

# Der Begriff des Amtsträgers im Lichte der Liberalisierung des Energiemarktes

*Amtsträger; Aufgabe öffentlicher Verwaltung; Daseinsvorsorge; Liberalisierung der Energiewirtschaft; sonstige Stelle*

*Nehmen Geschäftsführer, Vorstände oder Aufsichtsratsmitglieder Gefälligkeiten ihrer Geschäftspartner an, kann der Vorwurf der Bestechlichkeit im Raum stehen. Handelt es sich um Organe kommunaler Unternehmen wird häufig ohne weiteres wegen der Amtsdelikte §§ 331 ff. StGB ermittelt, weil – durch die Beteiligung der Kommune – davon ausgängen wird, dass es sich bei den Gesellschaftsorganen um Amtsträger handelt. Der Beitrag soll zeigen, dass diese Frage bei kommunalen Unternehmen v.a. der Strom- und Gasversorgung einer differenzierten Betrachtung bedarf. Die Funktion der Kommune beschränkt sich im Hinblick auf ihre in Privatrechtsform organisierten, örtlichen Energieversorger auf die Rechte, die ihr das Gesellschaftsrecht aufgrund ihrer Beteiligung zuweist. Für eine Qualifizierung der Gesellschaftsorgane als Amtsträger mangelt es in solchen Fällen an der erforderlichen staatlichen Steuerung.*

## I. Ausgangslage

Traditionell handelt es sich bei den Netzen der kommunalen Energieversorger um natürliche Monopole, bei denen kein Netz-Wettbewerb stattfindet. Galten früher für diesen Bereich die kartellrechtlichen Legalausnahmen, unterliegt der Wirtschaftssektor Energieversorgung zwischenzeitlich aufgrund europäischer Vorgaben<sup>1</sup> einem stetig fortschreitenden Prozess der Liberalisierung, der seinen vorläufigen Abschluss durch die Verabschiedung des Zweiten Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 7. Juli 2005<sup>2</sup> gefunden hat. Ziel des Liberalisierungsprozesses ist es, einen diskriminierungsfreien Zugang zu den Strom- und Gas-Netzen durch transparente Preisbildung und dadurch die „*Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas*“ (vgl. § 1 EnWG) zu erreichen.<sup>3</sup>

Es liegt auf der Hand, dass das sich wandelnde Marktumfeld auch zu Veränderungen bei den Marktakteuren geführt hat. Ein Wandel vom Monopolisten hin zum im Wettbewerb stehenden Akteur musste vollzogen werden. Auswirkungen sind nicht nur in Bezug auf die Anzahl der Marktakteure, sondern auch im Hinblick auf deren Organisationsstruktur

1 EU-Richtlinie vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG, EU-Richtlinie vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Gasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG, Abl. 176/37 ff.

2 BT Drucks. 2005 I 1970.

3 Vgl. die zusammenfassende Übersicht zu den Neuerungen des EnWG: Scholtka NJW 2005, S. 2421 ff.

ren und die Form der Aufgabenwahrnehmung festzustellen. Gerade bei den Stadtwerken als den Betreibern der örtlichen Verteilnetze sind solche Veränderungen zu verzeichnen. Wurden die kommunalen Unternehmen früher i.d.R. in der öffentlich-rechtlichen Form des Regie- oder Eigenbetriebes geführt, ist heute mehr als die Hälfte der kommunalen Unternehmen in privatrechtlicher Form organisiert.<sup>4</sup> Geändert haben sich aber nicht nur die Organisationsformen, sondern auch die Beteiligungsverhältnisse. Ebenso wie es heute nicht mehr selbstverständlich ist, dass das örtliche Stadtwerk in der Form eines Regie- oder Eigenbetriebs ohne eigene Rechtspersönlichkeit organisiert ist, hält die Gemeinde 100% der Gesellschaftsanteile. Dabei existiert eine bunte Vielfalt der Art und des Grades der Beteilung Dritter. Beteiligungen Dritter bewegen sich in den meisten Fällen zwischen 25 und 50%. Dritte sind dabei Private, andere Kommunen sowie andere kommunale Unternehmen mit privaten Beteiligungen.

Angesichts der formalen und materiellen Privatisierungstendenzen bei den kommunalen Strom- und Gasversorgern, die ebenso wie die Liberalisierung des Energiemarktes ihren Abschluss noch nicht gefunden haben, und der Vielfalt der Aufgaben und Organisationsformen, stellt sich daher die Frage, ob der Begriff des Amtsträgers auf die kommunalen Unternehmen der „neuen Generation“ ohne weiteres Anwendung finden kann. Steht bei Organen kommunaler Unternehmen der Vorwurf der Bestechlichkeit im Raum, wird unter Rückgriff auf den Begriff des Amtsträgers in § 11 Abs. 1 c StGB zugleich wegen der Amtsdelikte Vorteilsannahme (§ 331 StGB) oder Bestechlichkeit (§ 332 StGB) ermittelt, während sich die Organe ihrer privaten Konkurrenten „lediglich“ wegen des Vorwurfs Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr nach § 299 StGB zu verantworten haben. Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist somit die Frage, ob die Organe einer kommunalen Energieversorgungs-GmbH/AG Amtsträger sind. Während die Buchstaben a) und b) des § 11 Abs. 1 StGB solche Personen erfassen, die entweder Beamte im staatsrechtlichen Sinne sind (Buchst. a, z.B. Beamte des Bundes oder der Länder) oder in einem öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis stehen (Buchst. b, z.B. Minister, Notare) handelt sich bei dem von Buchst. c) erfaßten Personenkreis um verwaltungsexterne Personen, die dazu bestellt sind, bei einer „sonstigen Stelle“ Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen. Im Weiteren soll daher untersucht werden, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen die Organe eines kommunalen Unternehmens als Täter amtlicher Bestechungsdelikte in Betracht kommen.

## II. „Sonstige Stelle“

Die Annahme der Amtsträgereigenschaft bei Organen kommunaler Unternehmen setzt zunächst voraus, dass diese als „*sonstige Stellen*“ im Sinne des § 11 Abs. 1 c) StGB einzuordnen sind. Ohne weiteres bejaht werden kann dies für die Regie- und Eigenbetriebe der Gemeinden.<sup>5</sup> Schließlich handelt es sich dabei um eine öffentlich-rechtliche Organi-

4 Möller (1999), S. 25, Altmeppen (2003), S. 2561.

5 Altmeppen(2003), S. 2561.

sationsform kommunaler Unternehmen, die diesen keine eigene Rechtspersönlichkeit verleiht.<sup>6</sup> Diese Betriebsformen führen dazu, dass die Unternehmen Teil bzw. Gliederung der juristischen Person Gemeinde oder Landkreis bleiben. Daher können die Handelnden als Beamte der Gemeinde oder des Landkreises bereits nach § 11 Abs. 1 a) StGB die Amtsträger-Eigenschaft erfüllen.

Anders verhält es sich bei den Organen eines kommunalen Unternehmens in der Privatrechtsform der AG oder GmbH. Geschäftsführer, Vorstände, Gesellschafter oder Aufsichtsratsmitglieder werden aufgrund privatrechtlicher Grundlagen für die Gesellschaft tätig. Um die Handelnden als Amtsträger zu qualifizieren, bedarf es bei der Tätigkeit dieser Privatrechtssubjekte bestimmter Merkmale, die ihre Gleichstellung als „sonstige Stelle“ mit behördlichem Handeln rechtfertigen. Unter „sonstiger Stelle“ wird nach ständiger Rechtsprechung eine behördenähnliche Institution verstanden, die zwar keine Behörde im organisatorischen Sinne, aber rechtlich befugt ist, bei der Ausführung von Gesetzen und Erfüllung öffentlicher Aufgaben mitzuwirken<sup>7</sup>. Von Bedeutung ist, dass die sonstige Stelle bei einer Gesamtbetrachtung als verlängerter Arm des Staates erscheinen muss<sup>8</sup>, öffentliche Aufgaben wahrnimmt und dabei staatlicher Steuerung unterliegt. Dies zielt darauf ab, dass nicht schon jede Aufgabe, die öffentlicher Natur ist, auch Betätigung der Staatsgewalt und Ausübung von Hoheitsbefugnissen bedeutet.<sup>9</sup>

Kein Indiz bei der Einordnung eines Rechtssubjektes soll ausweislich des Gesetzestextes die zur Aufgabenerfüllung gewählte Organisationsform sein. Mit dieser Konkretisierung wollte der Gesetzgeber im Rahmen des Korruptionsbekämpfungsgesetzes die sog. „Flucht ins Privatrecht“ zur Wahrnehmung staatlicher Aufgaben verhindern. Insbesondere wurde die Gefahr von Strafbarkeitslücken gesehen, die den Ausschlag für die Wahl einer privatrechtlichen Organisationsform geben, um sich den drohenden strafrechtlichen Sanktionen zu entziehen.<sup>10</sup> Eine organisatorische Betrachtungsweise<sup>11</sup> scheidet also aus. In Betracht kommt daher die funktionale Beurteilung, die als Maßstab für den Amtsträgerbegriff nicht die Organisationsform sondern die Verwaltungsaufgabe heranziehen will.<sup>12</sup> Denn für die Qualifizierung einer Aufgabe als öffentlich, also staatlich, kann es nicht darauf ankommen, ob diese (zulässigerweise) in privatrechtlicher Form wahrgekommen wird, sondern muss – auch nach den Grundsätzen des Verwaltungsrechts<sup>13</sup> – auf die Zugehörigkeit einer staatlichen Tätigkeit zur Verwaltungstätigkeit abgestellt werden.<sup>14</sup>

6 Vgl. Wurzel/Schraml/Becker – Schneider D Rdn. 1 ff.

7 BGH v. 19. Dezember 1997 NJW 1998, 1874; v. 3. März 1999, NJW 1999, 2378; v. 15. März 2001, NJW 2001, S. 2102; v. 12. Juli 2001, NJW 2001, 3062, S. 3063; v. 14. November 2003, NJW 2004, S. 693.

8 BGH v. 19. Dezember 1997, NJW 1998, S. 1874; v. 3. März 1999, NJW 1999, S. 2378; v. 15. März 2001, NJW 2001, S. 2102, BGH v. 12. Juli 2001, NJW 2001, S. 3062, S. 3063.

9 BGH v. 29. Januar 1992, NJW 1992, S. 847.

10 BR-Drs. 553/96, Begründung S. 17; BT Drs. 13/5584, S. 9, 12.; vgl. auch Heinrich (2001), S. 147. ; a.A. BGH v. 29. Januar 1992, NJW 1992, S. 847 ff. St 38, 203.

11 So vertreten von: BayOLG v. 20. Juli 1995, NJW 1996, S. 268 und 270; Haft, (1996), S. 238; Lenckner, (1994), S. 546.

12 Otto (1997), S. 47 und 48.

13 Forthoff (1973), S. 370.

14 Otto (1997), S. 47 und 48; Ossenbühl (1992), S. 471 und 474; Weiser (1994), S. 968 und 970.

### III. Wahrnehmung einer Aufgabe der öffentlichen Verwaltung

Entscheidendes Kriterium für die Beurteilung des Handelnden als Amtsträger nach § 11 Abs. 1 c StGB ist also die Wahrnehmung einer Aufgabe der öffentlichen Verwaltung. Der Kreis der öffentlichen Aufgaben ist gesetzlich nicht festgelegt. Daher dauert die Diskussion, wie weit der Kreis der öffentlichen Aufgaben zu ziehen ist, an.<sup>15</sup>

Zum einen wird sehr restriktiv vertreten, dass es sich um solche Tätigkeiten handeln muss, die sich aus der Staatsgewalt ableiten und staatlichen Zwecken dienen.<sup>16</sup> § 11 Abs. 1 c StGB zielt danach auf alle hoheitsrechtlichen Aufgaben der vollziehenden Gewalt ab. Da hoheitsrechtliche Aufgaben in der Regel von Beamten im staatrechtlichen Sinne wahrgenommen werden, sollten Nichtbeamte nach dieser Ansicht daher nur dann in den Amtsträgerbegriff miteinbezogen werden, wenn sie auch hoheitliche Aufgaben wahrnehmen (z.B. Beliehene).

Dieser Auslegung widerspricht der Wille des Gesetzgebers.<sup>17</sup> Schließlich heisst es in der Gesetzesbegründung, dass neben der staatlichen Anordnungs- und Zwangsgewalt auch die Tätigkeit des Staates die unmittelbar dazu bestimmt ist, für die Daseinsvoraussetzungen der Allgemeinheit zu sorgen, erfasst sein soll.<sup>18</sup> Manifestiert hat sich diese Auslegungsweise noch durch die im Rahmen des Korruptionsbekämpfungsgesetzes 1997 erfolgte Ergänzung des Tatbestandes. In den Gesetzestext aufgenommen wurde der Hinweis, dass die von der Verwaltung gewählte Organisationsform keine Rolle für die Beurteilung der Amtsträgereigenschaft spielt.<sup>19</sup> Da Privatrechtssubjekte nur im Ausnahmefall hoheitliche Aufgaben wahrnehmen, muss der erfasste Aufgabenkreis also über die rein hoheitlichen Aufgaben im Über-/Unterordnungsverhältnis hinausgehen.<sup>20</sup>

Wie gezeigt, liefert bereits die Gesetzesbegründung zu § 11 Abs. 1 c StGB einen Anhaltspunkt dafür, dass das Handeln des Staates, das auf die allgemeine Verbesserung der Lebensbedingungen durch Unterhaltung öffentlicher Einrichtungen abzielt (sog. Daseinsvorsorge) als öffentliche Aufgabe zu qualifizieren ist. Die Daseinsvorsorge fällt in den Bereich der Leistungsverwaltung<sup>21</sup>, die außerdem die sog. Sozial- und Förderungsverwaltung (Sozialleistungen, Subventionen etc.) sowie die sog. planende Verwaltung (z.B. Raumordnungsplanung) umfasst. Im Hinblick auf die von einer „sonstigen Stelle“ wahrgenommene Aufgabe der öffentlichen Verwaltung ist vornehmlich die Daseinsvorsorge als Teil der Leistungsverwaltung relevant, da sich hier für den Staat die Einschaltung Dritter – also wirtschaftlicher Unternehmen – zur Aufgabenerledigung anbietet.

Festzuhalten ist also, dass als öffentliche Aufgabe i.S.d. § 11 Abs. 1 c StGB sowohl die Eingriffsverwaltung als auch die Leistungsverwaltung – insbesondere die Daseinsvorsorge – erfasst wird. Der sehr extensiven Auslegung des Begriffs der öffentlichen Aufgabe,

15 Vgl. die umfassende Übersicht zum Meinungsstand bei Heinrich (2001), S. 394 ff.

16 Vgl. Wagner (1975), S. 133; Jessen (1962), S. 526 und 532.

17 So auch: Heinrich (2001), S. 396.

18 Vgl. BT-Drs. 7/550, S. 209.

19 BGBl. 1997 I, S. 2038, so auch Heinrich (2001), S. 396.

20 Heinrich (2001), S. 396; Welp in: Lackner-FS (1987), S. 761 und 766.

21 Wurzel/Schraml/Becker – Neutz (2004), C Rdn. 106.

die alle Tätigkeiten erfasst, die ein Hoheitsträger zulässigerweise ausüben kann<sup>22</sup>, ist dahin gehend einzuschränken, dass solche Fälle ausscheiden, denen jede öffentliche Zielsetzung fehlt wie bspw. rein erwerbswirtschaftlich-fiskalischen Beschaffungsgeschäfte der öffentlichen Hand.<sup>23</sup>

Auch in der Rechtsprechung<sup>24</sup> wird die Daseinsvorsorge als öffentliche Aufgabe eingeordnet. So hat der BGH<sup>25</sup> bereits konkret für die Strom- und Gasversorgung festgestellt, dass es sich um eine Aufgabe aus dem Bereich der Daseinsvorsorge handelt. Tätigkeiten dieser Art, die dazu bestimmt sind, unmittelbar für Daseinsvoraussetzungen der Allgemeinheit oder ihrer Glieder zu sorgen, wurden von der Rechtsprechung seit jeher als öffentliche Aufgabe angesehen.

## IV. Erfordernis der staatlichen Steuerung

Ein privatrechtlich organisiertes Unternehmen, das im Bereich der Daseinsvorsorge tätig ist, reicht für sich genommen jedoch noch nicht aus, um ohne weiteres als „sonstige Stelle“ im Sinne des § 11 Abs. 1 c StGB qualifiziert zu werden.<sup>26</sup> Nach der Rechtsprechung des BGH muss das Unternehmen vielmehr einer solch intensiven staatlichen Steuerung unterliegen, die es zum „verlängerten Arm des Staates“<sup>27</sup> macht. Dies erklärt sich damit, dass z.B. die Energieversorgung zwar zum Bereich der Daseinsvorsorge gezählt wird, die neueren Entwicklungen aber zeigen, dass diese Aufgabe auch von Gesellschaften mit privaten Trägern wahrgenommen werden können. Erst aus einer Gesamtbetrachtung muss sich daher ergeben, ob das Versorgungsunternehmen einer derartigen staatlichen oder kommunalen Steuerung unterliegt, dass die Gleichstellung des kommunalen Unternehmens mit einer Behörde gerechtfertigt ist.<sup>28</sup> In die Gesamtbetrachtung mit einzubeziehen sind Aspekte wie Inhaberschaft und Art der Beteiligung der Kommune, der Geschäftszweck, die rechtlichen Vorgaben für das unternehmerische Handeln in dem spezifischen Geschäftsfeld etc.

### 1. Kommunale Beteiligung

Allein aus der Inhaberschaft oder Beteiligung der Kommune an dem privatrechtlich organisierten Unternehmen ergibt sich noch keine staatliche Steuerung der Gesellschaft.<sup>29</sup> Bereits eingangs wurde erläutert, wie vielgestaltig sich zwischenzeitlich die Beteili-

22 Wagner (1975), S. 133; Jessen (1962), S. 526 und 532.

23 Schönke/Schröder-Eser StGB (2000), § 11 Rdn. 22; Tröndle/Fischer StGB (2004), § 11 Rdn. 22.

24 BGH v. 10. Oktober 1958, NJW 1958, S. 1932; v. 10. März 1983, NJW 1983, S. 2509; v. 29. Januar 1992, NJW 1992, S. 847; v. 3. März 1999, NJW 1999, 2378; BGH v. 14. November 2003, NJW 2004, S. 693.

25 BGH v. 14. November 2003, NJW 2004, S. 693.

26 BGH v. 3. März 1999, NJW 1999, S. 2378.

27 BGH v. 3. März 1999, S. 2378, v. 14. November 2003, NJW 2004, S. 693, S. 694.

28 BGH v. 14. November 2003, NJW 2004, S. 693, S. 694.

29 BGH v. 3. März 1999, S. 2378f.; v. 14. November 2003, NJW 2004, S. 693, S. 694; v. 16. Juli 2004, NJW 2004, S. 3129 und 3130 f.

gungsverhältnisse bei kommunalen Energieversorgern darstellen. In vielen Fällen ist die Kommune heute nicht mehr Alleingesellschafterin der GmbH. Sind Dritte beteiligt, ist eine staatliche Steuerung jedenfalls zu verneinen, da das kommunale Unternehmen nicht mehr dem ausschließlichen Einfluss seiner Gemeinde untersteht.

In jedem Fall gelten die üblichen Regeln des GmbH- bzw. Aktienrechts.

Bundesweit üblich ist es, bei einer kommunalen GmbH einen fakultativen Aufsichtsrat einzurichten<sup>30</sup>, der für die Rechtsform der AG ohnehin vorgesehen ist. Mittels der GmbH-Satzung können diesem Aufsichtsorgan nahezu alle Befugnisse der Gesellschafterversammlung übertragen werden. Von dieser Möglichkeit wird zumeist Gebrauch gemacht, da sie eine flexible und fachkundige Aufgabenwahrnehmung gewährleistet.<sup>31</sup>

Gegen eine staatliche Steuerung spricht, dass die Aufsichtsratsmitglieder gegenüber dem Gemeinde-/ Stadtrat nicht weisungsgebunden sind.<sup>32</sup> Bereits aus der Funktion des Aufsichtsrats ergibt sich, dass die Mitglieder den Belangen der Gesellschaft Vorzug vor denen der Entsendungsberechtigten zu geben haben, ohne an deren Weisungen gebunden zu sein.<sup>33</sup> Insoweit sind auch auf die öffentliche Hand die Regeln des Gesellschaftsrechts ohne Ausnahme anzuwenden, da das Aktien- und GmbH-Recht als höherrangiges Bundesrecht Kommunalrecht bricht.<sup>34</sup> Daraus ergibt sich, dass auf diese Weise eine staatliche Steuerung durch die Kommune – auch als Alleingesellschafterin – nicht möglich ist. Auch die Geschäftsführer haben ihr Handeln allein an dem Wohl der Gesellschaft, nicht etwa der Kommune auszurichten.

## 2. Geschäftszweck Energieversorgung

Bereits dargelegt wurde, dass die Energieversorgung Teil der Daseinsvorsorge ist. Im Jahr 1998 hat die Neuordnung des Energiewirtschaftsrechts begonnen. Ausgangspunkt der Liberalisierung waren die supranationalen Vorgaben des EU-Rechts.<sup>35</sup> Erklärtes Ziel ist es, dass Strom- und Gasversorger im Hinblick auf die Errichtung eines wettbewerbsorientierten Marktes betrieben werden „*und dass hinsichtlich der Rechte und Pflichten allen Unternehmen die gleiche Behandlung zuteil wird*“.<sup>36</sup> Infolge dessen wurde der Schutz geschlossener Versorgungsgebiete beseitigt, was zur Unzulässigkeit von Ausschließlichkeitsbindungen in Konzessionsverträgen führte. Die Letztverbraucher können zwischenzeitlich ihre Versorgungsunternehmen frei wählen; umgekehrt beliefern dritte Energieversorgungsunternehmen die im örtlichen Verteilnetz ansässigen Kunden. Dies hat zur Folge, dass auf den Märkten der Strom- und Gasversorgung Wettbewerb herrscht, in dem die kommunalen Energieversorger unternehmerisch agieren und sich in einem

30 Altmeppen (2003), S. 2561 und 2564.

31 Rowedder/Schmidt-Leithoff – Koppensteiner GmbHG § 52 Rdn. 11.

32 So entschieden bzgl. eines Energieversorgungsunternehmens mit kommunaler Mehrheitsbeteiligung, vgl.: OLG Hamburg v. 2. November 1983, NJW 1984, S. 624; außerdem: RGZ 165, S. 68, S. 79.

33 Püttner (1986), S. 748, S. 751; Schwintowski (1995), S. 1009 und S. 1013; Kessler (2000), S. 71 und 77; einschränkend für die GmbH mit Kommune als Alleingesellschafterin: Altmeppen, NJW 2003, S. 2561 und 2564.

34 Püttner (1986), S. 748, S. 751; Reichert (1987), S. 87 ff.; Harder/Ruter (1995), S. 813 und 814 f.

35 Vgl. oben FN 1.

36 Vgl. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 98/30/EG vom 22.Juni 1998.

freien Wettbewerb mit ihren privaten Konkurrenten befinden.<sup>37</sup> Insoweit ist kein Unterschied zwischen den Versorgungsunternehmen mit öffentlicher oder ausschließlich privater Beteiligung festzustellen. Da bei der liberalisierten Energieversorgung alle Unternehmen gleichermaßen den Vorgaben des Rechtes und des Wettbewerbs unterworfen sind, ist eine Gleichstellung mit den Behörden des staatlichen Verwaltungsapparates und eine Einordnung als „verlängerter Arm des Staates“ nicht gerechtfertigt.

### 3. Vorgaben des Energiewirtschaftsrechts

Die Vorschriften des EnWG richten sich gleichermaßen an alle Energieversorgungsunternehmen und Netzbetreiber, ohne Anforderungen an deren Inhaberschaft zu stellen. Das EnWG stellt zahlreiche Verpflichtungen für diese Normadressaten auf (vgl. für die Netzbetreiber: §§ 11 ff. EnWG, für die Energieversorgungsunternehmen: §§ 36 ff. EnWG). Mit diesen Bestimmungen wird den Sicherheitsanforderungen an den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes oder dem Bedürfnis nach Grundversorgung mit preiswerter Energie für alle Bürger entsprochen. Dabei wird nicht danach unterschieden, ob es sich im Einzelfall um rein privat oder lediglich privat organisierte Netzbetreiber oder Energieversorgungsunternehmen handelt. Aus Sicht des EnWG spielen die Beteiligungsverhältnisse der Normadressaten keine Rolle.

Bestätigt wird diese Feststellung durch einen Vergleich mit der Privatisierung und Liberalisierung des Bahnwesens, die im Jahr 1993 begonnen hat. Bei einem Vergleich des EnWG mit den einschlägigen Gesetzen im Bereich des Eisenbahnwesens, zeigt sich, dass der Staat sich für diesen Bereich sehr weitgehende Einflussmöglichkeiten vorbehalten hat. So hat der Bund – durch Planung und Finanzierung – wesentlichen Einfluss darauf, welche Strecken neu, aus- oder zurückgebaut werden.<sup>38</sup> Dasselbe gilt für die Stilllegung und Neuerrichtung von Bahnhöfen.<sup>39</sup> Trotz dieser weit reichenden Einwirkungsmöglichkeiten, die der Staat sich vorbehalten hat und die einen bedeutenden Einfluss für die Geschäftstätigkeit der Deutschen Bahn AG bedeuten, hat der BGH in seiner Entscheidung vom 16. Juli 2004 diese nicht als „sonstige Stelle“ i.S.d. § 11 Abs. 1 c StGB bewertet.<sup>40</sup> Daraus ergibt sich, dass die erforderliche staatliche Steuerung erst recht nicht für die Energieversorgungsunternehmen angenommen werden kann. Das EnWG räumt staatlichen Stellen keine Entscheidungsbefugnis bzgl. des Aus- oder Rückbaus der Netze oder vergleichbare Befugnisse ein. Zu erfüllen sind lediglich allgemeine – am Gemeinwohl orientierte – Verpflichtungen wie die Grund- und Ersatzversorgung (vgl. §§ 36 ff. EnWG).

37 BGH v. 3. März 1999, NJW 1999, S. 2378 f.

38 Vgl. §§ 1, 4, 8 Bundesbahnenwegeausbaugesetz.

39 Vgl. § 11 Abs. 1 und 2 Allgemeines Eisenbahngesetz.

40 BGH v. 16. Juli 2004, NJW 2004, 3129 ff.

#### 4. Rechtsgut der Amtsdelikte (§§ 331 ff. StGB)

In die Gesamtbetrachtung mit einzubeziehen ist außerdem, in welcher Weise die Unternehmen mit kommunaler Beteiligung von den Bürgern wahrgenommen werden. Dabei kommt das von § 11 Abs. 1 c StGB geschützte Rechtsgut zum Tragen. Im Kontext der Bestechungsdelikte (§§ 331 ff. StGB) gilt der Schutz der Lauterkeit des öffentlichen Dienstes und dem Vertrauen der Allgemeinheit in diese Lauterkeit und den Schutz des Staatswillens vor Verfälschung.<sup>41</sup> Ein solcher Rechtsschein kann hier jedoch nicht angenommen werden, da die kommunalen Energieversorgungsunternehmen den Bürgern als Anbieter von Dienstleistungen gegenüberstehen. Der Bürger hat die freie Wahl unter mehreren Angeboten unterschiedlicher Dienstleister zu wählen, ohne auf das kommunale Unternehmen angewiesen zu sein. Aus Sicht des Kunden tritt das kommunale Unternehmen genauso auf wie das Private. Der Kunde vertraut der „Lauterbarkeit“ des einen nicht mehr oder weniger wie der des anderen. Der Bürger sieht den kommunalen Energieversorger als ein an Wirtschaftlichkeit und Gewinnerzielung orientierten Dienstleister<sup>42</sup>, so dass die Gefahr einer Verletzung des von den Amtsdelikten geschützten Rechtsguts nicht besteht.

#### 5. Kontrahierungzwang bei Netznutzung

Ein weiterer im Rahmen der Gesamtbetrachtung zu würdigender Umstand ist der Kontrahierungzwang der Netzbetreiber bzgl. der Nutzung ihrer Netze als wesentliche Einrichtungen, sog. „essential facilities“.<sup>43</sup> Die Energieversorgung ist auf die Nutzung der Strom- und Gasnetze angewiesen. Die Energieversorgungsnetze werden daher auch als „natürliche Monopole“ bezeichnet und gelten als wesentliche Einrichtungen, um auf dem nachgelagerten Markt der Energieversorgung tätig zu werden. Der Notwendigkeit zur Nutzung der vorhandenen Netze steht daher eine Kontrahierungspflicht des Netzbetreibers gegenüber, die sich aus dem EnWG (vgl. § 18 und § 20 EnWG) ergibt. Ein Vergleich mit anderen Lebensbereichen zeigt, dass als essential facilities auch Hafeneinrichtungen, Bahnhöfe, Friedhöfe u.Ä. gelten.<sup>44</sup> Für die Inhaber dieser Infrastruktureinrichtungen besteht ebenso die Pflicht zur Gewährung der Nutzung.<sup>45</sup> Dies ergibt sich aus der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht des GWB, die vorsieht, dass die Inhaber von Infrastruktureinrichtungen anderen Unternehmen unter angemessenen Bedingungen (Entgelt) Zugang zu ihren Einrichtungen verschaffen müssen. Die Pflicht zum Vertragsabschluss richtet sich in allen Fällen an den Inhaber der Infrastruktureinrichtung unabhängig von der Art seiner Organisation oder den Beteiligungsverhältnissen. Das zeigt, dass der Kont-

41 BGH v. 28. Oktober 1986, NJW 1987, S. 1340 und 1342; vgl. auch Heinrich (2001), S. 239 ff. m.w.Nw.

42 BGH v. 16. Juli 2004, NJW 2004, S. 3129.

43 Vgl. dazu auch § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB.

44 So: LKarrrA Bayern, WuW 1979, 658 ff; BkartA v. 21. Dezember 1999, WuW/E DE-V 253, 255 „Puttgarden“; vgl. auch: BGH v. 15. November 1994, WuW/E BGH 2953 „Gasdurchleitung“; OLG Düsseldorf v. 25. April 2000, WuW/E DE-R 472; BKatA v. 30. August 1999, WuW/E DE-V 149 „Berliner Stromdurchleitung“.

45 Wurzel/Schraml/Becker – Jahn, I Rdn. 91 ff.

rahierungzwang bei der Nutzung der Gas-/ Stromnetze nicht geeignet ist, die Energieversorgungsunternehmen als „verlängerten Arm des Staates“ erscheinen zu lassen. Schließlich ergibt sich die Monopolstellung der Netzbetreiber nicht aus der spezifischen, von der besonderen Rechtsstellung des Staates ableitbaren Machtposition, sondern aus den tatsächlichen Gegebenheiten.

## V. Ergebnis

Eine Gesamtbetrachtung zeigt, dass eine Qualifizierung der in privatrechtlicher Form organisierten Energieversorger mit kommunaler Beteiligung als „sonstige Stelle“, die zu einer Gleichstellung mit einer Behörde berechtigt, nicht gerechtfertigt ist. Mangels Amtsträgereigenschaft kommen Ermittlungen gegen die Gesellschaftsorgane wegen der Amtsdelikte der §§ 331 ff. StGB nicht in Betracht. Dieses Ergebnis entspricht auch dem rechtsstaatlichen Gebot, wonach die eine Strafbarkeit begründenden Tatbestandsmerkmale stets eng ausgelegt werden müssen.

## Literaturverzeichnis

Altmeppen, Holger (2003), Die Einflussrechte der Gemeindeorgane in einer kommunalen GmbH, in: NJW, S. 2561 ff.

Fischer, Thomas und Herbert Tröndle (2004), Strafgesetzbuch, 52. Aufl. München Forthoff, Ernst (1973), Lehrbuch des Verwaltungsrechts, München

Haft, Fritjof (1995), Freiberufler sind keine Amtsträger, in: NJW, S. 1113 ff.

Harder, Nils und Rudolf Ruter (1995), Die Mitglieder eines Aufsichtsrats der GmbH mit öffentlich-rechtlichen An teilseignern – ihre Rechte und Pflichten, GmbHR, S. 813 ff.

Heinrich, Bernd (2001), Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht, Berlin

Jessen, Uwe (1962), Können Amtsträger privatrechtlicher Versorgungsunternehmen mit öffentlicher Beteiligung strafrechtlich als Beamte zur Verantwortung gezogen werden?, in: MDR, S. 526 ff.

Keßler, Jürgen (2000), Die kommunale GmbH, GmbHR, S. 71 ff.

Küper, Wilfried, Ingeborg Puppe und Jörg Tenckhoff (Hrsg.) (1987), Festschrift für Karl Lackner, Berlin

Lenckner, Theodor (1994), Privatisierung der Verwaltung und „Abwahl des Strafrechts“?, in: ZStW 106, S. 503 ff.

Möller, Bernice (1999), Die rechtliche Stellung und Funktion des Aufsichtsrates in öffentlichen Unternehmen der Kommunen, Berlin

Ossenbühl, Fritz (1992), Anmerkung zu BGH v. 29. Januar 1992, Az. 5 StR 338/91, JR 1992, S. 471 ff.

Otto, Harro (1997), Amtsträgerbegriff innerhalb zivilrechtlich organisierter Daseinsvorsorge, JURA, S. 47 ff.

Püttner, Günter (1986), Die Vertretung der Gemeinden in wirtschaftlichen Unternehmen, DVBl., S. 748 ff.

Rowedder, Heinz und Christian Schmidt-Leithoff (2002), GmbHG Kommentar, 4. Aufl., München

Schönke, Adolf und Horst Schröder (2000), Strafgesetzbuch, 26. Aufl. München

Scholtka, Boris (2005), Das neue Energiewirtschaftsgesetz, in: NJW, S. 2421 ff.

Schwintowski, Hans-Peter (1995), Gesellschaftsrechtliche Bindungen für entsandte Aufsichtsratsmitgliedern in öffentlichen Unternehmen, in: NJW, S. 1316 ff.

Weiser, Gregor (1994), Die Amtsträgereigenschaft des Mitarbeiters von staatlich beauftragten Planungsbüros, NJW, S. 968 ff.

Wagner, Heinz (1975), Amtsverbrechen, Berlin

Wurzel, Gabriele, Alexander Schraml und Ralph Becker (2005), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, München