

Untreuehandlungen im Rahmen kommunaler Aufgabenerfüllung

Der nachfolgende Beitrag geht der Frage nach, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen sich kommunale Organträger bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben unter dem Gesichtspunkt einer Pflichtverletzung nach § 266 StGB strafbar machen können. Hierzu werden die nach Kommunalrecht möglichen Fallgestaltungen untersucht, wobei die im juristischen Schrifttum bereits erörterten Fälle eines Verstoßes gegen besoldungsrechtliche Vorschriften¹ ebenso außer Betracht bleiben sollen, wie die ebenfalls bereits dargestellten Fälle der Haushaltsuntreue² mit nachfolgender Schadensproblematik³.

Ermittlungsverfahren gegen Entscheidungsträger in den öffentlichen Verwaltungen nehmen in der öffentlichen Wahrnehmung zunehmend einen breiteren Raum ein. Während es Anfang der 80er Jahre vor allem Bundespolitiker waren, die in Folge der sog. Flick-Affäre nicht nur in die Schlagzeilen gerieten, sondern auch ihre bis zu dieser Zeit weithin vorhandene Unantastbarkeit verloren, sehen sich heute zunehmend auch Kommunalpolitiker einer strafrechtlichen Verfolgung ausgesetzt. Während auf Bundes- und Landesebene meist die Parteispenden-Problematik eine dominierende Rolle spielte, finden sich in den juristischen Publikationen betreffend die kommunale Ebene vielfach Fallgestaltungen, die durch die Entgegennahme von Leistungen durch Mandats- oder Amtsträger geprägt sind. Der im Jahr 1988 vom BayObLG⁴ entschiedene Fall des Bürgermeisters einer bayerischen Gemeinde, der sich eine besoldungsrechtlich nicht zulässige Urlaubsabgeltung hatte auszahlen lassen, hat in der Folge eine Vielzahl juristischer Stellungnahmen hervorgerufen⁵. Indessen bestehen strafrechtliche Risiken auch im Rahmen „normaler“ kommunaler Aufgabenerfüllung. Dass dies in der juristischen Literatur bisher wenig Beachtung gefunden hat⁶, mag mit der geringen Anzahl entsprechender Ermittlungsverfahren zusammenhängen. In Zeiten überschuldeter öffentlicher Haushalte und knapper Kassen wird es indessen nicht auszuschließen sein, dass sich die Aufmerksamkeit der Ermittlungsbehörden künftig vermehrt auf kommunales Handeln richtet.

A. Erscheinungsformen kommunaler Aufgabenerfüllung

Während sich eine strafrechtliche Verfolgung wegen Untreue bei dem Verdacht eines „Wirtschaftens in die eigene Tasche“ oder einer unzulässigen Drittbegünstigung⁷ geradezu aufdrängt, stellt sich die Frage, ob der Tatbestand des § 266 StGB auch dann verwirklicht sein kann, wenn kommunale Entscheidungsträger im Rahmen ihrer Aufgabenerfüllung auf Grund von Fehleinschätzungen Entscheidungen treffen, die sich später als falsch erweisen. Vielfach geht es in der kommunalpolitischen Praxis um Prognoseentscheidungen, etwa zur Frage der Erforderlichkeit einer Investitionsmaßnahme. Entwickelt die Gemeinde beispielsweise ein großflächiges Gewerbegebiet, bleibt dann aber die Ansiedelung des Gewerbes aus, so stellt sich die Frage, ob und

* Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht in Melsungen.

¹ Vgl. dazu BayObLG, JR 1989, 299 = BayVBl. 1988, 377; Nettesheim, BayVBl. 1989, 161; Weber, BayVBl. 1989, 166; Allgaier, DÖD 2003, 121.

² Vgl. hierzu Schünemann, StV 2003, 463.

³ Die Schadensproblematik wurde bisher nicht nur im Zusammenhang mit der sog. Haushaltsuntreue erörtert, wie bei Schünemann, StV 2003, 463, sondern auch darüber hinaus, etwa im Zusammenhang mit „schwarzen Kassen“; vgl. hierzu etwa Wolf; Die Strafbarkeit der rechtswidrigen Verwendung öffentlicher Mittel, S. 44 ff.; Neye, NSTZ 1981, 369; Fabricius NSTZ 1993, 414; die Schadensproblematik kann auch bei den hier zu beschreibenden Fallkonstellationen auftreten, soll aber hier angesichts der bereits vorhandenen Stellungnahmen im Schrifttum nicht erörtert werden.

⁴ JR 1989, 299 = BayVBl. 1988, 377.

⁵ So etwa Nettesheim, BayVBl. 1989, 161; Weber, BayVBl. 1989, 166; Allgaier, DÖD 2003, 121.

⁶ mit Ausnahme der Beiträge zur Haushaltsuntreue und zur Schadensproblematik.

⁷ Dazu gehören beispielsweise auch Leistungen einer Gemeinde gegenüber Vereinen, die ohne rechtliche Grundlage gewährt werden.

unter welchen Voraussetzungen die damit vergebliche Verausgabung von Haushaltsmitteln eine strafrechtliche Konsequenz wegen Untreue nach sich ziehen kann. Diese Frage stellt sich etwa auch dann, wenn etwa der mit einer Subvention verfolgte Zweck später nicht erreicht wird.

Einfacher erscheint die strafrechtliche Bewertung eines überkauften Vermögenserwerbs durch die Gemeinde, eines Verlusts bei einem Anlagegeschäft ohne ausreichende Sicherheit oder einer Leistungsgewährung ohne Gegenleistung. So wurde beispielsweise gegen den Bürgermeister einer nordhessischen Gemeinde ermittelt, weil er einem örtlichen Sportverein den kommunalen Kindergartenbus kostenfrei zur Verfügung gestellt hatte.

Schließlich wird die Frage zu problematisieren sein, ob auch die im Bereich der Daseinsvorsorge weit verbreitete Praxis, Gebühren unterhalb der Kostendeckung zu erheben, eine strafrechtliche Komponente hat.

B. Verfassungsrechtliche Überlegungen

Die kommunale Selbstverwaltung gehört zu den Grundprinzipien der staatlichen Organisation und erlangt ihre Bedeutung vor allem durch Art. 28 Abs. 2 GG. Danach muss den Gemeinden das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Entsprechende Vorschriften finden sich auch in den Verfassungen der Bundesländer⁸. Dieser hohe Stellenwert der Selbstverwaltungsgarantie legt die Frage nahe, ob die zur Aufgabenerfüllung im kommunalen Bereich getroffenen Entscheidungen (oder durchgeführten Handlungen) überhaupt einer Strafverfolgung zugänglich sein können. Muss etwa der Entscheidungsträger einer Gemeinde, der die Ausweisung eines Gewerbegebiets durch seine Stimmabgabe unterstützt, damit rechnen, später strafrechtlich belangt zu werden, so wird er sich möglicherweise in anderer Weise entscheiden und damit eventuell die Entwicklung der kommunalen Infrastruktur hemmen.

Zunächst ist festzustellen, dass Art. 28 Abs. 2 GG kein subjektiv-öffentliches Recht gewährt, welches die Organträger im kommunalen Bereich vor Strafverfolgung schützen könnte. Es handelt sich hierbei vielmehr um eine institutionelle Garantie, die überdies auch nur im Rahmen der Gesetze gewährt wird⁹. Abgesehen davon, dass sich aus den einschlägigen verfassungsrechtlichen Regelungen kein Schutz der betroffenen Organträger gegen strafrechtliche Verfolgung ableiten lässt, wäre dies auch rechtspolitisch kaum vertretbar. Wenn beispielsweise der Vorstand einer Aktiengesellschaft bei einer durch offensichtlich unsinnige Mittelverwendung geprägten Handlungsweise mit strafrechtlichen Sanktionen rechnen muss, so ist nicht einzusehen, dass Handelnde im öffentlichen Bereich diesbezüglich privilegiert werden sollen.

Dennoch belegt das vorstehende Beispiel, dass ein Spannungsfeld zwischen kommunaler Aufgabenbewältigung einerseits und strafrechtlicher Verfolgung andererseits besteht, das – nicht nur im Interesse der beteiligten Entscheidungsträger – aufgelöst werden muss. Nicht bei jedem Beschluss, der sich später als Fehlentscheidung erweist, darf die Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung bestehen. Andernfalls würde dies zum Stillstand bei der gemeindlichen Aufgabenbewältigung führen. Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG, kann nur dann mit Leben erfüllt werden, wenn den Handelnden Fehler zugestanden werden, zumal viele Entscheidungen einen prognostischen Charakter aufweisen.

Ist demnach die Garantie des Art. 28 Abs. 2 GG nicht geeignet, kommunale Entscheidungsträger generell vor strafrechtlicher Verfolgung zu schützen, gesteht man den handelnden Personen andererseits auch Fehler zu, so wird das zur Wahrung dieses Verfassungsprinzip erforderliche

⁸ Vgl. etwa Art. 137 HV.

⁹ Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, Rdn. 30, spricht in diesem Zusammenhang von einem institutionellen Gesetzesvorbehalt.

Korrektiv auf einer anderen Ebene zu suchen sein. Hierzu wird nachstehend noch Stellung genommen.

C. Der Tatbestand der Untreue

I. Im Rahmen der Vorschrift des § 266 StGB wird zwischen dem Missbrauchstatbestand (§ 266 Abs. 1 1. Alt. StGB) und dem Treubruchtatbestand (§ 266 Abs. 1 2. Alt. StGB) unterschieden. Der Missbrauchstatbestand ist dadurch gekennzeichnet, dass der Täter eine ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags oder Rechtsgeschäfts eingeräumte Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis über fremdes Vermögen missbraucht. Der Täter handelt also im Rahmen seines rechtlichen Könnens im Außenverhältnis, allerdings unter Missachtung seiner Befugnisse im Innenverhältnis. Wie bei der 2. Alt. verlangt die herrschende Meinung eine Vermögensbetreuungspflicht des Täters¹⁰. Der deshalb gegenüber dem Missbrauchstatbestand subsidiäre Treubruchtatbestand setzt die Verletzung einer kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder tatsächlichen Treueverhältnisses fremdnützigen Vermögensbetreuungspflicht voraus, wobei die Position des Täters von einer gewissen Bedeutung, d.h. durch Selbständigkeit bzw. Bewegungsfreiheit, geprägt sein muss. Durch das Handeln des Täters muss das zu betreuende Vermögen geschädigt worden sein.

II. Es ist zu untersuchen, inwieweit Missbrauchs- und Treubruchtatbestand im Rahmen kommunaler Aufgabenerfüllung erfüllt sein können.

1. Da der Missbrauchtatbestand eine Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis voraussetzt, ist der Kreis möglicher Täter von vornherein eingeschränkt. Denknotwendig setzt eine Täterschaft nach § 266 Abs. 1 1. Alt. StGB die Befugnis zur rechtlichen Vertretung der Gemeinde voraus. Die meisten Kommunalordnungen bestimmen, dass der Bürgermeister die Gemeinde gesetzlich vertritt¹¹. Wenn die Vorschrift des § 71 Abs. 1 S. 1 HGO bestimmt, dass die Gemeinde in Hessen durch den Gemeindevorstand vertreten wird, so erweitert dies den möglichen Täterkreis des Missbrauchstatbestandes auf die dem Gemeindevorstand angehörenden, zum Teil ehrenamtlich tätigen Beigeordneten. Erklärungen werden für den Gemeindevorstand durch den Bürgermeister, dessen allgemeinen Vertreter oder durch die in den einzelnen Arbeitsgebieten eingesetzten Beigeordneten abgegeben¹². Für verpflichtende Erklärungen ist, außer bei unbedeutenden Geschäften der laufenden Verwaltung¹³, neben der Mitwirkung des Bürgermeisters oder seines allgemeinen Vertreters die Beteiligung eines weiteren Beigeordneten erforderlich¹⁴. Dass den Bürgermeister oder einen zur Vertretung der Gemeinde befugten Beigeordneten auch eine Vermögensbetreuungspflicht trifft, bedarf keiner weiteren Erläuterung¹⁵.

Andere, in die kommunale Aufgabenerfüllung involvierte Personen können sich, da sie keine Verfügungs- und Verpflichtungsbefugnis innehaben, allenfalls nach § 266 Abs. 1 2. Alt. StGB strafbar machen. Dies gilt namentlich für die Mitglieder der kommunalen Vertretungskörperschaften¹⁶.

¹⁰ Vgl. Tröndle-Fischer, § 266, Rdn. 14.ff..

¹¹ So § 42 Abs. 1 S. 2 GOBW, Art. 38 Abs. 1 BayGO, § 67 BranGO, § 38 Abs. 1 S. 1 KVMVo, § 63 Abs. 1 NGO, § 63 Abs. 1 GONW, § 47 Abs. 1 S. 1 GORP, § 59 KSVG, § 51 Abs. 1 GOSachs, § 57 Abs. 2 GOSachsA, §§ 56, 64 GOSH, § 31 Abs. 1 ThürKO.

¹² § 71 Abs. 1 S. 2 HGO.

¹³ Vgl. § 71 Abs. 2 S. 3 HGO.

¹⁴ § 71 Abs. 2 S. 2 HGO.

¹⁵ Vgl. etwa Allgaier, DÖD, 2003, 121, 122.

¹⁶ Die vom Volk direkt gewählten kommunalen Vertretungskörperschaften werden unterschiedlich bezeichnet; Gemeinderat und Gemeindevertretung (Stadtrat und Stadtverordnetenversammlung) sind gängige Begriffe.

Weber¹⁷ greift in diesem Zusammenhang die Frage auf, ob die Mitglieder der Vertretungskörperschaft den Missbrauchstatbestand des § 266 StGB vor dem Hintergrund begehen können, dass den Bürgermeister die Verpflichtung zur Ausführung des Beschlusses trifft¹⁸. Angesichts der in den Kommunalordnungen festgeschriebenen internen Widerspruch- und Beanstandungsrechte, insbesondere des Bürgermeisters¹⁹, ist dieser Überlegung jedoch eine Absage zu erteilen²⁰. Der Willensbildung in der Vertretungskörperschaft folgt das Handeln des zur Ausführung des Beschlusses berufenen Organs, und zwar nicht als Folge eines Automatismus, sondern als eigenverantwortliche Rechtshandlung. Mitglieder der kommunalen Vertretungskörperschaften können damit den Tatbestand Untreue allenfalls in der Behebungsalternative des Treubruchtatbestandes verwirklichen.

2. Voraussetzung für eine Verwirklichung des Treubruchtatbestandes durch Mitglieder der kommunalen Vertretungskörperschaft ist indessen, dass diese, wie Bürgermeister und die zur Vertretung befugten Beigeordneten, einer Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der Gemeinde unterliegen. Dies wird teilweise in Abrede gestellt²¹.

Nettesheim²² meint, eine Vermögensbetreuungspflicht setze voraus, dass dem einzelnen Mitglied der Vertretungskörperschaft die Verwaltung und Verwendung des Vermögens der Gemeinde zur Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke übertragen sei. Dies wiederum setze voraus, dass der Verpflichtete in einem gewissen Maß eigenverantwortliche Entscheidungen in dem ihm übertragenen Bereich treffen könne²³. Dabei müsse die Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, typischer und wesentlicher Inhalt des Verhältnisses zwischen der Gemeinde und dem Mitglied der Vertretungskörperschaft sein²⁴. Die Vorschrift des Art. 20 BayGO verpflichte den Gemeinderat zur gewissenhaften Wahrnehmung seiner Obliegenheiten²⁵; eine hervorgehobene Pflicht zur Wahrnehmung der Vermögensinteressen der Gemeinde beinhalte die Vorschrift nicht²⁶. Die in Art. 61 Abs. 2 BayGO²⁷ enthaltene Verpflichtung zur sparsamen Haushaltsführung sei keine Hauptpflicht, durch die die Pflichten des einzelnen Gemeinderates im Rahmen seines Abstimmungsverhaltens geprägt sei²⁸.

Dem kann nicht gefolgt werden. Nettesheim lässt außer Acht, dass in den kommunalen Vertretungskörperschaften als dem jeweils höchsten Organ der Gemeinde die wichtigen Entscheidungen getroffen werden. Deren Beschlüsse sind, wie Weber²⁹ zutreffend feststellt, kein Nullum, sondern der entscheidende Willensbildungsakt. Für eine Vermögensbetreuungspflicht der Mitglieder der Vertretungskörperschaft spricht indessen auch deren Verpflichtung, sich bei ihrem

¹⁷ BayVBl. 1989, 166, 167.

¹⁸ Im Geltungsbereich der (unechten) Magistratsverfassung ist insoweit der Gemeindevorstand berufen; vgl. § 66 Abs. 1 S. 3 Ziff. 2 HGO.

¹⁹ Teilweise sind diese Befugnisse unterschiedlich ausgestaltet. Der Bürgermeister ist dazu berufen, die Beschlüsse der Vertretungskörperschaft zu überprüfen und ggf. die in den Kommunalordnungen zur Sicherstellung eines rechtmäßigen Verwaltungshandelns zur Verfügung gestellten Instrumente einzusetzen. Teilweise sind mehrere Organe nebeneinander berufen, beispielsweise nach § 65 BranGO. Teilweise besteht eine abgestufte Zuständigkeit, so etwa nach § 63 HGO.

²⁰ So im Ergebnis auch Weber, a.a.O., S. 167; Wolf, a.a.O., S. 118.

²¹ Nettesheim, BayVBl. 1989, 161, 164; Tröndle/Fischer, Rdn. 37; Dierlamm in Münchener Kommentar zum StGB, § 266, Rdn. 96; Lehmann, Festschrift für Faber, 137, 139.

²² BayVBl. 1989, 161, 164.

²³ Nettesheim, a.a.O., S. 164.

²⁴ Nettesheim, a.a.O., S. 164.

²⁵ Auch wenn andere Kommunalordnungen vergleichbare Vorschriften nicht enthalten, so etwa in Hessen, wird man eine Verpflichtung zur gewissenhaften Wahrnehmung des Mandats allgemein annehmen können.

²⁶ Nettesheim, a.a.O., S. 164.

²⁷ Vgl. auch § 75 Abs. 2 GOSH, § 92 Abs. 2 HGO, § 75 Abs. 2 GONW, Art. 61 Abs. 2 S. 1 BayGO, § 74 Abs. 2 BranGO, § 72 Abs. 2 GOSachs, § 90 Abs. 2 SachsA § 82 Abs. 2 NGO § 53 Abs. 2 ThürKO, § 43 Abs. 1 S. 2 KVMVo; nach Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, Rdn. 661, handelt es sich bei dem Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit um Grundprinzipien der öffentlichen Verwaltung.

²⁸ Nettesheim, a.a.O., S. 164.

²⁹ BayVBl. 1989, 166, 167.

Handeln am Gemeinwohl zu orientieren³⁰. Diese Verpflichtung liefe völlig leer, würde man gerade die Vermögensinteressen der Gemeinde aus dem Pflichtenkreis der verantwortlichen Entscheidungsträger herauslösen.

Zu überlegen ist abschließend, ob der Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht der Grundsatz des freien Mandats entgegen steht³¹. Ob dem Mitglied einer kommunalen Vertretungskörperschaft ein freies Mandat zusteht, ist umstritten³². Das Bundesverfassungsgericht hat dies unter Hinweis darauf abgelehnt, dass es sich hierbei nicht um Parlamente handelt³³. Indessen enthalten nahezu sämtliche Gemeindeordnungen Regelungen, die dem Mitglied der Vertretungskörperschaft das Recht zuweisen, seine Entscheidungen nach freier Überzeugung, ohne Rücksichtnahme auf Weisungen, Aufträge und Wünsche zu treffen³⁴. Angesichts der gleichzeitigen Bindung der Mandatsausübung an das Gemeinwohlinteresse kann indessen die fehlende Weisungsgebundenheit nicht als Argument für eine fehlende Vermögensbetreuungspflicht herangezogen werden. Im Gegenteil: die Gemeinderäte/Gemeindevertreter sind gerade deshalb an Aufträge und Weisungen ihrer Wähler nicht gebunden, um nach freier Überzeugung dem Gemeinwohl dienen zu können. Soweit Dierlamm³⁵ demgegenüber die Rechtsstellung der Kommunalvertreter mit der Rechtsstellung von Parlamentsabgeordneten gleichsetzt, kann dem nicht gefolgt werden. Zwar ist auch die Rechtsstellung der Abgeordneten auf staatlicher Ebene durch das freie Mandat gekennzeichnet³⁶. Darüber hinaus bestehen auf staatlicher Ebene aber weitergehende Rechte der Parlamentarier, namentlich der Grundsatz der Immunität und der Indemnität³⁷, die etwa dem Bundestagsabgeordneten eine wesentlich stärkere Position einräumen.

III. Als Zwischenergebnis kann damit festgestellt werden, dass im Hinblick auf das Erfordernis einer Vermögensbetreuungspflicht sowohl die zur Vertretung der Gemeinde berufenen Organe als auch die Mitglieder der Vertretungskörperschaften Täter einer Untreuehandlung gemäß § 266 StGB sein können.

D. Fallgestaltungen im kommunalen Bereich

I. Die kommunalen Entscheidungsprozesse vollziehen sich vor dem Hintergrund, dass die vom Volk direkt gewählten Vertretungskörperschaften als höchstes Organ die wichtigen Entscheidungen zu treffen haben. Andererseits stehen auch dem jeweiligen Ausführungsorgan³⁸ eigene Entscheidungsbefugnisse zu, beispielsweise bei der rechtlichen Vertretung der Gemeinde, im Bereich des Personalwesens oder bei der Vermögensverwaltung. Die von den einzelnen Organträgern im Rahmen ihrer (originären) Zuständigkeit zu treffenden Entscheidungen können Gegenstand einer strafrechtlichen Bewertung sein.

II. Die Entscheidungen der Vertretungskörperschaft unterliegen der internen Kontrolle, insbesondere durch den Bürgermeister. Die Kontrollinstrumente sind in den einzelnen Bundesländern sehr unterschiedlich ausgestaltet. Exemplarisch sollen diese Instrumente und die

³⁰ Vgl. etwa § 43 Abs. 1 GONW, § 35 Abs. 1 HGO, § 37 Abs. 1 BranGO, § 32 Abs. 1 GOSH, § 32 Abs. 3 GOBW, § 35 Abs. 3 S. 1 GOSachs, § 42 Abs. 1 GOSachsA, § 30 Abs. 1 GORP, § 39 Abs. 1 S. 1 NGO, § 24 Abs. 1 S. 1 ThürKO, § 23 Abs. 3 KVMVo.

³¹ So offenbar Dierlamm, Münchener Kommentar zum StGB, § 266, Rdn. 96.

³² Vgl. dazu Meyer, Beschlüsse kommunaler Vertretungskörperschaften, Dissertation 1995, S. 81.

³³ BVerfG, DVBl. 1989, 146.

³⁴ Vgl. etwa § 43 Abs. 1 GONW, § 35 Abs. 1 HGO, § 37 Abs. 1 S. 1 BranGO, § 32 Abs. 1 GOSH, § 32 Abs. 3 S. 1 GOBW, § 35 Abs. 3 S. 1 GOSachs, § 42 Abs. 1 S. 1 GOSachsA, § 30 Abs. 1 GORP, § 39 Abs. 1 NGO, § 24 Abs. 1 ThürKO, § 23 Abs. 3 KVMVo.

³⁵ Münchener Kommentar zum StGB, § 266, Rdn. 96.

³⁶ Vgl. etwa Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG.

³⁷ Vgl. Art. 46 GG.

³⁸ Bürgermeister oder Gemeindevorstand als Kollegialorgan.

daran anknüpfenden strafrechtlichen Fragestellungen am Beispiel der Hessischen Gemeindeordnung dargestellt werden³⁹:

Gefährdet ein Beschluss der Gemeindevertretung das Wohl der Gemeinde, so kann der Bürgermeister widersprechen⁴⁰; bei Rechtswidrigkeit ist der Widerspruch zwingend⁴¹. Anschließend entscheidet die Gemeindevertretung erneut; wird der Beschluss wiederholt, so muss der Bürgermeister, sofern eine Rechtsverletzung vorliegt, den Beschluss beanstanden⁴². Andernfalls ist der Beschluss auszuführen. Eine ähnliche Funktionsweise besteht auch für Beschlüsse des Gemeindevorstandes⁴³.

Angesichts dieser Systematik wird deutlich, dass strafbare Handlungen nicht nur durch Beschlussfassungen in der kommunalen Vertretungskörperschaft oder – im Geltungsbereich der unechten Magistratsverfassung – im Gemeindevorstand in Betracht kommen. Denkbar ist auch eine Unterlassungsstrafbarkeit, wenn etwa der Bürgermeister einen strafrechtlich relevanten Beschluss der Vertretungskörperschaft nicht beanstandet.

Wenn die Hessische Gemeindeordnung, wie andere Kommunalordnungen auch⁴⁴, zwischen Beschlüssen, die das Wohl der Gemeinde gefährden und rechtswidrigen Beschlüssen unterscheidet, so legt dies die Frage nahe, welche Bedeutung diese Unterscheidung bei der Bewertung einer eventuellen strafrechtlichen Relevanz haben muss.

Ein Beschluss, der das Wohl der Gemeinde gefährdet, aber nicht rechtswidrig ist, kann keine strafbare Handlung beinhalten, zumal die Vertretungskörperschaft den Widerspruch zurückweisen kann. Wenn die Rechtsordnung demnach einen solchen Beschluss billigt, kann dessen Erlass – ggf. auch ein unterlassener Widerspruch oder eine unterlassene Beanstandung – keine strafbare Handlung beinhalten. Ein sonst (zivilrechtlich oder öffentlich-rechtlich) pflichtgemäßes Handeln kann keine strafbare Untreuehandlung sein⁴⁵. Ein Straftatbestand kann deshalb nur im Zusammenhang mit einem rechtswidrigen Beschluss verwirklicht werden.

E. Analyse rechtswidriger Beschlüsse

Beschlüsse der kommunalen Vertretungskörperschaften können, wie sonstiges Verwaltungshandeln, aus verschiedenen Gründen rechtswidrig sein. Es wird zwischen formeller und materieller Rechtswidrigkeit unterschieden. Es stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen im Zusammenhang mit vermögensrelevanten rechtswidrigen Beschlüssen bzw. Handlungen ein strafbares Verhalten nach § 266 StGB vorliegen kann.

I. Formelle Rechtswidrigkeit

1. Beschlüsse der kommunalen Vertretungskörperschaften

Formell rechtswidrig können Beschlüsse kommunaler Vertretungskörperschaften, etwa wegen eines Ladungsfehlers (z.B. Unterschreitung der Ladungsfrist), sein⁴⁶. Wird in der fehlerhaft einberufenen

³⁹ Wegen der unterschiedlichen Ausgestaltung der internen Kontrollrechte des Bürgermeisters, teilweise auch anderer kommunaler Organe vgl. etwa § 44 ThürKO, § 54 GONW, § 43 GOBW, Art. 59 Abs. 2 BayGO, § 65 BranGO, § 43 GOSH, § 52 Abs. 2 GOSachs, § 62 Abs. 3 GOSachsA, § 42 GORP, § 65 Abs. 1 NGO, § 33 KVMVo.

⁴⁰ Vgl. § 63 Abs. 1 S. 2 HGO.

⁴¹ Vgl. § 63 Abs. 1 S. 1 HGO.

⁴² Vgl. § 63 Abs. 2 S. 1 HGO.

⁴³ Vgl. insoweit § 74 HGO; hierzu wird nachstehend noch ausgeführt.

⁴⁴ Vgl. die in Fußn. 39 aufgeführten Vorschriften.

⁴⁵ Saliger, HRRS 2006, 10, 14.

⁴⁶ Zu beachten ist, dass die Beschlussfähigkeit der kommunalen Vertretungskörperschaft in der Regel vermutet wird; die Beschlussunfähigkeit muss dann positiv festgestellt werden; vgl. etwa § 53 Abs. 1 HGO.

Sitzung beispielsweise ein Investitionsbeschluss gefasst, so ist dieser (formell) rechtswidrig. Da der Beschluss für den Bürgermeister/Gemeindevorstand bindend ist⁴⁷, könnte bereits in ihm eine Straftat nach § 266 StGB zu sehen sein, da im Hinblick auf diese Bindungswirkung jedenfalls eine schadensgleiche Vermögensgefährdung angenommen werden könnte⁴⁸. Widerspricht der Bürgermeister nicht, und führt er den Beschluss aus, so könnte auch diese Handlung strafrechtliche Relevanz aufweisen.

a) Rechtswidrigen Beschlüssen der Gemeindevertretung hat der Bürgermeister zu widersprechen. Dies gilt auch für formell rechtswidrige Beschlüsse⁴⁹. Dass der Bürgermeister einen rechtswidrigen Beschluss nicht ausführen darf, ergibt sich bereits aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Führt etwa der Bürgermeister den in einer nicht ordnungsgemäß einberufenen Sitzung gefassten Investitionsbeschluss entgegen § 63 HGO aus, obwohl er den Fehler bei der Ladung erkannt hat, tätigt er also in Kenntnis der Rechtswidrigkeit des zu Grunde liegenden Beschlusses eine Ausgabe für die Gemeinde, statt dem Beschluss zu widersprechen, so wird eine strafrechtliche Relevanz dieses Verhaltens zu prüfen sein, wenn der Gemeinde daraus ein Schaden entsteht.

Andererseits stellt sich die Frage, ob im Fall eines (lediglich) formell rechtswidrigen Beschlusses der Vertretungskörperschaft eine strafrechtliche Ahndung auch dann die zwingende Folge wäre, wenn etwa nahezu alle Gemeindevertreter in der Sitzung anwesend waren und der Beschluss mit großer Mehrheit gefasst wurde. Dies legt den Schluss nahe, dass auch bei Einhaltung sämtlicher Formalien keine andere Entscheidung getroffen worden wäre. Eine solche Betrachtungsweise verbietet sich aber deshalb, weil angesichts vorheriger Beratung in der Vertretungskörperschaft bei Einhaltung der Formalien und vollständiger Anwesenheit aller Gemeindevertretung eine andere, als die getroffene Entscheidung nie ausgeschlossen werden kann. Allerdings wird in einem solchen Fall vielfach ein Vorsatz des Bürgermeisters nicht nachweisbar sein, wenn dieser sich dahingehend einlässt, er sei davon ausgegangen, der Beschluss wäre auch bei Einhaltung der Formalien zu Stande gekommen.

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass sich der Bürgermeister, wenn er im Zusammenhang mit einem als formell rechtswidrig erkannten, vermögensrelevanten Beschluss seine Kontrollrechte nicht ausübt, bzw. wenn er den Beschluss ausführt, nach § 266 StGB strafbar macht, sofern der Gemeinde daraus ein Schaden entsteht⁵⁰.

Der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit kann, je nach konkretem Ablauf, in der Ausführung des Beschlusses, also in einem positiven Tun, oder im Unterlassen des Widerspruchs bzw. der Beanstandung liegen. Dass der Bürgermeister aus seiner Beamtenstellung heraus eine Garantenstellung gegenüber der Gemeinde innehat, kann keinen ernsthaften Zweifeln unterliegen. Der Bürgermeister ist also ggf. auch zum Widerspruch bzw. zur Beanstandung verpflichtet.

b) Schwieriger ist die Beantwortung der Frage, ob im vorstehenden Fallbeispiel auch Gemeindevertreter bestraft werden können, wenn sie am Beschluss in Kenntnis des Fehlers bei der Einberufung mitgewirkt haben. In diesem Zusammenhang ist zunächst festzustellen, dass es nicht die Aufgabe des einzelnen Gemeindevertreters ist, über die Einhaltung eines ordnungsgemäßen Verfahrens zu wachen. Dies unterscheidet ihn vom Bürgermeister als dem Erstadressaten der

⁴⁷ Vgl. §§ 66 Abs. 1 S. 3 Ziff. 2, 63 HGO.

⁴⁸ Der Begriff des Nachteils in § 266 StGB ist dem Schadensbegriff des § 263 StGB angenähert. Insofern gilt auch im Rahmen des § 266 der Grundsatz, dass eine schadensgleichen Vermögensgefährdung für die Tatbestandsmäßigkeit ausreichend ist; vgl. hierzu etwa Schünemann, StV 2003, 463; Neye, NSTZ 1981, 369; Fabricius NSTZ 1993, 414.

⁴⁹ Bennemann in Kommunalverfassungsrecht Hessen, HGO, Losebl.-Komm., Stand: Dezember 2003, § 63, Rdn. 10 ff..

⁵⁰ Unterlässt der Bürgermeister (pflichtwidrig) eine solche Prüfung oder prüft er unzureichend, so scheidet eine Bestrafung nach § 266 StGB, sofern dolus eventualis nicht nachweisbar ist, wegen fehlender Fahrlässigkeitsstrafbarkeit aus, was rechtspolitisch zu hinterfragen sein mag. Vielfach wird es auch am Vorsatz hinsichtlich des Schadenseintritts fehlen.

internen Kontrollrechte. Aufgabe des einzelnen Mitglieds der Vertretungskörperschaft ist es, seine Entscheidungen nach freier Überzeugung, nur mit Rücksicht auf das Gemeinwohl zu treffen⁵¹. Bei einer eventuellen Investitionsentscheidung der Gemeinde wird der jeweilige Entscheidungsträger sein Votum davon abhängig machen, ob er die Investition für richtig erachtet, oder nicht. Würde man dem Gemeindevertreter in dieser rechtlichen Situation auferlegen, bei einem von ihm erkannten Verfahrensfehler gegen eine Investition zu stimmen, die er an sich für richtig erachtet, sei es auch, nachdem er die Mehrheit in der Vertretungskörperschaft von dem Verfahrensfehler nicht überzeugen konnte, so wäre dies mit der Unabhängigkeit des Gemeindevertreters nicht in Einklang zu bringen. Diese Unabhängigkeit des Gemeindevertreters steht somit einer strafrechtlichen Relevanz einer solchen Beschlussfassung entgegen.

2. Beschlüsse des Gemeindevorstandes

Die Beschlüsse des Gemeindevorstandes unterliegen nach hessischem Kommunalrecht, ähnlich wie die Beschlüsse der Gemeindevertretung, der internen Kontrolle durch den Bürgermeister. Der Widerspruch des Bürgermeisters ist bei rechtswidrigen Beschlüssen zwingend; bei Beschlüssen, die das Wohl der Gemeinde gefährden, steht der Widerspruch im Ermessen des Bürgermeisters⁵². Nach wiederholter Beschlussfassung kann der Bürgermeister die Gemeindevertretung anrufen⁵³.

Diese rechtliche Situation legt es nahe, das Verhalten des Bürgermeisters bei einem evtl. unterlassenen Widerspruch oder einer nicht erfolgten Anrufung der Gemeindevertretung wegen eines formell rechtswidrigen Beschlusses des Gemeindevorstandes in gleicher Weise zu bewerten, wie vorstehend, im Zusammenhang mit Beschlüssen der Gemeindevertretung, dargelegt.

Es bleibt die Frage, ob den Mitgliedern des Gemeindevorstandes im Rahmen ihrer Tätigkeit auch die Pflicht obliegt, die Einhaltung formeller Vorschriften zu überwachen. Dagegen könnte die Vorschrift des § 74 HGO sprechen. Hierbei würde indessen außer Acht gelassen, dass es sich bei den Mitgliedern des Gemeindevorstandes um (Ehren-) Beamte der Gemeinde handelt. Den Mitgliedern des Gemeindevorstandes kommt also kein freies Mandat zu. Der Maßstab ihrer Entscheidungen ist weniger das eigene Gewissen, als Recht und Gesetz. Deshalb wird man einem Mitglied des Gemeindevorstandes die Pflicht auferlegen müssen, einer sich abzeichnenden formell rechtswidrigen Beschlussfassung entgegenzuwirken, ggf. an der Abstimmung nicht teilzunehmen, um einer sonst evtl. drohenden Strafbarkeit zu entgehen.

3. Amtshandlungen des Bürgermeisters

Nach den vorstehend beschriebenen Grundsätzen kann sich der Bürgermeister auch bei sonstigen, formell rechtswidrigen Amtshandlungen gemäß § 266 StGB strafbar machen.

II. Materielle Rechtswidrigkeit

Materiell rechtswidrig ist ein Verwaltungshandeln, wenn die Ursache der Rechtswidrigkeit aus dem Inhalt der konkret getroffenen Entscheidung herrührt, wenn also beispielsweise einem Beschluss der Gemeindevertretung Rechtsvorschriften entgegenstehen, die einen Beschluss mit diesem Inhalt nicht erlauben.

In diesem Zusammenhang sind die Grundsätze in Erinnerung zu rufen, nach denen die Städte und Gemeinden zu wirtschaften haben. Prägend für das kommunale Haushaltsrecht ist die Verpflichtung

⁵¹ So § 43 Abs. 1 GONW, § 35 Abs. 1 HGO, § 37 Abs. 1 S. 1 BranGO, § 32 Abs. 1 GOSH, § 32 Abs. 3 S. 1 GOBW, § 35 Abs. 3 S. 1 GOSachs, § 42 Abs. 1 S. 1 GOSachsA, § 30 Abs. 1 GORP, § 39 Abs. 1 NGO, § 24 Abs. 1 ThürKO, § 23 Abs. 3 KVMVo.

⁵² Vgl. § 74 Abs. 1 HGO.

⁵³ Vgl. § 74 Abs. 2 HGO.

zur sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung⁵⁴. Vermögensgegenstände dürfen, soweit sie zur kommunalen Aufgabenerfüllung nicht mehr benötigt werden, „in der Regel nur zu ihrem vollen Wert veräußert werden“⁵⁵; Nutzungsüberlassungen sollen zum tatsächlichen Wert erfolgen⁵⁶. Bei Geldanlagen ist auf ausreichende Sicherheit und angemessenen Ertrag zu achten⁵⁷.

Da die Frage der Rechtmäßigkeit maßgeblich davon abhängt, welchen Inhalt die jeweilige Entscheidung hat, soll die weitere Darstellung anhand von Fallgruppen erfolgen, die für das kommunale Handeln prägend sind.

1. Gebührendefizite im Zusammenhang mit öffentlichen Einrichtungen

Es ist übliche kommunale Praxis, dass kommunale Einrichtungen mit einer Gebührenunterdeckung betrieben werden. Demgegenüber sehen die kommunalen Abgabengesetze der Länder grundsätzlich das Kostendeckungsprinzip vor⁵⁸. Dieses Kostendeckungsprinzip soll aber in erster Linie verhindern, dass Gebühren über die tatsächlichen Kosten hinaus erhoben werden⁵⁹. Andererseits steht die Entscheidung, ob Gebühren erhoben werden, nach dem Gesetzeswortlaut regelmäßig im Ermessen der Gemeinde⁶⁰. Indessen wird dieses Ermessen durch die Kommune in Ansehung der haushaltsrechtlichen Grundsätze auszuüben sein, woraus das OVG Rheinland Pfalz⁶¹ eine Verpflichtung der Gemeinde zur Gebührenerhebung ableitet. Dem kann nicht gefolgt werden. Das Gericht verkennt, dass der Gemeinde nach den Vorschriften des Kommunalabgabenrechts grds. die Entscheidung offen steht, ob für die Benutzung öffentlicher Einrichtungen überhaupt Gebühren erhoben werden. Die Gemeinderordnungen bestimmen regelmäßig, dass die Gemeinden Abgaben nach den gesetzlichen Vorschriften erheben⁶², womit auch auf die Vorschriften des Kommunalabgabenrechts verwiesen wird. Weiter sehen die Kommunalverfassungen regelmäßig vor, dass die Gemeinde die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Einnahmen u.a. aus Entgelten für ihre Leistungen zu beschaffen hat. Allerdings steht diese Verpflichtung unter dem Vorbehalt, dass die Entgelterhebung geboten und vertretbar ist⁶³. In der Gesamtbetrachtung bedeutet dies, dass die Kommune ihr Ermessen regelmäßig dahingehend auszuüben hat, dass Gebühren für die Benutzung öffentlicher Einrichtungen erhoben werden. Ausnahmen sind allerdings möglich und durchaus auch gängige Praxis. Ist die Erhebung von Benutzungsgebühren demnach nicht zwingend, so kann die Gemeinde als Minus ihr Ermessen auch dahingehend ausüben, Gebühren unterhalb der Kostendeckung festzusetzen⁶⁴. Das in den Haushaltsvorschriften der Gemeindeordnungen enthaltene Erfordernis, dass kommunale Entgelte vertretbar sein müssen, stützt dieses Ergebnis.

Für kommunale Entscheidungsträger wird in diesem Zusammenhang vielfach die Überlegung maßgeblich sein, dass kommunale Leistungen für den Bürger bezahlbar sein müssen. Da es bei den

⁵⁴ Vgl. hierzu etwa § 92 Abs. 2 HGO, im Übrigen Fn. 25.

⁵⁵ Beispielfhaft ist hier die Vorschrift des § 109 Abs. 1 S. 2 HGO zu nennen.

⁵⁶ So etwa § 109 Abs. 3 HGO.

⁵⁷ Vgl. dazu § 108 Abs. 2 HGO.

⁵⁸ Vgl. etwa § 10 Abs. 2 S. 1 HessKAG; § 7 Abs. 1 S. 1 KAGRP; Art. 8 Abs. 2 S. 1 BayKAG.

⁵⁹ So ausdrücklich § 8 Abs. 1 S. 3 KAGRP; § 14 Abs. 1 S. 1 KAGBW; Art. 8 Abs. 2 S. 2 BayKAG.

⁶⁰ Vgl. § 10 Abs. 1 S. 1 HessKAG, § 7 Abs. 1 S. 1 KAGRP; § 13 Abs. 1 KAGBW; Art. 8 Abs. 1 S. 1 BayKAG; § 4 Abs. 1 KAGNW; bei Benutzungsgebühren besteht in NW nach § 6 Abs. 1 KAGNW grundsätzlich eine Pflicht zur Erhebung, während das Kostendeckungsprinzip als Soll-Vorschrift ausgestaltet ist. Vergleichbare Regelungen bestehen in Brandenburg, Sachsen-Anhalt.

⁶¹ NJW 1992, 2653.

⁶² Vgl. etwa § 93 Abs. 1 HGO, § 94 Abs. 1 GORP; § 76 Abs. 1 GONW; Art. 62 Abs. 1 BayGO; § 75 Abs. 1 BranGO; § 76 Abs. 1 GOSH; § 78 Abs. 1 GOBW.

⁶³ Vgl. etwa § 93 Abs. 2 Ziff. 1 HGO; § 94 Abs. 2 Ziff. 1 GORP; § 76 Abs. 2 Ziff. 1 GONW; Art. 62 Abs. 2 Ziff. 1 BayGO; § 75 Abs. 2 Ziff. 1 BranGO; § 78 Abs. 2 Ziff. 1 GOBW.

⁶⁴ Soweit die kommunalen Abgabengesetze kostendeckende Gebühren als „Soll“ vorsehen, wird man der Gemeinde im Rahmen ihrer Ermessensausübung ebenfalls die Möglichkeit einräumen müssen, unterhalb der Kostendeckung zu bleiben.

hier in Rede stehenden Einrichtungen um „Daseinsvorsorge“ geht, wird man solche Gedanken als legitim bezeichnen müssen, zumal das Sozialstaatsprinzip auch den Gemeinden auferlegt, die Abgabenlast für die Einwohner in Grenzen zu halten.

Entscheidungen kommunaler Organträger werden deshalb im Hinblick auf eine fehlende Kostendeckung bei Benutzungsgebühren regelmäßig nicht zu einer Strafbarkeit nach § 266 StGB führen⁶⁵.

2. Subventionen wirtschaftlicher Tätigkeit oder im kulturellen Bereich

Subventionen sind finanzielle Zuwendungen, die die öffentliche Hand ohne wirtschaftliche Gegenleistung an natürliche oder juristische Personen des Privatrechts zur Erreichung eines wirtschafts-, sozial- oder gesellschaftspolitischen Zwecks gewährt⁶⁶. Das Recht zur Vergabe von Subventionen wird den kommunalen Gebietskörperschaften, auch soweit keine gesetzliche Grundlage hierfür besteht⁶⁷, nicht abzusprechen sein, sei es zur Förderung wirtschaftlicher oder kultureller Tätigkeit, wenn diese Tätigkeit einen Bezug zur örtlichen Gemeinschaft aufweist. In der Praxis vergeben die Gemeinden nicht nur direkte Zuwendungen sondern gewähren zum Teil auch Vergünstigungen, beispielsweise beim Grundstückserwerb durch Wirtschaftsunternehmen.

Aus der Perspektive des Vermögensbegriffs stellt sich jede Subvention, die ohne rechtliche Verpflichtung gewährt wird, als selbstschädigendes Verhalten der öffentlichen Hand dar, so dass unter diesem Gesichtspunkt auch immer eine Untreue in Betracht kommt. Steht den Gemeinden aber das Recht zu, Subventionen zu vergeben, so scheidet eine solche Betrachtungsweise allerdings aus, denn das Wesen der Subvention besteht, wie vorstehend dargelegt, gerade darin, dass diese ohne (gleichwertige) Gegenleistung gewährt wird. Es stellt sich von daher die Frage, unter welchen Voraussetzungen sich handelnde Organträger im Zusammenhang mit Subventionsvergabe dennoch strafbar machen können.

Zur Problemlösung könnten die zur Restriktion des § 266 StGB entwickelten Grundsätze für den Bereich der Risikogeschäfte herangezogen werden. Unter einem Risikogeschäft versteht die Rechtsprechung ein Geschäft, das durch das geschäftsimmanente Risiko des Vermögensverlustes gekennzeichnet ist. Für derartige Geschäfte soll eine Untreuestrafbarkeit dann entfallen, wenn dem einzelnen Geschäft ein wirtschaftlich vernünftiger Gesamtplan zu Grunde liegt⁶⁸.

Bei der Vergabe von Subventionen sind für eine eventuelle Strafbarkeit nach § 266 StGB zwei Fallgruppen denkbar:

a) Es wird eine unangemessen hohe Subvention gewährt⁶⁹. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass der öffentlichen Hand im Zusammenhang mit der Subventionsvergabe ein Beurteilungsspielraum zusteht, der eine strafrechtliche Verfolgung nur im Ausnahmefall zulässt. Auch hier sind wiederum zwei Fälle denkbar. Eine Strafbarkeit nach § 266 StGB kommt in Betracht, wenn die Grenze der

⁶⁵ Die Straf- und Bußgeldvorschriften in den Kommunalen Abgabegesetzen – vgl. etwa §§ 5, 5a HessKAG; §§ 15, 16 KAGRP; §§ 7, 8 KAGBW; §§ 17, 20 KAGNW; §§ 14, 15 BranKAG; §§ 15, 16 KAGSachsA; Art. 14 bis 16 BayKAG – knüpfen an einen bestehenden Abgabentatbestand an und sind deshalb für die hier behandelte Fragestellung nicht relevant.

⁶⁶ Frotzcher, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, München 1988, S. 184; BVerfGE 17, 210, 216; eine Legaldefinition findet sich lediglich in § 264 Abs. 6 S. 1 StGB, die allerdings ihre Bedeutung im Zusammenhang mit der Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität hat und deshalb keine Geltung für den gesamten Bereich des Verwaltungsrechts beanspruchen kann.

⁶⁷ Frotzcher, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, München 1988, S. 191.

⁶⁸ Saliger, HRRS 2006, 10, 18; BGHSt 47, 148, 153.

⁶⁹ Wenn die Subvention in der Gewährung eines zinslosen Kredits besteht, ist die Subventionsleistung im Verzicht auf Zinszahlung zu sehen. Vor diesem Hintergrund ist eine übermäßige Subventionierung an sich nicht möglich. In diesem Fall ist dennoch eine „unangemessen hohe Subvention“ anzunehmen, wenn die Höhe des Kredits ein nicht hinnehmbares Risiko darstellt.

wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Gebietskörperschaft auf Grund der Subventionshöhe überschritten wird, weiterhin, wenn die Subventionshöhe außer Verhältnis zum geförderten Zweck steht.

b) Eine Subvention wird gewährt, obwohl – vorhersehbar – der Subventionszweck nicht erreicht werden kann.

Gerade die zuletzt genannte Fallgruppe führt zu der Frage, welche Anforderungen an die handelnden Personen bezüglich bestehender Prüfungspflichten zu stellen sind. Da sich im Hinblick auf das Vorhandensein ehrenamtlicher und hauptamtlicher Entscheidungsträger die Frage nach einer eventuell unterschiedlichen Prüfungspflicht geradezu aufdrängt, bedarf es diesbezüglich einer genaueren Betrachtung:

Die Mitglieder der kommunalen Vertretungskörperschaft sind kraft Gesetzes⁷⁰ einerseits unabhängig, entscheiden nach freier, nur durch Rücksicht auf das Gemeinwohl bestimmter Überzeugung, und sind nur ihrem Gewissen unterworfen. Andererseits sind sie nicht Teil eines Parlaments im staatsrechtlichen Sinne, sondern Teil der Landesexekutive und somit als Entscheidungsträger innerhalb der öffentlichen Verwaltung an Recht und Gesetz gebunden. Während allerdings für die Mitglieder der kommunalen Vertretungskörperschaft deren Unabhängigkeit prägend ist, steht bei Mitgliedern des Verwaltungsorgans deren Stellung als (Ehren-) Beamte und somit die Wahrung von Recht und Gesetz im Vordergrund. Durch den Maßstab des eigenen Gewissens erhält die Prüfungspflicht des Gemeindevertreters einen persönlichen Einschlag, während der Bürgermeister und die Mitglieder des Gemeindevorstandes ausschließlich nach objektiven Kriterien zu entscheiden haben. Die Prüfungspflichten für die Mitglieder beider Organe haben damit eine unterschiedliche Ausprägung erfahren.

Gleiches gilt auch für die Prüfungsintensität. Wenn das Verwaltungsorgan nicht nur befugt, sondern verpflichtet ist, die Entscheidungen der Vertretungskörperschaft zu überprüfen, so hängt dies nicht nur mit dem unterschiedlichen Inhalt der Prüfungspflichten beider Organe zusammen, sondern setzt auch voraus, dass sich die Organträger des Verwaltungsorgans, namentlich der Bürgermeister, intensiver mit den einzelnen Entscheidungsgegenständen zu befassen haben.

Indessen bleibt die Frage, inwieweit ein Entscheidungsträger seinen Prüfungspflichten genügen muss, um sich nicht in die Gefahr einer Strafverfolgung zu begeben. Allgemeingültige Kriterien hierfür lassen sich hierfür nicht finden. Im Ergebnis sind die mit der jeweiligen Entscheidung verbundenen Chancen und Risiken für die Kommune anhand der dem Entscheidungsträger vorliegenden, für ihn erreichbaren und zu verwertenden Informationen gegeneinander abzuwägen. Die Prüfungspflicht des Gemeindevertreters ist dabei in einem höheren Maße subjektiv geprägt; der erforderliche und zumutbare Aufwand ist geringer als beim Gemeindevorstand.

Bei Subventionsentscheidungen sind inhaltlich folgende Kriterien zu prüfen:

- Bedeutung des Subventionsempfängers bzw. der geförderten Maßnahme für die örtliche Gemeinschaft,
- Möglichkeit der Erreichung des Subventionszwecks,
- Möglichkeit der Erfüllung eventueller Auflagen durch den Subventionsempfänger,
- Verhältnismäßigkeit der Subventionshöhe im Hinblick auf den Subventionszweck,
- Verhältnismäßigkeit der Subventionshöhe im Hinblick auf die Leistungsfähigkeit der Kommune.

⁷⁰ Vgl. etwa § 43 Abs. 1 GONW, § 35 Abs. 1 HGO, § 37 Abs. 1 S. 1 BranGO, § 32 Abs. 1 GOSH, § 32 Abs. 3 S. 1 GOBW, § 35 Abs. 3 S. 1 GOSachs, § 42 Abs. 1 S. 1 GOSachsA, § 30 Abs. 1 GORP, § 39 Abs. 1 NGO, § 24 Abs. 1 ThürKO, § 23 Abs. 3 KVMVo.

Dabei ist nicht zu verkennen, dass den kommunalen Entscheidungsträgern in Bezug auf einzelne Fragestellungen, insbesondere, soweit diese mit einer Prognoseentscheidung verbunden sind, ein erheblicher Beurteilungsspielraum eingeräumt werden muss. Wenn dann solche Entscheidungen selbst einer Überprüfung durch das zuständige Fachgericht, nämlich das Verwaltungsgericht, nur in einem eingeschränkten Maß unterliegen, kann für eine strafrechtliche Überprüfung nichts anderes gelten. Voraussetzung für eine strafrechtliche Verfolgung ist danach eine fehlerhafte Ausübung des Beurteilungsspielraumes, wobei sich die Fehlerhaftigkeit des Handelns im Hinblick auf die für eine Strafverfolgung nach § 266 StGB erforderliche Pflichtverletzung geradezu aufdrängen muss.

3. Investitionsentscheidungen

Die vorstehend, im Zusammenhang mit Subventionsentscheidungen, entwickelten Grundsätze betreffend Ausprägung und Intensität der Prüfungspflichten kommunaler Entscheidungsträger können auch bei der Beurteilung anderer kommunaler Entscheidungen zu Grunde gelegt werden. Dies gilt namentlich für Investitionsentscheidungen.

Die Kommune unterliegt dabei, wie bereits dargestellt, der Verpflichtung zur Sparsamkeit und dem Wirtschaftlichkeitsprinzip⁷¹. Dies bedeutet, dass bei größt möglicher Sparsamkeit ein möglichst hohes Maß an Effektivität zu erzielen ist. In der Literatur wird die Frage erörtert, in welcher Weise eine Kollision zwischen den Prinzipien der Sparsamkeit und der Effektivität aufzulösen ist⁷². Dabei vermögen Lösungsansätze, die einseitig dem Gebot der Sparsamkeit oder dem Erfordernis der Effektivität den Vorzug geben, nicht zu überzeugen. Vielmehr haben sich kommunale Investitionsentscheidungen im Sinne einer Optimierung des Ergebnisses an folgenden Kriterien auszurichten:

- Erforderlichkeit und Bedeutung der Investition für die Gemeinde,
- Erforderlichkeit und Angemessenheit der Investitionskosten,
- Leistungsfähigkeit der Gemeinde.

Zu Recht wird in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass die Frage einer etwaigen Strafbarkeit nach § 266 StGB immer eine Einzelfallentscheidung sein muss, wobei dem Entscheidungsträger für die Beurteilung der Frage eines wirtschaftlichen Handelns ein Beurteilungsspielraum eingeräumt werden muss⁷³.

F. Fazit

Entscheidungen im kommunalen Bereich sind nicht frei von strafrechtlichen Risiken im Hinblick auf den Tatbestand der Untreue. Die Mitglieder der Vertretungskörperschaften sind dabei wegen ihrer Unabhängigkeit in einem geringern Maße gefährdet, als die Entscheidungsträger des Verwaltungsorgans. Die Frage der Strafbarkeit ist im Einzelfall anhand einer Abwägung der für den Entscheidungsträger erkennbaren Chancen und Risiken für die Kommune zu beantworten.

⁷¹ Vgl. etwa § 92 Abs. 2 HGO; Wolf, a.a.O., S. 126 sieht in der Verknüpfung von Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit einen Widerspruch.

⁷² Vgl. Wolf, a.a.O., S. 123.

⁷³ Vgl. Wolf, a.a.O., S. 130, die in diesem Zusammenhang von einem Ermessen spricht.