V. Schluss

Der Nachbarschutz richtet sich mithin nach folgendem Muster: Kommt einer Norm, deren Verletzung beklagt wird, über die Schutznormtheorie eine individualschützende Funktion zu, kann die Norm entweder unmittelbar nachbarschützend sein, nach dem Willen des Planungsträgers dem Schutz der Nachbarn dienen oder mittels des Gebots der Rücksichtnahme in seiner subjektiv-rechtlichen Wirkung Nachbarschutz im Einzelfall begründen.

Für die Klausur gilt, dass in der Begründetheitsprüfung in erster Linie die Verletzung derjenigen Vorschriften zu prüfen ist, die zumindest auch dem Nachbarschutz dienen. Die Überprüfung sonstiger Normen hieße, eine objektive Rechtskontrolle vorzunehmen, ohne dass es auf die erforderliche Rechtsverletzung beim Kläger ankäme. In der Zulässigkeit müssen die potentiell nachbarschützenden Vorschriften benannt werden und ihre subjektiv-rechtliche Wirkung geprüft werden. In der Begründetheitsprüfung ist anschließend die konkrete Verletzung der genannten Vorschriften zu prüfen.

Stephan Schumann, Greifswald*

GreifRecht merkt an: BGH, Urteil vom 11.12.2014, Az. 3 StR 265/14

Zum Ende des Jahres 2014 hatte nach dem ersten Strafsenat im Fall des Kölner CDU-Spendenskandals und dem zweiten Strafsenat im Fall Kanther *nunmehr der dritte die Möglichkeit, zur umstrittenen Fallkonstellation der Parteiuntreue Stellung zu nehmen. Die Beurteilung der Nichtanzeige der Spende ist im Ergebnis abzulehnen. Sie beruht auf einem inkonsistenten Schadensbegriff und stellt einem Verstoß gegen den* nemo-tenetur-*Grundsatz dar.*

I. Zum Sachverhalt

Im November 2004 beauftragte Dr. *Christoph Böhr*, zum damaligen Zeitpunkt Vorsitzender der Fraktion der CDU im rheinland-pfälzischen Landtag, Vorsitzender der CDU Rheinland-Pfalz sowie stellvertretender Vorsitzender der CDU Deutschlands[1] die Agentur des späteren Finanzsenators der Freien und Hansestadt Hamburg, *Carsten Frigge*, mit der Erstellung eines Konzepts für den Wahlkampf in Vorbereitung der Landtagswahl 2006, für welche *Böhr* als Spitzenkandidat nominiert worden war[2].

Man einigte sich dahingehend, dass die Agentur für die Erstellung des Konzepts 60.000 € zzgl. 22% Nebenkosten und Umsatzsteuer, insgesamt 84.912 €, erhalten sollte.[3] Da die CDU Rheinland-Pfalz zu diesem Zeitpunkt knapp bei Kasse war, wurde die Summe aufgeteilt und ein Teilbetrag in Höhe von 59.912 € von der Landtagsfraktion bezahlt.[4] Im Anschluss daran wurde die Agentur auch mit der Umsetzung des Konzepts beauftragt. Dafür floss noch einmal Geld der Fraktion an *Frigge* und die Agentur der Zeugin *A*.[5] Die Angeklagten wussten, dass Fraktionsgelder nicht für Wahlkampfausgaben benutzt werden durften und dass die Zahlungen beim Bundestagspräsidenten hätten angezeigt werden müssen.[6]

Die weiteren Mitglieder der Fraktion und des Landesvorstandes waren über das Konzept informiert, allerdings nicht über die Abrechnung oder die Quelle des Geldes.[7] Der Rechenschaftsbericht des Fraktionsvorstandes wurde intern routinemäßig überprüft und der Vorstand entlastet.[8] Darüber hinaus verschleierte man den Zweck der Zahlungen gegenüber dem Landesrechnungshof Rheinland-Pfalz.[9]

Ebenfalls angeklagt waren der damalige Geschäftsführer der Landtagsfraktion *Markus Hebgen*, welcher die Affäre erst ins Rollen brachte[10], und der ehemalige Generalsekretär der Landespartei, welche allerdings keine Revision gegen das Urteil des LG einlegten[11]. Dieser Text beschränkt sich im Weiteren auf die Kommentierung der Verurteilung *Böhrs* nach §§ 266 Abs. 1 StGB, 31d Abs. 1 PartG.

II. Würdigung durch die Gerichte

Das LG Mainz verurteilte *Böhr* wegen Untreue im besonders schweren Fall zu Lasten der Fraktion durch die Zahlung des Wahlkampfkonzepts in Tateinheit mit Untreue im besonders schweren Fall zu Lasten der CDU Rhein-

* *Stephan Schumann* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, insbesondere Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (Prof. Dr. *Wolfgang Joecks*) an der Universität Greifswald.

1 BGH, Urt. v. 11.12.2014 – 3 StR 265/14, juris, Rn. 2 (= NJW 2015, 1618 m. Anm. *Altenburg*).

2 BGH, Urt. v. 11.12.2014 – 3 StR 265/14, juris, Rn. 3.

3 BGH, Urt. v. 11.12.2014 – 3 StR 265/14, juris, Rn. 3.

4 BGH, Urt. v. 11.12.2014 – 3 StR 265/14, juris, Rn. 3. Freilich aufgeteilt auf mehrere Rechnungen zur Verschleierung des Vorganges.

5 BGH, Urt. v. 11.12.2014 – 3 StR 265/14, juris, Rn. 4. Es ging um insgesamt 326.006,40 €: BGH, Urt. v. 11.12.2014 – 3 StR 265/14, juris, Rn. 11.

6 BGH, Urt. v. 11.12.2014 – 3 StR 265/14, juris, Rn. 4.

7 BGH, Urt. v. 11.12.2014 – 3 StR 265/14, juris, Rn. 4.

8 BGH, Urt. v. 11.12.2014 – 3 StR 265/14, juris, Rn. 6.

9 BGH, Urt. v. 11.12.2014 – 3 StR 265/14, juris, Rn. 7.

10 *Holl*, Parteienfinanzierung: Wo ist der braune Briefumschlag?, faz.net, http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/parteienfinanzierung-wo-ist-der-braune-briefumschlag-1729104.html (Abruf v. 17.08.2015).

11 BGH, Urt. v. 11.12.2014 – 3 StR 265/14, juris, Rn. 1.

land-Pfalz durch Nichtanzeigen der Zahlung beim Bundestagspräsidenten.[12] Dieselbe Würdigung erfolgte für die Zahlung an die Agentur von *Frigge* und die Zeugin *A* für die Umsetzung des Konzepts[13]. Er sei strafbar wegen zweimaliger tateinheitlicher Untreue zu Lasten von Partei und Fraktion im besonders schweren Fall.[14] Weiterhin sei *Böhr* durch Einreichen eines falschen Rechenschaftsberichts strafbar nach § 31d PartG[15]. Vom versuchten Betrug wurde *Böhr* aufgrund fehlender Bereicherungsabsicht freigesprochen.[16]

Der BGH wies die Revision *Böhrs* als unbegründet zurück.[17] Beide Gerichte lassen offen, ob es sich um Untreue nach § 266 Abs. 1 Alt. 1 oder Alt. 2 StGB handelt.

Böhr habe als Fraktionsvorsitzender eine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der Fraktion.[18] Diese verletzte er durch die Zahlungen „in klarer, evidenter und schwerwiegender Weise“[19], da Gelder der Fraktionen nicht für Parteiarbeit, also auch Wahlkampf, verwendet werden dürfen (§ 2 Abs. 1 FraktG RLP). Da die Leistung der Agentur nur der Partei zugutekam, liege auch ein Vermögensnachteil vor.[20] Eine Rechtfertigung durch mutmaßliche Einwilligung sei aufgrund der gesetzlichen Lage ausgeschlossen.[21]

Darüber hinaus habe sich *Böhr* auch der Untreue gegenüber dem durch das Gutachten begünstigten Landesverband der CDU strafbar gemacht.[22] § 31d PartG gehe gegenüber § 266 StGB nicht vor.[23] Der Angeklagte habe als Vorsitzender des Landesverbandes und als stellvertretender Bundesvorsitzender eine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber dem geschädigten CDU-Landesverband und der Bundes-CDU.[24] Diese ergebe sich aus der Finanzordnung der Union.[25]

Ein Vermögensnachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB sei der CDU Rheinland-Pfalz dadurch entstanden, dass gem. § 31c PartG eine Strafzahlung zu leisten ist, wenn eine Partei eine Spende einer Fraktion annimmt und diese nicht unverzüglich beim Präsidenten des Deutschen Bundestages anzeigt.[26] Da dieser Anspruch kraft Gesetzes entstehe und nur noch festgestellt werden müsse, beruhe er unmittelbar auf dem Nicht-Anzeigen.[27] Daraus folge eine Minderung des Vermögens der CDU Rheinland-Pfalz.[28]

III. Kritik

Dem BGH ist dahingehend zu folgen, dass die Bezahlung von Wahlkampfausgaben mit Mitteln der Landtagsfraktion Rheinland-Pfalz nach § 266 Abs. 1 StGB zu bestrafen ist. Fraktionsgelder dürfen nicht für den Wahlkampf verwendet werden. Die Fraktion bekommt als Gegenleistung für die Aufwendung nur die Möglichkeit, dass ihre Nachfolgerin in der nächsten Wahlperiode mehr Mitglieder haben wird. Dies ist keine unmittelbare und noch nicht einmal eine sichere Kompensation.[29] Das Vermögen der Fraktion ist geschädigt.[30]

Schon überraschender sind die Ausführungen zum Geschädigten der Untreue durch Nichtanzeigen der Spende: Noch in der Aufarbeitung des Skandals um den Kölner CDU-Stadtverband stellte der erste Strafsenat auf einen Vermögensnachteil der Bundes-CDU ab, da diese durch den Anspruch auf die Strafzahlung getroffen werde.[31] Diese Frage kann hier freilich im Ergebnis dahinstehen: *Böhr* traf auch eine Vermögensbetreuungspflicht hinsichtlich des Bundesverbandes.[32] Dagegen lohnt es sich, das Urteil an zwei Punkten näher zu beleuchten: Die Frage nach dem Vermögensnachteil zu Lasten der Partei und die Vereinbarkeit des Schuldspruches mit dem *nemo-tenetur*-Grundsatz.

1. Vermögensnachteil

§ 266 Abs. 1 StGB setzt voraus, dass dem Geschädigten ein Vermögensnachteil entstanden ist.[33] Dies ist dann der Fall, wenn das Vermögen des Geschädigten durch die Tathandlung vermindert wurde.[34] Eine Verminderung liegt dabei schon dann vor, wenn das Vermögen bei wirtschaftlicher Betrachtung niedriger zu bewerten ist.[35]

12 BGH, Urt. v. 11.12.2014 – 3 StR 265/14, juris, Rn. 11.

13 BGH, Urt. v. 11.12.2014 – 3 StR 265/14, juris, Rn. 11.

14 BGH, Urt. v. 11.12.2014 – 3 StR 265/14, juris, Rn. 11.

15 BGH, Urt. v. 11.12.2014 – 3 StR 265/14, juris, Rn. 13.

16 BGH, Urt. v. 11.12.2014 – 3 StR 265/14, juris, Rn. 13.

17 BGH, Urt. v. 11.12.2014 – 3 StR 265/14, juris, Rn. 15. Die Revision der StA hatte hingegen Erfolg: Der BGH verwies die Sache zur erneuten Prüfung bezüglich einer Strafbarkeit gem. § 263 StGB an das LG zurück. Der Senat hat in dem Urteil, wie *Altenburg* treffend bemerkt, „wieder einmal alle Auslegungsentscheidungen zu Gunsten der Strafbarkeit gefällt“, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 11.12.2014 – 3 StR 265/14, NJW 2015, 1624 (1624).

18 BGH, Urt. v. 11.12.2014 – 3 StR 265/14, juris, Rn. 25.

19 BGH, Urt. v. 11.12.2014 – 3 StR 265/14, juris, Rn. 29.

20 BGH, Urt. v. 11.12.2014 – 3 StR 265/14, juris, Rn. 33.

21 BGH, Urt. v. 11.12.2014 – 3 StR 265/14, juris, Rn. 31.

22 BGH, Urt. v. 11.12.2014 – 3 StR 265/14, juris, Rn. 36.

23 BGH, Urt. v. 11.12.2014 – 3 StR 265/14, juris, Rn. 38; dies war freilich zu erwarten, vgl. *Altenburg* (Fn. 17), NJW 2015, 1624 (1624).

24 BGH, Urt. v. 11.12.2014 – 3 StR 265/14, juris, Rn. 40.

25 BGH, Urt. v. 11.12.2014 – 3 StR 265/14, juris, Rn. 41 f.

26 BGH, Urt. v. 11.12.2014 – 3 StR 265/14, juris, Rn. 48.

27 BGH, Urt. v. 11.12.2014 – 3 StR 265/14, juris, Rn. 49.

28 BGH, Urt. v. 11.12.2014 – 3 StR 265/14, juris, Rn. 50.

29 Diese wird freilich für eine Kompensation des Vermögensnachteils verlangt; vgl. bspw. *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen (Kommentar), 61. Aufl. 2014, § 266 Rn. 111; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht Besonderer Teil 2, 36. Aufl. 2013, § 20 Rn. 777 jeweils m.w.N.

30 A.A. wohl *Altenburg* (Fn. 17), NJW 2015, 1624 (1625).

31 BGHSt 56, 203 (214).

32 Selbst wenn *Böhr* keinerlei Funktion in der Bundes-CDU gehabt hätte: BGHSt 56, 203 (210) bejahte eine Vermögensbetreuungspflicht aller Parteifunktionäre, die an der Erstellung von Rechenschaftsberichten mitwirken.

33 *Wessels/Hillenkamp*, StrafR BT 2 (Fn. 29), § 20 Rn. 775.

34 *Fischer*, StGB (Fn. 29), § 266 Rn. 115a; *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch (Kommentar), 27. Aufl. 2006, § 266 Rn. 40.

35 *Dierlamm*, in: Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. V, 2. Aufl. 2014, § 266 Rn. 211; *Wessels/Hillenkamp*, StrafR BT 2 (Fn. 29), § 20 Rn. 776.

Zeigt eine Partei rechtswidrig angenommene Spenden nicht unverzüglich beim Bundestagspräsidenten an, „entsteht gegen sie ein Anspruch in Höhe des Dreifachen des rechtswidrig erlangten Betrages“ (§ 31c Abs. 1 PartG). Begründet dieser Anspruch eine Minderung des Vermögens der CDU Rheinland-Pfalz?

a) Schadensgleiche Vermögensgefährdung und subjektive Lösung

Im Fall *Kanther* versuchte der zweite Strafsenat eine Lösung über den subjektiven Tatbestand.[36] Er sah im Einreichen falscher Rechenschaftsberichte eine Untreuetathandlung durch aktives Tun.[37] Diese führte zu dem *Risiko*, dass eine Strafzahlung gegen die Partei verhängt würde.[38] Eine schadensgleiche Vermögensgefährdung führe dann zu einer Strafbarkeit nach § 266 StGB, wenn der Täter auch *dolus eventualis* hinsichtlich der Realisierung der Gefahr aufweise.[39] Diese Vorgehensweise stieß in der Literatur zu Recht auf Kritik: Untreue ist kein Delikt mit überschießender Innentendenz.[40] Es liegt eine Verletzung des Kongruenzprinzips vor.[41]

Allerdings hat sich auch die Rechtslage seitdem geändert. Nach dem damals geltenden § 19 Abs. 4 S. 3 PartG a.F. stand eine Rückforderung von aufgrund von falsch angegebenen Spenden zu viel gezahlten Mitteln aus der staatlichen Parteienfinanzierung im Ermessen des Präsidenten des deutschen Bundetages.[42] Die Strafzahlungsverpflichtung nach § 31c PartG entsteht mit dem Einreichen eines falschen Rechenschaftsberichtes.

b) Die Lösung des dritten Strafsenats

Die angesprochene Änderung der Rechtslage und die Rechtsprechung der BVerfG[43] brachten den ersten Strafsenat im Fall des Kölner CDU-Spendenskandals dazu, bereits einen vollendeten Schaden anzunehmen.[44]

Dieser – sehr normativen – Betrachtung schloss sich der dritte Senat hier an: Das Vermögen des Opfers sei geschädigt, wenn keine Ermessensentscheidung eines Dritten zwischen der Tathandlung und der Inanspruchnahme durch eine andere Stelle (hier: den Bundestagspräsidenten) stehe.[45] Diese Lösung wirkt auf ersten Blick konsequent: Der Anspruch auf die Strafzahlung ist entstanden. Das Vermögen der CDU[46] ist also mit dem Anspruch auf diese Strafzahlung bereits belastet.

Die Lösung des BGH ist aber widersprüchlich[47]: Der Schadenseintritt soll nicht von der Handlung eines Dritten abhängen. Die Sanktion „vollzieht sich […] materiell quasi von selbst“[48]. Dann sei ein Schaden eingetreten.[49] Dabei übersieht der BGH aber § 23b Abs. 2 PartG. Zeigt die Partei die Unrichtigkeit des Rechenschaftsberichtes beim Bundestagspräsidenten an, bevor öffentlich etwas von der Unrichtigkeit bemerkt worden ist, „unterliegt die Partei nicht den Rechtsfolgen des § 31b oder 31c“ PartG. *Self-executing*[50] ist die Strafzahlung also nur, wenn man unterstellt, dass *kein* Mitglied der CDU Rheinland-Pfalz, wären entsprechende Informationen vorhanden, eine solche Anzeige eingereicht hätte. Es tritt das pflichtwidrige Unterlassen eines Dritten zwischen das Nicht-Anzeigen der Spende durch *Böhr* und den Eintritt des Schadens. Der Schaden schwebt, ähnlich einem privatrechtlichen schwebenden Geschäft. Die Unmittelbarkeit zwischen Tathandlung und Vermögensnachteil kann hier demnach nicht angenommen werden.

Und selbst wenn man § 23b Abs. 2 PartG völlig außen vor lässt, verlangt der Senat zwar ausdrücklich eine wirtschaftliche Betrachtungsweise bei der Feststellung des Vermögensnachteils[51], bleibt aber die Antwort auf die Frage schuldig, warum gerade ein normativer Schadensbegriff ein wirtschaftlicher Schadensbegriff sein soll.

c) Anlehnung an das Bilanzrecht

Konsequenter ist da ein Teil der Literatur: Dieser versucht die Feststellung eines Vermögensnachteils mit einer Annäherung an das Bilanzrecht zu lösen.[52] Schließlich geht es um eine wirtschaftliche Betrachtungsweise. Wann also darf denn ein Kaufmann in einer mit der des Geschädigten vergleichbaren Situation davon ausgehen, dass ein Vermögensnachteil vorliegt, sein Vermögen also weniger wert ist als vor dem schädigenden Ereignis?

Ein Nachteil liege demnach vor, wenn der Geschädigte nach den Regeln des HGB und des EStG eine Rückstellung für die potentiell belastende Verbindlichkeit bilden dürfte.[53] Dann und erst zu diesem Zeitpunkt ist der Kaufmann berechtigt, sein eigenes Vermögen aufgrund einer potentiellen Strafzahlung niedriger zu bewerten. Dies ist gem. § 249

36 BGHSt 51, 100 (118 ff.) – *Kanther*.

37 BGHSt 51, 100 (118) – *Kanther*.

38 BGHSt 51, 100 (117 f.) – *Kanther* bestätigt die Auffassung des LG Wiesbaden insoweit.

39 BGHSt 51, 100 (121) – *Kanther*.

40 *Dierlamm*, in: MüKo StGB (Fn. 35), § 266 Rn. 255.

41 *Wessels/Hillenkamp*, StrafR BT 2 (Fn. 29), § 20 Rn. 776.

42 Vgl. *Saliger*, Parteienuntreue durch schwarze Kassen und unrichtige Rechenschaftsberichte, NStZ 2007, 545 (548). Der Bundestagspräsident erließ der CDU auch die Zahlung teilweise: vgl. BGHSt 51, 100 (107) – *Kanther*.

43 BVerfGE 126, 170; zu den Auswirkungen auf die Rechtsprechung des BGH: *Saliger*, Auswirkungen des Untreue-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 23.6.2010 auf die Schadensdogmatik, ZIS 2011, 902 (909 f.).

44 BGHSt 56, 203 (221) mit Verweis auf das Bilanzrecht.

45 Siehe oben. Dies gilt freilich nur, wenn man die Auffassung teilt, dass ein endgültiger Schaden entstanden ist. A.A. z.B. zu BGHSt 56, 203 *Saliger* (Fn. 43), ZIS 2011, 902 (911).

46 Freilich das Vermögen des Bundesverbandes: siehe oben.

47 Im Ergebnis ebenso *Altenburg* (Fn. 17), NJW 2015, 1624 (1625).

48 BGH, Urt. v. 11.12.2014 – 3 StR 265/14, juris, Rn. 49.

49 BGH, Urt. v. 11.12.2014 – 3 StR 265/14, juris, Rn. 49.

50 So die Formulierung von *Saliger* (Fn. 42), NStZ 2007, 545 (549).

51 Vgl. BGH, Urt. v. 11.12.2014 – 3 StR 265/14, juris, Rn. 50.

52 Vgl. *Joecks*, Gefühlte Schäden?, in: ders. et al. (Hrsg.): Recht – Witschaft – Strafe, Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag, 2010, 355 (358 ff.) m.w.N.

53 *Joecks*, in: FS Samson (Fn. 52), 355 (370 f.).

Abs. 1 HGB der Fall, wenn die Inanspruchnahme durch den Staat droht.[54]

Legt man diese Ansicht zugrunde, wären Feststellungen zum Entdeckungsrisiko der Zahlungen durch die Fraktion nötig gewesen.[55] Das Entdeckungsrisiko hier war eher gering: Eine Untersuchung der Fraktionsausgaben durch den Landesrechnungshof hatte man bereits überstanden.[56] Ruchbar wurde der Sachverhalt erst durch die Aussage des ebenfalls verurteilten *Hebgen*, der sich dafür rächte, dass er wegen der Verwendung von Fraktionsgeldern in Striplokalen geschasst wurde.[57] Ein solches Ereignis darf man getrost als unwahrscheinlich bezeichnen.[58] Auch ist *Hebgens* Aussage *Böhr* nicht zuzurechnen und erst diese sorgte für eine hohe Rückgriffswahrscheinlichkeit und mithin für den Vermögensnachteil.

Nimmt man eine bilanzrechtliche Betrachtung des Vermögens im Rahmen der Untreue ernst, wird man im vorliegenden Fall einen Vermögensnachteil der Partei durch Nichtanzeigen der Spende durch *Böhr* ablehnen müssen.

2. Nemo tenetur

Gem. § 23 Abs. 1 PartG ist der Vorstand einer Partei verpflichtet, einen Rechenschaftsbericht beim Präsidenten des Deutschen Bundestages einzureichen. Gem. § 23b PartG ist es anzuzeigen, wenn der Bericht Unrichtigkeiten enthält. Diese Pflicht ist in § 31d Abs. 1 PartG strafbewehrt. *Böhr* wurde wegen Untreue und Verstoßes gegen das PartG verurteilt, da die Zahlung des Gutachtens durch die Fraktion eine Spende an die Partei darstellte[59], diese Spende nicht im Rechenschaftsbericht des Landesverbandes aufgeführt ist und er die Spende nicht beim Bundestagspräsidenten anzeigte[60]. Zur Last gelegt wird ihm demnach pflichtwidriges Unterlassen[61].

Der Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare* besagt, dass niemand verpflichtet ist, sich selbst zu belasten.[62] Er hat Verfassungsrang und soll verhindern, dass man zum Zeugen gegen sich selbst wird. [63] Hergeleitet wird er aus den Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG und teilweise dem Rechtsstaatsprinzip.[64] Allerdings erlaubt auch *nemo tenetur* grundsätzlich nicht die Begehung neuen Unrechts.[65]

a) Erklärungspflichten vor den Schranken der Verfassung

Das PartG belegt also die Parteien mit der Pflicht, eine wahrheitsgemäße Erklärung über Einnahmen und Ausgaben abzugeben. Das vorsätzliche Verletzen dieser Pflicht ist mit Strafe bewehrt. Fraglich ist, wie damit umzugehen ist, dass ein Parteifunktionär mit Doppelfunktion – wie *Böhr* – mit der Abgabe eines korrekten Rechenschaftsberichts zugeben müsste, eine Untreue zu Lasten einer Landtagsfraktion begangen zu haben. In einer vergleichbaren Situation sind der Steuerpflichtige und der Unternehmer.

aa) Das Steuer(straf)recht

Der Steuerpflichtige ist verpflichtet, eine wahrheitsgemäße Steuererklärung abzugeben, § 90 AO. Gibt er vorsätzlich eine falsche Erklärung ab, macht er sich nach § 370 AO der Steuerhinterziehung strafbar. Ein Problem ergibt sich, wenn steuerpflichtige Einkünfte durch illegale Tätigkeiten erzielt werden.[66] Auch diese sind aufgrund des § 40 AO zu versteuern. Der Steuerpflichtige muss also den Behörden Nachweise über seine illegalen Tätigkeiten beibringen.[67] Die Abgabenordnung trägt diesem Umstand durch die Regelung des § 393 Abs. 2 AO Rechnung: Das Gesetz ordnet ein Verwertungsverbot an.[68]

bb) Wettbewerbsrecht

Einen anderen Weg geht das Wettbewerbsrecht: § 59 Abs. 1 GWB normiert Auskunftspflichten von Unternehmen oder Zusammenschlüssen von Unternehmen über wirtschaftliche Verhältnisse, sowie die Herausgabe von Unterlagen im Verfahren vor der Kartellbehörde. § 59 Abs. 2 GWB normiert, wer im Verfahren Auskünfte erteilen muss. Dies trifft die Inhaber der Unternehmen und diejenigen Personen, welche befugt sind, das Unternehmen zu vertreten.[69]

Auch diese könnten in die unangenehme Situation kommen, Aussagen machen zu müssen, welche die Beweise für strafbare Handlungen liefern. Anders als in der AO ist gem. § 59 Abs. 5 GWB § 55 StPO anwendbar. Die Auskunftsverpflichteten dürfen die Aussage verweigern und sind über dieses Recht zu belehren.[70]

cc) Keine Strafbarkeit nach § 266 Abs. 1 StGB?

Eine Regelung, wie sie § 393 Abs. 2 AO oder § 59 Abs. 5 GWB für ihre Sachbereiche treffen, fehlt im PartG. In einer solchen Situation urteilte das BVerfG zu § 100 Konkursordnung, dass ein verfassungsrechtliches Verwertungsver-

54 *Joecks*, in: FS Samson (Fn. 52), 355 (371).

55 So auch *Altenburg* (Fn. 17), NJW 2015, 1624 (1625).

56 BGH, Urt. v. 11.12.2014 – 3 StR 265/14, juris, Rn. 7: Auf diesen Vorgang bezog sich der Betrugsvorwurf.

57 *Holl*, faz.net (Fn. 10).

58 Jede andere Meinung stellt Politikerinnen und Politiker unter einen Generalverdacht: Sie ist vielleicht am Stammtisch vertretbar – das Strafrecht muss grundrechtsschonend von der Unschuld ausgehen.

59 BGH, Urt. v. 11.12.2014 – 3 StR 265/14, juris, Rn. 44.

60 BGH, Urt. v. 11.12.2014 – 3 StR 265/14, juris, Rn. 47.

61 A.A. BGHSt 51, 100 (118) – *Kanther* und wohl auch BGHSt 56, 203 (211): „mitwirkte".

62 *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz (Kommentar), 74. EL 2015, Stand: Juli 2001, Art. 2 Rn. 187.

63 *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Fn. 62), Art. 2 Rn. 187.

64 *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Fn. 62), Art. 2 Rn. 187. Vgl. BVerfGE 56, 37.

65 BGHSt 3, 18 (19). Im hier vorliegenden Fall geht es aber um die Passivität des Angeklagten.

66 *Joecks*, in: ders./Jäger/Randt, Steuerstrafrecht (Kommentar), 8. Aufl. (i.E.), § 393 Rn. 70. Der Verfasser dankt Prof. Dr. *Wolfgang Joecks* für das Zurverfügungstellen des hier zitierten Textes.

67 Dazu *Joecks*, in: ders./Jäger/Randt (Fn. 66), § 393 Rn. 70 sowie Rn. 94 mit anschaulichen Beispielen.

68 *Joecks*, in: ders./Jäger/Randt (Fn. 66), § 393 Rn. 70; freilich mit der Ausnahme des wohl verfassungswidrigen § 393 Abs. 2 S. 2 AO; vgl. ebd. Rn. 93 ff.

69 Zu den Begriffen *Klaue*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht (Kommentar), Bd. II, 5. Aufl. 2014, § 59 GWB Rn. 15 ff.

70 *Senge*, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl. 2013, § 55 Rn. 12 und 17.

bot anzunehmen sei.[71] Würde hier ein Verwertungsverbot bestehen, hätte die Pflicht zur korrekten Abgabe eines Rechenschaftsberichts weiter bestanden. Allerdings handelte es sich bei der Konkursordnung im Gegensatz zum PartG um vorkonstitutionelles Recht.[72] Auch ist ein Weiterbestehen des Auskunftsrechts bei Anordnung eines Verwertungsverbots ein Eingriff in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG. Hierfür würde es einer gesetzlichen Grundlage bedürfen.[73]

Setzt man eine planwidrige Regelungslücke voraus, wäre eine Analogie naheliegend. Nur welche? Welche Interessenlage liegt dem Parteienrecht zugrunde? Das Steuerrecht regelt ein Verfahren zur Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Ansprüche. Darum geht es hier aber nicht. Das Parteienrecht normiert die Voraussetzungen und Grenzen für den Wettbewerb der Parteien, also privatrechtlicher Vereinigungen (§ 2 PartG). Die Interessenlage kommt der des GWB also deutlich näher.[74] Hier ist also über eine analoge Anwendung von § 59 Abs. 5 GWB das Auskunftsverweigerungsrecht aus § 55 StPO heranzuziehen.

Auch wäre eine analoge Anwendung des § 393 Abs. 2 AO oder eines anderen Verwertungsverbotes eine Analogie zu Lasten des mutmaßlichen Täters. Ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage würde die Strafbarkeit auf Fälle erstreckt, in denen sich die zur Abgabe von Rechenschaftsberichten Verpflichteten selbst belasten würden.

b) Auswirkungen für die Strafbarkeit im Fall Böhr

Die rechtliche Pflicht zur Abgabe richtiger Rechenschaftsberichte durch Funktionäre von Parteien ist analog § 59 Abs. 5 GWB zu suspendieren, wenn diese sich durch die Mitwirkung selbst einer Straftat überführen würden. Dem mutmaßlichen Täter steht ein Auskunftsverweigerungsrecht zu. Das Nämliche gilt für die Strafbarkeit nach §§ 266 Abs. 1 StGB, 31d PartG. Möchte der Gesetzgeber das ändern, muss er das PartG dahingehend ergänzen, dass ein Verwertungsverbot für Erkenntnisse aus dem Rechenschaftsbericht für Straftaten der zur Einreichung verpflichteten Personen folgt.[75] Politikerinnen und Politiker stehen nicht über dem Gesetz. Aber auch für sie gelten die Grundrechte. Dies sollte auch in der Rechtsprechung beachtet werden.

Ob man dabei den Tatbestand oder die Rechtswidrigkeit verneint oder aber die Schuld ausschließt oder aufgrund von *nemo tenetur* einen persönlichen Strafausschließungsgrund annimmt, kann hier dahinstehen: Es ist nur für die Strafbarkeit von Teilnehmern relevant.[76]

3. Ergebnis

Das Urteil des LG Mainz wäre hinsichtlich der Strafbarkeit nach § 266 Abs. 1 StGB zu Lasten der Partei und der Verurteilung nach § 31d PartG aufzuheben gewesen. *Böhr* hat sich nach § 266 Abs. 1 StGB der Untreue in einem besonders schweren Fall zu Lasten der Fraktion schuldig gemacht, indem er die Erstellung des Gutachtens aus der Fraktionskasse bezahlen ließ. Eine zweite Untreue im besonders schweren Fall liegt in der Bezahlung für die Umsetzung des Konzepts. Vielleicht ist er auch strafbar wegen Betrugs nach § 263 StGB zu Lasten des Landes Rheinland-Pfalz und sicherlich wird er der CDU Rheinland-Pfalz den Schaden in Höhe der Strafzahlungen privatrechtlich ersetzen müssen. Damit sollte man es bewenden lassen. Eine Wahl gewinnen wird er vermutlich nicht mehr.

Nicht beendet ist jedenfalls der Streit um den Schadensbegriff bei Betrug und Untreue im Allgemeinen und die strafrechtliche Bewertung der Parteienuntreue im Besonderen.

71 BVerfGE 56, 37, Leitsatz.

72 BVerfGE 56, 37 (51).

73 Statt vieler *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 30. Aufl. 2014, Rn. 263 ff.

74 Vgl. *Saliger* (Fn. 43), ZIS 2011, 902 (911).

75 Vgl. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Fn. 62), Art. 2 Rn. 187.

76 §§ 26, 27 StGB setzen eine vorsätzliche rechtswidrige Tat des Haupttäters voraus; vgl. *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 43. Aufl. 2013, § 13 Rn. 551. Es spricht vieles dafür, eher den Tatbestand oder die Rechtswidrigkeit auszuschließen.

Die Musterlösung wurde erstellt von Christopher Bilz, Greifswald*

Hausarbeit in der Übung für Fortgeschrittene im Öffentlichen Recht

Sachverhalt

Der französische Staatsbürger X möchte gern wieder einmal seinen in Berlin wohnenden Freund F besuchen. Zu diesem Zweck macht er sich mit seinem in Frankreich zugelassenen Kleinwagen auf den Weg über die deutschen Autobahnen. Kurz zuvor hat der Deutsche Bundestag durch Einführung eines auch bereits in Kraft getretenen Bundesautobahnmautgesetzes (BAMG) eine Vignettenpflicht für die Nutzung der Bundesautobahnen beschlossen, nach der Pkw unter 3,5 t Gesamt-

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht der Universität Greifswald. Die Hausarbeit wurde im Rahmen der Übung im Öffentlichen Recht für Fortgeschrittene im Sommersemester 2015 gestellt. Die durchschnittliche Bewertung betrug 5,42 Punkte, die Durchfallquote lag bei 23,44 %. Besonderer Dank gilt Prof. Dr. *Claus Dieter Classen* für wertvolle Anmerkungen.