

Bundesministerium für Justiz  
Und für Verbraucherschutz  
Referat II A 4  
10117 Berlin

Köln, 16.11.2018

**Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2017/1371 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug**

Die Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V. (WisteV) bedankt sich für die Gelegenheit, zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2017/1371 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug Stellung nehmen zu dürfen und nimmt diese Gelegenheit gern wie folgt wahr:

I. WisteV teilt den vom Entwurf gewählten Ansatz, bei der Umsetzung nicht über die Vorgaben der Richtlinie hinausgehen zu wollen, soweit nicht das geltende deutsche Recht ohnehin bereits punitiver ausgestaltet ist. WisteV hegt jedoch Zweifel, ob der Entwurf dieses selbstgesetzte und sachgerechte Ziel erreicht. Überdies erscheint die gewählte Gesetzestechnik als wenig übersichtlich und es bestehen zudem Anhaltspunkte für die Annahme nachhaltiger Verwerfungen mit der Dogmatik der bereits geltenden Vermögensdelikte.

II. Es mag im Hinblick auf die Zuständigkeit der Europäischen Staatsanwaltschaft – in der Begründung zum RefE nur angedeuteten – Anlass für ein selbständiges EU-Finanzschutzstärkungsgesetz geben. Gleichwohl sprechen auf der Hand liegende Gründe gegen ein solches Vorhaben.

Zunächst ist darauf zu verweisen, dass ein etwaiges Ziel klarer Zuständigkeitsverteilung zwischen nationaler und Strafverfolgung auf EU-Ebene mit einem EU-FinSchStG ohnehin nur bestenfalls teilweise erreicht werden würde, weil sich die Zuständigkeit der Europäischen Staatsanwaltschaft nicht auf dessen Tatbestände beschränken würde.

Für die forensische Praxis bedeutete ein zusätzliches Gesetz eine weitere Erschwerung der Rechtsanwendung. Neben die bereits geltenden vermögensschützenden Gesetze, allgemein §§ 263 und 266 StGB, speziell §§ 264 StGB und 370 AO, träte nunmehr ein weiteres Spezialgesetz. Die Anwendungsbereiche könnten nur noch ausgesprochene Spezialisten auseinanderhalten. Für die übrigen drohte zudem, das dann wenig verbreitete Spezialgesetz in Vergessenheit zu geraten.

Es wäre demgegenüber deutlich anwenderfreundlicher, den geringfügigen Umsetzungsbedarf im Wege der Ergänzung der bestehenden Spezialvorschriften § 264 StGB und § 370 AO vorzunehmen. Es bedürfte lediglich einer Erweiterung des § 264 Abs. 1 Nr. 2 StGB auf die anderen finanziellen Ausgabeinteressen der EU, also diejenigen, welche keine Subventionen sind (zur Problematik der Versuchsstrafbarkeit s. unten III 1 c). Zudem ließen sich § 264 Abs. 1 Nr. 3 StGB und unschwer § 370 AO auf nicht-steuerliche Einnahmequellen der EU erweitern.

### III. Zu den vorgeschlagenen Vorschriften im Einzelnen:

#### 1. § 1 EUFinSchStG-E

Die Richtlinie verlangt die Strafbarkeit der zweckwidrigen Verwendung zum eigenen oder fremden wirtschaftlichen Vorteil und zum Nachteil der EU.

a) Da sich die Bestimmung ausschließlich auf Situationen bezieht, in denen der Empfänger Mittel der EU (die nicht Subventionen sind) bereits erhalten hat, können die beiden zuletzt genannten Umstände keine eigenständige Bedeutung erlangen: Die zweckwidrige Verwendung geschieht per se zum Vorteil von jemand anderem als der EU und den Nachteil hat sie bereits erlitten.

Angesichts dessen verbieten es die strukturellen Unterschiede, die neue Strafbarkeit nach dem Vorbild der allgemeinen Vermögensdelikte zu gestalten. Der in der Einzelbegründung gleichwohl am Beispiel eines Bauvorhabens unternommene Versuch trägt nur für Bauten der EU selbst, weil in allen anderen Fällen der in der Unmöglichkeit der Vervollendung des Bauwerks liegende Schaden nicht bei der EU als unterstützendem Finanzier und damit der von der Richtlinie geschützten Institution eintreten würde. Die EU erleidet dadurch keinen weiteren Vermögensabfluss. Ihr Schaden besteht in der Fehlverwendung der bereits erbrachten Mittel als solcher.

Es ist demgemäß bereits begrifflich ausgeschlossen, bei Fehlverwendung in der Absicht zu handeln, sich (oder einem anderen) einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen: der Täter hat diesen Vorteil ja bereits vor der mit dieser neuen Vorschrift zu erfassenden Tathandlung erlangt. Es kann aber auch nicht darauf abgestellt werden, dass der Täter den erlangten Vorteil sichern möchte, weil er in dieser Absicht ja auch im Fall rechtmäßiger Verwendung handeln würde.

b) Die Umsetzung von Art. 3 II b iii der Richtlinie ist daher allein in der Weise möglich, dass schlicht die Fehlverwendung selbst unter Strafe gestellt wird (vergleichbar mit dem bis zum 10.3.2017 gültig gewesenen § 9 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz für die Situation des Leistungsempfangers).

aa) Demgemäß bedarf es aus Bestimmtheitsgründen – im Einklang mit der Richtlinie – der strikten Berücksichtigung des Gebots konkreter Festlegung des Zwecks der Leistung und der genauen Bezeichnung der Beschränkung ihrer Verwendbarkeit. Das ist auch deshalb unumgänglich, weil gerade in den Vergabefällen auch die „Rechtsgüter“ der Transparenz, des freien Wettbewerbs und der Dienstleistungsfreiheit geschützt werden sollen. Sie weisen zwar für sich gesehen keine direkte Vermögensrelevanz auf.

Es gilt aber der denkbaren Argumentation vorzubeugen, allein schon der Verstoß gegen eines der drei genannten Ziele könnte der erfolgten Leistung aus Mitteln der EU den Charakter eines Missbrauchs i.S. der (unabhängig von ihrer Ausgestaltung) neuen Vorschrift verleihen.

bb) Im Fall der Erweiterung des § 264 Abs. 1 S. 2 StGB könnten sonstige Leistungen der EU (nur für diese Alternative) Subventionen gleichgestellt werden – und zwar (wie für § 1 EU-FinSchStG-E) nur für den Subventionsempfänger selbst und nicht für Dritte. Eine solche Bestimmung führte nicht zu einer erweiterten Strafbarkeit gegenüber dem Entwurf, weil der darin vorgesehene Schaden (wie gezeigt) strukturell ohnehin nicht als eingrenzendes Merkmal wirken kann.

c) Erfassung des Versuchs (auch zu § 264 Abs. 4 StGB-E, Art. 2 (1) a des RefE) Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie verlangt die Strafbarkeit auch des Versuchs von Taten nach deren Art. 3. Ob das für sämtliche Varianten zwingend ist, sei dahingestellt.

aa) Einer gesonderten Anordnung der Strafbarkeit wegen versuchter Fehlverwendung bedarf es angesichts der damit (wie gezeigt) immer verbundenen Schädigung der finanziellen Interessen der EU nicht. Zwar verlangt in Art. 3 nur dessen Abs. 2 b iii ausdrücklich eine Schädigungsfolge. Für die übrigen Fehlverwendungsalternativen gilt jedoch nichts anderes, denn „Missbrauch“ i.S. der (gesamten) Richtlinie ist nach der Legaldefinition gem. Art. 4 Abs. 3 nur dann gegeben, wenn die finanziellen Interessen der EU geschädigt werden. Damit verlangt die Richtlinie keineswegs die Pönalisierung eines (ja in praxi auch gar nicht möglichen) folgenlosen Versuchs missbräuchlicher Verwendung von EU-Mitteln.

bb) Der vom Entwurf stattdessen beschrittene Weg, den Versuch über die Rechtsfigur der schadensgleichen Vermögensgefährdung zu erfassen, steht demgegenüber nicht nur nicht offen, sondern würde das dogmatische Fundament der allgemeinen Vermögensdelikte so zerstören, daß anschließend der Vorwurf der Verfassungswidrigkeit gerechtfertigt wäre.

(1) Ein Versuch der Fehlverwendung ist bereits im Tatsächlichen bestenfalls schwer vorstellbar. Unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Tatbestands setzt ein äußerlich erkennbares Verhalten voraus. Bloße Gedanken genügen dafür hingegen nicht. Zudem reichen auch Vorbereitungshandlungen nicht aus. Selbst ein verabredeter noch so ausziselierter Plan bliebe daher solange straflos, wie seine Verwirklichung nicht zumindest soweit vorangetrieben wäre, dass der Beginn des tatsächlichen Missbrauchs von EU-Mitteln lediglich noch eine Frage von Sekunden wäre. Für eine derartige Konstellation fällt es jedoch äußerst schwer, den Bedarf für eine Anordnung der Versuchsstrafbarkeit zu erkennen. Entweder setzt kurz darauf die Vollendung ein oder es ist in aller Regel Rücktritt anzunehmen. Ein Fehlschlag ist wohl nur in High-Noon-Szenarien denkbar, die finanzielles Fehlverhalten allerdings nicht kennzeichnen, oder in Fällen, in denen die eingeweihten Behörden dem Verdächtigen zum Zwecke seiner Überführung zunächst noch freie Hand lassen, aber dem Eintritt eines Schadens wirksam vorbeugen haben. Derartige absolute Ausnahmesituationen rechtfertigen nicht die Schaffung einer tatsächlich (und rechtlich) fragwürdigen Versuchsstrafbarkeit, für die weder in der Richtlinie noch in der Gesetzesbegründung Anwendungsfälle angeführt werden.

(2) Wer das anders sieht, dem stehen für die Beobachtungskonstellation bessere, wenngleich ebenfalls als nicht erforderlich angesehene Wege zur Verfügung. In Betracht käme die Ausweitung des § 264 Abs. 1 S. 3 StGB auf keine Subventionen darstellende Leistungen der EU. In Anlehnung an die auch das Belassen umschließende Strafbarkeit wegen Kreditbetrugs, § 265b StGB, könnte stattdessen auch das Machen unzutreffender sowie umgekehrt das Unterlassen erforderlicher Angaben über die Verwendung unter Strafe gestellt werden.

(3) In dogmatischer Hinsicht wird das Unterfangen des Entwurfs, den Versuch unter den Begriff der „schadensgleichen Vermögensgefährdung“ zu subsumieren, einerseits Art. 103 GG nicht gerecht und erkennt andererseits das Fehlen der Strafbarkeit des Versuchs der Untreue (welche sich in den Diskussionen um deren Einführung im Zusammenhang mit dem 6. Strafrechtsreformgesetz vor 20 Jahren als einzig sachgerecht bestätigt hat). Sowohl § 263 als auch § 266 StGB setzt den Eintritt eines Vermögensschadens bzw. -nachteils voraus. Danach genügt eine bloße Gefährdung nicht zum Verwirklichen eines der genannten beiden Tatbestände. Stand der Rechtsprechung ist es demgegenüber, eine drohende Gefahr für die den Abfluß kompensierende Gegenleistung bereits für den Zeitpunkt der Tathandlung zu quantifizieren. Im Umfang der Realisierungsgefahr ist die ausstehende Forderung wertzuberichtigen, d.h. niedriger zu bewerten. Die Differenz markiert den gegenwärtigen Schaden bzw. Nachteil: Gefahr als Schaden. In der Sache besteht darüber (weitgehende) Einigkeit, wiewohl die Terminologie weiterhin unterschiedlich ist.

Die dogmatische Figur des Gefährdungsschadens ist danach im Tatsächlichen strikt zu unterscheiden von einem Versuch: Beim Letzteren ist die Vermögensminderung noch nicht eingetreten, beim Gefährdungsschaden sehr wohl (wenngleich nicht notwendig bereits vollständig). Deshalb muss er quantifiziert werden.

Diese Differenz einebnen zu wollen, führte in der Rückwirkung auf § 266 StGB zu einer das Bestimmtheitsgebot verletzenden Umgehung der (zu Recht) fehlenden Versuchsstrafbarkeit und würde damit zur Verfassungswidrigkeit all derjenigen Fälle führen, in denen die Rechtsprechung wegen Untreue verurteilt hat, obwohl der Sachverhalt sich dem Tatplan gemäß noch weiter entwickeln sollte. Wäre dies nicht mehr möglich, so könnte sich ein Vorstandsvorsitzender an Millionen seines Unternehmens straflos dadurch bedienen, dass er seinem Handeln schlicht einen in 50 Jahren (und damit nach seinem Tod) rückzahlbaren Kreditvertrag unterlegte.

cc) Das intendiert der RefE allerdings nicht. Die Unterschiede zwischen der Dogmatik des Gefährdungsschadens und dem Versuch zeigen jedoch, dass es nicht gelingen kann, das Erfordernis der von der Richtlinie verlangten Versuchsstrafbarkeit über die Figur der „schadensgleichen Vermögensgefährdung“ zu erfüllen. Ihm wird jedoch die hier im aufgezeigten Maße angeregte Alternative einer Erweiterung des § 264 Abs. 1 S. 2 StGB gerecht – und zwar ohne zu einer über den RefE hinausgehenden Strafbarkeit und zu dogmatischen Verwerfungen zu führen.

## 2. § 2 EUFinSchStG-E

a) Auch auf der Einnahmeseite besteht kein Bedarf für einen eigenständigen § 2 EU-FinSchStG-E. Hier kommen sogar zwei Alternativen in Betracht:

Da § 264 Abs. 1 Nr. 3 StGB auch für das Verschweigen von Rückzahlungsvoraussetzungen gilt und diese sich für den Subventionsgeber als Einnahmen darstellen, ließe sich die Bestimmung auch auf andere Finanzierungsquellen der EU, insbesondere die Bruttonationaleinkommen-Eigenmittel (BNE-Eigenmittel), ausweiten. Als Vorfelddelikt wäre kein Verkürzungserfolg nötig, so dass das Gebot der Richtlinie, eine Versuchsstrafbarkeit vorzusehen, erfüllt wäre.

Systematisch näherliegend wäre hingegen eine Erstreckung des Anwendungsbereichs des § 370 AO auf die nicht-steuerlichen Einnahmequellen der EU z.B. mittels eines fiktional beides gleichsetzenden weiteren Absatzes. Mit einer derartigen Lösung müsste nicht zwingend auch eine Erweiterung der Zuständigkeit der Finanzbehörden verbunden sein, wie es bei einer theoretisch ebenfalls in Betracht kommenden fingierenden Erweiterung des Begriffs der Steuern in § 3 Abs. 1 AO nach dem Vorbild des § 3 Abs. 3 AO der Fall wäre (schüfe man nicht zusätzliche einschränkende Bestimmungen, welche der Praxis sicherlich keine Erleichterung verschaffen würde). Dass Täter im Zusammenhang mit verminderten BNE-Zuweisungen nur ein Amtsträger sein kann, steht einer Strafbarkeit nach einem entsprechend erweiterten § 370 AO nicht entgegen.

Beide angeführten Alternativen verhinderten zudem zusätzliche dogmatische Verwerfungen aufgrund der vom RefE auch hier vorgesehenen Gleichsetzung von Schaden und Gefährdung.

b) Eine dem deutschen Verständnis strikt zuwiderlaufende Ausdehnung der Strafbarkeit würde darin liegen, dass im Entwurf als eine Finanzquelle der EU mehrfach (zumindest auf S. 8, 10 und 31) auch die Zahlung von Geldbußen wegen z.B. Kartellordnungswidrigkeiten genannt wird. Es wird den Ordnungsbehörden in der öffentlichen politischen Diskussion zwar immer wieder vorgeworfen, Bußen und Strafen auch (oder gar vorwiegend) zur Stärkung der öffentlichen Finanzen festzusetzen und zu vollstrecken. Dies wird jedoch staatlicherseits durchweg geleugnet. Die Überzeugungskraft derartiger Argumentation würde jedoch unterminiert, wenn die zu niedrige Festsetzung und (in der Justiz seitens eines Rechtspflegers, in der Verwaltung seitens eines Vollstreckungsbeamten) zu wenig forschende Vollstreckung von EU-Geldbußen (nach Aufnahme der Tätigkeit der EU-Staatsanwaltschaft vielleicht auch von Strafen) als eigene Straftat angesehen würde. Die Handelnden könnten jegliches Verständnis für tatsächliche Drangsal eines Betroffenen nur noch unter eigenem Strafbarkeitsrisiko aufbringen! Die Kluft zwischen Staat und Bürger würde sich noch breiter öffnen.

c) Auch Rückzahlungs- und Erstattungsansprüche sollen von § 2 EU-FinSchStG-E erfasst und geschützt werden (S. 7 und 10). Darin läge ein von den hier vorgeschlagenen Alternativen (insbesondere im Fall der Erweiterung von § 264 Abs. 1 Nr. 3 StGB) vermiedener gravierender Bruch der bisherigen Dogmatik der mitbestraften Nachtat allgemein und des Sicherungsbetrugs im Speziellen. Es ist zwar keineswegs illegitim, auch derartige Ansprüche, die ja rechtlich wirksam und deren Durchsetzbarkeit häufig auch nicht an mangelnder Leistungsfähigkeit scheitern müßte, Strafschutz zu unterstellen. Nur sollte dies nicht in einem Nebengesetz geschehen, welches zwangsläufig

Rückwirkungen auf die allgemeine Dogmatik und damit den Anwendungsbereich der §§ 263 und 266 StGB zeitigen würde. Vor einer solchen, doch sehr deutlichen Änderung und Ausweitung der Strafbarkeit, bedürfte es einer breiten Diskussion auch innerhalb der Rechtswissenschaft. Das dargelegte Ergebnis als mittelbare Folge des § 2 EUFinSchStG-E zu erzielen, wäre sicherlich kein Ausweis der vom Gesetzesvorhaben mitgeschützten Transparenz.

### 3. § 3 EU-FinSchStG-E

a) Für § 3 EU-FinSchStG-E nennt der Entwurf keinerlei Beispiel, sondern führt im Gegenteil zutreffend dessen Überflüssigkeit vor Augen: Es gibt keinen korrupten Amtsträger, der mit der Gefährdung oder gar Schädigung der finanziellen Interessen der EU seine Dienstpflichten erfüllen würde. Das sieht der RefE ebenso, hält die Vorschrift aber „dennoch“ für geboten, verschweigt aber, wie Überflüssiges dem Gebot der (ebenfalls betonten) Verhältnismäßigkeit entsprechen kann. Überdies ist auch insoweit die Gleichsetzung von Gefährdung und Schädigung abzulehnen.

b) Wenn es überhaupt einen Anpassungsbedarf an die Richtlinie geben sollte, dann dürfte er mit dem Täterkreis zu tun haben. Es erscheint als durchaus zweifelhaft, ob der Verweis (S. 19 unten) auf die von § 11 StGB als Amtsträger angesehenen „Beliehenen“ insoweit ausreicht.

### 4. Art. 2 (2) - § 335a StGB-E

Ob wirklich ein Bedarf für die Ausweitung des § 335a StGB besteht, erscheint zwar als zweifelhaft. WisteV tritt dem RefE jedoch insoweit nicht entgegen.

IV. Nach allem lässt sich das im RefE selbstgesetzte Ziel viel einfacher und praxisfreundlicher erreichen.

Der Vorstand der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V.  
Folker Bittmann  
Co-Sprecher