

KEMPF  DANNENFELDT
Rechtsanwälte

KEMPF  DANNENFELDT · Rechtsanwälte · Siesmayerstraße 58 · 60323 Frankfurt

per E-Mail

Deutscher Bundestag
Rechtsausschuss
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Eberhard Kempf · Rechtsanwalt
Eva Dannenfeldt · Rechtsanwältin
Dr. Hellen Schilling · Rechtsanwältin
Klaus G. Walter · Rechtsanwalt
Fachanwälte für Strafrecht
Dr. Friederike Goltsche · Rechtsanwältin

Siesmayerstraße 58
D-60323 Frankfurt am Main
T +49 69-959649-0
F +49 69-959649-10
E kanzlei@ra-kempf.de
I www.ra-kempf.de

15. Oktober 2012

Gesetzentwürfe unter BT-Drs. 17/1412 (Die Linke), 17/5932 (Bündnis 90/Die Grünen) und 17/8613 (SPD) – Neufassung von § 108e StGB – Abgeordnetenbestechung

Thesen zur Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 17. Oktober 2012

1. Abgeordnete können nicht mit Amtsträgern gleichgestellt werden.

Entgegen der Methode des Strafrechtsübereinkommens des Europarates über Korruption vom 27. Januar 1999 und des Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen Korruption vom 9. Dezember 2003 – beide von der Bundesrepublik Deutschland unterzeichnet, aber nicht ratifiziert (vgl. hierzu den Gesetzesantrag von Bündnis 90/Die Grünen unter BT-Drs. 17/5932) – und entgegen der Methode nicht weniger vergleichbarer Beispiele in der Strafgesetzgebung

anderer Länder (z.B. Frankreich¹, Italien² oder USA³) können Abgeordnete nicht anderen „Amtsträgern“ gleichgestellt werden. Der Amtsträger im Sinn von § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB übt gesetzgebundene Verwaltungstätigkeit aus; dies gilt auch dort, wo er ihm (gesetzlich) zugestandenes Ermessen hat. Er ist in der Regel weisungsgebunden und substituierbar. Der Abgeordnete dagegen übt ein freies Mandat aus (Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG), für das er gewählt worden ist. „Gerade wegen der Unvertretbarkeit der Entscheidung bei der Wahl oder Abstimmung in einer Volksvertretung spielen dabei auch legitime Partikularinteressen, für deren Wahrnehmung der Mandatsträger gewählt wurde, eine wesentliche Rolle.“ (BGH Urteil vom 09.05.2006 Tz. 28 - 5 StR 453/05).

In dieser grundsätzlichen Unvereinbarkeit des Status eines Amtsträgers und eines Abgeordneten dürfte im Übrigen auch der Grund dafür liegen, dass die für eine Ratifizierung der von der Bundesrepublik unterzeichneten internationalen Übereinkommen erforderliche Änderung von § 108e StGB trotz des Entwurfs eines Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption unter BT-Drs. 16/6558 vom 04.10.2006 noch nicht beschlossen worden ist. Ein entsprechender Regelungsvorschlag hierzu sollte „aus der Mitte des Deutschen Bundestages erfolgen“⁴. Solche Entwürfe liegen jetzt vor.

¹ Barth, in: Eser/Überhofen/Huber, Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht, 1997, 111 ff.

² Hein, in: Eser/Überhofen/Huber, aaO, 223

³ Benseler, in: Eser/Überhofen/Huber, aaO, 666 ff.

⁴ PSt Hartenbach am 16.02.2007, BT-Drs. 16/4329

Alle drei zur Anhörung anstehenden Gesetzentwürfe vermeiden die Gleichsetzung von Abgeordneten mit Amtsträgern. Subjekte passiver Abgeordnetenbestechung sind nach diesen Entwürfen gleichlautend Mitglieder „einer Volksvertretung des Bundes, der Länder, Gemeinden oder Gemeindeverbände“ oder „eines Gesetzgebungsorgans eines ausländischen Staates, des Europäischen Parlaments oder einer parlamentarischen Versammlung einer sonstigen internationalen Organisation“ (im Folgenden kurz: „Abgeordnete“).

2. Keine Vorteilsannahme i.S.d. § 331 StGB bei der Abgeordnetenbestechung

Weil Handlungen von ausschließlich der Exekutive und der Judikative angehörigen Amtsträgern bzw. Richtern durch das jeweilige Gesetzesprogramm ihrer dienstlichen Tätigkeit vorgezeichnet sind, kann sich das Amtsträgerkorruptionsstrafrecht darauf beschränken, für strafbar zu erklären, dass ein Amtsträger einen Vorteil „für die Dienstausübung“ (§ 331 StGB Vorteilsannahme) oder für „eine Diensthandlung“ fordert oder annimmt, die „seine Dienstpflicht verletzt“ (§ 332 StGB Bestechlichkeit). Das Gesetzesprogramm zeigt für das Handeln von Amtsträgern und Richtern an, wo eine „interessenwidrige Verknüpfung eines Vorteils mit der Ausübung übertragener Entscheidungsmacht“ vorliegt (Kindhäuser, ZIS 2011, 461, 463)

Das Tatbestandsmerkmal der Abgeordnetenbestechung kann sich nicht an einem entsprechend festgelegten Gesetzesprogramm bzw. an der Abweichung davon gegen Entgelt orientieren. Für Abgeordnete gibt es keine positiv festgelegten Dienstpflichten, für deren Verletzung sie einen Vorteil fordern oder annehmen könnten. Sie sind umgekehrt „an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen.“ (Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG). Der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 9. Mai 2006,

die die jetzt vorliegenden Gesetzentwürfe wesentlich angestoßen hat, wie folgt formuliert:

„Amtsausübung ist etwas anderes als Mandatsausübung. Zwischen typischem Verwaltungshandeln in behördlichen oder behördenähnlichen Strukturen und dem politischen Handeln in Volksvertretungen aufgrund eines freien Mandats gibt es strukturelle Unterschiede, die eine differenzierte Behandlung beider Handlungsformen öffentlicher Gewalt rechtfertigen (...). Dies wird auch im Hinblick auf die handelnden Personen deutlich: Bei Entscheidungen der öffentlichen Verwaltung ist der Entscheidungsträger grundsätzlich substituierbar; seine Entscheidungsbefugnis kann regelmäßig in der Verwaltungshierarchie delegiert oder von höherrangiger Stelle evoziert werden. Das Amt ist nicht personengebunden, der Amtsträger dafür aber zumeist weisungsgebunden. Im Gegensatz dazu trifft der Abgeordnete aufgrund seines freien Mandats im Plenum seiner Volksvertretung eine in diesem Sinne „unvertretbare“ Entscheidung. Sein Amt ist personengebunden, er kann seine Stimmabgabe nicht auf einen Vertreter übertragen; kein anderer darf die Entscheidungsbefugnis des Abgeordneten an sich ziehen. Gerade wegen der Unvertretbarkeit der Entscheidung bei der Wahl oder Abstimmung in einer Volksvertretung spielen dabei auch legitime Partikularinteressen, für deren Wahrnehmung der Mandatsträger in die Volksvertretung gewählt wurde, eine wesentliche Rolle.“ (BGH 5 StR 453/05, Urteil vom 09.05.2006, Tz. 28)

Aus diesen Gründen muss die Formulierung des Tatbestands der Abgeordnetenbestechung von der für die Amtsträgerbestechung typischen Differenzierung zwischen Vorteilsannahme (Vorteil für dienstpflichtgemäßes Verhalten) und Bestechlichkeit (Vorteil für dienstpflichtwidriges Verhalten) absehen. Die unter Strafe zu stellende Handlung eines Abgeordneten kann nur durch die Abwei-

chung von dem Kern seines rechtlichen Status umschrieben werden. Da dieser Status jedoch frei und der Abgeordnete „an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur [seinem] Gewissen unterworfen“ ist, kann die Abweichung nur „weich“ formuliert werden; sie ist auf Umschreibungen angewiesen. Diese Umschreibungen fallen in den drei Gesetzesentwürfen unterschiedlich aus:

- a. Nach dem Entwurf der Fraktion Die Linke soll der Abgeordnete sich strafbar machen, wenn die Handlung oder Unterlassung „im Zusammenhang mit der Ausübung seines Mandats“, für die er einen Vorteil für sich oder einen Dritten fordert oder annimmt, „seiner aus dem Mandat folgenden rechtlichen Stellung widerspricht“. Für den nach bisherigem Recht des § 108e StGB bereits strafbaren Stimmenkauf bzw. -verkauf sieht er eine Mindeststrafe von sechs Monaten vor (§ 108e Abs. 2 bzw. § 108f Abs. 2 GE Die Linke). Wann eine Handlung eines Abgeordneten „seiner aus dem Mandat folgenden rechtlichen Stellung widerspricht“, lässt der Entwurf der Fraktion Die Linke offen.
- b. Der Entwurf von Bündnis 90/Die Grünen will Handlungen eines Abgeordneten „in Ausübung seines Mandats“ für strafbar erklären, durch die er „die Interessen des Leistenden oder eines Dritten“ vertritt oder durchsetzt.
- c. Der Entwurf der SPD-Fraktion knüpft sprachlich an Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG und will Handlungen eines Abgeordneten „bei Wahrnehmung des Mandates“ unter Strafe gestellt wissen, die er „im Auftrag oder auf Weisung“ vornimmt.

Die Entwurfsfassung von Bündnis 90/Die Grünen kann begrifflich notwendig auch solche Handlungen erfassen, die der Abgeordnete in vollständiger Gewissensfreiheit vornimmt, durch die aber gleichwohl Interessen außenstehender Dritter vertreten oder durchgesetzt werden. Unter eine solche Tatbestandsfassung würde auch die Annahme eines Vorteils durch einen Abgeordneten für

Handlungen fallen, die - ungeachtet des Vorteils - seiner frei gebildeten Überzeugung entsprechen. Strafbar wäre dann nicht mehr das konkrete Eintreten eines Abgeordneten für oder gegen eine bestimmte EntschlieÙung der Volksvertretung oder des Gesetzgebungsorgans (gegen einen Vorteil), denn mit jeder EntschlieÙung werden Interessen irgend eines Dritten vertreten oder durchgesetzt, sondern im Zweifel schlicht die Annahme oder Forderung eines Vorteils, ohne dass der Abgeordnete dafür von dem abweicht, was er - ohne an einen Auftrag gebunden zu sein - in freier Gewissensentscheidung für das Richtige hält. Das liefe auf das generelle Verbot für Abgeordnete hinaus, in Ausübung ihres Mandats Vorteile anzunehmen bzw. zu fordern und entspräche der Strafbarkeit der Vorteilsannahme durch Amtsträger in § 331 StGB. Abgeordnete wären dann wie Beamte alimentiert, und dies auf der Ebene des Bundes, der Länder, Gemeinden oder Gemeindeverbände.

Die Entwürfe der Fraktionen Die Linke und SPD orientieren sich demgegenüber an dem Status eines Abgeordneten und wollen die Abweichung davon gegen einen Vorteil unter Strafe gestellt wissen. Der Entwurf der Fraktion Die Linke stellt auf den Widerspruch mit der „aus dem Mandat folgenden rechtlichen Stellung“ eines Abgeordneten ab, der Entwurf der SPD darauf, dass eine Handlung eines Abgeordneten „im Auftrag oder auf Weisung“ erfolgt und der Abgeordnete oder ein Dritter dafür einen Vorteil fordert oder annimmt. Tatbestandsmerkmal dieser beiden Entwürfe ist insoweit die Abweichung vom Status eines Abgeordneten. Man könnte diese Abweichung vom Status eines Abgeordneten auch mit der Dienstpflichtverletzung des Amtsträgers in § 332 StGB vergleichen.

§ 44a Abgeordnetengesetz bestätigt diese Grundsätze, wenn die Bestimmung formuliert:

„(2) Für die Ausübung des Mandats darf ein Mitglied des Bundestages keine anderen als die gesetzlich vorgesehenen Zuwendungen oder andere Vermögensvorteile annehmen. Unzulässig ist insbesondere die Annahme von Geld oder von geldwerten Zuwendungen, die nur deshalb gewährt werden, weil dafür die Vertretung und Durchsetzung der Interessen des Leistenden im Bundestag erwartet wird. Unzulässig ist ferner die Annahme von Geld oder von geldwerten Zuwendungen, wenn diese Leistung ohne angemessene Gegenleistung des Mitglieds des Bundestages gewährt wird. Die Entgegennahme von Spenden bleibt unberührt.“

Die Aufgabe der (Gewissens-)Freiheit eines Abgeordneten gegen einen Vorteil ist immer verwerflich. Einer entsprechenden Klarstellung des Gesetzgebers, wie sie § 108e Abs. 3 GE Bündnis 90/Die Grünen vorsieht, bedarf es nicht.

3. Erforderlichkeit einer qualifizierten Unrechtsvereinbarung

Alle drei Entwürfe setzen - der allgemeinen Dogmatik der Korruptionsdelikte folgend - den Abschluss einer „Unrechtsvereinbarung“ zwischen dem Abgeordneten und „seinem“ Bestecher voraus. Die Unrechtsvereinbarung stellt - so die Begründung des Entwurfs von Bündnis 90/Die Grünen - einen „qualifizierten Unrechtszusammenhang“ zwischen der „für die konkrete zur Vertretung oder Durchsetzung der Interessen des Leistenden vorzunehmenden Handlung („dafür“)“ und dem Vorteil voraus. Er verweist dabei ausdrücklich auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 28. Oktober 2004 (3 StR 301/04 - Krehmendal). In dieser Entscheidung unterscheidet der Bundesgerichtshof zwischen einer Spende, die „allein dazu dienen soll bzw. dazu dient, dass er (i.e. der Wahlkandidat) nach erfolgreicher Wahl das wiedererlangte Wahlamt in einer Weise ausübt, die den allgemeinen wirtschaftlichen oder politischen Vorstellungen des Vorteilsgebers entspricht“, und

solchen Spenden, die darauf zielen, dass der - wiedergewählte - Kandidat „eine konkrete, den Interessen des Vorteilsgebers förderliche Entscheidung zu dessen Gunsten“ trifft.

Diese Unterscheidung erinnert an die im Amtsträgerkorruptionsstrafrecht des § 331 StGB geläufige Frage, ob der Vorteil „als Gegenleistung für eine Diensthandlung“ gefordert oder angenommen worden sein muss. Mit dem Korruptionsbekämpfungsgesetz von 1997 wurde diese Frage bekanntlich dahin entschieden, dass ein Bezug auf eine konkrete Diensthandlung nicht mehr erforderlich ist; ein Bezug „für die Dienstausübung“, wie § 331 Abs. 1 StGB seither formuliert, reicht aus.

Wenn man - was allein mit dem Status eines freien und nur seinem Gewissen verantwortlichen Abgeordneten vereinbar ist - an dem Tatbestandsmerkmal festhält, dass die zu prüfende Handlung im Widerspruch zu der „aus dem Mandat folgenden rechtlichen Stellung“ eines Abgeordneten stehen muss (Die Linke) oder als eine Handlung „im Auftrag oder auf Weisung“ (SPD) zu qualifizieren sein muss, ergibt sich daraus als notwendige Konsequenz, dass die Unrechtsvereinbarung auf eine bestimmte Verhaltensweise eines Abgeordneten bezogen sein muss und nicht „nur“ der allgemeinen „Klimapflege“ dienen darf.

4. Keine nachträgliche Abgeordnetenbestechung

Aus dem strukturellen Unterschied zwischen in die Hierarchie eingebundenem Verwaltungshandeln und der freien und nur seinem Gewissen unterworfenen Handlungsweise eines Abgeordneten folgt weiter, dass nachträgliche Abgeordnetenbestechung ausgeschlossen bleiben muss. Es mag viele Gründe und Motive geben, die das Verhalten eines Abgeordneten beeinflussen. Diese vielfältigen Gründe allein dürfen nicht den Ausschlag für die Schlussfolgerung geben, er habe sich mit seinem Verhalten in Widerspruch zur

rechtlichen Stellung eines Abgeordneten begeben. Das ist erst dann der Fall, wenn und weil er „dafür“ einen Vorteil gefordert hat oder ihm ein solcher angeboten worden ist. Nur dadurch wird eine - beweisrechtlich ohnehin schwierige - Ausforschung der Motive eines Abgeordneten vermieden.

Die Gesetzentwürfe der Fraktionen Bündnis 90/Die Grünen und der SPD bringen den Ausschluss nachträglicher Forderung bzw. Gewährung eines Vorteils zu Recht dadurch zum Ausdruck, dass sie in § 108e Abs. 1 Nr. 2 E formulieren: „... dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er ... eine Handlung ... vornehme oder unterlasse“.

5. Unrechtsvereinbarung mit einem Außenstehenden

Die Freiheit eines Abgeordneten geht nicht oder jedenfalls nicht in strafwürdiger Weise verloren, wenn aus dem parlamentarischen oder Gesetzgebungsraum selbst auf ihn eingewirkt wird (und er oder ein Dritter möglicherweise in diesem Zusammenhang einen „Vorteil“ erhält). Um zu vermeiden, dass parlamentarische oder Fraktionsvereinbarungen unter Volksvertretern oder Mitgliedern eines Gesetzgebungsorgans unter den Tatbestand fallen, müssen die „Aufträge“ oder „Weisungen“ so ausgelegt werden, dass sie jeweils *von außerhalb* in die erfassten parlamentarischen Räume hinein oder umgekehrt erfolgen; innerparlamentarische Vorgänge wie Fraktionszwang oder auch nur -disziplin, Ausschussrückruf, Mandatsverzicht (z.B. bei Parteiaustritt oder -ausschluss oder bei Parteiübertritt) sind durch das Tatbestandsmerkmal der Handlung oder Unterlassen „im Auftrag oder auf Weisung“ (GE/SPD) nicht erfasst, weil sie der „aus dem Mandat folgenden rechtlichen Stellung“ (GE/DIE LINKE) eines Abgeordneten nicht widersprechen.

Dem entspricht es, wenn § 108e Abs. 3 Satz 1 des Gesetzentwurfs der SPD-Fraktion verdeutlicht, dass „ein politisches Mandat oder eine politische Funktion ... keinen Vorteil im Sinne dieser Vorschrift dar(stellen).“

6. Keine gesetzlichen Ausnahmetatbestände für zulässige Parteispenden und „parlamentarische Gepflogenheiten“

Der Gesetzentwurf der Fraktion der SPD sieht in § 108e Abs. 3 Satz 2 und 3 vor, dass

„... eine nach dem Parteiengesetz oder entsprechender Gesetze zulässige Parteispende ...“

und

„eine Zuwendung, die im Rahmen der Wahrnehmung des Mandates parlamentarischen Gepflogenheiten entspricht, ... keinen Vorteil dar(stellt)“.

Der Verweis auf die Vorschriften des Parteiengesetzes, insbesondere auf § 25 Abs. 2 Parteiengesetz („Von der Befugnis der Parteien, Spenden anzunehmen ausgeschlossen sind ... Nr. 7 Spenden, die der Partei erkennbar in Erwartung oder als Gegenleistung eines bestimmten wirtschaftlichen oder politischen Vorteils gewährt werden“) erscheint überflüssig: Mitglieder politischer Parteien (auch wenn sie Abgeordnete sind) sind als solche verpflichtet, sich für ein ausreichendes Spendenaufkommen ihrer Partei einzusetzen. Insofern unterscheiden sich Abgeordnete in nichts von Hochschulprofessoren, die Drittmittel für ihre Forschung einwerben müssen. Die Zulässigkeit der Drittmittelinwerbung ergibt sich aus entsprechenden Erlassen. Die Zulässigkeit der Spendeneinwerbung (und ihre Grenzen) ergibt sich aus den Vorschriften des Parteiengesetzes, ohne dass sie durch eine ei-

gene Vorschrift wie § 108e Abs. 3 GE/SPD nochmals hervorgehoben werden müsste.

Mit der weiteren Klarstellung in § 108e Abs. 3 Satz 3 GE/SPD, dass „eine Zuwendung, die im Rahmen der Wahrnehmung des Mandates parlamentarischen Gepflogenheiten entspricht, (...) keinen Vorteil dar(stellt)“, will der Gesetzentwurf bestimmte Verhaltensweisen (und Vorteile im Sinne des Gesetzentwurfs) aus der Reichweite des Tatbestandes ausnehmen; er erläutert auch in seiner Begründung, was er darunter versteht:

„Als solche sollen beispielsweise die im Zusammenhang mit Informationsgesprächen und Festveranstaltungen üblicherweise verbundene Bewirtung bis hin zur Teilnahme an sportlichen und kulturellen Veranstaltungen gelten. Der unentgeltliche Transport zu einer Veranstaltung ist in diesem Zusammenhang ebenso zu nennen wie die Übernahme der mit der Teilnahme verbundenen Übernachtungskosten. In gleicher Weise ist die Durchführung von Informationsreisen zulässig, bei denen die Erkundigung über wirtschaftliche, soziale oder politische Umstände im Vordergrund steht.“ (BT-Drs. 17/8613, S. 4)

Der Gesetzentwurf lässt aber völlig im Dunkeln, was nicht unter diese „parlamentarischen Gepflogenheiten“ fällt. Rönnauf befürchtet, dass dadurch „Staatsanwaltschaften die Voraussetzungen der §§ 153f. StPO (Einstellung aus Opportunitätsgründen) unterlaufen (könnten) ... und manche Strafverfolgungsbehörde gar der Versuchung ausgesetzt (werden), unter Berufung auf die Möglichkeit des Vorliegens „sozialer Adäquanz“ am Gesetzgeber vorbei ihre eigene „Strafrechtsreform“ zu betreiben.“ (Rönnauf, JuS 2011, 311). Diese Befürchtung ist umso berechtigter, als die „parlamentarischen Gepflogenheiten“ gerade nicht mit den Bagatelldelikten der §§ 299, 331ff. StGB gleichgesetzt werden können. Die Kosten mancher „parlamentarischer Gepflogenheit“ sind teurer als

die Bagatellfallgrenze von 50,00 EUR für die Tatbestände der §§ 299 ff., 331 StGB.

Vor allem: Der Gesetzgeber hat im allgemeinen Korruptionsstrafrecht der §§ 299, 331 ff. StGB die Grenze des sozial Zulässigen der Rechtsprechung überlassen. Warum sollte der Gesetzgeber „in suis“ ein Übriges tun? Er würde mit einer solchen Klausel entweder die „professionelle Adäquanz“ generell als Tatbestandsausschluss- oder Rechtfertigungsgrund anerkennen, was sicherlich nicht gewollt ist, oder aber „seine“ Abgeordneten besser behandeln als alle anderen Rechtsunterworfenen, was nicht gewollt sein darf.

Eberhard Kempf
Rechtsanwalt