

Prof. Dr. iur. Erwin Quambusch, FH Bielefeld
September 2006

Zuwendungen an Gemeinden zwecks Einplanung von Windkraftanlagen

Aufsehenerregende Medienberichte

Der Märkischen Allgemeinen vom 25. 2. 2006 war die Einschätzung zu entnehmen, es sei heute die Regel, daß eigenartige sechsstellige Beträge in Gemeindekassen fließen, um Widerstände gegen die Windkraftnutzung zu brechen. Im gleichen Sinne äußerte sich die FAZ vom 28. 8. 2006. Auch aus einer Fernsehsendung des RBB ging hervor, Zahlungen an Gemeinden im Zusammenhang mit der Planung von Windkraftanlagen seien seitens der Windbranche seit Jahren üblich. Nimmt man einmal an, nur bei der Hälfte der rd. 18.000 in Deutschland errichteten Windkraftanlagen sei ein Betrag von jeweils nur 100.000 Euro aufgewendet worden, so lassen sich andeutungsweise die Nachteile für den Finanzhaushalt ermessen, die sich ergeben, wenn die Zahlungen steuerlich als nützliche Aufwendungen behandelt und als Betriebsausgaben geltend gemacht werden. Hiervon dürfte in aller Regel auszugehen sein. Schon wegen der sich abzeichnenden finanziellen Dimension muß sich hier die Frage aufdrängen, ob es rechtmäßig sein kann, auf diesem Wege einen Teil der nützlichen Aufwendungen im Wege des steuerlichen Abzugs auf die Allgemeinheit abzuwälzen.

II

Die Zuwendung als strafbare Handlung

1

Die Ausgangssituation

Der Abzug als Betriebsausgaben ist wegen § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG unzulässig, wenn die Zahlungen an die Gemeinden strafbare Handlungen sind. Die Norm errichtet ein Abzugsverbot für Aufwendungen, die im Zusammenhang mit der Zuwendung korrumpierender Vorteile entstehen. Unbedenklich sind insofern freilich solche Zahlungen, die der Gemeinde als Schadensausgleich dafür angeboten werden, daß ihr im Zusammenhang mit dem Anlagenbau Schäden entstehen, also z. B. Straßen beschädigt werden. In den Blick zu nehmen sind jedoch die Zuwendungen, die in keinem sachlichen Zusammenhang mit der amtlichen Tätigkeit der Gemeinde stehen, also z. B. die Sanierung des Schwimmbades betreffen und damit bereits unter verwaltungsrechtlichem Aspekt unzulässig sind, weil sie das Resultat eines rechtswidrigen Kopplungsgeschäftes sind (vgl. § 11 Abs. 2 BauGB, § 56 Abs. 1 VwVfG).

Zu sehen ist hier zunächst, daß seitens der Anlagenvermarkter ein großes finanzielles Interesse an dem Verkauf der Anlagen besteht. Geht man davon aus, daß eine

Windkraftanlage mittlerer Dimension mit etwa 2,5 Mio Euro bezahlt werden muß und die

Provision für die Planung und Vermarktung zwischen 5 und 10 % dieses Betrages ausmacht, so dürfte schon allein aufgrund der Zahlen auf eine beträchtliche Energie geschlossen werden können, die zur unbedingten Realisierung der angestrebten Baumaßnahme motiviert. Damit die Anlagen errichtet werden können, muß die planende Behörde für deren Aufnahme in die Bauleitplanung gewonnen werden. Die zuständige Behörde ist i. d. R. die Gemeinde, wobei hier vernachlässigt werden soll, daß der Gemeinde zunehmend Grenzen durch die Regionalplanung gezogen werden.

Im Hinblick auf die planerische Berücksichtigung von Windkraftanlagen ist seitens der Gemeinde zunächst eher Widerstand als Zustimmung zu erwarten. Die Errichtung von Windkraftanlagen ist einerseits häufig mit Nachteilen für die Einwohner verbunden (namentlich mit Lärmbeeinträchtigungen, Wertminderungen von Wohngrundstücken und mit der Beschädigung des Landschaftsbildes), während andererseits die Gemeinde durch keine Rechtsnorm gezwungen ist, überhaupt Windkraftanlagen in ihre Bauleitplanung aufzunehmen. Allerdings können sich Gemeinden in der Situation wähnen, gerade mittels der Einplanung von Windkraftanlagen an eher hinnehmbaren Standorten dem Bau der Anlagen an solchen Stellen vorbeugen zu sollen, an denen die Anlagen als besonders störend empfunden werden würden. Diese Situation ist aber schon deshalb selten, weil von der Genehmigungsbehörde ohnehin keine Windkraftanlagen genehmigt werden dürfen, denen öffentliche Belange entgegenstehen (so z. B. der Landschaftsschutz, vgl. §§ 35 f. BauGB, § 19 Abs. 3 BNatSchG).

Zeigt indessen die Gemeinde ein Interesse an der Errichtung von Windkraftanlagen, so stellt sich die Frage, aus welchen Faktoren sich ein solches Interesse ergibt. Nach einer NDR-Meldung trägt die Windstromerzeugung "in Kommunen" Norddeutschlands bis zu 45 % zum Gewerbesteueraufkommen bei. Hier muß aber differenziert werden, u. a. deswegen, weil Gewerbesteuerzahlungen im windschwachen Binnenland in einem bedeutenden Umfang oft nur in den ersten beiden Betriebsjahren zu erwarten sein dürften; denn während dieser Zeit verlangen die Banken üblicherweise keine Tilgungsleistungen, und demgemäß ist die Gewinnsituation atypisch günstig. Demgegenüber kann der zugunsten der Anlagen immer wieder angeführte Beitrag zur CO₂-Verminderung als Argument überhaupt nicht überzeugen; denn der Beitrag ist unbedeutend und klimatisch irrelevant. Die Ineffizienz widerlegt im übrigen auch das politisch vermarktete Argument, Windstrom vermöchte den Atomstrom entbehrlich zu machen.

Nach alledem liegt die Annahme nahe, daß zahlreiche Gemeinden mit der entsprechenden Planungsbereitschaft andere als die genannten Ziele oder zumindest auch andere Ziele verfolgen. Als ein solches anderes Ziel kommt namentlich die Einwerbung von Mitteln zum Zweck der Haushaltsentlastung in Betracht.

Entsprechende Ziele lassen sich in den Verhandlungen leicht konkretisieren, wenn sich der Eindruck durchgesetzt hat, die Anlagenvermarkter, die im Interesse der Standortgewinnung vorsprechen, könnten ein entgegenkommendes Verhalten der Gemeinde honorieren. Angesichts dessen können sich Windunternehmer leicht ermuntert sehen, den Gemeinden rechtswidrige

geben können sich Windunternehmer leicht erlauben sollen, den Gemeinden entsprechende Zahlungen anzubieten.

2

Bestechung und Vorteilsgewährung

Obwohl in einem solchen Fall auch die Strafbarkeit der handelnden Amtsträger von Interesse ist, muß im Zusammenhang mit dem hier thematisierten Abzug von Betriebsausgaben die Frage nach der Bestechung (§ 334 StGB) und der Vorteilsgewährung (§ 333 StGB) in den Mittelpunkt gestellt werden. Im Fall der Bestechung ist der angebotene, versprochene oder gewährte Vorteil als Gegenleistung für eine dienstliche Handlung vorgesehen, während im Fall der Vorteilsgewährung kein Bezug zu einer konkreten Diensthandlung bestehen muß; die Zuwendung bezieht sich hier also nur auf die Dienstaussübung an sich. Da der Leistende wohl meistens unwiderlegbar geltend machen kann, der Amtsträger würde die windkraftfreundliche Entscheidung ohnehin getroffen haben, wird eine Bestechung in aller Regel schwer nachweisbar sein, so daß § 333 StGB die Funktion eines Auffangtatbestandes zufällt.

In beiden Fällen kann die Zuwendung auch für einen Dritten bestimmt sein. Da der Dritte eine juristische Person sein kann, werden nach h. M. ebenfalls solche Fälle erfaßt, in denen zwischen dem Windunternehmer und dem Amtsträger vereinbart wird, daß der Vorteil der Gemeinde zufließen soll. Als Vorteile können neben materiellen auch immaterielle Vorteile in Betracht kommen, hier etwa die Fertigung eines Plankonzepts, das der Vermarkter der Gemeinde zur Verfügung stellt (womit er der Gemeinde zugleich faktisch einen Teil ihrer Hoheitsbefugnisse zu entziehen vermag). Als Amtsträger kommt typischerweise der Bürgermeister in Betracht. Dieser kann sich seiner eigenen Verantwortung nicht mit dem Hinweis auf einen Gemeinderatsbeschuß begeben; denn, da ein solcher Beschuß rechtswidrig wäre, müßte er vom Bürgermeister aufgrund der klaren Regelungen der Gemeindeordnungen beanstandet werden.

Der Amtsträger kann sich seiner Verantwortung auch nicht mit dem Hinweis entziehen, die zwischen dem Windunternehmer und der Gemeinde getroffenen Vereinbarungen seien nichtig. Nichtig sind zwar namentlich diejenigen Vereinbarungen, die gegen das Kopplungsverbot verstoßen, weil sie nicht in einem Sachzusammenhang mit dem Bauprojekt stehen; aber aus der Nichtigkeit einer solchen Vereinbarung kann nicht die Legitimation zur Korruptionshandlung hergeleitet werden; denn eine Vereinbarung von Unrecht kann nicht dazu berechtigen, neues Unrecht zu begehen.

3

Die Frage nach dem Vorsatz

Vorteilsgewährung und Bestechung müssen vorsätzlich begangen worden sein, um zu einer strafrechtlichen Verurteilung führen zu können. Eine andere Frage ist es, ob vorsätzliches

Handeln ebenfalls nötig ist, um die Rechtsfolge der Nichtabzugsfähigkeit i. S. v. § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG auszulösen. Diese Norm spricht nämlich nur davon, daß hierzu der "Tatbestand eines Strafgesetzes" verwirklicht sein muß. Da der Tatbestand einer Strafnorm stets sowohl eine objektive Seite (z. B. das Angebot einer Zuwendung) als auch eine subjektive Seite hat (z. B. den Vorsatz), ist nicht ohne weiteres anzunehmen, im Falle des § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG komme es bei dem "Tatbestand eines Strafgesetzes" nicht auch auf die subjektive Seite an. Die Ansichten zu dieser Frage sind allerdings geteilt.

Die zutreffende Antwort muß hier nicht ermittelt werden, weil im Zusammenhang mit dem aufgeworfenen Thema in aller Regel ohnehin vorsätzliches Handeln anzunehmen sein wird; denn für den Täter sind die Zuwendungen, für die er die Abzugsfähigkeit geltend macht, erkennbar solche, auf die weder der Amtsträger noch die Gemeinde einen rechtlich begründbaren Anspruch hat. Vielmehr haben die Zuwendungen den Charakter eines rechtlich nicht vorgesehenen Äquivalents. Dies dürfte für den Leistenden schon deshalb offenkundig sein, weil die Zuwendung auch in verwaltungsrechtlicher Hinsicht in keinem sachlichen Zusammenhang zur begehrten Amtshandlung steht, sondern das augenfällige Resultat eines unzulässigen Kopplungsgeschäftes ist.

So wenig diese Tatsache von dem Leistenden übersehen werden kann, so wenig kann die Tatsache übersehen werden, daß die öffentliche Verwaltung auch in bezug auf ihre Einnahmen an das Prinzip der Gesetzmäßigkeit gebunden ist. Der Leistende muß daher davon ausgehen, daß das Gesetz für andere Leistungen keinen Raum läßt. Im Zusammenhang mit Leistungen zur Gewinnung von Standorten für Windkraftanlagen ist hiervon erst recht auszugehen, weil diese Leistungen nicht irgendwie spontan und unüberlegt gegeben werden, sondern i. d. R. bereits frühzeitig angeboten werden, wenn bei der Gemeinde um die Einleitung eines Bebauungsplanverfahrens nachgesucht wird.

III

Keine Strafbarkeit im Fall der Genehmigung

Dennoch kann die Vorteilsgewährung aufgrund des § 333 Abs. 3 StGB gerechtfertigt sein, wenn seitens der zuständigen Behörde, also bei Beamten der vorgesetzten Dienstbehörde, eine Genehmigung zur Annahme der Zuwendung erteilt worden ist. Die Genehmigung kann nicht nur im Vorhinein, sondern auch noch nachträglich im Falle einer unverzüglichen Anzeige durch den Amtsträger gegeben werden. Ein Problem dieser Regelung dürfte hier insbesondere darin zu sehen sein, daß es zwischen dem Amtsträger, dem der Vorteil zugunsten der Gemeinde angeboten worden ist, und der Genehmigungsbehörde auch zu Absprachen jenseits des geltenden Rechts kommen kann. Die Absprache dürfte jedenfalls naheliegen, wenn das Strafgericht der Auffassung zu folgen pflegt, es habe nur nach der Genehmigungsbefugnis der Behörde, nicht aber danach zu fragen, ob die Genehmigung inhaltlich korrekt erteilt wurde.

Speziell in dem hier besonders zu beachtenden ländlichen Raum kann im übrigen im

Hintergrund leicht das Interesse von Landwirten wirksam werden, das wegen der angestrebten Standortverpachtung auf eine windkraftfreundliche Bauleitplanung und insofern auf das gleiche Ergebnis gerichtet ist, wie es Anlagenvermarkter mittels der Vorteilsgewährung anstreben. Den Landwirten bietet sich insofern oftmals die Möglichkeit, Einfluß namentlich auf kommunale Mandatsträger zu nehmen, die ihrerseits auch auf die Amtsträger Einfluß nehmen können. Mandatsträger stehen im ländlichen Raum oft in einem moralischen Gegenseitigkeitsverhältnis zu den potentiellen Standortverpächtern, sind aber selbst keine Mandatsträger im Sinne der §§ 331 ff. StGB und können somit auch nicht als Amtsträger strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Die sich hiermit eröffnenden Einflußmöglichkeiten können nicht zuletzt auch im Interesse einer Genehmigung der Vorteilsannahme genutzt werden. Zwar dürfte eine auf diesem Wege herbeigeführte Genehmigung i. d. R. eine Dienstpflichtverletzung darstellen (namentlich ein Verstoß gegen die Pflicht zur gerechten Amtsführung, § 35 Abs. 1 S. 2 BRRG); aber das sagt noch nichts darüber aus, ob die Dienstpflichtverletzung auch dienstrechtlich verfolgt wird.

IV

Das Verfahren nach § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG

Die Finanzbehörden können nur dann den Abzug der Zuwendungen als Betriebsausgaben verhindern, wenn sie über die nötigen Tatsachen informiert sind. Typischerweise werden die Informationen durch die Betriebsprüfungsstellen

beschafft, zumal diese auch Einblick in Verträge nehmen können. In dem hier interessierenden Zusammenhang bemüht sich das Gesetz speziell darum, die benötigten Informationen auch zu gewährleisten, indem es den Gerichten und Staatsanwaltschaften aufgibt, den Finanzbehörden bekannt gewordene Tatsachen mitzuteilen, die möglicherweise den Tatbestand einer einschlägigen Strafnorm verwirklichen (vgl. § 4 Abs. 5 Nr. 10 S. 2, 4 EStG).

Neben der Versagung des Abzugs als Betriebsausgaben durch die Finanzbehörde kommt als weitere Konsequenz die strafrechtliche Verfolgung durch die Staatsanwaltschaft in Betracht. Insofern obliegt es den Finanzbehörden, der Staatsanwaltschaft Tatsachen mitzuteilen, die den Verdacht einer Straftat begründen (§ 4 Abs. 5 Nr. 10 S. 3 EStG). Bei der Mitteilung handelt es sich um eine gesetzlich vorgesehene Offenbarungspflicht und zugleich auch um eine gesetzlich gestattete Offenbarungsbefugnis i. S. v. § 30 Abs. 4 Nr. 2 AO. Da das Steuergeheimnis betroffen ist, muß sich die Mitteilung auf konkrete Anhaltspunkte für ein Korruptionsdelikt stützen können; hierzu muß wenigstens ein Anfangsverdacht i. S. v. § 152 Abs. 2 StPO vorliegen, und insofern ist diese Voraussetzung keine andere als bei der Einleitung von Steuerstrafverfahren. Die Finanzbehörde darf jedenfalls nicht leichtfertig das Steuergeheimnis ignorieren und nicht etwa schon die bloße Feststellung nicht abzugsfähiger Betriebsausgaben ausreichen lassen, um der Staatsanwaltschaft einen Verdacht mitzuteilen.

Ein Verstoß gegen die korrekte Wahrnehmung der Mitteilungspflicht wird indessen kaum zu

befürchten sein; denn der Betriebsprüfer wird sich im eigenen straf- und dienstrechtlichen Interesse nicht leichtfertig über das Steuergeheimnis hinwegsetzen wollen, sich aber auch nicht wegen der Verletzung der ihm gesetzlich auferlegten Offenbarungspflicht strafbar machen wollen. Im übrigen wird die Finanzbehörde zu dem Zeitpunkt, in dem sie die Mitteilung vornimmt, bereits selbst eine rechtliche Auswertung des Sachverhalts vorgenommen haben. Das gilt auch in strafrechtlicher Hinsicht, sofern sie nicht ausnahmsweise ein staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren abwartet. Deshalb ist es von vornherein höchst unwahrscheinlich, daß die Behörde einen substanzlosen Verdacht weitergeben würde.

Auch mit Rücksicht hierauf ist die strafrechtliche Bewertung durch die Finanzbehörde interessant; sie vermag sogar Vorbildcharakter für die Staatsanwaltschaft zu erlangen; zumindest ist sie geeignet, der staatsanwaltschaftlichen Tätigkeit zugute zu kommen. Die strafrechtliche Tätigkeit der Finanzämter ist aber auch deshalb ein Dienst am geltenden Recht, weil die staatsanwaltschaftliche Tätigkeit in Windkraftangelegenheiten bereits wiederholt durch eine oberflächliche Vorgehensweise aufgefallen ist; häufig stellen Staatsanwaltschaften von sich aus überhaupt keine Ermittlungen an und empfehlen sich damit als eine "ökologisch richtige Adresse" Wo indessen das Finanzamt als erste Behörde den Sachverhalt auswertet, vermag es, wenn es das Vorliegen einer Straftat bejaht, eine psychische Barriere für die Staatsanwaltschaft zu errichten, wenn diese dazu neigt, das Verfahren durch eine arbeitssparende Einstellungsverfügung vorschnell abzuschließen.

V

Zusammenfassung

Die Vermarktung von Windkraftanlagen ist ein sehr lukratives Geschäft für wenige, auch dann, wenn die Anlagen nicht wirtschaftlich arbeiten können. Geht man des weiteren davon aus, daß die Gemeinden i. d. R. kein originäres Interesse daran haben, Windkraftanlagen in ihre Bauleitplanung aufzunehmen, so können sich die Vermarkter leicht veranlaßt sehen, ihr Ziel mittels der Zuwendung von Vorteilen anzustreben. Daß dabei die Strafbarkeit nach den §§ 333, 334 StGB ignoriert wird, gehört zu den rätselhaften Vorgängen, die im Zusammenhang mit dem Windgeschäft zu beobachten sind. Mit der strafbaren Handlung ist indessen die Pflicht der Finanzbehörde verknüpft, § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG anzuwenden und die Abziehbarkeit rechtswidriger Zuwendungen als Betriebsausgaben zu versagen. Hiermit ist zugleich eine bedeutende Möglichkeit zur Verbesserung der staatlichen Einnahmesituation verbunden. Hinsichtlich des subjektiven Tatbestandes von Vorteilsgewährung und Bestechung kann unschwer vom Vorsatz ausgegangen werden. Schwer abschätzbar ist zur Zeit noch, in welchem Umfang sich die Möglichkeit auswirkt, daß Vorteilsannahmen nach § 333 Abs. 3 StGB genehmigt werden können.

Autor: Prof. Dr. jur. Erwin Quambusch, Trakehnerweg 50, 48308 Senden, Tel. 02597 8504, zur Zeit (bis 16. 9. 2006) Rüttestr. 27, 79674 Todtnauberg, Tel. 07671 8603 Noch

unveröffentlicht, zur freien Verfügung

12 Fußnoten fehlen in dieser Version. Können angefordert werden

8. September 2006

.....

Zuwendungen an Gemeinden

zwecks Einplanung von Windkraftanlagen, September 2006 (Auszug)

Es sei "heute die Regel, daß eigenartige sechsstellige Beträge in Gemeindekassen flößen, um Widerstände gegen die Windkraftnutzung zu brechen" (Märkische Allgemeine vom 25. 2. 2006, FAZ vom 28. 8. 2006, RBR TV). "Daß dabei die Strafbarkeit nach den §§ 333, 334 StGB ignoriert wird, gehört zu den rätselhaften Vorgängen, die im Zusammenhang mit dem Windgeschäft zu beobachten sind. Mit der strafbaren Handlung ist indessen die Pflicht der Finanzbehörde verknüpft, § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG anzuwenden und die Abziehbarkeit rechtswidriger Zuwendungen als Betriebsausgaben zu versagen. Hiermit ist zugleich eine bedeutende Möglichkeit zur Verbesserung der staatlichen Einnahmesituation verbunden. Hinsichtlich des subjektiven Tatbestandes von Vorteilsgewährung und Bestechung kann unschwer vom Vorsatz ausgegangen werden".