

Korruption Demokratie Strafrecht

Herausgegeben von
MILAN KUHLI,
FLORIAN JESSBERGER
und ALEXANDER BAUR

Gesellschaft für Rechtsvergleichung e.V.

*Rechtsvergleichung
und Rechtsvereinheitlichung*

80

Mohr Siebeck

Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung

herausgegeben von der
Gesellschaft für Rechtsvergleichung e.V.

80



Korruption – Demokratie – Strafrecht

Ein Rechtsvergleich zwischen
Brasilien und Deutschland

Herausgegeben von

Milan Kuhli, Florian Jeßberger und
Alexander Baur

Mohr Siebeck

Milan Kubli ist Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht einschließlich ihrer internationalen und historischen Bezüge an der Universität Hamburg.

Florian Jeßberger ist Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Juristische Zeitgeschichte an der Humboldt-Universität Berlin.

Alexander Baur ist Senior Researcher in der Direktion der Justiz und des Innern Kanton Zürich, Schweiz.

ISBN 978-3-16-161239-8 / eISBN 978-3-16-161240-4

DOI 10.1628/978-3-16-161240-4

ISSN 1861-5449 / eISSN 2569-426X (Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Reemers Publishing Services in Krefeld gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Am 12. und 13. September 2019 fand an der Universität Hamburg die Tagung „Korruption – Demokratie – Strafrecht. Ein Rechtsvergleich zwischen Brasilien und Deutschland“ statt. Der vorliegende gleichnamige Sammelband beinhaltet die schriftliche Fassung der auf dieser Tagung gehaltenen Vorträge von *Antonio Martins*, *Till Zimmermann*, *Alberto do Amaral Junior*¹, *Helena Regina Lobo da Costa*, *Mauricio Stegemann Dieter*² und *Philipp Maximilian Holle*. Neben der Einleitung zusätzlich aufgenommen sind Beiträge von *João Alves Teixeira Neto* sowie von *Timo Junker*, *Rebekka Lucia Müller* und *Jonas C. Schulz*. Für die deutschsprachigen Leserinnen und Leser sind die zentralen Korruptionsvorschriften des brasilianischen Rechts mit deutscher Übersetzung im Anhang³ abgedruckt.

Allen Vortragenden – neben der Autorin und den Autoren dieses Bandes ist *Jens Bülte* zu nennen – möchten wir an dieser Stelle noch einmal herzlich dafür danken, dass sie die Tagung mit ihren interessanten und spannenden Referaten bereichert haben. Ein besonderer Dank gebührt zudem all denjenigen, die die Organisation der Tagung und die Erstellung des Sammelbandes tatkräftig unterstützt haben. Zu nennen sind hier *Aylin Aslan*, *Tobias Beinder*, *Ute Ehrke*, *Barbara Fisz*, *Annegret Hartig*, *Christina Kubli*, *Jan Hendrik May*, *Hannah Ofterdinger*, *Judith Papenfuß*, *Inga Schuchmann*, *Leonie Steinl* und *Diana Cardeira Trindade*. Hervorheben möchten wir außerdem, dass die Universität Hamburg unser Projekt durch eine großzügige finanzielle Zuwendung gefördert hat. Schließlich danken wir dem Verlag *Mohr Siebeck* sowie der Gesellschaft für Rechtsvergleichung e.V. für die freundliche Bereitschaft, den vorliegenden Sammelband in ihrer Schriftenreihe zu publizieren. *Jana Trispel* hat die Drucklegung des Bandes umsichtig begleitet.

Milan Kubli
Florian Jeßberger
Alexander Baur

¹ Ko-Autorin der schriftlichen Fassung: *Mariana Boer Martins*.

² Ko-Autor der schriftlichen Fassung: *Jacson Zilio*.

³ S. 117 ff.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Einleitung <i>Milan Kubli</i>	1
Korruption – Demokratie – Strafrecht. Eine deutsch-brasilianische Betrachtung <i>Antonio Martins</i>	5
Korruption als Angriff auf die Volkssouveränität <i>Till Zimmermann</i>	23
Korruption, Populismus und die Krise des Rechtsstaats in Brasilien <i>Alberto do Amaral Junior & Mariana Boer Martins</i>	37
Zur Strafbarkeit von illegalen Wahlkampfspenden in Brasilien <i>Helena Regina Lobo da Costa</i>	55
Quid pro quo ohne quid!? Über den in jeder Hinsicht bemerkenswerten „Fall Lula“ <i>Mauricio Stegemann Dieter & Jacson Zilio</i>	65
Die Bedeutung von Integritätsprogrammen („Programas de integridade“) für das Korruptionsstrafrecht in Brasilien <i>João Alves Teixeira Neto</i>	77
Anti-Korruptionsimperialismus? <i>Philipp Maximilian Holle</i>	89
Prävention und Bewältigung von Korruption im internationalen Konzern. Eine Projektvorstellung <i>Timo Junker & Rebekka Lucia Müller & Jonas C. Schulz</i>	107
Verzeichnis brasilianischer Korruptionsnormen	117
Verzeichnis der Autorinnen und Autoren	125

Einleitung

Milan Kubli

I. Korruption, Demokratie und Strafrecht

Korruption stellt eine Form der Machtausübung dar, die nicht nur in ökonomischer Hinsicht bedrohlich ist. Sie birgt auch ganz unmittelbare Risiken für demokratische Prozesse und Institutionen. Wenn beispielsweise ein öffentlicher Amtsträger die Durchführung einer hoheitlichen Tätigkeit von einer ihm nicht zustehenden Gegenleistung abhängig macht, kann die hiermit einhergehende „Verwischung von öffentlicher und privater Sphäre“ (*Antonio Martins*)¹ – erstens – zu einer illegitimen Bevorzugung und Benachteiligung verschiedener individueller Akteure führen. Die korrupte Handlung kann aber – zweitens – auch die Gefahr begründen, dass die betreffende hoheitliche Tätigkeit nicht sorgfältig oder ordnungsgemäß ausgeführt wird, oder sogar inhaltlich falsch ist². Soweit derartige korrupte Verhaltensweisen üblich und bekannt sind, kann dies – drittens – aber auch zum Verlust gesellschaftlichen Vertrauens in die Tätigkeit öffentlicher Amtsträger führen, wodurch, jedenfalls mittelbar, die Sinnhaftigkeit demokratischer Wahlen insgesamt in Frage gestellt werden kann³. Bereits hierin zeigt sich der Zusammenhang zwischen Demokratie und Korruption. Er zeigt sich sogar noch klarer dann, wenn politische Wahlen und Wahlergebnisse zum unmittelbaren Gegenstand korrupter Verhaltensweisen werden.

In einer durch Korruption geprägten Gesellschaft besteht die ernstzunehmende Gefahr, dass das Ergebnis des politischen Meinungsaustauschs nicht durch die Qualität des Arguments, sondern ausschließlich durch die Quantität ökonomischer Macht bestimmt wird. Die strafrechtliche Reaktion auf korrupte Verhaltensweisen kann daher gerade auch im Blick auf den Schutz demokratischer Grundstrukturen gerechtfertigt sein. Zusätzlich bedarf sie stets auch der Absicherung durch das strafrechtsspezifische Legitimationsprogramm. So schädlich korrupte Verhaltensweisen für eine Demokratie sein mögen, so wenig darf vernachlässigt werden, dass der Vorwurf der strafrechtlichen Korruption

¹ S. 10 in diesem Sammelband.

² Vgl. hierzu in diesem Sammelband: *Zimmermann*, der Korruption als „Kauf einer Fehlentscheidung“ umschreibt (S. 31).

³ Vgl. zum Zusammenhang zwischen Korruption und Populismus den Beitrag von *Amaral Junior* und *Boer Martins* in diesem Sammelband.

ebenfalls ein Machtinstrument sein kann – ein Machtinstrument, dessen Einsatz seinerseits anfällig für Missbrauch ist⁴ und das deshalb begrenzt und hinterfragt werden muss.

II. Brasilien und Deutschland

Mit dem vorliegenden Sammelbandprojekt soll das aufgezeigte Spannungsverhältnis zwischen Korruption, Demokratie und Strafrecht aus der Perspektive zweier Länder beleuchtet werden, die auf den ersten Blick vor unterschiedlichen Herausforderungen zu stehen scheinen. Während Korruption in Brasilien als ubiquitäres Problem der Eliten wahrgenommen wird, ist das Phänomen in Deutschland weniger sichtbar.⁵ Dieser Umstand darf aber nicht zu der Fehlvorstellung verleiten, dass Deutschland eine Vorbildfunktion habe, an der andere Länder sich ein Beispiel nehmen können. Vielmehr gibt es durchaus Verbindungslinien und Zusammenhänge zwischen Brasilien und Deutschland, die den auf den ersten Blick vielleicht nicht naheliegenden Vergleich zwischen beiden Ländern fruchtbar erscheinen lassen: Erstens stehen die brasilianische und die deutsche Strafrechtswissenschaft traditionell in einem engen Austausch miteinander, der inhaltlich sowohl die grundlegenden Legitimationszusammenhänge betrifft als auch die konkreten gesetzlichen Ausformungen. Zweitens zeichnet sich das Korruptionsstrafrecht generell durch ein Maß an internationaler und transnationaler Überformung aus, das den Blick über den nationalen Rechtsraum hinaus gebietet und in dem eine demokratische Rückbindung von Korruptionsregeln keineswegs problemlos bejaht werden kann⁶. Während sich also Art und Ausmaß von Korruption (wenn auch vielleicht weniger als man zunächst meinen mag) ebenso wie die Intensität und Prominenz des öffentlichen Diskurses über Korruption durchaus unterscheidet, liegen jedenfalls die normativen Ausgangspunkte – in der Strafrechtsdogmatik wie im internationalen Recht – nahe beieinander.

Mit Bezug auf Brasilien und Deutschland werden die Fragen virulent, ob der Herausforderung, die die Korruption für die Demokratie bewirkt, bei prinzipiell unterschiedlicher Ausgangslage ähnlich oder unterschiedlich begegnet wird und werden muss. Dabei ist eine erschöpfende, systematische Vergleichung der beiden Rechtsordnungen in diesem Sammelband weder geplant noch möglich. Vielmehr dient er dazu, einige Schlaglichter auf zentrale Aspekte und Ereignisse zu werfen.

⁴ Ein augenfälliges Beispiel für einen problematischen Korruptionsprozess in Brasilien behandelt der Beitrag von *Stegemann Dieter* und *Zilio* in diesem Sammelband.

⁵ Vgl. hierzu den vom Internationalen Sekretariat von *Transparency International* erstellten Korruptionswahrnehmungsindex: In einem Ranking von 180 Staaten aus dem Jahr 2020 lag Brasilien auf Rang 94, Deutschland hingegen auf Rang 9, abrufbar unter <https://www.transparency.org/en/cpi/2020/index/nzl#> <zuletzt abgerufen am 27.08.2021>.

⁶ Vgl. hierzu den Beitrag von *Holle* in diesem Sammelband.

III. Begriff(e) der Korruption

Der Begriff der Korruption ist äußerst vielschichtig⁷. Eine Analyse der vorliegenden Art verlangt deshalb zumindest nach einer ungefähren Bestimmung dessen, was hier unter Korruption verstanden werden kann. Eine schlichte Übersetzung als *Bestechung*, *Bestechlichkeit*, *Vorteilsgewährung* und *Vorteilsannahme* würde zwar eine gewisse Kongruenz zu den geltenden Straftatbeständen nach §§ 331 bis 334 dStGB⁸ und Art. 316 bStGB⁹ herstellen, sähe sich jedoch dem Problem ausgesetzt, dass diese vier Termini ihrerseits hochgradig auslegungsbedürftig sind. Auch eine Klassifikation der unterschiedlichen Konstellationen, in denen heute eine Korruptionsstrafbarkeit in Betracht kommt, hilft in dieser Hinsicht nur bedingt weiter, da die entsprechenden Lebensbereiche und Personengruppen durchaus disparat sind: Strafrechtlich erfasst werden heute etwa in Deutschland nicht nur Handlungen von bzw. gegenüber Richtern, Beamten¹⁰ und Mandatsträgern¹¹, sondern auch Aktivitäten im geschäftlichen Verkehr¹², im Gesundheitswesen¹³ und im Bereich des Sports¹⁴. Diese Auflistung, die keineswegs abschließend ist, hilft vorliegend deshalb nicht weiter, da sie nur die betreffenden Personen und Lebenssituationen erfasst, jedoch keinerlei Aufschluss über die maßgeblichen – als *korrupt* bewerteten – Praktiken gibt. Hinzu kommt der Umstand, dass die zugrunde liegenden Straftatbestände mitunter höchst unterschiedliche Entstehungsdaten aufweisen, sodass Verhaltensweisen, die sich in ihren Handlungsabläufen ähneln, nicht zu jeder Zeit und in jeder Rechtsordnung gleichermaßen als *korrupt* bewertet wurden. Vor diesem Hintergrund zeigt sich bereits, dass der Begriff der Korruption – innerhalb und außerhalb des Strafrechts – offensichtlich auf soziale Ordnungsmuster und Verhaltenserwartungen rekurriert, die kultur- und zeitbedingt sind¹⁵. Der hiermit einhergehenden Kontingenz¹⁶ des Korruptionsbegriffs bzw. der Korruptionsbegriffe wird in den nachfolgenden Beiträgen Rechnung getragen.

⁷ Vgl. zu den verschiedenen Dimensionen des Korruptionsbegriffs in diesem Sammelband: *Martins* (S. 5 ff.); *Zimmermann* (S. 23 ff.); *Amaral Junior* und *Boer Martins* (S. 37 ff.); *Lobo da Costa* (S. 55 ff.).

⁸ Deutsches Strafgesetzbuch.

⁹ Brasilianisches Strafgesetzbuch.

¹⁰ Vgl. im Einzelnen und über diesen Personenkreis hinausgehend: §§ 331 ff., 11 Abs. 1 Nr. 2 dStGB.

¹¹ § 108e dStGB; vgl. hierzu *Francuski*, HRRS 2014, 220 ff.

¹² § 299 dStGB; vgl. hierzu *Dann*, NJW 2016, 203 ff.

¹³ §§ 299a, 299b dStGB.

¹⁴ §§ 265c, 265d dStGB; vgl. zur Einordnung des betreffenden Verhaltens als Korruption BT-Drucks. 18/8831, 1, 11; vgl. zu diesen Delikten auch *Svoboda/Bohn*, JuS 2016, 686 ff.

¹⁵ Vgl. *Grüne*, in: ders./Slanička (Hrsg.), *Korruption. Historische Annäherungen an eine Grundfigur politischer Kommunikation*, 2010, 11 (16, 19, 31); *Engels*, *Die Geschichte der Korruption. Von der Frühen Neuzeit bis ins 20. Jahrhundert*, 2014, 14; *Graeff*, in: *Grüne/Slanička* (Hrsg.), *Korruption. Historische Annäherungen an eine Grundfigur politischer Kommunikation*, 2010, 54.

¹⁶ In der Geschichtswissenschaft versucht man, dieser Kontingenz dadurch zu begegnen, dass bestimmte Parameter der Korruption ermittelt werden, die als zeitunabhängig angesehen werden, vgl. hierzu *Kuhli*, in: *Kretschmer/Zabel* (Hrsg.), *Studien zur Geschichte des Wirtschaftsstrafrechts*, 2018, 333 ff.

IV. Zu den einzelnen Beiträgen

Der vorliegende Sammelband vereint acht Beiträge, die das Verhältnis von Korruption, Demokratie und Strafrecht mit Bezug zu Brasilien, Deutschland und zur internationalen Ebene beleuchten. *Antonio Martins* nimmt in seinem Beitrag eine „deutsch-brasilianische Betrachtung“¹⁷ vor und analysiert hierfür die gemeinsamen Momente des Strafgrundes des Korruptionsstrafrechts. Der Autor begründet hier, dass „die wichtigste Verbindung von Korruption und Demokratie im Bruch mit der prozeduralen Struktur der demokratischen Gesetzgebung“ liegt¹⁸. Dieser Bezug wird auch im Beitrag von *Till Zimmermann* beleuchtet, der hierin die These begründet „dass bestimmte Korruptionsformen einen Angriff auf die Volkssouveränität darstellen“¹⁹:

„Werden [...] politische [...] Entscheidungen durch Korruption manipuliert, so liegt in dieser Unterbrechung der demokratischen Legitimationskette eine unfaire Zurücksetzung bestimmter politischer Interessen; man kann es auch so formulieren, dass sich unter Verletzung des politischen Gleichheitsprinzips (*one man one vote*) bestimmte Partikularinteressen auf Kosten des Allgemeinwohls durchsetzen“²⁰.

Mit der brasilianischen Perspektive befassen sich die folgenden vier Beiträge: *Alberto do Amaral Junior* und *Mariana Boer Martins* widmen sich zunächst auf einer abstrakten Ebene dem Zusammenhang zwischen Korruption und Populismus und zeichnen diesen Zusammenhang sodann für die jüngere brasilianische Geschichte nach. *Amaral Junior* und *Boer Martins* belegen, dass eine durch das Medium des Strafrechts erfolgende Korruptionskritik in jedem Fall notwendig ist, in bestimmten Konstellationen aber auch populistische Tendenzen begünstigen kann. Die in diesem Kontext wichtige sogenannte „Operation Autowäsche“ – ein Strafverfahren wegen Korruption und Geldwäsche, das die jüngere Geschichte Brasiliens in erheblichem Maße beeinflusst hat – findet auch in dem Beitrag von *Helena Regina Lobo da Costa* und in dem Beitrag von *Mauricio Stegemann Dieter* und *Jacson Zilio* Beachtung. *Lobo da Costa* analysiert hierbei einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen demokratischer Meinungsbildung und Korruption, indem sie den Fokus auf die brasilianischen Regularien von Wahlkampfspenden legt. *Stegemann Dieter* und *Zilio* werfen einen kritischen Blick auf das Korruptionsverfahren gegen den ehemaligen brasilianischen Präsidenten Luiz Inácio Lula da Silva.

Den inter- und transnationalen Korruptionsregeln, die auch die brasilianische und die deutsche Rechtsordnung betreffen können, widmen sich der Beitrag von *Philipp Maximilian Holle* und der Beitrag von *Timo Junker*, *Rebekka Lucia Müller* und *Jonas C. Schulz*. Gegenstand dieser Beiträge sind Compliance-Vorgaben und Korruptionsregeln, die mitunter Auswirkungen über die jeweiligen Landesgrenzen hinweg – in anderen Demokratien – entfalten.

¹⁷ S. 5 in diesem Sammelband.

¹⁸ S. 19 in diesem Sammelband.

¹⁹ S. 23 in diesem Sammelband.

²⁰ S. 31 in diesem Sammelband.

Korruption – Demokratie – Strafrecht. Eine deutsch-brasilianische Betrachtung¹

Antonio Martins

I. Einführung

Die Frage nach dem Zusammenhang von Korruption, Demokratie und Strafrecht setzt einige Differenzierungen voraus. Eine deutsch-brasilianische Betrachtung dieses Zusammenhangs verlangt die Suche nach gemeinsamen Momenten, die es – trotz der Unterschiede – ermöglichen, ein Panorama der strafrechtlichen Behandlung der Korruption in beiden Ländern zu entwickeln. Darum – um die notwendigen begrifflichen Differenzierungen und um die gemeinsamen, supranationalen Merkmale *der* Korruption – wird es in diesem Beitrag gehen. Ich verstehe ihn als eine Annäherung an das Thema aus einer vergleichenden Perspektive – und von daher als einen Versuch, ein gegenwärtig viel diskutiertes Thema etwas zu präzisieren. Zu dieser Aufgabe gehört es, für selbstverständlich gehaltene Annahmen zu relativieren und falsche Gewissheiten zu entlarven. Um es vorab zu betonen: Es geht hier nicht primär um Präventionsstrategien, sondern um eine Bestimmung dessen, was mit Korruptionsdelikten bestraft werden sollte.

Eine der ersten Schwierigkeiten, die uns begegnet, wenn wir uns dieser Thematik zuwenden, liegt in einer plausiblen Definition des Forschungsgegenstands. Denn als Korruption kann Vieles angesprochen werden, und meistens ist dies auch der Fall in den öffentlichen Debatten. Auch die Fachliteratur behandelt nicht selten unter dem Stichwort *Korruption* verschiedene Phänomene, die eine differenzierte strafrechtliche Normierung verlangen². Der Begriff wird, wenn auch immer negativ, unterschiedlich angewendet; man spricht von sittlicher, moralischer, politischer, sogar physischer Korruption. Ein spezifisch *strafrechtlicher* Korruptionsbegriff wird bei Klassifikationen nicht immer beachtet³.

¹ Carlos Abbenseth, dem liebsten Freund, *in memoriam*.

² S. z.B. das Schema in *Rose-Ackermann/Palifka*, *Corruption and Government*, 2016, 8, die unter Korruption nicht nur *bribery*, sondern auch *extortion*, *judicial and electoral fraud*, *embezzlement* usw. verstehen. Zum Problem der Mehrdeutigkeit des Wortes vgl. *Gardiner*, in: Heidenheimer/Johnston (Hrsg.), *Political Corruption*, 3. Aufl. 2002, 25 ff. (Kap. 2, zitiert nach der Kindle-Ausgabe).

³ So legt *Engels*, *Die Geschichte der Korruption*, 2014, 191 (Kap. 4, zitiert nach der Kindle-Ausgabe), einen gemeinsamen Nenner bei verschiedenen Anwendungen des Korruptions-

Die Vieldeutigkeit des Wortes leistet keinen positiven Beitrag zu einer rechtswissenschaftlichen Behandlung des Themas – noch weniger, wenn es um die Annäherung an unterschiedliche Rechtsordnungen geht. Diese Annäherung setzt allerdings voraus, dass wir von einer gewissen Universalität der rechtlichen Normierung ausgehen. Für meine Zwecke werde ich mich aus diesem Grund auf die Tatbestände konzentrieren, die wir im strafrechtlichen Sinne unter Korruption bei beiden Rechtsordnungen subsumieren.

Zentrales Thema der Untersuchung ist also das Verhältnis von der *rechtsimmanent* bestimmten Korruption und dem politischen Leben. Die Frage, die aufgeworfen wird, lautet, inwiefern (*dem Strafrecht nach*) eng verstandene Korruptionsakte einen (negativen) Einfluss auf die demokratische Konfiguration einer nationalen Politik haben – und die Entstellung des demokratischen Systems deswegen den materiellen Kern des Korruptionsunrechts mitprägt. Dafür werde ich zuerst versuchen aufzuzeigen, dass die Beziehung zwischen Korruption und Politik eine historisch variable, komplexe und mehrdeutige Beziehung ist. Um etwas Ordnung in das Chaos dieser Mehrdeutigkeit zu bringen, versuche ich, manche Korruptionsbegriffe zu unterscheiden und exemplarische Erklärungsversuche knapp zu erörtern (II). Diese Erklärungsversuche erweisen sich für die strafrechtliche Bestimmung eines materiellen Korruptionsunrechts im besten Fall als unzureichend. Wir müssen darum unterscheiden, was spezifisch politisch (und, ja auch: moralisch) und was rechtlich ist, wenn von Korruption die Rede ist. Ich wende mich dann der Grenzziehung zwischen verschiedenen Korruptionsdiskursen und deren institutioneller Bedeutung zu (III). Als Nächstes erfolgt eine skizzenhafte Darstellung der positivrechtlichen Behandlung von Korruption in Brasilien und Deutschland (IV). Aus einer vergleichenden, rechtsimmanenten Betrachtung beider Systeme möchte ich dann versuchen, den materiellen Unrechtsinhalt der Korruption in seiner Verbindung mit der demokratischen Gesetzgebung zu präzisieren (V)⁴. Abschließend fasse ich die Ergebnisse dieser Untersuchung zusammen (VI).

begriffs zugrunde: die Idee der Auflösung oder des Verfalls. Dabei unterscheidet er zwischen einer materiellen, einer moralischen und einer politisch-funktionalen Bedeutung, je nachdem, ob sich der Begriff „auf physisch-materielle Dekomposition und Fäulnis, auf sittlich-moralischen Niedergang im Sinn von Verstößen gegen die soziale und religiöse Ordnung“ oder „auf den Verfall von Institutionen, Gesetzen oder Verfassungen“ bezieht. Natürlich gehört die rechtlich normierte Korruption zum letzten Bereich – sie lässt sich aber nicht unmittelbar als Verfall verstehen und deren Anwendung identifiziert sich nicht gleich mit allen Elementen des dritten Bereichs. Eher wird sich das materielle Unrecht der Korruption mit dem Bezug auf Institutionen, Gesetzen und Verfassungen bestimmen lassen.

⁴ Es ist wichtig zu betonen, dass der rechtsimmanente Charakter dieser Betrachtung nicht bedeuten soll, dass die Analyse vollkommen positivrechtlich gebunden ist – sonst wäre ein Vergleich zwischen zwei verschiedenen Rechtsordnungen sinnlos. Vielmehr ist der Zweck dieser rechtsimmanenten Bestimmung des Korruptionsunrechts, Merkmale einer systemtranszendenten Definition zu identifizieren. Die Untersuchung arbeitet also an der spannenden Grenze zwischen Gesetzesimmanenz und Gesetzestranszendenz. Wenn ich von Rechtsimmanenz spreche, beziehe mich eher auf den Rechtsdiskurs in Abgrenzung zu anderen gesellschaftlichen Diskursen (s. unten III).

II. Korruption und Politik: Geschichte und Semantik

1. Begriffsvariationen

Die Verbindung mit der Politik hat deutliche Spuren in der Geschichte des Korruptionsbegriffs hinterlassen. In verschiedenen Sprachregistern – etwa im Spätmittelalter, aber auch in der Moderne – erscheint Korruption vor allem als eine Degradierung der Gesellschaft und der Regierung – dabei musste Korruption nicht einmal eine wirtschaftliche Bedeutung haben⁵. Politische Traktate, Gerichtsakten und auch die Populärliteratur der Zeit unterstützen diese Beobachtung⁶. Es handelt sich also um die moralische beziehungsweise politische Korruption des Staates, der Regierung, der Gesellschaft⁷, die dann regelmäßig als *kranker Organismus* wahrgenommen und gekennzeichnet wurde⁸. Auch in der politisch-philosophischen Literatur der Moderne gibt es nicht wenige Beispiele, die zeigen, wie Korruption im Sinne eines politischen Verfalls verstanden wird. Es genügt zunächst, einen Blick auf Montesquieus *De l'esprit des lois* zu richten. Dort ist von der Korruption des Volkes, allgemein von Regierungsprinzipien, im Besonderen der Demokratie, der Aristokratie und der Monarchie, ferner der Republik usw. die Rede⁹. An einer Stelle bezieht sich Montesquieu ausdrücklich auf zwei Arten von Korruption: Diejenige, die bedeutet, dass das Volk die Gesetze nicht beachtet, und diejenige, die bedeutet, dass das Volk von Gesetzen selbst korrumpiert wird¹⁰.

Es scheint also plausibel zu sein, anzunehmen, dass eine semantische Verschiebung¹¹ vonnöten war, damit Korruption mit den einzelnen kriminellen Praktiken assoziiert werden konnte, die stets mit einem wirtschaftlichen Interesse verbunden sind und heutzutage meistens unter Strafe gestellt werden¹².

Aber auch die Verbindung zwischen Korruption und wirtschaftlichem Interesse öffnet den Begriff für eine Pluralität von Bedeutungen. Dies wird zum

⁵ Für die Begriffsanwendung auf der iberischen Halbinsel und in den amerikanischen Kolonien s. die grundlegende Untersuchung von *Romeiro*, *Corrupção e poder no Brasil. Uma história, séculos XVI a XVIII*, 2017, 19 ff. Zum brasilianischen Kaisertum und zur Ersten Republik in diesem Sinne auch *Schwarz*, *Sobre o autoritarismo brasileiro*, 2019, 103 f. Für eine allgemeine begriffsgeschichtliche Rekonstruktion vgl. *Engels* (Fn. 2), 191 ff.

⁶ *Romeiro* (Fn. 4), 27.

⁷ Vgl. auch *Engels* (Fn. 2), 192.

⁸ *Romeiro* (Fn. 4), 33.

⁹ *Montesquieu*, *De l'esprit des lois*, 1772, achttes Buch.

¹⁰ *Montesquieu* (Fn. 8), 105 (sechstes Buch, Kap. XII).

¹¹ Die Problematik bezieht also zwei Aspekte mit ein: Auf der einen Seite steht die gegenwärtige semantische Vieldeutigkeit des Korruptionsbegriffs, auf der anderen Seite der begriffsgeschichtliche Wandel. Zum letztgenannten Aspekt vgl. *Koselleck*, *Begriffsgeschichten*, 2006, 100: „Deshalb enthalten alle Begriffe eine zeitliche Binnenstruktur. Je nachdem, wie viele vorausliegende Erfahrungsgehalte in ihm angesammelt wurden, und je nachdem, wie viel innovative Erwartungshandlungen in ihn eingehen, hat ein Begriff unterscheidbare zeitliche Wertigkeiten. Es gibt rückblickende Begriffe, die alte Erfahrungen gespeichert halten und sich gegen Umdeutungen sperren, und vorausschauende Begriffe, Vorgriffe, die eine neue oder andere Zukunft heraufbeschwören, terminologisch gesprochen: Erfahrungs-, Erwartungs-, Bewegungs-, Zukunftsbegriffe u.a.“

¹² Dazu *Romeiro* (Fn. 4), 32.

Beispiel evident, wenn sich Forscher darum bemühen, Korruptionsformen der Vergangenheit zu kartographieren. Unter Korruption versteht man oft auch Schmuggel, Täuschung und andere Praktiken, die prinzipiell – technisch – von Korruption unterschieden werden können¹³. Es geht vermutlich um eine undifferenzierte Summe von Taten, deren gemeinsame Charakteristik darin besteht, zur Degradierung des sozialen Raums beizutragen – denn irgendwie wird etwas identifiziert, das durch diese Praktiken korrumpiert wird. Diese Degradierung kann moralische, politische und wirtschaftliche Folgen haben. Indes – obwohl diese Praktiken freilich eine negative Auswirkung auf den Staat und das soziale Leben haben – werden sie heute nicht als *Korruptionsdelikte* angesehen.

Weder habe ich dafür die notwendige Fachkompetenz, noch verfüge ich im Rahmen dieses Aufsatzes über den Raum, die Begriffsgeschichte von „Korruption“ zu untersuchen oder einen sprachwissenschaftlichen Vergleich von unterschiedlichen Anwendungen dieses Begriffs anzubieten. Dies liegt fern von unserem Erkenntnisinteresse. Hervorheben möchte ich aber, dass Politik und Korruption begriffsgeschichtlich miteinander verwoben sind und dass der semantische Spielraum des Korruptionsbegriffs mit der Idee eines Gesellschaftsverfalls qua Korrumpierung der Politik verbunden ist. Zugleich müssen wir beachten, dass diese Generalisierung nicht immer dem typisch zeitgenössischen und typisch strafrechtswissenschaftlichen Verständnis von Korruption gerecht wird.

Dies ist auch deshalb von Bedeutung für die vorliegende Untersuchung, weil es eine verbreitete Neigung gibt, eher Kontinuitätslinien als historische Differenzen zwischen Korruptionspraktiken aufzeigen zu wollen¹⁴. Diese Tendenz, die bereits angesichts der semantischen Variationen des Begriffs problematisch ist, führt zu einer äquivoken Vereinfachung des Korruptionsphänomens und der Erklärung für dessen Gründe. Das heißt, die komplexen Nuancen und Variationen zwischen Begriffs- und Realitätswandel bleiben außer Acht¹⁵. Wenn diese Vereinfachung bereits für ein rechtsinternes Verständnis der Korruption nachteilig ist, ist sie für eine rechtsvergleichende Analyse verheerend. Fragen wir nach dem Unrechtsgehalt von Korruptionsdelikten in unterschiedlichen Rechtsordnungen, müssen wir uns auf die normative Struktur der entsprechenden Tatbestände konzentrieren.

¹³ *Romeiro* (Fn. 4), 33. In ihrem Buch beginnt die Autorin das Kapitel über „Korruption in Brasilien“ etwa mit der Bemerkung, dass in der Kolonialzeit Schmuggel das Unrecht *par excellence* war.

¹⁴ Dabei wird auch der normative Beitrag des Rechts zur Präzisierung oder Neuschaffung der Begriffskonturen oft völlig vernachlässigt oder verkannt. Exemplarisch hierfür ist die Annahme des Richters im brasilianischen Obersten Bundesgerichtshof *Barroso*, „Technological Revolution, Democratic Recession and Climate Change: The Limit of Law in a Changing World“, CCDP 2019-009, September 2019, 37 (zugl. „Revolução tecnológica, crise da democracia e mudança climática: limites do direito num mundo em transformação, Revista Estudos Institucionais 5 [2019], 1262 ff. [1292]), erst in den letzten Jahrzehnten des vergangenen Jahrhunderts wurde die Korruption als ernsthaftes Problem angesehen („corruption has only come to be seen as a serious issue in the last decades of the last century“). Als Begründung für diese überraschende These führt der Autor eine Reihe von internationalen Abkommen an.

¹⁵ Dazu *Koselleck* (Fn. 10), 88 f.

2. Die Tragweite historisch-soziologischer Betrachtungen

Eine Reihe von soziologischen Thesen oder Hypothesen werden angeführt, um die systematische oder weniger systematische Korruptionspraxis zu erklären. Dies ist besonders ausgeprägt in der brasilianischen Soziologie, die am systematischen Charakter der Korruption im öffentlichen Leben nicht vorbeigehen konnte. Ich konzentriere mich an dieser Stelle insbesondere auf die brasilianische Diskussion – nicht zuletzt deshalb, weil ich den starken Eindruck habe, dass diese Theorien öfter in Brasilien als in Deutschland eine Rolle im Rahmen der strafrechtlichen Debatte spielen.

Unabhängig von der Richtigkeit von soziologischen Thesen beziehungsweise Hypothesen, sehe ich in ihnen für die rechtliche Analyse eine Gefahr: Nämlich, dass wir eine Erklärung der kontingenten Gründe für eine soziale Praxis mit dem rechtlichen Inhalt dieser Praxis verwechseln. Es besteht zwar kein Zweifel, dass beides miteinander zu tun hat, dass wir also etwas für unsere Analyse gewinnen können, wenn wir verstehen, warum sich eine Praxis über Jahrhunderte hinweg systematisch etabliert hat. Aber eine Identifizierung beider Fragestellungen ist falsch und trägt vor allem nicht zum Rechtsvergleich bei. Denn dieser Vergleich muss sich auf normativ Gemeinsames, nicht auf geschichtlich oder sozial Variables stützen.

Eine solche „Soziologisierung“ der strafrechtlichen Diskussion ist deshalb so verführerisch, weil auch im Bereich des Strafrechts das Problem der Korruption meistens im Hinblick auf seine „Bekämpfung“ behandelt wird¹⁶. So überraschend dies auch ist, kreisen die meisten Untersuchungen um das utilitaristische Problem der Bekämpfung einer schlechten oder bösen Praxis, ohne sich vorher die Frage zu stellen, was genau an dieser Praxis schlecht ist – eine Frage, die dann mit einem Hinweis auf die sozialen Folgen jener Praxis nur angeblich beantwortet wird. Denn die Antwort, Korruption führt etwa zur sozialen Ungleichheit, ist noch immer eine Scheinantwort, solange wir uns nicht klargemacht haben, warum diese Art, Ungleichheit zu fördern, inakzeptabel ist, indem also die Frage nach dem konkreten Unrechtsinhalt der Korruption nicht gestellt wird.

Wenden wir uns einem der meist akzeptierten soziologischen Erklärungsmodelle für die systematische Korruptionspraxis in Brasilien zu. Es handelt sich um die sogenannte Patrimonialismus-These. Die Ursprünge dieser These finden wir im Werk von Buarque de Holanda¹⁷, sie wurde aber weit präziser entwickelt – im Zusammenhang mit einer intensiven Rezeption von Max Webers Soziologie¹⁸ – von Raymundo Faoro¹⁹. Diese These gilt noch immer für viele als richtig, beinahe selbstverständlich²⁰ – obwohl sie in jüngsten Zeiten heftig angegriffen

¹⁶ Exemplarisch *Rose-Ackermann/Palifka* (Fn. 1), 205 ff.

¹⁷ *Buarque de Holanda, Raízes do Brasil*, 2015 (Originalausgabe 1936; auf Deutsch erschienen unter dem Titel: *Die Wurzeln Brasiliens*, 2013).

¹⁸ Vgl. *Weber, Wirtschaft und Gesellschaft*, 2 Teile in einem Band, 2010 (1922), Bd. 1, 171 ff., Bd. 2, 742 ff., 795 ff.

¹⁹ *Faoro, Os donos do poder. Formação do patronato brasileiro*, 5. Aufl. 2012.

²⁰ *Szwarcz* (Fn. 4), 64 ff.

wurde²¹. Laut der Patrimonialismus-These ist die historische Entwicklung Brasiliens seit der Kolonialzeit von der Bildung eines Standes gekennzeichnet, der ohne Unterbrechung die politische Macht nach seinen eigenen Interessen – und völlig losgelöst vom Rest der Bevölkerung – ausübt. Dies führt zu einer korrumpierten Beziehung zwischen Staat und Gesellschaft, in der öffentliches Eigentum hemmungslos von jenem Stand angeeignet wird. Dieser Zustand ist auf die Ursprünge der Machtverteilung in der Kolonie zurückzuführen: Angesichts eines immensen Territoriums, das noch größtenteils zu beherrschen war, und als Folge der rudimentären Verwaltungsstruktur verzichtete die Metropole auf die Ausübung einer effektiven Kontrolle über die politische Macht in der Kolonie, die letztendlich von den Agrareigentümern frei und privat ausgeübt wurde: „Der Kolonialstaat wird so bis zur Mitte des 17. Jahrhunderts zum Klasseninstrument dieser Eigentümer“²². Das Fortbestehen dieser Subversion der Staatsmacht für private Zwecke, ungestört von Modernisierungsprozessen, prägt die Verwischung von öffentlicher und privater Sphäre. Die geringe normative Kraft der Rechtsordnung, vor allem der Verfassung, ist Folge und Motor dieser perversen Struktur²³. In der emphatischen Zusammenfassung von Faoro heißt es:

„Macht – namentlich Volkssouveränität – hat Eigentümer, die nicht von der Nation, von der Gesellschaft, von dem ignoranten und armen Plebs ausgehen. Der Chef ist kein Delegierter, sondern ein Geschäftsführer, ein Geschäftsführer und kein Vertreter. Der Staat wehrt sich, wenn immer möglich durch Kooptation, wenn nötig mit Gewalt, gegen alle Angriffe und wird in seinen Konflikten auf die Eroberung seitens der führenden Mitglieder seines Militärstabs reduziert. Und das Volk, Wort und nicht Realität der Gegengruppe, was will es? Das Volk oszilliert zwischen Parasitismus, der Mobilisierung von Demonstrationen ohne politische Beteiligung und der Nationalisierung der Macht – es kümmert sich dabei eher um die neuen Herren, Kinder des Kapitals und der Subversion, als um die väterlichen Kommandeure in der Höhe, Gewährer, wie der gute Fürst, von Gerechtigkeit und Schutz. Das Gesetz, rhetorisch und elegant, interessiert es nicht. Die Wahlen, wenn auch formell frei, bieten dem Volk Alternativen, die es nicht formuliert hat.“²⁴

Die genannte Verwischung von öffentlicher und privater Sphäre sei für die Kontinuitätslinie in der Korruptionspraxis verantwortlich, so die abgeleitete These, die im Rahmen der strafrechtlichen Debatte ins Leben gerufen wurde²⁵. Streng genommen sollte jedoch die Patrimonialismus-These der Annahme Plausibilität gewähren, nach welcher Korruptionspraktiken dermaßen mit dem brasilianischen Staatswesen verwickelt sind, dass eine strafrechtliche Verfolgung aus-

²¹ Vor allem *Souza*, *A tolice da inteligência brasileira*, 2. Aufl. 2018, insb. 51 ff.; *ders.*, *A ralé brasileira*, 3. Aufl. 2018, 83 ff. Der Autor sieht in dieser These auf der einen Seite eine „Dämonisierung“ des Staates und auf der anderen Seite eine Idealisierung des Marktes und der Marktwirtschaft.

²² *Prado Jr.*, *Evolução política do Brasil e outros estudos*, 2012, 32. [Übers. A.M.]

²³ *Faoro* (Fn. 18), 829, 833: „Die theoretische Legalität stellt, abgesehen von der Eleganz des Satzes, einen anderen Inhalt dar als die Sitten, Traditionen und Bedürfnisse der Adressaten der Norm. Ein sarkastischer Historiker forderte die Verabschiedung eines Gesetzes, das die anderen verbindlich macht, um die Diskrepanz auszuräumen.“ [Übers. A.M.]

²⁴ *Faoro* (Fn. 18), 837. [Übers. A.M.]

²⁵ Etwa *Shecaira*, in: FS für Juarez Tavares, 2012, 603 ff. (607 ff.).