

Kurzgutachten/Stellungnahme

zum 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 Parlamentes und des Rates

A. Auftraggeber

Dr. Thorsten Lieb, MdB
Deutscher Bundestag
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Prof. Dr. Marco Mansdörfer

Lehrstuhl für deutsches und europäisches
Strafrecht und Strafprozessrecht
einschließlich Wirtschaftsstrafrecht

Campus C3.1 | 66123 Saarbrücken

T: +49 681 302-2123

F: +49 681 302-2237

lehrstuhl.mansdoerfer@mx.uni-saarland.de

B. Gutachtenfrage

Verletzt der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie zur Bekämpfung der Korruption (COM/2023/234 final) das verfassungsrechtlich garantierte freie Mandat nach Art. 38 GG?¹

C. Gutachten

I. Eingriff in das freie Mandat nach Art. 38 GG

Der zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hat den Inhalt des freien Mandats nach Art. 38 GG in seinem Beschluss vom 17. September 2013 – 2 BvR 2436/10 – beispielhaft wie folgt beschrieben:

„Grundlage des freien Mandats ist Art. 38 Abs. 1 GG. Diese Norm schützt nicht nur den Bestand, sondern auch die tatsächliche Ausübung des Mandats (vgl. BVerfGE 80, 188 <218>; 99, 19 <32>; 118, 277 <324>). Der Abgeordnete ist – vom Vertrauen der Wähler berufen – Inhaber eines öffentlichen Amtes, Träger eines freien Mandats und, gemeinsam mit der Gesamtheit der Mitglieder des Parlaments (vgl. BVerfGE 56, 396 <405>; 118, 277 <324>), Vertreter des ganzen Volkes (vgl. BVerfGE 112, 118 <134>; 118, 277 <324>). Er hat einen repräsentativen Status inne, übt sein Mandat in Unabhängigkeit, frei von jeder Bindung an Aufträge und Weisungen, aus und ist nur seinem Gewissen unterworfen (vgl. BVerfGE 40, 296 <314, 316>; 76, 256 <341>; 118, 277 <324>).

(...)

¹ Die Anfrage zur Teilnahme als Sachverständiger an der Sitzung des Rechtsausschusses 13.11.2023 erfolgte am 09.11.2023. Entsprechen der Kurzfristigkeit der Anfrage erfolgt die Antwort auf die Gutachtenfrage lediglich in Form eines Kurzgutachtens. Detailausführungen müssen daher an den gekennzeichneten Stellen vorbehalten bleiben.

In dem Wechselspiel zwischen gesellschaftlicher und staatlicher Willensbildung hat der Abgeordnete – in ähnlicher Weise wie die politischen Parteien (vgl. BVerfGE 41, 399 <416 f.>) – eine Transformationsfunktion (Morlok, in: Dreier, GG, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 38 Rn. 135): Er sammelt und strukturiert die politischen Auffassungen und Interessen, die an ihn herangetragen werden, und entscheidet, ob, wie und mit welcher Priorität er sich bemüht, sie in staatliche Entscheidungen umzusetzen. Seine Aufgabe ist es, unterschiedliche politische Auffassungen und Interessen aufzunehmen, auszugleichen und in die Willensbildung von Partei, Fraktion und Parlament zu überführen, und umgekehrt den Bürgern den guten Sinn der in Parlament getroffenen politischen Entscheidungen zu vermitteln oder bessere Alternativen aufzuzeigen und für sie zu werben. Er ist ein Verbindungsglied zwischen Parlament und Bürger (vgl. auch Härth, Die Rede- und Abstimmungsfreiheit der Parlamentsabgeordneten in der Bundesrepublik Deutschland, 1983, S. 142). Repräsentation erfordert Vermittlung von Informationsströmen in doppelter Richtung (Benda, ZParl 1978, S. 510 <513>). Um diese in Gang zu halten, gehört es zu den Hauptaufgaben des Mandats, engen Kontakt mit der Partei, den Verbänden und nicht organisierten Bürgern, insbesondere im eigenen Wahlkreis, zu halten (H. Meyer, VVDStRL 33 <1975>, S. 7 ff. <95>).“

Der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie zur Bekämpfung der Korruption (COM/2023/234 final) beinhaltet eine korruptionsstrafrechtliche Gleichstellung von Abgeordneten mit sonstigen öffentlichen Amtsträgern. Die Amtsträgerkorruption soll bereits jedem Schein der unlauteren Einflussnahme auf die staatliche Verwaltungstätigkeit vorbeugen. Die Verwaltung wird damit vor einer interessensgeleiteten Einflussnahme auf den Gesetzesvollzug geschützt, sodass insoweit auch ein Kernelement des Rechtsstaats gewährleistet wird.

Die unterschiedslose Gleichbehandlung von Amtsträgern (mit der Aufgabe der Umsetzung von Gesetzen) und Mandatsträgern (mit der Aufgabe der Umsetzung von Interessen in staatliche Entscheidungen) trägt den unterschiedlichen Gegebenheiten nicht hinreichend Rechnung. Der Abgeordnete bzw. Mandatsträger kann sich durch ein Verbot jeglicher Vorteilsgewährung für die Durchsetzung von Interessen in seiner Aufgabe, Interessen in den politischen Willensbildungsprozess einzubringen, zu priorisieren und/oder auszugleichen, beeinträchtigt sehen. Das für Amtsträger geltende Korruptionsstrafrecht ist dabei – zu Recht – sehr streng und stellt unter bestimmten Umständen bereits die Zuwendung geringfügiger Vorteile, wie z.B. Essenseinladungen, kleine Geschenke etc. unter Strafe. Vom Mandatsträger werden aber gerade enge Kontakte zu verschiedensten Interessenvertretern der öffentlichen Gesellschaft erwartet und sind Teil des Mandats. Vergütete Tätigkeiten in Aufsichtsräten oder Vorträge auf Honorarbasis sind daher nicht per se sozialetisch zu tadeln. Das Einwerben von Spenden oder anderen Unterstützungsleistungen ist ebenfalls Teil des Mandats. Der Begriff des Vorteils ist dabei ebenfalls weiter zu verstehen. Neben wirtschaftlichen Vorteilen verbietet das den Amtsträger betreffende Korruptionsrecht auch die Zuwendung jeglicher immaterieller Vorteile. Die dem Mandatsträger aufgegebenen Priorisierung von Interessen im politischen Prozess ist dagegen im Kern stets ein Ausgleich von Vor- und-

Nachteilen. Eine zu weit gefasste Strafvorschrift und damit verbundene Sanktionsdrohungen sind daher wegen daraus resultierender Unklarheiten geeignet, den Mandatsträger in seiner traditionellen Ausübung seiner Abgeordnetenfunktionen zu hemmen und die freie Ausübung des Mandats zu beeinträchtigen. Dies gilt erst recht, wenn – unter der Hypothese nicht ideal funktionierender Rechtsstaatlichkeit – hinzugedacht wird, dass mit erheblicher belastender Wirkung verbundene strafrechtliche Ermittlungsverfahren bereits unter den Voraussetzungen eines in der Regel leicht zu begründenden Anfangsverdachts eingeleitet werden können und damit die Gefahr eines Missbrauchs der kriminalstrafrechtlichen Regelungen ihrerseits besteht.

Der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie zur Bekämpfung der Korruption (COM/2023/234 final) zielt auch gerade darauf ab, bestehende Handlungsspielräume von Mandatsträgern einzugrenzen und greift damit in den Schutzbereich des Art. 38 GG ein.

II. Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 38 GG

Die Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 38 GG bemisst sich danach, ob der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie zur Bekämpfung der Korruption (COM/2023/234 final) einen verfassungslegitimen Zweck verfolgt und zur Erreichung dieses Zwecks geeignet, erforderlich sowie angemessen ist.

1. Verfassungslegitimer Zweck

Der volkswirtschaftliche Schaden von Korruption steht außer Frage und wird in dem Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie zur Bekämpfung der Korruption (COM/2023/234 final) auch klar benannt und dokumentiert. Die aus Korruption resultierenden volkswirtschaftlichen Schäden folgen nicht nur aus korruptem Verhalten von Amtsträgern, sondern auch aus solchem von Mandatsträgern. Beispielhaft hierfür sind Fälle, in denen etwa große Infrastrukturprojekte nur mit Hilfe von sehr hohen Korruptionszahlungen realisiert wurden und entsprechend höhere Kosten für die betroffene Volkswirtschaft zur Folge hatten (eingehend dazu nur in: Friesen (Hrsg.), Im globalen Spannungsfeld der Korruption. Analysen eines Phänomens aus interdisziplinären Perspektiven, 2020, und darin Mansdörfer, Kleine oder große Korruption? – Ein Essay über Lektionen in und aus Rumänien, S. 145 ff.). Für den Bereich der Korruption von Mandatsträgern ist die Gewährleistung der dem Demokratieprinzip impliziten Idee der Vertretung des Wahlvolks in der Willensbildung und deren Schutz vor einer unlauteren Einflussnahme zu berücksichtigen.

Der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie zur Bekämpfung der Korruption (COM/2023/234 final) verfolgt damit einen verfassungslegitimen Zweck.

2. Geeignetheit zur Zweckverfolgung

Der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie zur Bekämpfung der Korruption (COM/2023/234 final) ist auch zur Verfolgung des genannten verfassungslegitimen Zwecks geeignet. Dies gilt auch für die im Zentrum des Vorschlags stehende Strafvorschrift des Art. 7 der Richtlinie. Dieser sieht eine korruptionsstrafrechtliche Gleichbehandlung von Amts- und Mandatsträgern vor und setzt damit auf eine Abschreckungswirkung im Sinne einer spezial- und generalpräventiven Funktion der Strafvorschrift. Die entsprechenden Wirkungen lassen sich insbesondere bei wirtschaftlich motivierten Straftaten zusätzlich verhaltensökonomisch belegen. Strafnormen sind daher, trotz ihrer an sich erst ex post eingreifenden Anwendung, grundsätzlich zur Verhaltenssteuerung ex ante geeignet (eingehend dazu Mansdörfer, Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts, 2011).

3. Erforderlichkeit zur Zweckerreichung

Ein Eingriff ist grundsätzlich dann erforderlich, wenn kein anderes, weniger freiheitsbeschränkendes Mittel zur Verfügung steht.

Aus der Verhaltensforschung ist bekannt, dass die Verhaltenssteuerung insgesamt komplex ist und mannigfaltige Möglichkeiten der Verhaltenssteuerung und der Prävention von unerwünschtem Verhalten jenseits der Kriminalstrafe bestehen. Angesprochen ist hiermit der gesamte Bereich der sogenannten Complianceforschung. Beispielfähig zur Sicherstellung der Gesetzestreue bei der Abgrenzung zwischen Lobbyismus und Korruption durch die Etablierung eines Compliance-Managementsystems für den Deutschen Bundestag kann an dieser Stelle auf die Studie von

M.J. Roßkopf, Lobbyismus im Bundestag im Lichte eines Compliance Managementsystems, 2020,

verwiesen werden.²

Transparenz und Dokumentation als die „geborenen Feinde“ jeglicher Korruption sind wirksame Präventionsinstrumente. Ein Blick in die Regelungssystematik des Deutschen Bundestags und der verschiedenen Landesverfassungen der Bundesrepublik zeigt, dass die Lauterkeit des Mandats dort über die strafrechtliche Regelung des § 108e StGB hinaus durch ein umfangreiches und differenziertes Normensystem gewährleistet wird. Paradebeispiel für ein der Exekutive entzogenes quasi strafrechtliches Sanktionselement ist die in vielen Landesverfassungen anerkannte Abgeordnetenanklage, die gerade den gewinnsüchtigen Missbrauch des Mandats mit dem Verlust desselben sanktioniert. Tatsächlich hätten derartige Instrumente – wenn sie konsequent angewendet worden wären – hier bereits de lege lata wirksamere Ergebnisse erzielen können als das derzeit geltende Kriminalstrafrecht des § 108e StGB. Dies gilt auch für die in Deutschland aktuell diskutierten sogenannten Maskenaffäre (vgl. BGH Beschluss vom 5. Juli 2022 – StB 7-9/22), wo angesichts der kriminalstrafrechtlichen Regelung des

² Nähere Ausführungen müssen an dieser Stelle vorbehalten bleiben.

§ 108e StGB die vorhandenen und naheliegenden außerstrafrechtlichen Handlungsoptionen aus dem Blick geraten sind. Umgekehrt hat das außerstrafrechtliche Sanktionsinstrumentarium etwa im Bereich unzulässiger Parteispenden zuletzt durchaus seine Wirksamkeit bewiesen.³

Eine umfassende kriminalstrafrechtliche Pönalisierung jeglicher ungerechtfertigter Vorteilszuwendungen an Mandatsträger ist damit nicht erforderlich.

3. Angemessenheit im engeren Sinne

Als Konsequenz der bisherigen Ausführungen – insbesondere auch zur Erforderlichkeit – ergibt sich, dass eine volle Gleichstellung von Amtsträgern und Mandatsträgern nicht angemessen im engeren Sinne ist.

Beispielhaft im Bereich von Hospitalitätsaufwendungen und bezahlten Nebentätigkeiten sind Unterschiede zwischen Amts- und Mandatsträgern in ihrer unterschiedlichen gesellschaftlichen Funktion begründet und legitimiert. Die Rücksichtnahme auf entsprechende Besonderheiten bei der Amtsträgerbestechung sind rechtsvergleichend anerkannt. Der US-amerikanische FCPA kennt daher ausdrücklich die Verteidigungseinrede der im ausländischen Recht niedergelegten Genehmigung eines möglicherweise auf den ersten Schein korrupt wirkenden Verhaltens. Eine für 27 Mitgliedstaaten geltende europäische Richtlinienregelung muss ihrerseits hinreichende Umsetzungsspielräume enthalten, um insgesamt als angemessen gelten zu können.⁴

In jedem Fall ist der Bereich des kriminalstrafrechtlich Relevanten in Fällen, wie dem oben beispielhaft genannten, erreicht. Dieser Art von Sachverhalten kommt im Bereich der Europäischen Union regelmäßig auch eine transnationale Dimension zu, sodass ein Eingreifen der Europäischen Union und eine verstärkte Kooperation innerhalb der Europäischen Union durchaus wünschenswert wäre. Ein Fokus auf eine wirksamere grenzüberschreitende Strafverfolgung und Sanktionierung gerade dieser Fälle lässt der Richtlinienvorschlag dagegen vermissen.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist zwar eine Annäherung (Assimilation) von Amtsträgern und Mandatsträgern in korruptionsstrafrechtlicher Sicht angemessen, nicht aber eine Gleichstellung.

D. Ergebnis

Die unterschiedslose kriminalstrafrechtliche Gleichstellung von Amts- und Mandatsträgern ist weder erforderlich noch angemessen.

– ENDE –

Prof. Dr. Marco Mansdörfer

15.11.2023

³ Nähere Ausführungen müssen an dieser Stelle vorbehalten bleiben.

⁴ Eine Detailanalyse des Richtlinienvorschlags muss an dieser Stelle vorbehalten bleiben.