



Prof. Dr. Bernd Heinrich

Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und
Urheberrecht

Geschwister-Scholl-Platz
72074 Tübingen
Telefon +49 7071 29-76475
Telefax +49 7071 29-5982
bernd.heinrich@jura.uni-tuebingen.de

<http://www.jura.uni-tuebingen.de/heinrich>

Universität Tübingen · Juristische Fakultät · Prof. Dr. Heinrich ·
Geschwister-Scholl-Platz · 72074 Tübingen

An
Barbara Ostmeier
Vorsitzende des Innen- und Rechtsausschusses
des Landtags Schleswig-Holstein

Landeshaus
Düsternbrooker Weg 70
24105 Kiel

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 19/6279

Tübingen, den

Betrifft: Stellungnahme zum Antrag auf Änderung des § 108e StGB – Drucksache 19/3037

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich würde gebeten, eine Stellungnahme zu dem Antrag der Abgeordneten des SSW zur Änderung des § 108e StGB (Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern) – Drucksache 19/3037 – abzugeben, eine Bitte, der ich gerne nachkomme. Sie finden meine Gedanken dazu in Anhang.

Beste Grüße

Prof. Dr. Bernd Heinrich

Stellungnahme

Die Initiative richtet sich auf zwei mögliche Änderungen des § 108e StGB (Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern):

1. Streichung der Worte „im Auftrag und auf Weisung“
2. Einbeziehung von Handlungen, die man vorgenommen oder unterlassen hat.

Es wird empfohlen, beide vorgeschlagenen Änderungen zu verwerfen und zwar aus folgenden Gründen:

1. Streichung der Worte „im Auftrag und auf Weisung“

In der Begründung des Antrages wurde bemängelt, dass die bisherige Fassung unter Verwendung des Wortlautes „im Auftrag oder auf Weisung“ (im Antrag fälschlicherweise bezeichnet mit „im Auftrag und auf Weisung“ – diese Formulierung würde aufgrund der Kumulation von Voraussetzungen den Anwendungsbereich des § 108e StGB noch weiter einschränken, entspricht aber nicht geltendem Recht) den Tatbestand zu sehr einschränke, „da ein konkreter Auftrag oder eine konkrete Weisung [meist] nicht nachweisbar sind“. Daher müsse eine bloße Kausalität zwischen Leistung und Gegenleistung ausreichen.

Die derzeitige Gesetzesfassung wurde allerdings bewusst gewählt, um den Anwendungsbereich der Mandatsträgerbestechung zu beschränken. Eine Gleichstellung der Mandatsträger- mit der Amtsträgerkorruption sollte nicht erfolgen. Obwohl eine solche Gleichstellung in den internationalen Konventionen teilweise vorgeschlagen wird, hat sich der deutsche Gesetzgeber bewusst dafür entschieden, die Mandatsträger den Amtsträgern nicht gleichzustellen. Dies hat seinen Grund in der gänzlich unterschiedlichen Funktion, die Mandatsträger und Amtsträger ausüben (vgl. hierzu ausführlich *Heinrich*, Zur Notwendigkeit der Unterscheidung von Amtsträgern und Mandatsträgern bei der Gestaltung der strafrechtlichen Korruptionstatbestände, *Zeitschrift für die Internationale Strafrechtsdogmatik* [ZIS] 2016, 382).

Hintergrund der gewählten Formulierung ist die Norm des Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG, wonach der Mandatsträger „an Aufträge und Weisungen nicht gebunden“ ist. Auch wenn der verfassungsrechtliche Status und die strafrechtliche Auslegung des Begriffes nicht deckungsgleich sind, weil man den Besonderheiten der unterschiedlichen Rechtsbereiche Rechnung zu tragen hat, soll dadurch doch klargestellt werden, dass erst dann wenn der mandatsträger infolge einer „Selbstbindung“ fremde Interessen verfolgt, die Schwelle zur Strafbarkeit überschritten ist. Lässt sich der Mandatsträger beispielsweise für ein Verhalten „belohnen“, welches ohnehin seinen Interessen entspricht und welches er auch ohne die „Belohnung“ in gleicher Weise vorgenommen hätte, soll dies der Strafbarkeit nicht unterfallen, da er dadurch gerade nicht „in fremdem Interesse“ handelt. Die Schwelle zur Strafbarkeit soll also erkennbar (erst) dann überschritten werden, wenn der Mandatsträger eine Bindung mit dem Auftraggeber eingeht (oder einzugehen scheint). Insofern wird also die Unrechtsvereinbarung enger gefasst als bei §§ 332, 334 StGB. Sie muss nicht nur eine Verbindung zwischen einer konkreten Handlung oder Unterlassung und dem zu gewährenden Vorteil herstellen, sondern darüber hinaus auch noch dazu führen, dass insoweit ein „Auftrags- oder Weisungsverhältnis“ begründet wird. Dabei spricht allerdings nichts dagegen, die Begriffe des Auftrags und der Weisung weit zu verstehen und alle diejenigen Handlungen zu erfassen, die den Mandatsträger dazu bewegen sollen, im Interesse des „Auftrags- oder Weisungsgebers“ tätig zu werden. Ein rechtsgeschäftlicher Auftrag oder eine förmliche Weisung – die es in der Tat in der Praxis kaum geben oder die jedenfalls kaum dokumentiert werden dürften – sind dabei nicht erforderlich.

Insoweit dürfte also Einigkeit insoweit darin bestehen, Amtsträger und Mandatsträger unterschiedlich zu behandeln und im Gegensatz zu den allgemeinen Korruptionsdelikten der §§ 331 ff. StGB bei § 108e StGB eine enge Unrechtsvereinbarung zu fordern (andernfalls würde sich eine Einbeziehung der Mandatsträger in die §§ 331 ff. StGB anbieten, so weit geht aber auch der vorliegende Antrag ersichtlich nicht). Dagegen wird allerdings zuweilen (so auch im vorliegenden Antrag) vorgebracht, dass ein enger Kausalzusammenhang zwischen der Vorteilsgewährung und der darauf bezogenen Handlung bzw. ein notwendig hierauf bezogener Vorsatz in der Praxis oft nur schwer nachweisbar sein wird, sodass sich die Vorschrift in der Praxis als untauglich erweise. Auch unabhängig vom schwierigen Nachweis einer Kausalbeziehung sei diese Beschränkung sachlich nicht gerechtfertigt, weil dadurch alle mittelbaren Beeinflussungen aus dem Bereich der Strafbarkeit ausgenommen würden. Wie die Erweiterung des Anwendungsbereichs der allgemeinen Korruptionsdelikte der §§ 331, 333 StGB durch das Korruptionsbekämpfungsgesetz vom 13. August 1997 gezeigt habe, bestehe aber gerade auch bei Mandatsträgern ein Bedürfnis der Einbeziehung des sog. „Anfütterns“, der „Klimapflege“ und des allgemeinen „Geneigtmachens“ jenseits der konkreten Unrechtsvereinbarung in die Strafbarkeit. Nach der derzeitigen Gesetzesfassung seien nun aber viele Beraterverträge, Nebentätigkeiten oder Honorarvereinbarungen nicht erfasst, die aber zumeist dem Zweck dienen würden, den Mandatsträger an sich zu binden, damit dieser im entscheidenden Moment nicht mehr frei, sondern eben im Interesse des Auftraggebers entscheide.

Diese Argumente können jedoch nicht überzeugen. Beweisschwierigkeiten allein reichen nicht aus, eine Strafnorm über den erforderlichen Bereich hinaus zu erweitern. Aber auch sachlich stehen einer solchen Erweiterung des Tatbestands des § 108e StGB auf die allgemeine „Klimapflege“ entscheidende Gründe entgegen. Denn eine Lockerung der Unrechtsvereinbarung würde gerade nicht die unterschiedliche Stellung eines Mandatsträgers im Vergleich zum Amtsträger berücksichtigen. Mandatsträger dürfen und sollen interessenorientiert entscheiden und zur Unterstützung ihrer politischen Arbeit z.B. auch Spenden entgegennehmen, solange sie ihre Aufgaben auf Grund einer freien Gewissensentscheidung wahrnehmen. Das „freie Mandat“ ist erst dann beeinträchtigt, wenn sie eben nicht mehr allein auf Grund ihres Gewissens, sondern im Auftrag oder nach Weisung handeln (vgl. Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG). Diesem Auftrag oder einer entsprechenden Weisung muss dabei auch eine konkrete Unrechtsvereinbarung zu Grunde liegen. Würde die Strafbarkeit im Rahmen des § 108e StGB auch auf die allgemeine „Klimapflege“ erstreckt oder auf das Merkmal „im Auftrag oder auf Weisung“ verzichtet, bestünde die Gefahr, dass zulässige Interessensvertretungen oder die berechtigte Wahrnehmung von Belangen bestimmter gesellschaftlicher Gruppen im Rahmen des politischen Kräftespiels in den Bereich strafbaren Handels gelangen. Dies könnte aber infolge der damit verbundenen Unsicherheit gerade zu einer Lähmung der politischen Interaktion führen. Daher ist im Rahmen des § 108e StGB an einer engen Unrechtsvereinbarung festzuhalten.

Die enge Fassung ist auch im Hinblick auf die Gewährleistung geringfügiger Vorteile sinnvoll. Denn knüpft man daran an, dass der Mandatsträger gerade durch den Vorteil dazu verleitet werden soll, im Auftrag oder nach Weisung des Auftraggebers zu handeln, werden damit sozialadäquate Vorteilsgewährungen jedenfalls faktisch aus dem Tatbestand ausgenommen, weil sich der Mandatsträger hierdurch in der Regel nicht motivieren lässt, später im Auftrag oder nach Weisung zu entscheiden.

Im Ergebnis ist daher an einer engen Unrechtsvereinbarung festzuhalten, die durch die Formulierung konkretisiert wird, dass der Mandatsträger die Handlung „im Auftrag oder nach Weisung“ vornimmt oder unterlässt.

2. Einbeziehung von Handlungen, die man vorgenommen oder unterlassen hat

Die bisherige Formulierung des § 108e Abs. 1 StGB „dass er bei der Wahrnehmung seines Mandates eine Handlung im Auftrag oder auf Weisung vornehme oder unterlasse“ (eine entsprechende Formu-

lierung findet sich in § 108e Abs. 2 StGB) bezieht nur künftige Handlungen des Mandatsträgers mit ein. Handlungen die in der Vergangenheit liegen („nachträgliche Belohnungen“) sind daher nicht erfasst.

Der derzeit geltende § 108e StGB stellt denjenigen unter Strafe, der „als Mitglied einer Volksvertretung des Bundes oder der Länder einen ungerechtfertigten Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei der Wahrnehmung seines Mandates eine Handlung im Auftrag oder auf Weisung vornehme oder unterlasse“. Nachträgliche Zuwendungen sind also nur dann erfasst, wenn diese zuvor „vereinbart“ wurden. Werden sie lediglich nachträglich und ohne vorherige Absprache geleistet („nachträgliche Belohnung“), ist dies nicht strafbar. Eine andere Regelung enthalten die §§ 331 ff. StGB. Nach § 331 Abs. 1 StGB macht sich ein Amtsträger strafbar, wenn er „für die Dienstausbübung“ einen Vorteil fordert, sich versprechen lässt oder annimmt. Da hier ein konkreter Bezug zu einer Handlung fehlt, kann es auch nicht darauf ankommen, ob diese vorher oder nachher stattfand bzw. stattfinden sollte. § 332 Abs. 1 StGB knüpft die Strafbarkeit daran, dass der Amtsträger „eine Diensthandlung vorgenommen hat oder künftig vornehme“, bezieht also die nachträgliche Vorteilsgewährung ausdrücklich mit ein (eine entsprechende Regelung findet sich auch in §§ 332 Abs. 1, 334 Abs. 1 StGB).

Die Regelung des § 108e StGB steht auch im Einklang mit den internationalen Konventionen. Sowohl das Strafrechtsübereinkommen des Europarates über Korruption (Art. 3) als auch das UN-Übereinkommen gegen Korruption (Art. 15, 16) stellen darauf ab, dass dem Mandatsträger ein unrechtmäßiger Vorteil versprochen, angeboten oder gewährt bzw. ein solcher gefordert oder angenommen wird, dass er bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben eine Handlung „vornimmt oder unterlässt“. Nicht erwähnt sind die Konstellationen, dass der Mandatsträger eine Handlung „vorgenommen oder unterlassen hat“. Es wird also lediglich die (angestrebte) Gewährung eines Vorteils für eine künftige Handlung genannt. Zuwendungen für bereits vorgenommene Handlungen werden daher nicht erfasst.

Nach der tatbestandlichen Formulierung, die neben dem Gewähren und dem Annehmen auch das Anbieten und Versprechen (bzw. das Fordern und Sich-Versprechenlassen) als Tathandlungen mit aufführen, wird im Übrigen deutlich, dass es für die Erfüllung des Tatbestands nicht darauf ankommt, ob der Vorteil vor oder nach der entsprechenden Handlung oder Unterlassung des Mandatsträgers fließt, es kommt vielmehr entscheidend auf die vorherige Absprache an, in deren Folge der Vorteil dann vor oder nach der Vornahme der Handlung oder der Unterlassung gewährt wird oder gewährt werden soll. Eine nachträgliche Absprache (die in der Regel in der Gewährung und Annahme eines Vorteils für eine zurückliegende Handlung oder Unterlassung gesehen werden kann) ist aber, wie erwähnt, nicht erfasst.

Fraglich ist nun, ob bei einer angestrebten Neuregelung der Mandatsträgerbestechung diese nachträglichen Zuwendungen, denen keine vorherige Absprache zu Grunde liegt und die insoweit als „nachträgliche Belohnung“ oder „nachträgliche Anerkennung“ für ein bestimmtes Verhalten des Mandatsträgers bei Wahrnehmung seines Mandats anzusehen sind, erfasst werden sollte.

Dafür spricht, dass vielfach nur die tatsächliche Gewährung eines Vorteils an den Mandatsträger festgestellt werden kann, nicht aber der Zeitpunkt der Absprache, sodass den Beteiligten nicht nachgewiesen werden kann, dass die Gewährung des Vorteils zuvor abgesprochen wurde.

Dennoch ist im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut der Mandatsträgerbestechung, nämlich dem öffentlichen Interesse an der Integrität parlamentarischer Prozesse und der Unabhängigkeit der Mandatsausübung, eine solche Einbeziehung eines nachträglich gewährten Vorteils ohne vorherige Absprache kaum erforderlich. Im Gegensatz zu den §§ 331 ff. StGB, die das „Interesse der einzelnen Staatsbürger an einem ordnungsgemäßen Funktionieren der staatlichen Verwaltung und der Rechtsprechung“ schützen und daher auch schon dem Schein der Käuflichkeit des Amtsträgers entgegen-

wirken wollen, wird die Integrität parlamentarischer Prozesse und die Unabhängigkeit der Mandatsausübung durch eine nachträgliche Absprache und Vorteilsgewährung nicht beeinträchtigt. Zwar kann man darüber streiten, ob diese Form der „Klimapflege“, die beim Amtsträger in §§ 331 ff. StGB ausdrücklich für strafbar erklärt wurde, auch im Hinblick auf die Mandatsträger „anrücklich“ ist. Aus der grundsätzlichen unterschiedlichen Stellung von Mandatsträgern und Amtsträgern folgt aber auch hier die Notwendigkeit einer engen Unrechtsvereinbarung und die Anknüpfung des Vorteils an eine Handlung oder Unterlassung im Auftrag oder nach Weisung. Knüpft man jedoch an eine Handlung an, die „im Auftrag oder nach Weisung“ erfolgt, kann eine nachträgliche Vorteilszuwendung, die nicht bereits zuvor abgesprochen wurde, bereits begrifflich nicht vom Tatbestand erfasst werden.

Nachträgliche „Belohnungen“ können insoweit begrifflich schon nicht an Handlungen (oder Unterlassungen) anknüpfen, die „im Auftrag oder auf Weisung“ vorgenommen wurden. Sie können parlamentarische Prozesse auch nur insoweit beeinträchtigen als der Mandatsträger entweder präventiv eine Entscheidung, die seinem Gewissen nicht folgt, trifft, weil es sich (vage, sonst läge eine Unrechtsvereinbarung vor) erhofft, später für dieses Verhalten „belohnt“ zu werden oder aber durch die nachträgliche „Belohnung“ motiviert werden soll, auch in Zukunft sich fremden Interessen anzunehmen. Ersteres wäre jedoch viel zu unkonkret und letzteres käme gerade einem Verbot der „Klimapflege“ und dem „Anfüttern“ gleich, was bei Amtsträgern einen Sinn ergibt, bei Mandatsträgern jedoch gerade nicht unter Strafe gestellt werden soll.

Nachträgliche Vorteilszuwendungen sind insofern also nicht einzubeziehen.