



Europa-Universität Viadrina
Große Scharnstraße 59, 15230 Frankfurt (Oder)

Lehrstuhl für Strafrecht, Straf-
prozessrecht, Sanktionenrecht
und Menschenrechte
Prof. Dr. Erol Pohlreich

An den
Deutschen Bundestag
Rechtsausschuss
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Tel +49 (0) 335 55 34-2463
Fax +49 (0) 335 55 34-2456
pohlreich@europa-uni.de
www.europa-uni.de

Frankfurt (Oder), 10.10.2023

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 Parlaments und des Rates; KOM(2023)234 endg.; Ratsdok.-Nr. 9241/23

Gegenstand dieser Stellungnahme ist der von der Europäischen Kommission vorgelegte Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Korruptionsbekämpfung (im Folgenden: RL-E). Er sieht Harmonisierungsmaßnahmen zur Korruptionsprävention, aber auch zahlreiche Straftatbestände und damit einhergehende strafprozessuale Regelungen vor. Soweit der Entwurf materielle Strafvorschriften beinhaltet, stützt sich die Kommission zwar auf den in Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV aufgeführten Kompetenztitel „Korruption“.¹ Allerdings ist bei einigen im Entwurf vorgesehenen Straftatbeständen weder ersichtlich noch von der Kommission näher begründet, warum diese noch dem Kompetenztitel unterfallen sollen. Definiert man wie Transparency International den Korruptionsbegriff als „abuse of entrusted power for private gain“, erscheint der Rückgriff auf diesen Kompetenztitel für einige der vorgeschlagenen Straftat-

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, COM(2023), 234 final, 2023/0135(COD), S. 6.

bestände – insbesondere im privaten Bereich – zweifelhaft. Auf die insoweit besonders tiefgehende Argumentation der Bundesrechtsanwaltskammer in ihrer Stellungnahme wird hier verwiesen.²

Der Vorschlag beinhaltet wohlbemerkt keinen Straftatbestand, der politische Korruption wie im Fall der **Maskenaffäre** erfasst, und greift daher keiner entsprechenden Verschärfung des deutschen Strafgesetzbuchs vor, zumal es den Mitgliedstaaten nach dem 3. Erwägungsgrund freisteht, strengere strafrechtliche Bestimmungen für Korruptionsdelikte einzuführen oder beizubehalten.³ Was den Richtlinienentwurf selbst angeht, lassen sich die in dieser Stellungnahme vorgeschlagenen Nachbesserungen wie folgt zusammenzufassen:

- Im Richtlinienentwurf sollte klargestellt werden, dass es bei **Art. 2 Nr. 5** um eine Annäherung von Personengruppen öffentlicher Bediensteter geht, nicht um ihre schematische Gleichstellung.
- Gegenstand der **Bestechung im öffentlichen Sektor** nach Art. 7 sollte nicht ein „Vorteil jedweder Art“ sein, sondern nur ein „ungerechtfertigter Vorteil“. Hier sollte eine gelockerte Unrechtsvereinbarung genügen.
- Ein auf Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV gestützter Tatbestand der **Veruntreuung** nach Art. 9 muss – anders als die Entwurfsfassung – unmissverständlich den Bezug zum Kompetenztitel der Korruption zum Ausdruck bringen oder aber aufgegeben werden.
- Die **unerlaubte Einflussnahme** sollte entweder von den unten aufgezeigten Unklarheiten und Widersprüchen befreit oder es sollte von ihrer Aufnahme in die Richtlinie Abstand genommen werden.
- Beim **Amtsmissbrauch** nach Art. 11 sollte die Rechtswidrigkeit der Tathandlung im Fall von Richtern auf bewusste und schwerwiegende Rechtsverstöße limitiert werden, bei

² BRAK, Stellungnahme Nr. 46/2023 zum Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie zur Bekämpfung der Korruption vom 3. Mai 2023 (Com (2023) 234), im Folgenden: Stellungnahme, abrufbar unter https://www.brak.de/fileadmin/05_zur_rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2023/stellungnahme-der-brak-2023-46.pdf.

³ Vorschläge für eine solche Verschärfung finden sich bei *Pohlreich*, https://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/themen_az/rechtspolitik/PDF/Gutachten_Abgeordnetenbestechung.pdf; *T. Zimmermann/F. Zimmermann*, VerfBlog, 2023/6/09, <https://verfassungsblog.de/geldsacke-im-parlament/>, und *Kubicziel* ZRP 2023, 47 (49).

Mandatsträgern auf die Verletzung von sie im Besonderen treffenden Rechtsvorschriften – wie im Fall von Bundestagsabgeordneten die selbstaufgelegten Bindungen nach dem AbgG oder dem PartG. Was Fälle im privaten Sektor angeht, ist auch wegen der Rechtsgrundlage aus Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV im Wortlaut sicherzustellen, dass nicht jede Vertragswidrigkeit erfasst wird, sondern ein Korruptionsbezug besteht.

- Der Tatbestand der **Bereicherung durch Korruptionsdelikte** nach Art. 13 sollte jedenfalls die Selbstgeldwäsche nicht erfassen.

I. Einbeziehung von Mandatsträgern in den Begriff des „nationalen Beamten“

Die in Art. 2 Nr. 5 RL-E vorgesehene Definition des Begriffs „nationaler Beamter“, die sich an Art. 2 Buchst. a) Nr. i) UNCAC anlehnt, erfasst „jede Person, die auf nationaler regionaler oder lokaler Ebene ein Amt im Bereich der Gesetzgebung innehat“ und damit auch Mandatsträger. Aus diesem Grund erfassen die im Entwurf vorgesehenen Straftatbestände der Bestechung im öffentlichen Sektor (Art. 7 RL-E), der Veruntreuung (Art. 9 RL-E), der unerlaubten Einflussnahme (Art. 10 RL-E), des Amtsmissbrauchs (Art. 11 RL-E) und der Bereicherung durch Korruptionsdelikte (Art. 13 RL-E) auch Mandatsträger der nationalen, regionalen oder lokalen Ebene.

Gewisse **Unterschiede zwischen den Angehörigen der drei Staatsgewalten** scheint der Entwurf erfreulicherweise durchaus zu berücksichtigen, wenn zum Beispiel im Erwägungsgrund 12 klargestellt wird, dass es beim Straftatbestand der unerlaubten Einflussnahme nicht um eine Kriminalisierung rechtmäßiger Ausübung anerkannter Formen der Interessenvertretung gehe. Andeutungen, dass es bei Art. 2 Nr. 5 RL-E um keine schematische Gleichstellung unterschiedlicher Personengruppen geht, finden sich auch in Erwägungsgrund 24, wo es heißt, dass zwischen Befreiungen und Vorrechten vor Gericht und der Korruptionsahndung ein „angemessenes Gleichgewicht“ bestehen soll, was eine flexible, die Besonderheiten der Stellung bestimmter Gruppen öffentlicher Bediensteter berücksichtigende Auslegung und Anwendung der im Entwurf vorgesehenen Tatbestände zu gestatten scheint.⁴ Sinnvoller wäre es allerdings, bei der Berücksichtigung nicht auf „Befreiungen und Vorrechte“ abzustellen, sondern auf die dahinter stehende **Funktion und Stellung des jeweiligen Personenkreises**.

⁴ Vgl. auch BRAK, Stellungnahme, 2023, S. 7.

Ausdrücklich konzedierte Differenzierungen bilden im Entwurf aber die Ausnahme und sollten bei Art. 2 Nr. 5 RL-E beziehungsweise bei den Straftatbeständen auch im Richtlinienentwurf, wo angebracht, zum Ausdruck kommen. Schon Art. 2 Nr. 5 RL-E, selbst unter Berücksichtigung der Erwägungsgründe, verdeutlicht in keiner Weise, ob und inwieweit die Besonderheiten der einzelnen Staatsgewalten – insbesondere die Gesetzesgebundenheit der Verwaltung, die richterliche Unabhängigkeit und das freie Mandat in der Gesetzgebung – bei der Auslegung und Anwendung der Tatbestände für öffentliche Bedienstete Berücksichtigung finden können. Auch die Tatbestände selbst leisten die in diesem Zusammenhang notwendige Differenzierung nicht, wie nachfolgend nachzuweisen sein wird. Die Unterschiede zwischen den Gruppen öffentlicher Bediensteter betreffen freilich nicht nur die Tatbestände selbst, sondern auch die in Art. 15 Abs. 2 RL-E undifferenziert vorgesehenen Mindesthöchststrafen: Nicht ohne Grund wiegt das Unrecht bei der Mandatsträgerkorruption, wie in der kürzlich erfolgten Aufstufung von § 108e StGB zum Verbrechen im Vergleich zu den §§ 332, 334 StGB sinnfällig wird,⁵ deutlich schwerer, was aber bei den einheitlichen Strafrahmen in Art. 15 Abs. 2 RL-E überhaupt nicht zum Ausdruck kommt. Eine unterschiedliche Unrechtsbewertung in der Praxis ist damit nicht sichergestellt, weswegen ein Verhandlungsziel der Bundesregierung darin liegen sollte, im Richtlinienentwurf klarzustellen, dass es um eine **Annäherung der Personengruppen, nicht** um eine **schematische Gleichstellung** geht.⁶

So oder so wird der deutsche Gesetzgeber infolge von Art. 2 Nr. 5 RL-E um umfangreiche Reformen des Korruptionsstrafrechts nicht umhinkommen, auch wenn die **Art und Weise der Umsetzung** seine Entscheidung bleibt, solange nur das Umsetzungsziel erreicht wird. Die sauberste Lösung bestünde in einer Aufhebung von § 108e StGB; anstelle einer gesetzlichen⁷ Einbeziehung in § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB, die über das Regelungsziel hinausschießend die Anwendbarkeit aller

⁵ *El Ghazi/Wegner/T. Zimmermann* wistra 2023, 353 (357).

⁶ So wohl auch Europäisches Parlament, Entwurf eines Berichts über den 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 (COM(2023)0234 – C9-0162/2023 – 2023/0135(COD)), im Folgenden: Berichtsentwurf, Änderungsantrag 20, abrufbar unter https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/LIBE-PR-753573_DE.pdf.

⁷ Eine Einbeziehung im Wege der Auslegung stieße sich am unüberwindlichen Wortlaut von § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB, weswegen Mandatsträger in Buchstabe d) aufzunehmen wären (nicht allein deshalb rührend *Stünker*, in: FS Jürgen Meyer, 2006, S. 589 [596]).

Amtsdelikte auf Mandatsträger nach sich zöge,⁸ wären Mandatsträger dann ausdrücklich in den Täterkreis der §§ 331 ff. StGB einzubeziehen.⁹ Eine solche Einbeziehung liefe nicht zwingend der Verschiedenartigkeit von Mandatsträgern und anderen öffentlichen Bediensteten zuwider,¹⁰ weil sie nicht notwendigerweise eine schematische Gleichstellung bedeutet, sondern den Besonderheiten verschiedener Gruppen öffentlicher Bediensteter auf Auslegungsebene angemessen Rechnung getragen werden kann. Aus unionsrechtlicher Sicht ebenso zulässig wäre aber auch ein Festhalten des deutschen Gesetzgebers am getrennten Regelungsmodell, das für Mandatsträger besondere Straftatbestände vorhält, sofern die Richtlinie eine Berücksichtigung der Besonderheiten der verschiedenen Gruppen öffentlicher Bediensteter zulässt. Noch sind die Formulierungen im Entwurf zu vage, um die Offenheit in dieser Frage verlässlich beurteilen zu können. Ansätze, mit denen die Richtlinie den Unterschieden durch Präzisierungen gerecht würde, finden sich im nachfolgenden Abschnitt zu den materiellrechtlichen Vorgaben des Richtlinienentwurfs.

II. Rechtspolitische Einschätzung zu materiellrechtlichen Vorgaben

1. Bestechung und Bestechlichkeit (Art. 7 RL-E)

a) Ungerechtfertigter Vorteil

Gegenstand der Bestechung im öffentlichen Sektor (**Art. 7 RL-E**) sollte nicht ein „Vorteil jedweder Art“ sein, sondern nur ein „**ungerechtfertigter Vorteil**“, weil die Unrechtsvereinbarung nicht notwendigerweise auf eine pflichtwidrige Handlung gerichtet ist, sondern es um Zuwendungen für ein an sich nicht zu beanstandendes Verhalten des öffentlichen Bediensteten geht.¹¹ Mit dem Erfordernis eines ungerechtfertigten Vorteils wäre im Sinne der Verhältnismäßigkeit sichergestellt, dass die Annahme rechtlich zulässiger Vorteile nicht kriminalisiert wird. Dass der Tatbestand in

⁸ So ist die Unrechtsschwere der Körperverletzung im Amt (§ 340 StGB) größer als bei der einfachen nach § 223 StGB, weil zur Verletzung der körperlichen Integrität des Opfers eine Dienstpflichtverletzung im Sinne eines Amtspflichtverstoßes hinzutritt (*Voßen-MacCormaic*, in: Münchener Kommentar, StGB, 4. Aufl. 2022, § 340 Rn. 1 m.w.N.), an der es bei Mandatsträgern fehlt.

⁹ Für eine Einbeziehung von Mandatsträgern in den Amtsträgerbegriff in § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB *van Buehren* ZAP 2021, 427; 2022, 475.

¹⁰ Skeptisch *El Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, *wistra* 2023, 353 (357): „Gerechtigkeitsprobleme“; vgl. auch *Busch*, *Ist die strafwürdige Beeinflussung und Beeinflussbarkeit von Bundestagsabgeordneten durch § 108e StGB hinreichend geregelt?*, 2017, S. 130 f.

¹¹ *El Ghazi/Wegner/T. Zimmermann* *wistra* 2023, 353 (356); vgl. *T. Zimmermann*, *Das Unrecht der Korruption*, 2018, S. 533.

seiner Entwurfsfassung die Annahme von Vermögensvorteilen, die nach deutschem Parlamentsrecht zulässig sind, kriminalisieren würde, ist nur ein Grund dafür. Allerdings geht es hier nicht um Parteispenden,¹² weil nur gegenleistungslose Parteispenden zulässig sind und Art. 7 RL-E die Vorteilsgewährung als Gegenleistung für die Vornahme oder das Unterlassen einer Diensthandlung oder einer Handlung bei der Dienstaussübung kriminalisiert; so eine Parteispende wäre aber nach § 25 Abs. 2 Nr. 7 PartG unzulässig. Auch nach dem allgemeinen Verständnis des deutschen Gesetzgebers kann von einer Spende keine Rede sein, wenn ihr eine Gegenleistung gegenübersteht,¹³ sodass sich unter diesem Aspekt kein Widerspruch zwischen Art. 7 RL-E und den Spendenregelungen des deutschen Parlamentsrechts ergäbe.¹⁴ Dasselbe gilt im Ergebnis für erlaubte Nebentätigkeiten, weil diese gerade keine Diensthandlung oder Handlung bei der Dienstaussübung sind. Der weite Vorteilsbegriff erscheint vielmehr problematisch, weil er im politischen Betrieb übliche und allgemein gebilligte Vorgänge erfasst. Es würde beispielsweise genügen, wenn einem Bundestagsmitglied für ein bestimmtes Abstimmungsverhalten ein politisches Amt angeboten würde – Vorteil als Gegenleistung für eine Diensthandlung –, wohingegen § 108e Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StGB für diesen Fall die Tatbestandslosigkeit sicherstellt.

Wenn der Wissenschaftliche Dienst Art. 7 RL-E im Wege der verfassungskonformen Auslegung dahin beschränken will, dass „nur ungerechtfertigte Vorteile jedweder Art gemeint sind“,¹⁵ dürfte dies am systematischen Argument scheitern, weil der Richtlinienentwurf durchaus zwischen einem „Vorteil jedweder Art“ (vgl. Art. 7 und 8 RL-E) und einem „ungerechtfertigten Vorteil“ (vgl. Art. 10 und 11 RL-E) differenziert und der jetzt in Art. 7 RL-E verwendete Begriff insofern auf einer bewussten Entscheidung beruht. Andererseits fällt auf, dass der Entwurf in seinem 15. Erwägungsgrund festhält, dass Korruption – und damit ja auch Bestechung sowie Bestechlichkeit – sich „aus dem Antrieb, ungerechtfertigte wirtschaftliche und andere Vorteile zu erlangen“, speist. Dieser Gedanke sollte zur Vermeidung von Widersprüchen **im Wortlaut** von Art. 7 RL-E dadurch **zum Ausdruck kommen**, dass nur „ungerechtfertigte Vorteile“ genügen.

¹² So aber BRDrucks 244/23, S. 4; BRAK, Stellungnahme, S. 7.

¹³ Vgl. BTDrucks 15/5846, S. 12.

¹⁴ Insofern unzutreffend Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Zum Spannungsverhältnis zwischen geplanter EU-Antikorruptionsrichtlinie und freiem Mandat, WD 3 - 3000 – 117/23, S. 10.

¹⁵ Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, a.a.O.

b) Gelockerte Unrechtsvereinbarung

Unter der unter a) formulierten Prämisse sollte die **Unrechtsvereinbarung** umformuliert werden. Die Vorteilszuwendung sollte nicht, wie in Art. 7 RL-E vorausgesetzt, Gegenleistung für eine konkrete zukünftige Handlung sein: Die in Deutschland gesammelten Erfahrungen lehren, dass der Nachweis eines mit dem Merkmal „als Gegenleistung für eine Diensthandlung“ vorausgesetzten Synallagmas zwischen Vorteil und pflichtgemäßer Diensthandlung auf erhebliche Schwierigkeiten stößt, wie die Rechtspraxis zu den irrelevanten Tatbeständen in § 331 Abs. 2, § 333 Abs. 2 und § 335a Abs. 1 StGB veranschaulicht.¹⁶ Deshalb lässt der deutsche Gesetzgeber nunmehr in § 331 Abs. 1 und § 333 Abs. 1 StGB eine gelockerte Unrechtsvereinbarung („für die Dienstausbübung“) genügen.¹⁷ Im Zuge der Verhandlungen sollte die Bundesregierung darauf dringen, für die Bestechung und Bestechlichkeit eine solche gelockerte Unrechtsvereinbarung genügen zu lassen. Eine Notwendigkeit, im Wortlaut auch nachträgliche Belohnungen ausdrücklich zu erwähnen,¹⁸ besteht dann nicht.

Der Einwand, ohne Gegenleistungserfordernis würde die Funktionsfähigkeit des repräsentativen Systems „massiv beeinträchtigt“, „wenn die isolierte Behauptung, ein Abgeordneter habe zu Unrecht Zuwendungen erhalten, ausreichen würde, um einen **Anfangsverdacht** nach § 152 Abs. 2 StPO zu begründen und ein staatsanwaltliches Ermittlungsverfahren auszulösen“,¹⁹ führt aus mehreren Gründen in die Irre. Erstens liegen Verfahren nach § 108e StGB wegen §§ 141, 142 Abs. 1 Nr. 2 GVG in den Händen der Generalstaatsanwaltschaft, weil diese über die notwendige Erfahrung und die erforderliche Sensibilität im Umgang mit Korruptionsvorwürfen gegen Mandatsträger verfügt.²⁰ Zweitens sollte das Gegenleistungserfordernis Mandatsträger im Wesentlichen vor dem nach früherer Rechtslage realen Risiko einer (gar politisch motivierten) Strafverfolgung bewahren, wenn suspektes Vermögen bei einem Mandatsträger auftaucht, das

¹⁶ *El Ghazi/Wegner/T. Zimmermann* wistra 2023, 353 (356); *dies.* ZRP 2023, 211 (213).

¹⁷ BTDrucks 13/8079, S. 15; näher *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, § 331 Rn. 10a m.w.N.

¹⁸ Vgl. Europäisches Parlament, Entwurf eines Berichts über den 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 (COM(2023)0234 – C9-0162/2023 – 2023/0135(COD)), im Folgenden: Berichtsentwurf, Änderungsantrag 48, abrufbar unter https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/LIBE-PR-753573_DE.pdf.

¹⁹ *Stünker*, in: FS Jürgen Meyer, 2006, S. 589 (601).

²⁰ Vgl. BTDrucks 18/607, S. 9.

ein unerlaubtes Einkommen ohne angemessene Gegenleistung sein konnte („arbeitslose Zahlung“ im Sinne von § 44a Abs. 2 Satz 3 Var. 2 AbgG) oder aber eine nach damaligem Recht grundsätzlich erlaubte Abgeordnetenspende (§ 44a Abs. 2 Satz 4 AbgG a.F.). Dieses Risiko ist im Jahr 2021 entfallen und daher kein Argument mehr für ein Festhalten am Gegenleistungserfordernis: Seither sind Geldspenden, die beim Abgeordneten verbleiben sollen, verboten (§ 44a Abs. 2 Satz 5 AbgG n.F.), weil sie „grundsätzlich die Gefahr der Abhängigkeit von den Interessen der Geberin oder des Gebers“ bergen.²¹ Erlaubt sind nur noch geldwerte Zuwendungen, die im Rahmen eines ehrenamtlichen politischen Engagements (Aufwandsspenden) oder einer Sachunterstützung für die politische Tätigkeit des Abgeordneten (Sachspenden) zur Verfügung gestellt werden. Während solchen geldwerten Zuwendungen keine Gegenleistung gegenübersteht, muss die unzulässige Zuwendung gemäß § 44a Abs. 2 Satz 3 Var. 2 AbgG in irgendeiner Weise eine Gegenleistung des Abgeordneten erfahren.²² Abgrenzungsschwierigkeiten mag es nur noch für nach geltendem Recht zulässige Aufwands- und Sachspenden geben, deren Verbot – mit den Ausnahmen des § 48 Abs. 5 AbgG – auf Bundesebene konsequent und zweckmäßig wäre.²³ Allerdings ist das nach früherem Recht zu befürchtende Risiko eines Anfangsverdachts auch bei Aufwands- und Sachspenden unbegründet, weil sie, um zulässig zu sein, einem bestimmten Zweck dienen müssen, den man – anders als bei Geldspenden – auch gut erkennen kann. Zumindest dank der Rechnungsführungspflicht von Abgeordneten über geldwerte Zuwendungen (§ 48 Abs. 1 Satz 1 AbgG) sollte im Einzelfall schnell Klarheit hergestellt werden können. In Bezug auf geldwerte Zuwendungen mit Beeinflussungsabsicht ist es wegen § 44a Abs. 2 Satz 2 AbgG einerseits und § 48 Abs. 4 AbgG i.V.m. § 25 Abs. 2 Nr. 7 PartG andererseits nunmehr einerlei, ob es sich um Spenden oder andere Zuwendungen handelt.

Bei **Dritt Vorteilen** in Form einer **Parteispende** ist zwischen grundsätzlich zulässigen Parteispenden (§ 25 Abs. 1 PartG) und im Gegenzug für einen politischen Vorteil gewährten – mithin unzulässigen – Parteispenden (§ 25 Abs. 2 Nr. 7 PartG) zu differenzieren. Trotzdem müssen Abgeordnete bei einem Verzicht auf ein Gegenleistungserfordernis auch in diesem Zusammenhang nicht ohne weiteres mit Ermittlungsverfahren rechnen. Zwar unterliegt die Staatsanwaltschaft gemäß § 152 Abs. 2 StPO einem Verfolgungszwang, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine verfolgbare Straftat vorliegen. Für die Bejahung eines solchen Anfangsverdachts genügt es aber nicht, dass die Staatsanwaltschaft ausschließlich Kenntnis von an sich

²¹ BTDrucks 19/28784, S. 11.

²² Gelze, NK-Abgeordnetenrecht, 2. Aufl. 2023, § 48 AbgG Rn. 17 m.w.N.

²³ Austermann NVwZ 2021, 1081 (1082); Gelze, NK-Abgeordnetenrecht, 2. Aufl. 2023, § 48 AbgG Rn. 10.

erlaubtem Verhalten – hier also der bloßen Annahme einer Parteispende – erlangt; vielmehr müssen zu dem legalen Verhalten weitere Informationen hinzukommen, die auf eine Straftat hindeuten.²⁴ Im Fall von § 25 Abs. 2 Nr. 7 PartG wären das nicht schon Spekulationen, sondern erst konkrete Informationen, die darauf hindeuten, dass die Spende erkennbar in Erwartung oder als Gegenleistung eines bestimmten wirtschaftlichen oder politischen Vorteils gewährt wurde. Wenn § 120b GVG auf die neuen Tatbestände erweitert wird, wäre sichergestellt, dass die Strafverfolgungsbehörden hier die gebotene Vorsicht walten lassen. Hinzukommt, dass insbesondere die Strafbarkeit der falschen Verdächtigung (§ 164 StGB) und der üblen Nachrede (§ 186 StGB) bewusst wahrheitswidrigen Denunziationen einen Riegel verschieben sollte.

c) Verzicht auf „im Auftrag oder auf Weisung“

Dass Art. 7 RL-E, anders als § 108e StGB, für Mandatsträger keine Handlung „**im Auftrag oder auf Weisung**“ und damit keine Unterordnung der inneren Überzeugung des Mandatsträgers unter die Interessen des Vorteilsgebers²⁵ voraussetzt, ist zu begrüßen.²⁶ Was die Gesetzeslage in Deutschland angeht, ist es wertungswidersprüchlich, wenn der Gesetzgeber bei § 331 Abs. 1 StGB das Erfordernis einer konkreten Unrechtsvereinbarung aufgibt, um Beweisschwierigkeiten Rechnung zu tragen,²⁷ solche Beweisschwierigkeiten aber in eigener Sache beiseiteschiebt, zumal der BGH ohnehin nicht auf innere Vorbehalte abstellt, sondern auf den vom Vorsatz erfassten äußeren Erklärungswert des Verhaltens: Wer nach außen seine Stimme für eine Wahl oder Abstimmung gegen Vorteilszuwendungen verkauft, kann sich nicht darauf berufen, er habe sowieso im Sinne des Zuwendenden stimmen oder überhaupt nicht an der Stimmabgabe teilnehmen wollen, sich schließlich der Stimme enthalten oder sogar dagegen gestimmt.²⁸ Zudem greift das Annahmeverbot des § 44a Abs. 3 Satz 1 AbgG sinnvollerweise auch dann ein, wenn die vom Zuwendungsgeber erwünschte Form der Mandatsausübung ohnehin der politischen Überzeugung des Mandatsinhabers entspricht.²⁹

²⁴ BVerfGE 44, 353 (375 ff.); BVerfGK 5, 84 (90); 8, 332 (336); *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 66. Aufl. 2023, § 152 Rn. 4a m.w.N.

²⁵ BTDrucks 18/476, S. 7.

²⁶ In der Rechtswissenschaft gibt es schon seit einiger Zeit Forderungen nach einem Verzicht auf das Merkmal im Zusammenhang mit § 108e StGB, s. *Busch*, Ist die strafwürdige Beeinflussung und Beeinflussbarkeit von Bundestagsabgeordneten durch § 108e StGB hinreichend geregelt?, 2017, S. 113; *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 108e Rn. 21; *Sinner*, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. 2020, § 108e Rn. 19 m.w.N.

²⁷ BTDrucks 13/3353, S. 1, 5 und 8.

²⁸ BGHSt 51, 44 (62 f.); BGHR StGB § 108e Weisung 1 Rn. 38; BGH, Beschluss vom 14.12.2022 – StB 42/22 –, juris, Rn. 37.

²⁹ *Schmahl/Raue*, in: NK-Abgeordnetenrecht, 2. Aufl. 2023, § 44a AbgG Rn. 79.

d) Wirksamere Ausgestaltung der Mandatsträgerbestechung

Einer wirksameren Ausgestaltung des Straftatbestands der Abgeordnetenbestechung, die der **Koalitionsvertrag** verspricht, greifen weder Art. 7 RL-E noch die anderen im Entwurf vorgesehenen Tatbestände vor. Insofern besteht keine Notwendigkeit, mit der Einführung eines neuen Tatbestandes, der Fälle wie die **Maskenaffäre** erfasst, abzuwarten, bis die Richtlinie in Kraft getreten ist. Denn das in Art. 7 RL-E vorgesehene Merkmal der Dienstaussübung wie auch das der Handlung bei der Ausübung seines Dienstes ist im Fall von Mandatsträgern genauso zu verstehen wie das Merkmal „bei der Wahrnehmung seines Mandates“ in § 108e StGB. Beide Vorschriften erfassen als Gegenstand der Unrechtsvereinbarung nur die Mandatstätigkeit als solche, also das Wirken im Parlament.³⁰ Damit genügt nicht jede Tätigkeit anlässlich oder im Zusammenhang mit dem Mandat und werden Fälle wie die Maskenaffäre nicht erfasst, obwohl die korruptiven Handlungen einen Mandatsbezug aufweisen.

2. Veruntreuung (Art. 9 RL-E)

Es erscheint zweifelhaft, Mandatsträger uneingeschränkt in den Tatbestand der Veruntreuung (**Art. 9 Buchst. a) RL-E**) einzubeziehen, solange dieser voraussetzt, dass der Täter mittelbar oder unmittelbar **mit der Verwaltung eines Vermögensgegenstandes betraut** sein muss, weil dieses Merkmal bei Mandatsträgern nicht passt.³¹ Dies gilt nicht zuletzt deshalb, weil die Tathandlung der Veruntreuung – übrigens sowohl bei Buchst. a) als auch nach Buchst. b) – jede zweckwidrige Bindung, Auszahlung, Selbstzueignung oder Nutzung sein soll und sich der Maßstab für die Zweckwidrigkeit bei Mandatsträgern, die – selbstredend abgesehen von Bindungen an höherrangiges Recht – in ihren Spielräumen ungebunden sind, keineswegs von selbst versteht. Da es aber auch für die Angehörigen der anderen Staatsgewalten oftmals an einem Maßstab für die Zweckwidrigkeitsbeurteilung fehlen wird, ist eine Beschränkung der Vorschrift auf strafwürdige Fälle in der Praxis nicht sichergestellt, zumal sie keinen Vermögensnachteil voraussetzt.³² Erfasst wäre nach der jetzigen unverhältnismäßigen Formulierung in Art. 9 Buchst. b) RL-E wohl auch der Arbeitnehmer, der eine ihm anvertraute Maschine privat nutzt, selbst wenn es zu keiner Vermögenseinbuße für den Arbeitgeber kommt. Hier geht es aber nicht um Korruption im Sinne von Art. 83

³⁰ Zu § 108e StGB BGH NJW 2022, 2856 (2858).

³¹ BRDrucks 244/23, S. 4.

³² BRAK, Stellungnahme, S. 9; *El Ghazi/Wegner/T. Zimmermann wistra* 2023, 353 (362); *dies. ZRP* 2023, 211 (213).

Abs. 1 UAbs. 2 AEUV, sondern die Pönalisierung von Vertragsverletzungen.³³ Soll aber Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV die Rechtsgrundlage sein, muss der Tatbestand in Art. 9 RL-E unmissverständlich den Bezug zum Kompetenztitel der Korruption zum Ausdruck bringen oder aber aufgegeben werden.

3. Unerlaubte Einflussnahme (Art. 10 RL-E)

- Bei der unerlaubten Einflussnahme verspricht oder vermittelt ein Geber einem Nehmer einen ungerechtfertigten Vorteil als Gegenleistung für eine Einflussnahme gegenüber einem öffentlichen Bediensteten, damit der Geber einen ungerechtfertigten Vorteil erlange. So formuliert ist der Tatbestand für Bestechungsdelikte singulär und deswegen unpassend – auf Geber- und auf Nehmerseite ein Allgemeindelikt, also nicht auf Personen mit besonderen Befugnissen begrenzt.³⁴ Ihm liegt der Gedanke der Kettenanstiftung zugrunde mit der Besonderheit, dass die eigentliche Haupttat – die Vermittlung eines ungerechtfertigten Vorteils durch den öffentlichen Bediensteten – selbst notwendigerweise strafbar wäre.³⁵

Es wäre sinnvoll vorauszusetzen, dass der Nehmer seinen „**tatsächlichen oder vermeintlichen Einfluss widerrechtlich ausübt**“,³⁶ um – ganz im Sinne des 12. Erwägungsgrundes – zulässige Formen der Einflussnahme unmissverständlich aus dem Bereich des Strafbaren auszuschließen. Warum der dem Nehmer gewährte Vorteil ungerechtfertigt sein muss und wonach sich dies beurteilt, erschließt sich nicht.³⁷ Die im 12. Erwägungsgrund erfolgte Klarstellung, dass zulässige Lobbyarbeit tatbestandslos sein soll, irritiert wegen des Erfordernisses eines ungerechtfertigten Vorteils, den der Geber letztlich bezweckt; zu zulässiger Lobbyarbeit sollte gehören, dass sie auf keinen ungerechtfertigten Vorteil gerichtet sein darf.³⁸

Abgesehen davon erscheint fraglich, ob ein solcher Tatbestand zur strafrechtlichen Bekämpfung von Fällen wie der **Maskenaffäre** beitragen kann. Dass der in diesem Zusammenhang erfolgte

³³ BRDrucks 244/23, S. 6.

³⁴ Vgl. BRAK, Stellungnahme, S. 10; BTDrucks 18/2138, S. 82.

³⁵ *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann wistra* 2023, 353 (358).

³⁶ Ähnlich BRDrucks 244/23, S. 7, wobei dort indes der Missbrauchsmaßstab vorgeschlagen wird, der allerdings, wo Einflussnahmemöglichkeiten keinen objektiv identifizierbaren Zweck haben, an seine Grenzen stößt. Mithilfe des hier vorgeschlagenen Begriffs „widerrechtlich“ werden, ohne dass es einer Zweckbeurteilung bedürfte, zulässige Formen der Einflussnahme klar aus dem Tatbestand ausgeschlossen.

³⁷ Zu Recht kritisch BRDrucks 244/23, S. 7; *El Ghazi/Wegner/T. Zimmermann wistra* 2023, 353 (358).

³⁸ Vgl. *El Ghazi/Wegner/T. Zimmermann wistra* 2023, 353 (358).

Kauf überteuerter Masken den Herstellern einen „ungerechtfertigten Vorteil“ in diesem Sinne verschafft hat, ist nicht ersichtlich, weil allein die Überteuerung – gerade in Zeiten der Knappheit von Masken und des akuten Bedarfs – noch nicht die Rechtswidrigkeit dieses Geschäfts begründet.³⁹

4. Amtsmissbrauch (Art. 11 RL-E)

Üblicherweise bezeichnet der Korruptionsbegriff „die Einflussnahme einer Person auf den Inhaber besonderer Entscheidungsbefugnisse über die Interessen eines Dritten mittels einverständlicher Gewährung von Vorteilen für den Machthaber oder einen Dritten, auf die der Machtinhaber keinen Anspruch hat.“⁴⁰ Die Vorteilsgewährung soll dabei eine Tätigkeit des Inhabers besonderer Entscheidungsbefugnisse kompensieren⁴¹ und missachtet die Grundbedingungen der Entscheidungsfairness: Weil die für das Entscheidungsverfahren geltenden, die Entscheidungsrichtigkeit absichernden Standards verfehlt werden, gilt die Entscheidung als inkorrekt.⁴² Art. 11 RL-E stellt dieses Modell auf den Kopf, indem er keine Vorteilsgewährung voraussetzt und dementsprechend bei der Tathandlung nicht hieran anknüpft, sondern daran, dass der Täter in Ausübung seines Dienstes eine Handlung rechtswidrig durchführt oder unterlässt.

Der Amtsmissbrauch in Art. 11 RL-E erinnert an die von der Weltbank verwendete Korruptionsdefinition.⁴³ Er bildet einen generalklauselartigen Auffangtatbestand,⁴⁴ und zwar – ganz im Sinne des im 13. Erwägungsgrund erklärten Ziels einer ganzheitlichen Korruptionsbekämpfung – sowohl für den öffentlichen wie für den privaten Sektor. Dass der Tatbestand im Gegensatz zu herkömmlichen Korruptionstatbeständen auf ein kollusives Zusammenwirken von Vorteilsgeber und -nehmer verzichtet und stattdessen als Tathandlung eine vorsätzliche rechtswidrige Diensthandlung genügen lässt, ist kritisch zu sehen, weil er zahlreiche Fälle unterhalb der Strafwürdigkeit erfassen wird: Da der Tatbestand öffentliche wie private Bedienstete gleichermaßen erfasst, wäre beispielsweise zu bestrafen, wenn ein Kellner in einem Café es zugunsten eines Freundes unterlässt, von diesem verzehrte Speisen und Getränke abzurechnen. Ebenso machte sich eine Hochschullehrerin strafbar, die aus Mitgefühl eine Klausur als bestanden bewertet, obwohl sie

³⁹ T. Zimmermann/F. Zimmermann NJW 2022, 2804 (2806).

⁴⁰ Für das deutsche Strafrecht Niehaus, in: Graeff/Rabl, Was ist Korruption, 2. Aufl. 2019, S. 221 (231).

⁴¹ Vgl. Ceffinato ZWH 2023, 1.

⁴² T. Zimmermann, Das Unrecht der Korruption, 2018, S. 318.

⁴³ World Bank, Helping Combat Corruption. The Role of the World Bank, September 1997, S. 8.

⁴⁴ T. Zimmermann, Das Unrecht der Korruption, 2018, S. 88.

weiß, dass der Prüfling an und für sich eine solche Bewertung nicht verdient hätte.⁴⁵ Unverhältnismäßig erscheint auch, dass der Entwurf die Dritt Vorteile nicht auf im Sinne von § 35 Abs. 1 StGB nahestehende Personen beschränkt und beispielsweise genügen lässt, wenn der Vorteil der Anstellungskörperschaft oder zufälligen Dritten zugutekommt.⁴⁶

Im Zusammenhang mit der in Art. 19 UNCAC nur empfohlenen Einführung eines Amtsmissbrauchstatbestandes hat der deutsche Gesetzgeber den Standpunkt vertreten, dass die Tatbestände der Bestechlichkeit (§ 332 StGB), der Rechtsbeugung (§ 339 StGB), der Abgabenüberhebung (§ 353 StGB), der Verletzung des Dienstgeheimnisses (§ 353b StGB), der Verleitung eines Untergebenen zu einer Straftat (§ 357 StGB), der Unterschlagung (§ 246 StGB), des Betrugs (§ 263 StGB) und der Untreue (§ 266 StGB) bereits das durch Art. 19 UNCAC beschriebene Unrecht hinreichend abdecken.⁴⁷ Das gilt für Art. 11 RL-E jedoch keineswegs,⁴⁸ schon weil dieser auch den privaten Sektor einschließt und die meisten der genannten Tatbestände des StGB hierauf keine Anwendung finden. Außerdem erfasst § 339 StGB auch, soweit es um den öffentlichen Sektor geht, nicht alle rechtswidrigen Handlungen, sondern nur solche „bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache“. Auf gewöhnliche Verwaltungsverfahren findet der Rechtsbeugungstatbestand insofern keine Anwendung, sondern nur auf Verfahren vor Verwaltungsbehörden, in denen der Amtsträger wie ein Richter in vergleichbarer Aufgabenstellung und Position zu entscheiden haben.⁴⁹ Um die **Einführung eines neuen Tatbestandes mit überschießender Innentendenz** (Vorteilserlangungsabsicht), der als Tathandlung das falsche Entscheiden und in subjektiver Hinsicht über den Vorsatz hinaus eine (Dritt-)Vorteilserlangungsabsicht voraussetzt, käme der deutsche Gesetzgeber nicht umhin.⁵⁰

a) Besonderheiten im Bereich der Justiz

Soweit es um Richter geht, ist Art. 97 Abs. 1 GG zu beachten, dessen Schutzgehalt als Kernbestandteil des in Art. 20 GG garantierten Rechtsstaatsprinzips an der Ewigkeitgarantie des Art. 79

⁴⁵ *El Ghazi/Wegner/T. Zimmermann ZRP 2023*, S. 211 (213).

⁴⁶ *El Ghazi/Wegner/T. Zimmermann wistra 2023*, 353 (360).

⁴⁷ BTDrucks 18/2138, S. 82.

⁴⁸ Eingehend *El Ghazi/Wegner/T. Zimmermann wistra 2023*, 353 (359 f.).

⁴⁹ Zum Beispiel im Disziplinarverfahren oder im Bußgeldverfahren nach §§ 35 ff. OWiG, näher *Heger*, in: *Lackner/Kühl/Heger*, StGB, 30. Aufl. 2023, § 339 Rn. 3 m.w.N.

⁵⁰ *El Ghazi/Wegner/T. Zimmermann wistra 2023*, 353 (360).

Abs. 3 GG teilnimmt⁵¹ und insofern Bestandteil der integrationsfesten Verfassungsidentität der Bundesrepublik⁵² ist. Die in Art. 97 Abs. 1 GG gewährleistete **sachliche Unabhängigkeit** von Richtern⁵³ wird durch die in Art. 97 Abs. 2 GG verbürgte persönliche Unabhängigkeit institutionell gesichert⁵⁴ und bedingt im Zusammenhang mit § 339 StGB, dass sich Richter einer Rechtsbeugung nur schuldig machen, wenn sie sich bewusst in schwerwiegender Weise von Recht und Gesetz entfernen.⁵⁵ Es genügt mithin – anders als bei Art. 11 RL-E, der jeden Vorsatz genügen lässt – für § 339 StGB nicht, dass der Täter nur mit der Möglichkeit einer rechtlich nicht mehr vertretbaren Entscheidung rechnet und sich damit abfindet.⁵⁶ Auch aus unionsrechtlicher Sicht wäre die richterliche Unabhängigkeit zu beachten, wie Art. 47 Abs. 2 Satz 1 GrCh unterstreicht. Das sollte aber keine Frage der Auslegung des Richtlinienwortes im Lichte höherrangigen Rechts sein, sondern idealerweise klar aus der Richtlinie selbst hervorgehen.

b) Besonderheiten im Mandatsbereich

Dass Art. 11 RL-E eine rechtswidrige Handlung voraussetzt, erinnert, soweit es um Mandatsträger geht, an die Vorschläge für eine Verschärfung der Strafbarkeit der politischen Korruption, die als Gegenstand der Unrechtsvereinbarung eine Pflichtverletzung⁵⁷ beziehungsweise einen Mandatsmissbrauch⁵⁸ vorsehen. Stets wird aber übersehen, dass solche Maßstäbe bei der Strafbarkeit von Abgeordneten nur bedingt taugen. Anders als Handlungen von Angehörigen der Judikative und der Exekutive, die wegen ihrer Gesetzesgebundenheit auf ihre Fehlerhaftigkeit oder Pflichtwidrigkeit beurteilt werden können,⁵⁹ sind Handlungen von Abgeordneten einer solchen Kontrolle wegen des **freien Mandats** grundsätzlich nicht zugänglich: Abgeordnete sollen gerade nicht völlig unparteiisch und frei von unsachlichen Einflüssen wirken,⁶⁰ sondern sie dürfen wegen Art. 21

⁵¹ *Payandeh*, in: Bonner Kommentar, GG, Art. 97 Rn. 93 f. (Oktober 2023); *Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 97 Rn. 2 (August 2023); *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 62; *Detterbeck*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 97 Rn. 6; *Papier*, in: Merten/Papier, HGR V, 2013, § 130 Rn. 5; *Faller* DVBl 1995, 985 (990).

⁵² BVerfGE 123, 267 (372); 129, 300 (336 ff.); 135, 259 (294); 142, 123 (194).

⁵³ BVerfGE 3, 213 (224); 4, 331 (344); 18, 241 (254); 26, 186 (198); 42, 206 (209).

⁵⁴ BVerfGE 4, 331 (346); 14, 56 (69); 26, 186 (198).

⁵⁵ BVerfG NJW 2016, 3711 (3712).

⁵⁶ *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. 2021, § 339 Rn. 9.

⁵⁷ *Kubiciel* ZRP 2023, 47 (49).

⁵⁸ Positionspapier – Verschärfung des § 108e StGB, Stand: 03/2023, https://www.transparency.de/fileadmin/Redaktion/Publikationen/2023/Positionspapier_Verschaeerfung-108e-StBG_Transparency-Deutschland_Maerz-2023.pdf; ähnlich *Petzsche* DGStZ 2022, 63 (69 f.); *Peters*, Korruption in Volksvertretungen, 2017, S. 500: „in Ausnutzung der ihm durch sein Mandat rechtlich oder in sonstiger Weise ermöglichten Verhaltensweisen“.

⁵⁹ Vgl. *Fischer*, StGB, 70. Aufl. 2023, § 332 Rn. 11.

⁶⁰ *Morlok*, in: Dreier, GG, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 38 Rn. 151; *Klein/Schwarz*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 38 Rn. 228 (Januar 2021); *Horst/Risse/Karsten/Witt*, in: Hömig/Wolff, GG, 13. Aufl. 2022, Art. 38 Rn. 22.

Abs. 1 GG ihr Verhalten an parteipolitische Zugehörigkeit und Loyalitäten orientieren.⁶¹ Folgerichtig gibt es für sie keine Befangenheitsvorschriften, die sie – etwa wegen besonderer eigener Betroffenheit – von der Entscheidungsfindung ausschließen.⁶²

Die Frage der Vereinbarkeit von Art. 11 RL-E mit dem freien Mandat nach Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG stellt sich, obwohl die in Art. 7 bis 13 RL-E vorgesehenen materiellrechtlichen Straftatbestände, die wegen Art. 2 Nr. 5 RL-E auch Mandatsträger erfassen sollen, zwingende Vorgaben ohne mitgliedstaatlichen Umsetzungsspielraum beinhalten und solche unionalen Vorgaben nicht am Maßstab des Grundgesetzes zu messen sind, solange der EuGH einen mit dem des Grundgesetzes vergleichbaren Grundrechtsstandard gewährleistet, was der Fall ist.⁶³ Denn der Weg für eine Prüfung am Maßstab des Grundgesetzes steht unter anderem im Rahmen des Verfassungsidentitätsvorbehalts frei.⁶⁴ Wenn die Teilhabe an der Verfassungsidentität, die auch die Union – ebenso wie die Verfassungsidentität anderer Mitgliedstaaten – zu achten verspricht,⁶⁵ für Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG durch das Bundesverfassungsgericht anerkannt ist,⁶⁶ kann für die Verbürgung des freien Mandats in Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG nichts anderes gelten; indem diese Verbürgung die Grundlage für die repräsentative Stellung des Bundestags bildet, als „besonderes Organ“ (Art. 20 Abs. 2 GG) die vom Volke ausgehende Staatsgewalt auszuüben,⁶⁷ konkretisiert sie das in Art. 20 Abs. 1 und 2 GG garantierte Demokratieprinzip⁶⁸ und nimmt insofern an der **Verfassungsidentität** der Bundesrepublik teil.⁶⁹

Das freie Mandat aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG schützt das Mandat nicht nur in seinem Bestand, sondern auch in seiner tatsächlichen Ausübung.⁷⁰ Unbeschadet ihrer in Art. 20 Abs. 3 GG wurzelnden Bindung an das Grundgesetz „schulden“ Abgeordnete – in Abgrenzung zu Beamten – keine Dienste, sondern nehmen ihr Mandat frei und in ausschließlicher Verantwortung gegenüber dem Volk wahr.⁷¹ Auch wenn Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG Abgeordnete nicht von Pflichten entbindet,

⁶¹ Morlok, in: Dreier, GG, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 38 Rn. 151.

⁶² Schmahl/Raue, in: NK-Abgeordnetenrecht, 2. Aufl. 2023, § 44a AbgG Rn. 39.

⁶³ BVerfGE 73, 339 (387); 102, 147 (162 ff.); 118, 79 (95); 129, 186 (199); stRspr.

⁶⁴ BVerfGE 123, 267 (353 f.); 126, 286 (302 f.); 129, 186 (199).

⁶⁵ S. Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV.

⁶⁶ Vgl. Müller, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 38 Rn. 173 m.w.N.

⁶⁷ Badura, in: Bonner Kommentar, GG, Art. 38 Rn. 48 (Oktober 2018).

⁶⁸ Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 Rn. 69 ff. (Januar 2022).

⁶⁹ So auch Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Zum Spannungsverhältnis zwischen geplanter EU-Antikorruptionsrichtlinie und freiem Mandat, WD 3 - 3000 - 117/23, S. 9.

⁷⁰ BVerfGE 80, 188 (218); 99, 19 (32); 118, 277 (324 und 379).

⁷¹ BVerfGE 76, 256 (341).

gewährleistet die Verfassungsnorm doch die Freiheit in der inhaltlichen Wahrnehmung dieser Pflichten: Wie Abgeordnete ihrer Pflicht, gemeinsam mit den übrigen Parlamentsmitgliedern das ganze Volk zu repräsentieren,⁷² nachkommen wollen, steht in ihrem freien „Ermessen“.⁷³ Ob sie pflichtwidrig oder missbräuchlich handeln, entzieht sich damit einer rechtlichen Kontrolle, sondern entscheiden alle Wählerinnen und Wähler für sich.⁷⁴ Insofern darf das, was Ausübung dieser („Ermessens“-)Freiheit ist, keinen strafrechtlichen Vorwurf begründen. Eine Norm, die die **Strafbarkeit** von Abgeordneten begründet, kann insofern **nicht** bei der **inhaltlichen Bewertung ihres Verhaltens** ansetzen.⁷⁵ Versuche, aus einer angeblich gesteigerten Sozialpflichtigkeit des freien Mandats eine Verantwortlichkeit seines Inhabers, das Mandat im Interesse aller Bürger auszuüben, und dementsprechend ein Verbot, das Mandat zur Durchsetzung von Partikularinteressen auszunutzen,⁷⁶ scheitern insofern daran, dass sie auf eine mit Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG unvereinbare Inhaltskontrolle der Mandatsausübung hinausliefen.⁷⁷

Allerdings ergeben sich bei Bundestagsabgeordneten **Pflichtbindungen aus selbstaufgelegten, sie besonders treffenden Regeln wie denen des Abgeordnetengesetzes oder des Parteiengesetzes**;⁷⁸ diese begründen einen genau umgrenzten Pflichtenkreis, den Bundestagsabgeordnete nicht verlassen dürfen.⁷⁹ Dementsprechend ließe sich eine Rechtswidrigkeit mit einem Verstoß gegen die in § 44a AbgG niedergelegten Annahmeverbote begründen. Eine Begrenzung auf die Verletzung von Mandatsträger im Besonderen treffenden Rechtsbindungen – wie im Fall von Bundestagsabgeordneten die Bindungen nach dem AbgG oder dem PartG – lässt sich dem Wortlaut von Art. 11 RL-E freilich nicht entnehmen.

Dies unterstellt könnte Art. 11 RL-E im Fall von Mandatsträgern allerdings funktionieren. Beispielsweise wäre im Fall von Bundestagsabgeordneten die entgeltliche Interessenvertretung im

⁷² BVerfGE 40, 296 (314, 316); 118, 277 (325 f.); 131, 316 (341 f.); 140, 115 (149 f.); 160, 368 (381).

⁷³ BVerfGE 118, 277 (326).

⁷⁴ Vgl. *Schmahl/Raue*, in: NK-Abgeordnetenrecht, 2. Aufl. 2023, § 44a AbgG Rn. 40.

⁷⁵ BVerfGE 118, 277 (375 und 400).

⁷⁶ *Momsen*, in: Pohlreich/Beck/Meier/Stefanopoulou/Ziemann, Strafrecht in der Krise, 2022, S. 67 (82); ähnlich *Weiß*, in: Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 7, 13. Aufl. 2021, § 108e Rn. 1: „Der dem Abgeordneten das Mandat erteilende Bürger muss darauf vertrauen können, dass dieser ausschließlich zum Wohle und im Interesse der Allgemeinheit handelt.“, wobei *Weiß* indes konzediert, dass Abgeordnete durchaus Partikularinteressen vertreten dürften, sofern dies von Korruption unbeeinflusst geschehe, diese Interessen der politischen Überzeugung der Abgeordneten entsprächen und der Vorgang „transparent und nachvollziehbar“ sei.

⁷⁷ *Badura*, in: Bonner Kommentar, GG, Art. 38 Rn. 51 (Oktober 2018); vgl. auch *T. Zimmermann*, Das Unrecht der Korruption, 2018, S. 601 mit zahlreichen Nachweisen.

⁷⁸ *T. Zimmermann*, Das Unrecht der Korruption, 2018, S. 602.

⁷⁹ Vgl. *Kubiciel* ZRP 2023, 47.

Sinne von § 44a Abs. 3 AbgG eine rechtswidrige Handlung im Sinne der Vorschrift. Sie wäre auf einen ungerechtfertigten Vorteil gerichtet, nämlich das Entgelt. Im Fall der **Maskenaffäre** würde Art. 11 RL-E versagen, weil er nur Handlungen „in Ausübung seines Dienstes“ und damit, soweit es um Mandatsträger geht, bei Mandatswahrnehmung erfasst und keine außerparlamentarische Interessenvertretung.

5. Bereicherung durch Korruptionsdelikte (Art. 13 RL-E)

Abgesehen davon, dass die Vorschrift nicht die Korruption selbst, sondern ein Anschlussdelikt zum Gegenstand hat und insofern zweifelhaft erscheint, ob sie ihre Rechtsgrundlage in Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV findet,⁸⁰ soll sie laut 13. Erwägungsgrund die Korruptionsbekämpfung in Fällen, in denen Korruptionsdelikte nicht nachgewiesen werden können, dadurch fördern, dass die Voraussetzungen des Art. 13 RL-E sich vergleichsweise leichter nachweisen lassen. Insofern bezieht sich der Vorschlag auf Art. 82 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV, der allerdings keine Kompetenz zur Aufstellung von Beweislastregeln vorsieht; vielmehr wäre nach Art. 82 Abs. 2 UAbs. 2 Buchst. d) AEUV ein Ratsbeschluss erforderlich.⁸¹

Wo der Täter sich an der Straftat beteiligt hat, aus der der Vermögensgegenstand stammt (sog. **Selbstgeldwäsche**), läuft Art. 13 RL-E zwar nicht zwingend auf eine Doppelbestrafung hinaus,⁸² weil Beteiligung an der Vortat und die Handlung im Sinne von Art. 13 RL-E nicht zwingend dieselbe prozessuale Tat darstellen. Wohl aber verletzt die Norm das **Gebot schuldangemessener Strafe und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz**,⁸³ weil der Erwerb, der vorsätzliche Besitz oder die vorsätzliche Verwendung eines Vermögensgegenstandes den durch die Vortat bereits eingetretenen Schaden nicht vertiefen oder einen neuen eigenständigen Schaden begründen dürfte. Nicht ohne Grund ist die Selbstgeldwäsche – abgesehen von den Fällen des § 261 Abs. 7 StGB⁸⁴ – als mitbestrafte Nachtat anzusehen, deren Unrecht vom Unrecht der Vortat abgedeckt ist.⁸⁵

⁸⁰ Vgl. BRAK, Stellungnahme, S. 11.

⁸¹ BRAK, Stellungnahme, S. 11 f.

⁸² A.A. BRAK, Stellungnahme, S. 12.

⁸³ BRDrucks 244/23, S. 8.

⁸⁴ Zur Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift s. *El Ghazi*, in: Herzog, Geldwäschegesetz, 5. Aufl. 2023, § 261 StGB Rn. 198 mit Nachweisen zur verfassungsrechtlichen Kritik.

⁸⁵ *El Ghazi/Wegner/T. Zimmermann* wistra 2023, 353 (361).

Vorzugswürdig erscheinen ein Verzicht auf Art. 13 RL-E und der Weg über das **Einziehungsrecht**.⁸⁶

⁸⁶ *El Ghazi/Wegner/T. Zimmermann a.a.O.*