



Der gemäß §§ 36 und 47 Abs 2 GOG beim Oberlandesgericht Graz gebildete Begutachtungssenat erstattet zum **Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Strafgesetzbuch zur Umsetzung der Richtlinie über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug geändert wird**, nachstehende

S t e l l u n g n a h m e :

Sofern zu den einzelnen Bestimmungen nicht Stellung genommen wird, kann davon ausgegangen werden, dass für den Begutachtungssenat keine Bedenken gegen den Gesetzesentwurf bestehen.

Zu Artikel 1 (Änderung des Strafgesetzbuches)

Zu Z 1 (§ 74 Abs 1 Z 4a lit b):

Das Einfügen eines (weiteren) Beistrichs nach dem Wort „wahrnimmt“ führte zu einer Verdoppelung des Satzzeichens und ist daher überflüssig.

Die Wendung „einschließlich von“ ist grammatisch nicht korrekt. Laut Duden steht die Präposition „einschließlich“ mit Genitiv oder bei Pluralformen, wenn der Genitiv nicht erkennbar ist, mit Dativ.

Inhaltlich ist zu bemerken, dass die Legaldefinition des „Amtsträgers“ durch die dem Art 4 Abs 4 lit b der PIF-Richtlinie im Wesentlichen wörtlich entnommene Erweiterung auf „andere Personen, denen öffentliche Aufgaben im Zusammenhang mit der Verwaltung der oder Entscheidung über die finanziellen Interessen der Union in Mitgliedstaaten oder Drittstaaten übertragen wurden“ wegen der Unbestimmtheit der Begriffe weiter an Kontur verlieren wird. Dies lässt praktische Schwierigkeiten in der Anwendung erwarten.

Zu Z 2 (§ 74 Abs 1 Z 4b):

Auf die Notwendigkeit, den Begriff des „Gemeinschaftsbeamten“ auch im zweiten Halbsatz des § 74 Abs 1 Z 4b StGB durch jenen des „Unionsbeamten“ zu ersetzen, wurde bereits mehrfach hingewiesen (1, 4, 5 und 10/SN-161/ME XXVI. GP).

Zu Z 3 (§ 168c):

§ 168c trägt – in enger Anlehnung an Art 3 der PIF-Richtlinie – die Überschrift „Ausgabenseitiger Betrug zum Nachteil der finanziellen Interessen der Europäischen Union“. Durch die Verwendung des Begriffes „Betrug“ – den allerdings die PIF-Richtlinie für deren Geltungsbereich autonom und anders als nach nationalem Verständnis definiert (vgl. Erwägungsgrund 4 und Art 3 Abs 2 der PIF-Richtlinie) – entsteht der Eindruck, es handle sich um eine *lex specialis* (auch) zu §§ 146 ff StGB (dies implizieren auch die Erläuterungen S. 4). Spezialität liegt vor, wenn zwei strafbare Handlungen im Verhältnis von Gattung und Art stehen, d.h. die eine sämtliche Merkmale der anderen enthält und dazu noch mindestens ein weiteres – spezielles – Merkmal (statt aller *Ratz* in Höpfel/Ratz, WK² StGB Vorbemerkungen zu §§ 28 – 31 Rz 32 [Stand: 1. Oktober 2011]). Dies trifft aber wohl weder auf Abs 1 noch auf Abs 2 des § 168c zu. Anders als in § 146 StGB wird nämlich in Abs 1 Z 1 nicht darauf abgestellt, dass ein anderer durch Täuschung über Tatsachen zu einem vermögensschädigenden Verhalten verleitet wird. Damit entfallen dem Wortlaut nach insbesondere die Tatbestandsmerkmale der Täuschung eines Menschen sowie einer (irrtumsbedingten) Vermögensschädigung und damit zentrale Merkmale des Betrugs nach §§ 146 ff StGB (vgl. *Flora* in Leukauf/Steininger, StGB⁴ § 146 Rz 27 und 34 ff). Mit Abs 1 Z 2 des § 168c soll nach den Erläuterungen (S. 3) der „vergabeunabhängige Förderungsmisbrauch zum Nachteil von EU-Mitteln“ geregelt werden. Damit ist aber ebenfalls kein Selbstschädigungsdelikt wie der Betrug nach §§ 146 ff StGB, sondern der Sache nach ein eher den Tatbeständen der Veruntreuung nach § 133 StGB oder des Förderungsmisbrauchs nach § 153b StGB vergleichbares Verhalten gemeint. Abs 2 des § 168c hinwieder betrifft Ausgaben, die in Zusammenhang mit einer Auftragsvergabe stehen, verweist aber hinsichtlich der Tathandlungen auf Abs 1 und ergänzt dies um das Erfordernis einer auf unrechtmäßige Bereicherung gerichteten Absicht. Bei Beibehaltung der (insbesondere zur Verringerung der Intensität des Eingriffs in die innerstaatliche Sanktionssystematik; vgl. Erläuterungen S. 4 und 5) gewählten Regelungstechnik, Art 3 der PIF-Richtlinie in Form eines eigenen Tatbestands umzusetzen, sollte wegen der von Betrugsdelinquenz iS der §§ 146 ff StGB doch deutlich unterschiedlichen Gestaltung der unter § 168c geregelten Anwendungsfälle schon zur Vermeidung von Missverständnissen eine dem besser entsprechende und vom nationalen Begriffs(vor)verständnis entkoppelte Fassung der Überschrift (sowie in der Folge der Formulierung „einen Betrug zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union“ in § 168c Abs 2 StGB) zumindest überlegt werden.

§ 168c differenziert danach, ob Ausgaben „in Zusammenhang mit einer Auftragsvergabe“ stehen (Abs 2) oder nicht (Abs 1). Was unter „Auftragsvergabe“ zu verstehen ist, wird nicht legaldefiniert. Lediglich aus den Erläuterungen (S. 4 f) iVm Erwägungsgrund 6 der PIF-Richtlinie ergibt sich, dass damit öffentliche Aufträge iS des Art 101 der Verordnung (EU, EURATOM) Nr. 966/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012

über die Haushaltssordnung für den Gesamthaushaltplan der Union und zur Aufhebung der Verordnung (EG, Euratom) Nr. 1605/2002 des Rates gemeint sind. Dort wird wiederum auf weitere Artikel dieser Verordnung und eine Befugnis der Kommission zur Festlegung detaillierter Vorschriften über die Definition und den Anwendungsbereich öffentlicher Aufträge verwiesen. Um die Rechtsanwendung (insbesondere auch die Abgrenzung zu § 153b StGB; dazu unten) zu erleichtern, wäre daher uU eine Legaldefinition der „Auftragsvergabe“ (ähnlich wie bei der „Förderung“ in § 153b Abs 5 StGB) sinnvoll.

Zu Abs 1:

Ob es einer (aus der PIF-Richtlinie übernommenen, inhaltlich nicht näher erläuterten) Differenzierung zwischen „Mitteln“ und „Vermögenswerten“ (als dem umfassender scheinenden Begriff) bedarf, ist zumindest fraglich.

Zu Z 1:

Die Abgrenzung, wann die Tathandlung „unter Verwendung“ bzw. „unter Vorlage“ falscher usw. Erklärungen/Unterlagen begangen wird, scheint unklar. Sollte die Formulierung „unter Verwendung“ iS von „Benützen“ nach dem Begriffsverständnis des § 147 Abs 1 Z 1 StGB (also iS eines tatsächlichen Gebrauchens; *Flora* in Leukauf/Steininger, StGB⁴ § 147 Rz 13 mwN) zu verstehen sein, könnte die (davon dann umfasste) „Vorlage“ wohl gestrichen werden. Wäre damit (was der Wortlaut impliziert) hingegen – wie etwa in § 39 Abs 1 FinStrG (zum Diskussionsstand dort *Lässig* in Höpfel/Ratz, WK² FinStrG § 39 Rz 6 [Stand: 1.Juni 2018] und *Kotschnigg* in Tannert/Kotschnigg, FinStrG § 39 Rz 198 ff [Stand: 1.März 2017]) – gemeint, dass es gar nicht auf die tatsächliche Vorlage, sondern nur auf die Produzierung falscher usw. (zumindest) Unterlagen ankommt, wäre ein entsprechender Hinweis in den Erläuterungen zur Vermeidung von Auslegungsschwierigkeiten hilfreich.

Offen lassen die Erläuterungen auch, wann Erklärungen/Unterlagen „falsch“, „unrichtig“ oder „unvollständig“ sind. Sollte „falsch“ (wie z.B. in §§ 264, 288 f, 297 StGB) iS von „objektiv unrichtig“ zu verstehen sein, kann das Wort entfallen; sollte es (wie z.B. in §§ 223, 224a, 225a StGB) iS von „unecht“ gemeint sein, könnte dies deutlich(er) zum Ausdruck gebracht werden. Informationspflichten werden wohl regelmäßig (nur) in Zusammenhang mit Erklärungen oder Unterlagen verletzt; dann werden diese aber zugleich auch „unvollständig“ sein. Unklar ist schließlich, was mit dem Wort „spezifisch“ ausgedrückt werden soll. Dass den Täter/die Täterin selbst eine Informationspflicht treffen muss, ergäbe sich begrifflich wohl schon aus der Tathandlung des „Verletzens“. Eine allfällige Strafbarkeit durch Unterlassen setzt nach § 2 StGB eine Rechtspflicht zur Aufklärung voraus, wobei der Betroffene für den eingetretenen Erfolg ohnedies nur so weit einzustehen hat, als es dem spezifischen Zweck der ihn treffenden Garantenpflicht entspricht (vgl. *Stricker* in Leukauf/Steininger, StGB⁴ § 2 Rz 28).

Nach dem Wort „Unterlagen“ hat das Wort „Mittel“ zu entfallen.

Zu Z 2:

Fraglich scheint die Abgrenzung zum Tatbestand des Förderungsmissbrauchs nach § 153b StGB, soweit die betreffenden Mittel – iW – aus dem Haushalt der Union stammen. Eine

Förderung ist nach § 153b Abs 5 StGB (mit hier nicht interessierenden Ausnahmen) eine Zuwendung, die zur Verfolgung öffentlicher Interessen aus öffentlichen Haushalten (dazu gehören der Gesamthaushaltplan der Europäischen Gemeinschaften und die Haushalte, die von den Europäischen Gemeinschaften oder in deren Auftrag verwaltet werden) gewährt wird und für die keine angemessene geldwerte Gegenleistung erbracht wird. Pönalisiert ist die missbräuchliche Verwendung einer gewährten Förderung zu anderen Zwecken als zu jenen, zu denen sie gewährt wurde (§ 153b Abs 1 StGB). Nach dem vorgeschlagenen § 168c Abs 1 Z 2 (der nach den Erläuterungen S. 3 den „vergabeunabhängigen Förderungsmissbrauch zum Nachteil von EU-Mitteln“ regelt) soll strafbar sein, wer in Bezug auf Ausgaben, die nicht in Zusammenhang mit einer Auftragsvergabe stehen, Mittel oder Vermögenswerte aus dem Gesamthaushalt der Union oder aus den Haushalten, die von der Union oder in deren Auftrag verwaltet werden, zu anderen Zwecken als jenen, für die sie ursprünglich gewährt wurden, missbräuchlich verwendet. Weil nach Art 101 Abs 1 der Verordnung (EU, EURATOM) Nr. 966/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 öffentlichen Aufträgen entgeltliche Verträge zur Beschaffung von beweglichen oder unbeweglichen Gütern, Bauleistungen oder Dienstleistungen gegen Zahlung eines ganz oder teilweise aus dem Haushalt finanzierten Betrags zu Grunde liegen und § 168c Abs 1 auf Ausgaben, die nicht in Zusammenhang mit einer Auftragsvergabe (und somit ebenfalls nicht im Zusammenhang mit einem entgeltlichen Austauschverhältnis stehen) abstellt, erscheinen die Regelungsbereiche des § 153b StGB und des § 168c Abs 1 Z 2 zumindest teilweise deckungsgleich.

Dass die Überschrift des § 168c einen auf missbräuchliche Verwendung von Mitteln der Europäischen Union abstellenden Regelungsinhalt – diesen würde der Rechtsanwender wohl zunächst bei dem mit „Missbräuchliche Verwendung von Mitteln und Vermögenswerten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Europäischen Union“ übertitelten § 168d suchen – nicht erwarten lässt, wurde bereits angemerkt.

Zu Abs 2:

Die Normierung des Vorsatzerfordernisses der Absicht (iS des § 5 Abs 2 StGB), sich oder einen Dritten unrechtmäßig zu bereichern, entspricht zwar dem Wortlaut des Art 3 Abs 2 lit b der PIF-Richtlinie und mag – weil Abs 2 lit a leg. cit. (und folglich auch § 168c Abs 1) insoweit gerade kein Vorsatzerfordernis statuiert –, nachvollziehbar sein, erscheint aber (zumindest bezogen auf § 168c Abs 1 Z 1) mit Blick auf §§ 146 ff StGB dennoch systemfremd und insgesamt wenig sachgerecht. Weil die PIF-Richtlinie (auch) insoweit nur Mindestvorschriften vorgibt (s. Erwägungsgrund 16 und insbesondere auch Art 3 Abs 2 lit b erster Satz: „... zumindest wenn sie in der Absicht begangen wird...“) stünde einer richtlinienkonformen Umsetzung die (freilich strafbarkeitserweiternd wirkende) Normierung eines auf unrechtmäßige Bereicherung gerichteten (bloßen Eventual-)Vorsatzes (§ 5 Abs 1 StGB) nicht entgegen.

Indem in § 168c Abs 2 pauschal auf die Tathandlungen des Abs 1 verwiesen wird, geht der Entwurf über die aus Art 3 Abs 2 lit b iii) der PIF-Richtlinie, wonach (gerade anders als bei Art 3 Abs 2 lit a iii)) die finanziellen Interessen der Union durch die missbräuchliche Verwendung der Mittel oder Vermögenswerte geschädigt werden müssen, erfließende Umsetzungsverpflichtung hinaus. Eine Begründung dafür findet sich in den Erläuterungen nicht.

Zu Abs 3 und Abs 4:

Das Einziehen einer dem StGB fremden (weiteren) Wertgrenze von EUR 100.000,00 ist der Umsetzung der Richtlinie geschuldet und daher hinzunehmen. Zur Klarstellung könnte in Abs 4 nach der Wortfolge „die Tat“ – wie in Abs 3 – der Klammerausdruck „(Abs. 1 oder 2)“ eingefügt werden.

Zu § 168d:

Zu Abs 1:

Zu hinterfragen ist die beinahe wörtliche Übernahme des Tatbestands aus Art 4 Abs 3 der PIF-Richtlinie. Dies zeigt sich plastisch etwa daran, dass die (aus sich heraus nicht sogleich verständliche) Tathandlung des „Bindens von Mitteln entgegen ihrer Zweckbestimmung“ in den Erläuterungen (S. 5 vorletzter Absatz) dahin erklärt wird, dass damit – nach der Konsultation anderer Sprachfassungen der PIF-Richtlinie – die Überweisung der Mittel bzw. Vermögenswerte gemeint sei. Dieser Regelungsinhalt sollte sich unmittelbar aus dem Gesetzestext (und nicht erst aus den Erläuterungen) ergeben. Es wird daher vorgeschlagen, das Wort „bindet“ durch „überweist“ zu ersetzen oder (weil „Überweisen“ wohl nur einen Unterfall der „Auszahlung“ darstellt) überhaupt ersatzlos zu streichen.

Zum (fraglichen) Bedarf an einer Differenzierung zwischen „Mitteln“ und „Vermögenswerten“ (in der Überschrift und in Abs 1) darf auf die zu § 168c Abs 1 geäußerten Bedenken verwiesen werden. In Abs 1 des § 168d wird zudem (wiederum aus der Richtlinie übernommen) weiters zwischen Mitteln und „sonstigen“ Vermögenswerten differenziert, was um so mehr nahelegt, dass es sich bei „Mitteln“ lediglich um einen Unterfall von „Vermögenswerten“ handelt, die offenbar nur die „Besonderheit“ aufweisen, überwiesen („gebunden“) oder ausbezahlt werden zu können.

Abschließend darf auf (insbesondere Druck-)Fehler in den Beilagen hingewiesen werden; so – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – etwa:

in „Vorblatt und Wirkungsorientierte Folgenabschätzung“:

- „bugdetär“ in der letzten Zeile des zweiten Absatzes der Problemanalyse
- Im Deutschen werden laut Duden im Allgemeinen die Anführungszeichen „...“ und nicht „...“ gesetzt (mehrfach; auch in den Erläuterungen).

in den Erläuterungen:

- Seite 1 letzter Absatz und Seite 2 erste Zeile: Bestechungs-Übereikommen (drei Mal)

- Seite 2 dritter Absatz:
 - nach „JMZ 318025L/14/II 1/2008“ ist die Klammer zu schließen
 - letzte Zeile: nach „GP“ hat (laut AZR) der Beistrich zu entfallen
- Seite 2 letzte Zeile: „Gemeinschfts-“
- Seite 3 erster Absatz letzte Zeile: „sind“ statt „ist“
- Seite 3 vorletzter Absatz: nach „GP“ hat der Beistrich zu entfallen, bei „unrechtmäßiger Erlangung“ wurden die Anführungszeichen mit „...“ gesetzt
- Seite 4 dritte Zeile von oben: nach „GP“ hat der Beistrich zu entfallen
- Seite 4 zweiter Absatz zweite Zeile: PIF-Übereikommens
- Seite 4 fünfter Absatz: nach „bei einem EUR 300 000 übersteigenden Schaden eine“ hat das Wort „der“ zu entfallen
- Seite 5 zweiter Absatz zweite Zeile: nach „Abs. 1 verwiesen“ fehlt das Wort „werden“
- Seite 5 Absatz 3: im letzten Satz wird drei Mal das Wort „auch“ verwendet
- Seite 5 unter „Zu Z 3 (§ 168d StGB)“:
 - erster Absatz: „der missbräuchlichen Verwendung ...“ statt „der Missbräuchliche Verwendung ...“
 - dritter Absatz erste Zeile: das Wort „aus“ nach „Vorgaben“ hat zu entfallen
 - letzter Absatz letzter Satz: die Schriftgröße ist jener des übrigen Texts anzupassen

Der Vorsitzende:

Dr. Manfred Scaria

Elektronisch gefertigt !