

Gericht

OGH

Entscheidungsdatum

23.04.1996

Geschäftszahl

14Os27/96

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 23. April 1996 durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Walenta als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Massauer, Dr. Ebner, Dr. E.Adamovic und Dr. Holzweber als weitere Richter, in Gegenwart des Richteramtsanwärters Dr. Waldner als Schriftführer in der Strafsache gegen Hermann R***** wegen des Verbrechens des Mißbrauchs der Amtsgewalt nach § 302 Abs 1 StGB über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichtes Salzburg als Schöffengericht vom 27. November 1995, GZ 37 Vr 382/95-14, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters des Generalprokurators, Generalanwalt Dr. Schroll, des Privatbeteiligtenvertreters Dr. H*****, des Angeklagten Hermann R***** und des Verteidigers Dr. Hochsteger zu Recht erkannt:

Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen.

Der Berufung wegen des Ausspruchs über die Strafe wird nicht Folge gegeben.

Der Berufung wegen des Ausspruchs über die privatrechtlichen Ansprüche wird Folge gegeben, dieser Ausspruch aufgehoben und der Privatbeteiligte Prof.Dipl.Ing. Franz H***** mit seinen Ansprüchen auf den Zivilrechtsweg verwiesen.

Dem Angeklagten fallen auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

Text**Gründe:**

Mit dem angefochtenen Urteil wurde Hermann R***** des Verbrechens des Mißbrauchs der Amtsgewalt nach § 302 Abs 1 StGB schuldig erkannt, weil er in der Zeit von 23. April 1991 bis 26. September 1994 in G***** als Bürgermeister dieser Gemeinde in seiner Funktion als Baubehörde erster Instanz, somit als Beamter, mit dem Vorsatz, dadurch das Bundesland Salzburg in seinen konkreten Rechten auf

1. Beseitigung von Bauwerken (zuletzt elf Holzhütten bzw Gartenhäuschen), die ohne bau- und raumordnungsrechtliche Bewilligungen errichtet worden waren, sowie auf
2. Bestrafung von Verwaltungsübertretungen zu schädigen, seine Befugnis, im Namen der Gemeinde als deren Organ in Vollziehung der Gesetze Amtsgeschäfte vorzunehmen, dadurch wissentlich mißbrauchte, daß er es unterließ, die Beseitigung der erwähnten "Schwarzbauten" aufzutragen und deren Errichtung der zuständigen Strafverfolgungsbehörde anzuzeigen.

Rechtliche Beurteilung

Dieses Urteil bekämpft der Angeklagte mit einer auf die Z 5 und 9 lit a des § 281 Abs 1 StPO gestützten Nichtigkeitsbeschwerde, der keine Berechtigung zukommt.

Der Mängelrüge (Z 5) zuwider stellte das Erstgericht die von Martin L***** ausgehende Initiative für die Änderung des Flächenwidmungsplans der Gemeinde G***** ausdrücklich fest (US 4). Die Urteilsannahme, daß dem Angeklagten bereits zum Zeitpunkt der in diesem Zusammenhang anberaumten Sitzung des Gemeinderates vom 5. April 1990 Abwasserentsorgungsprobleme bekannt waren, die eine wasserrechtliche Bewilligung fraglich machten (US 5), konnten die Tatrichter denkrichtig auf die vom Beschwerdeführer damals abgegebene Stellungnahme gründen (ON 6/I), ohne das in der Beschwerde zitierte Schreiben der Bezirkshauptmannschaft Hallein vom 29. April 1992, wonach ein Anschluß an das Ortskanalnetz technisch möglich ist (ON 6/I), eigens erörtern zu müssen. Denn das Schreiben steht der gerügten Konstatierung schon nach der zeitlichen Abfolge des inkriminierten Geschehens, aber auch deshalb nicht entgegen, weil der von Anfang an erhobene Einwand des Grundnachbarn, keine Kanalführung über sein Grundstück zu dulden, ausdrücklich aufrecht blieb (US 9).

Das Erstgericht ließ entgegen den Beschwerdeausführungen bei Beurteilung der subjektiven Tatseite auch nicht unerwogen, daß der Angeklagte auf die Urgezen des Privatbeteiligten insoweit reagierte, als er mit den Errichtern der Gartenhütten sowie mit den Grundeigentümern Kontakt aufnahm (US 8), daß er dem Land Salzburg mehrfach über den Stand des Verfahrens berichtete (US 6 f, 8 f) und auch um Fristverlängerung im Genehmigungsverfahren zur Änderung des Flächenwidmungsplans ersuchte (US 12). Es berücksichtigte weiters, daß die Pläne zur Umwidmung der Grünfläche in eine solche mit Kleingartencharakter durch die Novelle des Wasserrechtsgesetzes erschwert wurden (US 9) und daß die Gartenhütten (deren Kleingartencharakter im Urteil mehrfach zum Ausdruck gebracht wurde - US 4, 5 und 6) jedenfalls vor dem 5. April 1990, also noch vor Beginn des dem Angeklagten zur Last gelegten Tatzeitraumes, errichtet worden waren (US 4). Mit dem Einwand, diese Umstände seien "nicht richtig gewürdigt" worden, wird kein formaler Begründungsmangel dargetan, sondern unzulässigerweise die schöffengerichtliche Beweiswürdigung kritisiert.

Die weitere Behauptung, "mannigfache Gespräche mit Dipl.Ing. H***** hätten aus der Sicht des Angeklagten ein durchaus erfolgversprechendes Ergebnis gehabt", hat das Schöffengericht mit mangelfreier Begründung verneint.

Unberechtigt ist ferner der Einwand fehlender Begründung (Z 5) der Feststellung, daß dem Angeklagten bereits seit 23. April 1991 die Schwierigkeiten mit der Umwidmung der im Eigentum der Eheleute L***** stehenden Liegenschaft EZ 33, Grundbuch 56216 KG O*****, bekannt waren. Die Beschwerde übergeht damit die mehrfachen Hinweise des Erstgerichts auf Aussagen der Zeugen Dipl.Ing. H***** (US 3, 15) und E***** (US 17) sowie auf Protokolle und Schriftstücke, welche darauf schließen lassen, daß dem Beschwerdeführer die - ohne Kooperationsbereitschaft des Grundnachbarn unlösbaren - Probleme bei der Abwasserentsorgung und der Zufahrt zur Kleingartenanlage bekannt waren (US 5 ff und 12 f).

Die Rechtsrüge (Z 9 lit a) geht davon aus, daß der Beschwerdeführer mit der Erlassung eines Beseitigungsauftrags zuwarten durfte, weil nach § 16 Abs 3 Salzburger Baupolizeigesetz die Vollstreckung eines solchen Auftrags ohnehin nicht eingeleitet bzw fortgesetzt werden darf, solange ein Verfahren um nachträgliche Baubewilligung anhängig ist. Dieser Einwand geht ins Leere, weil die Bauerrichter und damit die potentiellen Bewilligungswerber nach § 2 ff Salzburger Baupolizeigesetz kein derartiges Ansuchen eingebracht hatten, weshalb die gesetzliche Duldungspflicht nicht aktuell werden konnte. Ihr bloß theoretisches Bestehen blieb auf die gesetzliche Verpflichtung zur Einleitung des Beseitigungsverfahrens ohne jeden Einfluß.

Die Bemühungen der durch den Angeklagten vertretenen Gemeinde G*****, die als primäre Voraussetzung für eine solche nachträgliche Baugenehmigung (§ 9 Abs 1 lit a Salzburger Baupolizeigesetz) notwendige Änderung des Flächenwidmungsplans von Grünland im engeren Sinn (§ 19 Z 1 Salzburger Raumordnungsgesetz) in Grünland in Form eines Kleingartengebietes (§ 19 Z 2 Salzburger Raumordnungsgesetz) durchzusetzen, stehen der gesetzlich gebotenen Maßnahme dem Beschwerdestandpunkt zuwider auch nicht gleich. Denn die Umwidmung ist nach gänzlich anderen Kriterien als eine Baubewilligung zu prüfen, weshalb selbst für den Fall einer Änderung des Flächenwidmungsplans die Errichtung eines Bauwerks zusätzlicher behördlicher Überprüfungen bedarf, ob dieser Bau den Voraussetzungen des § 9 Salzburger Baupolizeigesetz sowie den - im vorliegenden Fall vor allem hinsichtlich der Abwasserbeseitigung fraglichen - Aufschließungserfordernissen nach §§ 32 ff Salzburger Bautechnikgesetz genügt. Dazu kommt, daß durch das inkriminierte Verhalten auch der Nachbar jenes Grundstücks geschädigt worden ist, auf dem illegale Bauten errichtet wurden, nahm ihm doch die Untätigkeit des als Baubehörde erster Instanz zur Verfahrensführung berufenen Angeklagten jegliche Möglichkeit einer Verfahrensbeteiligung nach § 16 Abs 6 Salzburger Baupolizeigesetz. Daß diese im konkreten Fall die Erteilung einer Baubewilligung schon allein auf Grund der Weigerung von Dipl.Ing. H*****, den Kleingartenpächtern die - allein mögliche - Zufahrt über sein Grundstück zu gestatten, a priori unmöglich gemacht hätte, liegt auf der Hand. Auch der Hinweis auf die herrschende Verwaltungspraxis, wonach Eingriffe möglichst zu unterlassen sind, wenn entsprechende Sanierungsmaßnahmen vorgenommen werden (vgl VwSlg

7813/A; Walter-Mayer, *Verwaltungsverfahren*, Rz 995), führt zu keinem anderen Ergebnis, weil die - insoweit novellierte - Bestimmung des § 16 Abs 3 zweiter Satz Salzburger Baupolizeigesetz lediglich den in der Judikatur des VwGH allgemein anerkannten Grundsatz umsetzt (Heinl-Loebenstein-Verosta, *Das Österreichische Recht VIII/6/5*, Anm 9 zu § 16 Salzburger Baupolizeigesetz), daß ein Verwaltungsvollstreckungsverfahren aufzuschieben ist, wenn ein Antrag auf nachträgliche Bewilligung rechtswidrig errichteter Bauten gestellt wird.

Unter diesem Aspekt versagt auch der - sowohl in objektiver als auch subjektiver Beziehung erhobene - Einwand der Unverhältnismäßigkeit des sofortigen Abbruchs der Gartenhütten, war dieser doch ohnehin erst nach rechtskräftiger Versagung einer Baubewilligung gestattet.

Der Einwand schließlich, daß dem Land Salzburg die im Grünland errichteten Gartenhütten bekannt waren und das Amt der Salzburger Landesregierung den Beschwerdeführer dennoch bloß dazu aufforderte, im Fall, daß keine aufsichtsbehördliche Genehmigung der Änderung des Flächenwidmungsplans erteilt wird, den gesetzmäßigen Zustand nach dem Salzburger Baupolizeigesetz herzustellen, ist unerheblich, weil die Verpflichtung des Angeklagten zur gesetzeskonformen Tätigkeit als Bürgermeister und damit als Baubehörde erster Instanz nicht von einer dahingehenden Weisung der Aufsichtsbehörde abhängig ist (vgl RdU 1995/34). Im übrigen erfuhr das Land Salzburg von den "Schwarzbauten" nach der Aktenlage erst durch den Lokalausweis vom 8. November 1993 und erstattete darauf unverzüglich Anzeige an die Bezirkshauptmannschaft Hallein (Beilage .I zu ON 13/II).

Auch der Hinweis, daß die Änderung des Flächenwidmungsplans von der Gemeinde G***** bereits beschlossen war, vermag an der rechtlichen Ausgangslage nichts zu ändern. Denn dieser Gemeinderatsbeschuß stand unter der aufschiebenden Bedingung einer Genehmigung durch das Land Salzburg (§ 23 Abs 3 iVm § 22 Abs 1 und 2 Salzburger Raumordnungsgesetz) und konnte somit zunächst keine rechtliche Wirkung entfalten.

Darüber hinaus bestreitet der Beschwerdeführer die subjektive Tatseite mit der Begründung, er habe darauf vertraut, daß die von ihm geduldeten, wengleich rechtswidrig errichteten Bauten genehmigungsfähig seien.

Ein solcher Tatbestandsausschluß käme allenfalls dann in Betracht, wenn der Entscheidungsträger überzeugt ist, daß ein sein Dulden rechtfertigendes Ergebnis eines anhängigen Verwaltungsverfahrens (auf nachträgliche Genehmigung eines ohne Bewilligung errichteten Bauwerks) mit Sicherheit bevorsteht (JBI 1990, 807). Diese Prämisse liegt nach dem im gegebenen Rahmen bindenden Urteilssachverhalt aber nicht vor. Denn darnach waren dem Angeklagten die Schwierigkeiten bekannt, die der erwogenen Änderung des Flächenwidmungsplans (umso mehr einer nachträglichen Baubewilligung) entgegenstanden, weil der Privatbeteiligte wiederholt mündlich und schriftlich bekanntgegeben hatte, eine Benützung seines Grundstückes zur Aufschließung und Zufahrt unter keinen Umständen zu gestatten (US 9 f, 11, 14, 15 f, 18 iVm US 3 bis 5). Mit dem Einwand eines fehlenden Schädigungsvorsatzes ist die Beschwerde somit nicht an den Urteilsannahmen orientiert (US 7 und 15).

Gleiches gilt auch insoweit, als der Angeklagte die Wissenslichkeit des Befugnismißbrauchs mit der Behauptung bestreitet, er habe "in Ansehung der Rechtmäßigkeit seines Handelns in nachweisbarer Gutgläubigkeit gehandelt" und sich überdies in einem Rechtsirrtum (§ 9 StGB) in Ansehung der Reichweite seiner Duldungspflicht nach § 16 Abs 3 Salzburger Baupolizeigesetz befunden. Denn die Beschwerde übergeht auch dabei die - mängelfrei begründeten (US 14 f) - Feststellungen des Erstgerichtes, wonach der Angeklagte im Bewußtsein, daß ihn als Bürgermeister und damit als Baubehörde erster Instanz die Pflicht zur Beseitigung der rechtswidrig errichteten Gartenhütten traf, diese wissentlich widerrechtlich duldete (US 7, 14 f, 16 und 17 f). Die in diesem Zusammenhang dargestellten Hoffnungen des Beschwerdeführers, allenfalls doch noch eine Änderung des Flächenwidmungsplans zu bewirken, vermögen die ihn selbst treffende unverzügliche Handlungspflicht, der er wissentlich nicht genügt, ebensowenig zu relativieren wie das mangelnde Einschreiten der Aufsichtsbehörde.

Der in der Beschwerde vertretene rechtliche Standpunkt, wonach lediglich die Unterlassung der Vollstreckung eines Beseitigungsauftrags das Land Salzburg hätte schädigen können, läßt außer acht, daß ein konkreter Schaden im Sinne von § 302 Abs 1 StGB schon in der Vereitelung bestimmter in der Rechtsordnung festgelegter staatlicher Maßnahmen liegt, wenn damit der Zweck beeinträchtigt wird, den der Staat mit der dieser Maßnahme zugrundeliegenden Vorschrift erreichen will. Die Verhinderung der Errichtung von Gebäuden im Grünland und der Abbruch konsenswidrig errichteter Bauten (RdU 1995/34; EvBl 1982/158) ist ein konkretes staatliches Recht, das durch das Untätigbleiben des zur Entscheidung nach § 16 Abs 3 erster Satz Salzburger Baupolizeigesetz zur Erlassung eines Abbruchbescheides berufenen Organs beeinträchtigt wird, weil erst dieser Bescheid die rechtliche Basis für die unter Wahrung der Anrainerinteressen vorzunehmende Überprüfung einer Bewilligungsfähigkeit des konsenslos errichteten Bauwerkes darstellt.

Zu Unrecht bezweifelt der Beschwerdeführer ferner die Pflicht des Bürgermeisters, bei der Bezirkshauptmannschaft Anzeige hinsichtlich der durch die illegale Bauführung verwirklichten Verwaltungsübertretungen (§ 23 Abs 1 lit a Salzburger Baupolizeigesetz) zu erstatten (Z 9 lit a).

Nach § 22 Abs 1 lit a Salzburger Baupolizeigesetz ist der Bürgermeister Baubehörde erster Instanz. Damit trifft ihn als Garant für die Einhaltung der Baunormen auch eine Pflicht zur Anzeige der in diesem Gesetz normierten und ihm in Ausübung seines Amtes bekanntgewordenen Verwaltungsübertretungen bei der zur Entscheidung darüber berufenen Bezirkshauptmannschaft (§ 23 Abs 1 leg cit), zumal deren Ahndung keinerlei Ermessensspielraum offen läßt (JBl 1994, 487). Dem Beschwerdeführer ist allerdings zu konzedieren, daß die Anzeigepflicht spätestens mit der tatsächlichen Kenntnisnahme der Verwaltungsübertretungen durch die zuständige Bezirkshauptmannschaft Hallein endete. Nach den Urteilsfeststellungen wurde die Bezirkshauptmannschaft Hallein nach der vom Privatbeteiligtenvertreter am 3. Dezember 1993 beim Amt der Salzburger Landesregierung eingebrachten Aufsichtsbeschwerde vom Verdacht entsprechender Verwaltungsübertretungen der illegalen Bauerrichter informiert (US 11 f). Nach dem Akt der Bezirkshauptmannschaft Hallein, Z 4/250-73/1 (Beilage I in Bd II), hatte die Strafbehörde seit 10. Dezember 1993 davon Kenntnis, sodaß die dem Angeklagten angelastete Unterlassung spätestens ab diesem Zeitpunkt mangels Schadensfortwirkung nicht mehr tatbestandsmäßig sein konnte. Da aber der Urteilspruch lediglich die insgesamt zu verantwortende Tatzeit wiedergibt und die inkriminierte Tathandlung ausdrücklich auf die Hintanhaltung der verwaltungsstrafrechtlichen Verfolgung der Bauausführenden abzielt, ist der Beschwerdeführer dadurch nicht beschwert.

Die Nichtigkeitsbeschwerde war daher zu verwerfen.

Das Schöffengericht verurteilte den Angeklagten nach § 302 Abs 1 StGB zu einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten, welche es gemäß § 43 Abs 1 StGB für eine Probezeit von drei Jahren bedingt nachsah.

Bei der Strafbemessung wertete es den langen Deliktszeitraum und das widerrechtliche Dulden mehrerer Bauwerke als erschwerend, die Unbescholtenheit, das "Tatsachengeständnis" und die rechtliche Schwierigkeit der Materie hingegen als mildernd.

Der dagegen gerichteten Berufung, mit welcher der Angeklagte die Verhängung einer bedingt nachgesehenen Geldstrafe, allenfalls die Anwendung des § 41 Abs 1 StGB anstrebt, kommt keine Berechtigung zu.

Die Strafzumessungsgründe bedürfen zunächst insoweit einer Korrektur, als der lange Deliktszeitraum nach Lage des Falles ein wesentliches Kriterium des dem Angeklagten zur Last liegenden Amtsmissbrauchs darstellt und deshalb nicht zusätzlich als erschwerend zu werten ist. Angesichts des einheitlichen Tatgeschehens hat auch die widerrechtliche Duldung mehrerer Bauwerke nicht das Gewicht eines eigenen Erschwerungsgrundes. Demgegenüber wirkt ein nicht wesentlich zur Wahrheitsfindung beitragendes Zugeben bloßer Tatsachen ohne Eingeständnis der subjektiven Merkmale des strafbaren Verhaltens auch nicht mildernd (Leukauf-Steininger Komm3 § 34 RN 26). Die "rechtliche Schwierigkeit der Materie" scheidet auf Grund des festgestellten wissentlichen Befugnismißbrauchs gleichfalls als Milderungsgrund aus, mag auch der aus dem langjährigen Bestehen der Kleingartenanlage resultierenden schwierigen Interessenlage des Berufungswerbers ein milderndes Gewicht nicht gänzlich abgesprochen werden können.

Die im Rahmen der Berufung wiederholte Behauptung, der Zweck des Gesetzes sei fallbezogen "in keiner Weise vereitelt worden", trifft - wie dargelegt - nicht zu.

Allen übrigen Einwänden gegen die Strafe wurde durch Verhängung der gesetzlich vorgesehenen Mindeststrafe, die auch nach Korrektur der Strafzumessungsgründe der tat- und täterbezogenen Schuld entspricht, ausreichend Rechnung getragen.

Das Erstgericht verurteilte den Angeklagten gemäß § 369 Abs 1 StPO zur Zahlung von 5.000 S als Schadenersatz an den Privatbeteiligten.

Der gegen das Adhäsionserkenntnis gerichteten Berufung kommt insoweit Berechtigung zu, als der behauptete Schaden im Amtshaftungsverfahren geltend zu machen ist (Dittrich-Tades ABGB34 § 1 AHG E 76 f, 97, 199, 200, 235). Aus diesem Grunde ist ein Zuspruch ausgeschlossen, weshalb der Privatbeteiligte mit seinen Ansprüchen auf den Zivilrechtsweg zu verweisen war (Mayerhofer-Rieder StPO3 § 47 E 13, 14).

Die Kostenentscheidung ist in § 390 a StPO begründet.