

# **Unzulässige Klauseln in städtebaulichen Verträgen und Fragen zu ihrer strafrechtlichen Relevanz**

von

Rechtsanwalt Dr. Christian-W. Otto<sup>1</sup>

Potsdam/Berlin

## **1. Problemstellung**

In Verträgen zwischen Investoren und Gemeinden über die Aufstellung von Bebauungsplänen finden sich neben Klauseln über die Planung auch solche über die Übernahme von Folgelasten oder sonstigen Leistungspflichten der Vertragspartner. Dabei kann es dazu kommen, daß die Investoren Zusagen treffen, um die Unterstützung der Gemeinde für das von ihnen projektierte Vorhaben zu erlangen. In Verträgen mit den Gemeinden finden sich z. B. folgende Formulierungen:

### **Beispiel 1)**

*„Für die geringeren Gewerbesteuersätze der ersten Betriebsjahre der Anlagen zahlt der Vorhabenträger an die Gemeinde jährlich pauschal 3.000,00 Euro pro installierter 1000 KW Leistung. Dieser Betrag verringert sich um die jährlich gezahlte Gewerbesteuer.“*

### **Beispiel 2)**

*„Der Vorhabenträger ist verpflichtet, Beiträge zur Mitfinanzierung der durch das Vorhaben veranlaßten Folgekosten zu zahlen (Maßnahmen zum Wegebau, Maßnahmen zur Verbesserung der Infrastruktur). Er entrichtet dafür einen Gesamtbetrag der Folgekosten in gleichen Teilen. Je errichtete Windkraftanlage zahlt er deshalb einen einmaligen Werterhaltungsbeitrag in Höhe von 25.000,00 Euro. Voraussetzung dafür ist, daß die Bauhöhe der Windkraftanlagen der fixierten Leistung entspricht und durch die Gemeinde nicht einseitig eingeschränkt wird. Ausgenommen sind davon Wegemaßnahmen für die Erschließung der geplanten Vorhabenstandsorte.“*

---

<sup>1</sup> Der Autor ist Sozius der Kanzlei Thur Fülling Otto & Coll., Meinekestraße 26, 10719 Berlin; dieser Aufsatz ist erschienen in ZfBR 2006, 320 ff.

**Beispiel 3)**

*„Der Vorhabenträger verpflichtet sich, sich an der Werterhaltung des Straßen- und Wegenetzes in der Gemeinde mit einem jährlichen pauschalen Werterhaltungsbeitrag zu beteiligen. Dieser Beitrag wird immer dann fällig, wenn aus den Windkraftanlagen im jeweiligen Jahr keine Gewerbesteuer an die Gemeinde gezahlt wird.“*

Die Beispiele entstammen städtebaulichen Verträgen, die Gemeinden mit Investoren im Zusammenhang mit der Aufstellung von Bebauungsplänen (Sondergebiet Windkraftnutzung) geschlossen haben. Vergleichbare Vereinbarungen und Zusagen lassen sich bei den unterschiedlichsten Projekten finden, wenn sie von nur geringer Akzeptanz in der Bevölkerung sind oder ein größeres Konfliktpotential aufweisen. Bemerkenswert ist bei solchen Absprachen, daß sie von städtebaurechtlicher und strafrechtlicher Relevanz sein können. Angesichts der Häufung derartiger Vorgänge liegt es nahe, die Mängel und strafrechtlichen Risiken derartiger Absprachen und Zusagen deutlich zu machen.

**2. Wirksamkeitsvoraussetzungen städtebaulicher Verträge**

Die o. g. Formulierungen entstammen aus öffentlich-rechtlichen Verträgen im Sinne der §§ 54, 56 VwVfG. Sie beziehen sich maßgeblich auf Rechtsverhältnisse, die dem öffentlichen Recht, hier: dem Bauplanungsrecht, unterfallen.<sup>2</sup> Zu diesen gehören auch die sog. hinkenden Austauschverträge, in denen nur die Pflichten des Privaten vereinbart sind. Derartige Pflichten können z. B. sein: die Durchführung von Verfahrensschritten gem. § 4b BauGB, die Erstattung von Verfahrenskosten, die Realisierung der festgesetzten Vorhaben einschließlich der Erschließungsanlagen und der Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen.<sup>3</sup> Soweit solche Verträge städtebauliche Planungen und Maßnahmen zum Gegenstand haben, sind sie als städtebauliche Verträge im Sinne von § 11 Abs. 1 BauGB sowie von § 124 BauGB zu beurteilen.

**a) Inhaltliche Vorgaben für öffentlich-rechtliche Verträge**

<sup>2</sup> Vgl. BVerwGE 74, 368; 92, 56; 96, 326; 111, 162; OVG Münster, NVwZ 2004, 776; dazu Paetow, Städtebauliche Verträge in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, in: Spannowsky/Krämer (Hrsg.), Realisierung städtebaulicher Planungen und Projekte durch Verträge, 2003, S. 139 ff.; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 54 Rn. 28 ff.

<sup>3</sup> Vgl. BVerwGE 96, 326, 330; 111, 162, 167; BVerwG, ZfBR 2006, 243 ff.; VGH Mannheim, NVwZ 1990, 583 f. und BauR 2005, 1595 ff.; VGH München, NVwZ 1990, 979 ff.; OVG Koblenz, DVBl 1992, 785 f.; Grziwotz, BauR 2004, 812, 814 m.w.N.; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 8. A., § 56 Rn. 4.

Die Wirksamkeit städtebaulicher Verträge, die die Erschließung und/oder Durchführung von Verfahrensschritten des Bauleitplanverfahrens zum Gegenstand haben, hängt neben formalen Voraussetzungen (vgl. § 57 VwVfG<sup>4</sup> und §§ 11 Abs. 3, 124 Abs. 4 BauGB) von deren Inhalt ab. Besondere Bedeutung erlangen dabei die gesetzlichen Vorgaben, daß die vereinbarten Leistungen *zweckgebunden, angemessen und in einem sachlichen Zusammenhang* stehen müssen. Der Gesetzgeber hat diese Anforderungen ausdrücklich in § 56 Abs. 1 VwVfG für jeden öffentlich-rechtlichen Vertrag und in §§ 11 Abs. 2, 124 Abs. 3 BauGB für den städtebaulichen Vertrag bzw. für den Erschließungsvertrag normiert. Dadurch hat er die Gestaltungsfreiheit bei der Vereinbarung von Leistung und Gegenleistung beschränkt. So soll sichergestellt werden, daß der Vertragspartner der Behörde nicht einem Machtmißbrauch der Behörde ausgesetzt wird und es auch nicht zu einem unzulässigen Verkauf von Hoheitsrechten kommt.<sup>5</sup> Da sich die inhaltlichen Anforderungen kaum abstrakt-generell umschreiben lassen, ist deren Einhaltung vor allem aus einer Gesamtschau von Inhalt und Begleitumständen der Verträge zu ermitteln. Diese sind im Lichte der gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen zu betrachten.

### **b) Zweckbindung**

In öffentlich-rechtlichen Verträgen vereinbarte Leistungen dürfen für den Empfänger nicht zweckfrei oder deren Verwendung in sein Belieben gestellt sein.<sup>6</sup> Sie müssen gem. § 56 Abs. 1 VwVfG *für einen bestimmten Zweck* bestimmt sein.<sup>7</sup> Jedenfalls aber muß der Zweck im Wege der Auslegung der Vertragsurkunde<sup>8</sup> bestimmbar sein.<sup>9</sup> Dadurch wird prüfbar, ob die Leistungen angemessen und in sachlichem Zusammenhang mit den Verpflichtungen des Vertragspartners stehen.<sup>10</sup>

---

<sup>4</sup> Vgl. zur Wahrung des Schriftformerfordernisses durch Briefwechsel, BVerwG, NVwZ 2005, 1083 f.; allg. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 8. A., § 57 Rn. 7 ff. m.w.N.

<sup>5</sup> Vgl. Scharmer, NVwZ 1995, 219 ff.; Spannowsky, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, 1994, 94; Grziwotz, BauR 2005, 812, 813 f.; s. a. Schreiber/Rosenau/Combé/Wrackmeyer, GA 2005, 265, 276 ff., die den Aspekt „Ausverkauf von Hoheitsrechten“ übersehen.

<sup>6</sup> Vgl. BVerwGE 84, 236, 242 f.; Martin, BayVBl 2001, 332, 336.

<sup>7</sup> Vgl. BVerwGE 84, 236; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 56 Rn. 9.

<sup>8</sup> Vgl. BVerwGE 42, 331, 342 f.; BVerwG, BRS 43, Nr. 12; die Vertragsurkunde ist wegen des Schriftformerfordernisses maßgeblich, vgl. BGH, NJW 1989, 1484; BVerwGE 111, 162.

<sup>9</sup> Vgl. VGH Mannheim, BauR 2005, 1595, 1597.

<sup>10</sup> Vgl. BVerwGE 42, 331, 343 f.; BVerwG, ZfBR 2001, 927; Ehlers, JZ 1990, 595; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 56 Rn. 9.

Dient die Zahlung einem Aufwendungsersatz, muß in dem Vertrag angegeben werden, welche Maßnahmen bzw. welche Anteile an Maßnahmen finanziert werden.<sup>11</sup> Unzulässig ist folglich die Vereinbarung über eine Gegenleistung, wenn diese nicht einem bestimmten Zweck dienen soll oder der Zweck nur unzureichend bestimmt ist. Letzteres ist insbesondere der Fall, wenn die Beschreibung des Zwecks sich in der Benennung allgemeiner Umschreibungen erschöpft wie: Folgelasten, Verbesserung der Infrastruktur, Nachteilsausgleich, Werterhalt oder freiwilliger Betrag.<sup>12</sup> Mit den Anforderungen an die Zweckbestimmung der Gegenleistung sind deshalb die Vertragsklauseln in den Textbeispielen 2) und 3) nicht vereinbar.

An diesen Anforderungen gemessen sind auch Vereinbarungen über Zahlungen, die mit der Gewerbesteuer verrechnet werden sollen, unzulässig. Die Beliebigkeit des Verwendungszwecks belegt die vereinbarte Verrechnung mit der anfallenden Gewerbesteuer. Die Zahlung soll wie eine Steuer dem allgemeinen Finanzhaushalt der Gemeinde zufließen. Steuern jeder Art sind ihrer Natur nach zweckfrei.<sup>13</sup> Indem Steuern nicht eine Gegenleistung für eine besondere Leistung darstellen, unterscheiden sie sich von Gebühren und Beiträgen. Diese setzen voraus, daß eine bestimmte Leistung der öffentlichen Hand erbracht wurde bzw. in Anspruch genommen werden kann.<sup>14</sup> Grundsätzlich sind daher Vereinbarungen über Zahlungen, die mit der Gewerbesteuer verrechnet werden dürfen, mangels konkreter Zweckbestimmung mit § 56 Abs. 1 VwVfG unvereinbar und deshalb unwirksam.

### c) Sachzusammenhang und Koppelungsverbot

Nach § 56 Abs. 1 Satz 2 VwVfG muß die Vereinbarung einer Gegenleistung in einem inneren und sachlichen Zusammenhang mit der Leistung der öffentlichen Hand stehen. Das Verbot in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag miteinander zu verknüpft, was nicht ohnedies in einem inneren Zusammenhang steht, wird als Koppelungsverbot bezeichnet.<sup>15</sup> Das

<sup>11</sup> Vgl. BVerwGE 42, 343, 344 f.; OVG Koblenz, U. v. 5. 2. 2003 – 8 A 10775/02.

<sup>12</sup> Vgl. BVerwG, NVwZ 2002, 473.

<sup>13</sup> Vgl. § 3 AO: *Steuern sind Geldleistungen, die nicht eine Gegenleistung für eine besondere Leistung darstellen und von einem öffentlich-rechtlichen Gemeinwesen zur Erzielung von Einnahmen allen auferlegt werden, bei denen der Tatbestand zutrifft, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft; die Erzielung von Einnahmen kann Nebenzweck sein.*

<sup>14</sup> Vgl. die Regelungen über Gebühren und Beiträge in den Kommunalabgabengesetzen der Länder, z. B. §§ 6 und 8 BbgKAG; OVG Koblenz, NVwZ 2005, 503 ff.; Driehaus, Kommunalabgabenrecht, 7. Aufl., 2004, § 6 Rn. 26 ff.; vgl. zur Billigkeit der Tarife von privaten Unternehmen der Daseinsvorsorge BGH, U. v. 5. 7. 2005 – X ZR 99/04 -, GE 2005, 1058 ff.

<sup>15</sup> Vgl. BVerwGE 42, 331, 338 f.; 67, 177, 182; 111, 162, 173 f.; BVerwG, NVwZ 2002, 473 ff.; OVG Koblenz, BauR 2003, 1373; OVG Münster, BauR 2001, 1054 ff.; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 8. A. § 56 Rdn. 12 ff.

Koppelungsverbot erfaßt auch die sog. hinkenden Austauschverträge.<sup>16</sup> Es soll die unberechtigte Bereicherung der öffentlichen Hand verhindern.<sup>17</sup>

Von einem inneren Zusammenhang von Leistung und Gegenleistung ist in der Regel auszugehen, wenn durch einen städtebaulichen Vertrag miteinander verknüpft wird, was ohnedies schon in einem inneren Zusammenhang steht.<sup>18</sup> Die Anforderungen an den Sachzusammenhang gebieten, daß hoheitliche Entscheidungen ohne entsprechende gesetzliche Ermächtigung nicht von wirtschaftlichen Gegenleistungen abhängig gemacht werden dürfen, wenn diese Gegenleistungen nicht ein der Entscheidung entgegenstehendes rechtliches Hindernis beseitigen.<sup>19</sup> Dadurch soll ein Verkauf von Hoheitsakten unterbunden werden.<sup>20</sup>

Das Erfordernis, daß ein Sachzusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung bestehen muß, kommt in den spezialgesetzlichen Anforderungen an Folgekostenverträge gem. § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BauGB zum Ausdruck.<sup>21</sup> Der Gesetzgeber verlangt danach, daß die Übernahme nur solcher Kosten oder Aufwendungen vereinbart werden darf, die der Gemeinde für städtebauliche Maßnahmen entstehen oder entstanden sind und die Voraussetzung oder Folge des geplanten Vorhabens sind. Zahlungen von Privaten an die Gemeinde sind also nur zulässig, wenn es sich dabei um Beiträge für unmittelbar verursachte Folgekosten handelt, durch die die Verwaltung entlastet wird.<sup>22</sup> So darf vereinbart werden, daß Aufwendungen für die Planung,<sup>23</sup> für Infrastruktureinrichtungen und Folgemaßnahmen,<sup>24</sup> wenn und soweit diese durch das geplante Vorhaben tatsächlich bedingt sind,<sup>25</sup> ersetzt werden. Dazu können auch die Kosten für den Personal- und Sachaufwand der Gemeinde gehören, die der Gemeinde auch unabhängig von dem Planungsverfahren „sowieso“

---

<sup>16</sup> Vgl. BVerwGE 111, 162, 168 ff.; s. a. Grziwotz, BauR 2005, 812, 814 f.

<sup>17</sup> Vgl. Grziwotz, BauR 2005, 812, 814 m.w.N.

<sup>18</sup> Vgl. BVerwGE 42, 33, 338 f.; BVerwG, BRS 35, 126; BRS 56, 241; BVerwGE 67, 177, 182.

<sup>19</sup> Vgl. grundlegend BVerwGE 42, 331, 338 ff.; 111, 162, 169; BVerwG, BauR 2005, 1600 f. = ZfBR 2005, 682 f.

<sup>20</sup> BVerwG, ZfBR 1994, 140 ff.

<sup>21</sup> Vgl. dazu BVerwG, ZfBR 2006, 243 ff = NvwZ 2006, 336 ff.

<sup>22</sup> Vgl. BVerwG, BauR 2005, 1600 f. = ZfBR 2005, 682 f.; VGH Mannheim, BauR 2005, 1595 ff.; Grziwotz, BauR 2005, 812, 815.

<sup>23</sup> Vgl. BVerwGE 117, 25 ff.; BVerwG, ZfBR 2006, 243 ff = NvwZ 2006, 336 ff.; Bunzel/Coulmas/Schmidt-Eichstädt, Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl. S. 139 f.; 151 f.

<sup>24</sup> Grundlegend, BVerwGE 42, 331 ff.; vgl. die Aufzählung bei Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, Stand März 2003, § 11 Rn. 45.

<sup>25</sup> Sog. Folgekostenverträge, vgl. BVerwG, BauR 2005, 1600 f.; BVerwGE 42, 331, 343; BVerwGE 90, 310.

entstanden wären,<sup>26</sup> wenn dieser Aufwand auch bei einem Dritten, etwa einem mit der Durchführung einzelner Verfahrensschritte beauftragten Planungsbüro, entstehen könnte.<sup>27</sup> Es braucht dabei nicht allein auf einzelne Festsetzungen oder die Bebauung einzelner Grundstücke Bezug genommen zu werden. Folgemaßnahmen sind durch die Planung auch dann verursacht, wenn sie aufgrund der zulässigen Bebauung des gesamten Plangebiets erforderlich werden.<sup>28</sup> Deshalb ist der Abschluß von Folgekostenverträgen nicht nur mit einem Vorhabenträger, sondern auch mit mehreren bauwilligen<sup>29</sup> Grundstückseigentümern im Bebauungsplangebiet zulässig,<sup>30</sup> wenn nur ein kausaler Zusammenhang zwischen dem geplanten Vorhaben, der konkreten städtebaulichen Maßnahme und den vereinbarten Zahlungen gegeben ist. Die Zuwendungen müssen in einem funktionalen Zusammenhang mit den Festsetzungen des Bebauungsplans und den städtebaulichen Maßnahmen stehen<sup>31</sup> Wenn die Folgekosten von mehreren Grundstückseigentümern getragen werden sollen, muß der auf das Bauvorhaben entfallende Anteil des Einzelnen an einzelnen Maßnahmen konkret ermittelt werden.<sup>32</sup>

Unzulässig und mit dem Koppelungsverbot unvereinbar ist es deshalb, wenn die vom Privaten zu erbringende Leistung einem anderen öffentlichen Interesse zu dienen bestimmt ist als die von der Behörde zu erbringende oder von ihr in Aussicht gestellte Leistung: So fehlt ein sachlicher Zusammenhang zwischen einem Baudispens und der Entrichtung der Einkommensteuer.<sup>33</sup> Gleichfalls ohne sachlichen Zusammenhang mit einer öffentlichen Leistung steht etwa eine Zahlung des Privaten zugunsten einer beliebigen öffentlichen Aufgabe der Behörde.<sup>34</sup> Der Gemeinde darf nicht ein Ersatz für Aufwendungen gewährt werden, die durch das Vorhaben, welches Zweck des Vertrags ist, nicht verursacht wurden. Die notwendige Kausalität fehlt, wenn Aufwendungen weder Voraussetzung noch Folgelast des städtebaulichen Vorhabens sind. Mit dem Koppelungsverbot ist deshalb mangels

<sup>26</sup> Vgl. BVerwG, ZfBR 2006, 243 ff = NvwZ 2006, 336 ff.; OVG Hamburg, DÖV 1987, 257; Stich, in: Berliner Kommentar zum BauGB, 3. Aufl. § 11 Rn. 37.; dies gilt nicht für Erschließungskosten gem. § 128 BauGB, vgl. BVerwGE 31, 90.

<sup>27</sup> Vgl. BVerwGE 89, 7 ff.; BVerwG, ZfBR 2006, 243 ff = NvwZ 2006, 336 ff.

<sup>28</sup> Vgl. BVerwG, BauR 2005, 1600 f. = ZfBR 2005, 682 f.; VGH Mannheim, BauR 2005, 1595, 1598.

<sup>29</sup> Zu diesem Erfordernis bei der Angebotsplanung, vgl. VGH Mannheim, BauR 2005, 1595, 1599; Quaas, in: Schrödter, BauGB, 1998, § 11 Rn. 28.

<sup>30</sup> Vgl. VGH Mannheim, BauR 2005, 1595, 1599; BVerwG, BauR 2005, 1600 f. = ZfBR 2005, 682 f.; Reidt, in: Gelzer/Bracher/Reidt, Bauplanungsrecht, 2004, Rn. 1001.

<sup>31</sup> Vgl. Burmeister, Praxishandbuch Städtebauliche Verträge, 2000, Rn. 253.

<sup>32</sup> Vgl. BVerwG, BauR 2000, 1699; BVerwG, BayVBl 1993, 56/57; VGH Mannheim, BauR 2005, 1595, 1599; OVG Saarlouis, NVwZ 1995, 222, 224; OLG Hamm, U. v. 12. 12. 2002 – 22 U 81/02; Birk, Die Städtebaulichen Verträge nach dem BauGB 1998, 1999, Rn. 390.

<sup>33</sup> Vgl. BVerwG, DÖV 1979, 756.

<sup>34</sup> Vgl. BT-Drucks 7/910 vom 18. 7. 1973, S. 80. und BVerwGE 111, 162, 169 f.

Sachzusammenhang auch die Zusage, bei Vorliegen bestimmter Beschlüsse, eine Spende an Dritte zu zahlen, nicht vereinbar.<sup>35</sup>

Rechtsfolge des Verstoßes gegen das Koppelungsverbot ist die Unwirksamkeit des Vertrags.<sup>36</sup> Dies hat der Gesetzgeber für subordinationsrechtliche Verträge im Sinne von § 54 Satz 2 VwVfG ausdrücklich in § 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG normiert.<sup>37</sup> Diese Regelung ist auf hinkende Austauschverträge<sup>38</sup> analog anzuwenden.<sup>39</sup> Darüber hinaus ergibt sich die Nichtigkeit des Vertrags auch aus § 56 Abs. 1 Satz 2 VwVfG i.V.m. § 138 BGB. Vereinbarungen unter Verstoß gegen das Koppelungsverbot sind sittenwidrig und deshalb nichtig. Die Nichtigkeit erfaßt den gesamten Vertrag, wenn bei objektiver Bewertung<sup>40</sup> nicht anzunehmen ist, daß die Gemeinde den Vertrag auch ohne den nichtigen Vertragsteil geschlossen hätte. Da die Geldzahlungsverpflichtungen für die Gemeinde oftmals integrale Bestandteile des Vertrags sind,<sup>41</sup> wird folglich der gesamte Vertrag nichtig sein.

Unter Berücksichtigung dieser Maßgaben dürften die eingangs erwähnten Verträge unwirksam sein. Ein Vertragspartner der Gemeinde darf sich nicht dazu verpflichten, als Ersatz für die geringeren Gewerbesteuersätze der ersten Betriebsjahre einer Anlage jährlich pauschal einen bestimmten Betrag in Abhängigkeit von der Größe der Anlage zu zahlen. Zwischen dem Vertragsgegenstand (Bebauungsplanverfahren und Realisierung des Vorhabens) und der Gewerbesteuerzahlung besteht kein innerer sachlicher Zusammenhang. Die Zahlung einer „Ersatzgewerbesteuer“ ist weder eine bauplanerische Aufgabe noch eine Voraussetzung oder Folge der Bauleitplanung oder der Durchführung des Bebauungsplans.<sup>42</sup>

Gegen das Koppelungsverbot wird in den Beispielsfällen 2) und 3) auch deshalb verstoßen, weil der Vertragspartner der Gemeinde allgemeine Maßnahmen des Wegebbaus oder der Verbesserung der (touristischen) Infrastruktur finanzieren oder Beiträge zur Werterhaltung des Straßen- und Wegenetzes zahlen soll. Auch bei diesen Vereinbarungen fehlt die funktionale Verknüpfung dieser Maßnahmen mit dem Vertragsgegenstand, nämlich mit der Durchführung eines Bauleitplanverfahrens und der Realisierung der Festsetzungen. Es ist aus

---

<sup>35</sup> Vgl. BVerwG, NVwZ 2002, 473, 475; a. A Schreiber/Rosenau/Combé/Wrackmeyer, GA 2005, 265, 276 ff.

<sup>36</sup> Vgl. BayVGH, NuR 2004, 528 ff.

<sup>37</sup> Vgl. dazu VGH Mannheim, NVwZ 1991, 583.

<sup>38</sup> Vgl. dazu BVerwGE 111, 162 ff.

<sup>39</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 8. A., § 59 Rn. 28 m.w.N.

<sup>40</sup> Vgl. BVerwG, ZfBR 2006, 243 ff = NvWZ 2006, 336 ff.

<sup>41</sup> Vgl. BayVGH, NuR 2004, 528 ff.

<sup>42</sup> Vgl. dazu BVerwGE 111, 162 ff.; BVerwG, NVwZ 2002, 473; BayVGH, NuR 2004, 528 ff.

der Vereinbarung nicht ersichtlich, daß es sich bei den Maßnahmen um Folgelasten der festgesetzten Vorhaben handelt.

#### **d) Angemessenheit**

Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der o. g. Verträge ergeben sich auch aus dem Verstoß gegen das Angemessenheitsgebot im Sinne von § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB und § 56 Abs. 1 Satz 2 VwVfG. Dieses Gebot geht auf den im Verfassungsrang stehenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und auf das Übermaßverbot zurück.<sup>43</sup> Das Angemessenheitsgebot verlangt, daß bei einer wirtschaftlichen Betrachtung des Gesamtvorgangs die Gegenleistung des Vertragspartners der Behörde nicht außer Verhältnis zu der Bedeutung und dem wirtschaftlichen Wert der von der Behörde erbrachten Leistung stehen darf und auch sonst keine Anhaltspunkte dafür gegeben sind, daß die Gegenleistung eine unzumutbare Belastung des Vertragspartners bedeutet.<sup>44</sup> Zu beurteilen ist also, ob die Wertigkeit von Leistung und Gegenleistung in einem Vertrag<sup>45</sup> ausgewogen ist.<sup>46</sup> Die Behörde darf weder wuchern noch verschleudern.<sup>47</sup> Anhaltspunkte für eine angemessene Zahlungsverpflichtung können die zulässige Höhe von Gebühren und Beiträge, mit denen Zahlungsverpflichtung begründet werden können, bilden.<sup>48</sup> Abzustellen ist hier auf das von der Rechtsprechung ausgeformte Äquivalenzgebot und das Kostenüberhebungsverbot. Regelmäßig angemessen ist die Übernahme von angefallenen Verwaltungs- und Planungskosten oder von Kosten für Maßnahmen, die zur Realisierung des Bebauungsplans erforderlich sind.

Unter Berücksichtigung dieser Vorgaben sind Vereinbarungen unangemessen, nach denen Gestattungsentgelte für die Mitbenutzung öffentlicher Straßen oder Werterhaltungspauschalen gezahlt werden sollen, wenn diese nach der Höhe, der Zahl oder der installierbaren Leistung von festgesetzten Anlagen bemessen werden. Hier stehen Leistung und Gegenleistung, ohne daß sie sachbezogen aufeinander Bezug nehmen, nebeneinander. Bei der Bemessung des Entgelts wird weder, wie es straßenrechtlich erforderlich und auch zulässig wäre, auf konkrete entgeltspflichtige Sondernutzungen von öffentlichen Straßen oder Infrastruktureinrichtungen

---

<sup>43</sup> Vgl. BGH, NJW 2002, 429.

<sup>44</sup> Vgl. BVerwGE 42, 331, 345, st. Rspr.; s. a. BGHZ 153, 93 = DNotZ m. Anm. Grziwotz; Pietzcker, in: Planung, Festschrift Hoppe, 439, 451 ff.

<sup>45</sup> Auch die Überprüfung nur einzelner Klauseln über gegenseitige Pflichten ist zulässig, vgl. BGHZ 153, 93.

<sup>46</sup> Vgl. VGH Mannheim, NVwZ 2001, 694, 696.

<sup>47</sup> Vgl. Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. A. § 56 Rn. 54.

<sup>48</sup> Vgl. dazu eingehend, Driehaus, Kommunalabgabenrecht 7.A., § 6 Rn. 26 ff. m. w. N.: grundsätzlich, BVerfG, U. v. 19. 3. 2003 - 2 BvL 9/98 -, - 2 BvL 10/98 -, - 2 BvL 11/98 -, - 2 BvL 12/98 -, NVwZ 2003, 715 ff.



abgestellt, noch wird berücksichtigt, daß die Nutzung öffentlicher Straßen im Rahmen des Gemeingebrauchs entgeltfrei ist.<sup>49</sup> Da Gestattungsentgelte nur für entgeltpflichtige Sondernutzungen gezahlt werden dürfen, muß zur Ermittlung eines angemessenen Entgelts auf entsprechende Sondernutzungen abgestellt werden. Unangemessen sind deshalb Zahlungsverpflichtungen, die sich aus einem untauglichen Maßstab für die Entgeltbemessung ergeben. Größe, Zahl oder Leistungsfähigkeit von Windkraftanlagen stehen in keinem Verhältnis zum Maß der entgeltpflichtigen Sondernutzung öffentlicher Straßen. Leistung und Gegenleistung sind deshalb nicht ausgewogen. Von daher sind solche Vereinbarungen gem. § 56 Abs. 1 Satz 2 VwVfG und nach § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB unzulässig.

Auch die Zahlung einer Werterhaltungspauschale,<sup>50</sup> wiederum bemessen nach der Größe des zugelassenen Vorhabens und unter Verrechnung mit der Gewerbesteuer, ist unangemessen. Dieser Zahlung steht eine Leistung der Gemeinde schon nicht gegenüber. Denn die Kosten für den Unterhalt einer öffentlichen Straße hat nach den straßenrechtlichen Bestimmungen der Straßenbaulastträger zu tragen.<sup>51</sup> Er darf sie auf die Anlieger nicht umlegen. Nur Kosten für Ausbau, Verbesserung oder Erneuerung von Straßen sind nach den kommunalabgabenrechtlichen Vorschriften,<sup>52</sup> also in Abhängigkeit vom entstandenen Aufwand auf die Eigentümer der erschlossenen Grundstücke umlegbar. Dazu muß die Gemeinde auf das Instrument des Beitragsbescheids zurückgreifen.<sup>53</sup> Darüber hinaus ist eine solche Verpflichtung unangemessen, weil der Wertverfall öffentlicher Straßen oder der Verlust bzw. die Verringerung ihrer Gebrauchstauglichkeit, denen entgegengewirkt werden soll, nicht von Größe und Zahl der Vorhaben abhängt. Eine entsprechende Vereinbarung sind deshalb gem. § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB unzulässig.

Unangemessen sind auch Zahlungen die allgemein als Kompensation für Beeinträchtigungen durch die Vorhaben geleistet werden. Unabhängig davon, daß solche Zahlungen schon nach § 11 Abs. 1 BauGB nicht vorgesehen sind, können solche Zahlungen auch deshalb nicht angemessen sein, weil die Bewältigung der durch die Planung aufgeworfenen Probleme und Nachteile für die Bevölkerung Gegenstand der Abwägung der betroffenen Interessen gem. § 1 Abs. 7 BauGB ist. Wenn in der Planung noch nicht alle Konflikte bewältigt sind, ist die

---

<sup>49</sup> Vgl. etwa § 7 FStrG; § 16 HmbWG; § 21 StrG-MV; § 14 NStrG; § 20 StrWG SH; § 9 BbgStrG; 33 f. StrWG NW.

<sup>50</sup> Vgl. Beispiel 3).

<sup>51</sup> Vgl. etwa §§ 5 FStrG; 13 HmbWG; 11 StrG-MV; 43 f. NStrG; 10 StrWG SH; 9 BbgStrG; 33 f. StrWG NW.

<sup>52</sup> Vgl. §§ 8 KAG Bbg, MV, S-H oder NW; § 6 NKAG oder KAG-LSA.

<sup>53</sup> Vgl. BVerwG, NVwZ 2002, 473.

Planung entweder mangelhaft oder die Konflikte lassen sich im Genehmigungsverfahren lösen. Eine insoweit defizitäre Planung läßt sich aber nicht durch Geldzahlungen retten.<sup>54</sup> Unangemessen sind deshalb auch Vereinbarungen über Zuwendungen für gemeinnützige Zwecke wie Kindertagestätten, Musikschulen, Tourismusprojekte oder andere gemeindliche Einrichtungen, durch die erkennbare Nachteile für Anwohner, nicht unerhebliche Beeinträchtigungen der Landschaft oder sonstige Nachteile kompensiert werden sollen.<sup>55</sup>

Angemessen können allerdings solche Vereinbarungen sein, die den Vertragspartner der Gemeinde zu einem Aufwendungsersatz verpflichten.<sup>56</sup> Es kann vereinbart werden, daß der Bauherr Schäden an der Straße, die durch Baufahrzeugen oder Lastkraftwagen verursacht wurden, auf seine Kosten behoben werden. Hierbei handelt es sich um die zulässige Vereinbarung eines Aufwendungsersatzes. Durch die Bezugnahme auf die verursachten Schäden wird sichergestellt, daß die Leistung des Privaten die tatsächlich entstandenen Kosten nicht übersteigt und seine Leistung nach den gesamten Umständen des Vertrags angemessen ist.

### **3. Vorteilsnahme im Amt und Bestechlichkeit gem. §§ 331 ff. StGB**

#### **a) Problemstellung**

Die oben genannten Beispiele stammen aus Verträgen, deren Abschluß den Gemeindevertretern schon vor bzw. in einer sehr frühen Phase der Bauleitplanung, oftmals im nicht-öffentlichen Teil der Gemeinderatssitzungen, angeboten wurde. Regelmäßig werden solche Angebote unterbreitet, sobald die Investoren an die Gemeinden herantreten und die Einleitung eines Bebauungsplanverfahrens beantragen. Die schon vor oder während der Bauleitplanung in Aussicht gestellten Zuwendungen an die Gemeinde lassen vermuten, daß die Gemeindevertreter veranlaßt werden sollen, Zahl und Größe der Windkraftanlagen zu maximieren. Denn die Verträge basieren durchgehend auf dem Modell, daß die Höhe der Zahlungen an Zahl und Größe der Anlagen gekoppelt ist. Bemerkenswert ist, daß die Gemeindevertreter sodann oftmals den von den Investoren vorbereiteten Abwägungsbeschlüssen zustimmen. Planungsrechtlich werden deren Interessen an einer Gewinnmaximierung im Sinne einer effektiven Ausnutzung des Windfeldes höher gewichtet

---

<sup>54</sup> So aber wohl Schreiber/Rosenau/Combé/Wrackmeyer, GA 2005, 265, 276 ff.

<sup>55</sup> a. A. Schreiber/Rosenau/Combé/Wrackmeyer, GA 2005, 265, 276 ff., die insbesondere den Verstoß gegen das Koppelungsverbot übersehen.

<sup>56</sup> Vgl. Josten, GuG 2000, 330.

als die Belange der Bewohner an dem Erhalt ruhiger Wohnlagen oder als die Minimierung des Eingriffs in das Landschaftsbild. Zur Rechtfertigung der gefundenen Planungsentscheidungen wird in den Gemeindevertreter- oder in Ausschusssitzungen auch darauf hingewiesen, daß die vereinbarten Zahlungen den Gemeindehaushalt erheblich entlasten und daß deshalb ein kommunales Interesse an einem Ausbau der Windkraft bestehen würde.<sup>57</sup> Es steht deshalb zu vermuten, daß die Investoren durch die finanzielle Einflußnahme auf die Gemeindevertreter ihrem Ziel, das Windfeld in maximalem Maße zu bebauen, einen erheblichen Schritt näher gekommen sind. Dies läßt den Schluß zu, daß es den Investoren durch die Verträge gelungen ist, im Prozeß der Planaufstellung eine für sie günstige Atmosphäre zu schaffen.

Vor dem Hintergrund, daß die Verträge über die Zahlungen an die Gemeinde aus mehreren Gründen rechtswidrig und unwirksam sind, mithin also unzulässige Zahlungsversprechen gemacht wurden, daß die Gemeindevertreter auf diese Zahlungsversprechen eingegangen sind und diese für die Entscheidungsfindung ursächlich oder mitursächlich gewesen sein könnten, ist zu prüfen, ob die Straftatbestände der §§ 331 StGB (Vorteilsannahme) und 333 StGB (Vorteilsgewährung) begangen wurden.<sup>58</sup> Sollte sich erweisen, daß die Gemeindevertreter dazu veranlaßt wurden, eine rechtswidrige Planung zu beschließen, könnten die Straftatbestände der Bestechlichkeit und Bestechung gem. §§ 332 und 334 StGB in Betracht kommen. Dies gibt Anlaß, diese Straftatbestände im Zusammenhang mit städtebaulichen Verträgen und der städtebaulichen Planung näher zu beleuchten.

### **b) Der Korruptionsstrafatbestände der §§ 331 ff. StGB**

Nach § 331 Abs. 1 StGB macht sich ein Amtsträger der Vorteilsnahme strafbar, wenn er für die Dienstaussübung einen Vorteil für sich oder einen Dritten fordert, sich versprechen läßt oder annimmt. Er kann dann mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft werden. Spiegelbildlich dazu macht sich gem. § 333 Abs. 1 StGB der Vorteilsgewährung strafbar, wer einem Amtsträger für die Dienstaussübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten anbietet, verspricht oder gewährt.<sup>59</sup> Er kann mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft werden. Kommt es dabei zu einer konkreten Pflichtwidrigkeit des

---

<sup>57</sup> Die Gemeindeordnungen sehen nur eine sparsame und wirtschaftliche Haushaltswirtschaft vor, nicht aber eine Einnahmen maximierende, vgl. z. B. § 74 Abs. 2 BbgGO, § 82 NdsGO.

<sup>58</sup> Vgl. Grziwotz, BauR 2000, 1437 ff.; *ders.*, BauR 2001, 1530 ff.

<sup>59</sup> Vgl. dazu Hild/Albrecht, JR 2005, 490 ff.; Heinrich, NSTZ 2005, 197 ff.; Knauer/Kaspar GA 2005, 385 ff.

Amtsträgers, die etwa im Abschluß eines rechtswidrigen Vertrags,<sup>60</sup> der einen unberechtigten Vorteil für die Stadt vorsieht, oder in einer rechtswidrigen Planung liegen kann, kann sich der Amtsträger der Bestechlichkeit gem. § 332 StGB und der Zuwender der Bestechung gem. § 334 Abs. 1 StGB strafbar machen.<sup>61</sup>

Amtsträger im Sinne der §§ 331 ff. StGB ist gem. § 11 Nr. 2 Buchst. c) StGB, wer dazu bestellt ist, bei oder im Auftrag einer Behörde oder sonstigen Stelle öffentliche Aufgaben wahrzunehmen.<sup>62</sup> Unter Behörden sind auch Gemeinden als Gebietskörperschaften zu verstehen.<sup>63</sup> Amtsträger im Sinne dieser Vorschrift können nicht nur die Mitarbeiter der Gemeindeverwaltung, sondern auch Wahlbeamte, also Gemeindevertreter oder Stadtverordnete, soweit sie öffentliche Aufgaben wahrnehmen, sein.<sup>64</sup> Die Gemeindemitglieder werden im Sinne dieser Vorschrift durch die Wahl sowie – soweit vorgesehen – durch die förmlich Verpflichtung in der ersten Gemeinderatssitzung bestellt.<sup>65</sup>

Die Straftatbestände der Vorteilsnahme und –gewährung hat der Gesetzgeber vor dem Hintergrund einer Häufung aufsehenerregender Bestechungsfälle in der öffentlichen Verwaltung und der wachsenden Besorgnis, daß organisierte Kriminalität mit korruptiven Mitteln in verstärktem Maße in staatliche Strukturen eindringt,<sup>66</sup> durch das Korruptionsbekämpfungsgesetz vom 13. August 1997<sup>67</sup> verschärft. Auf diese Weise versucht er, das Vertrauen der Bürger in die Integrität des Staates als einen der Eckpfeiler der Gesellschaft auch für die Zukunft sicherzustellen.<sup>68</sup> Geschütztes Rechtsgut ist das Vertrauen in die Sachgerechtigkeit und „Nicht-Käuflichkeit“ dienstlichen Handelns.<sup>69</sup> Dabei hat er auch die Korruptionstatbestände der §§ 331 ff. StGB erheblich erweitert.

<sup>60</sup> Vgl. BGHSt 31, 264, 280; OLG Hamburg, StV 2001, 284 f.; Bernsmann, StV 2003, 521; Rönnau, JuS 2003, 232, 235; Ambos, JZ 2003, 345, 351; Knauer/Kaspar, GA 2005, 385, 392; a. A. Lüderssen, JZ 1997, 112, 114 ff.; Zieschang, StV 2001, 290.

<sup>61</sup> Vgl. BGH, NStZ 2000, 90; dazu Lippert, NJW 2000, 1772.

<sup>62</sup> Vgl. dazu BGHSt 43, 96, 105; 43, 370, 380; Knauer/Kaspar, GA 2005, 385 ff.; Heinrich, NStZ 2005, 197, 198 ff.

<sup>63</sup> vgl. BGHSt 43, 370, 376; Tröndle/Fischer, StGB 51. Aufl. § 11 Rdn. 19.

<sup>64</sup> Vgl. LG Köln, StV 2003, 507; OLG Celle, MDR 1962, 671; OLG Braunschweig, MDR 1950, 629; OVG Münster, DVBl 1954, 750; OLG Stuttgart, NJW 1966, 679; OLG Stuttgart, Justiz 1989, 198; LG Krefeld, NJW 1994, 2036; OLG Stuttgart, NJW 2003, 228; Grziwotz, BauR 2000, 1437, 1440; Lackner, in: Lackner/Kühl, StGB, 2001, § 11 Rn. 11 m.w.N.; Heinrich, NStZ 2005, 197, 201 f. m. w. N.; ablehnend Deiters, NStZ 2003, 453.

<sup>65</sup> Vgl. z. B. § 42 S. 1 NdsGO.

<sup>66</sup> Vgl. Bauer/Gmel, in: LK 11. A. Nachtrag zu §§ 331 – 338, Rn. 2 m. w. N.

<sup>67</sup> BGBl I S. 2038; vgl. dazu Korte, NStZ 1998, 513 ff.; Gänßle, NStZ 1999, 543 ff.; Amboß, JZ 2003, 345 ff.

<sup>68</sup> Vgl. den Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU/CSU und FDP vom 24. 9. 1996, BTDrucks. 13/5584 S. 1 und 8, den die Bundesregierung unverändert übernommen hat, s. BTDrucks. 13/6424; vgl. zu den Aufgaben und Pflichten des Beamten in der planerischen Abwägung Kment, BauR 2005, 1257 ff.

<sup>69</sup> Vgl. BGH, NJW 2002, 2801 ff. zu § 331 StGB a.F.

Gemäß § 331 Abs. 1 StGB a. F. machte sich vor der Gesetzesänderung ein Amtsträger wegen Vorteilsannahme nur strafbar, wenn er als Gegenleistung für eine vergangene oder künftige Diensthandlung einen Vorteil für sich selbst forderte, sich versprechen ließ oder annahm. Nach der Neufassung der Vorschrift reicht es nunmehr zum einen auch aus, wenn der Amtsträger den Vorteil für einen Dritten fordert, sich versprechen läßt oder annimmt.<sup>70</sup> Unter Vorteil ist jede Leistung zu verstehen, auf die der Amtsträger oder Dritte keinen Anspruch hat und die seine bzw. die wirtschaftliche Lage des Dritten objektiv verbessert.<sup>71</sup> Zum anderen muß der Vorteil nicht mehr als Gegenleistung für eine bestimmte oder zumindest hinreichend bestimmbare<sup>72</sup> Diensthandlung des Amtsträgers gedacht sein. Vielmehr genügt es, wenn er von Vorteilsgeber und Vorteilsnehmer allgemein im Sinne eines Gegenseitigkeitsverhältnisses mit der Dienstaussübung des Amtsträgers verknüpft wird.<sup>73</sup> Korrespondierend dazu wurde der Tatbestand der Vorteilsgewährung (§ 333 Abs. 1 StGB) in gleicher Weise ausgedehnt.

Mit dieser Erweiterung der Tatbestände sollen auch die Fälle, in denen durch die Vorteile nur das generelle Wohlwollen des Amtsträgers erkaufte bzw. "allgemeine Klimapflege" betrieben wird, erfaßt werden. Zugleich werden dadurch die Schwierigkeiten überwunden, die sich bei der Anwendung dieser Vorschriften in ihrer alten Fassung ergaben. Denn vielfach war die Bestimmung des Vorteils als Gegenleistung für eine bestimmte oder zumindest hinreichend bestimmbare Diensthandlung aufgrund der Besonderheiten der Sachverhaltsgestaltungen nicht mit der erforderlichen Sicherheit nachweisbar.<sup>74</sup> Wenn gleich ein Vorteil im Sinne dieser Vorschrift auch eine immaterielle Verbesserung der Lage des Amtsträgers sein kann.<sup>75</sup>

Darüber hinaus sollen auch die – strafwürdigen - Fälle erfaßt werden, in denen der Amtsträger den Vorteil zwar für eine Diensthandlung, aber, oftmals auch zur Umgehung der einschlägigen Strafvorschriften, zugunsten eines Dritten fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, ohne daß erkennbar bzw. nachweisbar ist, daß die Zuwendung auch den Amtsträger

<sup>70</sup> Vgl. Dölling, ZStW 112 (2002) 334, 345; Kühlen, in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Loseblatt 2003, § 331 Rn. 45 ff.; zur Anwendbarkeit des neuen Rechts auf Altfälle vgl. OLG Stuttgart, U. v. 28.10.2002, Az. 1 Ss 304/02; zur Drittmittelwerbung vgl. BGH, NJW 2002, 2801 ff.; dazu Michalke, NJW 2002, 3381 f.; s. a. Laufs, NJW 2002, 1770 f.

<sup>71</sup> Vgl. BGHSt 47, 295, 304; BGH, NJW 2003, 763, 764; NJW 2004, 3569, 3571.

<sup>72</sup> Vgl. BGHSt 32, 290, 291; 39, 45, 46 f.; BGH, NStZ 2001, 425, 426.

<sup>73</sup> vgl. BGH NJW 2004, 3569 ff.

<sup>74</sup> vgl. Bericht und Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestags vom 26. 6. 1997, BTDrucks. 13/8079, S. 15; Gribl, Der Vorteilsbegriff bei den Bestechungsdelikten, 1993, 7 ff.; 14 ff.; zum mittelbaren Vorteil, 56 ff.

<sup>75</sup> Vgl. BGH, NJW 2002, 2801 ff.

zumindest mittelbar besserstellt.<sup>76</sup> Gerade durch die Aufnahme der Drittbegünstigung ist der Anwendungsbereich der Korruptionstatbestände erheblich ausgedehnt worden. Dritte können auch gemeinnützige Institutionen,<sup>77</sup> die Anstellungskörperschaften des Amtsträgers sein, also auch die Gemeinden, in deren Vertretungen Abgeordnete sitzen.<sup>78</sup> Als Dritte kommen ebenso Vereine oder sonstige Einrichtungen, denen z. B. Spenden mittels öffentlicher oder sonstwie an die Gemeindevertreter gerichteter Zusagen versprochen werden, in Betracht, wenn dies der kommunalen Klimapflege dienen soll.<sup>79</sup> Diese Ausdehnung des Tatbestands ist Folge der gesetzgeberischen Auffassung, daß die geschützten Rechtsgüter durch derartige Zuwendungen in gleicher Weise beeinträchtigt werden wie bei Vorteilen, die dem Amtsträger selbst zugute kommen.<sup>80</sup>

Zwar genügt - auch zur Verurteilung wegen Vorteilsannahme gemäß § 331 StGB a.F. - nicht schon die Feststellung der Annahme eines Vorteils durch den Amtsträger, und zwar auch dann nicht, wenn die Zuwendung mit Rücksicht auf seine Dienststellung oder aus Anlaß oder bei Gelegenheit einer Amtshandlung erfolgt.<sup>81</sup> Jedoch dürfen die Anforderungen an die Bestimmtheit der zu entgeltenden Diensthandlungen namentlich dann, wenn der Amtsträger den Vorteil um eines künftigen Verhaltens<sup>82</sup> willen erhält, nicht überspannt werden. Ausreichend ist es deshalb bereits, wenn unter den Beteiligten Einverständnis besteht, daß der Amtsträger innerhalb eines bestimmten Aufgabenbereichs oder Kreises von Lebensbeziehungen nach einer gewissen Richtung hin tätig werden soll und die ins Auge gefaßte Diensthandlung dabei nach ihrem sachlichen Gehalt mindestens in groben Umrissen erkennbar und festgelegt ist.<sup>83</sup> Einen Amtsträger dazu anzufüttern ist deshalb strafrechtlich sanktioniert.<sup>84</sup> Für die Annahme dieser Voraussetzungen kann u. a. von Bedeutung sein, ob die Interessen des Vorteilsgebers sich dem Aufgabenbereich des Amtsträgers zuordnen lassen.<sup>85</sup>

---

<sup>76</sup> Vgl. zum mittelbaren Vorteil, Gribl, Der Vorteilsbegriff bei den Bestechungsdelikten, 1993, 56 ff.; zur nicht tatbestandsmäßigen Drittbegünstigung bei § 331 StGB a. F. OLG Stuttgart, NJW 2003, 228.

<sup>77</sup> Vgl. dazu Kargl, ZStW 114 (2002) 763, 769 f.

<sup>78</sup> Vgl. BGH, U. v. 7. 7. 2005 – 4 StR 549/04; NJW 2002, 2801 f.; Knauer/Kaspar, GA 385, 392; Korte, NStZ 1998, 513 ff.; Kuhlen, in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Loseblatt 2003, § 331 Rn. 47.

<sup>79</sup> Vgl. schon BGHSt 33, 336, 340; 35, 128, 135.

<sup>80</sup> Vgl. Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU/CSU und FDP vom 24. 9. 1996, aaO S. 16.

<sup>81</sup> Vgl. BGHSt 39, 45, 46; BGH NStZ 1984, 24; König, JR 1997, 397, 398.

<sup>82</sup> Vgl. zum Gebot der unparteiischen Amtsführung, Kment, BauR 2005, 1257, 1260 ff.

<sup>83</sup> st. Rspr.: BGHSt 39, 45, 46/47; BGH, NStZ 1999, 561.

<sup>84</sup> Vgl. Heinrichs, NStZ 2005, 197, 198

<sup>85</sup> Vgl. BGHSt 39, 45, 46/47; BGH, NStZ 1999, 561.

### c) Strafbarkeit der Gemeindevertreter und der Investoren

Bei den oben unter a) geschilderten Vertragsverhandlungen und der entsprechenden Durchführung von Bebauungsplanverfahren aufgrund der eingangs genannten Verträge ist ein Strafbarkeit der beteiligten Amtsträger wegen Vorteilsnahme gem. § 331 StGB oder Bestechlichkeit gem. § 332 StGB nicht auszuschließen. Bei derartigen Fallgestaltungen kann der Tatbestand der Vorteilsnahme verwirklicht sein, wenn Gemeindevertreter sich mittels der solcher Verträge Vorteile in Form von Geldzahlungen an die Gemeinde<sup>86</sup> als Dritte versprechen lassen und sie darauf eingehen, ihre planerische Gestaltungsfreiheit im Laufe des Bauleitplanverfahrens zugunsten des Vertragspartners auszuüben. Die Vorteile sollen der begünstigten Gemeinde mit Blick auf die dienstliche Tätigkeit der Gemeindevertreter, die über den Inhalt des Bebauungsplans entscheiden, zugute kommen. Nach den in solchen Konstellationen formulierten Absprachen (den sog. Unrechtsvereinbarung)<sup>87</sup> haben die Zuwendungen an die Gemeinde ihren Grund gerade in dieser Dienstaussübung der Gemeindevertreter. Diese können dazu veranlaßt sein, die Planung im Sinne des Bauherrn oder Investors zu steuern. Dazu wird oftmals dem Abwägungsvorschlag, den der Investor bzw. ein von ihm beauftragtes Planungsbüro erarbeitet hat, zugestimmt. Diese Zustimmung kann vor allem durch die vereinbarte Koppelung der Höhe der Geldzahlung mit der Zahl und Größe der Anlagen bewirkt sein. So kann es Investoren gelingen, die Gemeindevertreter zu einer investorenfreundlichen Politik anzuhalten.

Das Verhalten der Beteiligten wird durch die geschlossenen Verträge nicht gerechtfertigt. Diese sind unwirksam und bilden für die Zuwendungen keine Rechtsgrundlage. Als sog. Unrechtsvereinbarungen im strafrechtlichen Sinne können sie jedoch die Strafbarkeit der Beteiligten begründen.<sup>88</sup>

Auch ein innerer Vorbehalt der Gemeindevertreter, sich durch die Zuwendungen nicht in ihren dienstlichen Tätigkeiten beeinflussen zu lassen, ändert an der Unrechtsvereinbarung nichts. Denn hierdurch wird der Eindruck der Käuflichkeit dienstlichen Tätigwerdens aufgrund rechtswidriger Zahlungszusagen nicht beseitigt. Dadurch wird die Beeinträchtigung eines der Schutzgüter der §§ 331 ff. StGB, des Vertrauens der Allgemeinheit in die Integrität der öffentlichen Verwaltung, nicht ausgeräumt.

---

<sup>86</sup> In Betracht kommen auch sonstige Dritte wie Stiftungen oder Vereine.

<sup>87</sup> St. Rspr., vgl. BGH, NStZ 2000, 90; BGHSt 15, 239 ff.; 39, 45, 46; BGHR StGB § 332 Abs. 1 Satz 1 Unrechtsvereinbarung 3, 4; BGH NStZ 1994, 488, 489; NJW 2004, 3569, 3571

<sup>88</sup> Vgl. Knauer/Kaspar, GA 2005, 385, 393 ff.; Amboß, JZ 2003, 345, 350.

Ohne Belang für die Strafbarkeit ist auch der Umstand, ob die Absprachen öffentlich oder nicht-öffentlich getroffen werden oder ob die Zuwendungen wegen ihrer Häufigkeit gar als sozialadäquat begriffen werden.<sup>89</sup> Denn die Rechtswidrigkeit der Absprachen und der Planungen werden davon nicht beeinflusst. Der Gesetzgeber hat für das Zusammenwirken zwischen Gemeinden und Privaten strikte Regeln getroffen, die auch nicht dadurch obsolet werden, daß sie immer wieder mißachtet werden. Gerade im Hinblick auf die Gefahr, daß Hoheitsrechte veräußert werden,<sup>90</sup> ist es unabdingbar, die gerechte Abwägung der Belange im Sinne von § 1 Abs. 7 BauGB sicherzustellen. Jede nach bauplanungsrechtlichen Maßstäben rechtswidrige Einflußnahme kann deshalb von strafrechtlicher Relevanz sein.<sup>91</sup>

Die Strafbarkeit braucht nicht auf die Gemeindevertreter beschränkt zu sein. Auch dem Bürgermeister oder Amtsdirektor können strafrechtliche Konsequenzen drohen, wenn sie Verträge abschließen, die die Vorteilsgewährung und die Vorteilsnahme in sich tragen.<sup>92</sup> Bürgermeister und Amtsdirektor handeln dabei regelmäßig nicht als Werkzeug der Gemeindevertretung. Denn sie sind ohne weiteres verpflichtet, derartige Verträge abzuschließen. Selbst für den Fall, daß sie die Verträge auf der Grundlage von Beschlüssen der Gemeindevertretung unterzeichnen sollen, sind vorrangig gehalten, solche Beschlüsse zu beanstanden.<sup>93</sup> Unterzeichnen sie trotz der rechtswidrigen Beschlüsse den mit dem Koppelungsverbot unvereinbaren Vertrag stellvertretend für die Gemeinde, handeln sie als Mittäter. Für einen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund bleibt dann kein Raum.

Soweit es in diesem Zusammenhang zu Verletzungen der Dienstpflicht eines Amtsträgers kommen sollte, kann sogar der Straftatbestand des § 332 Abs. 1 StGB (Bestechlichkeit) erfüllt sein. Regelmäßig ist sowohl im Abschluß des rechtswidrigen städtebaulichen Vertrags als auch in der Abwägungsentscheidung der Gemeindevertreter, wenn sie von sachfremden Erwägungen mitbestimmt ist, ein Pflichtverstoß im Sinne dieser Regelung zu sehen. Dann werden die Beteiligten schwerer bestraft.

---

<sup>89</sup> So wohl Schreiber/Rosenau/Combé/Wrackmeyer, GA 2005, 265, 278 ff.

<sup>90</sup> Vgl. dazu BVerwGE 45, 309, 321 (Flachglas); Erguth, VerwArch 89 (1998) 189, 206 ff.; s. a. Knauer/Kaspar, GA 2005, 385, 402 f. zu sachwidriger Koppelung.

<sup>91</sup> Ebenso Grziwotz, BauR 2000, 1437, 1439 ff.

<sup>92</sup> Zu den Grenzen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Bürgermeistern bei Untreue Kiethe, NStZ 2005, 529 ff.

<sup>93</sup> Vgl. z. B. § 65 BbgGO.



Die Investoren, die Zahlungen oder Leistungen in der Absicht, eine Investorenfreundliche Planung zu erhalten, angeboten oder versprochen haben, könnten sich der Vorteilsgewährung gem. § 333 Abs. 1 StGB oder der Bestechung gem. § 334 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben. Dies gilt auch für den Fall, daß sie den Amtsträgern die Zahlungen nur anbieten oder versprechen, ohne daß dies zum gewünschten Erfolg führt. Auf den Geldfluß kommt es für deren Strafbarkeit ebensowenig an wie auf die Frage, ob die Gemeindevertreter sich auf solche Vereinbarungen einlassen.