

Prof. Dr. Wolfgang Jäckle

48149 Münster,
Schöppingenweg 31,
Tel.: 0251 863692,
E-Mail: wuaJaeckle@t-online.de,
15. Februar 2014

Stellungnahme:

Erweiterung des Straftatbestands des § 108e StGB

Ich möchte meine Überlegungen wie folgt gliedern:

Die folgenden **vier Punkte** bedürfen meines Erachtens besonders einer näheren Betrachtung:

1. Der Terminus **Abgeordnetenbestechung/- Bestechlichkeit** ist deutlich zu eng, da die Mehrzahl der Fälle, um die es geht, nicht erfasst.
2. Das Merkmal, wonach § 108e nur erfüllt sein soll, wenn der Vorteil für eine „**im Auftrag oder auf Weisung**“ (=Rückgriff auf Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG) des Vorteilsgebers vorgenommene Handlung gewährt wird, begegnet durchgreifenden dogmatischen Bedenken und hinterlässt nicht hinnehmbare Strafbarkeitslücken.
3. Nicht sachgerecht könnte sein, dass erst nach der Handlung gewährte Vorteile (sog. **Dankeschön-Vorteile**) nur insoweit erfasst sind, als die für eine Strafbarkeit erforderliche Unrechtsvereinbarung vor der fraglichen Handlung erfolgt sein muss.
4. Die Abgrenzung der erlaubten Vorteile von den unerlaubten Vorteilen mit Hilfe des Merkmals „**ungerechtfertigter Vorteil**“ bedarf der Feinjustierung.

Zu 1. Terminologie:

Es gibt in Deutschland zwei Arten von Mandatsträgern: Die Bundestags- und Landtagsabgeordneten sowie die ungleich häufigeren Gemeinderats- und Kreisratsmitglieder. Letztere sind weder nach allgemeinem Sprachgebrauch, man denke an den Gemeinderat einer kleinen Gemeinde, noch im staatsrechtlichen Sinne **Abgeordnete**. Dies begründet der BGH damit,¹ dass die Gemeindevertretungen kein Parlament, sondern Organ einer Selbstverwaltungskörperschaft sind. Demzufolge müsste die Überschrift des neuen § 108e korrekt „Bestechlichkeit und Bestechung von **Mandatsträgern**“ lauten. Nur so werden alle Volksvertreter erfasst sind. Als willkommener Nebeneffekt wäre hierdurch auch eine saubere Abgrenzung zu den **Amtsträger- (Beamten)delikten** der §§ 331 ff. erreicht.

Zu 2. Merkmal „*im Auftrag oder auf Weisung*“

Das im Entwurf enthaltene Erfordernis, wonach der Vorteil nicht nur die **Gegenleistung** für die vorgenommene oder unterlassene Handlung sein soll (Gegenseitigkeitsverhältnis), sondern auch noch ein **Auftrags- oder Weisungsverhältnis** zum Vorteilsgeber vorliegen muss, legt die Latte für das Bestehen einer Unrechtsvereinbarung deutlich zu hoch. Vergleichbares kennen weder die ausländischen Strafgesetze noch die UN-Konvention bzw. die Europaratskonvention. Vielmehr begnügen diese sich sämtlich mit dem Erfordernis des Vorliegens eines „Gegenseitigkeitsverhältnisses“.

Weitere Argumente gegen die Verwendung dieses Merkmals:

Die Formulierung stellt einen Rückgriff auf Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG dar, wo es

¹ BGHSt 51, 45 = NJW 2006, 2050 (Wuppertaler Korruptions-Fall).

heißt, dass Abgeordnete nicht „**an Aufträge und Weisungen gebunden sind**“.²

Wie ich schon in meiner Stellungnahme für die letzte Sitzung des Rechtsausschusses zu § 108e (17.10.2012) - der damals beratene SPD-Entwurf war in diesem Punkt mit dem heutigen identisch - ausführlich dargelegt habe, handelt es sich um technisch unsaubere Rechtsbegriffe. Erteilt wird dem Mandatsträger kein „**Auftrag**“ im Rechtssinne, irgendetwas zu tun oder zu unterlassen, noch ist der Vorteilsgeber in der Lage ihm eine „**Weisung**“ zu erteilen, weil dies das Bestehen einer hierarchischen Struktur, wie etwa im Beamten- oder Soldatenverhältnis voraussetzt. Als Ausweg aus der Misere findet sich in der Entwurfsbegründung³ die Bemerkung, die beiden Begriffe seien entsprechend den in § 108e derzeitige Fassung aufgeführten Merkmalen des „Kaufs“ bzw. „Verkaufs“ der Stimme im Sinne eines **allgemeinen Sprachgebrauchs**, also umgangssprachlich zu verstehen. Der in den Kategorien strengen juristischen Denkens geschulte Richter wird verzweifelt herauszufinden versuchen, ob dem Vorteilsgeber ein **Auftrag** oder eine **Weisung** oder **nichts von beidem** erteilt worden ist. Hinzukommt, dass es sich bei der entsprechenden Formulierung des Art. 38 anerkanntermaßen um eine **Tautologie** handelt. Was ist von einer Gesetzestechnik zu halten, die dem Rechtsanwender vorschreibt, die Rechtssprache beiseitezuschieben und lieber die Umgangssprache zu bemühen? Vergleichbares ist im gesamten StGB nicht zu finden. Dass ein ähnlicher Sündenfall schon bei § 108e derzeitiger Fassung begangen wurde, macht die Angelegenheit nicht besser.

Bei Art. 38 Abs. 1 S. 2 geht es um die Sicherung der **Freiheit der Gewissensentscheidung** des einzelnen Abgeordneten, dem sog. **freien Mandat**. Dies ist im Zusammenhang mit bei der Schaffung des GG angestellten Überlegungen nach Einführung des imperativen oder eines sonst gebundenen Mandats zu sehen. Einem solchen Mandat sollte eine

² Dieser Idee, Art. 38 GG für § 108e fruchtbar zu machen, wird besonders gründlich in einem 2006 erschienenen Festschriftbeitrag (Festschrift für **Jürgen Meyer**, S. 589 ff.) des ehemaligen Sprechers der SPD-Fraktion, **Joachim Stünker** nachgegangen, in dem sich ganz wesentliche Elemente des heutigen Gesetzesvorschlags wiederfinden.

³ Entwurf, S. 8 Nr. 5.

Absage erteilt werden^{4 5}. Für die Korruptionsproblematik lässt sich Art. 38 meiner Meinung nach ausschließlich für den Gedanken bemühen, dass ein korrupter Volksvertreter seinen Willen dem des Vorteilsgebers unterordnet, also **fremdbestimmt** handelt, und so ein Partikularinteresse über die Interessen des Gemeinwohls stellt. Für die Frage, wie Vorteil und Handlung miteinander verknüpft sein müssen, um ein strafwürdiges Verhalten zu begründen, lässt sich aus Art 38 GG aber nichts gewinnen.

Selbst wer diese Argumente für zu wenig überzeugend hält, sollte sich ein weiteres Problem vor Augen halten, das eine junge Rechtswissenschaftlerin in einem Aufsatz⁶ so umschrieben hat: Sie fragt dort, ***inwieweit Fälle des aktiven Einforderns von Bestechungsgeldern seitens des Mandatsträgers durch die passive Formulierung einer Auftrags- oder Weisungsabhängigkeit erfasst werden können.***

Exemplifizieren lässt sich das Gemeinte anhand des folgenden sicherlich nicht unrealistischen Falls: Ein sich in finanziellen Nöten befindliches Gemeinderatsmitglied bietet einem Unternehmer an, durch entsprechende Redebeiträge in den Gemeinderatssitzungen dafür zu sorgen, dass der Gemeinderat die Gewerbesteuer nicht erhöht. Der Entwurf meint hierzu:⁷ ***„Einer Handlung im Auftrag oder auf Weisung steht nicht entgegen, dass die Initiative von dem Vorteilsnehmer (also dem Mandatsträger) ausgeht. Insbesondere die Tatbestandsvariante des „Forderns“ kann auch dadurch verwirklicht werden, dass der Vorteilsnehmer sich bereit erklärt, als Gegenleistung für einen Vorteil nach Weisung des Vorteilsgebers zu agieren, und so seine „Beauftragung“ durch den Vorteilsgeber einwirbt.“***

Es kann meines Erachtens keineswegs gesagt werden, dass die Gerichte diesem mehr als gekünsteltem Argumentationsmuster folgen werden, so dass die Gefahr einer ganz massiven Gesetzeslücke besteht.

⁴ **Dreier**, GG-Kommentar, 2. Aufl., 2006, Bd. II, Art. 38, RN. 143.

⁵ Ableiten lässt sich aus Art. 38 GG etwa das Verbot eines Fraktionszwangs (zulässig ist nur die Fraktionsdisziplin).

⁶ **Hoven, Elisa**, Die Strafbarkeit der Abgeordnetenbestechung, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 2013, 33 (41).

⁷ Entwurf, S. 8 unten.

Der von mir vorgeschlagene **Verzicht** auf das Tatbestandsmerkmal „**im Auftrag oder auf Weisung**“ würde keineswegs, wie vielleicht manche (unterschwellig) befürchten, zu einer Ausuferung der Strafbarkeit und zu nicht beherrschbaren Abgrenzungsschwierigkeiten führen. Die sicherlich vorhandene Besorgnis, der neue § 108e könne als „politisches Kampfmittel“ missbraucht werden, ist wegen des **nach wie vor erforderlichen qualifizierten Unrechtsvereinbarung** (Gegenseitigkeitsverhältnis) unbegründet. Zuwendungen zur Pflege der politischen Landschaft blieben auch bei einem Verzicht auf das Merkmal „**im Auftrag oder auf Weisung**“ straflos. Ebenso das sogenannte „Anfüttern“, soweit dieses noch nicht in eine Unrechtsvereinbarung gemündet ist.

Für die Frage, was an die Stelle des Merkmals treten könnte, sollte rechtsvergleichend ein Blick auf ausländisches Recht erfolgen. Im finnischen Strafgesetzbuch⁸ ist davon die Rede, dass aufgrund des Vorteils die Angelegenheit des Parlaments „*in einer bestimmten Richtung*“ entschieden wird. Das Strafrecht der USA⁹ stellt ganz ähnlich darauf, ob „*der Hoheitsakt beeinflusst worden ist*“.

Zu denken wäre aber auch an die Formulierung aus dem in der 17. Legislaturperiode vorgelegten Entwurf-Grüne¹⁰ „*zur Vertretung oder Durchsetzung der Interessen des Leistenden oder eines Dritten*“ oder an § 44a Abgeordnetengesetz, wo darauf abgestellt wird, ob vom Vorteilsgeber „*die Vertretung und Durchsetzung der Interessen des Leistenden im Bundestag erwartet wird*“.

⁸ **Kap. 40 § 4 finnisches StGB: Acceptance of a bribe as a member of Parliament**

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.

⁹ **U.S.Code § 201: (b) Whoever—(1) directly or indirectly, corruptly gives, offers or promises anything of value to any public official or person who has been selected to be a public official, or offers or promises any public official or any person who has been selected to be a public official to give anything of value to any other person or entity, with intent— (A) to influence any official act;**

¹⁰ BT-Dr 17/5933

Zu 3. Behandlung der „Dankeschön-Vorteile“

Vorab ist zu bemerken, dass der Entwurf der Lückenhaftigkeit des bisherigen § 108e, mit Ausnahme des eben unter 2. genannten Falls des aktiven Einforderns des Vorteils, ein begrüßenswertes Ende bereitet.

So sind nunmehr für ein Unterlassen gewährte immaterielle Vorteile, wie z.B. eine Ehrenmitgliedschaft, ein Karnevalsorden oder die Aufnahme in einen elitären Golfclub erfasst. Auch wird man zukünftig einer Bestrafung nicht entgehen können, indem man den Vorteilsgeber bittet, den Geldumschlag der Ehefrau oder einem guten Freund zukommen zu lassen (Dritt Vorteile). Überdies ist mit Hilfe des Merkmals „**bei der Wahrnehmung des Mandats**“ nunmehr auch die alte Diskussion zu einem guten Ende gebracht, inwieweit Handlungen in den Ausschüssen, den Arbeitskreisen und Arbeitsgruppen der Fraktionen u.ä.m. erfasst sind.

Ein Problem stellen jedoch die erst im Anschluss an die Handlung gewährten sog. **Dankeschön-Vorteile** dar. Der naheliegende Blick auf § 332 (Beamtenbestechlichkeit) hilft nicht weiter, da die dortige Tatbestandsfassung „**Annahme des Vorteils dafür, dass eine Diensthandlung vorgenommen worden ist**“ in der Gesetzesformulierung des Entwurfes keine Entsprechung hat und auch nicht haben kann, weil einem Mandatsträger **keine** Dienstpflichten obliegen. Meines Erachtens muss wegen des Gegenseitigkeitserfordernisses die Unrechtsvereinbarung stets **zeitlich vor der Handlung** liegen. (**Beispiel:** Ein Investor sagt zum Gemeinderatsmitglied: „*Wenn du es schaffst, dass der Bebauungsplan in meinem Sinne ausfällt, spendiere ich dir eine Kreuzfahrt.*“) In diesen Fällen ist bereits das Tatbestandsmerkmal „**des Forderns**“ bzw. „**des Sichversprechenlassens**“ des Vorteils erfüllt, so dass es auf die nachträgliche Vorteilsgewährung nicht mehr ankommt. Sollte der politische Wille – vielleicht auch um der derzeitigen Privilegierung der Mandatsträger im Verhältnis zu den Amtsträgern ein Ende zu bereiten - dahin gehen, auch erst nach der Handlung getroffene Unrechtsvereinbarungen zu erfassen, so

könnte das Gesetz wohl etwa so formuliert werden: ... **als Gegenleistung dafür annimmt, dass er eine Handlung vornehme oder unterlasse, oder eine solche vorgenommen oder unterlassen hat,**“

Zu 4. Abgrenzung des Erlaubten vom Unerlaubten mit Hilfe des Merkmals „ungerechtfertigter Vorteil“

Hier geht der Entwurf einen originellen Weg, der einen Gedanken aufnimmt, welcher sich in dem 2013 von den Abgeordneten *Siegfried Kauder, Burkhard Lischka, Jerzy Montag* und *Raju Sharma* vorgelegten **interfraktionellen Entwurf**, aber auch in den Erläuterungen zum Europarat-Korruptionsabkommen¹¹ findet. Gefragt wird, ob die Vorteilsannahme gerechtfertigt ist. Festzustellen ist das anhand der jeweiligen einschlägigen Rechtsvorschriften der Parlamente bzw. der Gemeinden und Gemeindeverbände (Verhaltensregeln, Ehrenkodex, Leitfaden oder ähnlichem). Damit ist sicherlich dem Bestimmtheitsgrundsatz Genüge getan,¹² und auch vom Ergebnis her betrachtet leuchtet ein, dass ein derartiges Tun **keine** Straftat sein kann.

Zwei Fragen bedürfen in diesem Zusammenhang noch der Erörterung: Zum einen ist daran zu denken, dass sich z.B. ein Gemeinderat Verhaltensregeln mit ganz großzügigen Grenzen gönnt (in diesem Punkt könnte ja Einigkeit herrschen!), und so die Strafbarkeit für korruptes Verhalten weit hinausschiebt. Will man dieses Risiko nicht eingehen, müsste in das Gesetz ein Passus aufgenommen werden, wonach für den Fall eines Missverhältnisses zwischen den in einer vergleichbaren Volksvertretung herrschenden Gepflogenheiten (*vgl. zu diesen sogleich*) und den Vorschriften der erstgenannte Maßstab zu gelten hat.

Zum anderen dürften vor allem in den kleineren Gemeinden derartige Verhaltensregeln nicht existieren, so dass ein anderer Weg gefunden

¹¹ Vgl. Entwurf-Begründung, S. 9.

¹² Die Stadt Köln sieht beispielsweise in ihrem Leitfaden für die Teilnahme an Essen und Empfängen eine Grenze von 75 € vor.

werden muss, zu einer sachgerechten Abgrenzung zu gelangen. Der in der 17. Legislaturperiode eingebrachte SPD-Gesetzentwurf¹³ löste allgemein das Problem der Abgrenzung des Erlaubten vom Unerlaubten dadurch, dass den **„parlamentarischen Gepflogenheiten“**¹⁴ entsprechende Vorteile ausgeklammert wurden. Der heutige Entwurf verzichtet auf diese Verankerung im Gesetz und begnügt sich mit Erläuterungen in der Begründung.¹⁵ Zur Ausschaltung der Gefahr einer Gesetzeslücke könnte m.E. auf § 108e Abs. 3 S. 3 des eben genannten SPD-Entwurfs zurückgegriffen und eine vergleichbare Regelung aufgenommen werden. Andernfalls würde auf die Gerichte erhebliche, wenn auch von ihnen zu leistende¹⁶ Konkretisierungsarbeit zukommen.

Ergänzend verweise ich meine Ausführungen in: Süddeutsche Zeitung vom 10.01.2012, S. 2 „Eine deutsche Peinlichkeit“; Zeitschrift für Rechtspolitik 2012, S. 97 ff: „Abgeordnetenkorruption und Strafrecht – Eine unendliche Geschichte?“ sowie auf meine schriftliche Stellungnahme und das Protokoll der Sitzung des Rechtsausschusses zum Thema Abgeordnetenbestechung (17.10.2012).

¹³ BT-Dr 17/8613.

¹⁴ Besser wäre, da ein Kreis-/Gemeinderat kein Parlament darstellt (vgl. oben 1.), der Begriff **„in der Volksvertretung herrschende Gepflogenheiten“**.

¹⁵ Entwurf, S. 10.

¹⁶ Dies zeigt eine Parallele zu den §§ 331 ff. StGB, wo die Gerichte mit Hilfe des Merkmals der **„Sozialadäquanz des Vorteils“** die Gesetzeslücke in einer zufriedenstellenden Weise gefüllt haben.