



75 Jahre
Demokratie
lebendig



Deutscher Bundestag
Wissenschaftliche Dienste

Sachstand

Zum Spannungsverhältnis zwischen geplanter EU-Antikorruptionsrichtlinie und freiem Mandat

**Zum Spannungsverhältnis zwischen geplanter
EU-Antikorruptionsrichtlinie und freiem Mandat**

Aktenzeichen: WD 3 - 3000 - 122/23
Abschluss der Arbeit: 12.10.2023
Fachbereich: WD 3: Verfassung und Verwaltung

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	4
2.	Entstehung und Wirkung einer EU-Richtlinie	4
3.	Prüfungsmaßstab für das Umsetzungsgesetz	5
3.1.	„ultra vires“-Kontrolle	5
3.2.	Wahrung des Kerngehalts der Verfassungsidentität	8
3.2.1.	Schutzzweck der Strafnormen zur Bestechlichkeit von Mandatsträgern	9
3.2.2.	Verletzung des freien Mandats durch Vorgaben zur Bestechlichkeit von Mandatsträgern	9

1. Einleitung

Die EU-Kommission hat dem EU-Parlament und dem Ministerrat am 3. Mai 2023 einen **Vorschlag für eine Richtlinie zur Bekämpfung der Korruption**¹ unterbreitet. Danach soll die geplante Richtlinie neben Zielvorgaben mit Umsetzungsspielraum auch zwingende Vorgaben enthalten, die den Mitgliedstaaten keinerlei Umsetzungsspielraum belassen. So gibt insbesondere Art. 7 Buchst. b des Vorschlags zwingend eine bestimmte Fassung des Straftatbestands der **Abgeordnetenbestechlichkeit** vor. Diese weicht in einigen Punkten von der derzeit geltenden Fassung des § 108e Strafgesetzbuch (StGB)² ab. An die Wissenschaftlichen Dienste wurde die Frage herangetragen, ob ein vom deutschen Gesetzgeber erlassenes Gesetz, durch welches diese Vorgaben umgesetzt würden, mit dem **freien Mandat** gemäß Artikel 38 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz (GG)³ vereinbar wäre.

2. Entstehung und Wirkung einer EU-Richtlinie

Ein Richtlinien-Vorschlag der Kommission stellt gemäß Art. 294 Abs. 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)⁴ den **ersten Schritt des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens auf EU-Ebene** dar. Im Zuge der derzeit noch ausstehenden weiteren Verfahrensschritte können das EU-Parlament und der Ministerrat diesen Vorschlag gemäß Art. 294 Abs. 3 - 14 AEUV inhaltlich erheblich verändern. Welche Bestimmungen die Richtlinie im Fall ihres Erlasses en détail enthalten wird, ist daher zum gegenwärtigen Zeitpunkt offen.

Eine EU-Richtlinie ist gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel. Eine Richtlinie gilt also nicht unmittelbar in den

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 Strafgesetzbuch (StGB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 13.11.1998 (BGBl. I S. 3322), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 26.07.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 203).

3 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Grundgesetz - GG) in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 19.12.2022 (BGBl. I S. 2478) geändert worden ist.

4 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), Fassung aufgrund des am 1.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon (Konsolidierte Fassung bekanntgemacht im ABl. EG Nr. C 115 vom 9.5.2008, S. 47), zuletzt geändert durch die Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Kroatien und die Anpassungen des Vertrags über die Europäische Union, des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (ABl. EU L 112/21 vom 24.4.2012) m.W.v. 1.7.2013.

Mitgliedstaaten, sondern ist von diesen auszuführen.⁵ Sie enthält **finale Vorgaben**, die die Mitgliedstaaten im Wege der **Umsetzung in innerstaatliches Recht** zu erfüllen haben.⁶

Bei der Umsetzung in innerstaatliches Recht hat der deutsche Gesetzgeber grundsätzlich die Vorgaben des Grundgesetzes zu beachten. Allerdings besteht für das **EU-Recht** ein **Anwendungsvorrang** gegenüber jeglichem mitgliedstaatlichen Recht, selbst solchem mit Verfassungsrang.⁷ Daher bliebe die aus Art. 288 Abs. 3 AEUV folgende **unionsrechtliche Verpflichtung zur Umsetzung** der Richtlinie in nationales Recht für Deutschland selbst dann bestehen, wenn die Richtlinie zwingende Vorgaben enthielte, die gegen das deutsche Verfassungsrecht verstießen.

3. Prüfungsmaßstab für das Umsetzungsgesetz

Eine **verfassungsrechtliche Überprüfung** des vom deutschen Gesetzgeber zu erlassenden **Umsetzungsgesetzes** am Maßstab des Grundgesetzes wäre im vorliegenden Fall nur sehr **eingeschränkt möglich**. Soweit die Richtlinie Vorgaben enthält, die den Mitgliedstaaten einen **Umsetzungsspielraum** belassen, ist eine verfassungsrechtliche Überprüfung bereits deswegen nicht möglich, weil unklar ist, wie die Regelungen des Umsetzungsgesetzes im Einzelnen aussehen werden. Soweit es jedoch um **zwingende Vorgaben** einer EU-Richtlinie **ohne Umsetzungsspielraum** für die Mitgliedstaaten geht, sind diese nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts **nicht am Maßstab der Grundrechte** zu messen, solange die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) – wie aktuell der Fall – ein Maß an Grundrechtsschutz gewährleistet, das dem des Grundgesetzes im Wesentlichen gleichkommt.⁸ Darüber hinaus können derartige deutsche Umsetzungsgesetze nur noch darauf überprüft werden, ob die EU-Organe sich beim Erlass der Richtlinie in den Grenzen der ihnen im Wege der begrenzten Einzelermächtigung eingeräumten Hoheitsrechte gehalten haben (sog. „**ultra vires**“-Kontrolle)⁹, oder ob der **unantastbare Kerngehalt der Verfassungsidentität** des Grundgesetzes nach Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG gewahrt ist¹⁰.

3.1. „ultra vires“-Kontrolle

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. Die Kommission

5 W. Schroeder, in: Streinz, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 288 Rn. 53.

6 Ruffert, in: Calliess/Ruffert, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 288 Rn. 24.

7 Ruffert, in: Calliess/Ruffert, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 1 Rn. 19.

8 BVerfGE 129, 186 (199 ff.); 118, 79 (96 ff.).

9 BVerfGE 126, 286 (304 f.); 123, 276 (353 ff.).

10 BVerfGE 123, 267 (354 f.).

stützt ihren Richtlinien-Vorschlag ausdrücklich auf die Rechtsgrundlagen Art. 83 Absatz 1, Artikel 83 Absatz 2 und Artikel 82 Absatz 1 Buchstabe d AEUV.¹¹

Für die Vorgaben zur Regelung der Abgeordnetenbestechlichkeit dürfte die Kompetenz aus **Art. 83 Abs. 2 AEUV einschlägig** sein. Erweist sich eine **Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften** der Mitgliedstaaten als **unerlässlich für die wirksame Durchführung** der Politik der Union auf einem **Gebiet, auf dem Harmonisierungsmaßnahmen bereits erfolgt sind**, so können gemäß Art. 83 Abs. 2 AEUV durch Richtlinien Mindestvorschriften für die Festlegung von Straftaten und Strafen auf dem betreffenden Gebiet festgelegt werden.

Die EU hat im Juli 2017 die **Richtlinie über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die Interessen der Union gerichtetem Betrug (RL 2017/1371)**¹², die u.a. Vorgaben zur Strafbarkeit der Abgeordnetenbestechlichkeit enthält¹³, erlassen. Art. 4 Abs. 2 der RL 2017/1371 lautet wie folgt:

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.

Der Begriff des „**öffentlich Bediensteten**“ umfasst gemäß Art. 4 Buchst. a der RL 2017/1371 auch „**nationale Beamte**“. Gemäß Art. 4 Buchst. a Unterabs. 3 Satz der RL 2017/1371 fällt unter den Begriff „nationaler Beamter“ jede Person, die auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene ein Amt im Bereich der Exekutive, Verwaltung oder Justiz innehat. Gemäß Art. 4 Buchst. a Unterabs. 3 Satz 2 der RL 2017/1371 werden Personen, die auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene ein **Amt im Bereich der Gesetzgebung** innehaben, einem **nationalen Beamten gleichgestellt**. Mithin fanden sich bereits in der RL 2017/1371 Vorgaben zur Abgeordnetenbestechlichkeit.

11 Begründung des Richtlinien-Vorschlags, Punkt 2 (Rechtsgrundlage, Subsidiarität, Verhältnismäßigkeit), abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2023%3A234%3AFIN>.

12 Richtlinie (EU) 2017/1371 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug, ABl. L 198 vom 28.7.2017, S. 29, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex:32017L1371>.

13 Vgl. Art. 4 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie (EU) 2017/1371.

Der vorliegende Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie zur Bekämpfung der Korruption betrifft mit der Abgeordnetenbestechlichkeit folglich ein **Gebiet, auf dem bereits Harmonisierungsmaßnahmen** durch die RL 2017/1371 **erfolgt sind**. Der Vorschlag kann daher auf die Kompetenz aus **Art. 83 Abs. 2 AEUV** gestützt werden, soweit die weiteren **Voraussetzungen** dieser Vorschrift vorliegen. Zur Auslegung und Anwendung dieser sog. Annexkompetenz führt das Bundesverfassungsgericht in seinem **Urteil über den Vertrag von Lissabon** wie folgt aus¹⁴:

Hinter der Annexzuständigkeit verbirgt sich eine gravierende Ausdehnung der Zuständigkeit zur Strafrechtspflege im Vergleich zur bislang geltenden Rechtslage. Überall dort, wo die Union Zuständigkeiten zur Rechtsharmonisierung besitzt, kann sie danach zur „wirksamen Durchführung der Politik der Union“ Mindestvorschriften für die Festlegung von Straftaten und Strafen durch Richtlinien erlassen. Wegen drohender Uferlosigkeit dieses die Strafrechtssetzung betreffenden Kompetenztitels ist eine solche Kompetenzvorschrift mit dem Prinzip einer sachlich bestimmten und nur begrenzten Übertragung von Hoheitsrechten an sich ebenso wenig zu vereinbaren wie mit dem gebotenen Schutz des demokratisch an die Mehrheitsentscheidung des Volkes besonders rückgebundenen nationalen Gesetzgebers. Der Vertrag von Lissabon bietet jedoch hinreichende Anhaltspunkte für eine **verfassungskonforme Auslegung**. Zum einen ist der zur Strafrechtssetzung ermächtigende Tatbestand bereits vom Wortlaut eng gefasst. Danach muss sich die Angleichung entsprechender Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten „als **unerlässlich für die wirksame Durchführung der Politik der Union**“ auf dem harmonisierten Rechtsgebiet erweisen (Art. 83 Abs. 2 Satz 1 AEUV). Damit dieser Ausnahmetatbestand erfüllt ist und die Ermächtigung zur Strafgesetzgebung im Annex als übertragen angenommen werden kann, muss **nachweisbar feststehen**, dass ein **gravierendes Vollzugsdefizit** tatsächlich besteht und **nur durch Strafandrohung beseitigt** werden kann.

Der Richtlinien-Vorschlag der Kommission kann mithin dann auf die Kompetenz aus Art. 83 Abs. 2 AEUV gestützt werden, wenn die erneute Angleichung sich als unerlässlich für die wirksame Durchführung der Politik der Union erweist. Dazu muss, wie aus dem vorstehenden Zitat hervorgeht, nachweisbar feststehen, dass ein gravierendes Vollzugsdefizit tatsächlich besteht und nur durch Strafandrohung beseitigt werden kann. In der Begründung des Richtlinien-Vorschlags legt die Kommission zur **Effektivität der bestehenden Harmonisierungsbemühungen** im Bereich der **Bestechung und Bestechlichkeit**¹⁵ dar:

Die Kommission hat bislang zwei Berichte über die Umsetzung der Richtlinie (EU) 2017/1371 angenommen. Am 6. September 2021 nahm die Kommission den ersten Bericht an, in dem dargelegt wird, dass alle durch die Richtlinie gebundenen Mitgliedstaaten ihre wichtigsten Bestimmungen umgesetzt haben, die Umsetzung der Richtlinie in Bezug auf einige andere Bestimmungen jedoch noch verbessert werden muss. In dem Bericht wird festgestellt, dass einige Aspekte hinsichtlich der Definition des Ausdrucks „öffentlicher Bediensteter“ in etwa der Hälfte der Mitgliedstaaten nicht in nationales Recht umgesetzt wurden. Dem Bericht zufolge kommt in mehreren Mitgliedstaaten bei der Definition sowohl von Bestechung als auch von Bestechlichkeit der zusätzliche Aspekt der „Pflichtverletzung“ zum Tragen. Dieser

14 BVerfGE 123, 267 (411 f.).

15 Begründung des Richtlinien-Vorschlags, Punkt 3 (Ergebnisse der Ex-Post-Bewertung, der Konsultation der Interessenträger und der Folgenabschätzung), abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2023%3A234%3AFIN>.

zusätzliche Aspekt engt den Geltungsbereich der Definition von „Bestechung“ und „Bestechlichkeit“ im Sinne der Richtlinie erheblich ein.

In Bezug auf die „Bestechlichkeit“ stellte die Kommission fest, dass in einigen wenigen Mitgliedstaaten der Aspekt, dass öffentliche Bedienstete „eine Diensthandlung oder eine Handlung bei der Ausübung [ihres] Dienstes“ unterlassen, durch die nationalen Rechtsvorschriften nicht abgedeckt ist. In Bezug auf „Bestechung“ wird in dem Bericht darauf hingewiesen, dass einige Aspekte der in der Richtlinie vorgenommenen Definition in einigen Mitgliedstaaten fehlen oder nicht ordnungsgemäß umgesetzt wurden. In Bezug auf die „missbräuchliche Verwendung“ stellte die Kommission fest, dass einige Mitgliedstaaten die betreffende Bestimmung in enger gefasster Bedeutung oder gar nicht umgesetzt haben. In dem Bericht wird auch darauf hingewiesen, dass in Bezug auf Sanktionen die Bestimmungen der Richtlinie in einem Viertel der Mitgliedstaaten nicht ordnungsgemäß umgesetzt wurden. Hinsichtlich der Verjährungsfristen stellte die Kommission fest, dass in einigen Mitgliedstaaten die Verjährungsfrist für die Vollstreckung eines Urteils kürzer ist als die in der Richtlinie vorgesehene Frist.

Im September 2022 nahm die Kommission den zweiten Bericht über die Umsetzung der Richtlinie (EU) 2017/1371 an. In ihm ging es im Wesentlichen um drei spezifische Fragen: i) die Angemessenheit des in der Richtlinie vorgesehenen Schwellenwerts in Bezug auf Mehrwertsteuerbetrug (10 Mio. EUR Gesamtschaden); ii) die Wirksamkeit der Bestimmungen über die Verjährungsfristen; iii) ob mit der Richtlinie Fälle von Betrug im Zusammenhang mit der Vergabe öffentlicher Aufträge wirksam angegangen werden. Gemäß Artikel 18 Absatz 3 der Richtlinie (EU) 2017/1371 stützte sich der Bericht in erster Linie auf die Informationen, die der Kommission von den Mitgliedstaaten übermittelt wurden, einschließlich jährlicher Statistiken über die in der Richtlinie genannten Straftaten.

Zwar folgen diesen Ausführungen noch weitere umfangreiche Darlegungen u.a. zur Konsultation der Interessenträger, zur Einholung und Nutzung von Expertenwissen und zur Folgenabschätzung, jedoch geht bereits aus dem vorstehenden Zitat hervor, dass die Kommission **nachweisbar konkrete Defizite bei der Umsetzung der RL 2017/1371 in den Mitgliedstaaten festgestellt** hat. Inwieweit diese Vollzugsdefizite, wie vom Bundesverfassungsgericht gefordert, als **gravierend** anzusehen sind, ist im Rahmen dieses Sachstandes zwar nicht im Einzelnen zu beurteilen, jedoch werden die Hindernisse für eine effektive Bekämpfung der Bestechlichkeit durchaus plausibel erörtert.

Soweit die Vorgaben zur Abgeordnetenbestechlichkeit betroffen sind, dürfte sich der Richtlinien-Vorschlag daher auf Art. 83 Abs. 2 AEUV stützen lassen. Mit der Unterbreitung des Vorschlags hat die **Kommission** daher **nicht** die ihr durch die Mitgliedstaaten übertragenen **Hoheitsrechte überschritten**.

3.2. Wahrung des Kerngehalts der Verfassungsidentität

Des Weiteren dürfen die zwingenden Vorgaben der Richtlinie 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. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ermöglicht die Identitätskontrolle die Prüfung, ob infolge des Handelns europäischer Organe die

in Art. 79 Abs. 3 GG für unantastbar erklärten **Grundsätze der Art. 1 und Art. 20 GG** verletzt werden.¹⁶

Die in Art. 7 Abs. 2 des Richtlinien-Vorschlags vorgegebene Ausgestaltung des Straftatbestands der Abgeordnetenbestechlichkeit könnte gegen das in **Art. 20 Abs. 1 und 2 GG** verankerte **Demokratieprinzip** verstoßen. Eine Konkretisierung des Demokratieprinzips stellt das **freie Mandat gemäß Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG** dar.¹⁷ Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages sind danach Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen. Der Schutz des Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG umfasst die grundsätzliche Unentziehbarkeit des Mandats, die sachliche und die persönliche Unabhängigkeit und die freie Willensbildung.¹⁸ Diese Freiheit bezieht sich auf alle Entscheidungen, die Abgeordnete im Parlament zu treffen haben, auch solche, die sie nicht in Gewissensnot bringen.¹⁹

3.2.1. Schutzzweck der Strafnormen zur Bestechlichkeit von Mandatsträgern

Ob eine Vorgabe zur Strafbarkeit der Bestechlichkeit von Mandatsträgern überhaupt geeignet sein kann, die Gewährleistung des freien Mandats in Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG zu verletzen, erscheint in Anbetracht des **Schutzzwecks derartiger Strafnormen** zumindest zweifelhaft. So schützt etwa die derzeit geltende Fassung des § 108e StGB neben der **Sachlichkeit der Abstimmungen** auch die **Integrität und Funktionsfähigkeit des repräsentativen Systems** insgesamt.²⁰ Strafnormen zur Bekämpfung der Bestechlichkeit von Mandatsträgern zielen also grundsätzlich nicht darauf ab, das freie Mandat einzuschränken, sondern vielmehr darauf, dass es sachlich und unabhängig wahrgenommen wird.²¹

3.2.2. Verletzung des freien Mandats durch Vorgaben zur Bestechlichkeit von Mandatsträgern

Eine Verletzung von Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG könnte allerdings dann anzunehmen sein, wenn die Umsetzung der Vorgaben des Richtlinien-Vorschlags zur Folge hätte, dass die **Ausübung des freien Mandats** tatsächlich **nicht oder nur noch eingeschränkt möglich** wäre. Im Richtlinien-Vorschlags heißt es²²:

Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die folgenden Handlungen unter Strafe gestellt werden, wenn sie vorsätzlich begangen wurden:

16 BVerfGE 123, 267 (354); BVerfGE 132, 195.

17 Jarass, in: Jarass/Pieroth, 17. Aufl. 2022, GG Art. 20 Rn. 20a.

18 Jarass, in: Jarass/Pieroth, 17. Aufl. 2022, GG Art. 38 Rn. 45.

19 Jarass, in: Jarass/Pieroth, 17. Aufl. 2022, GG Art. 38 Rn. 46.

20 H. E. Müller, in: Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl. 2021, StGB § 108e Rn. 1.

21 H.E. Müller, a.a.O.

22 Vgl. Art. 7 des Richtlinien-Vorschlags.

[...]

b) 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).

Zu den „**öffentlich Bediensteten**“ zählen gemäß Art. 2 Nr. 3 Buchst. a des Richtlinien-Vorschlags auch „**ationale Beamte der Mitgliedstaaten**“. Als „**ationaler Beamter**“ gilt gemäß Art. 2 Nr. 5 Satz 2 des Richtlinien-Vorschlags jede Person, die auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene ein **Amt im Bereich der Gesetzgebung** innehat. Die Vorgaben der Richtlinie zum Straftatbestand der Bestechlichkeit sollen demnach auch Mandatsträger erfassen.

Von der aktuell geltenden Fassung des § 108e Abs. 1 StGB weichen die Vorgaben der Richtlinie in zwei wesentlichen Punkten ab. So verlangt § 108e Abs. 1 StGB, dass der **Vorteil „ungerechtfertigt“** sein muss, während nach Art. 7 Buchst. b des Richtlinien-Vorschlags für die Strafbarkeit ein „**Vorteil jedweder Art**“ ausreicht. Die Tatbestandserfüllung ergibt sich nach bisheriger Rechtslage also nicht schon aus der korruptiven Verknüpfung von mandatsbezogenen Handlungen und Vorteil, sondern es bedarf einer zusätzlichen Bewertung des Vorteils als „ungerechtfertigt“. Um diese Bewertung zu erleichtern stellt § 108e Abs. 4 Satz 1 StGB klar, dass ein ungerechtfertigter Vorteil insbesondere dann nicht vorliegt, wenn die Annahme des Vorteils im **Einklang mit den für die Rechtsstellung des Mitglieds maßgeblichen Vorschriften** steht. Darüber hinaus bestimmt § 108e Abs. 4 Satz 2 StGB ausdrücklich, dass ein **politisches Mandat oder eine politische Funktion** sowie eine nach dem Parteiengesetz oder entsprechenden Gesetzen **zulässige Spende keinen ungerechtfertigten Vorteil** im Sinne der Vorschrift darstellt. Art. 7 Buchst. b des Richtlinien-Vorschlags sieht derartige Einschränkungen nicht vor. Dies legt nahe, dass die Umsetzung der Vorgaben des Richtlinien-Vorschlags dazu führen könnte, dass Abgeordnete sich bereits durch die **bloße Annahme eines irgendwie gearteten Vorteils dem Vorwurf der Bestechlichkeit** ausgesetzt sehen. In einem solchen Fall könnte die effektive Wahrnehmung des freien Mandats gefährdet sein, da etwa die Entgegennahme von Zuwendungen, sei es für den Abgeordneten selbst oder für die Partei, der er angehört, kaum noch möglich wäre, ohne zumindest in den Verdacht der Bestechlichkeit zu geraten. Dagegen ist jedoch einzuwenden, dass der **Schutzzweck von Strafnormen zur Bestechlichkeit** von Mandatsträgern – wie oben unter 3.2.1. dargelegt – gerade darin besteht, die sachliche und unabhängige Wahrnehmung des Mandats zu gewährleisten, und nicht darin, die ordnungsgemäße Mandatswahrnehmung zu behindern. Diese Zielsetzung hat zur Folge, dass sich Auslegungen der Norm verbieten, die zu einer Beeinträchtigung der Wahrnehmung des freien Mandats führen würden. Zudem muss in dem Fall, dass eine Norm mindestens **zwei Auslegungsvarianten** zulässt, von denen die eine verfassungswidrig, die andere verfassungsgemäß ist, stets die **verfassungskonforme Variante** gewählt werden.²³ Der in Art. 7 Buchst. b des Richtlinien-Vorschlags verwendete Wortlaut „Vorteil jedweder Art“ lässt durchaus die Interpretation zu, dass nur *ungerechtfertigte* Vorteile jedweder Art gemeint sind. Die Formulierung „jedweder Art“ könnte dann etwa dahingehend aufgefasst werden, dass sie sowohl Vorteile materieller als auch immaterieller Art erfassen soll. Folglich ist eine Auslegung des Art. 7 Buchst. b des Richtlinien-Vorschlags möglich, die nicht dazu führt, dass die bloße Annahme eines

23 Schmitz, in: Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl. 2020, § 1 StGB Rn. 99; Eser, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, StGB § 108e Rn. 21.

irgendwie gearteten Vorteils den Vorwurf der Bestechlichkeit begründet. Eine **Verletzung des freien Mandats** durch den Richtlinien-Vorschlag dürfte insoweit daher **nicht vorliegen**.

Zudem setzt § 108e StGB voraus, dass es um eine Handlung „**im Auftrag oder auf Weisung**“ geht. Art. 7 Buchst. b des Richtlinien-Vorschlags spricht hingegen nur von einer Handlung „**bei der Ausübung seines Dienstes**“. Diese Abweichung dürfte sich im Fall der Umsetzung in innerstaatliches Recht kaum auf die Wahrnehmung des Mandats auswirken. Denn nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung ist die Formulierung „im Auftrag oder auf Weisung“ ohnehin nur ein **deklaratorischer Hinweis** auf die besondere Bedeutung des freien Mandats, ohne dass dem Merkmal einschränkende Bedeutung zukäme.²⁴ Gemäß der Entwurfsbegründung zu § 108e StGB soll das Tatbestandsmerkmal hingegen sicherstellen, dass ein Mandatsträger sich nur dann strafbar macht, wenn er wegen des versprochenen bzw. angenommenen Vorteils „seine innere Überzeugung den Interessen des Vorteilsgebers unterordnet“.²⁵ Zum Nachweis dieser inneren Tatsache wird in der strafrechtlichen Praxis aber ohnehin weniger auf den Nachweis subjektiv-finaler Motivierung durch den Vorteil als vielmehr auf die äußerlich feststellbare Verbindung eines gewährten oder erwarteten Vorteils mit einem dem erkennbaren Zweck der Zuwendung entsprechenden Verhalten abgestellt.²⁶ Daher ist nicht zu erwarten, dass ein Wegfall des Merkmals „im Auftrag oder auf Weisung“ sich spürbar erschwerend auf die Wahrnehmung des freien Mandats auswirken würde.

Somit liegen **keine Anhaltspunkte** für eine **Verletzung** des in Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleisteten **freien Mandats** durch die in Art. 7 des Vorschlags einer Richtlinie zur Bekämpfung der Korruption enthaltenen Vorgaben vor. Daher ist auch eine **Verletzung des Demokratieprinzips**, mithin auch des Kerngehalts der Verfassungsidentität des Grundgesetzes, **nicht erkennbar**.

* * *

24 Francuski, HRRS 2014, 220 (227).

25 BT-Drs. 18/476, 5 (7).

26 Eser, a.a.O.