

Rechtsgutachten zur Frage der Strafbarkeit von Bürgermeistern und Mitgliedern eines Gemeinderats, die auf die Berufung gegen einen Bescheid der Agrarbehörde I. oder II. Instanz über die Ergänzung des Regulierungsplans in einer Gemeindegutsagrargemeinschaftssache verzichten und der Gemeinde dadurch einen Vermögensnachteil zufügen

Univ.-Prof. Dr. Andreas Scheil,
Universitätsprofessur für Finanz- und Wirtschaftsstrafrecht,
Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie,
Universität Innsbruck

I. Vorbemerkung

A. Anlass für dieses Rechtsgutachten ist der laut Sitzungsprotokoll¹ einstimmige Beschluss des Gemeinderats der Gemeinde Axams vom 15. 4. 2009, keine Berufung zu erheben gegen den Bescheid des Amts der Tiroler Landesregierung als Agrarbehörde I. Instanz vom 2. 4. 2009 (AgrB-R277/373-2009), mit dem der Regulierungsplan vom 13. 12. 1959, IIIb1-1613/108, ergänzt und die Satzung der Gemeindegutsagrargemeinschaft Axams abgeändert wird und der dem Erkenntnis des VfGH vom 11. 6. 2008, B 464/07, Rechnung tragen soll. Der Bürgermeister von Axams hat keine Berufung gegen diesen Bescheid erhoben.

Wichtig: Nicht geprüft wird die Strafbarkeit des Bürgermeisters und der Mitglieder des Gemeinderats von Axams im konkreten Fall. Dafür fehlt mir die exakte Sachverhaltskenntnis. Die Nichterhebung der Berufung gegen diesen Bescheid durch den Bürgermeister von Axams und der Beschluss des Gemeinderats von Axams auf Unterlassung einer Berufung sollen nur Anlass geben für grundsätzliche Überlegungen einer allfälligen Strafbarkeit von Bürgermeistern und von Mitgliedern eines Gemeinderats in solchen Fällen.

Dabei werden folgende drei Sachverhaltsannahmen untersucht:

1. Der Bürgermeister verfügt nicht selbst über ausreichende juristische Kenntnisse, um sachgerecht beurteilen zu können, ob und, wenn ja, welche Erfolgsaussicht eine Berufung in welchen Punkten gegen solch einen Bescheid der Agrarbehörde (im Folgenden immer gemeint der I. oder II. Instanz) hätte, holt trotz dieses Mangels keine fundierte Rechtsauskunft von einem im ein-

¹ http://www.axams.tirol.gv.at/gemeindeamt/html/NS_GR_15_04_09.pdf.

schlägigen Recht ausgewiesenen und – das muss in diesem Zusammenhang auf Grund der historischen Erfahrungen betont werden² – von der Tiroler Agrarbürokratie unabhängigen Rechtsexperten ein und beschließt, keine Berufung gegen den Bescheid zu erheben und so die Chance auf Verbesserung der wirtschaftlichen Lage der Gemeinde gegenüber der Gemeindegutsagrargemeinschaft fahren zu lassen (**Fall 1**).

2. Die Mitglieder des Gemeinderats verfügen nicht selbst über ausreichende juristische Kenntnisse, um die Erfolgsaussicht einer Berufung gegen solch einen Bescheid der Agrarbehörde sachgerecht beurteilen zu können, holen trotz dieses Mangels keine fundierte Rechtsauskunft eines unabhängigen Rechtsexperten ein, fassen den Beschluss, keine Berufung gegen den Bescheid zu erheben, und verzichten so auf die Chance zur Verbesserung der wirtschaftlichen Lage der Gemeinde gegenüber der Gemeindegutsagrargemeinschaft (**Fall 2**).

3. Der Bürgermeister und/oder die Mitglieder des Gemeinderats gelangen auf Grund ihres vorhandenen oder nach sachkundiger Beratung erworbenen juristischen Fachwissens zu der Überzeugung, dass eine Berufung gegen solch einen Bescheid erfolgreich wäre und zur Verbesserung der wirtschaftlichen Lage der Gemeinde gegenüber der Gemeindegutsagrargemeinschaft führen würde, verzichten aber – aus welchen Gründen auch immer – auf die Berufung und damit auf die Verbesserung der wirtschaftlichen Lage der Gemeinde gegenüber der Gemeindegutsagrargemeinschaft (**Fall 3**).

B. Die Pflicht zur sorgsamen Verwaltung und Erhaltung des Gemeinnevermögens und zur Erzielung des größtmöglichen Nutzens aus dem ertragsfähigen Gemeinnevermögen für die Gemeinde

1. „Das Gemeinnevermögen ist sorgsam zu verwalten und zu erhalten“ (§ 69 Abs 1 Tiroler Gemeindeordnung; im Folgenden TGO).

Zum „Gemeinnevermögen“ zählen alle Sachen und Rechte, „über die die Gemeinde verfügberechtigt ist“ (§ 68 Abs 1 TGO), insbesondere auch das „Gemeindegut“, das ist der Teil des Gemeinnevermögens, der der Deckung des Haus- und Gutsbedarfs der nutzungsberechtigten Liegenschaften und der Bedürfnisse der Gemeinde dient (§ 68 Abs 3 TGO).

² Informativ auch zur Rolle der Tiroler Agrarbehörden und ihrer Juristen bis heute *Keller, Alexandra, Schwarzbuch Agrargemeinschaften*, Studienverlag GmbH (2009) – siehe auch Fußnote 14.

2. „Das ertragsfähige Gemeindevermögen ist so zu verwalten, dass daraus unter Wahrung der erforderlichen Sicherheit mit dem geringsten Aufwand der größtmögliche Nutzen erzielt wird“ (§ 69 Abs 2 TGO).

So lauten die zwei auch für juristische Laien leicht verständlichen Handlungsanweisungen, die die TGO allen Organen der Gemeinde erteilt, wozu der Gemeinderat und der Bürgermeister insbesondere gehören (§ 21 Abs 1 lit a und lit d TGO):

„Sorgsames Erhalten und Verwalten“ des Gemeindevermögens und „Erzielung des größtmöglichen Nutzens bei geringstem Aufwand“ aus dem Gemeindevermögen, das Erträge abzuwerfen im Stande ist, das sind zwei Grundsätze, die Bürgermeister und Gemeinderäte bei der Ausübung ihrer Funktionen immer beachten müssen.

II. Strafbarkeit wegen Untreue nach § 153 Abs 1 StGB

A. Der Tatbestand des § 153 Abs 1 StGB

Untreue nach § 153 Abs 1 StGB begeht, wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen andern zu verpflichten – das ist eine Vollmacht – wissentlich missbraucht und dadurch dem anderen – dem (Voll)Machtgeber – zumindest bedingt vorsätzlich einen Vermögensnachteil zufügt.

B. Die Prüfung der drei Fälle auf ihre Strafbarkeit wegen Untreue nach § 153 Abs 1 StGB

1. Der rechtsunkundige Bürgermeister unterlässt es, die für die Beurteilung der Erfolgsaussicht einer Berufung erforderlichen Rechtskenntnisse zu erwerben, und erhebt keine Berufung (Fall 1)

a. Die Vollmacht des Bürgermeisters zur Vertretung der Gemeinde durch Erhebung einer Berufung

Der Bürgermeister vertritt die Gemeinde nach außen (§ 55 Abs 1 TGO). Er führt ihre Geschäfte und er entscheidet in all den Angelegenheiten, die nicht einem anderen Gemeindeorgan wie dem Gemeinderat übertragen sind (§ 50 Abs 1 TGO).

Die Entscheidung für die Erhebung einer Berufung gegen einen Bescheid der Agrarbehörde in einer Gemeindegutsagrargemeinschaftssache fällt unzweifelhaft in die Zuständigkeit des Bürgermeisters, weil damit selbst im Falle der völligen Erfolglosigkeit der Berufung relativ niedrige Kosten für die Gemeinde verbunden sind. Es handelt sich dabei nicht um eine „Angelegenheit von grundsätzlicher Bedeutung“, deren Entscheidung gemäß § 30 Abs 1 TGO dem Gemeinrat vorbehalten wäre.

Kraft Gesetzes also (§§ 50 Abs1, 55 Abs 1 TGO) ist dem Bürgermeister die Vollmacht eingeräumt, über das Vermögen der Gemeinde im Hinblick auf die mit der Erhebung einer Berufung verbundenen Kosten (Verfahrenskosten, Kosten für die Beratung und Vertretung durch einen Rechtsanwalt) zu verfügen.

b. Der Machthaber Bürgermeister muss dem Machtgeber Gemeinde immer bei geringstem Aufwand den größtmöglichen wirtschaftlichen Nutzen verschaffen durch Vermehrung der Vorteile und durch Abwehr von Nachteilen

Weil vom Bescheid der Agrarbehörde das „Gemeindevermögen“ betroffen ist, zu dem, wie gesagt, auch das der Deckung des Haus- und Gutsbedarfs der nutzungsberechtigten Liegenschaften und der Bedürfnisse der Gemeinde dienende „Gemeindegut“ gehört, muss der Bürgermeister bei seiner Entscheidung über die Erhebung einer Berufung die Pflicht zur sorgsamen Verwaltung und Erhaltung des Gemeindevermögens beachten (§ 69 Abs 1 TGO); und weil von solch einem Bescheid auch immer das „ertragsfähige Gemeindevermögen“ betroffen ist, auch die Pflicht zur Erzielung des größtmöglichen Nutzens bei geringstem Aufwand (§ 69 Abs 2 TGO).

Diese zwei gesetzlichen Normen geben im Innenverhältnis zwischen dem Machtgeber Gemeinde und dem sie nach außen vertretenden Machthaber Bürgermeister die Richtlinie vor, wie der Bürgermeister seine Befugnis, über das Gemeindevermögen zu verfügen und dabei den größtmöglichen Nutzen für die Gemeinde zu erzielen, im konkreten Einzelfall auszuüben hat bei der Frage der Ergreifung/Nichtergreifung einer Berufung gegen einen Bescheid einer Agrarbehörde über die Ergänzung des Regulierungsplans in einer Gemeindegutsagrargemeinschaftssache: Er muss

bei „geringstem Aufwand“ an Rechtsverfolgungskosten all die rechtlichen Schritte setzen, die zum größtmöglichen wirtschaftlichen Vorteil für die Gemeinde führen und wirtschaftliche Nachteile, so weit wie möglich, von ihr abwenden. Dem Bürgermeister ist bei der Entscheidung für oder gegen die Berufung gegen den Bescheid der Agrarbehörde kein freies Ermessen eingeräumt, auch er ist gehalten, „die notwendigen rechtlichen Schritte zur Sicherung der Vermögensrechte der Gemeinden im Rahmen ihrer Agrargemeinschaften offensiv zu betreiben.“³

Wenn im Innenverhältnis, wie hier, konkrete Vorgaben fehlen über das „Wie“ der Ausübung einer Vollmacht im Einzelfall – die TGO zB regelt nicht explizit die Frage der Erhebung einer Berufung gegen einen Bescheid der Agrarbehörde –, dann greift die Rechtsprechung auf die Grundsätze redlicher und verantwortungsbewusster Geschäftsführung zurück, die sich ausschließlich am Interesse des Vertretenen zu orientieren haben (so schon SSt 26/10).⁴ Bei mehreren Möglichkeiten der Vollmachtausübung – hier Ergreifung eines Rechtsmittels gegen einen Bescheid einer Agrarbehörde oder eben nicht – ist jene zu wählen, die für den Vertretenen den größten Nutzen erwarten lässt (SSt 62/10). Der Machthaber muss dem Machtgeber immer den „größtmöglichen Nutzen“ verschaffen (SSt 56/88).⁵ „Jedes den Interessen des Vertretenen abträgliche Verhalten bei Gebrauch der Vollmacht“ ist ein Befugnismissbrauch im Sinne des Untreuetatbestands (SSt 62/10).

c. Das Unterlassen der fundierten Risikoanalyse vor der Entscheidung über die Ergreifung einer Berufung als Vollmachtmissbrauch

Weil die Ergreifung einer Berufung immer auch mit dem Risiko behaftet ist, dass die Kosten für die Rechtsvertretung und die Verfahrenskosten vom Berufungswerber zu tragen sind, wenn die Berufung keinen Erfolg zeitigt; und weil auch im Falle eines Teilerfolgs diese Kosten nicht vollständig hereingebracht werden können, muss der Machthaber bei der Prüfung der Frage eines Rechtsmittels, so wie jeder sorgfältige Kaufmann bei jedem anderen Risikogeschäft sonst auch⁶ – siehe zB die Leitlinien, die der OGH in einer zivilrechtlichen Entscheidung entwickelt hat⁷ –

³ Weber/Wimmer, Zehn verfassungsrechtliche Kernsätze zum Erkenntnis des VfGH vom 11.06.2008, B 464/07, II, Punkt 10, Seite 5.

⁴ Kienapfel-Schmoller, Strafrecht, Besonderer Teil II, Delikte gegen Vermögenswerte, Manz-Verlag, Wien 2003, § 153 Rz 60.

⁵ Kirchbacher/Presslauer in Wiener Kommentar, § 153 Rz 28.

⁶ Kienapfel-Schmoller, Strafrecht, Besonderer Teil II, Delikte gegen Vermögenswerte, § 153 Rz 70ff; Krekeler/Werner, Unternehmer und Strafrecht, 319.

⁷ 1 Ob 144/01k = SZ 2002/26.

zunächst eine **Risikoanalyse** vornehmen, bevor er das Rechtsmittel ergreift oder darauf verzichtet.

Konkret bedeutet dies im Falle der Frage einer Berufung gegen einen Bescheid einer Agrarbehörde in einer Gemeindegutsagrargemeinschaftssache wie der in Axams für den Bürgermeister Folgendes:

ca. Der Bürgermeister muss den Bescheid der Agrarbehörde im Lichte des oben zitierten Erkenntnisses des VfGH rechtlich – wenn mangels eigenen Sachverstands nötig, unter Zuhilfenahme eines sachkundigen und von der Agrarbürokratie unabhängigen Rechtsexperten – analysieren, die Erfolgsträchtigkeit einer Berufung beurteilen (lassen vom Rechtsexperten) und dann die wirtschaftlich erzielbaren Vorteile bzw. die durch die Berufung abwendbaren wirtschaftlichen Nachteile für die Gemeinde bewerten im Hinblick auf all die Punkte, die das derzeitige und künftige Gemeinnevermögen betreffen wie (es folgt ein Auszug aus dem Bescheid bezüglich der Gemeindegutsagrargemeinschaftssache Axams):

- Festsetzung der Höhe der Gemeindeanteile an den Erträgen aus dem Verkauf von gemeindegutsagrargemeinschaftlichen Grundstücken, aus den Einnahmen der Gemeindegutsagrargemeinschaft aus Dienstbarkeits- und Baurechtsverträgen oder aus Jagdpachten;
- Festsetzung der Höhe des Anteils an der Rücklage der Gemeindegutsagrargemeinschaft aus den früheren Substanznutzungen, der der Gemeinde zu zahlen ist;
- die Anordnung, dass mit der Übertragung des Anteils an der Rücklage an die Gemeinde „sämtliche Ansprüche aus Substanznutzungen früherer Jahre abgegolten“ sind usw.

Die umfangreiche Berufung der Gemeinde Musau gegen den Bescheid der Agrarbehörde erster Instanz vom 2. 3. 2009 in der Gemeindegutsagrargemeinschaftssache Musau zeigt, in wie vielen Punkten solch ein Bescheid der Agrarbehörde mit guten juristischen Argumenten zum Vorteil der Gemeinde anfechtbar ist.

Ob alle Berufungspunkte von Erfolg gekrönt sein werden und ob die Berufung der Gemeinde bei einer Saldierung der Kosten für die Rechtsverfolgung mit dem auf Grund der Berufung erzielten wirtschaftlichen Vorteil der Gemeinde letztlich einen in Geld bemessenen Gewinn brin-

gen wird, das ist nicht der springende Punkt für die Frage der richtigen Ausübung einer Vollmacht durch den Machthaber:

Entscheidend dafür ist alleine die im Einzelfall nach fundierter juristischer Prüfung des Bescheids ex ante gewonnene Erkenntnis des Machthabers, hier des Bürgermeisters, ob und, wenn ja, in welchen Punkten realistische Erfolgsaussichten für ein Rechtsmittel bestehen.

cb. Danach hat der Bürgermeister die voraussichtlichen Kosten der Berufung (Verfahrenskosten und Kosten der Rechtsberatung und Rechtsvertretung) für den Fall der (teilweisen) Erfolglosigkeit des Rechtsmittels abzuschätzen.

cc. Und schließlich muss der Bürgermeister das wirtschaftliche Risiko der Gemeinde beurteilen durch Vergleich der im Falle der (teilweisen) Erfolglosigkeit des Rechtsmittels drohenden Kosten mit den wirtschaftlichen Vorteilen inklusive der abgewehrten wirtschaftlichen Nachteile, die das ex ante als allenfalls erfolgreich beurteilte Rechtsmittel der Gemeinde brächte.

Wenn diese wirtschaftliche Bilanz aus der ex-ante-Sicht des Bürgermeisters für die Gemeinde negativ ausfällt, dann darf er keine Berufung erheben – das wird im gegebenen Zusammenhang freilich nur ganz selten der Fall sein, zB wenn von vornherein klar ist, dass die Berufung keinerlei Erfolg haben wird. Der Bürgermeister muss dann allerdings die Entscheidung, keine Berufung zu erheben, dem Gemeinderat überlassen, weil mit dem Verzicht auf die Berufung in einer Gemeindesagrargemeinschaftssache für die Gemeinde weitreichende und gravierende wirtschaftliche Folgen verbunden sind, die solch eine Entscheidung zur „Angelegenheit von grundsätzlicher Bedeutung“ im Sinne des § 30 Abs 1 TGO machen, für die der Gemeinderat zuständig ist – siehe unten II. B. 2. –.

Wenn zum Beispiel die Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels gering beurteilt werden, die Vorteile im Falle eines Rechtsmittelerfolges jedoch wesentlich höher wären als die Kosten des Rechtsmittels, ist die Entscheidung sicherlich Ermessenssache, fällt aber ebenfalls aus den oben genannten Gründen in die Kompetenz des Gemeinderates.

Wenn diese wirtschaftliche Bilanz aus der ex-ante-Sicht des Bürgermeisters positiv für die Gemeinde ausfällt, weil zum Beispiel die Erfolgsaussichten mit 50 % oder darüber eingeschätzt wurden und der aus der Erhebung der Berufung erwartete Nutzen für die Gemeinde die in Rela-

tion dazu geringen Kosten der Rechtsverfolgung in einer Gemeindegutsagrargemeinschaftssache (wie regelmäßig bei weitem) überwiegt – man denke alleine an die Entscheidung der Agrarbehörde, der Gemeinde Axams aus der Rücklage der Agrargemeinschaft Axams 35.600,-- Euro zuzusprechen und der Agrargemeinschaft rund 190.000,-- Euro zu belassen –, dann muss der Bürgermeister die Berufung gegen den Bescheid der Agrarbehörde erheben. Das immer vorhandene Restrisiko, dass ein Rechtsmittel doch nicht erfolgreich sein wird, entbindet nicht von der mit der Strafe wegen Untreue bewehrten Pflicht, das Rechtsmittel zu erheben, so die Chance auf Vermehrung des Gemeindevermögens aus der ex-ante-Sicht vorhanden ist – wie hier zB konkret durch Übertragung eines größeren Anteils an der Rücklage der Agrargemeinschaft Axams an die Gemeinde als die in erster Instanz zugesprochenen 35.600,-- Euro – und wenn diese Chance das Risiko eines Verlusts für die Gemeinde durch Tragung der Verfahrenskosten in Höhe von ein paar tausend Euro überwiegt. Nur so übt der Bürgermeister die ihm kraft Gesetzes erteilte Vollmacht gesetzeskonform aus, über das Gemeindevermögen zum größtmöglichen wirtschaftlichen Vorteil der Gemeinde zu verfügen.

cd. Andere Gesichtspunkte, die für die wirtschaftliche Bilanz der Gemeinde im Zusammenhang mit einem allfälligen Rechtsmittel nicht unmittelbar relevant sind, wie der in den Medien wiederholt zitierte „Dorffriede“, der durch Erhebung eines Rechtsmittels „gestört“ werden könnte/würde usw, haben dabei völlig außer Acht gelassen zu werden, so wichtig der „Dorffriede“ sonst auch ist.

d. Untreue durch pflichtwidriges Unterlassen der rechtlich gebotenen Erhebung einer Berufung zugunsten der Gemeinde (§§ 2, 153 Abs 1 StGB)

Dass auch das pflichtwidrige Unterlassen einer rechtlich gebotenen Vertretungshandlung Missbrauch der Vollmacht ist und den Tatbestand der Untreue durch Unterlassen nach den §§ 2, 153 Abs 1 StGB verwirklicht, ist in Lehre und Rechtsprechung einhellig anerkannt,⁸ insbesondere „für das Nichteinbringen einer Klage, eines Rechtsmittels, einer Mängelrüge oder eines Wechselprotests“.⁹ Der Untreuetatbestand wird verwirklicht, wenn es der Machthaber „pflichtwidrig unterlässt, mit der gebotenen rechtsgestaltenden Kraft die Vermögenslage des Machtgebers zu verbessern“.¹⁰

⁸ Statt aller *Fabrizy*, StGB, 9. Auflage, § 302 Rz 8.

⁹ *Kienapfel – Schmoller*, Strafrecht, Besonderer Teil II, Delikte gegen Vermögenswerte, § 153 Rz 67 mit weiteren Literatur- und Judikaturhinweisen.

¹⁰ *Kirchbacher/Presslauer* in Wiener Kommentar, § 153 Rz 30.

Wenn daher der Bürgermeister, dem das nötige juristische Wissen fehlt, die Frage der wirtschaftlichen Vor- und Nachteile einer Berufung gegen einen Bescheid der Agrarbehörde für die von ihm vertretene Gemeinde sachgerecht zu beurteilen, darauf verzichtet, sich vor seiner Entscheidung fundiertes Fachwissen mit Hilfe eines sachkundigen und unabhängigen Rechtskundigen anzueignen, missbraucht er alleine schon dadurch die Befugnis, über das Vermögen der Gemeinde zu verfügen, so er daraufhin – gleichsam „unbeleckt“ – die fristgerechte Erhebung der Berufung unterlässt.

f. Der Vermögensnachteil bei Begehung der Untreue durch Unterlassen

Dieser Missbrauch der Vollmacht muss kausal dafür sein, dass dem vertretenen Machtgeber, der Gemeinde, ein Vermögensnachteil zugefügt wird, der ihm mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erspart geblieben wäre, so man das gebotene Tun, hier die Erhebung der Berufung, dazu denkt. Der Vermögensnachteil selbst muss in einer in Geld bezifferbaren effektiven Einbuße an Vermögenssubstanz bestehen.¹¹

Dazu ist, wenn der Missbrauch der Vollmacht durch Unterlassung rechtlich gebotener Vertretungshandlungen einen „Gewinnentgang“¹² bewirkt, der nach überwiegender Ansicht der Lehre und nach der Rechtsprechung einen Vermögensnachteil im Sinne des § 153 Abs 1 StGB darstellt,¹³ ein Vergleich der Vermögenslage der Gemeinde vor und nach dem (hypothetisch) erfolgreich gewesenen Rechtsmittel anzustellen, mit all den Unsicherheiten, die damit verbunden sind.

Eine einigermaßen konkrete Vorstellung, wie dieser Vergleich im Einzelfall ausfallen könnte, werden wir erst haben, wenn zB die so genannte „Musterentscheidung“ der Agrarbehörde I. Instanz in der Gemeindegutsagrargemeinschaftssache Musau (März 2009) rechtskräftig geworden sein wird (Nachtrag Mai 2011: Über die Berufung der Gemeinde Musau hat entgegen § 73 Abs 1 AVG weder der Landesagrarsenat als Agrarbehörde II. Instanz „ohne unnötigen Aufschub“, längstens binnen sechs Monaten entschieden, noch der durch einen Devolutionsantrag im März 2010 angerufene Oberste Agrarsenat als Agrarbehörde III. Instanz, auch er blieb fast ein ganzes Jahr untätig und bat im Jänner 2011 die Parteien um „Stellungnahmen“; nach zwei Monaten zieht

¹¹ Kienapfel – Schmoller, Strafrecht, Besonderer Teil II, Delikte gegen Vermögenswerte, § 153 Rz 81ff.

¹² SSt 47/31.

¹³ Siehe Kienapfel – Schmoller, Strafrecht, Besonderer Teil II, Delikte gegen Vermögenswerte, § 153 Rz 88 mit weiteren Literatur- und Judikaturhinweisen.

die Agrargemeinschaft Musau ihren Devolutionsantrag wieder zurück, sodass die Entscheidung auch über die Berufung der Gemeinde Musau nach zwei Jahren jetzt wieder dem Landesagrarsenat obliegt – siehe Fußnote 3).¹⁴

Wenn im konkreten Einzelfall der Gemeinde durch den Rechtsmittelverzicht kein Vermögensnachteil zugefügt wird oder wenn, und sei es nur „in dubio pro reo“, die Zufügung eines solchen Vermögensnachteils nicht nachgewiesen werden kann, dann bedeutet das nicht eo ipso Straflosigkeit des Bürgermeisters: Auch der Versuch der Herbeiführung eines Vermögensnachteils durch Unterlassung des rechtlich gebotenen Rechtsmittels ist als Versuch der Untreue nach den §§ 2, 15, 153 Abs 1 StGB gerichtlich strafbar.

g. Die subjektive Tatseite des § 153 Abs 1 StGB

ga. Hinsichtlich des Befugnismissbrauchs, des Missbrauchs der Vollmacht, verlangt § 153 Abs 1 StGB „Wissentlichkeit“.

An der damit gemeinten „subjektiven Gewissheit“ des Bürgermeisters, der nicht selbst über die für eine fundierte Risikoanalyse erforderliche Rechtskenntnis zur Beurteilung der Erfolgsaussichten einer Berufung verfügt, besteht kein Zweifel: Er weiß, dass er sich juristisch nicht auskennt, er weiß daher ohne jeden Zweifel auch, dass er die ihm eingeräumte Befugnis, über das Gemeindevermögen zu verfügen, nicht rechtskonform ausübt, also missbraucht, wenn er vor der Entscheidung über die Erhebung des Rechtsmittels keine fundierte juristische Expertise einholt zur Prüfung der Vor- und Nachteile der Gemeinde im Falle einer Berufung und so die Berufung unterlässt.

gb. Bezuglich der Zufügung des Vermögensnachteils wird nicht Wissentlichkeit verlangt, diesbezüglich genügt zumindest so genannter „bedingter Vorsatz“.

Dafür ist nur erforderlich, dass es der Bürgermeister ernstlich für möglich hält, das heißt, dass er das Risiko erkennt und auch ernst nimmt, dass durch die Nichterhebung der Berufung gegen den Bescheid der Agrarbehörde die wirtschaftliche Lage der Gemeinde gegenüber der Gemeindegegut-

¹⁴ „Entscheidung zur Musauer Agrar seit Jahren verschleppt, Bürgermeister Sieghard Wachter reicht es: Seit 2008 wartet die Gemeinde auf ein Urteil. Auch der Landesagrarsenat lässt einfach Fristen verstreichen“ (<http://194.232.15.121/csp/cms/sites/tt/%C3%9Cberblick/Politik/PolitikTirol/2680390-6/entscheidung-zur-musauer-agrar-seit-jahren-verschleppt.csp>).

sagrargemeinschaft nicht verbessert oder gar verschlechtert wird – der Bürgermeister erkennt z.B., dass die ernst zu nehmende, realistische Möglichkeit besteht, dass der Anteil der Gemeinde an der Rücklage zu niedrig ist und dass ihr die Rechtsmittelinstanz einen höheren Anteil zu erkennen wird.

Und in einem zweiten Schritt muss der Bürgermeister sich dann mit diesem realistisch möglichen Vermögensnachteil, und sei er noch so klein, für die Gemeinde „abfinden“, wofür bewusste Gleichgültigkeit genügt. Der Verzicht auch auf nur „ein paar Tausend Euro aus der Rücklage“ der Agrargemeinschaft, die für die Gemeinde mittels Berufung erreichbar wären, und sei es aus Gleichgültigkeit, gleichsam nach dem Motto: „Die paar Tausend Euro weniger für die Gemeinde jucken doch keinen“, begründet bedingten Vorsatz in Bezug auf den Vermögensnachteil.

Selbstverständlich kann der Bürgermeister der Gemeinde den Vermögensnachteil auch wissentlich zufügen: Wissentlichkeit liegt dann vor, wenn er subjektiv davon überzeugt ist, dass er durch Unterlassung der Berufung der Gemeinde einen in Geld bezifferbaren Vermögensnachteil zufügt zB in Gestalt des „entgangenen Gewinns“ gegenüber der Gemeindegutsagrargemeinschaft durch Verzicht auf einen höheren Anteil der Gemeinde an der Rücklage der Agrargemeinschaft usw.

Auch Absicht, der Gemeinde durch den Verzicht auf die Berufung einen Vermögensnachteil zuzufügen, ist tatbestandsgemäß und denkbar: ZB wenn der Bürgermeister wegen des viel zitierten „Dorffriedens“ ganz gezielt auf einen subjektiv für erreichbar gehaltenen Vermögenszuwachs der Gemeinde zu Lasten der Gemeindegutsagrargemeinschaft verzichtet.

h. Wertqualifikationen

Je nach Höhe des zugefügten und vom Vorsatz umfassten Vermögensnachteils droht das StGB unterschiedlich hohe Freiheitsstrafen an: Bei einem Vermögensnachteil bis einschließlich 3.000 Euro eine Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten. Bei einem Vermögensnachteil bis einschließlich 50.000 Euro eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und bei einem Vermögensnachteil von mehr als 50.000 Euro eine Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren (§ 153 Abs 2 StGB).

Da Bürgermeister und Gemeinderäte bestellt sind, im Namen der Gemeinde Rechtshandlungen vorzunehmen, sind sie Beamte im Sinne des § 74 Abs 1 Z 4 StGB; nach § 313 StGB kann das Höchstmaß der angedrohten Geld- oder Freiheitsstrafe um die Hälfte überschritten werden,

wenn, wie hier, die Untreue unter Ausnützung der durch die Amtstätigkeit gebotenen Gelegenheit begangen wird (Freiheitsstrafe bis zu fünfzehn Jahren).

Beim Versuch, wenn es trotz des Verzichts auf die Berufung zu keinem Vermögensnachteil gekommen für die Gemeinde kommt, zB weil auf Grund einer Berufung eines anderen durch die Rechtsmittelinstanz eine Entscheidung herbeigeführt wird, die die korrekte vermögensrechtliche Position der Gemeinde gegenüber der Gemeindegutsagrargemeinschaft (wieder)herstellt, richten sich diese Strafandrohungen danach, auf welchen Vermögensnachteil der Vorsatz des Bürgermeisters gerichtet war.

2. Der rechtsunkundige Gemeinderat unterlässt es, die für die Beurteilung der Erfolgssicht einer Berufung erforderlichen Rechtskenntnisse zu erwerben, und beschließt, keine Berufung gegen den Bescheid zu erheben (Fall 2)

a. Wenn der Bürgermeister, was er immer tun darf in Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereichs der Gemeinde, die Meinung des Gemeinderats zur Frage der Erhebung einer Berufung gegen den Bescheid der Agrarbehörde einholt (§ 50 Abs 1 TGO); oder wenn er zu der Überzeugung gekommen ist, keine Berufung zu erheben, weil sie die Gemeinde mehr kostete als sie ihr wirtschaftlich brächte, dann muss er den Gemeinderat mit der Frage des Verzichts auf die Berufung gegen den Bescheid einer Agrarbehörde in einer Gemeindegutsagrargemeinschaftssache wie der in Axams befassen, da es sich bei solch einem Verzicht auf die Berufung mit all seinen weitreichenden und gravierenden Konsequenzen für die Gemeinde um eine „Angelegenheit von grundsätzlicher Bedeutung“ im Sinne des § 30 Abs 1 TGO handelt, deren Entscheidung dem Gemeinderat vorbehalten ist.

b. Die Mitglieder des Gemeinderats, die in ihrer Gesamtheit den Gemeinderat bilden und die geloben müssen, das „Wohl der Gemeinde und ihrer Bewohner“ nach bestem Wissen und Können zu fördern (§ 28 TGO), haben dann exakt dasselbe zu tun wie der Bürgermeister – siehe oben II. B. 1. –: Auch sie trifft die in den § 69 Abs 1 und Abs 2 TGO verankerte Pflicht zur sorgsamen Verwaltung und Erhaltung des Gemeindevermögens und zur Erzielung des größtmöglichen Nutzens aus dem „ertragsfähigen Gemeindevermögen“ bei geringstem Aufwand.

Sie müssen, wie oben für den Bürgermeister ausgeführt, zunächst eine Risikoanalyse bezüglich der Kosten und des wirtschaftlichen Nutzens einer Berufung für die Gemeinde vornehmen und

dazu, falls nötig, einen sachkundigen Rechtsexperten zu Rate ziehen, und für den Fall des voraussichtlichen Erfolgs der Berufung deren Kosten mit dem voraussichtlichen wirtschaftlichen Nutzen für die Gemeinde vergleichen und sich für die Berufung entscheiden, wenn der voraussichtliche wirtschaftliche Vorteil für die Gemeinde die Kosten der Berufung überwiegt; sonst dagegen.

c. Auch die Gemeinderäte dürfen bei dieser ausschließlich wirtschaftlichen Betrachtung sachfremde Gesichtspunkte wie den bereits erwähnten „Dorffrieden“ nicht ins Kalkül ziehen.

d. Hinsichtlich der Strafbarkeit der Mitglieder des Gemeinderats besteht gegenüber dem Bürgermeister nur ein Unterschied, und zwar insofern, als dem Gemeinderat keine Vollmacht zur Vertretung der Gemeinde eingeräumt ist. Alleine deswegen kommen die Mitglieder des Gemeinderats, die mit ihren Stimmen zu Unrecht einen Beschluss des Gemeinderats auf Verzicht der Berufung herbeiführen, nicht als unmittelbare Täter der Untreue nach § 153 Abs 1 StGB in Betracht, sie sind nicht (Voll)Machthaber.

Sehr wohl aber können sich die Mitglieder des Gemeinderats als „Extranei“ wegen Beteiligung am Sonderdelikt Untreue strafbar machen: Entweder als Bestimmungstäter nach den §§ 12 2. Fall, 14 Abs 1, 153 Abs 1 StGB, wenn sie mit ihrem Beschluss auf Verzicht der Berufung, ohne vorher die dafür erforderliche Rechtskenntnis erworben zu haben usw, erst den Tatentschluss des Bürgermeisters wecken, keine Berufung zu erheben; oder als Beitragstäter nach den §§ 12 3. Fall, 14 Abs 1, 153 Abs 1 StGB, wenn sie den bereits zum Verzicht auf die Berufung entschlossenen Bürgermeister in seinem Beschluss psychisch bestärken und so (mit)ursächlich dafür werden, dass er keine Berufung ergreift.

Die strittige Frage, ob es für die Strafbarkeit der Bestimmungs- und Beitragstäter genügt, dass der unmittelbare Täter, hier also der Bürgermeister, seine Vollmacht bloß „objektiv pflichtwidrig“ durch Nichtergreifung der Berufung gebraucht – so die ältere Rechtsprechung –, oder ob für die Strafbarkeit der Bestimmungs- und Beitragstäter der unmittelbare Täter die Vollmacht „vorsätzlich“ – so die neuere Rechtsprechung – oder gar „wissentlich“ missbrauchen muss – so ein Teil der Lehre –, verweise ich die an diesen Details Interessierten der besseren Verständlichkeit dieses Gutachtens halber auf eine Literaturstelle, die die unterschiedlichen Auffassungen umfassend darstellt.¹⁵

¹⁵ Kienapfel – Schmoller, Strafrecht, Besonderer Teil II, Delikte gegen Vermögenswerte, § 153 Rz 117 ff.

Unstrittig für die Strafbarkeit des Bestimmungs- oder Beitragstasters allerdings ist, dass er hinsichtlich des Vollmachtsmissbrauchs (durch den Bürgermeister) wissentlich handelt, dass der Bestimmungs- oder Beitragstater also subjektiv überzeugt ist, dass der Bürgermeister seine Vollmacht missbraucht, und dass der Bestimmungs- oder Beitragstater hinsichtlich des Vermögensnachteils mit zumindest bedingtem Vorsatz handelt. Auch dazu kann auf das oben zum Bürgermeister unter II. B. 1. g. Gesagte verwiesen werden.

Und hinsichtlich der Wertqualifikationen wird auf II. B. 1. h. verwiesen.

e. Exkurs. Wie wirkte sich der rechtswidrige und sogar wegen Beteiligung an einer Untreue strafbare Beschluss des Gemeinderats auf Verzicht einer Berufung unter den oben in II. B. 1. für den Bürgermeister beschriebenen Bedingungen auf die Strafbarkeit des Bürgermeisters aus, wenn der Bürgermeister an dem Gemeinderatsbeschluss nicht mitgewirkt hat oder wenn er dabei übereinstimmt worden ist und wenn er dann diesen Beschluss exekutiert und kein Rechtsmittel ergreift, obwohl seiner Meinung nach im Interesse der Gemeinde Berufung zu erheben wäre.

Der Bürgermeister darf einen Beschluss des Gemeinderats, der (straf)gesetzwidrig ist, gemäß § 52 Abs 1 TGO nicht vollziehen. Verzichtet der Bürgermeister trotzdem auf die (rechtzeitige) Berufung und verwirklicht er dadurch den objektiven und subjektiven Tatbestand der Untreue, dann rechtfertigt oder entschuldigt ihn der Gemeinderatsbeschluss nicht: Er macht sich wegen Untreue strafbar.

Wenn der nicht zum Verzicht auf die Berufung entschlossene Bürgermeister den Beschluss des Gemeinderats auf Verzicht der Berufung ignoriert und entgegen dem Gemeinderatsbeschluss Berufung zugunsten der Gemeinde erhebt, dann wird die Untreue nicht vollendet. Dann machen sich die Mitglieder des Gemeinderats, die ihn durch ihren Beschluss zum Verzicht auf die Berufung bewegen wollten, allerdings wegen Versuchs der Bestimmung zur Untreue nach den §§ 12 2. Fall, 15 Abs 2, § 153 Abs 1 StGB strafbar.

3. Der Bürgermeister und/oder die Mitglieder des Gemeinderats verzichten auf die Berufung, obwohl sie auf Grund ihres vorhandenen oder nach Beratung erworbenen juristischen Fachwissens zu der Überzeugung gelangt sind, dass die Berufung gegen den Bescheid der Agrarbehörde erfolgreich wäre und zu einer Verbesserung der wirtschaftlichen Lage der Gemeinde gegenüber der Gemeindegutsagrargemeinschaft führte (Fall 3)

Es braucht nach all dem Gesagten keine weitschweifigen Ausführungen, dass der Bürgermeister, der bei solch einem Kenntnisstand aus (partei)politischen oder sonst sachfremden Erwägungen auf die Berufung verzichtet und dadurch der Gemeinde einen Vermögensnachteil zufügt, Untreue als unmittelbarer Täter begeht. Und dass sich die Mitglieder des Gemeinderats, die bei diesem Kenntnisstand den Verzicht auf Berufung beschließen, als Bestimmungs- oder Beitragstäter wegen Untreue strafbar machen: Weil sie alle subjektiv davon überzeugt sind, dass das Rechtsmittel erfolgreich wäre und der Gemeinde insgesamt wirtschaftliche Vorteile brächte, und weil sie deswegen hinsichtlich des Missbrauchs der Vollmacht des Bürgermeisters ebenso für gewiss hielten wie den Vermögensnachteil für der Gemeinde.

III. Kein Amtsmissbrauch nach § 302 Abs 1 StGB durch Verzicht auf die Berufung

Missbrauch der Amtsgewalt kann nur „in Vollziehung der Gesetze“ begangen werden, womit nach herrschender Ansicht allerdings ausschließlich die Hoheitsverwaltung (oder die hier zweifelsfrei nicht vorliegende Gerichtsbarkeit) gemeint ist.

Hoheitsverwaltung ist von der Privatwirtschaftsverwaltung insofern abzugrenzen, als sie durch die Über- und Unterordnung der Rechtssubjekte gekennzeichnet ist; während die Privatwirtschaftsverwaltung durch die Gleichordnung der Rechtssubjekte gekennzeichnet ist und überdies nur mittelbar der Erreichung bestimmter gesetzlicher Zwecke dient.

Hier tritt die Gemeinde bei der Frage der Bekämpfung eines Bescheids der Agrarbehörde nicht als ein – wem immer – übergeordnetes Rechtssubjekt auf. Dass der Verwaltungsbereich durch Normen des öffentlichen Rechts, hier konkret insbesondere durch Normen der TGO geregelt ist, bedeutet nicht *eo ipso* die Zuordnung zur Hoheitsverwaltung, alleine deshalb liegt nicht Amtsmissbrauch vor.¹⁶

IV. Amtsmissbrauch nach § 302 Abs 1 StGB durch Nichtwahrnehmung der Befangenheit nach § 29 TGO

Der Vollständigkeit halber sei in diesem Zusammenhang zum Schluss noch darauf hingewiesen, dass durch die wissentliche Nichtwahrnehmung einer allfälligen Befangenheit nach § 29 TGO bei

¹⁶ Vergleich zu all dem statt aller *Fabrizy*, StGB, 9. Auflage, § 302 Rz 2ff.

der Behandlung der Frage der Berufung gegen den Bescheid der Agrarbehörde durch den Bürgermeister oder durch ein Mitglied des Gemeinderats der Tatbestand des Amtsmissbrauchs nach § 302 Abs 1 StGB verwirklicht werden kann.¹⁷

V. Zusammenfassung

Der rechtsunkundige Bürgermeister, der es wissentlich unterlässt, die für die Beurteilung der Erfolgsaussicht einer Berufung gegen den Bescheid der Agrarbehörde erforderlichen Rechtskenntnisse mit Hilfe eines kundigen (und von der Agrarbürokratie unabhängigen) Rechtsexperten zu erwerben, um die wirtschaftlichen Vor- und Nachteile einer Berufung für die Gemeinde sachgerecht beurteilen zu können, missbraucht alleine dadurch die ihm kraft Gesetzes eingeräumte Vollmacht, über das Gemeinnevermögen zu verfügen, und macht sich wegen Untreue nach § 153 StGB strafbar, wenn er keine Berufung erhebt und den der Gemeinde dadurch zugefügten Vermögensnachteil zumindest ernstlich für möglich hält und sich damit abfindet.

Rechtsunkundige Gemeinderäte, die es wissentlich unterlassen, die für die Beurteilung der Erfolgsaussicht einer Berufung gegen den Bescheid der Agrarbehörde I. oder II. Instanz erforderlichen Rechtskenntnisse mit Hilfe eines kundigen (und von der Agrarbürokratie unabhängigen) Rechtsexperten zu erwerben, um die wirtschaftlichen Vor- und Nachteile einer Berufung für die Gemeinde sachgerecht beurteilen zu können und die die Nichterhebung einer Berufung beschließen mit zumindest bedingtem Vorsatz auf einen Vermögensnachteil für die Gemeinde, machen sich als Bestimmungs- oder Beitragstäter wegen Untreue nach § 153 StGB strafbar, wenn der Bürgermeister auf Grund dieses Beschlusses keine Berufung erhebt. Vollzieht der Bürgermeister, sie wie es die Tiroler Gemeindeordnung von ihm verlangt und um die Strafbarkeit wegen Untreue zu vermeiden, solch einen rechtswidrigen Beschluss nicht und erhebt er Berufung, dann haben sich die Gemeinderäte wegen des Versuchs der Bestimmung zur Untreue strafbar gemacht, die durch ihren Gemeinderatsbeschluss im Bürgermeister den Entschluss zur Nichterhebung der Berufung wecken wollten.

Erst recht wegen Untreue nach § 153 StGB als unmittelbare Täter bzw als Bestimmungs- oder Beitragstäter machen sich strafbar der Bürgermeister bzw die Gemeinderäte, die auf Grund ihrer vorhandenen oder erworbenen Rechtskenntnisse subjektiv davon überzeugt sind, dass eine Beru-

¹⁷ OGH 14. 3. 2000, 11 Os 125/99 = EvBl 2000/152 = RZ 2000/38; OGH 7. 11. 2002, 12 Os 97/02 = RIS-Justiz RS0096816 usw.

fung erfolgreich wäre und der Gemeinde einen wirtschaftlichen Vorteil gegenüber der Gemeindesagrargemeinschaft brächte, wenn der Bürgermeister die Berufung unterlässt bzw wenn die Gemeinderäte die Unterlassung der Berufung beschließen und den Bürgermeister dadurch zur Unterlassung der Berufung veranlassen.

Die wissentliche Nichtwahrnehmung der Befangenheit nach § 29 Tiroler Gemeindeordnung bei der Behandlung der Frage einer Berufung gegen den Bescheid einer Agrarbehörde durch den Bürgermeister oder durch ein Mitglied des Gemeinderats ist als Amtsmissbrauch nach § 302 StGB strafbar.

Innsbruck, am 7. August 2009

Univ.-Prof. Dr. Andreas Scheil e. h.

Version Mai 2011