

Strafgesetzgebung zwischen „Eins-zu-eins-Umsetzung“ und Wahrnehmung eigener politischer Gestaltungsmacht am Beispiel des EU-Finanzschutzstärkungsgesetzes

Prof. Dr. Martin Böse, Bonn*

Die Strafgesetzgebung wird zunehmend durch EU-Richtlinien zur Strafrechtsangleichung beeinflusst. Die unionsrechtlichen Vorgaben lassen den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der jeweiligen Richtlinie einen Spielraum und erhalten dem nationalen Gesetzgeber auf diese Weise eine nicht unerhebliche kriminalpolitische Gestaltungsmacht. Der folgende Beitrag geht der Frage nach, ob der deutsche Gesetzgeber der damit einhergehenden Verantwortung gerecht wird, indem er diese Spielräume erkennt und für eine Strafgesetzgebung nutzt, die sich in die Systematik des geltenden Rechts einfügt. Ausgangspunkt ist dabei das kürzlich in Kraft getretene Gesetz zur Stärkung des Schutzes der finanziellen Interessen der Union (EUFinSchStG).

A. Einleitung

Als der Verfasser dieses Beitrags zu Beginn seiner Bonner Zeit bei einem Vortrag über Stand und Perspektiven der strafrechtlichen Zusammenarbeit in Europa¹ den Begriff „Unionsgesetzgeber“ verwendete, veranlasste dies *Rainer Zaczyk* in der anschließenden Diskussion zu der kritischen Nachfrage, ob bei dem Erlass von Rahmenbeschlüssen durch die Unionsorgane von Gesetzgebung in einem substantiellen Sinne die Rede sein könne. In dieser Frage deutete sich die entschiedene Ablehnung einer Strafbefugnis der Europäischen Union an, der nach *Zaczyk* die für eine Strafgesetzgebung unabdingbare Voraussetzung fehle, nämlich ein europäisches Staatsvolk als demokratisch verfasster Souverän.² In seinem Urteil zum Lissabonner Vertrag hat das BVerfG ähnliche Bedenken geäußert,³ die vertragliche Ermächtigung zur Strafrechtsangleichung (Art. 83 AEUV)

aber im Ergebnis als verfassungskonform angesehen, soweit die Gesetzgebungskompetenz der Mitgliedstaaten durch eine restriktive Auslegung und Anwendung der Unionszuständigkeit geschont würden.⁴ Diesen Bedenken trägt Art. 83 AEUV (u.a.) dadurch Rechnung, dass dort als Handlungsinstrument ausschließlich Richtlinien vorgesehen sind und der Erlass von unmittelbar anwendbaren Strafnormen allein den Mitgliedstaaten vorbehalten wird.⁵ Dem deutschen Gesetzgeber verbleibt damit bei der Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben in deutsches Recht ein nicht unerheblicher Spielraum. Dessen Bedeutung und die damit einhergehende Verantwortung des Gesetzgebers hat das BVerfG in dem Verfahren zum Europäischen Haftbefehl eindringlich hervorgehoben,⁶ nachdem mehrere Abgeordnete in der mündlichen Verhandlung zu Protokoll gegeben hatten, dem Gesetz zum Europäischen Haftbefehl allein mit Blick auf die unionsrechtliche Pflicht zugestimmt zu haben, den entsprechenden Rahmenbeschluss „eins zu eins“ in deutsches Recht umzusetzen.⁷

Um diese Verantwortung des deutschen Gesetzgebers bei der Umsetzung von EU-Richtlinien zur Strafrechtsangleichung geht es in dem nachfolgenden Beitrag zum Gesetz zur Stärkung des Schutzes der finanziellen Interessen der Europäischen Union (EU-Finanzschutzstärkungsgesetz – EUFinSchStG)⁸, mit dem die Richtlinie (EU) 2017/1371 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug (im

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Internationales und Europäisches Strafrecht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Der Beitrag beruht in Teilen auf einer Stellungnahme im Rahmen eines Gesetzgebungsverfahrens, die zusammen mit anderen Stellungnahmen unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Umsetzung_RL-EU-2017-1371.html abrufbar ist (15.7.2019).

¹ Böse, Die strafrechtliche Zusammenarbeit in Europa – Stand und Perspektiven, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Vorträge und Berichte, Nr. 165, 2008.

² *Zaczyk*, ZStW 123 (2011), 691 (703 f.); s. auch *Zaczyk*, GA 2009, 189 (190 f.).

³ BVerfGE 123, 267 (356 ff.).

⁴ BVerfGE 123, 267 (406 ff., 412 f.).

⁵ Im Schrifttum wird hingegen der Erlass unionsrechtlicher Strafvorschriften auf der Grundlage von Art. 325 Abs. 4 AEUV für zulässig gehalten, s. insoweit *F. Meyer*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 83 AEUV Rn. 52 m.w.N.; s. dagegen *Böse*, in: Hendler/Ibler/Martínez (Hrsg.), Herausforderungen an die Kompetenzordnung der EU, 2015, S. 47 (52 ff.).

⁶ BVerfGE 113, 273 (306 f.).

⁷ S. insbesondere die Äußerung des Abgeordneten *Kauder*, zitiert nach Schorkopf (Hrsg.), Der Europäische Haftbefehl vor dem Bundesverfassungsgericht, 2006, S. 242 f.; vgl. ferner die Äußerung des Abgeordneten *Ströbele*, ebenda, S. 248; vgl. insoweit auch die Rezension von *Zaczyk*, GA 2009, 189.

⁸ Art. 1 Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2017/1371 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.7.2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug vom 19.6.2019, BGBl. I S. 844.

Folgenden: Richtlinie)⁹ in das deutsche Recht umgesetzt worden ist. Bereits der flüchtige Blick in die Gesetzgebungsmaterialien deutet darauf hin, dass die unionsrechtliche Umsetzungspflicht den politischen Gestaltungsspielraum des Bundestages überlagert, wenn nicht sogar verdrängt hat, wie sich insbesondere an dem aus der Debatte um den Europäischen Haftbefehl vertrauten Hinweis zeigt, dass der vorgelegte Gesetzentwurf sich auf eine „Eins-zu-eins-Umsetzung der Richtlinie“ beschränkt.¹⁰ Diesem Begriff scheint das Verständnis zu Grunde zu liegen, dass nicht nur der Umsetzungsbedarf, sondern auch die Umsetzung selbst weitestgehend durch die Richtlinie determiniert wird. Dieser resignativen Grundhaltung soll im Folgenden die ureigene Aufgabe und Verantwortung des Strafgesetzgebers entgegeng gehalten werden, das Strafunrecht im Gesetz konkret zu beschreiben und in die Systematik des geltenden Rechts einzuordnen.¹¹ Zu diesem Zweck sollen zunächst die unionsrechtlichen Vorgaben der Richtlinie und deren Umsetzung im EUFinSchStG vorgestellt werden (B.). In einem zweiten Schritt soll sodann untersucht werden, ob und inwieweit der Gesetzgeber die den Mitgliedstaaten belassenen Spielräume erkannt und genutzt hat, um seiner Verantwortung gerecht zu werden (C.).

B. Der unionsrechtliche Rahmen und das deutsche Umsetzungsgesetz

I. Die Richtlinie (EU) 2017/1371 zur strafrechtlichen Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug

Nachdem der EuGH mit seinem Urteil zum „Griechischen Mais-Skandal“¹² im Jahr 1989 aus der allgemeinen Loyalitätspflicht (Art. 4 Abs. 3 EUV bzw. Art. 5 EWGV a.F.) eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten abgeleitet hatte, Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Gemeinschaft nach ähnlichen sachlichen und verfahrensrechtlichen Regeln zu ahnden wie nach Art und Schwere gleichartige Verstöße gegen nationales Recht, dabei aber jedenfalls wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen zu verhängen (vgl. nunmehr Art. 325 AEUV), entstanden innerhalb weniger Jahre das Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der EU¹³ mit

seinen drei Zusatzprotokollen¹⁴. Die darin enthaltenen Kriminalisierungspflichten bezogen sich nicht allein auf den Betrug zum Nachteil der Union (Subventionsbetrug bzw. Abgabenhinterziehung, einschließlich unrechtmäßiger Verwendung gewährter Vorteile, Art. 1 des EU-Übereinkommens), sondern auch auf Korruption (Art. 2 ff. Erstes Protokoll) und Geldwäsche (Art. 2 Zweites Protokoll). Mit der Richtlinie wurden diese Vorgaben in das Unionssekundärrecht überführt (Art. 3, 4 der Richtlinie) und um die missbräuchliche Verwendung finanzieller Mittel der Union durch öffentliche Bedienstete (Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie) ergänzt. Darüber hinaus wird der strafrechtliche Schutz der finanziellen Interessen der Union, der sich zuvor auf der Einnahmenseite auf die traditionellen Eigenmittel (Zölle und Abschöpfungen) und auf der Ausgabenseite auf Subventionen beschränkte,¹⁵ nunmehr auf sämtliche Einnahmen, Ausgaben und Vermögenswerte erstreckt, die durch den Haushaltsplan der Union oder die Haushaltspläne von Organen, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union erfasst, erworben oder geschuldet werden [Art. 1 Abs. 1 lit. a) der Richtlinie], einschließlich der Einnahmen aus den Mehrwertsteuereigenmitteln (Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie). Hinzu kommen weitere Bestimmungen zu Art und Höhe der Sanktionen (Art. 7, 9, 10 der Richtlinie) und die Verjährung (Art. 12 der Richtlinie), auf die nicht näher eingegangen werden soll, weil das deutsche Recht diesen Vorgaben bereits entspricht.

II. Die Umsetzung der Richtlinie durch das EUFinSchStrG

Wie die Richtlinie unterscheidet auch das deutsche Strafrecht beim Schutz der finanziellen Interessen der Union zwischen Einnahmen- und Ausgabenseite: Die Einnahmen der Union werden durch den Tatbestand der Steuerhinterziehung (§ 370 AO) erfasst, der auch auf Ein- und Ausfuhrabgaben anwendbar ist (§ 3 Abs. 3 S. 1 AO, § 12 Abs. 1 S. 1 MOG; s. auch § 370 Abs. 6 S. 1 AO).¹⁶ Auf der Ausgabenseite wird der strafrechtliche Schutz über den Tatbestand des Subventionsbetruges gewährleistet, der sich auch auf Subventionen nach Unionsrecht erstreckt (§ 264 Abs. 1, Abs. 8 Nr. 2 StGB). Mit diesen Strafvorschriften wird den Vorgaben der Richtlinie bereits weitgehend Rechnung getragen.¹⁷ Ein möglicher Umsetzungsbedarf ergibt sich vor allem aus dem erweiterten Schutzbereich,

⁹ Richtlinie 2017/1371/EU vom 5.7.2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug, ABl. EU L 198 vom 28.7.2017, S. 29.

¹⁰ So *Christian Lange* (Parlamentarischer Staatssekretär bei der Bundesministerin der Justiz und für Verbraucherschutz), Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht, Plenarprotokoll 19/86 (14.3.2019), S. 10219.

¹¹ Vgl. allgemein *Zaczyk*, ZStW 123 (2011), 691 (700 f., 707 f.).

¹² EuGH NJW 1990, 2245 (2246).

¹³ Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der EU vom 26.7.1995, BGBl. 1998 II, S. 2324.

¹⁴ Protokoll vom 27.9.1996, BGBl. 1998 II, S. 2342; Protokoll vom 29.11.1996 betreffend die Auslegung des Übereinkommens über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften im Wege der Vorabentscheidung, BGBl. 2000 II, S. 814; Zweites Protokoll vom 19.6.1997 zur Bekämpfung der Geldwäsche, BGBl. 2002 II, S. 2723.

¹⁵ S. den erläuternden Bericht zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der EU (Fn. 13), ABl. EU C 191 vom 23.6.1997, S. 1 (4).

¹⁶ S. insoweit *Gersch*, in: Klein (Hrsg.), Abgabenordnung, 14. Aufl. 2018, § 1 Rn. 15, sowie *Jäger*, ebenda, § 370 Rn. 150 f.

¹⁷ BT-Drucks. 19/7886, S. 9.

der nunmehr über einen umfassenden Begriff der finanziellen Interessen bestimmt wird (s. oben I.) und der den Gesetzgeber neben kleineren Änderungen der §§ 264, 335a StGB¹⁸ dazu veranlasst hat, die bestehenden Strafvorschriften durch das EUFinSchStG zu ergänzen. Mit dem neuen Stammgesetz werden drei neue Tatbestände eingeführt, nämlich die missbräuchliche Verwendung von Leistungen der Europäischen Union (§ 1 EUFinSchStG), die rechtswidrige Verminderung von Einnahmen der Europäischen Union (§ 2 EUFinSchStG) und die Bestechung und Bestechlichkeit mit Bezug zu den finanziellen Interessen der Europäischen Union (§ 3 EUFinSchStG). Mit den beiden erstgenannten Tatbeständen sollen der strafrechtliche Schutz auf Einnahmen bzw. Ausgaben der Union ausgedehnt werden, die von den §§ 370 AO, 264 StGB nicht erfasst werden [Art. 3 Abs. 2 lit. b) Nr. iii), Art. 3 Abs. 2 lit. c) Nr. i), ii) der Richtlinie].¹⁹ Mit dem dritten Tatbestand soll sichergestellt werden, dass die Tatbestände der Bestechlichkeit und Bestechung (§§ 332, 334 StGB) auch Anwendung finden, wenn der Täter das Vermögen der Union schädigt oder gefährdet; eine Verletzung richterlicher oder dienstlicher Pflichten wird in diesem Fall nicht vorausgesetzt (vgl. Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie).²⁰

C. Kritik des EUFinSchStG

Die neuen Strafvorschriften geben in zweierlei Hinsicht Anlass zu Kritik: Einerseits erscheint die Einführung von Straftatbeständen in einem neuen Stammgesetz bedenklich, weil auf diese Weise der Regelungszusammenhang zu den bestehenden Tatbeständen aufgelöst wird (I.). Andererseits beruht die Ausgestaltung der einzelnen Vorschriften auf einem implizit vorausgesetzten Umsetzungsbedarf, der in weiten Teilen zweifelhaft erscheint (II.).

I. Ein neues Stammgesetz als Alternative zur Ergänzung des StGB?

Mit dem EUFinSchStG wollte der Gesetzgeber einen gesetzlichen Rahmen für Strafvorschriften schaffen, die ausschließlich dem Schutz der finanziellen Interessen der Union dienen.²¹ Ein neues Gesetz ist zu diesem Zweck aber nur dann sinnvoll, wenn es den strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Union umfassend und einheitlich regelt. Das EUFinSchStG hat demgegenüber nur eine ergänzende Funktion, da der strafrechtliche Schutz weiterhin im Wesentlichen über die §§ 263, 264 StGB bzw. § 370 AO gewährleistet wird.²² Der Zusammenhang mit den einschlägigen Tatbeständen des StGB, auf die zum Teil ausdrücklich Bezug genommen wird (§ 1

S. 2, § 3 EUFinSchStG), hätte es vielmehr nahe gelegt, die neuen Regelungen in das StGB (bzw. ggf. in die AO) zu überführen. Diesen Weg hat der Gesetzgeber auch bei der letzten Reform des Korruptionsstrafrechts beschritten, indem er die Tatbestände des EU-Bestechungsgesetzes (Art. 2 und Art. 3 EUBestG) aufgehoben und sie mit der Erstreckung der §§ 331 ff. StGB auf Europäische Amtsträger [§ 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) StGB] in das allgemeine Korruptionsstrafrecht integriert hat.²³ Die Einführung des EUFinSchStG ist vor diesem Hintergrund ein Rückschritt, der es dem Normadressaten erschwert, sich Kenntnis von den einschlägigen Strafvorschriften zu verschaffen.²⁴

Weitere Bedenken ergeben sich daraus, dass der Anwendungsbereich der neuen Strafvorschriften nur sehr allgemein bezeichnet wird. Als Gegenstand des strafrechtlichen Schutzes werden „Leistungen“ (§ 1 EUFinSchStG), „Einnahmen“ (§ 2 EUFinSchStG) und „Vermögen“ (§ 3 EUFinSchStG) der Union bezeichnet, ohne diese Begriffe inhaltlich zu konkretisieren und dem Normadressaten eine klare Orientierung hinsichtlich des Schutzgegenstandes zu vermitteln. Bisher wird der Gegenstand des strafrechtlichen Schutzes (Subvention, Abgabe) durch das deutsche Recht präzise bezeichnet (vgl. u.a. § 264 Abs. 7 Nr. 2 StGB, § 3 Abs. 3 AO). Mit der unionsrechtlichen Definition der finanziellen Interessen werden nunmehr sämtliche Einnahmen, Ausgaben und Vermögenswerte in den strafrechtlichen Schutz einbezogen, die durch den Haushaltsplan der Union oder den Haushaltsplan eines Organs, einer Einrichtung oder sonstigen Stelle der Union erfasst, erworben oder geschuldet werden [Art. 2 Abs. 1 lit. a) der Richtlinie, s. oben B.I.]. Nun kann es dem Normadressaten aber nicht ernsthaft zugemutet werden, sich Kenntnis von der Reichweite des strafrechtlichen Schutzes zu verschaffen, indem er den – mehr als 2000 Seiten umfassenden – Gesamthaushaltsplan der Union²⁵ und gegebenenfalls außerdem die Haushaltspläne ihrer Einrichtungen durchsieht. Zudem ist der Gesetzgeber selbst – mit Recht – davon ausgegangen, dass ein Teil der im Haushaltsplan der Union erfassten Eigenmittel von den neuen Strafvorschriften nicht erfasst wird. Dies gilt insbesondere für die anhand des jeweiligen Bruttonationaleinkommens festgesetzten Beiträge der Mitgliedstaaten (sog. BNE-Eigenmittel), die aus den nationalen Haushalten an die Union abgeführt werden; diese Beiträge können dem Unionshaushalt daher nicht durch von individuellen Tätern gegenüber der Union begangene Betrügereien entzogen werden.²⁶ Erweist sich der Verweis auf den Haushaltsplan damit als ungeeignet, um den Gegenstand des strafrechtlichen Schutzes zu bestimmen, ist es Aufgabe des Gesetzgebers, diese Unsicherheiten da-

¹⁸ S. insoweit Art. 2 des Umsetzungsgesetzes (Fn. 8).

¹⁹ BT-Drucks. 19/7886, S. 24, 27.

²⁰ BT-Drucks. 19/7886, S. 29.

²¹ BT-Drucks. 19/7886, S. 9, 24.

²² S. insoweit BT-Drucks. 9/7886, S. 9 ff.

²³ BT-Drucks. 18/4350, S. 18 f., 26.

²⁴ Ebenso die Stellungnahme der wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung (WisteV) vom 16.11.2018, S. 1 f., und von *Momsen/Lesczynska* vom 20.11.2018, S. 4 f. (*Fn.).

²⁵ S. den endgültigen Erlass (EU, Euratom) 2018/251 Gesamthaushaltsplan der Europäischen Union für das Jahr 2018, L 57 vom 28.2.2018, S. 1-2382.

²⁶ BT-Drucks. 19/7886, S. 11.

durch auszuräumen, dass er den Anwendungsbereich auf der Einnahmen- und Ausgabenseite in Anlehnung an die Systematik des geltenden Rechts festlegt und damit klar und eindeutig regelt.

II. „Eins-zu-eins-Umsetzung“ der Richtlinien in den einzelnen Strafvorschriften

Wie bereits erwähnt, geht die Einführung der neuen Straftatbestände in erster Linie auf den erweiterten Begriff der finanziellen Interessen zurück, dem der Gesetzgeber mit einer Ausdehnung des strafrechtlichen Schutzes Rechnung tragen wollte. Ob sich aus der Bezugnahme auf den Unionshaushalt bzw. die von Unionseinrichtungen verwalteten Haushalte auch ein entsprechender Umsetzungsbedarf ergibt, erscheint allerdings zweifelhaft (s. oben I.). Diesen Zweifeln soll zunächst in Bezug auf § 2 EUFinSchStG nachgegangen werden (1.), bevor der Umsetzungsbedarf bei den anderen beiden Tatbeständen (§§ 1, 3 EUFinSchStG) in den Blick genommen wird (2., 3.).

1. Rechtswidrige Verminderung von Einnahmen der EU (§ 2 EUFinSchStG)

§ 2 EUFinSchStG soll die auf den Schutz der Einnahmenseite bezogene Umsetzungspflicht [Art. 3 Abs. 2 lit. c) der Richtlinie] umsetzen und ist nach dem Vorbild des § 370 AO konzipiert.²⁷ Ungeachtet der weiten Definition der finanziellen Interessen [Art. 2 Abs. 1 lit. a) der Richtlinie, s. oben B.I.] ist nach der Art der Einnahmen zu differenzieren, um den Umsetzungsbedarf zu identifizieren:²⁸

a) Zunächst sind die Eigenmittel zu berücksichtigen, die aus den traditionellen Eigenmitteln (Zöllen und anderen EU-Abgaben), den Mehrwertsteuer-Eigenmitteln und den anhand des Bruttonationaleinkommens der Mitgliedstaaten festgelegten Eigenmitteln bestehen. In Bezug auf Zölle und andere Ein- und Ausfuhrabgaben sowie die Mehrwertsteuer-Eigenmittel wird ein strafrechtlicher Schutz bereits durch das geltende Recht (§ 370 AO) gewährleistet (s. oben B.II.).²⁹ Wie bereits erwähnt (s. oben I.), wurde im Gesetzgebungsverfahren in Bezug auf die nach dem Bruttonationaleinkommen bemessenen Eigenmittel eine Kriminalisierungspflicht verneint, da diese Mittel aus dem nationalen Haushalt des jeweiligen Mitgliedstaates stammen und daher nicht Gegenstand einer spezifisch gegen die finanziellen Interessen der Union gerichteten Straftat sein können (s. oben I.).³⁰ Dies gilt entsprechend für Beiträge von Drittstaaten zur gemeinsamen Finanzierung bestimm-

ter Förderprogramme,³¹ denn auch diese fließen direkt in den Unionshaushalt und können daher ebenso wenig wie die BNE-Eigenmittel durch Betrügereien vermindert werden. Damit besteht insoweit kein Umsetzungsbedarf; § 2 EUFinSchStG ist daher bereits in dieser Hinsicht zu weit geraten.

b) Als sonstige Einnahmen werden zweitens Einkünfte aus dem Verwaltungsbetrieb der Union genannt, z.B. die Erlöse aus Verkauf, Verpachtung oder Vermietung von Immobilien, aus der Erbringung von Dienstleistungen oder aus Geldanlagen.³² Derartige Einnahmen werden indes bereits über den allgemeinen Betrugstatbestand als Vermögen (§ 263 StGB, ggf. i. V. m. § 13 StGB) geschützt. Der Einführung einer besonderen Strafvorschrift bedarf es daher grundsätzlich nicht. Ein Umsetzungsbedarf könnte allenfalls damit begründet werden, dass der allgemeine Betrugstatbestand eine Bereicherungsabsicht voraussetzt, während eine solche Einschränkung in Art. 3 Abs. 2 lit. c) der Richtlinie fehlt.³³ Allerdings dürfte die Konstellation, dass eine Betrugsstrafbarkeit allein an diesem subjektiven Merkmal scheitert, allenfalls in seltenen Ausnahmefällen relevant werden, so dass jedenfalls mit Blick auf die Strafverfolgungspraxis kein Umsetzungsdefizit drohen dürfte.³⁴

c) Drittens gehören zu den Einnahmen Steuern und Beiträge, welche die Union von ihren Bediensteten erhebt bzw. einbehält.³⁵ Ein strafrechtlicher Schutz wird insoweit nicht über § 370 AO gewährleistet, da dieser Tatbestand auf Steuern bzw. Beiträge der EU nicht anwendbar ist (vgl. dagegen § 370 Abs. 6 AO). Allerdings wäre zu erwägen, ob nicht ebenfalls eine (subsidiäre) Anwendung des § 263 StGB in Betracht kommt, soweit der grundsätzlich vorrangige § 370 AO nicht eingreift.³⁶ Sofern man eine solche richtlinienkonforme Auslegung des geltenden Rechts nicht für möglich hält, könnte der Anwendungsbereich des § 370 AO vom Gesetzgeber auf Steuern und Beiträge ausgedehnt werden, welche die Union von ihren Bediensteten erhebt (vgl. bereits § 370 Abs. 6 AO).³⁷ Der Schaffung eines neuen Tatbestandes mit einem sehr viel weiter gefassten Anwendungsbereich bedürfte es zu diesem Zweck ebenfalls nicht.

d) Schließlich zählen auch die von der Kommission verhängten Geldbußen [und Zwangsgelder, vgl. Art. 23, 24

²⁷ BT-Drucks. 19/7886, S. 11, 27.

²⁸ Vgl. zum Überblick über die Einnahmen der Union: *Bieber*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 5), Art. 311 AEUV Rn. 27 ff., 41 ff.; s. insoweit auch BT-Drucks. 19/7886, S. 8.

²⁹ BT-Drucks. 19/7886, S. 14 ff.

³⁰ BT-Drucks. 19/7886, S. 11.

³¹ Vgl. BT-Drucks. 19/7886, S. 8.

³² BT-Drucks. 19/7886, S. 8, 10, 27.

³³ Vgl. BT-Drucks. 19/7886, S. 29.

³⁴ Ebenso die Stellungnahme Nr. 39/2018 der Bundesrechtsanwaltskammer, Dezember 2018 (*Fn.), S. 5 f.

³⁵ BT-Drucks. 19/7886, S. 8, 10, 27.

³⁶ Vgl. zur Eigenheimzulage BGH NJW 2007, 2864 (2867).

³⁷ Ebenso Stellungnahme Nr. 39/2018 der Bundesrechtsanwaltskammer, Dezember 2018 (*Fn.), S. 5 f.

Verordnung (EG) 1/2003³⁸] zu den sonstigen Einnahmen.³⁹ In dieser Hinsicht gewährt § 263 StGB keinen strafrechtlichen Schutz, da nach ganz herrschender Auffassung der öffentliche Bußgeldanspruch aufgrund des eigenständigen mit der Ahndung der Zuwiderhandlung verfolgten Zwecks nicht Bestandteil des strafrechtlich geschützten Vermögens ist.⁴⁰ Mit einer Einbeziehung von Geldbußen in den Schutzbereich des § 2 EUFinSchStG würde sich der deutsche Gesetzgeber von dem bisherigen Verständnis lösen und beispielsweise unter Strafe stellen, dass ein Unternehmensvertreter auf ein Auskunftsverlangen der Kommission [Art. 18 Verordnung (EG) 1/2003] oder in einem Kronzeugenantrag falsche Angaben macht und dadurch erreicht, dass der von dem Unternehmen begangene Kartellverstoß mit einem geringeren Bußgeld (oder gar nicht) geahndet wird. Gegen eine solche Ausweitung bestehen jedoch rechtssystematisch erhebliche Bedenken, denn auch das von der Kommission verhängte Buß- bzw. Zwangsgeld verfolgt mit der Ahndung von Zuwiderhandlungen (bzw. beim Zwangsgeld mit der Verwaltungsvollstreckung) einen eigenständigen, von fiskalischen Interessen gelösten Zweck.⁴¹ Zudem besteht auch kein Bedürfnis, derartige Falschangaben durch das nationale Strafrecht zu kriminalisieren, da die Kommission Verstöße gegen verwaltungsrechtliche Mitwirkungspflichten mit einer Geldbuße von bis zu 1 % des Jahresumsatzes ahnden kann [Art. 23 Abs. 1 Verordnung (EG) 1/2003]. Aus diesen Gründen erscheint es naheliegend, dass ein Täuschungsverhalten, das darauf abzielt, dass gegen ein Unternehmen keine bzw. eine mildere Sanktion verhängt wird, nicht von der unionsrechtlichen Kriminalisierungspflicht [Art. 3 Abs. 2 lit. c) der Richtlinie] erfasst wird.⁴² In diesem Sinne lässt sich auch die Begründung des Regierungsentwurfes deuten, wonach der Schutzbereich des § 2 EUFinSchStG sonstige Einnahmen wie u.a. Geldbußen gegen Unternehmen erfasst, „soweit sie zum strafrechtlich geschützten Vermögen gezählt werden können“.⁴³ Sieht man die von der Kommission verhängten Geldbußen nicht als Vermögensbestandteil an, so entfällt damit auch in dieser Hinsicht ein entsprechender Umsetzungsbedarf.

e) Nach alledem besteht für die Einführung eines neuen Straftatbestands (§ 2 EUFinSchStG) kein Bedürfnis, da bereits nach dem geltenden Recht ein ausreichender strafrechtlicher Schutz besteht. Es wäre allenfalls zu erwägen,

den Anwendungsbereich des § 370 AO auf von der Union erhobene Steuern und Beiträge auszudehnen [s. oben c)].

2. Missbräuchliche Verwendung von Leistungen der EU (§ 1 EUFinSchStG)

a) § 1 EUFinSchStG ist nach dem Vorbild des bisherigen § 264 Abs. 1 Nr. 2 StGB (missbräuchliche Verwendung von Subventionen) ausgestaltet und erstreckt den strafrechtlichen Schutz auf „aus öffentlichen Mitteln der Europäischen Union gewährte Leistungen“ (§ 1 S. 2 EUFinSchStG). Diese Erweiterung beruht auf der unionsrechtlichen Verpflichtung, auch für Ausgaben im Zusammenhang mit der Auftragsvergabe einen solchen strafrechtlichen Schutz vorzusehen [Art. 3 Abs. 1 lit. b) Nr. iii) der Richtlinie].⁴⁴ Soweit es sich bei den Leistungen aus öffentlichen Mitteln der Union um Subventionen handelt, wird ein strafrechtlicher Schutz hingegen ausschließlich über § 264 StGB gewährleistet (§ 1 S. 1 EUFinSchStG). Nach den Gesetzesmaterialien beschränkt sich der Anwendungsbereich der neuen Strafvorschrift damit auf Ausgaben im Zusammenhang mit der Auftragsvergabe.⁴⁵ Dies kommt in dem Begriff der „Leistung“ aus öffentlichen Mitteln der Union nicht zum Ausdruck, d.h. der Wortlaut des § 1 EUFinSchStG ist somit viel zu weit geraten und lässt den eingeschränkten Anwendungsbereich der Vorschrift mit der Verweisung auf § 264 StGB allenfalls ansatzweise erkennen.

b) Die Schaffung eines eigenständigen Tatbestandes legt nahe, dass der Gesetzgeber eine Regelung, die inhaltlich dem Tatbestand der missbräuchlichen Verwendung von Subventionen entspricht (§ 264 Abs. 1 Nr. 2 StGB), nicht als sachgerecht angesehen hat. In § 1 S. 1 EUFinSchStG spiegelt sich dies darin wider, dass der Tatbestand dort eine Verwendungsbeschränkung durch Rechtsvorschrift oder Vertrag (vgl. dagegen § 264 Abs. 1 Nr. 2 StGB: „durch Rechtsvorschriften oder durch den Subventionsgeber“), als Erfolg den Eintritt eines Vermögensnachteils sowie in subjektiver Hinsicht eine Bereicherungsabsicht voraussetzt.⁴⁶ Mit den beiden letztgenannten Merkmalen hat der Gesetzgeber Einschränkungen aufgegriffen, die in Art. 3 Abs. 2 lit. b) Nr. iii) der Richtlinie enthalten sind. In den Gesetzesmaterialien wird das Erfordernis eines Vermögensnachteils mit der Parallele zur Untreue begründet und ein Missbrauch von EU-Mitteln demnach erst dann als strafwürdig angesehen, wenn die Erbringung der vertragsgemäßen Leistung dadurch vereitelt oder erheblich gefährdet wird.⁴⁷ Aus welchem Grund in § 264 Abs. 1 Nr. 2 StGB auf ein solches Erfordernis verzichtet wird, bleibt offen. Unter dem Leitbild der „Eins-zu-eins-Umsetzung“ wird

³⁸ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12. 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EG L 1 vom 4.1.2003, S. 1.

³⁹ BT-Drucks. 19/7886, S. 8, 10, 27.

⁴⁰ BGH NJW 1993, 273 (275); Hefendehl, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 5 (§§ 263-358 StGB), 3. Aufl. 2019, § 263 Rn. 497 ff. m.w.N.

⁴¹ Vgl. allgemein zur Ahndungs- und Abschreckungsfunktion der von der Kommission verhängten Geldbußen: EuGH EuZW 2008, 93 (96).

⁴² Ebenso die Stellungnahme von Momsen/Lesczynska vom 20.11.2018 (*Fn.), S. 13.

⁴³ BT-Drucks. 19/7886, S. 27.

⁴⁴ BT-Drucks. 19/7886, S. 24.

⁴⁵ BT-Drucks. 19/7886, S. 27.

⁴⁶ S. insoweit BT-Drucks. 19/7886, S. 25, 26, 27.

⁴⁷ BT-Drucks. 19/7886, S. 26.

es offenbar als ausreichend angesehen, dass die unionsrechtlichen Vorgaben eine entsprechende Unterscheidung vornehmen und dem deutschen Gesetzgeber damit die Möglichkeit geben, die Strafbarkeit der missbräuchlichen Verwendung öffentlicher Mittel im Rahmen der Auftragsvergabe einzuschränken.

c) Es erscheint allerdings zweifelhaft, ob das Erfordernis des Vermögensnachteils im vorliegenden Zusammenhang zu einer sachgerechten Begrenzung der Strafbarkeit führt. Die Vereitelung des mit der Auftragsvergabe begründeten Leistungsanspruchs weist als Vermögensnachteil keine wesentlich andere Unrechtsqualität auf als die bereits mit dem Missbrauch verwirklichte Vereitelung des mit der Gewährung der Mittel verfolgten Verwendungszwecks.⁴⁸ Zudem schließt der Begriff des Vermögensnachteils nach der Vorstellung des Gesetzgebers auch die „schadensgleiche“ Vermögensgefährdung ein, d.h. der objektive Tatbestand soll bereits dann erfüllt sein, wenn die zweckwidrige Verwendung der dem Täter gewährten Mittel den Anspruch des Auftraggebers (der Union) auf Erbringung der vertragsgemäßen Leistung so stark gefährdet, dass aufgrund der in Bezug auf diesen Anspruch eingetretenen Wertminderung ein Vermögensnachteil anzunehmen ist.⁴⁹ Die mit dem Begriff des Gefährdungsschadens verbundene Rechtsunsicherheit wird noch dadurch erhöht, dass der Gesetzgeber über diesen Begriff zugleich die von der Richtlinie (Art. 5 Abs. 2) geforderte Versuchsstrafbarkeit umzusetzen beabsichtigte.⁵⁰ Diese Konstruktion löst die Grenzen zwischen (straflosem) Versuch und (strafbarer) Vollendung auf und erscheint mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) verfassungsrechtlich problematisch, insbesondere wenn man diese Erwägungen auf die Untreue (§ 266 StGB) überträgt.⁵¹ Diese Probleme werden vermieden, wenn man auf den Eintritt eines Nachteils verzichtet und – über eine entsprechende Erweiterung des § 264 Abs. 1 Nr. 2 StGB – nur die zweckwidrige Verwendung der EU-Mittel verlangt; mit der Kriminalisierung dieses Handlungsunrechts wäre zugleich die von der Richtlinie geforderte Strafbarkeit des Versuchs sichergestellt.⁵²

3. Bestechlichkeit und Bestechung mit Bezug zu den finanziellen Interessen der EU (§ 3 EUFinSchStG)

Mit § 3 EUFinSchStG werden die Vorgaben zur Bestechung und Bestechlichkeit öffentlicher Bediensteter umgesetzt (Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie). Da diese Vorgaben nicht das Merkmal der pflichtwidrigen Diensthandlung enthalten, wird auf dieses Merkmal verzichtet und stattdessen – wie in den unionsrechtlichen Vorgaben – eine Schädigung oder Gefährdung des Vermögens der Union gefordert.⁵³ In den Gesetzesmaterialien wird indes eingeräumt, dass die dienstlichen Pflichten des Täters regelmäßig auch die Pflicht einschließen, das Vermögen der Union vor Schäden zu bewahren.⁵⁴ Mit anderen Worten: Eine Diensthandlung, mit der das Vermögen der Union (vorsätzlich) geschädigt oder gefährdet wird, ist pflichtwidrig.⁵⁵ Aus diesem Grund besteht bereits über die §§ 332, 334 StGB ein ausreichender strafrechtlicher Schutz, so dass es einer Erweiterung dieser Tatbestände durch § 3 EUFinSchStG nicht bedarf.⁵⁶

D. Fazit und Ausblick

Die nähere Betrachtung der neuen Strafbestimmungen des EUFinSchStG hat ergeben, dass der mit der Richtlinie ausgelöste Umsetzungsbedarf die Einführung eines neuen Stammgesetzes nicht erfordert, sondern mit kleineren Korrekturen der §§ 264 StGB, 370 AO hätte bewältigt werden können. Das EUFinSchStG ist damit paradigmatisch für eine vermeintlich gebotene „Eins-zu-eins-Umsetzung“ von Richtlinien zur Strafrechtsangleichung, die eine Gesetzgebungspraxis befördert, in der das Parlament die ihm belassenen Spielräume nur unzureichend erkennt und sich unter dem Eindruck einer (vermeintlichen) Umsetzungspflicht zu einem Sondergesetz drängen lässt, anstatt die einschlägigen Tatbestände des StGB behutsam fortzuentwickeln. Dabei sei durchaus zugestanden, dass man über die dieser Einschätzung zu Grunde liegende Auslegung der Richtlinie in ihren Einzelheiten durchaus streiten kann (vgl. oben C.II.1.b) zur Bereicherungsabsicht). Diese Auseinandersetzung ist aber (auch) Teil der kriminalpolitischen Debatte. Der deutsche Gesetzgeber sollte sich daher nicht von vornherein einer Auslegung anschließen, die ihm die geringste politische Gestaltungsmacht belässt. Wenngleich die (vermeintliche) Reichweite der unionsrechtlichen Vorgaben den Gesetzgebungsprozess maßgeblich prägt, ist doch zu konstatieren, dass der den Mitgliedstaaten verbleibende Umsetzungsspielraum zunehmend

⁴⁸ S. auch die Stellungnahme der wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung (WisteV) vom 16.11.2018 (*Fn.), S. 2, mit dem weiteren Hinweis, dass kein Schaden zum Nachteil der Union begründet werden kann, wenn die vom Auftragnehmer (dem Täter) geschuldete Leistung nicht an die Union, sondern an einen Dritten erbracht werden soll.

⁴⁹ BT-Drucks. 19/7886, S. 26.

⁵⁰ BT-Drucks. 19/7886, S. 27.

⁵¹ Stellungnahme der wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung (WisteV) vom 16.11.2016 (*Fn.), S. 4; vgl. auch die entsprechende Kritik der FDP-Fraktion an der Einführung einer Versuchsstrafbarkeit (§ 264 Abs. 4 StGB n.F.), BT-Drucks. 19/10242, S. 5.

⁵² Vgl. die Stellungnahme der wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung (WisteV) vom 16.11.2018 (*Fn.), S. 2 f. Alternativ wäre es auch denkbar, den § 264 Abs. 1 Nr. 2 StGB in einen eigenständigen untreuereähnlichen Tatbestand (§ 266c StGB) zu überführen, s. dazu Verfasser (*Fn.), S. 4.

⁵³ BT-Drucks. 19/7886, S. 29.

⁵⁴ BT-Drucks. 19/7886, S. 30.

⁵⁵ Vgl. etwa BGH NStZ 2005, 214 f. (Zahlung auf Scheinrechnungen); OLG Frankfurt a.M. NJW 1990, 2074 (2075 – unterlassene Beanstandung mangelhafter Leistungen); zusammenfassend Korte, in: MüKo-StGB (Fn. 40), § 332 Rn. 27 m.w.N.

⁵⁶ Stellungnahme Nr. 39/2018 der Bundesrechtsanwaltskammer, Dezember 2018 (*Fn.), S. 7 f.

wahrgenommen wird. So zeugt die Diskussion um die Erfassung von Versuchsunrecht über die schadensgleiche Vermögensgefährdung – ungeachtet der insoweit bestehenden Bedenken (s. oben C.II.2.) – von dem Bewusstsein, dass sich die Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben nicht in der möglichst wortlautgetreuen Übernahme des Richtlinientextes in ein deutsches Strafgesetz erschöpft.⁵⁷ Insoweit besteht also durchaus Anlass zu der Hoffnung, dass der Gesetzgeber Umsetzungsbedarf und -optionen bei zukünftigen Richtlinien zur Strafrechtsangleichung eingehender prüfen und diskutieren wird.

⁵⁷ S. insoweit den im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz diskutierten Vorschlag von Schönemann, eine Versuchsstrafbarkeit einzuführen, die im Tatentschluss Absicht voraussetzt, BT-Drucks. 19/10242, S. 6; vgl. bereits allgemein zu einer solchen Einschränkung der Versuchsstrafbarkeit auf Absicht und direkten Vorsatz: *Puppe*, NSIZ 1984, 488, 490 f.