

Der Prüfungsausschuss der Gemeinde im Lichte des § 302 Abs 1 StGB

Die Delikte des Missbrauchs der Amtsgewalt und der Untreue im Gemeindebereich beschäftigen seit geraumer Zeit vermehrt die österreichische Justiz. In einigen Fällen kam es bereits zu Verurteilungen von Bürgermeister, Mitgliedern des Gemeindevorstandes und Mitgliedern des Gemeinderates. Die Strafbarkeit des Prüfungs(Kontroll)ausschusses einer Gemeinde wurde bislang kaum behandelt, wirft jedoch einige Fragen auf, die anhand der uE kritischen Tatbestandmerkmale diskutiert werden.

Deskriptoren: Gemeinde, Prüfungsausschuss, Amtsmissbrauch, Beamter.

Normen: § 302 Abs 1 StGB.

Von Dieter Neger und Martin Heissenberger

1. Einleitung

Die unter spezifischen Voraussetzungen bzw Fallkonstellationen denkbare Strafbarkeit der Mitglieder der Prüfungs(Kontroll)ausschüsse von Gemeinden nach dem § 302 Abs 1 StGB soll in diesem Aufsatz bzgl Tatsubjekt, äußerer Tatseite sowie der subjektiven Tatseite (erweiterter Vorsatz¹) des § 302 Abs 1 StGB anhand des Prüfungsausschusses nach der Steiermärkischen Gemeindeordnung idGF² beurteilt werden.

2. Der Prüfungsausschuss und die Beamteneigenschaft

Die organisatorische und funktionelle Zuordnung des Prüfungsausschusses zum Gemeinderat hat zur Folge, dass dieser grundsätzlich als Hilfsorgan des Gemeinderats zu qualifizieren ist, gleichzeitig jedoch im Rahmen seiner Kontrollbefugnisse – insbesondere Außenstehenden gegenüber – als „Organ“ der Gemeinde tätig wird.³ Auch § 14 Abs 1 Stmk GemO in der Fassung LGBl 2010/29 zählt den Prüfungsausschuss zu den Organen der Gemeinde.⁴ Er nimmt dabei auch eine Aufgabe des

Gemeinderats wahr, die gesetzlich an den Prüfungsausschuss – in dieser Funktion als Hilfsorgan – delegiert wird.⁵

Unbeschadet der Bezeichnung als „Organ der Gemeinde“ wird die Organqualität des Prüfungsausschusses in der Literatur allerdings unterschiedlich gewertet und reicht von „kein Organ“ über „kein echtes Organ“ bis zu „Organ der Gemeinde“.⁶

Neuhofer sieht den Prüfungsausschuss nicht als „Organ der Gemeinde“, da ihm eine Entscheidung anstelle der zuständigen Gemeindeorgane jedenfalls nicht zukommt und die Gemeinde aus den Handlungen des Prüfungsausschusses (Kontrollausschusses) weder berechtigt noch verpflichtet wird.⁷

Dem Prüfungsausschuss fehlt „Imperium“, er vermag keine rechtserzeugenden, rechtsverändernden oder rechtsfeststellenden Handlungen zu setzen und kann nicht nach außen „namens der Gemeinde“ auftreten.⁸

Das objektive Tatbestandsmerkmal „Beamter“, das den Amtsmissbrauch zu einem „eigenhändigen Sonderdelikt“⁹ macht, ist nach § 74 Abs 1 Z 4 StGB zu beurteilen, der drei Typen von Beamten unterscheidet: 1. zur Vornahme von Rechtshandlungen Bestellte; 2. mit Verwaltungsaufgaben Betraute; 3. Beamte nach anderen Bundesgesetzen oder Gleichgestellte auf Grund einer zwischenstaatlichen Vereinbarung bei einem Einsatz im Inland (Auslandsbezug).¹⁰ Die Frage, ob die Beamtendefinition iSd § 74 Abs 1 Z 4 StGB erfüllt ist, hängt im 1. Fall davon ab, ob ein Beschuldigter im Namen einer Gemeinde als deren Organ¹¹

1 § 302 Abs 1 StGB idGF: „Ein Beamter, der mit dem Vorsatz, dadurch einen anderen an seinen Rechten zu schädigen, seine Befugnis...“.

2 Stammfassung: LGBl 1967/115 (VI. GPStLT EZ 357) zuletzt geändert durch LGBl 2014/131.

3 Hengstschläger in Pabel (Hrsg), Das österreichische Gemeinde-recht, 16. Teil Gebarungskontrolle (Mai 2015), Rz 22.

4 Steiner in Pabel, Rz 7. Wobei die bloße Bezeichnung als Organ noch keine Kompetenz zuweist, vgl Hengstschläger in Pabel, Rz 20.

5 Genauer beschrieben unter 3.1.

6 Hengstschläger in Pabel, Rz 19 mwN.

7 Neuhofer, Gemeindevorstand, 508 mwN.

8 Hengstschläger in Pabel, Rz 20 mwN.

9 Fabrizio in WK-StGB² § 14 Rz 14 (Stand 1.5.2014, rdb.at): Der Träger der persönlichen Eigenschaft oder Verhältnisse muss die Tat unmittelbar ausführen.

10 Marek/Jerabek, Korruption und Amtsmissbrauch⁹ § 302 StGB Rz 1 (Stand 1.11.2016, rdb.at).

11 Steiner in Pabel, Das österreichische Gemeindevorstand, 9. Teil Gemeindevorstand (September 2014), Rz 3 ff: Organe sind rechtlich geregelte Einrichtungen, deren Funktionen durch Menschen wahrgenommen werden. Art 117 Abs 1 B-VG fordert als „Mindestausstattung“ an Organen der Gemeinden den Gemeindevorstand, den Gemeindevorstand und den Bürgermeister.

Rechtshandlungen¹² vornimmt. Der 2. Fall wäre etwa erfüllt, wäre der Beschuldigte „sonst mit Aufgaben“¹³ der Gemeindeverwaltung betraut.

Der am Ende der Prüfung stehende Prüfungsbericht und das Sitzungsprotokoll könnte entweder als Vorbereiten einer Entscheidung (2. mit Verwaltungsaufgaben Betraute) oder als eigene Rechtshandlung bzw Entscheidung – wurde die Gebarung wirtschaftlich, zweckmäßig und sparsam geführt – (1. zur Vornahme von Rechtshandlungen Bestellte) angesehen werden.

Die Überprüfung der Gebarung sowie der rechnerischen Richtigkeit des Rechnungsabschlusses kommt als Aufgabe *alleine* dem Prüfungsausschuss zu¹⁴, an dessen Ende ua das Sitzungsprotokoll steht. Sowohl der Prüfbericht als auch das Sitzungsprotokoll¹⁵ dienen als Grundlage für die Beschlussfassung des Gemeinderates über den Rechnungsabschluss. Der Prüfungsausschuss selbst jedoch setzt, wie erwähnt, keine *rechtserzeugenden, rechtsverändernden oder rechtsfeststellenden* Handlungen¹⁶ und hat im Rahmen seiner Kontrolltätigkeit auch nicht das Recht, *anzuordnen oder zu befehlen*.¹⁷ Dennoch ist das Ergebnis der Prüfung des Prüfungsausschusses Grundlage für den Beschluss über den Rechnungsabschluss.¹⁸ In diesem Sinne wird die Entscheidung des Gemeinderates über den Rechnungsabschluss durch den Prüfungsausschuss *vorbereitet*, sodass uE der Beamtenbegriff (2. mit Verwaltungsaufgaben Betraute) erfüllt sein könnte. Allerdings wird der Prüfungsausschuss – im Gegensatz zu den anderen Gemeindeausschüssen – *nicht „typisch“ vorbereitend für einen Hoheitsakt tätig*, sondern er *prüft retrospektiv* Fakten bereits gesetzter Handlungen, wenngleich sein Bericht – wie bereits ausgeführt – *eine der Grundlagen der Beschlussfassung über den Rechnungsabschluss* darstellt (§ 89 Abs 2 Stmk GemO).

Die einzelnen Mitglieder des Prüfungsausschusses als Kollegialorgan, die ja auch Mitglieder des Gemeinderats sind, könnten grundsätzlich als Subjekte des Amtsmisbrauchs in Frage kommen. Der OGH stellt klar, dass auch die Mitglieder des Gemeinderates Subjekte des Amtsmisbrauches sein können, wenn sie im Namen einer Gemeinde als deren Organ – nämlich gemeinsam mit anderen als Mitglied des Kollegialorgans Gemeinderat – Rechtshandlungen vornehmen¹⁹ (zur Frage der Organqualität des Prüfungsausschusses siehe jedoch oben). Der Obmann des Prüfungsausschusses könnte im Sinne der obigen Ausführungen im Rahmen seiner Befugnis (§ 86 Abs 4 Stmk GemO)²⁰ ebenfalls grundsätzlich als Tatsubjekt des Amtsmisbrauches relevant sein.

3. Äußere Tatseite

3.1. Befugnis

Ein Beamter ist dann zu einem Verhalten befugt, wenn dieses Verhalten innerhalb des ihm zugewiesenen Kompetenzbereichs liegt. Eine nicht zukommende Befugnis kann nicht missbraucht werden.²¹ Der Umfang der Befugnis orientiert sich am abstrakten Aufgabenbereich des Beamten, nicht, ob er konkret mit solchen Amtsgeschäften befasst ist.²²

§ 86 Abs 1 der Stmk GemO delegiert an den Prüfungsausschuss die Aufgabe der Überprüfung der gesamten Gebarung²³ der Gemeinde einschließlich der öffentlichen Einrichtungen, Anlagen, Betriebe mit marktbestehenden Tätigkeiten und wirtschaftlichen Unternehmungen, und zwar sowohl bei Eigenbetrieben als auch der *Unternehmungen mit eigener Rechtspersönlichkeit*, die unter *beherrschendem Einfluss der Gemeinde* stehen. Unter den Begriff Gebarung und damit in die Prüfungszuständigkeit

12 Jerabek/Ropperl in WK-StGB² § 74 Rz 6: Rechtshandlungen sind behördliche Entscheidungen aller Art (Urteile, Beschlüsse, Bescheide, Anordnungen und Anträge, Weisungen udgl). Auch die Ausübung von Rechten und das Eingehen von Verpflichtungen im privatwirtschaftlichen Bereich (sofern es nur im Namen und mit Rechtswirksamkeit für den Rechtsträger erfolgt) können für den Beamtenbegriff ausreichen. Die Rechtshandlung kann auch kollektiv, etwa durch den Spruch eines aus mehreren Personen bestehenden Gremiums erfolgen.

13 RIS-Justiz RS0091908: Auch Personen, die – ohne selbst Rechtshandlungen vorzunehmen – mit dem Vorerledigen bzw Vorbereiten von Verfügungen befasst sind, sind Beamte iSd § 74 Abs 1 Z 4 2. Fall StGB.

14 OGH 17 Os 7/12a = EvBl 2013/13, 77 – EvBl 2013, 77.

15 Das Sitzungsprotokoll ist vom Prüfbericht (Überprüfung der rechnerischen Richtigkeit des Rechnungsabschlusses gem § 86 Abs 3 letzter Satz Stmk GemO) zu unterscheiden. Das Sitzungsprotokoll hat das Ergebnis der Gebarungsprüfung nach den gesetzlichen Kriterien sowie die Gründe, die zu diesem Ergebnis geführt haben, zu enthalten (§ 86 Abs 5 Stmk GemO).

16 Hengstschläger in Pabel, Rz 20.

17 Hengstschläger in Pabel, Rz 25.

18 Dies ergibt sich direkt aus dem Wortlaut des § 89 Abs 5 Stmk GemO.

19 OGH 17 Os 21/15i = Jus-Extra OGH-St 5003 = EvBl 2016/56, 372 – EvBl 2016, 372; Jerabek/Ropperl in WK-StGB² § 74 Rz 12: Die bisher vorgenommene Unterscheidung zwischen Amtsträger und Beamten wurde durch das KorStrAG 2009 (BGBl I 2009/98) beseitigt, sodass sich auch hieraus nichts Gegenteiliges ergeben könnte.

20 Genauer beschrieben unter 3.1.

21 Marek/Jerabek, § 302 StGB Rz 14.

22 RIS-Justiz RS0096134.

23 Battlogg, Amtshaftung und Gebarungskontrolle der Gemeinden, AnwBl 2010, 573: Verfassungsrechtliche Grundlagen zur Gebarungskontrolle finden sich in den Art 121 ff B-VG. Die Gebarung einer Gemeinde mit mindestens 10.000 Einwohnern unterliegt der Kontrolle des Rechnungshofs (Art 127a B-VG). In diesen Gemeinden hat der Bürgermeister halbjährlich die Voranschläge und Rechnungsabschlüsse dem Rechnungshof und gleichzeitig der Landesregierung zu übermitteln. Gemeinden mit weniger als 10.000 Einwohnern werden auf begründetes Ersuchen der Landesregierung durch den Rechnungshof überprüft. In verschiedenen Gemeindegesetzen der Bundesländer finden sich einfachgesetzlich eingerichtete Organe der Gebarungskontrolle (VlbG/Stmk/Bgld/OÖ/NÖ der Prüfungsausschuss; T/Sbg der Überprüfungsausschuss; Ktn der Kontrollausschuss) eingerichtet.

des Prüfungsausschusses fällt die gesamte Ausgaben- und Einnahmegerbarung der Gemeinden (oder Städte²⁴), ihre gesamte Schuldengerbarung sowie die Gebarung mit dem beweglichen und unbeweglichen Gemeindevermögen.²⁵ Eine Überprüfung hat mindestens vierteljährlich und bei jedem Wechseln der Person des Bürgermeisters oder des Gemeindegeldkassiers stattzufinden. Der Prüfungsausschuss hat auch den Rechnungsabschluss der Gemeinde innerhalb von drei Monaten nach dem Ende des Haushaltsjahres (§ 88 Abs 5 Stmk GemO) auf seine rechnerische Richtigkeit und Übereinstimmung mit dem Voranschlag zu prüfen (§ 86 Abs 3 Stmk GemO).

Der Prüfungsausschuss hat darüber zu berichten, ob sich die Gemeinde im Rahmen ihrer Gebarungstätigkeit an die Prüfungsmaßstäbe der Zweckmäßigkeit, Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit gehalten hat. Im Rahmen dieser Prüfung kann der Prüfungsausschuss auch Empfehlungen abgeben und Feststellungen treffen.²⁶ Die Kontrollergebnisse des Prüfungsausschusses sind dem Gemeinderat vorzulegen, was sich aus § 86 Abs 3 und Abs 5 Stmk GemO ergibt (daher auch die Sonderstellung als Hilfsorgan des Gemeinderates, der gleichzeitig im Rahmen seiner Kontrollbefugnisse, insbesondere Außenstehenden gegenüber als Organ der Gemeinde tätig wird²⁷), der diese seiner Beschlussfassung über den Rechnungsabschluss zugrunde legen muss (§ 89 Abs 2 Stmk GemO).

Im Rahmen seiner Aufgaben hat der Prüfungsausschuss mangels gesetzlich einschränkender Regelungen die Möglichkeit, all jene Überprüfungsmitel einzusetzen, die notwendig sind, um die Gebarungstätigkeit der Gemeinde zu überprüfen bzw mit den Prüfungszielen zu vergleichen. Dies wird als „Grundsatz der Unbeschränktheit der Prüfungsmitel“²⁸ bezeichnet. Der Prüfungsausschuss kann demnach feststellen, welche Auskünfte und Unterlagen er benötigt und welche Prüfungsmaßnahmen er heranzieht, um die Kontrollzwecke und -ziele zu erreichen. In diesem Sinne normiert Abs 2 des § 86 Stmk GemO auch, dass dem Prüfungsausschuss alle erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen und alle Auskünfte zu erteilen sind.

Auch den Obmann des Prüfungsausschusses treffen Pflichten bzw Befugnisse. Dazu zählt ua die Festlegung der Tagesordnung sowie die Einberufung der Mitglieder des Prüfungsausschusses zu den Sitzungen. Die Aufnahme relevanter Gegenstände in die Tagesordnung der nächsten Prüfungsausschusssitzung, wenn dies von mindestens 1/3 der Ausschussmitglieder schriftlich verlangt wird, zählt ebenfalls zu den Aufgaben des Obmanns, der aufgrund dessen verpflichtet ist, binnen zwei Wochen eine Sitzung des Prüfungsausschusses anzusetzen (§ 86 Abs 4 Stmk GemO). Die Prüfung selbst erfolgt jedoch stets durch den Prüfungsausschuss als Kollegialorgan.

3.2. Amtsgeschäft in Vollziehung der Gesetze

§ 302 Abs 1 StGB verlangt die Vornahme von Amtsgeschäften in „Vollziehung der Gesetze“, womit alleine Amtsgeschäfte im Bereich der Hoheitsverwaltung gemeint sind. Hoheitsverwaltung ist von Privatwirtschaftsverwaltung danach abzugrenzen, ob „*der Staat (das für ihn handelnde Organ) zur Erreichung seiner Ziele die ihm aufgrund seiner spezifischen Macht gegebene einseitige Anordnungsbefugnis gebraucht*“, demnach als Träger dieser besonderen Befehl- und Zwangsgewalt (etwa durch Verordnung, Bescheid udgl) auftritt.²⁹ Liegt die Verfehlung nicht im Bereich der Hoheitsverwaltung, ist im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung – auch in Bezug auf Organe der Gemeinde – der Straftatbestand der Untreue zu prüfen.³⁰

Der OGH stellt klar, dass der Tatbestand nicht bloß Rechtshandlungen (Hoheitsakte), sondern dass vom Begriff „Amtsgeschäfte“ auch andere Handlungen, nämlich Verrichtungen tatsächlicher Art, die zur unmittelbaren Erfüllung der Vollziehungsaufgaben, also insbesondere der *Vorbereitung* eines Hoheitsaktes dienen, umfasst sind. Liegt der Befugnismissbrauch in der Anwendung von Verfahrensregeln, ist die Frage, ob dieses Verhalten § 302 Abs 1 StGB erfüllt, anhand des Gegenstandes des am Ende dieses Verfahrens stehenden

24 *Hengstschläger in Pabel*, Rz 122: Allgemein sehen österreichische Gemeindeordnungen und Stadtrechte Ermächtigungen für die amtswegige Prüfung durch die Prüfungs(Kontroll)ausschüsse (Stadtrechnungshöfe) vor. Dabei ergeht eine Prüfung sooft es den Prüfungseinrichtungen für angemessen erscheint. Teilweise wird ein Mindestmaß an Prüfungen vorgesehen, das aber überschritten werden kann. Ein Recht für Gemeindeorgane Prüfungsaufträge zu erteilen, findet sich ua in den Stadtrechten von Salzburg, Graz und Innsbruck.

25 *Hengstschläger in Pabel*, Rz 49.

26 *Hengstschläger in Pabel*, Rz 25: Ein Prüfungs(Kontroll)ausschuss hat ein sachverständiges Gutachten darüber zu erstellen, ob und inwieweit die Gebarungstätigkeit der Gemeinde (sowie Rechtsträger die in die Prüfungszuständigkeit fallen) den Prüfungskriterien,

die zugleich Handlungsmaximen darstellen, entspricht. „*Er hat aufzuzeigen und festzustellen und kann Empfehlungen, allenfalls in Form von Anträgen abgeben (ausdrücklich eingeräumt ist das Antragsrecht in § 93 Abs 2 K-AGO und § 91 Abs 3 Oö GemO 1990)*“; § 86 Abs 5 Stmk sieht etwa die Möglichkeit vor, den Bürgermeister und den Kassier zu einer schriftlichen Äußerung zum Ergebnis der Prüfung (Sitzungsprotokoll) aufzufordern.

27 *Hengstschläger in Pabel*, Rz 22.

28 *Hengstschläger in Pabel*, Rz 120.

29 RIS-Justiz RS0130809.

30 *Neger*, Amtsmisbrauch, Untreue und Gemeinden, RFG 2017/16, 88: Zur Abgrenzung dieser Delikte im kommunalen Bereich.

Rechtsaktes (zB des Gemeinderatsbeschlusses) zu beantworten.³¹ Eine weitere Voraussetzung ist, dass unter den Begriff „Amtsgeschäfte“ nicht nur Rechtshandlungen fallen, sondern auch Verrichtungen tatsächlicher Art, wobei diese – um dem für jedes Amtsgeschäft geltenden Erfordernis eines Organhandelns namens des Rechtsträgers zu entsprechen – Rechtshandlungen qualitativ annähernd gleichwertig sein müssen.³²

Der Voranschlag der Gemeinde (§ 75 Stmk GemO) ist nach dem OGH als eine kundzumachende Verwaltungsverordnung zu qualifizieren, die Bindungswirkung gegenüber Gemeindeorganen in Bezug auf die Deckung von Ausgaben im Voranschlag entfaltet. Buchführung und *Rechnungsabschluss* sind so zu gestalten, dass die *Einhaltung des Voranschlages nachvollzogen werden kann*. Die Tätigkeit eines Gemeindebeamten im Rahmen der Kassen- und Buchführung ist daher, soweit sie die Durchführung des Voranschlages dokumentieren und damit die Grundlage für die Prüfung des Budgetvollzuges sicherstellen soll, schlichte Hoheitsverwaltung, also Handeln „in Vollziehung der Gesetze“. Rechtlicher Anknüpfungspunkt ist nicht der dieser Tätigkeit zugrundeliegende einzelne Vorgang (also etwa eine Auszahlung, welche hier der Privatwirtschaftsverwaltung angehören kann), sondern der Voranschlag als Hoheitsakt und das Verfahren zur Gebarungsprüfung.³³ Als weiteres Erfordernis wird der enge Konnex zur hoheitlichen Tätigkeit gefordert. In diesem Sinne wird ein bedeutender Zusammenhang in zeitlicher und sachlicher Hinsicht zur Vorbereitung eines Hoheitsaktes gefordert, um privatwirtschaftliches Handeln der schlichten Hoheitsverwaltung zuzuordnen. Fehlt dieser Zusammenhang, kann die konkrete Handlung keinen Amtsmissbrauch darstellen.³⁴

Daraus ließe sich der Schluss ziehen, dass der Prüfungsausschuss einer Gemeinde, der auch mit der Überprüfung der Buchhaltung und des Rechnungswesens im

Rahmen der Gebarungskontrolle betraut ist, in „Vollziehung der Gesetze“ handelt. Dies gilt nach der oben angeführten Rechtsprechung bereits für den Gemeindecassier und könnte daher auch für den übergeordneten Prüfungsausschuss bzw Obmann des Prüfungsausschusses gelten. Das Handeln in „Vollziehung der Gesetze“ würde diesfalls in Form der schlichten Hoheitsverwaltung erfolgen. Das Sitzungsprotokoll enthält das Ergebnis der Gebarungsüberprüfung des Prüfungsausschusses, welches als Grundlage und somit iSd oben genannten Rechtsprechung als Vorbereitung des Beschlusses über den Rechnungsabschluss dient. Auch der Obmann des Prüfungsausschusses, der entsprechend seiner Befugnis handelt, würde diesfalls im Rahmen der schlichten Hoheitsverwaltung agieren. Dazu würde etwa die durch den Obmann vorzunehmende Einberufung der Sitzungen des Prüfungsausschusses zählen. In beiden Fällen wäre zutreffendenfalls auch der geforderte Konnex zur hoheitlichen Tätigkeit des Gemeinderates (Beschluss) gegeben.

In diesem Sinne könnten auch Handlungen des Prüfungsausschusses einer Gemeinde im Rahmen seiner Kontrollbefugnis – in deren Funktion er als Organ der Gemeinde gegenüber Außenstehenden³⁵ auftritt³⁶ – relevant sein.

3.3. Missbrauch

Der Missbrauch³⁷ im Sinne des § 302 StGB besteht im vorsätzlichen Fehlgebrauch der eingeräumten Befugnis. Der Missbrauch kann sowohl durch aktives Tun als auch durch Unterlassen verwirklicht werden.³⁸ Ein Beamter bleibt etwa untätig, obwohl er von seiner Befugnis Gebrauch machen müsste.³⁹

Besonders hervorzuheben ist die Rechtsprechung des OGH zur Frage des Amtsmissbrauches bei rechtswirksamer Delegation. „Wenn Aufgaben rechtswirksam

31 OGH 17 Os 1/14x = Jus-Extra OGH-St 4857 = EvBl 2014/159, 1097 – EvBl 2014, 1097; RIS-Justiz RS 0097076; OGH 13 Os 84/04 vom 1.12.2004.

32 RIS-Justiz RS0096888; Birklbauer, Behördenkommunikation und Behördenhandeln zwischen Amtsmissbrauch und Korruption – Ausgewählte Aspekte, RdU 2017/107, 138.

33 OGH 17 Os 45/14t = Jus-Extra OGH-St 4924 = Jus-Extra OGH-St 4931 = EvBl 2015/109, 760 – EvBl 2015, 760.

34 Birklbauer/Stiebellehner, Amtsmissbrauch bei unterlassener Meldung von Straftaten im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung, JSt 2017/4, 283; Birklbauer verweist auf die Entscheidung des OGH zu 17 Os 1/14x und sieht darin uE zutreffend das Erfordernis, „wonach es darauf ankommt, dass Amtsgeschäfte ‚zur unmittelbaren Erfüllung der Vollziehungsaufgaben‘ erforderlich sind, um zur schlichten Hoheitsverwaltung zu zählen“; OGH 17 Os 1/14x = Jus-Extra OGH-St 4857 = EvBl 2014/159, 1097 – EvBl 2014, 1097, [...nämlich Verrichtungen tatsächlicher Art (soweit diese Rechtshandlungen qualitativ annähernd gleichwertig sind), die zur unmittelbaren Erfüllung der Vollziehungsaufgaben (RIS-

Justiz RS0096903, RS0095963, RS0096888), also insbesondere der Vorbereitung (oder Umsetzung) eines Hoheitsaktes dienen...].

35 Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit, die unter beherrschendem Einfluss der Gemeinde stehen.

36 Hengstschläger in Pabel, Rz 21: Hengstschläger sieht in diesen Fällen uE zutreffend die Möglichkeit eines Amtshaftungsanspruches bzw eines Organhaftungsanspruches (Gemeinde gegenüber den Ausschussmitgliedern) gegeben.

37 Birklbauer, Alles neu im Umweltschutz?, in Institut für Umweltrecht der JKU Linz (Hrsg), Jahrbuch des österreichischen und europäischen Umweltrechts 2014, Verwaltungsgerichte 193: Missbrauch bedeutet, dass eine eingeräumte Befugnis objektiv nicht korrekt gebraucht wird.

38 Bertel in WK-StGB² § 302 Rz 37.

39 Marek/Jerabek, § 302 Rz 28 ff; Birklbauer/Stiebellehner aao 281: „Sieht eine Rechtsvorschrift vor, dass bzw in welcher Weise ein Beamter seine Befugnis aktiv auszuüben hat, verwirklicht er auch einen Befugnismissbrauch iS von § 302 StGB, wenn er dieser Pflicht nicht nachkommt.“

delegiert werden, macht sich ein Gemeindegassier durch mangelnde Kassengebarung und Rechnungsführung des Missbrauchs der Amtsgewalt nicht strafbar.“⁴⁰

Entscheidend ist, dass bei rechtswirksamer Delegation eine unterlassene Überprüfung generell keinen Amtsmissbrauch begründet. Trotzdem muss beachtet werden, dass bei rechtswirksamer Delegation zu überprüfen ist, ob an die Überprüfung und allfällige Bestätigung der Richtigkeit mittels Unterschrift Rechtswirkungen geknüpft sind.⁴¹ Dies sollte auch bei der Delegation der Aufgaben des Gemeinderates an den Prüfungsausschuss beachtet werden.

Wird einer Behörde ein Ermessen („Ermessen ist rechtliches Dürfen anhand vorgegebener Kriterien innerhalb eines abgegrenzten Rahmens.“) eingeräumt, so liegt kein Missbrauch der Befugnis vor, solange sich der Beamte innerhalb des vorgegebenen Ermessensspielraums und unter Beachtung vorgegebener Kriterien bewegt. Sowohl das Vortäuschen einer sachorientierten Ermessensabwägung als auch das Überschreiten der Grenzen des

Ermessensbereichs kommen als Tathandlung des § 302 StGB in Betracht.⁴²

4. Schädigungsvorsatz

Der Beamte muss – um den erweiterten Rechtsschädigungsvorsatz zu erfüllen – den Vorsatz haben, einen anderen an seinen Rechten⁴³ zu schädigen. Dieser Vorsatz ist in Ergänzung zur Wissentlichkeit in Bezug auf den Befugnismissbrauch zu überprüfen. Beim von Rechtsschädigungsvorsatz Betroffenen kann es sich um eine physische oder eine juristische Person handeln (zB Gemeinderat udgl). Grundsätzlich kommt jede Art von Rechtsschädigung in Betracht, besonders hervorzuheben ist jedoch der Schaden an öffentlichen Rechten, der ebenso vom Tatbestand des § 302 Abs 1 StGB umfasst ist.⁴⁴

Hier könnte uU etwa das Recht der Gemeinde auf Überprüfung der Gebarung auf ihre ziffernmäßige Richtigkeit sowie auf ihre Zweckmäßigkeit, Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Gesetzmäßigkeit nach den §§ 70 Abs 1 und 71 Abs 1 Stmk GemO⁴⁵ einschlägig sein.

Conclusio

UE könnte sowohl bezogen auf den Obmann als auch auf die Mitglieder des Prüfungsausschusses einer Gemeinde – *unter spezifischen Voraussetzungen* – der Tatbestand des Amtsmissbrauchs nach § 302 Abs 1 StGB relevant sein. Auch wenn dieser Teilbereich bislang nur wenig Beachtung fand, soll dennoch auf die mögliche Strafbarkeit hingewiesen werden. Dies muss insbesondere aufgrund der erhöhten Sensibilität der Justiz in Bezug auf strafbare Verletzungen der Amtspflicht, Korruption und verwandte strafbare Hand-

lungen in Verbindung mit Gemeinden beachtet werden, sodass in jedem Bereich der Gemeindeverwaltung ein erhöhtes Bewusstsein für diese Delikte entstehen kann.⁴⁶

Ein Beispiel für einen möglichen Anwendungsfall wäre der „nachlässige“ Obmann⁴⁷ eines Prüfungsausschusses. Im Sinne der obigen Ausführungen könnte etwa der Obmann eines Prüfungsausschusses der Gemeinde den Tatbestand des Amtsmissbrauchs dadurch erfüllen, in dem er es – ungeachtet seines Wissens um seine Verpflichtung gemäß § 86

40 OGH 17 Os 7/12a =EvBl 2013/13, 77 – EvBl 2013, 77 = Jus-Extra OGH-St 4677.

41 Birklbauer, RdU 40, 194.

42 Marek/Jerabek, § 302 Rz 37: Hier gilt es weiters zwischen Handlungs- (ob der Beamte tätig wird) und Auswahlermessen (Auswahl zwischen vorgegebenen Möglichkeiten) zu unterscheiden.

43 Marek/Jerabek, § 302 Rz 50: Das Recht auf korrekte Verwaltung ist nur abstrakter Natur und stellt daher kein konkretes Recht iSd § 302 Abs 1 StGB dar. Der Schädigungsvorsatz des Täters muss sich auf ein darüber hinaus gehendes Recht beziehen; Neger, Tatort Gemeindeamt, Bürgermeister und Kommunalpolitiker als Verbrecher?, RFG 2015/2, 7: „Auch der Anspruch auf ‚ordnungsgemäße Führung‘ von Verzeichnissen, einer Gemeinde auf ordnungsgemäße und gesetzmäßige Führung ihres Rechnungswesens etc sind keine konkreten Rechte und daher keine tauglichen Objekte tatbestandsmäßigen Schädigungsvorsatzes“.

44 Marek/Jerabek, § 302 Rz 46 f; Birklbauer, RdU 40, 194 f.

45 Wie auch im Urteil des OGH 17 Os 7/12a =EvBl 2013/13, 77 – EvBl 2013, 77.

46 Siehe auch Neger, Amtsmissbrauch, Untreue und Gemeinden – wird bei der Korruptionsbekämpfung das Kind mit dem Bade ausgeschüttet?, RFG 2017/16, 87.

47 So auch angeklagt im Strafverfahren 34 Hv 51/11i des Landesgerichts Leoben. Der Angeklagte wurde jedoch von diesem Vorwurf freigesprochen. Im gegenständlichen Verfahren ergab sich, dass ein rechtsungültiger Ernennungsakt des Prüfungsausschusses vorlag, sodass bereits die Besetzung desselben im Widerspruch zur Stmk GemO erfolgte. Der Prüfungsausschuss trat auch niemals zusammen und konnte daher nicht die in § 86 Abs 4 Stmk GemO (idF LGBl 1/1999) vorgesehene Wahl des Obmannes aus der Mitte des Prüfungsausschusses vornehmen. Vor diesem Hintergrund wurde auch der Angeklagte niemals zum Obmann des Prüfungsausschusses ernannt und daher auch nie Beamter iSd § 302 Abs 1 StGB.

Stmk GemO – unterlässt, während seiner Funktionsperiode Prüfungen durch den Ausschuss zu veranlassen, selbst durchzuführen sowie die Sitzungen hierfür einzuberufen. Ein weiteres Beispiel wäre die wissentlich falsche Erstellung des schriftlichen Berichtes des Prüfungsausschusses durch dessen Obmann und einzelne seiner Mitglieder, zumal der Bericht Grundlage der Beratung und Beschlussfassung des Gemeinderats über den Rechnungsabschluss ist.

Der Schädigungsvorsatz könnte sich diesfalls auf das Recht des (Prüfungsausschusses bzw) Gemeinderats und damit in Folge der Gemeinde auf Überprüfung der Gebarung auf ihre ziffernmäßige Richtigkeit sowie auf ihre Zweckmäßigkeit, Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Gesetzmäßigkeit nach den §§ 70 Abs 1 und 71 Abs 1 Stmk GemO beziehen. Eine Überschreitung der Kontrollzuständigkeit durch den Prüfungsausschuss – Ausdeh-

nen auf Bereiche der Gemeindetätigkeit, die nicht in den Zuständigkeitsbereich des Prüfungsausschusses fallen – kann uE nicht zu einer Strafbarkeit des Prüfungsausschusses nach § 302 Abs 1 StGB führen. Durch das Mehr, das sich dementsprechend auch im Sitzungsprotokoll wiederfinden würde, kann der Gemeinderat nicht in seinem Recht auf Überprüfung der Gebarung auf ihre ziffernmäßige Richtigkeit sowie auf ihre Zweckmäßigkeit, Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Gesetzmäßigkeit verletzt werden. Es obliegt den mit dem Prüfungsbericht befassten Stellen, diese Teile soweit unberücksichtigt zu lassen, als sie sich auf außerhalb der Zuständigkeit liegende Bereiche beziehen.⁴⁸

Korrespondenz:

Dr. Dieter Neger, office@neger-ulm.at
Mag. Martin Heissenberger,
martin.heissenberger@justiz.gv.at

48 Hengstschläger in Pabel, Rz 55.