

Transparency International Deutschland e.V.
Alte Schönhauser Str. 44 | 10119 Berlin

Vorsitzende des Innen- und Rechtsausschusses
- Frau Barbara Ostmeier -
Landeshaus
Düsternbrooker Weg 70
24105 Kiel

RA Prof. Dr. Wolfgang Jäckle
Leiter der Arbeitsgruppe Politik
Alte Schönhauser Str. 44
10119 Berlin
Tel. +49 30 549898-0
Fax +49 30 549898-22
E-Mail: office@transparency.de

per E-Mail an innenausschuss@landtag.ltsh.de.

Berlin, 14.10.2021

**Stellungnahme von Transparency International Deutschland e.V. zum
Antrag der Abgeordneten des SSW auf eine Verschärfung des § 108e
StBG (Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern);
LT-Drs. 19/3037**

Sehr geehrte Damen und Herren,
Sehr geehrte Frau Ostmeier,

haben Sie vielen Dank für Ihre Anfrage bezüglich einer schriftlichen Stellungnahme von
Transparency International Deutschland e.V. zum im Betreff genannten Thema.

Wir nehmen diese Möglichkeit gerne wahr, unsere Stellungnahme finden Sie anbei.

**Hinweis: Diese Stellungnahme stellt gleichzeitig die Stellungnahme dar, welche
der Verfasser aufgrund der an ihn gerichteten persönlichen Einladung (vgl.
Nummer 11 der Anhörungsliste; Stand: 25.08.2021) abgegeben hätte.**

Vielen Dank und freundliche Grüße

Hartmut Bäumer
Vorsitzender

Prof. Dr. Wolfgang Jäckle
Leiter der Arbeitsgruppe Politik

Stellungnahme von **Transparency International Deutschland e.V.** zum **Antrag der Abgeordneten des SSW auf eine Verschärfung des § 108e StGB (Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern);**

LT-Drs. 19/3037

Verfasser: RA Prof. Dr. Wolfgang Jäckle, Leiter der Arbeitsgruppe Politik

1. Vorbemerkung:

Angesichts der Vorkommnisse aus jüngerer Zeit (wie etwa Fälle die Aserbaidshon, Amthor/Augustus Intelligence Inc, Maskenbeschaffung), die allesamt bislang ohne korruptionsstrafrechtliche Folgen geblieben sind, dürfte außer Frage stehen, dass § 108e StGB in der derzeitigen Fassung ein sehr stumpfes Schwert darstellt. Transparency Deutschland begrüßt daher den Vorstoß des SSW, mit einer entsprechenden Bundesratsinitiative diesem Missstand abzuwehren.

2. Derzeitiger § 108e StGB

Obwohl Deutschland bereits 2003 die UN-Konvention zur Bekämpfung der Korruption unterzeichnet hat - diese verpflichtete die Vertragsstaaten, auch im legislativen Bereich wirksame korruptive Strafvorschriften zu erlassen - gelang es erst 2014 den damaligen § 108e StGB soweit zu verschärfen, dass diese UN-Konvention ratifiziert werden konnte. Das Kernstück des Gesetzgebungsverfahrens, das Erstellen von Stellungnahmen der Sachverständigen, deren Anhörung im Rechtsausschuss sowie die Beschlussfassung, kam innerhalb weniger Tage zustande, weshalb die erforderliche inhaltliche Auseinandersetzung mit den rechtlichen Problemen seitens des Gesetzgebers schon aus Zeitgründen nicht gewährleistet war.¹

Hauptangriffspunkt in der Sachverständigenanhörung² war das Argument, die zu beschließende Fassung des § 108e StGB sei zu eng, so dass die Gefahr des Bestehens nicht hinnehmbarer Strafbarkeitslücken drohe. Als besonders problematisch wurde schon damals das Merkmal „im Auftrag oder auf Weisung“ (nicht wie im SSW-Antrag zu lesen: „im Auftrag **und** auf Weisung“) angesehen. Dies fand beim Gesetzgeber kein Gehör. De lege lata ist infolgedessen jedes „fordern, sich versprechen lassen oder annehmen“ eines Vorteils seitens des Mandatsträgers immer dann straflos gestellt, wenn sich dies nicht als Resultat eines ihm vom Vorteilsgeber erteilten Auftrags oder einer Weisung darstellt.³

¹ Dies beruht auf eigenen Erfahrungen des Autors dieser Stellungnahme in seiner Eigenschaft als SV. Vgl. Jäckle, Sturzgeburt – „Hauruck“-Gesetzgebung bei der Mandatsträgerbestechung, in ZRP 2014, 121.

² Protokoll: https://www.bundestag.de/resource/blob/196222/86bc27d378972efd426c7ddb05f61ff/05_wortprotokoll-data.pdf

³ Einzelheiten: Jäckle, Abgeordnetenkorruption und Strafrecht – eine unendliche Geschichte, in ZRP 2012, 97.

Auf der anderen Seite wurde im damaligen Gesetzgebungsverfahren zu Recht auf das Verfassungsgebot der notwendigen Bestimmtheit einer Strafnorm hingewiesen. Hiernach muss der Tatbestand einer Strafnorm so konkret gefasst sein, dass dem Normadressaten Umfang und Tragweite desselben klar und deutlich vor Augen geführt werden.

In diesem Spannungsfeld bewegt sich die geplante Neufassung des § 108e StGB.

3. § 108e StGB in der anzustrebenden Fassung

Streichen der Formulierung „im Auftrag oder auf Weisung“

Die 2014 erfolgte Aufnahme dieser Begrifflichkeit in den Tatbestand muss aus den folgenden Gründen als missglückt angesehen werden:

- Rückgriff auf Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG verfehlt

Begründet wurde die Formulierung mit dem Wortlaut von Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG, wonach die Abgeordneten „**an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen**“ seien. Dieser Rückgriff war und ist unpassend. Eine historische Verfassungsauslegung ergibt, dass damit eine Absage der Mütter und Väter des Grundgesetzes an das sog. imperative Mandat (im Sinne einer zu verhindernden Fremdbestimmung des Abgeordneten durch seine Partei) gemeint war. Die Herstellung eines derartigen Bezugs zu Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG ist jedoch bei § 108e StGB nicht möglich, weil kein Mandatsträger gezwungen wird, ein korruptives Verhalten an den Tag zu legen. Tut er dies, so handelt er daher **eigen-** und nicht fremdbestimmt.

- Kein Bestehen eines „Über- Unterordnungsverhältnisses“ zwischen Vorteilsgeber und Vorteilsnehmer

Die Begriffe „Auftrag“ und „Weisung“ sind typisch für das Bestehen eines **Über- Unterordnungsverhältnisses**. Ein solches ist etwa im Verhältnis Dienstvorgesetzter – Beamter anzutreffen, nicht aber bei einer korruptiven Verbindung. Grund ist, dass für jedes Korruptionsdelikt eine konkrete Unrechtsvereinbarung vorhanden sein muss. Vorteilsgeber und Vorteilsnehmer müssen sich (wenigstens stillschweigend) darüber einig sein, dass der Vorteil zur Erlangung einer wie auch immer gearteten Gegenleistung gewährt bzw. gefordert wird. Aus Sicht der Beteiligten handelt es sich daher um eine Art „Win-Win“-Situation und folglich um die **Ebene der Gleichordnung**, nicht aber um eine der Über- Unterordnung.

In der Gesetzesbegründung 2014 (**BT-Drs. 18/476; Seite 8 Nummer 5**) findet sich zwar der Hinweis, dass die Begriffe „Auftrag“ und „Weisung“ weit und lediglich „im Sinne eines allgemeinen Sprachgebrauchs“ zu verstehen seien. Wenn es dort jedoch weiter heißt, dass jede Handlung erfasst werde, „die den Abgeordneten dazu bewegen soll, sich dem Interesse des Auftrags oder Weisungsgebers zu unterwerfen“, so macht dies deutlich, dass der Gesetzgeber damals die beschriebene Struktur des Bestehens eines Gleichordnungsverhältnisses verkannt hat.

In allen Fällen, in denen die Initiative zur Vorteilsgewährung vom Mandatsträger ausgeht (Tatbestandsalternative: „fordern“) kann zudem aus logischen Gründen das Tatbestandsmerkmal „im Auftrag oder auf Weisung“ nicht erfüllt sein. Als markantes auf der Kommunalebene angesiedeltes⁴ Beispiel sei der Fall genannt, in dem ein sich in finanziellen Nöten befindliches Gemeinderatsmitglied einem Unternehmer zur Erlangung eines Vorteils anbietet, dafür zu sorgen, dass eine im Rat der Gemeinde diskutierte Anhebung des Gewerbesteuersatzes nicht realisiert wird. Hier hat das Ratsmitglied sicherlich nicht im „Auftrag“ oder auf „Weisung“ des Unternehmers gehandelt. Nach derzeitiger Rechtslage müsste er daher straffrei bleiben.

Zwar wurde 2014 bei der Novellierung des §108e StGB diese Problematik erkannt, allerdings keiner Lösung zugeführt. Vielmehr flüchtete der Gesetzgeber sich hinsichtlich des „Forderns“ in eine praxisuntaugliche Konstruktion, indem er die folgende völlig gekünstelte Überlegung anstellte (**BT-Drs. 18/476 Seite 8 Nummer 5; hierzu: Jäckle, ZRP 2014, 121, 122**):

„Einer Handlung im „Auftrag oder auf Weisung“ steht es nicht entgegen, dass die Initiative für eine entsprechende Unrechtsvereinbarung von dem Vorteilsnehmer, also dem Mitglied⁵, ausgeht. Insbesondere die Tatbestandsvariante des „Forderns“ kann auch dadurch verwirklicht werden, dass das Mitglied sich bereit erklärt, als Gegenleistung für einen Vorteil nach Weisung des Vorteilsgebers zu agieren, und so seine „Beauftragung“ durch den Vorteilsgeber „einwirbt“.

Wie nicht anders zu erwarten und was bereits damals gut vorhersehbar war, kam es infolge dieser missglückten Tatbestandsfassung bis heute zu keiner nennenswerten Anzahl von Verurteilungen wegen Mandatsträgerbestechung. Bezeichnend hierfür ist, dass in dem Straftatenkatalog der Polizeilichen Kriminalstatistik (PKS) in den letzten Jahren § 108e StGB nicht einmal aufgeführt wird. (Vgl. für 2020: <https://rb.gy/v4fa5v>)

⁴ § 108e StGB findet (dies wird viel zu häufig verkannt) nicht nur auf die Bundes- und Landtagsabgeordneten, sondern auch auf die Mandatsträger der kommunalen Ebene (insbesondere auf die etwa 200.000 in Deutschland tätigen Gemeinderäte) Anwendung (vgl. Abs. 3).

⁵ Unsaubere Formulierung.

1. Zwischenergebnis:

Das Tatbestandsmerkmal „im Auftrag oder auf Weisung“ ist ersatzlos zu streichen, da ansonsten § 108e StGB nicht zu der erforderlichen Effizienz verholfen werden kann.

Erstreckung des Tatbestands des § 108e StGB auf Vorteile, die erst nach der vorgenommenen bzw. unterlassenen Handlung gewährt werden

Nach ganz herrschender Meinung erfasst § 108e StGB in der derzeit geltenden Fassung nur Vorteile, die **vor** der vorgenommenen bzw. unterlassenen Handlung gewährt worden sind. Der SSW-Antrag weist zu Recht darauf hin (Nummer 2), dass es sich bei den Amtsträgerdelikten der §§ 332, 334 StGB anders verhält, und dort auch erst nachträglich gewährte Vorteile normativ erfasst sind. Dies folgt aus der Formulierung [den Vorteil] „**dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er** [sic. der Amtsträger] **eine Diensthandlung vorgenommen hat**“.

Da es sich hier wie dort gleichermaßen um strafwürdiges Unrecht handelt, muss entsprechendes auch für den Fall gelten, dass es sich um keinen Amtsträger, sondern um einen Mandatsträger handelt. Aus praktischer Sicht liegt die Schwierigkeit im Falle einer vorgenommenen Angleichung allerdings in dem **erforderlichen Nachweis** einer getroffenen (oder in der Alternative des „Forderns“ einer wenigstens angestrebten) Unrechtsvereinbarung zwischen Mandatsträger und Vorteilsgeber. Dies dürfte die Bedeutung dieser Fallkategorie nicht unerheblich einschränken.

Da sich auch in der Gesetzesbegründung (**BT-Drs. 18/476**) kein Hinweis darauf findet, dass diese Variante der erst nachträglichen Gewährung des Vorteils tatbestandlich erfasst sein sollte, besteht eine Gesetzeslücke, die mit Hilfe des vorgeschlagenen Rückgriffs auf das für Amtsträger geltende Korruptionsstrafrecht zu schließen ist.

2. Zwischenergebnis:

Der Tatbestand des § 108e StGB ist (entsprechend §§ 332, 334 StGB) auf Vorteile zu erstrecken, die erst nach der vorgenommenen bzw. unterlassenen Handlung gewährt werden

Weiteres zur Novellierung des Tatbestands:

Einer weiteren kritischen Betrachtung muss auch der übrige Tatbestand des § 108e StGB unterzogen werden. Dies gilt insbesondere für das Merkmal „**bei der Wahrnehmung des Mandats**“.

Im Gesetzentwurf 2014 (**BT-Drs. 18/476 Seite 8 Nummer 7**) findet sich hierzu die folgende Präzisierung:

„Die vorzunehmende oder zu unterlassende Handlung muss „bei der Wahrnehmung des Mandats“ erfolgen. Erfasst sind sämtliche Tätigkeiten in den Parlaments- und Fraktionsgremien, also Tätigkeiten im Rahmen der parlamentarischen Arbeit im Plenum, den Bundestagsausschüssen und den Arbeitskreisen und Arbeitsgruppen der Fraktionen. Erfasst sind auch Tätigkeiten in Gremien, die der Bundestag ganz oder teilweise besetzt und die parlamentarische Aufgaben wahrnehmen, wie z. B. Vermittlungsausschuss, Gemeinsamer Ausschuss oder Richterwahlausschuss.“⁶

Funktional betrachtet geht es bei diesem Merkmal um die Abgrenzung zu Vorteilen, die dem Mandatsträger im rein privaten Bereich gewährt werden, was selbstverständlich mit Korruption nichts zu tun hat.

Ohne Zweifel erfüllt das Merkmal diese Abgrenzungsfunktion. Im Lichte der jüngeren Affären, in welche zahlreiche Bundestagsabgeordnete verstrickt waren (beispielhafte Fälle: Amthor/Augustus Intelligence Inc; Aserbaidshan), drängt sich jedoch die Frage auf, ob die Formulierung **„bei der Wahrnehmung des Mandats“** nicht zu einer zu starken Verengung des Tatbestands von § 108e StGB führt, so dass strafwürdiges korruptives Verhalten mangels Tatbestandserfüllung keiner Bestrafung zugeführt werden kann.

Fall Amthor: MdB Philipp Amthor vermittelte auf offiziellem Bundestags-Briefpapier für ein zweifelhaftes New Yorker Start Up namens Augustus Intelligence Inc Kontakte in die höchste Ebene des Bundeswirtschaftsministeriums. Es ging um das Erlangen von Unterstützung für beabsichtigte Geschäfte über Gesichtserkennung mit Hilfe künstlicher Intelligenz. Hierfür erhielt Philipp Amthor unter anderem Aktienoptionen sowie den Posten eines (Frühstücks-)Direktors. Die Generalstaatsanwaltschaft Berlin lehnte die Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens (§ 108e StGB) mangels Anfangsverdachts hauptsächlich mit der Begründung ab, derartige außerhalb des Mandats ausgeübte Verhaltensweisen seien nicht bei der Wahrnehmung des Mandats erfolgt und daher vom Anwendungsbereich des § 108e StGB nicht erfasst

(<https://www.faz.net/aktuell/politik/staatsanwaltschaft-stellt-ermittlungen-gegen-amthor-ein-16872179.html>).

Aserbaidshan-Affäre: Denselben problematischen Ausgang nahmen auch die wegen des Verdachts der unzulässigen Entgegennahme von Geld durchgeführten staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen gegen Eduard Lintner sowie gegen die (inzwischen verstorbene) Katrin Strenz. Ihnen (wie auch noch weiteren Personen) war

⁶ Zum Gesetzentwurf: <https://dserver.bundestag.de/btd/18/004/1800476.pdf>

vorgeworfen worden, für eine im Europarat zugunsten Aserbeidschans entwickelte Lobbytätigkeit erhebliche aus diesem Land stammende Geldbeträge angenommen zu haben. Die zuständige Generalstaatsanwaltschaft Rostock begründete ihre Entscheidung ebenfalls damit (**Schreiben vom 28.05.2019, Az. 2 OAR 128/18**), das Tatbestandsmerkmal „*bei der Wahrnehmung des Mandats*“ sei nicht erfüllt. Hierunter fielen „*ausschließlich Handlungen oder Unterlassungen bei parlamentarischen Verhandlungsgegenständen.*“

Die beiden Beispiele verdeutlichen die Ungeeignetheit⁷ des Tatbestandsmerkmals hinreichend. Es ist nicht zu akzeptieren, dass in derartigen Fällen⁸ Mandatsträger deswegen durch die Maschen des Strafrechts schlüpfen, weil dessen Netz zu weit geknüpft ist.

3. Zwischenergebnis:

Das Tatbestandsmerkmal „bei der Wahrnehmung des Mandats“ ist zu streichen und durch ein weiter gefasstes Merkmal zu ersetzen.

Zu beantworten bleibt die Frage, welches Tatbestandsmerkmal der Gesetzgeber stattdessen verwenden sollte, um den Bereich strafbaren Handelns angemessen auszuweiten. Dabei muss im Auge behalten werden, dass infolge dieser Erweiterung mangels hinreichender Konkretheit keine Verletzung des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Bestimmtheit eintritt.

Weiterführend könnte ein Blick auf die in der 17. Legislaturperiode von den damaligen Oppositionsparteien zur Novellierung des § 108e StGB eingebrachten Gesetzentwürfe sein.

Während sich der GE der SPD-Fraktion (**BT-Drs. 17/8613**) der 2014 Gesetz gewordenen zu weiten Formulierung „*bei der Wahrnehmung des Mandats*“ bediente, benutzte jener der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (**BT-Drs. 17/5933**) die Formulierung „*in Ausübung des Mandats*“. Hierbei handelt es sich indes lediglich um einen semantischen Unterschied, nicht aber um einen inhaltlichen Unterschied. Dies geht aus der Entwurfsbegründung hervor (Seite 4 unten), in welchem ausgeführt wurde, dass der „*Kernbereich der Mandatsausübung*“ gemeint sei.

Eine wesentlich weitere Fassung enthielt der GE der Fraktion DIE LINKE (**BT-Drs. 17/1412**). Er wollte eine „*im Zusammenhang mit dem Mandat stehende Tätigkeit*“

⁷ Fischer (StGB, 68. Aufl. 2021, § 108e Rn. 28) behilft sich mit der gewagten, da wohl vom Wortsinn nicht mehr gedeckten Auslegung, wonach „*Wahrnehmung des Mandats*“ ohne Zweifel auch dann vorliege, wenn ein Abgeordneter außerhalb seiner parlamentarischen „Zuständigkeit“ die Nähe zu politischen Entscheidungsträgern nutze, um „auftragsgemäß“ fremde Interessen durchzusetzen. - Im Kern trifft er damit jedoch das Richtige.

⁸ In der Maskenaffäre ermittelt die Generalstaatsanwaltschaft München derzeit noch.

genügen lassen. Diese Formulierung dürfte indes die Grenze zur erforderlichen Bestimmtheit der Tatbestandsfassung überschreiten, da er an den Begriffsrändern nicht genügend Konturenschärfe aufweist. Beispielhaft sei der Fall genannt, in dem es bei der Tätigkeit des Mandatsträgers zwar einen ganz losen Zusammenhang mit dem Mandat gibt, aber zusätzlich noch andere Motive (etwa die Schaffung von Arbeitsplätzen) für die Tätigkeit bestimmend waren.

Sachgerecht erscheint demgegenüber die Einfügung eines Missbrauchselements. Dies würde zum Ausdruck bringen, dass der Mandatsträger nicht seiner in Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG statuierten Verpflichtung Hüter des Gemeinwohls zu sein, nachkommt, sondern um des **eigenen Vorteils willens Partikularinteressen verfolgt**.

Vorgeschlagen wird die Formulierung „**unter Ausnutzung der Stellung als Mandatsträger**“. Könnte der Gesetzgeber sich zur Verwendung dieses Tatbestandsmerkmals entschließen, so wären die beiden genannten Beispielfälle, wie auch jene der Maskenaffäre unproblematisch von dem neuen § 108e StGB erfasst und damit die nicht hinnehmbaren Strafbarkeitslücken geschlossen.

Ergebnisse:

- 1. Das Tatbestandsmerkmal „im Auftrag oder auf Weisung“ ist ersatzlos zu streichen, da ansonsten § 108e StGB nicht zu der erforderlichen Effizienz verholfen werden kann.**
- 2. Der Tatbestand des § 108e StGB ist (entsprechend §§ 332, 334 StGB) auf Vorteile zu erstrecken, die erst nach der vorgenommenen bzw. unterlassenen Handlung gewährt werden.**
- 3. Das Tatbestandsmerkmal „bei der Wahrnehmung des Mandats“ ist zu streichen und durch das Merkmal „unter Ausnutzung der Stellung als Mandatsträger“ zu ersetzen.**