

Der Oberste Gerichtshof hat am 27. Mai 2013 durch den Präsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Ratz als Vorsitzenden sowie die Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Danek und Hon.-Prof. Dr. Kirchbacher und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Nordmeyer und Dr. Oshidari in Gegenwart des Richteramtsanwärters Mag. Kurzthaler als Schriftführer in der Strafsache gegen Harald P***** wegen des Verbrechens des Missbrauchs der Amtsgewalt nach § 302 Abs 1 StGB über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichts Wels als Schöffengericht vom 28. September 2012, GZ 11 Hv 78/11a-39, nach Anhörung der Generalprokuratur in nichtöffentlicher Sitzung den

B e s c h l u s s

gefasst:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird zurückgewiesen.

Zur Entscheidung über die Berufung werden die Akten dem Oberlandesgericht Linz zugeleitet.

Dem Angeklagten fallen auch die Kosten des bisherigen Rechtsmittelverfahrens zur Last.

G r ü n d e :

Mit dem angefochtenen - auch einen rechtskräftigen Freispruch enthaltenden - Urteil wurde Harald P***** des Verbrechens des Missbrauchs der Amtsgewalt nach § 302 Abs 1 StGB schuldig erkannt.

Danach hat er von 23. Oktober 2009 bis 6. Mai 2011 in S***** als Bürgermeister dieser Gemeinde, somit als Beamter, mit dem Vorsatz, die „Republik Österreich in ihrem“ (richtig: das Land Oberösterreich in seinem [vgl Art 15 Abs 1 B-VG]) Recht auf Strafverfolgung von Verwaltungsübertretungen zu schädigen, seine Befugnis, im Namen der genannten Gemeinde als deren Organ in Vollziehung der Gesetze Amtsgeschäfte vorzunehmen, wissentlich dadurch missbraucht, dass er es ungeachtet seiner Verpflichtung, die Einhaltung der Oberösterreichischen Bauordnung (Oö BauO) zu garantieren, unterließ, Anzeige wegen „konsensloser Bauausführung“ (gemeint: Ausführung eines bewilligungspflichtigen Bauvorhabens ohne rechtskräftige Baubewilligung im Sinne des § 57 Abs 1 Z 2 Oö BauO) hinsichtlich des Bauvorhabens der K*****-GmbH bei der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land zu erstatten.

Die dagegen aus den Gründen der Z 5, 5a sowie 9 lit a und b des § 281 Abs 1 StPO ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten ist nicht im Recht.

Entgegen der Unvollständigkeit (Z 5 zweiter Fall) reklamierenden Mängelrüge steht die Aussage des Zeugen Ing. Peter R*****, das gegenständliche Bauvorhaben wäre „bautechnisch“ „problemlos bewilligt worden“, wenn es nicht das Hindernis des zu geringen Abstands zu einer - in natura nicht leicht als solcher erkennbaren - öffentlichen Verkehrsfläche gegeben hätte (ON 35 S 22 f), der kritisierten

Urteilsannahme, die Erteilung einer Baubewilligung sei (zunächst) am Fehlen der erforderlichen Umwidmung dieser Verkehrsfläche gescheitert (US 4), nicht entgegen. Im Übrigen hat das Erstgericht in diesem Zusammenhang die Verantwortung des Beschwerdeführers, er habe im Vertrauen auf die baldige Bewilligung des Bauvorhabens von einer Anzeigeerstattung abgesehen, mit dem Hinweis auf das formell aufwendige Verfahren zur Änderung des Flächenwidmungsplans (nicht etwa wegen des inhaltlichen Umfangs der erforderlichen Änderung) als unglaubwürdig verworfen (US 10 f; bloß erhebliche Tatsachen sind daher kein Gegenstand behaupteter Unvollständigkeit; vgl *Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 409 f).

Da die Tatrichter der Verantwortung des Beschwerdeführers zu seinem Wissensstand (mit mängelfreier Begründung) nicht folgten, waren sie mit Blick auf das Gebot zu gedrängter Darstellung in den Urteilsgründen (§ 270 Abs 2 Z 5 StPO) auch nicht verhalten, sich ausdrücklich mit seiner Aussage, er „habe davon gehört“, dass die verwaltungsstrafrechtliche Verjährungsfrist drei Jahre betrage (ON 26 S 17; vgl aber § 31 Abs 2 VStG), auseinanderzusetzen. Dies umso mehr, als der Beschwerdeführer - der Mängelrüge (Z 5 zweiter Fall) zuwider - gerade nicht deponierte, (im Tatzeitraum verfehlt) von einer dreijährigen Verjährungsfrist ausgegangen zu sein, diese Aussagepassage somit kein im Hinblick auf die Feststellungen zur subjektiven Tatseite erhebliches Beweisergebnis erkennen lässt (RIS-Justiz RS0098642; *Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 394 und 428).

Die Angaben der Zeugen Ing. Peter R*****, Mag. Dietmar U***** und Ing. Robert Ko***** über eine in Teilen der oberösterreichischen Landesverwaltung gängig

gewesene Praxis, in derartigen Fällen zwar einen sogenannten „Baustopp“ (vgl § 41 Abs 3 Oö BauO) zu verfügen, von einer Anzeigeerstattung jedoch abzusehen, haben die Tatrichter ohnehin erörtert, aber unter anderem mit dem Verweis auf ein dem Beschwerdeführer zugegangenes - auf die Unrichtigkeit dieser Rechtsansicht hinweisendes - Schreiben (ON 12 S 19 ff) der Aufsichtsbehörde (der Oberösterreichischen Landesregierung [vgl § 99 Oö GemO]) im Hinblick auf die Feststellungen zur subjektiven Tatseite als unmaßgeblich erachtet (US 9).

Der Einwand der Undeutlichkeit (Z 5 erster Fall), weil das Erstgericht einerseits von einem Beginn des Tatzeitraums am 23. Oktober 2009 ausgegangen sei (US 1 und 11 f), andererseits jedoch angenommen habe, bis zur Kenntnisnahme vom (oben erwähnten) aufsichtsbehördlichen Schreiben (spätestens am 7. Jänner 2011 [US 12]) habe sich der Beschwerdeführer in einem (nach Überzeugung der Tatrichter „vorwerfbaren“) „Rechtsirrtum“ hinsichtlich der ihn treffenden Anzeigepflicht befunden (vgl US 9 und 13), geht nicht von der Gesamtheit der Entscheidungsgründe aus (RIS-Justiz RS0119370, RS0117995). „Rechtsirrtum“ billigte das Erstgericht dem Beschwerdeführer nämlich nur insoweit zu, als dieser angenommen habe, es bestehe dann keine Anzeigepflicht, wenn der illegal ausgeführte Bau „innerhalb kurzer Zeit bewilligungsfähig“ sei (US 10). Daran anknüpfend hat es eingehend und unmissverständlich dargelegt, dass der Beschwerdeführer von einer solchen „baldigen Genehmigung der Bauführung“ gerade nicht ausgegangen sei, weshalb dieser „Rechtsirrtum“ keine Auswirkung auf die Wissentlichkeit des Befugnismissbrauchs gehabt habe (US 10 ff, insbesondere US 13).

Bleibt zur Klarstellung anzumerken, dass sich ein derartiger Irrtum auf den sozialen Bedeutungsgehalt des normativen Tatbestandsmerkmals „Befugnismissbrauch“ bezöge (sogenannter Tatbildirrtum), weshalb er nicht nach den Kriterien des § 9 StGB zu beurteilen wäre. Vorwerfbarkeit eines solchen Irrtums würde an der Nichterfüllung des subjektiven Tatbestands (in Bezug auf die Wissentlichkeit des Befugnismissbrauchs) nichts ändern (vgl 17 Os 14/12f, EvBl 2013/14, 79; 17 Os 4/12k; allgemein zum Tatbildirrtum *Fuchs*, AT I⁸ 14/42 ff; *Höpfel* in WK² § 9 Rz 7 ff; *Reindl-Krauskopf* in WK² StGB § 5 Rz 47 ff).

Davon abgesehen betrifft der Einwand ausschließlich die Länge des (mit 6. Mai 2011 endenden) Tatzeitraums und damit hier keine entscheidende Tatsache (17 Os 8/12y; zu entscheidenden Tatsachen als Bezugspunkt der Mängelrüge *Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 398). Die in diesem Zusammenhang aufgestellte - im Rahmen der Rechtsrüge (Z 9 lit a) wiederholte - Rechtsbehauptung, die (sechsmonatige) verwaltungsstrafrechtliche Verjährungsfrist habe bereits „mit dem Setzen der Verwaltungsübertretung und dem Erkennen derselben“ durch den Beschwerdeführer (und nicht erst mit Abschluss der strafbaren Tätigkeit) zu laufen begonnen, weshalb im Zeitpunkt seiner Kenntnisnahme vom aufsichtsbehördlichen Schreiben zufolge eingetretener Verjährung keine Anzeigepflicht mehr bestanden habe, lässt eine methodengerechte Ableitung aus dem Gesetz vermissen (vgl § 31 Abs 2 zweiter Satz VStG; VwGH 96/06/0151; 89/06/0052 ua; *Neuhofer*, Oö Baurecht 2007⁶ § 57 Erl 2).

Dass die Bezirkshauptmannschaft Wels-Land als Verwaltungsstrafbehörde von Beginn des Tatzeitraums an Kenntnis von der hier gegenständlichen Verwaltungsübertretung gehabt hätte (vgl 14 Os 27/96),

behauptet der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang übrigens (zu Recht) nicht.

Die Konstatierung, der Beschwerdeführer habe nach der Bauverhandlung vom 21. September 2009 weitere illegale Bautätigkeit der K***** GmbH festgestellt (US 4), stützten die Tatrichter aktenkonform auf seine Verantwortung (US 9 iVm ON 26 S 12 f), sodass der Vorwurf der Aktenwidrigkeit (Z 5 fünfter Fall) schon aus diesem Grund ins Leere geht. Im Übrigen betrifft auch dieser Einwand - unter anderem wegen der Konstatierung weiterer Wahrnehmungen des Beschwerdeführers (US 5 iVm ON 26 S 5) - keine entscheidende Tatsache.

Indem die Tatsachenrüge (Z 5a) aus vom Erstgericht ohnehin erörterten Beweisergebnissen - insbesondere den Aussagen der Zeugen Ing. Peter R*****, Mag. Dietmar U***** und Ing. Robert Ko***** und des Beschwerdeführers zu den einer Baubewilligung entgegenstehenden Hindernissen und einer in Teilen der oberösterreichischen Landesverwaltung in derartigen Fällen gepflogenen Praxis - für diesen günstigere Schlussfolgerungen im Hinblick auf die subjektive Tatseite zieht, weckt sie keine erheblichen Bedenken gegen die Richtigkeit des Ausspruchs über entscheidende Tatsachen (RIS-Justiz RS0099674).

Die Kritik der Rechtsrüge (Z 9 lit a), das Erstgericht habe nicht festgestellt, „ob“ der Beschwerdeführer von der weiteren Bautätigkeit (zwischen 21. September und 23. Oktober 2009) dienstlich oder privat erfahren habe, legt nicht dar, weshalb dieser Umstand ungeachtet des von ihm als Bürgermeister und Baubehörde erster Instanz am 23. Oktober 2009 verfassten, darauf bezugnehmenden Schreibens und seiner weiteren (in seiner amtlichen

Eigenschaft gemachten) Wahrnehmungen im Zusammenhang mit den Bauverhandlungen vom 21. September 2009 und vom (richtig [vgl ON 7 S 64]) 19. Oktober 2010 entscheidend sein soll (vgl 17 Os 16/12z; 15 Os 3/90; *Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmissbrauch⁵ § 302 Rz 38).

Der Einwand, „nur ein sogenanntes gezieltes Untätigbleiben“ sei im Fall der Begehung durch Unterlassen strafbar, dies sei „bei rechtlicher Unkenntnis oder eben bei gutem Glauben“ nicht der Fall, verfehlt die Bezugnahme auf die Urteilsannahmen zur subjektiven Tatseite, nach welchen der Beschwerdeführer „die Bauwerberin K***** GmbH“ „offensichtlich“ „nicht anzeigen wollte“ (US 12) und er „wusste“, „dass seine Untätigkeit dazu führen kann, dass die Gesetzwidrigkeit ungeahndet bleibt“ (US 13).

Es trifft zwar grundsätzlich zu, dass die Verwaltungsbehörde im Anwendungsbereich des § 21 Abs 1b (nicht wie vom Erstgericht und vom Beschwerdeführer angenommen: Abs 2) VStG keine Anzeigepflicht wegen von ihr (im Rahmen ihrer Vollzugsaufgaben) wahrgenommener Verwaltungsübertretungen trifft (vgl 17 Os 8/12y; zur ständigen Rechtsprechung, nach der ein Vorgehen nach § 21 VStG das kumulative Vorliegen der in Abs 1 genannten Kriterien voraussetzt, dann aber ein Rechtsanspruch darauf besteht RIS-Justiz RS0082100; VwGH 2012/09/0066; 2007/09/0229 ua; *P. Sander* in *N. Raschauer/W. Wessely*, Kommentar zum Verwaltungsstrafgesetz § 21 Rz 4 und 6 mwN). Dies ist - wenn (wie hier ausschließlich) die Verletzung einer derartigen Anzeigepflicht den Gegenstand des Vorwurfs des Missbrauchs der Amtsgewalt bildet - bereits bei Prüfung des Befugnismissbrauchs, also auf der (objektiven) Tatbestandsebene zu prüfen und durch entsprechende Tatsachenfeststellungen zu klären. Auf solche

nimmt das zu diesem Thema erstattete Vorbringen (Z 9 lit a) mit der bloßen Rechtsbehauptung einer Anwendbarkeit des § 21 Abs „2“ VStG jedoch ebenso wenig Bezug, wie es einen Feststellungsmangel in diesem Zusammenhang geltend macht (vgl *Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 581 und 584). Mit dem Hinweis auf die Art der Erledigung eines (anderen) mit dem Schuldspruch nicht zusammenhängenden Verwaltungsstrafverfahrens wird den Anforderungen an eine gesetzmäßige Rechtsrüge nicht entsprochen.

Mit Blick auf § 290 Abs 1 zweiter Satz erster Fall StPO wird angemerkt, dass aus dem Urteilssachverhalt, demzufolge die K***** GmbH die bewilligungslose Bauführung ungeachtet wiederholter (mündlicher und schriftlicher) Untersagung über ein Jahr lang fortsetzte (US 4 f), ein Vorliegen der in § 21 Abs 1 VStG genannten Kriterien gerade nicht abzuleiten ist (vgl VwGH 2005/05/0174; 95/05/0055).

Die Forderung der weiteren Rechtsrüge (nominell Z 9 lit b, der Sache nach Z 9 lit a), das Erstgericht hätte von einem „nicht vorwerfbaren Rechtsirrtum“ (vgl aber die obigen Ausführungen zur Mängelrüge) des Beschwerdeführers in Bezug auf die ihn treffende Anzeigepflicht „ausgehen müssen“, bekämpft lediglich die gegenteiligen Feststellungen zur subjektiven Tatseite (US 6 iVm US 9 ff) nach Art einer im kollegialgerichtlichen Verfahren unzulässigen Schuldbefragung.

Weshalb das Erstgericht schließlich verpflichtet gewesen wäre, den - vom Beschwerdeführer selbst in der Hauptverhandlung erwähnten (ON 26 S 29) - Umstand, dass er hinsichtlich eines anderen Bauvorhabens (ohne Aufforderung der Aufsichtsbehörde) Anzeige an die Verwaltungsstrafbehörde erstattet habe (US 12), mit Blick auf

dessen Verwertung im Rahmen der beweiswürdigen Erwägungen zur subjektiven Tatseite mit ihm zu erörtern (vgl. hingegen 13 Os 80/08a), erklärt die Rüge nicht.

Die Nichtigkeitsbeschwerde war daher schon bei der nichtöffentlichen Beratung sofort zurückzuweisen (§ 285d Abs 1 StPO).

Daraus folgt die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts zur Entscheidung über die Berufung (§ 285i StPO).

Der Kostenausspruch beruht auf § 390a Abs 1 StPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 27. Mai 2013
Dr. R a t z
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: