

Rechtsgutachten zur Frage der Strafbarkeit von Mitgliedern des Gemeinderats der Gemeinde St. Jakob, wenn sie dem „Beschlussantrag“ der Agrargemeinschaften „Unterrotte“ und „Oberrotte“ stattgeben (Unterschriften des Obmanns, Obmann Stellvertreters und Kassiers der „Unterrotte“ und des Obmanns der „Oberrotte“ schwer leserlich, „St. Jakob, im Dezember 2012“)

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

Grundlage der folgenden Sachverhaltsannahme sind einerseits die (Hintergrund)Informationen, die mir RA Dr. Martin Zanon am 17.12. 2012 in seinem Büro gegeben hat und andererseits der in der Überschrift bezeichnete „ANTRAG AN DEN GEMEINDERAT der Gemeinde St. Jakob im Defreggental“ sowie eine Email der Frau Mag. Christine Salcher, Amt der Tiroler Landesregierung, Abteilung Gemeindeangelegenheiten, vom 12. Dezember 2012 an den Bürgermeister und Landtagsabgeordneten Mag. Hauser:

I. Sachverhalt

Danach ist derzeit beim Landesagrarsenat ein Rechtsmittelverfahren anhängig über Berufungen der Agrargemeinschaften Unterrotte und Oberrotte, beide St. Jakob im Defreggental, die sich gegen die Bescheide des Amts der Tiroler Landesregierung jeweils vom 6. 7. 2011 richten, mit denen festgestellt worden ist, dass es sich bei den beiden Agrargemeinschaften um – vereinfacht dargestellt – so genannte „Gemeindegutsagrargemeinschaften“ handelt. Über diese Rechtsmittel hat der Landesagrarsenat noch nicht entschieden, ob er den Berufungen stattgeben und feststellen wird, dass es sich bei den zwei genannten Agrargemeinschaften um keine „Gemeindegutsagrargemeinschaften“ handelt; oder ob er die erstinstanzliche Bescheide auf Feststellung von Gemeindegutsagrargemeinschaften bestätigten wird, ist derzeit offen.

Vor diesem Hintergrund ist der erwähnte „ANTRAG AN DEN GEMEINDERAT“ zu sehen, mit dem der Gemeinderat der Gemeinde St. Jakob – zusammengefasst – zu folgenden drei Dingen veranlasst werden soll:

1. Soll der Gemeinderat seine „Überzeugung zum Ausdruck“ bringen, „dass ein Unterschied zwischen den ehemaligen ‘Rotten’ ‘Feistritz’ und ‘Großrotte’ sowie ‘Unterrotte’ und ‘Oberrotte’ nicht nachvollziehbar ist“ und „dass alle vier ehemaligen ‘Rotten’ bzw. deren Mitglieder gleich behandelt werden müssen“. „Jede andere Entscheidung scheint vor dem Hintergrund des Gleichheitsgrundsatzes unerträglich und würde eine gedeihliche Entwicklung von Zusammenarbeit und Zusammenleben in der Ortsgemeinde St. Jakob gefährden“.

2. Soll der Gemeinderat beschließen, dass er bei „seiner Einschätzung der Sach- und Rechtslage“ vom „Bescheid vom 9. Jänner 1939 Zl 96112-2/J/39 der Landeshauptmannschaft Klagenfurt“ „betreffend die ‘Interessenschaft Innere und äußere Großrotte‘“ ausgehe, „welche nach dieser Entscheidung ‘keine Einrichtung gemeinderechtlicher Art’ sei, ‘da sie nur aus agrarischen Grundstücken bestehe‘“. Der Gemeinderat soll sich also mit Beschluss darauf festlegen, dass es sich bei den Agrargemeinschaften „Innere und Äußere Großrotte“ um keine Gemeindegutsagrargemeinschaften handle und dass – weiter – auch die „übrigen Agrargemeinschaften der von St. Jakob“ keine Gemeindegutsagrargemeinschaften seien.

3. Soll der Gemeinderat die Forderung nach Gleichbehandlung „aller vier ehemaligen ‘Rotten’ in dem Sinn“ erheben, „dass auch hinsichtlich der der ehemaligen ‘Oberrotte’ und hinsichtlich der ehemaligen ‘Unterrotte’, heute beides Agrargemeinschaften, auf ‘Gemeindegutsfreiheit’ entschieden wird“.

II. Strafrechtliche Beurteilung des Sachverhalts

Sinn dieses „Beschlussantrags“ an den Gemeinderat, dem keine Kompetenz zur Lösung der Frage zukommt, ob die beiden Agrargemeinschaften Gemeindegutsagrargemeinschaften sind oder nicht, ist im Kern die unter 3. geschilderte „Forderung“ nach „Gleichbehandlung“ aller vier „ehemaligen Rotten“ – eine der heutigen Agrargemeinschaften von St. Jakob soll nach Auskunft von Dr. Zanon als „Nichtgemeindegutsagrargemeinschaft“ festgestellt worden –, und zwar, dass hinsichtlich der beiden Agrargemeinschaften „Oberrotte“ und „Unterrotte“ darauf „entschieden wird“, dass auch sie – entgegen den Bescheiden der Agrarbehörde I. Instanz – keine Gemeindegutsagrargemeinschaften sind.

a. Diese Forderung nach Entscheidung auf Feststellung der „Nichtgemeindegutseigenschaft“ würde sich zunächst einmal an den Landesagrarsenat selbst richten, bei dem derzeit das Berufungsverfahren anhängig ist gegen die eingangs erwähnten zwei Bescheide des Amts der Tiroler Landesregierung vom 6. 7. 2011, mit denen festgestellt worden ist, dass die Agrargemeinschaften „Oberrotte“ und „Unterrotte“ Gemeindegutsagrargemeinschaften sind.

Sollte der Gemeinderat die Forderung an die Agrarbehörde II. Instanz nach Feststellung auf „Nichtgemeindegutseigenschaft“ der beiden Agrargemeinschaften fassen, dann wäre dieser Beschluss **im Hinblick auf die Agrarbehörde II. Instanz**, die den Sachverhalt amtswegig zu ermitteln und dann auf Basis der Gesetzes zu entscheiden hat, wohl kein strafbarer Versuch der Bestimmung der Mitglieder des Landesagrarsenats zum Missbrauch der Amtsgewalt nach §§ 12, 15, 302 Abs 1 StGB: Solch ein Gemeinderatsbeschluss – die übrigen Strafbarkeitsvoraussetzungen wie Vorsatz auf Herbeiführung einer amtsmissbräuchlichen Entscheidung des Landesagrarsenats unterstellt – ist meines Erachtens nicht geeignet, die Beamten des Landesagrarsenats dazu zu verleiten, wider besseres Wissen und gesetzwidrig festzustellen, dass es sich bei den Agrargemeinschaften „Oberrotte“ und „Unterrotte“ um keine Gemeindegutsagrargemeinschaften handelt, sind als absolut untauglicher Versuch mangels Eignung der Handlung nach § 15 Abs 3 StGB nicht strafbar.

b. Dieser Beschluss würde freilich auch Wirkung entfalten **im Hinblick auf das weitere Prozedere des Gemeinderats und des Bürgermeisters nach der Entscheidung des Landesagrarsenats**.

Nach § 69 Abs 1 Tiroler Gemeindeordnung (TGO) ist das „Gemeindevermögen“ „sorgsam zu verwalten und zu erhalten“. Zum „Gemeindevermögen“ zählen alle Sachen und Rechte, „über die die Gemeinde Verfügungsberechtigt ist“ (§ 68 Abs 1 TGO), insbesondere auch das „Gemeindegut“, das ist der Teil des Gemeindevermögens, der der Deckung des Haus- und Gutsbedarfs der nutzungsberechtigten Liegenschaften und der Bedürfnisse der Gemeinde dient (§ 68 Abs 3 TGO). Und 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). Diese Handlungsanweisungen erteilt 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.

Wenn sich der Gemeinderat durch den geforderten Beschluss darauf festlegen würde, dass es sich bei den zwei gegenständlichen Agrargemeinschaften entgegen den beiden bekämpften Bescheiden der Agrarbehörde I. Instanz um keine Gemeindegutsagrargemeinschaften handele, dann würde sich der Gemeinderat bezüglich der bevorstehenden Entscheidungen des Landesagrarsenats binden: Sollte dieser nämlich auch zur Feststellung „Gemeindegutsfreiheit“ kommen, dann brächte der Gemeinderat schon jetzt zum Ausdruck, dass er diese Entscheidung nicht bekämpft will und wird – strafrechtlich wäre das im Hinblick auf eine allfällige künftige Entscheidung des Gemeinderats, kein Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Landesagrarsenats zu erheben, sollte er die Gemeindegutseigenschaft der beiden Agrargemeinschaften verneinen, als bloßes Vorhaben irrelevant.

Strafrechtlich sehr wohl relevant wäre aber der Gemeinderatsbeschluss, sollte dem „Beschlussantrag“ stattgegeben, im Hinblick auf den Bürgermeister zu beurteilen. Der Bürgermeister soll wohl jetzt schon durch den Gemeinderat dazu gebracht werden, die Entscheidung des Landesagrarsenats, mit der auf „Gemeindegutsfreiheit“ der beiden Agrargemeinschaften entschieden wird, zu akzeptieren und nicht zu bekämpfen. Solch ein Beschluss kann zumindest – wenn sich der Bürgermeister in weiterer Folge nicht daran hält – als Versuch der Bestimmung des Bürgermeisters zur Untreue durch Unterlassung des Rechtsmittels nach den §§ 12, 15, 153 StGB gesehen werden.

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. 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 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 Abs 1, 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.

Diese Entscheidung hat der Bürgermeister alleine nach kaufmännischen Gesichtspunkten zu treffen; und nicht nach allfälligen Beschlüssen des Gemeinderats: Wenn diese wirtschaftliche Bilanz aus der ex-ante-Sicht des Bürgermeisters für die Gemeinde positiv ausfällt, dann muss er das Rechtsmittel erheben. Frau Mag. Salcher, Amt der Tiroler Landesregierung, Abteilung Gemeindeangelegenheiten, taxiert in ihrer Email an den Bürgermeister Mag. Hauser vom 12. Dezember 2012 den begehrten „Gemeinderatsbeschluss“ völlig zu Recht als „klar den Interessen der Gemeinde zuwider“laufend.

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,¹ insbesondere „für das Nichteinbringen einer Klage, eines **Rechtsmittels**, einer Mängelrüge oder eines Wechselprotests“.² Der Untreuetatbestand wird verwirklicht, wenn es der Machthaber „pflichtwidrig unterlässt, mit der gebotenen rechtsgestaltenden Kraft die Vermögenslage des Machtgebers zu verbessern“.³

Die Mitglieder des Gemeinderats können sich als „Extranei“ wegen Beteiligung am Sonderdelikt Untreue strafbar machen: Als Bestimmungstäter nach den §§ 12 2. Fall, 14 Abs 1, 153 Abs 1 StGB, wenn sie mit ihrem Beschluss auf Verzicht des Rechtsmittels den Tatentschluss des Bürgermeisters wecken, keine Berufung zu erheben. Wenn es ihnen nicht gelingt, diesen Tatentschluss beim Bürgermeister zu erwecken, dann haften sie strafrechtlich wegen Versuchs der Bestimmung zur Untreue (§ 15 Abs 2 StGB). Für die Strafbarkeit des Bestimmungstäters erforderlich ist, dass er hinsichtlich des Vollmachtsmissbrauchs (durch den Bürgermeister) wissentlich handelt, dass der Bestimmungs- oder Beitragstäter also subjektiv überzeugt ist, dass der Bürgermeister seine Vollmacht missbraucht und dass der Bestimmungstäter hinsichtlich des Vermögensnachteils mit zumindest bedingtem Vorsatz handelt. Ob die Gemeinderatsmitglieder mit

¹ Statt aller *Fabrizy*, StGB, 9. Auflage, § 302 Rz 8.

² *Kienapfel – Schmoller*, Strafrecht, Besonderer Teil II, Delikte gegen Vermögenswerte, § 153 Rz 67 mit weiteren Literatur- und Judikaturhinweisen.

³ *Kirchbacher/Presslauer* in Wiener Kommentar, § 153 Rz 30.

dieser Wissentlichkeit handeln usw, kann ich nicht beurteilen. Auf eines möchte ich aus gegebenem Anlass dazu schon hinweisen: Es steht zu erwarten, dass die Staatsanwaltschaften und Strafgerichte die Verantwortungen der Beschuldigten, sie hätten sich bei ihren Entscheidungen auf – von der Rechtsprechung der Höchstgerichte abweichende – Auskünfte von „Rechtsexperten“ verlassen, die nichts anderes als die Interessen der Agrargemeinschaften verfolgen und deren „Rechtsansichten“ daher interessensgeleitet sind, immer seltener Glauben schenken werden.

Der Vollständigkeit halber sei auch in diesem Zusammenhang zum Schluss noch darauf hingewiesen, dass durch **die wissentliche Nichtwahrnehmung einer allfälligen Befangenheit** (nach § 29 TGO bei Entscheidungen als Mitglied eines Gemeinderats) **nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs⁴ der Tatbestand des Amtsmissbrauchs nach § 302 Abs 1 StGB verwirklicht wird.** Missbrauch der Amtsgewalt setzt Wissentlichkeit darüber voraus, dass die Befangenheit nicht von sich aus geltend gemacht wird. Wie Frau Mag. Salcher, Abteilung Gemeindeangelegenheiten, Amt der Tiroler Landesregierung, ganz richtig ausführt, besteht bei Gemeinderatsmitgliedern, die bei den Gemeindegutsagrargemeinschaften „Oberrotte“ und „Unterrotte“ leitende Funktionen innehaben, alleine deswegen Befangenheit, sie sind von Tagesordnungspunkten bei Gemeinderatssitzungen in Sachen dieser Gemeindegutsagrargemeinschaften immer ausgeschlossen und begehen Amtsmissbrauch nach § 302 StGB, wenn sie trotzdem an der Behandlung eines Tagesordnungspunktes betreffend dieser Agrargemeinschaften teilnehmen. Aber auch sonstige Mitglieder solcher Gemeindegutsagrargemeinschaften haben als Gemeinderatsmitglieder stets darauf zu achten, dass sie objektiv und subjektiv unbefangen entscheiden können. Wer solch eine Befangenheit nicht von sich aus wahrnimmt und sich nicht der Teilnahme an der Beratung und Entscheidung über einen Tagesordnungspunkt enthält, die „seine“ Gemeindegutsagrargemeinschaft betrifft, läuft stets Gefahr, wegen Amtsmissbrauchs verfolgt und bestraft zu werden.



Innsbruck, am 18. Dezember 2012

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

⁴ 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.