

Berlin, im Januar 2009
Stellungnahme Nr. 9/2009
www.anwaltverein.de

**Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins
durch den Strafrechtsausschuss**

zum

**Gesetzentwurf der Abgeordneten Jerzy Montag, Volker Beck (Köln),
Monika Lazar, Irmingard Schewe-Gerigk, Silke Stokar von Neuforn,
Hans-Christian Ströbele, Wolfgang Wieland, Josef Philip Winkler und der Fraktion
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN - Entwurf eines ... Strafrechtsänderungsgesetzes –
Bestechung und Bestechlichkeit von Abgeordneten – (... StrÄndG)
(BT-Drs. 16/6726)**

und zum

**Gesetzentwurf der Abgeordneten Wolfgang Neskovic, Sevim Dağdelen,
Dr. Dagmar Enkelmann, Ulla Jelpke, Jan Korte, Kersten Naumann, Petra Pau und
der Fraktion DIE LINKE. - Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der
Abgeordnetenbestechung -
(BT-Drs. 16/8979)**

Mitglieder des Ausschusses:

Rechtsanwalt Dr. Stefan König, Berlin (Vorsitzender)
Rechtsanwalt Dr. h. c. Rüdiger Deckers, Düsseldorf
Rechtsanwältin Dr. Margarete Gräfin von Galen, Berlin
Rechtsanwältin Dr. Gina Greeve, Frankfurt am Main
Rechtsanwalt Prof. Dr. Rainer Hamm, Frankfurt am Main
Rechtsanwältin Gabriele Jansen, Köln
Rechtsanwalt Eberhard Kempf, Frankfurt am Main (Berichterstatter)
Rechtsanwältin Gül Pinar, Hamburg
Rechtsanwalt Michael Rosenthal, Karlsruhe
Rechtsanwalt Martin Rubbert, Berlin
Rechtsanwältin Dr. Heide Sandkuhl, Potsdam
Rechtsanwalt Dr. Rainer Spatscheck, München

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung:

Rechtsanwalt Peter Altemeier, DAV-Berlin

Verteiler:

- Bundesministerium des Innern
- Bundesministerium der Justiz
- Rechtsausschuss, Innenausschuss des Deutschen Bundestages
- Vorsitzender des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, Andreas Schmidt
- Vorsitzender des Innenausschusses des Deutschen Bundestages, Sebastian Edathy
- Landesjustizministerien
- Rechts- und Innenausschüsse der Landtage
- Bundesgerichtshof
- Bundesanwaltschaft

- Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
- Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins
- Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer
- Vorsitzende des Strafrechtsausschusses des KAV, BAV
- Vorsitzender des Forums Junge Anwaltschaft des DAV

- Deutscher Strafverteidiger e. V., Frau Dr. Regina Michalke
- Regionale Strafverteidigervereinigungen
- Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen und -initiativen

- Arbeitskreise Recht der im Bundestag vertretenen Parteien
- Deutscher Richterbund

- Strafverteidiger-Forum (StraFo)
- Neue Zeitschrift für Strafrecht, NStZ
- Strafverteidiger

- Prof. Dr. Jürgen Wolter, Universität Mannheim
- ver.di, Bereich Recht und Rechtspolitik
- Deutscher Juristentag (Präsident und Generalsekretär)
- Prof. Dr. Schöch, LMU München

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 67.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

I. Die Gesetzentwürfe

1. Der Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 17.10.2007 (BT-Drs. 16/6726)

Der Gesetzesentwurf enthält eine gegenüber der aktuellen Fassung von § 108e StGB völlig neue Fassung. Er erfasst Mitglieder

- „1. einer Volksvertretung des Bundes, der Länder, Gemeinden oder Gemeindeverbände oder
2. eines Gesetzgebungsorgans eines ausländischen Staates, des Europäischen Parlaments oder einer parlamentarischen Versammlung einer sonstigen internationalen Organisation“.

Absatz 1 des GE regelt – wie in solchen Gesetzen zwischenzeitlich üblich – die passive, Absatz 2 die aktive Bestechung.

Unter Strafe steht das Fordern, Sich-Versprechen-Lassen oder die Annahme (Absatz 1) bzw. das Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines rechtswidrigen Vorteils (Absatz 2) „dafür“, dass „es (i. e. das Mitglied einer Volksvertretung) in Ausübung seines Mandats in der Volksvertretung oder im Gesetzgebungsorgan eine Handlung zur Vertretung oder Durchsetzung der Interessen des Leistenden oder eines Dritten vornehme oder unterlasse“.

Nach Absatz 3 liegt ein in den Absätzen 1 und 2 verwendetes Tatbestandsmerkmal eines „rechtswidrigen Vorteils“ dann vor, „wenn seine Verknüpfung mit der Gegenleistung als verwerflich anzusehen ist.“

Absatz 4 des Entwurfs stellt den Bewerber „um ein Mandat in einer Volksvertretung oder einem Gesetzgebungsorgan“ dem „Mitglied“ einer Volksvertretung gemäß Absätzen 1 und 2 gleich.

Gemäß Absatz 5 kann das Gericht – neben der in Absätzen 1 und 2 geregelten „Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren“, wenn sie im konkreten Fall in Höhe von mindestens sechs Monaten ausgesprochen wird - das aktive oder passive Wahlrecht aberkennen (§ 45 Abs. 2 StGB).

2. Der Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE vom 25.04.2008 (BT-Drs. 16/8979)

Der Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE will die (passive) Abgeordnetenbestechlichkeit in § 108e und die (aktive) Abgeordnetenbestechung in § 108f geregelt wissen.

In § 108e GE ist grundsätzlich derselbe Kreis möglicher Adressaten einer Bestechungshandlung angesprochen; die Mitglieder der parlamentarischen Versammlung einer „supranationalen Organisation“ sind zusätzlich genannt.

Wo der GE von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN von einer Handlung oder Unterlassung „in Ausübung seines Mandats in der Volksvertretung oder im Gesetzgebungsorgan“ spricht, wählt der GE der Fraktion DIE LINKE das Tatbestandsmerkmal „im Zusammenhang mit der Ausübung seines Mandats“.

Der GE der Fraktion DIE LINKE fügt das „normative Tatbestandsmerkmal“ ein, „dass der Vorgang der rechtlichen Stellung der Mandatsträgerin oder des Mandatsträgers widersprechen muss“, um „solche Vorteile aus dem Tatbestand der Abgeordnetenbestechung auszuschließen, die Ausdruck des von der Rechtsordnung vorgesehenen parlamentarischen Prozesses sind, wie z. B. Zugeständnisse innerhalb von Koalitionen, die Vergabe politischer Ämter oder solche, die aufgrund ihres Bagatelcharakters selbst den Anschein einer unsachlichen Beeinflussbarkeit oder Eigennützigkeit der Abgeordneten von vornherein ausschließen.“ (so die Entwurfsbegründung).

Die bisherige Fassung von § 108e StGB wird dem GE zufolge Abs. 2 von § 108e neu bzw. § 108f neu.

II. Die Begründung der Gesetzentwürfe

1. Internationale Übereinkommen

Beide Gesetzentwürfe beziehen sich auf die Verpflichtungen, die die Bundesrepublik Deutschland mit dem Strafrechtsübereinkommen über Korruption des Europarats vom 27. Januar 1999 und dem Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption vom 9. Dezember 2003 eingegangen ist:

a) Das Strafrechtsübereinkommen über Korruption des Europarats vom 27. Januar 1999

Das Übereinkommen verpflichtet in Art. 2 die Vertragsstaaten, das mittelbare oder unmittelbare Versprechen, Anbieten oder die Gewährung eines unzulässigen Vorteils gegenüber einem öffentlichen Amtsträger unter Strafe zu stellen.

Art. 3 enthält die spiegelbildliche Verpflichtung für passive Bestechung öffentlicher Amtsträger.

Art. 4 bezieht die in Art. 2 und 3 unter Strafe gestellten Verhaltensweisen in die Verpflichtung der Vertragsstaaten ein, wenn sie sich auf ein Mitglied einer innerstaatlichen öffentlichen Versammlung bezieht, die gesetzgebende oder Verwaltungskompetenzen ausübt.

Art. 6 des Übereinkommens bezieht die Mitglieder öffentlicher ausländischer, Art. 9 die Mitglieder internationaler Gesetzgebungs- oder Verwaltungsversammlungen in die Verpflichtung der Vertragsstaaten ein.

Allerdings behält Art. 37 Abs. 1 jedem Vertragsstaat das Recht vor, die Verpflichtungen gemäß Artikel 4, 6 bis 8, 10 und 12 nicht in innerstaatliches Recht umzusetzen.

Im Übrigen hat die Bundesrepublik Deutschland das Übereinkommen nicht ratifiziert.

b) Das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption vom 09.12.2003

Das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption vom 9. Dezember 2003 enthält – im Gegensatz zum Europaratsübereinkommen - keinen Vorbehalt wie Art. 37 des Europaratsübereinkommens.

Nach Art. 15 ist das mittelbare oder unmittelbare Versprechen, Anbieten oder Gewähren eines unzulässigen Vorteils für den Träger eines öffentlichen Amtes oder eines Dritten unter Strafe zu stellen (a), während unter (b) das entsprechende Fordern oder Annehmen eines solchen Vorteils durch einen öffentlichen Amtsträger unter Strafe zu stellen ist.

Gemäß Art. 2 ist mit „öffentlicher Amtsträger“ in jenem Übereinkommen jede Person gemeint, die ein Gesetzgebungs-, gesetzesausführendes, Verwaltungs- oder justitielles Amt eines Mitgliedstaates innehat, sei sie vorübergehend oder ständig angestellt oder bestellt oder gewählt, bezahlt oder unbezahlt.

Jedoch ist auch das UN-Übereinkommen gegen Korruption vom 9. Dezember 2003 von der Bundesrepublik Deutschland nicht ratifiziert.

Aus beiden Übereinkommen folgt demnach jedenfalls keine unmittelbare aktuelle Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland zu ihrer Umsetzung.

2. Deutscher Gesetzgebungshintergrund

§ 108a StGB in der Fassung des 28. StrÄndG vom 13. Januar 1994 erfasst lediglich den sog. Stimmenkauf. Andere Arten der Abgeordnetenbestechung fallen – gegen die Auffassung der Bundesregierung - unter das seit 1953 gültige Abgeordnetenprivileg, das gegen zahlreiche Stimmen in der Literatur und jüngst auch der Rechtsprechung des BGH bisher aufrecht erhalten worden ist.

Der BGH hat in seinem Urteil vom 9. Mai 2006 (5 StR 453/05) (erneut) festgestellt, dass kommunale Mandatsträger „nicht gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB sonst dazu bestellt sind, bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben öffentlicher Verwaltung wahrzunehmen.“ (BGH, aaO, Rn. 30, 33).

Nach bisheriger Auffassung stellt § 108e StGB eine „abschließende Sonderregelung“

dar, nach der „die Einflussnahme auf politische Entscheidungen in geringerem Maße strafbar sein (soll) als bei der Einflussnahme auf Verwaltungshandeln.“ (BGH, aaO, Rn. 41)

Danach ist lediglich „das Unternehmen des Stimmenkaufs und -verkaufs“ gemäß § 108e StGB strafbar.

Nach der Auffassung des BGH führt die derzeitige gesetzliche Regelung durch § 108e StGB

„dazu, weite Teile von als strafwürdig empfundenen Manipulationen im Zusammenhang mit Wahlen und Abstimmungen in Volksvertretungen der Gemeinden und Gemeindeverbände straflos zu stellen. Der Senat sieht hier gesetzgeberischen Handlungsbedarf: In allen anderen Bereichen des öffentlichen und privaten Lebens hat das gewandelte öffentliche Verständnis einer besonderen Sozialschädlichkeit von Korruption zu einer erheblichen Ausweitung der Strafbarkeit von korruptivem Verhalten geführt (...). Diese Entwicklung ist bislang an dem Tatbestand der Abgeordnetenbestechung vorbeigegangen.“ (BGH, aaO, Rn. 47)

Der BGH schließt seinen Ruf nach einer Erweiterung der Strafbarkeit von Abgeordnetenbestechung wie folgt ab:

„Indes zeigen gerade Fälle wie der vorliegende, dass die Tatbestandsfassung nicht ausreicht, um alle strafwürdigen Verhaltensweisen – insbesondere auf kommunaler Ebene – zu erfassen. Weil sich der Inhalt der Tätigkeit der kommunalen Volksvertretung in Teilbereichen kaum von der kommunalen Verwaltungstätigkeit unterscheidet, kommt es gerade in diesem Bereich durch die vom Gesetzgeber gewollte Sonderstellung des § 108e StGB zu einer Reihe von Wertungswidersprüchen (...) Im Zusammenhang mit der ohnehin aufgrund internationaler Abkommen notwendigen Modifizierung des Straftatbestands der Abgeordnetenbestechung (näher hierzu Zypries, StraFo 2004, 221, 224) sollte der Gesetzgeber deshalb nach Auffassung des Senats für entsprechende Abhilfe sorgen, insbesondere auch hinsichtlich einer Einbeziehung kommunaler Mandatsträger in strafbewehrte Verschwiegenheitspflichten (§ 203 Abs. 2 StGB).“ (BGH, aaO, Rn. 47)

[Vgl. hierzu auch: Grüll, Strafbarkeit der Abgeordnetenbestechung, ZRP 1992, 371 f.; Barton, Der Tatbestand der Abgeordnetenbestechung (§ 108e StGB)“, NJW 1994, 1098 ff.; Zypries, Neue Entwicklungen im Strafrecht und im Strafverfahrensrecht, StraFo 2004, 221 ff.; Dahs/Müssig, NStZ 2006, 191 ff.]

Ein „Wertungswiderspruch“ der vom BGH gekennzeichneten Art besteht auch zwischen den ausdrücklich nicht unter § 108e StGB fallenden korruptiven Verhaltensweisen vor allem kommunaler Mandatsträger einerseits und ausländischer – auch kommunaler - Mandatsträger, die von Art. 2 § 2 IntBestG erfasst werden.

3. Die Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins (DAV) durch seinen Strafrechtsausschuss von 1993

Der DAV hat durch seinen Strafrechtsausschuss gegen den Gesetzentwurf, der zum 28. StrÄndG vom 13. Januar 1994 und damit zur Einfügung von § 108e StGB in seiner jetzigen Fassung führte, im März 1993 Stellung genommen und seine Position wie folgt begründet:

- Der Nachweis des Zusammenhangs zwischen Vorteilszuwendung und Verhalten bei einer bestimmten künftigen Abstimmung wird zu kaum überwindbaren praktischen Beweisproblemen führen, zumal Abstimmungen häufig in den Fraktionen und Parteien vorbereitet werden. Ermittlungen müssten also tief in die Interna des Parlamentsbetriebes eingreifen.
- Es gibt ausreichende außerstrafrechtliche Kontrollmöglichkeiten des Parlamentsrechts.
- Die Vielzahl von Möglichkeiten straffreier Einflussnahmen würde zu einer Umgehung des Straftatbestandes führen.
- Der bisherige Rechtszustand – i. e. vor Einführung von § 108e StGB! – beruht auf einer wichtigen Grundwertung, dass Einwirkungen der Exekutive auf die parlamentarische Praxis im Interesse der Gewaltenteilung unterbleiben müssen.

III. Kritik der Gesetzentwürfe

Beide Gesetzentwürfe reagieren auf den Umstand, dass der in das Gesetzgebungsverfahren eingebrachte Entwurf eines Gesetzes zur Änderung von § 299 StGB und anderer Gesetze keine Änderung von § 108e StGB vorgeschlagen hat, sondern es dem Parlament überlassen hat, ob und ggf. inwieweit die durch internationale Abkommen übernommenen Verpflichtungen zur Änderung von § 108e StGB umgesetzt werden sollen. Ob die jetzt vorliegenden Gesetzentwürfe jedoch geeignet sind, die grundsätzlichen Schwierigkeiten einer über den bisherigen Tatbestand von § 108e StGB hinausgehenden Erfassung als korrupt bezeichneter Verhaltensweisen Einhalt zu gebieten bzw. sie unter Wahrung verfassungsrechtlicher Vorgaben unter Strafe zu stellen, muss bezweifelt werden:

1. Abgrenzung strafloser von strafbaren Verhaltensweisen

Auf den ersten Blick erscheint die Ausdehnung der Strafbarkeit korruptiven Verhaltens von Abgeordneten über den unmittelbaren Stimmenkauf bzw. –verkauf hinaus angesichts der allgemeinen Entwicklung der Pönalisierung korruptiver Verhaltensweisen durchaus konsequent.

Das entscheidende Problem ergibt sich jedoch aus der Übertragung von Grundzügen der Strafbarkeit korrupten Handelns der Exekutive auf die – geplante – Bestrafung „korrupten“ Verhaltens von Mitgliedern der Legislative. Im Gegensatz zum – gesetzgebundenen oder ermessensgeleiteten – Handeln der Exekutive treten Vertreter der Legislative als Vertreter bestimmter Interessen auf und sind darin unabhängig und keinen Weisungen unterworfen. Der Bundesgerichtshof hat diese strukturellen Unterschiede wie folgt beschrieben:

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

Die Abgrenzung straflosen von für strafwürdig gehaltenem, weil „erkauftem“ Verhalten von Mandatsträgern ist im Falle von Parlamentariern – gleich auf welcher Stufe - ungleich schwerer. Bernsmann/Gatzweiler weisen zu Recht darauf hin, dass „Politik grundsätzlich die Vertretung bestimmter Interessen beinhaltet und dass Abgrenzungsprobleme der Exekutive den Zugriff auf freie Abgeordnete nicht eröffnen

dürfen.“ (Bernsmann/Gatzweiler, Verteidigung bei Korruptionsfällen, 2008, S. 122, FN 10).

Der GE der Fraktion von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN versucht die Grenzziehung, indem er

- die Strafbarkeit von Mandatsträgern auf Verhaltensweisen beschränkt, die jemand „als Mitglied ... in Ausübung seines Mandats in der Volksvertretung oder im Gesetzgebungsorgan“ begeht,
- in Abs. 1 und 2 jeweils einen „rechtswidrigen Vorteil“ voraussetzt, der in Abs. 3 dann als vorliegend definiert wird, „wenn seine Verknüpfung mit der Gegenleistung als verwerflich anzusehen ist.“
- den „rechtswidrigen Vorteil“ und die dadurch ausgelöste – strafbare – Verhaltensweise des Mandatsträgers kausal verknüpft („... dafür fordert, ... , dass ...“).

Der GE der Fraktion DIE LINKE versucht, dasselbe Ziel dadurch zu erreichen, dass er

- die Strafbarkeit auf „eine Handlung oder Unterlassung (beschränkt), die im Zusammenhang mit der Ausübung seines Mandats steht, ...“
- nur eine solche Verhaltensweise eines Mandatsträgers erfasst, die „seiner aus dem Mandat folgenden rechtlichen Stellung widerspricht“.

Diese Einschränkungen sind jedoch – in unterschiedlichem Ausmaß – am Maßstab von Art. 103 Abs. 2 GG gemessen zu unbestimmt, wie zu zeigen sein wird:

- a) Beide Gesetzentwürfe formulieren den erforderlichen „qualifizierten Unrechtszusammenhang“ zu unbestimmt:

Der GE von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN stellt zwar nur auf Handlungen eines Abgeordneten ab, die „in Ausübung des Mandats“ begangen werden und somit, wie die Entwurfsbegründung ausführt, „zum Kernbereich der Mandatsausübung gehören.“ Entscheidend ist dabei – zu Recht -, dass nach dem Entwurf „die zugesagte oder angebotene Handlung eine sein muss, die in Ausübung des

Mandats erfolgt, wenn sich der Abgeordnete dabei nicht von seinem Gewissen und seiner politischen Überzeugung leiten lässt, sondern nur zu Vertretung oder Durchsetzung der Interessen eines Dritten handelt“.

Der Gesetzentwurf setzt – so seine Begründung – einen „qualifizierten Unrechtszusammenhang“ zwischen der „für die konkrete zur Vertretung oder Durchsetzung der Interessen des Leistenden vorzunehmenden Handlung („dafür““ und dem Vorteil voraus. Er verweist insofern ausdrücklich auf die Entscheidung des BGH vom 28. Oktober 2004 (3 StR 301/04 – Krehmendal). In dieser Entscheidung unterscheidet der BGH zwischen einer Spende, die „allein dazu dienen soll bzw. dazu dient, dass er (i.e. der Wahlkandidat) nach erfolgreicher Wahl das wiedererlangte Wahlamt in einer Weise ausübt, die den allgemeinen wirtschaftlichen oder politischen Vorstellungen des Vorteilsgebers entspricht“, und solchen Spenden, die darauf zielen, dass der - wiedergewählte – Kandidat „eine konkrete, den Interessen des Vorteilsgebers förderliche Entscheidung zu dessen Gunsten“ trifft.

Allerdings hat der BGH selbst schon erkannt, dass – wie er eher zurückhaltend formuliert – „die Abgrenzung zwischen erlaubter und unerlaubter Einwerbung von Wahlkampfunterstützung durch einen Amtsträger nach diesen Maßstäben nicht für alle Fälle einfach erscheint.“ Der BGH zieht daraus die Konsequenz, „§ 331 Abs. 1 StGB (ebenso wie § 333 Abs. 1 StGB) daher in einschränkender Auslegung auf die Fälle (zu beschränken), in denen die oben aufgezeigte Grenze eindeutig überschritten ist.“ (BGH aaO, S. 28/29)

Ob diese „nicht einfache“ Abgrenzung zwischen erlaubtem und strafbarem Verhalten noch dem Gebot der Bestimmtheit von Strafgesetzen (Art. 103 Abs. 2 GG) entspricht, muss bezweifelt werden: Die Rechtsprechung ist bereits in Anwendung des geltenden § 108e StGB - zunehmend seit der Aufforderung des BGH in seinem Urteil vom 9. Mai 2006 (siehe oben) - mit solchen Konstellationen befasst, ohne deswegen schon im Einzelfall mit der gebotenen Sicherheit feststellen zu können, dass das Abstimmungsverhalten eines kommunalen Abgeordneten nicht am Gemeinwohl orientiert und nicht ohnehin Ausdruck seiner politischen Überzeugung gewesen sei. Dann aber ist die Feststellung eines „qualifizierten Unrechtszusammenhangs“ zwischen der für die konkrete zur Vertretung oder Durchsetzung der Interessen des Leistenden vorzunehmenden Handlung und dem Vorteil nicht möglich. Die Schwierigkeiten, die sich bereits bei der Anwendung der geltenden Strafnorm des § 108e StGB zeigen, müssen notwendig größer werden,

wenn dessen Anwendungsbereich über die Stimmabgabe hinaus auf jede „Handlung zur Vertretung oder Durchsetzung der Interessen des Leistenden oder eines Dritten“ ausgedehnt würde.

Der GE der Fraktion DIE LINKE erweitert den Kreis in Frage kommender Handlungen gegenüber dem GE von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, indem er alle Handlungen oder Unterlassungen in den Tatbestand einbezieht, „die im Zusammenhang mit der Ausübung seines Mandats (stehen)“. Die bereits gegenüber dem GE der Fraktion von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN geäußerten Bedenken treffen um so mehr auf die deutlich weitere Formulierung des „Unrechtszusammenhangs“ im GE der Fraktion DIE LINKE zu.

Der Deutschen Anwaltverein ist der Auffassung, dass beide Formulierungen nicht der von Art. 103 Abs. 2 GG geforderten Bestimmtheit einer Strafnorm entsprechen. Weder Handeln „in Ausübung“ noch „im Zusammenhang mit der Ausübung des Mandats“ entsprechen der aus rechtsstaatlichen Gründen richtigen Forderung eines „qualifizierten Unrechtszusammenhangs“, der schon bei den bisherigen Tatbestandsmerkmalen der „Wahl“ oder der „Abstimmung“ auftritt und nicht gelöst ist.

b) Beide Gesetzentwürfe bestimmen den „Vorteil“ zu unbestimmt:

Der GE der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN versucht das Problem mit einer Legaldefinition des „rechtswidrigen Vorteils“ in Absatz 3 des GE zu lösen, die an § 240 Abs. 2 StGB angelehnt ist, eine im Übrigen von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN immer schon kritisierte, viel zu weiche Formulierung. Die „politischen Tausch- und Gegenseitigkeitsgeschäfte“, auf die die Entwurfsbegründung verweist, mögen verdeutlichen, was die Entwurfsverfasser sich als nicht rechtswidrigen Vorteil in diesem Sinne vorstellen; zu einer – notwendig eindeutigen – Unterscheidung strafbaren Verhaltens von nicht strafbarem taugt diese Legaldefinition nicht.

Noch unbestimmter ist die Formulierung im GE der Fraktion DIE LINKE: „wenn dies seiner aus dem Mandat folgenden rechtlichen Stellung widerspricht“.

2. Das Sonderproblem kommunaler Mandatsträger

Besonders deutlich tritt das Problem ungenügender Abgrenzung strafbarer Verhaltensweisen im Fall von Mitgliedern kommunaler Volksvertretungen bei der

Annahme von geldwerten Zuwendungen durch Städte und Gemeinden auf, weil kommunale Volksvertretungen

„eher der Exekutive, nicht der Legislative zuzuordnen“ sind. Die Gemeindevertretung ist im staatsrechtlichen Sinne kein Parlament, sondern Organ der Selbstverwaltungskörperschaft (BVerfGE 78, 344, 348). Damit gehört die Rechtssetzungstätigkeit der Gemeinden trotz eines gewissen legislatorischen Charakters im System der grundgesetzlichen Gewaltenteilung zum Bereich der Verwaltung und nicht zum Bereich der Gesetzgebung (...). Die Willensbildung der Gemeindevertretung ist überwiegend auf die praktische Erledigung konkreter Verwaltungsaufgaben gerichtet und nicht – wie bei einem Parlament – auf den Erlass abstrakter Normen (...). Mitglieder kommunaler Volksvertretungen werden bei der Entscheidung von Einzelfragen im Rahmen der gemeindlichen Selbstverwaltung tätig, nicht als originäre Gesetzgebungsorgane (...).“ (BGH, 5 StR 453/05 v. 09.05.2006, Rn. 32)

Zuwendungen von privaten Unternehmen an Städte und Gemeinden sind in den letzten Jahren zu einem immer wichtigeren Finanzierungsmittel für Teilbereiche der öffentlichen Hand geworden. Von besonderer Bedeutung sind Spenden- und Sponsorenmittel, insbesondere bei der Förderung sozialer, kultureller oder sportlicher Aktivitäten (Landtag von Baden-Württemberg Drucksache 13/4948, S. 5). Zwar wird die Zulässigkeit der Einwerbung solcher Mittel grundsätzlich nicht in Frage gestellt, jedoch ist die Abgrenzung zwischen straffreier Kooperation von Gemeinden mit privaten Unternehmen und strafbarer Korruption nach wie vor (rechts-)unklar. "Dass diese Problematik nicht nur theoretischen Charakter hat, zeigen zahlreiche Ermittlungsverfahren im Zusammenhang mit Windkraftanlagen, in denen die Staatsanwaltschaft gegen Gemeinderatsmitglieder ermittelt, die an bestimmten Gemeinderatsbeschlüssen mitgewirkt haben. Die Gemeinden haben in der Folge der Beschlüsse von den Unternehmen Spenden erhalten oder die Windkraftunternehmen haben sich durch Verträge zur Zahlung einer bestimmten Summe an die Gemeinde verpflichtet. Die Gemeinderäte hätten sich - so ein niedersächsischer Staatsanwalt - "schmieren lassen". Es liegt auf der Hand, dass die Ermittlungsverfahren und die in der Zwischenzeit erhobenen Anklagen für viele Mandatsträger von hoher politischer Brisanz sind (Schreiber/Rosenau/Combé/Wrackmeyer, Goldammer's Archiv 2005, 265, 266).

Dieses bei Entscheidungen kommunaler Volksvertretungen spezifisch auftretende Abgrenzungsproblem lösen weder das im GE der Fraktion DIE LINKE vorgeschlagene „normative Tatbestandsmerkmal“ noch die § 240 Abs. 2 StGB entnommene "Verwerflichkeitsklausel" im Entwurf von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN. Es fehlt an

zuverlässigen Abgrenzungskriterien. Diese sind erforderlich, um insbesondere Wertungswidersprüche zwischen kommunalrechtlichen Vorgaben und Strafvorschriften zu vermeiden. Der Bundesgerichtshof hat solche Kriterien für den Bereich der Hochschulen entwickelt, wo es „verankerte Dienstaufgabe des Amtsträgers ist, sog. Drittmittel für Lehre und Forschung - und damit zugleich auch Vorteile im Sinne des Tatbestandes - einzuwerben. Dem Schutzgut des § 331 Abs. 1 StGB (Vertrauen in die Sachgerechtigkeit und "Nicht-Käuflichkeit" der Entscheidung)“. Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 23.05.2002 (BGHSt 47, 295) ausgeführt:

„Allerdings muss der Tatbestand (§ 331 Abs. 1 StGB) im Blick auf die hochschulrechtlich verankerte Dienstaufgabe eines Hochschullehrers zur Einwerbung von Drittmitteln einschränkend ausgelegt werden, um Wertungswidersprüche zu vermeiden. Regelt wie hier das Landeshochschulrecht (§ 8 Abs. 2, § 119 Abs. 2, Abs. 3 Nr. 5 UG BW idF. vom 30. Oktober 1987, GVBl S. 545) und damit eine spezielle gesetzliche Vorschrift die Einwerbung von zweckbestimmten Mitteln durch einen Amtsträger, die sich i.S.d. § 331 Abs. 1 StGB als Vorteil darstellen und bei denen ein Beziehungsverhältnis zu einer Diensthandlung besteht, so ist das durch den Straftatbestand geschützte Rechtsgut, das Vertrauen in die Sachgerechtigkeit und "Nicht-Käuflichkeit" dienstlichen Handelns, dann nicht in dem vom Gesetzgeber vorausgesetzten Maße strafrechtlich schutzbedürftig, wenn das in jenem Gesetz vorgesehene Verfahren eingehalten, namentlich die Annahme der Mittel angezeigt und genehmigt wird. Auf diese Weise wird die Durchschaubarkeit (Transparenz) des Vorganges hinreichend sichergestellt, den Kontroll- und Aufsichtsorganen eine Überwachung ermöglicht und so der Notwendigkeit des Schutzes vor dem Anschein der "Käuflichkeit" von Entscheidungen des Amtsträgers angemessen Rechnung getragen. Zudem werden Strafrecht und Hochschulrecht so auf der Tatbestandsebene in einen systematischen Einklang gebracht und ein Wertungsbruch vermieden.“

In vergleichbarer Weise verpflichtet etwa § 83 Abs. 2 der niedersächsischen Gemeindeordnung (NGO) die Gemeinden, sich zunächst sonstige Einnahmen zu verschaffen, bevor sie auf Steuern zurückgreifen. Will die Gemeinde dieser Forderung ohne Strafbarkeitsrisiken ihrer Vertreter nachkommen, muss rechtsklar und bestimmt geregelt sein, unter welchen Voraussetzungen die Einnahmeveranschaffung den Tatbestand der Abgeordnetenbestechung erfüllt. In Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Drittmittelforschung und zur Einwerbung von Parteispenden erscheint es daher sinnvoll, § 108 e StGB hinsichtlich der Gemeindevertreter akzessorisch auszugestalten und aus dem Tatbestandsbereich des § 108 e GE die Fälle herauszunehmen, in denen die Gemeinde bei Erhalt der Zuwendung die ihr nach dem Kommunalrecht vorgegebenen verwaltungsrechtlichen Verfahren eingehalten hat.

So regelt § 78 Abs. 4 der Gemeindeordnung Baden-Württemberg die Grundsätze der Einnahmebeschaffung wie folgt:

„Die Gemeinde darf zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach § 1 Abs. 2 Spenden, Schenkungen und ähnliche Zuwendungen einwerben und annehmen oder an Dritte vermitteln, die sich an der Erfüllung von Aufgaben nach § 1 Abs. 2 2 beteiligen. Die Einwerbung und die Entgegennahme des Angebots einer Zuwendung obliegen ausschließlich dem Bürgermeister sowie den Beigeordneten. Über die Annahme oder Vermittlung entscheidet der Gemeinderat. Die Gemeinde erstellt jährlich einen Bericht, in welchem die Geber, die Zuwendungen und die Zweckbestimmungen anzugeben sind, und übersendet ihn der Rechtsaufsichtsbehörde.“

Die Einhaltung des in solchen (gemeinderechtlichen) Vorschriften über die Einwerbung, Entgegennahme und Meldung von Spenden, Schenkungen und ähnlichen Zuwendungen vorgesehenen Verfahrens würde somit „Gerechtigkeit durch Verfahren“ schaffen.

IV. Zusammenfassung

Der Deutsche Anwaltverein kann die vorliegenden Entwürfe „eines Strafrechtsänderungsgesetzes – Bestechung und Bestechlichkeit von Abgeordneten“ (BT-Drs 16/6726) und eines „Gesetzes zur Bekämpfung der Abgeordnetenbestechung“ (BT-Drs. 16/8979) in ihren vorliegenden Fassungen nicht befürworten. Gerade im kommunalen Bereich, in dem die Gemeindevertretung einerseits als Organ der Selbstverwaltungskörperschaft nur sehr eingeschränkt rechtssetzend tätig wird, andererseits aber zunehmend aufgerufen ist, Zuwendungen Privater als Finanzierungsmittel für Teilbereiche der öffentlichen Hand einzuwerben, ist der (Landes-)Gesetzgeber – unabhängig von der Einführung einer über § 108e StGB hinausgehenden Strafbarkeit der Abgeordnetenbestechung - aufgerufen, gesetzliche Verfahren vorzugeben, durch deren Einhaltung (auch) die Mitglieder kommunaler Vertretungsorgane ausreichend sicher vor strafrechtlicher Verfolgung ihre Aufgaben erfüllen und Ziele verfolgen können.