

Rechtsanwältin *Antje Böhlmann-Balan*, Leipzig*

Strafrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit der finanziellen Zuwendung an Gemeinden (§ 6 EEG 2021)

Der schwierige Umgang mit der Freiwilligkeit

I. Einleitung

Die Beteiligung der Standortgemeinden und ihrer Bürger an EE-Projekten ist fraglos zur Steigerung der Akzeptanz vor Ort besonders geeignet und damit ein Aspekt, den die Marktakteure seit langem aus eigenem Interesse als besonders wichtig erachten. Bei der Umsetzung von Beteiligungsmodellen ist Kreativität zu beobachten – je nach Art, Größe und Wirtschaftlichkeit des Projekts sowie den Erfahrungen und der Größe des Projektierers einerseits und den Vorstellungen der zu Beteiligten andererseits wurden und werden vielfältige Beteiligungsmodelle entwickelt und erfolgreich gelebt.

Ein Problem ist seit jeher die finanzielle Beteiligung der Standortgemeinden im weitesten Sinne. Dass sowohl Projektierer als auch Gemeinden sich dabei leicht im rechtlichen Graubereich bewegen können, war und ist allgemein bekannt. Nicht zuletzt mit Blick auf die bekannt gewordenen Strafermittlungen und Verurteilungen¹ wurde dies daher üblicherweise vermieden. Nach Wahrnehmung der Verfasserin hat allerdings die Einführung von § 6 EEG 2021 (vormals § 36k EEG 2021) sowohl bei Projektierern als auch bei Gemeinden zu der Auffassung geführt, dass jedenfalls die schriftliche Zuwendungsvereinbarung nach dieser Vorschrift nie strafrechtlich relevant sein könne. Schließlich lautet es in § 6 Abs. 4 Satz 2 und 3 EEG 2021: „Die Vereinbarungen gelten nicht als Vorteil im Sinn der §§ 331 bis 334 des Strafgesetzbuches. Satz 2 ist auch für Angebote zum Abschluss einer solchen Vereinbarung und für die darauf beruhenden Zuwendungen anzuwenden.“ Geflissentlich wird dabei übersehen, dass die Zuwendung eine freiwillige Leistung ohne Gegenleistung ist und dass die Beteiligten nur bei tatsächlicher Berücksichtigung dieser Vorgabe kein Strafrechtsrisiko eingehen.

Aus Sinn und Zweck der Vorschrift sowie der bisherigen Gesetzeshistorie lässt sich klar erkennen, dass der Gesetzgeber den Abschluss von Zuwendungsvereinbarungen als den Regelfall, den „Normalfall“ bei Projekten zur Realisierung von Windenergie- und PV-Freiflächenanlagen installiert wissen will (nicht umsonst ist die Zuwendung so strukturiert, dass der Betreiber sie, wenn und solange er EEG-Förderung in Anspruch nimmt, vom Netzbetreiber erstattet erhält). Trotzdem hat er sich dafür entschieden, sie als freiwillige Leistung zu konstruieren, die im Regelfall aufgrund eines schriftlichen Zuwendungsvertrages gezahlt werden soll. Darin liegt letztendlich die Ursache für die Anwendungsprobleme, mit denen sich der vorliegende Beitrag beschäftigt.

II. Kurze Darstellung der Historie der Zuwendungsregelung im EEG

Die Geschichte der (längst überfälligen) bundeseinheitlichen Regelung einer finanziellen Zuwendung an Gemeinden bei EE-Projekten beginnt mit folgender Vereinbarung im Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD vom 12.3.2018: „Wir werden durch eine bundeseinheitliche Regelung beim weiteren Ausbau der Erneuerbaren Energien die Standortgemeinden stärker an der Wertschöpfung von EE-Anlagen beteiligen [...], ohne dass dies insgesamt zu Kostensteigerungen beim EE-Ausbau führt.“²

In der Diskussion waren damals verschiedene Modelle, z.B. die Einführung einer geldbußbewehrten Sonderabgabe als neuer § 7a EEG³ oder einer an die Teilnahme an der Ausschreibung anknüpfenden Zahlungsverpflichtung als neuer § 36a EEG⁴, alle basierend auf einer verpflichtenden Zahlung.

1. Der Referentenentwurf zu § 36k EEG 2021: „Betreiber müssen“

Der erste Referentenentwurf aus dem Bundeswirtschaftsministerium vom 14.9.2020 zur Änderung des EEG⁵ sah einen neuen § 36k EEG 2021 mit dem Inhalt vor, dass Betreiber von Windenergieanlagen, die einen Zuschlag erhalten haben, der

* Die Verfasserin ist Rechtsanwältin und Gründungsgesellschafterin der prometheus Rechtsanwalts-gesellschaft mbH in Leipzig. Ihr Tätigkeitsschwerpunkt liegt in der Begleitung von EE-Projekten mit dem Schwerpunkt Zivilvertragsrecht.

1 Berichte hierzu finden sich u.a. bei Krug/Rathgeber, *KommJur* 2014, 49; Schreiber/Rosenau/Combé/Wrackmeyer, *GA* 2005, 265.

2 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 12.3.2018, 19. Legislaturperiode, S. 73.

3 Agora Energiewende, *Wie weiter mit dem Ausbau der Windenergie? Zwei Strategievorschläge zur Sicherung der Standortakzeptanz von Onshore Windenergie*, Studie 2018, abrufbar unter www.agora-energiewende.de.

4 Bundesverband WindEnergie e.V., *Stärkere Beteiligung der Standortkommunen und der Bürger: Vorschlag einer gesetzlichen Regelung im EEG 2017 zur Stärkung der regionalen wirtschaftlichen Effekte von WEA (RegWirG)*, Positionspapier vom 16.1.2019.

5 Der Referentenentwurf ist abrufbar auf www.bmwk.de.

Standortgemeinde für die Dauer der Förderung einen schriftlichen Zuwendungsvertrag in Höhe von 0,2 Cent/kWh anbieten müssen – der Betrag sollte sich verringern, wenn Bürgerstromverträge in der Standortgemeinde abgeschlossen werden. Verstöße sollten durch Absenkung des anzulegenden Wertes sanktioniert werden, siehe § 52 Abs. 3a EEG 2021 in der Fassung des Referentenentwurfs.

2. § 36k EEG 2021 / § 6 EEG 2021: „Betreiber dürfen“

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 19.10.2020⁶ übernahm den Vorschlag einer verpflichtenden Zahlung nicht, sondern ersetzte das Wort „müssen“ durch „dürfen“ und statuierte damit die Freiwilligkeit der Leistung. Er stellte zudem klar, dass es sich um eine einseitige Zuwendung ohne Gegenleistung handelt. „Die fehlende Gegenleistung ist Wesensmerkmal des Angebots. Dadurch wird sichergestellt, dass die Gemeinde aufgrund der Zahlung nicht bestimmte Handlungen für den Anlagenbetreiber vornimmt [...]“⁷ Erstmals sah der Entwurf auch vor, dass geleistete Zahlungen, solange die Windenergieanlage EEG-Förderung in Anspruch nimmt, vom Netzbetreiber zu erstatten sind. Aufgrund der Freiwilligkeit der Zahlung war nun selbstredend keine Sanktionierung für den Fall der Nichtunterbreitung des Angebots mehr vorgesehen.

In Kraft trat § 36k EEG 2021 dann allerdings in der nicht unwesentlich erweiterten Fassung der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie (9. Ausschuss) vom 15.12.2020⁸, die Beschlussfassung im Bundestag erfolgte nur zwei Tage später: In Abs. 2 wurde nun ausdrücklich hervorgehoben, dass Zuwendungsvereinbarungen „bereits vor der Genehmigung der Windenergieanlage nach dem BImSchG geschlossen werden“ dürfen, zugleich findet sich dort erstmals die (aus Sicht des Gesetzgebers lediglich klarstellende) Formulierung, dass Zuwendungsvereinbarungen und darauf gerichtete Angebote nicht als Vorteil im Sinne der §§ 331 bis 334 StGB gelten.

In dem zugehörigen Bericht des 9. Ausschusses vom 16.12.2020 werden diese Ergänzungen wie folgt begründet: „Die Änderungen [...] stellen sicher, dass der mit der finanziellen Beteiligung der Gemeinden angestrebte Zweck der Akzeptanzsteigerung wirkungsvoll erreicht werden kann. Daher wird potenziellen Anlagenbetreibern bereits zu einem frühen Stadium die Möglichkeit eröffnet, den [betroffenen] Gemeinden den Abschluss eines Vertrages anzubieten. Dadurch erhalten die Gemeinden bereits frühzeitig und rechtsverbindlich einen vertraglichen Anspruch auf Zahlung der Beträge, sobald die Anlage in Betrieb genommen wird.“⁹ Es war und ist also ausdrücklich gesetzgeberische Absicht, dass Zuwendungsvereinbarungen bereits angeboten und auch geschlossen werden sollen, bevor die ggf. für die Projektgenehmigung oder Projektrealisierung erforderliche gemeindliche Mitwirkung erfolgt ist.

Nachvollziehbar schildert zudem die Fachagentur Windenergie an Land in ihrem Beiblatt zum Muster-Zuwendungsvertrag¹⁰

die Motivation vor Ort wie folgt: „Eine zentrale Herausforderung ist hier der Zeitfaktor: Die Zahlung soll vor Ort wirksam sein und die Akzeptanz in der Bevölkerung erhöhen, bevor sie tatsächlich geleistet wird. Dazu muss sie frühzeitig positiv wahrgenommen werden. Dies ist wiederum eine Frage der Kommunikation. Dabei ist neben dem „Was“ – den zu erwartenden Zahlungen – insbesondere auch das „Wie“ entscheidend: Der Zeitpunkt und die Art und Weise, wie das Zahlungsangebot kommuniziert wird. Um das Angebot und den damit verbundenen Vertrag gutzuheißen, müssen die Menschen vor Ort dem Vertrag vertrauen und ihn positiv bewerten. Da das nicht selbstverständlich ist, sollten die während der Betriebsdauer zu erwartenden Zahlungen möglichst frühzeitig in einer angemessenen Art und Weise verbindlich angeboten und langfristig, in realistischer Höhe, in Aussicht gestellt werden.“

In dem unter Fußnote 9 zitierten Bericht heißt es weiter: „Damit die für die Gemeinde handelnden Amtsträger und die potenziellen Anlagenbetreiber nicht dem Vorwurf der Korruption ausgesetzt sein können, wird in § 36k Abs. 2 EEG 2021 klar gestellt, dass Angebot und Annahme eines solchen Vertrags sowie die zu seiner Erfüllung getätigten Zahlungen und deren Annahme keinen Vorteil im Sinne der §§ 331 bis 334 StGB darstellen und damit die Straftatbestände nicht erfüllt sein können. Dies gilt auch für die Verhandlungen und Gespräche, die auf den Abschluss einer solchen Vereinbarung gerichtet sind.“ Aus Sicht der Verfasserin wird in der Wahrnehmung der Normanwender genau diese gesetzgeberische „Klarstellung der Straflosigkeit“ priorisiert und dem eingangs zitierten Fingerzeig auf die Freiwilligkeit und fehlende Gegenleistung als zwingende Wesensmerkmale der Zuwendung nicht die erforderliche Bedeutung beigemessen.

Durch Gesetz vom 16.7.2021¹¹ wurde der Regelungsgehalt des § 36k EEG 2021 in den § 6 EEG 2021 verschoben. Zugleich wurde die Norm auf PV-Freiflächenanlagen erstreckt; für diese wurde zugleich in Abs. 4 Nr. 2 geregelt, dass Vereinbarungen / Angebote nicht vor dem Satzungsbeschluss des Bebauungsplans für die betreffende Fläche geschlossen bzw. unterbreitet werden dürfen. In dem der Beschlussfassung zugrunde liegenden Bericht des 9. Ausschusses vom 23.6.2021 heißt es hierzu: „Damit soll sichergestellt werden, dass die Entscheidung der Gemeinde über den Bebauungsplan unbeeinflusst von einer möglichen Zahlung des Anlagenbetreibers erfolgt.“¹²

6 BT-Drs. 19/23482, S. 30.

7 BT-Drs. 19/23482, S. 113.

8 BT-Drs. 19/25302, S. 53.

9 BT-Drs. 19/25326, S. 18.

10 Abrufbar unter www.fachagentur-windenergie.de.

11 Gesetz zur Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben und zur Regelung reiner Wasserstoffnetze im Energiewirtschaftsrecht, BGBl. 2021 I, 3026 (3063).

12 BT-Drs. 19/31009, S. 31.

Sowohl für Windenergie- als auch für PV-Freiflächenanlagen wurden zwischenzeitlich durch führende Branchenverbände Muster für Zuwendungsverträge und Verpflichtungserklärungen¹³ entwickelt, die ihrerseits die Standardisierung in der Anwendung und Rechtssicherheit für die Beteiligten fördern sollen.

3. § 6 EEG im EEG 2023: „Betreiber sollen“

Im Diskussionsprozess um das „Osterpaket“ zum Ausbau der erneuerbaren Energien der Bundesregierung bzw. dort im Zusammenhang mit den geplanten weitreichenden Änderungen im EEG bat der Bundesrat, „im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die in § 6 EEG geregelte Zuwendung vor dem Hintergrund des aktuellen Beschlusses des BVerfG vom 23. 3. 2022 (1 BvR 1187/17)¹⁴ zukünftig bundesweit verpflichtend ausgestaltet werden kann.“¹⁵ Die Bundesregierung nahm dies nicht auf. Die Installation einer Zahlungsverpflichtung sei nicht erforderlich, da die Mehrzahl der Anlagenbetreiber die Regelung bereits nutze bzw. künftig nutzen werde und zudem der Anwendungsbereich auf Bestandsanlagen erheblich erweitert werde.¹⁶

Allerdings wurde dann doch „auf den letzten Metern“, in Befolgung der Beschlüsse des Ausschusses für Klimaschutz und Energie (25. Ausschuss) vom 5. 7. 2022, am 7. 7. 2022 im Bundestag § 6 Abs. 1 Satz 1 EEG 2023 in folgender Fassung beschlossen: „Anlagenbetreiber sollen Gemeinden, die von der Errichtung ihrer Anlage betroffen sind [...]“. Die Begründung für den Wechsel vom „können“ zum „sollen“ lautet: „Mit der Änderung in § 6 Abs. 1 EEG 2023 soll zum Ausdruck kommen, dass die Anlagenbetreiber die betroffenen Gemeinden grundsätzlich beteiligen sollen. Damit soll die Akzeptanz der Anlagen in den betroffenen Gemeinden gestärkt werden. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um eine gesetzliche Verpflichtung.“¹⁷

Diese Regelung tritt zum 1. 1. 2023 für Windenergieanlagen und PV-Freiflächenanlagen in Kraft, und zwar sowohl für Neu- als auch für Bestandsanlagen (siehe § 100 Abs. 2 EEG 2023).

III. Strafrechtliche Probleme

1. Amtsdelikte der §§ 331 bis 334 StGB

Im Zusammenhang mit der Zuwendung nach § 6 EEG sind insbesondere die in den §§ 331 bis 334 StGB geregelten Amtsdelikte relevant. Schutzgut der Normen ist nach herrschender Meinung das Vertrauen der Allgemeinheit in die Lauterkeit, Sachgerechtigkeit und „Nicht-Käuflichkeit“ der öffentlichen Verwaltung.¹⁸

Kernvorwurf der *Vorteilsgewährung* ist das Anbieten, Versprechen und Gewähren eines Vorteils an einen Amtsträger für dessen Dienstaussübung; Kernvorwurf der *Vorteilsannahme* das Fordern, sich versprechen lassen und das Annehmen eines Vorteils

durch einen Amtsträger für dessen Dienstaussübung, wobei jeweils eine sog. Unrechtsvereinbarung zwischen Vorteil und Dienstaussübung vorliegen muss. Handelt es sich nicht nur um Dienstaussübung, sondern um eine Diensthandlung, ist der Qualifikationstatbestand der *Bestechung* bzw. *Bestechlichkeit* eröffnet.

Da es sich um abstrakte Gefährdungsdelikte handelt, sie demnach keine tatsächliche Verletzung oder konkrete Gefährdung des Rechtsguts voraussetzen, ist es unerheblich, ob die betreffende Dienstaussübung bzw. Diensthandlung tatsächlich erfolgt, soweit die Tathandlung auf zukünftige Dienstaussübung bzw. Diensthandlungen gerichtet ist.¹⁹

Zu den Tatbestandsmerkmalen²⁰:

a) Amtsträger

„Amtsträger“ sind die in § 11 Abs. 1 Nr. 2 a bis 2 c sowie Nr. 4 StGB benannten Personenkreise (mithin insbesondere Beamte, in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis stehende Personen sowie sonstige Personen, die bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen²¹). Im Zusammenhang mit EE-Projekten stehen insbesondere die Personen im Fokus, denen aufgrund öffentlich-rechtlicher Aufgabenzuweisung Entscheidungsbefugnisse oder bauplanungsrechtliche Befugnisse der Gemeinde übertragen worden sind.²² Bürgermeister, ihre Stellvertreter und in der Regel auch Beigeordnete sind Amtsträger, wenn sie nach Landesrecht²³ kommunale Beamte im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 a StGB sind.

Kommunale Mandatsträger sind nicht *per se* Amtsträger, sondern nur dann, wenn sie mit konkreten Verwaltungsaufgaben betraut sind, die über ihre freie Mandatstätigkeit in der kommunalen Volksvertretung und den zugehörigen Ausschüssen hinaus-

13 Für Windenergieanlagen abrufbar unter www.fachagentur-windenergie.de; für PV-Freiflächenanlagen abrufbar unter: www.solarwirtschaft.de bzw. www.bne-online.de.

14 Die Entscheidung betraf das Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetz Mecklenburg-Vorpommern.

15 BT-Drs. 20/1979, S. 7.

16 BT-Drs. 20/1979, S. 38.

17 BT-Ausschuss für Klimaschutz und Energie, Drs. 20(25)150 vom 5. 7. 2022, S. 305.

18 BGH, Urt. v. 11. 5. 2001 – 3 StR 549/00, NJW 2001, 2560.

19 v. Heintschel-Heinegg, in: BeckOK StGB, Stand: 1. 5. 2022, § 331 StGB, Rdnr. 34.

20 Eine ausführliche Darstellung zu den Tatbestandsmerkmalen der §§ 331 ff. StGB findet sich auch bei Geerds, *wistra* 2017, 381 ff.

21 BGH, Beschl. v. 10. 1. 2019 – 3 StR 635/17, NStZ 2019, 652.

22 Vgl. Krug/Rathgeber, *KommJur* 2014, 48.

23 Vgl. z. B. § 80 NKomVG, § 71 GO NRW.

gehen.²⁴ Ihr Abstimmungsverhalten ist allerdings gegebenenfalls gemäß § 108 e StGB sanktioniert (vgl. unten).

b) Vorteil

„Vorteil“ ist jede Leistung materieller oder immaterieller Art, die den Empfänger wirtschaftlich, rechtlich oder auch nur persönlich besserstellt und auf die er keinen Anspruch hat.²⁵ Un-erheblich ist, ob der Vorteil dem Amtsträger selbst oder einem Dritten (hier: der Gemeinde) zugutekommt.

Da die Gemeinde keinen (gesetzlichen) Anspruch auf die Zuwendung nach § 6 EEG hat, stellt die (vertragliche) Begründung des Anspruchs der Gemeinde auf die Zuwendung nach § 6 EEG durch Angebot bzw. Abschluss des Zuwendungsvertrages einen Vorteil zugunsten der Gemeinde dar.²⁶ In seiner Entscheidung vom 10. 3. 1983 hebt der BGH hervor, dass – wenn man dies anders sehen würde – die Bestechungstatbestände stets durch die Vereinbarung eines Vertragsverhältnisses ausgeschlossen werden könnten.

c) Tathandlung

„Fordern“ ist das einseitige Verlangen eines Vorteils. Es kann ausdrücklich oder konkludent, auch in versteckter oder verschleierte Form, erklärt werden; eine Anregung oder ein Vorschlag ist allerdings noch kein Verlangen. „Sich versprechen lassen“ ist die ausdrückliche, konkludente oder auch nur bedingte Annahme eines Angebots zur Gewährung des Vorteils²⁷, „Annehmen“ die tatsächliche Entgegennahme des Vorteils.²⁸

„Anbieten“ korrespondiert mit dem Fordern, Versprechen mit dem Sich versprechen lassen, „Gewähren“ mit dem Annehmen.²⁹

d) Dienstausbübung bzw. Diensthandlung

Durch das Korruptionsbekämpfungsgesetz³⁰ wurden die §§ 331 ff. StGB maßgeblich geändert, und zwar ausdrücklich mit dem Ziel, alle strafbedürftigen Fälle zu erfassen. Die Begriffe der Dienstausbübung (Vorteilsannahme, Vorteilsgewährung) bzw. Diensthandlung (Bestechlichkeit, Bestechung) sind demzufolge weit zu fassen.

„Dienstausbübung“: Dies sind alle Handlungen, die ein Amtsträger zur Wahrnehmung der ihm übertragenen Aufgaben entfaltet, mithin die allgemeine dienstliche Tätigkeit, soweit sie zu den Obliegenheiten des Betroffenen zu zählen ist und in amtlicher Eigenschaft vorgenommen wird, also nicht seinem privaten Tätigkeitsbereich zuzuordnen ist.³¹ Zur Dienstausbübung gehören alle Entscheidungen, die der Amtsträger im Rahmen seiner Zuständigkeit trifft.³² Mitinbegriffen sind auch unterstützende dienstliche Tätigkeiten wie etwa die Beratung oder Abstimmung mit anderen Amtsträgern, vorbereitende Voten und Empfehlungen etc.³³

„Diensthandlung“: Unter diesem Begriff wird konkretes Tätigwerden erfasst, also ein bestimmtes dienstliches Verhalten³⁴, wobei dieses pflichtwidrig sein muss. Pflichtwidrig ist die Diensthandlung dann, wenn der Amtsträger (bei gebundenen Entscheidungen) die hierfür geltenden Regeln aufgrund seiner durch den Vorteil bedingten Motivation missachtet bzw. (bei Ermessensentscheidungen) er sich bei der Ausübung des Ermessens durch den Vorteil beeinflussen lässt,³⁵ mithin den Vorteil mit in die Waagschale legt.³⁶

Im Zusammenhang mit Windenergie- und PV-Freiflächenanlagen sind hier insbesondere die Aufstellung von Bauleitplänen (sowohl das „Ob“ als auch der Inhalt der Planung), das Verhandeln und der Abschluss städtebaulicher Verträge im Sinne von § 11 BauGB und die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 BauGB relevant. Ebenso betroffen ist die gesamte Bandbreite der rein fiskalischen privatrechtlichen Grundstücksnutzungsverträge bezüglich kommunaler Grundstücke (z. B. zur Errichtung von Windenergie- und PV-Freiflächenanlagen, Übernahme von Abstandsflächen, Verlegung von Kabeln, Nutzung und Errichtung von Wegen, Flächen für Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen), denn es ist irrelevant, ob die Dienstausbübung hoheitlichen oder fiskalischen Charakter hat.³⁷

e) Äquivalenz und Unrechtsvereinbarung

Nach dem Willen des bzw. der Handelnden muss sich der Vorteil als *Äquivalent* für die Dienstausbübung bzw. Diensthandlung darstellen. Die Erklärungen des Amtsträgers und des Dritten müssen dabei nicht stets korrespondieren: Für das Fordern bzw. Anbieten des Vorteils genügt die einseitige Kundgabe, die darauf abzielt, eine korrespondierende Erklärung des anderen Teils herbeizuführen. Beim Sich versprechen lassen bzw. Versprechen sowie Annehmen bzw. Gewähren ist nach herr-

24 BGH, Urt. v. 9. 5. 2006 – 5 StR 453/05, NJW 2006, 2050.

25 BGH, Urt. v. 23. 5. 2002 – 1 StR 372/01, NStZ 2002, 648.

26 Siehe BGH, Urt. v. 10. 3. 1983 – 4 StR 375/82, NJW 1983, 2509.

27 Korte, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl. (2019), § 331 StGB, Rdnr. 75.

28 Lackner/Kühl, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 29. Aufl. (2018), § 331 StGB, Rdnr. 7.

29 Schönke/Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 30. Aufl. (2019), § 333 StGB, Rdnr. 3.

30 BT-Drs. 13/8079.

31 BGH, Urt. v. 10. 3. 1983 – 4 StR 375/82, NJW 1983, 2509.

32 Korte, in: Münchener Kommentar (o. Fußn. 27), § 331 StGB, Rdnr. 122.

33 BGH, Urt. v. 30. 4. 1957 – 1 StR 287/56, BGHSt 10, 237.

34 BGH, Urt. v. 27. 10. 1960 – 2 StR 342/60, NJW 1961, 472.

35 Korte, in: Münchener Kommentar (o. Fußn. 27), § 332 StGB, Rdnr. 20 und 24.

36 BGH Urt. v. 23. 10. 2002 – 1 StR 541/01, NStZ 2003, 158.

37 Schönke/Schröder (o. Fußn. 29), § 331 StGB, Rdnr. 31.

schender Meinung eine „vertragsmäßige“ Willensübereinstimmung beider Teile erforderlich, wobei ein stillschweigendes Einverständnis genügen soll.³⁸

Der Vorteilsgeber muss mit dem Ziel handeln, auf die künftige Dienstaussübung bzw. Diensthandlung des Amtsträgers Einfluss zu nehmen oder seine vergangene Dienstaussübung bzw. Diensthandlung zu honorieren. Die künftige Dienstaussübung bzw. Diensthandlung selbst muss nach der Vorstellung der Beteiligten nicht – noch nicht einmal in groben Umrissen – konkretisiert sein;³⁹ es genügt vielmehr, wenn ein generelles Wohlwollen für künftige Entscheidungen angestrebt wird, auf das dann bei Gelegenheit zurückgegriffen werden kann.⁴⁰

Zudem muss sich die oben genannte Verknüpfung als *Unrechtsvereinbarung* darstellen, d.h. als eine rechtlich nicht zulässige, regelwidrige Verbindung von Vorteil und dienstlicher Tätigkeit, da andernfalls das durch die §§ 331 ff. StGB geschützte Rechtsgut nicht tangiert ist (teleologische Reduktion des Tatbestandes). Unter diesem Gesichtspunkt filtert die Rechtsprechung insbesondere Rechtsgeschäfte zwischen Amtsträgern und Dritten aus den Amtsdelikten heraus, die im Rahmen der laufenden Dienstgeschäfte abgeschlossen werden und bei denen eine Bezahlung für dienstliches Tätigwerden vereinbart wird, für das eine normative verwaltungsrechtliche Grundlage besteht.⁴¹ Dies trifft auf Zuwendungsverträge nach § 6 EEG 2021 ersichtlich nicht zu. Es liegt jedoch auf der Hand, dass der Abschluss eines Zuwendungsvertrages nicht regelwidrig ist, wenn er gemäß § 6 Abs. 1 EEG 2021 erfolgt, d.h. als Vereinbarung einer tatsächlich einseitigen Zuwendung ohne Gegenleistung, so dass dann eine Unrechtsvereinbarung ausscheidet.

Dies bedeutet jedoch im Umkehrschluss: Ist eine Dienstaussübung / Diensthandlung Gegenleistung für die Zuwendung, entfällt für die Beteiligten das Privileg der *per se* rechtlich, nämlich nach § 6 EEG 2021, zulässigen Vereinbarung. Dann wird regelmäßig nach den geltenden Grundsätzen eine Unrechtsvereinbarung vorliegen.

Die Prüfung der Unrechtsvereinbarung ist nach herrschender Meinung letztlich Tatfrage und unterliegt der wertenden Beurteilung des Tatgerichts, die regelmäßig im Wege einer Gesamtschau aller in Betracht kommenden Indizien zu erfolgen hat.⁴² Entscheidend ist die Interessenlage der Beteiligten. Diese lässt sich wie alle Vorgänge im subjektiven Bereich meist nur anhand äußerlicher Anzeichen beurteilen, aus denen auf die inneren Vorgänge geschlossen werden kann, wobei einzelne Umstände Anscheinsbeweise liefern können.⁴³ In die Würdigung fließen als mögliche Indizien neben der Plausibilität einer anderen Zielsetzung namentlich ein: die Stellung des Amtsträgers und die Beziehung des Vorteilsgebers zu dessen dienstlichen Aufgaben (dienstliche Berührungspunkte), die Vorgehensweise bei der Angebotsunterbreitung, dem Versprechen oder dem Gewähren von Vorteilen (Heimlichkeit oder Transparenz) sowie die Art, der Wert und die Zahl solcher Vorteile.⁴⁴ Eigennütziges Handeln des Amtsträgers ist ausdrücklich kein Tatbestandsmerkmal. Eine Unrechtsvereinbarung liegt also vor, wenn sich nach der

Interessenlage der Beteiligten die Dienstaussübung bzw. Diensthandlung als Gegenleistung für die Zuwendung darstellt – auch wenn Geber und Amtsträger in transparenter Weise und mit völlig uneigennütigen Motiven handeln.

Wie ausgeführt, entspricht es dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, dass Zuwendungsangebote und Vereinbarungen nach § 6 EEG 2021 bereits zu einem frühen Zeitpunkt unterbreitet bzw. abgeschlossen werden. Bezüglich Windenergieprojekten werden Planer und Gemeinden also geradezu ermutigt, zu einem Zeitpunkt über die Zuwendung nach § 6 EEG 2021 zu verhandeln und zu kontrahieren, zu dem klar ist, dass noch gemeindliche Handlungen mit dem Rechtscharakter einer Dienstaussübung bzw. Diensthandlung erforderlich sind. Allein aus dem Umstand, dass die Angebotsunterbreitung zu einem frühen Zeitpunkt erfolgt, wird also nicht generell auf eine Unrechtsvereinbarung geschlossen werden dürfen. Aus den oben dargestellten Zusammenhängen ergibt sich jedoch, dass die Parteien jede direkte und indirekte Verknüpfung zwischen Zuwendung einerseits und Dienstaussübung bzw. Diensthandlung andererseits strikt vermeiden müssen, und zwar bereits im ersten Kommunikationsstadium, da die Stufe des Anbietens bzw. Forderns der Zuwendung – wie oben dargelegt – rasch überschritten sein kann.⁴⁵ Von herausragender Bedeutung ist zudem die strikte Wahrung von Transparenz, um über jeden Verdacht einer Verknüpfung zwischen Zuwendung und Amtstätigkeit erhaben zu sein.

Für PV-Freiflächenanlagen gilt wie ausgeführt, dass Verträge und Angebote vor dem Satzungsbeschluss unzulässig sind. Unverbindliche Vorab-Erklärungen, wie etwa das vom BSW Solar e.V. veröffentlichte Muster einer „Informations- und Absichtserklärung“⁴⁶, haben daher bewusst nicht die Rechtsqualität von

38 Vgl. Schönke/Schröder (o. Fußn. 29), § 331 StGB, Rdnr. 36 und § 333 StGB, Rdnr. 3.

39 BGH, Urt. v. 14.10.2008 – 1 StR 260/08, NJW 2008, 3580 [Leitsatz zu 1]; Korte, in: Münchener Kommentar (o. Fußn. 27), § 332 StGB, Rdnr. 7.

40 BGH, Urt. v. 21.6.2007 – 4 StR 69/07, wistra 2007, 422.

41 Instruktiv hierzu: BGH, Urt. v. 26.5.2011 – 3 StR 492/10, wistra 2011, 391 [zur damaligen Praxis der Vereinbarung von Zuwendungen im Rahmen von Schulfotoaktionen].

42 BGH, Urt. v. 14.10.2008 – 1 StR 260/08, NJW 2008, 3580 [Leitsatz zu 2].

43 LG Stade, Beschl. v. 28.1.2005 – 12 Qs 153/04, BeckRS 2005, 2267; FG Düsseldorf, Urt. v. 9.6.1999 – 2 K 7411/96 E, DStRE 2000, 630.

44 BGH, Urt. v. 14.10.2008 – 1 StR 260/08, NJW 2008, 3580 [Leitsatz zu 3].

45 Beim „Anfüttern“ von Amtsträgern ist die Grenze zur strafbaren Vorteilsannahme überschritten, sobald Zuwendungen nicht mehr den Charakter eines höflichen Umgangs zwischen Amtsträger und Privaten haben, sondern für den Amtsträger erkennbar wird, dass der Private von dem Amtsträger irgendwann eine Gegenleistung erwartet; vgl. Korte, in: Münchener Kommentar (o. Fußn. 27), § 331 StGB, Rdnr. 123.

46 Siehe oben Fußn. 13.

Angeboten und sind nicht *per se* vor Satzungsbeschluss verboten. Allerdings ist auch hier wieder die Handhabung im konkreten Fall ausschlaggebend: Wenn diese Vorab-Erklärung durch flankierende Korrespondenz doch – entgegen ihrem Wortlaut – so kommuniziert wird, dass die Gemeinde bereits sicher davon ausgehen darf, dass die Zuwendung gezahlt wird („Anbieten“) und sich die Gemeinde, entgegen dem Wortlaut der Vorab-Erklärung, hierdurch motivieren lässt, den Aufstellungs-/Satzungsbeschluss zu fassen, kann eine Unrechtsvereinbarung vorliegen.

f) Konsequenzen

Projektierer von Windenergie- und PV-Freiflächenanlagen müssen, wie ausgeführt, in ihrer Kommunikation bezüglich der Zuwendung gegenüber Amtsträgern jeglichen Eindruck vermeiden, hierfür eine Gegenleistung im Sinne einer Dienstausübung bzw. Diensthandlung oder nur ein allgemeines Wohlwollen für künftige, das Projekt betreffende Entscheidungen zu fordern oder zu erwarten. Amtsträger wiederum dürfen, um die Planer und sich selbst nicht einem Strafrechtswortwurf auszusetzen, nicht die Zuwendung an die Gemeinde als Gegenleistung für eine Dienstausübung bzw. Diensthandlung fordern bzw. sich versprechen lassen. Wechselseitige mündliche oder gar schriftliche Bekundungen, dass kein Gegenseitigkeitsverhältnis bestehe, sind rechtlich unbedeutend, wenn die Parteien es tatsächlich nachweislich anders meinen bzw. leben. Maßgeblich ist die Wertung der gesamten Indizienlage.

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich zudem, dass insbesondere vermieden werden sollte, im Zusammenhang mit der Entscheidungsfindung der Gemeinde über die Einleitung von Bauleitplanung, der Verhandlung eines städtebaulichen Vertrages oder eines Grundstücksnutzungsvertrages über die Zuwendung nach § 6 EEG 2021 zu verhandeln oder gar Vertragswerke miteinander zu verknüpfen.

Bei städtebaulichen Verträgen nach § 11 BauGB und sonstigen öffentlich-rechtlichen Verträgen ist im Falle der unzulässigen Verknüpfung mit einer Zuwendung zudem das Koppelungsverbot (§ 56 Abs. 1 Satz 2 VwVfG) verletzt. Dies führt zur Teilnichtigkeit bzw. im Zweifel zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages (§ 59 Abs. 2 Nr. 4, Abs. 3 VwVfG), selbst wenn sich die Vertragsbeteiligten der Unzulässigkeit der Verknüpfung nicht bewusst waren.⁴⁷

Soweit die Theorie. Man stelle sich aber nun folgenden Fall vor: Die Gemeinde beabsichtigt die Aufstellung eines Bauungsplanes, um ein vorhandenes Windvorranggebiet zu erweitern und hierdurch ein Repowering zu ermöglichen. Hierfür kommen mehrere Möglichkeiten in Betracht. Flankierend möchte die Gemeinde einen städtebaulichen Vertrag schließen. Die Gemeinde lädt die interessierten Projektierer wie üblich zu einer Vorstellung ihrer Konzepte in den Gemeinderat. Der Bürgermeister befragt diese, wie sie es mit § 6 EEG 2021 halten. Darauf teilt der erste Projektierer mit, dass er aufgrund

strafrechtlicher Bedenken vor Vorliegen aller Projektgenehmigungen einen Zuwendungsvertrag weder anbieten noch verhandeln möchte. Der zweite Projektierer legt ein selbst kreiertes Angebot für einen Zuwendungsvertrag vor, das vorsieht, dass die Zuwendung nur zu zahlen ist, wenn und solange der Netzbetreiber die Zahlungen an ihn zurückerstattet. Der dritte Projektierer übergibt sogleich einen von ihm bereits unterschriebenen Zuwendungsvertrag, der vollumfänglich dem Mustervertrag der Fachagentur Windenergie an Land entspricht. Die beteiligten Amtsträger dürften sich hiervon bei ihrer weiteren Entscheidungsfindung bezüglich der Bauleitplanung nicht beeinflussen lassen. Die Frage ist aber, wie sie sich tatsächlich verhalten werden.

Andere praktische Problemfälle sind die (an Projektierer gerichteten) Forderungskataloge und die (als Leitfäden zur internen Entscheidungsfindung angelegten) Kriterienkataloge, die Gemeinden zunehmend zur Vorbereitung bauleitplanerischer Schritte bei Windenergie- sowie PV-Freiflächenanlagen erstellen und gegenüber interessierten Projektierern kommunizieren. Denn nicht selten erscheint dort als Forderung bzw. Kriterium der Abschluss eines Zuwendungsvertrages nach § 6 EEG 2021.

2. Der Straftatbestand des § 108 e StGB

Die Vorschrift des § 108 e StGB (Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern) schützt das öffentliche Interesse an der Integrität parlamentarischer Prozesse, der Unabhängigkeit der Mandatsausübung sowie der Sachbezogenheit parlamentarischer Entscheidungen.⁴⁸ Die Norm sanktioniert Handlungen und Unterlassungen in Wahrnehmung eines Mandats, die im Auftrag oder auf Weisung eines Dritten erfolgen. Diese Norm wird in § 6 Abs. 4 Satz 2 EEG 2021 nicht genannt; zuweilen wird dies kritisiert oder gefordert, dass sie zur Sicherheit noch mitaufgenommen werde.⁴⁹ Hierbei wird übersehen, dass § 6 Abs. 4 Satz 2 EEG 2021 – wie bereits ausgeführt – die Beteiligten nicht *per se* vor strafrechtlicher Sanktionierung schützen kann, unabhängig davon, welche Strafnormen dort genannt werden. Zu den Tatbestandsmerkmalen von § 108 e StGB:

a) Mandatsträger

„Mandatsträger“ im Sinne von § 108 e StGB sind Mitglieder einer Volksvertretung auf Bundes- und Landesebene, ebenso

⁴⁷ Zu den rechtlichen Grenzen städtebaulicher Verträge vgl. auch Geßner, AnwBl. 1/2014, 39 ff.

⁴⁸ BT-Drs. 18/476, S. 6.

⁴⁹ Vgl. z. B. Stellungnahme des BDEW vom 2.6.2021 anlässlich der öffentlichen Anhörungen des Ausschusses für Wirtschaft und Energie im Deutschen Bundestag zu energiepolitischen Themen am 7.6.2021, S. 11.

jedoch auch Mitglieder einer Volksvertretung einer kommunalen Gebietskörperschaft sowie eines gewählten Gremiums einer für ein Teilgebiet einer kommunalen Gebietskörperschaft gebildeten Verwaltungseinheit. Damit ist hier gezielt der Personenkreis erfasst, dem die in den §§ 331 bis 334 StGB vorausgesetzte Amtsträgereigenschaft bzw. die hiermit gleichgestellte besondere Verpflichtung für den öffentlichen Dienst fehlt.

b) Wahrnehmung des Mandats

Die „Wahrnehmung“ des Mandats erfolgt 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 umfassen.

c) Vorteil

Der Begriff „Vorteil“ in § 108e StGB ist grundsätzlich identisch mit dem der §§ 331 ff. StGB.⁵⁰ Jedoch hebt Abs. 4 hervor, dass es sich um einen ungerechtfertigten Vorteil handeln muss. Ein solcher liegt demnach insbesondere dann nicht vor, wenn die Annahme des Vorteils im Einklang mit den für die Rechtsstellung des Mitglieds maßgeblichen Vorschriften steht. Bei rechtmäßiger Handhabung des § 6 EEG 2021 durch die Beteiligten wird ein Zuwendungsvertrag nach § 6 EEG 2021 daher in keinem Fall ein ungerechtfertigter Vorteil sein. Anderenfalls wäre zu prüfen, ob der Mandatsträger bei Mitwirkung am Abschluss eines Zuwendungsvertrages oder Abstimmung über einen solchen Vertrag Vorschriften verletzt, die explizit für seine Rechtsstellung maßgeblich sind. Bei Betrachtung der in § 108e Abs. 4 StGB aufgeführten Regelbeispiele dürfte dies zu verneinen sein; allerdings muss diese Frage mangels Rechtsprechung als offen betrachtet werden.

d) Unrechtsvereinbarung

Der Wortlaut der Norm fordert eine über die §§ 331 bis 334 StGB hinausgehende Verknüpfung zwischen Vorteil und Mandatswahrnehmung dahingehend, dass der Mandatsträger im Auftrag oder auf Weisung eines Dritten handelt. Unter Berufung auf die Gesetzesbegründung⁵¹ nimmt der BGH an, dass die Mandatsausübung dann im Auftrag oder auf Weisung erfolge, 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

Nach allgemeiner Auffassung ordnet sich ein Mandatsträger allerdings nicht dem Willen des Zuwendenden unter, wenn er – ohne in weiterer Weise beeinflusst worden zu sein – für die Entscheidung „Windkraftanlage (nur) gegen Zahlung“ stimmt, denn die Freiheit des Mandats umfasse auch die Freiheit, rechtswidrige oder falsche Entscheidungen zu treffen.⁵³

Stimmt ein Mandatsträger im Gemeinderat also dafür, dass die Gemeinde – in welcher Art und Weise auch immer – die Projektgenehmigung oder Projektrealisierung nur dann unterstützt, wenn die Zahlung der Zuwendung nach § 6 EEG gesichert ist, handelt es sich hierbei nach den oben genannten Grundsätzen zwar um eine rechtswidrige Entscheidung, da die Gemeinde die Zuwendung weder fordern noch Amtstätigkeit für das Projekt hiervon abhängig machen darf. Eine Unterordnung unter das Interesse des Zuwendenden, die allein zur strafrechtlichen Relevanz des Abstimmungsverhaltens eines Mandatsträgers führt, liegt nach herrschender Meinung in einem solchen Fall aber nicht vor.

IV. Schlussbetrachtung

Wie ausgeführt, handelt es sich bei der Zuwendung nach § 6 EEG 2021 um eine Zahlung an die Gemeinde, die die Kriterien eines Vorteils im Sinne der §§ 331 ff. und § 108e StGB erfüllt.

Der Gesetzgeber möchte zwar erreichen, dass alle Projektierer die Zuwendung anbieten, was er durch den Formulierungsappell „soll“ im EEG 2023 nochmals klar zum Ausdruck bringt. Die Vereinbarung der Zuwendung soll für alle Beteiligten etwas Selbstverständliches sein bzw. werden – weder sollen Planer mit der Zuwendung „winken“, um Amtstätigkeit für das Projekt zu forcieren, noch sollen Amtsträger die Zuwendung als Voraussetzung für dienstliches Tätigwerden fordern. Die Gemeinden sollen sich keine Gedanken darum machen, ob ihnen die Zuwendung tatsächlich im konkreten Fall angeboten wird; sie sollen vielmehr davon ausgehen, dass ihnen die Zuwendung generell angeboten werden wird und daher hiervon unbeeinflusst EE-Projekte ermöglichen. Es ist ausdrücklich zu hoffen, dass dieser Zustand künftig erreicht wird.

Derzeit ist leider zu konstatieren, dass sowohl Planer als auch Gemeinden im Umgang mit den oben behandelten Amtsdelikten zum Teil relativ sorglos umgehen. Wenn § 6 EEG 2021 – entgegen dem Wortlaut und unabhängig von der Frage, von wem die Initiative ausgeht – von den Beteiligten so gelebt wird, dass die Zuwendung sich als Gegenleistung für die Dienstaussübung bzw. Diensthandlung eines Amtsträgers darstellt, liegt eine Unrechtsvereinbarung vor und ist damit strafbares Handeln zu bejahen. Wie rasch man sich im Anwendungsbereich der §§ 331 bis 334 StGB wiederfinden kann, wurde in diesem Beitrag gezeigt. Bereits im eigenen Interesse, aber auch im Sinne der allgemeinen Akzeptanz, sollten alle Beteiligten im Umgang mit § 6 EEG strikt auf Rechtskonformität achten.

50 So die herrschende Meinung, vgl. auch BT-Drs. 18/476, S. 7.

51 BT-Drs. 18/476, S. 5.

52 BGH, Urt. v. 17.3.2015 – 2 StR 281/14, wistra 2015, 351.

53 Vgl. hierzu Geerds, wistra 2017, 381 [387].