

Public Compliance: Die Gemeinde im Visier der Strafverfolgungsbehörden (Teil I)

Amtsmissbrauch bei Umwidmungen

Der Beitrag schnell gelesen

In letzter Zeit berichten die Medien mehrfach von „Skandalen“ bei Umwidmungen von Grundstücken, die sich im Eigentum von Gemeinderatsmitgliedern oder ihnen nahestehenden Personen befinden. Den Berichten zufolge soll es zum Teil zu hohen „Umwidmungsgewinnen“ gekommen sein.

Dieser Beitrag erläutert, unter welchen Voraussetzungen Gemeinderatsmitglieder strafrechtlich für einen Missbrauch

der Amtsgewalt bei Umwidmungen verantwortlich gemacht werden können und worauf sie achten sollten.

Strafrecht; Raumordnungsrecht

§ 302 StGB

RFG 2023/39



RA Dr.ⁱⁿ TATJANA KATALAN ist Rechtsanwältin und Partnerin der E+H Rechtsanwältinnen GmbH.

Mag. CHRISTOPH SLAMANIG ist Rechtsanwaltsanwärter im Team Public Compliance der E+H Rechtsanwältinnen GmbH und zertifizierter Compliance Officer.

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Die Umwidmung
- C. Amtsmissbrauch der Mitglieder des Gemeinderats durch Beschluss eines Flächenwidmungsplans?
 1. Mitglieder des Gemeinderats als Beamte
 2. Die Befugnis, in Vollziehung der Gesetze Amtsgeschäfte vorzunehmen
 3. Der Befugnismissbrauch
 4. Wissenheitlichkeits hinsichtlich des Befugnismissbrauchs
 5. Rechtsschädigungsvorsatz
- D. Amtsmissbrauch bei Befangenheit? Eine Handlungsanweisung zur Strafbarkeitsvermeidung
- E. Fazit und Handlungsleitfaden

A. Einleitung

Dem Gemeinderat obliegt in der täglichen Praxis eine der wichtigsten Befugnisse – er kann Grundstücke umwidmen. Einen besonderen Stellenwert nimmt hier die Umwidmung von Grün- bzw. Freiland in Bauland ein. Mit der Umwidmung in Bauland erfolgt eine unmittelbare monetäre Aufwertung des Grundstücks. Dies gilt aber nicht nur für die Umwidmung in Bauland, sondern zB auch die Erlassung besonders vorteilhafter Bebauungspläne oder die Erhöhung von Bebauungsdichten.

Bei Grundstücken, die sich im Eigentum von Gemeinderatsmitgliedern oder nahestehenden Personen befinden, ist besondere Vorsicht geboten. Ist die Umwidmung auf subjektive Motive zurückzuführen und nicht auf objektive Grundlagen, kann der Tatbestand des Amtsmissbrauchs verwirklicht werden.

Im Folgenden werden daher das Widmungsverfahren kurz dargestellt und nach Erläuterung des Tatbestands des Amtsmissbrauchs jene Sachverhalte beschrieben, die zu einer strafrechtlichen Verantwortung der Gemeinderatsmitglieder sowie sonst beteiligter Personen führen können.¹

B. Die Umwidmung

Flächenwidmungs- und Bebauungspläne sind **Verordnungen**, die auf Grundlage der jeweiligen Raumordnungsgesetze zu erlassen sind.

Das verfassungsmäßige Legalitätsprinzip erfordert grundsätzlich, dass der Inhalt von Verordnungen durch das Gesetz entsprechend vorherbestimmt ist. Bei Widmungen ist es allerdings nicht möglich, schon auf Gesetzesebene im Einzelnen festzulegen, für welche Gebiete welche Widmungen gelten sollen. Insoweit kommt es zu einer sog **finalen Programmierung**, bei der Ziele festgelegt werden, die bei der Verordnungserlassung zu berücksichtigen sind. Dabei kommt der Erarbeitung der Entscheidungsgrundlagen sowie dem Verfahren besondere Bedeutung zu (**Legitimation durch Verfahren**).

Dementsprechend sind die – auf Grundlage solcher gesetzlichen Ermächtigungen erlassenen – Planungsmaßnahmen daraufhin zu prüfen, ob die Entscheidungsgrundlagen des Verordnungsgebers in ausreichendem Maße erkennbar sind. Daher hat der VfGH in solchen Fällen im Verordnungsprüfungsverfahren nach Art 139 B-VG auch zu prüfen, ob der Verordnungsgeber die im Gesetz zur Gewinnung einer ausreichenden Entscheidungsgrundlage vorgesehene Vorgangsweise eingehalten hat.²

Insoweit bedarf es aus verfassungsrechtlicher Sicht einer umfassenden **Grundlagenforschung** und Auseinandersetzung mit den raumordnungsrechtlichen Zielsetzungen sowie eines einwandfrei nachvollziehbaren Verfahrens zur Verordnungserlassung.

Dem Verfahren voranzugehen hat eine **umfassende Bestandsanalyse**, die als Ausgangsbasis für die weitere Planung dient. Aufgrund der erforderlichen finalen Programmierung enthalten alle Raumordnungsgesetze (in Wien die Wr BauO³)

¹ Der Beitrag beschäftigt sich mit der Verantwortlichkeit wegen Amtsmissbrauch gem § 302 StGB, sonstige Delikte, die bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen ebenfalls zur Anwendung gelangen können (insb die Korruptionsdelikte gem §§ 304ff StGB, verbotene Intervention gem § 308 StGB, Verletzung des Amtsheimnisses gem § 310 StGB oder Untreue gem § 153 StGB), werden hier nicht näher behandelt.

² Siehe zB VfGH 2. 3. 1995, G 289/94 ua, VfSlg 14.041.

³ Sofern in diesem Artikel die Rede von Raumordnungsgesetzen ist, fallen darunter auch die einschlägigen Bestimmungen der Wr BauO.

umfassende Kataloge über raumordnungsrechtliche Ziele sowie zu beachtende Grundsätze, die es dann bei einer beabsichtigten Umwidmung zu bedenken gilt. Darunter fallen zB Ziele wie die Vorsorge für Flächen für den erforderlichen Wohnbau unter Beachtung der Bevölkerungsentwicklung oder die Erhaltung von dem Mikroklima dienenden Grün- und Wasserflächen. Diese Ziele finden in der Regel bereits Einzug in die Örtlichen Entwicklungskonzepte (ÖEK) bzw Stadtentwicklungskonzepte (STEK) und werden dann auf Flächenwidmungsebene näher definiert bzw umgesetzt.

Aufgrund der Hierarchie von Planungsinstrumenten darf der Flächenwidmungsplan den übergeordneten Plänen, wie ÖEK und STEK, nicht widersprechen.

Zuständig für die Erlassung bzw Änderung von Flächenwidmungsplänen ist der **Gemeinderat** als **Kollegialorgan**. In der Regel verlangen die Raumordnungsgesetze ein erhöhtes Konsensquorum für die Änderungen des Flächenwidmungsplans, insb bei der Umwidmung in Bauland. Bei der Entscheidung über raumordnungsrechtliche Belange kommt den Gemeinderäten dabei natürlich ein bestimmtes (Planungs-)Ermessen zu. Trotz dieses Ermessens gilt auch hier das Legalitätsprinzip sowie die Einhaltung des Sachlichkeitsgebots und der Verfahrensbestimmungen (zB Befangenheitsvorschriften).

C. Amtsmissbrauch der Mitglieder des Gemeinderats durch Beschluss eines Flächenwidmungsplans?

1. Mitglieder des Gemeinderats als Beamte

Amtsmissbrauch begeht, wer als Beamter mit dem Vorsatz, dadurch einen anderen an seinen Rechten zu schädigen, seine Befugnis, im Namen des Bundes, eines Landes, eines Gemeindeverbandes, einer Gemeinde oder einer anderen Person des öffentlichen Rechts als deren Organ in Vollziehung der Gesetze Amtsgeschäfte vornimmt, wissentlich missbraucht (§ 302 Abs 1 StGB).

Missbrauch der Amtsgewalt kann als Sonderdelikt nur von **Beamten** in unmittelbarer Täterschaft begangen werden.⁴ Ein Nichtbeamter kann Amtsmissbrauch nur als Bestimmungs- oder Beitragstäter begehen (zB wenn ein Widmungswerber Mitglieder des Gemeinderats zu einer „unsachgemäßen“ Umwidmung überzeugt). Beamter ist gem § 74 Abs 1 Z 4 StGB „jeder, der bestellt ist, im Namen des Bundes, eines Landes, eines Gemeindeverbandes, einer Gemeinde oder einer anderen Person des öffentlichen Rechtes, ausgenommen einer Kirche oder Religionsgesellschaft, als deren Organ allein oder gemeinsam mit einem anderen Rechtshandlungen vorzunehmen, oder sonst mit Aufgaben der Bundes-, Landes- oder Gemeindeverwaltung beauftragt ist [...]“.

Das Strafrecht definiert einen eigenständigen – und vom Dienstrecht unabhängigen – Beamtenbegriff. Dabei kommt es auf die **Funktion der Tätigkeit** an, nicht auf die dienstrechtliche Einstufung.⁵ Beamte sind daher insb Minister, Landeshauptleute, Mitglieder der Landesregierungen, Bürgermeister.⁶

Für **Gemeinderatsmitglieder** war diese Beamtenstellung über lange Zeit fraglich. Die Mitglieder des Gemeinderats nehmen innerhalb des verfassungsmäßig bestimmten Wirkungsbereichs im Namen einer Gemeinde als Organwalter des Organs Gemeinderat gemeinsam mit den anderen Mitgliedern Rechtshandlungen vor. Es entspricht nunmehr der stRsp,⁷ dass Mitglieder des Gemeinderats im Rahmen ihrer hoheitlichen Tätigkeiten (zB bei Erlassung von Verordnungen) als Beamte iSd Amtsmissbrauchs qualifiziert werden können.⁸

- ▶ So wurde der Beschluss der Gemeinderäte im Rahmen der missbräuchlichen Erlassung eines Abbruchbescheids für ein denkmalgeschütztes Gebäude als Beitragstäterschaft zum Amtsmissbrauch des Bürgermeisters, der den Bescheid erlassen hat, gewertet.⁹
- ▶ In einer noch älteren Entscheidung werden die Gemeinderäte in deren Funktion als Baubehörde zweiter Instanz als Beamte qualifiziert.¹⁰
- ▶ Der OGH stellte in seiner E 17 Os 21/15i nunmehr grundlegend klar, dass **Mitglieder des Gemeinderats vom strafrechtlichen Beamtenbegriff erfasst** werden. Ebenso kann den einzelnen Mitgliedern der Ausschüsse einer Gemeinde (zB Planungsausschuss, Prüfungsausschuss, Bauausschuss) Beamtenstellung im strafrechtlichen Sinn zukommen.¹¹

Insoweit erfüllen die für die Umwidmung zuständigen Gemeinderäte den strafrechtlichen Beamtenbegriff.

2. Die Befugnis, in Vollziehung der Gesetze Amtsgeschäfte vorzunehmen

„**Amtsgeschäfte**“ sind (hoheitliche) Rechtshandlungen als Organ des Rechtsträgers sowie gleichwertige faktische Verrichtungen, die zum eigentlichen Gegenstand des Amtsbetriebs gehören und den Rechtshandlungen einigermaßen gleichwertig sind. Unter Amtsgeschäfte fallen demnach nicht nur Hoheitsakte, sondern vielmehr auch Verrichtungen tatsächlicher Art, die zur unmittelbaren Erfüllung der Vollziehungsaufgaben, also insb der Vorbereitung oder Umsetzung eines Hoheitsakts dienen.

Insb als Amtsgeschäft zählt – neben der Mitwirkung an der Vorbereitung oder Umsetzung von Gemeinderatsbeschlüssen oder Verordnungen – die Abstimmung im Gemeinderat über eine Verordnung. Wie oben bereits ausgeführt, sind Flächenwidmungspläne Verordnungen.

Unter „**Befugnis**“ versteht man ein rechtliches Dürfen, also die „Erlaubnis“ zur Vornahme bestimmter Amtsgeschäfte.¹² Die Zuständigkeit und Befugnis des Gemeinderats für Umwidmungen ergibt sich aus den jeweiligen Gemeindeordnungen/Stadstatuten bzw Raumordnungsgesetzen.¹³

Der Tatbestand des Amtsmissbrauchs erfasst nur Organhandeln „**in Vollziehung der Gesetze**“, also im Rahmen der Hoheitsverwaltung.¹⁴ Handlungen im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung¹⁵ können daher nie als Amtsmissbrauch geahndet werden, vielmehr stellen diese allenfalls ein Allgemeindelikt wie Untreue (§ 153 StGB), Veruntreuung (§ 133 StGB) oder Unterschlagung (§ 134 StGB) dar. Diese Einschränkung wird allerdings dadurch relativiert, als auch die „**schlichte Hoheitsverwal-**

⁴ Der Begriff des Beamten ist im Strafrecht vom weitergehenden und insb für die Korruptionsdelikte relevanten Begriff des Amtsträgers nach § 74 Abs 1 Z 4 a abzugrenzen.

⁵ Jerabek/Ropper/Reindl-Krauskopf/Schroll in WK² StGB § 74 Rz 4; Marek/Jerabek, Korruption, Amtsmissbrauch und Untreue¹⁵ 5; OGH 11. 8. 2014, 17 Os 25/14a RIS-Justiz RS0118428.

⁶ Jerabek/Ropper/Reindl-Krauskopf/Schroll in WK² § 74 Rz 11.

⁷ OGH 4. 6. 1996, 11 Os 44/96; 6. 3. 2013, 17 Os 19/13t; 14. 12. 2015, 17 Os 21/15i EvBl 2016/56, 372 = SSt 2015/62.

⁸ OGH 14. 12. 2015, 17 Os 21/15i RIS-Justiz RS0130524; Marek/Jerabek, Korruption, Amtsmissbrauch und Untreue¹⁵ 10.

⁹ OGH 6. 3. 2013, 17 Os 19/13t; Marek/Jerabek, Korruption, Amtsmissbrauch und Untreue¹⁵ 10.

¹⁰ OGH 4. 6. 1996, 11 Os 44/96.

¹¹ Vgl Neger/Heissenberger, Der Prüfungsausschuss der Gemeinde im Lichte des § 302 Abs 1 StGB, JSt 2018, 39.

¹² RIS-Justiz RS0096517; Nordmeyer in WK² StGB § 302 Rz 21.

¹³ In Wien zB § 1 Abs 1 Wr BauO.

¹⁴ RIS-Justiz RS0096211, RS0105870.

¹⁵ Vgl im Detail zur Abgrenzung zwischen Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung Nordmeyer in WK² StGB § 302 Rz 56ff mwN.

fung“, also Verwaltungshandeln, das selbst nicht normativer Art ist, unter die „Vollziehung von Gesetzen“ fällt. Damit zählt zur Vollziehung der Gesetze auch Verwaltungshandeln, das in engem Zusammenhang mit möglichen Hoheitsakten steht und diese bspw vorbereitet, begleitet oder umsetzt. Dieses Verwaltungshandeln wird aufgrund des inneren Zusammenhangs mit (möglichen) Hoheitsakten zur Hoheitsverwaltung gezählt.¹⁶

Praxistipp

So handelt ein Bürgermeister in seiner Eigenschaft als Vorsitzender des Gemeinderats nur dann tatbildlich, wenn der Gegenstand des am Ende des Verfahrens stehenden Rechtsakts (also der Gemeinderatsbeschluss) eine Maßnahme der Hoheitsverwaltung betrifft.¹⁷

Die Kassen- und Buchführung eines Gemeindebeamten (§ 85 Stmk GemO) im Rahmen des Voranschlags und Budgetvollzugs ist als schlichte Hoheitsverwaltung Handeln „in Vollziehung der Gesetze“, weil rechtlicher Anknüpfungspunkt nicht der einzelne (wirtschaftliche) Vorgang (bspw eine Auszahlung, die hier auch der Privatwirtschaftsverwaltung angehören kann), sondern der Voranschlag als Hoheitsakt und das Verfahren zur Gebarungsprüfung ist.¹⁸

Die Abstimmung im Gemeinderat zur Erlassung sowie Vorbereitung und Umsetzung von **Verordnungen** als typische Handlungsform hoheitlicher Verwaltung, also auch von Flächenwidmungsplänen, stellt sohin ein Amtsgeschäft in Vollziehung der Gesetze dar.¹⁹

3. Der Befugnismissbrauch

Die Tathandlung des Amtsmisbrauchs besteht im **Missbrauchen** der dem Beamten zukommenden Befugnis. Missbrauch bedeutet den rechtlich unvertretbaren Fehlgebrauch der Befugnis durch aktives Tun oder Unterlassen iSe Verstoßes gegen die konkret geltenden Grenzen und Vorschriften.²⁰ Ein Fehlgebrauch kann insb darin liegen, dass ein Amtsgeschäft selbst rechtswidrig ist oder bei dessen Vornahme Verfahrensvorschriften verletzt werden.

Beispiele

- ▶ Der Amtsmisbrauch ist als schlichtes Tätigkeitsdelikt bereits mit dem Fehlgebrauch der Befugnis (also zB der Stimmabgabe im Gemeinderat oder der Vorbereitung einer Amtshandlung) **vollendet**. Es kommt nicht auf den Eintritt einer Rechtsschädigung an. Keine Rolle spielt damit auch die anschließende Erfüllung oder Sanierung der fehlerhaften Amtshandlung, zB ob also ein Flächenwidmungsplan überhaupt in Kraft tritt.²¹
- ▶ Die Vornahme eines Amtsgeschäfts durch einen Beamten trotz Vorliegens von Umständen, die seine volle Unbefangenheit in Zweifel ziehen, kann einen Befugnismissbrauch iSd § 302 Abs 1 StGB darstellen, wobei hier dem Rechtsschädigungsvorsatz besondere Bedeutung zukommt.²²
- ▶ Ein Bürgermeister erteilt eine dem Flächenwidmungs- oder Bebauungsplan widersprechende Baubewilligung.²³
- ▶ Eine Genehmigung wird ohne die Durchführung des vorgeschriebenen Verfahrens erteilt.²⁴

Die **Erlassung einer Verordnung**, also auch die Stimmabgabe im Rahmen eines Flächenwidmungs- oder Bebauungsplans, ist ein missbräuchliches Amtsgeschäft, wenn dabei der Verfassung, dem Gesetz oder einer in der Planungshierarchie darüberstehenden Regelung (zB dem örtlichen Entwicklungskonzept) widerspro-

chen wird oder das gesetzlich dafür vorgesehene Verfahren missachtet wird.²⁵ Der Gemeinderat hat bei einer Änderung des Flächenwidmungs- oder Bebauungsplans neben diesen besonderen materiellen Vorschriften das aus Art 7 B-VG und Art 2 StGG abgeleitete Sachlichkeitsgebot zu beachten. So sind zB Planänderungen gesetzwidrig, die einen Bauwerber unsachlich begünstigen, indem diesem die Beibehaltung eines konsenslos errichteten und ohne Widmungsänderung nicht konsensfähigen Bauwerks ermöglicht wird, sofern keine wesentlichen Änderungen der Planungsgrundlagen vorliegen. Fehlgebrauch der Befugnis liegt daher vor, wenn eine Umwidmung entgegen den Planungsgrundlagen ausschließlich den privaten Interessen dient, zB der Vermeidung des Rückbaus „hinter“ die Baulinien.²⁶ Solange Amtshandlungen im rechtlich zulässigen Rahmen des **Ermessens** getätigt werden, scheidet Befugnismisbrauch aus. Befugnismisbrauch kann aber va angenommen werden, wenn ein Beamter den Ermessensspielraum überschreitet, sich also außerhalb des ihm eingeräumten Entscheidungsspielraums bewegt, oder der Beamte innerhalb seines Spielraums nach **unsachlichen Kriterien** entscheidet, sich also von gesetzesfremden Motiven leiten lässt.

Beispiele

Gesetzesfremde Motive sind bspw parteipolitische Erwägungen, Vorteilszuwendung, Zu- oder Abneigung, die Legitimierung von Schwarzbauten trotz entgegenstehender überörtlicher Raumplanung und wohl auch eine beabsichtigte Bereicherung durch die Umwidmung.

Wenn sich Gemeinderäte oder der Bürgermeister daher nicht von kommunalpolitischen Vorstellungen, insb der Abwägung mit örtlichen Raumordnungsinteressen, -zielen und -grundsätzen, sondern von der Idee leiten lassen, einem Baubewilligungswerber die Baubewilligung zu erteilen oder für einen Widmungswerber aus ebendiesen sachfremden Gründen eine Umwidmung vorzunehmen, so missbrauchen sie ihr Ermessen.²⁷

Beispiele

Der Gemeinderat widmet auf Betreiben des Bürgermeisters ein Grundstück in Bauland um, obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen nicht vorliegen. Zudem liegt eine negative Stellungnahme der Landesregierung vor. Dieses Verhalten stellt einen Befugnismisbrauch dar.

¹⁶ OGH 9. 4. 2015, 17 Os 45/14 t RIS-Justiz RS0130017; 6. 6. 2016, 17 Os 34/15 a RIS-Justiz RS0130809; *Birklbauer*, Behördenkommunikation und Behördenhandeln zwischen Amtsmisbrauch und Korruption, RdU 2017, 137 (138).

¹⁷ OGH 11. 8. 2014, 17 Os 1/14 x EvBl 2014/159, 1097 = SSt 2014/24.

¹⁸ OGH 9. 4. 2015, 17 Os 45/14 t.

¹⁹ *Schwaighofer*, Amtsmisbrauch durch Erlassung von (Pauschalierungs-)Verordnungen? ÖJZ 2014, 160 (164); *Wagner*, Mißbrauch der Amtsgewalt beim Erlassen einer Verordnung, ÖJZ 1987, 645; *Nordmeyer/Stricker* in WK² StGB § 304 Rz 14; 17 Os 21/15 i EvBl 2016/56, 372.

²⁰ *Nordmeyer* in WK² StGB § 302 Rz 113 f, 116 f mwN.

²¹ *Nordmeyer* in WK² StGB § 302 Rz 175; OGH 14. 9. 2015, 17 Os 11/15 v; 4. 6. 1996, 11 Os 44/96.

²² OGH 25. 2. 2013, 17 Os 22/12 g RIS-Justiz RS0128504; 12. 5. 2014, 17 Os 15/14 f; zum Umgang mit der Befangenheit s D.

²³ OGH 13. 12. 2005, 11 Os 13/05 d.

²⁴ OGH 6. 7. 2011, 14 Os 67/11 a; 13. 12. 2011, 14 Os 117/11 d.

²⁵ Vgl zum Befugnismisbrauch bei Pauschalierungsverordnungen *Schwaighofer*, Amtsmisbrauch durch Erlassung von (Pauschalierungs-)Verordnungen? ÖJZ 2014, 160 (163); zur Planhierarchie *Schick*, Korruption in der Gemeindestube, ÖGZ 1986, 2 (3).

²⁶ Vgl OGH 14. 12. 2015, 17 Os 21/15 i.

²⁷ Vgl *Schick*, Korruption in der Gemeindestube, ÖGZ 1986, 2 (4).

missbrauch dar, bei Vorliegen der sonstigen Strafbarkeitsvoraussetzungen können der Bürgermeister und die Gemeinderäte strafrechtlich wegen § 302 StGB zur Verantwortung gezogen werden.²⁸

Einen Missbrauch der Befugnis stellt daher auch jede **Anlasswidmung** dar. Derartige – von einem Anlass initiierte – Widmungen erfolgen idR ohne Grundlagenforschung und Ermittlung des Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen für eine Umwidmung.²⁹ Häufig sollen damit Schwarzbauten saniert oder Grundstücke aufgewertet werden.

4. Wissentlichkeit hinsichtlich des Befugnismissbrauchs

Der Befugnismissbrauch muss darüber hinaus wissentlich (§ 5 Abs 3 StGB) erfolgen. **Wissentlichkeit** wird nach hA angenommen, wenn einem Beamten die rechtliche Unvertretbarkeit der Entscheidung oder die Verletzung der Verfahrensvorschriften geradezu klar ist und er sich trotzdem gesetzwidrig verhält. Ist er sich über die rechtliche Vertretbarkeit des Amtsgeschäfts unsicher oder gar davon überzeugt, sich rechtskonform zu verhalten, kann keine Wissentlichkeit angenommen werden.³⁰

Bei **Umwidmungen** ist entscheidend, inwieweit die Gemeinderäte über die Umstände der Rechtswidrigkeit informiert waren, was jeweils im Einzelfall zu prüfen ist. War diesen die Rechtswidrigkeit nicht klar, handelten diese auch nicht wissentlich. Denkbar ist dabei auch die falsche Information durch die „zuarbeitenden“ Beamten: Hier würde es den jeweiligen Gemeinderäten an der Wissentlichkeit fehlen, es käme aber Strafbarkeit der „informierenden“ Beamten wegen Amtsmisbrauchs in Betracht.³¹

5. Rechtsschädigungsvorsatz

Amtsmisbrauch verlangt letztlich den (bedingten) **Vorsatz**, durch das missbräuchliche Amtsgeschäft **einen anderen an seinen Rechten zu schädigen**. Der Schaden muss lediglich vom Vorsatz des Täters umfasst sein, nicht aber real eintreten. Vertraut ein Beamter darauf, ein Schaden werde nicht eintreten, so liegt bewusste Fahrlässigkeit und kein bedingter Vorsatz vor. Wenn es dem Beamten aber „egal“ ist, ob ein Schaden eintritt und er trotzdem handelt, liegt bedingter Vorsatz vor.³²

Die wissentliche Missachtung der im Einzelfall anzuwendenden Gesetzesvorschriften stellt idR ein Indiz für das Vorliegen auch eines Schädigungsvorsatzes dar. „Humanitäre oder soziale Gründe“ als Verteidigungsstrategie des Täters sind jedenfalls nicht dazu geeignet, diese Indizwirkung zu entkräften.³³

Ein **anderer** kann eine natürliche oder juristische Person, insb auch der Staat oder eine Gemeinde (die Allgemeinheit) sein. Der Rechtsschädigungsvorsatz muss sich auf Individual- oder **konkrete Hoheitsrechte** beziehen.³⁴ Konkrete Hoheitsrechte sind nach der Rsp bspw die Erteilung gesetzeskonformer Baubewilligungen³⁵ oder die Bestrafung von Verwaltungsübertretungen nach der Bauordnung und Beseitigung von rechtswidrig errichteten Bauwerken.³⁶ Für die Gemeinde besteht zB das konkrete hoheitliche Recht auf Erhaltung von unbebauten Flächen im Grünland.³⁷

Bezugspunkt der Rechtsschädigung ist nicht nur der Anspruch auf den den Vorschriften entsprechenden Gebrauch der Befugnis, der Vorsatz muss vielmehr auf die **Vereitelung** des von den verletzten Vorschriften verfolgten **Schutzzwecks** gerichtet sein.³⁸ Ob es sich dabei um materiell- oder verfahrensrechtliche Vorschriften handelt, ist nicht von Bedeutung.³⁹

Die Rsp definiert auch den von raumordnungsrechtlichen Vorschriften verfolgten **Schutzzweck** näher. So sollen Flächenwidmungs- und Bebauungspläne „als Instrumente der örtlichen Raumplanung eine geordnete Verbauung (Bebauung) im Interesse der in der Gemeinde verkörperten örtlichen Gemeinschaft (als Trägerin iSd § 302 Abs 1 StGB) relevanter Rechte sicherstellen. Sie haben dabei Raumordnungsgrundsätze und -ziele, die – der dem Raumordnungsrecht immanenten Planungshierarchie entsprechend – auf verschiedenen Rechtsebenen von mehreren Gebietskörperschaften vorgegeben sind, zu beachten.“⁴⁰ Unter dem Aspekt des Schädigungsvorsatzes sind daher die konkreten Schutzzwecke der jeweiligen Raumordnungsgesetze und darüber hinaus die Vorgaben (va die in den Raumordnungsgesetzen der Länder als Grundsätze und Ziele⁴¹ festgelegten) überörtlichen Raumplanungsinstrumente zu beachten.⁴²

Daher verletzen insb Baubewilligungen oder Raumordnungsinstrumente, die den (Verfahrens-)Bestimmungen der Raumordnungsgesetze (insb den Zielen und Grundsätzen), der Flächenwidmungspläne, aber auch der örtlichen und überregionalen Raumordnungskonzepte widersprechen, konkrete Rechte des Staates.⁴³

D. Amtsmisbrauch bei Befangenheit? Eine Handlungsanweisung zur Strafbarkeitsvermeidung

Sind bei Umwidmungen Grundstücke im Eigentum oder aus dem „Nahebereich“ von Gemeinderäten betroffen, bedarf es eines besonderen Vorsichtsmaßstabs zur Vermeidung des Anscheins eines potentiellen Fehlverhaltens. In der Regel bewirkt dies nämlich auch die Befangenheit. Ein Tätigwerden von Gemeinderäten trotz Befangenheit kann einen Befugnismissbrauch gem § 302 StGB darstellen. Der Tatbestand setzt aber gerade (auch) den Vorsatz des Täters voraus, durch seinen (wissentlichen) Befugnismissbrauch einen anderen an seinen Rechten zu schädigen.⁴⁴ Am Rechtsschädigungsvorsatz fehlt es etwa, wenn der handelnde Beamte einen Einfluss seines (befangenen) Agierens auf die Endentscheidung für ausgeschlossen hält.⁴⁵ Oberstes Gebot ist daher neben der sofortigen Offenlegung der Befangenheit („Transparenz“) die Einhaltung der entsprechenden Befan-

²⁸ Näher das Bsp in *Schick*, Korruption in der Gemeindestube, ÖGZ 1986, 2.

²⁹ Vgl zB VfGH 4. 12. 2006, V59/06, VfSlg 18.026.

³⁰ Vgl *Schwaighofer*, Amtsmisbrauch durch Erlassung von (Pauschalierungs-)Verordnungen, ÖJZ 2014, 160 (164).

³¹ Vgl zu diesem Ergebnis bei Pauschalierungsverordnungen kommand *Schwaighofer*, Amtsmisbrauch durch Erlassung von (Pauschalierungs-)Verordnungen, ÖJZ 2014, 160 (164).

³² *Schick*, Korruption in der Gemeindestube, ÖGZ 1986, 2 (4).

³³ Vgl OGH 4. 6. 1996, 11 Os 44/96.

³⁴ Näher *Nordmeyer* in WK² StGB § 302 Rz 158.

³⁵ OGH 7. 4. 2011, 13 Os 1/11 p.

³⁶ *Marek/Jerabek*, Korruption, Amtsmisbrauch und Untreue⁶⁵ § 37 Abs 1 NÖ BauO 1996; OGH 2. 10. 2012, 17 Os 8/12 y.

³⁷ Vgl OGH 2. 10. 2012, 17 Os 2/17 y; 14. 9. 2015, 17 Os 11/15 v.

³⁸ RIS-Justiz RS0096270.

³⁹ OGH 30. 9. 2013, 17 Os 7/13 b.

⁴⁰ OGH 14. 12. 2015, 17 Os 21/15 i; vgl auch OGH 14. 9. 2015, 17 Os 11/15 v, wonach sich der Schutzzweck des OÖ ROG 1994 insb aus den in § 2 leg cit definierten Raumordnungszielen und Grundsätzen ergibt – Bezugspunkt des Schädigungsvorsatzes sind hier va die Raumordnungsziele des Umweltschutzes, des Schutzes vor Zersiedelung und der Erhaltung von Freiflächen für Erholung und Tourismus.

⁴¹ Vgl § 1 Wr BauO; § 1 Abs 2 NÖ ROG 2014; § 3 StROG 2010; § 2 K-ROG 2021; § 2 OÖ ROG 1994.

⁴² Vgl OGH 14. 12. 2015, 17 Os 21/15 i; 14. 9. 2015, 17 Os 11/15 v.

⁴³ Vgl auch *Schick*, Korruption in der Gemeindestube, ÖGZ 1986, 2 (4).

⁴⁴ OGH 25. 2. 2013, 17 Os 22/12 g; 12. 5. 2014, 17 Os 15/14 f RIS-Justiz RS0128504.

⁴⁵ Ausf OGH 9. 4. 2015, 17 Os 53/14 v.

genheitsvorschriften.⁴⁶ Diese finden sich für Gemeinderäte in den jeweiligen Gemeindeordnungen bzw Stadtstatuten der Länder.^{47, 48} Eine mögliche Befangenheit bzw die Anwendbarkeit der Vorschriften auf die Erlassung von raumordnungsrechtlichen Verordnungen ist – ebenso wie die rechtliche Qualifikation einer Enthaltung – immer im Einzelfall zu prüfen.⁴⁹

Praxistipp

Für die Beurteilung der Befangenheit eines Gemeinderatsmitglieds zB in Niederösterreich ist § 50 NÖ GemO 1973 einschlägig. Diese ist im Wesentlichen gleichlautend mit § 7 AVG. Demnach sind der Bürgermeister und die Mitglieder der Kollegialorgane bei Vorliegen eines Befangenheitsgrundes von der Beratung und Beschlussfassung über einen Verhandlungsgegenstand ausgeschlossen. Die Bestimmung richtet sich an den Bürgermeister und die Mitglieder der Kollegialorgane, worunter auch die **Mitglieder des Gemeinderats** zu verstehen sind.

Liegt ein – im Einzelfall zu prüfender – wichtiger Grund vor, der geeignet ist, die volle Unbefangenheit in Zweifel zu setzen, wie zB das Eigentum an einem in Bauland umzuwidmenden Grundstück, sollte wie folgt vorgegangen werden:

- ▶ **Erklärung der Befangenheit als Gemeinderatsmitglied:** Es ist anzuraten, dass sich das betroffene Gemeinderatsmitglied vom Gemeinderat hinsichtlich dieser Angelegenheit für befangen erklären lässt. Sollte geplant sein, das Mitglied in der Folge als Auskunftsperson zu Beratungen heranzuziehen, wäre darüber ebenfalls ein gesonderter Beschluss des Gemeinderats zu fassen. Von einer Beschlussfassung wird das Mitglied jedoch jedenfalls auszuschließen sein.
- ▶ **Die Verteidigung der Unvoreingenommenheit,** etwa durch eine entsprechende schriftliche Stellungnahme des Gemeinderatsmitglieds, ist zwar theoretisch möglich. Diese Vorgehensweise ist aus unserer Sicht jedoch nicht empfehlenswert, da diese Entscheidung letztlich zur Aufhebung der gefassten Beschlüsse führt (vgl § 52 NÖ GemO) und bei entsprechender Mitwirkung auch den strafrechtlichen Tatbestand des Amtsmissbrauchs erfüllen könnte.

E. Fazit und Handlungsleitfaden

Gemeinderäte haben die Befugnis zur Erlassung von Flächenwidmungsplänen, die **Verordnungen** darstellen. Sie üben dabei als **Beamte Amtsgeschäfte in Vollziehung der Gesetze** aus.

Ein Befugnismissbrauch liegt bei Verletzung der materiellen Vorschriften zur Erlassung von Raumordnungsinstrumenten (zB Missachtung der Ziele) sowie bei Verletzung von Verfahrensvorschriften vor und kann ebenfalls im Rahmen der Vorbereitung oder Umsetzung erfolgen. Insb liegt ein Befugnismissbrauch bei der Vorbereitung oder dem Beschluss von „Anlasswidmungen“ vor, aber auch wenn eigene Grundstücke oder solche von nahestehenden Personen ohne entsprechende Grundlagenforschung bzw entgegen den raumplanerischen Zielsetzungen umgewidmet werden. Hierbei kommt auch einer nicht wahrgenommenen Befangenheit besondere Bedeutung zu.

Der Befugnismissbrauch muss **wissentlich** erfolgen. Dies wird in der Regel anzunehmen sein, wenn es um eigene Grundstücke geht und bekannt ist, dass die Voraussetzungen für eine begünstigende Umwidmung tatsächlich nicht vorliegen. Ferner muss der Täter mit (zumindest bedingtem) Rechtsschädigungsvorsatz handeln, wobei der Eintritt eines Schadens keine Tatbestandsvoraussetzung darstellt. Die Missachtung von raumordnungsrecht-

lichen Bestimmungen verletzt bereits konkrete Rechte „der Allgemeinheit“ und indiziert damit idR einen Schädigungsvorsatz.

Praxistipp

Für Gemeinderatsmitglieder ist jedenfalls Nachfolgendes zu beachten bzw zu hinterfragen:

- ▶ Wurde eine hinreichende Grundlagenforschung durchgeführt?
- ▶ Werden die raumplanerischen Zielsetzungen beachtet?
- ▶ Wurde das Verfahren eingehalten?
- ▶ Besteht eine mögliche Befangenheit? Wenn ja, sollte dies umgehend offengelegt werden. Das jeweilige Mitglied des Gemeinderats hat den Befangenheitsvorschriften zu folgen.

Bei jedwedem Zweifel empfiehlt es sich, externen rechtlichen und raumordnungsfachlichen Rat einzuholen, um so geplante Umwidmungen entsprechend zu überprüfen und einer sachlichen Rechtfertigung zuzuführen.

Plus

ÜBER DIE AUTORIN UND DEN AUTOR

RA Dr.ⁱⁿ Tatjana Katalan ist Rechtsanwältin und Partnerin der E+H Rechtsanwälte GmbH. Sie leitet die Praxisgruppe Öffentliches Recht/ Nachhaltigkeitsrecht und Public Compliance.

Kontaktadresse: E+H Rechtsanwälte GmbH, Frauengasse 5, 8010 Graz
Tel.: +43 316 36 47

E-Mail: t.katalan@eh.at

Mag. Christoph Slamanig ist Rechtsanwaltsanwärter im Team Public Compliance der E+H Rechtsanwälte GmbH und zertifizierter Compliance Officer. Sein Schwerpunkt liegt in der vorbeugenden Beratung, Einführung von Kontrollprozessen und Begleitung von Strafverfahren.

Kontaktadresse: E+H Rechtsanwälte GmbH, Sterneckstraße 19, 9020 Klagenfurt

Tel.: +43 1 606 36 47

E-Mail: c.slamanig@eh.at

HINWEIS

In Rahmen der Serie „Public Compliance: Gemeindevertreter im Visier der Strafverfolgungsbehörden“ werden von den Autor:innen in den nächsten Ausgaben der RFG folgende Themen näher betrachtet:

- ▶ Die Liegenschaftstransaktion in der Gemeinde
- ▶ Das neue Korruptionsstrafrecht – Was sich für Gemeinden ändert
- ▶ Korruptionsprävention für Gemeinden – ein Leitfaden

VON DERSELBEN AUTORIN ERSCIENEN

Katalan/Spányi, Compliance beim Abschluss von Verträgen mit Gemeinden über die Nutzung der Gemeindeinfrastruktur, RFG 2021/7.

⁴⁶ Auch wenn – soweit den Autor:innen ersichtlich – bislang keine höchstgerichtliche Rsp zur Befangenheit von Gemeinderäten iZm Amtsmissbrauch vorliegt, besteht insb bei Hervorkommen einer Befangenheit ein hohes Risiko, Ziel einer (anonymen) Anzeige zu werden.

⁴⁷ Vgl bspw § 20 WStV; § 50 NÖ GemO 1973; § 40 K-AGO; § 58 Stmk GemO; § 29 TGO.

⁴⁸ Vgl dazu auch *Lampert*, Die Befangenheit von Gemeinderatsmitgliedern, RFG 2021, 14.

⁴⁹ Vgl § 28 Abs 4 Vbg GemG, § 29 TGO oder § 49 Abs 5 Bglg GemO, die die Wahrnehmung einer Befangenheit bei der Erlassung von Flächenwidmungsplänen/Verordnungen grundsätzlich ausschließen.

ZU DIESEM THEMENKREIS IN DER RFG BEREITS ERSCHIENEN

- ▶ *Fister*, Der Bürgermeister als Geschäftsführer von Wirtschaftsunternehmen der Gemeinde – ein Befangenheitsgrund? RFG 2012/7;
- ▶ *D. Neger*, Tatort Gemeindeamt (Teil I) RFG 2015/2, (Teil II) RFG 2015/14;
- ▶ *D. Neger*, Tatort Gemeindeamt (Teil I) RFG 2016/18, (Teil II) RFG 2016/27;
- ▶ *D. Neger*, Amtsmissbrauch, Untreue und Gemeinden, RFG 2017/16;
- ▶ *Birklbauer*, Die strafrechtliche Anzeigepflicht im Gemeindebereich, RFG 2019/8;
- ▶ *D. Neger*, Die Kommunalverwaltung als juristisches Himmelfahrtskommando, RFG 2020/24;
- ▶ *Lampert*, Die Befangenheit von Gemeinderatsmitgliedern, RFG 2021/3;
- ▶ *Dreier/Ulm*, Befangenheit von Gemeinderatsmitgliedern durch Einwendungen von Angehörigen im Flächenwidmungsplanänderungsverfahren nach dem Stmk ROG, RFG 2023/27.

Aktuelle Praxisfragen für Gemeinden bei kommunalen Auftragsvergaben – Dienstleistungsaufträge

Der Beitrag schnell gelesen

Die Marktgemeinde XY hat erfolgreich einen Ersatz für den in die Jahre gekommenen Kommunaltraktor beschafft. Nun hat die Marktgemeinde XY Größeres vor – ein neues Schulgebäude für die Volksschule soll errichtet werden. Hiefür bedarf es zunächst diverser Auftragsvergaben für Dienstleistungen (insb Planungsleistungen, Erstellung von Ausschreibungsunterlagen für Bauleistungen etc). Trotz weitreichender Kenntnis der vergaberechtlichen Bestimmungen betreffend Lieferleistungen stellen sich für die Marktgemeinde XY neue Fragen: Welche Besonderheiten gibt es bei der Vergabe von Dienstleistungs-

aufträgen zu beachten? Wie setzt sich der Auftragswert zusammen? Wie könnte es die Marktgemeinde XY schaffen, regionale Planungsbüros zu fördern? Diese und viele weitere praxisrelevante Fragen iZm kommunalen Auftragsvergaben für Dienstleistungsaufträge werden in diesem Beitrag behandelt.

Vergaberecht

§§ 7, 12, 13, 16, 20, 31, 32, 37, 42, 45, 135 ff, 141, 151 f BVerG 2018; §§ 43 ff Stmk GemO

RFG 2023/40



Mag. Dr. THOMAS MAYER ist Referent in der Steiermärkischen Landesregierung.

RA Dr. THOMAS NEGER ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Ulm Neger Partner Rechtsanwälte.

RAA Mag.^a LISA MARIE DORIATH ist Rechtsanwaltsanwärtin in der Kanzlei Ulm Neger Partner Rechtsanwälte.

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Sachverhaltsbeispiel
- C. Dienstleistungsaufträge der Gemeinde
 1. Der vergaberechtliche Dienstleistungsauftrag
 2. Ausnahmen bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen
 3. Besonderheiten bei der Berechnung des Auftragswerts
 4. Die losweise Vergabe und die „Kleinlosregelungen“
 5. Das Verhandlungsverfahren
 6. Der vergaberechtliche Wettbewerb
 7. Exkurs: Die vertiefte Angebotsprüfung
- D. Resümee und Ausblick

A. Einleitung

Steigende Preise, Arbeitskräftemangel, Bauvorhaben „im Rückwärtsgang“ – dabei handelt es sich um Themen, die derzeit nicht nur täglich in den Medien behandelt werden, sondern sich auch unweigerlich auf die öffentliche Auftragsvergabe auswirken. Steigende Preise bei gleichzeitigem Mangel an Personal hat scheinbar zur Folge, dass der Wettbewerb insb bei den Planungs- und Konsulentenleistungen, welche zur Kategorie der Dienstleistungen zählen, spürbar härter und umkämpfter wird. Viele Unternehmen bangen um ihre Auftragslage und fürchten sich vor „Dumpingpreisen“ der Mitbewerber. Zugleich sollen insb öffentliche Auftraggeber stets darum bemüht sein, regionale Unternehmen zu fördern und zu unterstützen – dies natürlich entsprechend den vergaberechtlichen Bestimmungen. Wie diese aktuellen Herausforderungen bei der kommunalen Auftragsvergabe beachtet und gelöst werden können, wird im Folgenden anhand von Beispielen dargestellt und behandelt.