



## BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

### Stellungnahme Nr. 39/2018 Dezember 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**

##### **Mitglieder des Strafrechtsausschusses**

RA Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor, Vorsitzender

RA Prof. Dr. Jan Bockemühl

RA Prof. Dr. Alfred Dierlamm

RA Thomas C. Knierim

RA Dr. Daniel M. Krause

RA Prof. Dr. Holger Matt (Berichterstatter)

RAin Anke Müller-Jacobsen

RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus

RA Prof. Dr. Tido Park

RA Dr. Jens Schmidt

RAin Dr. Anne Wehnert

RAin Dr. Annette von Stetten

Jun.-Prof. Dr. Dominik Brodowski (Berichterstatter)

RAin Ulrike Paul, BRAK-Vizepräsidentin

RA Frank Johnigk, Bundesrechtsanwaltskammer

##### **Bundesrechtsanwaltskammer**

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

##### **Büro Berlin – Hans Litten Haus**

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

##### **Büro Brüssel**

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

**Verteiler:** Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz  
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder  
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages  
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen  
Rechtsanwaltskammern  
Bundesverband der Freien Berufe  
Bundesnotarkammer  
Bundessteuerberaterkammer  
Deutscher Steuerberaterverband  
Wirtschaftsprüferkammer  
Institut der Wirtschaftsprüfer  
Deutscher Anwaltverein  
Deutscher Notarverein  
Deutscher Richterbund  
Deutscher Juristinnenbund  
Bundesvorstand Neue Richtervereinigung  
Strafverteidigervereinigungen  
Redaktionen der NJW, Beck Verlag, Deubner Verlag, Jurion, Juris, LexisNexis,  
Otto Schmidt Verlag, Strafverteidiger, Neue Zeitschrift für Strafrecht, ZAP Verlag,  
Zeitschrift für höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht,  
Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht,  
wistra - Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Zeitschrift HRR-Strafrecht, Krimi-  
nalpolitische Zeitschrift

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 164.500 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

## Stellungnahme

Die RL (EU) 2017/1371 („PIF-Richtlinie“)<sup>1</sup> enthält an die EU-Mitgliedstaaten gerichtete Mindestvorgaben, welche Verletzungen des Vermögens der Europäischen Union mit Kriminalstrafe und mit welcher Mindesthöchststrafe zu belegen sind. Zugleich definieren die Straftaten, die in dieser Richtlinie „in ihrer Umsetzung in nationales Recht festgelegt sind“, die sachliche Zuständigkeit der Europäischen Staatsanwaltschaft (Art. 22 Abs.1 EPPO-VO<sup>2</sup>). Der vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz vorgelegte (Referenten-)Entwurf (RefE) dient der Umsetzung dieser unionsrechtlichen Vorgaben.

Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt das mit dem RefE verfolgte Ziel einer fristgerechten „1:1-Umsetzung“ der RL (EU) 2017/1371 (vgl. Begründung des RefE, S. 8) und einer schonenden, kohärenten Integration jeglicher sich als notwendig erweisenden Änderungen in die Strukturen des bestehenden materiellen Strafrechts. Bereits im Vorfeld hatte die Bundesrechtsanwaltskammer in ihrer Stellungnahme Nr. 36/2017 den konkreten Umsetzungsbedarf analysiert und hierzu unter anderem ausgeführt:

„Der Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union ist ein legitimer, ja gebotener Sicherungsanker, um die Einhaltung des Rechts bei der Erzielung von Einnahmen und dem Tätigen von Ausgaben der Europäischen Union zu gewährleisten. Hierzu kann auch der Einsatz des Strafrechts erforderlich sein. Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt daher grundsätzlich die Bestrebungen, den Schutz der finanziellen Interessen der Union sowohl durch die Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft als auch durch eine Harmonisierung des materiellen Strafrechts zu verstärken. Sie mahnt indes nachdrücklich die Achtung eines umfassenden Schutzes der Beschuldigtenrechte und die Begrenzung des materiellen Strafrechts auf das unbedingt nötige Maß (Strafrecht als ultima ratio) an.

[...]

Die Bundesrechtsanwaltskammer teilt die Bedenken der Bundesregierung hinsichtlich der Reichweite der RL (EU) 2017/1371, welche diese dazu veranlasst hatte, im Rat – gemeinsam mit fünf weiteren Mitgliedstaaten – gegen die Annahme der Richtlinie in dieser Fassung zu stimmen. Gleichwohl besteht nunmehr kraft Unionsrecht eine Umsetzungsverpflichtung. Bei dieser Umsetzung sind indes aus Sicht der Bundesrechtsanwaltskammer folgende Eckpunkte zu beachten:

---

<sup>1</sup> 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, ABl. EU Nr. L 198 v. 28.7.2017, S. 29.

<sup>2</sup> Verordnung (EU) 2017/1939 des Rates vom 12. Oktober 2017 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (EUSTA), ABl. EU Nr. L 283 v. 31.10.2017, S. 1.

1. Da die Pönalisierungsverpflichtungen aus kriminalpolitischer Sicht – mit der Bundesregierung – als zu weitgehend zu erachten sind, empfiehlt sich eine Beschränkung auf das nach der RL (EU) 2017/1371 zwingend notwendige Maß. Dies trägt zudem dazu bei, die sachliche Zuständigkeit der Europäischen Staatsanwaltschaft möglichst normenklar und normenbestimmt zu regeln.
2. Als politischer Kompromiss und bloße Zielvorgabe an die Mitgliedstaaten taugen die Formulierungen der RL (EU) 2017/1371 nicht als Vorbilder für hinreichend bestimmte (Art. 103 Abs. 2 GG) gesetzliche Straftatbestände. Diese bedürfen vielmehr der Konkretisierung und kohärenten Ausgestaltung durch die nationalen Strafgesetzgeber.
3. Der spezifische Bezug zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union sollte immer dann klar zum Ausdruck kommen, wenn sich zur Umsetzung eine Expansion des materiellen Strafrechts nicht vermeiden lässt. Dies dient zum einen der Klarstellung des besonderen Schutzobjekts der von der RL (EU) 2017/1371 vorgegebenen Straftatbestände und zum anderen dem Ziel, die hierauf begrenzte sachliche Zuständigkeit der Europäischen Staatsanwaltschaft hervorzuheben.<sup>3</sup>

An diesen Eckpunkten hält die Bundesrechtsanwaltskammer unverändert fest. Der Referentenentwurf bleibt indes dahinter zurück und sieht Erweiterungen des Strafrechts vor, die zur Umsetzung der RL (EU) 2017/1371 nicht erforderlich sind, denn das deutsche Strafrecht ist bereits im Einklang mit dieser Richtlinie. Daher empfiehlt die Bundesrechtsanwaltskammer, den unionsrechtlich bestehenden Umsetzungsspielraum optimal zu nutzen und auf das vorgeschlagene Umsetzungsgesetz zu verzichten.

#### **I. Zu Artikel 1 RefE**

Art. 1 RefE sieht die Einführung eines Gesetzes zur Stärkung des Schutzes der finanziellen Interessen der Europäischen Union (EUFinSchStG) vor, das aber nur Randbereiche betrifft; im Allgemeinen entspricht das geltende Recht bereits den Vorgaben der Richtlinie. § 1 EUFinSchStG soll in Umsetzung des Art. 3 Abs. 2 lit. b sublit. iii RL (EU) 2017/1371 die „missbräuchliche Verwendung von Leistungen der Europäische Union“, § 2 EUFinSchStG die „rechtswidrige Verminderung von Einnahmen der Europäischen Union“ unter Strafe stellen. § 3 EUFinSchStG soll anordnen, dass bei §§ 332, 334 StGB, auch i.V.m. §§ 335, 335a StGB, soweit sich die Tat „auf eine künftige richterliche Handlung oder eine künftige Diensthandlung bezieht“, eine Beschädigung oder Gefährdung des Vermögens der Europäischen Union einer Verletzung der dienstlichen oder richterlichen Pflichten gleichsteht.

In Bezug auf Art. 3 RL (EU) 2017/1371 („Betrug“) hatte die Bundesrechtsanwaltskammer bereits dargelegt, warum aus ihrer Sicht kein Umsetzungsbedarf besteht:

„Diese [in Art. 3 RL (EU) 2017/1371 enthaltenen] Vorgaben sind in ihrem Kern wortgleich zu einer bereits zuvor bestehenden europäischen Pönalisierungsverpflichtung, namentlich zu Art. 1 Abs. 1 Übereinkommen vom 26. Juli 1995 über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften („PIF-Übereinkommen“). Deutschland hat bereits 1998 die hierfür nötigen Veränderungen an § 264 StGB vorgenommen. Im Übrigen gewährleiten insbesondere §§ 263, 266, 298 StGB, § 370 AO, jeweils auch i.V.m. § 13 StGB, den von Art. 3 Abs. 1, Abs. 2 RL (EU) 2017/1371 geforderten strafrechtlichen Schutz. Die Kommission bestätigte bereits in ihrer 2004 veröffentlichten Evaluation, dass Deutschland das PIF-

---

<sup>3</sup> BRAK-Stellungnahme Nr. 36/2017.

Übereinkommen in Bezug auf die Einnahmenseite (nun: Abs. 3 Abs. 1, Abs. 2 Buchstaben c und d RL (EU) 2017/1371) „vollständig umgesetzt“ habe. Die in Bezug auf die Ausgabenseite (nun: Abs. 3 Abs. 1, Abs. 2 Buchstaben a und b RL (EU) 2017/1371) damals einzig geäußerte Kritik, dass die Rechtslage in Deutschland „mit der Definition von ‚Betrug‘ nicht ganz überein[stimmt], denn sie erfordern bei einigen Betrugsformen das Vorliegen zusätzlicher Tatbestände“, überzeugt nicht: Die in den europäischen Vorgaben nicht ausdrücklich genannten objektiven Tatbestandsmerkmale des § 263 Abs. 1 StGB – Täuschung, Irrtum und Vermögensverfügung – ergeben sich ohnehin aus einer teleologischen Auslegung sowie in systematischer Abgrenzung zu Kollisionsfällen (dann: Art. 4 Abs. 2 RL (EU) 2017/1371). In Bezug auf Ausgaben, die im Zusammenhang mit der Auftragsvergabe stehen, gestattet nunmehr Art. 3 Abs. 2 Buchstabe b RL (EU) 2017/1371 ausdrücklich eine Beschränkung auf in Bereicherungsabsicht begangene Taten; in Bezug auf die übrigen Fälle (Art. 3 Abs. 2 Buchstabe a RL (EU) 2017/1371) ist auf den – keine Bereicherungsabsicht voraussetzenden – § 264 Abs. 1 StGB zu verweisen.“<sup>4</sup>

### 1.) Zu § 1 EUFinSchStG

Nach der Begründung des RefE (S. 9 f.) besteht Umsetzungsbedarf bezogen auf die Auftragsvergabe, dem durch § 1 EUFinSchStG nachzukommen sei: § 264 Abs. 1 StGB gelte nur bei Subventionen, § 266 Abs. 1 StGB sei mangels Vermögensbetreuungspflicht in der Regel nicht anwendbar, und § 263 Abs. 1 StGB greife nur, wenn bereits zum Zeitpunkt der Mittelerlangung über seine Absicht einer späteren missbräuchlichen Verwendung getäuscht oder die missbräuchliche Verwendung pflichtwidrig verschwiegen werde. Nicht erfasst werden daher Fälle, in denen jemand im Rahmen einer Auftragsvergabe nicht-betrügerisch Mittel erlange und diese später betrügerisch verwende.

Strafrechtsdogmatisch ist das zwar schlüssig aber verkürzt, denn strafrechtswürdige Fälle dieser Fallgruppe werden bereits durch §§ 263 Abs. 1, 13 StGB erfasst. Zudem ist in den Blick zu nehmen, dass bei dieser Fallgruppe offensichtlich ausreichende, anerkannte und wirksame nicht-strafrechtliche Schutzmechanismen zur Verfügung stehen, etwa eine Vorleistungspflicht des Auftragnehmers, eine Leistung Zug-um-Zug oder auch die Absicherung durch Garantien oder Bürgschaften. Daher bedarf es – im Lichte der vorgenannten Eckpunkte, des bestehenden Umsetzungsspielraums und insbesondere des ultima ratio-Grundsatzes – keines Rückgriffs auf eine Strafandrohung; § 1 EUFinSchStG ist nicht erforderlich.

### 2.) Zu § 2 EUFinSchStG

Nach der Begründung des RefE (S. 10 f.) besteht wegen Art. 3 Abs. 2 lit. c RL (EU) 2017/1371 zudem Umsetzungsbedarf bei atypischen sonstigen Einnahmen der EU, etwa im Hinblick auf „Steuern auf Gehälter und Renten“ des EU-Personals, auf „Einnahmen aus dem Verwaltungsbetrieb der Europäischen Union [wie] Erlöse aus dem Verkauf von Immobilien, aus Vermietung und Verpachtung, aus der Erbringung von Dienstleistungen und aus Geldanlagen“. Dem sei durch § 2 EUFinSchStG nachzukommen.

Die in Art. 3 Abs. 2 lit. c RL (EU) 2017/1371 beschriebenen Verhaltensweise werden zwar bereits von § 263 Abs. 1 StGB, § 370 Abs. 1 AO abgedeckt, setzen aber teils eine Bereicherungsabsicht (§ 263 Abs. 1 StGB) voraus oder beziehen sich nur auf einen begrenzten Anwendungsbereich (§ 370 Abs. 1 AO). Bezogen auf fiskalisches Handeln der EU leuchtet es aber systematisch nicht ein, diese im Vergleich zu anderen Wirtschaftsakteuren zu privilegieren und auf den Nachweis einer (ohnehin in den meisten Praxisfällen gegebenen) Bereicherungsabsicht zu verzichten; es erscheint als noch vertret-

---

<sup>4</sup> BRAK-Stellungnahme Nr. 36/2017, S. 4 f.

bar, in Bezug auf diese atypischen Einnahmeformen einen Umsetzungsspielraum geltend zu machen. Bezogen auf „Steuern auf Gehälter und Renten“ des EU-Personals erscheint es als eine zielgerichtete Alternative zu § 2 EUFinSchStG, den sachlichen Schutzbereich des § 370 AO entsprechend zu erweitern. § 2 EUFinSchStG ist daher ebenfalls nicht erforderlich.

### 3.) Zu § 3 EUFinSchStG

Nach der Begründung des RefE (S. 11 f.) bestehe Umsetzungsbedarf, weil das geltende Korruptionsstrafrecht auf „die Pflichtwidrigkeit die Diensthandlung bzw. richterlichen Handlung“ abstelle, nach Art. 4 Abs. 2 RL (EU) 2017/1371 jedoch auf eine Schädigung bzw. wahrscheinlich eintretende Schädigung der finanziellen Interessen der EU abzustellen sei. Dem sei durch eine Erweiterung des Korruptionsstrafrechts durch § 3 EUFinSchStG Rechnung zu tragen.

Hierzu hatte die Bundesrechtsanwaltskammer bereits dargelegt, warum aus ihrer Sicht kein Umsetzungsbedarf besteht:

„Das deutsche Strafrecht ist bereits im Einklang mit dieser Vorgabe; es besteht kein Umsetzungsbedarf:

Auf den ersten Blick erscheinen zwar die in Art. 4 Abs. 2 RL (EU) 2017/1371 genannten Verhaltensweisen den aus dem deutschen StGB bekannten Straftatbeständen der Vorteilsgewährung (§ 333 StGB) und der Vorteilsannahme (§ 331 StGB) zu entsprechen. Hierfür spricht zudem, dass im Vergleich zum ersten Protokoll zum PIF-Übereinkommen und auch zum EG-Bestechungsübereinkommen der Wortlaut nicht von einer „Verletzung [von] Dienstpflichten“ spricht und die Kommission diese Streichung pro aktiv betrieben hatte. Zudem hatte die Kommission bereits kritisiert, dass in Deutschland eine „Vorteilsgewährung für legale Handlungen“ nur in Bezug auf deutsche Amtsträger erfasst werde (KOM[2008] 77 endg. v. 14.02.2008, S. 3, 7).

Maßgeblich zu berücksichtigen ist indes die in beiden Buchstaben des Art. 4 Abs. 2 RL (EU) 2017/1371 enthaltene Einschränkung, dass Gegenstand der Unrechtsvereinbarung eine Handlung sein muss, durch welche „die finanziellen Interessen der Union geschädigt werden oder wahrscheinlich geschädigt werden“. Denn jede von einem Amtsträger beabsichtigte oder auch nur in Kauf genommene Schädigung der finanziellen Interessen der Union stellt bereits eine Untreue (§ 266 Abs. 1 StGB) dar, soweit ihn – wie in allen typischen Fällen – eine Vermögensbetreuungspflicht trifft. Dies gilt auch für eine „wahrscheinlich[e]“ Schädigung, die unter Beachtung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als schadensgleiche Vermögensgefährdung erfasst werden kann. Doch auch abseits von einer spezifischen Vermögensbetreuungspflicht trifft Amtsträger stets eine Pflicht, eine vorsätzliche finanzielle Schädigung ihres Dienstherrn bzw. ihres Arbeitgebers abzuwenden. Bei Licht besehen ist daher Gegenstand der Unrechtsvereinbarung stets eine pflichtwidrige Handlung, so dass die in Art. 4 Abs. 2 RL (EU) 2017/1371 genannten vorsätzlichen Verhaltensweisen den Straftatbeständen der Bestechung (§ 332 StGB) und der Bestechlichkeit (§ 334 StGB) entsprechen.“<sup>5</sup>

Auch die Begründung des RefE geht davon aus, dass die Vorteilsnehmer „in aller Regel der dienstlichen Pflicht unterliegen, die finanziellen Interessen der Europäischen Union zu wahren, und durch eine Schädigung oder Gefährdung der finanziellen Interessen der Europäischen Union ihre Dienstpflichten verletzen“ (S. 11). In welchen „Zweifelsfällen“ (S. 11 f., 34) dem nicht der Fall sein könnte, so

---

<sup>5</sup> BRAK-Stellungnahme Nr. 36/2017, S. 5 f.

dass ein tatsächlicher Bedarf für § 3 EUFinSchStG gegeben sei, legt der RefE nicht dar. § 3 EUFinSchStG ist ebenfalls nicht erforderlich.

## II. Zu Artikel 2 RefE

An zentralen Änderungen sieht Art. 2 des RefE vor, bezogen auf § 264 Abs. 1 Nr. 2 StGB eine Versuchsstrafbarkeit einzuführen (Art. 2 Abs. 1 lit. a RefE) sowie die Strafbarkeit der Vorteilsgewährung und -annahme gegenüber bzw. durch Richter nach Maßgabe des § 335a Abs. 1 auch auf Richter (aller) ausländischer und internationaler Gerichte zu erstrecken (Art. 2 Abs. 2 RefE).

### 1.) Zur Versuchsstrafbarkeit bei § 264 Abs. 1 Nr. 2 StGB

Zur in der Begründung des RefE postulierten Notwendigkeit, wegen Art. 5 Abs. 2 RL (EU) 2017/1371 eine Versuchsstrafbarkeit für Taten des § 264 Abs. 1 Nr. 2 StGB einzuführen (S. 12), verweist die Bundesrechtsanwaltskammer erneut darauf, dass dieser Tatbestand ohnehin Verhalten im zeitlichen Vorfeld einer Schädigung der finanziellen Interessen der Europäischen Union inkriminiert. Dies dient insoweit im Lichte des Ziels der RL (EU) 2017/1371 als vollwertiges funktionales Äquivalent zu einer Versuchsstrafbarkeit; der Anordnung einer Versuchsstrafbarkeit bei § 264 Abs. 1 Nr. 2 StGB bedarf es nicht.<sup>6</sup>

### 2.) Zur Vorteilsgewährung und -annahme gegenüber bzw. durch ausländische Richter

Die korruptionsstrafrechtlichen Vorgaben in Art. 4 Abs. 2 RL (EU) 2017/1371 umschreiben ein Verhalten, das in Bezug auf Richter bereits umfassend durch die Strafvorschriften der Bestechung und Bestechlichkeit (§§ 332, 334 StGB) erfasst wird, nach – hier bestrittener – Auffassung ggf. i.V.m. § 3 EUFinSchStG (siehe oben I.3.). Hiervon geht ersichtlich auch die Begründung des RefE aus, da in Bezug auf die Umsetzung des Art. 4 Abs. 2 RL (EU) 2017/1371 nur auf diese und anders gelagerte Straftatbestände verwiesen wird (S. 11 f.), nicht jedoch auf die (bloße) Vorteilsannahme und -gewährung (§§ 331, 333 StGB). Im Zuge dessen erschließt sich unter der Maßgabe einer 1:1-Umsetzung die vorgeschlagene Erweiterung des § 335a Abs. 1 StGB auf Taten nach §§ 331 Abs. 2, 333 Abs. 2 StGB nicht.

## III. Kein weitergehender Umsetzungsbedarf

Aus der RL (EU) 2017/1371 folgt – neben den oben I. und II. diskutierten Regelungsbereichen – kein (weiterer) Umsetzungsbedarf im deutschen Recht. Die Bundesrechtsanwaltskammer tritt insbesondere der in der Begründung des RefE vertretenen Argumentation nicht entgegen, dass aus Art. 4 Abs. 1 RL (EU) 2017/1371 keine Verpflichtung zur Ausweitung der in § 261 Abs. 1 Satz 2 StGB genannten Katalogtaten folgt (S. 17). Im Übrigen hat die Bundesrechtsanwaltskammer die Frage, ob zur Umsetzung der RL (EU) 2017/1371 weitere Änderungen erforderlich sind, in ihrer Stellungnahme Nr. 36/2017 bereits näher ausgeführt und klar verneint.

- - -

---

<sup>6</sup> Siehe bereits BRAK-Stellungnahme Nr. 36/2017, S. 7 f.