

RECHT & RFG FINANZEN FÜR GEMEINDEN

Mit
Sachregister
2003 – 2019!

Herausgeber **Walter Leiss**
Schriftleitung und Redaktion **Markus Achatz, Peter Pilz**
Redaktion **Christoph Grabenwarter, Ferdinand Kerschner, Katharina Pabel,
Alfred Riedl, Ursula Stingl-Lösch**

September 2020

03

109 – 168

Schwerpunkt

Haftung von Gemeindeorganen

Gemeinden und „Public Relations“

Nicolas Raschauer und Marco Dworschak ➔ 112

Die Kommunalverwaltung als juristisches Himmelfahrtskommando

Dieter Neger ➔ 119

Übersicht

Steuer-Radar ➔ 125

Beiträge

Raumordnungs- und abgabenrechtliche Vorschriften für Freizeitwohnsitze

Luca Hautz und Andreas Wimmer ➔ 145

Verwendung von Gemeinde-Bedarfszuweisungsmitteln

Gerhard Baumgartner ➔ 128

Home-Office als Betriebsstätte *Peter Mühlberger* ➔ 136

Update Nachbarrecht – Entscheidungen 2018/2019

Erika Wagner ➔ 151

Bilanzierung von Rückdeckungsversicherungen

Alexander Herbst und Veronika Meszarits ➔ 160

Die Kommunalverwaltung als juristisches Himmelfahrtskommando

Haftungen durch Gemeindeorgane – zivilrechtliche, straf- und verwaltungsrechtliche Herausforderungen.

Von Dieter Neger

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Hoheitsverwaltung – Privatwirtschaftsverwaltung
- C. Haftungen
 - 1. Zivilrechtliche Haftung im Rahmen der Hoheitsverwaltung
- D. Zivilrechtliche Haftung im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung
 - 1. Haftung nach § 1319a Abs 3 ABGB („Wegehalterhaftung“)
 - 2. Regressanspruch der Gemeinde nach dem DHG
 - 3. Falsus procurator-Haftung
 - 4. Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern
- E. Strafrechtliche Haftung im Rahmen der Hoheitsverwaltung
 - 1. Missbrauch der Amtsgewalt
 - 2. Falsche Beurkundung und Beglaubigung im Amt
 - 3. §§ 304 ff StGB „Korruptionsstrafrecht“
- F. Strafrechtliche Haftung im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung
- G. Verwaltung und Verfassung
- H. Schlussbemerkungen

A. Einleitung

Die Ausübung der Aufgaben und der Funktionen von Gemeindeorganen (Bürgermeister, Gemeinderäte, Gemeindemitarbeiter) wird – va auch aus juristischer Perspektive – immer herausfordernder. Die dabei gesetz-

ten Handlungen und getroffenen Entscheidungen (aber auch deren Unterlassen) sind mit potentiellen zivilrechtlichen, straf- und verwaltungsrechtlichen (uU auch verfassungsrechtlichen) Herausforderungen und Haftungen verbunden.

B. Hoheitsverwaltung – Privatwirtschaftsverwaltung

Hinsichtlich der Anforderungen an Gemeindeorgane, aber auch in Bezug auf die Rechtsfolgen und Sanktionen, ist es entscheidend, ob das Verhalten eines Gemeindeorgans der Hoheitsverwaltung oder der Privatwirtschaftsverwaltung zuzuordnen ist. Daraus leiten sich unterschiedliche Rechtsnormen, Folgen und Haftungsregime ab. Die Unterscheidung zwischen Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung ist immer wieder Gegenstand juristischer Diskussionen. Die grundsätzlichen Charakteristika eines jeden Bereichs sind jedoch einhellig anerkannt.

Ein Gemeindeorgan wird im Rahmen der **Hoheitsverwaltung** tätig, wenn es mit Hoheitsgewalt ausgestattet ist und in Ausübung hoheitlicher Befugnisse gegenüber dem Bürger auftritt. In diesem Fall ist zwischen Staat und Bürger ein Über- und Unterordnungsverhältnis („**Imperium**“) gegeben.¹⁾

Als Vertreter der juristischen Person Gemeinde und damit gleichzeitig als Vertreter des Staates handeln Gemeindeorgane dann im Rahmen der **Privatwirtschaftsverwaltung**, wenn sie sich der **Instrumente**

RFG 2020/24

AHG;
OrgHG;
DHG;
ABGB;
StGB

Hoheits-
verwaltung;
Privatwirtschafts-
verwaltung;
Amtshaftung;
Organhaftung;
Dienstnehmer-
haftung

1) OGH 17 Os 34/15 a ua; RS0130809.

des Privatrechts bedienen und dadurch dem Bürger – rechtlich gesehen – gleichrangig gegenüberstehen.²⁾

C. Haftungen

1. Zivilrechtliche Haftung im Rahmen der Hoheitsverwaltung

Handelt ein Organ im Rahmen der Hoheitsverwaltung, so kommt eine Haftung nach dem **Amtshaftungsgesetz** (AHG) in Frage. Das AHG stellt nämlich ua auf Personen ab, die als Organe einer Gemeinde in Vollziehung der Gesetze (Gerichtbarkeit oder Hoheitsverwaltung) tätig werden (vgl zum Organbegriff § 1 Abs 2 AHG).

Der Anspruch auf Schadenersatz des Geschädigten richtet sich nicht gegen das Organ, welches die schädigende Handlung zu verantworten hat, sondern nach § 1 Abs 1 AHG gegen die Körperschaft des öffentlichen Rechts, in dem hier diskutierten Fall also die Gemeinde. Die Gemeinde kann sich jedoch, wenn dieses Organ vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat, am Organ regressieren.

Bei der Bestimmung, ob ein Organ **vorsätzlich** oder **grob fahrlässig** gehandelt hat, ist auf die Dogmatik des allgemeinen Schadenersatzrechts, die sich in Hinblick auf §§ 1293 ff ABGB entwickelt hat, zurückzugreifen. Insb ist dabei der Sorgfaltsmaßstab, wie er sich aus § 1299 ABGB („Sachverständigenhaftung“) ableitet, zu beachten.³⁾

Selbst für den Fall, dass das Organ grob fahrlässig gehandelt hat, steht es dem Zivilgericht zu, aus Billigkeitserwägungen den Rückersatz zu mäßigen. Dies ergibt sich aus § 3 Abs 2 AHG, welcher wiederum auf § 2 Abs 2 DHG verweist. Eine solche Mäßigung kommt bei vorsätzlichem Handeln des Organs nicht in Frage.

Demgegenüber regelt das **Organhaftpflichtgesetz** (OrgHG) die Haftung des Organwalters für einen Schaden, den dieser dem Rechtsträger unmittelbar in Vollziehung der Gesetze rechtswidrig und schuldhaft zugefügt hat. In diesem Fall gibt es somit keinen geschädigten Dritten. Die verfassungsrechtliche Grundlage dafür bildet Art 23 Abs 3 B-VG.⁴⁾

Die Voraussetzung der Haftung nach dem OrgHG, wie etwa die funktionelle Zurechnung des Organhandelns oder auch die Haftung für hoheitliches Handeln, entsprechen jenen des AHG. Nach dem OrgHG ist jedoch zu beachten, dass für den Fall, dass eine bloß „entschuldbare Fehlleistung“ im Sinne besonders leichter Fahrlässigkeit des Organs vorliegt, eine Haftung des Organs nach § 2 Abs 2 leg cit gänzlich ausgeschlossen ist. Dasselbe gilt für den Fall, dass der Organwaller auf Weisung eines Vorgesetzten gehandelt hat.⁵⁾

D. Zivilrechtliche Haftung im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung

Vielfältiger ist das Haftungsregime, wenn ein Organ der Gemeinde im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung handelt. Neben dem allgemeinen Schadenersatzrecht nach §§ 1293 ff ABGB kommen im Speziellen eine Haftung nach § 1319 a ABGB, ein Regressanspruch der Gemeinde nach dem Dienstnehmerhaftpflichtgesetz (DHG), eine etwaige falsus-procurator-

Haftung sowie eine Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern in Frage.⁶⁾ Diese speziellen Haftungsregime sollen im Folgenden kurz dargestellt werden.

Zu beachten ist, dass die Gemeindeorgane selbst dann, wenn sie im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung tätig werden, hinsichtlich ihrer Verpflichtungen nicht gänzlich mit Privaten gleichgestellt sind. Auch im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung sind Gemeindeorgane nämlich an die Grundrechte gebunden. Man spricht in diesem Zusammenhang von der „**Fiskalgeltung der Grundrechte**“. Dies lässt sich mit der faktischen Übermacht des Staates und seiner Vertreter begründen, die selbst dann besteht, wenn sie dem Bürger rechtlich gleichrangig gegenüberstehen.⁷⁾

1. Haftung nach § 1319 a Abs 3 ABGB („Wegehalterhaftung“)⁸⁾

§ 1319 a ABGB regelt die sogenannte Wegehalterhaftung bei schlechtem Zustand eines Weges. Dabei handelt es sich nach der stRsp um eine Ausprägung der Deliktshaftung.⁹⁾

§ 1319 a ABGB weist die Besonderheit auf, dass der Wegehalter nur dann haftet, wenn er oder seine Leute den Mangel vorsätzlich oder grobfahrlässig verschuldet haben (§ 1319 a Abs 1 ABGB). Die Haftung ist somit gegenüber dem allgemeinen Haftungsregime des ABGB eingeschränkt, weil es sich um eine dem Wegehalter auferlegte Pflicht handelt, ohne dass dieser am Weg ein eigenes Interesse hat.¹⁰⁾

Für die Gemeinde bzw ihre Organe ist § 1319 a ABGB deshalb von besonderer Bedeutung, da der Bau und die Erhaltung von **Straßen der Privatwirtschaftsverwaltung** zuzurechnen sind und die Gemeinde daher Halterin von gemeindeeigenen Straßen, Güterwegen sowie von Verkehrsflächen ist.¹¹⁾

Die persönliche Haftung des Gemeindeorgans als „Leute“ der Gemeinde richtet sich nach § 1319 a Abs 3 ABGB. Auch diese haften nur, wenn sie vorsätzlich oder grob fahrlässig den mangelhaften Zustand verursacht haben. Es ist somit zumindest eine **auffallende Sorglosigkeit** seitens der Gemeinde bzw ihrer Leute notwendig. Liegt diese allerdings vor, so kann der Geschädigte – anders als nach dem AHG – sowohl die Gemeinde als auch die Gemeindeorgane in Anspruch nehmen.¹²⁾

2) VwSlg 18446 A/2012.

3) Vgl *Ziehensack* in *Ziehensack* (Hrsg), Amtshaftungsgesetz (2011) § 3 AHG. Siehe auch OGH 4. 4. 2006, 1 Ob 51/06s.

4) *Kahl/Weber*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁷ (2019) Rz 577.

5) *Kahl/Weber*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁷ (2019) Rz 578.

6) Vgl dazu bereits *Haberl*, Zivilrechtliche Haftung von Gemeindeorganen und Gemeindebediensteten, in *Stainer-Hämmerle/Oppitz* (Hrsg), Handbuch Gemeindepolitik 2013, 173.

7) *Weber*, Der Staat im Schafspelz der Privatwirtschaftsverwaltung 2.

8) Vgl dazu *Gallent*, Über die Haftung der Gemeinden für den Zustand von Wegen, GdZ 1979, 70; *Gaisbauer*, Zur Haftung der Gemeinde für Verletzung der Streupflicht durch die Straßenmeisterei, GdZ 1983, 24.

9) 1 Ob 529/94; 8 Ob 164/00a; 5 Ob 111/01 m.

10) *Huber* in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁴ (2017) § 1319 a ABGB Rz 1.

11) *Haberl*, Zivilrechtliche Haftung von Gemeindeorganen und Gemeindebediensteten 173.

12) *Haberl*, Zivilrechtliche Haftung von Gemeindeorganen und Gemeindebediensteten 174.

2. Regressanspruch der Gemeinde nach dem DHG

Neben dieser speziellen Pflicht der Gemeinde nach § 1319 a ABGB besteht eine weitere allgemeine Verpflichtung, für ihre Gemeindeorgane einzustehen, sofern diese – im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung – in Erfüllung ihrer Dienstpflicht einen Dritten schädigen. In diesem Fall ist ein Regress der Gemeinde am Gemeindeorgan möglich.

Rechtsgrundlage dafür ist nach der Rechtsprechung das Dienstnehmerhaftpflichtgesetz (DHG). Voraussetzung für das Regressieren durch die Gemeinde ist, dass das Gemeindeorgan **zumindest fahrlässig** gehandelt hat. Das Vorliegen einer entschuldbaren Fehlleistung ist nicht ausreichend; insofern besteht eine Parallele zum Regime des OrgHG. Auch zu berücksichtigen ist dabei, dass der Gemeinde als juristische Person ein Mitverschulden zukommen kann.¹³⁾

3. Falsus procurator-Haftung

Gemeindeorgane schließen für die Gemeinde auch Rechtsgeschäfte, da die Gemeinde eine juristische Person ist und damit zwar rechtsfähig, aber nicht handlungsfähig ist. Das wichtigste Rechtsgeschäft ist dabei der **Vertrag**, der für die Gemeinde durch ein Gemeindeorgan abgeschlossen wird. Nachdem der Vertrag ein Mittel des Privatrechts ist, liegt ein solcher Vertragsabschluss im Rahmen der **Privatwirtschaftsverwaltung**.

Zu einer Haftung des abschließenden Gemeindeorgans kann es dann kommen, wenn dieses nicht (ausreichend) vertretungsbefugt ist. In diesem Fall stellt das Gemeindeorgan einen sog. „falsus procurator“ dar. Die zivilrechtliche Grundlage in diesem Zusammenhang bildet § 867 ABGB. Gegebenenfalls kann es hier zu einer Minderung des Schadenersatzanspruchs des Geschädigten gegenüber dem Gemeindeorgan kommen, wenn der Geschäftspartner den Mangel an der Vertretungsbefugnis hätte herausfinden können. Ihn trifft in diesem Fall nämlich ein Mitverschulden.

Beispiel

Ein Beispiel aus der Judikatur¹⁴⁾ betrifft die vertraglich zugesagte **Widmung eines Grundstücks**. Hier hat der VfGH ausgesprochen, dass diese durch Einbringung einer Klage bei den Zivilgerichten nicht erzwungen werden kann, weil Hoheitsakte (um einen solchen handelt es sich bei der Widmung) nicht Gegenstand privatrechtlicher Leistungspflichten sein können. Für den Schadenersatzanspruch des Geschädigten ergibt sich daraus, dass für den Fall, dass das „Gemeindeorgan“ (§ 867 ABGB) den Grundeigentümer nicht ausreichend über die Möglichkeit bzw rechtliche Zulässigkeit einer (künftigen) Baulandwidmung informiert und dieser auf eine objektiv unrichtige Zusage vertraut, immerhin Ersatzansprüche wegen Verletzung von vertraglichen oder vorvertraglichen Aufklärungspflichten geltend gemacht werden können. Ein Anspruch auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens steht zu, wenn die Gemeinde als Verkäuferin oder Bestandgeberin eines Grundstücks dessen Bebaubarkeit garantiert hat.¹⁵⁾

4. Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern

Eine weitere Haftungskonstellation ergibt sich daraus, dass die Gemeinde aus Kosten- und Effizienzgründen die Erfüllung einzelner Aufgaben an einen selbstständigen Rechtsträger des Privatrechts, wie etwa eine GmbH, auslagert.¹⁶⁾ Dabei hält die Gemeinde vielfach 100% der Beteiligungen oder zumindest eine Mehrheitsbeteiligung. Darüber hinausgehend werden oft Gemeindeorgane wie der Bürgermeister in den Aufsichtsrat entsendet.

Die Qualifikation von Gemeindeorganen als Aufsichtsratsmitglieder hat zur Konsequenz, dass diese der Gesellschaft (oft ist das eine GmbH) gegenüber im Fall eines Verstoßes gegen ihre gesellschaftsrechtlichen Pflichten haften. Die Rechtsgrundlage dafür bietet § 33 **GmbHG**. Als Sorgfaltsmaßstab gilt die Sorgfalt eines **ordentlichen Aufsichtsratsmitglieds** bei Erfüllung dessen Aufgaben (vgl dazu § 25 GmbHG; § 99 iVm § 84 AktG).

E. Strafrechtliche Haftung im Rahmen der Hoheitsverwaltung

Im Rahmen der Hoheitsverwaltung sind erfahrungsgemäß in erster Linie die Straftatbestände des Missbrauchs der Amtsgewalt „Amtsmissbrauch“ (§ 302 StGB) und der Falschbeurkundung (§ 311 leg cit) – aktuell iZm der Bundespräsidentenwahl – aber auch der §§ 304 ff leg cit (Korruption im eigentlichen Sinn) relevant.

1. Missbrauch der Amtsgewalt

§ 302 StGB lautet wie folgt:

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 Rechts als deren Organ in Vollziehung der Gesetze Amtsgeschäfte vorzunehmen, wissentlich missbraucht, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

Wer die Tat bei der Führung eines Amtsgeschäfts mit einer fremden Macht oder einer über- oder zwischenstaatlichen Einrichtung begeht, ist mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen. Ebenso ist zu bestrafen, wer durch die Tat einen 50.000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt.

Voraussetzung für die Verwirklichung des § 302 StGB ist, dass ein Beamter mit Schädigungsabsicht seine hoheitliche Befugnis wissentlich missbraucht. Was unter einem **Beamten** in diesem Kontext zu verstehen ist, ergibt sich aus § 74 Abs 1 Z 4 StGB: Ein Beamter ist

13) OGH 1. 4. 1998, 9 ObA 320/97 t.

14) VfGH 13. 10. 1999, G 77/99–16, V 29/99–16.

15) *Kleewein*, Konsequenzen aus dem Erkenntnis des VfGH zur Salzburger Vertragsraumordnung, JBl 2000, 562.

16) Vgl zu diesem Themenkomplex näher *Cuber/Kopp-Helweh*, Kommunales Beteiligungsmanagement (2019).

demnach „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“. Ein Gemeindeorgan ist somit als Beamter iSd § 302 StGB zu qualifizieren. Amtsmissbrauch kann durch aktives Tun, aber auch durch Unterlassen oder in Mit-, Bestimmungs- und Beitragstäterschaft realisiert werden.

2. Falsche Beurkundung und Beglaubigung im Amt

§ 311 StGB lautet wie folgt:

Ein Beamter, der in einer öffentlichen Urkunde, deren Ausstellung in den Bereich seines Amtes fällt, ein Recht, ein Rechtsverhältnis oder eine Tatsache fälschlich beurkundet oder der an einer Sache ein öffentliches Beglaubigungszeichen, dessen Anbringung in den Bereich seines Amtes fällt, fälschlich anbringt, ist, wenn er mit dem Vorsatz handelt, dass die Urkunde im Rechtsverkehr zum Beweis des Rechtes, des Rechtsverhältnisses oder der Tatsache gebraucht oder die Sache im Rechtsverkehr gebraucht werde, wenn die Tat nicht nach § 302 mit Strafe bedroht ist, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.

Besondere strafrechtliche Relevanz erfuhr dieser Straftatbestand im Rahmen der den beiden Bundespräsidentenwahlen 2016 folgenden Strafverfahren. In diesen wurde verschiedenen Wahlbehörden zur Last gelegt, Falschbeurkundungen – in langer Vollziehungstradition – zu verantworten zu haben.¹⁷⁾

3. §§ 304 ff StGB „Korruptionsstrafrecht“

Die §§ 304 bis 309 StGB lauten wie folgt:

§ 304 Bestechlichkeit

(1) Ein Amtsträger oder Schiedsrichter, der für die pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts einen Vorteil für sich oder einen Dritten fordert, annimmt oder sich versprechen lässt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen. Ebenso ist zu bestrafen, wer als von einem Gericht oder einer anderen Behörde für ein bestimmtes Verfahren bestellter Sachverständiger für die Erstattung eines unrichtigen Befunds oder Gutachtens einen Vorteil für sich oder einen Dritten fordert, annimmt oder sich versprechen lässt.

(2) Wer die Tat in Bezug auf einen 3.000 Euro übersteigenden Wert des Vorteils begeht, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen, wer jedoch die Tat in Bezug auf einen

50.000 Euro übersteigenden Wert des Vorteils begeht, ist mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen.

(3) Wer ausschließlich nach § 74 Abs 1 Z 4 a lt b letzte Alternative Amtsträger ist, ist nach dieser Bestimmung strafbar, wenn er mit dem Vorsatz handelt, dass durch die Vornahme oder Unterlassung des Amtsgeschäfts die finanziellen Interessen der Union geschädigt oder wahrscheinlich geschädigt werden.

§ 305 Vorteilsannahme

(1) Ein Amtsträger oder Schiedsrichter, der für die pflichtgemäße Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts für sich oder einen Dritten einen Vorteil fordert oder einen ungebührlichen Vorteil (Abs 4) annimmt oder sich versprechen lässt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.

(Anm: Abs 2 aufgehoben durch BGBl I 2012/61)

(3) Wer die Tat in Bezug auf einen 3.000 Euro übersteigenden Wert des Vorteils begeht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen, wer jedoch die Tat in Bezug auf einen 50.000 Euro übersteigenden Wert des Vorteils begeht, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

(4) Keine ungebührlichen Vorteile sind

1. Vorteile, deren Annahme gesetzlich erlaubt ist, oder die im Rahmen von Veranstaltungen gewährt werden, an deren Teilnahme ein amtlich oder sachlich gerechtfertigtes Interesse besteht,
2. Vorteile für gemeinnützige Zwecke (§ 35 BAO), auf deren Verwendung der Amtsträger oder Schiedsrichter keinen bestimmenden Einfluss ausübt, sowie
3. in Ermangelung von Erlaubnisnormen im Sinne der Z 1 orts- oder landesübliche Aufmerksamkeiten geringen Werts, es sei denn, dass die Tat gewerbsmäßig begangen wird.

(5) § 304 Abs 3 gilt sinngemäß.

§ 306 Vorteilsannahme zur Beeinflussung

(1) Ein Amtsträger oder Schiedsrichter, der außer in den Fällen der §§ 304 und 305 mit dem Vorsatz, sich dadurch in seiner Tätigkeit als Amtsträger beeinflussen zu lassen, für sich oder einen Dritten einen Vorteil fordert oder einen ungebührlichen Vorteil (§ 305 Abs 4) annimmt oder sich versprechen lässt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.

(2) Wer die Tat in Bezug auf einen 3.000 Euro übersteigenden Wert des Vorteils begeht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren, wer die Tat in Bezug auf einen 50.000 Euro übersteigenden Wert des

17) APA, Staatsanwaltschaft hat Ermittlungen zur Hofburg-Wahl abgeschlossen, Standard 5.3.2018, www.derstandard.at/story/2000075498170/staatsanwaltschaft-hat-ermittlungen-zur-hofburg-wahl-abgeschlossen; *Rossacher*, Hofburgkrimi: Ermittlungen gegen Steirer abgeschlossen, Kleine Zeitung 11.5.2018, www.kleinezeitung.at/steiermark/5424719/Politik-intern_Hofburgkrimi_Ermittlungen-gegen-Steirer-abgeschlossen (Stand 31.3.2020).

Vorteils begeht, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

(3) Wer lediglich einen geringfügigen Vorteil annimmt oder sich versprechen lässt, ist nach Abs 1 nicht zu bestrafen, es sei denn, dass die Tat gewerbsmäßig begangen wird.

§ 307 Bestechung

(1) Wer einem Amtsträger oder Schiedsrichter für die pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts einen Vorteil für ihn oder einen Dritten anbietet, verspricht oder gewährt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen. Ebenso ist zu bestrafen, wer einem Sachverständigen (§ 304 Abs 1) für die Erstattung eines unrichtigen Befundes oder Gutachtens einen Vorteil für ihn oder einen Dritten anbietet, verspricht oder gewährt.

(2) Wer die Tat in Bezug auf einen 3.000 Euro übersteigenden Wert des Vorteils begeht, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen, wer jedoch die Tat in Bezug auf einen 50.000 Euro übersteigenden Wert des Vorteils begeht, ist mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen.

(3) Wer die Tat in Bezug auf eine Person begeht, die ausschließlich nach § 74 Abs 1 Z 4 a lit b letzte Alternative Amtsträger ist, ist nach dieser Bestimmung strafbar, wenn er mit dem Vorsatz handelt, dass durch die Vornahme oder Unterlassung des Amtsgeschäfts die finanziellen Interessen der Union geschädigt oder wahrscheinlich geschädigt werden.

§ 307 a Vorteilszuwendung

(1) Wer einem Amtsträger oder Schiedsrichter für die pflichtgemäße Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts einen ungebührlichen Vorteil (§ 305 Abs 4) für ihn oder einen Dritten anbietet, verspricht oder gewährt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.

(2) Wer die Tat in Bezug auf einen 3.000 Euro übersteigenden Wert des Vorteils begeht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen, wer jedoch die Tat in Bezug auf einen 50.000 Euro übersteigenden Wert des Vorteils begeht, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

(3) § 307 Abs 3 gilt sinngemäß.

§ 307 b Vorteilszuwendung zur Beeinflussung

(1) Wer außer in den Fällen der §§ 307 und 307 a einem Amtsträger oder Schiedsrichter einen ungebührlichen Vorteil (§ 305 Abs 4) für ihn oder einen Dritten mit dem Vorsatz anbietet, verspricht oder gewährt, ihn dadurch in seiner Tätigkeit als Amtsträger zu beeinflussen, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.

(2) Wer die Tat in Bezug auf einen 3.000 Euro übersteigenden Wert des Vorteils begeht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen; wer jedoch die Tat in Bezug auf einen 50.000 Euro übersteigenden Wert des Vorteils begeht, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

§ 308 Verbotene Intervention

(1) Wer für sich oder einen Dritten dafür einen Vorteil fordert, annimmt oder sich versprechen lässt, dass er einen ungebührlichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung eines Amtsträgers oder eines Schiedsrichters nehme, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.

(2) Ebenso ist zu bestrafen, wer einem anderen dafür einen Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt, dass dieser einen ungebührlichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung eines Amtsträgers oder eines Schiedsrichters nehme.

(3) Wer die Tat in Bezug auf einen 3.000 Euro übersteigenden Wert des Vorteils begeht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen. Wer die Tat in Bezug auf einen 50.000 Euro übersteigenden Wert des Vorteils begeht, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

(4) Eine Einflussnahme auf die Entscheidungsfindung eines Amtsträgers oder Schiedsrichters ist dann ungebührlich, wenn sie auf die pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts abzielt oder mit dem Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines ungebührlichen Vorteils (§ 305 Abs 4) für den Amtsträger oder für ihn an einen Dritten verbunden ist.

(5) Der Täter ist nicht nach den vorstehenden Absätzen zu bestrafen, wenn die Tat nach einer anderen Bestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist.

§ 309 Geschenkkannahme und Bestechung von Bediensteten oder Beauftragten

(1) Ein Bediensteter oder Beauftragter eines Unternehmens, der im geschäftlichen Verkehr für die pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung einer Rechtshandlung von einem anderen für sich oder einen Dritten einen Vorteil fordert, annimmt oder sich versprechen lässt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.

(2) Ebenso ist zu bestrafen, wer einem Bediensteten oder Beauftragten eines Unternehmens im geschäftlichen Verkehr für die pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung einer Rechtshandlung für ihn oder einen Dritten einen Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt.

(3) Wer die Tat in Bezug auf einen 3.000 Euro übersteigenden Vorteil begeht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren, übersteigt der Vorteil jedoch 50.000 Euro mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

All diese Straftatbestände, die in der letzten Dekade in das österr Strafrecht Eingang gefunden haben, zeigen eine deutlich verstärkte Sensibilität in Bezug auf die Vorgehensweisen der „öffentlichen Hand“ und damit – auch – der Kommunalverwaltung, Kommunalpolitik und der dort handelnden Personen.

Die hier dargestellten Straftatbestände weisen sowohl **Aktiv- als auch Passivtäterschaft** auf. Damit können die Delikte durch Gemeindeorgane teils nur in Form einer Beteiligung oder Bestimmung begangen werden. Dennoch drängt sich hier eine gesamthafte

Abbildung aller diesbezüglicher Straftatbestände auf, da diese – ihrem Ziel nach – eine Einheit bilden.

Die §§ 304 bis 306 StGB stellen auf **Amtsträger** als Deliktssubjekt ab. Was unter einem Amtsträger zu verstehen ist, ist näher in § 74 Abs 1 Z 4 a StGB geregelt; der Begriff ist somit gesetzlich definiert.¹⁸⁾

Die tatbestandsübergreifend gemeinsamen Merkmale der passiven Bestechungsdelikte sind die Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts, der Vorteil, die Begehungsweise (fordern, annahmen oder sich versprechen lassen) sowie der Konnex zwischen Vorteil und Amtsgeschäft.¹⁹⁾

Hinsichtlich der inneren Tatseite ist darauf hinzuweisen, dass **bedingter Vorsatz** für die Verwirklichung der Delikte ausreicht. Ob die Amtsführung (Ausführung der Amtsgeschäfte) letztlich tatsächlich erfolgt oder nicht, ist unerheblich für die Strafbarkeit.²⁰⁾

Die §§ 307–307 b StGB stellen die aktive Bestechung unter Strafe und betreffen somit die Geberseite. Sie korrespondieren mit den §§ 304–306 StGB, die die passive Bestechung verbieten und folglich die Nehmerseite betreffen. Anders als bei §§ 304–306 StGB kann **jedermann** unmittelbarer Täter sämtlicher Varianten der aktiven Bestechung sein.²¹⁾

Der § 308 StGB regelt die verbotene Intervention. Begangen werden kann die Tat nach Abs 1 von einer Person, die vorgibt, für einen Vorteil einen ungebührlichen Einfluss auf eine Entscheidungsfindung des Amtsträgers oder Schiedsrichters zu nehmen. Demgegenüber kann nach Abs 2 **jedermann** Täter sein. Zur Verwirklichung des § 308 StGB ist wiederum bedingter Vorsatz ausreichend.²²⁾

Letztlich verbietet § 309 StGB die Geschenkannahme (Abs 1) und die Bestechung (Abs 2) von Bediensteten oder Beauftragten. Es handelt sich dabei **nicht mehr** um ein **Privatanklagedelikt**, sondern um ein von Amts wegen zu verfolgendes. Geschützt werden soll dadurch die unbeeinflusste Aufgabenerfüllung.²³⁾

F. Strafrechtliche Haftung im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung

Im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung scheint vorrangig der Straftatbestand der **Untreue** relevant. Rechtsgrundlage ist hier § 153 StGB. Dieser lautet wie folgt:

(1) Wer seine Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wesentlich missbraucht und dadurch den anderen am Vermögen schädigt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

(2) Seine Befugnis missbraucht, wer in unvertretbarer Weise gegen solche Regeln verstößt, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen.

(3) Wer durch die Tat einen 5.000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren, wer einen 300.000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt, mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen.

Der Straftatbestand der Untreue wurde durch das Strafrechtsänderungsgesetz 2015²⁴⁾ **deutlich entschärft**. Wissentlicher Befugnismissbrauch und (zumindest bedingte) Schädigungsabsicht sind nach wie vor Voraussetzung der Deliktsverwirklichung, allerdings ist (§ 153 Abs 2) nur noch der unvertretbare Verstoß gegen solche Regeln, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen, strafbar. „Unternehmerisches Scheitern“ ist daher nunmehr in aller Regel strafrechtlich sanktionslos.

G. Verwaltung und Verfassung

Kommunalpolitiker, insb Bürgermeister, sind – neben ihrer politischen Funktion – Teil der Verwaltung. Ob als Baubehörde, Meldebehörde oder Raumordnungsverordnungsgeber oder aber anlässlich der Erlassung von Gebührenverordnungen sind Bürgermeister als monokratische Behörde oder der Gemeinderat als Kollegialbehörde mit der Vollziehung umfangreichster Rechtsmaterien betraut und dem Legalitätsgebot des Art 18 Abs 1 B-VG unterworfen.

Fehler in der Vollziehung der verwaltungsrechtlichen Normen ziehen in der Regel verwaltungsrechtliche Sanktionen nach sich, die Gemeindeorgane und Kommunalpolitiker, insb Bürgermeister, treffen können.

Zu erwähnen ist auch, dass die Kommune als Inhaberin von Befugnissen, bspw aus einer Baubewilligung, auch verwaltungsrechtliche Rechtsunterworfenen sein kann und bspw Auflagen einhalten muss, was wiederum zu Haftungspotentialen ihrer Verantwortungsträger führt.

H. Schlussbemerkungen

Wie bereits eingangs erwähnt, wird die Bewältigung der Aufgaben der kommunalen Verwaltung und der Kommunalpolitik, insb jene der Gemeindepolitiker, zunehmend herausfordernder und haftungsgeneigter. Ursächlich hierfür sind einerseits die immense Zunahme der Regelungsdichte, andererseits aber auch die steigende „Mündigkeit“ der Bürger und Handlungen der politischen Mitbewerber, die nicht immer von lauterer Motiven geleitet sein müssen. Begleitet wird dies durch die Verschlechterung des Images (auch) von Kommunalpolitikern und einen allgemeinen Vertrauensverlust in die „Obrigkeit“.

Kommunalpolitiker, vorrangig Bürgermeister, standen und stehen seit einigen Jahren zunehmend vor dem Strafrichter, werden aber auch forciert zivilrechtlich belangt.

18) *Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmissbrauch¹¹ (2018) §§ 304–306 StGB Rz 1 ff.

19) Näher dazu sowie zu den abgrenzenden Besonderheiten vgl *Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmissbrauch §§ 304–306 StGB Rz 16 ff.

20) *Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmissbrauch §§ 304–306 StGB Rz 48.

21) *Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmissbrauch §§ 307–307 b StGB Rz 1 ff.

22) *Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmissbrauch §§ 308 StGB Rz 1 ff.

23) *Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmissbrauch §§ 309 StGB Rz 1 ff.

24) BGBl 1974/60 idF BGBl 2014/106.

Die strafgerichtlichen Konsequenzen sind oftmals drakonisch, zumal gerade der Straftatbestand des Missbrauchs der Amtsgewalt wegen der hohen Strafdrohung auch im „einfachen“ Anwendungsfall immer ein Verbrechen ist, das im schöffengerichtlichen Verfahren zu behandeln ist.

In aller Regel handeln Kommunalpolitiker – oft gering entlohnt – in der Absicht, dem Wohl der Allgemeinheit zu dienen. Sie erfüllen fundamentale gesellschaftspolitische Aufgaben. Ihre Handlungen – auch ihre Fehlhandlungen – erfolgen grosso modo nicht in persönlicher Bereicherungsabsicht. Auch verfügen

Kommunalpolitiker in der Regel – im Gegensatz zu Behördenmitarbeitern – über keine fachspezifische Ausbildung, haften aber, dessen ungeachtet, vom ersten Tag ihrer Amtsübernahme (auch) für ihre diesbezüglichen Handlungen, wie bspw als Bürgermeister für die Vollziehung in bau- oder melderechtlichen Verwaltungsangelegenheiten.

Es bleibt zu hoffen, dass insb auch die strafrechtliche Praxis obigen Umständen im Rahmen des zulässigen Ermessens Rechnung trägt, um der Motivation zum Dienst an der Gesellschaft nicht zusätzliche demotivierende Hürden entgegenzusetzen.

→ In Kürze

Die Dichte der Aufgabenstellungen und Haftungspotentiale kommunalen Verwaltens nimmt laufend zu. Maßhaltigkeit scheint angebracht!

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Dieter Neger ist auf Wirtschaftsrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Gemeinderecht spezialisierter Rechtsanwalt und Gründungspartner der Neger Ulm Rechtsanwälte GmbH in Graz. Kontaktadresse: Neger Ulm Rechtsanwälte GmbH, Parkstraße 1, 8010 Graz.

Tel: +43 (0)316 23 20 32, Fax: +43 (0)316 67 25 90

E-Mail: office@neger-ulm.at, Internet: www.neger-ulm.at

Vom selben Autor erschienen:

Tatort Gemeindeamt – Bürgermeister und Kommunalpolitiker als Verbrecher? RFG 2015, 4; Tatort Gemeindeamt II – Bürgermeister und Kommunalpolitiker als Verbrecher? RFG 2015, 73; Tatort Gemeindeamt – Update zu Judikatur zum Amtsmissbrauch, RFG 2016, 101; Tatort Gemeindeamt II – Update zur Entwicklung des Delikts der Untreue, RFG 2016, 145;

Amtsmissbrauch, Untreue und Gemeinden – Wird bei der Korruptionsbekämpfung im Gemeindebereich das Kind mit dem Bade ausgeschüttet? RFG 2017, 87; Kompetenz des Bürgermeisters in Ausübung der laufenden Verwaltung der Gemeinde – Was darf der Bürgermeister, was darf er nicht? RFG 2018, 76; Einheimischentarife und ihre sachliche Rechtfertigung, RFG 2019, 64 (gemeinsam mit *Paar*).

→ Literatur-Tipp



Marek/Jerabek, Korruption und Amtsmissbrauch¹² (2019)

MANZ Bestellservice:

Tel: (01) 531 61-100

Fax: (01) 531 61-455

E-Mail: bestellen@manz.at

Besuchen Sie unseren Webshop unter www.manz.at

