

# TE OGH 1988/8/2 150s72/88

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 02.08.1988

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 2.August 1988 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Bernardini als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Walenta, Dr. Hörburger, Dr. Reisenleitner und Hon.Prof. Dr. Brustbauer als weitere Richter, in Gegenwart des Richteramtsanwälters Mag. Forsthuber als Schriftführer, in der Strafsache gegen Johann G\*\*\* wegen des Verbrechens des Mißbrauches der Amtsgewalt nach § 302 Abs. 1 StGB und einer anderen strafbaren Handlung über die Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck als Schöffengericht vom 14.September 1987, GZ 25 Vr 473/84-109, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters des Generalprokurator, Generalanwalt Dr. Presslauer, des Angeklagten und des Verteidigers Dr. Heis zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Nichtigkeitsbeschwerde wird teilweise Folge gegeben, das angefochtene Urteil, das im übrigen unberührt bleibt, in der Beurteilung, daß Johann G\*\*\* durch das im Punkt 1/ des Schulterspruches umschriebene Verhalten das Vergehen der falschen Beurkundung im Amt nach § 311 StGB begangen habe, sowie im Strafausspruch aufgehoben; gemäß § 288 Abs. 2 Z 3 StPO wird in der Sache selbst erkannt:

Johann G\*\*\* wird für das ihm nach den Punkten 1/ und 2/ des Schulterspruches insgesamt zur Last liegende Verbrechen des Mißbrauches der Amtsgewalt nach § 302 Abs. 1 StGB nach dieser Gesetzesstelle zu 7 (sieben) Monaten Freiheitsstrafe verurteilt. Gemäß § 43 Abs. 1 StGB wird die Strafe unter Bestimmung einer Probezeit von drei Jahren bedingt nachgesehen.

Im übrigen wird die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen. Mit seiner Berufung wird der Angeklagte auf diese Entscheidung verwiesen.

Gemäß § 390 a StPO fallen ihm auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil, welches auch einen in Rechtskraft erwachsenen Freispruch enthält, wurde Johann G\*\*\* des Vergehens der falschen Beurkundung im Amt nach § 311 StGB (Punkt 1/ des Urteilssatzes) und des Verbrechens des Mißbrauches der Amtsgewalt nach § 302 Abs. 1 StGB (Punkt 2/ des Urteilssatzes) schuldig erkannt. Darnach hat er in Leutasch

1./ zu einem nicht genau feststellbaren, jedenfalls aber nach dem 13.Dezember 1979 gelegenen Zeitpunkt als Bürgermeister, sohin als Beamter, in einer öffentlichen Urkunde, deren Ausstellung in den Bereich seines Amtes fällt, eine Tatsache mit dem Vorsatz fälschlich beurkundet, daß die Urkunde zum Beweis der Tatsache gebraucht werde,

indem er auf der Durchschrift des Bescheides des Bürgermeisters der Gemeinde Leutasch vom 1.September 1962, Zahl 600/27-62, den wahrheitswidrigen Vermerk angebracht hat, Ludwig S\*\*\* "wolle das gegenständliche Bauvorhaben zurückziehen";

2./ am 5.Dezember 1981 und am 22.Dezember 1981 als Bürgermeister, sohin als Beamter, mit dem Vorsatz, Johann S\*\*\* an seinem Recht auf Fertigstellung des auf der Gp 1189/1 KG Leutasch befindlichen Rohbaues laut Baugenehmigung vom 1.September 1962 zu schädigen, seine Befugnis, im Namen der Gemeinde Leutasch ein Amtsgeschäft vorzunehmen, wissentlich mißbraucht, indem er, gestützt auf den unter Punkt 1./ angeführten unrichtigen Vermerk, dem Johann S\*\*\* eine nicht genehmigte Bauführung vorgeworfen und ihn aufgefordert hat, um eine Baubewilligung nachzusuchen, andernfalls die Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes durch Beseitigung der erstellten Anlagen angedroht wurde.

Der Angeklagte bekämpft den Schulterspruch mit einer auf die Z 4, 5 und 10 des§ 281 Abs. 1 StPO gestützten Nichtigkeitsbeschwerde.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Verfahrensrüge (Z 4) zuwider stellte das gerügte Unterbleiben beantragter Beweisaufnahmen keine Beeinträchtigung von Verteidigungsrechten dar.

Im Anschluß an die Erstattung von Befund und Gutachten durch den Sachverständigen für Urkundenuntersuchung Dr. D\*\*\* über den Herstellungszeitpunkt des auf einer Durchschrift des Bescheides des Bürgermeisters der Gemeinde Leutasch vom 1.September 1962, Zahl 600/27-62, angebrachten maschinschriftlichen Vermerks begehrte der Verteidiger die Einholung eines Gutachtens darüber, daß infolge Verblassung des Einfärbemittels die Schriftanbringung (entgegen den Ausführungen des Sachverständigen) spätestens im Jahre 1968 erfolgt sei. Da Dr. D\*\*\* zwar eine solche Beweisführung nicht ausdrücklich als generell unmöglich bezeichnet, aber immerhin erklärt hatte, eine entsprechende Beurteilungsmethode allein nach der Farbintensität der Maschinschrift noch nicht angewendet zu haben, auch nicht zu kennen und eine derartige Untersuchung für nicht realisierbar zu halten, zielte das Verlangen des Verteidigers dem Sachzusammenhang nach auf Bestellung eines zweiten Sachverständigen ab, welcher ein vorgegebenes anderes Untersuchungsverfahren einsetzen sollte. Im Strafverfahren ist jedoch zur Lösung einer Fachfrage grundsätzlich nur ein Sachverständiger beizuziehen und bloß unter bestimmten gesetzlichen Voraussetzungen (§§ 118 Abs. 2, 125, 126 StPO) ausnahmsweise das Gutachten eines zweiten Sachverständigen einzuholen. Daß ein solcher Fall vorliege, wurde vom Beschwerdeführer anläßlich der Antragstellung gar nicht behauptet. Ebenso unterblieb ein Vorbringen darüber, weshalb die angestrebte Untersuchungsmethode andere Ergebnisse erwarten lassen soll als die vom Sachverständigen Dr. D\*\*\* vorgenommenen Auswertungen von Kopierversuchen und Justierungsfehlern, womit der Gutachter auf zwei völlig unterschiedlichen Untersuchungsgrundlagen, gegen die der Beschwerdeführer nichts vorzubringen vermag, ohnehin zu übereinstimmenden und sicheren Aussagen über die maßgebliche Herstellungszeit der Schrift gelangt ist. Schon mangels einer die Notwendigkeit der geforderten zusätzlichen Beweisaufnahme betreffenden Antragsbegründung, welche nach Lage des Falles unerlässlich gewesen wäre, wurden durch die Ablehnung des Verlangens keine Gesetze oder Verfahrensgrundsätze hintangesetzt oder unrichtig angewendet, deren Beobachtung durch das Wesen eines die Verteidigung sichernden Verfahrens geboten ist.

Der Antrag auf Vernehmung des Josef S\*\*\* als Zeugen zum Nachweis eines Verzichtes des verstorbenen Ludwig S\*\*\* "auf Ausführung des Bauwerks gemäß dem Bescheid von 1962 infolge Fehlplanung für ein Gasthaus" und der "inhaltlichen" Richtigkeit des bezüglichen, vom Angeklagten geschriebenen Vermerks ließ nicht erkennen, daß damit ein für die Entscheidung bedeutsames Thema bezeichnet worden ist. Es ist nämlich unerheblich, aus welchen von Willensentscheidungen abhängigen oder unabhängigen Gründen Ludwig S\*\*\* davon Abstand nahm, die begonnene Bauausführung fortzusetzen, sondern es geht allein darum, ob der Genannte gegenüber dem damals als Bürgermeister der Gemeinde Leutasch tätigen Angeklagten im Gemeindeamt eine Äußerung abgab, wonach er das gegenständliche Bauvorhaben zurückziehen und mit anderen Plänen einreichen wolle. Dem Vorbringen beim Antrag des Zeugenbeweises ist nicht eindeutig zu entnehmen, daß der Nachweis einer derartigen gegenüber der Behörde abgegebenen Erklärung des Ludwig S\*\*\* angestrebt wurde und daß der Zeuge Josef S\*\*\* darüber Wahrnehmungen gemacht haben soll. Aus einer derartigen Zielsetzung des Antrags hätte sich jedenfalls das Erfordernis ergänzender

Darlegungen zu seinen Erfolgssäussichten ergeben. Dies nicht primär wegen der verlesenen schriftlichen Erklärungen über mangelnde Kenntnis des Josef S\*\*\* vom Beweisthema - insoweit betont der Beschwerdeführer mit Recht einen Vorrang des Zeugenbeweises vor der Verlesung von

Privaturkunden - wohl aber unter dem hinzutretenden Aspekt, daß die fraglichen Vorgänge rund zwei Jahrzehnte zurückliegen und nicht einmal der Angeklagte ein zumindest durch Erzählungen des Ludwig S\*\*\* entstandenes Wissen anderer Personen von der Angelegenheit behaupten konnte (Band IV, S 46), woraus insgesamt mangels eines die Sachdienlichkeit der Antragstellung gesondert untermauernden Vorbringens abgeleitet werden muß, daß ein bloßer Erkundungsbeweis begehrte wurde, der vom Erstgericht abgelehnt werden durfte. Anläßlich des Verlangens auf Beischaffung (und Verlesung) "des vollständigen Bauaktes Johann S\*\*\* der Gemeinde Leutasch" wurden keine Beweisthemen bezeichnet, welche sich auf maßgebliche Tatfragen beziehen. Dem Angeklagten liegt nicht zur Last, die Befugnis zur baubehördlichen Untersagung allfälliger Abweichungen von einer (am 1. September 1962 erteilten) Baubewilligung mißbräuchlich ausgeübt zu haben, sondern vielmehr ein Mißbrauch, welcher überhaupt auf Unterbindung der Inanspruchnahme der wirksamen Baubewilligung vom 1. September 1962 gerichtet war. Für die Beurteilung dieses Vorwurfs bleibt unerheblich, ob sich Johann S\*\*\* beim Weiterbau an die Baubewilligung vom 1. September 1962 gehalten hat, weil dies für den aufrechten Bestand der Bewilligung anläßlich der gegenständlichen Amtshandlungen des Angeklagten bedeutungslos ist. Wesentlich kann nur sein, ob Johann S\*\*\* aus dieser Baubewilligung noch eine aktuelle Berechtigung zugestanden ist, über die sich der Angeklagte hinweggesetzt hat. Die beantragte Beweisaufnahme über gravierende und einer nachträglichen Bewilligung nicht zugängliche Abweichungen des fertiggestellten Bauwerkes von der im Jahre 1962 erteilten Baubewilligung betrifft daher keinen entscheidenden Umstand, geht es doch allein um einen Angriff auf das Recht der Fertigstellung des Baues laut Baubewilligung vom 1. September 1962 und nicht darüber hinaus um die Frage, ob das errichtete Bauwerk schließlich im Einklang mit dieser Bewilligung hergestellt wurde.

Alle übrigen Behauptungen, die der Beschwerdeführer im Wege der Aktenbeischaffung bekräftigen wollte, beziehen sich auf die Lösung von Rechtsfragen, weshalb auch die bezüglichen Einwände gegen das Unterbleiben der Beweisaufnahme inhaltlich Rechtsrügen (Z 9 lit. a) darstellen, die jedoch nicht zielführend sind.

Aus den vom Erstgericht ohnehin festgestellten Tatsachen, daß Johann S\*\*\* ursprünglich den auf Grund der Baubewilligung vom 1. September 1962 errichteten Rohbau nicht weiterbauen wollte und deshalb einen von diesem Bauwerk unabhängigen danebenstehenden Neubau plante, für welchen auch um Baubewilligung angesucht wurde, folgt rechtlich keineswegs ein Verzicht auf die Berechtigung aus der Baubewilligung vom 1. September 1962. Das Begehr um Bewilligung eines Neubaus schließt nämlich keineswegs die konkludente Erklärung ein, die Befugnis zum Weiterbau eines neben dem Projekt liegenden Gebäudes rechtswirksam aufzugeben. Ein Verzicht dieser Art kann jedoch nur auf einer Willenserklärung beruhen und nicht darauf, eine Bewilligung ungenutzt zu lassen. Die vom Angeklagten in diesem Zusammenhang herangezogene Bestimmung des § 41 Abs. 3 Tiroler Bauordnung (TBO), wiederverlautbart TLGBI. 1978/43, enthält keine gesetzliche Vermutung eines Verzichtes auf die aus einer Baubewilligung erwachsenen Rechte oder eine andere Regelung, welche auf einen anläßlich der damaligen Vorgänge erfolgten Verzicht des Johann S\*\*\* hindeuten könnte, weshalb darin keine Stütze für den Beschwerdestandpunkt zu erblicken ist, der Angriff des Angeklagten habe einem nicht mehr existenten Recht gegolten. Ebensowenig läßt sich aus anderen Normen, insbesondere den Vorschriften über die Wirksamkeit der Baubewilligung und die Ausführungspflicht (§§ 35 und 41 TBO), welche auch für die bei Inkrafttreten des Gesetzes (1. Jänner 1975) bereits rechtskräftigen Baubewilligungen gelten (§ 56 TBO), ein Erlöschen des gegenständlichen Anspruches des Grundeigentümers aus der Baubewilligung vom 1. September 1962 ableiten. Das Gesetz kennt nämlich kein Außerkrafttreten der Baubewilligung, wenn - wie hier - mit dem Bau schon begonnen wurde (Hauer, Tiroler Baurecht, S 165 f !wenngleich mit kritischer Anmerkung zu diesem auch von ihm nicht in Frage gestellten Ergebnis ; VwSlg. 11.796/A).

Soweit der Beschwerdeführer die Urteilsannahme, dem Johann S\*\*\* sei die geplante Errichtung eines Neubaus neben dem auf Grund der Baubewilligung vom 1. September 1962 hergestellten Rohbau zumindest mündlich bewilligt worden, als mangelhaft begründet (Z 5 des § 281 Abs. 1 StPO) bekämpft, genügt die Erwiderung, daß dieses Neubauprojekt nach dem Urteilssachverhalt keine tatsächliche oder rechtliche Bedeutung für den Schulterspruch hat und somit in diesem Punkt überhaupt kein gerichtlicher Ausspruch über eine entscheidende Tatsache vorliegt.

Berechtigung kommt der Rechtsrüge (Z 10 des § 281 Abs. 1 StPO) zu, mit welcher der Angeklagte unter der ersichtlichen Prämissen der Tatidentität die Subsidiarität der Strafbestimmung gegen falsche Beurkundung im Amt (§

311 StGB) im Verhältnis zu jener gegen Mißbrauch der Amtsgewalt § 302 StGB) einwendet und eine Beurteilung seines Verhaltens allein nach der letztgenannten Bestimmung anstrebt. Den Urteilsfeststellungen zufolge liegt ein auf einem einheitlichen Willensentschluß beruhender Tatkomplex vor, welcher dadurch gekennzeichnet ist, daß der Angeklagte mit dem Vorsatz zum Mißbrauch der Amtsgewalt und allein zum Zwecke der Unterstützung und Sicherung der gegenüber Johann S\*\*\* gesetzten kriminellen Amtshandlungen die bezügliche Falschbeurkundung vorgenommen hat. Die objektiv und subjektiv auf den Erfolg des Mißbrauches der Amtsgewalt abgestellte falsche Beurkundung bildete somit nach Tatplan und Geschehnisablauf eine Teilphase dieses Verbrechens, weshalb kraft der Subsidiaritätsbestimmung im § 311 StGB insoweit nur eine Beurteilung nach § 302 StGB zu erfolgen hat. Demnach ist das den Punkten 1/ und 2/ des Schulterspruches zugrunde liegende Verhalten des Angeklagten rechtlich insgesamt allein als Mißbrauch der Amtsgewalt anzusehen und unter die Bestimmung des § 302 Abs. 1 StGB zu subsumieren, ohne daß der Tatbestand der falschen Beurkundung im Amt nach § 311 StGB Anwendung finden kann.

Es war daher der im übrigen zu verwerfenden Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten teilweise Folge zu geben und wie aus dem Spruch ersichtlich zu erkennen.

Bei der damit erforderlichen Strafneubemessung wertete der Oberste Gerichtshof als erschwerend die Tatwiederholung, als mildernd den bisher ordentlichen Wandel des Angeklagten und den Umstand, daß die Tat lange Zeit zurückliegt.

Daß ein Dorfbürgermeister durch die Anwendung einer "Fülle von gesetzlichen Bestimmungen zumindest teilweise überfordert" sein könnte, was der Berufungswerber für sich ins Treffen führt, kommt vorliegend nicht als mildernd in Betracht, handelt es sich doch nicht etwa um eine aus Überforderung entstandene Fahrlässigkeit, sondern um einen Gesetzesbruch, der eine gezielte Beeinträchtigung der Rechte des Johann S\*\*\* bezweckte.

Wenngleich zufolge der Subsidiaritätsklausel des § 311 StGB die Falschbeurkundung im Schulterspruch nicht rechtlich gesondert zu erfassen ist, bildet diese Phase des Tatgeschehens einen erschwerenden Umstand von erheblichem Gewicht; denn sie war darauf abgestellt, dem Johann S\*\*\* jegliche Beweisführung in Verfolgung seines Rechtes durch eine (falsche) öffentliche Urkunde abzuschneiden.

Diese Erwägung und die Beachtung des erheblichen Schuld- und Unrechtsgehaltes der Tat, die geeignet ist, das Vertrauen der rechtstreuen Bevölkerung in die Integrität der Träger öffentlicher Ämter in schwerem Maße zu beeinträchtigen, veranlaßten den Obersten Gerichtshof, auch bei der Neubemessung der Strafe eine Freiheitsstrafe in der Dauer von sieben Monaten festzusetzen, wie sie bereits vom Erstgericht - von der Staatsanwaltschaft unbekämpft - verhängt worden war.

Die bedingte Strafnachsicht war schon im Hinblick auf das Verschlimmerungsverbot auszusprechen.

#### **Anmerkung**

E14801

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1988:0150OS00072.88.0802.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19880802\_OGH0002\_0150OS00072\_8800000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>