

Zur Korruptionsstrafbarkeit kommunaler Mandatsträger

Zugleich Anmerkung zur Entscheidung des BGH vom 9.5.2006 – 5 StR 453/05*

Von Richter i.H. Dr. **Holger Niehaus**, Münster

Entscheidungen der kommunalen Volksvertretungen sind häufig von erheblicher wirtschaftlicher Tragweite für die Betroffenen, so etwa bei der Verwirklichung von Großbauvorhaben, der Schaffung von Versorgungsinfrastruktur (Müllverbrennungsanlagen) oder bei der Ausweisung von Baugebieten. Weil zudem auf kommunaler Ebene häufig eine persönliche Bekanntschaft zwischen den Betroffenen und den Entscheidungsträgern vorhanden ist, sind derartige Beschlüsse in besonderem Maße der Gefahr ausgesetzt, Gegenstand unlauterer Manipulationsversuche der wirtschaftlich Betroffenen zu werden.¹ Daher ist die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Mitglieder von Stadt- und Gemeinderäten Täter der Korruptionsdelikte (§§ 331 ff. StGB) sein können, von erheblicher Bedeutung. Der 5. Strafsenat hat mit seiner Entscheidung vom 9.5.2006 die Frage dahingehend beantwortet, dass Zahlungen und ihre Entgegennahme dann nicht unter dem Gesichtspunkt der §§ 331 ff. StGB strafbar seien, wenn sie für das Abstimmungsverhalten im Kommunalparlament oder für dessen Vorbereitung erfolgen. Dem hat sich der 2. Strafsenat in seiner Entscheidung vom 12.07.2006 angeschlossen.² Da diese Auslegung in erheblichem Umfang zur Straflosigkeit von Zuwendungen an kommunale Mandatsträger führt, fordert der 5. Strafsenat des BGH den Gesetzgeber ausdrücklich zum Tätigwerden auf.³ Inzwischen liegt ein erster Gesetzentwurf vor, der der Aufforderung des Gerichts Rechnung tragen will.⁴ Die Entscheidung des 5. Strafsenates wirft damit zentrale Fragen des Amtsträgerbegriffs auf, die auch weiterhin Gegenstand der rechtswissenschaftlichen und rechtspolitischen Diskussion sein werden.

I. Meinungsstand

Die Frage der Amtsträgereigenschaft von Ratsmitgliedern ist seit langem Gegenstand einer Kontroverse, deren Ursache in der offenen Frage der Zuordnung von Gemeindevertretungen zur Exekutive oder Legislative liegt. Die mit der Frage befassten erstinstanzlichen Gerichte haben die Amtsträgereigenschaft – gestützt auf § 11 Abs. 1, Nr. 2 c) StGB – einhellig bejaht.⁵ Soweit die Amtsträgereigenschaft gelegentlich offen gelassen wurde,⁶ beruhte dies auf Sachverhaltsgestaltungen, in denen die Täter nicht in ihrer Eigenschaft als Ratsmitglied tätig wurden, sondern in darüber hinausgehen-

den Funktionen, im Fall des OLG Stuttgart⁷ etwa als Mitglied des Jagdvorstandes.

Im Schrifttum werden dagegen pauschalierende Aussagen zugunsten oder gegen die Einordnung kommunaler Mandatsträger überwiegend zugunsten differenzierender Ansätze verworfen. Zum Teil wird auf den Charakter der erstrebten oder vorgenommenen Handlung des Ratsmitglieds abgestellt. Entscheidend sei, ob die konkret vorgenommene Handlung sich ihrer Art nach als Exekutiv- oder als Legislativtätigkeit darstelle.⁸ Letzteres soll insbesondere beim Erlass von Satzungen der Fall sein, so dass etwa ein Ratsmitglied, das sich bei der Aufstellung eines Bebauungsplanes von einem Landeigentümer, dessen Grundeigentum in Bauland umgewandelt werden soll, bestechen lässt, in dieser Konstellation kein Amtsträger und damit kein tauglicher Täter des § 332 StGB wäre.⁹

Demgegenüber wird die Amtsträgereigenschaft von Ratsmitgliedern zum Teil im Grundsatz abgelehnt.¹⁰ Etwas anderes soll nur dann gelten, wenn Ratsmitglieder über ihre eigentliche Tätigkeit hinaus mit der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben betraut werden (wie etwa in dem oben beschriebenen Fall der Wahrnehmung von Aufgaben des Jagdvorstandes).¹¹

II. Die Entscheidung des BGH

Die nunmehr vom BGH favorisierte Lösung deckt sich inhaltlich mit der zuletzt genannten Auffassung im Schrifttum. Sein Ergebnis stützt das Gericht auf zwei Säulen. Zum einen handele es sich bei den Ratsmitgliedern nicht um Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1, Nr. 2 StGB; zum anderen stelle § 108e StGB eine abschließende Sonderregelung für die Beeinflussung des Verhaltens im Rat, seinen Ausschüssen sowie des Verhaltens im Vorfeld von Abstimmungen dar. Diese Auslegung gibt Anlass zu einer kritischen Würdigung; im Ergebnis dürften die besseren Argumente für eine Amtsträgereigenschaft von Ratsmitgliedern (und zwar gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB) sprechen.

⁷ OLG Stuttgart NJW 1966, 679.

⁸ Eser, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Auflage 2006, § 11 Rn. 23; Heinrich, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht, 2001, S. 501, 675 ff.; Krey/Heinrich, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 13. Aufl. 2005, Rn. 666: „jedenfalls bei ihrer Legislativtätigkeit“.

⁹ Krey/Heinrich (Fn. 8), Rn. 666; Sachverständiger Fischer, Rechtsausschuss, 12. Wahlperiode, 69. Sitzung, S. 68.

¹⁰ Gribbohm, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Auflage, § 11 Rn. 37, 42; Rudolphi/Stein, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl., 40. Lfg., Stand: Februar 2005, § 11 Rn. 21; Deiters, NStZ 2003, 453 (458).

¹¹ Deiters, NStZ 2003, 453 (458); Rudolphi/Stein (Fn. 10), § 11 Rn. 21.

* BGHSt 51, 44 = NStZ 2006, 389.

¹ Vgl. Dahs/Müssig, NStZ 2006, 191 (195); Rübenthal, HRRS 2006, 34; BT-Drs. 12/5927, S. 6.

² BGH wistra 2006, 419 (420).

³ BGHSt 51, 44 (60, Rn. 47).

⁴ BT-Drs. 16/6726 (Gesetzentwurf der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen v. 16.10.2007).

⁵ LG Köln NStZ-RR 2003, 364; LG Krefeld NJW 1994, 2036; AG Wuppertal, 12 Ls 835 Js 79/01.

⁶ OLG Celle MDR 1962, 671; OLG Stuttgart NJW 1966, 679.

III. Amtsträgereigenschaft gem. § 11 I Nr. 2 b) oder c) StGB?

Die Amtsträgereigenschaft entsteht entweder aufgrund einer besonderen *dienstlichen Stellung* des Betroffenen (§ 11 Abs. 1, Nr. 2 a), b) StGB) oder als Folge der Wahrnehmung bestimmter *Aufgaben* (§ 11 Abs. 1, Nr. 2 c) StGB).¹² Die gesetzliche Begriffsbestimmung weist insoweit eine dualistische Struktur auf.¹³ Im Fall eines Ratsmitgliedes kommt sowohl eine Amtsträgereigenschaft kraft einer besonderen Stellung (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB) als auch aufgrund der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben (§ 11 Abs. 1, Nr. 2 c) StGB) in Betracht.

Ganz überwiegend wird die Frage – zumeist ohne Auseinandersetzung mit der Möglichkeit einer Subsumtion unter § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB – als Problem des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB diskutiert.¹⁴ Demgegenüber qualifiziert *Rudolphi* im Anschluss an *Samson*¹⁵ Ratsmitglieder als Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB, soweit sie exekutive Aufgaben wahrnehmen.¹⁶ Ohne diese Einschränkung geht *Welp* von einer Amtsträgereigenschaft gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB aus.¹⁷ *Paeffgen*¹⁸ lässt die Frage offen, während *Deiters*¹⁹ sie verneint, da jedenfalls keine „Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung“ vorliege, die Voraussetzung sowohl für eine Amtsträgereigenschaft i.S.d. § 11 Abs. 1, Nr. 2 b) StGB als auch gem. Nr. 2 c) sei.

Der Entscheidung des BGH gebührt zunächst das Verdienst, die Auseinandersetzung mit einer denkbaren Amtsträgereigenschaft gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB – im Gegensatz zu den oben genannten erstinstanzlichen Entscheidungen²⁰ – geführt zu haben. Denn die Amtsträgereigenschaft gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) ist vorrangig gegenüber lit. c) zu

untersuchen, der nur solche Personen erfasst („sonst dazu bestellt“), die nicht bereits Amtsträger gemäß Nr. 2 a) und b) sind.²¹

IV. Voraussetzungen des § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB

1. Innergesetzliche Systematik/Kein Erfordernis der „Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung“

Das sonstige öffentlich-rechtliche Amtsverhältnis im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB setzt besondere *personale Bindungen* zum Staat voraus, die einem öffentlich-rechtlichem Dienst- und Treueverhältnis, wie es die Beamtenstellung i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 a) StGB kennzeichnet, vergleichbar sind.²² Hierdurch unterscheidet es sich von der sonstigen Bestellung zur Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB, neben dem lit. b) ansonsten überflüssig wäre. Anders als in § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB wird in Nr. 2 a) und b) die Amtsträgereigenschaft also über den *Charakter des Innenverhältnisses* des Amtsträgers zu seinem Dienstherrn und nicht durch die Qualität der wahrgenommenen Aufgabe begründet.²³ Daher setzt § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB nicht voraus, dass die Betreffenden Aufgaben der öffentlichen Verwaltung i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB wahrnehmen (so wenig, wie die Ernennung zum Beamten notwendigerweise die Übertragung eines Amtes voraussetzt),²⁴ wie dies jedoch zum Teil aus der einleitenden Gesetzesformulierung („sonst dazu bestellt“) gefolgert wird.²⁵ Anderenfalls müssten diejenigen Vertreter des Schrifttums, die etwa die fiskalische Tätigkeit (etwa im Beschaffungswesen) nicht als Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB ansehen, die Amtsträgereigenschaft solcher Beamter im statusrechtlichen Sinne ablehnen, die ausschließlich zur Wahrnehmung derartiger Tätigkeiten bestellt sind. Dies wird jedoch im Schrifttum mit Recht ausdrücklich abgelehnt, und es wird lediglich die Frage aufgeworfen, ob angesichts der – auf der Grundlage dieser Sichtweise zum fiskalischen Verwaltungshandeln bestehenden – Ungleichbehandlung zwischen fiskalisch handelnden Beamten einerseits und Angestellten im öffentlichen Dienst andererseits, die Strafbarkeit der Beamten in diesen Fällen rechtspolitisch zu rechtfertigen ist, ohne dass aber diese Strafbarkeit de lege lata in Zweifel gezogen wird.²⁶

Auch der 5. *Strafsenat* geht offenbar nicht davon aus, dass eine Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB Voraussetzung für eine Amtsträgereigenschaft gemäß Nr. 2 b) wäre. Er ist vielmehr der Auffassung, dass „historische, systematische und teleologische Argumente“ entgegenstünden, obwohl der Wortlaut ohne

¹² *Welp*, in: Küper (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, S. 761.

¹³ *Welp* (Fn. 12), S. 761, 764; vgl. *Lenckner*, ZStW 2004, 532, Fn. 93.

¹⁴ Jeweils ohne Auseinandersetzung mit der Möglichkeit einer Amtsträgereigenschaft gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB: LG Köln NStZ-RR 2003, 364; LG Krefeld NJW 1994, 2036 (2037); *Bernsmann*, StV 2003, 521 (525); *Eser* (Fn. 8), § 11 Rn. 23; *Gribbohm* (Fn. 10), § 11 Rn. 37, 42; *Radtke*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2005, § 11 Rn. 47; ausdrücklich gegen § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 25. Aufl. 2004, § 11 Rn. 11; *Heinrich* (Fn. 8), S. 676; BGH wistra 2006, 419 (420; dort wird zur Begründung lediglich auf die Entscheidung des 5. *Strafsenates* Bezug genommen); kritisch zur fehlenden Diskussion des § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) *Deiters*, NStZ 2003, 453 (455).

¹⁵ *Samson*, in: Rudolphi u.a. (Fn. 10), 1. Auflage, 1975, § 11 Rn. 13.

¹⁶ *Rudolphi*, in: ders. (Fn. 10), 6. Aufl., § 11 Rn. 20.

¹⁷ *Welp* (Fn. 12), S. 761 ff. (764, Fn. 16); ebenso *Rübenstahl*, HRRS 2006, 23 (27).

¹⁸ *Paeffgen*, JZ 1997, 178 (179 f.).

¹⁹ *Deiters*, NStZ 2003, 453 (455).

²⁰ Oben, Fn. 5.

²¹ *Rübenstahl*, HRRS 2006, 23 (33).

²² *Welp* (Fn. 12), S. 761 ff. (762, 764); *Eser* (Fn. 8), § 11 Rn. 20; *Lenckner*, ZStW 1994, 502 (523, Fn. 70).

²³ *Welp* (Fn. 12), S. 761 ff. (763).

²⁴ *Welp* (Fn. 12), S. 761 ff. (763); *Lenckner*, ZStW 1994, 502 (531).

²⁵ *Deiters*, NStZ 2003, 453 (455).

²⁶ *Heinrich* (Fn. 8), S. 487.

Weiteres eine Subsumtion unter § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB zulässt.²⁷ Die Frage der fehlenden Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wird demgegenüber erst im Rahmen der anschließenden Prüfung des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB angesprochen.²⁸

Dieses Ergebnis entspricht auch der innergesetzlichen Systematik des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB, denn § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB ist als Auffangtatbestand für Fälle konzipiert, die nicht unter die lit. a) und b) fallen,²⁹ nicht aber als Einschränkung der vorangehenden Begriffsbestimmungen.

2. Sonstiges öffentlich-rechtliches Amtsverhältnis

Setzt also § 11 Abs. 1 Nr. 1 b) StGB – ebenso wenig wie Nr. 1 a) – die Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung voraus, so stellt sich die Frage, ob Mitglieder der Kommunalparlamente die personalen Voraussetzungen dieser Norm erfüllen. Das Innenverhältnis zwischen den Ratsmitgliedern und der Gemeinde weist zahlreiche Parallelen zu den persönlichen Dienst- und Treuepflichten von Beamten auf.³⁰ Das LG Köln weist zu Recht etwa auf die Pflicht zur Verschwiegenheit (z.B. §§ 43 Abs. 2, 30 GO NW) und auf den Ausschluss von der Mitwirkung, wenn die Entscheidung einer Angelegenheit dem Ratsmitglied selbst oder seinen Angehörigen einen unmittelbaren Vorteil bringen kann, oder wegen Besorgnis der Befangenheit (§§ 43 Abs. 2, 31 GO NW), hin.³¹ Diese Regelungen entsprechen den verwaltungsverfahrenrechtlichen Vorschriften der §§ 20, 21 VwVfG – und damit Normen, die gerade Ausdruck des für das Beamtenverhältnis kennzeichnenden Treueverhältnisses sind.³² Weiterhin ist auf die Haftung des Ratsmitgliedes für Ratsbeschlüsse hinzuweisen, durch die die Gemeinde einen Schaden erleidet (etwa § 43 Abs. 4 GO NW).³³ Auch diese Ausgestaltung der Haftung ist dem traditionellen Beamtenrecht nachgebildet (vgl. § 84 LBG NW) und ist Ausdruck der – in diesem Fall verletzten – besonderen beamtenrechtlichen Dienst- und Treuepflicht.

Demnach lässt sich festhalten, dass das Innenverhältnis zwischen dem Ratsmitglied und der Gemeinde in zentralen Aspekten (Haftung, Pflicht zur Verschwiegenheit, Ausschluss wegen Besorgnis der Befangenheit) den beamtenrechtlichen Vorschriften nachgebildet ist. Daher ist die Aussage gerechtfertigt, dass es sich bei der Innenbeziehung zwischen Ratsmitglied und Gemeinde um ein Verhältnis handelt, das durch Pflichten gekennzeichnet ist, wie sie ansonsten typisch für das Verhältnis zwischen dem Beamten und seinem Dienstherrn sind.

3. keine Zugehörigkeit zur Legislative

Obwohl also die Voraussetzungen des § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB vorliegen, könnte eine Amtsträgereigenschaft der Ratsmitglieder zu verneinen sein, wenn sie der gesetzgebenden Gewalt zuzuordnen wären. Die Prämisse, dass Mitglieder der Legislativorgane keine Amtsträger im strafrechtlichen Sinne sind, darf heute als allgemein anerkannt gelten.³⁴ Sie geht zurück auf eine Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1953, in der der BGH – allerdings lediglich im Rahmen eines obiter dictums – ausführt, die Abgeordneten übten zwar „öffentlich-rechtliche Befugnisse“ aus, seien aber als Mitglieder der gesetzgebenden Gewalt gleichwohl keine Beamte im strafrechtlichen Sinne.³⁵ Diese Auffassung hat auch der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 108e StGB zugrunde gelegt, indem ausgeführt wird, dass es dieses Tatbestandes bedürfe, da Abgeordnete keine Amtsträger seien.³⁶

Mit dieser Festlegung ist allerdings für die Frage der Amtsträgereigenschaft von Ratsmitgliedern noch nichts entschieden, denn ob diese der Legislative angehören, richtet sich danach, anhand welcher Kriterien eine Abgrenzung der Legislative von der Exekutive vorgenommen wird. In Betracht kommen insoweit die Art der Übertragung des Mandates, der Vorgang der Entscheidungsfindung innerhalb des Gremiums und die Art der Regelung, die das Ergebnis dieses Vorgangs darstellt.³⁷

a) Der Einordnung der Gemeinderatsmitglieder als Angehörige eines Exekutivorgans steht zunächst nicht entgegen, dass diese ihr Mandat in allgemeiner, freier und gleicher Wahl direkt vom Volk erhalten und nicht wie Beamte ernannt werden.³⁸ Denn auch Wahlbeamte sind Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB, wie das Beispiel des Bürgermeisters in Nordrhein-Westfalen zeigt, der wie die Ratsmitglieder direkt gewählt wird (§ 65 GO NW).³⁹

b) Dasselbe gilt für das Argument, dass bei Beschlüssen von Gemeinderäten das demokratische Prinzip der Stimmenmehrheit gilt (§ 50 Abs. 1 GO NRW) und sich die Entscheidung aufgrund politischer Willensbildung im demokratischen Prozess vollzieht.⁴⁰ Diese Voraussetzungen liegen auch etwa bei Beschlüssen der Bundesregierung vor (§ 24 Abs. 2 GO BReg), ohne dass an der Zuordnung von deren Mitgliedern zur Exekutive Zweifel bestünden. Zudem lässt sich der Aussage, wonach aufgrund der politischen Willensbildung im Rat dessen Aufgabe „nicht – auch nicht teilweise – Verwaltung im materiellen Sinne“ sei, zumindest der grundgesetzliche Sprachgebrauch des Art. 28 Abs. 2 S. 3 GG entgegenhalten.⁴¹ Danach haben die Gemeindeverbände (für

²⁷ BGHSt 51, 44 (49, Rn. 25).

²⁸ BGHSt 51, 44 (52 f., Rn. 30, 33).

²⁹ Rübenstahl, HRRS 2006, 23 (32 f.).

³⁰ Rübenstahl, HRRS 2006, 23 (27 f.).

³¹ LG Köln NStZ-RR 2003, 364; vgl. auch Rübenstahl, HRRS 2006, 23 (29).

³² LG Köln NStZ-RR 2003, 364.

³³ LG Köln NStZ-RR 2003, 364.

³⁴ BGHSt 51, 44 (51, Rn. 51); Krey/Heinrich (Fn. 8), Rn. 666; Heinrich (Fn. 8), S. 500.

³⁵ BGHSt 5, 100 (105 f.).

³⁶ BT-Drs. 12/5927, S. 5.

³⁷ Deiters, NStZ 2003, 453 (456).

³⁸ A.A. Deiters, NStZ 2003, 453 (456).

³⁹ Vgl. Rübenstahl, HRRS 2006, 23 (33).

⁴⁰ Vgl. Deiters, NStZ 2003, 453 (456); Dahs/Müssig, NStZ 2006, 191 (194); Rudolphi/Stein (Fn. 10), § 11 Rn. 21.

⁴¹ A.A. Dahs/Müssig, NStZ 2006, 191 (194).

die Gemeinden gilt nichts anderes) das Recht zur Selbst-„Verwaltung“, welches sie unter anderem und primär durch die Gemeinderäte bzw. Kreistage ausüben.

c) Der BGH qualifiziert die Gemeindevertretungen in Übereinstimmung mit der verwaltungs- und verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung⁴² daher vielmehr aufgrund des Charakters der Beschlüsse des Rates zu Recht als Bestandteil der Exekutive – in Abgrenzung zu (echten) Parlamenten im staatsrechtlichen Sinne.⁴³ Denn der Gemeinderat wird lediglich in Ausfüllung der Befugnis der Kommunen zur kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) in Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft tätig, auch wenn die Satzungen, zu deren Erlass er befugt ist, normtheoretisch als Gesetze im materiellen Sinne einzuordnen sein mögen.⁴⁴ Administrative Normgebung ist Verwaltungstätigkeit; insbesondere enthalten kommunale Satzungen – im Gegensatz zu formellen Gesetzen (vgl. Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG) – auch konkret-individuelle Regelungen (insbesondere Bebauungspläne).⁴⁵ Dass eine Befugnis zum Erlass von Gesetzen im materiellen Sinne eine Zuordnung zur Exekutive nicht ausschließt, zeigt im Übrigen das Beispiel des Ministers,⁴⁶ der zum Erlass von Rechtsverordnungen befugt, gleichwohl aber nach einhelliger Meinung Amtsträger ist und von der Gesetzesbegründung des EGStGB gerade als Beispiel für Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB genannt wird.⁴⁷ Der Legislative gehören demgegenüber nur Mitglieder von Körperschaften an, die zum Erlass von Gesetzen im formellen Sinne berufen sind.⁴⁸ Ratsmitglieder sind daher Teil eines Exekutivorgans.

4. Differenzierende Lösung?

Mit dem Vorstehenden sind zugleich solche differenzierenden Ansätze unvereinbar, die eine Amtsträgereigenschaft von Ratsmitgliedern ablehnen, soweit sie in legislatorischer Funktion tätig werden, mithin beim Erlass von Satzungen.⁴⁹ Denn indem § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB die Amtsträgereigenschaft an die personalen Bindungen der Person zum Staat knüpft und nicht an die konkret wahrgenommene Aufgabe, wird derartigen Differenzierungen die Grundlage entzogen. Im Übrigen wird eine solche Differenzierung bei Ministern des Bundes oder Landes, die in Gestalt von Rechtsverordnungen Vorschriften erlassen, welche den Parlamentsgesetzen und damit der Legislative eher näher stehen als die Ortssatzungen des Rates, zu Recht nicht erwogen.

⁴² BVerfGE 78, 344 (348); BVerwG NJW 1993, 411 (412).

⁴³ BGHSt 51, 44 (52, Rn. 31); a.A. *Stein/Rudolphi* (Fn. 10), § 11, Rn. 21.

⁴⁴ Vgl. BGHSt 51, 44 (52, Rn. 31): „gewisser legislatorischer Charakter“ der Rechtssetzungstätigkeit; LG Krefeld NJW 1994, 2036.

⁴⁵ *Rübenstahl*, HRRS 2006, 23 (30).

⁴⁶ LG Köln NStZ-RR 2003, 364 (365).

⁴⁷ BT-Drs. VII/550, S. 209.

⁴⁸ LG Köln NStZ-RR 2003, 364 (365).

⁴⁹ Vgl. LG Köln NStZ-RR 2003, 364 (365).

5. Zwischenergebnis

Eine zunächst auf Wortlaut und innergesetzliche Systematik des § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB gestützte Auslegung führt daher entgegen der Auffassung des BGH zur Amtsträgereigenschaft von Ratsmitgliedern. Darauf, dass eine Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c) StGB nicht vorliegen mag,⁵⁰ kommt es nach der hier vertretenen Auffassung nicht an.

V. § 108e als abschließende Sonderregelung?

Etwas anderes könnte sich aus einer normübergreifenden systematisch-teleologischen Auslegung unter Berücksichtigung des § 108e StGB ergeben, worauf der 5. *Strafsenat* als zweite Begründungslinie sein Ergebnis stützt (während der 2. *Senat* diese Frage in seiner Entscheidung, die sich ansonsten dem 5. *Senat* anschließt, ausdrücklich offen lässt⁵¹). Es handele sich bei § 108e StGB um eine abschließende Sonderregelung im Zusammenhang mit Wahlen und Abstimmungen im Gemeinderat.⁵² Diese auch von Teilen des Schrifttums geteilte Auffassung⁵³ stützt sich im Wesentlichen auf die Aussage des Gesetzgebers von 1994, wonach der Tatbestand systematisch nicht den Amtsdelikten zugeordnet werde, „da der Abgeordnete kein Amtsträger“ sei.⁵⁴ Da aber § 108e StGB neben den Abgeordneten der Landes- und Bundespardamente (sowie des Europarlamentes) auch die Angehörigen der Volksvertretungen der Gemeinden und Gemeindeverbände erfasst, ergebe sich hieraus, dass der Gesetzgeber in § 108e StGB eine abschließende Regelung habe formulieren wollen.⁵⁵

Im Ergebnis stehen jedoch auch diese Gesichtspunkte einer Amtsträgereigenschaft von Ratsmitgliedern nicht entgegen.⁵⁶ Der Gesetzgeber hatte bei der Schaffung des § 108e StGB primär die Abgeordneten der Landtage und des Bundestages vor Augen.⁵⁷ Dies ergibt sich etwa aus der Einleitung der Gesetzesbegründung, die unter „Allgemeines“ formuliert, es bestehe ein Bedürfnis, „die Legislative“⁵⁸ strafbewehrt vor unlauterer Einflussnahme zu schützen.⁵⁹

Richtig ist zwar, dass auch die Angehörigen der Gemeindevertretungen Eingang in den Tatbestand des § 108e StGB gefunden haben, so dass die oben zitierte Aussage der Gesetzesbegründung, Abgeordnete seien keine Amtsträger, auch auf Ratsmitglieder bezogen werden kann. Diese Annahme der Gesetzesbegründung entfaltet jedoch keine Bindungswir-

⁵⁰ Vgl. dazu BGHSt 51, 44 (52, Rn. 30).

⁵¹ BGH wistra 2006, 419 (420).

⁵² BGHSt 51, 44 (55).

⁵³ *Dahs/Müssig*, NStZ 2006, 191 (195); *Feinendegen*, NJW 2006, 2014 (2015).

⁵⁴ BT-Drs. 12/5927, S. 5.

⁵⁵ *Dahs/Müssig*, NStZ 2006, 191 (195).

⁵⁶ LG Köln NStZ-RR 2003, 364 (365); *Rübenstahl*, HRRS 2006, 23 (35).

⁵⁷ *Rübenstahl*, HRRS 2006, 23 (35).

⁵⁸ BT-Drs. 12/5927, S. 4.

⁵⁹ BT-Drs. 12/5927, S. 3 f.; vgl. LG Köln NStZ-RR 2003, 364 (365).

kung für die Auslegung.⁶⁰ Denn eine „verbindliche Richtschnur“ für die Auslegung bildet nach der juristischen Methodenlehre allenfalls die *Regelungsabsicht* des Gesetzgebers. Als für die Auslegung bedeutsamer Wille des Gesetzgebers sind nur die in der Regelung erkennbar ausgeprägte und in ihr angelegte Grundabsicht und diejenigen Vorstellungen anzusehen, die in der gesetzgebenden Körperschaft oder ihren Ausschüssen zum Ausdruck gebracht und ohne Widerspruch geblieben sind.⁶¹ In dem der Schaffung des § 108e StGB vorangegangenen Gesetzgebungsverfahren ist jedoch zum einen – im Gegenteil – mehrfach im Rechtsausschuss unwidersprochen vorgetragen worden, dass Gemeinderats- und Kreistagsmitglieder grundsätzlich Amtsträger seien.⁶² Weder in den Sitzungen des Bundestages noch in denjenigen des Rechtsausschusses ist eine klare Äußerung eines Abgeordneten dahingehend getroffen worden, Gemeinderatsmitglieder seien künftig nicht nach den §§ 331 ff. StGB strafbar.⁶³ Die Aussage des *BGH*, es entspreche „dem *ausdrücklichen* Willen des Gesetzgebers, weite Teile von [...] Manipulationen im Zusammenhang mit Wahlen und Abstimmungen in Volksvertretungen der Gemeinden und Gemeindevertretungen straflos zu stellen“⁶⁴, findet daher keine Stütze in den Beratungen des Gesetzes, wie bereits das LG Köln mit Recht betont hat.⁶⁵ An einer bewussten „Regelungs- und Strukturentscheidung“ des Gesetzgebers dahingehend, dass kommunale Mandatsträger nicht unter den Begriff des Amtsträgers fallen sollen,⁶⁶ fehlt es somit gerade.

Zum anderen sind konkrete Normvorstellungen des Gesetzgebers, die über die nähere Bedeutung oder Reichweite einer gesetzlichen Bestimmung geäußert werden, weder ein-

zeln noch in ihrer Gesamtheit bindende Kriterien für die Auslegung; vielmehr wird diese nicht selten von ihnen abweichen,⁶⁷ wie dies in der Tat in den auf die Gesetzesänderung folgenden erstinstanzlichen Entscheidungen geschehen ist.⁶⁸

Die rechtliche Einschätzung der schriftlichen Gesetzesbegründung, Abgeordnete seien keine Amtsträger, ist daher für die Gesetzesauslegung nicht maßgeblich. Orientiert man die Auslegung vielmehr an der *Regelungsabsicht* des Gesetzgebers, so bestand diese ersichtlich nicht darin, die Strafbarkeit der Bestechung von Ratsmitgliedern einzuschränken.⁶⁹ Eben-dies wäre jedoch die Konsequenz einer Auffassung, die aus der Schaffung des § 108e StGB das Nichtvorliegen der Voraussetzungen des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB herleiten wollte. Zweck der Einführung des Tatbestandes des § 108e StGB war vielmehr die Ausdehnung der Strafbarkeit.⁷⁰

Entgegen der Auffassung des 5. *Strafsenates* und von Teilen des Schrifttums lässt sich daher auch aus einer systematischen Auslegung unter Berücksichtigung des § 108e StGB nicht herleiten, dass Gemeinderatsmitglieder keine Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB sind.

5. Teleologische Gesichtspunkte

Zu einer solchen Annahme besteht schließlich auch unter spezifisch teleologischen Gesichtspunkten keine Veranlassung. Zum Teil wird darauf verwiesen, dass Abgeordnete und Amtsträger sich in ihrer Stellung unterschieden und der Gesetzgeber bei ersteren die interessengeleitete Beeinflussung des Willensbildungsprozesses – abgesehen vom Stimmenkauf – nicht als strafwürdig angesehen habe. Dies möge zwar politisch als fragwürdig angesehen werden können, jedoch sei der dahingehende Wille des Gesetzgebers und dessen „Wertentscheidung“ zu respektieren.⁷¹ Hiergegen lässt sich einwenden, dass – wie oben gezeigt – der Gesetzgeber gerade nicht zu erkennen gegeben hat, dass er mit der Schaffung des § 108e StGB eine Einschränkung der Strafbarkeit verbunden sehen wollte. Zumindest dies wäre jedoch Voraussetzung für eine so weitgehende Einschränkung der Strafbarkeit von Gemeinderatsmitgliedern aufgrund eines vorgeblichen gesetzgeberischen Willens. Es liegt insoweit nahe, sich der deutlichen Formulierung des LG Köln anzuschließen: „Wenn der Gesetzgeber die Strafbarkeit von Ratsmitgliedern nach

⁶⁰ Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre des Rechts, 3. Aufl. 1995, S. 150.

⁶¹ *Larenz/Canaris* (Fn. 60), S. 150.

⁶² So der Abgeordnete *Eylmann* (Protokolle des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, 12. Wahlperiode, Bl. 58) und die Sachverständigen *Fischer* und *Dr. Scheu* im Rahmen der Sachverständigenanhörung in der 69. Sitzung des Rechtsausschusses (Protokolle des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, 12. Wahlperiode, 69. Sitzung, S. 68, 82); vgl. LG Köln NStZ-RR 2003, 364 (365).

⁶³ LG Köln NStZ-RR 2003, 364 (366; unter Bezugnahme auf BT-Plenarprotokoll 12/70 v. 16.1.1992, S. 5918-5926; BT-Plenarprotokoll 12/134 v. 21.1.1993, S. 11698-11701; BT-Plenarprotokoll 12/182 v. 21.10.1993, S. 15729; BT-Plenarprotokoll 12/190 v. 12.11.1993, S. 16421-16428; BT-Plenarprotokoll 664 v. 17.12.1993, S. 628). Der Abg. *de With* sprach im Bundestag von Mitgliedern „kommunaler Körperschaften“ wie den „Bezirksräten in Bayern und den gewählten Mitgliedern der Landschaftsverbände in NRW“, hinsichtlich derer eine Strafbarkeitslücke bestehe (Protokolle des Dt. Bundestages, 12. Wahlperiode, 190. Sitzung v. 12.11.1993, S. 16422); vgl. LG Köln NStZ-RR 2003, 364 (365).

⁶⁴ BGHSt 51, 44, Rn. 47 (Hervorhebung vom *Verf.*).

⁶⁵ LG Köln NStZ-RR 2003, 364 (365 f.).

⁶⁶ *Dahs/Müssig*, NStZ 2006, 191 (194); vgl. auch *Feinendegen*, NJW 2006, 2014 (2015).

⁶⁷ BVerfGE 54, 277 (298); *Larenz/Canaris* (Fn. 60), S. 150; LG Köln NStZ-RR 2003, 364 (366): Aus der möglicherweise vorhandenen „rechtsirrigen“ Auffassung einzelner Abgeordneter, Gemeinderatsmitglieder unterfielen generell nicht den §§ 331 ff. StGB, könne für die Bestimmung des für die Auslegung maßgeblichen gesetzgeberischen Willens nichts hergeleitet werden.

⁶⁸ LG Köln NStZ-RR 2003, 364; LG Krefeld NJW 1994, 2036; AG Wuppertal, 12 Ls 835 Js 79/01.

⁶⁹ LG Köln NStZ-RR 2003, 364 (365); *Rübenstahl*, HRRS 2006, 23 (35).

⁷⁰ LG Köln NStZ-RR 2003, 364 (365); *Rübenstahl*, HRRS 2006, 23 (35).

⁷¹ *Deiters*, NStZ 2003, 453 (458).

§§ 331, 332 StGB aufheben will, so mag er dies in einem *Korruptionserleichterungsgesetz* klar sagen und die Verantwortung hierfür übernehmen.⁷² Der Gesetzgeber hat indes – im Gegenteil – bei der Schaffung des § 108e StGB in der Gesetzesbegründung ausgeführt: „Es gibt keine einleuchtenden Gründe dafür, dass Bestechung und Bestechlichkeit bei Amtsträgern strafrechtlich geahndet werden, bei Volksvertretern, die oft noch erheblich weiterreichende Entscheidungen zu treffen haben, hingegen nicht.“⁷³ Diese Aussage verdeutlicht eindringlich, dass nicht davon gesprochen werden kann, es sei der für die Auslegung auch der §§ 331 ff., 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB maßgebliche Wille des Gesetzgebers gewesen, durch Schaffung des § 108e StGB eine bestehende Strafbarkeit nach den §§ 331 ff. StGB für den Fall der Ratsmitglieder einzuschränken. Der zitierten Aussage des Gesetzgebers ist zudem auch in der Sache zuzustimmen. Denn es mag zwar richtig sein, dass die Verfolgung politischer Zwecke und damit von Partikularinteressen bei der Stimmabgabe Teil des politischen Kräftespiels im Parlament und als solches nicht zu beanstanden sei.⁷⁴ Hieraus folgt indes nichts für die Auslegung. Denn die Entgegennahme von Vorteilen für ein Verhalten im Rahmen der Mandatsausübung ist qualitativ etwas anderes als eine legitime Vertretung der Interessen bestimmter gesellschaftlicher Gruppen im Parlament.⁷⁵ Eine Parteidemokratie akzeptiert zwar ihrem Wesen nach, dass der Abgeordnete – im Rahmen seines freien Mandats – sein Verhalten auch an den Interessen der ihn wählenden Gruppe der Wahlberechtigten ausrichtet, nicht aber, dass er dieses an den Zuwendungen ausrichtet, die nicht in seiner erstrebten (Wieder-) Wahl bestehen.⁷⁶

IV. Zusammenfassung/Kritik der Entscheidung des 5. Strafsenates

Die Entscheidung des BGH vermag im Ergebnis nicht zu überzeugen. Wie der 5. Strafsenat zugesteht, spricht der Wortlaut des § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB dafür, Ratsmitglieder als Amtsträger im Sinne dieser Vorschrift anzusehen. Die Gründe dafür, weshalb die Vorschrift nach der Auffassung des *Senats* gleichwohl nicht eingreifen soll, bleiben demgegenüber im Ungefähren. Das „historische“ Argument⁷⁷, wonach nach dem Willen des Gesetzgebers Ratsmitglieder keine Amtsträger sein sollen, findet im Gesetzgebungsverfahren zu § 108e StGB gerade keine Stütze, wie oben gezeigt wurde. Da der Gesetzgeber durch die Schaffung des § 108e StGB die bestehende Strafbarkeit ausweiten wollte, ist es auch nicht überzeugend, für Ratsmitglieder in dieser Vorschrift eine die §§ 331 ff., 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB verdrängende Sonderre-

gelung zu sehen. Aus der innergesetzlichen Systematik des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB lassen sich ebenfalls keine Argumente gegen die Amtsträgereigenschaft gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB gewinnen, wovon offenbar auch der 5. Strafsenat ausgeht, da er die im Schrifttum vertretene Auffassung, wonach auch eine Amtsträgereigenschaft gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB voraussetze, dass Aufgaben der öffentlichen Verwaltung im Sinne der Nr. 2 c) wahrgenommen werden,⁷⁸ nicht aufgreift. Ebenfalls nicht überzeugend sind schließlich die teleologischen Erwägungen, mit denen der *Senat* seine Ausführungen zu § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB beschließt. Es mag richtig sein, dass gewisse Unterschiede zwischen Amts- und Mandatsausübung bestehen, wie etwa die vom BGH angeführte Unvertretbarkeit der Entscheidungen von Mandatsträgern.⁷⁹ Nicht ersichtlich ist jedoch, weshalb sich aus diesen Unterschieden die Erforderlichkeit einer teleologischen Reduktion – nichts anderes stellt die Entscheidung dar, § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB trotz Vorliegens seiner Voraussetzungen aufgrund von „teleologischen Argumenten“⁸⁰ nicht anzuwenden – ergeben sollte. Der *Senat* selbst führt in derselben Entscheidung an anderer Stelle aus, dass „sich der Inhalt der Tätigkeit einer kommunalen Volksvertretung in Teilbereichen kaum von der kommunalen Verwaltungstätigkeit unterscheidet“ und Manipulationen des Verhaltens von Abgeordneten ebenso strafwürdig sind wie es korruptives Verhalten von Beamten ist.⁸¹ Ebendies hat auch der Gesetzgeber bei Schaffung des § 108e StGB deutlich zum Ausdruck gebracht.⁸² Vor diesem Hintergrund besteht zu teleologischen Einschränkungen des § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB ersichtlich keine Veranlassung.

V. Rechtspolitische Postulate des BGH

Der 5. Strafsenat beschließt seine Entscheidung mit einer unmittelbaren Aufforderung an den Gesetzgeber, durch Änderungen des Strafgesetzes die Strafbarkeit kommunaler Mandatsträger auszudehnen, um „alle strafwürdigen korruptiven Verhaltensweisen [...] zu erfassen.“⁸³ Der *Senat* zitiert hierzu Stimmen aus dem Schrifttum, welche die Vorschrift des § 108e StGB mit Recht als praktisch bedeutungslos und als symbolisches Strafrecht unter dem Gesichtspunkt einer Vortäuschung von Bestechlichkeitsstrafbarkeit von Abgeordneten gegenüber der Öffentlichkeit gekennzeichnet haben.⁸⁴ Diese Ausführungen des BGH geben in mehrfacher Hinsicht Anlass zu Bedenken. Denn zum einen besteht der vom 5. Strafsenat angemahnte Handlungsbedarf nicht, da eine Anwendung der §§ 331 ff. StGB ohne weiteres durch eine Auslegung des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB zu erreichen ist, der auch § 108e StGB – wie oben gezeigt – nicht entgegensteht. Zudem hätte sich eine solche Auslegung in Übereinstimmung

⁷² LG Köln NStZ-RR 2003, 364 (366); Hervorhebung vom Verf.

⁷³ BT-Drs. 12/5927, S. 3; vgl. auch *Deiters*, PVS 2005, 424 (437).

⁷⁴ BT-Drs. 12/5927, S. 5; BGHSt 51, 44 (51, Rn. 28); vgl. *Deiters*, NStZ 2003, 453 (458).

⁷⁵ *Deiters*, PVS 2005, 424 (437).

⁷⁶ Vgl. *Deiters*, PVS 2005, 437 (438).

⁷⁷ BGHSt 51, 44 (49 f.).

⁷⁸ *Deiters*, NStZ 2003, 453 (455).

⁷⁹ BGHSt 51, 44 (51, Rn. 28).

⁸⁰ BGHSt 51, 44 (49, Rn. 25; 51, Rn. 28).

⁸¹ BGHSt 51, 44 (60, Rn. 47).

⁸² BT-Drs. 12/5927, S. 3.

⁸³ BGHSt 51, 44 (50, Rn. 47).

⁸⁴ *Geerds*, JR 1996, 309 (312).

mit der UN-Konvention gegen Korruption⁸⁵ befunden, die Abgeordnete als Amtsträger behandelt,⁸⁶ und deren Umsetzung der Bundesgerichtshof ebenfalls anmahnt.⁸⁷ Da Ratsmitglieder entsprechend den obigen Ausführungen Amtsträger sind und vor Schaffung des § 108e StGB auch als solche von der Rechtsprechung angesehen wurden, wäre es folgerichtig gewesen – wie das LG Köln treffend ausgeführt hat – vom Gesetzgeber zu verlangen, eine etwa beabsichtigte Aufhebung der Strafbarkeit von Ratsmitgliedern gemäß den §§ 331 ff. StGB klar zum Ausdruck zu bringen, anstelle einer Aufforderung zum legislatorischen Tätigwerden, wie sie durch den 5. Strafsenat erfolgt ist.

Zum anderen weckt das Vorgehen des 5. Strafsenates aber auch grundsätzliche Bedenken vor dem Hintergrund der Kompetenzverteilung zwischen Judikative und Legislative. Wenn – wie der Senat meint – „nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers“ strafwürdige Manipulationen im Zusammenhang mit Wahlen und Abstimmungen in Volksvertretungen der Gemeinde und Gemeindeverbände straflos gestellt wurden, so hat die Rechtsprechung dies nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung zu respektieren (Art. 20 Abs. 3 GG). Die Aufgabe der Rechtsprechung beschränkt sich darauf, die im demokratischen Kampf der Meinungen zustande gekommenen Gesetze auszulegen und über ihre Einhaltung im Einzelfall zu wachen.⁸⁸ Nur im Rahmen dieser Auslegungsaufgabe – und nicht etwa zum Zweck der Formulierung rechtspolitischer Forderungen – ist der Bundesgerichtshof zur „Fortbildung des Rechts“ (vgl. § 132 Abs. 4 GVG) berufen. Mit der vom Grundgesetz vorausgesetzten Stellung des Richters als eines neutralen, nicht streitbefangenen Dritten, die sich in der strikten Gesetzesbindung im Strafverfahren konkretisiert, ist eine aktive Teilnahme der Gerichte am Meinungskampf nicht vereinbar.⁸⁹ Dies gilt – wie Dencker mit Recht ausgeführt hat – auch und gerade dann, wenn der Gesetzgeber nach der Meinung des Gerichts „versagt“ hat.⁹⁰

VI. Gesetzesvorhaben

Ungeachtet der nach dem oben Ausgeführten ohnehin bestehenden Strafbarkeit von Ratsmitgliedern gemäß den §§ 331 ff. StGB, ist damit zu rechnen, dass der Gesetzgeber der offen formulierten Forderung des 5. Strafsenates nach einer Gesetzesänderung nachkommen wird. Zwischenzeitlich liegt ein entsprechender Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vor.⁹¹

⁸⁵ BGBl. III, Nr. 47/2006; vgl. Deiters, PVS 2005, 424.

⁸⁶ Vgl. Art. 2(a) der Konvention; dazu Deiters, PVS 2005, 424 (427).

⁸⁷ BGHSt 51, 44 (60, Rn. 47).

⁸⁸ Dencker, StV 1994, 667 (683).

⁸⁹ Dencker, StV 1994, 667 (683).

⁹⁰ Dencker, StV 1994, 667 (683).

⁹¹ BT-Drs. 16/6726: Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes – Bestechung und Bestechlichkeit von Abgeordneten. Der Einfluss des BGH auf die rechtspolitische Willensbildung wird dabei deutlich, wenn es in dem Vorstellungstext

Inhaltlich sieht der Gesetzentwurf keine weitere Regelung neben § 108e StGB oder eine Ergänzung des §11 Abs. 1 Nr. 2 StGB vor, was in Bezug auf Ratsmitglieder vor dem Hintergrund der Forderung des BGH ebenfalls denkbar gewesen wäre, nicht jedoch im Hinblick auf die ebenfalls erstrebte Erweiterung der Strafbarkeit von Parlamentsabgeordneten, die – wie oben gezeigt – keine Amtsträger sind.⁹² Es wird auch nicht der Weg gewählt, die Tatbestände der §§ 331 ff. StGB über Amtsträger hinaus auf Abgeordnete zu erweitern. Stattdessen sieht der Entwurf vor, dass der objektive Tatbestand des § 108e StGB nunmehr durch die Forderung, das Versprechenlassen oder die Annahme eines rechtswidrigen Vorteils (zugunsten des Abgeordneten oder eines Dritten) für eine Handlung zur Vertretung oder Durchsetzung der Interessen des Leistenden in Ausübung seines Mandates verwirklicht wird statt durch den Kauf oder Verkauf einer Stimme. Der objektive Tatbestand würde daher weitgehend dem § 331 StGB a.F. in der Fassung vor dem Korruptionsbekämpfungsgesetz⁹³ angeglichen, womit freilich auch die gegen diese Regelung erhobenen Einwände auf den Entwurf zutreffen dürften, namentlich die Schwierigkeit des praktischen Nachweises einer Unrechtsvereinbarung mit Bezug auf eine konkrete Handlung.⁹⁴ Ebendiese Schwierigkeiten in der Praxis der Strafprozesse, die dem Tatbestand der Vorteilsannahme in der früheren Fassung einen Großteil seiner praktischen Bedeutung genommen haben, waren der Anlass für den Gesetzgeber, die Anforderungen an die sog. Unrechtsvereinbarung zu lockern. Für Abgeordnete soll diese Verschärfung offenbar nicht übernommen werden, denn das sog. Anfüttern, also das Gewähren von Vorteilen für die Dienstausbübung, ohne dass ein Bezug zu einer konkreten Diensthandlung bestehen muss,⁹⁵ wäre nach diesem Entwurf straflos. Dasselbe gilt für das nachträgliche „Belohnen“,⁹⁶ da sich nach dem Entwurf die Gegenleistung auf eine künftige Handlung oder Unterlassung beziehen muss. Soweit sich die Gesetzesinitiative hinsichtlich ihrer Erforderlichkeit daher ausdrücklich auf die Entscheidung des BGH beruft,⁹⁷ ist der Gesetzentwurf inkonsequent, da er die Kritik des 5. Strafsenates an der

des Gesetzentwurfes zu seiner Notwendigkeit heißt, der Bundesgerichtshof habe „entschieden, dass diese gesetzliche Lücke geschlossen werden sollte“ (<http://www.gruenebundestag.de/cms/default/dok/201/201762.htm>).

⁹² Vgl. auch BT-Drs. 16/6726, S. 4.

⁹³ § 331 Abs. 1 a.F.: Ein Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter, der einen Vorteil als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, daß er eine Diensthandlung vorgenommen hat oder künftig vornehme, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

⁹⁴ Dölling, ZStW 112 (2000), 334 (343); vgl. BGHSt 32, 290.

⁹⁵ Vgl. Dölling, ZStW 112 (2000), 334 (343 f.).

⁹⁶ Vgl. zur Straflosigkeit dieser Verhaltensweisen auf der Grundlage des bisherigen Rechts: BGHSt 51, 44 (59, Rn. 46).

⁹⁷ <http://www.gruenebundestag.de/cms/default/dok/201/201762.htm>.

Straflosigkeit des sog. Anfütterns und des nachträglichen Belohnens gerade nicht reflektiert.

Sachliche Gründe für eine derartige Privilegierung von Volksvertretern sind nicht ersichtlich, wie der Gesetzgeber selbst bei Schaffung des § 108e StGB ausgeführt hat.⁹⁸ Demnach hätte es nahe gelegen, die Abgeordneten denselben Regeln wie Amtsträger zu unterstellen, also den §§ 331 ff. StGB. Hierzu hätte auch das weitere Ziel des Gesetzentwurfes Veranlassung gegeben, nämlich die Umsetzung der UN-Konvention gegen Korruption. Diese bezieht Abgeordnete von vornherein in den Amtsträgerbegriff mit ein, so dass sich aus der Konvention die Forderung an den deutschen Gesetzgeber ergibt, einheitliche Regelungen für korruptives Verhalten von Angehörigen der Legislative und der Exekutive zu schaffen. Wenn dies indes nicht gewollt ist, weil die Ausweitung der §§ 331 ff. StGB, die diese durch das Korruptionsbekämpfungsgesetz 1997 erfahren haben, als zu weitgehend angesehen werden, so geht es nicht an, nur die Abgeordneten von dieser Ausweitung der Strafbarkeit auszunehmen.

Die Erweiterung der Strafbarkeit, die der Entwurf vorsieht, beschränkt sich mithin darauf, dass nunmehr nicht nur das Verhalten in Abstimmungen, sondern *alle Handlungen* im Parlament, Gegenstand der Abgeordnetenbestechung sein sollen (während „Handlungen [...] außerhalb des Parlaments“ ausdrücklich ausgenommen sind). Diese Maßnahme kann indes nicht ernstlich als Schritt in Richtung auf eine intensivere Verfolgung korruptiven Verhaltens und zur Angleichung an die Rechtslage bei Beamten gewertet werden. Denn es stellt sich die Frage, welche parlamentarischen Handlungen – außer den bereits erfassten Abstimmungen – in der Praxis Gegenstand von Bestechungen sein sollen. Die Entwurfsbegründung äußert sich hierzu nicht.⁹⁹ Theoretisch in Frage kommende Handlungen, wie etwa das Stellen von Anfragen oder die Äußerung von Redebeiträgen, dürften im Zusammenhang der Bestechungsdelikte in der Rechtswirklichkeit ohne Bedeutung sein.

Der dem Bundestag vorgelegte Entwurf ist daher wie die bestehende Rechtslage¹⁰⁰ dem Vorwurf einer für die Praxis bedeutungslosen *symbolischen Gesetzgebung* ausgesetzt, mit der eine Annäherung der Strafbarkeit von Abgeordneten an die für Amtsträger bestehende Rechtslage in der Rechtswirklichkeit nicht verbunden sein wird.

VII. Fazit

Im Widerspruch zur Entscheidung des 5. Strafsenates des BGH ergibt eine Auslegung des § 11 Abs. 1 Nr. 2 b) StGB, dass Ratsmitglieder Amtsträger i.S.d. §§ 331 ff StGB sind. Einer solchen Auslegung steht auch § 108e StGB nicht entgegen. Der Kritik des *Senates* am Gesetzgeber und der ausdrücklichen Aufforderung zum legislatorischen Tätigwerden, hätte es daher nicht bedurft.

Der erste Vorschlag aus den Reihen des Parlaments, diesem angeblichen Regelungsbedürfnis nachzukommen – der

Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vom 16.10.2007 – ist zur Erreichung seines Zieles, der Kritik des 5. *Senates* durch gesetzgeberische Maßnahmen Rechnung zu tragen,¹⁰¹ ungeeignet und als überflüssige symbolische Gesetzgebung zu bezeichnen.

⁹⁸ BT-Drs. 12/5927, S. 3.

⁹⁹ Ebenso wenig wie Zypries, StraFo 2004, 221 (224).

¹⁰⁰ Vgl. BGHSt 51, 44 (60, Rn. 47).

¹⁰¹ Vgl. die Entwurfsbegründung: http://www.gruene-bundestag.de/cms/default/dok/201/201_762.htm.