

Stellungnahme

Novellierung von § 108e StGB

(Öffentliche Sitzung des Rechtsausschusses
des Dt. Bundestages am 17.10.2012)

von Prof. Dr. Wolfgang Jäckle, Münster

| | |
|--|----|
| I. Einführung | 1 |
| II. Internationale Ebene | 3 |
| III. Nationale Ebene | |
| III.1 „Zwei-Klassen-Korruptionsrecht“ | 6 |
| III.2 Novellierung des § 108e StGB | |
| III.2.1 Terminologisches | 8 |
| III.2.2 Tatbestandsfassung | 9 |
| IV. Zusammenfassung und Bewertung | 18 |

I. Einführung

Ich möchte meine Überlegungen wie folgt gliedern:

Zunächst werde ich der Frage nachgehen, **ob** sich eine Novellierung des derzeitigen § 108e StGB empfiehlt, oder ob es besser wäre, es beim derzeitigen Rechtszustand zu belassen. Bei ihrer Beantwortung ist die **internationale Ebene**, **Problemkreis** Novellierung des § 108e StGB als Voraussetzung für die Ratifikation der UN-Konvention zur

Bekämpfung der Korruption sowie des Europarat-Korruptionsabkommens, zu unterscheiden von der **nationalen** Ebene, **Problemkreis** Beseitigung des „Zwei-Klassen-Korruptionsrechts“, welches derzeit aufgrund einer sachwidrigen Schlechterstellung der Amtsträger gegenüber den Mandatsträgern durch §§ 331 ff. StGB besteht.

Des Weiteren werde ich mich dem „**Wie**“ der etwaigen Novellierung, also den damit verbundenen dogmatischen Problemen widmen. Hierbei werde ich insbesondere auf vier gegen die Gesetzentwürfe angeführte Argumente eingehen, die im Bundestag bei ihrer ersten Beratung immer wieder genannt worden sind und die sich so zusammenfassen lassen:

- Abgeordnete und Beamte seien nicht miteinander vergleichbar, da erstere nach Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG nur ihrem Gewissen unterworfen sind sowie auch Partikularinteressen zu vertreten haben. Demgegenüber seien Beamte weisungsabhängig und hätten ihre Dienstpflichten zu erfüllen.
- Der fragliche Lebenssachverhalt entziehe sich wegen zu großer Komplexität einer gesetzlichen Regelbarkeit. Eine Abgrenzung zwischen „sozialadäquatem“ und „sozialinadäquatem“ Verhalten sei praktisch nicht möglich.
- Die Verwendung normativer Tatbestandsmerkmale verletze das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG. Diese mangelnde Bestimmtheit führe dazu, dass die Entscheidung über die Einleitung von Strafverfahren unzulässigerweise in die Hände der Exekutive gelegt würde.

- Es bestehe daher die Gefahr, dass insbesondere in Wahlkampfzeiten die Strafverfolgungsorgane beispielsweise durch das Erstellen aus der Luft gegriffener Strafanzeigen instrumentalisiert werden könnten mit der Folge einer irreparablen Beschädigung des Rufs des Abgeordneten.

Abschließend werde ich meine Überlegungen zusammenfassend würdigen und Vorschläge machen, wie die meiner Meinung nach jeweils bestehenden Nachteile der Entwürfe vermieden werden könnten.

II. Internationale Ebene

Hinsichtlich der völkerrechtlichen Abkommen ist zunächst Folgendes zu fragen: Was bedeutet es für Deutschland, dass insbesondere die UN-Konvention zur Bekämpfung der Korruption, die sich mit einem ganzen Bündel von Maßnahmen die weltweite Bekämpfung der Korruption auf die Fahnen geschrieben hat, zwar 2003 unterzeichnet, jedoch noch nicht ratifiziert worden ist¹?

Dieser Status quo führt dazu, dass auf dem internationalen Parkett - auch einhergehend mit einem wachsenden Selbstbewusstsein der weniger entwickelten Länder - Deutschland zunehmend mit der Problematik konfrontiert wird. Dabei ist es gleichgültig, ob es um in Sachen Korruptionsbekämpfung geforderte Monitoring-Maßnahmen für EU-Beitrittskandidaten oder um die Anmahnung von „good governance“ etwa bei einem Staatsbesuch eines afrikanischen Gastes

¹ Demgegenüber haben von 160 Unterzeichnerstaaten inzwischen 140 ratifiziert.- Bei den G20-Staaten fehlen außer Deutschland nur noch Saudi-Arabien und Japan, wobei das japanische Strafgesetzbuch jedoch einen Tatbestand der Abgeordnetenbestechung kennt.

geht. Kritisch hinterfragt wird sinngemäß, ob jemand, der sein eigenes Haus noch nicht in Ordnung gebracht habe, die Legitimation besäße, anderen gute Ratschläge zu erteilen. So war 2007 in einer großen Tageszeitung² zu lesen:

„Als Angela Merkel im Mai afrikanische Geistliche zu Gast im Berliner Kanzleramt hatte, referierte der kongolesische Erzbischof Laurent Monsengwo Pasinya über schlechte Regierungsführung – und meinte damit nicht nur sein Land. Auch Deutschland, mahnte der Erzbischof, hat die UN-Konvention gegen Korruption noch immer nicht ratifiziert.“

Vergleichbares hat Alt-Bundespräsident Köhler in einem im ZEIT-Magazin³ veröffentlichten Interview so ausgedrückt:

„Ich kann nachvollziehen, warum Afrikaner zuweilen empfindlich auf europäische Vorhaltungen reagieren. Deutschland hat z.B. die UN-Konvention gegen Korruption noch nicht ratifiziert“.

Aufmerksamkeit verdient sicherlich auch, dass sich in jüngster Zeit mit ähnlichen Begründungen Bundestagspräsident Lammert, der ehemalige Bundesfinanzminister Waigel und der CDU-Außenpolitiker Polenz für eine Reform ausgesprochen haben. Überdies haben sich im August 39 Vorstandsmitglieder führender deutscher Dax-Unternehmen mit folgenden Worten in einem Schreiben an alle Fraktionsvorsitzenden Schreiben gewandt:

„Das Ausbleiben der Ratifizierung der UN-Konvention schadet dem Ansehen der deutschen Wirtschaftsunternehmen in ihren Auslandsaktivitäten. Ein demokratisches Land wie Deutschland muss

² DIE WELT vom 17.10.2007.

³ Nr. 5/2008.

international insgesamt glaubwürdig sein und darf sich nicht unnötig angreifbar machen. Unternehmen unterliegen in vielen Ländern – zum Teil extraterritorial angewandten – Vorschriften gegen Korruption mit weitreichenden Folgen auch für Mitarbeiter. Eine angemessene Regelung für deutsche Abgeordnete sollte daher nicht länger auf sich warten lassen. Der Bundestag sollte mit der Novellierung des §108e StGB ein Zeichen setzen und damit verdeutlichen, dass alle deutschen Parlamentsmitglieder Integrität für eine selbstverständliche Pflicht halten. Integre Abgeordnete brauchen sich vor schärferen Regelungen nicht zu fürchten. Wir hoffen, dass sich die Bundestagsfraktionen jenseits aller Differenzen zusammenfinden und endlich einen gemeinsamen Gesetzentwurf verabschieden“.

Der derzeitige Rechtszustand führt nicht nur zu Problemen mit dem UN-Abkommen, sondern auch zu solchen mit dem Europarats-Abkommen. Zwar ließe letzteres (im Gegensatz zum UN-Abkommen) wegen eingeräumter Vorbehaltsmöglichkeiten auch unter dem heutigen § 108e StGB eine Ratifikation zu, jedoch dürfte ein derartiges Vorgehen gerade auch mit Blick auf die UN-Konvention das falsche politische Zeichen setzen. In diesen Zusammenhang gehört auch, dass Deutschland erst kürzlich die seitens der Arbeitsgruppe GRECO im Zuge der Evaluierung des Europaratsabkommens ausgesprochenen Empfehlungen nicht fristgerecht umsetzen konnte.

Auf der internationalen Ebene ist schließlich noch auf das in Ausführung des OECD-Übereinkommens über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr erlassene **Internationale Bestechungsgesetz** einzugehen. Nach dessen Art. 2 § 2 ist eine im Zusammenhang mit dem internationalen Geschäftsverkehr erfolgende Bestechung ausländischer Abgeordneter unter Voraussetzungen strafbar, die deutlich weiter gefasst sind als die von § 108e StGB derzeitige Fassung. Dies führt zu dem kuriosen Ergebnis, dass etwa bei einem grenzüberschreitenden Großbauvorhaben, welches der Zustimmung sowohl eines deutschen Parlaments (z.B. eines Landtags) wie auch

eines ausländischen Parlaments bedarf, der Unternehmer in Deutschland zur „Klimapflege“ dem Abgeordneten einen korruptiven Vorteil gewähren darf (kein Stimmenkauf!), dem ausländischen Abgeordneten jedoch nicht.

Eine weitere missliche Folge der noch nicht erfolgten Ratifikationen stellt dar, dass Deutschland bei den internationalen Korruptionskonferenzen lediglich Beobachterstatus zusteht, sich also nicht aktiv in die Arbeit einbringen darf.

III. Nationale Ebene

III.1 „Zwei-Klassen-Korruptionsrecht“

Nun zur nationalen Ebene. Zu Beginn meiner Ausführungen habe ich von einem „Zwei-Klassen-Korruptionsrecht“ gesprochen. Warum meiner Meinung nach ein solches derzeit besteht, erschließt sich aus einem schlichten Vergleich des § 108e StGB derzeitige Fassung mit den allein für die Amtsträger (dies sind vor allem die Beamten) geltenden §§ 331 ff. StGB.

Lässt sich beispielsweise der Leiter einer Behörde von einem Unternehmer erkennbar in der Hoffnung auf eine weitere gute Zusammenarbeit im neuen Jahr zu einer Silvesterkreuzfahrt in die Karibik einladen (*Klimapflege*), oder gewährt er dem Beamten nachträglich einen Vorteil, weil eine Amtshandlung erfreulich glatt über die Bühne gegangen ist (*Danke-Schön-Zuwendung*), oder dafür, dass er eine lästige Amtshandlung unterlässt, oder wird dem Beamten wegen seiner Position als Behördenleiter die Mitgliedschaft in einem Golfclub ermöglicht (*immaterieller Vorteil*) oder wird seiner Ehefrau unentgeltlich ein teures Auto zur Benutzung überlassen (*Drittverteil*), so macht er sich in all diesen Fällen wenigstens einer

Vorteilsannahme nach § 331 StGB, unter Umständen sogar einer Bestechlichkeit nach § 332 StGB schuldig und wird entsprechend bestraft. Handelt demgegenüber ein Volksvertreter in vergleichbaren Fällen ebenso, bleibt er nach derzeitigem Recht straflos, weil es sich jeweils um keinen Stimmenkauf im Sinne des § 108e StGB derzeitige Fassung handelt. Natürlich wäre es aber aus Gründen, auf die ich gleich noch eingehen werde, völlig sachwidrig, zur Beseitigung der Ungleichbehandlung den Anwendungsbereich der §§ 331, 332 StGB im Verhältnis eins zu eins auf die Volksvertreter bzw. die Vorteilsgeber ummünzen zu wollen. Darum geht es bei der Reform keineswegs. Vielmehr gilt als Selbstverständlichkeit: **Nur dort, wo die anzutreffende Ungleichbehandlung nicht auf in der Natur der Sache liegenden Gründen beruht, sollte das „Zwei-Klassen-Korruptionsrecht“ abgeschafft werden.**

Verschließt man sich einer Novellierung des § 108e StGB derzeitige Fassung, so setzt man sich über die vom BGH⁴ mit großer Entschiedenheit erhobene Forderung nach Schließung der Strafbarkeitslücken hinweg. So ist niemandem, wie im Wuppertaler Korruptions-Fall geschehen, plausibel zu vermitteln, dass ein Stadtrat vom Vorwurf der Korruption freigesprochen werden muss, obwohl er gegen Gewährung eines erheblichen Vorteils dafür gesorgt hat, dass ein auf den spendablen Investor zugeschnittener vorhabenbezogener Bebauungsplan erlassen wird, bzw. dass - wie in Köln geschehen und gleichfalls ohne strafrechtliche Konsequenzen⁵ - ein Ratsmitglied vom Inhaber eines Abfallunternehmens in bar 75 000 € zum Zwecke der Weiterleitung in eine „schwarze Parteikasse“ bekam, womit dieser der für ihn sicherlich lukrativen Privatisierung der städtischen Abfallwirtschaft nachhelfen wollte.

⁴ BGHSt 51, 45 = NJW 2006, 2050

⁵ BGH, NSTZ 2007, 36

Aus dem bislang Ausgeführten folgt, dass sowohl auf der internationalen wie auf der nationalen Ebene angesiedelten Gründen die Durchführung der Reform als dringendes Vorhaben erscheint.

III.2 Novellierung des § 108e StGB

„**Wie**“ könnte die demzufolge notwendige Novellierung des § 108e StGB aussehen?

III.2.1 Terminologisches

§ 108e StGB derzeitige Fassung ist mit der Bezeichnung „*Abgeordnetenbestechung*“ versehen. Dies greift in zweierlei Hinsicht zu kurz. Zum einen, weil, wie bereits ein Vergleich der § 332 StGB mit § 334 StGB zeigt, es nur bei der Totalalternative „Verkauf“ der Stimme um **Bestechung**, beim „Kauf“ demgegenüber um **Bestechlichkeit** geht, und - weitaus gravierender – zum anderen, weil sich durch den ungeschickten Terminus im Laufe der Jahre der Blickwinkel viel zu sehr auf die im Bundestag, den Landtagen und dem Europaparlament tätigen Mandatsträger verengt hat und ganz häufig der zahlenmäßig ungleich größere, in die Zigtausende gehende Kreis⁶ der ehrenamtlich tätigen Vertreter der Gemeinden und Gemeindeverbände (kommunale Mandatsträger) zu weitgehend aus dem Blickfeld geraten ist. (Man schaue sich einmal unter diesem Gesichtspunkt die einschlägigen Presseartikel an). Nach allgemeinem Sprachgebrauch denkt bei dem Wort „Abgeordneter“ niemand an einen Gemeinde- oder Kreisrat, was bislang zu einer wirklich bedenklichen Verkürzung des Diskurses geführt hat. Aus diesen Gründen schlage ich für eine Neufassung die Bezeichnung „*Mandatsträgerbestechlichkeit und Mandatsträgerbestechung*“ vor. Die im E-SPD und E-Grüne verwendete Bezeichnung „*Bestechlichkeit und Bestechung der*

⁶ Allein in Baden-Württemberg gibt es derzeit 19 025 Gemeinderäte (Quelle: Statistisches Landesamt Baden-Württemberg).

Mitglieder von Volksvertretungen“ ist zwar inhaltlich genauso richtig, vorzugswürdig scheint jedoch zu sein, den Amtsträgertatbeständen der §§ 331 ff. StGB (in einer Norm zusammengefasste⁷ bzw. die zwei Normen geregelte⁸) entsprechend benannte Mandatsträgertatbestände zur Seite zu stellen.

III.2.2 Tatbestandsfassung

Art. 103 Abs. 2 GG verbietet es dem Gesetzgeber, inhaltlich zu wenig bestimmte Strafvorschriften zu erlassen, weil hierdurch dem Rechtsanwender die Entscheidung über die Anwendung der Norm in die Hand gelegt werden könnte. Bei § 108e StGB wird die Problematik in erster Linie beim Vorteilsbegriff sowie der erforderlichen Verknüpfung zwischen der Vorteilsgewährung und dem Handeln bzw. dem Unterlassen (= sog. Unrechtsvereinbarung) virulent. Dort gilt es – bei gleichzeitiger Erfassung sämtlichen strafwürdigen Verhaltens -ein Optimum an Rechtssicherheit zu schaffen. Vorab ist zu bemerken, dass die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen (normative Merkmale) nicht bereits eine Verletzung von Art. 103 Abs. 2 GG auslöst, vielmehr stellen diese nach Ansicht des BVerfG⁹ eine Art „notwendiges Übel“ dar. Im deutschen Recht wimmelt es geradezu von derartigen Tatbestandsmerkmalen: „öffentliche Sicherheit und Ordnung“; „ungeeignet zum Führen eines Kraftfahrzeugs“; „erforderliche Zuverlässigkeit“ usw. Die bei § 108e StGB in Betracht kommende alternative Gesetzgebungstechnik wäre die Verwendung deskriptiver Tatbestandsmerkmale, wie etwa die enumerative Aufzählung all jener Vorteile, die nicht angenommen werden dürfen. Dies ist wegen der großen Gefahr von Gesetzeslücken wie des viel zu großen Umfangs, den die Rechtsvorschrift annehmen würde, praktisch nicht durchführbar. Nicht ohne Grund hat sich daher der Gesetzgeber in § 44a Abgeordnetengesetz bei der Regelung des Verbots der

⁷ Lösung E-SPD und E-Grüne.

⁸ Lösung E-Linke

⁹ Vgl. BVerfGE 54, 143 (144) für die „polizeiliche Generalklausel“.

Annahme von Geld oder geldwerter Zuwendungen gleichfalls normativer Rechtsbegriffe bedient¹⁰.

Die Lösung des Problems der genügenden Bestimmtheit sollte nicht losgelöst von den Amtsträgerdelikten der §§ 331 ff. erfolgen, da es sich – gerade auch in Hinblick auf die Anforderungen der UN-Konvention – nicht empfiehlt, ohne sachlichen Grund von ihnen abzuweichen.

Hinsichtlich des Vorteilsbegriffs und der eben erwähnten Verknüpfungproblematik unterscheiden sich die drei Entwürfe erheblich. Am weitesten geht der E-Linker, wenn er davon spricht, dass der Mandatsträger *einen in Zusammenhang mit der Ausübung seines Mandats stehenden Vorteil fordert, sich versprechen lässt oder annimmt¹¹, wenn dies seiner aus dem Mandat folgenden rechtlichen Stellung widerspricht*. Am engsten formuliert ist der E-SPD, wonach der Mandatsträger *den Vorteil dafür annimmt, dass er bei der Wahrnehmung seines Mandates eine Handlung im Auftrag oder auf Weisung vornehme oder unterlasse*, wobei in (3) E-SPD von vornherein bestimmte Vorteile, wie etwa *„den parlamentarischen Gepflogenheiten entsprechende“* aus dem Vorteilsbegriff ausgeschieden werden. Dazwischen steht der E-Grüne, welcher darauf abstellt, ob der Mandatsträger *einen rechtswidrigen Vorteil als Gegenleistung dafür annimmt, dass er in Ausübung seines Mandates in der Volksvertretung oder im Gesetzgebungsorgan eine Handlung zur Vertretung oder Durchsetzung der Interessen des Leistenden oder eines Dritten vornehme oder unterlasse*. Hierbei soll nach dessen (3) der Vorteil dann rechtswidrig sein, wenn seine *Verknüpfung mit der Gegenleistung als verwerflich anzusehen ist*.

Würdigt man diese Vorschläge mit Blick auf die §§ 331 ff. StGB, so zeigt sich, dass der E-Grüne mit §§ 332, 336 StGB die Gemeinsamkeit aufweist, dass hier wie dort der Vorteil und die Handlung bzw. das

¹⁰ Einzelheiten unten S. 16 f.

¹¹ Im Folgenden wird aus Gründen der Übersichtlichkeit immer nur von „annehmen“ die Rede sein, so dass die beiden anderen Tatbestandsalternativen mitgedacht werden müssen.

Unterlassen in einem Gegenseitigkeitsverhältnis zueinander stehen müssen.¹² E-SPD emanzipiert sich hiervon und greift stattdessen lieber auf Art. 38 Abs. 1 GG zurück. Hierauf wird sogleich noch einzugehen sein. Meines Erachtens zu unbestimmt ist der E-Linke, wenn er einen Zusammenhang mit der Ausübung des Mandats ausreichen lässt. Diese Formulierung greift noch weiter als das durch das Korruptionsbekämpfungsgesetz 1997 in § 331 StGB aufgenommene Tatbestandsmerkmal der Vorteilsannahme „für die Dienstausbübung“, wodurch nach Auffassung zahlreicher Kritiker der Gesetzgeber die Unrechtsvereinbarung zu weit gelockert hat und damit über das Ziel hinausgeschossen ist.¹³ Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang auch, dass im Gesetzgebungsverfahren zum Korruptionsbekämpfungsgesetz 1997 auf Vorschlag Berlins¹⁴ ein E-Bundesrat diskutiert wurde, der bei § 331 StGB bereits eine „in Zusammenhang mit dem Amt“ erfolgende Vorteilsannahme pönalisieren wollte. Dies wurde als im Gesetzgebungsverfahren deutlich zu weitgehend abgelehnt und für § 108e StGB muss dies erst recht gelten.

Bezüglich des E-SPD ist zu bemerken, dass mir die Anbindung an Art. 38 Abs. 1 GG S. 2 („Die Abgeordneten sind an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen“) aus folgenden Gründen als problematisch erscheint:¹⁵

1. Die Aufnahme von S. 2 in das GG diene auch dazu, damalige Forderungen nach Einführung des imperativen Mandats (Räte- und Basisdemokratie) abzuwehren¹⁶. Der Abgeordnete sollte bei seiner Tätigkeit nicht fremdbestimmt handeln müssen,

¹² Ob Art. 15 b) UN-Konvention ebenfalls diese Gegenseitigkeit fordert, ist nicht sicher: Zwar findet sich in mancher deutschen Fassung die Formulierung: „Annahme des Vorteils **als Gegenleistung dafür**, dass“, im englischen Originaltext heißt es jedoch „**in order that**“, nicht aber (wie z.B. bei 18 U.S.C. § 201 [b][2]) „**in return for**“.

¹³ Vgl. Fischer, StGB, 12. Aufl. (2012), § 331 Rn. 24a.

¹⁴ BR-Drs. 298/95 und Fischer, StGB, 12. Aufl. (2012), § 331 Rn. 22.

¹⁵ Einzelheiten Jäckle, ZRP 2012, 97 (98)

¹⁶ Klein, in: Maunz/Dürig, GG, 2010, Art. 38 RN. 189; Heisz, Die Abgeordnetenbestechung nach § 108e, Diss. Göttingen 1998, S. 26. - Einzelheiten zum imperativen Mandat bei Stein, Staatsrecht, Bd. I, 2. Aufl. (1984), § 24 IV 1 m.w.Nachw.

sondern nach seinem freien Willen tätig sein dürfen. Nimmt ein Mandatsträger jedoch ungerechtfertigt einen Vorteil an, unterwirft er sich dadurch nicht einem fremden Willen, vielmehr geht um selbstbestimmtes, von seinem Eigennutz getriebenes Handeln.

2. Stimmenkauf und Stimmenverkauf sind unbestritten

„unsaubere“ Fachbegriffe, da es sich hierbei selbstredend um kein Kaufgeschäft im Sinne von §§ 433 ff. BGB handelt, so dass man sich mit einigermaßen hilflosen Erklärungsversuchen wie: „Das Tatbestandsmerkmal ist im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs bildlich zu verstehen“¹⁷ behelfen muss. Eine vergleichbare Problematik würde bei dem Begriff „im Auftrag oder nach Weisung“ entstehen, da nicht davon die Rede sein kann, dass der Mandatsträger beauftragt wird, „unentgeltlich für den Auftraggeber“¹⁸ ein Geschäft zu besorgen“ (§ 662 BGB); ebenso wenig geht es um eine beamtenrechtliche Weisung im Rechtssinne, bei deren Nichtbefolgung disziplinarrechtliche Maßnahmen drohen. Wenigstens auf der einfachgesetzlichen Ebene sollte der Gesetzgeber sich um eine möglichst einheitliche Rechtsterminologie bemühen.

3. Im Unterschied zu Art. 38 Abs. 1 GG, wo es heißt, dass die Abgeordneten an „Aufträge **und** Weisungen“ nicht gebunden seien, spricht der E-SPD von „im Auftrag **oder** auf Weisung“. Dies bedeutet, dass nur eines von beiden Tatbestandsmerkmalen erfüllt sein muss. Folglich wären Kriterien dafür zu entwickeln, wann der Mandatsträger „im

¹⁷ Vgl. Schönke-Schröder, StGB, 28. Aufl. (2010), § 108e RN. 8 und Stünker [ehem. Rechtspol. Sprecher der SPD-Fraktion], in: FS f. J. Meyer, 2006, S. 598.

¹⁸ Dieser Begriff findet sich auf S. 3 r.Sp. des E-SPD.

Auftrag“ und wann er „*nach Weisung*“ gehandelt hat. Da jedoch nach verbreiteter Auffassung¹⁹ die beiden in Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG verwandten Begriffe eine Tautologie darstellen, kann es derartige Abgrenzungskriterien nicht geben. Nicht gering zu schätzen ist daher auch das Risiko, dass die Gerichte aus einer entsprechenden Unsicherheit heraus sich wiederum (wie bei § 108e StGB derzeitige Fassung) in von ihnen als strafwürdig erkannten Fällen zu Verurteilungen nicht in der Lage sehen würden.

4. Schließlich würde meiner Meinung nach die im E-SPD gewählte Formulierung nicht, wie vom BGH angemahnt, zu einer Schließung aller derzeitigen Strafbarkeitslücken führen. Dies möge das folgende Beispiel verdeutlichen: Ein sich in finanziellen Nöten befindliches einflussreiches Stadtratsmitglied bietet einem Unternehmer an, gegen Geld dafür zu sorgen, dass es nicht zu einem Stadtratsbeschluss über eine geplante Erhöhung der Gewerbesteuer kommt²⁰. Bei einer derartigen vom Mandatsträger angestoßenen Vorteilsgewährung für ein Unterlassen würde sich ein Gericht wohl mit der Feststellung schwer tun, dass „*im Auftrag*“ oder „*auf Weisung*“ des Unternehmers gehandelt worden ist.²¹

Das bei den §§ 331 ff. von Rechtsprechung und Lehre vor allem mit Hilfe des Begriffs der „Sozialadäquanz“ bewerkstelligte Ausscheiden von zu geringfügigen Vorteilen aus dem Bereich der Strafbarkeit, will

¹⁹ Vgl. Klein, in: Maunz/Dürig, GG, 2010, Art. 38 RN. 194 m.w. Nachw. (in Art. 21 S. 2 Weimarer Reichsverfassung hieß es korrekt: „*Die Abgeordneten sind [...] an Aufträge nicht gebunden*“).

²⁰ Der Parallellfall bei den Abgeordneten wäre die Nichteinbringung eines Gesetzesvorschlags in die Beratungen einer Fraktion. (Beispiel von Stünker [ehem. Rechtspol. Sprecher der SPD-Fraktion], in: FS f. J. Meyer, 2006, S. 602).

²¹ M.E. ebenso bei einem dem Wuppertaler Korruptionsfall vergleichbaren Sachverhalt. Vgl. Jäckle, ZRP 2012, S. 99.

(3) E-SPD dadurch erreichen, dass er von vornherein die „parlamentarischen Gepflogenheiten“ entsprechenden Vorteile aus dem Vorteilsbegriff ausklammert. Dem ist prinzipiell zuzustimmen und hätte den Vorteil, dass damit auch die schwierige Frage erledigt wäre, ob der von (3) E-Grüne gewählte Weg einer mit Hilfe des Maßstabs der Verwerflichkeit vorzunehmenden Rechtswidrigkeitsprüfung (ähnlich wie bei § 240 Abs. 2 StGB) praktisch gangbar ist²². Folgt man dem, so sollte jedoch die Arbeit der Gerichte dadurch erleichtert werden, dass man, wie von der SPD vorgeschlagen,²³ zur leichteren Handhabung einen Fall-Katalog aufstellt, der entsprechende Hinweise darüber enthält, was alles zu diesen Gepflogenheiten gehören soll. Da es sich bei Kommunalvertretungen um keine Parlamente im staatsrechtlichen Sinn handelt²⁴, wäre jedoch die Formulierung „in der Volksvertretung übliche Gewohnheiten“ die bessere.

Es bleibt zu überlegen, wie die notwendige Verknüpfung zwischen Vorteilsgewährung und der Handlung bzw. dem Unterlassen, also die das Essential²⁵ eines jeden Korruptionsdeliktes darstellende Unrechtsvereinbarung, tatbestandlich gefasst werden sollte.

Auf den ersten Blick hätte es nahegelegen, auf § 332 StGB zurückzugreifen und die dort geforderte Verletzung von *Amtspflichten* durch eine solche von *Mandatspflichten* zu ersetzen.

²² M.E. zu Recht bemängelt Michalke (in: Festschr.f.Hamm, 2008, S. 459, 469 f.), dass – im Gegensatz zu § 240 Abs. 2 StGB – (3) des E-Grüne keine Kriterien für eine Verletzung der Zweck-Mittel-Relation nennt. – Hinzuzufügen bleibt, dass die bei § 240 Abs. 2 StGB für die Verwerflichkeit in der Rechtsprechung verwendete übliche Formel eines „erhöhten Grads sittlicher Missbilligung“ hier wohl gleichfalls nicht weiterhelfen würde.

²³ Vgl. BT-Plenarprotokoll 17/163, S. 19405 (A). Demgegenüber enthält das BMI-Rundschreiben zum Verbot der Annahme von Belohnungen und Geschenken vom 08.11.2004 eine beispielhafte Aufzählung der Vorteile, die Bundesbeamte **nicht** annehmen dürfen.

²⁴ Einzelheiten bei Jäckle, ZRP 2012, 97 (100).

²⁵ Schlüchter, in: Festschr.f.Geerds, 1995, S. 713, 722.

Völlig zu Recht nehmen alle drei Entwürfe hiervon Abstand. Im Unterschied zu den Amtsträgern haben Mandatsträger keine konkreten Mandatspflichten zu erfüllen, die sie verletzen könnten. Auch dürfen sie sogar Sonderinteressen verfolgen, müssen hierbei allerdings das Wohl der Allgemeinheit im Auge behalten²⁶. Diese Freiheit des Mandats bedeutet jedoch nicht, dass es deswegen keine Bindung an Korruptionsvorschriften geben kann, sondern beispielsweise nur eine solche an Verhaltensrichtlinien. Wie Stein betont²⁷, sind Abgeordnete nicht ohne Pflichten und daher nicht *legibus solutus*. Jedoch geht es eben nicht um § 332 StGB vergleichbare Pflichten.

Zu würdigen ist stattdessen der Vorschlag des E-Grüne, wonach der Unrechtszusammenhang darin besteht, dass der Mandatsträger *in Ausübung seines Mandats zur Vertretung oder Durchsetzung der Interessen des Leistenden oder eines Dritten* gehandelt haben muss. Zunächst ist festzuhalten, dass der E-Grüne anders als der E-SPD mit dem eben genannten Fallbeispiel²⁸ des in finanzielle Nöte geratenen Stadtratsmitglieds keine Mühe hätte. Die Einflussnahme zur Nichtanhebung der Gewerbesteuer wäre in Mandatsausübung geschehen und hätte der Durchsetzung eines Interesses des Unternehmers gedient.

Eine andere Frage ist, ob die Formulierung in Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG nicht vielleicht zu weit geraten ist. Eine erste Hilfestellung bei der Beurteilung könnte ein Blick auf § 331 StGB bieten. Bei den Amtsträgern werden von dieser Norm aufgrund der weiten

²⁶ Stein, Staatsrecht, Bd.I, 2. Aufl. (1984), § 24 IV 2.

²⁷ Stein, a.a.O., § 24 I 3 unter Berufung auf den bedeutenden Staatsrechtler Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1919 (Neudruck 1964) S. 172, der ausgeführt hat: „*Ein nur berechtigter Organträger ist überhaupt ein Unding*“.

²⁸ Ebenso wenig mit dem Wuppertaler Korruptions-Fall. Vgl. Jäckle, ZRP, 2012, 97 (99).

Formulierung „*Vorteilsannahme für die Dienstausbübung*“ auch Fälle der bloßen „Klimapflege“, sowie der erst nachträglichen Gewährung des Vorteils (sog. „Danke-Schön-Zuwendung“) erfasst. Die hiermit seit vielen Jahren verbundene Unsicherheit bei der Rechtsanwendung würde sich erst recht bei § 108e StGB einstellen, da der Tätigkeitsbereichs der Mandatsträger im Gegensatz zu demjenigen der Amtsträger deutlich weniger genau umschreibbar ist. Es ist daher prinzipiell sachgerecht, dass der E-Grüne das Merkmal „*in Ausübung des Mandates*“ durch das Korrektiv: „*Vorteil als Gegenleistung für eine zur Vertretung oder Durchsetzung der Interessen des Leistenden oder eines Dritten*²⁹ *vorgenommene Handlung*“ einschränkt. Allerdings hat diese Formulierung zur Folge, dass mangels konkreter Unrechtsvereinbarung zur Klimapflege gewährte Vorteile unabhängig von ihrem Wert ausscheiden. Gleiches gilt für nachträglich gewährte Vorteile, soweit diese nicht nachweisbar vor der Handlung (wenigstens konkludent) verabredet worden sind.

Die vom E-Grüne gewählte Begrifflichkeit folgt dem Gedanken des § 44a Abs. 2 S. 2 Abgeordnetengesetz,³⁰ wonach es einem Bundestagsabgeordneten verwehrt ist, „*Geld oder geldwerte Zuwendungen anzunehmen, die nur deshalb gewährt werden, weil dafür die Vertretung und Durchsetzung der Interessen des Leistenden im Bundestag erwartet wird*“.

Meines Erachtens sprechen die folgenden Gesichtspunkte für diese Tatbestandsfassung:

²⁹ Vgl. zur Einbeziehung des Dritten FN. 30.

³⁰ BT-Dr 17/5933, S. 5. – Nicht ohne weiteres einsichtig ist, warum (entgegen § 44a Abs. 2 Abgeordnetengesetz!) in § 108e (1) Nr. 2 E-Grüne von den Interessen „*eines Dritten*“ die Rede ist. Daher bedürfte dieser Punkt noch weiterer Überlegungen.

1. Ohne Not von der in § 44a Abs. 2 Abgeordnetengesetz gewählten Gesetzesformulierung abzuweichen, hieße auf eine möglichst große Homogenität der Rechtsordnung zu verzichten.
2. Der Begriff „zur Vertretung und Durchsetzung der Interessen des Leistenden“ lässt plastisch das Wesen korruptiven Verhaltens hervortreten, welches in der aus Eigennutz geschehenden Bedienung eines Partikularinteresses zulasten der Allgemeinheit zu sehen ist.
3. Diese Tatbestandsfassung fügte sich gut in den internationalen Kontext ein, da diejenigen ausländischen Rechtsordnungen, die einen eigenen Straftatbestand der Mandatsträgerbestechlichkeit kennen, ähnliche Formulierungen benutzen. Als Beispiel diene Kapitel 40 § 4 finnisches³¹ StGB³², wo darauf abgestellt wird, ob als Gegenleistung für die Vorteilsgewährung an das Parlamentsmitglied eine Parlamentsangelegenheit vom Parlament in einer gewissen Art und Weise (sic: im Interesse des Vorteilsgebers) entschieden würde.

Ein noch nicht gelöstes Problem scheint mir zu sein, dass das durch die Vorteilsgewährung „geförderte“ Handeln sowohl im Allgemeininteresse wie auch im Partikularinteresse des Leistenden liegen kann (*Beispiel*: Großbauvorhaben, das Arbeitsplätze schafft,

³¹ Finnland nimmt im alljährlich von Transparency International herausgegebenen Korruptionsindex regelmäßig einen der vorderen Plätze ein.

³² **Chapter 40 Section 4 – Acceptance of a bribe as a member of Parliament** (604/2002)

If a member of Parliament, for himself or herself or for another
 (1) requests a gift or other unlawful benefit or otherwise takes an initiative in order to receive such a benefit, or
 (2) accepts or agrees to accept a gift or other unlawful benefit or agrees to a promise or offer of such a gift or other benefit
 and promises, in exchange for the benefit, to act in his or her parliamentary mandate so that a matter being considered or to be considered by Parliament would be decided in a certain way, he or she shall be sentenced for *acceptance of a bribe as a member of Parliament* to a fine or to imprisonment for at most four years.

aber auch eine schöne Rendite verspricht). Hierzu sollten meines Erachtens in der Gesetzesbegründung noch geeignete Abgrenzungskriterien genannt werden.

IV. Zusammenfassung und Bewertung

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass der E-Grüne aus wissenschaftlichen Gründen die an die Novellierung von § 108e StGB zu stellenden Anforderungen am besten erfüllt. Jedoch sollte der Gestzestext nach meiner Ansicht mit folgenden Modifikationen versehen werden:

1. Änderung der Bezeichnung des § 108e StGB:

Statt *„Bestechlichkeit und Bestechung der Mitglieder von Volksvertretungen“* sollte es heißen:

„Mandatsträgerbestechlichkeit und Mandatsträgerbestechung“

2. Bei (1) Nr. 2 sollte es anstelle von: *„....einen rechtswidrigen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung“*. heißen: ***„.... einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung“***.

3. Bei (1) Nr. 2 sollte es anstelle von: *„....des Leistenden oder eines Dritten vornehme oder unterlasse...“* heißen: ***„....des Leistenden vornehme oder unterlasse...“***.

4. (3) sollte gestrichen und wie folgt durch den leicht modifizierten (3) E-SPD ersetzt werden:

„Ein politisches Mandat oder eine politische Funktion stellen keinen Vorteil im Sinne dieser Vorschrift dar. Auch eine nach dem Parteiengesetz oder entsprechender Gesetze zulässige

Parteispende stellt keinen Vorteil dar. Auch eine Zuwendung, die im Rahmen der Wahrnehmung des Mandates den in der Volksvertretung üblichen Gepflogenheiten entspricht, stellt keinen Vorteil dar“.

5. (2) Nr. 2 müsste an (1) Nr. 2 angepasst werden und demnach statt „...Durchsetzung seiner oder eines Dritten Interessen ...“ wie folgt lauten: „...**Durchsetzung seiner Interessen** ...“.

Durch diese Novellierung von § 108e StGB würde Folgendes erreicht:

- Da die UN-Konvention von einem Vertragsstaat **nicht** die Übernahme der „Amtsträgerversion“ verlangt, sondern die Schaffung eines effizienten Sondertatbestands für Mandatsträger genügen lässt,³³ wäre durch die Reform das Tor zur Ratifikation der UN-Konvention sowie zur vorbehaltlosen Ratifikation des Europarat-Korruptionsabkommens geöffnet mit der wünschenswerten Folge einer Beendigung des das internationale Ansehen Deutschlands beschädigenden Status quo.
- Abschaffung des bestehenden „Zwei-Klassen-Korruptionsrecht“ unter sachgerechter Berücksichtigung der zwischen den Mandats- und Amtsträgern bestehenden Unterschiede.
- Durch das Erfordernis einer konkreten Unrechtsvereinbarung wäre dem Bestimmtheitserfordernis des Art. 103 Abs. 2 GG

³³ Möhrenschräger, in: Festschr.f. U. Weber, 2004, S. 217 (231). – Wäre es anders, hätte im Übrigen Finnland die UN-Konvention nicht ratifizieren können.

Rechnung getragen.

- § 108e (3) StGB würde den Vorteilsbegriff im Wege der expliziten Ausklammerung bestimmter Zuwendungen soweit konkretisieren, dass sich im Laufe der Zeit durch Rechtsprechung und Lehre eine dem Gebot der Rechtssicherheit genügende Verfestigung einstellte. (Dies geschah sogar bei §§ 331ff. StGB, die ohne jegliche Präzisierung des Vorteilsbegriffs auskommen müssen).
- Da jedoch im politischen Geschehen nie Versuche auszuschließen ist, den Ruf der im Brennpunkt des öffentlichen Interesses stehenden Mandatsträger durch unberechtigte Vorwürfe zu schädigen, sollten flankierend die Immunitätsregeln einer kritischen Betrachtung daraufhin unterzogen werden, ob die durch Anlage 6 zur GO-Bundestag grundsätzlich erteilte generelle Genehmigung zur Durchführung von Ermittlungsverfahren³⁴ nicht durch eine Prüfung des jeweiligen Einzelfalls zu ersetzen ist. Entsprechendes hätte für die Abgeordneten der Landtage sowie des Europaparlaments zu gelten.

Ergänzend verweise ich auf meine in der Süddeutschen Zeitung vom 10.01.2012, S. 2 („*Eine deutsche Peinlichkeit*“) und in der Zeitschrift für Rechtspolitik 2012, S. 97 ff. („*Abgeordnetenkorruption und Strafrecht – Eine unendliche Geschichte?*“) gemachten Ausführungen.

³⁴ Ausreichend ist bislang eine entsprechende Mitteilung der Aufnahme der Ermittlungen seitens der zuständigen Staatsanwaltschaft an den Bundestagspräsidenten. – Einzelheiten abrufbar unter: <http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a01/immunitaetsrecht.pdf>. (Abruf: 11.10.2012).