

Bernd J. Hartmann (Hrsg.)

29. Bad Iburger Gespräche

Haftung.

Zur rechtlichen Verantwortlichkeit
kommunaler Amts- und Mandatsträger

21. November 2018

www.big.uni-osnabrueck.de

Inhalt

Vorwort.....	3
Tagungsprogramm.....	4
Eröffnung des Symposiums.....	6
PROFESSOR DR. BERND J. HARTMANN, LL.M. (VIRGINIA)	
Diskussionsbericht (1. Teil).....	9
DIPL.-JUR. THERESE NEUFFER	
Die strafrechtliche Haftung von Amtsträgern wegen Untreue (§ 266 StGB) aus der Sicht der Strafrechtswissenschaft	12
PROFESSOR DR. DR. H.C. MULT. BERND SCHÜNEMANN	
Die strafrechtliche Haftung aus Sicht der Strafverfolgung	21
OBERSTAATSANWALT RENÉ VAN MÜNSTER	
Diskussionsbericht (2. Teil).....	37
DIPL.-JUR. ANTJE NEELEN/DIPL.-JUR. STEFAN JANSEN	
Verantwortliche Kommunalpolitik.....	40
PROFESSOR DR. CHRISTOPH BRÜNING	
Diskussionsbericht (3. Teil).....	59
ASS. IUR. FABIAN HENKEL	
Regress und Rechtswirklichkeit aus Sicht der Finanzkontrolle	63
DR. SANDRA VON KLAEDEN	
Absicherung von Haftungsrisiken aus Sicht des Kommunalen Schadenausgleichs	70
GESCHÄFTSFÜHRENDE R D I R E K T O R A N D R E A S K Ö H L E R	
Diskussionsbericht (4. Teil).....	81
DIPL.-JUR. STEFAN JANSEN	
Verzeichnis der Tagungsteilnehmer	82

Vorwort

Die Bad Iburger Gespräche zum Thema „Haftung. Zur rechtlichen Verantwortlichkeit kommunaler Amts- und Mandatsträger“ sind auf reges Interesse gestoßen. Rund 100 Teilnehmerinnen und Teilnehmer haben sich am 21. November 2018 in Osnabrück versammelt, um die Vorträge der Referenten zu hören und zu diskutieren. Ich freue mich, die Tagung und ihre Ergebnisse auf diesem Weg allgemein zugänglich zu machen. Auf eine Vereinheitlichung der Gliederungs- und Zitierweise haben wir verzichtet.

Die nächsten Bad Iburger Gespräche behandeln das Thema „Kommunen und Gesundheitswirtschaft“. Die Tagung ist für den 6. November 2019 geplant.

Osnabrück, im Mai 2019

Professor Dr. Bernd J. Hartmann, LL.M. (Virginia)

– Geschäftsführender Direktor des IKV –

Tagungsprogramm

- 10.00 Uhr** **Eröffnung des Symposiums**
Professor Dr. Bernd J. Hartmann, LL.M. (Virginia)
Universität Osnabrück
- 10.15 Uhr** ***pecunia non olet?* Zur strafrechtlichen Haftung von Amtsträgern wegen Bestechlichkeit**
Referent: Professor Dr. Klaus Tolksdorf
Präsident des Bundesgerichtshofs a.D.
- Diskussion**
Leitung: Professor Dr. Bernd J. Hartmann, LL.M. (Virginia)
- 11.15 Uhr** **Die strafrechtliche Haftung von Amtsträgern wegen Untreue aus der Sicht der Strafrechtswissenschaft**
Referent: Professor Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann
LMU München
- 11.45 Uhr** **Die strafrechtliche Haftung aus Sicht der Strafverfolgung**
Referent: Oberstaatsanwalt René van Münster
Leiter der Zentralstelle für Korruptionsstrafsachen,
Osnabrück
- Diskussion**
Leitung: Professor Dr. Jörn Ipsen, Universität Osnabrück
- 13.00 Uhr** **Mittagspause**
- 14.00 Uhr** **Verantwortliche Kommunalpolitik**
Referent: Professor Dr. Christoph Brüning
Christian-Albrechts-Universität zu Kiel
- Diskussion**
Leitung: Professorin Dr. Pascale Cancik, Universität Osnabrück
- 15.00 Uhr** **Regress und Rechtswirklichkeit aus Sicht der Finanzkontrolle**
Referentin: Dr. Sandra von Klaeden
Präsidentin des Niedersächsischen Landesrechnungshofs, ehemalige Staatssekretärin des Niedersächsischen Ministeriums für Inneres und Sport

15:30 Uhr

**Absicherung von Haftungsrisiken aus Sicht des Kommunalen
Schadenausgleichs**

Referent: Geschäftsführender Direktor Andreas Köhler
Kommunaler Schadenausgleich Hannover

Diskussion

Leitung: Professor Dr. Bernd J. Hartmann, LL.M. (Virginia)

16.30 Uhr

Schlusswort

Professor Dr. Bernd J. Hartmann, LL.M. (Virginia)

Eröffnung des Symposiums

Professor Dr. Bernd J. Hartmann, LL.M. (Virginia)

Meine sehr verehrten Damen, meine sehr geehrten Herren,

schön, Sie zu sehen! Ich freue mich, dass Sie es trotz des Herbstwetters wohlbehalten nach Osnabrück geschafft haben.

Viele von Ihnen durfte ich in den vergangenen Jahren schon oft bei den Bad Iburger Gesprächen begrüßen. Doch in diesem Jahr haben wir so viele Anmeldungen zu verzeichnen wie noch nie, seit ich diese Tagung besuche. Kein Wunder: Das Thema unserer Tagung, Haftung, das unsere illustren Vortragenden beleuchten werden, ist auf besonders vielfältige Weise spannend:

- Zum ersten ist das Haftungsrecht ein faszinierendes Rechtsgebiet. Das gilt zivil- und straf-, verwaltungs- und verfassungsrechtlich. Obwohl regelmäßig umfangreiche Monographien zu dem Thema erscheinen, ist doch noch nicht alles gesagt.
- Zum zweiten geht es bei der Haftung von Amts- und Mandatsträgern um Fragen, die für die Allgemeinheit von großem Interesse sind. Das ist auch der Grund, warum die Medien über Straf- und Disziplinarverfahren, die in diesem Bereich spielen, umfangreich berichten. Auch der Landesrechnungshof – heute vertreten durch seine Präsidentin, Frau Dr. von Klaeden, herzlich willkommen! – und der Bund der Steuerzahler zeigen Interesse.
- Zum dritten geht es, auch wegen des öffentlichen Interesses, um Fragen, die Sie als kommunale Amts- und Mandatsträger ganz persönlich betreffen. In der Einladung ist beispielhaft das Pforzheimer Verfahren angesprochen. Genau heute vor einem Jahr verurteilte das Landgericht Mannheim die ehemalige Oberbürgermeisterin und die frühere Kämmerin der Stadt Pforzheim nach sog. Derivatgeschäften wegen Untreue zu Bewährungsstrafen von 20 und 24 Monaten, verbunden mit beamtenrechtlichen Folgen. Die Angeklagten haben, so weiß es die Presse, Revision eingelegt.

Es geht also um viel, und daher freue ich mich besonders auf diese Tagung. Ich bin mir sicher, dass ich so viel lernen werde wie noch nie.

Das liegt zum einen daran, dass die Tagung so strafrechtlich ausfällt wie noch nie: Der ganze Vormittag ist

- der Bestechlichkeit,
- der Untreue – mit dem Kollegen Schönemann aus München – und
- der strafrechtlichen Haftung aus Sicht der Strafverfolger – in Gestalt des zuständigen Oberstaatsanwalts van Münster, dessen Zentralstelle für Korruptionsstrafsachen für den gesamten Sprengel des OLG Oldenburgs zuständig ist –

gewidmet.

Am Nachmittag beleuchten wir dann praktische Fragen des Kommunalrechts und der Kommunalpolitik, und zwar

- die verantwortliche Kommunalpolitik – Herr Kollege Brüning aus Kiel ist zugleich Vizepräsident des Schleswig-Holsteinischen Landesverfassungsgerichts –,
- den Regress und die Rechtswirklichkeit aus Sicht der Finanzkontrolle und
- den Kommunalen Schadensausgleich, der landesweit Haftungsrisiken abzusichern vermag und für den Herr Köhler aus Hannover verantwortlich ist.

Liebe Herren Referenten, auch Ihnen ein herzliches Willkommen! Sie alle, unsere illustren Vortragenden, sind der andere Grund, warum wir uns auf die Tagung freuen dürfen.

Bitte erlauben Sie, dass ich Ihnen den Eröffnungsreferenten etwas näher vorstelle. Klaus Tolksdorf steht der vollziehenden Gewalt nahe. Er ist Polizistensohn und hat selbst die Polizeischule besucht. Rechtswissenschaft studierte er in Bonn. Er wurde mit einer Dissertation über das *Mitwirkungsverbot für den befangenen Staatsanwalt* 1988 promoviert und in Münster 1999 zum Honorarprofessor ernannt. Völlig zu Recht, wie ich schon damals – ich bekenne: forsch – fand. Ich meinte, das beurteilen zu können, saß ich doch als Student in der Lehrveranstaltung zu aktuellen Fragen des Straf- und Strafprozessrechts, die Herr Tolksdorf als BGH-Richter anbot und die ich wie eine Arbeitsgemeinschaft – geringe Größe – bei einem Professor – höchste Kompetenz – empfunden habe.

Ich kann mich noch gut erinnern, wie begeistert ich war, als wir über die Entscheidung des BGH zur *actio libera in causa* sprachen. In einem Urteil aus dem Jahr 1996 hatte der 4. Strafsenat den Anwendungsbereich der Rechtsfigur eingeschränkt. Das hat mir gut gefallen, weil ich die *alic*, wie wir Studenten sie damals liebevoll nannten, vor Art. 103 Abs. 2 GG, gelinde gesagt, schwierig fand.

Während meiner Zeit als Referendar in Düsseldorf fand am dortigen Landgericht der Mannesmann-Prozess statt, der 2004 mit einem Freispruch auch wegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums endete. In der „Parallelwertung der Laiensphäre“, die ich mir damals durchaus zutraute, wollte mir das in seiner Unvermeidbarkeit nicht wirklich einleuchten. Als der 3. Strafsenat, dessen Vorsitz Herr Tolksdorf inzwischen übernommen hatte, später das Landgericht aufhob, habe ich mich über die Bildhaftigkeit der von ihm bekannt gemachten, vielzitierten Wendung vom Aufsichtsrat als bloßer Gutsverwalter im Gegensatz zum Gutsherren gefreut.

Meine sehr verehrten Damen und Herren, mit den Bad Iburger Gesprächen möchten Frau Kollegin Cancik, Herr Kollege Ipsen und ich nicht nur Fragen der straf- und verwaltungsrechtlichen Haftung und deren Grenzen zur Diskussion stellen. Sondern die Gespräche sollen außerdem auch in diesem Jahr wieder die Möglichkeit eröffnen, dass Wissenschaft und Praxis den fachlichen und persönlichen Austausch vertiefen. Bitte nutzen Sie die Gelegenheit, mit den knapp 100 Teilnehmerinnen und Teilnehmern dieser Tagung ins Gespräch zu kommen und Netzwerke zu knüpfen und zu stärken.

Diskussionsbericht (1. Teil)

Von Dipl.-Jur. Therese Neuffer

Diskussion im Anschluss an den Vortrag von Professor Dr. Klaus Tolksdorf
„*pecunia non olet?* Zur strafrechtlichen Haftung von Amtsträgern wegen Bestechlichkeit“ (hier nicht abgedruckt)

Moderation: Prof. Dr. Bernd J. Hartmann, LL.M. (Virginia)

Prof. Hartmann dankte für die Einführung in das Tagungsthema unter Erläuterung der Bestechlichkeits- und Vorteilsannahmetatbestände, der „Korruptionstatbestände“ des StGB.

Frau Dr. Angela Faber (LVR-Dezernentin, Landschaftsverband Rheinland) nahm in einer ersten Frage Bezug auf die „Wuppertaler Wahlkampfspende“. Sie sprach über die Überlegung, Spenden an kommunale Amtsträger *de lege ferenda* generell nicht zuzulassen, um das Vertrauen in die Unparteilichkeit der öffentlichen Hand zu stärken und einer Politikverdrossenheit entgegenzuwirken. Zudem könnte eine schärfere Klarheit für die kommunalen Amtsträger erreicht werden. Prof. Tolksdorf räumte unter Bezugnahme auf sein Referat ein, dass die Abgrenzung zwischen erlaubter und unerlaubter Einwerbung von Wahlkampfspenden durch einen Amtsträger nach den Maßstäben, die der Bundesgerichtshof in dem Fall des Wuppertaler Oberbürgermeisters entwickelt habe, nicht immer einfach sei; über die dadurch bedingte Rechtsunsicherheit könne man nicht glücklich sein. Zu der Überlegung, kommunalen Amtsträgern die Einwerbung von Wahlkampfspenden generell zu untersagen, äußerte er sich skeptisch. Ein generelles Verbot dürfte verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen. Wahlkampfspenden würden auch von Wahlbewerbern eingeworben, die nicht im Amt stünden. Diese seien daran durch die Bestechungstatbestände nicht gehindert. Würde Amtsträgern, die sich um ihre Wiederwahl bewürben, dies verwehrt, so würden sie gegenüber Mitbewerbern in den Möglichkeiten der Wahlkampffinanzierung und damit in der Effizienz ihres Wahlkampfes benachteiligt. Es liege zumindest nicht fern, dass dadurch ihr Anspruch auf gleiche Wahlchancen verletzt werde.

Frau Ina Korter (Bürgermeisterin Butjadingen) stellte eine ihren Alltag als Bürgermeisterin betreffende Frage: Sie werde als solche zu vielen Veranstaltungen eingeladen – Abendessen, Schützenfest, Feuerwehrball und weiteres –, bei denen die Eintrittskarte für sie und ihren Partner an der Abendkasse hinterlegt oder die Bezahlung in anderer Weise übernommen werde. Frau Korter fragte, wie sie damit am besten umgehen soll. Prof. Tolksdorf nahm Bezug auf seine Ausführungen zu der für eine tatbestandsmäßige

Vorteilsannahme erforderlichen Unrechtsvereinbarung und erinnerte namentlich an die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zum EnBW-Fifa-Sponsoring sowie zu den „fünf Bier“, die der Leiter eines Liegenschaftsamtes auf Einladung von Großinvestoren während einer gemeinsamen Dienstreise an der Hotelbar konsumiert hatte. Er betonte noch einmal, dass die Frage, ob einer Vorteilsannahme eine Unrechtsvereinbarung zugrunde liege, nur unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls beantwortet werden könne. Generell sei zwar bei der Annahme von Einladungen Vorsicht angezeigt. Nach seinen Beobachtungen scheine sich zurzeit aber tendenziell eine übergroße Vorsicht auszubreiten. Er selbst wundere sich etwa, wenn er von befreundeten Unternehmern Einladungen erhalte und, obwohl der Einladung eine ausschließlich freundschaftliche Beziehung zu dem Einladenden zugrunde liege, erklären solle, dass er nicht im öffentlichen Dienst sei. Bei Frau Korter werde sich die Teilnahme an Veranstaltungen, zu denen sie als Bürgermeisterin eingeladen werde, regelmäßig als die Wahrnehmung der zu ihrem Amt gehörenden Repräsentationsaufgaben darstellen. Im Hinblick darauf liege die Annahme, dass sie Einladungen zu den von ihr genannten Veranstaltungen und die mit ihr verbundenen Vorteile aufgrund einer Unrechtsvereinbarung annehme, grundsätzlich fern. Aber auch insofern gelte, dass es auf alle Umstände des Einzelfalls ankomme. Vorsicht könnte etwa geboten sein, wenn die Umstände dafür sprechen, dass die Einladung im Zusammenhang mit konkreten Anliegen des Einladenden ausgesprochen wird (z.B. der Schützenverein benötigt ein neues Vereinsgelände), oder aus anderen Gründen Zweifel entstehen, ob es sich bei der Teilnahme an der Veranstaltung noch um die bloße Wahrnehmung von Repräsentationsaufgaben handelt (z.B. Häufigkeit von Einladungen, den üblichen Rahmen sprengende Vorteile).

Herr Frederik Bewer (Bürgermeister Angermünde) fragte dazu, ob er denn die Einladung auch für seine Partnerin annehmen dürfe. Prof. Tolksdorf betonte noch einmal, dass es auf die Umstände des Einzelfalls ankomme. Wenn es sich bei der Veranstaltung etwa um einen Ball handle, wäre es fast merkwürdig, wenn Herr Bewer ohne seine mit ihm eingeladene Partnerin teilnehme. In einem solchen Fall bestünden sicher nicht die geringsten Bedenken. Anders könnte es zu beurteilen sein, wenn der Bürgermeister sich von seiner Partnerin zu einer Veranstaltung begleiten ließe, zu der alle anderen Teilnehmer nach dem Zuschnitt der Veranstaltung ohne Partner erscheinen.

Oberstaatsanwalt René van Münster (Leiter der Zentralstelle für Korruptionsstrafsachen, Osnabrück; späterer Tagungsredner) ergänzte, dass es in Niedersachsen einen Erlass über das Verbot der Annahme von Geschenken¹ gebe, zu finden auf der Homepage des Niedersächsischen Innenministeriums. Darin seien viele Beispiele aufgeführt,

¹ Verbot der Annahme von Belohnungen, Geschenken und sonstigen Vorteilen des Niedersächsischen Ministeriums für Inneres und Sport an die Dienststellen der Landesverwaltung, Kommunen und sonstigen der Aufsicht des Landes unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, Nds. MBl. 2016, 1166.

anhand derer man sich informieren könne.² Er wies darauf hin, dass es natürlich immer einer Einzelfallbetrachtung bedürfe. Relevant sei, wer eingeladen werde, zu welcher Veranstaltung, wie viele eingeladen würden. Gegebenenfalls sei daran ein unterschiedliches Repräsentationsbedürfnis erkennbar. Das gesunde Augenmaß helfe einem aber meist schon gut weiter.

Herr Karl Urban (Bürgermeister Rühren) bekräftigte, dass es insbesondere als ehrenamtlicher Bürgermeister nachvollziehbar sei, kleine Einladungen anzunehmen, wenn man sich schon die Zeit für viele Veranstaltungen nehmen müsse.

Herr Martin Bienen (Steuerberater, BPW Treuhand GmbH, Bünde) merkte an, dass auch das Finanzamt beteiligt sei und dass dieses weit kritischer mit den angesprochenen Situationen umgehe. Er sehe steuerstrafrechtliche Risiken bei der Versteuerung und der Annahme oder Weitergabe von Einladungskarten oder Abendessen. Prof. Tolksdorf erwiderte, dass er sich zwar im Steuerrecht und Steuerstrafrecht nicht auskenne, sich jedoch aus seiner laienhaften Sicht kaum vorstellen könne, dass geldwerte Vorteile, die ein Amtsträger bei der Wahrnehmung seiner Repräsentationsaufgaben und -pflichten annimmt und, weil sie sich im üblichen Rahmen bewegen, annehmen darf, als Einkommen zu versteuern sind. Sollte dies anders sein, dürfte die Annahme eines Verbotsirrtums nahe liegen. Im Übrigen sei natürlich grundsätzlich richtig, dass die Nichtdeklarierung von Vorteilen, die ein Amts- oder Mandatsträger – korruptionsstrafrechtlich tatbestandsmäßig oder tatbestandslos – entgegengenommen habe, als Steuerhinterziehung strafbar sein kann. Insofern verwies Prof. Tolksdorf auf seine Ausführungen zu dem Fall des – wegen Vorteilsannahme nicht strafbaren – Wuppertaler Ratsmitglieds, das in seiner Steuerklärung Schmiergelder in beträchtlicher Höhe nicht angegeben hatte.

Herr Jürgen Müller (Ratsmitglied Borkum) stellte die Verständnisfrage, ob die Amtsträgereigenschaft eines Mandatsträgers nur in der Eigenschaft als Aufsichtsratsmitglied gegeben sei. Prof. Tolksdorf führte dazu aus, dass nach der Rechtsprechung Mandatsträger als solche keine Amtsträger seien. Es sei aber richtig, dass etwas anderes für Mandatsträger gelte, die in den Aufsichtsrat eines städtischen Unternehmens gewählt seien und in dieser Funktion als Amtsträger im strafrechtlichen Sinne angesehen werden müssten. Das treffe auch auf Mandatsträger zu, die in den Verwaltungsausschuss nach niedersächsischem Kommunalrecht gewählt seien.

² Merkblatt zum Verbot der Annahme von Belohnungen und Geschenken und sonstigen Vorteilen des des Niedersächsischen Ministeriums für Inneres und Sport, Beispiele zu finden in Anlage 1, http://www.mi.niedersachsen.de/themen/oeffentliches_dienstrecht_korruptionspraevention/korruption_spraevention_bekaempfung/korruptionspraevention-und--bekaempfung-62734.html (Abruf am 8.12.2018).

Die strafrechtliche Haftung von Amtsträgern wegen Untreue (§ 266 StGB) aus der Sicht der Strafrechtswissenschaft

Professor Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann

I. Überblick

1. Die Ausgaben des öffentlichen Gesamthaushalts in der Bundesrepublik Deutschland betragen im Jahr 2017 knapp 1,4 Billionen €. Daran hatten die Gemeinden und Gemeindeverbände einen Anteil von knapp 250 Mrd. €. Dass diese astronomischen Beträge durchweg zielführend und erfolgreich verausgabt werden, wäre nur in einer Gemeinschaft allwissender Engel vorstellbar. Der Bund der Steuerzahler und die Rechnungshöfe publizieren jedes Jahr eindrucksvolle Listen administrativer Verschwendung. Freilich muss man sich, wenn man sich aus strafrechtlicher Perspektive mit diesem Thema befasst, von vornherein darüber im Klaren sein, dass ein großer Teil der öffentlichen Haushalte primär für andere als für ökonomische Zwecke verwendet wird und dass selbst bei einer primär ökonomischen Zwecksetzung der ex post eintretende Misserfolg einer Zahlung nichts über deren Unrichtigkeit ex ante aussagt. So werden traditionell enorme Milliardenbeträge für die militärische Rüstung ausgegeben, die ja, um eine vom deutschen Generalstabschef Falkenhayn bei Verdun entwickelte und von den USA im Vietnam-Krieg als Body Count perfektionierte Erfolgsbeurteilungsmethode zu verwenden, nur dann einen unbezweifelbaren „Nutzen“ bewirken würden, wenn es eine entsprechende Anzahl von feindlichen Soldaten zu töten oder feindliche Fabrikations- und Infrastrukturanlagen zu zerstören gelänge – während wir uns glücklicherweise damit zufrieden geben, dass buchstäblich nichts geschieht. Oder wenn etwa der Staat an aussichtsreicher Stelle nach Erdgas bohrt, um weder vom russischen Erdgas noch vom amerikanischen Flüssiggas abhängig zu sein, aber wider Erwarten nichts findet, dann ist das keine Angelegenheit für das Strafrecht, sondern Pech.

2. Der Untreuetatbestand, über dessen Anwendung auf das Handeln von Amtsträger ich heute spreche, schützt das öffentliche Vermögen gegen seine vorsätzliche Schädigung gerade durch diejenigen Personen, die zur Bewahrung dieses Vermögens auf Posten gestellt sind. Er gehört damit zu derjenigen Deliktsgruppe, die ich Garantensonderdelikte nenne, deren Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit gerade darin begründet liegt, dass das geschützte Rechtsgut den Tätern gegenüber strukturell schutzlos ist. Wenn der Gärtner sich als Ziegenbock entpuppt, kann nur das Strafrecht den Salat und das Gemü-

se schützen. Die landläufige Schelte dieses Straftatbestandes, die von ganzen Bataillonen von Strafverteidigern vorgenommen wird, die als Publizisten auftreten und dann dank ihrer Zahl schon bald die numerisch herrschende Meinung bilden, kann mich deshalb nicht beirren, zumal diese Strafverteidiger paradoxerweise hauptsächlich von demjenigen Straftatbestand leben, den sie kritisieren. Es ist deshalb ausdrücklich zu begrüßen, dass sich Bundesgerichtshof und auch Bundesverfassungsgericht durch das gewaltige Geräusch dieser Symphonie der tausend Apologeten nicht vollständig haben ins Bockshorn jagen lassen, wofür als Eideshelfer hier ja auch der frühere Präsident des Bundesgerichtshofes Prof. Klaus Tolksdorf anwesend ist, unter dessen Vorsitz das berühmte Mannesmann-Urteil gefällt wurde.

3. Auf diesen, fast möchte ich sagen: Kulturkampf um die Deutung des Untreuetatbestandes im Einzelnen einzugehen, ist hier nicht der Ort. Ich möchte mich stattdessen auf einen kurzen Überblick über die einzelnen Tatbestandsmerkmale und ihre neuralgischen Punkte beschränken, um sodann die vor allem im Kommunalbereich wichtigen Probleme und Fallgruppen anzusprechen, die neuerdings eine besondere Aktualität erfahren haben.

II. Tatbestandsarchitektur und Täterschaft

1. Wie schon bemerkt, bestraft § 266 StGB die Schädigung anvertrauten Vermögens von innen heraus, wobei er von der Art der Täterstellung und der Tatbegehung zwei verschiedene Formen unterscheidet: Im Missbrauchstatbestand erfolgt die Schädigung auf rechtsgeschäftlichem Wege, setzt also eine Rechtsmacht zur Verfügung oder Verpflichtung bezüglich des anvertrauten Vermögens voraus, während der Treubruchtatbestand als zweite Alternative alle anderen Schädigungsformen erfasst.

2. Für den kommunalen Bereich bedeutet das, dass unter den Missbrauchstatbestand das Handeln derjenigen Personen fällt, die die Gemeinde nach außen hin vertreten, also vor allem der Bürgermeister. In meinem Studium in Göttingen vor mehr als 50 Jahren hatte es hierzu noch die Figur des Gemeindedirektors, Stadtdirektors und Oberstadtdirektors und die berühmte norddeutsche Ratsverfassung gegeben, die aber anscheinend nach meiner Auswanderung gen Süden über den Weißwurstäquator im Jahre 1971 aus mir nicht näher bekannten Gründen kassiert worden ist.

Alle anderen Personen, die im Bereich der Gemeinde in Bezug auf deren Vermögen tätig werden, aber über keine Vertretungsmacht verfügen, können deshalb nur den Treubruchtatbestand erfüllen. Für die Täterqualifikation wird hier in der Rechtsprechung eine gewisse Selbständigkeit und Entscheidungsfreiheit verlangt, womit man einzelne Aspekte der den Untreuetäter kennzeichnenden Geschäftsbesorgung für einen

Anderen namhaft macht, die in rechtstheoretischer Hinsicht einen Typusbegriff darstellt, dessen Gegenbegriff die Leistung von Handlangerdiensten ist. Wenn man das Kriterium der Selbständigkeit wörtlich nimmt, so passt es perfekt auf alle Mitglieder des Gemeinderats. Diese entscheiden, etwa in der Formulierung von Art. 30 der Bayerischen Gemeindeordnung, über alle Angelegenheiten der Gemeinde und überwachen auch die gesamte Gemeindeverwaltung, insbesondere die Ausführung der Beschlüsse des Gemeinderats. Zwar hat es im Schrifttum Versuche gegeben, eine strafrechtliche Verantwortlichkeit der einzelnen Gemeinderäte dadurch auszuschließen, dass ihnen eine parlamentsabgeordnetenvergleichbare Indemnität zugesprochen wird. Aber abgesehen davon, dass dieses aus der Zeit der konstitutionellen Monarchie stammende Privileg der Abgeordneten nach meiner Meinung heute zumindest eingeschränkt gehört, gibt es für seine Übertragung auf die Mitglieder des Gemeinderats als eines Verwaltungsorgans nicht die geringste Rechtfertigung. Selbst der Freistaat Bayern, der in Art. 51 seiner Gemeindeordnung die Indemnität regelt, hat für die Bundesgesetze und damit auch für das Strafrecht eine sich ohnehin aus Art. 31 Grundgesetz ergebende Begrenzung hinzufügen müssen. Und was die noch anzutreffende Berufung auf das freie Mandat des einzelnen Gemeinderats anbetrifft, so kann das ja nur eine Freiheit von fremden Befehlen bedeuten, die, nebenbei bemerkt, selbst in der Rechtswirklichkeit der heutigen Parlamente durch den üblichen Fraktionszwang in einen Fetzen Papier verwandelt worden ist. Eine Freiheit zur Begehung von Straftaten ist damit nicht gemeint.

3. Gemeinderäte können also durch ihre Beschlüsse durchaus den Treubruchtatbestand erfüllen. Daraus ergeben sich übrigens höchst intrikate strafrechtsdogmatische Probleme unter dem Aspekt der Kausalität einer einzelnen Stimmabgabe bei Mehrheitsentscheidungen, auf die ich hier aber nicht näher eingehen kann. In der Regel werden aber die Beschlüsse allein noch keinen Vermögensnachteil verursachen, so dass der Untreuetatbestand erst erfüllt ist, wenn der Beschluss durch eine objektiv zurechenbare Ausführungshandlung realisiert worden ist.

4. Diese Ausführungshandlung wird normalerweise von der Verwaltung oder direkt vom Bürgermeister vorgenommen werden. Weil der Bürgermeister verpflichtet ist, rechtswidrige Beschlüsse nicht auszuführen, sondern zu beanstanden, kommt für diesen auch eine Unterlassungstäterschaft in Betracht, wenn er die Beanstandung unterlässt. Weil er aber normalerweise ohnehin die Beschlüsse auszuführen hat, die sich nicht von selbst in reale Schädigungen verwandeln, ist er regelmäßig wegen aktiver Verwirklichung des Missbrauchstatbestandes verantwortlich, was seiner Unterlassungshaftung vorgeht.

III. Tathandlung und Taterfolg

1. § 266 verlangt weiter in beiden Varianten eine Schädigung des Vermögens durch eine pflichtwidrige Handlung. Mehr als 100 Jahre lang sind Rechtsprechung und Schrifttum davon ausgegangen, dass natürlich jede vorsätzliche Schädigung des anvertrauten Vermögens verboten und deshalb pflichtwidrig ist, dass es aber wie bei anderen Straftatbeständen auch Ausnahmesituationen geben kann, in denen eine Verminderung des Vermögens den Interessen des Geschäftsherrn nicht widerstreitet, sondern ihnen womöglich sogar direkt entspricht. Beispielsweise ist es geradezu die Aufgabe des Vorstandes eines mildtätigen Vereins, durch Spenden an würdige Personen das Vereinsvermögen zu reduzieren. Im kommunalen Bereich findet sich hierzu ein reiches Anwendungsfeld. Da das Leben in Vereinen seit dem 19. Jahrhundert ein typischer Zug der deutschen Alltagskultur ist, der nach und nach immer mehr an die Stelle kirchlicher Afterdienste getreten ist und dadurch übrigens die deutsche von sich um das Freitagsgebet scharenden Gesellschaften unterscheidet (neben der Sprache, die nach der ignoranten Meinung mancher Politiker das einzige Kennzeichen der deutschen Kultur sein soll), darf die Gemeindeverwaltung Vereine unterstützen, ohne dafür ein finanziellen Äquivalent zu erhalten. Dasselbe gilt für zahlreiche gemeindliche Einrichtungen. Es gibt beispielsweise wohl nur wenige Schwimmbäder oder Museen, die ihren Betrieb mithilfe der Eintrittsgelder finanzieren können und deshalb ohne direkte Unterstützung der öffentlichen Hand, speziell der Gemeinden, lebensfähig wären.

2. Dieses normale strafrechtsdogmatische Verhältnis, dass die Vermögensschädigung die Rechtswidrigkeit indiziert, diese aber durch Erlaubnisse ausgeschlossen wird, ist nun seit einiger Zeit durch eine List der von mir bereits apostrophierten publizierenden Verteidiger ins Zwielicht gerückt worden, indem man eine quasi eigenständige, isolierte Pflichtwidrigkeit zusätzlich zur Schadensverursachung gefordert hat, was in der berühmte-berüchtigten Untreueentscheidung des Bundesverfassungsgerichts E 126, 170 zu einem sog. Verschleifungsverbot hochstilisiert worden ist, demzufolge jedes Tatbestandsmerkmal seinen Eigenwert behalten müsse und es nicht gestattet sei, den Schaden bereits aus der Pflichtverletzung abzuleiten. Nun ist das zwar nicht falsch, aber im Grunde eine Trivialität und hat psychologisch den Boden für den Fehlschluss bereitet, man dürfe die Pflichtwidrigkeit nicht aus der Schädigung folgern, sondern müsse immer eine eigene, irgendwo in einem geschriebenen Gesetz niedergelegte spezielle Pflichtwidrigkeit ausfindig machen. Neben diesem dogmatischen Irrweg existiert noch ein zweiter, indem man die in § 266 vorausgesetzte Rechtswidrigkeit der Tathandlung um die zusätzliche Forderung einer gravierenden Pflichtverletzung bereichert oder, wie ich es sehe, kompromittiert. Diesen Sirenentönen einer durchaus cum studio entwickelten Dogmatik hat sich weder das Bundesverfassungsgericht noch gelegentlich der Bundesgerichtshof entziehen können, doch hat sich dieser in seinen fundamentalen Entschei-

dungen zum Fall Mannesmann und zum Fall der HSH-Nordbank klug am Mast einer sine studio entwickelten Untreuedogmatik festgebunden und wird diese Position hoffentlich auch in Zukunft nicht verlassen.

3. Anstelle des ominösen Verschleifungsverbots und der generalklauselartigen, ersichtlich auf Exkulpation zielenden Forderung einer gravierenden Pflichtverletzung muss selbstverständlich geprüft werden, ob der treuhänderische Verwalter eines fremden Vermögens zu seiner auf einen Vermögensabfluss hinauslaufenden Maßnahme nach der für seine Stellung geltenden normativen Ordnung befugt war oder nicht; in Ermangelung einer solchen Befugnis bleibt die Schädigung rechtswidrig. Und daraus folgt selbstverständlich für das kommunale Handlungsfeld, dass der Beurteilungsspielraum und der Ermessensbereich der handelnden Personen überschritten sein müssen, wozu auch bei Entscheidungen unter Risiko die Stellung der Prognose gehört. Auf diese Weise werden die öffentlich-rechtlichen Grundsätze zu den Grenzen eines Beurteilungsspielraums und zu den Ermessensfehlern als Vorfragen der strafrechtlichen Rechtswidrigkeitsprüfung relevant.

4. Bei Prognoseentscheidungen gilt der allgemeine Grundsatz der Business Judgment Rule, dass diese aufgrund angemessener Informationen unter bestmöglicher redlicher Abwägung aller bekannten Umstände zu treffen sind. Der Zweck des Handelns muss sich im Rahmen der kommunalen Aufgaben halten, und für den Einsatz des aufgewendeten Vermögens gelten die haushaltsrechtlichen Prinzipien der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit. In diese eingeschlossen ist das kommunale Spekulationsverbot. Als Strafrechtsdogmatiker werde ich mich hüten, mich über die Einzelheiten dieser öffentlich-rechtlichen Prinzipien zu verbreiten, weil die Experten hierfür ja nicht auf meinem Stuhl, sondern im Auditorium sitzen. Auf einzelne Fragen werde ich freilich im letzten Abschnitt meiner Überlegungen zurückkommen.

IV. Zur Dogmatik des Vermögensnachteils

1. Wegen der zentralen Bedeutung, die das Tatbestandsmerkmal des Vermögensnachteils nach meinen bisherigen Überlegungen einnimmt, stellt dessen Umgrenzung das zentrale dogmatische Problem des § 266 StGB dar. Hier ist der Bundesgerichtshof wiederholt der Gefahr erlegen, den Schadensbegriff dermaßen zu normativieren, dass er in der Tat in der Pflichtverletzung aufgeht. Dass dies nicht richtig sein kann, hat das Bundesverfassungsgericht, wie schon bemerkt, in der Sache zutreffend ausgesprochen, ist seiner eigenen Marschroute aber sogleich wieder untreu geworden, indem es die vollständige Normativierung des Schadensbegriffs durch den 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofes bei den schwarzen Kassen für verfassungsmäßig erklärt hat. Ich kann hierauf an dieser Stelle nicht näher eingehen, sondern wende mich stattdessen einer speziell für

die Amtsuntreue in der sog. Bugwellen-Entscheidung des BGH entwickelten, enormen Einschränkung des Nachteilsbegriffs zu. Hier hat der BGH anlässlich des Verhaltens eines Generalintendanten, der mit einer Haushaltsüberschreitung von 2 Mio. DM rechnete, hiergegen aber keine Maßnahmen ergriff, eine dreistufige Prüfung entwickelt: Zunächst sei zu untersuchen, ob die Mittel überhaupt dem öffentlichen Zweck gemäß eingesetzt worden seien, wofür es ausreiche, dass der Mitteleinsatz „grundsätzlich den vorgegebenen Zwecken entspreche“. Auf der zweiten Stufe sei zu unterscheiden, ob es um ein normales fiskalisches Geschäft gehe oder aber um staatliche Subventionen und Kunstförderung. Bei letzterem würde es darauf ankommen, ob die durch die beanstandete Verfügung erlangte Gegenleistung „ihren Preis wert ist“. Auch wenn dies zu bejahen ist, könne jedoch auf der dritten Stufe unter „besonderen Voraussetzungen“ eine Untreue in Betracht kommen, indem die für den individuellen Schadenseinschlag bei Privatpersonen geltenden Grundsätze auf die Fälle der Haushaltsuntreue übertragen würden. Von einem Schaden sei dann zu sprechen, wenn entweder eine wirtschaftlich gewichtige Kreditaufnahme erforderlich werde oder die Dispositionsfähigkeit des Haushaltsgesetzgebers in schwerwiegender Weise beeinträchtigt würde oder wenn dieser durch den Mittelaufwand in seiner politischen Gestaltungsbefugnis beschnitten werde (BGHSt 43, 293).

2. Die Kasuistik der anschließenden 20 Jahre hat gezeigt, dass letztlich nur noch solche haushaltswidrigen Maßnahmen als Untreue bestraft wurden, durch die einer Privatperson ein von ihm nicht zu beanspruchender und deshalb rechtswidriger Vorteil zugewendet wurde, also nur die echten Korruptionsfälle.

3. Nach meiner Meinung ist dadurch aber die Amtsuntreue zu stark eingeschränkt worden, weshalb ich 2011 auf der Grundlage eines vom Steuerzahlerbund in Auftrag gegebenen Gutachtens die Schaffung eines neuen § 349 StGB vorgeschlagen habe, der als Spezialtatbestand die Haushaltsuntreue unter Strafe stellt und die Bestrafung davon abhängig macht, dass ein im Einzelnen aufgezählter Haushaltsgrundsatz zur Sicherung des Entscheidungsmonopols der für die Aufstellung des Haushaltsplanes zuständigen Stelle oder der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der öffentlichen Haushaltsführung missachtet worden ist, wobei als weiterer Tatbestand auch in Anknüpfung an den Wuchertatbestand die Vergabe öffentlicher Mittel spezialgesetzlich als Haushaltsverschwendung unter Strafe gestellt werden sollte, wenn zwischen den aufgewendeten Mitteln und dem mit dem Haushaltsansatz verfolgten Nutzen oder der Leistungsfähigkeit der Stelle, die die öffentlichen Mittel verwaltet, ein auffälliges Missverhältnis besteht. Auf die dahinterstehenden Überlegungen will ich hier nicht weiter eingehen, weil es heute um geltende Recht und um dessen Reform geht. Immerhin möchte ich dazu eine Anekdote erzählen: Im Koalitionsvertrag des dritten Kabinetts Merkel war festgelegt, dass die Koalition sich für eine bessere Bekämpfung der Verschwendung öffentlicher Mittel

verwenden würde. Als mein Gutachten von dem Bund der Steuerzahler der Bundeskanzlerin übersandt wurde, antwortete der damalige Kanzleramtsminister Pofalla, dass nach sorgfältiger Prüfung bereits das geltende Recht als ausreichend angesehen würde. Ich kann dazu die Anmerkung nicht unterdrücken, dass diese Antwort für die Behandlung der Koalitionsvereinbarungen zwischen CDU/CSU und FDP durch die Bundeskanzlerin auch in manch anderem Punkt bezeichnend war, beispielsweise bezüglich der von der FDP durchgesetzten Vereinbarung, für den Abzug der amerikanischen Atomwaffen vom deutschen Boden zu sorgen, an die sich die Kanzlerin später nicht mehr erinnern konnte.

V. Die wichtigsten Fallgruppen im kommunalen Bereich

1. Die Verschwendung öffentlicher Mittel

Hierunter verstehe ich Ausgaben, die einem zulässigen Zweck dienen, die aber der Höhe nach völlig unangemessen sind. Die vom Bundesgerichtshof in der Bugwellen-Entscheidung herausgestellte Äquivalenz des Leistungsverhältnisses zwischen der Körperschaft und dem privaten Unternehmen, das die Leistung erbringt, ist der falsche Ansatz. Man muss stattdessen sehen, dass es sich um ein Dreiecksverhältnis handelt und dass die Leistung letzten Endes an den Bürger erbracht wird. Es kommt also auf eine angemessene Beziehung in diesem Verhältnis an. Ein Beispiel: Wenn die Gemeinde für ihre bei einem Wettbewerb siegreichen Kaninchenzüchter eine Party mit Dom Perigon und persischem Kaviar veranstaltet, so besteht im Verhältnis zu dem Lieferanten zweifelslos ein Äquivalenzverhältnis. Für eine Feier der Kaninchenzüchter ist das Wort völlig unangemessen. Hier läge es m. E. in der Auslegungskompetenz der Rechtsprechung, den von mir für eine Spezialnorm vorgeschlagenen Maßstab des Wuchers schon de lege lata zur Konkretisierung des Vermögensschadens anzuwenden. Da wir diesen Maßstab ja bereits im Gesetz, nämlich in § 291 StGB finden, kann ihm nicht der Vorwurf strafrechtlicher Unbestimmtheit gemacht werden. Man sollte deshalb eine Strafe für denjenigen Amtsträger reklamieren, „der im Rahmen seines Zuständigkeitsbereichs über die Bewilligung oder Ausgabe öffentlicher Mittel entscheidet, wenn zwischen dieser und dem mit dem Haushaltsansatz verfolgten Nutzen oder der Leistungsfähigkeit der Stelle, die die öffentlichen Mittel verwaltet, ein auffälliges Missverhältnis besteht.“

2. Kassenkredite

Die Aufnahme eines unzulässigen Kassenkredits für Investitionsmaßnahmen wurde vom Bundesgerichtshof als Untreue bewertet, wobei der Schaden in der Zinsbelastung bestanden habe. Diese Entscheidung wurde vom Bundesverfassungsgericht, und zwar

von einer Kammer, mit der Begründung aufgehoben, dass hier möglicherweise eine unzulässige Verschleifung von Tatbestandsmerkmalen vorliege.

3. Zins-Swap-Geschäfte

Der Abschluss eines Zins-Swap-Geschäfts, der aufgrund der weiteren Entwicklung zu einer erheblichen Mehrbelastung führte, wurde vom Bundesgerichtshof als möglicherweise strafbar bezeichnet, ohne dass der Fall endgültig entschieden wurde. Der BGH betonte hier die notwendige Konnexität zwischen einer bereits bestehenden Schuld und dem Zins-Swap-Geschäft. Ohne Konnexität würde das Geschäft gegen das Spekulationsverbot verstoßen, das der BGH aus den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ableitete. Beiläufig (BGHSt 62, 144 Rn. 60) wurde ein sog. Forward Rate Agreement für unzulässig erklärt, was aber bei gegebener Konnexität nicht überzeugt.

Nach Presseberichten hat die Deutsche Bank, die das Zins-Swap-Geschäft mit Kommunen im großen Stile betrieben hat, dieses von Anfang an so konzipiert, dass die Kommune immer verlieren musste. Wenn der Vertreter der Kommune, etwa der Stadtkämmerer, dies erkannt hatte oder wusste, dass er eine unzulängliche Prüfung der Geschäftsstruktur vorgenommen hatte, käme durchaus eine Haftung wegen vorsätzlicher Untreue in Betracht.

4. Sale and lease back-Geschäfte

Dasselbe gilt für die Sale & Lease Back-Geschäfte, die die deutschen Kommunen teilweise in größtem Stil betrieben haben. Die diesbezüglichen Vertragswerke, die, amerikanischer Praxis entsprechend, mehrere hundert Seiten betragen, wurden hierbei den deutschen Kommunen nicht einmal übermittelt, sondern lagen in New York bei den dortigen Anwälten. Die Kommunen bekamen nur eine Zusammenfassung ausgehändigt. Es war häufig erkennbar, dass das Geschäft einen kurzfristigen Nutzen hatte, langfristig aber sehr schädlich war. Für die Anwendung des Untreuetatbestandes gilt hier meiner Meinung nach dasselbe wie bei den Spekulationsgeschäften mit Subprime Mortgages, die von deutschen Banken in der Regel ohne ausreichende Prüfung abgeschlossen wurden und später zu riesigen Spekulationsverlusten führten. Dass eine strafrechtliche Aufarbeitung dieses Komplexes weitestgehend unterblieben ist, ist in meinen Augen eine Schande für die deutsche Justiz. Daraus können jetzt aber die Bürgermeister und Stadtkämmerer, die in entsprechender Weise ohne ausreichende Prüfung Sale & Lease Back-Geschäfte abgeschlossen haben, keine Exkulpation für sich ableiten.

5. Handeln in Aufsichtsräten kommunaler Gesellschaften

Ein wichtiges Thema stellt schließlich auch das Verhalten der kommunalen Aufsichtsorgane dar, die bei formeller Privatisierung in entsprechende Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder Aktiengesellschaften berufen worden sind. Hier kann es im Prinzip zu einem Konflikt zwischen den Vorschriften des Gesellschaftsrechts und den Zielen der Gemeinde kommen, die etwa Verluste in Kauf nimmt, um bürgernahe Leistungen zu erbringen. Die Auflösung des Dilemmas kann nur dadurch geschehen, dass die Kommune als Anteilseignerin entsprechende Patronatserklärungen abgibt. Jedenfalls ist die bloße Anweisung zu einer Maßnahme, die gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften der GmbH verstößt, kein Rechtfertigungsgrund, wenn nicht zusätzlich die für einen solchen Fall erforderlichen gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen ergriffen werden.

Die strafrechtliche Haftung kommunaler Amts- und Mandatsträger aus Sicht der Strafverfolgungspraxis

*Oberstaatsanwalt René van Münster**

Der folgende Beitrag gibt zunächst einen Überblick darüber, in welchem Umfang sich die Staatsanwaltschaft Osnabrück mit Ermittlungsverfahren gegen Amts- und Mandatsträger befasst. Sodann wird, ohne Anspruch auf Vollständigkeit, aufgezeigt und anhand von Beispielen dargelegt, wo nach den Erfahrungen aus der hiesigen Praxis am ehesten Strafbarkeitsrisiken für Amts- und Mandatsträger bestehen. Dabei wird auch auf Umstände hingewiesen, welche die Gefahr, dass Amtsträger zu Straftätern werden, erhöhen und die durch geeignete Präventionsmaßnahmen vermieden werden könnten.

1. Ermittlungen gegen kommunale Amts- und Mandatsträger

Die Abteilung 10 der Staatsanwaltschaft Osnabrück ist in zweierlei Hinsicht für die Verfolgung von Straftaten von Amts- und Mandatsträgern zuständig.

Zunächst und in erster Linie ist die Abteilung als Zentralstelle für Korruptionsstrafsachen zuständig für die Verfolgung von Korruptionsdelikten und damit im Zusammenhang stehenden Straftaten im gesamten Bezirk des Oberlandesgerichts Oldenburg.

Darüber hinaus ist die Abteilung 10 in dem eigentlichen Zuständigkeitsbereich der Staatsanwaltschaft Osnabrück, der die Landkreise Osnabrück, Emsland und Grafschaft Bentheim umfasst, auch zuständig für Ermittlungsverfahren gegen Amts- und Mandatsträger wegen sonstiger Straftaten im Zusammenhang mit deren Dienstausbung.

Im Jahr 2017 hat die Staatsanwaltschaft Osnabrück circa 90 Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts von Korruptionsstrafsachen gegen Amtsträger und andere Personen und weitere etwa 400 Ermittlungsverfahren gegen Amtsträger wegen des Verdachts sonstiger Straftaten geführt.

Bei fast 500 Ermittlungsverfahren in einem Jahr könnte man also meinen, dass für Amts- und Mandatsträger ein ganz erhebliches Risiko strafrechtlicher Verfolgung besteht.

* Der Verfasser ist Leiter der Zentralstelle für Korruptionsstrafsachen der Staatsanwaltschaft Osnabrück, der Beitrag gibt jedoch seine persönliche Meinung wieder.

Bei näherer Betrachtung ist dem jedoch nicht so. Denn zu einem nicht unerheblichen Teil haben die Verfahren Strafanzeigen zum Gegenstand, die eher als Unmutsäußerungen – oft mit querulatorischem Charakter – zu bewerten sind, die keinen Anfangsverdacht einer Straftat begründen und die daher gar nicht erst zu der Aufnahme von Ermittlungen führen.

Dazu kommen zahlreiche Strafanzeigen gegen Polizeibeamte wegen des Vorwurfs der Nötigung oder der Körperverletzung im Amt bei der Anwendung unmittelbaren Zwangs, z.B. bei Festnahmen oder Durchsuchungsmaßnahmen.

Die jährliche Zahl der „gehaltvollen“ Ermittlungsverfahren gegen kommunale Amts- und Mandatsträger lässt sich demgegenüber an wenigen Händen abzählen. Noch überschaubarer ist dementsprechend die Zahl der Verfahren, die tatsächlich zu Anklagen gegen und Verurteilungen von Amtsträgern oder auch nur zu einer Verfahrenseinstellung gegen Auflagen führten.

2. Strafbarkeitsrisiken für Mandatsträger bei Ausübung ihres Mandats

Hinsichtlich des Strafbarkeitsrisikos für Mandatsträger, also gewählte Mitglieder eines Gemeinderats oder eines Kreistags, bei Ausübung ihres Mandats ist zwischen sogenannten Jedermanns- oder Allgemeindelikten, Amtsdelikten und Sonderdelikten, die nur durch Mandatsträger verwirklicht werden können, zu unterscheiden.

a) Allgemeindelikte sind Straftaten, die keine besonderen Merkmale in der Person des Täters voraussetzen, sondern die von jedermann verwirklicht werden können. Betrug oder Untreue sind beispielsweise solche Delikte.

Rechtswidrige Beschlüsse des Rates oder eines Ausschusses können strafrechtlich relevant sein, wenn sie mitursächlich für die Verwirklichung eines Straftatbestandes sind. Wann sich das einzelne Ratsmitglied dabei strafbar macht, ob also bereits straffrei ist, wer gegen eine rechtswidrige Mehrheitsentscheidung gestimmt oder sich der Stimme enthalten hat, oder ob ein weitergehendes Bemühen, den Beschluss abzuwenden, erforderlich ist, ist im Einzelnen umstritten.¹ In der hiesigen Strafverfolgungspraxis spielen diese Fragen jedoch kaum eine Rolle. Soweit ersichtlich, gab es in den vergangenen 10 Jahren bei der Staatsanwaltschaft Osnabrück nur ein Verfahren, in dem Ermittlungen gegen Ratsmitglieder wegen deren Beteiligung an rechtswidrigen Kollektiventscheidungen geführt und schließlich auch Anklage gegen Ratsmitglieder erhoben wurde.

¹ Vgl. Weber, „Können sich Gemeinderatsmitglieder durch ihre Mitwirkung an Abstimmungen der Untreue schuldig machen?“, BayVBl. 1989, S. 166 ff.

Dabei ging es um folgenden Sachverhalt: Eine Gemeinde wollte ihren Schulstandort sichern und die vorhandene Hauptschule um einen Realschulzweig erweitern. Zuständig für die Standortentscheidung war jedoch die Samtgemeinde, der die Gemeinde angehört. Und die Samtgemeinde lehnte das Ansinnen wegen fehlenden Bedürfnisses für die Errichtung der Realschule gemäß § 106 des Niedersächsischen Schulgesetzes ab. Dies wollte die Gemeinde nicht akzeptieren und entwickelte den Gedanken, dass die Realschule in freier Trägerschaft errichtet und von der Gemeinde finanziell unterstützt werden sollte. Der Rat fasste entsprechende Beschlüsse, die dazu geführt hätten, dass die private Realschule weit überwiegend von der Gemeinde finanziert worden wäre. Die Landesschulbehörde sah in diesem Vorgehen jedoch eine verdeckte Schulträgerschaft der Gemeinde, weshalb die Samtgemeinde die von der Gemeinde beabsichtigte Anfangsfinanzierung ablehnte. Um das Ziel dennoch zu erreichen, fasste der Gemeinderat verschiedene Beschlüsse. Zum einen sollte in der Gemeinde in der Zeit eine Straße saniert werden. Die Gemeinde hatte dafür auf Grundlage einer Straßenausbaubeitragssatzung bereits Zahlungen der Anlieger erhalten. Nachdem die Geldbeträge also vorhanden waren, beschloss der Gemeinderat dann jedoch mit Blick auf die beabsichtigte Unterstützung der freien Realschule, dass für den Straßenausbau nun doch keine Straßenausbaubeiträge erhoben werden und die Anwohner ihre bereits gezahlten Beiträge stattdessen der privaten Realschule zur Verfügung stellen sollten.

Die Gelder wurden mit dem Einverständnis der Anlieger entsprechend übertragen und zur Errichtung des Schulgebäudes verwendet, während der Straßenausbau letztlich aus dem Haushalt der Gemeinde finanziert wurde.

Außerdem fasste der Gemeinderat, obwohl inzwischen bereits das Oberverwaltungsgericht Lüneburg die kommunale Finanzierung der Schule für unzulässig erklärt hatte, weitere Beschlüsse, mit denen der Ausbau des Schulgebäudes finanziert werden sollte und auch finanziert wurde.

Die Staatsanwaltschaft erhob wegen dieser Sachverhalte gegen die an den Beschlussfassungen beteiligten Ratsmitglieder Anklage zum Landgericht Osnabrück wegen des Vorwurfs der Untreue gemäß § 266 Strafgesetzbuch (StGB).

Voraussetzung der Untreuestrafbarkeit ist die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht. Nun ist es durchaus umstritten, ob Ratsmitglieder eine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der Kommune oder den Bürgern haben.² Das Landgericht Osnabrück jedenfalls sah im Zwischenverfahren nach summarischer Prüfung einen hinreichenden Verdacht der Untreue gegen die meisten angeklagten Ratsmitglieder. Die Auffassung begründete das Gericht damit, dass Ratsmitglieder eine Vermögensbetreuungspflicht im

² Vgl. Dierlamm, in: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl., § 266 Rn. 109.

Hinblick auf das Gemeindevermögen hätten, da sie ihr Handeln in erster Linie am Gemeinwohl orientieren müssten.

Abgelehnt hat das Landgericht die Eröffnung des Hauptverfahrens bezüglich eines Ratsherrn, da dieser bei den Abstimmungen gegen die nachteiligen Beschlüsse gestimmt hatte.

Hinsichtlich der übrigen angeklagten Ratsmitglieder stellte das Gericht das Verfahren später aus verschiedenen Gründen ohne Hauptverhandlung – teilweise jedoch nur gegen Zahlung von Geldauflagen – ein.

Da es sich bei dem geschilderten Verfahren um die einzige Anklage gegen Mandatsträger wegen eines Allgemeindelikts durch ihre Mandatsausübung in den vergangenen Jahren handelt, erscheint das Risiko strafrechtlicher Verfolgung in dem Bereich also gering.

b) Spezielle Amtsdelikte sind solche, die nur durch Amtsträger verwirklicht werden können. Dazu zählen beispielsweise Vorteilsannahme (§ 331 StGB), Bestechlichkeit (§ 332 StGB) oder auch Körperverletzung im Amt (§ 340 StGB).

Der Amtsträgerbegriff ist in § 11 StGB definiert. Amtsträger ist demnach, wer Beamter ist, was auf Mandatsträger in ihrer Funktion nicht zutrifft. Amtsträger ist zudem, wer in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis steht. Der Bundesgerichtshof hat dazu entschieden, dass Gemeinderatsmitglieder keine Träger eines öffentlichen Amtes sind. Denn sie üben gerade kein Amt, sondern ihr freies Mandat aus und unterliegen dabei keinen Treuepflichten gegenüber einem Dienstherrn. Mangels Amtsträgereigenschaft können durch die Ausübung des politischen Mandats also keine Amtsträgerdelikte verwirklicht werden.³

Etwas anderes gilt jedoch, wenn ein Mandatsträger über die Ausübung seines Mandats hinaus weitere Aufgaben wahrnimmt. In erster Linie geht es in der Praxis dabei um die Übernahme von Aufsichtsratsfunktionen in kommunalen Gesellschaften. Solche Gesellschaften nehmen in der Regel Aufgaben öffentlicher Verwaltung, nämlich der Daseinsvorsorge, wahr. Ein Ratsmitglied, das von dem Gemeinderat in den Aufsichtsrat entsandt wird, nimmt längerfristig eine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung wahr und ist in dieser Funktion Amtsträger. Dies hat zur Folge, dass sich beispielsweise ein in den Aufsichtsrat eines kommunalen Klinikums entsandtes Ratsmitglied, das einer Gehaltserhöhung für den Geschäftsführer des Klinikums zustimmt, weil dieser ihm dafür in

³ BGH, in NJW 2006, S. 2050, 2052.

Aussicht gestellt hat, seiner Tochter eine Anstellung in dem Klinikum zu verschaffen, wegen Bestechlichkeit strafbar macht.

c) Ein spezielles Haftungsrisiko für Mandatsträger besteht darüber hinaus nur in Form des Sonderdelikts der Bestechlichkeit von Mandatsträgern gemäß § 108e StGB.

Danach macht sich – vereinfacht gesagt – strafbar, wer einen ungerechtfertigten Vorteil dafür fordert oder annimmt, dass er bei der Wahrnehmung seines Mandats eine Handlung im Auftrag oder auf Weisung vornimmt. Die Norm wurde zum 01.09.2014 neu gefasst, bis dahin regelte § 108e StGB die Strafbarkeit der sogenannten „Abgeordnetenbestechung“.

Nach der früheren Regelung war nur der unmittelbare Stimmenverkauf bei Wahlen und Abstimmungen strafbar. Vom Tatbestand erfasst war beispielsweise die Annahme einer Geldzahlung durch ein Ratsmitglied als Gegenleistung dafür, dass er im Stadtrat bei der Abstimmung in der von dem Geber gewünschten Weise abstimmen werde. Als strafwürdig angesehenes korruptives Verhalten außerhalb konkreter Abstimmungen wurde von dem Tatbestand dagegen nicht erfasst.

Inhaltlich ist durch die Neuregelung des § 108e StGB das Haftungsrisiko für Mandatsträger nun insoweit gestiegen, als die Beschränkung auf den direkten und unmittelbaren Stimmenkauf aufgehoben wurde. Es genügt jetzt als Gegenleistung für den korruptiven Vorteil jede Handlung „bei der Wahrnehmung des Mandats“. So erfasst § 108e StGB nunmehr auch das Engagement eines Ratsmitglieds bei Beratungen im Vorfeld einer Abstimmung, beispielsweise das Werben für eine bestimmte Position gegenüber den übrigen Ratsmitgliedern.

Andererseits enthält die Regelung gegenüber der Amtsträgerkorruption jedoch noch einige Restriktionen. So fehlt es an einer „Lockerung“ der Unrechtsvereinbarung, wie sie der Gesetzgeber in § 331 StGB für Amtsträger vollzogen hat. Zuwendungen, die nicht in Bezug auf ein genau bestimmtes Abstimmungsverhalten gewährt werden, sondern nur der allgemeinen Klimapflege dienen sollen, fallen weiterhin nicht unter § 108e StGB.

Neu geregelt wurde auch die Zuständigkeit für die Verfolgung der Bestechlichkeit von Mandatsträgern. Zuständig sind gemäß § 120b des Gerichtsverfassungsgesetzes nicht die örtlichen Staatsanwaltschaften und Gerichte, sondern die Generalstaatsanwaltschaft und das Oberlandesgericht, in deren Bezirk die Landesregierung ihren Sitz hat, was in Niedersachsen die Generalstaatsanwaltschaft und das Oberlandesgericht in Celle sind.

In der Strafverfolgungspraxis in Niedersachsen hat die Neuregelung der Bestechung von Mandatsträgern bisher keine erkennbaren Auswirkungen gezeigt. Seit der Neuregelung ist es in keinem Fall zu einer Anklage wegen Bestechlichkeit eines Mandatsträgers gekommen.

Im Bezirk der Staatsanwaltschaft Osnabrück gab es bisher nur eine Strafanzeige, die wegen einer möglichen Straftat gemäß § 108e StGB an die Generalstaatsanwaltschaft Celle abgegeben wurde:

Einem Ratsmitglied wurde darin vorgeworfen, Mitglied des Bauausschusses und zugleich Mitinvestor eines geplanten Windparks zu sein. Vertraglich sei die Investition so vereinbart worden, dass der Beschuldigte bei Realisierung des Projekts von den zu erwartenden Gewinnen profitiert hätte, er aber für den Fall, dass die erforderlichen Genehmigungen nicht erteilt würden, keinerlei Risiko hinsichtlich der Planungskosten hätte tragen sollen.

Die Generalstaatsanwaltschaft Celle sah in dem Fall jedoch keinen Anfangsverdacht der Bestechlichkeit des Mandatsträgers. Denn das Ratsmitglied war Eigentümer eines der Grundstücke, auf denen der Windpark realisiert werden sollte, und das Unternehmen, das den Windpark realisieren wollte, hatte entsprechende Kostenvereinbarungen nicht nur mit dem Ratsmitglied, sondern mit allen betroffenen Grundstückseigentümern getroffen. Für eine zur Tatbestandsverwirklichung erforderliche Unrechtsvereinbarung, also den Zusammenhang zwischen der Vorteilszuwendung und der Mandatsausübung, sah die Generalstaatsanwaltschaft unter diesen Umständen keine Anhaltspunkte.

3. Strafrechtliche Haftungsrisiken von Amtsträgern

Während Korruptions- und Vermögensdelikte regelmäßig Gegenstand strafrechtlicher Ermittlungen sind, haben wir es in der Praxis nur selten mit Ermittlungsverfahren gegen Amtsträger wegen sonstiger Straftaten im Zusammenhang mit der Dienstausbübung zu tun – von den erwähnten Strafanzeigen gegen Polizeibeamte wegen vermeintlicher Straftaten bei der Anwendung unmittelbaren Zwangs einmal abgesehen.

a) Das größte Haftungsrisiko dürfte für Amtsträger im Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte bestehen. § 15 StGB besagt, dass nur vorsätzliches Handeln strafbar ist, wenn das Gesetz nicht ausdrücklich auch fahrlässiges Handeln mit Strafe bedroht. Klassische Fahrlässigkeitsdelikte sind die fahrlässige Körperverletzung und die fahrlässige Tötung, daneben kommen aber auch Delikte wie fahrlässige Baugefährdung oder fahrlässige Bodenverunreinigung in Betracht.

Voraussetzung der Fahrlässigkeitsdelikte ist, dass der Täter den tatbestandsmäßigen Erfolg, also beispielsweise die Gefährdung eines Verkehrsteilnehmers oder die Bodenverunreinigung, verwirklicht, indem er objektiv gegen eine Sorgfaltspflicht verstößt, die gerade dem Schutz des beeinträchtigten Rechtsguts dient, und dass der Täter auch nach seinen subjektiven Fähigkeiten und Kenntnissen den Taterfolg hätte vorhersehen und vermeiden können.

Welche Sorgfaltspflichten ein Amtsträger zu beachten hat, ergibt sich aus dessen Aufgaben- und Zuständigkeitsbereich und aus allen für ihn in diesem Bereich geltenden Rechtsnormen und dienstlichen Regelungen. Wer also bei seinen Entscheidungen Regelungen missachtet, die auch den Schutz von Rechtsgütern Dritter bezwecken, läuft Gefahr, strafrechtlich verantwortlich zu sein. Im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte kommt eine Strafbarkeit dabei nicht nur wegen sorgfaltswidriger aktiver Entscheidungen oder Handlungen in Betracht, sondern auch dadurch, dass objektiv gebotene Entscheidungen oder Handlungen nicht vorgenommen werden. Denn § 13 StGB besagt, dass auch bestraft werden kann, wer es unterlässt, einen tatbestandlichen Erfolg abzuwenden, wenn er rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt.

Dieses rechtliche Einstehenmüssen wird als Garantenstellung bezeichnet. Die Garantenstellung eines Amtsträgers ergibt sich in erster Linie aus den ihm für seinen Aufgabebereich rechtlich zugewiesenen Pflichten. So können Amtsträger in Umweltbehörden die Garantenpflicht haben, umweltgefährdende Anlagen zu überwachen und Umweltschäden durch diese Anlagen abzuwenden⁴. Mitarbeiter des Jugendamtes haben eine Garantenpflicht zum Schutz der ihrer Betreuung unterliegenden Kinder⁵ und ein Amtstierarzt hat als Garant für das Wohl der Tiere in dem von ihm zu überwachenden Betrieb einzustehen. Er kann sich daher bei Nichteinschreiten gegen Tiermisshandlungen wegen eines Verstoßes gegen § 17 Nr. 2b TierSchG durch Unterlassen strafbar machen⁶. Ein Amtsträger verletzt die ihm obliegenden Garantenpflichten jedoch nicht, wenn er fachgerecht handelt. Das bedeutet insbesondere, dass er strafrechtlich nicht haftet, wenn ein tatbestandlicher Erfolg eingetreten ist, obwohl der Amtsträger unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände eine im Rahmen seines Ermessens vertretbare Entscheidung getroffen hat. Denn strafbar kann nicht sein, was verwaltungsrechtlich erlaubt ist. Ein Strafbarkeitsrisiko besteht bei Ermessenentscheidungen daher nur bei einer Ermessensreduzierung auf Null, d.h., wenn durch eine bestimmte Entscheidung der tatbestandsmäßige Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit

⁴ Vgl. Fischer, StGB, 65. Aufl. 2018, Vor § 324 Rn. 17 ff.

⁵ Vgl. DIJuF-Rechtsgutachten v. 26.05.2017, JAmt 2017, S. 436 ff.

⁶ Vgl. Iburg, „Zur Unterlassungstäterschaft des Amtstierarztes bei Nichteinschreiten gegen Tiermisshandlungen“, NuR 2001, S. 77 ff.

abgewendet worden und diese Entscheidung auch nach verwaltungsrechtlichen Grundsätzen die einzig mögliche Entscheidung gewesen wäre⁷.

Folgendes Beispiel verdeutlicht die soeben skizzierten Haftungsrisiken: Eine Kommune hatte in einem Bebauungsplan zum Schutz der Anlieger einen verkehrsberuhigten Bereich vorgesehen. Zur Umsetzung sah die Planung bei der Zufahrt zu der verkehrsberuhigten Zone den Einbau eines versenkbaren Pollers vor. Der Poller wurde im Auftrag der Stadt eingebaut und die Anlage mit Induktionsschleifen versehen, die ein Hochfahren des Pollers verhindern sollten, solange sich Fahrzeuge im Bereich des Pollers aufhalten. Nicht beauftragt wurden dagegen ein von dem Hersteller ebenfalls angebotenes akustisches Warnsignal und ein Ampelsystem, das die Durchfahrt nur bei Grünlicht gestattet hätte. Stattdessen wurde lediglich ein Verkehrszeichen mit dem Hinweis „Beginn verkehrsberuhigter Bereich“ angebracht.

Einige Zeit nach Inbetriebnahme der Anlage fuhr ein Pkw über den abgesenkten Poller, als dieser sich wieder hob und einen erheblichen Schaden an dem Fahrzeug verursachte. Der zuständige Mitarbeiter des Ordnungsamtes veranlasste, dass der Poller zunächst abgeschaltet und eine Warnbake aufgestellt wurde. Bis dahin ist der Sachverhalt bei strafrechtlicher Bewertung noch unbedenklich. In Betracht käme eine Strafbarkeit wegen fahrlässigen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr durch Bereiten eines Hindernisses. Hier hatte die Kommune den Einbau des Pollers zu verantworten. Der Poller ist eine potentielle Gefahrenquelle, weshalb die Stadt eine Verkehrssicherungspflicht hat und dafür verantwortlich ist, dass durch den Betrieb des Pollers niemand zu Schaden kommt. Dies begründet eine Garantenstellung für den zuständigen Sachbearbeiter, von dem Poller ausgehende Gefahren für Dritte abzuwenden. Der Poller war jedoch mit einer Induktionsschleife versehen und es gab regelmäßige Wartungen. Unfälle hatte es zuvor nicht gegeben. Eine Sorgfaltspflichtverletzung ist zu verneinen.

Doch das Geschehen entwickelte sich weiter: Nach der Reparatur des Pollers wies der Servicebetrieb der Kommune den zuständigen Mitarbeiter des Ordnungsamtes darauf hin, dass eine bessere Beschilderung des Pollers notwendig erscheine. Der Sachbearbeiter bestellte daraufhin ein Hinweisschild „Hubpoller in Betrieb“.

Wenige Tage nach Bestellung des Schildes, jedoch bevor dieses aufgestellt werden konnte, kam es zu einem weiteren Zwischenfall. Erneut wurde ein Fahrzeug beim Überfahren des Pollers beschädigt, als dieser sich anhob.

⁷ GenStA Celle, Beschwerdeentscheidung vom 27.04.1987 - Zs 1773/86 (NJW 1988, 2394, beck-online)

Nach diesem zweiten Vorfall wurde das Schild „Hubpoller in Betrieb“ angebracht, gleichzeitig holte der Sachbearbeiter bei dem Hersteller des Pollers ein Angebot für die Errichtung einer Ampelanlage ein.

Vor der Beauftragung zur Installation der Ampelanlage ereignete sich allerdings ein dritter Unfall. Eine Anwohnerin wartete, bis der Poller abgesenkt war, und fuhr los. Der Poller hob sich abermals, als der Wagen gerade darüberfuhr, es entstand ein Schaden von mehreren tausend Euro. Nach diesem dritten Schadensereignis wurde die Ampelanlage letztlich installiert, seitdem war die Gefahrenquelle offenbar endlich unter Kontrolle, es gab dort keine weiteren Vorfälle.

Allerdings fuhr wenige Wochen später ein Radfahrer in dem Bezirk der Kommune über einen anderen, baugleichen Poller, als auch dieser sich plötzlich anhub. Der Radfahrer stürzte und verletzte sich. Die Polizei stellte fest, dass bei dem Poller nur ein Hinweisschild „Hubpoller in Betrieb“ angebracht war. Erst nach dem Unfall wurde auch bei dem Poller eine Ampelanlage installiert.

Nachdem mehrere Schadenereignisse bei einem baugleichen Poller für die Notwendigkeit einer Ampelanlage sprachen, lag es nahe, dass eine solche Sicherung auch bei anderen Polleranlagen desselben Fabrikats erforderlich sein könnte. Abhängig davon, ob die fehlende Ampelanlage bzw. eine unzureichende Beschilderung (mit-) ursächlich für den Unfall war, stellt sich die Frage einer Strafbarkeit der für die Verkehrssicherung der Polleranlagen verantwortlichen Amtsträger wegen fahrlässiger Körperverletzung durch Unterlassen.

Solche Sachverhalte, bei denen eine mögliche Strafbarkeit eines Amtsträgers wegen eines Unterlassungsdelikts im Raum steht, sind, zwar nicht häufig, aber doch immer wieder Gegenstand strafrechtlicher Ermittlungen.

b) Kommunalpolitiker, die als Amtsträger Verantwortung übernehmen, treffen viele für Dritte bedeutsame Entscheidungen. Sie sind daher naturgemäß vielfältigen Versuchen der Einflussnahme ausgesetzt, wodurch für Kommunalpolitiker das nicht nur theoretische Risiko einer Strafbarkeit wegen Korruptionsdelikten besteht. In der Praxis werden immer wieder Strafanzeigen gegen Kommunalpolitiker erstattet, die Korruptionsvorwürfe zum Gegenstand haben. Teilweise begründen diese Anzeigen tatsächlich einen Anfangsverdacht, der zur Aufnahme von Ermittlungen führt, und in – wenn auch seltenen – Fällen wurden Kommunalpolitiker auch angeklagt und wegen Korruptionsstraftaten verurteilt.

Ein Beispiel aus der jüngeren Vergangenheit⁸: Der Beschuldigte L war Landrat und Vorsitzender eines Kommunalverbandes, der für seine Mitglieder Aufgaben der Daseinsvorsorge im Bereich der Behindertenhilfe und der Altenhilfe wahrnimmt. Die Ehefrau des Beschuldigten L war nach außen Alleingeschafterin und Geschäftsführerin einer Vermögensverwaltungsgesellschaft; tatsächlich hielt sie jedoch 50 % der Gesellschaftsanteile treuhänderisch für den Landrat. Der weitere Beschuldigte G war Geschäftsmann und Inhaber eines Unternehmens, das Senioreneinrichtungen plant und errichtet. Aufgrund einer Vereinbarung zwischen den Beschuldigten gründete die Ehefrau des L mit G eine Projektentwicklungs-KG. Nachdem das Unternehmen jedoch keine Gewinne abwarf und seiner Ehefrau deshalb steuerliche Nachteile drohten, forderte L von G Ausgleichszahlungen.

Die Beschuldigten einigten sich dahingehend, dass zwischen einer weiteren Gesellschaft des G und der Vermögensverwaltungsgesellschaft des Beschuldigten L eine Honorarvereinbarung geschlossen wurde, die monatliche Zahlungen der Gesellschaft des G an die Vermögensverwaltungsgesellschaft vorsah. Die Beschuldigten wussten dabei, dass die Vermögensverwaltungsgesellschaft tatsächlich keinerlei Honoraransprüche hatte. G ließ sich auf die Forderung des L vielmehr nur ein, da seine Unternehmen auch zukünftig auf die „wohlwollende Neutralität“ des Beschuldigten L in seiner Funktion als Landrat und als Vorsitzender des Kommunalverbandes angewiesen waren und er sich diese erhalten wollte. L war sich ebenfalls bewusst, dass er seine Forderung nur aufgrund seiner Positionen als Landrat und Verbandsvorsitzender durchsetzen konnte.

G zahlte vereinbarungsgemäß mehr als 130.000,- € vermeintliche Honorare an die Vermögensverwaltungsgesellschaft des L. Das Landgericht Oldenburg verurteilte den Landrat aufgrund dieses Sachverhalts wegen Vorteilsannahme zu einer Bewährungsstrafe von 1 Jahr und 10 Monaten.

Ein Bereich, der auch für kommunale Amtsträger mit Risiken behaftet ist, ist die Annahme von Vorteilen für Nebentätigkeiten. Grundsätzlich wird in der Niedersächsischen Nebentätigkeitsverordnung unterschieden zwischen Nebentätigkeiten, die ein Amtsträger im Interesse seines Dienstherrn wahrnimmt, und „sonstigen Nebentätigkeiten“. Solche „sonstigen Nebentätigkeiten“ muss sich ein Amtsträger genehmigen lassen oder diese vorab anzeigen, um Interessenkonflikten vorzubeugen. Entgeltliche Nebentätigkeiten sind Vorteile im Sinne der Korruptionsdelikte, und zwar auch dann, wenn der Amtsträger für die ihm angebotene Vergütung eine adäquate Gegenleistung erbringt. Erhält ein Amtsträger die Gelegenheit, Einkünfte durch eine Nebentätigkeit zu erzielen, nur, weil der Auftraggeber damit das dienstliche Wohlwollen des Amtsträgers gewinnen will, kommt daher eine Strafbarkeit des Amtsträgers wegen Vorteilsannahme gemäß § 331 StGB in Betracht.

⁸ LG Oldenburg, 1 KLS 5/14

Andererseits jedoch scheidet eine Strafbarkeit wegen Vorteilsannahme, auch wenn die Nebentätigkeit einen Bezug zu der Dienstausbübung des Amtsträgers hat, aus, wenn die Nebentätigkeit genehmigt war und die Genehmigung gemäß § 331 Absatz 3 StGB strafbefreiende Wirkung hat.

Dazu folgendes Beispiel: Der Beschuldigte R war Raumplaner bei einem Landkreis und zuständig für die Ermittlung von Eignungsflächen für die Errichtung von Windkraftanlagen. Der weitere Beschuldigte M war Mitarbeiter eines überregional tätigen Windparkbetreibers. Dieser bat den R, für sein Unternehmen ein Gutachten zu Eignungsflächen zu erstellen, die in einem anderen Landkreis lagen. R zeigte gegenüber seinem Dienstherrn die beabsichtigten Nebentätigkeiten schriftlich an, bevor er das Gutachten gegen eine angemessene Vergütung erstellte. Seine Vorgesetzten sahen keine Interessenkonflikte und genehmigten die Nebentätigkeit. Soweit wäre der Sachverhalt strafrechtlich noch unbedenklich. Tatsächlich war es aber weiterhin so, dass R dienstlich gerade damit beschäftigt war, ein Gutachten zu Eignungsflächen in seinem Landkreis zu erstellen. Welche Flächen von den Kommunen für geeignet gehalten werden, ist für Windparkbetreiber von großem Interesse, da es zwischen den verschiedenen Betreibern einen harten Wettbewerb bei der Sicherung von Nutzungsrechten an den betroffenen Flächen gibt. Auch der Windparkbetreiber, für den der weitere Beschuldigte M tätig war, hatte ein Interesse daran, in dem Landkreis des R einen Windpark zu errichten. Aus dem Grund hatte es schon mehrmals dienstlichen Kontakt zwischen den Beschuldigten gegeben. In seiner Nebentätigkeitsanzeige hatte R auf die Frage nach möglichen Interessenkonflikten dagegen erklärt, dass er bisher keinen dienstlichen Kontakt zu dem Windparkbetreiber gehabt habe und dass er die Nebentätigkeit beenden werde, sollte der Windparkbetreiber auch in seinem Landkreis tätig werden. Diese Angaben sprachen dafür, dass M den Gutachtenauftrag auch zum Zweck der Klimapflege erteilt hatte, um sich nämlich den Raumplaner R bei dessen dienstlicher Tätigkeit gewogen zu halten. Die Angaben in dem Genehmigungsantrag des R waren außerdem ein gewichtiges Indiz dafür, dass dem Raumplaner der Dienstbezug des Nebentätigkeitsangebots durchaus bewusst war. Daraus ließ sich wiederum auf eine korruptive Unrechtsvereinbarung im Sinne des § 331 StGB schließen. Und schließlich hätte der Raumplaner damit trotz der Nebentätigkeitsanzeige keine strafbefreiende Genehmigung für die Annahme des Vorteils gehabt. Denn strafbefreiend ist eine Genehmigung gemäß § 331 StGB nur, wenn damit gerade die Annahme eines Vorteils für die Dienstausbübung genehmigt wird. Das wäre vorliegend nicht der Fall, da der Dienstbezug ja nicht offengelegt worden war. Gegen R wurde daher Anklage wegen des Verdachts der Vorteilsannahme erhoben. Das Amtsgericht sprach den Angeklagten letztlich jedoch frei, da es eine korruptive Unrechtsvereinbarung nicht zu seiner vollen Überzeugung feststellen konnte.

Ein weiteres Beispiel aus jüngerer Zeit, das den möglichen Verdacht der Vorteilsannahme gegen Kommunalpolitiker betrifft: In der Presse wurde berichtet, dass Landräte und Bürgermeister nicht unerhebliche Geldbeträge für ihre Tätigkeit in dem Regionalbeirat eines großen Energiekonzerns erhalten.⁹ 2011 hatte das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass die Einnahmen aus dieser Tätigkeit an die Kommunen abgeführt werden müssten, wenn das Amt eines Bürgermeisters notwendige Bedingung für die Berufung in den Beirat ist, da die Tätigkeit dadurch an das Amt des Hauptverwaltungsbeamten gekoppelt sei.¹⁰ Der Energieversorger habe daraufhin die Regeln für die Mitgliedschaft in dem Beirat geändert. Die Berufung in den Beirat sei nicht abhängig von etwaigen Ämtern, sondern personengebunden. Voraussetzung der Mitgliedschaft sei energiewirtschaftliche und wissenschaftliche Expertise, um den komplexen Herausforderungen der Energiewende Rechnung zu tragen. In dem Pressebericht wurden Meinungen zitiert, die diese Begründung für weit hergeholt hielten, darin eine Umgehung des höchstrichterlichen Urteils sahen und das Vorgehen im Grenzbereich zur Vorteilsannahme verurteilten. Man muss sagen, dass in dieser Konstellation tatsächlich ein strafrechtliches Haftungsrisiko bestehen kann. Wenn beispielsweise in dem Beirat ausschließlich oder ganz überwiegend Bürgermeister und Landräte vertreten wären, wenn es zwischen dem Energieversorger und den Kommunen der Bürgermeister und Landräte Geschäftsbeziehungen gäbe und wenn die Vergütungen auch noch unverhältnismäßig hoch wären, könnte der Verdacht bestehen, dass die energiewirtschaftliche Expertise nur vorgeschoben ist und es tatsächlich zumindest auch darum geht, Klimapflege gegenüber den Amtsträgern zu betreiben. Bei der Annahme solcher Nebentätigkeiten gilt es daher, die gesamten Umstände kritisch zu hinterfragen, um sich keinem Strafbarkeitsrisiko auszusetzen.

Ein Aspekt, der ebenfalls bedeutsam für das Haftungsrisiko von Amtsträgern – gerade in Führungspositionen – ist, ist der Umstand, dass von den Korruptionsstraftatbeständen auch Vorteile erfasst werden, die der Nehmer nicht für sich, sondern für Dritte fordert und dass Dritter im Sinne der Norm auch die Körperschaft sein kann, für die der Amtsträger tätig ist.

Unter Korruptionsgesichtspunkten kann es daher riskant sein, unentgeltliche Leistungen Dritter für die Körperschaft oder die Behörde anzunehmen, die üblicherweise nur gegen Entgelt erbracht werden würden. So hatte sich die Staatsanwaltschaft Osnabrück mit einem Fall zu befassen, in dem eine Kommune eine städtebauliche Sanierungsmaßnahme durchführen und dafür Fördergelder beantragen wollte. Bei der Vorbereitung der Maßnahme und der Antragstellung wurde die Kommune kostenlos von einem Sanierungsträger unterstützt. Nach Bewilligung der Fördergelder holte die Kommune für die

⁹ Neue Osnabrücker Zeitung, Artikel v. 21.05.2015

¹⁰ Vgl. BVerwG, Urt. v. 31. 3. 2011 – 2 C 12/09; NVVwZ-RR 2011, S. 739.

Sanierungsmaßnahme Angebote verschiedener Sanierungsträger ein, beauftragt wurde im Ergebnis jedoch das Unternehmen, das die Kommune zuvor schon kostenlos unterstützt hatte. Hier bestand der Verdacht einer korruptiven Verabredung, dass der Sanierungsträger die Vorleistung kostenlos erbringen und als Gegenleistung später auch den Sanierungsauftrag erhalten sollte. Das Ermittlungsverfahren wurde zwar eingestellt, da eine solche Unrechtsvereinbarung letztlich nicht nachgewiesen werden konnte, der Sachverhalt begründete aber immerhin den Anfangsverdacht der Bestechlichkeit mit der Folge, dass umfangreiche Ermittlungen aufgenommen wurden.

Allgemein sind alle Zuwendungen risikobehaftet, auf welche eine Kommune nach den einschlägigen öffentlich-rechtlichen Regelungen keinen Anspruch hat, also beispielsweise auch Entgelte für das gemeindliche Einvernehmen gemäß § 36 BauGB oder für die Zusicherung bestimmter bauplanungsrechtlicher Maßnahmen. Dabei ist es, solange tatsächlich eine inhaltliche Verknüpfung besteht, unerheblich, ob ein solcher Vorteil unmittelbar als Entgelt oder formal getrennt, beispielsweise in Form einer gesonderten Sponsoringvereinbarung, zugewendet wird.

Ein Vorteil im Sinne der Korruptionsstraftatbestände können schließlich auch Entgelte sein, die grundsätzlich berechtigterweise, zum Beispiel für die Gewährung von Sonderwegerechten, erhoben werden, die jedoch der Höhe nach völlig unangemessen sind.

Folgendes abschließendes Beispiel¹¹ zu Korruptionsdelikten soll veranschaulichen, dass das Risiko der Begehung von Korruptionsstraftaten auch von dem beruflichen Umfeld, in das der Verwaltungsmitarbeiter eingebunden ist, und von dem Vorhandensein oder dem Fehlen von organisatorischen Maßnahmen zur Korruptionsprävention abhängt, für welche die Verwaltungsspitze verantwortlich ist. Gegenstand des Verfahrens war die Genehmigung von Schwerlasttransporten:

Für die Genehmigung von Schwerlasttransporten sind die Landkreise zuständig. Eine Kommune trat an den Landkreis mit der Absicht heran, die Genehmigungsverfahren für einen bestimmten Dienstleister durchführen, der für diesen Zweck eine Niederlassung in der Kommune gründen wollte.

Der Landkreis und die Gemeinde schlossen eine Verwaltungsvereinbarung, mit der in der Gemeinde eine Außenstelle des Straßenverkehrsamtes des Landkreises eingerichtet wurde. Diese sollte ausschließlich für Genehmigungsverfahren auf Antrag des einen, in der Gemeinde ansässigen Transportdienstleisters zuständig sein. Die Bearbeitung der Anträge erfolgte durch Bedienstete der Gemeinde, die für den Zweck an den Landkreis

¹¹ AG Leer, 6b Ls 34/13.

abgeordnet wurden, die Gemeinde wurde im Gegenzug an dem Gebührenaufkommen beteiligt.

Nachdem die Außenstelle bereits einige Jahre eingerichtet war, ergaben die strafrechtlichen Ermittlungen, dass der Leiter der Außenstelle zugleich Leiter einer Bogensportabteilung war und in 4 Jahren Bogensportartikel im Wert von mehr als 10.000,- € für seinen Verein eingekauft hatte, wobei die Rechnungen von dem Transportdienstleister bezahlt worden waren. Gegenleistungen des Sportvereins in Form von Werbung oder Ähnlichem hatte es nicht gegeben. Der Amtsträger wurde wegen Vorteilsannahme zu einer Bewährungsstrafe verurteilt.

Der Sachverhalt zeigt anschaulich, dass durch Behördenstrukturen strafbares Handeln befördert werden kann. Denn durch die Einrichtung der Außenstelle mit ganz spezieller Zuständigkeit konnte sich ein Eigenleben entwickeln, es bestand die Gefahr unzureichender Kontrolle und Aufsicht. Und durch die tägliche Zusammenarbeit nur weniger Amtsträger mit den Mitarbeitern eines einzigen Unternehmens entsteht fast zwangsläufig ein Näheverhältnis zwischen den Beteiligten, das schleichend über kleine Gefälligkeiten zu strafbaren Vorteilszuwendungen führen kann.

c) Strafrechtliche Haftungsrisiken bestehen für Amtsträger schließlich im Bereich der Untreuestrafbarkeit. Wegen Untreue kann derjenige bestraft werden, der eine besondere Pflicht hat, sich für die Vermögensinteressen eines Dritten einzusetzen, diese Vermögensbetreuungspflicht vorsätzlich verletzt und dem Dritten dadurch einen Vermögensnachteil zufügt.

Öffentlich Bedienstete können gegenüber den Trägern öffentlicher Haushalte eine besondere Vermögensbetreuungspflicht haben, soweit ihre Amtsstellung vermögensrechtliche Aufgaben wie die Auftragsvergabe, die Abrechnung von Fremdleistungen oder die Verwendung öffentlicher Mittel umfasst. Grundsätzlich besteht daher unter diesen Voraussetzungen für Amtsträger ein Strafbarkeitsrisiko. Das Risiko ist aus Sicht der hiesigen Praxis aufgrund der Anforderungen, die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung an die Untreuestrafbarkeit gestellt werden, jedoch als überschaubar zu bewerten.

So soll die Strafbarkeit auf klare und evidente Verletzungen der Vermögensbetreuungspflicht beschränkt sein.¹² Außerdem reichen bloße Pflichtverletzungen in Form von Verfahrensverstößen, also Verstöße gegen Zuständigkeitsregelungen oder unzulässige haushaltstechnische Verlagerungen, nicht aus, solange dennoch zulässige Zwecke, die dem Gemeinwohl entsprechen, erreicht werden und damit in der Gesamtschau bei wirtschaftlicher Betrachtung kein Vermögensnachteil eingetreten ist. Denn einen gesonder-

¹² BGH, 5 StR 551/11.

ten Straftatbestand der Haushaltsuntreue, der die bloße Pflichtwidrigkeit haushaltsrelevanter Entscheidungen sanktioniert, gibt es derzeit nicht.

Aus Sicht der hiesigen Strafverfolgungspraxis besteht das Risiko der Untreuestrafbarkeit für Kommunalpolitiker daher nur in eindeutigen Fällen, in denen sowohl eine Pflichtverletzung als insbesondere auch der Eintritt eines Vermögensnachteils mehr oder weniger „auf der Hand liegen“.

Dafür sprechen die Beispiele, die in den vergangenen Jahren Gegenstand unserer Ermittlungen waren: Zunächst ist insoweit nochmals der bereits geschilderte Fall zu erwähnen, in dem eine Gemeinde eine private Realschule finanziell unterstützte, obwohl das Oberverwaltungsgericht die Rechtswidrigkeit dieser Unterstützung bereits festgestellt hatte.

In einem weiteren Fall war der Beschuldigte Ratsmitglied und nahm für den Rat die Funktion des Vorsitzenden des Aufsichtsrats einer kommunalen Krankenhaus-GmbH war. Die Klinik hatte einen Geschäftsführer. Für die Ausgestaltung des Anstellungsvertrages des Geschäftsführers und insbesondere auch für Vergütungsfragen war der Aufsichtsrat der Klinik zuständig. Abweichend von dieser Zuständigkeit bewilligte der Aufsichtsratsvorsitzende dem Geschäftsführer eine einmalige Prämienzahlung in Höhe von 10.000 €.

Als Mitglied des Aufsichtsrats hatte der Beschuldigte in Bezug auf Entscheidungen über die Vergütung der Geschäftsführung eine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der Gesellschaft. Diese Pflicht wurde auch evident verletzt, da der Beschuldigte allein nicht für die Entscheidung über eine Prämienzahlung zuständig war und es für die Gewährung der Zahlung auch keine rechtliche Grundlage gab. Aus diesem Grund entstand der Krankenhaus-GmbH durch die Bewilligung der Prämie auch ein Vermögensnachteil. Das Ermittlungsverfahren gegen den Aufsichtsratsvorsitzenden wegen des Verdachts der Untreue wurde gegen Zahlung einer Geldauflage eingestellt.

In einem weiteren Verfahren¹³ war der Beschuldigte A Geschäftsführer eines Wasserverbandes, der weitere Beschuldigte B war Vorsteher des Verbandes. Anlässlich der Silberhochzeit des B entschied A, dass der Verband aufgrund der Verdienste des Vorstehers für den Wasserverband einen Teil der Kosten der rein privaten Feier in Höhe von 8000 € übernehmen solle. A wies die Zahlung an, nachdem er dafür gesorgt hatte, dass in der Rechnung ein anderer Verwendungszweck ausgewiesen wurde, um den wahren Verwendungszweck zu verschleiern.

¹³ BGH, 3 StR 146/13.

Als Geschäftsführer hatte der Beschuldigte A in diesem Fall eine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber dem Wasserverband. Diese Pflicht hatte er verletzt, denn er hatte Einzelvertretungsbefugnis nur für Geschäfte der laufenden Verwaltung, zu denen diese Entscheidung nicht gehörte. Durch die Zahlung war dem Wasserverband auch ein Vermögensnachteil entstanden. A wurde zu einer Bewährungsstrafe verurteilt.

Gegenstand von Ermittlungen war vor einigen Jahren schließlich auch die Entscheidung mehrerer Landräte und Bürgermeister, den bei ihren Körperschaften beschäftigten Beamten ein Leistungsentgelt zu zahlen. Hintergrund war in einem konkreten Fall, dass für die Tarifbeschäftigten des Landkreises die Zahlung eines Leistungsentgeltes auf Grundlage des § 18 Abs. 6 des Tarifvertrages für den öffentlichen Dienst vereinbart worden war. Die Verwaltungsspitze wollte diese Regelung nun im Sinne einer Gleichbehandlung auf die Beamten des Landkreises übertragen und führte einen entsprechenden Beschluss des Kreisausschusses herbei. In Umsetzung des Beschlusses erhielten zunächst alle Beamten des Landkreises eine einmalige Leistungszulage in gleicher Höhe. Demgegenüber sahen die Besoldungsregelungen für Beamte seinerzeit vor, dass Leistungsprämien und Zulagen nur gemäß der Niedersächsischen Verordnung über die Gewährung von Prämien und Zulagen gewährt werden konnten. Danach durften die Prämien nur unter bestimmten Voraussetzungen und an höchstens 10 % der beschäftigten Beamten ausgekehrt werden. Der Sachverhalt hatte eine Anklage wegen des Vorwurfs der Untreue gegen den Landrat und den Ersten Kreisrat zur Folge. Das Landgericht stellte das Verfahren gegen die Angeschuldigten schließlich wegen geringer Schuld ein.

Zusammenfassend ist das strafrechtliche Haftungsrisiko für Mandatsträger bei Ausübung ihres Mandats aus Sicht der Strafverfolgungspraxis also als gering einzuschätzen. Für Amtsträger besteht ein Haftungsrisiko insbesondere im Bereich der Fahrlässigkeits-, Korruptions- und Vermögensdelikte, wobei Beschuldigte auch in den Bereichen in der Vergangenheit nur in wenigen Fällen tatsächlich angeklagt und verurteilt wurden.

Diskussionsbericht (2. Teil)

Von Dipl.-Jur. Antje Neelen/Dipl.-Jur. Stefan Jansen

Herr Zentgraf (Vorsitzender des Bundes deutscher Steuerzahler Niedersachsen und Bremen e.V.) eröffnete die Diskussion mit einer Frage an Herrn Professor Dr. Schünemann: Er nahm Bezug auf dessen vorangegangene Darstellung, wonach der Straftatbestand der Untreue gem. § 266 StGB im Bereich der Haushaltsuntreue durch Amtsträger weitgehend ins Leere laufe. Er stellte einen Vergleich zum Steuerstrafrecht her, in dem in den letzten Jahren mehrere Verschärfungen durch den Gesetzgeber vorgenommen worden seien, um das Steuersubstrat zu schützen. Vor diesem Hintergrund bat er Herrn Prof. Schünemann um eine Einschätzung, warum im Bereich der Untreue durch Amtsträger keine derartigen Gesetzesänderungen zu beobachten gewesen seien.

Herr Prof. Schünemann erwiderte, dass diese Beobachtung der Ausgangspunkt seines im Referat genannten Gutachtens gewesen sei. Es habe in der Tat diverse Verschärfungen im Steuerstrafrecht gegeben, während im Bereich der Haushaltsverschwendung und Haushaltsüberschreitung seit der sog. „Bugwellenentscheidung“ des BGH aus dem Jahre 1997, die letztlich den § 266 StGB weitgehend ins Leere laufen lasse, keine nennenswerten Verschärfungen zu verzeichnen seien. Dies sei mutmaßlich der Tatsache geschuldet, dass die Gesetzgebung der Exekutive näher stehe als den Interessen der Bürger. Insoweit sei mittlerweile eine Schiefelage entstanden; die Politik verweigere sich jedoch. Er wies zudem darauf hin, dass die AfD sein Gutachten zum Anlass genommen habe, eine entsprechende Gesetzesinitiative in den Bundestag einzubringen. Dagegen habe er keine Vorbehalte, da eine gute Idee als solche auch verfolgt werden müsse, unabhängig davon, wer dies tue. Daraufhin habe er auch die Bundestagsdebatte zu jener Gesetzesinitiative verfolgt, in der eine Strafverschärfung als „unsinnige Idee“ kritisiert worden sei.

Zwei Fragen richtete Herr Zentgraf an Herrn Oberstaatsanwalt van Münster: Zum einen wollte er wissen, ob seine Beobachtung zutreffe, dass die Staatsanwaltschaften uneigennützige Straftaten mit weniger „Biss“ verfolgen würden als eigennützige Straftaten. Zum anderen erkundigte er sich, ob der von Herrn van Münster im Referat geschilderte Fall in Bezug auf ein Klinikum Vorkommnisse in einer Klinik in Wilhelmshaven betreffe. In diesem Zusammenhang merkte er an, dass ihm keine Quelle mit Informationen über den genauen Sachverhalt bekannt sei.

Auf die erste Frage erwiderte Herr van Münster, dass seiner Erfahrung nach sowohl eigennützige als auch fremdnützige Straftaten mit derselben Intensität verfolgt würden. Es könne jedoch nach außen der Eindruck entstehen, eigennützige Delikte würden intensiver verfolgt, weil der entsprechende Tatnachweis leichter erbracht werden könne. Mit Blick auf die zweite Frage stellte er klar, dass es sich nicht um einen Fall aus Wilhelmshaven handele.

Herr Jürgen Müller (Mitglied des Rates der Stadt Borkum) bezog seine Anmerkung auf die Aussage der Referenten, Ratsmitglieder müssten sich am Gemeinwohl orientieren. Er schilderte den Fall einer Kommune, deren Haushalt seit mehreren Jahren ein Defizit aufweise. Nun habe der Bürgermeister einen Investor gefunden, dessen Vorhaben durch zu zahlende Abgaben und Beiträge Geld in die Kommunalkassen spülen würde. Dennoch entscheide der Rat ohne nachvollziehbare Sachgründe gegen den Vorschlag des Bürgermeisters. Ihm stelle sich die Frage, ob sich die Ratsmitglieder auch durch eine solche ablehnende Entscheidung wegen Untreue strafbar machen können, weil ein Vermögensnachteil für die Gemeinde entstehe.

Herr van Münster antwortete, dass für eine Strafbarkeit wegen Untreue die Umstände entscheidend seien, die den Rat zu einer negativen Entscheidung veranlasst hätten. Allein aufgrund eines entstandenen Vermögensnachteils könne noch nicht von einer Schuld der Ratsmitglieder ausgegangen werden. Vielmehr müsse nachvollzogen werden, ob die Ablehnung ebenso vertretbar sei wie eine Annahme des Vorschlags. Sei dies der Fall, stelle sich die Frage der Strafbarkeit nicht.

Herr Prof. Schünemann fügte hinzu, dass seiner Meinung nach von § 266 StGB nur die Hinzufügung von Nachteilen, nicht jedoch die Nichtgewinnung von Vorteilen erfasst werde. Daher hätten sich die Ratsmitglieder nicht strafbar gemacht. Einige Stimmen wollten zwar eine Nichtgewinnung von Vorteilen im Rahmen des § 266 StGB ausreichen lassen, soweit eine Anwartschaft auf den entsprechenden Vorteil bestehe. Dafür müsste die Gewinnung des Vorteils aber hinreichend gesichert sein, was bei bloßen Plänen eines Investors allerdings nicht gegeben sei.

Frau Professorin Cancik (Universität Osnabrück) merkte an, dass sich aus kommunalwissenschaftlicher Perspektive stets die Frage stelle, wie sich ein etwaiges Strafbarkeitsrisiko auf das ehrenamtliche Engagement in der Kommunalpolitik auswirke. Zwar gebe es durchaus Verständnis dafür, die ordnungsgemäße Verwendung von öffentlichen Geldern auch mithilfe des Strafrechts sicherzustellen. Andererseits müsse aber auch berücksichtigt werden, dass es zunehmend schwerer falle, Ehrenamtliche für die kommunalpolitische Arbeit zu gewinnen. In tatsächlicher Hinsicht sei insoweit bedeutsam, dass sich die Kommunen in erheblichem Umfang wirtschaftlich betätigten. Damit bestünden

aber auch für die kommunalen Vertreter in den Gremien dieser Unternehmen die allgemeinen strafrechtlichen Risiken mit Blick auf jene wirtschaftliche Betätigung. Vor diesem Hintergrund wolle sie fragen, ob der genannte Aspekt in der Strafrechtspolitik eine Rolle spiele und ob es empirisches Wissen darüber gebe, wie sich die Diskussion über Strafbarkeit und Strafverschärfungen auf das Engagement in der Kommunalpolitik auswirke.

Herr Prof. Schünemann merkte an, dass die von Frau Prof. Cancik beschriebenen Bedenken auch seinem Gesetzesvorschlag zur Strafverschärfung hinsichtlich der Haushaltsüberschreitung und Haushaltsverschwendung entgegengehalten worden seien. Man befürchte namentlich, dass die Entschlusskraft in der Kommunalpolitik gelähmt werden könne. Dem begegne er jedoch mit dem Hinweis, dass lediglich von nicht hinreichend bestimmten Strafrechtsnormen eine Abschreckungswirkung ausgehen könne. In seinen Gesetzgebungsvorschlägen sei jedoch der Ausgangspunkt einer Strafbarkeit stets die Verletzung einer haushaltsrechtlichen Norm. Ob diese ihrerseits – gerade im Hinblick auf den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit – hinreichend bestimmt sei, sei eine Frage, die auf kommunalrechtlicher Ebene beantwortet werden müsse. Es sei jedoch zu beachten, dass auch diese Vorgaben von Seiten der Ministerien, etwa durch Erlasse, präzisiert worden seien; jedenfalls wären entsprechende Konkretisierungen möglich.

Herr van Münster wies erneut auf die geringe Zahl von Verfahren hin, die überhaupt gegen Amts- und Mandatsträger geführt würden. Gerade im Bereich der Haushaltsuntreue sei ihm überhaupt kein Verfahren bekannt. Daraus folge, dass das Risiko der Strafbarkeit sehr gering sei.

Frau Prof. Cancik entgegnete, dass auch die Vorwirkungen einer möglichen Strafbarkeit beachtet werden müssten. Für Mandatsträger komme es nicht nur darauf an, am Ende eines Strafverfahrens nicht verurteilt zu werden. Vielmehr könnten bereits die Ermittlungen einen erheblichen, später nicht mehr korrigierbaren Makel mit sich bringen. Es seien mit anderen Worten die Nebenfolgen eines Strafverfahrens viel belastender als eine tatsächliche Bestrafung.

In diesem Punkt stimmte ihr Herr van Münster zu. Auch Herr Prof. Schünemann stimmte Frau Prof. Cancik in der Einschätzung zu, dass bereits ein Ermittlungsverfahren die Betroffenen wirtschaftlich und gesellschaftlich ruinieren könne. Diese Nebenfolgen, insbesondere die Rufschädigung, hingen jedoch unmittelbar mit der offensiven Öffentlichkeitsarbeit der Staatsanwaltschaften zusammen, was gerade unter Strafverteidigern äußerst kritisch gesehen werde.

Verantwortliche Kommunalpolitik

Professor Dr. Christoph Brüning

Warum stellt sich dieses Thema überhaupt? Beantwortet wird diese Frage schon dadurch, dass einige Landesverfassungen ausdrücklich in den Gemeinden die Grundlage des demokratischen Staatsaufbaus erblicken.¹ Das hat auch das Bundesverfassungsgericht herausgestellt, indem es darauf hinweist, dass sich das Grundgesetz für eine auf Selbstverwaltungskörperschaften aufgebaute Demokratie entschieden hat.² Es sieht in den Gemeinden die Keimzellen der Demokratie.³ Die kommunale Selbstverwaltung lässt sich ihrer Funktion nach als eine Form besonderer integrativer örtlicher Demokratie begreifen.⁴ Deshalb finden dort Wahlkämpfe und Wahlen statt, wirken auch Parteien an der politischen Willensbildung mit und entfalten sich dort dieselben politischen Wirkmächte wie in der vermeintlichen „großen“ Politik. Das alles ist nur stärker konzentriert, weil die Bürger ja dazu aufgerufen sind, „alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln“ (Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG). Der kommunalen Selbstverwaltung eignet dennotwendig die Mitwirkung der von der Aufgabenerfüllung Betroffenen.⁵ Die Frage nach „verantwortlicher Kommunalpolitik“ lohnt also, weil die Verantwortungszusammenhänge unmittelbarer sind, weil die Bürger die handelnden Politiker persönlich kennen – und umgekehrt – und weil, was im Kleinen nicht funktioniert, auch im Großen Legitimations- und Akzeptanzschwierigkeiten haben wird.

I. Akteure der Kommunalpolitik

Diese sog. kommunale Selbstverwaltung findet ihre innere Rechtfertigung einerseits in den Zielen der Dezentralisation und der Staatsentlastung und andererseits in den Zielen der Vernetzung der Verwaltung mit der Gesellschaft und der demokratischen Teilhabe der Bürger. Organisatorisch umgesetzt wird diese Idee, indem die wahlberechtigten

¹ Siehe Art. 11 Abs. 4 BayVerf und Art. 3 Abs. 2 Verf MV: „Aufbau der Demokratie von unten nach oben“.

² BVerfGE 52, 95 (105).

³ So BVerfGE 79, 127 (149) – Rastede-Beschluss.

⁴ So auch schon *Seewald*, in: Steiner (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 8. Aufl. 2006, 1. Kap. Rn. 50; *Schröder*, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger, *Besonderes Verwaltungsrecht*, Bd. 2, 2. Rn. 6; *Püttner*, in: Mann/Püttner (Hrsg.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, Bd. 1, 3. Aufl. 2007, § 19 Rn. 6 f.

⁵ *Burgi*, *Kommunalrecht*, 5. Aufl. 2015, § 2 Rn. 8.

Einwohner aufgerufen sind, eine Bürgervertretung zu wählen.⁶ Die in allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen ermittelten Mandatsträger (Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG)⁷ bilden die sog. Vertretung, das „Hauptorgan der Kommune“ (§ 45 Abs. 1 Satz 1 NKomVG).

Der Begriff „Kommunalparlament“ ist dabei ebenso irreführend wie der im NKomVG zur Kennzeichnung der Mitglieder der Vertretung verwendete Begriff „Abgeordneter“, da es sich bei der Gemeinde insgesamt um einen Teil der Landesverwaltung und damit bei der Vertretung um ein Verwaltungsorgan handelt, und nicht – wie bei Parlamenten auf Bundes- und Landesebene – um ein Gesetzgebungsorgan.⁸ Dennoch macht die Bezeichnung deutlich, dass die Gemeinde nicht ein weisungsgebundenes Element der hierarchisch aufgebauten Landesverwaltung ist, sondern eine selbständige Rechtsperson mit einer unmittelbar demokratisch legitimierten Vertretungskörperschaft darstellt. Dieses als Rat und auf Kreisebene als Kreistag bezeichnete Kollegialorgan (siehe § 7 Abs. 2 NKomVG) ist die politische Vertretung der Bürgerschaft; die – ehrenamtlichen – Mitglieder sind – ähnlich wie Parlamentarier – verpflichtet, in ihrer Tätigkeit ausschließlich nach dem Gesetz und „ihrer freien, nur durch Rücksicht auf das öffentliche Wohl geleiteten Überzeugung“ zu handeln (§ 54 Abs. 1 Satz 1 NKomVG). Sie besitzen – mit Blick auf Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG und das Prinzip der repräsentativen Demokratie – ein freies, nicht ein imperatives Mandat.⁹ An Verpflichtungen und Aufträge, auch nicht aus den eigenen Parteien, durch die diese Freiheit beschränkt wird, sind sie nicht gebunden (§ 54 Abs. 1 Satz 2 NKomVG). Fraktionszwang ist unzulässig.¹⁰ Mit den sog. Abgeordneten – die konkrete Bezeichnung regelt § 45 Abs. 1 Satz 3 NKomVG – steht der erste Akteur auf der kommunalen Bühne fest.

Daneben tritt in allen Bundesländern ein direkt vom Volk gewählter und dementsprechend unmittelbar demokratisch legitimer Hauptverwaltungsbeamter (§ 80 Abs. 1 Satz 1 NKomVG). Die Wahl kann schon mit Blick auf die unterschiedliche Amtsdauer in Niedersachsen grundsätzlich nicht zeitgleich mit den Wahlen zur Kommunalvertretung erfolgen. Dieser, konkret als Bürgermeister oder Landrat bezeichnete Funktions-

⁶ Zur Frage, ob die Bürgerschaft selbst ein Organ ist, siehe *Fügemann*, Die Gemeindebürger als Entscheidungsträger, DVBl. 2004, 343 ff.

⁷ Zu den unterschiedlichen Kommunalwahlssystemen in den einzelnen Bundesländern siehe *Gern/Brüning*, Deutsches Kommunalrecht, 4. Aufl. 2019, Rn. 417 ff.

⁸ BVerfG, NVwZ 1989, 46; BVerwG, NJW 1993, 411 (412); kritisch *Nolte*, DVBl. 2005, 870 (872 ff.).

⁹ Siehe § 32 Abs. 3 GO BW; § 30 Abs. 1 BbgKV; § 35 Abs. 1 HessGO; § 23 Abs. 3 KV MV; § 54 Abs. 1 NKomVG; § 43 Abs. 1 GO NRW; § 30 Abs. 1 GO RP; § 30 Abs. 1 SaarKSVG; § 35 Abs. 3 SächsGO; § 42 Abs. 1 GO SachsAnh; § 32 Abs. 1 GO SH; § 24 Abs. 1 ThürKO. Nur in Bayern fehlt es an einer ausdrücklichen Regelung des freien Mandats; die Rechtsprechung hat jedoch das freie Mandat der Gemeindevertretungsmitglieder auch für Bayern bejaht, BayVerfGH, BayVBl. 1984, 621 f.

¹⁰ Vgl. BVerfGE 11, 266 (273); BVerwG, DÖV 1992, 832 f.; ausführlich zur rechtlichen Stellung der Gemeindevertretungsmitglieder *Nolte*, DVBl. 2005, 870 (874 ff.).

träger (vgl. § 7 Abs. 2 NKomVG) ist stets Chef der jeweiligen Kommunalverwaltung und nach der Niedersächsischen Kommunalverfassung auch geborenes Mitglied der Vertretung, zu deren Sitzungen er zu laden und deren Beschlüsse er vorzubereiten und auszuführen hat. Der Hauptverwaltungsbeamte vertritt die Gemeinde nach außen. Er ist in Niedersachsen hauptamtlicher Beamter auf Zeit (§ 80 Abs. 5 NKomVG).¹¹

Schließlich können beziehungsweise müssen in größeren Gemeinden als Stellvertreter des Bürgermeisters ein oder mehrere leitende Beamte bestellt werden (vgl. § 108 NKomVG). Sie sind im Außenverhältnis allgemeine (sog. Erster Gemeinde-, Stadt- oder Kreisrat) oder beschränkte Organvertreter des Bürgermeisters und im Innenverhältnis als Verwaltungsbedienstete eigenverantwortliche Leiter von Geschäftskreisen. Wahl und Stellung der leitenden Beamten oder auch der sog. Beigeordneten sind in den Gemeindeordnungen und Kommunalverfassungen unterschiedlich geregelt.¹² In der Regel werden sie von der Vertretung für eine gesetzlich bestimmte Anzahl von Jahren gewählt; die Wahl zum hauptamtlichen Beigeordneten wird durch Ernennung zum Beamten auf Zeit vollzogen (vgl. § 109 NKomVG). Damit sind die von Wahlakten betroffenen Organe beziehungsweise Amtsträger aufgezählt und die politischen Entscheidungsträger in der Kommune benannt.

II. Politische Implikationen

In der Praxis gehören Hauptverwaltungsbeamte und Leitende Beamte bzw. Beigeordnete regelmäßig einer politischen Partei oder Wählergemeinschaft an, nehmen an Sitzungen der entsprechenden Ratsfraktionen teil und beraten und unterstützen sie bei ihrer politischen Arbeit. Darüber hinaus engagieren sich häufig weitere Mitarbeiter der Kommunalverwaltungen in den politischen Parteien oder Wählervereinigungen und arbeiten – mehr oder weniger offen – eng mit den jeweiligen Fraktionen und Gruppen im Gemeinderat zusammen. Der direkten oder verdeckten Einflussnahme auf politische Entscheidungsprozesse durch die kommunalen Wahlbeamten und weitere Bedienstete der Verwaltung steht die politische Verantwortung von Gemeinderat, Bürgermeister und – in abgeschwächter Form – Beigeordneten gegenüber.

(Partei-)politische Verantwortlichkeit folgt eigenen Gesetzmäßigkeiten: Die „Richter“ sind zunächst die Mitglieder derjenigen Partei oder Wählervereinigung, der die kommunalen Funktions- und Amtsträger jeweils angehören, und letztlich die Wähler. Doch die Gemeindebürger entscheiden – mit Ausnahme der Wahl des Hauptverwaltungsbeamten – nicht über Personen, sondern allenfalls personenbezogen, und die ausschlaggebenden Wahlgründe müssen nicht zwangsläufig in kommunalen Themen und Kandida-

¹¹ Siehe zu Wahl und Rechtsstatus des Bürgermeisters *Gern/Brüning* (Fn. 7), Rn. 466 ff.

¹² Siehe die Zusammenstellung bei *Gern/Brüning* (Fn. 7), Rn. 517 ff.

ten wurzeln; vielmehr sind die Ursachen für Wahlverhalten und -ausgang vielschichtig. Und wenn ein Akteur selbst „die politischen Konsequenzen zieht“, begleicht beziehungsweise begrenzt er nur den politischen Schaden. Politische Verantwortung ist nicht drittschützend, das heißt, sie nutzt demjenigen nichts, der durch fehlerhaftes Verhalten der Kommunalverwaltung oder falsche Entscheidungen des Gemeinderates einen Nachteil erlitten hat. Schließlich unterliegt die politische „Sanktion“ weder in ihrem Inhalt und Ergebnis noch in ihren Folgen einer weiteren Sachprüfung. Überprüfbar ist allein die Einhaltung der für ihre Durchführung bestehenden formell-rechtlichen Normen. In der Sache vollzieht sich politische Verantwortlichkeit daher im rechtsfreien Raum.

Der Staat ignoriert diese politische Seite des Zusammenlebens zwar nicht. In Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG heißt es: „Die Parteien wirken bei der demokratischen Willensbildung des Volkes mit.“ Er selbst funktioniert indes nach anderen Regeln: Der mit dem Gewaltmonopol ausgestattete Verfassungsstaat hat das Recht zum allein maßgeblichen Ordnungsfaktor erhoben und sanktioniert Verhalten daher ausschließlich in den Formen und Bahnen von Gesetz und Recht (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG). Weil also die politische Verantwortlichkeit auch nur politische Konsequenzen haben kann, Rechtsfolgen aber an normative Tatbestände anknüpfen, soll es hier im Folgenden weder um politische noch um ethische Verantwortung gehen. In Rede steht allein die rechtliche Verantwortung der Kommunalpolitiker in den kommunalen Organen.

III. Verbands- und Organkompetenz

Im Rechtsstaat gibt ausschließlich die Rechtsordnung den verhaltensleitenden Maßstab vor. Kommunale Funktions- beziehungsweise Amtsträger können deshalb auch nur für Entscheidungen beziehungsweise Entscheidungsfolgen haftbar gemacht werden, die in ihrer jeweiligen Zuständigkeit und unter Verstoß gegen sie verpflichtende Rechtssätze zustande gekommen sind. Haftungsrechtliche Verantwortlichkeit ist demnach zu verstehen als Realisierung einer konkreten, fehlerhaften, da normwidrigen Wahrnehmung und Ausübung öffentlich-rechtlicher Kompetenzen. Das bedeutet: Werden Beschlüsse gefasst, die zwar den politischen Überzeugungen der Mitglieder der Mehrheit der Gemeindevertretung entsprechen, den gesetzlichen Aufgaben und Vorgaben aber zuwiderlaufen, führt der Weg rechtlich in die Haftung.

1. Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft

Kommunale Selbstverwaltung bedeutet Selbstbestimmung in den örtlichen Angelegenheiten durch die Bürgerinnen und Bürger und äußert sich in der Wahl der sie vertretenden Gemeindeorgane. Deren Zuständigkeit wird damit ebenso wie diejenige der Kommune insgesamt durch die Verbandskompetenz begrenzt. Keine Angelegenheiten der

örtlichen Gemeinschaft sind die staatlichen Aufgaben. Eine Befassungs- und Erledigungskompetenz fehlt den Gemeinden folglich grundsätzlich für solche Aufgaben, die den Kompetenzbereichen des Bundes und der Länder als solchen zugeordnet sind. Sowohl rechtlich als auch (allgemein-)politisch haben die Gemeinden diesbezüglich kein Mandat.¹³ Beispiele:

- Die Kompetenz zum Erlass eines Werbeverbots durch die Gemeinde für Tabak und Alkohol liegt nach Art. 72, 74 Nr. 11 GG als Regelung des Rechts der Wirtschaft beim Bund.¹⁴ Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG kann hiernach nicht als Ermächtigungsgrundlage zugunsten einer Regelungsbefugnis durch eine Gemeinde herangezogen werden.
- Mit der Ergänzung des allgemeinen staatlichen Familienlastenausgleichs durch Zahlung einer Aufwendungsbeihilfe für das dritte und jedes weitere Kind überschreitet eine Gemeinde ihre Verbandskompetenz.¹⁵
- Die Einführung einer kommunalen Verpackungsteuer ist nach Ansicht des BVerfG verfassungswidrig, weil das Land zwar grundsätzlich auf Grundlage von Art. 105 Abs. 2a GG eine Kompetenz dafür habe und diese auch auf die Kommunen übertragen könne. Eine derartige kommunale Verpackungssteuer stehe in ihrer Ausgestaltung als Lenkungssteuer jedoch zu den (seinerzeit) geltenden, auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG gestützten, bundesrechtlichen Vorgaben zum Abfallrecht in Widerspruch, so dass die Kompetenz aus Art. 105 Abs. 2a GG nicht in dieser Weise hätte ausgeübt werden dürfen.¹⁶ In jüngerer Zeit planen einige Kommunen die Einführung einer sog. „Coffee-to-go-Steuer“. In diesem Zusammenhang wird sich dann ggf. auch die Frage stellen, ob die bundesrechtlichen Vorgaben zum Abfallrecht noch immer einer solchen kommunalen Verpackungssteuer entgegenstehen würden.
- Umstritten ist die Frage, ob in Friedhofssatzungen von Steinmetzen der Nachweis verlangt werden darf, dass sie nur Materialien verwenden, die ohne ausbeuterische Kinderarbeit gefertigt wurden. Derartige Regelungen wurden von der Verwaltungsgerichtsbarkeit für unzulässig erklärt. Es wurde dabei entweder aufgrund des allgemeinpolitischen Bezuges der gemeindliche Aufgabenkreis für überschritten gehalten¹⁷ oder auf einen mangels hinreichender Ermächtigungsgrundlage nicht gerechtfertigten Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG abgestellt.¹⁸ Der

¹³ Vgl. BVerfGE 8, 122 (134); *Lehnguth*, DÖV 1989, 655 (658 f.).

¹⁴ Vgl. VGH Mannheim GewArch. 1993, 19 (21).

¹⁵ Vgl. OVG Münster NVwZ 1995, 718 (719 f.).

¹⁶ Vgl. BVerfGE 98, 106 ff.

¹⁷ Vgl. VGH München BayVBl. 2009, 367 (368 f.).

¹⁸ Vgl. OVG Koblenz NVwZ-RR 2009, 394 (395 f.).

Bay. VerFGH sah in der Entscheidung des VGH München einen Verstoß gegen die gemeindliche Selbstverwaltungsgarantie und hob sie auf.¹⁹

- Der kommunale Umweltschutz ist aus verfassungsrechtlicher Sicht zwischen der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG und dem Staatsziel aus Art. 20a GG einzuordnen. Ergänzend strahlen die Gesetzgebungskompetenzen gem. Art. 70 ff. GG und die Verwaltungskompetenzen aus Art. 83 ff. GG in die Thematik hinein. Das Spannungsfeld zwischen Selbstverwaltungsgarantie und Umweltschutz als Staatszielbestimmung findet sich – verknüpft durch finanzielle Gewährleistungen wie insbesondere das Konnexitätsprinzip – auch auf Landesebene in den jeweiligen Landesverfassungen wieder.²⁰ Überlagert wird die Thematik zusätzlich auch noch von EU-Recht.²¹ Die Kommunen als Teil der „vollziehenden Gewalt“ werden zwar von der Staatszielbestimmung des Art. 20a GG bzw. den landesverfassungsrechtlichen Regelungen angesprochen und somit wird der Umweltschutz auch zu einer kommunalen Aufgabe, allerdings nur im Rahmen der grundgesetzlich vorgesehenen Kompetenzordnung. Eine eigene Regelungsbefugnis besteht folglich nur dort, wo keine Vorschriften des Europa-, Bundes- oder Landesrechts entgegenstehen oder die Kommunen zur Regelung ermächtigt werden. Ein Beispiel für eine solche Ermächtigung ist § 1 Abs. 5 BauGB, der bei der Erstellung von Bauleitplänen die Sicherung einer menschenwürdigen Umwelt, einen Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen und eine ausreichende Beachtung des Klimaschutzes fordert. Aus dem Zusammenspiel von Art. 20a und 28 Abs. 2 GG kann sich aber ein Anspruch der Kommunen ergeben, die erforderlichen Regelungsinstrumente zu bekommen, um ihren Umweltschutzverpflichtungen ausreichend nachzukommen. Auf der anderen Seite vermittelt vor allem die Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG den Kommunen auch einen Schutz vor der Auferlegung zu weitreichender Umweltschutzmaßnahmen.
- Die Anordnung des Anschluss- und Benutzungszwang an Energieversorgungseinrichtungen ist auch zum Schutz der natürlichen Grundlagen des Lebens, insbesondere zum Zwecke des Umweltschutzes gerechtfertigt.²² In diesem Zusammenhang von Bedeutung ist der bundesrechtliche § 16 EEWärmeG, nach dem die Gemeinden und Gemeindeverbände von einer Bestimmung nach Landesrecht, die sie zur Begründung eines Anschluss- und Benutzungszwangs an ein Netz der öffentlichen Fernwärme- oder Fernkälteversorgung ermächtigt, auch

¹⁹ Vgl. NVwZ-RR 2012, 50 (51 f.); beachte aber das Sondervotum.

²⁰ Vgl. etwa Art. 39, 97 Bbg. LV; 12, 72 LV MV; 29a, 78 LV NRW; 11, 54 LV SH.

²¹ Vgl. insbesondere Art. 191-193 AEUV.

²² Die Anordnung des Anschluss- und Benutzungszwangs zum Zwecke des Immissions-, Klima- oder auch Ressourcenschutzes verstößt nicht gegen Bundesverfassungsrecht oder Europarecht, vgl. BVerwG NVwZ 2006, 690 – Fernwärmeversorgung; vgl. auch Bay. VerFGH NVwZ 2009, 298 (300).

zum Zwecke des Klima- und Ressourcenschutzes Gebrauch machen können.²³ Das gemeindliche Zugriffsrecht ist zwar gem. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG auf die Angelegenheiten der „örtlichen Gemeinschaft“ begrenzt; jedoch muss sich die Aufgabe nicht hinsichtlich aller ihrer Teilaspekte als eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft darstellen. Sie kann vielmehr auch nur teilweise als örtlich anzusehen sein, im Übrigen aber überörtlich erscheinen.²⁴ Insofern ist eindeutig, dass die Versorgung der Gemeindeeinwohner mit Fernwärme u.ä. einen örtlichen Bezug aufweist, auch wenn das Ziel neben der Verbesserung der lokalen Umweltsituation der – globale – Klimaschutz ist.²⁵ Soweit keine dem Schutz der natürlichen Grundlagen des Lebens dienende Ermächtigung zur Schaffung öffentlicher Einrichtungen besteht, ist jedoch zu beachten, dass Art. 20a GG die Gemeinde nicht dazu ermächtigt, Aufgaben des Umweltschutzes losgelöst von ihrem Kompetenzbereich an sich zu ziehen.²⁶

- Nachdem in Folge des Urteils des Bundesverfassungsgerichts im Verbotsverfahren gegen die NPD²⁷ die Finanzierung verfassungsfeindlicher Parteien in Art. 21 Abs. 3 GG neu geregelt worden ist, fragt sich, wie auf kommunaler Ebene mit den Fraktionen, Gruppen und Abgeordneten solcher Parteien umzugehen ist. In Betracht kommt der satzungsmäßige Ausschluss erkennbar verfassungsfeindlicher Parteien bzw. Vereinigungen in der Kommunalvertretung von finanziellen Zuwendungen zur Fraktionsgeschäftsführung. Aufgerufen ist damit eventuell ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot nach politischen Anschauungen (Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG), da weder ein Parteiverbot (Art. 21 Abs. 2 GG) noch ein Vereinigungsverbot (Art. 9 Abs. 2 GG) ausgesprochen worden ist. Zudem ist zu berücksichtigen, dass Fraktionszuschüsse dem aus der Fraktionstätigkeit resultierenden Finanzierungsbedarf einer Untergliederung der Vertretungskörperschaft, nicht aber der Finanzierung der Partei dienen. Schließlich fragt sich, ob die Generalklausel zum Satzungserlass genügt oder eine spezielle gesetzliche Grundlage erforderlich ist. Der VGH Kassel hat jedenfalls einen Gleichheitsverstoß angenommen.²⁸
- Das Thema setzt sich fort bei der Zulassung von verfassungsfeindlichen Parteien zu öffentlichen Einrichtungen, genauer dem Ausschluss solcher Parteien bzw. Vereinigungen von der Benutzung kommunaler Hallen durch die diesbezügliche Benutzungssatzung. Hier kann ein Verstoß gegen den Anspruch auf formale Gleichbehandlung von Parteien gem. § 5 Abs. 1 Parteiengesetz sowie eine Um-

²³ Vgl. hierzu BVerwG NVwZ 2017, 61 mit Anm. *Helmes*.

²⁴ BVerfG NVwZ 2004, 1477.

²⁵ BVerwG NVwZ 2006, 690 (692).

²⁶ Vgl. BVerwG NVwZ 2006, 595 (597) – zur alten Rechtslage in BW. *Brüning*, Energieintelligente Steuerung mittels (sonstiger) Satzungen und Abgaben?, *KommJur* 2014, 121 ff.; *Kahl*, Klimaschutz durch die Kommunen – Möglichkeiten und Grenzen, *ZUR* 2010, 395 ff.

²⁷ Siehe BVerfG NJW 2017, 611.

²⁸ VGH Kassel NVwZ 2017, 886 m. Anm. *Meyer*.

gehung des Parteienprivilegs aus Art. 21 Abs. 2 GG bzw. Art. 9 Abs. 2 GG erkannt werden. In diesem Sinne hat das OVG Saarlouis eine kommunale Entscheidungshoheit abgelehnt und verfassungsfeindlichen Parteien den Zugang zu öffentlichen Einrichtungen im Rahmen des geltenden Rechts offengehalten.²⁹

- Hierher gehört auch die „Lichter aus!-Aktion“ des Düsseldorfer Oberbürgermeisters.³⁰

2. Organkompetenzen

Die kommunalen Betätigungsfelder sind unterschiedlich dicht gesetzlich ausgestaltet. Dementsprechend viel oder wenig Spielraum bleibt für (politisch motivierte) Entscheidungen der Gemeindeorgane. Dabei ist die Vertretung für alle Angelegenheiten der Gemeindeverwaltung zuständig. Während für sie eine Vermutung der Zuständigkeit gilt, ist der Hauptverwaltungsbeamte nur dann zuständig, wenn das Gesetz seine Zuständigkeit konkret begründet oder die Vertretung ihm bestimmte Angelegenheiten überträgt. Geschäfte der laufenden Verwaltung obliegen dem Bürgermeister. Im Rahmen der Zuständigkeiten des Bürgermeisters sind die Beigeordneten seine allgemeinen oder auf ihren Geschäftsbereich beschränkten Organvertreter. Unabhängig davon steht dem Bürgermeister allerdings aus seiner Gesamtverantwortung als Verwaltungsleiter ein geschäftskreisübergreifendes Recht zur Ausübung einzelner Befugnisse auch im Dezernat des Beigeordneten oder mit Ausstrahlungswirkung auf diesen zu. Dieses sog. Selbsteintrittsrecht besteht insbesondere dann, wenn die Einheitlichkeit der Verwaltungsführung und der Verantwortlichkeit gewährleistet werden soll. Damit sind die Zuständigkeiten beschrieben, in deren Wahrnehmung Ratsmitglieder, Bürgermeister und Beigeordnete kommunalpolitische Entscheidungen beeinflussen.

a) Kommunalverfassungsverstreit

Eine Verletzung der Organzuständigkeit ist durch die Verwaltungsleitung (Bürgermeister, Landrat) und die Vertretung bzw. den Hauptausschuss möglich. Sie sind die Gemeindeorgane (vgl. § 7 Abs. 1 NKomVG). Darüber hinaus können entsprechende Pflichtverletzungen auch Organvertreter, etwa Beigeordnete, oder Organteile, etwa der Vorsitzende oder Ausschüsse, begehen. Die zwischen den Organen, Organvertretern und Organteilen der Gemeinde bestehenden „Innenrechtsbeziehungen“ führen in der kommunalen Praxis nicht selten, besonders in der Gemeinderatssitzung und deren Umfeld, zu Streitigkeiten zwischen den Beteiligten über Inhalt und Umfang der ihnen jeweils zuzuordnenden Rechtskreise. So streiten einzelne Ratsmitglieder (als Organanteil)

²⁹ OVG Saarlouis NVwZ 2018, 183.

³⁰ OVG Münster, U. v. 04.11.2016 – 15 A 2293/15; OVG Münster, NVwZ 2017, 1316; BVerwG, NVwZ 2018, 433.

mit dem Bürgermeister oder mit dem Gesamtgemeinderat; Bürgermeister als Organ und Beigeordnete als Organvertreter liegen im Konflikt; Minderheiten wenden sich gegen Mehrheiten. Streitbeteiligt können auch Ausschüsse, Fraktionen, Ortschaftsräte (Ortsbeiräte) oder andere Gruppierungen sein.

Das Kommunalverfassungsverfahren ist unter diesen Voraussetzungen eine gerichtliche Streitigkeit zwischen Organen, Organvertretern oder Organteilen kommunaler Gebietskörperschaften wegen einer möglichen Verletzung der ihnen als kommunales Verfassungsorgan bzw. Organteil kraft Gesetzes, Rechtsverordnung, Satzung oder schlichten Gemeinderatsbeschluss zustehenden (mitgliedschaftsrechtlichen) Einzelrechte oder Gruppenrechte im Innenrechtsverhältnis. Streitigkeiten zwischen Organen werden interorganschaftliche Verfahren, Streitigkeiten innerhalb einzelner Organe werden intraorganschaftliche (oder organinterne) Verfahren genannt.

Prüfungsmaßstab ist dabei zunächst das Gemeindeorganisationsrecht, so wie es im jeweiligen Kommunalverfassungsgesetz festgeschrieben ist (primäres Kommunalverfassungsrecht). Zudem erstreckt sich der Prüfungsmaßstab auf die Hauptsatzung und Geschäftsordnung des Rates als sog. sekundäres Kommunalverfassungsrecht.

b) Kommunalpolitische Unwucht

Die Doppelstellung des Bürgermeisters als Mitglied – in manchen Bundesländern sogar als Vorsitzender – der Vertretung und monokratischer Leiter der Verwaltung und Vollzugsorgan bewirkt eine Verzahnung zwischen Gemeindevertretung und Gemeindeverwaltung in seiner Person. Sie fördert die Schnelligkeit der Umsetzung der Ratsbeschlüsse, intensiviert den Informationsfluss und verbessert die Rückkopplung und ist ökonomischer. Eine Doppelspitze im Sinne der Norddeutschen Ratsverfassung erzeugt demgegenüber sachliche und politische Reibungsverluste. Die kollegiale Verwaltungsführung im Sinne der Magistratsverfassung leidet an der Schwerfälligkeit der Meinungsbildung und lähmt die notwendigen Entscheidungsprozesse. Entsprechendes gilt bei Einschaltung eines Zwischenorgans in den Verwaltungsvollzug, wie dies in Niedersachsen mit der Einrichtung des Verwaltungsausschusses vor Einführung des neuen Kommunalverfassungsgesetzes praktiziert wurde.

Allerdings haben sich durch die faktische Macht des Bürgermeisters, die aus der Leitung, Organisation und Beaufsichtigung des Geschäftsgangs der gesamten Verwaltung entspringt, und durch ihre rechtliche Absicherung, einerseits in Gestalt der Kompetenzen im Willensbildungsprozess des Gemeinderates und andererseits in Form der Vollzugskompetenz, die Gewichte in der Gemeinde schon naturgemäß zugunsten der Bürgermeisterverwaltung verschoben. Ein Übriges leistet die Direktwahl des Bürger-

meisters, die vordergründig zwar die demokratische Legitimation des Verwaltungsträgers Gemeinde stärkt. In der Sache kann die doppelte Volkswahl zu einem „System organisierter Unverantwortlichkeit“ führen,³¹ weil jeweils unmittelbar volksgewählte Mandats- und Funktionsträger die Rollenverteilung von Grundentscheidung und Verwaltungsführung nicht durchhalten können.³²

c) Neues Steuerungsmodell

Mit Blick auf die eigentliche Kommunalverwaltung wird teilweise unreflektiert der inneren Organisation ebenso wie den Rechts- und Handlungsformen privater Wirtschaftseinheiten eine Vorbildfunktion unterstellt. Das betrifft insbesondere kommunale Aufgaben der Daseinsvorsorge dort, wo sie zugleich als wirtschaftliche oder – von Gesetzes wegen fingiert – als nichtwirtschaftliche Betätigung daherkommt. Eine Folge ist gemeindliches Handeln in den Formen und Bahnen des Privatrechts, eine andere die Modernisierung der originären Gemeindeorganisation im Sinne des Neuen Steuerungsmodells. Beides setzt Entscheidungen der einzelnen Gemeinde voraus, die zu einer dezentralisierten Kommunalverwaltung führen und das geltende Kommunalverfassungsrecht herausfordern. Denn den Kommunen ist ihre corporate-governance-Struktur institutionell vorgegeben. „Sie sind Dezentralen eines demokratisch organisierten Staates und deshalb auf Legitimation angewiesen: Es muss sichergestellt sein, dass das kommunale Vertretungsorgan die Zügel in Händen hält.“³³

Unter dem Begriff „New Public Management“ (NPM) wird seit über 20 Jahren ein Reformkonzept der öffentlichen Verwaltung zusammengefasst, andere Namen dafür sind „Neues Steuerungsmodell“ (NStM) oder „Wirkungsorientierte Verwaltungsführung“. Wie schon die Begriffe vermuten lassen, sollten verstärkt privatwirtschaftliche Managementkonzepte in die öffentliche Verwaltung eingebracht werden. Vor allem das Element der Eigenverantwortlichkeit und die Steuerungskompetenz des Wettbewerbs sollten für neue positive Anreize sorgen. In Abkehr von der „klassischen“ öffentlichen Verwaltung sollte sich die Verwaltung nach dem modernen Ansatz konsequent an den erbrachten Leistungen (Output) und den dadurch erreichten Wirkungen (Outcome) orientieren.

Dieser Perspektivenwechsel auf die und aus der Kommunalverwaltung war zum Teil eine Reaktion auf knappe öffentliche Finanzen und die zunehmende Staatsverdrossenheit der Bürger, ging jedoch auch auf die Mängel der herkömmlichen Verwaltungsführung zurück: Dominanz bürokratischer Führung, Steuerungsdefizite im innovativen und

³¹ *Banner*, VOP 1991, 6.

³² Vgl. *Brüning*, Die Gemeinde SH 2010, 196 ff.

³³ So *Grawert*, in: Reichard (Hrsg.), Kommunen am Markt, 2001, 9 (19).

strategisch-langfristigen Bereich des Verwaltungshandels, Fixierung auf Regeln und Verfahren, ein Berufsbeamtentum mit schwachen Leistungsanreizen und ein wenig kooperatives Führungsverhalten sowie die Überkommenheit einer kameralistischen Haushaltswirtschaft. Im New Public Management hingegen sollten durch dezentralisierte Organisationsformen, Verantwortlichkeiten und Anreizsysteme die Eigenverantwortlichkeit und das „unternehmerische“ Handeln der Beschäftigten gestärkt, durch sparsamen Ressourceneinsatz und wirtschaftlichere Leistungserstellung Rationalisierungspotentiale ausgeschöpft und durch eine stärkere Kundenorientierung und das Prinzip des „aktivierenden Staats“ den Bürgern mehr Freiräume gewährt werden.

Ungeachtet der Frage, ob das Neue Steuerungsmodell die Kommunalverwaltung effektiviert hat, stößt es an (kommunalrechtliche und politische) Grenzen: Vertretungskörperschaft und Hauptverwaltungsbeamter stehen sich nicht als kontrollierende Legislative und ausführende Exekutive gegenüber, sondern sind Teile derselben Kommunalverwaltung, die sich lediglich durch Haupt- und Ehrenamtlichkeit unterscheiden. Zudem wirkt und vollzieht sich (Kommunal-)Verwaltung einzelfallbezogen, weshalb Zuständigkeitsreduktionen auf der Ebene des Gemeinderats ein wesentliches Element der Selbstverwaltungsidee berühren. Kennzeichnend ist gerade die Allzuständigkeit der Vertretung. Was von diesem Modernisierungsansatz bleibt, sind daher im Wesentlichen die Strategien zur Organisation der Rathausverwaltung sowie haushaltsrechtliche Umwälzungen.

IV. Strukturen rechtlicher Verantwortung

Wer im kommunalen Bereich agiert, muss sich in einem Dickicht aus verschiedenen kommunalpolitischen Vorstellungen und Einflusskanälen, mitunter komplizierten Sachgegebenheiten, knappen finanziellen Ressourcen, zahlreichen rechtlichen Reglementierungen sowie differierenden und divergierenden persönlichen Interessen und individuellen Fähigkeiten zurechtfinden. Lässt sich deshalb fast jede Handlung bei rückschauender Betrachtung auch als Folge anlage- und umweltbedingter Faktoren erklären, so ist die Fähigkeit der Akteure unbestritten, diese Bestimmungskräfte zu kontrollieren und die Entscheidungen nach sozialem ethisch verpflichtenden Normen und Wertvorstellungen auszurichten. Aufgrund dieser prinzipiellen Entscheidungsfreiheit des Menschen bildet das Prinzip der Verantwortung eine unumstößliche Realität seiner sozialen Existenz. Mit der Verantwortung für das eigene Verhalten geht einher, für dessen Folgen einstehen, haften zu müssen, eben verantwortlich zu sein. „Haftung“ heißt danach Verpflichtetsein aufgrund selbst verantworteten Geschehens. Voraussetzung ist mithin nicht allein die objektive Pflichtwidrigkeit, sondern darüber hinaus die persönli-

che Vorwerfbarkeit der Fehlleistung. Verantwortung und Schuld sind so miteinander verbunden.³⁴

1. Zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit

Das Recht knüpft an solche Pflichtverletzungen zwei grundsätzlich verschiedene Haftungsregime: Hat jemand aufgrund solchen Verhaltens eine Einbuße an seinen Rechtspositionen erlitten, so kommt ein *Ausgleich des entstandenen Nachteils* in Betracht. Das ist der tragende Gedanke des zivilen Schadensersatzrechts. Diese Verpflichtung zum Schadensausgleich bietet aber nicht immer einen ausreichenden Rechtsgüterschutz. Dem Interesse der staatlichen Gemeinschaft an der Erhaltung ihrer Grundwerte und an der Bewahrung des Rechtsfriedens innerhalb der Gesellschaft kann deshalb zusätzlich dadurch Rechnung getragen werden, dass die Rechtsordnung bestimmte sozialschädliche Verhaltensweisen verbietet und Übertretungen mit *Strafen* und anderen Folgen sanktioniert. In diesem Sinne sind die zivilrechtliche und die strafrechtliche Haftung zu unterscheiden.

Während diese doppelte Verantwortung normalerweise jedermann für sich trägt, ist bei Gemeinderäten, Hauptverwaltungsbeamten und Beigeordneten zu berücksichtigen, dass ihr Tun oder Unterlassen im kommunalen Zusammenhang, das heißt mit Bezug auf Stadt, Gemeinde oder Kreis und deren Unternehmungen erfolgt. Diese Verwaltungsträger sind zwar von sich aus rechtsfähig, aber nicht handlungsfähig. Wollen und handeln können nur Menschen. Juristische Personen brauchen daher Organe, die mit Menschen besetzt werden, die für sie tätig werden und sie somit handlungsfähig machen. Bei Mandats- oder Amtsträgern ist deshalb danach zu fragen, ob sie eine Zuständigkeit des kommunalen Verwaltungsträgers als Organ für diesen wahrnehmen oder als Privatperson handeln. Das rechtlich relevante Verhalten des Organwalters wird seinem Organ und damit dessen Verwaltungsträger zugerechnet.³⁵

Demgemäß ist der Gemeinderat ein Organ des Verwaltungsträgers Gemeinde, die ihrerseits eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist. Die Mitglieder des Gemeinderats, das heißt die Organwalter, nehmen die Zuständigkeiten der Gemeindevertretung und damit die Zuständigkeit der Gemeinde wahr. So wird etwa die von den Mitgliedern des Gemeinderats mehrheitlich beschlossene Satzung der Gemeindevertretung und über diese der Gemeinde zugeordnet. Sie ist über diese doppelte Zuordnung eine Satzung der Gemeinde. Entsprechendes gilt in anderen Rechtsbereichen. So haben auch die rechtsfähigen Vereinigungen und Gesellschaften des Privatrechts ihre Organe, beispielsweise

³⁴ Instrukтив *Michaelis*, DVBl. 1978, 125 ff.

³⁵ Instrukтив zu den Grundstrukturen des Verwaltungsorganisationsrechts *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 21 (hier insbes. Rn. 19 f.).

die Aktiengesellschaft einen Vorstand, einen Aufsichtsrat und eine Hauptversammlung, die durch die menschlichen Organwalter erst handlungsfähig gemacht werden. Wenn nun ein Mitglied des Gemeinderates in der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft die Gesellschafterrechte der Gemeinde wahrnimmt, handelt er für diese. Zugleich übt er in der Hauptversammlung Zuständigkeiten dieses Organs der Aktiengesellschaft und damit eine Zuständigkeit dieser juristischen Person des Privatrechts selbst aus.

Kommt es im Rahmen der tatsächlichen Ausfüllung der Organzuständigkeiten zu rechtsrelevanten Pflichtverletzungen, haftet Dritten anstelle der handelnden natürlichen Personen diejenige juristische Person, in deren Funktion die Gemeinderäte und Wahlbeamten eingeschaltet sind. Dieser *Austausch des Haftungssubjekts* gilt aber nur für den Ausgleich von materiellen und immateriellen Schäden: Wenn die Gemeinderäte, Hauptverwaltungsbeamten und Beigeordneten als Organe auftreten, haftet grundsätzlich die Gemeinde für die dabei entstehenden Nachteile Dritter. Nur ausnahmsweise wird das Verhalten des Organwalters nicht der juristischen Person zugerechnet, etwa wenn er erkennbar seine Zuständigkeiten überschreitet. Nie verlagert oder gar aufgehoben werden kann die strafrechtliche Verantwortung; sie besteht unabhängig davon, in welcher Eigenschaft der Mensch agiert! Juristische Personen sind nicht straffähig.

2. Öffentliche und private Rechtssphären

In Bezug auf die Haftung der Rechtsträger für ihre Organe ergibt sich noch eine weitere Schwierigkeit daraus, dass die deutsche Rechtsordnung zweigeteilt ist: Das öffentliche Recht bildet das Sonderrecht des Staates, während das Privatrecht die für jedermann geltenden Rechtssätze umfasst. Da die Städte und Gemeinden juristische Personen des öffentlichen Rechts sind, handeln sie grundsätzlich auch in den Formen des öffentlichen Rechts, mit der Folge, dass dort die Regelungen über die Haftung für Schäden zu suchen sind.³⁶ Soweit einschränkende Normen fehlen, kommt den Kommunen aber eine Wahlfreiheit dahingehend zu, Leistungen aufgrund öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Rechtsformen zu erbringen beziehungsweise zu fordern. Die *Wahlfreiheit* bezieht sich sowohl auf die Organisationsform der Einrichtung als auch auf die Ausgestaltung des Leistungs- oder Benutzungsverhältnisses.³⁷ Städte und Gemeinden können sich also ähnlich einer Privatperson auf die Ebene des Zivilrechts begeben und sich dort dementsprechend bewegen.

Hilfsgeschäfte der Verwaltung wie die Beschaffung der erforderlichen Sachgüter (Büromaterial, Kraftfahrzeuge, Grundstücke, Verwaltungsgebäude) erfolgen stets durch

³⁶ BGH, U. v. 2.3.2017 – III ZR 271/15: Haftung eines ehrenamtlich tätigen Vorsitzenden eines Schulzweckverbandes für Pflichtverletzungen gegenüber dem Zweckverband aus verwaltungsrechtlichem Schuldverhältnis.

³⁷ Siehe zum Recht der Verwaltung ausführlich *Maurer/Waldhoff* (Fn. 35), § 3 (hier insbes. Rn. 18 ff.).

privatrechtliche Verträge, die die Organe der Städte und Gemeinden für diese abschließen. Maßgebend für die rechtliche Behandlung dieser Kauf-, Miet- oder Werkverträge ist allein das Privatrecht. Bei der Erfüllung ihrer Verwaltungsaufgaben kann eine Kommune das Rechtsregime grundsätzlich frei wählen, das heißt beispielsweise die Abwasserentsorgung auf satzungsrechtlicher Grundlage gegen öffentlich-rechtliche Abgaben oder auf vertraglicher Basis gegen privatrechtliches Entgelt betreiben.³⁸ Darüber hinaus kann eine juristische Person des öffentlichen Rechts wie eine Stadt auch privatrechtliche Gesellschaften gründen oder sich an ihnen beteiligen. Entsteht auf diese Weise zum Beispiel eine von der Gemeinde beherrschte Stadtwerke AG, ist das eine selbständige juristische Person des Privatrechts, die eigene Organe besitzt und ihr Verhältnis zu den Benutzern nur privatrechtlich ausgestalten kann.

Für die Suche nach dem einschlägigen Haftungsregime muss folglich sehr genau danach unterschieden werden, welche Rechtsperson im konkreten Fall für das schädigende Verhalten verantwortlich ist und nach welchen Rechtsregeln sie agiert hat. Gerade die kommunale Gründung von oder Beteiligung an privatrechtlichen Gesellschaften und Einrichtungen verfolgt das Ziel, durch die „Flucht in das Privatrecht“ die Haftung gegenüber Dritten zu begrenzen. Während im hoheitlichen Bereich die Verletzung einer drittbezogenen Amtspflicht haftungsbegründend wirkt (vgl. § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB),³⁹ lösen zivilrechtlich immer und überall nur Eingriffe in die Rechtsgüter Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit sowie das Eigentumsrecht und diesem ähnliche sonstige Rechte Schadensersatzpflichten aus (vgl. § 823 Abs. 1 BGB).⁴⁰ Das Vermögen als solches ist kein solcherart geschütztes Recht.⁴¹ Reine Vermögensschäden führen daher nur zu einer Haftung, wenn ihnen eine vertragliche oder vertragsähnliche Rechtsbeziehung zugrunde liegt, die für die daran Beteiligten – und zwar nur für diese – relative

³⁸ Vgl. VG Münster, U. v. 10.2.2012 – 1 K 56/10: öffentlich-rechtliches Kanalbenutzungsverhältnis.

³⁹ Vgl. dazu BVerwG, B. v. 21.1.2010 – 9 B 66/08: Rückabwicklung eines nichtigen Ablösungsvertrags über Erschließungsbeiträge durch aus dem Bürgerlichen Recht entnommene Anspruchsgrundlagen in Ergänzung des Landesrechts; OLG Karlsruhe, U. v. 10.2.2012 – 1 U 146/14: ermessensfehlerhafter Feuerwehreinsatz mit extrem umweltschädlichen Löschwasser; OLG Brandenburg, U. v. 2.3.2010 – 2 U 6/08: Winterdienstpflicht (Glätteunfall); LG Coburg, U. v. 13.12.2016 – 23 O 457/16: Verkehrssicherungspflicht (Verbrennungen an den Füßen eines Kindes durch Betreten einer Metallrampe an einem Badesee); OLG Hamm, U. v. 8.7.2009 – 11 U 9/09: unrichtige Auskunft; BGH, U. v. 12.12.2002 – III ZR 201/01: aufsichtsbehördliche Genehmigung eines von der Gemeinde abgeschlossenen Rechtsgeschäfts („Oderwitz“); BGH, U. v. 16.9.2010 – III ZR 29/10: rechtswidrige Versagung des gemeindlichen Einvernehmens i.S.v. § 36 BauGB; BGH, U. v. 5.6.2008 – III ZR 225/07: fehlerhafte Berechnung des kommunalen Personalbedarfs durch überörtliche Rechnungsprüfung.

⁴⁰ OLG Schleswig, U. v. 25.10.2011 – 11 U 71/10: Verkehrssicherungspflicht (Umkippen eines mobilen Fußballtores auf öffentlichem Bolzplatz); BGH, U. v. 16.9.2010 – III ZR 29/10 – u. OLG Naumburg, U. v. 27.11.2008 – 1 U 43/08: rechtswidrige Versagung des gemeindlichen Einvernehmens i.S.v. § 36 BauGB; BGH, U. v. 5.6.2008 – III ZR 225/07: fehlerhafte Berechnung des kommunalen Personalbedarfs durch überörtliche Rechnungsprüfung.

⁴¹ Statt aller: BGHZ 27, 137 (140); 41, 123 (126 f.); 86, 152 (155).

Rechte und Pflichten begründet (vgl. § 280 Abs. 1 BGB),⁴² oder wenn eine Rechtsnorm die Widerrechtlichkeit bestimmter schädigender Verhaltensweisen begründet (vgl. § 823 Abs. 2 BGB).⁴³

3. Außen- und Innenverhältnis

Unabhängig davon, ob der Verwaltungsträger im Außenverhältnis öffentlich- oder privatrechtlich für einen Nachteilsausgleich verantwortlich ist, ist mit einer Haftungsverlagerung noch nicht gesagt, dass der betreffende Organwaller insofern von der Verantwortung für sein Verhalten und dessen Folgen freigestellt ist. Vielmehr ist damit das Problem des *Rückgriffs im Innenverhältnis* zwischen der Kommune und ihren einzelnen Funktions- und Amtsträgern aufgeworfen. Dieser hängt maßgeblich von der Art der zwischen der natürlichen und der juristischen Person bestehenden Rechtsbeziehung ab: Für Beamte greifen die Bestimmungen über das öffentlich-rechtliche, durch die Beamtenengesetze geregelte Dienst- und Treueverhältnis, die sowohl Schadensersatzverpflichtungen⁴⁴ als auch disziplinarische Sanktionen⁴⁵ vorsehen. Bei den Hauptverwaltungsbeamten und Beigeordneten handelt es sich um kommunale Wahlbeamte, auf die grundsätzlich die Regelungen des jeweiligen Landesbeamtengesetzes Anwendung finden. Soweit keine Sonderbestimmungen bestehen, sind sie also „normale“ (Verwaltungs-)Beamte. Die beamtenrechtliche Haftung für Pflichtverletzungen ist insofern auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt.⁴⁶

Ganz anderer Art ist die Rechtsbeziehung der Mitglieder der Gemeindevertretung zur Kommune: Ihnen wird kein beamtenrechtlicher Status, sondern ein ehrenamtliches Mandat eigener Art verliehen,⁴⁷ das durch die Vorschriften der jeweiligen Gemeinde-

⁴² Vgl. OLG Frankfurt, U. v. 7.4.2017 – 2 U 122/16: Dienstleistungsvertrag im Zusammenhang mit der Überlassung von Radarmessgeräten zur Verkehrsüberwachung; AG Ansbach, U. v. 9.1.2017 – 5 C 756/16: Schuldverhältnis durch die Vereinbarung einer probeweisen Mitnahme einer Katze aus dem Tierheim, Deliktische Tierhalterhaftung aus § 833 BGB.

⁴³ Siehe zur Haftung im Privatrechtsverkehr: OLG Frankfurt, U. v. 7.4.2017 – 2 U 122/16: Dienstleistungsvertrag im Zusammenhang mit der Überlassung von Radarmessgeräten zur Verkehrsüberwachung; AG Ansbach, U. v. 9.1.2017 – 5 C 756/16: Schuldverhältnis durch die Vereinbarung einer probeweisen Mitnahme einer Katze aus dem Tierheim, Deliktische Tierhalterhaftung aus § 833 BGB; vgl. BGH, U. v. 20.2.1979 – VI ZR 256/77: Anwendung der §§ 31, 89 BGB bei Zuständigkeitsüberschreitungen eines Organs.

⁴⁴ Vgl. OLG Jena, U. v. 13.7.2005 – 4 U 431/04: Regress des Dienstherrn bei Amtspflichtverletzung des Beamten; VG Magdeburg, U. v. 10.7.2007 – 5 A 442/05: beamtenrechtlicher Schadensersatz bei unterlassener Erhebung von Straßenausbaubeiträgen.

⁴⁵ Vgl. OVG Koblenz, U. v. 4.11.2010 – 3 A 10736/10: Ruhegehaltskürzung wegen Verletzung der Pflicht zur Amtsverschwiegenheit.

⁴⁶ BGH, U. v. 2.3.2017 – III ZR 271/15: Haftung eines ehrenamtlich tätigen Vorsitzenden eines Schulfachverbandes für Pflichtverletzungen gegenüber dem Zweckverband in analoger Anwendung des § 48 BeamtStG auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt.

⁴⁷ Zur Rechtsstellung der einzelnen Ratsmitglieder siehe *Nolte*, DVBl. 2005, 870 (874 ff.).

ordnung ausgefüllt wird.⁴⁸ Ratsmitglieder sind politische Repräsentanten der Bürgerschaft; sie üben kein Ehrenamt oder eine ehrenamtliche Tätigkeit aus.⁴⁹ Daraus folgt, dass kein Bürger verpflichtet ist, eine Wahl in den Rat anzunehmen. Die für Inhaber eines Ehrenamtes und für ehrenamtlich Tätige geltenden Vorschriften über die Verschwiegenheitspflicht, über die Ausschließungsgründe und über die Verletzung der Treuepflicht finden aber – unter Umständen mit bestimmten Maßgaben – auch auf Gemeinderatsmitglieder entsprechende Anwendung (§ 43 Abs. 2 u. 3 GO NRW). Mit diesen Pflichten versuchen die Gemeindeordnungen das für die Selbstverwaltung erwünschte, aber auch prekäre Element eines Entscheidens in geringer Distanz zum Sachvorgang rechtsstaatlich auszubalancieren.⁵⁰

Dieser Unterschied findet seinen Niederschlag auch und gerade in einer schwächeren rechtlichen Schadensverantwortlichkeit. Ein Rückgriff der Gemeinde gegen die Gemeinderäte im Innenverhältnis ist nur beschränkt möglich, da eine entsprechende Anwendung allgemeiner beamtenrechtlicher Regressvorschriften ausscheidet.⁵¹

Spezielle kommunalrechtliche Anspruchsgrundlagen sind nur in einigen Bundesländern vorhanden. In diesem Sinne normiert Art. 20 Abs. 4 Satz 2 BayGO die Haftung der ehrenamtlichen Gemeinderatsmitglieder gegenüber der Gemeinde als Regresshaftung für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz. Die Haftungsbeschränkung auf bestimmte Verschuldensgrade gilt nicht nur im hoheitlichen, sondern auch im fiskalischen (privatrechtlichen) Bereich. Folgerichtig bestimmt Art. 20 Abs. 4 Satz 3 BayGO, dass die Gemeinde die ehrenamtlich tätigen Gemeinderatsmitglieder intern von vornherein von der Haftung freistellt, wenn diese von Dritten unmittelbar in Anspruch genommen werden, sofern sie nicht grob fahrlässig gehandelt haben.

Auch § 54 Abs. 4 NKomVG normiert eine Haftung der Gemeinderatsmitglieder, sofern sie ihren Pflichten (Amtsverschwiegenheit, Mitwirkungsverbot, Treuepflicht) vorsätzlich oder grob fahrlässig zuwider handeln⁵², während § 43 Abs. 4 GO NRW die Ersatzpflicht auf schadenstiftende Ratsbeschlüsse beschränkt. Ausnahmsweise kann sich ein

⁴⁸ Vgl. *Gern/Brüning* (Fn. 7), Rn. 453.

⁴⁹ Vgl. dazu §§ 15 f. GO BW; Art. 19 BayGO; § 26 BbgGO; §§ 21, 23 HessGO; § 19 KV MV; §§ 22 ff. NdsGO; § 28 GO NRW; §§ 18 f. GO RP; §§ 24 f. SaarlKSVG; §§ 17 f. SächsGO; §§ 28 f. GO SachsAnh; §§ 19 f. GO SH; § 12 ThürKO.

⁵⁰ Vgl. OVG Münster, B. v. 23.12.2009 – 15 A 2126/09: Ordnungsgeld wegen Verstoßes gegen kommunalrechtliche Verschwiegenheitspflicht in nichtöffentlicher Gemeinderatssitzung.

⁵¹ VG Minden, B. v. 26.5.2008 – 3 L 231/08: Aufhebung eines Ratsbeschlusses durch die Aufsichtsbehörde, Schadensersatz wegen Versagung des gemeindlichen Einvernehmens, Haftungsumfang von Ausschussmitgliedern als Beamte im haftungsrechtlichen Sinne wegen der Beschlussfassung hinsichtlich der Versagung des Einvernehmens.

⁵² Zum Anwendungsbereich dieser Norm *Gärtner*, VR 1992, 433 ff., der einer einengenden Interpretation dahin, sie bei schadensverursachenden Ratsbeschlüssen nicht anzuwenden, eine Absage erteilt; ebenso *Henneke*, Jura 1992, 125 (132).

Rückgriffsanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB ergeben, wenn die Gemeinderäte gegen ein Schutzgesetz zugunsten der Gemeinde verstoßen haben und hierdurch der Schaden verursacht worden ist.

V. Compliance

Compliance in der Kommunalverwaltung bedeutet Übereinstimmung des Handelns aller betreffenden Personen mit der Rechtsordnung sowie mit anderen, insbesondere „internen“ Regeln.⁵³ Dabei steht das „Ob“ eines wirksamen Compliance-Verhaltens der Kommunalverwaltung nicht in Zweifel, statuieren Art. 20 Abs. 3 GG doch eine Bindung an „Gesetz und Recht“ und Art. 1 Abs. 3 GG eine unmittelbare Geltung der Grundrechte. Hinzu treten die Einstellungsvoraussetzungen aus Art. 33 Abs. 2 GG als eine Art „Zugangskompliance“ und das beamtenrechtliche Treueverhältnis im Sinne einer „Ausübungskompliance“.⁵⁴ Die Generalamtsspflicht zu rechtmäßigem Verwaltungshandeln gehört in diesen Zusammenhang.

Damit ist noch nichts über konkrete Maßnahmen gesagt, um das schon von Verfassungs wegen geforderte gesetzmäßige Handeln in jedem Einzelfall zu gewährleisten, erst recht nicht dazu, wie die Risiken von (Außen-)Haftung und Reputationsschädigung umschifft werden können.⁵⁵

Spezielle Regeln existieren mancherorts in Bezug auf Sponsoring oder allgemeiner zur Korruptionsprävention. Letztere betreffen etwa die Annahme von Geschenken und Vergünstigungen, die Rotation von Mitarbeitern in korruptionsgefährdeten Verwaltungsbereichen oder die Einrichtung eines Antikorruptionsbeauftragten, der Mitarbeitern und Bürgern gleichermaßen als Ansprechpartner zur Verfügung steht.⁵⁶

In etlichen Kommunen sind zwischenzeitlich Public Corporate Governance Kodizes als interne Verhaltensrichtlinien erlassen worden, die allerdings nicht die Kommunalverwaltung als solche, sondern vor allem Beteiligungen der Kommune an privaten Unternehmen betreffen. Das Ziel ist hauptsächlich eine Verlängerung der Gemeinwohlbindung in das privatrechtlich verfasste Unternehmen hinein.

Verantwortlich für die Etablierung einer effektiven und effizienten Verwaltung einschließlich eines wirksamen Compliance-Systems ist der Leiter der Kommunalverwaltung, mithin der Hauptverwaltungsbeamte. Ihn trifft ungeachtet der ausschließlichen Zuständigkeit der Vertretung für die „Richtlinien, nach denen die Verwaltung geführt

⁵³ *Stober*, DVBl. 2012, 391 (392).

⁵⁴ *Stober*, DVBl. 2012, 391 (397).

⁵⁵ Hierzu *Heukin/von Coelln*, DÖV 2012, 827 (831).

⁵⁶ Siehe *Gruber*, in: *Stober/Ohrtmann* (Hrsg.), *Compliance*, 2015, D § 14 Rn. 1412.

werden soll,“ (§ 58 Abs. 1 Nr. 2 NKomVG) die Alleinverantwortlichkeit für das Funktionieren der Verwaltung und die Leitung der Dienststelle (vgl. § 85 Abs. 3 NKomVG). Das Compliance-Management ist auf die Organisation von Legalität gerichtet⁵⁷ und damit ein Teil der Organisations- und Leitungsverantwortung der Verwaltungsführung.⁵⁸ Sie reicht von der Kenntnis der einschlägigen Vorschriften über die verantwortungsbewusste und informierte Betriebsorganisation bis hin zur Kontrolle.⁵⁹

Im Falle der gemeindlichen Aufgabenwahrnehmung in Eigenregie oder mittels Eigenesellschaft ist im Betrieb ein Compliance-Management-System zu installieren. Die Beteiligung eines Dritten führt dazu, dass das Fremdunternehmen die jeweiligen Pflichten selbst zu beachten hat, entlässt die Gemeinde aber nicht vollständig aus der Verantwortung. Je nach Ausgestaltung der Kooperation besteht die Aufgabenpflicht der Kommune unverändert fort.⁶⁰

VI. Verantwortung 2.0

Rechtswidriges Handeln bedingt jenseits von finanziellen und strafrechtlichen Folgen auch immer das Verfehlen kommunalpolitischer Ziele und fördert die Politikverdrossenheit. Auch unterhalb der Schwelle der Legalität kann es deshalb für die Verwaltung angezeigt sein, den Anschein zu vermeiden, die rechtlichen Grenzen würden ausgereizt und ggf. auch überschritten.⁶¹ Fehlverhalten der Verwaltungsbediensteten, erst recht aber der kommunalen Wahlbeamten und Abgeordneten, das von der Öffentlichkeit als nicht „korrekt“ wahrgenommen wird, hat erhebliche Breitenwirkung, nicht nur auf das Wahlverhalten der Bürger.

- Politische Diskussionen müssen von gegenseitigem Respekt und der Einsicht in die Daseinsberechtigung anderer demokratischer Gruppierungen und Meinungen getragen sein.
- Der kommunale Gestaltungsauftrag muss sach- und problemorientiert statt emotional und personalisiert sein.
- Entscheidungen und Begründungen sind grundsätzlich öffentlich, verständlich und transparent zu fassen.
- Partizipative und plebiszitäre Instrumente sind nicht als Einmischung in die kommunalpolitische Rollenverteilung anzusehen, sondern ernst zu nehmen.

⁵⁷ *Stober*, DVBl. 2012, 391 (392).

⁵⁸ *Meyer*, in: Hauschka (Hrsg.), *Corporate Compliance*, 2. Aufl. 2010, § 31 Rn. 65.

⁵⁹ *Kahle/Pfannkuch*, *KommJur* 2015, 121 (122).

⁶⁰ Zu den branchenspezifischen Compliance-Anforderungen der Wasser- und Abwasserwirtschaft *Fonk/Otto*, *GemH* 2011, 225 (228 ff.).

⁶¹ *Gruber*, in: *Stober/Ohrtmann* (Fn. 56), D § 14 Rn. 1420.

- Kommunale Zusammenarbeit ist nicht als Selbstaufgabe, sondern als Chance, insbesondere im ländlichen Raum, zu begreifen.
- Eine wirtschaftliche und nachhaltige Haushaltsführung ist als Grundlage kommunaler Selbstverwaltung existenziell.
- Umweltschutz und Sozialstaatlichkeit sind nur im Rahmen kommunaler Aufgaben zu verwirklichen.

Diskussionsbericht (3. Teil)

Von Ass. iur. Fabian Henkel

Frau Professorin Dr. Pascale Cancik (Universität Osnabrück) führte in die anschließende Diskussion ein. Sie wies auf die für die Frage nach der Verantwortlichkeit in den Kommunen zentrale Schwierigkeit hin, dass sich Kommunen in einer Stellung zwischen Politik und Demokratie auf der einen und Verwaltung auf der anderen Seite befänden. Frau Professorin Cancik knüpfte insofern an das von Herrn Professor Dr. Christoph Brüning (Christian-Albrechts-Universität zu Kiel) in seinem Vortrag verwendete pointierte Begriffspaar *Legitimation versus Qualifikation* an. Diese Spannungslage zwischen Logik parteipolitischer Verantwortung und Logik rechtlicher Verantwortlichkeit aufzulösen, ließe sich zwar nach etwa 200jähriger Auseinandersetzung hiermit als Quadratur des Kreises bezeichnen. Dennoch sei es für die Kommunen auch zukünftig eine zentrale Aufgabe, den Bürgern die Begrenzungen, denen Selbstverwaltung im deutschen Rechtssystem unterliegt, begreiflich zu machen.

Herr Jörg Makel (Bürgermeister der Gemeinde Nienhagen) stellte sodann an Herrn Professor Brüning die Frage, ob bei einer aus rein politischen Gründen versagten Erteilung des Einvernehmens in bestimmten Antragsverfahren wie etwa im Baurecht, eine rechtliche Haftung für die Mandatsträger entstehen könne. Der Vortragende verwies in seiner Antwort auf einen Fall aus der Rechtsprechung, in dem hierüber entschieden worden sei. Die beteiligte Belegenheitsgemeinde habe dort entgegen einer Verwaltungsvorlage und eines zwischenzeitlich durchgeführten kommunalaufsichtlichen Beratungsverfahrens beharrlich ihr Einvernehmen verweigert. Herr Professor Brüning führte sodann aus, dass jede Form eines Rückgriffs bzw. einer Haftung von Gemeinderäten zunächst einer Rechtsgrundlage bedürfe, die jedoch lediglich in Bayern, Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen gegeben sei. Voraussetzung für einen Rückgriff sei sodann eine schuldhaftige Pflichtverletzung, d.h. Handeln wider besseres Wissen, m.a.W., dass in einer Art gehandelt worden sei, in der vernünftigerweise nicht mehr so entschieden werden durfte. So sei es in dem angesprochenen Fall gewesen. Dabei sei es jedoch gerade nicht um den Schaden für ein nicht verwirklichtes Vorhaben gegangen, sondern, weil das verweigte Einvernehmen der Gemeinde letztlich ersetzt werden konnte, um den wegen späterer Errichtung des Vorhabens entstandenen Verzögerungsschaden. An dieser Stelle seien dann Fragen von Zurechnung bei Kollegialentscheidungen maßgeblich, im Ergebnis letztlich, wer wie gestimmt habe. Es gehe zivilrechtlich um einen Einzelnachweis, weil sich der Rückgriff gegen einzelne am Beschluss beteiligte Gemeindevertreter richte.

Herr Prof. Dr. Joachim Erdmann (Nds. Landesjustizprüfungsamt, Celle) führte anschließend eine in der Praxis weit verbreitete Fallgestaltung in die Diskussion ein, nach der kommunale Verantwortliche im Nebenamt als Geschäftsführer kommunaler Gesellschaften, namentlich in der Wirtschaftsförderung, tätig seien. Dabei sähen sich diese mit den schwierigen europarechtlich determinierten Bereichen des Vergabe- und Beihilfe-rechts konfrontiert. Herr Professor Erdmann wies insofern auf eine Entscheidung des Landgerichts Münster hin, nach der ein solcher Nebenamtler wegen eines – zugegebenermaßen – evidenten Fehlers nach § 43 Abs. 2 GmbHG haftete. Er gab zu bedenken, dass die Anforderungen – gerade in einem so komplexen Bereich wie dem des Vergabe- und Beihilfenrechts – nicht überdehnt werden dürften, um überhaupt noch Verantwortliche im engeren Sinne für kommunale Tätigkeiten zu finden.

Herr Professor Brüning widersprach dem Gedanken, dass Schwierigkeiten bei der Kandidatenfindung für die Gemeindevertretung auf die Angst der Bürger vor einer etwaigen Haftung zurückzuführen seien. Hierzu führte er an, dass die Fälle einer Rückgriffshaftung bei Mitgliedern der Gemeindevertretungen oder eines Kreistags tatsächlich sehr selten seien. Zudem bestünden auch in anderen Lebensbereichen, die frei von Haftungsfragen seien, beispielsweise bei der Wahl eines Kirchenvorstands, Schwierigkeiten bei der Besetzung von ehrenamtlichen Positionen.

Was aber stimme, so Herr Professor Brüning unter Rückgriff auf das Stichwort *Compliance* weiter, sei, dass mit Blick auf ehrenamtliche Kommunalvertreter erhebliche Probleme im Zusammenhang mit dem sog. kommunalen Beteiligungsmanagement aufträten. Die ehrenamtlichen Vertreter würden von den Vertretungen in die kommunalen Gesellschaften entsandt, ohne häufig über das notwendige Wissen – etwa im Lesen einer Bilanz – für die Aufgaben der Überwachung und Unterstützung der kommunalen Beteiligungen zu verfügen. Die Unternehmenssteuerung schlage daher in vielen Fällen fehl, wie sich etwa im Bereich kommunaler Wohnungsbaugesellschaften gezeigt habe, bei denen Fehlentwicklungen nicht rechtzeitig bemerkt worden seien. Um diese Situation zu verbessern, müssten Gemeindevertreter dazu ermutigt werden, Schul- und Fortbildungsangebote wahrzunehmen, was letztlich konkret auch bedeute, ihnen die Teilnahme an diesen Veranstaltungen zu bezahlen. Um die betreffenden Vertreter überhaupt adäquat erreichen zu können, müsste zudem stärker etwa über sog. In-House-Schulungen nachgedacht werden. Der gesamte Sektor der privatisierten Verwaltung sei insofern aus kommunaler Perspektive ein völlig untersteuerter Bereich und entspreche daher nicht dem Anspruch des Gesetzes. Diese Sollbruchstelle gelte es zu schließen und insofern seien denn auch den Kommunalvertretern Haftungsrisiken zu erklären, die sich in privatrechtlichen Unternehmungen in deutlich stärkerem Maße ergäben als in der klassischen Verwaltung.

Herr Martin Bienen (BPW Treuhand GmbH, Bünde) stimmte Herrn Professor Brüning mit Blick auf die notwendige zusätzliche Qualifizierung in den Kommunen zu. Bei seiner eigenen beruflichen Tätigkeit in der Prüfung von Kommunen und kommunalen Einrichtungen stelle er immer wieder fest, dass die fachlichen Anforderungen an Aufsichtsratsmitglieder von den meisten gar nicht erfüllt werden könnten, weil die Themenstellungen zu komplex seien. Hieraus folge etwa, dass Verantwortung nicht wahrgenommen werde und schließlich die Akteure in der Kommune handlungsunfähig würden. Zur Veranschaulichung schilderte er einen Sachverhalt, bei dem er selbst als Abschlussprüfer tätig gewesen sei und eine angesetzte Schlussbesprechung in der Aufsichtsratsitzung wegen eines nicht beschlussfähigen kommunalen Aufsichtsrates nicht stattfinden konnte.

Es meldete sich sodann Herr Bernhard Zentgraf (Vorstandsvorsitzender des Bunds der Steuerzahler Niedersachsen und Bremen e.V., Hannover) zu Wort. Er wies auf die aus seiner Sicht in der Praxis der Kommunen nur kaum bzw. zu selten in Anspruch genommenen Sanktionsmöglichkeiten in zivil-/regressrechtlicher wie auch disziplinarrechtlicher Hinsicht hin und führte als einen Grund hierfür an, dass lediglich die Behördenleitung in diesem Bereich antragsberechtigt sei. Er stelle sich insofern die Frage, ob es vorstellbar sei, die Antragsberechtigung bzw. das Verfahren als solches zu ändern, um einer Haftung von Amtsträgern und öffentlich Bediensteten – nicht Ratsmitgliedern – zur stärkeren Durchsetzung zu verhelfen.

Herr Professor Brüning griff das Disziplinarrecht als die Variante der innerdienstlichen Sanktionierung von Fehlverhalten auf. Insofern könne es auch aus seiner Sicht ein Problem darstellen, wenn die kommunale Rechtsperson so klein sei, dass der Abstand zwischen den handelnden Personen nicht hinreichend sei, um ein Disziplinarverfahren mit der gebotenen Sachlichkeit durchführen zu können. Aus seiner eigenen – nicht empirisch begründeten – Wahrnehmung gebe es in der unmittelbaren Landesverwaltung deutlich mehr Disziplinarverfahren als in der mittelbaren Landesverwaltung, was seinen Grund darin haben könnte. Herr Professor Brüning wies jedoch darauf hin, dass der Vorschlag, das Antragserfordernis auf Impulse von außen auszuweiten, letztlich an der Idee der Selbstverwaltung der Kommune rühre und sie schwäche. Kern dieser Idee sei es, dass kommunale Angelegenheiten innerhalb dieser Rechtsperson belassen werden. Die kommunale Selbstverwaltung als unterste Stufe des deutschen Staatsaufbaus habe nicht nur historisch gute Gründe, sondern sei auch in ihrer Funktionsweise – unbenommen aller Probleme – erfolgreich. Herr Professor Brüning führte hieran anknüpfend ein anderes Beispiel in die Diskussion ein: Während Nordrhein-Westfalen bei ca. 17 Mio. Einwohner 432 Kommunen habe, existierten in Schleswig-Holstein bei ca. 2,8 Mio. Einwohnern 1106 Kommunen. Trotz dieser völlig verschiedenen Verwaltungsstrukturen habe er nicht den Eindruck, dass Schleswig-Holstein schlechter verwaltet sei als Nord-

rhein-Westfalen. Ganz im Gegenteil führe die Kleinteiligkeit und Überschaubarkeit dazu, dass die jeweiligen Angelegenheiten und Zusammenhänge besser verstanden würden als in großen Gemeinden. Zudem sei die kleinteiligere Struktur mit Blick auf die bereits angesprochene Steuerung jedenfalls hilfreicher und könnten durch sie problematische Entwicklungen innerhalb der Kommune schneller ruckbar werden, sodass sich die Frage nach Disziplinarverfahren in geringerem Maße stelle.

Herr Thomas Klein (Erster Kreisrat des Landkreises Nienburg/Weser) merkte sodann zu den Ausführungen von Herrn Zentgraf an, dass dieser bei der von ihm skizzierten Problematik die Selbstreinigungskräfte in den Kommunen unterschätze: Sollte ein Dezernent nämlich ein Fehlverhalten im eigenen Hause derart tolerieren, dass er seine Aufgabe, disziplinarische Sanktionen und Regressforderungen zu prüfen, nicht wahrnehme, würde er sich selbst dem Risiko einer Sanktionierung aussetzen. Daher mag es zwar sein, dass bestimmtes Fehlverhalten nicht übermäßig publik gemacht würde, weil auch eine gewisse Schutz- und Treuepflicht des Vorgesetzten gegenüber dem fehlerhaft agierenden Mitarbeiter bestünde. Dies bedeute jedoch nicht zwangsläufig, dass Sanktionen nicht ergriffen werden würden, denn schon aus Selbstschutz wolle sich niemand in vorgesetzter Position mit der dahinterstehenden Problematik gemein machen.

Herr Professor Brüning ging zum Abschluss der Diskussion ergänzend zu den Ausführungen seines Vorredners auf die Position des Hauptverwaltungsbeamten ein. Dieser sei flächendeckend volksgewählt, aber beamtenrechtliche (Personal-)Führungskompetenzen seien gerade nicht gottgegeben, sondern müssten erlernt werden. Nicht nur bei den Mitgliedern der Gemeindevertretung oder des Kreistags, sondern auch bei den Hauptverwaltungsbeamten sei daher sicherzustellen, dass sie fachlich in Stand gesetzt würden. Herr Professor Brüning führte in diesem Zusammenhang wiederum den Begriff des *Compliance* an, jedoch nicht verstanden als Rechtmäßigkeit, sondern als Vorstufe im Sinne eines Systems, das es selbstverständlich mache, dass auch ein Hauptverwaltungsbeamte an beamtenrechtlichen Schulungen teilnehme, ohne sich im politischen Meinungskampf den unsachlichen Vorwurf gefallen lassen zu müssen, er habe dies wohl wegen fehlender Kompetenz nötig. Zur Etablierung eines solchen Systems, das eine Diskussion über die Frage der Kompetenz in dieser Form gar nicht zulasse, bedürfe es Angebote des Landes, die flächendeckend und kostenfrei seien.

Regress und Rechtswirklichkeit aus Sicht der niedersächsischen Finanzkontrolle

*Präsidentin Dr. Sandra von Klaeden**

Der Beitrag gibt den Inhalt eines Kurzvortrages wieder, den die Autorin bei den diesjährigen 29. Bad Iburger Gesprächen zum Thema „Haftung. Zur rechtlichen Verantwortlichkeit kommunaler Amts- und Mandatsträger“ gehalten hat. Das Thema des Vortrages lautete „Regress und Rechtswirklichkeit aus Sicht der niedersächsischen Finanzkontrolle“, also aus Sicht des Niedersächsischen Landesrechnungshofs und der überörtlichen Kommunalprüfung in Niedersachsen.

Zunächst wird ein kurzer Einblick in die Arbeit des Niedersächsischen Landrechnungshofes und vor allem der überörtlichen Kommunalprüfung gegeben. Sodann werden drei ausgewählte Themenfelder möglicher Haftungs- bzw. Regressfälle kommunaler Amts- und Mandatsträger besprochen. Dabei handelt es sich um die aktuellen Problembereiche Vergabefehler bei Zuwendungen, interne Kontrollsysteme für steuerliche Pflichten und Aufsichtsräte kommunaler Unternehmen.

Der Niedersächsische Landesrechnungshof prüft auf Grundlage gesetzlicher Ermächtigungen, wie der Niedersächsischen Landeshaushaltsordnung, die Wirtschaftlichkeit und Ordnungsmäßigkeit der Haushalts- und Wirtschaftsführung der Landesbehörden.

Die überörtliche Kommunalprüfung ist als Abteilung in die Organisation des Niedersächsischen Landesrechnungshofes eingegliedert, wird jedoch als eigenständige Prüfungsbehörde auf Grundlage des Niedersächsischen Kommunalprüfungsgesetzes tätig. Geprüft werden jeweils mehrere Kommunen gleichzeitig. In den Anfangsjahren der überörtlichen Kommunalprüfung lag der Fokus darauf, festzustellen, ob das Haushalts- und Kassenwesen der zu prüfenden Einrichtung ordnungsgemäß und wirtschaftlich geführt wird. Etwaiges Fehlverhalten wurde benannt. Der gesetzliche Auftrag und das Selbstverständnis der überörtlichen Kommunalprüfung gehen mittlerweile jedoch weit darüber hinaus.¹ Die Prüfung dient auch dazu, die Haushaltswirtschaft und Organisation der zu prüfenden Einrichtung durch Beratung in selbstverwaltungsgerechter Weise zu

* Der Beitrag ist außerdem 2019 in Heft 2 der Niedersächsischen Verwaltungsblätter erschienen (Nds-VBl. 2019, S. 41 ff.).

¹ Vgl. § 2 Niedersächsisches Kommunalprüfungsgesetz.

fördern. Insbesondere sollen Verbesserungsvorschläge unterbreitet und Vergleichsmöglichkeiten genutzt werden.

Die überörtliche Kommunalprüfung vergleicht derzeit in jeder Prüfung mindestens zehn Kommunen miteinander. Durch den Vergleich wird die Kommunalprüfung häufig auf besonders positive Handlungsweisen einzelner Kommunalverwaltungen aufmerksam. Diese Good-Practice-Beispiele können wiederum als Vorbild für andere Kommunen dienen und werden daher ausdrücklich in den Prüfungsmitteilungen und Kommunalberichten benannt. Gleichzeitig kommt die Kommunalprüfung ihrer Beratungsfunktion auch dadurch nach, dass sie auf etwaige Risiken für die Kommunen in den Prüfungsmitteilungen und Kommunalberichten aufmerksam macht.

Die von der Kommunalprüfung beschriebenen Vorschläge sind also kein theoretisches Konstrukt, sie beruhen auf den tatsächlichen Herangehensweisen, wie sie in den Kommunen vorgefunden werden.

Ein konkretes Beispiel: In den letzten drei Jahren hat die Kommunalprüfung eine Prüfungsreihe zum Themenbereich IT-Sicherheit bei mehr als 60 Kommunen durchgeführt. Die in diesen Prüfungen beschriebenen Feststellungen und Hinweise zur Verbesserung der Datensicherheit, zum Gebäudeschutz oder auch zur Sensibilisierung von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern fanden durchgängig positiven Anklang und Gehör in den geprüften Kommunen. Ganz aktuell prüft und berät die Kommunalprüfung in dieser Prüfungsreihe zu den neuen Anforderungen der EU-DSGVO und des Niedersächsischen Datenschutzgesetzes.

Bei dem Thema Haftung von Amts- und Mandatsträgern wird auf zwei aktuelle Themenbereiche aus der Praxis der niedersächsischen Finanzkontrolle verwiesen:

- Vergabefehler bei Zuwendungen und
- interne Kontrollsysteme für steuerliche Pflichten.

Es handelt sich insofern um äußerst praxisrelevante Themen, da nach der Prüfungserfahrung hierbei häufig das Bewusstsein der Handelnden fehlt, überhaupt einen Fehler zu machen. In der Regel handelt es sich nicht um vorsätzlich begangene Verstöße. Es ist auch die Aufgabe der überörtlichen Kommunalprüfung, das Bewusstsein für mögliche Worst-Case-Szenarien zu schärfen. Fehlverhalten von Verantwortlichen in den Kommunen kann zur Haftung durch Zahlung von Strafen oder Schadenersatz führen.

Der erste Beispielsfall aus der Prüfungspraxis sind Vergabefehler bei Zuwendungen. Finanzielle Zuwendungen bzw. das Zuwendungsrecht sind im kommunalen Alltag in

etlichen Bereichen anzutreffen, etwa bei Förderungen von Schulsanierungen, im Städtebau oder auch im Naturschutz.

Beispielsweise möchte die Kommune X ein Beratungsunternehmen beauftragen, ein neues Standortmarketingkonzept zu erstellen. Hierfür stehen Mittel aus einem EU-Fonds bereit, die über die Investitions- und Förderbank Niedersachsen – NBank an die Kommune ausgezahlt werden. Als Auflage² im positiven Zuwendungsbescheid fordert die NBank die Kommune auf, das Vergaberecht einzuhalten. Es kam, wie es kommen musste: Die Kommune X hat einen Fehler bei der Auftragsvergabe begangen. Der Auftrag für das Marketingkonzept musste aufgrund des hohen finanziellen Volumens ausgeschrieben werden. Die Kommune X wartete den Eingang der verschiedenen Angebote gar nicht erst ab. Sie hat sogleich den Anbieter beauftragt, der schon immer hervorragende Arbeit geleistet hat. Vergabefehler können als Verstoß gegen eine Auflage des Zuwendungsbescheids Auswirkungen auf die Zuwendungshöhe haben.³ Widerruf⁴ oder Rücknahme⁵ des Zuwendungsbescheids können zur teilweisen oder vollständigen Rückforderung der Zuwendung führen. Dabei steht der Behörde ein Ermessen zu, das in der Regel durch Ermessensleitlinien konkretisiert wird, so beispielsweise bei der NBank. Es ist mithin im Beispielsfall der Kommune X davon auszugehen, dass die Zuwendung wegen eines schweren Vergabefehlers zurückgefordert werden muss.

Immer wieder findet die Finanzkontrolle schwere Vergabefehler, die tendenziell zu einer Gesamtrückforderung der Zuwendung führen können.

Diese Fehler können sein:

- Verstoß gegen die Vergabeart,
- fehlende eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung,
- unzulässige Bevorzugung eines regionalen Anbieters,
- unzulässige Vergabe ganz ohne Ausschreibung,
- Vergabe an Generalübernehmer oder -unternehmer ohne Nachweis der Wirtschaftlichkeit.

² Z. B. durch Hinweis auf Ziff. 3 der Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung (ANBest-P) bzw. für institutionelle Förderungen (ANBest-I).

³ Vgl. BVerwG 8 B 26.13; OVG Rheinland-Pfalz 6 A 10478/12.OVG vom 25.09.2012, OVG NRW 4 A 1055/09 vom 20.04.2012.

⁴ Ziff. 3 der ANBest-P ist Auflage im Sinne von § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG; den Verstoß gegen diese Auflage ermöglicht den Widerruf gemäß § 49 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwVfG.

⁵ Kein Vertrauensschutz bei Verstoß gegen EU-Recht, da aufgrund des „effet utile“ Anwendungsvorrang des EU-Rechts besteht.

Bei vielen Fallbeispielen von Vergabefehlern, die Sie der Rechtsprechung⁶ entnehmen können, waren es Prüfungsmitteilungen der Rechnungshöfe, die den Bewilligungsbehörden Anlass gaben, Zuwendungen zu widerrufen oder bereits ausgezahlte Fördermittel zurückzufordern. So gab auch der Niedersächsische Landesrechnungshof binnen drei Jahren in sechs Prüfungen die Empfehlung, wegen Vergabeverstößen Zuwendungen zu widerrufen bzw. Fördermittel zurückzufordern.

Die rechtliche Konstellation in der Förderpraxis ist in kaum einem anderen Rechtsbereich in dieser Art und Folgenintensität wiederzufinden. Ein einziger, noch so formell wirkender Vergabefehler kann für den Zuwendungsempfänger als öffentlichem Auftraggeber unter Umständen gleichzeitig zu

- förderrechtlichen,
- vergaberechtlichen,
- zivilrechtlichen,
- strafrechtlichen und
- dienstrechtlichen Konsequenzen

führen und damit erhebliche (finanzielle) Folgen nach sich ziehen. Darüber hinaus dürfen die Folgewirkungen in der Öffentlichkeit, die „politische Haftung“, nicht außer Acht gelassen werden. Selbst wenn rechtliche Konsequenzen noch nicht feststehen, kann allein die Tatsache, dass Vergabefehler entstanden, zu personellen Konsequenzen führen, sofern der öffentliche Druck groß genug ist.

Vergabefehler stellt die Finanzkontrolle immer wieder auch in anderen Zusammenhängen fest: Bei einer Prüfung des öffentlichen Personennahverkehrs⁷ kam es zu unzulässigen Direktvergaben und fehlerhaften wettbewerblichen Verfahren. Auch im Baubereich trifft die Finanzkontrolle regelmäßig auf Vergabefehler.⁸

Das zweite Praxisbeispiel aus den aktuellen Prüfungen der überörtlichen Kommunalprüfung betrifft den Bereich der internen Kontrollsysteme für steuerliche Pflichten. Dieses Steuerthema rückt unter anderem deshalb in den Blickpunkt, da die gesetzlichen Regelungen zur Umsatzsteuerpflicht für juristische Personen des öffentlichen Rechts geändert wurden. Daraus entstehen nicht zu unterschätzende Haftungsrisiken, insbesondere für Hauptverwaltungsbeamte in Kommunen. Worum geht es genau?

⁶ BGH, Urt. v. 17.11.2011, Az: III ZR 234/10; BVerwG, Beschl. v. 13.02.2013, Az: 3 B 58.12; OVG NRW, Beschl. v. 13.02.2012, Az: 12 A 121/11; OVG Lüneburg, Beschl. v. 03.09.2012, Az: 8 LA 187/11.

⁷ Vgl. Die Präsidentin des Niedersächsischen Landesrechnungshofs – Überörtliche Kommunalprüfung, Kommunalbericht 2017, S. 40 ff., zu finden unter: www.lrh.niedersachsen.de.

⁸ Vgl. Niedersächsischer Landesrechnungshof, Jahresbericht 2016, S. 135 ff., zu finden unter: www.lrh.niedersachsen.de.

Zum 01.01.2017 wurden die Regelungen zur Unternehmereigenschaft von juristischen Personen des öffentlichen Rechts in § 2b Umsatzsteuergesetz⁹ neu gefasst.¹⁰ Der Gesetzgeber hat für die Umstellung auf das neue Recht einen Übergangszeitraum eingeräumt. Ab 01.01.2021 muss das neue Recht zwingend angewendet werden. Soweit der Kommunalprüfung bekannt ist, nutzen nahezu alle niedersächsischen Kommunen diesen Übergangszeitraum bis Ende 2020. Neu ist, dass nun grundsätzlich auch solche Tätigkeiten von Kommunen der Umsatzsteuer unterliegen können, die ihnen im Rahmen der öffentlichen Gewalt obliegen. Verkürzt dargestellt entsteht die Umsatzsteuerpflicht immer dann, wenn die Leistungen im Wettbewerb mit privaten Dritten erbracht werden. Die Abgrenzungsproblematiken dieser Neuregelung bergen erhebliche Fehlerquellen.

Im Rahmen von vermehrten Betriebsprüfungen geraten Kommunen immer öfter in das Blickfeld der Finanzverwaltung. Die korrekte Beurteilung von Sachverhalten des kommunalen Alltags hinsichtlich ihrer Umsatzsteuerpflicht gewinnt also stark an Bedeutung. Diese steigenden steuerlichen Anforderungen bergen erhebliche Risiken für die Kommunen. Ihnen können bei unrichtiger oder unvollständiger Angabe steuerlich erheblicher Tatsachen die Einleitung von Steuerstrafverfahren durch das zuständige Finanzamt wegen Steuerhinterziehung drohen.¹¹ Auslöser dieser Verfahren können

- die Ergebnisse von Betriebsprüfungen,
- die erstmalige Erklärung steuerrelevanter Sachverhalte
- oder die Berichtigung bereits abgegebener Steuererklärungen aufgrund aktuell gewonnener Erkenntnisse zur Steuerpflicht sein.¹²

Ein besonderes Risiko bei mangelnder steuerlicher Pflichterfüllung trifft Hauptverwaltungsbeamte als gesetzliche Vertreter der Kommune. Sie können diesen persönlichen Schuldvorwurf wirksam entkräften, wenn sie detailliert nachweisen, dass sie zur Erledigung aller steuerlichen Angelegenheiten eine angemessen eingerichtete und funktionierende Steuerorganisation implementiert haben.¹³ Das Bundesministerium für Finanzen (BMF) führt dazu in einem Anwendungserlass¹⁴ aus, dass die Einrichtung eines innerbetrieblichen Kontrollsystems, welches der Erfüllung der steuerlichen Pflichten dient, als Indiz gewertet werden kann, dass kein Vorsatz oder Leichtfertigkeit gegeben sind.

⁹ Art. 12 des Steueränderungsgesetzes 2015 vom 02.11.2015, BGBl. 2015 Teil I Nr. 43 vom 05.11.2015, S. 1834.

¹⁰ § 2 Abs. 3 UStG wurde aufgehoben und § 2b neu in das Umsatzsteuergesetz eingefügt.

¹¹ § 370 Abgabenordnung = Steuerhinterziehung.

¹² § 153 AO.

¹³ Ballwieser, „Tax Compliance: Praxisbeispiel zur Erforderlichkeit einer angemessenen Organisation der eigenen Steuerangelegenheiten der Kommune“, in: Zeitschrift für Kommunal Finanzen Nr. 7 aus Juli 2017, S. 145 ff.

¹⁴ BMF, Anwendungserlass zu § 153 AO vom 23.05.2016, Tz. 2.6.

Solch ein innerbetriebliches Kontrollsystem wird regelmäßig als Tax Compliance Management System (TCMS) bezeichnet.¹⁵

Die überörtliche Kommunalprüfung plant, im kommenden Jahr die Organisationsstrukturen und Arbeitsprozesse in 20 Kommunen bezogen auf die steuerliche Aufgabenerledigung zu untersuchen. Es wird eine Bestandsaufnahme im Hinblick auf den Aufbau von internen Steuer-Kontrollsystemen durchgeführt. Weiterhin soll festgestellt werden, wie die Kommunen die Systemumstellung auf § 2b UStG bewältigen. Ziel ist es, Kommunen zu identifizieren, die bereits ein funktionierendes Tax Compliance Management System eingeführt haben. Good-Practice-Beispiele und Handlungsempfehlungen sollen eine Orientierungshilfe für andere Kommunen bieten, um schnellstmöglich mit dem Aufbau eines solchen Systems beginnen zu können. Die Prüfung dient auch dazu, die Hauptverwaltungsbeamten für steuerliche Sachverhalte zu sensibilisieren. Ausdrücklich kein Ziel ist es, eine steuerliche Einzelfallprüfung durchzuführen. Die Prüfung soll dazu beitragen zu hinterfragen, in welchen Bereichen des kommunalen Alltags steuerliche Pflichten zu erfüllen sind.

Die steigenden steuerlichen Anforderungen bergen erhebliche Risiken für die Kommunen. Trotz größter Sorgfalt kann es bei der Abgabe von Steuererklärungen oder -anmeldungen zu Fehlern kommen. Deshalb gehört das Thema „Organisation der eigenen Steuerangelegenheiten“ auf die Agenda der Hauptverwaltungsbeamten. Insbesondere die Umstellung auf § 2b UStG birgt viele Fehlerquellen. Die Systemumstellung auf das neue Umsatzsteuerrecht sollte daher von den Kommunen genutzt werden, entsprechende Organisationsstrukturen zu implementieren, die den steuerlichen Teilbereich abgrenzen und die Vorgaben eines Tax Compliance Management Systems erfüllen. So hat beispielsweise der Deutsche Städtetag einen Leitfaden für den Aufbau eines internen Kontrollsystems für Steuern veröffentlicht, der den kommunalen Verwaltungen als Handreichung und Orientierungshilfe dienen soll. Darin nimmt er ausführlich zu den aktuellen Problemen bei der Umstellung auf die Versteuerung nach § 2b Umsatzsteuergesetz und zur Notwendigkeit des Aufbaus eines Tax Compliance Management Systems Stellung.¹⁶

Ähnliche Haftungsfragen wie im Steuerbereich stellen sich auch bei der Tätigkeit als Aufsichtsrat kommunaler Unternehmen. Die überörtliche Kommunalprüfung plant eine Untersuchung dieses Themenbereiches. Die Prüfung soll zunächst eine Orientierung

¹⁵ Deutscher Städtetag, Leitfaden für den Aufbau eines internen Kontrollsystems für Steuern „Tax Compliance in Kommunen“, veröffentlicht am 26.04.2017, Tz. 1.1; Praxishinweis 1/2016 zur Ausgestaltung und Prüfung eines Tax Compliance Management Systems gemäß IDW Prüfungsstandard 980 vom 31.05.2017, Tz. 1 und 2.

¹⁶ Deutscher Städtetag, Leitfaden für den Aufbau eines internen Kontrollsystems für Steuern „Tax Compliance in Kommunen“, veröffentlicht am 26.04.2017.

bieten, um festzustellen, ob Aufsichtsräte kommunaler Unternehmen die gesetzlichen Anforderungen erfüllen. Sofern Aufsichtsratsmitglieder ihrer Pflicht zur Überwachung der Geschäftsführung nicht nachkommen können, haften sie, wenn der Gesellschaft dadurch ein Schaden entsteht.¹⁷ Wenn einem neuen Aufsichtsratsmitglied die entsprechende Qualifikation fehlt, muss es sich diese Kenntnisse zeitnah nach der Bestellung verschaffen – etwa durch Fortbildungen. In diesem Zusammenhang sollen wiederum Strategien bzw. „Good-Practice-Beispiele“ herausgearbeitet werden, wie Aufsichtsräte Haftungsfälle möglichst vermeiden können.

Anhand der aufgezeigten Themen und Beispiele ist erkennbar, dass die überörtliche Kommunalprüfung für kommunale Amts- und Mandatsträger auch insofern einen Mehrwert bietet, indem sie Haftungsrisiken und gleichzeitig Vermeidungsstrategien bei aktuellen Themen aufzeigt. Zudem bietet sich aufgrund der Erkenntnisse aus den Prüfungen für alle Kommunen und deren handelnde Akteure die Möglichkeit, sich an positiven Handlungsbeispielen einzelner Kommunen zu orientieren und diese Kommunen ggf. auch zu kontaktieren, um von ihnen zu lernen.

¹⁷ Haftung nach § 52 GmbHG i.V.m. § 116 AktG.

Absicherung von Haftungsrisiken aus Sicht des Kommunalen Schadenausgleichs

*Geschäftsführender Direktor Andreas Köhler**

Die 29. Bad Iburger Gespräche stehen unter der großen Überschrift: Haftung. Und wenn man im kommunalen Bereich an Haftung denkt und an Gelder, die aus Anlass von Haftpflichtschadenfällen gezahlt werden müssen, dann stellt sich auch die Frage: Wie bezahlen wir das oder wie sichern wir diese Haftung ab? Mit dieser Frage richtet sich die Aufmerksamkeit zumindest in Niedersachsen dann sehr schnell auf den Kommunalen Schadenausgleich Hannover.

Große Einrichtungen im öffentlichen Bereich wie der Bund oder das Land müssen sich darüber keine Gedanken machen. Ihr Haushaltsbudget ist in der Regel groß genug, um solche Haftungsrisiken selbst zu tragen. Bei einer typischen niedersächsischen Kommune mit 14-15.000 Einwohnern und einem Ertragsvolumen von vielleicht 25 Mio. € sieht das schon etwas anders aus.

Nehmen wir einmal folgendes Beispiel aus der Praxis: In der Kommune gibt es einen wunderschönen Stadtpark mit sehr altem Baumbestand. Die Kommune hat aber nur sehr wenig Personal, um diese alten Bäume regelmäßig auf ihre Standsicherheit hin zu überprüfen. Die Überprüfung wird dann auch schon mal sorgfaltswidrig vergessen. Wenn neben Personalmangel auch noch hinzukommen sollte, dass für eine Kontrolle der Bäume gar kein Organisationsplan aufgestellt wurde, haben wir sogar ein Organisationsverschulden des Hauptverwaltungsbeamten. Es kommt dann, wie es kommen musste. Bei einem heftigen Sturm kippt einer dieser alten Bäume um auf die angrenzende Straße und fällt dabei auf ein vorbeifahrendes Auto. Der Fahrer, ein erfolgreicher Geschäftsmann, wird schwer verletzt. Infolge der Verletzung muss er sogar seine Berufstätigkeit aufgeben. Jetzt verlangt er von der Kommune Schadenersatz. Wenn ein Gutachter dabei feststellt, dass der Baum morsch war und dies bei Kontrollen auch hätte auffallen müssen und der Baum deswegen schon viel früher hätte gefällt werden müssen, dann haben wir ein Verschulden der Stadt und damit auch eine Haftung. Und wenn es sogar ein Organisationsverschulden war, weil die Bäume gar nicht in den Kontrollplan aufgenommen worden sind, haben wir auch eine Haftung des Hauptverwaltungsbeamten. Wegen dieser Haftung kann der Geschäftsmann nicht nur seine Heilbehand-

* Der Vortragstil wurde beibehalten. Der Beitrag ist außerdem in Heft 4 der Niedersächsischen Verwaltungsblätter erschienen (NdsVBl. 2019, S. 43 ff.).

lungskosten und den Schaden am Wagen ersetzt verlangen, sondern sein Steuerberater errechnet auch noch mal kurz, was er bis zur Rente hätte verdienen können, wenn er nicht so schwer verletzt worden wäre. Und das kann sich - je nach Branche, in der der Geschäftsmann tätig war und wie viele Jahre man ansetzt, also abhängig vom Alter - im Millionenbereich abspielen. Und wenn solche Schadenersatzansprüche dann schließlich bezahlt werden müssen, ist der relativ kleine kommunale Haushalt für dieses Haushaltsjahr gesprengt.

Was tut man also, wenn man ein solches Risiko nicht eingehen möchte? Man versichert sich dagegen. Das ist nicht verboten und auch nicht kommunalverfassungswidrig. Das ist Ausfluss der kommunalen Selbstverwaltung gem. Art. 28 Abs. 2 GG.

Ein Blick in die historische Entwicklung

Von dieser Möglichkeit haben die Kommunen Gebrauch gemacht und haben sich Anfang des letzten Jahrhunderts gegen solche Risiken versichert. Anfang des letzten Jahrhunderts deswegen, weil gerade zu dieser Zeit das kommunale Haftungsrisiko enorm angestiegen war. Durch die Industrialisierung wuchsen die Städte, die Einwohnerzahlen stiegen, die Automobilität wurde erfunden, der Verkehr nahm zu, Städte mussten für öffentlichen Personennahverkehr sorgen und für eine Versorgung mit Strom und Wasser. Das Ganze wurde begleitet durch die Einführung eines neuen Haftungssystems, nämlich durch das Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) zum 01.01.1900. Das muss damals in der Rückschau auch eine sehr interessante Zeit gewesen sein.

Wenn man sich dann also absichern will, stellt sich die Frage: Bei wem versichert man sich dann? Da kamen in erster Linie die privaten Versicherer in Betracht, die es zu einem großen Teil auch damals schon gab.

Nur bei Versicherern hat man immer das Problem – was man dann auch schnell merkte –, dass sie die Angewohnheit haben, im Schadenfall zu kündigen. Schon bei der ersten größeren Sache ist man dann plötzlich den Versicherungsschutz wieder los oder muss sich neuen Versicherungsschutz zu deutlich höheren Konditionen einkaufen.

Außerdem bietet keine private Versicherung, auch damals nicht, den Kommunen einen wirklich adäquaten Versicherungsschutz. Deckungssummen, wie wir sie in der privaten Haftpflichtversicherung kennen von vielleicht 3 oder 4 Mio. €, reichen für eine Kommune selbstverständlich nicht aus. Die Kommune haftet ihren Bürgern gegenüber unbegrenzt. § 823 oder § 839 BGB sehen keine Deckungshöchstsummen vor.

Also was tun, wenn man unbegrenzt abgesichert sein möchte und auch keine Kündigung im Schadenfall befürchten will?

Als Antwort auf diese Frage kam damals bei den aufstrebenden Kommunen in den Industriegebieten, also im Ruhrgebiet, unter den dortigen Kommunen die Idee auf, sich nicht bei privaten Versicherungsunternehmen zu versichern, sondern sich zusammenschließen zu einem Verbund, um Haftpflichtrisiken gemeinsam zu tragen und untereinander auszugleichen: Unbegrenzt und solidarisch – Versichern auf ganz ursprüngliche Art.

Zu Beginn dieser Ausführungen sei etwas gesagt zu diesem ungewöhnlichen wirtschaftlichen und rechtlichen Konstrukt des Kommunalen Schadenausgleichs, der den Kommunen und den kommunalen Mandatsträgern – beides gehört unweigerlich zusammen – hier so umfassenden Deckungsschutz gibt. Man wollte nämlich damals keine neue Kommunalversicherung gründen, sondern es sollte etwas sein, das rechtlich nicht eigenständig ist. Um deutlich zu machen, dass die Kommunen Haftungsträger bleiben wollten. Man wollte nur intern unter sich ausgleichen.

Und mit dieser Idee gründete sich 1910 der erste Kommunale Schadenausgleich der westdeutschen Städte in Bochum (KSA Bochum) als nicht rechtsfähiger Verein. Und dieses Konstrukt ist bis heute erhalten geblieben: Kommunale Schadenausgleiche sind nicht rechtsfähige Vereine. Und weil es schön war, wurde gleich der 2. Ausgleich mitgegründet: Der Haftpflichtschadenausgleich der Deutschen Großstädte (HADG) auch in Bochum, der die besondere Interessenlage der Großstädte abdeckte und nicht nur auf den westdeutschen Raum begrenzt war. Auch die Landeshauptstadt Hannover trat Anfang der 1920er Jahr diesem Schadenausgleich der Deutschen Großstädte in Bochum bei.

Und wenn so eine Idee einmal in der Welt ist, spricht sich das auch schnell herum. 1925 gründeten dann unter der Federführung des Hannoverschen Städtetages die Kommunen um Hannover herum ihren eigenen Schadenausgleich, dem sich dann schnell Kommunen und Landkreise in ganz Niedersachsen anschlossen. Das war die Geburtsstunde des heutigen Kommunalen Schadenausgleichs Hannover (KSA Hannover).

Heute sind fast alle Gebietskörperschaften und ihre Einrichtungen in Niedersachsen Mitglied unseres Hauses. Und das bei einer freiwilligen Mitgliedschaft! Jede Gebietskörperschaft, jede kommunale Einrichtung kann sich frei entscheiden, ob und wenn ja, welche Absicherungsmöglichkeit sie wählt. Bei uns gibt es keine Zwangsmitgliedschaft wie bei einer Kammer oder vergleichbaren Einrichtungen. Und bei einer freiwilligen

Mitgliedschaft ist eine fast hundertprozentige Marktabdeckung schon eine große Bestätigung für unsere Geschäftsidee, für unsere Leistungen und für unseren Service.

Warum sind dann nicht alle bei uns? Nun, ich hatte es schon erwähnt, die Landeshauptstadt Hannover hatte sich schon vor unserer Gründung einem anderen Schadenausgleich angeschlossen, nämlich dem Schadenausgleich für Großstädte. Deswegen ist Hannover nicht Mitglied bei uns, obwohl wir ja „KSA Hannover“ heißen. Wir heißen so, weil wir vom Städtetag im Rathaus der Stadt Hannover gegründet wurden.

Und es gibt noch eine Ausnahme: und das ist die Stadt Oldenburg im Oldenburger Land. Das ist allerdings nur mit regionalen Besonderheiten zu erklären. Die Stadt Oldenburg im Oldenburger Land war schon immer besonders kritisch, was Hannover anbelangt. Mit dieser hannoverschen Idee eines gemeinsamen Ausgleichs wollte sie und will sie bis heute leider nichts zu tun haben. Dies betrifft aber nur die Stadt. Der Landkreis Oldenburg und fast alle anderen kommunalen Einrichtungen im Oldenburger Land sind Mitglied unseres Hauses. Wir lassen uns aber nicht entmutigen und bleiben im Gespräch mit der Stadt.

Nun ist ja Solidarität bei den niedersächsischen Kommunen ganz schön, aber wenn man sich untereinander unbegrenzte Deckung für sich und für die Mandatsträger verspricht, muss das irgendwie bewerkstelligt werden. Man braucht Potential. Also war die nächste Überlegung: wie kriegen wir das hin. Und das geht nur, wenn man sich noch mehr Hilfe dazu holt und noch größer wird als Einrichtung, so dass man irgendwann an ein Landes- oder besser noch an ein Bundesbudget herankommt. Und um das hinzubekommen, haben sich alle Schadenausgleiche bundesweit zu einem Rückversicherungspool zusammengetan. Das ist heute der Allgemeine Kommunale Haftpflichtschaden Ausgleich (AKHA) mit Sitz in Köln. Und da sind die Schadenausgleiche nicht allein geblieben. Die Öffentlichen- und Gemeinde-Versicherer, die ebenfalls Haftpflichtversicherungen für Kommunen anbieten, haben sich diesem Pool angeschlossen und gehören mit zu diesem AKHA (zum AKHA gehören: BGV-Versicherung AG, Karlsruhe; GVV Kommunalversicherung VVaG, Köln; HADG, Bochum; HöV, Dortmund; KSA der Länder Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen, Berlin; KSA Hannover; KSA Schleswig-Holstein, Kiel; KSA westdeutscher Städte, Bochum; VKB, München).

In Süddeutschland gibt es interessanterweise keine kommunalen Schadenausgleiche. Die Idee, die ursprünglich aus dem Ruhrgebiet stammt, hat sich bis in den Süden offenbar nicht herumgesprochen.

Durch diesen nahezu bundesweiten Zusammenschluss der Haftpflichtversicherer und Schadenausgleiche entsteht dann dieses große Potential, das man braucht.

Und wenn ich mir die einzelnen Kommunen anschau, die über die Schadenausgleiche und über die Versicherer zu diesem Pool gehören, dann sind es über 11.000 Kommunen und weitere über 10.000 kommunale Unternehmen bundesweit, die sich hier solidarisch verbunden haben. Und das gibt schon einen gewissen Rückhalt und das gibt uns Mut, unbegrenzte Deckung zu versprechen.

Wie machen wir das jetzt mit der Absicherung der Haftpflichtrisiken?

Das Wesentliche ist, dass unserer Einrichtung auch der Versicherungsgedanke zugrunde liegt und viele Regelungen aus dem Versicherungsbereich wie etwa das Versicherungsvertragsgesetz (VVG) durchaus analog auf uns anwendbar sind. Auch der Bundesgerichtshof (BGH), der sich erstmals 1968 - also genau vor 50 Jahren - mit uns beschäftigen musste (VersR 1968, S. 138 ff.), bezeichnete unser Angebot an die Mitglieder als „Versicherungsverträge privatrechtlichen Inhalts“. Aber das, was wir anders machen, ist, dass wir für unsere Absicherung, die wir bieten, im Vorhinein kein Kapital ansparen. Der KSA Hannover hat keine Kapitalrücklagen in nennenswertem Umfang. Wir leben praktisch „von der Hand in den Mund“. Wir sammeln zu Beginn des Jahres eine Umlage von allen Mitgliedern ein, gestaffelt nach Mitgliedergröße, Einwohnerzahl oder anderen Parametern, sozusagen als Vorschuss und gleichen damit die laufenden Schäden aus, die uns im Jahr angemeldet werden. Und am Ende des Jahres gibt es eine Abrechnung, ob es gereicht hat oder nicht – wie bei den Abschlagszahlungen bei Ihrem Stromversorger. Weitere Rücklagen für in Zukunft schon absehbare Schäden bilden wir nicht.

Das ist der wesentliche Kern unseres Geschäftsgedankens. Und damit sind wir auch nach Auffassung wohl der meisten Versicherungsmathematiker und Aktuarer die günstigste Absicherungsmöglichkeit überhaupt. Es wird weder ein Gewinn erwirtschaftet noch werden Gelder eingezogen für die Bildung einer Kapitalrücklage. Es werden lediglich die laufenden Schäden auf alle verteilt plus natürlich die dazugehörigen Verwaltungskosten für den Bürobetrieb, der diese Verteilung dann managt.

Und weil hinter all dem die Kommunen stehen, die dieses Umlagesystem finanziell garantieren (als praktisch nicht insolvenzfähige Einrichtungen) sieht der bundesdeutsche Gesetzgeber auch vor, dass wir, obwohl wir Versicherungsgeschäfte betreiben, in dieser Form als nicht rechtsfähiger Verein nicht der Versicherungsaufsicht unterliegen. Nach § 3 Abs. 1 Versicherungsaufsichtsgesetz sind wir von der Aufsicht durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen (BaFin) befreit.

Und was sichern wir im kommunalen Bereich alles ab?

Was ist also für die Kommunen und für die kommunalen Mandatsträger gedeckt? Im Grunde alles, was mit Haftpflicht zu tun hat. Unsere Versicherungsbedingungen sind denkbar einfach. Wir versichern Aufwendungen aus gesetzlichen Haftpflichttatbeständen jeder Art. Der KSA bietet eine sogenannte All-Risk-Police. Alles was nicht explizit ausgeschlossen ist, ist gedeckt. Ausgeschlossen sind beispielsweise das Luftfahrtrisiko oder Risiken aus Kernkraft. Alles Bereiche, die für Kommunen nicht so von Bedeutung sind. Ansonsten ist die ganze Bandbreite der kommunalen Tätigkeit gedeckt:

Von der einfachen Verkehrssicherungspflicht auf den Straßen im Sommer oder im Winter, der Badeaufsicht für die öffentlichen Bäder, den Risiken beim Bauamt, bei Großveranstaltungen etc. Wir decken das komplette Haftungsrisiko für die kommunalen Krankenhäuser ab. Das ist vom Volumen her einer unserer größten Bereiche. Da geht es dann um Geburtsschadenfälle oder fehlerhafte chirurgische Eingriffe. Aber auch um eine fehlerhafte Organisation im Krankenhaus, für die die Geschäftsleitung dann selbst verantwortlich gemacht wird. Die Geschäftsleitung, die in einem kommunalen Krankenhaus auch kommunaler Amtsträger im weitesten Sinne ist. Denken Sie nur mal an den Fall des Todespflegers Niels Högel von den Kliniken Delmenhorst und Oldenburg – auch Fälle von uns, in denen wir der Geschäftsleitung Haftpflichtabwehrdeckungsschutz gewähren.

Wir decken aber auch Drittschäden ab, die die kommunal getragenen Sparkassen verursachen. Hier sei der Schadenfall Lehman angesprochen. Der Zusammenbruch der Investmentbank in New York vor genau 10 Jahren, der zur größten Wirtschaftskrise der Nachkriegszeit geführt hat, war als Schadenfall auch bei uns im Geschäftsgang. Hier hatte sich nämlich eine Mitgliedssparkasse entschieden, kurz vor der Insolvenz von Lehman noch in größerem Umfang Zertifikate dieses Hauses an die Kunden zu verkaufen. Hier mussten wir dann sprechen über möglicherweise nicht ganz kundengerechte Beratung in welcher Schuldform auch immer. Die Sparkasse hat sich in diesem Fall mit anteiligen Eigenmitteln an der Regulierung dieses Haftpflichtfalles beteiligt. Wir decken darüber hinaus auch Drittschäden bei den Strom- und Wasserversorgern (Kommunalen Stadtwerken) ab. Wir decken Haftungsschäden bei der Unterbringung von Flüchtlingen oder die Aufwendungen für Schadenersatzansprüche ab, die Eltern geltend machen, weil ihr Kind trotz Rechtsanspruch keinen Kita-Platz bekommen hat. All das betrifft sowohl die kommunale Haftung als auch die Haftung von Mandatsträgern.

Neu ist die Haftung bei Cyberrisiken. Wenn die Kommune veraltete Software benutzt und es Hackern dadurch gelingt, an die Daten der Bürger zu kommen und diese schädi-

gen, dann ist das auch ein Fall der kommunalen Haftung, möglicherweise sogar ein Organisationsverschulden, also Haftung des HVB.

Nicht abgedeckt ist der Fall, dass die Kommune ungeeignete Software für den eigenen Dienstbetrieb anschafft und ihr selbst dadurch ein Schaden entsteht. Das wäre ein Eigenschaden und kein Drittschaden.

Zu den strafrechtlichen Folgen kommunalen Handelns

Nicht abgedeckt sind auch strafrechtliche Folgen. Berühmtestes Beispiel ist der Brunnenfall aus Paderborn (LG Paderborn v. 26.03.1990 AZ: 2 KLS10 Js 417/89). Hier hatte der Rat der Stadt beschlossen, an dem schönen Brunnen auf dem Rathausplatz das Sicherungsgitter knapp unter der Wasseroberfläche abzumontieren, weil es nicht so schön aussah. Der Bürgermeister hat auf die Gefahren hingewiesen, den Ratsbeschluss letztlich aber nicht beanstandet. Es kam, wie es kommen musste: Ein Kind ist in dem Brunnen ertrunken und der Bürgermeister wurde wegen fahrlässiger Tötung verurteilt. In diesem Fall sind die Strafverteidigerkosten gedeckt, weil sich hier noch ein Zivilverfahren anschließt. Aber mit der strafrechtlichen Verantwortung an sich hat der KSA dann natürlich nichts zu tun.

Die strafrechtlichen Fälle scheiden beim KSA in der Regel schon deswegen aus, weil es sich um Vorsatztaten handelt (Bestechlichkeit, Untreue usw.). Vorsätzliches Handeln ist vom Versicherungsschutz nicht umfasst – bei keiner Versicherung. Wir decken jede weitere Form des schuldhaften Handelns ab, aber nicht Vorsatz. Jetzt kann man denken, vorsätzliches Handeln kann man bei einer Kommune ja wohl ausschließen: nein! Das kommt auch bei der zivilrechtlichen Haftung der Kommune gelegentlich vor. Das sind seltene Fälle, aber sie kommen vor. Ein Beispiel sind die berühmten Windkraftfälle. Wenn die Baugenehmigung nicht erteilt wird, obwohl ein Rechtsanspruch darauf besteht, nur weil man die Windräder aus politischen Gründen in der Gemeinde nicht haben möchte – „koste es, was es wolle“ – dann ist diese Entscheidung vorsätzlich getroffen, der Tatbestand des Vorsatzes erfüllt. Diese bewusst in Kauf genommen Kosten werden nicht von der Gemeinschaft getragen. Und noch ein zweites Beispiel, weil es gerade so aktuell ist: Wenn die Kommune nicht genügend Anstrengungen unternimmt, um ausreichend Kita-Plätze zur Verfügung zu stellen, auf die die Eltern jetzt einen Anspruch haben, kann das bewusstes „Inkaufnehmen“ sein und damit Vorsatz. Schadenersatzansprüche der Eltern z.B. wegen anderweitiger Betreuungskosten oder wegen Verdienstausschlag, weil sie in der Zeit selbst betreuen mussten (vgl. BGH, Urteil vom 20.10.2016, AZ: III ZR 278/15) wären dann nicht gedeckt. So hat das tatsächlich vor kurzem das Landgericht (LG) Leipzig der Stadt vorgeworfen (LG Leipzig Urteil v. 02.02.2015, AZ: 7 O 1928/14).

Wer genau ist jetzt in der Kommune über den KSA abgesichert?

In erster Linie natürlich die Kommune selbst als Organisation. In zweiter Linie natürlich aber auch die Personen, die für sie handeln, also alle Bediensteten und Beauftragten der Kommune, die in dienstlicher Verrichtung für die Kommune tätig sind: Vom Bürgermeister oder sonstigen Mandatsträger – bei kommunalen Gesellschaften auch die Geschäftsführer, die Vorstände und Aufsichtsräte – bis hin zum Pförtner. Verursachen sie schuldhaft einen Schaden beim Bürger, sind sie auch persönlich bei uns abgedeckt. Auch bei dieser persönlichen Deckung sind alle Schuldformen versichert, mit Ausnahme der vorsätzlichen Handlung. Aber eben auch bei grober Fahrlässigkeit besteht Versicherungsschutz. Grobe Fahrlässigkeit ist bei allen Haftpflichtversicherern gedeckt. Da wollten sich die Kommunen durch die Gründung des KSA nicht schlechter stellen. Und wenn die Organisation auch für grob fahrlässiges Handeln Versicherungsschutz gewährt, dann gilt das nach dem Versicherungsvertragsgesetz (§ 102 Abs. 1), das auch auf den KSA anwendbar ist, auch für die Mitarbeiter und für die Chefs. Das kann man nicht auseinanderdividieren.

Diese Absicherung auch für die Mitarbeiter und die Chefs ist im Übrigen auch kein geldwerter Vorteil, der gesondert versteuert werden müsste. Das wurde viele Jahrzehnte diskutiert und ist jetzt durch ein Urteil des Bundesfinanzhofs aus 2015 klargestellt worden (BFH-Urteil v. 19.11.2015, AZ: VI R 47/14).

Zu den Grenzen der KSA-Deckung

Der KSA deckt nur die Drittschäden ab. Wobei Dritte immer diejenigen sind, die außerhalb der Kommune stehen. Was ist aber, wenn die Kommune selbst einen Schaden erleidet. Den bekommt sie vom KSA nicht ersetzt. Hier greift möglicherweise die Eigenschadenversicherung, wenn die Kommune eine solche abgeschlossen hat. Möglicherweise geht sie aber auch gegen den oder die Verantwortlichen vor, die ihr den Schaden zugefügt hat. Das können unter Umständen auch die eigenen Mitarbeiter sein. Und damit komme ich zum Bereich des Regresses: wenn also der HVB von seiner Kommune wegen eines Eigenschadens in Regress genommen wird oder wenn das Vorstandsmitglied oder das Aufsichtsratsmitglied in Regress genommen wird von dem kommunalen Unternehmen, in dem es gearbeitet hat. Klassisches Beispiel ist die Bestellung von unzureichender Software. Wenn der Bürgermeister unter Außerachtlassung sämtlicher Sorgfalt ungeeignete Software angeschafft hat und die Gemeinde dadurch einen Schaden erlitten hat, kann sie den Bürgermeister in Regress nehmen. Es empfiehlt sich für ihn, für solche Fälle eine eigene Diensthaftpflichtversicherung oder auch eine sog. D&O Versicherung abzuschließen, also eine Versicherung für Directors-and-

Officers, die in diesen Fällen eintritt. Der KSA hat damit aber nichts zu tun. So eine separate persönliche Versicherung bieten wir auch gar nicht an. Wir versichern nur die Kommunen und kommunalen Unternehmen als Organisation und die Mitarbeiter sind nur als für die Kommune Handelnde mitversichert, aber eben nur für die Entschädigung der Drittschäden. Also: keine KSA-Beteiligung bei Eigenschäden.

Aber es gibt da noch eine ganz interessante Konstellation, bei der der KSA wieder beteiligt sein könnte. Dazu folgende Fallgestaltung: Der Bürgermeister oder das Ratsmitglied einer Kommune wird von der Kommune in den Aufsichtsrat der Stadtwerke AG entsandt. Dort nimmt die Person dann die Überwachungsfunktion für die Vorstände der Stadtwerke wahr. Wenn jetzt die Stadtwerke in wirtschaftliche Schieflage geraten oder sogar in Konkurs gehen, kann auch das Aufsichtsgremium ins Blickfeld geraten. Ein Vorwurf könnte zum Beispiel sein, dass der Aufsichtsrat nicht rechtzeitig in das offenbar schiefgehende operative Geschäft eingegriffen hat – hier also möglicherweise Überwachungsfehler vorliegen. Wird der Bürgermeister oder das Ratsmitglied deswegen in Anspruch genommen, stellt sich die Frage, ob dies ein Fall für den KSA ist.

1. Es liegt eindeutig ein Drittschaden vor, da nicht die Gemeinde geschädigt ist, sondern die Stadtwerke AG.
2. Der Bürgermeister/das Ratsmitglied hat, so könnte man meinen, in dienstlicher Verrichtung für die Gemeinde gehandelt, da er/es ja von ihr entsandt wurde.

Dies ist aber nicht in jedem Fall zutreffend. Man muss nämlich beachten, dass die Person zwar von der Gemeinde in den Aufsichtsrat entsandt wurde, dort aber dann, insb. bei GmbHs und Aktiengesellschaften, Aufgaben zu übernehmen hatte, die sie rein im Interesse und zum Wohle dieses Unternehmens zu erledigen hatte. Als Aufsichtsratsmitglied (gleiches gilt für Vorstände) von GmbHs und Aktiengesellschaften hat es nach den gesetzlichen Regelungen (§ 116 i.V.m. § 93 AktG, § 43 GmbH-Gesetz) ausschließlich die Belange dieses Unternehmens zu wahren. Auch wenn ihnen diese Tätigkeiten nur deswegen übertragen oder angeboten wurden, weil sie Hauptverwaltungsbeamter oder sonstiger Amts- oder Mandatsträger der Kommune sind, haben sie qua Gesetz in solchen Unternehmen (GmbH, AG) ausschließlich deren Unternehmensinteressen zu dienen. Sie verlassen also gewissermaßen den Rechtskreis der Kommune. Damit einher geht, dass sie damit auch nicht mehr unter den Deckungsschutz fallen, der für Bedienstete der Kommune über den KSA besteht (s. Köhler/Schwind in NdsVBl. Heft 8 aus 2012, Seite 210 ff.).

Das kann bei Einrichtungen in anderer Rechtsform anders zu beurteilen sein, etwa bei Anstalten des öffentlichen Rechts oder anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften.

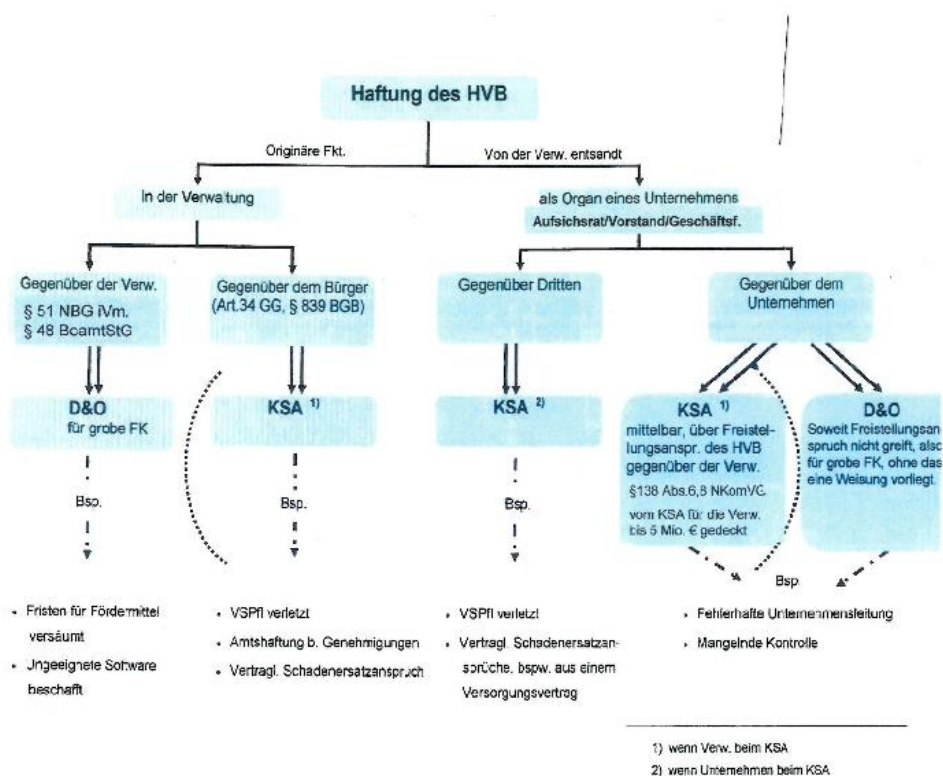
Teilweise ist in den Satzungen dieser Einrichtungen selbst geregelt, ob die Tätigkeit zum Hauptamt gehört oder nicht. Teilweise können auch die Kommune oder der Hauptverwaltungsbeamte selbst bestimmen, ob diese Tätigkeit zum Hauptamt gehört oder nicht. Wenn die Tätigkeit in dieser Form zum Hauptamt gehört, dann gibt es natürlich auch wieder den Deckungsschutz über den KSA, wenn dieses Unternehmen geschädigt wurde. Aber wenn die Tätigkeit eben nicht zum Hauptamt gehört oder auch nicht gehören kann, dann ist der Rechtskreis der Kommune gewissermaßen verlassen und dann besteht auch kein Deckungsschutz über den KSA.

Damit hängt übrigens auch die Frage zusammen, ob die betroffene Person die Gelder, die sie für solche Mandate bekommt, behalten darf oder abführen muss. Wenn die Tätigkeit zum Hauptamt gehört, müssen die Gelder an die Anstellungskörperschaft abgegeben werden. Die Person hat dann also Deckungsschutz über den KSA, aber keinen Nebenverdienst. Wenn die Tätigkeit nicht zum Hauptamt gehört, kann die Entschädigung/der Verdienst behalten werden – teilweise mit Höchstgrenzen, wenn es ein öffentliches Nebenamt ist (vgl. dazu die Niedersächsische Nebentätigkeitsverordnung – NNVO). Die Person muss sich aber im Gegenzug separat versichern. Das mit der Zuordnung zum Hauptamt und damit einhergehend die Abgabepflicht von Vergütungen ist kompliziert geworden durch ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) aus 2011 (Urteil vom 31.03.2011, AZ: 2 C 12.09). Dort ging es um Tätigkeiten von Hauptverwaltungsbeamten in Beiräten von Energieversorgungsunternehmen. Deswegen sollen die Regelungen dazu in Kürze konkreter und transparenter neu gefasst werden, auch mit einer Neufassung des NKomVG. Die Neufassung steht aber noch aus.

Aber selbst wenn wir von einer Tätigkeit in einer GmbH oder einer AG als Vorstand oder Aufsichtsrat ausgehen, für die der Deckungsschutz über den KSA nicht besteht, stehen die Mandatsträger gleichwohl nicht ganz im Regen. Daran hat man beim NKomVG auch in der jetzigen Version schon gedacht und in § 138 Abs. 8 i. V. m. Abs. 6 – unter bestimmten Voraussetzungen – einen Freistellungsanspruch zu Gunsten der Betroffenen geregelt. Die Betroffenen, die hier in Anspruch genommen werden und auch keine Deckung über den KSA haben, weil sie den Rechtskreis der Kommune gewissermaßen verlassen haben, haben einen Anspruch auf Freistellung gegenüber ihrer Kommune. Zu diesen Betroffenen gehören nach dem Wortlaut des § 136 Abs. 8 NKomVG alle Zugehörigen der Vertretung, nach § 45 NKomVG also auch der HVB (a. A. Thiele in NST-N 8-9/2015). Der Freistellungsanspruch besteht aber nur unter engen Voraussetzungen. Diese sind in § 138 Abs. 6 NKomVG geregelt. Die Freistellung entfällt beispielsweise, wenn der Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt wurde. Aber in der Praxis zeigt sich immer wieder, dass ein behaupteter Verschuldensvorwurf gegenüber Aufsichtsräten schnell in den Vorwurf grober Fahrlässigkeit mündet. Der Freistellungsanspruch ist also nicht immer ein sicherer Hafen. Deswegen ist unsere

Empfehlung in diesen Fällen, immer auch zusätzlich eine D&O-Versicherung abzuschließen.

Wenn der Freistellungsanspruch besteht und die Kommune diesen bezahlen muss, kann sie den Schaden wieder an den KSA weiterreichen. Wir helfen hier der Kommune und eben nur der Kommune und übernehmen dann diese Kosten bis zur Grenze von 5 Mio. €. Um diese Zusammenhänge mal anschaulich zu machen, habe ich das Ganze in einem Schaubild zusammengefasst:



Dies war der Parcoursritt zum Thema Absicherung von Haftungsrisiken aus Sicht des KSA. Der KSA ist dabei im ständigen Wandel, sowie auch die Haftungsthemen sich ständig wandeln. Von den Risiken der Industrialisierung Anfang des letzten Jahrhunderts bis zu den Cyberrisiken und den Risiken der Digitalisierung heute. Aber die Grundidee, dass die Absicherung solcher Risiken in der Gemeinschaft besser zu bewältigen ist und in der Umlageform auch noch am günstigsten zu bewältigen ist, diese Grundidee bleibt natürlich bestehen. Ich habe die Hoffnung, dass vielleicht irgendwann auch die letzte niedersächsische Kommune im Oldenburger Land sich dem KSA anschließt.

Teilnehmer

Wissenschaftliche Leitung des Symposiums

Professorin Dr. Pascale **Cancik**

Institut für Kommunalrecht und Verwaltungswissenschaften, Universität Osnabrück

Professor Dr. Bernd J. **Hartmann**, LL.M. (Virginia)

Institut für Kommunalrecht und Verwaltungswissenschaften, Universität Osnabrück

Professor Dr. Jörn **Ipsen**

Institut für Kommunalrecht und Verwaltungswissenschaften, Universität Osnabrück

Referenten

Professor Dr. Christoph **Brüning**

Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Geschäftsführender Direktor Andreas **Köhler**

Kommunaler Schadenausgleich Hannover

Professor Dr. Dr. h.c. mult. Bernd **Schünemann**

LMU München

Professor Dr. Klaus **Tolksdorf**

Präsident des Bundesgerichtshofs a.D., Karlsruhe

Oberstaatsanwalt René **van Münster**

Leiter der Zentralstelle für Korruptionsstrafsachen, Osnabrück

Dr. Sandra **von Klaeden**

Präsidentin des Niedersächsischen Landesrechnungshofs, Hildesheim

Teilnehmer

Beigeordneter a.D. Heinrich **Albers**
Sarstedt

Bürgermeister Tobias **Avermann**
Gemeinde Bad Laer

Bürgermeister Andreas **Bartels**
Gemeinde Garrel

Bürgermeister Jan Peter **Bechtluft**
Stadt Papenburg

Erster Stadtrat Thomas **Bertram**
Stadt Celle

Bürgermeister Frederik **Bewer**
Stadt Angermünde

Steuerberater Martin **Bienen**
BPW Treuhand GmbH, Bünde

Amtsleiterin Heike **Bode**
Kreis Paderborn

Bürgermeister Reiner **Brombach**
Stadt Bückeburg

Sabine **Bühre**
Niedersächsisches Ministerium für Inneres und Sport, Hannover

Rechtsanwalt Dr. Lars **Dietrich**
Wolter Hoppenberg Rechtsanwälte Partnerschaft mbB, Hamm

Justiziarin Nina **Djamali**
Stadt Kassel

Erster Stadtrat Andreas **Dreier**
Stadt Melle

Fachdienstleiter Dr. Thomas **Drewes**
Landkreis Osnabrück

Ministerialrat Prof. Dr. Joachim **Erdmann**
Niedersächsisches Landesjustizprüfungsamt, Celle

LVR-Dezernentin Prof. Dr. Angela **Faber**
Landschaftsverband Rheinland

Regionalleiter Ludger **Flohre**
Innogy SE, Osnabrück

Beigeordneter Herbert **Freese**
Niedersächsischer Landkreistag, Hannover

Bürgermeisterin Brigitte **Fuchs**
Stadt Elsfleth

Prozessbeobachter „Loveparade“ Hubertus **Gödecker**
Osnabrück

Stud. iur. Florian **Granitza**
Institut für Kommunalrecht und Verwaltungswissenschaften, Uni Osnabrück

Erster Samtgemeinderat Andreas **Güttler**
Samtgemeinde Bersenbrück

Erster Stadtrat Walter **Häfele**
Stadt Garbsen

Ltd. Kreisverwaltungsdirektor Hans-Jörg **Haferkamp**
Landkreis Osnabrück

Wiss. Mitarbeiter Fabian **Henkel**

Institut für Kommunalrecht und Verwaltungswissenschaften, Uni Osnabrück

Irmtraut **Hering**

Kreis Paderborn

Bürgermeister Viktor **Hermeler**

Gemeinde Belm

Samtgemeindebürgermeister Harald **Hinrichs**

Samtgemeinde Esens

Bürgermeister Michael **Hook**

Gemeinde Dornum

Samtgemeindebürgermeister Georg **Hudalla**

Samtgemeinde Rodenberg

Wiss. Mitarbeiter Stefan **Jansen**

Institut für Kommunalrecht und Verwaltungswissenschaften, Uni Osnabrück

Beigeordneter Oliver **Kamlage**

Niedersächsischer Städte- und Gemeindebund, Hannover

Sarah **Kaufmann**

Niedersächsisches Ministerium für Inneres und Sport, Hannover

Justiziarin Rachael **Kayser**

Fontanestadt Neuruppin

Büroleiterin Stefanie **Kibscholl**

Hansestadt Lüneburg

Erster Kreisrat Thomas **Klein**

Landkreis Nienburg/W.

Vorstand Lars Martin **Klieve**
Stadtwerke Essen AG

Stud. iur. Alina **Knaup**
Institut für Kommunalrecht und Verwaltungswissenschaften, Uni Osnabrück

Teamleiterin Monika **Knieper**
Stadt Koblenz

Städtischer Direktor Klaus **Koehler**
Stadt Delmenhorst

Sachbearbeiterin Karin **Koopmann**
Landkreis Lüchow-Dannenberg

Ratsmitglied Walter **Kopp**
Stadt Cuxhaven

Bürgermeisterin Ina **Korter**
Gemeinde Butjadingen

Bürgermeister Dr. Wolfgang **Krug**
Gemeinde Holdorf

Maja **Kummer**
Niedersächsisches Ministerium für Inneres und Sport, Hannover

Susanne **Küpper**
Institut für Kommunalrecht und Verwaltungswissenschaften, Uni Osnabrück

Bürgermeister Michael **Kurz**
Stadt Brake (Unterweser)

Bürgermeister Carl Jürgen **Lehrke**
Stadt Sehnde

Amtsleiterin Frau **Ley**
Stadt Bielefeld

Landrat Dr. Michael **Lübbersmann**
Landkreis Osnabrück

Bürgermeister Jörg **Makel**
Gemeinde Nienhagen

Samtgemeindebürgermeister Christoph **Maltzan**
Samtgemeinde Dahlenburg

Stud. iur. Jan **Markgraf**
Institut für Kommunalrecht und Verwaltungswissenschaften, Uni Osnabrück

Doktorand Luka **Markic**
Institut für Kommunalrecht und Verwaltungswissenschaften, Uni Osnabrück

Stud. iur. Simon **Marx**
Institut für Kommunalrecht und Verwaltungswissenschaften, Uni Osnabrück

Amtsleiterin Ulrike **Mehr**
Landkreis Oldenburg

Kreisverwaltungsoberrätin Ingrid **Mellin**
Landkreis Hildesheim

Bürgermeister Björn **Mühlena**
Gemeinde Wangerland

Stellv. Bürgermeister Dietmar **Müller**
Stadt Wittmund

Ratsmitglied Jürgen **Müller**
Stadt Borkum

Stud. iur. Antje **Neelen**

Institut für Kommunalrecht und Verwaltungswissenschaften, Uni Osnabrück

Wiss. Mitarbeiterin Therese **Neuffer**

Institut für Kommunalrecht und Verwaltungswissenschaften, Uni Osnabrück

Bürgermeisterin Annette **Niermann**

Stadt Bad Iburg

Persönlicher Referent des Landrats Michael **Ottmann**

Kreis Warendorf

Bürgermeister Thomas **Otto**

Gemeinde Saterland

Stud. iur. Lucas **Palma**

Institut für Kommunalrecht und Verwaltungswissenschaften, Uni Osnabrück

Sachbearbeiterin Verena **Pitsch**

Stadt Koblenz

Samtgemeindebürgermeister Ludwig **Pleus**

Samtgemeinde Herzlake

Erster Stadtrat Karl-Heinz **Plogmann**

Stadt Georgsmarienhütte

Rechtsanwalt Lars **Priegent**

Bund der Steuerzahler Sachsen e.V.

Kreisrat Ingo **Rabe**

Landkreis Ammerland

Bürgermeister Klaus **Rehkämper**

Gemeinde Bad Rothenfelde

Beate **Retemeyer**
Landkreis Osnabrück

Bürgermeister Helge **Röbbert**
Stadt Soltau

Dorothea **Röttger**
Hansestadt Buxtehude

Stud. iur. Henning **Schaaf**
Institut für Kommunalrecht und Verwaltungswissenschaften, Uni Osnabrück

Geschäftsführendes Vorstandsmitglied a.D. Dr. Gernot **Schlebusch**
Niedersächsischer Landkreistag, Hannover

Professor Dr. Roland **Schmitz**
Fachbereich Rechtswissenschaften, Universität Osnabrück

Stellv. Bürgermeister Carsten **Schott**
Gemeinde Tespe

Ltd. Stadtrechtsdirektorin Marion **Schröter**
Stadt Bielefeld

Erste Stadträtin Sandra **Sollmann**
Stadt Vechta

Ratsherr Stephan **Sprekelmeyer**
Stadt Georgsmarienhütte

Bürgermeister Oliver **Theiß**
Stadt Stadthagen

Bürgermeister Karl **Urban**
Gemeinde Rühren

Kreisrat Neidhard **Varnhorn**

Landkreis Cloppenburg

Bürgermeister Gerd-Chr. **Wagner**

Stadt Varel

Sandra **Wecker**

Kreis Paderborn

Bürgermeistervertreter Horst **Wiesch**

Stadt Twistringen

Fachdienstleiterin Marion **Wilczek**

Landkreis Diepholz

Kreisrat Dr. Winfried **Wilkens**

Landkreis Osnabrück

Erster Stadtrat Ulrich **Willems**

Stadt Bramsche

Samtgemeindebürgermeister Herwig **Wöbse**

Samtgemeinde Harpstedt

Vorsitzender Bernhard **Zentgraf**

Bund deutscher Steuerzahler Niedersachsen und Bremen e.V., Hannover