

Strafrechtliche Risiken bei kommunaler Wertschöpfung durch Windenergieanlagen

Björn Krug und Dr. Christian Rathgeber, Mainz*

Der Beitrag untersucht rechtliche Risiken bei Kooperationen zwischen Kommunen und Privaten bei der Realisierung von Windenergie-Projekten. Aktuelle Beispiele aus der Praxis zeigen, dass Gemeinden neben den verwaltungsrechtlichen auch die strafrechtlichen Grenzen zu beachten haben, wenn sie projektbezogene Verträge abschließen. Es werden mehrere gängige Vertragsvarianten sowie Ansatzpunkte zur Minimierung der Risiken dargestellt.

I. Einleitung

Dass auch der öffentliche Sektor, ebenso wie die Privatwirtschaft, von strafrechtlichen Risiken betroffen ist, haben zahlreiche Fälle der jüngeren Vergangenheit deutlich gemacht. So kam es bereits 2004 zu Verfahren gegen insgesamt 31 Bürgermeister in Niedersachsen, die Unregelmäßigkeiten bei der Planung und Errichtung von Windkraftanlagen (nachfolgend „WKA“) zum Gegenstand hatten.¹ Nach dem Willen zahlreicher Landesregierungen sollen nicht nur die Investoren bzw. Anlagenbetreiber, sondern auch die Gemeinden von der fortschreitenden Energiewende finanziell profitieren. So nennen z. B. die „Windenergie-Erlasse“ der Länder Rheinland-Pfalz², Nordrhein-Westfalen³ und Baden-Württemberg⁴ die kommunale Wertschöpfung als eine der Chancen einer nachhaltigen und dezentralen Energieerzeugung. Die Gemeinden könnten über die Gewerbesteuer und mögliche Pachteinahmen Einnahmen zur Erfüllung der Daseinsvorsorge generieren. Wie die Praxis zeigt, geht die Partizipation einzelner Gemeinden auf dem teilweise hart umkämpften Markt für geeignete Standorte aber wesentlich über die Wahrnehmung dieser Chancen hinaus. Im Folgenden sollen deshalb die Beteiligten an Windenergie-Projekten dargestellt (II.) und die strafrechtlichen Risiken unterschiedlicher vertraglicher Konstellationen untersucht werden (III.). Anschließend werden allgemeine Ansätze vorgestellt, mit deren Hilfe das Strafbarkeits- bzw. das Strafverfolgungsrisiko gesenkt werden kann (IV.).

II. Beteiligte

Im Rahmen der Realisierung von Windenergie-Projekten sind regelmäßig vier Akteure zu unterscheiden: Projektentwickler, Betreiber, Gemeinde und privater Grundeigentümer. Bei dem Bau neuer oder der Aufrüstung („Repowering“) bestehender WKA fallen Errichtung und Betrieb regelmäßig auseinander. Der Projektentwickler erforscht und kartiert – meist im Auftrag des späteren Betreibers – zunächst geeignete Standorte für WKA, wobei die sog. Windhöflichkeit⁵ von entscheidender Bedeutung ist. Sodann sichert der Projektentwickler die für das Projekt

notwendigen und geeigneten Flächen. Dies kann geschehen, indem er die Grundstücke entweder von den Eigentümern pachtet oder sich die Errichtung einer oder mehrerer WKA auf dem Grundstück vertraglich gestatten lässt. Im Folgenden verantwortlich der Projektentwickler auch den Bau der eigentlichen WKA, sowie der für deren Betrieb notwendigen Infrastruktur (Leitungen, Zufahrten, Umspannwerke etc.).

Nach Realisierung des Projekts übernimmt der Betreiber die abgenommenen Anlagen und zahlt dem Projektentwickler das vereinbarte Entgelt. Meist wird der Betreiber nunmehr in die vom Projektentwickler abgeschlossenen Pacht- oder Gestattungsverträge eintreten. Die entsprechenden Klauseln werden zudem regelmäßig vorsehen, dass der Projektentwickler sämtliche Kosten zu tragen hat, die für die Flächensicherung, die Errichtung von WKA und Infrastruktur sowie die dafür notwendigen Verfahren und Genehmigungen anfallen. Die ab dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme fällig werdende Pacht bzw. sonstige regelmäßige Zahlung an die Eigentümer gehen hingegen zulasten des Betreibers.

Die vier Beteiligten haben in Bezug auf Windenergie-Projekte in unterschiedlichem Maße außer den wirtschaftlichen auch soziale und politische Aspekte zu berücksichtigen. Besonders bei der ansässigen Bevölkerung stoßen neue WKA häufig auf Vorbehalte. Zugleich ist der Markt für Windenergie-Projekte aufgrund der weiter bestehenden EEG-Umlage⁶ wirtschaftlich

* Der Autor Krug ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Strafrecht sowie Steuerrecht und Partner der auf Wirtschafts- und Steuerstrafrecht spezialisierten Kanzlei Knierim | Huber Rechtsanwälte in Mainz. Der Autor Rathgeber (Mag. rer. publ.) ist als Rechtsanwalt in derselben Kanzlei ausschließlich im Wirtschaftsstrafrecht tätig.

- 1 Antwort der BReg auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Gisela Piltz, Jörg van Essen, Dr. Max Stadler, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP – BT-Drs. 16/4227 – v. 16.2.2007, BT-Drs. 16/4333, S. 3; Bundeslagebild Korruption 2004, S. 31 f. (abrufbar unter <http://www.bka.de>, Stand: 13.9.2013).
- 2 Hinweise für die Beurteilung der Zulässigkeit der Errichtung von Windenergieanlagen in Rheinland-Pfalz (Rundschreiben Windenergie), Gemeinsames Rundschreiben des Ministeriums für Wirtschaft, Klimaschutz, Energie und Landesplanung, des Ministeriums der Finanzen, des Ministeriums für Umwelt, Landwirtschaft, Ernährung, Weinbau und Forsten und des Ministeriums des Innern, für Sport und Infrastruktur Rheinland-Pfalz v. 28.5.2013, S. 2 f.
- 3 Erlass für die Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen und Hinweise für die Zielsatzung und Anwendung (Windenergie-Erlass) v. 11.7.2011, gemeinsamer Erlass des Ministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen, des Ministeriums für Wirtschaft, Energie, Bauen, Wohnen und Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen und der Staatskanzlei des Landes Nordrhein-Westfalen, Ziff. 1.3.
- 4 Gemeinsame Verwaltungsvorschrift des Ministeriums für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft, des Ministeriums für Ländlichen Raum und Verbraucherschutz, des Ministeriums für Verkehr und Infrastruktur und des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft (Windenergieerlass Baden-Württemberg) v. 9.5.2012 – Az.: 64-4583/404, S. 5 f.
- 5 Die sog. Windhöflichkeit bezeichnet das durchschnittliche Windaufkommen an einem Standort.
- 6 In Höhe von derzeit rd. 6,2 ct/kWh (in 2014), im Jahr 2012 lag sie noch bei rd. 3,6 ct/kWh und im Jahr 2013 bei 5,3 ct/kWh.

attraktiv. Um eine größere Akzeptanz bei den Einwohnern zu erreichen und eigene geographische Vorteile wirtschaftlich zu nutzen, zielen die beteiligten Gemeinden vermehrt auf eine kommunale Wertschöpfung. Die Projektentwickler und Betreiber von WKA legen ihrerseits meist Wert auf eine produktive Zusammenarbeit mit den Gemeinden, auf deren Gebiet Projekte realisiert werden sollen.

Kommunen haben dabei im Verhältnis zu Projektentwicklern, Betreibern und Grundstückseigentümern die Amtsdelikte zu beachten, insbesondere die §§ 331 ff. StGB. Kommunen können als Selbstverwaltungskörperschaften keine Täter i.S.d. der §§ 331 ff. StGB sein. Entscheidend ist daher die Einordnung der für sie handelnden Personen⁷. Zu den Amtsträgern zählen zunächst Beamte (§ 11 I Nr. 2 lit. a StGB), mithin solche Personen, die unter Einhaltung der einschlägigen beamtenrechtlichen Vorschriften durch eine dafür zuständige (staatliche) Stelle in ein Beamtenverhältnis berufen worden sind. Erfasst sind weiterhin Personen, die in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis stehen (§ 11 I 1 Nr. 2 lit. b StGB) oder sonst nach deutschem Recht dazu bestellt sind, bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben öffentlicher Verwaltung wahrzunehmen (§ 11 I Nr. 2 lit. c StGB). Neben den Amtsträgern erfassen die §§ 331 ff. StGB auch solche Personen, die für den öffentlichen Dienst besonders und förmlich verpflichtet worden sind (§ 11 I Nr. 4 StGB). Im Zusammenhang mit Windenergie-Projekten sind besonders solche Personen von Interesse, denen durch öffentlich-rechtliche Aufgabenzuweisung Entscheidungsbefugnisse (v. a. die Disposition über Grundstücke im Eigentum der Gemeinde) oder Befugnisse der Kommune nach dem Bauplanungsrecht (Bauleitplanung, Außenbereichsnutzung etc.) übertragen worden sind.

Zahlreiche Gemeindeordnungen sehen vor, dass sowohl Bürgermeister als auch Beigeordnete nach den Bestimmungen des jeweiligen Landesbeamtengesetzes zu Beamten zu ernennen sind, auch wenn sie in Ortsgemeinden nur ehrenamtlich tätig sind.⁸ Diese sind also grundsätzlich im Rahmen ihrer Tätigkeit als Amtsträger anzusehen. Kommunale Mandatsträger, also insbesondere Mitglieder von Gemeinderäten, sind hingegen grundsätzlich nicht erfasst, es sei denn, sie werden mit konkreten Verwaltungsaufgaben betraut, die über ihre Mandatstätigkeit in der kommunalen Volksvertretung und den zugehörigen Ausschüssen hinausgehen.⁹ Somit unterfallen kommunale Mandatsträger zwar regelmäßig dem Anwendungsbereich des § 108e StGB, aber nur ausnahmsweise den §§ 331 ff. StGB.

III. Varianten und strafrechtliche Bewertung

Betrachtet man die mannigfaltigen Möglichkeiten der Vertragsgestaltung, kann im Rahmen dieses Beitrags nur exemplarisch zu einigen der praktisch relevantesten Konstellationen Stellung genommen werden. Dabei liegt der Fokus auf den Rechtsrisiken für Amtsträger und kommunale Mandatsträger. Alternative Modelle zur kommunalen Wertschöpfung, z. B. sog. Bürgerwindparks, werden deshalb im Folgenden nicht behandelt.

1. Eigenverpachtung

In einer vergleichsweise unproblematischen Konstellation stellt die Gemeinde eigene Grundstücke für die Errichtung und den Betrieb von WKA zur Verfügung. Mit dem Projektentwickler bzw. Betreiber wird dabei regelmäßig ein privatrechtlicher Pachtvertrag abgeschlossen, der u. a. eine Mindestbetriebsdauer der zu errichtenden WKA vorsehen kann. Die Pacht kann dabei entweder in Form einer fixen regelmäßigen Zahlung oder (häufiger) in Form einer prozentualen Beteiligung am Ertrag der jeweiligen WKA vereinbart werden. Um Planungssicherheit zu erreichen, wird die Gemeinde sich häufig eine bestimmte Mindestpacht garantieren lassen, die sich mit fortschreitender Betriebsdauer kontinuierlich erhöht.

Grundsätzlich ist den Kommunen eine wirtschaftliche Betätigung dieser Art gestattet, solange sie dabei die Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit erfüllt. Strafrechtliche Relevanz kann ein solches Modell haben, wenn die Kommune gegen ein Betätigungsverbot verstößt oder wenn sie zugunsten anderer, z. B. nicht kommunaler Einrichtungen oder zugunsten einzelner Bürger, auf ihr zustehende Möglichkeiten zur Erzielung von Einnahmen verzichtet. In beiden Fällen besteht das Risiko, dass der der Kommune entstehende Schaden (Investitionskosten, Einnahmeausfälle o.ä.) ihren Vertretern im Wege eines Untreuevorwurfs (§ 266 StGB) zugerechnet werden kann. Ein privater Investor könnte daran im Wege der Anstiftung oder Beihilfe (§§ 26, 27 StGB) beteiligt sein.

2. Pool-Modelle

Sofern die geeigneten Grundstücke nicht (sämtlich) im Eigentum der Gemeinde stehen, kommen verschiedene Varianten einer Pool-Lösung in Betracht. An der rein zivilrechtlichen Vereinbarung zwischen einem privaten Grundstückseigentümer und dem Projektentwickler bzw. Betreiber der WKA ist die Gemeinde zwar nicht unmittelbar beteiligt. Durch die praktisch häufig auftretenden zusätzlichen Abreden können die Gemeinde oder ihre Einrichtungen aber einen sog. Dritt Vorteil erlangen.

a) „Bürgerstiftung“

Gelegentlich ist in der Praxis eine Vertragsgestaltung anzutreffen, bei welcher sich der Projektentwickler bzw. Betreiber der WKA gegenüber dem privaten Grundstückseigentümer verpflichtet, über die vereinbarte Pacht hinaus eine weitere prozentuale Abgabe an die Gemeinde oder eine von dieser zu benennende Einrichtung zu leisten. Dabei handelt es sich oft um Institutionen der Daseinsvorsorge (städtische Kindergärten, Krankenhäuser, soziale Einrichtungen etc.). Vorstellbar ist ebenso, dass Zahlungen an eine eigens gegründete Stiftung vereinbart und geleistet werden, mit der Maßgabe, diese Mittel ausschließlich für bestimmte Aufgaben von öffentlichem Interesse zu verwenden („Bürgerstiftung“). Ebenso kann daraus

7 Vgl. *Schreiber/Rosenau/Combé/Wrackmeyer*, GA 2005, 265 (267).

8 Vgl. § 54 I 1 GemO RLP; §§ 62 I 1, 65 IV GO NRW; § 80 V 2 NKomVG; Art. 34 I, IV, 35 I 2 GemO BAY; §§ 40 II 2, 37 II KV M-V.

9 *BGH*, NJW 2006, 2050 (2055).

eine Gemeinschaftslösung zwischen Verpächter, Gemeinde und sonstigen landschaftlichen Nutzungsberechtigten, z. B. Jagdpächter, finanziert werden. Dadurch erhält der Pachtvertrag den Charakter eines Vertrags zugunsten eines Dritten, der seinerseits aber keine eigene Leistungsverpflichtung eingeht.

Gleichgültig, ob die überobligatorischen Zahlungen direkt an eine von der Kommune benannte Einrichtung oder zunächst in eine privatrechtliche Stiftung einbezahlt werden, handelt es sich jeweils um einen Drittverteil i.S.d. §§ 331 ff. StGB.¹⁰ Dieser wäre bereits im Vertragsschluss und der daraus resultierenden Zahlungsverpflichtung des Projektentwicklers bzw. des Betreibers zu sehen, auf welche weder Gemeinde noch Dritte einen Anspruch haben. Weil §§ 331 I StGB in seiner aktuellen Fassung keinen Bezug mehr zu einer konkreten Diensthandlung verlangt, sondern einen Vorteil „für die Dienstausbübung“ genügen lässt, können auch solche indirekten Zuwendungen problematisch sein. Strafbar sind nämlich bereits sog. Anbahnungszuwendungen („Anfüttern“), die allein der Klimapflege dienen oder ein allgemeines Wohlbefinden schaffen sollen.¹¹

Macht bspw. der Gemeinderat seine Zustimmung zur Bauleitplanung ausdrücklich davon abhängig, dass eine solche Bürgerstiftung eingerichtet wird und der Projektentwickler bzw. Betreiber sich zu regelmäßigen Zahlungen verpflichtet, liegt eine Strafbarkeit nicht fern. Denn hier würde ein eigener Zahlungsanspruch als Gegenleistung für ein bestimmtes Abstimmungsverhalten gewährt.¹² Obwohl die Anwendbarkeit der §§ 331 ff. StGB auf kommunale Mandatsträger inzwischen durch den BGH eingeschränkt wurde, bleibt ein nicht unerhebliches Restrisiko. Insbesondere kann hier eine Abgeordnetenbestechung gemäß § 108e StGB in Betracht kommen.

b) Entgeltliche Standortsicherung

Vereinzelt wird eine kompliziertere Variante gewählt, um dem zu gewährenden Vorteil eine eigene „Leistung“ der begünstigten Gemeinde gegenüberzustellen. In dieser Konstellation schließt der Projektentwickler mit der Gemeinde in einem ersten Schritt einen Rahmenvertrag ab. Darin verpflichtet sich die Gemeinde, die für die Errichtung und den Betrieb von WKA geeigneten Flächen im Interesse des Projektentwicklers zu sichern. Sodann schließt die Gemeinde mit jedem der privaten Grundstückseigentümer einen Pacht- oder Gestattungsvertrag, der die Errichtung und den Betrieb von WKA und Nebenanlagen auf dem jeweiligen Grundstück erlaubt. Dadurch entsteht eine Gesamtmenge an energiewirtschaftlich nutzbaren Grundstücksrechten („Pool“). Die Verträge, welche ein Eintrittsrecht für den Projektentwickler bzw. den späteren Betreiber der WKA vorsehen, überträgt die Gemeinde anschließend auf den Projektentwickler. Für die Übertragung der Verträge zahlt dieser wiederum der Gemeinde eine im Rahmenvertrag festgelegte Vergütung, welche von der Realisierung des Projekts abhängig gemacht und deren Fälligkeit gestundet wird. Indem die Gemeinde die Grundstücke sichert und den Pool an Nutzungsverträgen anschließend überträgt, wird ein künstlicher Zwischenschritt geschaffen, der als Grund für die Zuwendung dienen soll. Dass dieser Zwischenschritt regelmäßig wirtschaftlich nicht notwendig ist, zeigt sich bereits daran, dass

der Projektentwickler die notwendige Flächensicherung üblicherweise selbst vornimmt. Die Gemeinde besitzt weder rechtliche Vorteile beim Abschluss von Pacht- oder Gestattungsverträgen, noch ist dort ein besonderes „Knowhow“ vorhanden.

aa) Rechtliche Einordnung des Rahmenvertrags

Die Rechtsnatur des Rahmenvertrags zwischen Kommune und Projektentwickler hat Auswirkungen auf den rechtlich zulässigen Inhalt. Denn sollte es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag handeln, wären zusätzlich die Einschränkungen der §§ 54 ff. VwVfG zu beachten. Von einem privatrechtlichen Vertrag der Verwaltung ist stets dann auszugehen, wenn er nicht eine unmittelbare Änderung oder Ausgestaltung einer öffentlich-rechtlichen Berechtigung oder Verpflichtung selbst regelt oder jedenfalls nicht in unmittelbarem notwendigen Zusammenhang damit steht.¹³ Indes kann nicht völlig ausgeschlossen werden, dass der Rahmenvertrag einen öffentlich-rechtlichen Vertrag darstellt. Dazu ist nämlich nicht erforderlich, dass sich die öffentlich-rechtlichen Aspekte unmittelbar aus dem Wortlaut ergeben. Insbesondere genügt es auch, wenn das von einem öffentlich-rechtlichen Rechtsträger erwartete Handeln – z. B. die Aufstellung eines Bauleitplans oder die Erteilung des Einvernehmens nach § 36 BauGB – nicht als Gegenleistung der vom Vertragspartner zu erbringenden Leistung erscheint, sondern stillschweigend als „Bedingung“ dafür vorausgesetzt wird, ohne dass entsprechende Ansprüche des Vertragspartners begründet werden.¹⁴ Eine solche stillschweigende „Bedingung“ könnte hier die spätere Mitwirkung der Kommune bei der Genehmigung von WKA sein. Auch wenn das weitere Genehmigungsverfahren im Rahmenvertrag nicht ausdrücklich erwähnt wird, ist es dennoch logische Folge der vereinbarten vorbereitenden Maßnahmen. Es sprechen daher gute Gründe dafür, den anfänglichen Rahmenvertrag als öffentlich-rechtlichen Vertrag – hier wohl in Form eines sog. städtebaulichen Vertrags i.S.v. § 11 BauGB i.V.m. § 56 VwVfG – einzuordnen.

bb) Strafrechtliche Risiken

(1) *Vorteil.* In der dargestellten Konstellation kann ein Vorteil i.S.d. §§ 331 ff. StGB bejaht werden, wenn kein Anspruch auf die Vergütung besteht. Begünstigter wäre die Gemeinde, die nach h. M. als Gebietskörperschaft tauglicher Empfänger eines Drittverteils sein kann.¹⁵ Obwohl in diesem Fall durch die Gemeinde eine eigene Leistung erbracht wird, kann der Vertragsschluss selbst, auf welchen der Amtsträger keinen Rechtsanspruch hatte, einen Vorteil i.S.d. §§ 331 ff. StGB darstellen.¹⁶ Dies gilt nach der Rechtsprechung sogar dann, wenn der Vertrag lediglich ein angemessenes Entgelt für die vom Amtsträger vertraglich

10 Vgl. Korte, in: MüKo StGB, 2006, § 331 Rn. 75 ff. m.w.N. Dritter kann insb. auch die Anstellungskörperschaft sein, vgl. OLG Karlsruhe, NJW 2001, 907; OLG Köln, NStZ 2002, 35 f.; Fischer, StGB, 60. Aufl. 2013, § 331 Rn. 14a m.w.N.

11 OLG Karlsruhe, NStZ 2011, 164; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, § 331 Rn. 10a; Heine, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 331 Rn. 26 ff. m.w.N.

12 LG Stade, Beschl. v. 28.1.2005 – 12 Qs 153/04, sah § 331 I StGB als erfüllt an.

13 Kopp/Ramsauer, VwVfG, 13. Aufl. 2012, § 54 Rn. 38 m.w.N.

14 BVerwG, NJW 1975, 1895 (1896); Kopp/Ramsauer (Fn. 13) Rn. 34 m.w.N.

15 Arg. e contrario BGH, NStZ 2006, 628 (630).

16 BGH, wistra 2011, 391 (392).

zu erbringenden Leistungen vorsieht.¹⁷ Ausgeschlossen wäre eine Strafbarkeit bzw. eine widerrechtliche Vorteilsgewährung dann, wenn die Zahlung als rechtlich zulässige Gebühreinzahlung oder Kostenerstattung zu qualifizieren wäre.¹⁸ Dies liegt in der betrachteten Konstellation fern. So finden sich weder eine Rechtsgrundlage für eine entsprechende Verwaltungsgebühr oder kommunale Abgabe, noch eine transparente Berechnungsmethode für der Kommune entstandene Kosten.

(2) *Fordern, sich versprechen lassen oder Annehmen.* Die eigentliche Tathandlung, nämlich das Fordern, sich versprechen lassen oder Annehmen des Vorteils, bereitet weniger Schwierigkeiten. Denn in aller Regel wird ein schriftlicher Vertrag geschlossen, durch welchen die Kommune das Angebot des Projektentwicklers bzw. des Betreibers einer zukünftigen Leistung ausdrücklich annimmt. Damit lässt sie sich den Vorteil im strafrechtlichen Sinne versprechen. Wird die vereinbarte Zahlung später tatsächlich erbracht, liegt überdies auch ein Annehmen durch die Kommune vor.

(3) *Unrechtsvereinbarung.* Weiter erforderlich wäre eine Verknüpfung des Versprechens eines Vorteils mit der Dienstaussübung des Amtsträgers, also der Erfüllung einer dienstlichen Obliegenheit, die er in dienstlicher Eigenschaft vornimmt. Dazu gehören v. a. alle Entscheidungen, die der Amtsträger im Rahmen seiner Zuständigkeit trifft, wie z. B. der Erlass eines Verwaltungsakts oder die Vergabe eines öffentlichen Auftrags.¹⁹ Eine Unrechtsvereinbarung besteht folglich, wenn es das Ziel der Vorteilszuwendung ist, auf die künftige Dienstaussübung Einfluss zu nehmen und/oder die vergangene Dienstaussübung zu honorieren. Die Dienstaussübung muss nicht notwendig konkretisiert sein; es genügt, wenn der Wille des Vorteilsgebers auf ein generelles Wohlwollen bezogen auf künftige Fachentscheidungen gerichtet ist.²⁰ Weil die §§ 331 ff. StGB das Vertrauen in die Sachgerechtigkeit und „Nicht-Käuflichkeit“ dienstlichen Handelns möglichst umfassend schützen sollen, kann es bereits ausreichen, wenn zwischen den Beteiligten Übereinstimmung besteht, dass der Vorteil für irgendeine in den Zuständigkeitsbereich des Beamten fallende – auch rechtmäßige – Tätigkeit gewährt wird. Insofern genügt es, wenn der Täter den Vorteil in dem Bewusstsein annimmt, dass ihm dieser im Hinblick auf eine amtliche Tätigkeit zufließt, die er irgendwann einmal im Rahmen des Aufgabenbereichs seiner Behörde für den Vorteilsgeber vorgenommen hat oder in Zukunft möglicherweise vornehmen soll.²¹

Eben dies hat der BGH zum Anlass genommen, das Tatbestandsmerkmal der Unrechtsvereinbarung einzuschränken. Anlässlich des sog. Heidelberger Herzkloppenskandals wurde entschieden, dass Zuwendungen, welche zur Förderung von Forschung und Lehre an Hochschulen dienen, schon dann nicht dem Anwendungsbereich des § 331 StGB unterfallen sollen, wenn das hochschulrechtlich vorgeschriebene Verfahren (Anzeige und Genehmigung) eingehalten wird.²² Dies soll zumindest dann gelten, wenn es zu den Dienstaufgaben des jeweiligen Amtsträgers gehört, Drittmittel einzuwerben. Teilweise wird diese verwaltungsakzessorische Auslegung auf die Situation der Gemeinden übertragen, obwohl die Drittmittelinwerbung nicht zu deren ausdrücklichen Aufgaben gehört.²³ Auch beim Abschluss städtebaulicher Verträge soll eine Strafbarkeit aufgrund einer ge-

botenen teleologischen Reduktion ausscheiden.²⁴ Der BGH selbst hat jedoch festgestellt, dass sich die Grundsätze zur Drittmittelinwerbung an Hochschulen nur dann auf andere Sachverhalte übertragen lassen, wenn die Rechtslage insgesamt vergleichbar ist.²⁵ Eine solche Vergleichbarkeit besteht hier schon deshalb nicht, weil – im Gegensatz zum Hochschulrecht – für die Einwerbung und Annahme von Zuwendungen durch Kommunen kein vergleichbares Verwaltungsverfahren besteht. Gerade daran hatte der BGH aber den Schutz des Vertrauens der Allgemeinheit in die „Nicht-Käuflichkeit“ von dienstlichen Handlungen gekoppelt.²⁶ In Rheinland-Pfalz bspw. sind gemäß § 94 III 4 GemO bzw. § 58 III 4 LKO entsprechende Angebote unverzüglich der Aufsichtsbehörde anzuzeigen. In der Anzeige sollen sämtliche beurteilungsrelevanten Umstände, v. a. ein anderweitiges Beziehungsverhältnis zur Gemeinde bzw. zum Landkreis offen zu legen sein.²⁷ Eine Genehmigung, ggf. unter Auflagen, ist jedoch nicht vorgesehen. Kommunen in Niedersachsen (§ 111 VIII 4 NKomVG), Mecklenburg-Vorpommern (§ 44 KV) und Baden-Württemberg (§ 78 IV 4 GO) haben lediglich die Pflicht, jährlich einen Bericht, in dem die Zuwendungsgeber, die Zuwendungen und die Zweckbestimmungen anzugeben sind, zu erstellen und ihn der Aufsichtsbehörde zu übersenden. Dadurch wird weder eine Befassung vorab noch ein eventuelles zeitnahes Einschreiten der Aufsichtsbehörde ermöglicht. Ferner ergibt sich ein Widerspruch zu § 331 III StGB, wonach nur eine „unverzüglich“ eingeholte behördliche Genehmigung einen Rechtfertigungsgrund darstellt (dazu sogleich).²⁸ Schließlich ist äußerst zweifelhaft, ob es dem Landesverwaltungsrecht zukommen kann, Bereichsausnahmen von bundesrechtlichen Straftatbeständen zu konstruieren, selbst wenn eine entsprechende landesrechtliche Vorschrift als Ausfluss von Art. 28 II GG begriffen wird.

(4) *Dienstaussübung.* Hinsichtlich der Frage, worin eine taugliche Dienstaussübung bestehen kann, liegt es nahe, dass es nicht auf die Einordnung des Vertrags als privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich ankommt. Vielmehr dürfte entscheidend sein, dass der jeweilige Amtsträger von seiner Möglichkeit Gebrauch macht, die Kommune in Form eines privatrechtlichen Vertrags rechtlich zu binden. Wird er dabei durch das (zukünftige) Gewähren eines Vorteils beeinflusst, kann ein ausreichender Bezug zur Dienstaussübung vorliegen.

Demnach ist es nicht ausgeschlossen, dass sowohl der Abschluss von Gestattungsverträgen mit Grundstückseigentümern durch die Gemeinde, als auch deren Übertragung auf den Projektentwickler als Dienstaussübung i.S.d. § 331 ff. StGB angesehen werden.

17 BGHSt 31, 264 (280); NStZ 2008, 216 (217).

18 Stein, in: Rudolphi, SK StGB, § 331 Rn. 22.

19 Korte (Fn. 10), Rn. 85.

20 BGH, NJW 2008, 3580 (3583).

21 Schreiber/Rosenau/Combé/Wrackmeyer (Fn. 7), S. 269.

22 BGHSt 47, 295 (309 f.).

23 So etwa Schreiber/Rosenau/Combé/Wrackmeyer (Fn. 7), S. 272 f.; Glauben, LKRZ 2008, 81 (85); dagegen Korte (Fn. 11), Rn. 144.

24 Vgl. Schreiber/Rosenau/Combé/Wrackmeyer (Fn. 7), S. 277 ff.

25 BGHSt 49, 275 (284 ff.).

26 BGHSt 47, 264 (309).

27 Glauben (Fn. 23), S. 83.

28 A. A. Mansdörfer, VBIBW 2007, 406 (408), wonach der Spendenbericht „strafrechtlich an sich ohne Bedeutung“ sein soll.

Als Diensthandlung kommt weiterhin die Erstellung eines Bauleitplans in Betracht, der bestimmte Gebiete als Bereiche ausweist, die für die Errichtung von WKA geeignet sind.²⁹ Hierbei ist zu beachten, dass aufgrund der Befugnis in § 203 BauGB die Zuständigkeit für die Aufstellung von Flächennutzungsplänen etwa in Rheinland-Pfalz bei der jeweiligen Verbandsgemeinde³⁰ bzw. in Baden-Württemberg bei der jeweiligen Verwaltungsgemeinschaft³¹ liegen kann. Aus diesem Flächennutzungsplan hat jedoch die einzelne Ortsgemeinde ihre Bebauungspläne zu entwickeln, sofern sie beschließt, solche aufzustellen (§ 10 I BauGB).

Unabhängig davon kommt als konkrete Diensthandlung der Erlass von Baugenehmigungen für WKA in Betracht. Denn die Ausweisung von Gebieten für die Nutzung der Windenergie ersetzt weder das Genehmigungsverfahren für die konkrete Anlage noch sonstige erforderliche Verfahren.³² Weil die Errichtung von WKA nicht genehmigungsfrei oder nach einem vereinfachten Genehmigungsverfahren erfolgen kann, ist etwa in Rheinland-Pfalz als untere Bauaufsichtsbehörde die Kreisverwaltung des betreffenden Landkreises für die Erteilung der Baugenehmigung zuständig (§ 58 I Nr. 3 LBauO RLP). Daher wird man darin keine Dienstaussübung der Ortsgemeinde erblicken können.

Der Ortsgemeinde obliegt allerdings die Erklärung des gemeindlichen Einvernehmens i.S.v. § 36 BauGB. Die Prüfungskompetenz der Gemeinde entspricht derjenigen der Genehmigungsbehörde und ist somit auf §§ 31, 33, 34 und 35 BauGB begrenzt.³³ Zwar besteht die Möglichkeit, ein rechtswidrig versagtes gemeindliches Einvernehmen zu ersetzen. Weil das Ersetzungsverfahren zeitintensiv ist, könnten beim Bauherrn Verzögerungsschäden eintreten, für welche die Ortsgemeinde ggf. nicht haftbar gemacht werden kann. Folglich läge es im Interesse des Projektentwicklers, dass die Ortsgemeinde möglichst unmittelbar das gemeindliche Einvernehmen erklärt. Bei der Erteilung des Einvernehmens handelt es sich zwar um eine rein verwaltungsinterne Willenserklärung einer Behörde gegenüber einer anderen. Folglich entfalten weder die Erteilung des Einvernehmens noch seine Verweigerung Rechtswirkungen im Außenverhältnis und stellt die Erklärung damit jedenfalls keinen Verwaltungsakt dar.³⁴ Dennoch ist nicht auszuschließen, dass darin eine Dienstaussübung i.S.v. §§ 331 ff. StGB gesehen wird. Denn der Begriff der Dienstaussübung umfasst nicht nur Handlungen mit Außenwirkung, sondern auch vorbereitende oder unterstützende dienstliche Tätigkeiten.³⁵ Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass es sich wegen des grundsätzlichen Anspruchs des Bauherrn um gebundenes Verwaltungshandeln handelt. Denn der Vorteil muss nach dem Gesetzeswortlaut lediglich „für die Dienstaussübung“ gewährt werden, ohne dass es auf ein Ermessen des jeweiligen Amtsträgers ankäme.

Hinsichtlich des Verfahrens ist umstritten, welches kommunale Organ für die Abgabe der Einvernehmenserklärung zuständig ist. Die Rechtsprechung tendiert – soweit ersichtlich – dazu, die Zuständigkeit beim Gemeinderat als Träger der Planungshoheit zu verorten.³⁶ In diesem Fall würden die Gemeinderäte wohl ausschließlich im Rahmen ihres freien Mandats tätig und nicht als Amtsträger, so dass der Anwendungsbereich

der §§ 331 f. StGB ausgeschlossen wäre. In der Folge käme lediglich eine Abgeordnetenbestechung gemäß § 108e StGB in Betracht. Sieht man die Erklärung des gemeindlichen Einvernehmens hingegen als Aufgabe der laufenden Verwaltung an, läge die Organkompetenz beim Ortsbürgermeister. Für die Frage, ob der Bereich der laufenden Verwaltung eröffnet ist, soll die Regelmäßigkeit und Häufigkeit des Vorgangs der Einvernehmenserklärung ausschlaggebend sein.³⁷ Weiterhin hat der Gemeinderat in Rheinland-Pfalz die Möglichkeit, diese Aufgabe durch Regelung in der Hauptsatzung dauerhaft dem Bürgermeister zu übertragen.³⁸ Gibt dieser eine entsprechende Erklärung gegenüber der Genehmigungsbehörde ab, kann dies eine Dienstaussübung darstellen, auf die nicht durch Vorteile i.S.d. §§ 331 f. StGB Einfluss genommen werden darf.

Problematisch sind insbesondere Konstellationen, in denen die Höhe der zu zahlenden Vergütung von der Anzahl der bereits errichteten WKA abhängig gemacht und nach einer festgelegten Formel berechnet wird. Die tatsächliche Zahlung würde dann die Erteilung von Baugenehmigungen – und damit die Erklärung des gemeindlichen Einvernehmens gemäß § 36 BauGB – voraussetzen. Deswegen könnte ein unlauteres Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen versprochenem Vorteil und Dienstaussübung angenommen werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn das Einvernehmen seitens der Ortsgemeinde durch den Ortsbürgermeister zu erklären wäre. Im Ergebnis kommt deshalb der Frage, welches Organ gemeindeintern für die Entscheidung über das Einvernehmen nach § 36 I BauGB zuständig ist, durchaus praktische Bedeutung zu.

3. Solidarpakt-Modelle

Eine Besonderheit besteht in Rheinland-Pfalz, wo den Gemeinden ausdrücklich der Abschluss eines sog. Solidarpakts, also „die freiwillige Teilung wirtschaftlicher Vorteile auf alle Ortsgemeinden einer Verbandsgemeinde“, seitens des Landes empfohlen wird.³⁹ Wegen der speziellen Anforderungen an einen WKA-Standort sind ggf. nur wenige Grundstücke innerhalb eines großen Areals für einen Projektentwickler interessant. Da die fertigen Anlagen jedoch eine besondere Umgebungstelevanz besitzen, v. a. weithin sichtbar sind, kann es im Interesse der Gemeinde liegen, auch die übrigen Grundeigentümer an den wirtschaftlichen Vorteilen zu beteiligen. In einem Solidarpaktvertrag verpflichten sich die Eigentümer der zukünftigen WKA-Standorte, einen prozentualen Anteil ihrer Pachteinnahmen entweder direkt oder über die

29 Vgl. *Schreiber/Rosenau/Combé/Wrackmeyer* (Fn. 7), S. 266.

30 § 203 II BauGB i.V.m. § 67 II 1 GemO RLP.

31 § 203 II BauGB i.V.m. § 61 IV Nr. 1 GO BW.

32 Hinweise zur Beurteilung der Zulässigkeit von Windenergieanlagen, gemeinsames Rundschreiben des Ministeriums der Finanzen, des Ministeriums des Innern und für Sport, des Ministeriums für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau und des Ministeriums für Umwelt und Forsten, v. 30.1.2006 (FM 3275-4531), S. 7.

33 *BVerwGE*, NVwZ 2000, 1048; *OVG Koblenz*, BauR 2006, 1973.

34 *BVerwGE* 28, 145.

35 *Fischer* (Fn. 10), S. Rn. 7.

36 Vgl. *VGH Baden-Württemberg*, ZfBR 2004, 390.

37 *OVG Münster*, DVBl 1970, 551 (552).

38 Vgl. etwa § 32 I 2 GemO RLP i.V.m. § 47 I GemO RLP.

39 Rundschreiben Windenergie (Fn. 2), S. 3.

Verbandsgemeinde nach einem bestimmten Verteilungsschlüssel an die übrigen Ortsgemeinden auszuschütten. Auch ein solcher Solidarpakt wirft strafrechtliche Bedenken auf. Zunächst sind an dem geplanten Solidarpakt in der Regel Amtsträger i.S.d. § 11 I Nr. 2 StGB beteiligt, wobei es auf die Einordnung der für die Kommune handelnden Personen ankommt.

a) Vorteil

Mit der vertraglichen Zusicherung einer freiwilligen Abführung eines Anteils der jährlichen Pachteinahmen lässt sich die Kommune auch hier einen strafrechtlich relevanten Vorteil versprechen. Auf diesen Anteil besteht sicherlich kein Anspruch der beteiligten Ortsgemeinden oder der Verbandsgemeinde. Vielmehr handelt es sich ausschließlich um eine Art Ausgleichszahlung, um die Akzeptanz der Einwohner zu stärken. Ebenso kann bereits der Solidarpaktvertrag selbst als Vorteil angesehen werden, da auch auf diesen kein rechtlicher Anspruch besteht. Sofern die abgegebenen Pachteinahmen in die Haushalte der vertragsbeteiligten Ortsgemeinden fließen sollen, würde es sich aus Sicht der Verbandsgemeinde wiederum um einen Dritt Vorteil handeln.

b) Fordern, sich versprechen lassen oder Annehmen

Die Feststellung der Tathandlung, nämlich des Forderns, des sich versprechen lassens oder des Annehmens eines Vorteils, bereitet kaum Schwierigkeiten. Regelmäßig wird ein schriftlicher Vertrag geschlossen, durch welchen die Kommune das Angebot einer zukünftigen Leistung ausdrücklich annimmt. Damit lässt sie sich den Vorteil im strafrechtlichen Sinne versprechen. Wird die vereinbarte Zahlung später tatsächlich erbracht, liegt überdies auch ein Annehmen durch die Kommune vor.

c) Dienstausbübung

Dienstausbübung bzw. Diensthandlung i.S.d. §§ 331 f. StGB kann insbesondere die Erstellung eines Bauleitplans sein, der bestimmte Gebiete als Vorrang- oder Konzentrationsflächen für WKA ausweist. Erneut kommt auch die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens (§ 36 BauGB) durch betroffene Ortsgemeinden im Rahmen der Erteilung einer Baugenehmigung in Betracht. Zwar entfalten weder die Erteilung des Einvernehmens noch seine Verweigerung Rechtswirkungen im Außenverhältnis. Wie bereits aufgezeigt, umfasst der Begriff der Dienstausbübung i.S.v. § 331 und § 332 StGB aber nicht nur Handlungen mit Außenwirkung, sondern auch vorbereitende oder unterstützende dienstliche Tätigkeiten.

d) Unrechtsvereinbarung

Selbst wenn der Solidarpaktvertrag keine ausdrückliche Unrechtsvereinbarung im Sinne einer inhaltlichen Verknüpfung von Dienstausbübung und Vorteilszuwendung enthält, können Konstellationen problematisch sein, in denen die Ortsgemeinden automatisch höhere Vergütungen erhalten, je mehr WKA realisiert werden. Die Höhe der tatsächlichen Zahlung wäre dann von der Erteilung von Baugenehmigungen – und damit von der Erklärung des gemeindlichen Einvernehmens gemäß § 36 BauGB – abhängig. Deswegen könnte ein unlauteres Ge-

genseitigkeitsverhältnis zwischen versprochenem Vorteil und Diensthandlung angenommen werden.

Besonders problematisch sind Fälle, in denen nicht sämtliche zukünftigen WKA-Standorte im Eigentum der Ortsgemeinden stehen. Dann kann es zu der Situation kommen, dass zusätzlich private Grundstückseigentümer dem Solidarpakt beitreten sollen. Während Kommunen als Trägerinnen der Planungshoheit die Aufgabe zukommt, eine dem Wohl der Allgemeinheit dienende sozialgerechte Bodennutzung zu gewährleisten (§ 1 IV 1 BauGB), mag der private Grundeigentümer rein wirtschaftlich motiviert sein. Wie Fälle aus der Praxis belegen, kann der Private jedoch unter enormen Druck geraten, gleichwohl dem Solidarpaktvertrag beizutreten. Hier liegt der Verdacht besonders nahe, dass er sich im Ergebnis zur „freiwilligen“ Abführung eines prozentualen Anteils seiner Pachteinahmen bereit erklärt, weil er auf zukünftige begünstigende Verwaltungsentscheidungen angewiesen ist. Weder lässt sich eine Verpflichtung zum Vertragsschluss aus der Sozialbindung des Eigentums in Art. 14 II GG ableiten, noch beseitigt der private Grundeigentümer damit tatsächliche Planungs- oder Genehmigungshindernisse. Folglich bestehen in dieser Konstellation erhöhte strafrechtliche Risiken, auch weil die im Verhalten der Kommune enthaltene Nötigungskomponente im Extremfall zu eigenständigen strafrechtlichen Weiterungen führen kann.

IV. Risikominimierung

1. Einhaltung verwaltungsrechtlicher Vorgaben

Bei der Gestaltung jeglicher Verträge mit Privaten hat sich die Gemeinde zunächst innerhalb der Grenzen des Verwaltungsrechts zu halten. Sie hat insbesondere das sog. Koppelungsverbot zu beachten. Als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 III GG) verbietet es einem Hoheitsträger, die Ausübung von Hoheitsgewalt von Gegenleistungen abhängig zu machen. Folglich darf die Gemeinde keinesfalls Maßnahmen der Bauleitplanung, Baugenehmigungen oder die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens von überobligatorischen Zahlungen oder sonstigen Leistungen an sich oder Dritte abhängig machen. Dies sollte zusätzlich in jedes Vertragswerk deklaratorisch aufgenommen werden. Gleichzeitig darf ein Vertrag gemäß § 1 III 2 BauGB keinen Anspruch auf Erlass eines bestimmten Bauleitplans vorsehen. Außerdem darf sich die Kommune durch Vertrag für ihr hoheitliches Handeln keine Leistung versprechen lassen, wenn der Vertragspartner ohnehin einen Anspruch auf die Gegenleistung hätte (§ 11 III 2 BauGB, § 56 II VwVfG).

2. Einhaltung strafrechtlicher Vorgaben

Um das Strafbarkeits- und Strafverfolgungsrisiko so weit wie möglich zu senken, sollten vor den Verhandlungen über Vertragsgestaltungen und deren Unterzeichnung regelmäßig die eigene Stellung als Amtsträger und der (potentielle) dienstliche Bezug geprüft werden. Weder der Wille der Landesregierungen, wonach Gemeinden finanziell partizipieren sollen, noch der „gute

Zweck“ (bspw. die Förderung eines Sportvereins, einer Schule o. ä.)⁴⁰ setzen die Regelungen des StGB außer Kraft. Auch wenn eine Übertragung der Rechtsprechung zur Drittmittelwerbung im Hochschulbereich nahe liegen würde und gesellschaftlich wünschenswert sein mag, so ist eine Sicherheit nicht gegeben. Zum Zwecke der Absicherung und um eine Strafbarkeit i.S.d. §§ 331 ff. StGB möglichst auszuschließen, sind in der kommunalen Praxis mehrere allgemeine Aspekte zu beachten:

a) Transparenz

Es sollte ein größtmögliches Maß an Transparenz angestrebt werden. Dazu gehört die frühzeitige Beteiligung der Anwohner sowie der sonstigen Bürger. Ferner sollten kommunale Volksvertretungen möglichst bei sämtlichen Entscheidungen einbezogen werden, auch wenn einzelne Aspekte möglicherweise dem Bereich der laufenden Verwaltung unterfallen können. Schließlich sollte bei der Entscheidungsfindung besondere Aufmerksamkeit auf die kommunalrechtlichen Ausschließungsgründe gerichtet werden.

b) Keine Verknüpfung mit Diensthandlungen

Unter Berücksichtigung der zuvor dargestellten Anforderungen wird es sich regelmäßig empfehlen, zusätzliche Regelungen in den Vertrag mit aufzunehmen. Dazu gehört die ausdrückliche Klarstellung, dass keinerlei Berührungspunkte mit der Eingriffsverwaltung begründet werden sollen – und bei der Umsetzung tatsächlich auch nicht werden –, insbesondere nicht mit solchen Stellen, die in das weitere Verfahren der Realisierung des Windparks involviert sind.

c) Möglichkeiten der Rechtfertigung bzw. Genehmigung

Gemäß § 331 III StGB ist die Vorteilsannahme für rechtmäßige Diensthandlungen dann nicht strafbar, wenn sie durch die örtlich und sachlich zuständige Behörde genehmigt wird. Bei Beamten ist dies die vorgesetzte Dienstbehörde.⁴¹ Dass Gemeinden als Selbstverwaltungskörperschaften nicht vollständig in den staatlichen Verwaltungsaufbau integriert sind, darf indes nicht zu der Annahme führen, es gäbe schlicht keine zuständige Behörde, der gegenüber eine Zuwendung zur Genehmigung anzuzeigen wäre.⁴² Für den Fall, dass der Vorteil einem Dritten in Gestalt einer Körperschaft des öffentlichen Rechts zufließen soll, ist für die Genehmigung vielmehr diejenige Behörde zuständig, die auch Zuwendungen an den Amtsträger selbst genehmigen dürfte. Handelt es sich um einen Kommunalbeamten ohne Dienstvorgesetzten, tritt an dessen Stelle die Aufsichtsbehörde.⁴³ Dieser gegenüber sollte die geplante Kooperation mit einem Projektentwickler zur Genehmigung offengelegt werden. Eine Genehmigung der zuständigen Behörde entfaltet die Wirkung eines Rechtfertigungsgrundes.⁴⁴ Bereits die Verhandlungen über einen Vertragsschluss und erst recht dessen Abschluss und jegliche Entgegennahme einer Zahlung sollten unter die Bedingung gestellt werden, dass der avisierte Vertrag vorher durch die zuständige Kommunalaufsichtsbehörde genehmigt worden ist. Eine wichtige Einschränkung liefert an dieser Stelle der Wortlaut des § 331 III StGB. Danach ist ein vom Täter geforderter Vorteil ausdrücklich nicht genehmigungsfähig. Folglich

bleiben die strafrechtlichen Risiken beim aktiven Einwerben von Zuwendungen durch Amtsträger weitgehend bestehen.

Eine grundsätzlich denkbare Rechtfertigung über die (knappen) kommunalrechtlichen Regeln zur Annahme von Zuwendungen erscheint ebenso schwierig. Zwar ist es den Gemeinden gestattet, zur Erfüllung ihrer Aufgaben Sponsoring-Leistungen, Spenden, Schenkungen und ähnliche Zuwendungen einzuwerben und anzunehmen.⁴⁵ Etwa das rheinland-pfälzische Kommunalrecht erklärt jedoch die Einwerbung und die Entgegennahme des Angebots einer solchen Zuwendung dann für unzulässig, wenn sie in der Eingriffsverwaltung stattfindet oder ein böser Schein für eine Beeinflussung bei der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben zu erwarten ist (§ 94 III 2 GemO RLP; § 58 III 2 LKO RLP). In anderen deutschen Gemeindeordnungen fehlt es teilweise sogar an einer derartigen ausdrücklichen Einschränkung. Es ist aber keineswegs anzunehmen, dass die Einwerbung und Annahme von Zuwendungen deswegen schrankenlos gestattet ist.⁴⁶ Zudem ist darauf hinzuweisen, dass im Gegensatz z. B. zum Sport- oder Schul sponsoring ein Projektentwickler bzw. ein Betreiber im Vorfeld auf ihn begünstigende Verwaltungsentscheidungen angewiesen ist.

V. Gesamtbetrachtung

Dass Gemeinden an den positiven wirtschaftlichen Entwicklungen der Energiewende partizipieren wollen und sollen, ist nachvollziehbar. Gleichwohl setzt insbesondere das Strafrecht der Kooperation mit privaten Projektentwicklern und Betreibern von WKA Grenzen, die im Einzelfall nur schwer zu definieren sind. Kernproblem praktisch sämtlicher Modelle ist, dass eine Gebietskörperschaft selbst oder in Gestalt eines Dritten Vorteile erhalten soll, ohne dafür eigene Leistungen zu erbringen. Hinzu kommt, dass in den meisten Fällen die Projektentwickler bzw. Betreiber von zukünftigen begünstigenden Verwaltungshandlungen abhängig sein werden, auf welche die Gemeinde regelmäßig zumindest Einfluss besitzt.

Wie sich in der Praxis zeigt, sind auch und gerade die für Kommunen handelnden Amtsträger nicht immun gegen Strafverfolgung. Um die niedrige Schwelle eines Anfangsverdachts i.S.d. § 152 StPO, der Voraussetzung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens ist, gar nicht erst zu überschreiten, bedarf es von Beginn an einer spezialisierten verwaltungs- und vor allem auch strafrechtlichen Begleitung der Projektentwicklung. Hiermit lassen sich typische – überwiegend weder erkannte noch gewollte – Fehler von vornherein vermeiden und persönliche Strafbarkeits- und Strafverfolgungsrisiken minimieren.

40 Korte (Fn. 10), Rn. 79.

41 Fischer (Fn. 10), Rn. 34.

42 So aber Schreiber/Rosenau/Combé/Wrackmeyer (Fn. 7), S. 273.

43 Vgl. § 125 II Nr. 7 LBG RLP; ähnlich Art. 6 V, 135 BayBG; §§ 3 IV 2, 78 NBG.

44 So die h. M., vgl. nur Fischer (Fn. 10), Rn. 32. Zu den bei der Genehmigung zu berücksichtigenden Aspekten vgl. Quambusch, PersV 2008, 56 (57 ff.).

45 § 94 III GemO RLP; § 58 III 2 LKO RLP; § 78 IV GO BW; § 111 VINKomVG; § 44 IV KV M-V.

46 Vgl. zu § 78 IV GO BW Mansdörfer (Fn. 28), S. 407 ff.