



INSTITUT FÜR ANWALTSRECHT AN DER UNIVERSITÄT MÜNCHEN,
PROF. (EM.) DR. DR. H.C. MULT. BERND SCHÜNEMANN
Dachauerstr. 44, D-80335 MÜNCHEN

INSTITUT FÜR ANWALTSRECHT
an der
LUDWIG-MAXIMILIANS-
UNIVERSITÄT MÜNCHEN

Geschäftsführender Direktor

Professor (em.) Dr. Dr. h.c. mult.* Bernd Schünemann

*Mongolische Staatsuniversität Ulan Bator

*Universität Saragossa (Spanien)

*Universität José Carlos Mariátegui (Perú)

*Georgische Staatsuniversität Tiflis

*Staatliche Chengchi-Universität Taipei (Taiwan)

*Staatliche Kapodistrische Universität Athen (Griechenland)

*Dongguk-Universität Seoul (Südkorea)

*Staatliche Universität Huánuco (Perú)

*Universität Inca Garcilaso de la Vega (Perú)

*Estudios Superiores San Cristóbal de las Casas (México)

*Pontificia Universität Católica del Perú

Honorarprofessor Staatl. Universität San Agustín, Arequipa (Perú),

Universität San Martín de Porres, Lima, u. Universität del Sinú (Perú)

Socrates-Professor Universität de los Andes, Bogotá (Kolumbien)

Chair-Professor Staatl. Chengchi-Universität Taipei (Taiwan)

Visiting Professor Peking-Univ. u. Renmin-Univ. von China

Ordentl. Mitglied der Bayerischen Akademie der Wissenschaften

TELEFON

08143/7402

TELEFAX

08143/8508

E-Mail: Bernd.Schuenemann@jura.uni-muenchen.de

DATUM

7. April 2019

**Schriftliche Stellungnahme
zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie
(EU) 2017/1371 des Europäischen Parlaments und des Ra-
tes vom 5. Juli 2017
über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finan-
ziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug
(BT- Drucksache 19/7886)
für den Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des
Deutschen Bundestages**

I. Salvatorische Vorbemerkung

Wegen der Kürze der mir zur Verfügung stehenden Zeit muss ich mich auf die wichtigsten Punkte beschränken und kann auch diese nur in Form einer knappen Analyse und eines maximal konzentrierten wissenschaftlichen Apparats behandeln.

**II. Grundsätzliche verfassungsrechtliche und europarechtliche
Probleme**

Der auf den ersten Blick unscheinbare Entwurf birgt auf den zweiten Blick enorme und intrikate verfassungsrechtliche und europarechtliche Proble-

me, weil (i) die Idee der Bundesregierung, die in der Richtlinie angeordnete Versuchsstrafbarkeit durch einen Hinweis auf den Vermögensschadensbegriff der deutschen Strafrechtsdogmatik zu ersetzen, nicht tragfähig ist und weil (ii) die im Entwurf angeordnete Strafbarkeit für europabegogene Handlungen weiter reicht als die Strafbarkeit entsprechender inlandsbezogener Handlungen und deshalb zu einer Kollision mit dem Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 GG) führt.

III. Keine Isomorphie zwischen Deliktsversuch und Strafbarkeitsvorverlagerung durch die dogmatische Figur des Gefährdungsschadens

1. Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie ordnet an, dass die Mitgliedstaaten den Versuch von Straftaten nach Art. 3 und 4 Abs. 3 unter Strafe stellen. Dass damit auch bewusst eine Strafbarkeitsausdehnung gegenüber dem Übereinkommen aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über die europäische Union über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften vom 26. Juli 1995 (i.F.: Übereinkommen) vorgenommen werden sollte, ergibt sich daraus, dass die Definition der vollendeten Straftat in Art. 3 der Richtlinie vollständig mit der Definition in Art. 1 Übereinkommen übereinstimmt, ohne dass aber im Übereinkommen die Strafbarkeit des Versuches angeordnet wäre.

2. Der im Entwurf der Bundesregierung auf S. 12 Mitte ausgesprochene und auf S. 18 wiederholte sowie schließlich auf S. 26 unten/27 oben und 29 oben weiter ausgeführte Gedanke, sowohl Betrug als auch Untreue ließen nach deutschem Recht bereits einen Gefährdungsschaden ausreichen und deckten damit auch ein Versuchsstadium im Sinne des Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie ab, beruht auf einem grundlegenden Missverständnis der dogmatischen Kategorien des Versuchs einerseits, der einem Vermögensschaden gleichstehenden Vermögensgefährdung andererseits und kann deshalb ein Zurückbleiben hinter den Geboten der Richtlinie europarechtlich nicht rechtfertigen.

a) Unrichtig ist bereits der Ausgangspunkt der Entwurfsbegründung, wegen der deutschen strafrechtsdogmatischen Figur des Gefährdungsschadens und dem daraus folgenden „weiten Nachteilsbegriff“ gingen die Straftatbestände der §§ 1 und 2 EUFinSchStG „weiter“ als die Tatbestände der Richtlinie (S. 27 oben u. ö.). Das wird zwar häufig der Fall sein, weil die Richtlinie z. B. eine „unrechtmäßige Erlangung“ und damit einen Vermögensübergang von Mitteln oder Vermögenswerte voraussetzt, während der Vermögensschadensbegriff der deutschen Strafrechtsdogmatik sich unter Umständen mit dem wirtschaftlichen Verlust ohne förmliche Rechtsänderung begnügt. Andererseits zitiert der Entwurf auf S. 26 unten selbst die (im Schrifttum überaus umstrittene!) Rechtsprechung, wonach kein Schaden vorliege, wenn der Täter sich das fremde Vermögen vollständig zueignet, aber flüssige Mittel für seine spätere Ersetzung be-

reithält. Denn in einem solchen Fall sind die begrifflichen Voraussetzungen der etwa in Art. 3 Abs. 2 a (i) der Richtlinie gegebenen Definition des (scil.) vollendeten Betruges erfüllt, während der in § 1 EUFinSchStG vorausgesetzte „Nachteil“ bei einer Interpretation im Rahmen der traditionellen deutschen Strafrechtsdogmatik zu verneinen wäre. An diesem Beispiel wird übrigens deutlich, dass der der Figur des Gefährdungsschadens zu Grunde liegende wirtschaftliche Vermögensbegriff durchaus nicht immer zu einer Strafbarkeitsausdehnung und -vorverlagerung, sondern je nach der konkreten Konstellation auch zu einer Strafbarkeitseinschränkung führen kann.

b) Hiervon abgesehen, wird im Entwurf verkannt, dass der Versuch in objektiver Hinsicht keinerlei Erfolgseintritts voraussetzt, sondern (außer durch die vollständige Erfüllung des subjektiven Tatbestandes) durch seinen Handlungsunwert bestimmt wird (eingehend Roxin, Strafrecht AT II, 2003, S. 361 ff.), während es bei der strafrechtsdogmatischen Figur des Gefährdungsschadens um die Frage des Erfolgseintritts geht, nämlich um „die im Kern vom wirtschaftlichen Vermögensbegriff geforderte und legitimierte Fixierung der Vollendung auf den ökonomisch maßgeblichen, oft vor dem endgültigen formellen Rechtsverlust liegenden Zeitpunkt“ (Schünemann, Leipziger Praxiskommentar Untreue - § 266 StGB, 2017, Rdn. 226 mit erschöpfenden Nachweisen zur einschlägigen Rechtsprechung zum Untreuetatbestand in Rdn. 227-238; entsprechend Hefendehl, MüKo-StGB 3, Aufl. 2019, § 263 Rdn. 692-793 zum Betrugstatbestand).

c) Entgegen der Auffassung der Bundesregierung haben also der wirtschaftliche Vermögensbegriff im Strafrecht und die daraus folgende strafrechtsdogmatische Figur des Gefährdungsschadens mit der Strafbarkeit des Versuchs nichts zu tun. Das zeigt übrigens bereits ein einfacher Blick in das Strafgesetzbuch, das nur beim Betrug, nicht aber bei der Untreue - ungeachtet der identischen Schadensbegriffe (zur Identität des Schadensbegriffs bei Betrug und Untreue eingehend Schünemann, in: Fischer/Hoven/Raum/Rönnau/Saliger/Trüg [Hrsg.], Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens, 2015, S. 61 ff.) - eigens die Strafbarkeit des Versuchs bestimmt (§ 263 Abs. 2 StGB). Auch für die Untreue war im Entwurf eines sechsten Gesetzes zur Reform des Strafrechts vorgesehen, zukünftig auch den Versuch unter Strafe zu stellen, was dann aber nicht realisiert worden ist (näher Schünemann im Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl., § 266 Rdn. 269). Auch der Gesetzgeber geht deshalb klar davon aus, dass es sich beim Schadensbegriff und bei der Versuchsbestrafung um „zwei verschiedene Paar Stiefel“ handelt.

d) Es gibt auch nicht etwa einen vom deutschen abweichenden „europäischen“ Versuchsbegriff, der ein bestimmtes Erfolgsmoment verlangen würde und dadurch in irgendeine Beziehung zum Gefährdungsschaden gesetzt werden könnte. So wie das deutsche Recht für den Versuch keinerlei Erfolgseintritt, sondern nur ein „unmittelbares Ansetzen“ zur Tatbestandsverwirklichung verlangt, muss etwa nach englischem Recht le-

diglich über die „bloße Vorbereitung“ hinaus gehandelt werden, aber kein Erfolg eintreten (Ormerod in Smith & Hogan's Criminal Law, 13. Ed. 2011, p. 412 ss.), oder nach spanischem Recht ein „Teilakt“ der geplanten Handlungen (art. 16 Código penal).

3. **Ergebnis:** In den Fällen, in denen der Gesetzesentwurf unter Berufung auf die Figur des Gefährdungsschadens auf die Statuierung einer Versuchsstrafbarkeit verzichtet, missachtet er die der Richtlinie gem. Art. 288 AEUV zukommende Bindungswirkung. Dies gilt also sowohl für Art. 3 als auch für Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie.

IV. Weitere Mängel der Umsetzung, innere Widersprüche und Verletzungen des Gleichheitsgrundsatzes in den vorgeschlagenen Regelungen

1. Gem. Art. 2 Nr. 1 a EUFinSchStG soll nunmehr der Versuch der Verwendung einer Subvention entgegen der Verwendungsbeschränkung bestraft werden, bei sonstigen Leistungen nach Art. 1 § 1 EUFinSchStG dagegen nicht (dazu bereits vorstehend III). Wie im Entwurf auf S. 25 oben zutreffend festgestellt worden ist, handelt es sich bei der missbräuchlichen Verwendung entgegen dem Verwendungszweck um ein untreueähnliches Verhalten, das nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes im Fall „Bremer Vulkan“ mangels einer (scil. qualifizierten) Vermögensbetreuungspflicht dem Tatbestand des § 266 StGB nicht subsumiert werden könnte (zu den Zweifeln an dieser Entscheidung im konkreten Fall Schünemann, Leipziger Praxiskommentar Untreue, § 266 Rdn. 200). § 264 StGB bedeutet deshalb in der Variante der nachträglichen Zweckentfremdung (Abs. 1 Nr. 2) keine Spezialvorschrift zum Betrug, sondern eine Parallelvorschrift zur Untreue, die ungeachtet des an sich (wegen der fehlenden Betreuungspflicht) geringeren Unrechts dieselbe Strafe vorsieht. Indem nunmehr auch der Versuch bestraft werden soll, wird das Verhältnis gewissermaßen auf den Kopf gestellt: Bei der Verletzung einer qualifizierten Vermögensbetreuungspflicht bleibt der Versuch straflos, bei der Missachtung einer schlichten Zweckbestimmung wird eine gegen bestraft. Die darin liegende, sozusagen verdoppelte Ungleichbehandlung ist zwar zunächst von der Richtlinie verlangt, wirft aber auf der Ebene des deutschen Verfassungsrechts erhebliche rechtsstaatliche Probleme auf. Vergleichbar wäre etwa der Fall, dass im Recht der Körperverletzung nur für den leichten, nicht aber für den schweren Fall der Versuch unter Strafe gestellt würde.

2. Ein ähnlicher Konflikt entsteht zwischen der EU-Haushaltsuntreue, wie sie in Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie definiert wird und nach dem Entwurf (S. 17 Mitte und 18 unten) schlicht nach § 266 StGB behandelt werden soll, und der „deutschen“ Haushaltsuntreue nach der Praxis der BGH-Rechtsprechung, die in häufig widersprüchlicher Weise keinen hinreichenden Schutz gegen die Fehlleitung öffentlicher Mittel garantiert (dazu

eingehend Schünemann, Leipziger Praxiskommentar Untreue, Rdn. 293 ff.; ders., Unverzichtbare Gesetzgebungsmaßnahmen zur Bekämpfung der Haushaltsuntreue und der Verschwendungen öffentlicher Mittel, 2012). Der existierende Straftatbestand des § 266 StGB in seiner Interpretation durch die höchstrichterliche Rechtsprechung deckt deshalb die in Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie angeordnete Bestrafung in Wahrheit nicht ab. Wenn die in Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie angeordnete Versuchsstrafbarkeit befolgt würde, würde die Ungleichbehandlung noch eklatanter.

V. Gesamtergebnis

Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung wird in einer Reihe von Punkten den Forderungen der Richtlinie nicht gerecht und verletzt dadurch Europarecht. Unbeschadet dessen führt er, bei vollständiger Beachtung der Richtlinie sogar verstärkt, zu Widersprüchen und Ungleichheiten innerhalb des deutschen Strafrechts und damit zu verfassungsrechtlichen Problemen, die durch entsprechende Anpassungen des Straftatbestandes der Untreue (§ 266 StGB) gelöst werden müssten.

Gez. Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Schünemann