

## CB-BEITRAG

Dr. Regina Michalke, RAin

# Der neue § 108e StGB – „Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern“

Der Deutsche Bundestag hat am 21.2.2014 einstimmig die Änderung des § 108e StGB beschlossen. Die Novellierung wird am 1.9.2014 in Kraft treten. Sie stellt eine grundlegende Neufassung der bisherigen Vorschrift des „Stimmenkaufs“ dar mit einer völlig anderen, insbesondere das Vorfeld der parlamentarischen Willensentscheidung erfassenden Zielrichtung. Mit diesem Beitrag werden die Grundzüge der neuen Regelung dargestellt und im Anschluss daran in einer ersten Einschätzung die sich schon jetzt aufdrängenden Fragen behandelt.

## I. Der „alte“ § 108e StGB<sup>1</sup>

Die derzeitige Fassung des „alten“ § 108e StGB unter dem Titel „Abgeordnetenbestechung“ geht zurück auf das Jahr 1994.<sup>2</sup> Hierdurch wird der „Stimmenkauf“ bzw. „Stimmenverkauf“ unter Strafe gestellt, und zwar ausschließlich im Zusammenhang mit Abstimmungen in den parlamentarischen Gremien, Ausschüssen und Kommissionen der entsprechenden Volksvertretung und Fraktionen.<sup>3</sup> Grund für die Beschränkung der Strafbarkeit auf die Stimmabgabe war, dass der Gesetzgeber keine der Beamten- und Richterbestechung (§§ 331 ff. StGB) nachgebildete Vorschrift schaffen wollte, weil die den Amtsträgern durch Gesetz und Verordnungen vorgegebene Aufgabenstellung nicht vergleichbar sei mit dem Status des nur seinem Gewissen verpflichteten Abgeordneten. Während es bspw. dem Amtsträger im öffentlichen Dienst generell verboten sei, so die amtliche Begründung im Jahr 1994<sup>4</sup>, einen persönlichen Vorteil für seine Dienstausübung im Rahmen eines klar umgrenzten Aufgabenbereichs anzunehmen, fehle es beim Träger eines Abgeordnetenmandats an einem vergleichbaren Pflichtenkreis. Auch widersprächen an Abgeordnete gerichtete Versprechungen oder Erwartungen keineswegs den Spielregeln der Demokratie. Das Eintreten für Bevölkerungsgruppierungen und gesellschaftliche oder auch wirtschaftliche Partikularinteressen innerhalb des Parlaments oder auch bei der Wahlkreisarbeit sei Bestandteil des politischen Kräftespiels. Der damalige Gesetzgeber warnte auch deshalb vor einer Gleichstellung von Amtsträgern und Abgeordneten, weil dadurch die Gefahr heraufbeschworen würde, dass auch politisch übliches und sozial adäquates Verhalten kriminalisiert werde. Abgrenzungsprobleme könnten sich z. B. bei legalen Verknüpfungen zwischen Mandatsausübung und Berufstätigkeit des Abgeordneten (Nebentätigkeiten, Beraterverträge, Vortragshonorare, politische Spenden) ergeben. Rückte man diese üblichen parlamentarischen und außerparlamentarischen Kontakte von Abgeordneten in die Nähe der Strafbarkeit, könnte dies dazu führen, dass falsche Verdächtigungen und Anzeigen, nicht zuletzt in Wahlkampfzeiten, als Mittel der politischen Auseinandersetzung missbraucht würden. Um dieser Gefahr zu begegnen, sei die „restriktive Ausgestaltung des Tatbestandes“ erforderlich.<sup>5</sup>

Bedenken gegen die Beschränkung des § 108e StGB auf den „Stimmenkauf“ und damit einhergehend gegen die Straflosigkeit von allgemeiner wirtschaftlicher Interessenverflechtung zwischen Politik und Wirtschaft wurden von Anbeginn an erhoben.<sup>6</sup> Die Kritik blieb jedoch wegen der geringen Fallzahlen<sup>7</sup> (die noch dazu ausschließlich kommunale Mandatsträger betrafen) lange Zeit ohne praktische Konsequenzen. Bewegung kam erst in die Diskussion, als der 5. Strafsenat des BGH im Jahr 2006 in einer Entscheidung in ungewöhnlicher Deutlichkeit auf die unzureichende Regelung hinwies und gesetzgeberischen Handlungsbedarf anmeldete.<sup>8</sup> Der Fall betraf ein Mitglied eines Stadtrats, zugleich Inhaber eines Ingenieurbüros, der nach den Feststellungen des Urteils auf Veranlassung eines Investors durch verschiedene Redebeiträge und sein Stimmverhalten für die Förderung von dessen Bauvorhaben eingetreten war. Hierfür erhielt er vom Investor Geld, u. a. in Form erhöhter Honorare für die Statik-

1 Die derzeit noch gültige Fassung lautet: „(1) Wer es unternimmt, für eine Wahl oder Abstimmung im Europäischen Parlament oder in einer Volksvertretung des Bundes, der Länder, Gemeinden oder Gemeindeverbände eine Stimme zu kaufen oder zu verkaufen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Neben einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten wegen einer Straftat nach Abs. 1 kann das Gericht die Fähigkeit, Recht aus öffentlichen Wahlen zu erlangen, und das Recht, in öffentlichen Angelegenheiten zu wählen oder zu stimmen, aberkennen.“

2 28. StRÄG vom 13.1.1994, BGBl. I, 84.

3 Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, Rn. 4 zu § 108e StGB; BGH, 12.7.2006 – 2 StR 557/05; Dölling, Gutachten zum 61. DJT, C 83; Michalke, in: FS Hamm, 2008, S. 459 ff., abrufbar unter [www.hammpartner.de/data/veroeffentlichungen/abgeordnetenbestechung\\_-\\_%C2%A7\\_108e\\_stgb.pdf](http://www.hammpartner.de/data/veroeffentlichungen/abgeordnetenbestechung_-_%C2%A7_108e_stgb.pdf).

4 BT-Drs. 12/5927, 5.

5 BT-Drs. 12/5927, 5; vgl. auch Michalke, in: FS Hamm, 2008, S. 461.

6 So Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, Rn. 3 zu § 108e StGB; vgl. auch Deiters, Die UN-Konvention gegen Korruption in V. Allemann, Dimension politischer Korruption, 2005, S. 425; Wohlers, in: NK, 4. Aufl. 2013, Rn. 1 ff./4 zu § 108e StGB m. w. N.; Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, Rn. 1 ff., 8 zu § 108e StGB m. w. N.; Hauck, wistra 2010, 255 ff.

7 Vgl. Stellungnahme Heinrich Protokoll Anhörung im BT, Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, 7. Sitzung, vom 17.2.2014, S. 58, Fn. 23, der fünf Entscheidungen zitiert.

8 BGH, 9.5.2006 – 5 StR 453/05, NStZ 2006, 389 ff., 392.

Berechnungen. Das erstinstanzliche Landgericht hatte den Stadtrat wegen Bestechlichkeit und Vorteilsannahme nach den §§ 331, 332 StGB verurteilt. Der 5. Strafsenat hob das Urteil auf, weil kommunale Amtsträger grundsätzlich nicht als Amtsträger i. S. d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB anzusehen seien, und verband seine Entscheidung mit der Kritik an § 108e StGB als „*bedeutungslose symbolische Gesetzgebung*“, wodurch „*weite Teile von als strafwürdig empfundenen Manipulationen im Zusammenhang mit Wahlen und Abstimmungen in Volksvertretungen der Gemeinden und Gemeindeverbänden straflos*“ blieben.<sup>9</sup> Der 5. Strafsenat des BGH forderte den Gesetzgeber auf, tätig zu werden, nicht ohne jedoch die Gelegenheit zu ergreifen, in dem entschiedenen Fall der nächsten Tatsacheninstanz seine Vorstellungen über eine die Lücken ausfüllende Interpretation des § 108e StGB – weitgehend angelehnt an die Rechtsprechung der Amtsträgerdelikte – an die Hand zu geben, mit deren Hilfe ein Schuldspruch gegen den kommunalen Amtsträger nach § 108e StGB ermöglicht werden könne.<sup>10</sup> Bemerkenswert ist dabei neben anderem die Vorgabe einer Art „*Beweisregel*“ durch den BGH, wonach etwaige Vorbehalte des Mandatsträgers, sein Abstimmungsverhalten sei nicht durch die Zuwendung beeinflusst worden, unbeachtlich seien. Wer nach außen seine Stimme für eine Wahl oder Abstimmung in einer kommunalen Volksvertretung gegen Vorteilszuwendung „*verkauft*“ habe, könne sich, so der Senat, nicht darauf berufen, er habe ohnehin i. S. d. Zuwendenden stimmen, überhaupt nicht an der Stimmabgabe teilnehmen wollen, sich schließlich der Stimme enthalten oder sogar dagegen stimmen wollen.<sup>11</sup>

Auch wenn durch diese Entscheidung des 5. Strafsenats § 108e StGB eine wesentliche interpretatorische Ausdehnung erfahren hatte, wuchs der Druck auf die Bundesrepublik von internationaler Seite, die Vorschrift in Richtung einer Gleichsetzung von Amtsträgern und Abgeordneten zu erweitern. Die Bundesregierung hatte internationale Übereinkommen mit als erste unterzeichnet (Europarat-Strafrechts-Übereinkommen, UN-Konvention gegen Korruption<sup>12</sup>), diese jedoch nicht umgesetzt. Hierfür gab es aus deutscher Sicht zwar den (guten) Grund, dass die in den Übereinkommen geforderte Gleichsetzung mit dem deutschen Rechtssystem nicht in Einklang zu bringen war.<sup>13</sup> Im Ergebnis dürfte Deutschland aber wohl doch zu sehr einen Ansehensverlust gefürchtet haben, der darin gesehen wurde, zuletzt in „*Gefolgschaft*“ von (nur noch) Nordkorea, dem Sudan, Syrien und Japan die Ratifizierung zu verweigern.<sup>14</sup> Deshalb kam es schließlich im Februar 2014<sup>15</sup> nach Jahren der Diskussion und mehreren Beratungs-Anläufen<sup>16</sup> zur Verabschiedung eines neuen § 108e StGB.<sup>17</sup>

## II. Der „neue“ § 108e StGB

Die Schwierigkeit bei der Formulierung des Tatbestands bestand darin, „*einerseits strafwürdiges korruptives Verhalten von und gegenüber Abgeordneten wirksam zu erfassen und auf der anderen Seite den Grundsatz des freien Mandats und den Besonderheiten der parlamentarischen Willensbildung Rechnung zu tragen, also insbesondere allgemein als zulässig anerkannte Verhaltensweisen im politischen Raum nicht unter Strafe zu stellen*“.<sup>18</sup>

Nach vielen gescheiterten Entwürfen einigte man sich schließlich auf folgende Fassung<sup>19</sup>:

„§ 108e Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern

(1) Wer 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, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer einem Mitglied einer Volksvertretung des Bundes oder der Länder einen ungerechtfertigten Vorteil für dieses Mitglied oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass es bei der Wahrnehmung seines Mandates eine Handlung im Auftrag oder auf Weisung vornehme oder unterlasse.

(3) Den in den Absätzen 1 und 2 genannten Mitgliedern gleich stehen Mitglieder

1. einer Volksvertretung einer kommunalen Gebietskörperschaft,
2. eines in unmittelbarer und allgemeiner Wahl gewählten Gremiums einer für ein Teilgebiet eines Landes oder einer kommunalen Gebietskörperschaft gebildeten Verwaltungseinheit,
3. der Bundesversammlung,
4. des Europäischen Parlaments,
5. einer parlamentarischen Versammlung einer internationalen Organisation und
6. eines Gesetzgebungsorgans eines ausländischen Staates.

(4) Ein ungerechtfertigter Vorteil liegt insbesondere nicht vor, wenn die Annahme des Vorteils im Einklang mit den für die Rechtsstellung des Mitglieds maßgeblichen Vorschriften steht. Keinen ungerechtfertigten Vorteil stellen dar

1. ein politisches Mandat oder eine politische Funktion sowie
2. eine nach dem Parteiengesetz oder entsprechenden Gesetzen zulässige Spende.

(5) Neben einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten kann das Gericht die Fähigkeit, Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen, und das Recht, in öffentlichen Angelegenheiten zu wählen oder zu stimmen, aberkennen.“

9 BGH, 9.5.2006 – 5 StR 453/05, NSTz 2006, 389 ff.; zwei Monate später schloss sich auch der 2. Strafsenat des BGH dieser Auffassung an: 12.7.2006 – 2 StR 557/05.

10 Vgl. BGH, 9.5.2006 – 5 StR 453/05, NSTz 2006, 389 ff.; zusammengefasst bei Michalke, in: FS Hamm, 2008, S. 463 f.: Hierzu gehörten u. a., dass „*an die Feststellung einer (zumindest konkludenten) Unrechtsvereinbarung ... keine höheren Anforderungen zu stellen (seien) als bei der Bestechlichkeit bzw. Bestechung von Amtsträgern*“; dass die Anforderungen an die Bestimmtheit des künftigen Abstimmungsverhaltens „*nicht überspannt*“ werden dürften; dass auch ein „*Anfüttern*“ ohne konkretisierbare Unrechtsvereinbarung den Tatbestand erfüllen könne.

11 BGH, 9.5.2006 – 5 StR 453/05, NSTz 2006, 389 ff., 392.

12 ER-Strafrechts-Übereinkommen vom 27.1.1999, UN-Übereinkommen vom 31.10.2003; zu den Einzelheiten Michalke, in: FS Hamm, 2008, S. 464; Möhrenschrager, in: FS Weber, 2004, S. 217 ff. Kempf, in: FS Schiller, 2014, S. 359 ff.

13 Zum freien Mandat BVerfG, 8.12.2004 – 2 BvE 3/02, BVerfGE 112, 118 ff.; 4.7.2007 – 2 BvE 1/06, 2 BvE 2/06, 2 BvE 3/06, 2 BvE 4/06, BVerfGE 118, 277 ff.; zur Unterscheidung der Aufgabenbereiche zwischen Mandats- und Amtsträgern Schmitz, in: FS Swarcz, 2009, S. 367 ff.; Zieschan, NJW 1999, 105 ff.

14 Stand November 2013; vgl. auch schriftliche Stellungnahme Wolf, Transparency International, Anhörung im Rechtsausschuss BT, 96. Sitzung am 17.10.2012; Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, Rn. 1 zu § 108e: „*... skandalöse Verweigerung von Rechtmäßigkeit durch diejenigen, die es angeht*“.

15 BT-Drs. 18/476 vom 11.2.2014 i. d. F. der Beschlussempfehlung BT-Drs. 18/607 vom 19.2.2014; BGBl. I, 2014, 410; vgl. auch Plenarprotokoll BT vom 21.2.2014. Die Bestimmung hat inzwischen auch den Bundesrat passiert, s. Protokoll der 920. Sitzung des BR am 14.3.2014, S. 30.

16 Zusammengefasst bei Kempf, in: FS Schiller, 2014, S. 359 ff.

17 Die Novellierung wird am 1.9.2014 in Kraft treten. Beschlussempfehlung und Bericht BT-Drs. 18/607, 2.

18 BT-Drs. 18/476 vom 11.2.2014, 5.

19 BGBl. I, 2014, 410 f.; BT-Drs. 18/476 vom 11.2.2014 i. d. F. der Beschlussempfehlung BT-Drs. 18/607 vom 19.2.2014.

## 1. Die Änderungen

Die Änderungen sind umfassend und verlagern die Zielrichtung der Strafbestimmung grundlegend.

### a) Die Adressaten

Adressaten der Vorschrift sind die Abgeordneten des Deutschen Bundestages und der Landtage (Abs. 1) sowie nunmehr – neben den übrigen in Abs. 3 genannten Mandatsträgern – auch die Mitglieder der Volksvertretung kommunaler Gebietskörperschaften. In Zahlen ausgedrückt ergibt dies im Bundestag zurzeit 631 Abgeordnete, in den Landtagen ca. 2000, in den Kreistagen mehr als 15000 und in den Gemeinderäten und Stadträten<sup>20</sup> ca. 200000 potentiell „Betroffene“.<sup>21</sup>

### b) Die Tathandlung

Die Tathandlung ist auf Seiten des Mandatsträgers ein Fordern, Sich-Versprechen-Lassen oder die Annahme des ungerechtfertigten Vorteils (§ 108e Abs. 1 StGB), auf Seiten des Vorteilsgeber ein Anbieten, Versprechen oder Gewähren (§ 108e Abs. 2 StGB). Damit wurden die in den § 299 Abs. 1, §§ 331 ff. StGB verwendeten Merkmale zur Umschreibung der Tathandlungen übernommen.<sup>22</sup> Auf eine Versuchsstrafbarkeit konnte, so die Gesetzesbegründung, verzichtet werden, weil auch ohne dies die Strafbarkeit „weit vorverlagert“<sup>23</sup> ist. D. h., um den Tatbestand zu erfüllen, muss es nicht zu einer tatsächlichen Gewährung oder Annahme des Vorteils und schon gar nicht zu einem „Erfolg“ der damit verbundenen Erwartung des Gebers gekommen sein. Es reicht auf Seiten des „Nehmers“ bereits ein Fordern oder Sich-Versprechen-Lassen, auf Seiten des „Gebers“ ein Anbieten oder Versprechen. Wenn es dann erst zu einem späteren Zeitpunkt nach Vornahme der „Handlung im Auftrag oder auf Weisung“ durch den Mandatsträger zu einer Annahme oder Gewährung des Vorteils kommt, wird der bereits zuvor vollendete Tatbestand hiervon nicht tangiert.<sup>24</sup>

### c) Die konkrete Unrechtsvereinbarung

Allerdings setzt der neue § 108e StGB eine qualifizierte Unrechtsvereinbarung zwischen dem Geber und dem Nehmer voraus, d. h., der Vorteil (des Gebers) muss als Gegenleistung *dafür* gewährt worden sein, dass der Mandatsträger (Nehmer) „im Auftrag oder auf Weisung“ des Vorteilsgebers künftig<sup>25</sup> bei der Wahrnehmung seines Mandats i. S. d. Erwartung der Geberseite handelt. In der Gesetzesbegründung<sup>26</sup> ist davon die Rede, der Tatbestand verlange eine „enge Kausalbeziehung zwischen dem ungerechtfertigten Vorteil und der Handlung des Mitglieds“.<sup>27</sup> Lediglich allgemein für die Mandatsausübung gewährte Vorteile bzw. solche, die einem Mandatsträger „wegen der von ihm gemäß seiner inneren Überzeugung vertretenen Positionen“ zugewendet werden, sollen nicht ausreichend sein.<sup>28</sup> Damit ist die sog. „Klimapflege“ vom Tatbestand ausgenommen. Wenn der Mandatsträger sich dagegen durch den Vorteil zu seiner Handlung bestimmen lasse und seine innere Überzeugung den Interessen des Vorteilsgebers unterordne, liege darin eine „Kommerzialisierung des Mandats“, die im Widerspruch zu Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG stünde, wonach Abgeordnete an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen seien.<sup>29</sup>

### d) Der ungerechtfertigte Vorteil

Ein Vorteil ist jede Leistung, die das Mitglied oder einen Dritten materiell oder immateriell in seiner wirtschaftlichen, rechtlichen oder auch nur persönlichen Lage objektiv besser stellt und auf die das

Mitglied keinen Anspruch hat. Auf den Wert der Zuwendung soll es nicht ankommen.<sup>30</sup> Für den Tatbestand relevant sind jedoch nur *ungerechtfertigte* Vorteile. Was ein *gerechtfertigter* Vorteil ist, ist in § 108 Abs. 4 StGB ausdrücklich – zunächst in genereller Hinsicht – geregelt. Er liegt vor, wenn seine Annahme „im Einklang mit den für die Rechtsstellung des Mitglieds maßgeblichen Vorschriften steht“. Nach § 108e Abs. 4 Ziff. 1 StGB wird – sodann speziell – als kein ungerechtfertigter Vorteil genannt „ein politisches Mandat oder eine politische Funktion“ sowie in § 108e Abs. 4 Ziff. 2 StGB „eine nach dem Parteiengesetz oder entsprechenden Gesetzen zulässige Spende“.

Die Gesetzesbegründung enthält Erläuterungen dazu, was der Gesetzgeber als die „für die Rechtsstellung maßgeblichen Vorschriften“ ansieht. Sie ergeben sich danach für Mitglieder des Deutschen Bundestages aus dem Abgeordnetengesetz (z. B. 44a AbgG), den Verhaltensregeln für Mitglieder des Deutschen Bundestages (Anlage 1 der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages) sowie den dazu von dem Präsidenten des Deutschen Bundestages erlassenen Ausführungsbestimmungen. Grundsätzlich gestattet sind hiernach – neben der Annahme von Spenden nach § 44a Abs. 2 S. 4 AbgG – geldwerte Zuwendungen aus Anlass der Wahrnehmung interparlamentarischer oder internationaler Beziehungen sowie zur Teilnahme an Veranstaltungen zur politischen Information, zur Darstellung der Standpunkte des Deutschen Bundestages oder seiner Fraktion oder als Repräsentant des Deutschen Bundestages (§ 4 Abs. 5 der Verhaltensregeln) sowie von Gastgeschenken in Bezug auf das Mandat (§ 4 Abs. 6 der Verhaltensregeln).<sup>31</sup>

Für die Landtage und die Volksvertretungen der Gemeinden und Gemeindeverbände gelten die entsprechenden Gesetze und darauf basierende Verhaltensregeln. In den Gemeindeordnungen der Länder finden sich Vorschriften für Mitglieder von Volksvertretungen der Gemeinden und Gemeindeverbände, die ihrerseits weitere Verhaltensregeln festlegen können.<sup>32</sup>

Wenn es an entsprechenden Vorschriften fehlt, die die Annahme eines bestimmten Vorteils erlauben oder verbieten, soll dies nach dem Willen des Gesetzgebers ohne weiteres noch nicht bedeuten, dass die Annahme erlaubt ist. Es soll für das „Im-Einklang-Stehen“ ausreichen, wenn sich den maßgeblichen Vorschriften im Wege der Auslegung entnehmen lässt, dass das Mitglied zur Annahme des Vorteils berechtigt ist. Ist hierfür kein Raum, kann sich, so die Gesetzes-

20 Sind die Mitglieder einer Volksvertretung der kommunalen Gebietskörperschaften daneben mit konkreten Verwaltungsaufgaben befasst, die über ihre Mandatstätigkeit hinausgehen, unterfällt dies der Amtsträgerstrafbarkeit. Die Strafbarkeit nach § 108e StGB kommt nur in Betracht bei Handlung in Wahrnehmung des Mandats; BT-Drs. 18/476, 8.

21 Ruge, Protokoll Anhörung im BT, Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, 7. Sitzung, vom 17.2.2014, 18.

22 BT-Drs. 18/476, 7.

23 BT-Drs. 18/476, 6; s. aber unten Ziff. 2. c) (a. E.).

24 BT-Drs. 18/476, 7.

25 Zuwendungen für bereits vorgenommene Handlungen werden nach § 108e StGB nicht erfasst, BT 18/476, 7.

26 BT-Drs. 18/476, 7.

27 BT-Drs. 18/476, 8.

28 BT-Drs. 18/476, 8.

29 BT-Drs. 18/476, 8.

30 BT-Drs. 18/476, 7.

31 BT-Drs. 18/476, 9.

32 BT-Drs. 18/476, 9.



begründung, der Tatbestandsausschluss auch aus einer Vereinbarkeit mit den „parlamentarischen Gepflogenheiten“ ergeben.<sup>33</sup>

Die Vorteilszuwendung in Form eines politischen Amtes oder einer politischen Funktion soll Fälle aus dem Tatbestand ausklammern, „in denen sich ein Mandatsträger ggf. gegen die eigene Überzeugung parteiintern ‚politischen‘ Positionierungen unterwirft, um sich die Aufstellung als Kandidat oder die Wahl oder Ernennung in bestimmte politische Funktionen oder Ämter zu sichern“.<sup>34</sup>

Spenden sind immer dann zulässig, wenn sie mit dem geltenden Recht konform gehen.<sup>35</sup> Nicht zulässig ist die Annahme nach § 25 Abs. 2 Nr. 7 des Parteiengesetzes und § 4 Abs. 4 der Verhaltensregeln dann, wenn die Spende erkennbar in Erwartung oder als Gegenleistung eines bestimmten wirtschaftlichen oder politischen Vorteils gewährt wird. Sie steht damit auch nicht mit den für die Rechtsstellung des Mitglieds maßgeblichen Vorschriften in Einklang.<sup>36</sup>

### e) Bei Wahrnehmung des Mandats

Das Merkmal „bei der Wahrnehmung seines Mandats“ betrifft sämtliche Tätigkeiten des Mandatsträgers im Rahmen der parlamentarischen Arbeit im Plenum, den Bundestagsausschüssen und den Arbeitskreisen und Arbeitsgruppen der Fraktion sowie im Vermittlungsausschuss, im Gemeinsamen Ausschuss oder Richterwahlausschuss. Nicht erfasst sein sollen lediglich Verhaltensweisen, die der Mandatsträger als Mitglied eines parteiinternen Gremiums oder im Rahmen einer Nebentätigkeit vollzieht.<sup>37</sup> Dass die Handlung (der der Auftrag oder die Weisung zugrunde liegt) auch tatsächlich in Ausübung des Mandats vorgenommen wird, ist nicht erforderlich. Für die Tatbestandserfüllung soll ausreichen, so heißt es in der Gesetzesbegründung, dass der Abgeordnete sich *bereit zeigt*, eine bestimmte Handlung in Ausübung des Mandats vorzunehmen oder zu unterlassen.<sup>38</sup>

### f) Sonderzuständigkeit Oberlandesgerichte

Gewissermaßen in letzter Minute wurde durch die Einfügung eines neuen § 120b Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) für die Verfahren gem. § 108e StGB eine erstinstanzliche Sonderzuständigkeit der Oberlandesgerichte geschaffen.<sup>39</sup> Parallel dazu ist die Generalstaatsanwaltschaft die ermittelnde Behörde. Man vertraut dabei auf die durch die Zuständigkeitskonzentration zu gewinnende „erforderliche Erfahrung ... und erforderliche Sensibilität“ im Umgang mit Korruptionsvorwürfen gegen Mandatsträger. Als folgerichtig wird dabei bezeichnet, dass nach § 407 Abs. 1 S. 1, § 417 StPO in diesen Fällen weder die Durchführung eines beschleunigten Verfahrens noch ein Strafbefehlsverfahren möglich sind.<sup>40</sup>

## 2. Offene Fragen

Ungeachtet der in den letzten Jahren geführten Diskussionen und (zu diesem Thema äußerst lesenswerten) Stellungnahmen und Anhörungen in den parlamentarischen Gremien<sup>41</sup>, bleiben offene Fragen, die einzeln, aber auch in ihrer Gesamtheit in der Praxis Probleme hinsichtlich der Bestimmbarkeit und dem Anwendungsbereich der Vorschrift erwarten lassen.

### a) Die Unrechtsvereinbarung und das Gewissen

Die Orientierung an Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG als die Grundlage für eine Definition der Unrechtsvereinbarung klingt zunächst gut, führt aber nicht wirklich weiter. Durch ein Handeln des Abgeordneten (bzw. ein Bereit-Zeigen) „im Auftrag oder auf Weisung“<sup>42</sup> wird ohne weiteres nämlich noch kein Unrecht beschrieben. Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG

besagt, dass der Volksvertreter, weil er nur seinem Gewissen verpflichtet ist, an Aufträge oder Weisungen *nicht gebunden* ist. Damit wird aber nicht ein Verbot, sondern die Freiheit des Gewissens von Weisungen oder Aufträgen normiert. Was ist, wenn der betreffende Auftrag oder die Weisung mit der Gewissensentscheidung des Abgeordneten übereinstimmt? Darf er sich dann den Vorteil versprechen lassen oder ihn gar entgegennehmen? Der Tatbestand selbst gibt darauf keine Antwort, und der zitierte Hinweis in der Gesetzesbegründung auf Art. 38 GG spricht eher dafür, dass dann die Strafbarkeit entfällt.

Auch ist die erkennbare Zweckrichtung auf Geberseite noch kein zwingendes Indiz für eine Unrechtsvereinbarung. Jeder Bürger, jeder Interessenverband, jeder Lobbyist darf versuchen, Einfluss auf die Willensbildung des Parlaments zu nehmen. Das BVerfG nennt das den subjektiven Anspruch der Bürger auf demokratische Teilhabe.<sup>43</sup> Daraus folgt, dass der Nachweis allein, dass mit der Vorteilsgewährung eine Erwartung verbunden war, die von der Geberseite als Auftrag oder Weisung „gemeint“ war, noch nicht bedeutet, dass der Mandatsträger sich bereits an eine Unrechtsvereinbarung gebunden sieht.

Auch der erläuternde Hinweis in der Begründung<sup>44</sup>, wonach die Strafbarkeit darauf abzielt, dass der Abgeordnete sich „den Interessen des Vorteilsgebers unterwirft und seine Handlungen durch die Vorteilsgewährung bestimmt sind“, löst das Problem der fehlenden Trennschärfe zwischen dem strafwürdigen Verhalten und dem Grundsatz des freien Mandats nicht. Die Interessen eines Vorteilsgebers wird man im Regelfall noch anhand objektiver Kriterien bestimmen können. Die Frage aber, ob das Gewissen des Mandatsträgers dadurch wirklich beeinflusst wurde, kann nur dieser allein beantworten. Der sonst bei subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen erforderliche Rückschluss aus objektiv feststehenden Fakten wird hier häufig ausscheiden, weil selbst bei einem „auffälligen“ Meinungs- und Abstimmungswechsel der Nachweis des Inhalts des Gewissens „vorher“ und „nachher“ keiner Beweisführung zugänglich ist. Hier sind Beweisschwierigkeiten der Strafverfolgungsbehörden, aber auch – bei faktischer Beweislastumkehr – Probleme einer Verteidigung vorprogrammiert.

Der Abgeordnete wird sich dahin einlassen, dass er sich subjektiv durch keine Weisung und keinen Auftrag hat beeinflussen lassen, und die Staatsanwaltschaft wird bemüht sein, den Nachweis des Gegenteils (unter Rückgriff auf die Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2006<sup>45</sup>) anhand des „äußeren Erklärungswertes“ der Handlung zu

33 BT-Drs. 18/476, 9, die den Hinweis enthält, dass sich dies aus der Formulierung „liegt insbesondere nicht vor“ in Abs. 4 ergibt.

34 BT-Drs. 18/476, 10.

35 Dies deckt sich u. a. mit den Vorgaben des ER-Strafrechtsübereinkommens, wonach die finanzielle Unterstützung, die politischen Parteien im Einklang mit dem nationalen Recht gewährt wird, nicht von der Strafbarkeit erfasst wird, vgl. Erläuternder Bericht (Nr. 44) zu Art. 4; BT-Drs. 18/476, 10.

36 BT-Drs. 18/476, 10.

37 BT-Drs. 18/476, 8.

38 BT-Drs. 18/476, 8.

39 BT-Drs. 18/607, Beschlussempfehlung und Bericht vom 19.2.2014, 9.

40 BT-Drs. 18/607, Beschlussempfehlung und Bericht vom 19.2.2014, 9.

41 Anhörungen im Rechtsausschuss BT, 96. Sitzung, am 17.10.2012 und im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz BT, 7. Sitzung, am 17.2.2014.

42 Diese Merkmale seien „weit“ zu verstehen, BT-Drs. 18/476, 8.

43 BVerfG, 30.6.2009 – 2 BvE 2, 5/08 u. a., BVerfGE 123, 267 ff., 340.

44 BT-Drs. 18/476, 7.

45 BGH, 9.5.2006 – 5 StR 453/05, BGHSt 51, 44 ff., 59.

führen. Dazu kann sie mit ihren Zwangsmitteln versuchen, anhand von parlamentarischen und außerparlamentarischen Äußerungen, Vorträgen, Redebeiträgen, Stellungnahmen, Twitter-Nachrichten, Internet-Blogs oder E-Mails des Mandatsträgers den Status des Gewissens „vorher“ und „nachher“ zu ergründen. Jede nach außen in Erscheinung getretene Änderung der Meinung des Mandatsträgers könnte dann womöglich als maßgeblicher „äußerer Erklärungswert“ für eine Beeinflussung gewertet werden, auch wenn dieser sich im parlamentarischen Diskurs von Bürgern, Interessenvertretern oder Kollegen (gar aus dem gegnerischen Lager) schlechterdings nur hat überzeugen lassen. Dass solche Befürchtungen nicht zu weit hergeholt sind, wird an der Kommentierung eines Standardkommentars zum StGB deutlich, in dem zum „alten“ § 108e StGB Folgendes vertreten wird: „Wer seine Meinung in einer zur Abstimmung stehenden Frage plötzlich ändert, nachdem er ein ‚klärendes Gespräch‘ ... geführt hat, schafft jedenfalls Indizien“ für die Unrechtsvereinbarung.<sup>46</sup> Hier eröffnet sich strukturell ein bedenklich weiter Ermessensspielraum für die Strafverfolgungsbehörden in der Beurteilung des Vorliegens eines „Anfangsverdachts“.

#### b) Der ungerechtfertigte Vorteil und § 108e Abs. 4 StGB

Während der Diskussionen um die Novellierung des § 108e StGB wurde dieses Tatbestandsmerkmal als das „am meisten problematische“ angesehen, weil die hier unter Strafe gestellte Annahme eines Vorteils dem Mandatsträger grundsätzlich erlaubt ist.<sup>47</sup> Der Vorschrift und deren Begründung sind die sichtlichen Bemühungen des Gesetzgebers zu entnehmen, durch ausdrückliche Benennung der Fälle zulässiger Vorteilsannahme bzw. -gewährung die Strafbarkeit schon im Ansatz auszuschließen. Ob damit in jedem Fall Rechtssicherheit hergestellt ist, muss bezweifelt werden. Die in der Gesetzesbegründung in Bezug genommenen „für die Rechtsstellung... maßgeblichen Vorschriften“, das Abgeordnetengesetz und die Verhaltensordnung des Bundestages, betreffen in ihrem weitaus überwiegenden Teil die Ausgestaltung und Handhabung von Anzeige- und Rechnungsführungspflichten über Zuwendungen und Einkünfte von Abgeordneten (§ 44 b Ziff. 1 bis 3 AbgG). Soweit nach § 44a Abs. 2 S. 2 und S. 3 AbgG die Annahme von Vorteilen unzulässig ist, die nur deshalb gewährt werden, „weil dafür die Vertretung oder Durchsetzung der Interessen des Leistenden im Bundestag erwartet wird“, oder wenn der Annahme von Geld keine „angemessene Gegenleistung des Mitglieds des Bundestages“ gegenübersteht, sind dies vage Begriffe. Dies gilt sowohl für das Kriterium der „Vertretung von Interessen“ (sowie der entsprechenden „Erwartung“), was stets auch Teil des (erlaubten) Lobbyismus ist, wie auch für das schon begrifflich wenig fassbare Merkmal der „Angemessenheit der Gegenleistung“.<sup>48</sup> Ob schließlich alle die für die Abgeordneten des Deutschen Bundestages geltenden Gesetze und Regelungen einheitlich auch auf die kommunalen Mandatsträger übertragbar, oder ob hier von Land zu Land Unterschiede zu beachten sind, ist nicht geklärt.

Für Rechtssicherheit i. S. e. trennscharfen Abgrenzung zwischen einem gerechtfertigten und nicht-gerechtfertigten Vorteil sind diese Regel- und Gesetzeswerke jedenfalls nicht geschaffen. Sie sind zudem auf unterschiedliche Weise auszulegen, was insbesondere auch für die „parlamentarischen Gepflogenheiten“ gilt. Ob tatsächlich alles, was „üblich“ ist, schon eine rechtlich anerkennungswerte „Gepflogenheit“ genannt werden darf, dürfte nicht in jedem Fall unumstritten sein. Und ob der „Geber“ tatsächlich beurteilen kann, was im Rahmen von „Gepflogenheiten“ im Parlamentarismus an Vortragshonoraren, Einladungen zu (ansonsten kostenpflichtigen) parla-

mentarischen Abenden oder Seminarveranstaltungen noch zulässig und was bereits von den Strafverfolgungsbehörden als strafwürdig angesehen wird, kann getrost bezweifelt werden. Das steht nirgends geschrieben und wird auch von Parlament zu Parlament unterschiedlich sein. Er wird sich darauf verlassen (müssen), was ihm der Mandatsträger hierzu erklärt, und der wird es im Einzelfall auch nicht wissen, weil dies im Detail nicht geregelt ist. Das vergleichbare Thema bei den Amtsträger-Bestechungsdelikten ist unter der Überschrift „Sozialadäquanz“ auch mehr als 15 Jahre nach der Novellierung dieser Vorschriften<sup>49</sup> durch das Korruptionsbekämpfungsgesetz noch maßgeblich von Auslegungsschwierigkeiten und einer verbreiteten Rechtsunsicherheit bestimmt. Nicht selten steht erst am Ende eines langen Strafprozesses fest, was dem Amtsträger erlaubt ist und was nicht. Das ist das Gegenteil von Bestimmtheit i. S. d. Art. 103 Abs. 2 GG.

#### c) Bei Wahrnehmung des Mandats

Dem Wortlaut nach ist der Tatbestand zwar die Handlung „bei Wahrnehmung seines Mandats“ beschränkt. Damit wird aber tatsächlich ein weites Feld betreten, weil auch die Mandatswahrnehmung außerhalb von Parlamentsgremien zum Tatbestand gehören soll. Bspw. ist es dem Mandatsträger grundsätzlich erlaubt, Nebentätigkeiten auszuüben und hierfür auch finanzielle Zuwendungen zu erhalten. Schon deshalb kann es zu Verknüpfungen zwischen Mandatsausübung und der sonstigen Berufstätigkeit kommen. Insbesondere deutlich wird dies bei den kommunalen Mandatsträgern, die ehrenamtlich tätig sind, und daneben – auch noch in örtlicher Nähe – ihren Beruf ausüben.<sup>50</sup> Berührungspunkte sind dort zwangsläufig und Konfliktlagen auch. Handelt der Mandatsträger deshalb schon tatbestandsmäßig im Rahmen seiner Mandatswahrnehmung, wenn er als sonstiger Berufsträger öffentlich seine Meinung äußert und dabei auch politische Entscheidungen in seinem Wahlkreis beeinflusst? Und was ist, wenn er auf Beschlüsse in Parteiversammlungen hinwirkt, die den Ausschlag geben für eine – neben anderen auch ihn in seinem sonstigen Beruf begünstigende – Politik oder ein konkretes Vorhaben?<sup>51</sup> Fast schon in die Beliebigkeit führt schließlich die Erwägung in der Gesetzesbegründung, wonach auch dann, wenn es nicht zu einer Handlung bei der Mandatswahrnehmung gekommen ist, der Tatbestand erfüllt sei, soweit sich der Mandatsträger nur „bereit gezeigt“ hat, diese vorzunehmen oder zu unterlassen.<sup>52</sup> Dieses Kriterium, das nicht im Tatbestand seinen Niederschlag findet, stammt von den Amtsträger-Bestechungsdelikten. Der Amtsträger, der den Vorteil als

46 Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, Rn. 8b zu § 108e StGB. Der Autor ist gleichzeitig Vorsitzender des 2. Strafsenats am BGH.

47 Z. B. Heinrich, Protokoll Anhörung im BT, Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, 7. Sitzung, vom 17.2.2014, S. 73.

48 Michalke, in: FS Rainer Hamm, 2008, S. 471; Heinrich, Protokoll Anhörung im BT, Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, 7. Sitzung, vom 17.2.2014, S. 68.

49 Durch das Korruptionsbekämpfungsgesetz vom 13.8.1997; vgl. auch Michalke, StV 2011, 492 ff.

50 BVerfG, 4.7.2007 – 2 BvE 1/06, 2 BvE 2/06, 2 BvE 3/06, 2 BvE 4/06, BVerfGE 118, 277 ff., 323; hierzu ausführlich Heinrich, Protokoll Anhörung im BT, Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, 7. Sitzung, vom 17.2.2014, S. 68.

51 Heinrich, Protokoll Anhörung im BT, Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, 7. Sitzung, vom 17.2.2014, S. 72.

52 BT-Drs. 18/476, 8.

Gegenleistung für eine pflichtwidrige Handlung fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, macht sich schon (nochmals im Vorfeld zu den bereits vorgelagerten Tathandlungen) strafbar, wenn er sich „bereit gezeigt hat“, bei der Handlung seine Pflichten zu verletzen oder sich bei einer Ermessensausübung beeinflussen zu lassen (§ 332 Abs. 3 StGB). Die Bereitschaft muss dabei nicht ausdrücklich geäußert werden. Auch ein schlüssiges Bereit-Zeigen reicht aus.<sup>53</sup> Wie das (zumal schlüssige) Bereit-Zeigen auszusehen hat, ist weder bei den Amtsträgerdelikten noch hier im Zusammenhang mit dem neuen § 108e StGB auch nur annähernd geklärt. Aber immerhin hat man bei § 332 StGB noch den Vorteil, dass der Pflichtenkreis des Beamten relativ fest umrissen ist, auch wenn es selbst dort noch mit Blick auf Entscheidungen, die sich innerhalb des Ermessensspielraums bewegen, Abgrenzungsprobleme gibt. Bei § 108e StGB führt das Kriterium des Bereit-Zeigens zu einer unerträglich weiten Vorfeldverlagerung in die Versuchsstrafbarkeit, die gerade vermieden werden sollte.<sup>54</sup>

### III. Fazit

Ob es gelungen ist, mit dem neuen § 108e StGB eine praktikable und auf Akzeptanz treffende strafrechtliche Regelung für die Vorteilszuwendung im Parlamentarismus zu schaffen, wird die Praxis erweisen. Es ist allerdings schon jetzt absehbar, dass es eine ganze Reihe von Rechtsfragen geben wird, die von den Oberlandesgerichten und dem BGH zu klären sind. Dies wird für die von der Klärungsbedürftigkeit „betroffenen“ (weil beschuldigten) Mandatsträger und Lobbyisten wenig tröstlich sein. Werden sie doch den Eindruck gewinnen müssen, womöglich über Jahre hinweg, Versuchsobjekte experimenteller Strafverfolgung zu sein. Die erforderliche strukturelle Abgrenzung der Strafbarkeit von Abgeordneten zu den Amtsträgern ist besonders deshalb nicht geglückt, weil der „neue“ § 108e StGB sich an die §§ 299, 331 ff. StGB anlehnt und die (strafrechtlich „weit vorverlagerten“) Tathandlungen und Auslegungsgrundsätze von dort „übernommen“ hat. Nicht zu unterschätzen sind auch die interpretatorischen Vorgaben des 5. Strafsenats des BGH in seiner demonstrativen Ent-

scheidung aus dem Jahr 2006, mit der er – bis hin zu Beweisregeln, welche Einlassungen eines Abgeordneten unbeachtlich sind – seine Vorstellung über die Strafwürdigkeit von Abgeordneten ausdrücklich orientiert an den Amtsträgerdelikten dargelegt hat. Mandatsträger sind aber keine Amtsträger mit Dienstpflichten, die sie verletzen können. Und genau dort liegt das Problem, wenn man versucht, die Grundzüge der Bestechungsdelikte der §§ 331 ff. StGB auf die Auslegung des § 108e StGB zu übertragen.

Dass man schließlich bei der Mandatsträgerstrafbarkeit die Freiheit des Gewissens des Mandatsträgers gem. Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG zu schützen meint, gleichzeitig aber glaubt, das „unfreie“ Gewissen an einem „äußeren Erklärungswert“ auch im Vorfeld parlamentarischer Willensbildung und in der offenen parlamentarischen Diskussion er-messen und zur Grundlage von Strafbarkeit machen zu können, ist ein Paradoxon, das sich auch durch die (beste) Tatbestands-Formulierung nicht lösen lässt. Es bleibt zu hoffen, dass die Vorschrift ebenso selten zur Anwendung kommen wird wie ihre Vorgängerin.

---

#### AUTORIN



**Dr. Regina Michalke** ist Fachanwältin für Strafrecht und Partnerin der auf Strafrecht spezialisierten Kanzlei HammPartner in Frankfurt a. M. Zu ihren Tätigkeitsschwerpunkten zählen das Wirtschaftsstrafrecht, Korruptionsstrafrecht (auch im internationalen Kontext) und das Umweltstrafrecht.

---

53 Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, Rn. 12 ff. zu § 332 StGB.

54 BT-Drs. 18/476, 6.