



Dr. Angelika Allgayer
Richterin am Bundesgerichtshof
– 1. Strafsenat –
Herrenstraße 45a, 76133 Karlsruhe
allgayer-angelika@bgh.bund.de

Karlsruhe, den 10. November 2023

Stellungnahme

zu dem

Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie zur Bekämpfung der Korruption vom 3. Mai 2023

- Auswirkung der Gleichstellung von Amts- und Mandatsträgern -

Inhaltsverzeichnis

I.	Zusammenfassende Bewertung	2
II.	Bewertungsgrundlagen und Richtlinienvorgaben	2
1.	Vorgaben des RL-Vorschlags	3
2.	Vorgaben der RL 2017/1371	3
3.	Straftatbestand der Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern (§ 108e StGB)	4
III.	Spannungsfeld	6
IV.	Rechtsgrundlage, Auswirkungen und verbleibender Handlungsspielraum	7
1.	Kompetenz zum Erlass der Richtlinie	8
2.	Auswirkung auf die bestehende Rechtslage	15
V.	(Nicht nur) Am Rande: Bedenken hinsichtlich weiterer Vorgaben	18
1.	Strafrahmen	18
2.	Verjährung	18
3.	Partielle Gleichstellung von öffentlicher Verwaltung und Privatwirtschaft	18
4.	Verfassungsmäßigkeit der Transparenzvorgaben für Abgeordnete	19
5.	Transparenzvorgaben für andere öffentlich Bedienstete	20

I. Zusammenfassende Bewertung

Der Richtlinienvorschlag verfolgt das begrüßenswerte Ziel, Korruption zu bekämpfen und zu diesem Zweck zur Schaffung eines einheitlichen Rechtsrahmens vorhandene Regelungen zu ersetzen oder zu ändern. Er enthält allerdings erheblich überschießende und widersprüchliche Regelungen, die tief nicht nur in das nationale Strafrecht, sondern auch in das Abgeordneten- und Dienstrecht eingreifen; ein breiterer Umsetzungsspielraum wäre dringend zu begrüßen.

Die Grundsätze des freien Mandats werden trotz der stellenweise zu weitreichenden Vorgaben nicht verletzt. Der Umsetzungsspielraum reicht (noch) aus, die Strafbarkeit von Abgeordneten – wie bisher – unter Berücksichtigung ihrer Stellung so zu regeln, dass die Annahme gerechtfertigter Vorteile straflos möglich bleibt. Zur Schaffung von Rechtssicherheit wäre die Klarstellung in den Erwägungsgründen erstrebenswert, dass keine vollständige Gleichstellung von Amt- und Mandatsträgern erforderlich ist (z.B. „shall be assimilated“).

II. Bewertungsgrundlagen und Richtlinienvorgaben

Die EU-Kommission hat dem EU-Parlament und dem Ministerrat am 3. Mai 2023 einen Vorschlag für eine Richtlinie zur Bekämpfung der Korruption unterbreitet, die neben Zielvorgaben mit Umsetzungsspielraum auch (nicht wenige) zwingende Vorgaben enthält (im Folgenden: RL-Vorschlag).¹ Der RL-Vorschlag schließt (u.a.) an die im Juli 2017 erlassene Richtlinie über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die Interessen der Union gerichtetem Betrug² (im Folgenden: RL 2017/1371) an, die insbesondere zur Strafbarkeit der Abgeordnetenbestechlichkeit bereits Vorgaben enthält.

Im Folgenden geht es um die Frage, wie sich die Richtlinienvorgaben zu der derzeit geltenden Fassung des Straftatbestands der Abgeordnetenbestechlichkeit nach § 108e StGB verhalten, ob ein deutsches Umsetzungsgesetz unter Wahrung der vorgeschlagenen Vorgaben mit dem freien Mandat gemäß Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG vereinbar wäre und welche Änderung der Vorgaben erstrebenswert erscheint.

¹ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung der Korruption, zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2003/568/JI des Rates und des Übereinkommens über die Bekämpfung der Bestechung, an der Beamte der Europäischen Gemeinschaften oder der Mitgliedstaaten der Europäischen Union beteiligt sind, sowie zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1371 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3.5.2023, COM(2023) 234 final, 2023/0135(COD), abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2023%3A234%3AFIN>.

² ABl. 2017, L 198, S. 29.

1. Vorgaben des RL-Vorschlags

Vorgaben zur Ausgestaltung von Korruptionsstraftatbeständen sieht der RL-Vorschlag in Art. 7-13 vor, ergänzt durch Vorgaben zu Anstiftung, Beihilfe und Versuch (Art. 14), auf Rechtsfolgenseite durch Vorschriften zu Sanktionen und Maßnahmen gegen natürliche Personen (Art. 15), die Verantwortlichkeit von und Sanktionen gegen juristische Personen (Art. 16, 17) sowie Strafzumessungsregelungen (Art. 18).

Diese Vorgaben gehen – sowohl auf der Tatbestands- als auch auf der Rechtsfolgenseite – erheblich über die in Deutschland derzeit geltenden Strafvorschriften hinaus, die im Bereich der Korruptionsstraftaten traditionell zwischen Straftatbeständen für den Amtsträgerbereich (§§ 331 ff. StGB), die Privatwirtschaft (§ 299 StGB) und für Mandatsträger (§ 108e StGB) unterscheiden.

Für die Bewertung der Auswirkung der Vorgaben auf Mandatsträger sind zwei Regelungsvorschläge maßgeblich:

Art. 7 lit. b RL-Vorschlag verpflichtet die Mitgliedstaaten (ohne Umsetzungsspielraum) sicherzustellen, dass Handlungen, bei denen ein öffentlicher Bediensteter unmittelbar oder über einen Mittelsmann für sich selbst oder für einen Dritten einen Vorteil jedweder Art als Gegenleistung dafür fordert, annimmt oder sich versprechen lässt, dass er eine Diensthandlung oder eine Handlung bei der Ausübung seines Dienstes vornimmt oder unterlässt (Bestechlichkeit), unter Strafe gestellt werden, wenn sie vorsätzlich begangen wurden.

Nach **Art. 2 Ziff. 5 Satz 2 RL-Vorschlag** gilt jede Person, die auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene ein Amt im Bereich der Gesetzgebung innehat, für die Zwecke dieser Richtlinie als nationaler Beamter. Mandatsträger werden Amtsträgern („nationalen Beamten“) damit gleichgestellt.

Auf Rechtsfolgenseite sieht **Art. 15 Abs. 2 lit. a RL-Vorschlag** – zu abschreckender Generalprävention – für die Art. 7 genannten Straftaten Freiheitsstrafe „im Höchstmaß von mindestens sechs Jahren“ vor.

Die Verjährungsfrist (Verfolgungsverjährung) darf nach **Art. 21 Abs. 1 und Abs. 2 lit a RL-Vorschlag** nicht kürzer sein als fünfzehn Jahre ab der Begehung der Straftat. Im Falle der Regelung einer Unterbrechung der Verjährung darf die Frist gem. **Art. 21 Abs. 3 lit a RL-Vorschlag** auf zehn Jahre verkürzt werden. Die Vorgaben für die Regelung der Vollstreckungsverjährung sind hieran orientiert.

2. Vorgaben der RL 2017/1371

Vorgaben zur Strafbarkeit der Abgeordnetenbestechlichkeit enthält bereits die RL 2017/1371, deren Art. 4 Abs. 2 wie folgt lautet:

Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass vorsätzliche Bestechlichkeit und vorsätzliche Bestechung Straftaten darstellen.

a. Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck „Bestechlichkeit“ die Handlung eines öffentlichen Bediensteten, der unmittelbar oder über eine Mittelsperson für sich oder einen Dritten Vorteile jedweder Art als Gegenleistung dafür fordert, annimmt oder sich versprechen lässt, dass er eine Diensthandlung oder eine Handlung bei der Ausübung seines Dienstes auf eine Weise vornimmt oder unterlässt, dass dadurch die finanziellen Interessen der Union geschädigt werden oder wahrscheinlich geschädigt werden;

b. Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck „Bestechung“ die Handlung einer Person, die einem öffentlichen Bediensteten unmittelbar oder über eine Mittelsperson einen Vorteil jedweder Art für diesen selbst oder für einen Dritten als Gegenleistung dafür verspricht, anbietet oder gewährt, dass der Bedienstete eine Diensthandlung oder eine Handlung bei der Ausübung seines Dienstes auf eine Weise vornimmt oder unterlässt, dass dadurch die finanziellen Interessen der Union geschädigt werden oder wahrscheinlich geschädigt werden.

Dem Begriff des „öffentlich Bediensteten“ unterfällt gem. Art. 4 lit. a RL 2017/1371 als „nationaler Beamter“ jede Person, die auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene ein Amt im Bereich der Exekutive, Verwaltung oder Justiz innehat. Diesen werden gem. Art. 4 lit. a Unterabs. 2 Satz 3 RL 2017/1371 Personen, die auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene ein Amt im Bereich der Gesetzgebung innehaben, gleichgestellt. Der „Türöffner“ für die Gleichstellung von Amts- und Mandatsträgern ist damit bereits an dieser Stelle verortet. Diese Gleichstellung entspricht in einigen anderen Mitgliedstaaten der geltenden Rechts- und Verfassungslage.

3. Straftatbestand der Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern (§ 108e StGB)

a) Gesetzliche Regelung

Für Mandatsträger lautet der nach derzeitiger Rechtslage geltende Straftatbestand wie folgt:

(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 von einem Jahr bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren 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) ¹Ein ungerechtfertigter Vorteil liegt insbesondere nicht vor, wenn die Annahme des Vorteils im Einklang mit den für die Rechtsstellung des Mitglieds maßgeblichen Vorschriften steht.

²Keinen 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.

Im Vergleich zu den Vorgaben des RL-Vorschlags ist der Strafraum mithin insoweit moderater, als die Höchststrafe des von § 108e Abs. 1 StGB vorgesehenen minder schweren Falles nur bei fünf Jahren liegt. Die Höchststrafe des Regelstrafrahmens liegt mit zehn Jahren indes deutlich über dem verlangten Mindestmaß. Die die Verjährungsfrist (Verfolgungsverjährung), die derzeit gemäß § 78 Abs. 3 Nr. 3 StGB (auch für den minder schweren Fall, § 78 Abs. 4 StGB) zehn Jahre beträgt, genügt jedenfalls der Vorgabe des Art. 21 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a RL-Vorschlag.

b) Derzeitige Strafbarkeitslücke

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs³ ist das Tatbestandsmerkmal „bei Wahrnehmung des Mandates“ eng zu interpretieren. Es ist dahin zu verstehen, dass (nur) die Mandatstätigkeit als solche, nämlich das Wirken des Abgeordneten im Parlament, mithin im Plenum, in den Ausschüssen oder sonstigen parlamentarischen Gremien einschließlich der Fraktionen oder in mit Parlamentsmitgliedern besetzten Kommissionen, erfasst ist. Allein die zwischen den Beteiligten vereinbarte Berufung des Abgeordneten auf seinen Status zur Beeinflussung von Behördenentscheidungen bei außerparlamentarischen Betätigungen im Interesse eines Privatunternehmers und ohne Vorgabe, im Auftrag des Parlaments zu handeln, vermag eine Strafbarkeit wegen Bestechlichkeit oder Bestechung von Mandatsträgern nicht zu begründen. Ebenso wenig genügt es, wenn der Abgeordnete dazu die in dieser Funktion geknüpften Beziehungen zu

³ BGH, Beschluss vom 5. Juli 2022 - StB 7/22, StB 8/22, StB 9/22, BGHSt 67, 107.

Entscheidungsträgern der Exekutive ausnutzen oder sich seiner Amtsausstattung bedienen soll.

Die „Maskenaffaire“ hat mithin für die Beteiligten keine Strafbarkeit begründet. Falls er außerparlamentarische Handlungen von Mandatsträgern erfasst sehen wolle, die von dem Versprechen oder der Gewährung eines unzulässigen Vorteils beeinflusst worden sind, hat der Bundesgerichtshof den Gesetzgeber auf das Erfordernis einer Änderung der bestehenden Strafvorschrift hingewiesen.

c) Strukturunterschied zu den Amtsträgerdelikten

Die Amtsträgerdelikte unterscheiden zwei Tathandlungen mit unterschiedlichem Unrechtsgehalt: Vorteilsannahme (§ 331 StGB) /Vorteilsgewährung (§ 333 StGB) einerseits und Bestechlichkeit (§ 332 StGB) /Bestechung (§ 334 StGB) andererseits. Während sich Vorteilsannahme und Vorteilsgewährung auf die Dienstausbübung *im Allgemeinen* beziehen und auch eine pflichtgemäße Diensthandlung ausreicht,⁴ ist Gegenstand der Bestechung und Bestechlichkeit *ein konkretes Verhalten* im Rahmen der Dienstausbübung, durch das der Amtsträger seine *Dienstplicht verletzt* oder zukünftig verletzen soll.⁵ Das Kernunrecht der Bestechlichkeit liegt also darin, dass der Amtsträger seine amtliche Stellung missbraucht, um eine vorschriftswidrige – oder gar strafbare – Handlung vorzunehmen.⁶ Dies begründet den gegenüber der Vorteilsannahme und Vorteilsgewährung gesteigerten Unwertgehalt der Bestechlichkeit/Bestechung, der Ausdruck in der höheren Strafandrohung findet. Während Täter der §§ 331, 332 StGB nur ein Amtsträger sein kann, sind die „Spiegelatbestände“ nach §§ 333, 334 StGB Allgemeindelikte.

III. Spannungsfeld

Die Gleichstellung von Amts- und Mandatsträgern stößt vor dem Hintergrund der sich aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG ergebenden Stellung der Mandatsträger auf (nicht unerhebliche) Bedenken. Denn nicht nur die Stellung, sondern auch die Tätigkeit von Amts- und Mandatsträgern unterscheidet sich signifikant.

Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages sind gem. Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen. In den Landesverfassungen finden sich vergleichbare Vorschriften. Die Bezugnahme auf das „Gewissen“ findet sich schon in der Verfassungsurkunde für das Kurfürstentum Hessen vom 5. Januar 1831 wie auch in Art. 21 WRV und wird als „traditionelles Erbgut des demokratisch-parlamentarischen Systems“ angesehen.⁷

⁴ Vgl. BGH, Beschl. v. 1. Juni 2021 – 6 StR 119/21, NStZ 2022, 114.

⁵ Vgl. BGH, Beschl. v. 1. Juni 2021 – 6 StR 119/21, aaO.

⁶ Vgl. BGHSt 3 ,143; 15, 239 (241); 48, 44 (46).

⁷ Vgl. Dürig/Herzog/Scholz/Klein/Schwarz, 101. EL Mai 2023, GG Art. 38 Rn. 213 mwN.

Anders als Amtsträger sind Mandatsträger gleichsam qua Amtes parteiisch, wie der Deutsche Bundesrat in seiner Stellungnahme⁸ zutreffend ausführt. Sie „dürfen für ihre Anliegen werben, mit anderen Akteuren in weitreichendem Umgang Kompromisse und Kooperationsvereinbarungen zum gegenseitigen Vorteil schließen und finanzielle Zuwendungen von außen annehmen, wenn sie dabei bestimmte Spielregeln einhalten“.⁹ Gerade auch eine – nicht durch Korruption beeinflusste – dem Wähler gegenüber transparente Vertretung von Partikularinteressen entspricht der Funktion des parlamentarischen Willensbildungsprozesses. Demgegenüber unterliegen Amtsträger einer strikten Gesetzesbindung und der Pflicht zu Unparteilichkeit; sie haben ihre Entscheidungen frei von jedweder Einflussnahme sowie frei von finanziellen Erwägungen zu treffen.¹⁰ Der Amtsträger ist damit ob seiner Stellung zu jeder Zeit durch jeden anderen Amtsträger ersetzbar; der Mandatsträger nicht.

Diesen Unterschieden müsste ein deutsches Umsetzungsgesetz Rechnung tragen. Eine unterschiedslose Behandlung der Mandatsträger gegenüber den Amtsträgern erscheint vor dem Hintergrund des freien Mandats weder angemessen noch (mit Blick auf Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG) bedenkenfrei. Einer Gleichstellung steht zudem entgegen, dass sich die Gesetzssystematik der Amtsträgerdelikte auf Mandatsträger gar nicht ohne weiteres übertragen lässt. Abgesehen davon, dass Mandatsträger – anders als Amtsträger – keine Gesetze vollziehen, sondern verabschieden, so dass sie nicht gesetzeswidrig im Sinne des § 334 StGB handeln können, müssen sie qua Amtes in der Lage sein, dieses auch straflos ausfüllen zu können. Dem Mandatsträger müssen Spielräume verbleiben, die über die – zu Recht strengen – Vorschriften für Amtsträger hinausgehen. Dazu gehören etwa Essenseinladungen im Wahlkreis, die Teilnahme an Empfängen oder die Entgegennahme einer (gesetzlich erlaubten!) Spende, denn nur so ist eine freie Interessenvertretung gewährleistet. Mit diesem Mandatsverständnis, das zutreffend auch die außerparlamentarische Tätigkeit der Abgeordneten einbezieht, wäre kaum vereinbar, jede Gewährung eines Vorteils an den Mandatsträger zu pönalisieren.¹¹

IV. Rechtsgrundlage, Auswirkungen und verbleibender Handlungsspielraum

Die ihr durch die Mitgliedstaaten übertragenen Hoheitsrechte dürfte die Kommission mit dem vorliegenden RL-Vorschlag nicht überschritten haben, denn dieser lässt sich wahrscheinlich auf Art. 83 Abs. 1 AEUV, jedenfalls aber auf Art. 83 Abs. 2 AEUV stützen. Da jedoch die Kompetenz aus Art. 83 Abs. 1 AEUV nicht völlig

⁸ BT-Drs. 244/23, S. 3.

⁹ BT-Drs. 244/23, S. 3.

¹⁰ BT-Drs. 244/23, S. 3.

¹¹ So bereits *Kubiciel*, ZRP 2023, 47 (48).

klar sein dürfte und die Annex-Kompetenz, die engen Voraussetzungen unterliegt, gleichfalls nicht völlig auf der Hand liegt, könnte hieraus **Verhandlungspotential** zu schöpfen sein.

1. Kompetenz zum Erlass der Richtlinie

Die Union darf außerhalb des ihr übertragenen und eng umgrenzten Bereichs der Bekämpfung von Betrugstaten (Art. 325 Abs. 4 AEUV) nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nur in den Grenzen der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit tätig werden (Art. 67 Abs. 3 u. Art 69 AEUV), wenn dies zur Bekämpfung der in Art. 83 Abs. 1 AEUV benannten, besonders schweren Straftaten mit grenzüberschreitender Dimension erforderlich ist oder die – restriktiv zu handhabende – Annexkompetenz nach Art. 83 Abs. 2 AEUV greift.

Hier sieht die Kommission die Rechtsgrundlage für ihren Richtlinien-Vorschlag in Art. 83 Abs. 1, Art. 83 Abs. 2 und Art. 82 Abs. 1 lit. d AEUV.¹²

Die Bedenken gegen die Annahme der Kompetenz, die zunächst unionsrechtlich und auch mit Blick auf die Frage eines Ultra-Vires-Akts oder eine Verletzung des Kerngehalts der Verfassungsidentität durchaus Berechtigung haben, dürften im Ergebnis zwar nicht durchschlagen. Sie liegen andererseits jedoch nicht gänzlich fern und könnten daher im Rahmen weiterer Verhandlungen mit den Organen der Europäischen Union eine Argumentationsgrundlage dafür bieten, die Richtlinie im Interesse gegenseitiger Rücksichtnahme abzuändern.

Empfehlenswert in weiteren Verhandlungen dürfte der Hinweis auf das **Subsidiaritäts-** und **Verhältnismäßigkeitsprinzip** sein, dessen Wahrung vorliegend stellenweise fraglich erscheint.

Soweit Ultra-Vires und die Identitätskontrolle bereits ventiliert worden sind,¹³ dürfte – nach vorsichtiger Einschätzung – weder eine Kompetenzverstoß vorliegen noch der Kerngehalt der Verfassung verletzt sein.

a) „Ultra Vires“

aa) Maßstab

Im Zuge der Ultra-Vires-Kontrolle wird überprüft, ob die EU-Organe bei der Schaffung von Sekundärrecht die ihnen durch die Mitgliedstaaten eingeräumten hoheitlichen Befugnisse überschritten, also außerhalb der ihnen zustehenden Kompetenzen gehandelt haben. Unionsrechtsakte, die sich außerhalb der der EU zugewiesenen Kompetenzen bewegen, verletzen als sog. Ultra-Vires-Akte nicht nur Unionsrecht, sondern auch deutsches Verfassungsrecht und werden vom

¹² Vgl. RL-Vorschlag Punkt 2 u. ErwGr. 2.

¹³ Vgl. Wissenschaftlicher Dienst – WD 3 – 3000 – 11/23.

Bundesverfassungsgericht für in Deutschland unanwendbar erklärt.¹⁴ Mit Blick auf das supranationale Integrationsprinzip wird die Ultra-Vires-Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht allerdings zurückhaltend ausgeübt.¹⁵ Nicht jeder Kompetenzverstoß löst eine Kontrollbefugnis aus; erforderlich ist vielmehr, dass „ersichtlich“ ist, dass Handlungen der europäischen Organe und Einrichtungen außerhalb der übertragenen Kompetenzen ergangen sind.¹⁶ Diese „Ersichtlichkeit“ erfordert, dass „die europäischen Organe und Einrichtungen die Grenzen ihrer Kompetenzen in einer das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung spezifisch verletzenden Art überschritten haben (Art. 23 Abs. 1 GG), der Kompetenzverstoß mit anderen Worten hinreichend qualifiziert ist.“¹⁷ Dies ist der Fall, wenn er offenkundig und schwerwiegend ist und im Hinblick auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung dermaßen ins Gewicht fällt, dass es im Ergebnis zu einer „strukturelle[n] Verschiebung im System konstitutioneller Macht und Einflussverteilung“ kommt.¹⁸

Die Anforderungen an einen Ultra-Vires-Akt liegen nach Maßgabe dessen (sehr) hoch.

bb) Anwendung auf den RL-Vorschlag

Der RL-Vorschlag verweist darauf, dass **Art. 83 Abs. 1 AEUV** Korruption als eine der Straftaten mit einer besonderen grenzüberschreitenden Dimension benennt und dort vorgesehen ist, dass das Europäische Parlament und der Rat durch Richtlinien die notwendigen Mindestvorschriften zur Definition des Straftatbestands der Korruption festlegen können.¹⁹ Dies trifft zu. Soweit ein grenzüberschreitender Bezug feststeht, ist das (gesamte) Korruptionsstrafrecht in die Harmonisierungskompetenz der Union überführt²⁰. Ob speziell in Bezug auf die Vorgaben zur Abgeordnetenbestechlichkeit diese erforderliche grenzüberschreitende Dimension vorliegt, könnte allerdings fraglich sein, jedenfalls könnte man in Zweifel ziehen ob sie hinreichend faktenbasiert unterlegt ist.

In Art. 83 Abs. 2 AEUV sieht die Kommission die Rechtsgrundlage für die Annahme der Richtlinie (EU) 2017/1371, die durch die vorgeschlagene Richtlinie geändert wird. Art. 83 Abs. 2 AEUV begründet für dem Unionsrecht unterfallende Rechtsmaterien die Zuständigkeit der EU, Mindestvorschriften für Straftaten und Strafen festzulegen, wenn in deren Bereich bereits Harmonisierungsmaßnahmen

¹⁴ Vgl. BVerfGE 123, 267 (353); 126, 286 Rn. 56 ff.

¹⁵ Vgl. BVerfGE 126, 286 (307); vgl. auch Dürig/Herzog/Scholz/Calliess, 101. EL Mai 2023, GG Art. 24 Abs. 1 Rn. 138.

¹⁶ Vgl. BVerfGE 123, 267 (353, 400); 126, 286 (304).

¹⁷ Vgl. BVerfGE 126, 286 (304).

¹⁸ Vgl. BVerfGE 126, 286 (304, 306); 142, 123 (198); 154, 17.

¹⁹ RL-Vorschlag Punkt 2.

²⁰ Vgl. Grabitz/Hilf/Nettesheim/Vogel/Eisele, 79. EL Mai 2023, AEUV Art. 83 Rn. 60 mwN.

erfolgt sind und die Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten für die wirksame Durchführung der Unionspolitik unerlässlich ist.

Vorliegend dürfte, soweit die Abgeordnetenbestechlichkeit betroffen ist, wenn man Art. 83 Abs. 1 AEUV in Zweifel ziehen wollte, jedenfalls die **Annex-Kompetenz aus Art. 83 Abs. 2 AEUV** gegeben sein.

(1) In der im Juli 2017 erlassenen Richtlinie über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die Interessen der Union gerichtetem Betrug (RL 2017/1371) sind bereits Vorgaben zur Strafbarkeit der Abgeordnetenbestechlichkeit enthalten (vgl. oben Ziff. II.2.). Nicht nur wird der Tatbestand der Bestechlichkeit und der Bestechung ausgefüllt; es finden sich in Art. 4 lit. a RL 2017/1371 auch Vorgaben zu dem Begriff des „öffentlich Bediensteten“, die auf die Gleichstellung von Amts- und Mandatsträger zielen.

Daran schießt der RL-Vorschlag inhaltlich an. Er bezieht sich daher mit der Abgeordnetenbestechlichkeit auf ein Gebiet, auf dem (zuvor) bereits Harmonisierungsmaßnahmen erfolgt sind.

(2) Die weiteren Voraussetzungen der Kompetenz aus Art. 83 Abs. 2 AEUV dürften gleichfalls gegeben sein.

Um eine uferlose Kompetenzerweiterung zu verhindern, unterliegt die Annexkompetenz einschränkenden Voraussetzungen. Zur Wahrung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung und der rechtsstaatlichen Gesetzesbindung muss die Angleichung entsprechender Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten „unerlässlich für die wirksame Durchführung der Politik der Union“²¹ auf dem harmonisierten Rechtsgebiet sein. Dafür muss nachweisbar feststehen, dass ein gravierendes Vollzugsdefizit besteht und nur durch Strafandrohung beseitigt werden kann.²²

In der Begründung des Richtlinien-Vorschlags greift die Kommission diese Anforderungen auf. Sie stützt die Diagnose eines gravierenden Vollzugsdefizits auf die Berichte über die Umsetzung der Richtlinie (EU) 2017/1371 vom 6. September 2021 und vom September 2022.²³ Der Bericht vom 6. September 2021 gelange zu dem Ergebnis, dass die Vorgaben hinsichtlich des „öffentlichen Bediensteten“ in etwa der Hälfte der Mitgliedstaaten nicht in nationales Recht umgesetzt worden seien. Zudem seien u.a. die tatbestandlichen Vorgaben des unionsrechtlichen Verständnisses von Bestechung und Bestechlichkeit defizitär umgesetzt worden, indem an dem (einengenden) Aspekt der „Pflichtverletzung“ festgehalten worden sei. Umsetzungsmängel oder sogar eine teilweise gänzlich unterbliebene

²¹ Vgl. BVerfGE 123, 267 (411 f.).

²² Vgl. BVerfGE 123, 267 (411 f.).

²³ Vgl. im Einzelnen RL-Vorschlag Punkt 3.

Umsetzung stelle der Bericht auch hinsichtlich der Vorgaben zur „missbräuchlichen Verwendung“ und der Verjährungsregelungen fest.

Konkrete Defizite bei der Umsetzung der RL 2017/1371 in den Mitgliedstaaten sind damit wohl hinreichend festgestellt, so dass allein die Frage maßgebend ist, ob diese als „gravierend“ zu bewerten sind. Eine entsprechende Bewertung leitet der RL-Vorschlag – jedenfalls mittelbar – aus den Ergebnissen der Konsultation der Interessenträger sowie der Einholung und Nutzung von Expertenwissen ab. Ergänzend gibt der RL-Vorschlag statistisches Zahlenmaterial wieder, aus welchem sich Unterschiede in den Mitgliedstaaten hinsichtlich des Vorhaltens der unionsrechtlich vorgegebenen Straftatbestände, der Höhe der jeweiligen Strafandrohungen sowie der Verjährungsfristen ergeben. Das aufgezeigte Vollzugsdefizit angesichts dessen als „gravierend“ zu bewerten, dürfte jedenfalls vertretbar sein.

Um die eigene Position im Rahmen weiterer Verhandlungen zu stärken, könnte man ungeachtet dessen darauf verweisen, dass bei Feststellung defizitärer RL-Umsetzung nicht der Erlass einer weiteren Richtlinie, sondern das Vertragsverletzungsverfahren das Mittel der Wahl ist.

(3) Soweit man den Anschluss des RL-Vorschlags an die RL 2017/1371 mit der Erwägung in Frage stellen könnte, diese sei auf dem Gebiet der „strafrechtlichen Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug“, mithin einem *anderen* Rechtsgebiet und zur Verfolgung eines *anderen Ziels* ergangen, dürfte dieser Einwand nicht durchgreifen. Es trifft zwar zu, dass der Schwerpunkt der RL 2017/1371 auf dem Schutz der EU-Subventionen liegt. Allerdings wird der Bereich der Korruption in Erwägungsgrund 8 ausdrücklich benannt; Ziel und Regelungsinhalt der Richtlinie (Art. 4, s.o.) sind damit kohärent.

b) Wahrung des Kerngehalts der Verfassungsidentität

Die zwingenden Vorgaben des RL-Vorschlags dürften auch nicht gegen den unantastbaren Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes aus Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG verstoßen (Identitätskontrolle). Insbesondere die Vorgaben in Art. 7 Abs. 2 des RL-Vorschlags dürften einer verfassungskonformen Interpretation mit dem Ergebnis zugänglich sein, dass eine Rücksichtnahme auf die Grundsätze des freien Mandats möglich ist.

aa) Maßstab

Mit der sog. Identitätskontrolle prüft das Bundesverfassungsgericht, ob die durch Art. 79 Abs. 3 GG für unantastbar erklärten Grundsätze bei der Übertragung von Hoheitsrechten durch den deutschen Gesetzgeber oder durch eine Maßnahme von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union berührt

werden.²⁴ Das betrifft die Wahrung des Menschenwürdekerns der Grundrechte (Art. 1 GG) ebenso wie die Grundsätze, die das Demokratie-, Rechts-, Sozial- und Bundesstaatsprinzip i.S.d. Art. 20 GG prägen. Die Identitätskontrolle verhindert nicht nur, dass der Europäischen Union Hoheitsrechte jenseits des für eine Übertragung offenstehenden Bereichs eingeräumt werden, sondern auch, dass Maßnahmen von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union umgesetzt werden, die eine entsprechende Wirkung entfalten und jedenfalls faktisch einer mit dem Grundgesetz unvereinbaren Kompetenzübertragung gleichkämen.²⁵

bb) Anwendung auf den RL-Vorschlag

Bedenken könnten nach Maßgabe dessen mit Blick darauf bestehen, dass die in Art. 7 Abs. 2 des RL-Vorschlags vorgegebene Ausgestaltung des Straftatbestands der Abgeordnetenbestechlichkeit das freie Mandat gem. Art 38 Abs. 1 Satz 2 GG einschränkt, welches eine Konkretisierung des in Art. 20 Abs. 1 und 2 GG verankerten Demokratieprinzips darstellt. Im Ergebnis dürften diese Bedenken jedoch aufgrund der Möglichkeit verfassungskonformer Auslegung nicht durchgreifen. Dennoch dürfte auch an dieser Stelle im Sinne gegenseitiger Rücksichtnahme **Verhandlungspotential** gegenüber der EU zu heben sein.

(1) Schutzzweck

Der Schutzzweck des Straftatbestands der Bestechlichkeit von Mandatsträgern ist weit; er umfasst die Integrität und Funktionsfähigkeit des repräsentativen Systems insgesamt.²⁶ Denn der demokratische Rechtsstaat beruht entscheidend darauf, dass die gewählten Mandatsträger ihr Mandat sachlich und unabhängig wahrnehmen.

Obwohl die Strafbewehrung der Mandatsträgerbestechlichkeit gerade darauf zielt, die Integrität und Funktionsfähigkeit des repräsentativen Systems zu stärken, kann sich daraus mittelbar dennoch eine (faktische) Einschränkung des freien Mandats ergeben. Dies wäre etwa der Fall, wenn der zur Ausübung des freien Mandats erforderliche Handlungsspielraum derart eingeengt würde, dass eine effektive Interessenvertretung durch den Abgeordneten nicht mehr stattfinden kann. Auf den grundsätzlich unbedenklichen Schutzzweck käme es dann nicht mehr an.

(2) Faktische Beschränkung des freien Mandats

²⁴ Vgl. BVerfGE 123, 267 (344, 353 f.); 129, 78 (100); 134, 366 (384 f.); 142, 123 (195 ff.).

²⁵ Vgl. BVerfGE 142, 123 Rn. 139.

²⁶ Vgl. BT-Drs. 18/476, 6 („das öffentliche Interesse an der Integrität parlamentarischer Prozesse und der Unabhängigkeit der Mandatsausübung sowie der Sachbezogenheit parlamentarischer Entscheidungen“).

(a) Auf Bedenken stößt der Wortlaut des RL-Vorschlags, der über den Tatbestand des derzeit geltenden § 108e StGB erheblich hinausgeht:

(aa) § 108e Abs. 1 StGB verlangt, dass der Vorteil „ungerechtfertigt“ sein muss. Die korruptive Verknüpfung von mandatsbezogener Handlung und Vorteil allein reicht nicht aus; es bedarf einer zusätzlichen Bewertung, die in mehreren Schritten erfolgt. Nach § 108e Abs. 4 Satz 1 StGB liegt ein ungerechtfertigter Vorteil insbesondere nicht vor, wenn die Annahme des Vorteils im Einklang mit den für die Rechtsstellung des Mitglieds maßgeblichen Vorschriften steht (etwa Annahme von Geschenken im diplomatischen und im internationalen parlamentarischen Verkehr). Nach § 108e Abs. 4 Satz 2 StGB besteht kein ungerechtfertigter Vorteil in einem politischen Mandat oder in einer politischen Funktion oder einer gesetzlich zulässigen (Partei-)Spende. Demgegenüber reicht nach Art. 7 lit. b RL-Vorschlag für die Strafbarkeit ein „Vorteil jedweder Art“ aus; Bereichsausnahmen sieht Art. 7 lit. b RL-Vorschlag nicht vor. Danach ist nach dem Wortlaut des RL-Vorschlags jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass Abgeordnete in den Verdacht der Bestechlichkeit geraten, wenn sie (legale) Zuwendungen für sich selbst oder ihre Partei entgegennehmen.

Dies stößt auf Bedenken, denn insbesondere die Spendenannahme durch Parteien ist derzeit nicht nur einfachgesetzlich erlaubt (§ 25 PartG), sondern grundsätzlich verfassungsrechtlich erwünscht. Zum einen ist die Spendenannahmefähigkeit der Parteien das Gegenstück zum Spendenrecht des Bürgers als Ausfluss seines Rechts auf Teilhabe an der politischen Willensbildung. Zum anderen folgt das Spendenannahmerecht aus dem Grundsatz der Staatsfreiheit der Parteien, der eine fortdauernde Verwurzelung der Parteien in der Gesellschaft zur Erfüllung ihrer Mitwirkungsaufgabe bei der politischen Willensbildung aus Art. 21 Abs. 1 GG gebietet. Ähnlich liegt es hinsichtlich der Annahme von Vorteilen durch Abgeordnete, die mit ihren Repräsentationsaufgaben in unauflösbarem Zusammenhang stehen (Essen auf einem Bürgerfest im Wahlkreis). Wäre eine Strafbarkeit in solchen Fall gegeben, wäre die effektive Wahrnehmung des freien Mandats tatsächlich gefährdet.

(bb) Zum anderen setzt § 108e StGB voraus, dass es um eine Handlung „im Auftrag oder auf Weisung“ geht. Hingegen spricht Art. 7 lit. b RL-Vorschlag nur von einer Handlung „bei der Ausübung seines Dienstes“ und ist damit auch an dieser Stelle weiter gefasst.

(b) Beides lässt sich jedoch auflösen, der nach Auslegung des RL-Vorschlags gegebene Umsetzungsspielraum genügt.

(aa) Die Schaffung einer § 108e Abs. 4 StGB entsprechenden Rechtfertigungsklausel ist m.E. mit den Vorgaben aus Art. 7 lit. b RL-Vorschlag vereinbar. Das bedeutet, dass die Annahme gesetzlich zulässiger Spenden wie auch politischer Mandate,

Funktionen oder sonstiger Vorteile, durch welche die Integrität des Mandats nicht gefährdet wird, weiterhin möglich bleibt.

Der RL-Vorschlag sieht den **Schutzzweck** der Strafnorm zur Bestechlichkeit von Mandatsträgern darin, „die demokratischen Institutionen und die universellen Werte, auf die sich die Union gründet, insbesondere die Rechtsstaatlichkeit, die Demokratie, die Gleichheit und den Schutz der Grundrechte“²⁷ vor einer Schwächung durch Korruption zu bewahren. Durch die Entgegennahme gesetzlich vorgesehener Zuwendungen, etwa zulässiger Parteispenden (vgl. dazu § 25 PartG und § 44a AbgG), ist dieser Schutzzweck jedoch nicht berührt. Die Annahme von Parteispenden oder von anderen Vorteilen im üblichen Rahmen begründet nicht die Gefahr, dass der Mandatsträger sich der spendenden Person besonders verpflichtet fühlt und daher in seinen mandatsbezogenen Entscheidungen nicht mehr frei ist. In Ansehung des Schutzzwecks erscheint es daher möglich, die derzeit bestehende Rechtfertigungsklausel fortzuschreiben.

Der **Wortlaut** „Vorteil jedweder Art“ in Art. 7 lit. b RL-Vorschlag lässt diese Auslegung m.E. zu.

Zusätzlich lässt sich die **Binnensystematik** des RL-Vorschlags anführen, denn auch in Erwägungsgrund 12 zur unerlaubten Einflussnahme ist ausdrücklich von einem „ungerechtfertigten Vorteil“ die Rede.

Schließlich sind Richtlinien nach **Art. 288 Abs. 3 AEUV** (nur) hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlassen jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel der Umsetzung. Das Ziel des Art. 7 lit. b RL-Vorschlag dürfte durch die Beibehaltung einer Rechtfertigungsklausel, wie sie derzeit in § 108e Abs. 4 StGB enthalten ist, nicht berührt sein. Im Ergebnis verlangt Art. 7 lit. b RL-Vorschlag damit keine Pönalisierung der Annahme jeden Vorteils; vielmehr dürfte die Strafflosstellung etwa der Annahme von Geschenken im diplomatischen und im internationalen parlamentarischen Verkehr oder gesetzlich zulässiger Parteispenden richtlinienkonform möglich sein.²⁸

*Außer Frage stünde eine solche Regelung dann, wenn ein **speziell hierauf zielender Erwägungsgrund** hinzugefügt oder – hilfsweise – Erwägungsgrund 1 entsprechend ergänzt werden könnte (z.B. „shall be assimilated“). Hierin könnte ein erreichbares (und für die Rechtsklarheit entscheidendes) **Verhandlungsziel** liegen.*

Bleibt die Annahme legaler Zuwendungen damit im Ergebnis möglich, liegt eine Beschränkung des freien Mandats gem. Art 38 Abs. 1 Satz 2 GG nicht vor.

²⁷ So RL-Vorschlag ErwGr. 1.

²⁸ Vgl. allerdings zu den Transparenzanforderungen aus Art. 3 RL-Vorschlag unten Ziff. V.4.

(bb) Soweit Art. 7 lit. b RL-Vorschlag eine Handlung „bei der Ausübung seines Dienstes“ ausreichen lässt, dürfte sich dies bei Umsetzung in innerstaatliches Recht nicht auf die Wahrnehmung des Mandats auswirken.

Die Vorgabe hat zwar zur Folge, dass das Tatbestandsmerkmal „im Auftrag oder auf Weisung“ zu entfallen hat.

Mit diesem Tatbestandsmerkmal sollte im Sinne des Art 38 Abs. 1 Satz 2 GG der Freiheit des Mandats Rechnung getragen werden. Strafbar soll sich der Mandatsträger nur machen, wenn er sich seine Mandatsfreiheit „abkaufen“ lässt, indem er sich um eines Vorteils willen Weisungen des Auftraggebers unterwirft.²⁹ Dafür soll im Sinne einer „qualifizierten Unrechtsvereinbarung“ erforderlich sein, dass sich der Mandatsträger gerade durch den ungerechtfertigten Vorteil zu seinem Verhalten verleiten lässt, was zu verneinen sei, wenn er durch seine innere Überzeugung dazu motiviert und nicht durch die Vorteilsgewährung beeinflusst ist, wobei dies nach dem äußeren Erklärungswert des Verhaltens zu beurteilen sei.³⁰

Da in der strafrechtlichen Praxis zum Nachweis dieser inneren Tatsache – wie bei inneren Tatsachen auch sonst üblich – auf objektivierbare Umstände abgestellt wird, insbesondere die Verknüpfung des Vorteils mit einem dem erkennbaren Zweck der Zuwendung entsprechenden Verhalten, hat dieses Tatbestandsmerkmal keine maßgebende Bedeutung. Hinzu kommt, dass mit Blick auf die bestehende Strafbarkeitslücke (vgl. oben Ziff. II.3.b)) ohnehin Änderungsbedarf an der derzeitigen Fassung des § 108e StGB besteht. Auf die Ausübung des freien Mandats hat der Wegfall dieses Merkmals jedenfalls keine maßgebliche Auswirkung.

2. Auswirkung auf die bestehende Rechtslage

Die Umsetzung der Vorgaben des Art. 7 lit. b RL-Vorschlag könnte infolge der Gleichstellung von Amts- und Mandatsträger grundsätzlich dadurch erfolgen, dass die derzeit bestehende Aufspaltung der Straftatbestände aufgegeben und die Mandatsträger in die Regelungen der §§ 331 ff. StGB einbezogen werden. Aufgrund der dargelegten Strukturunterschiede und der verfassungsrechtlichen Stellung der Mandatsträger erscheint dies jedoch weder sinnvoll noch angemessen.

Schon infolge dieser strukturellen Unterschiede zwischen Amts- und Mandatsträgern erscheint die Trennung der Straftatbestände auch bei Umsetzung der Vorgaben des RL-Vorschlags vorzugswürdig. Sie ist auch möglich. Um das Ziel des Art. 7 lit. b RL-Vorschlags zu erreichen (Art. 288 Abs. 3 AEUV) ist etwa denkbar, die Vorschrift des § 108e StGB an die Vorgaben anzupassen und entsprechend der Regelungssystematik der §§ 331 ff. StGB eine weitere Strafnorm zu schaffen.³¹

²⁹ Vgl. BT-Drs. 18/476 S. 7 f.

³⁰ Vgl. BT-Drs. 18/476 S. 8.

³¹ So bereits Kubiciel, ZRP 2023, 47 (48).

a) § 108e StGB

Die Strafnorm des § 108 e StGB könnte im Wesentlichen unverändert bleiben, d.h. weiterhin einen restriktiven Tatbestand („bei der Wahrnehmung seines Mandats“) in Kombination mit scharfer Rechtsfolge (Verbrechenstatbestand) enthalten. M.E. könnte und sollte insbesondere an dem Begriff des „ungerechtfertigten“ Vorteils festgehalten werden, um die legale Vorteilsannahme mit der erforderlichen Bestimmtheit aus dem Tatbestand auszunehmen. Auch die derzeit in § 108 Abs. 4 StGB enthaltene Rechtfertigungsklausel könnte fortgeschrieben werden.³²

Die Vorschrift umfasste dann – wie schon jetzt – die Fälle besonders gravierender politischer Korruption. Erfasst blieben die Fälle, in denen sich der Mandatsträger ein bestimmtes Verhalten „abkaufen“ lässt, er sich also einen Vorteil *für* die erkaufte parlamentarische Handlung und *vor* deren Vornahme versprechen oder gewähren lässt. In diesem Fall verdient der Unwertgehalt der unter Strafe gestellten Handlung die Einordnung als Verbrechen (§ 12 Abs. 1 StGB), weil die Integrität der Mandatsausführung schwerwiegend beeinträchtigt ist und die Beschädigung der parlamentarischen Demokratie erheblich sein kann. Dies rechtfertigt und erfordert materiellrechtlich die erhöhte – über die Vorgabe in Art. 15 Abs. 2 lit. a RL-Vorschlag hinausgehende – Strafdrohung und die obligatorische Strafbarkeit des Versuchs (§ 23 Abs. 1 StGB) sowie verfahrensrechtlich das Ausscheiden einer Verfahrenseinstellung nach §§ 153 ff StPO oder der (stillen) Behandlung im Strafbefehlsverfahren (§ 407 Abs. 1 StPO).

Die Umsetzung der Vorgaben aus Art. 7 lit. b RL-Vorschlag dürfte die Streichung der Wendung „im Auftrag oder auf Weisung“ erfordern. Eine substanzielle Änderung des materiellen Strafrechts ginge damit nicht einher; im Gegenteil erleichterte eine solche Änderung die praktische Anwendbarkeit des Rechts. Die Beibehaltung der Erstreckung der Strafdrohung auf alle staatlichen und überstaatlichen Ebenen ist durch Art. 2 Nr. 5 Satz 2 RL-Vorschlag zwingend vorgegeben.

b) Ergänzende Strafnorm

Der Regelungssystematik der §§ 331 StGB entlehnt, wäre nicht nur zur Umsetzung der Vorgaben, sondern auch ohne diese sinnvoll, eine weitere Strafnorm zu schaffen, die außerparlamentarische korruptive Handlungen pönalisiert („Maskenaffaire“). Hier handelt es sich um Fälle, in denen die Vorteilsgewährung nachgelagert oder ohne unmittelbaren Zusammenhang zu einer mandatsbezogenen Handlung erfolgt.³³ Diese schwächere Form des Unrechts ist nach dem Zweck des RL-Vorschlags gleichfalls unter Strafe zu stellen; es bedarf dafür aber keines Verbrechenstatbestands. Zu achten wäre allerdings auf die von

³² Vgl. dazu oben Ziff. IV. 1. b).

³³ Vgl. den Vorschlag von Kubiciel, ZRP 2023, 47 (49).

Art. 15 Abs. 2 lit. a RL-Vorschlag verlangte Mindeststrafandrohung im Höchstmaß von sechs Jahren³⁴.

c) Anwendungsfall Spendenannahmen u.ä.

Abgesehen von der zukünftigen Erstreckung der Strafbarkeit auf außerparlamentarische korruptive Handlungen im Falle der Schließung der vorhandenen Strafbarkeitslücke dürfte sich durch die Umsetzung der Vorgaben des Art. 7 lit. b RL-Vorschlag gegenüber der derzeitigen Rechtslage wenig ändern.

Zulässig dürften etwa weiterhin – jeweils unter Einhaltung der Transparenzvorschriften – bleiben:

- die Annahme von Geschenken im diplomatischen und im internationalen parlamentarischen Verkehr, die in der Wertigkeit das üblichen und anerkannte Maß nicht übersteigen
- die Annahme eines angetragenen politischen Mandats oder einer politischen Funktion
- die Annahme einer nach dem Parteiengesetz oder entsprechenden Gesetzen zulässigen Spende
- die Entgegennahme von geldwerten Zuwendungen nach Maßgabe des § 48 AbgG
- ehrenamtliche Tätigkeiten, für die eine i.S.d. § 44a Abs. 3 Satz 2 AbgG verhältnismäßige Aufwandsentschädigung vorgesehen ist
- Vortragstätigkeiten, die nicht in Zusammenhang mit der Mandatsausübung stehen und für die eine i.S.d. § 44a Abs. 3 Satz 2 AbgG verhältnismäßige Aufwandsentschädigung vorgesehen ist

Unzulässig dürften hingegen sein (bzw bleiben):

- vergütete Vortragstätigkeiten, die i.S.d. § 44a Abs. 2 Satz 3 AbgG in Zusammenhang mit der Mandatsausübung stehen
- die Annahme von Geldspenden an die oder den Abgeordneten selbst (§ 44a Abs. 2 Satz 5 AbgG)
- die Nutzung des Mandats zur Förderung jedweder fremder Interessen aus – auch nur mittelbaren – pekuniären Motiven (vgl. dazu § 44a Abs. 4 AbgG)
- entgeltliche Interessenvertretung oder Beratungstätigkeiten, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Mandatsausübung stehen (§ 44a Abs. 3 Satz 1 AbgG)

³⁴ Vgl. zu den dogmatischen Bedenken insoweit unten Ziff. V.1.

V. (Nicht nur) Am Rande: Bedenken hinsichtlich weiterer Vorgaben

Der in der Ausgestaltung der Einzelvorgaben (zu) sehr detaillierte RL-Vorschlag wirft hinsichtlich einer Reihe von Aspekten Bedenken auf, die hier in der Kürze nicht zur Sprache kommen können. Lediglich das Augenfällige sollte nicht unerwähnt bleiben:

1. Strafraumen

Die in Art. 15 Abs. 2 RL-Vorschlag enthaltenen Vorgaben zur jeweiligen Strafobergrenze fügen sich nicht bruchlos in die Dogmatik des Strafgesetzbuchs. Eine Strafobergrenze von sechs Jahren (so Art. 15 Abs. 2 lit. a RL-Vorschlag für die Korruptionstaten nach Art. 7 RL-Vorschlag) kennt das StGB derzeit nicht. Es orientiert sich in seinem Gesamtgefüge vielmehr an den historisch gewachsenen Strafobergrenzen, an denen kohärent z.B. die Verjährungsfristen in § 78 Abs. 3 und § 79 Abs. 3 StGB ausgerichtet sind. Diese Kategorien durch eine überschießende Anhebung der Strafobergrenze formal aufrechtzuhalten, dürfte aber nicht in Betracht kommen, da der Gesetzgeber in der Bestimmung seiner Strafen und Strafraumen nicht völlig frei ist, sondern die Straftat sowie Mindest- und Höchststrafen so festzusetzen hat, dass dem Unrechts- und Schuldgehalt eines Deliktstypus Rechnung getragen werden kann. Da zugleich Wertungswiderprüche zu ändern Strafnormen zu vermeiden sind, wird ein Abweichen von der traditionellen Kategorisierung möglicherweise nicht vollständig zu vermeiden sein.

Mit dem Hinweis auf die drohende Gefährdung der inneren Kohärenz der mitgliedstaatlichen Regelungswerke könnte möglicherweise auf einen breiteren Umsetzungsspielraum hingewirkt werden.

2. Verjährung

Ein erheblicher dogmatischer Bruch mit der Systematik des Strafgesetzbuchs liegt zudem darin, dass die Vollstreckungsverjährung statt an das im Urteil konkret festgesetzte und am Schuldprinzip ausgerichtete Strafmaß an die verletzte Strafnorm anknüpfen soll. Mit Blick darauf, dass Richtlinien nach Art. 288 Abs. 3 AEUV (nur) hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich sind, dürfte allerdings möglicherweise eine Umsetzung unter Beibehaltung des bestehenden Regelungsansatzes in Betracht kommen. Die Frage, ob der – anderenfalls gravierende – Eingriff in die Kohärenz der Strafrechtssysteme der Mitgliedstaaten sogar kompetenzwidrig sein könnte, stellt sich dann nicht.

3. Partielle Gleichstellung von öffentlicher Verwaltung und Privatwirtschaft

Der RL-Vorschlag geht an entscheidenden Stellen von der Gleichstellung der öffentlichen Verwaltung und der Privatwirtschaft aus. Die derzeitige Konzeption des

Strafgesetzbuchs teilt diesen Ansatz nicht. Es entspricht vielmehr dem traditionellen Verständnis, dass die Gefahren und Auswirkungen von Bestechung und Bestechlichkeit im Bereich der Privatwirtschaft weniger gravierend sind und das öffentliche Interesse nicht im selben Ausmaß berührt ist wie im öffentlichen Bereich, in dem Korruption das Vertrauen der Bürger in den Staat und seine Institutionen gefährdet.³⁵ In der auf den Prinzipien der Vertragsfreiheit und Gewinnmaximierung basierenden Privatwirtschaft ist das Streben nach Vorteilen weitgehend normativ anerkannt und daher deren Gewährung in einem weit enger begrenzten Bereich strafwürdig, als im Bereich der am Gemeinwohl orientierten, zu strikter Unparteilichkeit und Gesetzesbindung verpflichteten öffentlichen Verwaltung.³⁶ Da das Strafrecht als Instrument zur Durchsetzung von Rechtsnormen als Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsprinzips staatlichen Handelns immer nur ultima ratio ist, sollte dem ungleich ausgeprägten Sanktionsbedürfnis Rechnung getragen werden.

4. Verfassungsmäßigkeit der Transparenzvorgaben für Abgeordnete

Auf erhebliche Bedenken stößt die Transparenzvorgabe in Art. 3 Abs. 3 RL-Vorschlag. Danach haben die Mitgliedstaaten u.a. „wirksame Vorschriften für die Offenlegung und Überprüfung von Vermögenswerten öffentlicher Bediensteter“ zu ergreifen. Dies geht über die Änderungen des Abgeordnetengesetzes³⁷ und das Lobbyregistergesetz³⁸ in einer Weise hinaus, die verfassungsrechtliche Bedenken aufwerfen dürfte. Grundsätzlich sind Transparenzregelungen zwar nicht zu beanstanden und – solange geeignet, erforderlich und verhältnismäßig – sogar positiv zu bewerten. Allerdings dürfte schon fraglich sein, ob die derzeitige Regelung der Veröffentlichung anzeigepflichtiger Abgaben in § 47 AbgG erforderlich und verhältnismäßig ist. Es liegt jedenfalls nicht auf der Hand, dass die betragsgenaue Publikation von Nebeneinkünften der interessierten Öffentlichkeit gegenüber einer stufenweise pauschalisierten Betragsangabe einen Mehrwert liefert. Erachtete man letztere als für die Einschätzung der Unabhängigkeit des Mandatsträgers gleichermaßen wirksames Mittel, fehlte es bereits an der Erforderlichkeit.

Art. 3 Abs. 3 RL-Vorschlag geht darüber aber sogar noch hinaus, wenn er die Offenlegung von Vermögen verlangt. Dieses steht mit der Mandatsausübung per se in keinem Zusammenhang, es hat keinen Mandatsbezug. Ebenso wenig lässt sich ein Bezug zu etwaigen korruptiven Handlungen herstellen. Wie eine derart

³⁵ So auch BR-Drs. 244/23, S. 4 f.

³⁶ BR-Drs. 244/23, S. 5.

³⁷ Vgl. die mehrfachen erweiternden Änderungen in BGBl. I 2020 S. 1161; BGBl. I 2020 S. 2394; BGBl. I 2021 S. 741 und BGBl. I 2021 S. 4650.

³⁸ Lobbyregistergesetz vom 16. April 2021, BGBl. I S. 818.

weitgehende Offenlegungspflicht zu rechtfertigen sein soll, erschließt sich daher nicht.

5. Transparenzvorgaben für andere öffentlich Bedienstete

In der Bundesrepublik bislang völlig unbekannt sind Transparenzvorgaben auch für andere öffentliche Bedienstete (Beamte, Tarifbeschäftigte), wie sie sich aus Art. 3 Abs. 3 RL-Vorschlag ebenfalls ergeben. Erwägungsgrund 15 erwähnt „Länder, in denen öffentliche Bedienstete ihre Vermögenswerte in regelmäßigen Abständen angeben müssen, darunter bei Aufnahme und Beendigung ihrer Tätigkeit“, ohne anzugeben, um welche Länder und welche öffentlich Bediensteten es sich handelt. Auch bleibt unklar, wer die Angaben einsehen kann (z.B. verurteilte Straftäter die Angaben eines Staatsanwalts?). Eine anlasslose Offenlegungspflicht für alle öffentlich Bediensteten (z. B. auch Streifenpolizisten, Krankenschwestern) und der damit verbundene umfassende Vermögensnachweis über das gesamte Erwerbsleben erscheint weder sinnvoll noch angemessen und auch nicht vollziehbar. Sie würde als Generalverdacht wahrgenommen und breite Ablehnung hervorrufen. Zudem zeigt die Erfahrung, dass bestechliche Beamte häufig Umgehungsgestaltungen wählen, um Bestechungsgelder formal nicht selbst zu vereinnahmen, sondern nahestehenden Personen zuzuwenden.