

RECHT & RFG FINANZEN FÜR GEMEINDEN

Herausgeber **Walter Leiss, Alois Steinbichler**
Schriftleitung und Redaktion **Markus Achatz, Peter Pilz**
Redaktion **Alexander Enzinger, Christoph Grabenwarter, Ferdinand Kerschner,
Wolfgang Meister, Christoph Nestler, Katharina Pabel, Alfred Riedl**

02
Juni 2015

57 – 100

Schwerpunkt

Windkraft

Windkraft in der Raumordnung der Bundesländer

Martina Schlögl ➔ 60

Übersicht

Steuer-Radar ➔ 67

Beiträge

Effekte einer Gemeindefusion – ein Erfahrungsbericht aus Trofaiach

Michael Walchshofer ➔ 76

Judikatur der Höchstgerichte zur Gemeinde *Stefan Leo Frank* ➔ 69

Tatort Gemeindeamt II *Dieter Neger* ➔ 73

Solidarische Finanzierung und Erhaltung von Schutzmaßnahmen

Florian Rudolf-Miklau, Karin Rainer-Wenger und Franz Anker ➔ 79

Open Data-Strategien für österreichische Gemeinden

Elisabeth Hödl und Tanja Rohrer ➔ 84

Kontrolle von Public Private Partnerships *Marie Christine Lumper* ➔ 92

Tatort Gemeindeamt II

Bürgermeister und Kommunalpolitiker als Verbrecher?

Untreue ist ein Straftatbestand, der, je nach Qualifikation, als Vergehen oder Verbrechen mit signifikanter, bei hohem Schaden sogar mit langjähriger, Freiheitsstrafe bedroht ist. Nicht nur Manager und Organe der in den aktuellen Medienberichten kolportierten Rechtsträger, sondern insbesondere auch Bürgermeister, andere Kommunalpolitiker und Gemeindebedienstete sind durch zunehmende Strafverfolgung potentiell strafrechtlich gefährdet.

Von Dieter Neger

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Untreue im kommunalen Bereich
- C. Tätige Reue
- D. Strafschärfung unter bestimmten Umständen
- E. Diversionelle Erledigung
- F. Beispiele
- G. Folgen für die Betroffenen
- H. Ausblick

A. Einleitung

Untreue ist in § 153 StGB¹⁾ wie folgt normiert:²⁾

„(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.“

Untreue ist in seiner „einfachen“ Tatbegehungsform³⁾ ein Vergehen, in der qualifizierten Tatbegehungsform des § 153 Abs 2 zweiter Deliktsfall ein Verbrechen. Nach § 17 Abs 1 StGB sind Verbrechen vorsätzliche Handlungen, die mit lebenslanger oder mit mehr als dreijähriger Freiheitsstrafe bedroht sind, während nach § 17 Abs 2 leg cit alle anderen strafbaren Handlungen als Vergehen gelten. Insb in ihren qualifizierten Tatbegehungsformen ist Untreue für Beamte⁴⁾ regelmäßig mit dem Risiko des Amtsverlusts verbunden. § 27 Abs 1 StGB normiert nämlich, dass die Verurteilung wegen Vorsatzdelikten bei Beamten dann mit dem Verlust des Amtes verbunden ist, wenn die verhängte Freiheitsstrafe ein Jahr oder die nicht bedingt nachgesehene Freiheitsstrafe sechs Monate überschreitet. Untreue kann auch Pensionsverlust nach sich ziehen.

Untreue im kommunalen Bereich ist sozusagen das „Spiegeldelikt“ zum Amtsmissbrauch.⁵⁾ Während

Amtsmissbrauch wirksam nur im Bereich der Hoheitsverwaltung und der Gerichtsbarkeit begangen werden kann, ist Untreue im kommunalen Bereich ein Delikt, das in den **privatwirtschaftlichen** Bereich der Verwaltung fällt. Erfasst sind daher jene Bereiche, in denen der Staat oder die Gebietskörperschaft wie ein Privater handelt, sich also Rechtsformen bedient, die auch Privaten zur Verfügung stehen.

Untreue ist ein Sonderpflichtdelikt und schützt das Vermögen.⁶⁾ Der Tatbestand der Untreue setzt sich aus drei Elementen zusammen:

- der **Befugnis** des Täters,
- dem **wissentlichen Missbrauch** dieser Befugnis
- und der (vorsätzlichen) **Zufügung eines Vermögensnachteils**.

Untreue besteht nach der Treuebruchstheorie in einer Verletzung einer besonderen Treuepflicht, nach der Missbrauchstheorie im Missbrauch der Vertretungsmacht durch den Täter. Für das österr Strafrecht gilt die **Missbrauchstheorie**. Das Wesen der Untreue liegt demnach darin, dass der Täter im Rahmen des ihm durch seine Vertretungsmacht eingeräumten **rechtlichen Könnens** gegen das **rechtliche Dürfen** verstößt.⁷⁾

Die subjektive Tatseite erfordert bei Untreue zwei nach ihrer Intensität abgestufte Vorsatzinhalte: Den, die eingeräumte Befugnis zu missbrauchen, und den, dem Geschäftsherren (und nicht einem Dritten) einen Vermögensnachteil zuzufügen (nicht einen Schaden an sonstigen Rechten⁸⁾). Hinsichtlich des Missbrauchs muss die Vorsatzintensität der **Wissentlichkeit**⁹⁾ vorliegen, wogegen für die Zufügung eines Vermögensnachteils jede **Vorsatzart**¹⁰⁾ genügt.¹¹⁾ →

1) Strafgesetzbuch BGBl 1974/60 idF BGBl I 2014/106.

2) Hervorhebungen durch den Verfasser.

3) § 153 Abs 1 und Abs 2 erster Deliktsfall StGB.

4) § 74 Abs 1 Z 4 StGB, siehe dazu später.

5) Dazu *Neger*, *Tatort Gemeindeamt*, RFG 2015, 4.

6) Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² (2009) § 153 Rz 1, 2.

7) *Fabrizy*, StGB Strafgesetzbuch¹¹ (2013) § 153 Rz 1.

8) Hierin liegt ein ganz wesentlicher Unterschied zum Amtsmissbrauch, der lediglich eine (potentielle) Schädigung an Rechten voraussetzt, während Untreue die – potentielle – Zufügung eines **Vermögensnachteils** voraussetzt!

9) § 5 Abs 3 StGB – der Täter handelt wissentlich, wenn er den Umstand oder Erfolg, für den das Gesetz Wissentlichkeit voraussetzt, nicht bloß für möglich hält, sondern sein Vorliegen oder Eintreten für gewiss hält.

10) Diesbezüglich reicht bedingter Vorsatz nach § 5 Abs 1 StGB – der Täter hält die Verwirklichung des inkriminierten Sachverhalts ernstlich für möglich und findet sich mit ihr ab.

11) § 153 Rz 42 Wiener Kommentar.

RFG 2015/14

§§ 2, 5, 17, 27, 74
Abs 1 Z 4,
§§ 153, 167, 313
StGB;
§§ 198 ff StPO

Untreue;
Beamter;
wissentlicher
Befugnis-
missbrauch;
bedingter
Vermögens-
schädigungs-
vorsatz;
tätige Reue;
Strafschärfung;
Diversion

B. Untreue im kommunalen Bereich

Wie bereits erwähnt, ist Untreue ein Sonderpflichtdelikt. Unmittelbarer Täter ist jener, der die Befugnis hat, über fremdes Vermögen zu verpflichten oder zu verfügen.

Beispiele

Im kommunalen Bereich bedeutet das, dass unmittelbarer Täter bspw der Bürgermeister im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung¹²⁾ oder der Gemeindesekretär, der sich für die Vergabe von Instandsetzungsaufträgen einen Vermögensvorteil zuwenden lässt,¹³⁾ sein kann. Leitende Beamte können Untreue begehen, auch wenn an ihren Vollziehungsaufgaben noch andere (auch approbationsbefugte) Organe des Landes mitzuwirken haben.¹⁴⁾

Die Berechtigung, über fremdes Vermögen zu verfügen oder zu verpflichten, kann sich entweder aus dem **Gesetz**, einem **behördlichen Auftrag** oder einem **Rechtsgeschäft** ergeben. Die gesetzliche Befugnis haben derartige Organe von Gebietskörperschaften, die durch Wahl bestellt worden sind und nicht durch behördlichen Auftrag eine unmittelbare Vertretungsmacht ableiten. Klassisches Beispiel hierfür ist der Bürgermeister.¹⁵⁾ Ein behördlicher Auftrag kann im Zivilrecht, im materiellen Verwaltungsrecht oder im Verfahrensrecht vorgesehen sein. Auch die Befassung eines Beamten mit Agenden der Privatwirtschaftsverwaltung ist ein derartiger Auftrag, der Vertretungsmacht zu begründen vermag.¹⁶⁾ Durch Rechtsgeschäft erhalten Bevollmächtigte aller Art ihre entsprechenden Befugnisse eingeräumt. Befugnisträger auf rechtsgeschäftlicher Basis können Bürgermeister, Kommunalpolitiker und Gemeindebedienstete bspw im Rahmen ihrer Organfunktion in Gesellschaften wie Gemeindebetrieben (oder als Genossenschaftsorgane) sein.¹⁷⁾

Die zur Taterfüllung wissentlich missbrauchte Befugnis muss in Tatzeitpunkt (noch) aktuell sein. Aufgehobene Vollmachten und frühere Befugnisse reichen nicht aus. Der Täter muss sich grundsätzlich im Rahmen der ihm vermittelten Macht bewegen. Bei genereller Befugnisüberschreitung oder Befugnisvortäuschung kann nicht Untreue, wohl aber nach Lage des Falls Betrug oder Täuschung vorliegen. Mitentscheidungsbefugnis reicht aus, der Täter muss nicht allein befugnisberechtigt sein. Die Mitentscheidungsbefugnis leitet der Beamte geht, wie erwähnt, nicht allein dadurch verloren, dass Organisationsvorschriften ein Zusammenwirken mit einer übergeordneten Ebene vorsehen¹⁸⁾ – dies ist vor allem im kommunalen Bereich hinsichtlich allfälliger aufsichtsbehördlicher Genehmigungen von Relevanz.

Befugnismissbrauch kann nicht nur durch aktives Tun, sondern kann auch durch **Unterlassung** begangen werden.¹⁹⁾ Nach ständiger Rechtsprechung ist unter „Missbrauch“ der Befugnis iSd § 153 Abs 1 StGB aus dem Blickwinkel der **Beteiligung** zumindest bedingt vorsätzlicher Fehlgebrauch zu verstehen.²⁰⁾ Beteiligte sind demnach nur unter der Voraussetzung wegen Untreue zu bestrafen, dass sie einen zumindest bedingt vorsätzlichen Fehlgebrauch der Befugnis durch deren Inhaber für gewiss halten und dabei einen zu-

mindest bedingten Vermögensschädigungsvorsatz haben.²¹⁾

C. Tätige Reue

Im Gegensatz zum Amtsmisbrauch ist Untreue der tätigen Reue nach § 167 StGB zugänglich. Dieser Rechtsnorm zufolge kommt dem Täter tätige Reue zu stehen, wenn er, bevor die Behörde von seinem Verschulden erfahren hat, wenngleich auf Andringen des Verletzten, so doch ohne hiezu gezwungen zu sein, den ganzen aus seiner Tat entstandenen Schaden gutmacht oder sich vertraglich verpflichtet, dem Verletzten binnen einer bestimmten Zeit solche Schadensgutmachung zu leisten. In letzterem Fall lebt die Strafbarkeit wieder auf, wenn der Täter seine Verpflichtung nicht einhält.²²⁾ Der Täter ist auch nicht zu bestrafen, wenn er den ganzen aus seiner Tat entstandenen Schaden im Zuge einer Selbstanzeige, die der Behörde sein Verschulden offenbart, durch Ertrag bei dieser Behörde gutmacht.²³⁾ Der Täter, der sich um die Schadensgutmachung ernstlich bemüht hat, ist auch dann nicht zu bestrafen, wenn ein Dritter in seinem Namen oder wenn ein anderer an der Tat Mitwirkender den ganzen aus der Tat entstandenen Schaden unter den in § 167 Abs 2 StGB genannten Voraussetzungen gutmacht.²⁴⁾

Durch das Benefizium der tätigen Reue können Untreuehandlungen sohin auch noch lange nach dem tatbildlichen Geschehen egalisiert werden, solange die Behörde – gemeint ist damit die zur Strafverfolgung berufene Behörde, also die Staatsanwaltschaft und die Sicherheitsbehörden – vom Verschulden des Täters keine Kenntnis erlangt hat.

D. Strafschärfung unter bestimmten Umständen

Nach § 313 StGB kann, wenn eine auch sonst mit Strafe bedrohte vorsätzliche Handlung von einem **Beamten**²⁵⁾ unter Ausnützung der ihm durch seine Amtstätigkeit gebotenen Gelegenheit begangen wird, das Höchstmaß der angedrohten Freiheitsstrafe oder Geldstrafe um die Hälfte überschritten werden. Die zeitliche Freiheitsstrafe darf jedoch die Dauer von 20 Jahren nicht überschreiten. Nach § 74 Abs 1 Z 4 StGB ist Beamter

„jeder, der bestellt ist, im Namen des Bundes, eines Landes, eines Gemeindeverbandes, einer Gemeinde oder einer anderen Person des öffentlichen Rechts [...] als deren Organ allein oder gemeinsam mit einem anderen Rechtshandlungen vorzunehmen oder

12) JUS 2900/6.

13) JBI 1980, 49.

14) EvBl 1987/53.

15) § 153 Rz 4 Wiener Kommentar.

16) § 153 Rz 5 Wiener Kommentar.

17) § 153 Rz 6 Wiener Kommentar.

18) SSt 57/57.

19) § 2 StGB – Begehung durch Unterlassung.

20) OGH 13 Os 29/08a mwN.

21) § 153 Rz 44 Wiener Kommentar.

22) § 167 Abs 2 StGB.

23) § 167 Abs 3 StGB.

24) § 167 Abs 4 StGB.

25) § 74 Abs 1 Z 4 StGB.

sonst mit Aufgaben der Bundes-, Landes- oder Gemeindeverwaltung betraut ist.“

Beamte im Sinne des Strafrechts sind also, neben Bediensteten der Gebietskörperschaften, auch Bürgermeister und Gemeinderäte in Vollziehung ihrer gesetzlichen Aufgaben.²⁶⁾ Das bedeutet, dass im Extremfall kommunale Entscheidungsträger, aber auch Gemeindebedienstete für Untreuehandlungen mit Freiheitsstrafe bis zu 15 Jahren bedroht sind.

E. Diversionelle Erledigung

Nach dem 11. Hauptstück der Strafprozessordnung²⁷⁾ ist die diversionelle Erledigung bei Untreuedelikten zulässig, wenn auf Grund eines hinreichend geklärten Sachverhalts feststeht, dass eine Einstellung des Verfahrens nicht in Betracht kommt, eine Bestrafung jedoch in Hinblick auf die Zahlung eines Geldbetrags oder die Erbringung gemeinnütziger Leistungen oder die Bestimmung einer Probezeit, in Verbindung mit Bewährungshilfe und der Erfüllung von Pflichten, oder einem Tauschgleich nicht geboten erscheint, um den Beschuldigten von der Begehung strafbarer Handlungen abzuhalten oder der Begehung strafbarer Handlungen durch andere entgegenzuwirken.²⁸⁾ In diesem Fall muss keine Verurteilung erfolgen. Bei einer diversionellen Erledigung wird kein Schuldspruch gefällt, der Beschuldigte bleibt also diesbezüglich unbescholten. In der Regel werden eine Geldbuße oder ein sonstiger Tauschgleich auferlegt.

F. Beispiele

Wie ausgeführt, können sich auch Bürgermeister, Kommunalpolitiker und Gemeindebedienstete im Rahmen ihrer Tätigkeit der Untreue schuldig machen. Sie werden regelmäßig auch im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung der Gemeinde tätig. Da die Gemeinde in diesem Bereich ein selbständiger Wirtschaftskörper ist, ist bei Erfüllung dieser Aufgaben „wie ein redlicher und verantwortungsbewusster Kaufmann/Unternehmer“ vorzugehen. Das bedeutet, dass die handelnden Personen nicht nur verpflichtet sind, die einzelnen (Verwaltungs-)Akte so vorzunehmen, dass hieraus kein Schaden für die Gemeinde entsteht, sondern die gesamte Geschäftstätigkeit derart auszuüben haben, dass sie den größtmöglichen Nutzen für die Gemeinde hervorbringt.²⁹⁾

Beispiele

Die Aufgaben, im Rahmen derer Untreue – versucht oder vollendet – verwirklicht werden kann, sind auch im kommunalen Bereich vielfältig. Beispiele hierfür sind – neben vielen anderen – Auftragsvergaben,³⁰⁾ Grundstücksverkäufe, Vermietung/Verpachtung und Förderungen.

Organisatorisch kann Untreue im kommunalen Bereich im Rahmen der Gemeinde als Gebietskörperschaft selbst, in Kommunalgesellschaften (Gemeindebetriebe, Ortsentwicklungsgesellschaften), aber auch in gemeindenahe Verbänden (Wasserverband, Abwasserverband, Abfallwirtschaftsverband, sonstige Zweckverbände) relevant sein.

G. Folgen für die Betroffenen

Neben Amtsmissbrauch verfolgen die Justizbehörden, gerade in Bezug auf Kommunalpolitiker, Untreuedelikte mit zunehmender Intensität. Dies ist, vergewärtigt man sich gerade die in jüngster Zeit anhängigen Wirtschaftsstrafverfahren, sicherlich prinzipiell indiziert.

Auf einige zusätzliche Gründe hierfür im kommunalen Bereich – verschärfter politischer „Mitbewerb“, anonyme Strafanzeigen, Whistleblowing-Website bei der Korruptionsstaatsanwaltschaft etc – wurde bereits in dem Beitrag über Amtsmissbrauch eingegangen.³¹⁾

Die strafrechtlichen Ermittlungsverfahren dauern in der Regel lange, teilweise fünf und mehr Jahre. Dies führt für die Beschuldigten und ihre Familien zu hohen emotionalen Belastungen,³²⁾ weshalb gerade im Umgang mit dem politischen Mitbewerb Maßhaltigkeit wünschenswert scheint.

In aller Regel kann davon ausgegangen werden, dass gerade Bürgermeister und andere Kommunalmandatare ihren Dienst an der Allgemeinheit mit Umsicht, Engagement und hohem Verantwortungsbewusstsein – und nicht in krimineller Absicht – leisten.

H. Ausblick

De lege ferenda sollen der Tatbestand der Untreue und deren Strafbarkeit auf unvertretbare wirtschaftliche Entscheidungen reduziert und unternehmerisches Handeln unter zunehmend unsicherer prognostizierbaren Rahmenbedingungen nicht unnötig kriminalisiert werden. „Redliches wirtschaftliches Scheitern“ soll straflos bleiben.³³⁾ Wirtschaftskreise streben die weitere Konkretisierung bzw Einschränkung der Strafbarkeit auf „absichtliche Schadenszufügung“ an.³⁴⁾ →

26) Neger, Tatort Gemeindeamt, RFG 2015, 4.

27) §§ 198 ff StPO.

28) § 198 Abs 1 StGB.

29) OGH 28. 6. 2000, 14 Os 107/99.

30) OGH 28. 6. 2000, 14 Os 107/99.

31) Neger, Tatort Gemeindeamt, RFG 2015, 4.

32) *Tragödie in der Thermenstadt*, Kurier v 20. 4. 2015 <http://kurier.at/chronik/oesterreich/fohnsdorf-tragoedie-in-der-thermenstadt/126.169.998> (Stand 21. 4. 2015).

33) *StGB-Reform: Untreue-Regelung wird präzisiert*, Die Presse v 14. 4. 2015 http://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/4708082/-StGBReform_UntreueRegelung-wird-praezisiert (18. 4. 2015).

34) *Strafgesetz: Debatte über Untreuebestimmung*, news.orf.at v 14. 4. 2015 <http://orf.at/stories/2273500/> (18. 4. 2015).

→ In Kürze

Untreue – wissentlicher Befugnismissbrauch im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung mit bedingtem Schädigungsvorsatz am Vermögen – wird durch Strafbehörden und Justiz zunehmend, wie auch Amtsmissbrauch, verschärft verfolgt und geahndet. Bürgermeister und andere Kommunalpolitiker und Gemeindebedienstete sind im Rahmen ihrer Tätigkeit für die Allgemeinheit diesbezüglich strafrechtlich gefährdet. Ohne die wenigen „schwarzen Schafe“ verharmlosen zu wollen, ist die spürbare Tendenz, politische Mitbewerber durch oftmals anonyme Anzeigen („Whistleblowing“) und sonstige, auch über die Medien transportierte, „Hinweise“ zu diskreditieren, auf das Entschiedenste abzulehnen.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Dieter Neger ist auf Wirtschaftsrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Gemeinderecht spezialisierter Rechtsanwalt und Gründungspartner der Kanzlei Neger/Ulm Rechtsanwälte OG in Graz. Kontaktadresse: Neger/Ulm Rechtsanwälte OG, Parkstraße 1, 8010 Graz.
Tel: +43 (0)316 23 20 32
Fax: +43 (0)316 67 25 90
E-Mail: offic@neger-ulm.at
Internet: www.neger-ulm.at

Vom selben Autor erschienen:

Beurteilung der Restwasserabgabe im Genehmigungs- und Widerstreitverfahren, RdU-U&T 2014,14 (gemeinsam mit *Thomas Neger* und *Wolfram Schachinger*);
Vertragsverletzungsverfahren wegen eingeschränkter Rechtsschutzmöglichkeiten im UVP-Feststellungsverfahren, RdU 2012, 154 (gemeinsam mit *Thomas Neger*);
Wasserwirtschaftliches Planungsorgan – LH versus LH verfassungswidrig! RdU, 2012, 107;
Die Kognitionsbefugnis des Umweltsenats im Berufungsverfahren, RdU 2011, 54.

Hinweis:

Das Thema Amtsmissbrauch wurde von *Dieter Neger* im Beitrag Tatort Gemeindeamt, RFG 2015, 4 behandelt.

→ Literatur-Tipp



Marek/Jerabek, Korruption und Amtsmissbrauch, 7. Auflage (2014)

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