

**Prof. Dr. Arndt Sinn**

**Prof. h.c. (National University Kaohsiung)**

Lehrstuhl für Deutsches und  
Europäisches Straf- und Strafprozess-  
recht, Internationales Strafrecht  
sowie Strafrechtsvergleichung

**Direktor des**



ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHE UND  
INTERNATIONALE STRAFRECHTSSTUDIEN

Heger-Tor-Wall 14  
49069 Osnabrück  
Telefon: (0541) 969-6133 DW 6135  
Fax: (0541) 969-4852  
LS-Sinn@uos.de  
zeis@uos.de

Osnabrück, den 5. April 2019

Stellungnahme zu dem Entwurf 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

## I. Einleitung

Der Entwurf dient der 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.

Da das deutsche Strafrecht bereits zahlreiche der durch die Richtlinie formulierten Vorgaben erfüllt, besteht nur geringer Umsetzungsbedarf. Hinsichtlich des bestehenden Umsetzungsbedarfs ist nicht zu bestreiten, dass die vorgeschlagenen Ergänzungen des Strafrechts dem legitimen Zweck dienen, den Schutz der finanziellen Interessen der EU zu stärken.

Die nachfolgende Stellungnahme beschränkt sich auf einige Punkte des vorliegenden Entwurfs, bei denen Änderungsbedarf gesehen wird.

## II. Rechtswidrige Verminderung von Einnahmen der EU (Art. 1 § 2 EUFinSchStG-E)

1. Art. 1 § 2 EUFinSchStG-E dient der Umsetzung von Art. 3 Abs. 2 lit. c Richtlinie 2017/1371. Die Entwurfsbegründung (BT-Drs. 19/7886, S. 10) nennt verschiedene Beispiele für Einnahmen, wobei damit noch nicht gesagt ist, dass gerade die genannten Einnahmen vom geltenden Strafrecht bisher nicht geschützt würden. Soweit als einschlägiger Straftatbestand § 263 StGB (Betrug) bspw. hinsichtlich der Verminderung von Erlösen aus Verkauf, Verpachtung oder Vermietung von Immobilien, aus der Erbringung von Dienstleistungen oder aus Geldanlagen in Betracht kommt, so unterscheidet sich Art. 1 § 2 EUFinSchStG jedoch erheblich in seiner Reichweite von § 263 StGB. Denn während § 263 StGB als besonderes subjektives Tatmerkmal die Bereicherungsabsicht voraussetzt, wird eine solche bei Art. 1 § 2 EUFinSchStG-E gerade nicht gefordert. Der Anwendungsbereich ist also weiter als der bei § 263 StGB. Mindestanforderungen für die subjektive Tatseite setzt die Richtlinie nur bei Art. 3 Abs. 2 lit. b, wenn

*„in Bezug auf Ausgaben im Zusammenhang mit der Auftragsvergabe, zumindest wenn sie in der **Absicht** begangen wird, dem Täter oder einer anderen Person durch Schädigung der finanziellen Interessen der Union einen rechtswidrigen Vorteil zu verschaffen, jede Handlung oder Unterlassung betreffend“*

der nachfolgenden Nrn. i-iii, strafbar sein soll. Nur bei diesen Tathandlungen soll mindestens absichtliches Verhalten unter Strafe gestellt werden. Im Gegensatz dazu sehen Art. 3 Abs. 2 lit. a, c und d eine solche Mindestanforderung nicht vor. Daraus ist zu schließen, dass bei den genannten Tathandlungen bloß vorsätzliches Verhalten ausreichen soll, was gleichzeitig auf den Umsetzungsbedarf schließen lässt und § 263 StGB als mögliche Strafnorm diesen nicht abdeckt.

2. Hinsichtlich der im Entwurf genannten (BT-Drs. 19/7886, S. 10) von der Kommission verhängten Geldbußen ist ebenfalls § 263 StGB nicht einschlägig, weil Bußgeldansprüche nicht Bestandteil des strafrechtlich geschützten Vermögens sind. Vielmehr liegt der Zweck einer Geldbuße in der Sanktionierung eines als ahndbar beschriebenen Verhaltens. Das entspricht herrschender Auffassung (vgl. *Hefendehl*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), MK-StGB, Band 5, 3. Aufl. 2019, § 263 Rn. 497). Die Einbeziehung von Geldbußen in den Anwendungsbereich des Art. Art. 3 Abs. 2 lit. c Nrn. i-ii der Richtlinie und Art. 1 § 2 EUFinSchStG ist jedenfalls nicht grundsätzlich ausgeschlossen, denn mit der Richtlinie sollen die „finanziellen Interessen der Union“ geschützt werden. Dieser Schutzbereich ist ersichtlich weiter, als der des deutschen Vermögensschutzes, wie sich aus der Begriffsbestimmung und dem Anwendungsbereich in Art. 2 Abs. 1 lit. a) der Richtlinie ergibt. Danach sind „finanzielle Interessen der Union“ sämtliche

„Einnahmen, Ausgaben und Vermögenswerte“. Entsprechend unionsrechtskonformer Auslegung bezweckt Art. 1 § 2 EUFinSchStG-E also nicht einen mit dem deutschen Recht vergleichbaren Vermögensschutz, sondern einen „Einnahmen-, Ausgaben- und Vermögensschutz“ der Union. Dementsprechend wird mit § 263 StGB gerade nicht das Ziel der Richtlinie erreicht, diesen besonderen Schutz der finanziellen Interessen der Union zu stärken. Dieses Ziel kann aber durch Art. 1 § 2 EUFinSchStG-E erreicht werden.

3. Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen,

*„um sicherzustellen, dass der Versuch der Begehung einer Straftat im Sinne des Artikels 3 und des Artikels 4 Absatz 3 als Straftat geahndet werden kann.“*

In Art. 1 § 2 EUFinSchStG-E wird keine Versuchsstrafbarkeit angeordnet. Dies erscheint hinsichtlich Art. 3 Abs. 2 lit. c der Richtlinie und vor dem Hintergrund von der Verpflichtung aus Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie unplausibel. Wenn in der Entwurfsbegründung zu Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie ausgeführt wird, dass „soweit Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe c der Richtlinie durch § 370 AO umgesetzt ist“ (BT-Drs. 19/7886, S. 18), die Anordnung einer Versuchsstrafbarkeit entbehrlich sein soll, so sieht der Entwurf dennoch einen Umsetzungsbedarf (BT-Drs. 19/7886, S. 11) für nicht von § 370 AO erfasste Verhaltensweisen, andernfalls die Regelung des Art. 1 § 2 EUFinSchStG-E sowieso entbehrlich wäre. Um also die Versuchsstrafbarkeit in den Fällen richtlinienkonform sicherzustellen, in denen der Entwurf einen durch Art. 1 § 2 EUFinSchStG-E zu erfüllenden Umsetzungsbedarf annimmt, müsste dann auch entsprechend den Regelungen in den §§ 263 Abs. 2 StGB und § 370 Abs. 2 AO eine Versuchsstrafbarkeit aufgenommen werden.

Wenn in der Entwurfsbegründung (BT-Drs. 19/7886, S. 12) die Aufnahme einer Versuchsstrafbarkeit mit der Begründung abgelehnt wird, dass die beiden in Art. 1 § 2 EUFinSchStG-E genannten zwei Tatbestandsvarianten jeweils zu einer rechtswidrigen Verminderung von Einnahmen der Europäischen Union geführt haben müssen, was einen Vermögensschaden voraussetze, so ist dem zuzustimmen. Allerdings greift die Begründung, die Auslegung dieses Vermögensbegriffes sei an einen „weiten Schadensbegriff“ des § 263 StGB anzulehnen, zu kurz, um eine Versuchsstrafbarkeit anzunehmen. Denn auch der Gefährdungsschaden, wenn man diesen Begriff überhaupt verwenden will, muss zu einer Verschlechterung der gegenwärtigen Vermögenslage führen (vgl. Schönke/Schröder/Perron, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 143). An die Feststellung eines solchen „Gefährdungsschadens“ sind einfach-rechtlich und verfassungsrechtlich (BVerfG NJW 2010, 3209; BVerfG NJW 2009, 2370) hohe Anforderungen zu stellen:

*„Da Art. 103 II GG sicherstellen soll, dass die abstrakt-generellen Voraussetzungen der Strafbarkeit durch den Gesetzgeber bestimmt werden, muss bei der Auslegung von § 266 I StGB beachtet werden, dass es sich nach der gesetzlichen Ausgestaltung des Untreuetatbestands um ein Verletzungsdelikt, nicht um ein Gefährdungsdelikt handelt, und der Tatbestand keine Versuchsstrafbarkeit enthält. Eine zu weite Einbeziehung von Gefährdungslagen als Vermögensnachteil könnte zu einer Vorverlagerung der Strafbarkeit in den Versuchsbereich führen, die der Gesetzgeber gerade nicht vorgesehen hat (vgl. Riemann, *Vermögensgefährdung und Vermögensschaden*, 1989, S. 157; Saliger, HRRS 2006, 10 [12]; Bernsmann, GA 2007, 219 [230]; Dierlamm, in: *MünchKomm-StGB*, § 266 Rdnr. 186; zu diesen Bedenken vgl. auch den 2. Strafsenat des BGH in BGHSt 51, 100 [121] = NJW 2007, 1760).“ (BVerfG NJW 2009, 2370)*

Diese Überlegungen des Bundesverfassungsgerichts zu § 266 StGB lassen sich auch auf Art. 1 § 2 EUFinSchStG-E übertragen. Beide Tatbestände setzen einen Vermögensschaden als einen vom Täter zu verursachendem Erfolg voraus und lassen bedingten Vorsatz genügen.

*„Konturen verleiht das Nachteilsmerkmal dem § 266 I StGB vor allem dadurch, dass das Gesetz ausnahmslos den tatsächlichen Eintritt des Nachteils fordert, da der Gesetzgeber den Versuch der Untreue nicht unter Strafe gestellt hat. Die Untreue stellt also ein reines Verletzungserfolgsdelikt oder Bestandsschutzdelikt dar, das ein Erfolgsunrecht voraussetzt (vgl. Perron, in: Festschr. f. Klaus Tiedemann, 2008, S. 737 [740]; Rönnau, StV 2009, 246). Bleibt der Eintritt eines Schadens ungewiss, wenn auch möglich, so ist folglich nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ freizusprechen.“ (BVerfG NJW 2010, 3209 (3213 f.))*

Der Gesetzgeber sollte also selbst sicherstellen, dass die Grenzen der Strafbarkeit auch für den Versuch durch ihn bestimmt werden. Darüber hinaus kann die Rechtsprechung ein von der Richtlinie intendiertes Versuchsunrecht vor dem Hintergrund verfassungsgerichtlicher Vorgaben durch einen „weiten Schadensbegriff“, der den „unionsrechtlichen Versuch“ (S. 12) einbeziehen soll, auch nicht erfassen. Denn

*„erst die konkrete wirtschaftliche Auswirkung macht eine zukünftige Verlustgefahr zu einem gegenwärtigen Schaden.“ (BVerfG NJW 2010, 3209 (3220))*

Wenn aber erst die konkrete wirtschaftliche Auswirkung eine zukünftige Verlustgefahr zu einem gegenwärtigen Schaden macht, dann handelt es sich eben um einen Schaden, also um den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges und nicht mehr um den Versuch, einen Schaden zu verursachen. Die Rechtsprechung

kann also auch auf dieser Basis stets nur die vollendete rechtswidrige Verminderung von Einnahmen bestrafen, nicht aber den Versuch. Das widerspricht allerdings der Intention der Richtlinie, die ausdrücklich die Einführung einer Versuchsstrafbarkeit fordert, also die Bestrafung der genannten Verhaltensweisen, ohne dass ein Vermögensschaden eingetreten sein muss. Hinzukommt, dass die Entwurfsbegründung (BT-Drs. 19/7886, S. 12) bei der Bezugnahme auf den „unionsrechtlich zu verstehendem Versuch“ völlig offenlässt, welche Merkmale ein solcher Versuchsbegriff hat und in welchem Verhältnis dieser zum strafrechtsdogmatisch-nationalen Verständnis steht.

### **III. Ergebnis**

Es wird angeregt, im weiteren Gesetzgebungsverfahren Art. 1 § 2 EUFinSchStG-E um eine Versuchsstrafbarkeit zu ergänzen.

Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn