelfälle:

- **Geldbehebung** von einem Konto der Gemeinde durch einen Gemeindesekretär (und Verwendung des Betrags für sich);
- ein Gemeindesekretär erteilt im Namen der Gemeinde einer Firma den **Auftrag,** das Feuerwehrhaus zu verputzen; er vereinbart mit dem Verantwortlichen des Malerunternehmens, dass sie sein Eigenheim gleichfalls verputzen und diese Kosten in die Kosten für den Verputz des Feuerwehrhauses einkalkulieren;
- der Oberinspektor eines städtischen Bauamts genehmigt **Bauabrechnungen** ohne ausreichende Kontrolle und gibt sie zur Auszahlung an die Buchhaltung weiter, obwohl die Baufirmen nur einen Teil des verrechneten Schotters geliefert haben;
- Der Bürgermeister weist den Gemeindekassier an, die über den vormaligen Bürgermeister verhängte **Geldstrafe aus Gemeindemitteln zu bezahlen.** Der Gemeindekassier begeht, wenn er der Weisung nachkommt, Untreue. Der Bürgermeister ist als Bestimmungstäter zu diesem Delikt und nicht wegen Amtsmissbrauchs zu bestrafen;

- Der Vizebürgermeister weist den Gemeindesekretär an, eine **fingierte Rechnung** zu bezahlen; der Gewinn soll einem Gemeindebediensteten als außerordentliche Zuwendung zugute kommen;
- Der Bürgermeister ermöglicht durch Herausgabe von Interessentenlisten bei einer **Ausschreibung** die Absprache der Bieter untereinander, wodurch die Gemeinde bei einem Bauvorhaben einen Vermögensnachteil erleidet (siehe unten Punkt 6.4)

Die Bereicherung des Täters oder eines Dritten ist nach der Deliktsstruktur nicht erforderlich, wird aber wohl in der Regel damit einhergehen.

3.3 Untreue und Geschenkannahme

Zumal Untreue keine Bereicherung erfordert, kommt in den Fällen, in denen sich Beamte für eine Untreuehandlung bezahlen lassen oder einen Vermögensvorteil lukrieren, das Vergehen der Geschenkannahme durch Beamte nach § 304 StGB gleichfalls in Frage.

Gesetzestext (StGB – Strafgesetzbuch):

Geschenkannahme durch Beamte

§ 304. (1) Ein Beamter, ein Beamter eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union oder ein Gemeinschaftsbeamter, der für die pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäftes von einem anderen für sich oder einen Dritten einen Vorteil fordert, annimmt oder sich versprechen läßt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.

(2) Ein Beamter, der für die pflichtgemäße Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäftes von einem anderen für sich oder einen Dritten einen Vorteil fordert, annimmt oder sich versprechen läßt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu bestrafen.

(3) Übersteigt der Wert des Vorteils 3000 Euro, so ist der Täter im Fall des Abs. 1 mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren und im Fall des Abs. 2 mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.

(4) Wer lediglich einen geringfügigen Vorteil annimmt oder sich versprechen läßt, ist nach Abs. 2 nicht zu bestrafen, es sei denn, daß die Tat gewerbsmäßig begangen wird.

Ein **Amtsgeschäft** kann in der Vornahme eines Hoheitsakts oder in einer anderen Amtsausübung bestehen, daher auch im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung begangen werden.

Abs 1 dieser Bestimmung erfasst die **„passive Bestechung“,** nämlich die Geschenkannahme für die **pflichtwidrige** Vornahme oder Unterlassung eines **Amtsgeschäfts,** welches nicht in einem Hoheitsakt besteht. Denn in solchen Fällen ist der Beamte wegen § 302 StGB zu bestrafen.

Der zweite Absatz erfasst die Geschenkannahme für die **pflichtgemäße Vornahme** eines Amtsgeschäfts, sohin eines Tun oder Unterlassens, das der Beamte jedenfalls gesetzt hätte, er jedoch (selbst dafür) eine Zuwendung entgegennimmt. Aus der Judikatur sind dazu vor allem solche Fälle bekannt, in denen ein Geschenk für eine **raschere Bearbeitung** angenommen wurde.

Der Vorteil kann in Geld oder einer anderen Sache bestehen oder einfach sonst einen Vermögenswert haben (Einladungen zu Urlaubsreisen oder Jagdpartien, Erhalt von Auszeichnungen etc). Lediglich **geringwertige,** durchaus allgemein übliche Zuwendungen (Blumen, Schokolade uä oder Kleinbeträge „für die Kaffeekassa“) sind strafrechtlich nicht von Relevanz.

Übersteigt der Wert der Zuwendung den Betrag von Euro 3.000,–, kommt ein strengerer Strafsatz zur Anwendung. Allenfalls können auch mehrere, für sich jeweils diesen Betrag nicht erreichende, Werte zusammengerechnet werden.

§ 304 StGB ist ausgeschlossen, wenn der Beamte **vortäuscht,** dass er auf die durch ihn geforderte Leistung einen **Anspruch** habe oder dafür keine amtliche, sondern eine private Gegenleistung erbringen werde. Der Beamte verantwortet in solchen Fällen Betrug (§§ 146 ff StGB).

3.4 Untreue und Verletzung des Amtsgeheimnisses

Zumal Untreue keine Schädigung anderer Rechte außer jener des Vermögens erfasst, kann durch die Tathandlung auch das Vergehen der Verletzung des Amtsgeheimnisses nach § 310 StGB begangen werden.

Gesetzestext – Auszug (StGB – Strafgesetzbuch):

Verletzung des Amtsgeheimnisses

§ 310. (1) Ein Beamter oder ehemaliger Beamter, der ein ihm ausschließlich kraft seines Amtes anvertrautes oder zugänglich gewordenes Geheimnis offenbart oder verwertet, dessen Offenbarung oder Verwertung geeignet ist, ein öffentliches oder ein berechtigtes privates Interesse zu verletzen, ist, wenn die Tat nicht nach einer anderen Bestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.

(2) . . . .

Amtsgeheimnisse sind **Tatsachen,** die ein Geheimnis sind, auf welche sich die Pflicht zur **Amtsverschwiegenheit** erstreckt. Sie dürfen dem Täter ausschließlich durch seine amtliche Tätigkeit bekannt geworden sein, dh er erfährt sie aufgrund seiner dienstlichen Tätigkeit oder er hat sie aufgrund seiner Position ohne dienstliche Notwendigkeit irgendwie in Erfahrung bringen können. Nicht jedes „Ausplaudern“ von Dienstinterna unterliegt dieser Bestimmung, sondern nur ein solches, das auch geeignet ist, eines der im Gesetz bezeichneten geschützten Interessen zu beeinträchtigen (siehe dazu die unter Punkt 6.4 auszugsweise abgedruckte Entscheidung).

4. Unternehmensstrafrecht – Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Gemeinde

4.1 Allgemeine Erläuterungen zum VbVG

Grundsätzlich können nur natürliche Personen Straftaten begehen. Denn nur ein Mensch kann „Böses“ tun, im Strafrecht wurde nur die handelnde Person – anders als im Zivilrecht bei Schadenersatzansprüchen (zB Gehilfenhaftung des Geschäftsherrn) –bestraft. Eine juristische Person („Gesellschaft“) kann keine Straftat begehen, dieser althergebrachte Grundsatz galt auch in Österreich bis zum 31. Dezember 2005.

Mit 1. Jänner 2006 trat das Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten, BGBl I 2005/151 („Verbandsverantwortlichkeitsgesetz“ – VbVG) in Kraft, das in Umsetzung europarechtlicher Vorgaben zwar keine echte Verbandsstrafbarkeit, wohl aber eine **strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen** eingeführt.

Die Regelungen beziehen nicht nur **juristische Personen,** sondern auch bestimmte **Gesellschaftsformen,** wie zB Personenhandelsgesellschaften, eingetragene Erwerbsgesellschaften und Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigungen, mit ein. Grundsätzlich sollen zwar Bund, Länder und **Gemeinden** nicht darunter fallen, jedoch nur, soweit sie nicht unternehmerisch tätig sind. Das Gesetz schließt **jedes hoheitliche Handeln,** welcher juristischen Person auch immer, von der Anwendung aus.

Gemeinden können daher für strafrechtliches Verhalten natürlicher Personen, sofern sie nicht hoheitlich handeln, „bestraft“ werden.

Bei der Verbandsverantwortlichkeit handelt es sich um eine **kriminalstrafrechtliche Verantwortlichkeit** des Verbands. Sie ist im **gerichtlichen Strafrecht** verankert, daher sind **subsidiär** das **Strafgesetzbuch** und die **Strafprozessordnung** anwendbar. Als Sanktionen sieht das Verbandsverantwortlichkeitsgesetz jedoch nicht Strafen, sondern **Geldbußen** vor.

Ein wesentlicher Grundsatz des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes besteht darin, dass **neben den Verbänden** weiterhin die **handelnden natürlichen Personen strafbar** sind.

Das Verbandsverantwortlichkeitsgesetz trifft **keine Einschränkungen** hinsichtlich der **Delikte,** derentwegen ein Verband mit Geldbuße belegt werden kann. Daher können alle gerichtlich strafbaren Handlungen auch von Verbänden begangen werden.

Wenn die Tat
- **zu Gunsten des Verbands** begangen worden ist oder
- durch sie **Pflichten verletzt** worden sind, die den Verband (die Gemeinde) treffen,

kann auch diese strafgerichtlich verfolgt werden.

Haftung bei Taten zu Gunsten der Gemeinde

- wenn der **Entscheidungsträger** die Tat in seiner leitenden Funktion **rechtswidrig** und **schuldhaft** begangen hat.
- Entscheidungsträger sind Personen, die **Geschäftsführer, Vorstandsmitglieder** oder **Prokuristen** sind oder in vergleichbarer Weise dazu befugt sind, den Verband nach außen zu **vertreten;** darüber hinaus Mitglieder des Aufsichtsrats oder des Verwaltungsrats oder Personen, die sonst **Kontrollbefugnisse in leitender Stellung** ausüben; schließlich Personen, die sonst **maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung** des Verbands ausüben (§ 2 VbVG).
- Hat der Entscheidungsträger ein Vorsatzdelikt begangen, ist auch der Verband wegen des Vorsatzdelikts verantwortlich; hat er ein Fahrlässigkeitsdelikt begangen, verantwortet auch der Verband ein Fahrlässigkeitsdelikt.

Haftung bei Pflichtverletzung kann aus einem **strafrechtlich relevanten Fehlverhalten anderer Mitarbeiter,** die im Rahmen der Tätigkeit des Verbands (der Gemeinde) für diese(n) gehandelt haben, entstehen.

Zwei Voraussetzungen sind zu erfüllen:

- Mitarbeiter müssen einen **Sachverhalt,** der einem gesetzlichen Tatbild entspricht, **rechtswidrig** verwirklichen. Es dürfen somit keine Rechtfertigungsgründe vorliegen; es ist aber **nicht** notwendig, dass die Mitarbeiter **schuldhaft** gehandelt haben.
- Darüber hinaus muss **die Begehung der Tat dadurch ermöglicht oder wesentlich erleichtert** worden sein, „dass ein Entscheidungsträger die nach den Umständen gebotene und zumutbare **Sorgfalt außer Acht gelassen** hat, insbesondere indem er wesentliche technische, organisatorische oder personelle Maßnahmen zur Verhinderung solcher Taten unterlassen hat“ (§ 3 Abs 2).

4.2 „Bestrafung“ des Verbands

Als Sanktionen sind sogenannte **Verbandsgeldbußen** vorgesehen, das Gesetz verwendet den Begriff der „Strafe“ bewusst nicht.

Den Geldbußen sollen general- und spezialpräventive Wirkung zukommen, zusätzlich soll in ihnen auch ein sozialethischer Tadel zum Ausdruck gebracht werden, dies ist im Unterschied zur Strafe bei natürlichen Personen kein individualethischer Tadel.

Für die **Bemessung der Geldbuße** wählte der Gesetzgeber ein System, das dem **Tagessatzsystem** im gerichtlichen Strafrecht entspricht.

Der Tagessatz ist nach der Ertragslage des Verbands unter Berücksichtigung dessen sonstiger wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit zu bemessen (§ 4 Abs 4 VbVG). Er ist mit dem Betrag festzusetzen, der dem 360. Teil des Jahresertrags entspricht

- mindestens jedoch Euro 50,–,
- maximal Euro 10.000,–.

Dient der Verband gemeinnützigen, humanitären oder kirchlichen Zwecken, beträgt der Mindestbetrag Euro 2,– und der Höchstbetrag Euro 500,– pro Tagessatz.

Die Höchstzahl der Tagessätze beträgt 180. Dies bedeutet, dass die **höchstmögliche Verbandsgeldbuße Euro 1,8 Mio** beträgt. Für die Bemessung der Zahl der Tagessätze im Einzelfall hat das Gericht die Erschwerungs- und Milderungsgründe, von denen einige beispielsweise im Strafgesetzbuch aufgezählt sind, gegeneinander abzuwägen.

Die Verbandsgeldbußen können **ganz** oder **teilweise bedingt nachgesehen** werden, wobei die Bestimmungen jenen im Strafgesetzbuch ähnlich gestaltet sind (§§ 6 und 7 VbVG). Ziel des Gesetzgebers ist es, dass **Weisungen,** die im Zusammenhang mit der bedingten Nachsicht erteilt werden können, im Verbandsstrafrecht eine größere Bedeutung erlangen sollen als im Individualstrafrecht. Damit soll eine Steuerung des zukünftigen Verhaltens des Verbands durch richterliche Anordnung erreicht werden.

Zwei Arten von Weisungen sind zu unterscheiden:
- die Weisung, den aus der Tat entstandenen **Schaden** nach Kräften **gutzumachen;**
- die Weisung, **technische, organisatorische oder personelle Maßnahmen** zu treffen, um der Begehung weiterer Taten, für die der Verband verantwortlich ist, entgegenzuwirken.

Die bedingte Nachsicht der gesamten Verbandsgeldbuße ist nur bei einer Verurteilung zu einer Verbandsgeldbuße von nicht mehr als 70 Tagessätzen zulässig. Anders als im Individualstrafrecht ist im Verbandsstrafrecht die bedingte Nachsicht eines Teils der Verbandsgeldbuße immer, unabhängig von ihrer Höhe, möglich.

4.3 Wer steht für den „Verband“ vor Gericht?

Juristische Personen und Gesellschaften sind nicht prozessfähig und brauchen daher im Verfahren einen Vertreter, nämlich:

- ein **Mitglied des zur Vertretung nach außen berufenen Organs** (für die Gemeinde ist dies der Bürgermeister)
- wenn aber **sämtliche Mitglieder des zur Vertretung nach außen befugten Organs selbst in Verdacht** stehen, die Straftat begangen zu haben, dann hat das Gericht dem belangten Verband von Amts wegen einen Verteidiger beizugeben. Dieser hat den Verband zu verteidigen und auch die nach der Art des Verbands erforderlichen Schritte zur Bewirkung einer ordnungsgemäßen Vertretung des Verbands zu setzen.

4.4 Wann wird ein „Verband“ vom Staatsanwalt verfolgt?

Die Staatsanwaltschaft hat **Ermittlungen** gegen einen Verband einzuleiten oder einen **Antrag auf Verhängung einer Verbandsgeldbuße** bei Gericht einzubringen, sobald sich aufgrund bestimmter Tatsachen der Verdacht ergibt, dass ein Verband für eine von Amts wegen zu verfolgende Straftat verantwortlich sein könnte (§ 13 VbVG).

Ab dem Zeitpunkt eines konkreten Verdachts hat der Verband Beschuldigtenrechte: er ist nicht „Beschuldigter“, sondern hat die Stellung eines **„belangten Verbands“.**

Der Staatsanwalt ist bei Straftaten physischer Personen grundsätzlich zur Verfolgung verpflichtet („Legalitätsprinzip“), bei Verfolgung von Verbänden jedoch wird ihm ein **Ermessensspielraum** eingeräumt**.** Er kann je nach Schwere und Folgen der Tat oder dem Gewicht der Pflichtverletzung entscheiden, ob ein Verband verfolgt werden soll oder nicht („Opportunitätserwägungen“).

4.5 Welches Gericht ist zuständig?

Für das Verfahren gegen Verbände ist jenes Gericht sachlich, funktionell und örtlich **zuständig,** in dessen Zuständigkeit das Strafverfahren gegen eine natürliche Person wegen derselben Tat fällt. Das Verfahren soll grundsätzlich gemeinsam mit dem Strafverfahren gegen die Entscheidungsträger und Mitarbeiter geführt werden.

Dies gilt bis zum Ende des Beweisverfahrens, bei den Schlussvorträgen und der Urteilsverkündung wird getrennt:

Zunächst sollen die **Schlussvorträge** betreffend die **natürliche Person** stattfinden und dann das **Urteil** über die **natürliche Person** verkündet werden. Wird die **natürliche Person schuldig gesprochen,** sind in fortgesetzter Hauptverhandlung die Voraussetzungen einer Verantwortlichkeit des Verbands sowie die für die Bemessung einer Geldbuße und die Festsetzung anderer Sanktionen maßgeblichen Umstände zu erörtern. Nach den Schlussplädoyers entscheidet das Gericht über den Verband. Im Fall eines **Freispruchs der natürlichen Person** muss der Ankläger binnen drei Tagen erklären, ob in einem selbstständigen Verfahren über die Verhängung einer Verbandgeldbuße entschieden werden soll. Ansonsten verliert er das Verfolgungsrecht.

Während im Individualstrafrecht die Untersuchungshaft möglich ist, kann eine solche über Verbände nicht verhängt werden. Es können aber **einstweilige Verfügungen** zur **Sicherung** der Einbringung **der zu erwartenden Geldbuße** erlassen werden.

Gegen Urteile über Verbände stehen dieselben Rechtsmittel offen wie gegen Urteile bei natürlichen Personen.

Die Verurteilungen des Verbands („Vorstrafen“) werden in ein hiefür eingerichtetes Geldbußenregister eingetragen und können unter ähnlichen Voraussetzungen wie das Strafregister für natürliche Personen abgefragt werden.

4.6 Die Gemeinde oder ausgegliederte Rechtsträger als „strafbarer Verband“

Betrachtet man die beiden Anknüpfungspunkte des VbVG, so kann eine Gemeinde bei (nicht hoheitlichem) Handeln selbst oder in Form eines ausgegliederten Rechtsträgers (Müllverbände, Abwasserverbände) strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden.

Voraussetzung ist, dass entweder die **Tat durch einen „Entscheidungsträger“**, dh den Bürgermeister, Gemeinderat oder des Verantwortlichen (Obmann, Geschäftsführer) des ausgegliederten Rechtsträgers, zu Gunsten der Gemeinde oder des Verbands begangen worden ist oder der Fall einer **Pflichtenverletzung** vorliegt.

Für die Verbandsverantwortlichkeit ist es gleichgültig, in welcher Begehungsform der Entscheidungsträger handelt. Er kann somit als unmittelbarer Täter, als Bestimmungs- oder Beitragstäter handeln. Er kann die Tat durch Tun oder Unterlassen begehen. Hat der Entscheidungsträger die Tat bloß versucht, so wird der Verband für die versuchte Tat verantwortlich gemacht.

Werden in einem Verband Tätigkeiten an andere (Sub-)Unternehmen (Steuerberater, Wirtschaftstreuhänder) ausgelagert, führen Straftaten von Mitarbeitern dieser Unternehmen nicht zur Verantwortlichkeit des Verbands, für den die Tätigkeit übernommen wurde. Deren Taten können lediglich die Verantwortlichkeit des (Sub-) Unternehmens begründen.

4.6.1 Taten des Entscheidungsträgers zu Gunsten des Verbands

Die im Gerichtsalltag am häufigsten auftretenden Untreuehandlungen (siehe oben Punkt 2.) können niemals zu einer Verfolgung der Gemeinde oder des ausgegliederten Rechtsträgers führen können. Denn dieses Delikt führt zu einer Schädigung des Machtgebers (Gemeinde, Verband). Daher könnte es beispielsweise in dem unter Punkt 6.4 angeführten Fall der Untreue zum Nachteil der Gemeinde durch Weitergabe des Interessentenverzeichnisses an einen Mitbieter zu keinem Strafverfahren gegen die Gemeinde kommen.

In Frage kommen Betrugstaten (§§ 146 ff StGB) oder Veruntreuung (§ 133 StGB), aus denen die Gemeinde oder zB der Müll- oder Abwasserverband bereichert werden.

Beim Straftatbestand des Betrugs bewirkt der Täter durch Täuschung über Tatsachen einen Irrtum bei dem Opfer, wodurch dieses veranlasst wird, selbst eine schädigende Vermögensverfügung vorzunehmen. Dabei ist gleichgültig, ob der Schaden beim Getäuschten oder einem Dritten entsteht und ebenso gleichgültig, ob der Täter oder ein Dritter bereichert wird. Die in subjektiver Richtung geforderte Bereicherungstendenz ist auf eine günstigere Gestaltung der Vermögenslage des Täters oder eines Dritten gerichtet.

Veruntreuung liegt vor, wenn der Täter ein anvertrautes Gut sich oder Dritten zueignet (zB Weiterverkauf einer Sache, die unter Eigentumsvorbehalt steht oder geliehen/gemietet wurde). Der Täter entzieht das anvertraute Gut dem Zugriff des Berechtigten, um es sich oder Dritten zu erhalten.

Wenn in solchen Fällen daher eine Bereicherung der Gemeinde/des Verbands eintritt oder auch vom Täter bloß darauf abgezielt wird, ohne dass die Tat vollendet wird, kann es zu einer Verfolgung und Verurteilung der Gemeinde/des Verbands wegen des vollendeten oder auch nur bloß versuchten Delikts kommen.

4.6.2 „Pflichtenverletzung“

In diesem Fall der Verbandsverantwortlichkeit können Straftaten von Mitarbeitern die Verantwortlichkeit des Verbands auslösen. Dass deren Taten zur Verantwortlichkeit des Verbands führen, setzt ein arbeitsvertragliches oder **arbeitnehmerähnliches** Verhältnis zum Verband oder ein **öffentlichrechtliches Dienstverhältnis** voraus.

Weitere Voraussetzung ist, dass **Mitarbeiter** tatbestandsmäßig und rechtswidrig eine Straftat begangen haben; schuldhaft muss ihr Verhalten hingegen nicht gewesen sein. Es muss auch nicht ein bestimmter Mitarbeiter die tatbestandsmäßige Handlung setzen, sondern es können auch mehrere Mitarbeiter Teilhandlungen setzen, die zusammen den Tatbestand erfüllen. Es ist zwar nicht unbedingt notwendig, dass der einzelne Mitarbeiter namentlich feststeht, allerdings ist eine Konkretisierung des in Betracht kommenden Personenkreises erforderlich, wie eine bestimmte Abteilung. Im Urteil gegen den Verband genügt die Feststellung, dass jedenfalls irgendein Mitarbeiter (von mehreren) oder mehrere Mitarbeiter gemeinsam eine **Tat rechtswidrig begangen haben,** wodurch der Verband verantwortlich ist. Die konkrete Feststellung, welche konkrete Person den Straftatbestand verwirklicht hat, ist nicht erforderlich, um die Verbandsverantwortlichkeit auszulösen.

Demgegenüber wären einzelne Mitarbeiter – wenn nicht von einem gemeinsamen Tun auszugehen wäre – sogar freizusprechen, sofern nicht festgestellt werden kann, welcher von ihnen konkret die tatbestandsmäßige Handlung gesetzt hat.

Die in Frage stehenden Delikte sind nicht eingrenzbar. Das Gesetz selbst hat darauf verzichtet, einen Katalog zu erstellen, vielmehr geht es davon aus, dass kein Delikt als Anlasstat ausgeschlossen werden kann.

Denkbar sind demzufolge:
- jegliche Zufügung einer Verletzung (§§ 83 ff StGB),
- fahrlässige Körperverletzung (§ 88 StGB), auch mit Todesfolge oder sogar (wenn auch unwahrscheinlich)
- Mord (§ 75 StGB), sowie nahezu
- sämtliche Vermögensdelikte.

Irgendeiner Führungskraft muss dabei der Vorwurf eines **Organisationsverschuldens** gemacht werden können. Die Tatbegehung muss lediglich dadurch ermöglicht oder wesentlich erleichtert worden sein, dass Entscheidungsträger die nach den Umständen gebotene und zumutbare Sorgfalt außer Acht gelassen haben.

Dies liegt dann vor, wenn von Entscheidungsträgern des Verbands ein **objektiver Sorgfaltsverstoß** vorliegt. Dieser erforderliche Sorgfaltsmaßstab ergibt sich aus Rechtsnormen, Verkehrsnormen oder – sollte es keine rechtlichen Bestimmungen geben – das Verhalten eines einsichtigen und besonnenen Entscheidungsträgers in der konkreten Situation. Das Gesetz nennt beispielhaft Sorgfaltsverstöße, die in einem Unterlassen von wesentlichen technischen, organisatorischen oder personellen Maßnahmen zur Verhinderung solcher Taten bestehen.

Nach diesen Grundsätzen hätte – soweit der Sachverhalt aus den Medien bekannt ist – zB der Unfall der Kitzsteinhorn-Bahn (Kaprun) trotz des Freispruchs aller Angeklagten dennoch zu einer Verurteilung des Unternehmens nach dem VbVG führen können. Da das Gesetz jedoch erst nach dem Zeitpunkt des Unfalls in Kraft getreten ist, war eine Verfolgung des Verbands ausgeschlossen.

Anwendbar ist das Gesetz nur auf Taten, die nach dessen Inkrafttreten (1. Jänner 2006) begangen wurden (§§ 1, 61 StGB).

Aus der Rechtsprechung sind derzeit noch keine Fälle bekannt. Als im Bereich des Möglichen anzuführen wäre etwa die strafrechtliche Haftung bei Verkehrsunfällen, zB eines Müllwagens, sofern Wartungsarbeiten am Fahrzeug unterlassen wurden oder auch bei Übermüdung des Lenkers zufolge Arbeitsüberlastung (Unterlassung wesentlicher technischer, organisatorischer oder personeller Maßnahmen zur Verhinderung solcher Taten).

4.6.3 Bemessung des Tagessatzes – Geldbußensystem (§ 4 Abs 4 VbVG)

Problematisch erscheint die Ermittlung der Bemessungsgrundlage zur weiteren Ermittlung der Höhe des einzelnen Tagessatzes, der mindestens Euro 50,– und höchstens Euro 10.000,– zu betragen hat. Abzustellen ist **auf Ertragslage und Leistungsfähigkeit** des Verbands. Grundsätzlich wird der einzelne Tagessatz wie folgt zu berechnen sein:

Jahresertrag / 360 = Tagesertrag plus/minus bis ein Drittel Zu- oder Abschläge je nach wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit

Die Bemessung der Anzahl der Tagessätze hat sodann je nach Schädigung oder Gefährdung und Höhe des Vorteils für den Verband aus der Straftat zu erfolgen.

Die Frage, was die Ertragslage ist und wie die sonstige wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zu ermitteln sein wird (Ertrag versus Leistungsfähigkeit), lässt sich vor allem für den hier interessierenden Bereich nicht einfach beantworten.

Bei den in Gesellschaftsform organisierten ausgegliederten Unternehmen wird der Jahresertrag, das „Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit“ laut Gewinn- und Verlustrechnung zu sehen sein, auf dessen Basis sich ein „Free Cash-Flow“ (verfügbare Mittel aus operativer Tätigkeit) nach bilanztechnischen Berechnungen gewinnen lässt. Doch wie im Strafrecht gegen natürliche Personen wird das Gericht zur Schätzung der Ertragsverhältnisse und der Leistungsfähigkeit dann berechtigt sein, wenn die diesbezüglichen Angaben des Rechtsbrechers unzureichend oder bedenklich sind und die exakte Erhebung der Bemessungsgrundlage das Verfahren unangemessen verzögern würde bzw der Ermittlungsaufwand außer Verhältnis zum voraussichtlichen Ergebnis stünde. Schätzungsgrundlage sind ua auch allgemeine Erfahrungssätze, sodass sich eine exakte Ermittlung des Ertrags teilweise erübrigt.

5. Die Besonderheiten des Strafverfahrens im Überblick

5.1 Verfahren in erster Instanz

Entsprechend dem **Legalitätsgrundsatz** ist der Staatsanwalt verpflichtet, jeden Sachverhalt zu verfolgen, der den Verdacht einer gerichtlich zu ahndenden Straftat begründet. Dabei ist es einerlei, ob er durch eine Anzeige seitens der Sicherheitsbehörde oder sonst wie davon Kenntnis erlangt. Aus dieser unbedingten Verfolgungspflicht ergibt sich aber auch die Pflicht zur Einstellung eines Verfahrens, welches voraussichtlich zu keiner gerichtlichen Verurteilung führen wird.

Seit einigen Jahren besteht die Möglichkeit einer **diversionellen Erledigung** durch den Staatsanwalt, der unter bestimmten Voraussetzungen kein gerichtliches (förmliches) Strafverfahren einleiten muss, sondern die Anzeige gegen eine Person unter **Auflage einer Geldbuße, der Vornahme gemeinnütziger Leistungen,** nach Durchführung eines **außergerichtlichen Tatausgleichs** oder unter bloßer Setzung einer Probezeit (allenfalls mit Auflagen) zurücklegen kann.

Voraussetzungen für eine Diversion sind (§ 90a ff StPO iVm § 198 ff StPO idF StrafprozessreformG), dass das Delikt nicht in die Schöffen- oder Geschworenenzuständigkeit fällt, die „Schuld“ (iSv Strafzumessungsschuld) nicht schwer wiegt, die Tat nicht zum Tod eines Menschen geführt hat und die Bestrafung nicht aus spezial- und generalpräventiven Gründen erforderlich ist.

Aus dem Anklagezwang wurde Pflicht, bei hinreichendem Tatverdacht entweder zu verfolgen oder zu divertieren.

Hält der Staatsanwalt den Tatverdacht für hinreichend, dass eine Verurteilung wahrscheinlich erscheint, so bringt er eine **förmliche Anklage** (oder einen Strafantrag) ein.

Nach Rechtskraft der Anklage (ein Strafantrag erwächst nicht in formeller Rechtskraft) wird das Verfahren vor dem sachlich hiefür zuständigen Gericht (siehe Anhang über die Zuständigkeiten im Strafverfahren) durchgeführt. Hiezu wird eine Hauptverhandlung anberaumt, in welcher der Beschuldigte/Angeklagte Möglichkeit zur eigenen Verantwortung sowie zur Befragung der Zeugen erhält.

Die **Hauptverhandlung** beginnt mit einem Vortrag der Anklage, worauf dem Angeklagten Möglichkeit geboten wird, (idR durch seinen Verteidiger) eine geschlossene Gegendarstellung zu erstatten.

Nach dem im Strafverfahren herrschenden Grundsatz der **Unmittelbarkeit** müssen alle Beweismittel in der Hauptverhandlung „vorgeführt“ werden. Diese Vorführung kann unter bestimmten Voraussetzungen durch Verlesungen aus dem Akteninhalt erfolgen.

Sowohl der Beschuldigte/Angeklagte als auch der Staatsanwalt hat das Recht, **Beweisanträge** zu stellen. Diese müssen ein Beweisthema („was soll erwiesen wer-

den“) und das Beweismittel bezeichnen, allenfalls sind auch Ausführungen zur Relevanz der zu erweisenden Tatsache für die Schuldfrage hinzuzufügen. Diese müssen in der Hauptverhandlung mündlich gestellt werden, schriftliche Beweisanträge wie im Zivilverfahren sind nicht vorgesehen. Werden dennoch Beweisanträge schriftlich gestellt und wurde ihnen nicht entsprochen, so kann dies im Rechtsmittelverfahren nicht angefochten werden.

Weiters muss das Gericht über den Beweisantrag entscheiden, und zwar mit Begründung ablehnen oder diese „zulassen“, was durch bloße Entsprechung geschehen kann. Der Beschuldigte/Angeklagte muss aber auf eine Entscheidung dringen, die bei Verfahren vor Kollegialgerichten (Schöffen- und Geschworenengerichte) nur vom Senat nach Beratung, nicht aber vom Vorsitzenden allein, gefällt werden kann.

Nach dem **Schluss des Beweisverfahrens** bekommen die Parteien – Staatsanwalt und Beschuldigter/Angeklagter – Gelegenheit für einen Schlussvortrag **(Plädoyers)**. Im Anschluss daran wird das Urteil – bei Schöffen- und Geschworenengericht nach geheimer Beratung – vom Vorsitzenden mündlich verkündet.

Im Falle eines Schuldspruchs wird die Tat bezeichnet, dessen der Beschuldigte/Angeklagte schuldig erkannt wird, ausgesprochen, welche strafbare Handlung er dadurch gesetzt hat und daran anschließend der Strafausspruch verkündet. Es besteht auch die Möglichkeit, dass sich der **Geschädigte/Verletzte** dem Strafverfahren als Privatbeteiligter anschließt und Schadenersatz bzw Schmerzensgeld fordert (sogenanntes **Adhäsionsverfahren**). Über diese zivilrechtlichen Ansprüche wird im Strafverfahren sodann mitentschieden. Im Falle eines Zuspruchs von Schadenersatz/ Schmerzensgeld stellt dieser einen Exekutionstitel dar.

5.2 Anfechtung eines Strafurteils

Nach der Urteilsverkündung können sich die Parteien dazu äußern, ob sie das Urteil annehmen **(„Rechtsmittelverzicht“),** anfechten **(„Anmeldung eines Rechtsmittels“)** oder sich eine dreitägige Überlegungsfrist vorbehalten.

Um ein Rechtsmittel zur Ausführung bringen zu können, muss spätestens am dritten Tag nach der Urteilsverkündung (dieser Tag wird nicht mitgezählt bzw wenn der letzte Tag der Frist ein Samstag, Sonntag oder Feiertag ist, dann am nächsten Werktag) ein Rechtsmittel schriftlich angemeldet werden (Postaufgabe an diesem Tag genügt). Danach wird ihnen eine schriftliche Ausfertigung des Urteils zugestellt. Mit der Zustellung beginnt sodann eine weitere Frist für die Ausführung des Rechtsmittels zu laufen (grundsätzlich vier Wochen, bei besonders schwierigen, umfangreichen Strafsachen kann um Verlängerung dieser Ausführungsfrist ersucht werden).

Der Anfechtungsumfang ist je nach Verfahren erster Instanz unterschiedlich:

- Urteile von Bezirks- und Einzelrichtern können mit **Berufung** (an das Landes- bzw Oberlandesgericht) angefochten werden, wobei diese Berufung wegen

Nichtigkeit, Schuld, Strafe oder auch wegen des Zuspruchs privatrechtlicher Ansprüche erfolgen kann (sogenannte „volle Berufung“);
- Urteile des Schöffen- und Geschworenengerichts werden dem Grunde nach mit **Nichtigkeitsbeschwerde** angefochten, die an den Obersten Gerichtshof gerichtet ist. Die Nichtigkeitsbeschwerde kann mit einer Berufung (wegen des Ausspruch über die Strafe oder des Zuspruch privatrechtlicher Ansprüche) verbunden werden;
- wendet sich der Verurteilte nur gegen den **Strafausspruch** (gegen die Höhe der Strafe oder dagegen, dass diese nicht [teilweise] bedingt nachgesehen wurde), so erfolgt die Anfechtung über eine (bloße Straf-) **Berufung,** über welche das Oberlandesgericht zu entscheiden hat (siehe dazu auch die Übersicht im Anhang).

Bei Berufungen herrscht grundsätzlich kein Neuerungsverbot: es können weitere Anträge gestellt und neue Tatsachen vorgebracht werden. Die Berufungsverhandlung hat den Erfordernissen einer Hauptverhandlung zu entsprechen.

Die Ausführung einer Berufung wegen Nichtigkeit bzw einer Nichtigkeitsbeschwerde hat hinwieder nach streng formellen Regeln zu erfolgen. In diesem Bereich herrscht nicht nur Neuerungsverbot, sondern das Rechtsmittel hat sich darüber hinaus strikt am Urteil, nämlich dessen Feststellungen tatsächlicher Natur, zu orientieren. Dies ist für einen Laien oft schwer nachvollziehbar, aber eine generelle Anfechtung („Ich bin unschuldig“) ist nicht vorgesehen.

Im bezirksgerichtlichen Verfahren sowie im Verfahren vor dem Einzelrichter ist eine Berufung wegen des Ausspruchs über die Schuld vorgesehen, die eine wesentliche tatsachenbezogenere Anfechtung zulässt als die Nichtigkeitsbeschwerde. Denn es ist erlaubt, neue Tatsachen vorzubringen, Beweise zu nennen und deren Aufnahme zu beantragen. Die Berufungsverhandlung vor dem Berufungsgericht hat den Erfordernissen einer Hauptverhandlung vor dem Erstgericht zu entsprechen.

Anders im Verfahren vor den Kollegialgerichten (Schöffen- oder Geschworenengericht), wobei vorliegend jene der schöffengerichtlichen Zuständigkeit interessieren. Eine Nichtigkeitsbeschwerde (wie auch eine Berufung wegen Nichtigkeit in den oben genannten Fällen) kann nur aus den im Gesetz genannten Gründen erfolgen (§ 281 Abs 1 StPO). Es können lediglich bestimmte Formverletzungen prozessualer Natur (formale Nichtigkeitsgründe) oder Verstöße gegen das Strafgesetz an sich (materielle Nichtigkeitsgründe) geltend gemacht werden. Letztere müssen sich streng an den Feststellungen des erstinstanzlichen Urteils orientieren, und auf dieser Basis muss der Nachweis erbracht werden, dass das Strafgesetz unrichtig angewendet wurde.

Der einzige Ausgleich wird durch eine sogenannte „Tatsachenrüge“ eröffnet, worin aufgezeigt werden kann, dass sich aus der Aktenlage „erhebliche Bedenken“ an den schuldrelevanten Feststellungen ergeben. Diese Rüge eröffnet aber keineswegs eine Schuldberufung.

Darüber hinaus kann der Oberste Gerichtshof – von Amts wegen oder auf Antrag der Generalprokuratur – eine außerordentliche Wiederaufnahme der Verfahrens

(ganz oder teilweise) verfügen (§ 362 StPO), wenn die Feststellungen des Erstgerichts von der Aktenlage erheblich abzuweichen scheinen.

5.3 Verfahren vor dem Rechtsmittelgericht

Das Berufungsverfahren vor dem Landesgericht als Berufungsgericht gegen bezirksgerichtliche Urteile sowie vor dem Oberlandesgericht im Einzelrichterverfahren (sowie im schöffen- und geschworenengerichtlichen Verfahren bei bloßen Strafberufungen bzw Berufung wegen des Ausspruchs über privatrechtliche Ansprüche) ist – wie bereits erwähnt – sehr unmittelbar ausgestaltet. Die Rechtsmittelschrift wird vorerst der Oberstaatsanwaltschaft zugeleitet, die hiezu Stellung nimmt. Sodann ist eine öffentliche Berufungsverhandlung anzuberaumen, in welcher allenfalls ein weiteres Beweisverfahren durchgeführt wird. Es entscheidet ein Senat aus drei Richtern, die Entscheidung ergeht in Urteilsform.

Steht jedoch schon aufgrund der schriftlichen Ausführung des Rechtsmittels fest, dass das Urteil aufzuheben sein wird, kann auch vorweg ohne Anberaumung einer Berufungsverhandlung (mit Beschlussfassung „in nichtöffentlicher Sitzung“) das Urteil ganz oder teilweise behoben werden (kassatorische Entscheidung) und dem Erstgericht die Neudurchführung des Verfahrens aufgetragen werden.

Im hier interessierenden schöffengerichtlichen Verfahren wendet sich der Verurteilte in der Sache selbst mit Nichtigkeitsbeschwerde an den Obersten Gerichtshof. Die Ausführung des Rechtsmittels wird vorerst der Generalprokuratur zugeleitet, die hiezu schriftlich Stellung nimmt (Croquis). Die primäre Aufgabe dieser staatsanwaltschaftsähnlichen Behörde (siehe dazu instruktiv die Erläuterungen auf der Homepage des Obersten Gerichtshofs und der Generalprokuratur www.ogh.gv.at) besteht darin, das Urteil und den Akt einer Überprüfung zu unterziehen, ob allenfalls von Amts wegen wahrzunehmende Gesetzesverletzungen vorliegen. Erst danach wird zu den expliziten Ausführungen des Beschwerdeführers Stellung bezogen.

Der Oberste Gerichtshof kann sodann in bestimmten, vom Gesetz genannten Fällen das Rechtsmittel in nichtöffentlicher Sitzung zurückweisen oder – wenn sogleich feststeht, dass das Verfahren fehlerhaft war oder dem Erstgericht andere Fehler bei der Beurteilung unterlaufen sind – das Urteil (zur Gänze oder teilweise, jedenfalls auch den Strafausspruch) sogleich aufheben und dem Erstgericht Verfahrenserneuerung sowie die neuerliche Entscheidung auftragen (kassatorische Entscheidung). Wenn die Nichtigkeitsbeschwerde in nichtöffentlicher Sitzung zurückgewiesen wird, entscheidet daran anschließend das Oberlandesgericht über die Berufung(en) des Angeklagten oder auch der Staatsanwaltschaft.

In den übrigen Fällen wird ein Gerichtstag vor dem Obersten Gerichtshof anberaumt, dem Beschwerdeführer das Croquis der Generalprokuratur zugestellt und sodann eine öffentliche Verhandlung durchgeführt. Der Angeklagte hat zuvor die Möglichkeit, sich schriftlich oder mündlich zur Stellungnahme der Generalprokuratur zu äußern. In

dieser Verhandlung wird auch über die allenfalls miterhobenen Berufungen entschieden. Der Oberste Gerichtshof, der in einem Senat aus fünf Richtern entscheidet, kann sodann das Rechtsmittel verwerfen (und dadurch das Ersturteil „bestätigen") oder aber auch der Nichtigkeitsbeschwerde Folge geben (oder amtswegig Gebrechen wahrnehmen) und in der Sache selbst entscheiden (reformatorische Entscheidung).

Gegen die Entscheidung der Berufungsgerichte bzw des Obersten Gerichtshofes ist kein weiteres Rechtsmittel zulässig. Es sei angemerkt, dass bei Verstößen gegen die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) grundsätzlich die Möglichkeit besteht, an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg innerhalb von 6 Monaten nach Rechtskraft der innerstaatlichen Entscheidung eine Beschwerde zu erheben.

5.4 Das Verfahren am Beispiel eines Amtsmissbrauchs

Gelangt der Staatsanwalt in Kenntnis eines Sachverhalts, der sich als Amtsmissbrauch beurteilen lässt, so wird grundsätzlich der Verdächtige zu diesem Verdacht einzuvernehmen sein. Eine Diversion scheidet jedoch aus, weil das Delikt des Missbrauchs der Amtsgewalt kraft gesetzlicher Anordnung in die Zuständigkeit der Schöffengerichte fällt, obwohl der Strafrahmen für § 302 Abs 1 StGB „nur" sechs Monate bis fünf Jahre Freiheitsstrafe beträgt (und daher – wie der im Anhang abgedruckten Übersicht zu entnehmen ist – grundsätzlich die Zuständigkeit des Einzelrichters beim Gerichtshof I. Instanz gegeben wäre).

Hält der Staatsanwalt den Tatverdacht für hinreichend, dass eine Verurteilung wahrscheinlich erscheint, so bringt er eine förmliche Anklage ein.

Nach Rechtskraft der Anklage wird vor dem örtlich zuständigen Landesgericht als Schöffengericht „eine Hauptverhandlung" (die auch an mehreren Tagen durchgeführt werden kann, aber dennoch als Einheit und daher als „die Hauptverhandlung" gesehen wird) anberaumt. In dieser Hauptverhandlung werden die Beweise aufgenommen und danach wird ein Urteil gefällt („Im Namen der Republik").

Gegen einen Schuldspruch können der Angeklagte oder der Staatsanwalt (welcher grundsätzlich auch zu Gunsten des Angeklagten vorzugehen hat) gegen einen Freispruch der Staatsanwalt ein Rechtsmittel anmelden.

In der Sache selbst ist eine Nichtigkeitsbeschwerde zu erstatten. Diese richtet sich an den Obersten Gerichtshof. Je nach Inhalt derselben wird die Nichtigkeitsbeschwerde sodann entweder nach nichtöffentlicher Beratung der Richter zurückgewiesen und der Akt dem zuständigen Gerichtshof II. Instanz (Oberlandesgericht) zur Entscheidung über die Berufungen zugeleitet, oder aber ein Gerichtstag anberaumt. Im Gerichtstag werden die Rechtsmittel vom Verteidiger oder jene des Staatsanwalts vom Vertreter des Generalprokurators vorgetragen, wobei der Angeklagte jedenfalls das letzte Wort hat. Nach einer geheimen Beratung der fünf Richter des Obersten Gerichtshofes wird das Urteil verkündet.

6. Beispiele aus der Judikatur – Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs

6.1 Bauordnung – Duldung eines konsenslos errichteten Schweinestalls

(OGH 14 Os 149/99, bbl 2001/58)

Rechtssatz:

Das wissentlich pflichtwidrige Unterlassen eines Bürgermeisters, als Baubehörde erster Instanz den betreffenden Landesgesetzen entsprechende Hoheitsakte in Bezug auf einen konsenslos errichteten und genutzten Schweinestall zu setzen, begründet Missbrauch der Amtsgewalt durch Unterlassen.

Sachverhalt:

Ein Bauer stellte einen Antrag auf Widmung, Errichtung und Erweiterung eines Schweinestalls. Der Bürgermeister beraumte keine Widmungs- und Bauverhandlung an. Auch nach Einholung eines Gutachtens der Agrarbezirksbehörde blieb er untätig, entschied über das Ansuchen nicht und ließ die konsenslose Nutzung des Schweinestalls zu. Nachdem eine Änderung des Baugesetzes in Kraft getreten war, unterließ er es entsprechend den Bestimmungen festzustellen, wann das Gebäude tatsächlich errichtet wurde, ob es bewilligt wurde oder als bewilligt anzusehen ist. Er ermittelte das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen für eine Entscheidung über das Ansuchen bzw für eine Beseitigung des Gebäudes nicht.

Die Partei machte zwar von der im Verwaltungsverfahren bei Säumnis einer Behörde bestehenden die Möglichkeit eines Devolutionsantrags nach § 73 Abs 2 AVG Gebrauch, zog diesen jedoch auf Initiative des Bürgermeisters wieder zurück, da er in Sorge um seine politische Laufbahn war.

Rechtliche Erwägungen:

Demnach unterließ es der Bürgermeister Jahre hindurch wissentlich pflichtwidrig, als Baubehörde erster Instanz den betreffenden Landesgesetzen entsprechende Hoheitsakte in Ansehung des konsenslos errichteten und genutzten Schweinestalls sowie der beantragten Erweiterung desselben zu setzen, welches Verhalten eine missbräuchliche Amtsausübung iSd § 302 StGB darstellt.

Der Angeklagte verantwortete sich damit, dass er aufgrund der äußerst unklaren und komplexen Rechtslage überfordert gewesen sei. Das Gericht gelangte aber in seinem Urteil zu dem Ergebnis, dass er ein routinierter Gemeindepolitiker gewesen war, der die mit der konsenslosen Errichtung und Benützung des Schweinestalls verbundene rechtliche Problematik erkannt und sich mit Rücksicht auf seine politische Karriere zur Untätigkeit entschlossen hatte.

Die Gleichwertigkeit der Unterlassung iSd § 2 StGB ergab sich nach Lage des Falls daraus, dass die aus politischen Erwägungen gezielt gewählte Vorgangsweise (Untä-

tigkeit) des Angeklagten im Ergebnis der missbräuchlichen Erteilung einer Widmungs- bzw Baubewilligung hinsichtlich des bereits konsenslos errichteten und genutzten Schweinestalls bzw einer missbräuchlichen Ablehnung der geplanten und beantragten Erweiterung des Schweinestalls gleichkommt.

6.2 Bauordnung, Raumordnungsgesetz – Keine Abbruchsanordnung konsenslos errichteten Wochenendhäuser; mündliche Genehmigung zur Errichtung eines Blockhauses im Grünland

(OGH 15 Os 50/94, RdU 1995/34)

Rechtssatz:

Das durch § 302 StGB geschützte Rechtsgut ist die Ordnungsgemäßheit und Sauberkeit der gesamten hoheitlichen Verwaltung und das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Objektivität und Integrität der Beamten bei ihrer Amtsführung.

Sachverhalt:

Der Bürgermeister einer Marktgemeinde unterließ es, in 16 Fällen nach der einschlägigen Bestimmung der Bauordnung des Landes den Abbruch von konsenslos im Grünland errichteten Wochenendhäusern anzuordnen; weiters unterließ er es in zwei Fällen, über Anträge auf nachträgliche Baubewilligung für die Errichtung von Wochenendhäusern gemäß der Bestimmung der Bauordnung abschlägig zu entscheiden, und erteilte entgegen den Bestimmungen der Bauordnung eine mündliche Genehmigung zur Errichtung eines Blockhauses im Grünland.

Rechtliche Erwägungen:

Der Angeklagte behauptete, er habe darauf vertraut, dass ein Kleingartengesetz erlassen werde, das eine Umwidmung der verfahrensgegenständlichen Grundstücke und damit eine nachträgliche Genehmigung dieser Bauten ohne schriftliche Baubewilligung ermöglichen werde. Das Gericht stellte dazu fest, dass er sich in all den Jahren bemüht habe, gemeinsam mit Bürgermeistern anderer Gemeinden, welche dieselben Probleme hatten, doch noch eine „Sanierung“ der im Grünland konsenslos errichteten Bauten zu erreichen. Doch verneinte das Strafgericht die Anwendbarkeit dieses Kleingartengesetzes für die betroffenen Wochenendhäuser, weil diese Liegenschaften und vor allem die Bauwerke zu groß waren. Abgesehen davon steht ein Bestreben um nachträgliche „Sanierung“ eines gesetzwidrigen Zustands durch erhoffte gesetzgeberische Maßnahmen in keinem logischen Bruch zu einem schon zuvor – auf der Basis der bisherigen gesetzlichen Regelung – gegeben gewesenen Befugnismissbrauch.

Weiters berief sich der Bürgermeister darauf, dass auch den Entscheidungsträgern des Landes die im Grünland errichtete Siedlung „bekannt sein musste“, jedoch er „niemals aufgefordert wurde, irgendwelche Schritte in diesem Zusammenhang zu unternehmen“. Dieses Argument wurde als unerheblich abgetan, weil sich seine Verpflichtung als Baubehörde erster Instanz aus dem Gesetz ergibt und die Verpflich-

tung zur gesetzeskonformen Tätigkeit eines Beamten nicht von einer dahingehenden Weisung einer Aufsichtsbehörde abhängig ist.

6.3 Denkmalschutzgesetz – Baubewilligung für den Abbruch und Neubau einer unter Denkmalschutz gestellten Kapelle

(OGH 11 Os 13/05 d)

Rechtssatz:

Aus den Bestimmungen des Denkmalschutzgesetzes und der Bauordnung des Landes ergibt sich, dass auch ein bereits erfolgter (ohne Zustimmung des Bundesdenkmalamts vorgenommener) Abbruch eines denkmalgeschützten Gebäudes und auch ein Neubau anstelle oder in unmittelbarer Nähe eines derartigen Abbruchobjekts ohne zustimmende Kenntnisnahme seitens des Bundesdenkmalamts oder Vorliegen der bescheidmäßigen Feststellung dieser Behörde, dass an der Erhaltung des Denkmals kein öffentliches Interesse mehr besteht oder der Denkmalschutz infolge restloser Zerstörung des Denkmals erloschen ist (§ 5 Abs 7 DSchG), von der Baubehörde nicht bewilligt werden darf.

Eine ohne Kenntnisnahme des Bundesdenkmalamts von derartigen gesetzwidrigen bereits erfolgten Abbrüchen denkmalgeschützter Gebäude und geplanten Neubauten vorgenommene baubehördliche Bewilligung des Abbruchs und Neubaus kann im Fall einer bereits gegebenen restlosen Zerstörung den Staat zwar nicht mehr im Recht auf Erhaltung des zuvor bestehenden Denkmals (§ 1 DSchG) schädigen. Der Staat kann aber sehr wohl in solchen Fällen unter Umständen (wenn etwa noch Fundamente, für den Denkmalschutz relevante andere Gebäudeteile im Bauschutt sowie Baupläne oder Fotos vom Denkmal vorhanden sind) im Recht auf Verfügung der Wiederherstellung des früheren Zustands (§ 36 DSchG), insbesondere aber im Recht auf strafgerichtliche Verfolgung der an der Zerstörung Schuldtragenden (§ 37 Abs 1 DSchG) geschädigt sein, weil solcherart die Möglichkeit der Kenntnisnahme der Strafverfolgungsbehörden von der Tat vor Ablauf der Verjährungsfrist beeinträchtigt wird.

Sachverhalt:

Als langjährigem Bürgermeister war diesem auf Grund des Verzeichnisses im Flächenwidmungsplan dieser Gemeinde bekannt, dass die im Jahre 1793 auf einer Alm errichtete, im Eigentum einer Agrargemeinschaft stehende Kapelle unter Denkmalschutz stand, ihr Abriss daher der Bewilligung des Bundesdenkmalamts bedurfte. Als Baubehörde erster Instanz bewilligte der Bürgermeister in Stattgebung eines von einem Architekturbüro übermittelten, jedoch weder vom Bauwerber noch vom Planer unterschriebenen, erst am Vortag eingelangten Baugesuchs mit Bescheid den Abbruch der denkmalgeschützten Kapelle ohne Bewilligung des Bundesdenkmalamts und deren Neubau im unmittelbaren Nahbereich vom bisherigen Standort. Es war ihm bekannt, dass die Kapelle ohne Bewilligung des Bundesdenkmalamts bereits abgetragen und das denkmalgeschützte Objekt damit faktisch vernichtet worden war.

Das Gericht stellte fest, dass sich der Angeklagte bei dieser Bescheiderlassung wissentlich über die ihm bekannten Verfahrensvorschriften der Bauordnung hinweg setzte, wonach der Abbruch denkmalgeschützter Gebäude unzulässig ist, sofern keine rechtskräftige denkmalschutzrechtliche Bewilligung des Bundesdenkmalamts vorliegt, weshalb bei Fehlen dieser Bewilligung in einem Abbruchsgesuch dem Abbruchswerber eine Nachfrist zur Behebung dieses Mangels zu setzen und im Fall der Nichtentsprechung des damit verbundenen Auftrags zur Mängelbehebung die Abbruchsanzeige mit Bescheid zurückzuweisen ist. Bei der wissentlichen Missachtung dieser Verfahrensvorschriften hielt er es ernstlich für möglich und fand sich damit ab, dass hiedurch der Staat in seinem konkreten Recht auf Durchsetzung seiner denkmalschützerischen Intentionen, die nicht nur das Recht auf Erhaltung denkmalgeschützter Gebäude, sondern darüber hinaus (bei bereits erfolgter Zerstörung) auch die Rechte auf Geltendmachung eines Wiederherstellungsanspruchs und auf Ahndung von Zuwiderhandlungen gegen denkmalschutzrechtliche Vorschriften umfassen, geschädigt werde.

Mit dem wissentlichen Befugnismissbrauch wollte er den bereits erfolgten Abbruch des Denkmals „sanieren“, um damit den Verantwortlichen der Agrargemeinschaft und sich selbst weitere Unannehmlichkeiten zu ersparen.

Im Auftrag der Agrargemeinschaft wurde sodann einige Meter vom vormaligen Standort entfernt eine neue Kapelle in Betonbauweise errichtet. Diese war zwar nach dem Vorbild der abgerissenen gestaltet, hat jedoch „naturgemäß“ nicht mehr deren künstlerische, kulturelle oder geschichtliche Bedeutung. Vom Abbruch der denkmalgeschützten Kapelle erlangte das Bundesdenkmalamt nicht über Veranlassung des Angeklagten Kenntnis, sondern auf Grund des Ausfuhransuchens eines mit der Restaurierung des Inventars der Kapelle beauftragten, im Ausland ansässigen Restaurators.

Rechtliche Erwägungen:

Der Angeklagte hat auf Basis dieser Annahmen als Bürgermeister dieser Gemeinde, sohin als Beamter, mit dem Vorsatz, dadurch einen anderen an seinen Rechten zu schädigen, und zwar die Republik Österreich an ihrem konkreten Recht, nur jenen Abbrüchen von denkmalgeschützten Gebäuden die Genehmigung zu erteilen, hinsichtlich welcher ein ordnungsgemäß durchgeführtes Verfahren stattgefunden hat und die Bewilligung des Bundesdenkmalamts vorliegt, seine Befugnis, im Namen einer Gemeinde als deren Organ in Vollziehung der Gesetze Amtsgeschäfte vorzunehmen, wissentlich missbraucht, indem er ohne Vorliegen der erforderlichen Bewilligung des Bundesdenkmalamts eine Baubewilligung für den Abbruch und Neubau der unter Denkmalschutz gestellten Kapelle mit Bescheid erteilte.

Rechtlich hatte der Angeklagte in diesem, ein denkmalgeschütztes Gebäude betreffenden Bauverfahren als Bürgermeister, und damit als Baubehörde I. Instanz Bestimmungen des Denkmalschutzgesetzes idF BGBl I 1999/170 (im Folgenden kurz: DMSG) und der konkreten Bauordnung des Landes (im Folgenden kurz: BauO) zu beachten:

Zweck des Denkmalschutzes ist ua die Erhaltung von unbeweglichen von Menschen geschaffenen Gegenständen von geschichtlicher, künstlerischer oder sonstiger kultureller Bedeutung, soferne die Erhaltung dieser Bedeutung wegen im öffentlichen Interesse gelegen ist. Ein derartiges Interesse an der Erhaltung liegt vor, wenn es sich beim Denkmal aus überregionaler oder nur regionaler (lokaler) Sicht um Kulturgut handelt, dessen Verlust eine Beeinträchtigung des österreichischen Kulturgutbestands in seiner Gesamtsicht hinsichtlich Qualität sowie ausreichender Vielzahl, Vielfalt und Verteilung bedeuten würde. Zur Sicherung dieses Zwecks ist demgemäß jede relevante Veränderung und insbesondere die Zerstörung (das ist die faktische Vernichtung, und zwar auch dann, wenn noch einzelne Teile erhalten geblieben sind, deren Bedeutung jedoch nicht mehr derart ist, dass die Erhaltung der Reste weiter im öffentlichen Interesse gelegen wäre) eines unter Denkmalschutz stehenden Denkmals ohne Bewilligung des Bundesdenkmalamts verboten (§ 4 Abs 1 und § 5 Abs 1 DMSG). Die Bewilligung des Bundesdenkmalamts gemäß § 5 Abs 1 DMSG ist nur im Fall einer Maßnahme bei Gefahr in Verzug entbehrlich.

Wurde ein unter Denkmalschutz stehendes Denkmal ohne Bewilligung des Bundesdenkmalamts (§ 5 Abs 1 DMSG) zerstört oder verändert, steht es dennoch weiterhin (auch hinsichtlich bloßer Reste) so lange unter Denkmalschutz, bis das Bundesdenkmalamt von Amts wegen oder über Antrag bescheidmäßig feststellt, dass an der Erhaltung kein öffentliches Interesse mehr besteht. Sind von einem Denkmal nicht einmal mehr Reste vorhanden, so ist diese Tatsache des Erlöschens durch restlose Zerstörung vom Bundesdenkmalamt innerhalb von sechs Monaten, nachdem es von diesem Umstand Kenntnis erlangt hat, gleichermaßen bescheidmäßig festzustellen (§ 5 Abs 7 DMSG).

Im Fall einer widerrechtlich erfolgten Zerstörung eines Denkmals kann auf Antrag des Bundesdenkmalamts die zuständige Bezirksverwaltungsbehörde verfügen, dass der Schuldtragende auf seine Kosten den der letzten oder den schon einer früher von ihm verschuldeten widerrechtlichen Änderung oder Zerstörung unmittelbar vorausgegangenen Zustand des Denkmals, soweit dies möglich ist, wieder herzustellen hat. Diese Maßnahme kann jedoch nur dann angeordnet werden, wenn die Durchführung die Wiedergewinnung des früheren Zustands oder wenigstens der früheren Erscheinung in einer der Bedeutung des Denkmals entsprechenden, wenn auch allenfalls bedeutungs- oder umfangmäßig geminderten, aber doch schutzwürdigen Art, die die Fortdauer der Stellung unter Denkmalschutz zumindest in Form einer Teilunterschutzstellung (= § 1 Abs 8 DMSG) rechtfertigt, wiederherzustellen vermag (§ 36 Abs 1 DMSG). Schließlich ist die entgegen den Bestimmungen der § 4 Abs 1 und § 5 Abs 1 DMSG erfolgte Zerstörung eines unter Denkmalschutz gestellten Gebäudes ein gerichtlicher Straftatbestand, für den das Gesetz, sofern die Tat nicht nach einer anderen Bestimmung mit strengerer gerichtlicher Strafe bedroht ist, die Verhängung einer Geldstrafe (bis zu 360 Tagessätzen) und – für den Fall, dass die in § 36 DMSG vorgesehene Wiederherstellung nicht verfügt oder die zwar verfügte Wiederherstellung vorsätzlich trotz förmlicher Mahnung nicht vorgenommen wird – zusätz-

lich auch eine Wertersatzstrafe vorsieht. Zur Durchsetzung dieser denkmalschützerischen Intentionen erklärt die BauO den (anzeigepflichtigen) Abbruch von denkmalgeschützten Gebäuden oder Gebäudeteilen für unzulässig, sofern keine rechtskräftige denkmalschutzrechtliche Bewilligung vorliegt. Demgemäß ist der schriftlich einzubringenden Abbruchanzeige, sofern sie sich auf ein denkmalgeschütztes Gebäude bezieht, gemäß der betreffenden BauO die denkmalschutzrechtliche Bewilligung für den Abbruch anzuschließen. Fehlt diese Bewilligung, so hat die Baubehörde dem Abbruchwerber unter Setzung einer höchstens zweiwöchigen Frist die Behebung dieses Mangels aufzutragen. Wird diesem Antrag nicht entsprochen, so ist die Abbruchanzeige mit schriftlichem Bescheid zurückzuweisen. Diese Verfahrensvorschriften – deren Normadressat wohl auch der Angeklagte war – sind infolge Fehlens einer anders lautenden bezüglichen Regelung von der Behörde auch bei einem schon erfolgten (konsenslosen) Abbruch eines denkmalgeschützten Gebäudes einzuhalten, zumal das Denkmalschutzgesetz die nachträgliche Bewilligung eines bereits erfolgten Abbruchs durch das Bundesdenkmalamt ausdrücklich vorsieht (vgl § 37 Abs 6 DMSG). Letztlich hat die Baubehörde im Verfahren auch zu beachten, dass bei Gebäuden, die in der Nähe von Denkmälern errichtet werden, dem Bundesdenkmalamt im Rahmen des Bauverfahrens Gelegenheit zur Abgabe einer Stellungnahme zu geben ist. Aus den Bestimmungen des Denkmalschutzgesetzes und der Tiroler Bauordnung ergibt sich zusammenfassend, dass auch ein bereits erfolgter (ohne Zustimmung des Bundesdenkmalamts vorgenommener) Abbruch eines denkmalgeschützten Gebäudes und auch ein Neubau anstelle oder (wie hier) in unmittelbarer Nähe eines derartigen Abbruchobjekts ohne zustimmende Kenntnisnahme seitens des Bundesdenkmalamts oder Vorliegens der bescheidmäßigen Feststellung dieser Behörde, dass an der Erhaltung des Denkmals kein öffentliches Interesse mehr besteht oder der Denkmalschutz infolge restloser Zerstörung des Denkmals erloschen ist (§ 5 Abs 7 DMSG), von der Baubehörde nicht bewilligt werden darf.

6.4 Untreue des Bürgermeisters und Verletzung des Amtsgeheimnisses bei Bau eines Abwasserkanals – Ermöglichung von Bieterabsprachen durch Weitergabe der Interessentenliste

(OGH 14 Os 107/99)

Rechtssatz:

Ein Bürgermeister hat seine Aufgaben im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung der Gemeinde wie ein redlicher und verantwortungsbewusster Kaufmann zu führen und ist nicht nur verpflichtet, die einzelnen (Verwaltungs-)Akte so vorzunehmen, dass hieraus kein Schaden für die Gemeinde entsteht, sondern die gesamte Geschäftstätigkeit derart auszuüben, dass sie den größtmöglichen Nutzen für die Gemeinde hervorbringt.

Die Namen der Abholer der Ausschreibungsunterlagen unterliegen der Amtsverschwiegenheit des Bürgermeisters, weil an der Geheimhaltung der präsumtiven Bieter ein grundlegendes öffentliches Interesse besteht.

Sachverhalt:

Ein Bürgermeister, in dessen Gemeinde der Bau einer Abwasserbeseitigungsanlage ausgeschrieben wurde, übergab die Liste der Bauunternehmen, welche die Ausschreibungsunterlagen abgeholt hatten, an den Geschäftsführer eines Bauunternehmens. Dieser Bauunternehmer gelangte derart in Kenntnis der Mitbewerber und sprach sich mit diesen ab. Er legte daraufhin – in Absprache mit den Mitbietern – m ein objektiv überhöhtes Anbot. Der Bürgermeister beantragte in der Folge die Vergabe des Auftrags an dieses Unternehmen um diesen überhöhten Preis im Gemeinderat, wodurch der Marktgemeinde ein Vermögensnachteil von mehr als Euro 50.000,- zugefügt wurde. Für die Weitergabe der Interessentenliste wurde dem Bürgermeister und dessen Gattin vom Bauunternehmer eine Urlaubsreise bezahlt.

Rechtliche Erwägungen:

Der Angeklagte wandte ein, als Bürgermeister der Marktgemeinde habe er nicht über fremdes Vermögen verfügt und sei hiezu auch nicht berechtigt gewesen, weder die Weitergabe der Liste der Bauunternehmen, welche die Ausschreibungsunterlagen abgeholt haben, noch sein Vorschlag an den Gemeinderat auf Vergabe des Auftrags an das Bauunternehmen stellten daher Ausführungshandlungen zur Untreue dar. Dies wurde verworfen:

Untreue begeht, wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wissentlich missbraucht und dadurch dem anderen einen Vermögensnachteil zufügt (§ 153 StGB). Deliktssubjekt der Untreue sind ausschließlich Machthaber, das heißt natürliche Personen, die mit der Vertretungsmacht ausgestattet sind, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten. Der Machthaber muss nicht allein vertretungsbefugt sein; für die Annahme einer Vertretungsmacht genügt vielmehr eine Mitentscheidungsbefugnis.

Seine Befugnis missbraucht, wer sie im Verhältnis zum Machtgeber bestimmungswidrig ausübt oder (bestimmungsgemäß) auszuüben unterlässt, mithin als Machthaber etwas tut oder zu tun unterlässt, wozu er zwar nach seiner Vertretungsmacht nach außen hin berechtigt ist, es jedoch nach den Verpflichtungen im Innenverhältnis nicht darf und solcherart im Rahmen seines rechtlichen Könnens gegen das interne Dürfen verstößt. Dabei schließt eine auf bewusst unrichtiger oder unvollständiger Information beruhende Zustimmung des Machtgebers zu einer bestimmten Vertretungshandlung die Annahme eines Befugnismissbrauchs nicht aus. Die Tathandlung muss notwendig in einem Rechtsgeschäft oder einer sonstigen Rechtshandlung bestehen. Gefordert ist somit eine Handlung mit rechtlichem Charakter; sie mag etwa in (pflichtwidrigen) Anordnungen oder Weisungen an Untergebene oder auch in der Erschleichung der Zustimmung anderer (mit-)verfügungsberechtigter Organe bestehen.

Die Marktgemeinde ist ein selbstständiger Wirtschaftskörper und als solcher berechtigt, im Rahmen der Finanzverfassung ihren Haushalt selbstständig zu führen (§ 1

Abs 2 NÖ Gemeindeordnung 1973). Der Angeklagte war als Bürgermeister mit ihrer Vertretung nach außen betraut (§ 37 NÖ Gemeindeordnung 1973). Dabei war er verpflichtet, das Wohl seiner Gemeinde nach bestem Wissen und Gewissen zu fördern (s das Gelöbnis der Gemeinderäte, § 97 NÖ Gemeindeordnung 1973) und das Gemeindevermögen nach wirtschaftlichen Grundsätzen zu verwalten (§ 69 Abs 1 NÖ Gemeindeordnung 1973). Für seine Aufgaben im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung der Gemeinde bedeutet dies, dass er die Geschäfte wie ein redlicher und verantwortungsbewusster Kaufmann zu führen und die gesamte Geschäftstätigkeit derart auszuüben hatte, dass sie den größtmöglichen Nutzen für die Gemeinde hervorbringt.

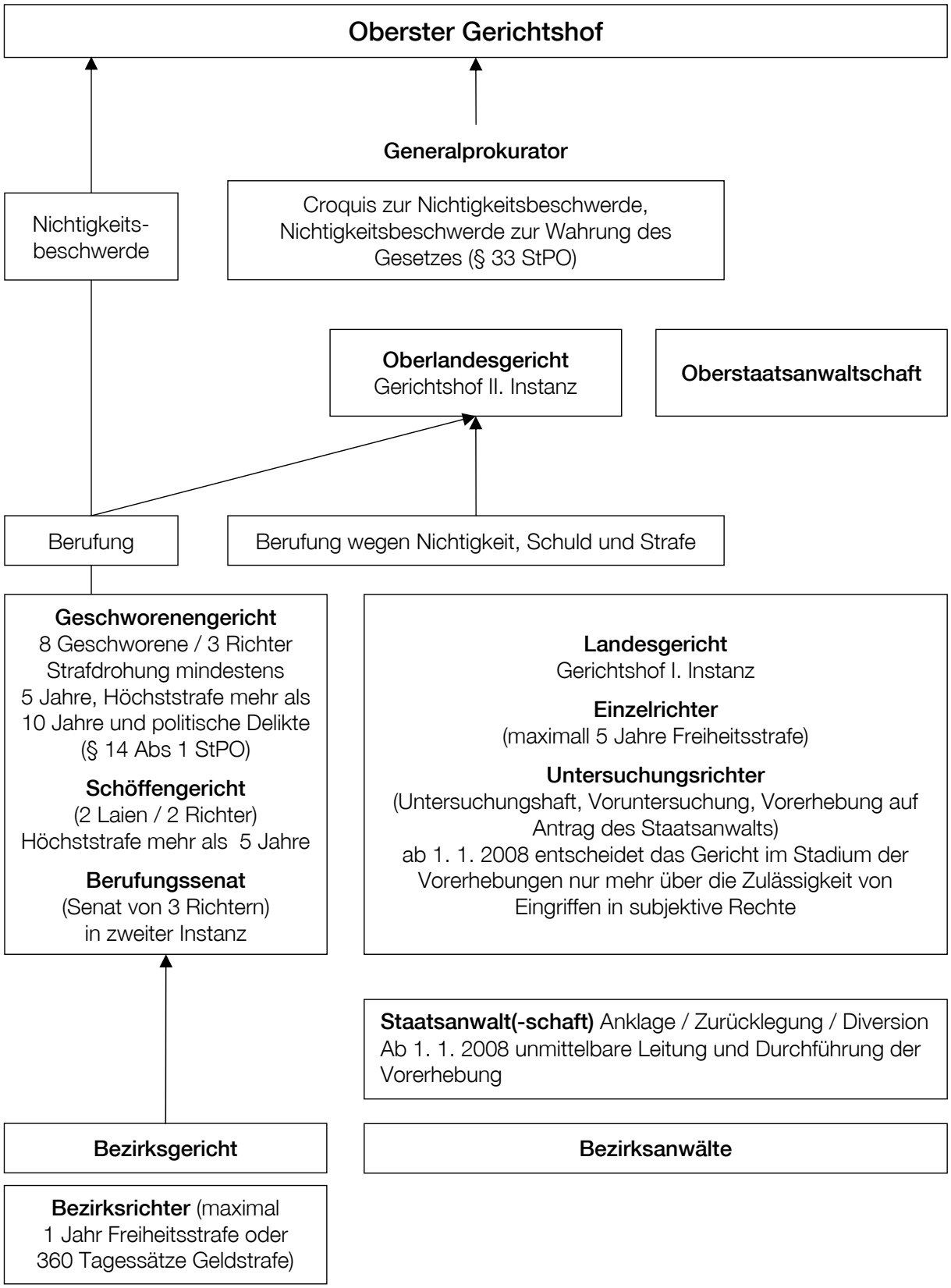
Gegen diese Pflicht hat der Angeklagte nach den Feststellungen wissentlich verstoßen, indem er zunächst in der Sitzung des Gemeinderates die Vergabe des Auftrages an das Bauunternehmen vorschlug, obwohl er zuvor dem Geschäftsführer dieses Bauunternehmens die geheim zu haltenden Namen der präsumtiven Mitbieter bekannt gegeben hatte, womit er die nachteilige Beschlussfassung über die Auftragsvergabe durch den Gemeinderat herbeiführte und schließlich auch den nach außen wirkenden Formalakt der Auftragsvergabe setzte, indem er als Vertreter der Marktgemeinde den Lieferungs- und Leistungsvertrag in Form einer Niederschrift der Auftragserteilung unterfertigte. Abgesehen davon hat er als Mitglied und Vorsitzender des Gemeinderates (§§ 26, 45 Abs 5 NÖ Gemeindeordnung 1973) an der Beschlussfassung dieses Kollegialorgans über seinen eigenen Antrag mitgewirkt. Auch diese Handlung stellt rechtlich eine Verfügung über fremdes Vermögen dar.

Als Bürgermeister war er verpflichtet, der von ihm vertretenen Gebietskörperschaft den größtmöglichen Nutzen zu verschaffen, sodass nicht ein „angemessener“ Preis maßgebend war. Der Ermittlung des größtmöglichen Nutzens diente die Ausschreibung, die der ausschreibenden Stelle die Möglichkeit verschaffen sollte, unter den verschiedenen Angeboten das günstigste auszuwählen. Indem der Bürgermeister dem betreffenden Bauunternehmen die Namen der präsumtiven Mitbieter verriet und dadurch eine Bieterabsprache ermöglichte, verhinderte er dies.

Der Angeklagte wurde weiters des Vergehens der Verletzung des Amtsgeheimnisses (§ 310 Abs 1 StGB) schuldig erkannt, weil er als Bürgermeister die Liste der Bauunternehmen, welche die Ausschreibungsunterlagen abgeholt hatten, an den Geschäftsführer eines Bauunternehmens weitergab. Denn die Namen der Abholer der Ausschreibungsunterlagen unterlagen der Amtsverschwiegenheit des Bürgermeisters, weil an der Geheimhaltung der präsumtiven Bieter ein grundlegendes öffentliches Interesse bestand. Zielsetzung des Vergaberechtes ist es, für den Bereich von Auftragsleistungen für die öffentliche Hand eine gleichmäßige Ausschreibung und Vergabe unter Beachtung der Grundsätze eines freien und lauteren (fairen) Wettbewerbs sowie der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter sicherzustellen. Die Hintanhaltung von Preisabsprachen bildet einen der Kernpunkte des Vergabeverfahrens, weshalb durch strenge Verfahrensvorschriften Preisvergleiche vor Anbotseröffnung vermieden werden sollen. Aus diesem Grund fallen auch Mitteilungen über die

Anzahl und Namen der Unternehmer, die ihr Interesse an der Teilnahme an einem offenen Verfahren – vorliegend durch Abholung der Ausschreibungsunterlagen – bekundet haben, unter die Geheimhaltungspflicht, gleich ob die ÖNormen im konkreten Fall anwendbar sind oder nicht (vgl 1.5.1.3 der ÖNorm A 2050). Die Preisgabe dieser Namen ist nämlich generell geeignet, Absprachen zu ermöglichen und damit den Wettbewerb durch Preisbildverzerrungen zu beeinträchtigen, wie es im gegebenen Fall auch geschah.

7. ANHANG


Oberster Gerichtshof
Generalprokurator
Nichtigkeits-beschwerde
Croquis zur Nichtigkeitsbeschwerde, Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes (§ 33 StPO)
Oberlandesgericht
Gerichtshof II. Instanz
Oberstaatsanwaltschaft
Berufung
Berufung wegen Nichtigkeit, Schuld und Strafe
Geschworenengericht
8 Geschworene / 3 Richter
Strafdrohung mindestens 5 Jahre, Höchststrafe mehr als 10 Jahre und politische Delikte (§ 14 Abs 1 StPO)
Schöffengericht
(2 Laien / 2 Richter)
Höchststrafe mehr als 5 Jahre
Berufungssenat
(Senat von 3 Richtern)
in zweiter Instanz
Landesgericht
Gerichtshof I. Instanz
Einzelrichter
(maximall 5 Jahre Freiheitsstrafe)
Untersuchungsrichter
(Untersuchungshaft, Voruntersuchung, Vorerhebung auf Antrag des Staatsanwalts)
ab 1. 1. 2008 entscheidet das Gericht im Stadium der Vorerhebungen nur mehr über die Zulässigkeit von Eingriffen in subjektive Rechte
Staatsanwalt(-schaft) Anklage / Zurücklegung / Diversion
Ab 1. 1. 2008 unmittelbare Leitung und Durchführung der Vorerhebung
Bezirksgericht
Bezirksanwälte
Bezirksrichter (maximal 1 Jahr Freiheitsstrafe oder 360 Tagessätze Geldstrafe)

Stichwortverzeichnis

Zahlenangaben beziehen sich auf jeweilige Kapitel.

Abwasserverband 4.6.2
Amtsgeheimnis, Verletzung 2.5; 3.4; 6.4
Amtsmissbrauch 2.
– Anstiftung zu 2.1
– Bescheid 2.5
– Duldung von Bauarbeiten 2.10
– Geschädigter 2.10
– Hoheitsverwaltung 2.5
– Schädigungsvorsatz 2.10
– Strafverfahren 5.4
– Verfahrensvorschriften 2.10
– Verordnung 2.5
Anklagezwang 5.1
Auftragsvergabe 2.5; 3.2; 6.4
– Bieterabsprache 6.4
– Interessentenliste 6.4
Ausnützen einer Amtsstellung 2.6

Beamter/Definition 2.2
– Bürgermeister 2.2
– Gemeinderat 2.2
– Gemeindesekretär 2.11
– Gemeindevorstand 2.2
– Parkraumüberwachung 2.3
– Privatpersonen 2.3
– Vertragsbedienstete 2.3
– Wahlbeisitzer 2.3
Baubewilligung 2.8;
– Bau im Grünland 2.10; 6.2
– Denkmalschutz 2.8; 6.3
– Duldung des Baues vor Bewilligung 2.10
Bauordnung 2.5; 2.8; 2.10; 6.1; 6.2
– Abbruchsanordnung 6.2
– Bauabstand 2.8
– Duldung konsenslosen Baus 2.10; 6.1
Bauverhandlung 2.8; 2.10
Bebauungsdichte 2.8; 2.10
Bestrafung der Gemeinde 4.2
Bürgermeister
– Amtsgeheimnis 6.4
– Auftragsvergabe 3.2; 6.4
– Bauordnung 2.5; 2.8; 2.10; 6.1; 6.2
– Bauverhandlung 2.8; 2.10
– Gemeinderatssitzung, Einberufung 2.7
– Genehmigung von Abrechnungen 3.2
– Pflichten 3.2; 4.6.2
– Vertretung der Gemeinde 4.3
– Zahlungsanweisung 3.2

Denkmalschutzgesetz 2.8; 6.3
Diversion 5.1

Förderungsverwaltung 2.5

Geldbehebung/Konto 3.2
Geldbuße für Gemeinde 4.6.3
– einstweilige Verfügung 4.5
Gemeinde als Unternehmen 4.1
Gemeinderatssitzung, Einberufung 2.7
Gerichte 7.
Gerichtszuständigkeit 4.5
Geschenkannahme 2.5; 3.3
Gesetzesvollziehung 2.7
Gewerbeordnung 2.5
„Guter Glaube“ 2.9

Hoheitsakt 2.7
– Vornahme 2.7
– Unterlassen 2.12

Müllabfuhr 4.6.2

Organisationsverschulden 4.6.2

Privatwirtschaftsverwaltung 2.5; 3.1
– gemeindeeigene Bauten 2.5
– Zahlung fingierter Rechnung 3.2
– Genehmigung von Bauabrechnungen 3.2
– öffentlicher Straßen 2.5

Raumordnung 6.2
Rechtsmittel 4.5; 5.2
Rechtsträger, ausgegliederte 4.6
Rechnung, fingierte 3.2

Schädigungsvorsatz 2.1; 2.10; 3.1
Staatsanwalt 4.4; 5.1; 7.
– Anklagezwang 5.1
– Diversion 5.1
– Opportunität 4.4; 5.1
Strafbarkeit der Gemeinde 4.; 4.1
Strafverfahren 4.5; 5.; 7.
– erste Instanz 5.1
– Rechtsmittelverfahren 5.2; 5.3

Subventionsgewährung 2.5

Untreue 3.
– Auftragsvergabe 6.4
– Täter 3.2
– Pflichtverletzung 3.2
Untätigkeit des Beamten 2.12

Weisung des Vorgesetzten 2.11
Wohnbauförderung 2.5

Schriftenreihe RFG
Recht und Finanzen für Gemeinden

Band 3/2003
Flotzinger/Leiss
Gemeindeabgaben im Insolvenzverfahren
IV, 32 Seiten. EUR 9,80
ISBN 978-3-214-14475-3

Band 4/2003
Becker/Jäger/Kirowitz/Suárez/Trenker
Lenkungseffekte von Abgaben auf Handymasten
54 Seiten. EUR 15,20
ISBN 978-3-214-14476-0

Band 5/2003
Hink/Mödlhammer/Platzer (Hrsg)
Auswirkungen des Regierungsprogramms auf die Gemeinden
126 Seiten. EUR 28,–
ISBN 978-3-214-14477-8

Band 1/2004
Achatz/Oberleitner
Besteuerung und Rechnungslegung der Vereine
76 Seiten. EUR 18,80
ISBN 978-3-214-14473-9

Band 2/2004
Huber/Noor/Trieb/Reifberger
Die Gemeinden und ihre straßenpolizeilichen Aufgaben
88 Seiten. EUR 21,–
ISBN 978-3-214-14474-6

Band 3/2004
Colcuc-Simek/Mader/Skala/Viehauser/Zimmerl
Herausforderung Siedlungswasserwirtschaft
80 Seiten. EUR 18,80
ISBN 978-3-214-14478-4

Band 4/2004
Kerschner/Wagner/Weiß
Umweltrecht für Gemeinden
172 Seiten. EUR 36,–
ISBN 978-3-214-14479-0

Band 5/2004
Schmied
Facility Management
64 Seiten. EUR 14,80
ISBN 978-3-214-14482-1

Band 6/2004
Österr. Gemeindebund
Katastrophenschutz – Katastrophenbewältigung
94 Seiten. EUR 22,80
ISBN 978-3-214-14481-4

Band 1/2005
Hink/Leininger-Westerburg/Rupp
E-Government – Leitfaden für Bürgermeister und Gemeindebedienstete
64 Seiten. EUR 14,80
ISBN 978-3-214-14483-8

Band 2/2005
Heiss/Dietmar Pilz
Kosten- und Leistungsrechnung der Siedlungswasserwirtschaft
Arbeitsbehelf zur Ermittlung und Zuordnung der Kosten in der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung für Gemeinden und Verbände
78 Seiten. EUR 19,80
ISBN 978-3-214-14484-5

Band 3–4/2005
Mitterbacher/Schrittwieser
Kommunales Abgabenstrafrecht
196 Seiten. EUR 38,–
ISBN 978-3-214-14487-6

Band 5/2005
Achatz/Hacker-Ostermann/Heiss/Pilz
Betriebsprüfung in der Gemeinde
95 Seiten. EUR 24,–
ISBN 978-3-214-14486-9

Band 1–2/2006
Sachs/Hahnl
Das neue Bundesvergaberecht 2006 – Leitfaden für Länder und Gemeinden
162 Seiten. EUR 36,–
ISBN 978-3-214-14485-2

Band 3/2006
Kommunalnet E-Government Solutions GmbH
Handbuch Kommunalnet
84 Seiten. EUR 19,80
ISBN 978-3-214-14488-3

Reihenübersicht / Impressum

Band 4a/2006 Mugler/Fink/Loidl Gestaltung günstiger Rahmenbedingungen für Klein- und Mittelbetriebe im ländlichen Raum 52 Seiten. EUR 13,80 ISBN 978-3-214-14489-0		Band 5/2006 Mazal (Hrsg) Zur sozialen Stellung von Gemeinde-mandataren 126 Seiten. EUR 28,80 ISBN 978-3-214-14491-3
Band 4b/2006 Österreichischer Gemeindebund (Hrsg) Zukunft ländliche Gemeinde Diskussionsbeiträge zum Österreichischen Gemeindetag 2006 108 Seiten. EUR 26,– ISBN 978-3-214-14490-6		Band 1/2007 Aicher-Hadler Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Bürgermeisters 52 Seiten. EUR 14,– ISBN 978-3-214-14480-7

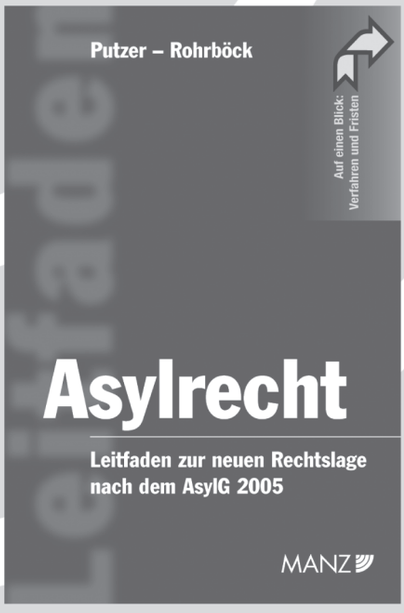
Impressum: Schriftenreihe des Österreichischen Gemeindebundes

Medieninhaber (Verleger): MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH; A-1014 Wien, Kohlmarkt 16. FN 124 181 w, HG Wien. **Gesellschafter, deren Anteil 25% übersteigt:** Manz Gesellschaft m.b.H., Wien, Beteiligung an Unternehmen und Gesellschaften aller Art und Wolters Kluwer International Holding B.V. Amsterdam, Beteiligung an Unternehmen. **Verlagsadresse:** A-1015 Wien, Johannesgasse 23 (verlag@manz.at). **Geschäftsführung:** Mag. Susanne Stein-Dichtl (Vorsitz)
Verlagsleitung: Prokurist Dr. Wolfgang Pichler. **Herausgeber:** Vortr. HR Dr. Robert Hink, GDir. Dr. Reinhard Platzer. **Schriftleitung und Redaktion:** Univ.-Prof. Dr. Markus Achatz, Mag. Dr. Raimund Heiss, LAbg. Bgm. Mag. Alfred Riedl, Mag. Dr. Peter Pilz
mailto: oesterreichischer@gemeindebund.gv.at; www.gemeindebund.at;
office@noegbg.at; kommunal@kommunalkredit.at; www.kommunalkredit.at;
Hersteller: Novographic Druck G.m.b.H., 1230 Wien.

ISBN 978-3-214-14480-7

Wien, Januar 2007

Aufenthalt oder Ausweisung?
Lesen Sie, was Recht ist.



2007. XX, 294 Seiten.
Br. EUR 49,–
ISBN 978-3-214-00089-9

Putzer/Rohrböck
Asylrecht

In 13 Kapiteln behandelt der vorliegende Leitfaden systematisch **alle Fragen des Asylrechts** – mit folgenden Schwerpunkten:

- Erläuterung der seit dem AsylG 2005 neuen Rechtslage
- wegweisende Judikatur von VfGH, VwGH und EGMR
- Positionen des UNHCR
- präzise Entflechtung von Völkerrecht, Europarecht und österreichischem Asylgesetz

www.manz.at

Besuchen Sie unsere Fachbuchhandlung für Recht, Steuer, Wirtschaft! MANZ

E-Mail: bestellen@manz.at • Tel.: 01/531 61-100 • Fax: 01/531 61-455
MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Kohlmarkt 16, 1014 Wien FN 124 181w • HG Wien

RFG 1-07 U1+4 07.02.2007 10:35 Uhr Seite 1

P.b.b. Verlagspostamt 1010 Wien
Erscheinungsort Wien
03Z035091M

Neuauflage!
Stand 1. 1. 2007

2007. LVI, 686 Seiten.
Geb. EUR 74,–
ISBN 978-3-214-02276-1

Kinscher
Gewerbeordnung
MANZ Taschenkommentar, 13. Auflage

„Pflichtlektüre für Behörden, Rechtsvertreter, Interessenverbände“
(SN, Der Staatsbürger zur Vorauflage)

Die neue 13. Auflage enthält:
- GewO: in der aktuellen Fassung BGBl I 2006/161 (BilanzbuchhaltungsG)
- Anmerkungen: erläutern und verweisen
- grundlegende Judikatur
- Spiegel der Gewerbe: Rechtsgrundlagen und Einreihung aller Gewerbe
- akribisch geführtes Stichwortverzeichnis

www.manz.at

Besuchen Sie unsere Fachbuchhandlung für Recht, Steuer, Wirtschaft! MANZ

E-Mail: bestellen@manz.at • Tel.: 01/531 61-100 • Fax: 01/531 61-455
MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Kohlmarkt 16, 1014 Wien FN 124 181w • HG Wien