Rechtsanwalt Dr. Detlev Geerds, Rostock

Strafbarkeitsrisiken kommunaler Amts- und Mandatsträger im Zusammenhang mit der Errichtung von Windparks

Die gezielte Förderung regenerativer Energien führt seit 20 Jahren zur Errichtung zahlloser Windparks. Zuvor werden häufig städtebauliche oder andere öffentlich-rechtliche Verträge zwischen Investoren und Kommunen abgeschlossen, die Geldzuwendungen an die Kommune regeln, dabei aber gegen das öffentlich-rechtliche Äquivalenzgebot oder das Koppelungsverbot verstoßen. Damit laufen Bürgermeister und andere kommunale Amtsträger, die am Zustandekommen solcher Verträge mitwirken, Gefahr, sich wegen Vorteilsnahme strafbar zu machen, selbst wenn sie uneigennützig nur zum Vorteil der Kommune und transparent unter Einbeziehung der Kommunalvertretung handeln. Der Autor zeigt auf, dass sich durch das KorrBekG 1997 der Charakter der Korruptionsvorschriften von einem Delikt zum Schutz der Lauterkeit des öffentlichen Dienstes bzw. der Sachbezogenheit und Unparteilichkeit öffentlicher Verwaltung zu einem Delikt gegen die Käuflichkeit von Verwaltungshandeln gewandelt hat, und kritisiert dies. Er zeigt weiter auf, dass der neu gefasste § 108e StGB – Mandatsträgerbestechung – trotz Anlehnung an die §§ 331 ff. StGB Möglichkeiten einschränkender Tatbestandsauslegung eröffnet, weshalb an solchen Verträgen mitwirkende kommunale Mandatsträger meist straflos bleiben.

Spätestens seit Ende der 80er Jahre des letzten Jahrhunderts bemüht sich die Politik, die Nutzung fossiler Energieträger und der Atomenergie zu Gunsten erneuerbarer Energien zurückzudrängen. Das Stromeinspeisungsgesetz vom 7.12.1990 als Vorläufer des Erneuerbare-Energien-Gesetzes

vom 29.3.2000 und dessen Nachfolger sind ebenso sichtbarer Ausdruck dieses Bemühens wie der am 30.6.2011 vom Bundestag gefasste Beschluss über den Atomausstieg als Reaktion auf die Katastrophe von Fukushima. Maßgeblich die gezielte Förderung regenerativer Energieerzeugung durch Stromeinspeisungs- und die Erneuerbare-Energien-Gesetze führte zu einem Boom der Windkraftanlagen. Allein im Jahr 2014 wurden nach Angaben des Bundesverbands Windenergie in der Bundesrepublik 1766 neue Windkraftanlagen errichtet; Ende 2015 existierten hierzulande insgesamt 25 980 Windenergieanlagen.¹

Windkraftanlagen mit einer Höhe von über 50 m bedürfen der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung, die aufgrund der Konzentrationswirkung die erforderliche Baugenehmigung umfasst, Windkraftanlagen mit einer Höhe bis 50 m bedürfen i.d.R. zumindest einer Baugenehmigung. In jedem Falle ist demnach gem. § 36 BauGB vor einer Genehmigung der Windkraftanlage das Einvernehmen derjenigen Kommune einzuholen, in der die Anlagen errichtet werden sollen. Auch wenn das Einvernehmen von der Kommune nur aus den in § 36 Abs. 2 BauGB aufgeführten Gründen verweigert werden darf und der Investor bei Versagung des Einvernehmens die erforderliche Genehmigung durch eine verwal-

¹ Vgl. <https://www.wind-energie.de/infocenter/statistiken/deutschland/windenergieanlagen-deutschland>.

tungsrechtliche Verpflichtungsklage erstreiten kann, bemüht sich die Praxis regelmäßig um einvernehmliche Lösungen.

Zwischen den Investoren/Projektentwicklern und den betroffenen Kommunen werden deshalb häufig städtebauliche Verträge i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 4 BauGB abgeschlossen, die finanzielle Leistungen an die Kommune vorsehen.² Da nach § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB, § 56 Abs. 1 S. 2 VwVfG die im Rahmen städtebaulicher Verträge vereinbarten Leistungen dem Äquivalenzgebot unterliegen und angemessen sein müssen, finden sich in der Praxis häufig anstelle von städtebaulichen Verträgen oder in Ergänzung dazu als Gestattungsverträge, Sponsoringverträge, Spendenvereinbarungen oder ähnlich bezeichnete Vereinbarungen, in denen die Kommune ihr Einvernehmen mit der Errichtung den geplanten Windkraftanlagen erteilt, die Nutzung ihrer öffentlichen Straßen, Wege und Plätze für die Errichtung und den Betrieb der geplanten Anlagen gestattet, ein Recht auf Verlegung erforderlicher Kabel auf gemeindeeigenen Flächen oder ein Recht zur Grenzbebauung einräumt; mitunter versprechen Kommunen sogar, den Investor vor ertragsmindernder Bebauung oder auch vor Konkurrenz anderer Windkraftanlagenerrichter zu schützen. Die Investoren/Projektentwickler verpflichten sich im Gegenzug zu erheblichen Zahlungen an die Kommune. Neben Einmalzahlungen bei Inbetriebnahme der Anlagen sind dies häufig auch nach dem Ertrag der Anlagen bemessene laufende Zahlungen. Regelmäßig ist die Dauer der laufenden Vergütung an die (voraussichtliche) Betriebsdauer von regelmäßig 20–25 Jahren, die Höhe der Vergütung ist an die mit den Windkraftanlagen erwirtschafteten Einspeiseentgelte gekoppelt. – Den Funktionsträgern in den Kommunen sind solche Zahlungen nicht nur als Einnahmequelle der Kommune willkommen. Die Zahlungen steigern auch die Akzeptanz für Windkraftanlagen vor der eigenen Haustür bei der örtlichen Bevölkerung.³

Betrachtet man die zwischen Investoren/Projektentwicklern und Kommunen geschlossenen Vereinbarungen unter dem Gesichtspunkt geltenden Korruptionsstrafrechts, ist die zu konstatierende Kommerzialisierung der Energiewende durch die Kommunen nicht nur für Investoren und Projektentwickler von Windkraftanlagen, sondern auch für kommunale Verantwortungsträger mit nennenswerten Strafbarkeitsrisiken verbunden. Wurden durch das KorrBekG 1997 zunächst bei der Amtsträgerkorruption die Anforderungen an die Unrechtsvereinbarung erheblich gelockert und die Gewährung von Dritt Vorteilen in die Strafbarkeit einbezogen, hat der Gesetzgeber zum 1.9.2014 auch der Tatbestand der Mandatsträgerbestechung, § 108e StGB, in Anlehnung an §§ 331 ff. StGB neu gefasst und verschärft. Nachdem die Verabschiedung des KorrBekG annähernd 20 Jahre zurückliegt, muss es wundern, dass bislang nicht in größerem Umfang Aktivitäten der Strafverfolgungsbehörden zu Windkraftanlagen bekannt geworden sind.⁴ Inwieweit vor dem Hintergrund der Neufassung und Erweiterung von § 108e StGB damit zu rechnen ist, dass derartige Vereinbarungen künftig verstärkt das Interesse von Strafverfolgungs- und Finanzbehörden finden werden, soll nachfolgend untersucht werden. In den Blick genommen werden dabei sowohl die §§ 331 ff. als auch § 108e StGB.

I. Strafbarkeit nach §§ 331 ff. StGB

Bevor die wesentlichen Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 331 ff. StGB erörtert werden können, muss auf die Frage eingegangen werden, was durch die Inkriminierung der dort beschriebenen Handlungen überhaupt als Rechtsgut geschützt werden soll.

1. Rechtsgut

Der Gesetzgeber des KorrBekG selbst sieht ausweislich der Gesetzesbegründung die *Lauterkeit des öffentlichen Dienstes* und das *Vertrauen der Öffentlichkeit in die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes* als geschützt an.⁵ Der BGH hatte früher die *Reinheit der Amtsausübung* bzw. die *Makellosigkeit des Amtes nach außen* als geschütztes Rechtsgut angesehen.⁶ Neuere Entscheidungen sehen neben der *Lauterkeit* das *Vertrauen der Allgemeinheit in die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes*, das *Vertrauen in die Sachgerechtigkeit und Nichtkäuflichkeit dienstlichen Handelns* oder das *Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität von Trägern staatlicher Funktionen* und damit zugleich in die *Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen* als geschützt an.⁷ Hingegen schützten §§ 331 ff. StGB nach Auffassung des BGH ausdrücklich nicht den Staatswillen vor Verfälschung.⁸ In der Literatur herrscht weitgehend Einigkeit darüber, dass die §§ 331 ff. StGB ein komplexes Rechtsgut schützen. Die Literatur sieht anknüpfend an *Dölling*⁹ und mit unterschiedlichen Akzentuierungen das *Vertrauen in die Sachbezogenheit und Unparteilichkeit der öffentlichen Verwaltung* und damit in die *Funktionsfähigkeit der staatlichen Verwaltung im Sinne einer nach gleichmäßigen, rationalen Prinzipien funktionierenden bürokratischen Organisation* als geschützt an.¹⁰

Für die praktische Tatbestandsauslegung und -anwendung liefert die in Rechtsprechung und Literatur geführte Diskussion um das Rechtsgut der Korruptionsdelikte kaum Hilfestellung, eben weil ein komplexes und damit nur schwer greifbares Rechtsgut als geschützt angesehen wird.¹¹

2. Voraussetzungen der Strafbarkeit

Die Voraussetzungen für eine Strafbarkeit nach §§ 331 ff. StGB sind im Grundsatz hinlänglich bekannt. Sie setzen auf Empfängerseite zwingend die Beteiligung eines Amtsträgers im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB voraus (a), verlangen ferner, dass ein Vorteil versprochen oder gewährt bzw. gefordert oder angenommen wird (b) und dass das Ganze für die Dienstausübung des Amtsträgers geschieht (c).

a) Amtsträgereigenschaft

Zu den Amtsträgern zählen neben Beamten, also Personen, die nach den einschlägigen beamtenrechtlichen Bestimmungen in ein Beamtenverhältnis berufen worden sind (§ 11

2 Praktische Beispiele bei *Otto*, ZfBR 2006, 320.

3 Instruktiv zu Motivation, Erscheinungsformen und Verbreitung *Otto*, ZfBR 2006, 320, 323; *Quambusch*, PersV 2008, 56.

4 *Krug/Rathgeber*, KommJur. 2014, 49 ff. berichten zwar von 31 Bürgermeistern in Niedersachsen, gegen die ermittelt worden sein soll. Die Ermittlungen sollen allerdings bereits 2004 stattgefunden haben. *Schreiber/Rosenau/Combé/Wrackmeyer*, GA 2005, 265, sprechen ebenfalls von zahlreichen Ermittlungsverfahren im Zusammenhang mit Windkraftanlagen.

5 BT-Drucks. 13/5584, S. 16.

6 BGHSt. 10, 237; 15, 88.

7 BGHSt. 30, 46, 48; 43, 370; 47, 22; 49, 275, 284, 287, 292.

8 BGHSt. 30, 46; 47, 22.

9 *Dölling*, Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozessrechts, um der Gefahr der Korruption wirksam zu begegnen? Gutachten C zum 61. DJT, 1996, S. 48.

10 Vgl. etwa *Fischer*, StGB, 63. Aufl. 2016, § 331 Rn. 2; *Heger*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, 28. Aufl. 2014, § 331 Rn. 1; *Heine/Eisele*, in: *Schönke-Schröder*, StGB, 29. Aufl. 2014, § 331 Rn. 9; *Knauer/Kaspar*, GA 2005, 387 f.; *Korte*, in: *Münch.Komm. StGB*, 2. Aufl. 2014, § 331 Rn. 9; *Kuhlen*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, StGB, 4. Aufl. 2013, § 331 Rn. 12 f.; *Rudolphi/Stein*, in: *SK-StGB*, 129. Lfg. (September 2011), § 331 Rn. 4.

11 Krit. zu komplexen Rechtsgütern auch *Sowada*, in: *LK-StGB*, 12. Aufl. 2009, § 331 Rn. 37.

Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a) StGB), Personen, die in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis stehen (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b) StGB) oder die sonst nach deutschem Recht dazu bestellt sind, bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben öffentlicher Verwaltung wahrzunehmen (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c) StGB). Neben den Amtsträgern erfassen die §§ 331 ff. StGB gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB auch Personen, die für den öffentlichen Dienst besonders und förmlich verpflichtet worden sind (§ 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB).

Bürgermeister, ihre Stellvertreter und häufig auch Beigeordnete sind nach den einschlägigen landesrechtlichen Vorschriften meist kommunale Beamte im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a) StGB.¹² Dies gilt teilweise selbst dann, wenn sie nur ehrenamtlich tätig sind.¹³ Der Bürgermeister, sein Stellvertreter und/oder Beigeordnete, die nach Landesrecht Beamte sind und für die Kommune am Abschluss zivilrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Vereinbarungen mit einem Investor mitwirken, sind damit taugliche Täter einer Vorteilsnahme oder Bestechung.

Keine Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB und damit auch keine tauglichen Täter einer Vorteilsnahme/Bestechlichkeit sind hingegen nach zwischenzeitlich gefestigter Auffassung kommunale Abgeordnete, insbesondere also Mitglieder von Gemeinderäten oder Stadträten, die in den Kommunalparlamenten am Zu-Stande-Kommen von Vereinbarungen über die Ansiedlung von Windkraftanlagen oder den Erlass bzw. die Änderung von Bebauungsplänen mitwirken. Ihnen kommt zwar eine Doppelfunktion insoweit zu, als Kommunen staatsorganisationsrechtlich als Teil der Landesexekutive angesehen werden. Sie sind aber zugleich Teil von nach Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG gewählten Volksvertretungen, die wie staatliche Parlamente auch rechtsetzende Funktion haben, also etwa Bebauungspläne oder Abgabensatzungen beschließen können. Die Rechtsprechung der Instanzgerichte hatte die Mitglieder eines Gemeinderats oder Stadtrats deshalb zunächst als Amtsträger angesehen¹⁴. Der Bundesgerichtshof hat dem 2006 eine Absage erteilt. Mit Urteil vom 9.5.2006 entschied zunächst der 5. Strafsenat¹⁵, dass kommunale Mandatsträger grundsätzlich keine Amtsträger seien, soweit sie nicht ausnahmsweise mit konkreten Verwaltungsaufgaben betraut sind, die über ihre freie Mandatstätigkeit in der Volksvertretung und den dazugehörigen Ausschüssen hinausgehen. Zu solchen über die Wahrnehmung des Mandats hinausgehenden Aufgaben kann etwa die Übernahme von Aufsichtsratsposten in Gesellschaften mit kommunaler Beteiligung gehören. Auch wenn viel dafür spreche, dass kommunale Mandatsträger Aufgaben der öffentlichen Verwaltung im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c) StGB wahrnehmen, fehle es aufgrund ihres freien politischen Mandats an der notwendigen Ein- oder Unterordnung in ein Dienst- oder Auftragsverhältnis zur öffentlichen Hand. Nach Auffassung des 5. Strafsenats bildete § 108e StGB a.F. für kommunale Mandatsträger eine abschließende Sonderregelung, die einer Ahndung nach §§ 331 ff. StGB entgegenstand. – Der 2. Strafsenat hat sich dieser Auffassung wenig später mit Urteil vom 12.7.2006 angeschlossen,¹⁶ die Literatur ist dem ganz überwiegend gefolgt.¹⁷ – Für den Gesetzgeber waren diese beiden Entscheidungen des BGH zusammen mit internationalen Übereinkommen zur Korruptionsbekämpfung¹⁸ Auslöser, im Jahr 2014 § 108e StGB in Anlehnung an §§ 331 ff. StGB neu zu fassen.¹⁹

Für die Frage der Strafbarkeit nach §§ 331 ff. StGB gilt demnach: Bürgermeister, ihre Stellvertreter sowie Beigeordnete, die im Rahmen ihrer Amtstätigkeit für die Kommunen mit Investoren Vereinbarungen im Zusammenhang mit der Er-

richtung von Windkraftanlagen treffen, können sich wegen Vorteilsnahme strafbar machen. Mandatsträger, deren Tätigkeit sich darin erschöpft, als Abgeordnete über den Abschluss städtebaulicher Verträge oder andere vertragliche Vereinbarungen mit Investoren von Windkraftanlagen abzustimmen oder solchen Vereinbarungen zuzustimmen, können nicht nach §§ 331 ff. StGB verfolgt werden, machen sich allerdings möglicherweise wegen Beihilfe zur Vorteilsnahme strafbar, wenn sie durch zustimmende Beschlussfassung in Gremien der Kommune Vorteilsnahmen der Kommune erst ermöglichen oder erleichtern. Ihr Abstimmungsverhalten ist darüber hinaus unter dem Gesichtspunkt des § 108e StGB zu würdigen (dazu unter II.).

b) Vorteilsgewährung

Vorteil ist nach herkömmlicher Definition jede Leistung materieller oder immaterieller Art, die den Empfänger wirtschaftlich, rechtlich oder auch nur persönlich besser stellt und auf die er keinen rechtlich begründeten Anspruch hat.²⁰ Seit Inkrafttreten der Neufassung der §§ 331 ff. StGB durch das KorrrBekG 1997 muss der Amtsträger nicht mehr eigennützig handeln. Der Vorteil muss nicht mehr ihm selbst unmittelbar oder zumindest mittelbar zugutekommen. Es reicht aus, wenn der Vorteil *einem Dritten* zufließt.²¹ Dies kann auch die eigene Kommune des Bürgermeisters oder Beigeordneten sein, für die Zahlungen im Zusammenhang mit der Errichtung und dem Betrieb von Windkraftanlagen ausgehandelt werden.

Verspricht ein Investor oder Projektentwickler der Kommune in städtebaulichen Verträgen oder in anderen Vereinbarungen, die aus Anlass der Errichtung von Windkraftanlagen auf dem Gemeindegebiet abgeschlossen werden, Vergünstigungen oder Geldleistungen, auf die nach den einschlägigen öffentlich-rechtlichen Regelungen kein Anspruch besteht, stellt dies einen Vorteil im Sinne der §§ 331 ff. StGB dar. Entscheidend für die Strafbarkeit ist damit die Vorfrage, welche Geldleistungen in öffentlich-rechtlichen oder zivilrechtlichen Verträgen zwischen Kommune und Investor zulässigerweise vereinbart werden können.

Die im Zusammenhang mit der Errichtung von Windkraftanlagen abgeschlossenen Vereinbarungen sind regelmäßig als öffentlich-rechtliche Verträge einzuordnen, soweit sie das

12 Vgl. etwa § 42 Abs. 2, § 50 Abs. 1 S. 1 GemO BW; § 53 Abs. 1 S. 2 BbgKVerf.; § 80 Nieders.KommVG; § 65 Abs. 4, § 71 Abs. 1 S. 2 GO NRW.

13 Vgl. etwa §§ 39 Abs. 5 S. 1 KV MV; § 50 Abs. 6 GO S-H; die Entscheidung BGH NStZ 2015, 451, 452, betrifft ebenfalls einen ehrenamtlich tätigen Beigeordneten.

14 Vgl. LG Krefeld, NJW 1994, 2036; LG Köln, StV 2003, 507, AG Braunschweig, MDR 1950, 629; AG Celle, MDR 1962, 67 – kritisch schon damals die Literatur Dahs/Müssig NStZ 2006, 191, Deiters NStZ 2003, 458.

15 BGHSt. 51, 44 ff. = wistra 2006, 299 ff.

16 BGH wistra 2006, 419 ff.

17 Vgl. etwa *Feinendegen*, NJW 2006, 1214, 2015; *Eser/Hecker*, in: *Schönke/Schröder*, § 11 Rn. 22; *Heger*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, § 11 Rn. 11; *Heintschel-Heinegg*, in: *BeckOK StGB*, Stand: 1.6.2016, § 11 Rn. 28a; *Radtke*, in: *Münch.Komm. StGB* 2. Auflage 2011, § 11 Rn. 41. – *Szesny/Brockhaus* NStZ 2007, 624, 625, prognostizierten bereits 2007, der BGH habe mit seiner Entscheidung einen Schlussstrich unter eine lange währende Diskussion gezogen.

18 Art. 2–4 Strafrechtsübereinkommen des Europarats über Korruption vom 27.1.1999 und Art. 15 i.V.m. Art. 2 Buchst. a) des Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen Korruption vom 31.10.2003.

19 Krit. dazu *Michalke*, in: *Festschrift für Rainer Hamm*, 2008, S. 459 ff., 464 ff.

20 BGHSt. 47, 295, 304; *Fischer*, StGB, § 331 Rn. 11 ff.

21 *Sowada*, in: *LK-StGB*, 12. Aufl. 2009, § 331 Rn. 76 bedauert die mit der Einbeziehung von Drittverträgen verbundene uferlose Weite der Bestechungsdelikte.

kommunale Planungsrecht berühren oder die Nutzung, Unterhaltung oder Schaffung kommunaler Infrastruktur, insbes. also die Straßenbenutzung betreffen. Sie unterliegen den allgemeinen Vorschriften der §§ 54 ff. VwVfG bzw. der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder. Soweit es sich um städtebauliche Verträge im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 4 BauGB handelt, sind zusätzlich die Grenzen des § 11 Abs. 2 S. 1 und 2 BauGB zu beachten.

Unzulässig ist nach § 56 Abs. 2 VwVfG sowie § 11 Abs. 2 S. 2 BauGB die Vereinbarung von Geldleistungen, soweit auf die Leistung der Kommune ein Anspruch besteht. Rechtswidrig ist deshalb die verbreitet anzutreffende Vereinbarung von Entgelten für die Nutzung öffentlicher kommunaler Straßen, Wege und Plätze bei der Errichtung, Wartung und dem Betrieb von Windkraftanlagen. Nach den landesrechtlichen Straßen- und Wegegesetzen sind kommunale Straßen, Wege und Plätze regelmäßig dem Gemeingebrauch gewidmet. Ihre Nutzung zu Verkehrszwecken ist damit jedermann unentgeltlich gestattet.²² Jedermann hat deshalb auch ohne vertragliche Vereinbarung das Recht, die öffentlichen Straßen, Wege und Plätze im Rahmen des Gemeingebrauchs zu nutzen. Der Gemeingebrauch umfasst auch die Nutzung der Straßen durch Schwertransporte bei der Errichtung oder dem Rückbau von Windkraftanlagen. Die Erhebung eines Entgelts kommt allenfalls dann in Betracht, wenn die Nutzung nicht dem öffentlichen Verkehr gewidmete Flächen der Kommune betrifft oder wenn sie nicht zu Verkehrszwecken erfolgt, sondern als entgeltliche Sondernutzung im Sinne der Landesstraßengesetze zu qualifizieren ist. – Nicht mehr vom Gemeingebrauch gedeckt ist hingegen die Verlegung der erforderlichen Zu- und Ableitungen für die Windkraftanlagen auf der Kommune gehörenden Flächen. Zulässigerweise kann deshalb insoweit ein Gestattungsentgelt vereinbart werden. Vergüten lassen kann sich die Kommune auch eine etwa erforderliche Zustimmung zur Verringerung von Abstandsflächen der Windkraftanlagen zu in ihrem Eigentum stehenden Grundstücken.

Unzulässig ist hingegen das Versprechen von Geldleistungen für die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens mit den zu errichtenden Anlagen (§ 36 BauGB).²³ Unzulässig ist nach § 1 Abs. 3 S. 2 BauGB auch der Verkauf von Planungshoheit, weshalb sich die Kommune nicht gegen Entgelt zu bestimmten bauplanungsrechtlichen Maßnahmen wie dem Erlass oder der Änderung von Bau- und Flächennutzungsplänen verpflichten kann. – Zulässig ist es hingegen nach § 11 Abs. 1 Nr. 1 u. 3 BauGB, wenn dem Investor/Projektentwickler vertraglich die Kosten der Aufstellung von Bauleitplänen oder der öffentlichen Erschließung von Windparks sowie Folgekosten städtebaulicher Maßnahmen auferlegt werden.

Soweit die Vereinbarung eines Entgelts grundsätzlich zulässig ist, muss das Entgelt wegen § 56 Abs. 1 S. 2 VwVfG und § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB der Höhe nach angemessen und objektiv ausgewogen sein. Wird der Grundsatz der Angemessenheit verletzt, ist die Vereinbarung nach § 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG nichtig. Auf das vereinbarte Entgelt besteht dann kein Rechtsanspruch; es stellt einen Vorteil im Sinne der §§ 331 ff. StGB dar.

Um den öffentlich-rechtlichen Fallstricken des § 11 BauGB zu entgehen und städtebauliche Verträge nicht durch die Vereinbarung unzulässiger Entgeltzahlungen nichtig zu machen, schließen die Beteiligten häufig neben „sauberen“ städtebaulichen Verträgen weitere Vereinbarungen wie Sponsoringsverträge oder Spendenverträge, in denen sich der Investor oder der spätere Betreiber zu nennenswerten Zahlungen an

die Kommune verpflichten. Damit können die Beteiligten einer Strafverfolgung nach §§ 331 ff. StGB nicht entgehen. Denn bereits der Abschluss eines Vertrages kann einen Vorteil im Sinne der §§ 331 ff. StGB darstellen, wie in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt ist.²⁴ Werden deshalb im zeitlichen Zusammenhang mit der Errichtung von Windkraftanlagen Sponsoringsverträge oder Spendenvereinbarungen abgeschlossen, liegt der Verdacht nahe, dass diese aus Anlass der Errichtung der Anlagen geschlossen wurden, um das Verhalten der für die Kommune tätigen Amtsträger im Sinne des Zuwendenden zu beeinflussen.²⁵

c) Unrechtsvereinbarung

Das Versprechen, Gewähren, Fordern oder Entgegennehmen von Vorteilen muss für die *Dienstausübung* erfolgen. Der Vorteil muss demnach ein Äquivalent für die *Dienstausübung* sein. Die Übereinkunft zwischen Geber und Empfänger, die auch stillschweigend getroffen werden kann und derzufolge der Vorteil Äquivalent für die *Dienstausübung* sein soll, wird seit drei Grundsatzentscheidungen des BGH²⁶ als Unrechtsvereinbarung bezeichnet. Entbehrlich ist seit Inkrafttreten des KorrbekG der Nachweis, dass der Vorteil für eine konkrete *Diensthandlung* zugewendet wurde, der Bezug zur *Dienstausübung* reicht aus. Der Begriff der *Dienstausübung* umfasst alle Handlungen, die zu den dienstlichen Obliegenheiten des Amtsträgers gehören und in amtlicher Eigenschaft vorgenommen werden. Er umfasst vorbereitende und unterstützende dienstliche Tätigkeiten wie etwa die Beratung oder Abstimmung mit anderen Amtsträgern, vorbereitende Voten und Empfehlungen etc. Werden in städtebaulichen oder anderen öffentlich-rechtlichen Verträgen über die Errichtung von Windkraftanlagen unangemessene oder inkongruente Leistungen des Investors oder Projektträgers vereinbart, liegt die erforderliche Verknüpfung zwischen Vorteil und *Dienstausübung* auf der Hand.

Deshalb wird mitunter versucht, entgeltliche Zuwendungen in gesonderte Sponsoring- und Spendenvereinbarungen oder auch Vereinbarungen über die Errichtung und Förderung einer Stiftung²⁷ zu verlagern. Werden solche Vereinbarungen, auf welche die Kommune keinen Rechtsanspruch hat und bei denen ein sonstiges sachliches Interesse des Zuwendungsgebers nicht erkennbar ist, in zeitlichem Zusammenhang mit der Errichtung von Windkraftanlagen abgeschlossen, liegt der Verdacht nahe, dass damit auf das Handeln der Kommune Einfluss genommen werden sollte und damit eine Unrechtsvereinbarung geschlossen wurde. Die Beweggründe einer Zuwendung und die Frage, ob die Zuwendung nach den Vorstellungen von Geber und Nehmer Äquivalent für ein Verwaltungshandeln sein sollte, lassen sich wie alle Vorgänge im subjektiven Bereich meist nur anhand äußerlicher Indizien beurteilen, aus denen auf innere Vorgänge geschlossen werden kann, wobei einzelne Umstände Anscheinsbeweise liefern können.²⁸

22 Vgl. nur § 14 BbgStrG, § 14 NdsStrG, § 20 StrG SH.

23 BVerwG NJW 1981, 1747, 1748.

24 BGHSt 31, 264, 279 f.; BGH wistra 2003, 303, 304; BGH NSTZ-RR 2007, 309, 310.

25 Vgl. *Reidt*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Aufl. 2016, § 11 Rn. 97. – Instruktiv insoweit der dem Beschluss des LG Stade v. 28.1.2005 zu Grunde liegende Sachverhalt der Gründung einer Stiftung, BeckRS 2005, 02267.

26 BGHSt. 15, 88 ff.; 15, 239 ff. und 15, 352 ff.

27 Vgl. dazu LG Stade BeckRS 2005, 02267.

28 Instruktiv dazu LG Stade BeckRS 2005, 02267 und FG Düsseldorf, DStRE 2000, 630.

3. Zwischenergebnis und Kritik

Handeln Bürgermeister oder andere kommunale Amtsträger städtebauliche Verträge oder andere ergänzende Vereinbarungen aus Anlass der Ansiedlung von Windparks aus, die unangemessene oder sachlich nicht gerechtfertigte Zahlungen an die Kommunen vorsehen, laufen sie Gefahr, sich dem Vorwurf der Vorteilsannahme auszusetzen. Diese Gefahr besteht auch dann, wenn Zahlungen in rechtlich getrennte Sponsoring-, Spenden- oder andere ähnliche Vereinbarungen verlagert werden, sofern sie im Zusammenhang mit der Errichtung von Windkraftanlagen abgeschlossen werden. Es hilft den Bürgermeistern nicht, dass sie uneigennützig handeln und ausschließlich das Wohl der Kommune im Blick haben. Es hilft ihnen auch nicht, wenn sie dabei offen und transparent vorgehen und andere Entscheidungsgremien wie das Kommunalparlament oder den Hauptausschuss einbinden.

Dies zeigt, dass der Gesetzgeber in seinem Bemühen, die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes und das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes zu schützen, mit der Einbeziehung von Dritt Vorteilen und der Lockerung der Unrechtsvereinbarung die Korruptionsvorschriften nicht nur wesentlich ausgeweitet, sondern auch in ihrem Charakter verändert hat. Früher beschränkten sich die Tatbestände auf Fälle, in denen Amtsträger aus Eigennutz auf Verwaltungsabläufe Einfluss nahmen und schützten so den an Recht und Gesetz gebundenen Staatsapparat vor unlauterer Einflussnahme. Jetzt wird bereits die bloße Käuflichkeit von Verwaltungshandeln unter Strafe gestellt, selbst wenn Amtsträger dabei uneigennützig und ausschließlich zum Vorteil ihrer Kommune handeln und zudem noch völlig offen vorgehen, indem sie sogar die Kommunalparlamente in die Entscheidungen einbinden. Die Bildung des Staatswillens wird durch Zuwendungen, die der Investor von Windkraftanlagen an die Kommune leistet, um sie für sein Projekt zu gewinnen, nicht verfälscht. Die berufenen Vertreter der Kommune treffen ihre Verwaltungsentscheidungen unter sorgfältiger Abwägung aller berührten Belange. Sie geben wirtschaftlichen Belangen den Vorrang gegenüber den von den Geräuschemissionen und dem Schattenwurf der Anlagen beeinträchtigten Anwohnern und den Eingriffen in Natur- und Landschaftsschutz. Auch das Vertrauen in die Sachbezogenheit staatlicher Entscheidungen wird durch solche Zuwendungen nicht enttäuscht. Wirtschaftlichen Interessen wird lediglich der Vorrang gegenüber den Interessen der Anwohner und dem Interesse an einer unberührten Natur eingeräumt.

Zwar kann es in einem Rechtsstaat nicht hingenommen werden, dass jenseits gesetzlicher Gebührenvorschriften ein Verwaltungshandeln käuflich wird. Deswegen erklärt § 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG des Bundes und der Länder entsprechende Vereinbarungen für nichtig. Diese Sanktion, die daran anknüpfenden Rechtsfolgen sowie kommunale Aufsichtsrecht und verwaltungsgerichtliche Rechtsschutzmöglichkeiten erscheinen ausreichend, um der Käuflichkeit von Verwaltungshandeln einen Riegel vorzuschieben.

Verständlich sind deshalb auch die vereinzelt Versuche in der Literatur, den Begriff der Angemessenheit in § 11 Abs. 2 BauGB auszuweiten und im Wege einer teleologischen Reduktion der §§ 331 ff. StGB einen Vorteil selbst bei einem sechsstelligen Zuwendungsplus unter Hinweis auf die von Windkraftanlagen ausgehenden nicht unerheblichen Beeinträchtigungen wie Geräusentwicklung und Schattenwurf und die mit ihnen verbundenen Eingriffen in die unberührte Natur und das Landschaftsbild zu verneinen.²⁹ Diesen – im

Hinblick auf Strafwürdigkeit und Bedürftigkeit durchaus erwägenswerten – Überlegungen wurde spätestens mit der mittlerweile in vielen Bundesländern erfolgten Reform des Gemeindehaushaltsrechts eine Absage erteilt. Viele Bundesländer haben seitdem den Übergang von der kameralistischen Haushaltswirtschaft auf die Doppik (doppelte Buchführung in Konten) vollzogen und setzen der Einwerbung von Spenden, Sponsoring und sonstigen Zuwendungen in ihren Gemeindeordnungen enge Grenzen.³⁰

Diese Entwicklung entzieht auch einer einschränkenden Auslegung der Tatbestände durch teleologische Reduktion die Grundlage. Bei der Einwerbung von Drittmittel³¹ bietet die Erfüllung einer hochschulrechtlichen Dienstaufgabe und die Einhaltung des im Drittmittelrecht vorgeschriebenen Verfahrens zumindest bei öffentlichen Hochschulen die Möglichkeit, eine Unrechtsvereinbarung und damit die Strafbarkeit zu verneinen. Bei der Einwerbung oder Annahme von Parteispenden³² kann der Grundsatz der Gleichheit zwischen Wahlbewerbern mit und ohne Amt erhalten, um eine Unrechtsvereinbarung und damit die Strafbarkeit abzulehnen, solange nicht konkrete Entscheidungen in Sicht sind. Bei der schlichten Kommerzialisierung von Verwaltungshandeln sind derartige strafbarkeitsbegrenzende Ansätze nicht ersichtlich. Im Gegenteil sprechen landesrechtliche Bestimmungen, die den Möglichkeiten der Kommunen, Spenden, Sponsoring und sonstige Zuwendungen einzuwerben, enge Grenzen setzen, klar dagegen.

II. Strafbarkeit nach § 108e StGB

Die Strafbarkeit kommunaler Mandatsträger, die durch – mitunter auch nur zustimmende – Beschlussfassung in der Gemeindevertretung oder in Ausschüssen an der Errichtung von Windkraftanlagen mitwirken und über die dafür vom Investor zu erfüllenden Voraussetzungen für die Errichtung eines Windparks befinden, beurteilt sich – abgesehen von einer etwaigen Strafbarkeit nach §§ 331, 27 StGB – nach § 108e StGB. Der Gesetzgeber hatte sich lange davor gescheut, den erst 1994 ins Strafbuch gekommenen Tatbestand der Abgeordnetenbestechung an die internationalen Vorgaben des Strafrechtsübereinkommens des Europarats und der UN-Konvention zur Bekämpfung der Korruption anzupassen.³³ Letztere war bereits 2003 von Deutschland unterzeichnet worden, konnte jedoch – so zumindest die Auffassung des Gesetzgebers³⁴ – wegen des den Anforderungen nicht genügenden § 108e StGB a.F. nicht ratifiziert werden.³⁵ Der seit dem 1.9.2014 neu gefasste Tatbestand, der *ungerechtfertigte Vorteile* für ein Handeln *im Auftrag oder auf Weisung* verlangt, ist sichtbarer Ausdruck des Ringens des Gesetzgebers um eine Neuregelung, die einerseits internationalen Vorgaben genügt, andererseits aber den Unterschieden zwischen den in hierarchische Verwaltungsstrukturen eingebundenen Amtsträgern und den in den Volksvertretungen tätigen freien Mandatsträgern Rechnung trägt und zugleich das

29 Schreiber/Rosenau/Combé/Wrackmeyer, GA 2005, 265, 276 ff.; im Ansatz ähnlich Zander, ZG 2002, 191, 195 ff.

30 Vgl. etwa § 44 Abs. 4 KV M-V, § 111 Abs. 7 Nds. Kommunalverfassungsgesetz.

31 BGHSt. 47, 295 ff., 303 ff. m. Anm. Michalke, NJW 2002, 3381; Korte NSTZ 2003, 157; Rönnau JuS 2003, 232.

32 BGHSt. 49, 275 ff.; BGH wistra 2007, 467 ff. (Kremendahl).

33 Krit. insoweit explizit BGHSt. 51, 44, 59 f. = BGH wistra 2006, 299, 303 f.

34 Krit. zur Notwendigkeit der Reform des § 108e StGB wegen internationaler Vorgaben Michalke, FS Hamm, S. 464 ff.

35 Vgl. zur Gesetzgebungsgeschichte Jäckle, ZRP 2014, 121; Fischer, StGB, § 108e Rn. 1, 5; Willems, CCZ 2015, 29 f.

mit einer Erweiterung von § 108e StGB verbundene Strafbarkeitsrisiko für Mandatsträger – nicht zuletzt auch für sich selbst³⁶ – begrenzen will.³⁷ Die Praxis wird zeigen, ob der Spagat gelungen ist. Sachgerechtigkeit und Praktikabilität der neuen Vorschrift werden sich dabei weniger an lediglich rund 630 Bundestagsabgeordneten oder 2000 Landtagsabgeordneten, als vielmehr an rund 15.000 Abgeordneten in den Kreistagen und ca. 200.000 Mandatsträgern in den Gemeinderäten und Stadträten bewähren müssen.³⁸

1. Rechtsgut

Nach Vorstellung des Gesetzgebers schützt auch § 108e StGB ein komplexes und wenig präzise gefasstes Rechtsgut: die *Integrität parlamentarischer Prozesse, die Unabhängigkeit der Mandatsausübung sowie die Sachbezogenheit parlamentarischer Entscheidungen*.³⁹ Die Literatur bemüht sich um Präzisierung und sieht die *Sachbezogenheit und Legitimität politischer Entscheidungsprozesse*⁴⁰ oder die *Institution der Volksvertretung in ihren inneren und äußeren Funktionsbedingungen*⁴¹ als geschützt an.

2. Strafbarkeitsvoraussetzungen

a) Ungerechtfertigter Vorteil

Der Vorteilsbegriff in § 108e StGB entspricht dem Vorteilsbegriff in §§ 331 ff. StGB⁴². Wie bei §§ 331 ff. StGB erfasst auch § 108e StGB seit der Neufassung Konstellationen, in denen der Vorteil nicht dem Mandatsträger, sondern einem Dritten zufließt. Es reicht deshalb für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals aus, wenn der Vorteil nicht dem Mandatsträger selbst, sondern „seiner“ Kommune zufließt oder zufließen soll. Finanzielle Zuwendungen an die Kommune in Form überhöhter Gestattungsentgelte, Zuwendungen durch Sponsoring- und Spendenvereinbarungen oder die Übernahme gegen das Äquivalenzgebot verstoßender Kosten in städtebaulichen Verträgen sind für die Verantwortungsträger in den Kommunen häufig probates Mittel, um erwarteten Widerstand in der örtlichen Bevölkerung vorzubeugen oder die Akzeptanz zu erhöhen und gleichzeitig der Kommune wirtschaftlich Gutes zu tun.

Strafbar ist nach der Neufassung des § 108e StGB nur die Zuwendung von *ungerechtfertigten* Vorteilen. Ein ungerechtfertigter Vorteil soll nach Abs. 4 *insbesondere* dann nicht vorliegen, wenn die Annahme des Vorteils im Einklang mit den für die Rechtsstellung des Mitglieds maßgeblichen Vorschriften steht. Als konkrete Beispiele für von § 108e StGB nicht erfasste Vorteile benennt Abs. 4 S. 2 die Übertragung eines politischen Mandats oder einer politischen Funktion sowie eine zulässige Parteispende.⁴³

Bei der Kommerzialisierung der Energiewende durch den Abschluss von Vereinbarungen, die gegen das Äquivalenzgebot oder das Koppelungsverbot verstoßen, stellt sich die Frage, ob es sich bei den Zuwendungen allein deshalb um *ungerechtfertigte* Vorteile handelt, weil sie gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften, insbes. des BauGB und/oder des VwVfG verstoßen. Dies erscheint zweifelhaft. Wer als kommunaler Abgeordneter dem Abschluss eines städtebaulichen Vertrages zustimmt, in dem der Investor der Kommune für die Errichtung von Windkraftanlagen gegen das Äquivalenzgebot oder das Koppelungsverbot verstoßende Vorteile verspricht, wirkt zwar am Verkauf von Planungshoheit durch die Kommune mit und verstößt gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften. Seine Entscheidung als Mandatsträger verletzt zwar öffentliches Recht, sie verletzt aber keine die Rechtsstellung des Mandatsträgers regelnden Vorschriften.

Eine Verletzung von die Rechtsstellung des Mandatsträgers regelnden Vorschriften liegt selbst dann nicht vor, wenn seine Beteiligung an Vorteilsnahmen von Amtsträgern der Kommune rechtlich als Beihilfe zur Vorteilsannahme des Bürgermeisters zu qualifizieren ist (§§ 331, 27 StGB). Das in § 27 StGB geregelte Verbot, Beihilfe zu vorsätzlichen Straftaten Dritter zu leisten, richtet sich an jedermann und ist nicht Ausdruck der Rechtsstellung des Mandatsträgers. Gerade weil den Mandatsträgern das besondere die Strafbarkeit begründende persönliche Merkmal der Amtsträgereigenschaft fehlt, ist seine Strafe nach § 28 Abs. 2 StGB zwingend zu mildern. Eine Strafbarkeit von Mandatsträgern nach § 108e StGB scheidet daher auch im Falle einer Mitwirkung an Korruptionshandlungen von Amtsträgern der Kommune aus. Es verbleibt bei einer etwaigen Strafbarkeit wegen Beihilfe.

Der Mandatsträger verwirklicht auch deshalb nicht das strafwürdige Unrecht des § 108e StGB, weil seine Entscheidung sachbezogen ist und er sich in seinem Abstimmungsverhalten nicht dem Willen des Zuwendenden unterordnet. Im Gegenteil trifft er in transparenter Weise eine sachbezogene Entscheidung und generiert damit finanzielle Vorteile für seine Kommune, mag auch der damit für die Kommune verbundene Vorteil öffentlich-rechtlich missbilligt und mit der Nichtigkeitsfolge sanktioniert sein.

b) Unrechtsvereinbarung

Wird eine Strafbarkeit nicht bereits wegen Fehlens eines ungerechtfertigten Vorteils verneint, stellt sich die Frage nach der Unrechtsvereinbarung.

Die Unrechtsvereinbarung in § 108e StGB soll nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers derjenigen bei §§ 332, 334 StGB mit der Einschränkung entsprechen,⁴⁴ dass (nachträgliche) Zuwendungen für bereits erfolgte mandatsbezogene Handlungen nicht tatbestandsmäßig sind⁴⁵. Während bei §§ 331, 333 StGB der Vorteil Äquivalent für die *Dienstausübung* sein muss (sog. gelockerte Unrechtsvereinbarung), ist der Vorteil bei § 108e StGB Äquivalent für eine konkrete *Wahrnehmung des Mandats*. Die *Wahrnehmung des Mandats* erfolgt dabei nicht nur durch ein bestimmtes Stimmverhalten bei Wahlen und Abstimmungen. Sie kann vom Wortlaut her bereits das Formulieren von Anträgen oder Anfragen oder das Werben für eine bestimmte Position in Entscheidungsgremien umfassen⁴⁶ und führt damit zu einer erheblichen Erweiterung der Strafbarkeit gegenüber der früheren Rechts-

36 Kritisch zu Recht Fischer, StGB § 108e Rn. 7, 41.

37 Vgl. Regierungsentwurf BT-Drucks. 18/476, S. 5.

38 Zu den Zahlen vgl. den Sachverständigen Ruge, in der Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz am 17.2.2014, Protokoll-Nr. 18/7, S. 18. Zur praktischen Relevanz für kommunale Mandatsträger bereits v. Arnim, NVwZ 2009, 249, 253.

39 Vgl. BT-Drucks. 18/476 S. 6.

40 Heintschel-Heinegg, in: BeckOK StGB, Stand: 1.12.2016, § 108e Rn. 3 f.; Fischer, StGB, § 108e Rn. 2 f.; Fritz, NJW-Spezial 2014, 184; Willems, CCZ 2015, 31.

41 Sinn/Rudolphi, in: SK-StGB, 148. Lfg. (Dezember 2014), § 108e Rn. 8.

42 Vgl. nur Gesetzentwurf BT-Drucks. 18/476 S. 7; Fischer, StGB, § 108e Rn. 22; Heintschel-Heinegg, in: BeckOK StGB, § 108e Rn. 14. – In der Sache ebenso bereits zu § 108e a.F. (die alte Fassung sprach von Kauf bzw. Verkauf der Stimme des Abgeordneten und klammerte Drittanteile aus) BGH wistra 2008, 218, 219 f.

43 Krit. dazu Fischer, § 108e Rn. 44 f.

44 BT-Drucks. 18/476 S. 7.

45 Krit. zur insoweit unterschiedlichen Behandlung von Amtsträgern und Mandatsträgern mit beachtlichen Argumenten Hoven, NSTZ 2015, 554.

46 So Fischer, StGB, § 108e Rn. 19; Willems, CCZ 2015, 31 f.; Hoven, NSTZ 2015, 554.

lage. Der Nachweis einer Unrechtsvereinbarung i.S.d. § 108e StGB unterliegt den gleichen Anforderungen wie bei §§ 331 ff. StGB; da sich die Unrechtsvereinbarung regelmäßig im Verborgenen abspielt, wird hier wie dort regelmäßig mit Indizien gearbeitet.⁴⁷ Innere Vorbehalte des Mandatsträgers, sich in seinem Abstimmungsverhalten nicht durch eine Zuwendung beeinflussen zu lassen, schließen bei § 108e StGB ebenso wie bei §§ 331 ff. die Unrechtsvereinbarung nicht aus.⁴⁸

Entscheidende Bedeutung kommt deshalb der Kausalitätsbeziehung zwischen Vorteil und Mandatswahrnehmung zu. Äquivalent für die Wahrnehmung des Mandats ist eine Zuwendung nach dem Willen des Gesetzgebers nur dann, wenn eine *enge Kausalbeziehung* zwischen der Zuwendung und der Wahrnehmung des Mandats besteht.⁴⁹ Um dies zum Ausdruck zu bringen, formuliert der Gesetzgeber in Abs. 1 und 2, die Mandatsausübung müsse *im Auftrag oder auf Weisung erfolgen*.⁵⁰ Im Einklang mit der Gesetzesbegründung⁵¹ vertritt der BGH die Auffassung, die Mandatsausübung erfolge dann *im Auftrag oder auf Weisung*, wenn der Abgeordnete durch eine Zuwendung an sich oder einen Dritten dazu bewegt wird oder bewegt werden soll, sich dem Interesse des Zuwendenden unterzuordnen.⁵²

Mit seiner Entscheidung „*Windkraftanlage (nur) gegen Zahlung*“ ordnet sich der Mandatsträger nicht dem Willen des Zuwendenden unter. Er trifft vielmehr im Rahmen seines freien Mandats und unter Abwägung aller berührten Belange (finanzielle Interessen der Kommune einerseits, Eingriffe in Rechtsstellung einzelner Anwohner oder in Natur und Landschaftsschutz andererseits) und im Einklang mit den für seine Rechtsstellung maßgeblichen Vorschriften eine freie Entscheidung. Diese Entscheidung verletzt zwar öffentliches Recht, weil sie Verwaltungshandeln kommerzialisiert. Die Mandatsausübung selbst wird damit jedoch nicht kommerzialisiert. Die Freiheit des Mandats umfasst auch die Freiheit, rechtswidrige oder falsche Entscheidungen zu treffen.

III. Zusammenfassung

Nach der Neufassung der §§ 331 ff. StGB durch das KorrBekG besteht für Bürgermeister, ihre Stellvertreter sowie

Beigeordnete eine erhebliche Gefahr, sich der Strafverfolgung auszusetzen, wenn sie Verwaltungsentscheidungen im Zusammenhang mit Ansiedlungen oder Investitionen von Geldzahlungen oder sonstigen Zuwendungen an die Kommune abhängig machen. Dies gilt selbst dann, wenn sie ihre Verwaltungsentscheidungen uneigennützig und unter sorgfältiger Abwägung aller berührten Belange getroffen und dabei nur wirtschaftlichen Interessen der Kommune Vorrang vor anderen Interessen eingeräumt haben. Strafwürdigkeit und -bedürftigkeit erscheinen zwar problematisch, Anknüpfungspunkte für eine einschränkende Auslegung sind jedoch nicht erkennbar.

Anders stellt sich die Situation für kommunale Mandatsträger dar. § 108e StGB bietet sowohl bei dem Merkmal des *ungerechtfertigten* Vorteils als auch bei der Äquivalenzbeziehung zwischen Vorteil und Mandatsausübung Anknüpfungspunkte, um die Strafbarkeit auf strafwürdige Fälle der Einflussnahme zu beschränken. Der Umstand, dass Straftaten i.S.d. § 108e StGB in die erstinstanzliche Zuständigkeit der Oberlandesgerichte fallen (§ 120b GVG) und damit für Ermittlungsverfahren die Generalstaatsanwaltschaften zuständig sind und das Strafbefehlsverfahren ausscheidet (§ 140 Abs. 1 Nr. 2 GVG), hat möglicherweise bislang verhindert, dass voreilig Ermittlungsverfahren wegen Bestechung oder Bestechlichkeit kommunaler Mandatsträger eingeleitet wurden.

47 BGHSt 51, 44, 62 = wistra 2006, 299, 303 f.

48 Vgl. die Begründung zur Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses BT-Drucks. 18/607, Seite 8 sowie BGH wistra 2015, 351. – Die Gesetzesmaterialien sprechen anschaulich von einer „Kommerzialisierung des Mandats“; vgl. BT-Drucks. 18/476 S. 7.

49 BT-Drucks. 18/476 S. 7.

50 Krit. zu dieser Einschränkung, die sich weder im ER-Strafrechtübereinkommen noch in der UN-Konvention zur Bekämpfung der Korruption findet, *Hoven*, NStZ 2015, 553, 555.

51 BT-Drucks. 18/476 S. 5.

52 BGH wistra 2015, 351, 355 unter Hinweis auf die Gesetzesbegründung zur ab dem 1.9.2014 geltenden Neufassung von § 108e StGB (BT-Drucks. 18/476 S. 8).