



## BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

### Stellungnahme Nr. 11

Juni 2013

Registernummer: 25412265365-88

### Zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Europäischen Union gerichtetem Betrug

Mitglieder des Ausschusses Europa

**RAuA JR Heinz Weil, Paris (Vorsitzender)**  
**RA Dr. Hans-Michael Pott, Düsseldorf**  
**RA Dr. Martin Abend, Dresden**  
**RA Dr. Hans-Joachim Fritz, Frankfurt**  
**RAin Dr. Margarete Gräfin von Galen, Berlin**  
**RA Andreas Max Haak, Düsseldorf**  
**RA Dr. Frank J. Hospach, Stuttgart**  
**RA Dr. Stefan Kirsch, Frankfurt**  
**RA Dr. Jürgen Lauer, Köln**  
**RAin Dr. Kerstin Niethammer-Jürgens, Potsdam**  
**RAuN Kay Thomas Pohl, Berlin**  
**RA Dr. Thomas Westphal, Celle**  
**RA Andreas von Máriássy, München (Berichterstatter)**

**RAin Dr. Heike Lörcher, Bundesrechtsanwaltskammer, Brüssel**  
**RAin Hanna Petersen, Bundesrechtsanwaltskammer, Brüssel**

**Verteiler:** Bundesministerium der Justiz  
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages  
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen  
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder  
Rechtsanwaltskammern  
Bundesverband der Freien Berufe  
Bundesnotarkammer  
Bundessteuerberaterkammer  
Deutscher Steuerberaterverband e.V.  
Wirtschaftsprüferkammer  
Institut der Wirtschaftsprüfer  
Deutscher Anwaltverein  
Deutscher Notarverein  
Deutscher Richterbund  
Deutscher Juristinnenbund

#### Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar  
Barreau Fédéral Allemand  
[www.brak.de](http://www.brak.de)

#### Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9  
10179 Berlin  
Deutschland  
Tel. +49.30.28 49 39 -0  
Fax +49.30.28 49 39 -11  
Mail [zentrale@brak.de](mailto:zentrale@brak.de)

#### Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9  
1040 Brüssel  
Belgien  
Tel. +32.2.743 86 46  
Fax +32.2.743 86 56  
Mail [brak.bxl@brak.eu](mailto:brak.bxl@brak.eu)

Bundesvorstand Neue Richtervereinigung  
Redaktionen der NJW, Strafverteidiger, Neue Zeitschrift für Strafrecht, ZAP Verlag,  
Zeitschrift für höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht  
Europäische Kommission  
Europäisches Parlament  
Rat der Europäischen Union

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 161.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

## **Stellungnahme**

Der Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Europäischen Union gerichtetem Betrug entspringt der Überzeugung der Kommission, dass unionsweit kein gleichwertiger Schutz für die finanziellen Interessen der Gemeinschaft bestehe.

Die derzeitigen Betrugsbekämpfungsmaßnahmen seien nicht abschreckend genug. Um diesen Schutz gleichwertig und wirksam in ganz Europa auszugestalten und dadurch auch die Wirksamkeit der EU-Politik zu gewährleisten, sei es nach Auffassung der Kommission nötig, in allen Mitgliedstaaten einheitliche und klare Straftatbestände einzuführen. Insbesondere soll eine vereinheitlichte Strafbarkeit eine erhöhte abschreckende Wirkung entfalten, da weniger Anreiz für Täter bestünde, ihre kriminellen Machenschaften in Länder mit einem geringeren Strafverfolgungsdruck zu verlagern.

Wenngleich das Ziel dieses Vorhabens wünschenswert ist, so bestehen doch gegenüber Details des Vorschlags der Kommission aus Sicht der BRAK ganz erhebliche Bedenken:

### **1. Fehlende Rechtsgrundlage des Vorschlags:**

#### **a)**

Die Kommission selbst stellt klar, dass die Union gesetzgeberisch nur dann tätig werden darf, wenn das mit den einschlägigen Rechtsvorschriften verfolgte Ziel nicht bereits durch Maßnahmen auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene wirksamer erreicht werden kann. Ihrer Ansicht nach sei nur die EU in der Lage, den derzeit bestehenden Mangel an Gleichwertigkeit zu beheben. Dabei ist sich die Kommission dessen bewusst, dass in jedem Mitgliedstaat der Tatbestand eines Betruges existiert, postuliert jedoch, dass nur eine unionseinheitliche Regelung effektiven Schutz für die finanziellen Mittel der Union gewährleisten kann – deshalb sei der Erlass einer Richtlinie notwendig.

Nach Überzeugung der BRAK steht der vorgeschlagenen Richtlinie der Subsidiaritätsgrundsatz des Art. 5 Abs. 3 EUV entgegen.

Zwar wurde durch den Vertrag von Lissabon und die Einführung des Art. 325 Abs. 4 AEUV die Betrugsbekämpfung zum Einfallstor supranationaler Strafrechtskompetenz bzw. einem europäischen Strafrecht im engeren Sinn. Es sind jedoch nach dem Subsidiaritätsgrundsatz angesichts der souveränen Regelungen der Mitgliedstaaten besondere Anforderungen an ein Handeln auf Unionsebene zu stellen. Dies folgt insbesondere auch daraus, dass die Mitgliedstaaten bereits aus dem Grundsatz der Gemeinschaftstreue des Art. 4 Abs. 3 EUV verpflichtet sind, ihre

Vertragserfüllungspflichten zu befolgen und die Rechtsgüter der Union zu schützen. Es muss – wie vor dem Vertrag von Lissabon - auch weiterhin Sache des jeweiligen Mitgliedstaates bleiben, wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen zu erlassen. Das Kriminalstrafrecht stellt als ultima ratio einen besonderen Ausdruck staatlicher Souveränität dar und hat in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen einen besonderen Stellenwert, in den die Union mit den ihr übertragenen Kompetenzen nur eingreifen sollte, sofern unionseinheitliche strafrechtliche Sanktionen für das Unionsinteresse unerlässlich sind (so EuGH Urteil vom 13.09.2005, Rs C-176/03).

So hält Art. 325 Abs. 1 AEUV ausdrücklich fest: „Die Union und ihre Mitgliedsstaaten bekämpfen Betrügereien und sonstige gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtete rechtswidrige Handlungen mit Maßnahmen nach diesem Artikel“.

Jedoch beschränkt Abs. 4 des Art. 325 den Rahmen zur Rechtsetzung hier auf „die erforderlichen Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Betrügereien, die sich gegen die finanziellen Interessen der Union richten“ – damit sind „sonstige gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtete Handlungen“ bzw. deren Bekämpfung hier nicht mit umfasst.

Dies sähe aber Art. 4 des Vorschlags der Richtlinie vor, der die Bekämpfung betrugsähnlicher Straftaten behandelt wie Geldwäsche und Korruption – im Widerspruch zur Überschrift des Entwurfs.

Gerade dies bleibt Sache der Mitgliedsstaaten.

Die Differenzierung zwischen Betrug und anderen Vermögensstraftaten bedarf daher unbedingt einer Klärung, insbesondere als Grundlage der weiter anzustellenden Überlegungen.

Hinzu kommt, dass Systematik und Wortlaut des AEUV dafür sprechen, dass Art. 83 Abs. 1 AEUV eine abschließende Kompetenzgrundlage für die Schaffung von Strafrecht bilden soll. Betrug findet in Art. 83 Satz 2 AEUV keine Erwähnung und könnte danach nur auf der Grundlage eines Ratsbeschlusses zum Gegenstand einer Richtlinie werden.

## **b)**

Dem Richtlinienvorschlag ist eine Begründung vorangestellt, die eine Übersicht der Sanktionen in den einzelnen Mitgliedsstaaten enthält. Sie soll wohl nicht umfassend und vollständig sein, was ihr Umfang nahelegt, sondern auch der Illustration dienen. In dieser Übersicht wird der Strafrahmen des Betrugs in Deutschland mit bis zu 5 Jahren unvollständig wiedergegeben – tatsächlich kann im besonders schweren Fall nach § 263 Abs. 3 StGB die Strafe bis zu 10 Jahre betragen. An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass auch Subventionsbetrug, Geldwäsche, Steuerhinterziehung und Korruption in Deutschland strafrechtlich erfasst sind. Der Schutz der finanziellen Interessen der Union bleibt nicht unberücksichtigt, so umfasst z.B. der Subventionsbetrug ausdrücklich „Leistungen aus öffentlichen Mitteln nach dem Recht der Europäischen Gemeinschaften“ (§ 264 Abs. 7 Nr. 2 StGB). Hingewiesen sei auch auf das deutsche EU Bestechungsgesetz (zum Protokoll vom 27.9.1996 zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften).

Beim Betrug, § 263 StGB, handelt es sich um einen der komplexesten Tatbestände des Strafrechts, dessen Definition, Auslegung und Interpretation ganze Bücher füllt. Vor diesem Hintergrund war es nur konsequent, wenn nach bisherigem Recht Art und Ausmaß strafrechtlicher Sanktionen nicht in die Zuständigkeit der Gemeinschaft fiel (vgl. EuGH Urteil vom 23.10.2007, RS C-440/05). Denn neben der Kohärenz des gemeinschaftlichen Strafrechtssystems ist auch die Kohärenz der Strafrechtssysteme der Mitgliedstaaten zu wahren, die auf Rechtsentwicklungen und Traditionen mehrerer Jahrhunderte

beruhen und Teil eines komplexen, staatlichen Rechtssystems darstellen (vgl. Schlussantrag des Generalanwalts Mazák vom 28.06.2007, SchIA Rs. C 440-05).

Zu dieser Kohärenz gehört auch die Einbettung des dogmatisch nicht einfachen Betrugstatbestandes in das Strafrechtssystem der Mitgliedsländer – auch dies spricht gegen die Kompetenz zum Erlass einer so weitgehenden Richtlinie – und für die Respektierung und ggf. den Ausbau der bestehenden Regelungen der Mitgliedsländer.

Dies führt zu unserem zweiten Einwand:

## **2. Fehlender Bezug zu den bestehenden Regelungen:**

Die bereits angesprochene Übersicht der Sanktionen in den Mitgliedsländern, die der Begründung des Vorschlags vorangestellt ist, zeigt auf, dass gegenwärtig sehr unterschiedlich strukturierte Regelungen bestehen. Diese Übersicht stellt jedoch nicht mehr als eine Illustration dar. Ersichtlich wird, dass Freiheitsstrafen mit Geldstrafen (FR) und auch gemeinnütziger Arbeit kombiniert werden können (LV), die Geldstrafe kann sich am Schadensbetrag orientieren (AT). Schon hieraus wird deutlich, dass die Regelung der Sanktionen für Betrug in den Mitgliedsländern dogmatisch sehr unterschiedlich ist.

### **a)**

Der Vorschlag der Kommission gedenkt, Mindeststrafen, orientiert an der Höhe des Schadens, verbindlich zu machen (Art. 8).

Dies begegnet ganz erheblichen Bedenken:

Nicht nur wird damit der Gesamtwürdigung des vorgeworfenen Sachverhaltes innerhalb der bestehenden Vorschriften durch die Gerichte der Mitgliedsländern vorgegriffen, die sonst eine abgewogene Entscheidung mit weiteren Maßnahmen (wie Geldstrafe und/oder weiteren Auflagen wie gemeinnützige Arbeit oder Wiedergutmachung) neben der Haftstrafe vornehmen (s.o.), sondern damit würde auch die Gesamtstruktur des Strafverfahrens in den Mitgliedsländern überrollt.

Gemeint ist damit folgendes:

Das deutsche Strafrecht sieht in §§ 46 ff. StGB einen umfänglichen Katalog von Strafzumessungskriterien vor, wie z. B. die Art der Tatausführung, eine mögliche Strafzumessung und die Mitwirkung bei der Aufklärung. Entsprechende Regelungen kennen alle Mitgliedsländer.

Der Vorschlag der Kommission enthält entsprechende, differenzierende Überlegungen nicht.

### **b)**

In den Mitgliedsländern bestehen weiter erhebliche Unterschiede in Strafzeitberechnung und Strafvollstreckung. So gibt es Länder, in denen Teile der Strafe bereits bei Verhängung zur Bewährung ausgesetzt werden können (z.B. Frankreich), auch sind die Höhen der noch bewährungsfähigen Strafen sehr unterschiedlich. Wenn die Möglichkeit besteht, eine Freiheitsstrafe mit einer Geldstrafe zu kombinieren, ändern sich die Strafzumessungserwägungen (so auch in Deutschland). Weiter sind die Regelungen der Strafvollstreckung sehr unterschiedlich. Eine Entlassung aus der Haft vor vollständiger Verbüßung der verhängten Strafe ist in einigen Ländern später, in anderen Ländern früher möglich.

Eine absolute Strafdrohung trägt diesen Unterschieden nicht Rechnung.

c)

Wäre man dennoch der Meinung, dass ein Einschreiten der Union in dieser Weise erforderlich ist, um einen effektiven und gleichwertigen Schutz der finanziellen Interessen der Union in allen Mitgliedstaaten zu gewährleisten, stellt sich weiter die Frage nach den Folgen in den einzelnen Mitgliedstaaten:

Die Harmonisierung nationaler Straftatbestände zum Schutz der finanziellen Interessen der Union im Bereich der „betrügerischen Handlungen und betrugsähnliche Straftaten“ kann dazu führen, dass rein nationale Sachverhalte im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts gegenüber Straftaten mit grenzüberschreitendem Bezug anders behandelt werden – ungeachtet der übrigen Kriterien einer fachgerechten Strafzumessung (s.o.). Das Ungleichgewicht, das die Kommission mit dem Richtlinienvorschlag als Anlass für die Einführung einer strafrechtlichen Bekämpfung nimmt, würde so auf die Ebene der Mitgliedstaaten verdrängt werden. Hier entstünden nun dieselben Wertungswidersprüche, so dass ein Straftäter, der einen Betrug zum Nachteil des Mitgliedstaates begeht, gegenüber einem Täter, der eine Tat zum Nachteil der Union begeht, ungleich bestraft werden könnte. Dieses Ungleichgewicht für im Ergebnis gleiche Handlungen, die lediglich unterschiedliche Rechtsgutträger tangieren, könnte zu einem Wertungswiderspruch auf rein nationaler Ebene führen und wäre somit insbesondere im Hinblick auf den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 GG mehr als problematisch.

### **3. Mindeststrafen als Abschreckung:**

a)

Die Kommission ist der Meinung, dass Mindestfreiheitsstrafen abschreckende Wirkungen hätten. Dieser Annahme stehen kriminologische Erfahrungen entgegen. Empirisch lässt sich eine Abschreckungswirkung gerade nicht belegen (hierzu stellvertretend für viele in der Kommentierung zum dt. Strafgesetzbuch: Stree/Kinzig in Schönke/Schröder, 28. Auflage 2010, § 46 Rn. 5, 5a m.w.N.).

Auch eine besonders hohe Strafdrohung kann nicht jeden potentiellen Täter erreichen bzw. diesen von einem Rechtsbruch abhalten. Diese Überlegungen der Kommission stimmen überein mit dem von Feuerbach begründeten und inzwischen vielfach in Frage gestellten Begriff der negativen Generalprävention als Strafzweck: die Androhung von Strafe solle dem Täter so viel Unlustgefühl vermitteln, dass letztlich die der Begehung entgegenwirkenden Motive überwiegen und dadurch psychischer Zwang zur Unterlassung der Tat ausgeübt wird. Dieser Gedanke der Prävention wird u.a. damit kritisiert, dass überhaupt fraglich ist, ob das menschliche Verhalten durch Strafdrohung beeinflusst werden kann. Wie rational denkt ein Straftäter? Ist er – z.B. in Momenten wirtschaftlicher Krisen – überhaupt in der Lage, Vor- und Nachteile seines Handelns abzuwägen?

Diese Bedenken teilt die BRAK.

Angemerkt sei im Übrigen aus der Praxis der Strafverteidigung, dass diejenigen, die hier abgeschreckt werden sollen, diese Regelungen selten kennen und stets damit gerechnet hatten, unentdeckt zu bleiben.

**b)**

Die Mindeststrafen sollen nach dem Richtlinienvorschlag der Kommission ab einem gewissen Mindestgesamtschaden verhängt werden. So soll etwa bei Schäden bis 10.000 € gem. Art. 7 Abs. 2 des Richtlinienvorschlages von einem minder schweren Fall auszugehen sein. Demgegenüber liege ein besonders schwerer Fall gem. Art. 8 Abs. 1 des Vorschlages ab einem Schaden von 100.000 € vor. Dem ist entgegen zu halten, dass die Schadenshöhe zwar ein wesentliches, aber nicht das bestimmende Kriterium der Strafbemessung sein kann. Aus der Würdigung des Einzelfalles würde ein poenometrisches Schubladensystem.

Ein möglicher Anreiz zur Aufklärungshilfe oder Wiedergutmachung z. B. bliebe ohne Möglichkeit der Berücksichtigung.

Die fixen Schwellenbeträge allein ohne differenzierende Möglichkeiten sind daher nicht geeignet, im Einzelfall zu gerechten Ergebnissen zu kommen und könnten auch gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des Art. 5 Abs. 4 EUV verstoßen.

**c)**

Letztlich steht der geplanten Einführung von Mindeststrafen entgegen, dass sich die Union auf diesem Weg letztlich unzulässigerweise in den Akt der Straffindung im konkreten Fall einmischen könnte. Der Akt der Strafzumessung obliegt einzig dem Gericht, das nach nationalem Recht lediglich im Fall von erschwerenden Gesichtspunkten gehalten ist, einen erhöhten Strafraum anzuwenden. Im Übrigen orientiert sich die Strafe ausschließlich an der Schuld – jedenfalls nach der deutschen Rechtsanwendung gemäß § 46 Abs. 1 S. 1 StGB. Die Schadenshöhe allein vermag unter Berücksichtigung des Gesamtgefüges der Spruchpraxis in Deutschland die Vorstellungen des Vorschlags zur Strafhöhe nicht zu tragen.

Soweit der Vorschlag der Kommission Schwellenbeträge vorsieht, die zu einer Bestrafung wegen eines besonders schweren Falles und folglich zu einer höheren Strafe führen könnten, entspricht dies systematisch etwa dem Regelbeispiel des § 263 Abs. 3 Nr. 2 StGB. Nach deutschem Recht indiziert zwar die Verwirklichung eines Regelbeispiels einen besonders schweren Fall, jedoch kann diese Indizwirkung auch widerlegt werden. Abhängig vom Einzelfall stellt sich daher die Frage einer höheren Strafe. Diese Systematik würde mit dem Vorschlag der Kommission durch die Einführung von Schwellenbeträgen bzw. Mindeststrafen aufgehoben werden. Es käme demnach zu einer Durchbrechung eben jener nationalen Regelungen, die sich in der Vergangenheit als praktikabel bewährt und eine einzelfallgerechte Beurteilung gewährleistet hatten.

#### **4. Fehlende Abstimmung mit anderen Instrumenten der Strafverfolgung:**

Um die finanziellen Interessen der Union zu schützen, bietet das Unionsrecht bislang bereits Möglichkeiten für eine vereinfachte Strafverfolgung durch Einrichtungen wie OLAF, Eurojust, Europol. Zusätzlich sei auf die geplante Errichtung einer europäischen Staatsanwaltschaft hingewiesen. Diese Einrichtungen stellen im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des Art. 5 Abs. 4 EUV vorrangige Instrumentarien zur Betrugsbekämpfung auf Unionsebene dar. Sofern die Kommission mit dem Richtlinienvorschlag davon ausgeht, dass die bisherigen Maßnahmen jedoch nicht abschreckend genug seien, könnte dies als Kritik an eben jenen Instrumentarien oder deren Effizienz zu bewerten sein, die in der Konsequenz nicht zu Lasten der Mitgliedstaaten durch eine Harmonisierung der Straftatbestände gelöst werden darf.