

Ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Tipold
Institut für Strafrecht und Kriminologie
Universität Wien
Schenkenstraße 4
1010 Wien



An das
Bundesministerium für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz

Begutachtung des Bundesgesetzes, mit dem das Strafgesetzbuch zur Umsetzung der Richtlinie über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug geändert wird
BMVRDJ – S884.020/0001-IV 1/2019

Wien, am 29. Juli 2019

Im Folgenden erlaube ich mir, eine Stellungnahme zu dem vorliegenden Entwurf abzugeben. Da es um die Umsetzung einer Richtlinie geht, ist es nötig, deren Vorgaben einzuhalten. In dieser Stellungnahme sollen aber auch konstruktive Vorschläge gemacht werden, wie man meines Erachtens die Vorgaben besser in das österreichische Recht einpassen könnte und deren Fremdkörpercharakter reduzieren könnte. Damit soll aber einzig eine Diskussion angeregt werden

A. Druckfehlerhinweise:

1. Auf die unbeabsichtigte Verwendung des Begriffs „Gemeinschaftsbeamter“ hat bereits die *Generalprokuratur* in ihrer Stellungnahme 1/SN-161/ME hingewiesen.
2. In § 168c Abs 1 Z 1 sind nach „Unterlagen“ noch „Mittel“ genannt, die wohl dort nicht hingehören.

B. Zu § 168c StGB/ME

I. Zum Verhältnis zum Altbestand des StGB:

1. Überschneidungen mit dem Betrug hinsichtlich des Abs 1 Z 1 und dem Förderungsmisbrauch nach § 153b StGB hinsichtlich des Abs 1 Z 2 sind offensichtlich. Die Tathandlung des Zurückbehaltens in Abs 1 Z 1 fällt nicht unter § 153b StGB, könnte aber unter Betrug fallen, und zum Teil durchaus durch Tun, wenn man im Unterlassen der Geltendmachung von Rückzahlungsansprüchen einen Schaden sieht.
2. Hinsichtlich des Betruges ist die Gestaltung des subjektiven Tatbestands auffällig: Abs 1 kennt keinen Bereicherungsvorsatz, Abs 2 verlangt Bereicherungsabsicht, für

§ 146 StGB genügt diesbezüglich Eventualvorsatz. Die Tathandlungen sind in Abs 1 Z 1 spezifiziert mit Verwendung oder Vorlage falscher, unrichtiger oder unvollständiger Erklärungen oder Unterlagen oder der Verletzung einer spezifischen Informationspflicht. Betrug verlangt nur die Täuschung über Tatsachen, mit einzelnen vorgeschlagenen Handlungsmodalitäten ist aber bereits die Qualifikation des § 147 Abs 1 Z 1 StGB erfüllt, die der Entwurf gerade nicht kennt.

3. Hinsichtlich des Förderungsmissbrauchs verlangt nur § 168c Abs 2 Bereicherungsabsicht, während eine solche weder in Abs 1 noch in § 153b StGB vorgesehen ist. Wesentlich ist noch der Unterschied in der Strafdrohung für die zweite Schadensqualifikation.
4. § 168c Abs 1 Z 1 und Abs 2 kennen keine mit § 153b Abs 2 StGB vergleichbare Ausdehnung auf leitende Angestellte. Allerdings scheint dies angesichts des unterschiedlichen Wortlautes auch nicht nötig. Vom Wortlaut wäre auch der Dieb dieser Vermögenswerte erfasst, wenn er mit Vorsatz darauf handelt, dass die Werte aus dem Unionshaushalt iwS stammen. Das ist allerdings weder sinnvoll noch europarechtlich geboten.
5. Die Materialien wollen diese neuen Tatbestände als *lex specialis* ansehen – wenn der OGH seiner engen, sehr formalistischen Sicht folgt, dann wird er die Spezialität verneinen und zumindest in dem einen oder anderen Fall zu echter Konkurrenz kommen, was letztlich wertungsmäßig ebenfalls bedenklich erscheint. Es ist auch nicht zu erwarten, dass der OGH die Bestimmungen als selbständige Abwandlung von Betrug und Förderungsmissbrauch ansehen wird.
6. Entscheidend für die Abgrenzung zwischen den beiden Grunddelikten des § 168c ist der Zusammenhang mit einer Auftragsvergabe. Und diese Abgrenzung ist entscheidend, weil nur Abs 2 einen Bereicherungsvorsatz in Form der Absicht verlangt. Ob der Zusammenhang mit einer Auftragsvergabe es sachlich rechtfertigen kann, beim erweiterten Vorsatz zu differenzieren, erscheint mehr als zweifelhaft – Vorgaben einer Richtlinie rechtfertigen dies vielleicht formal, aber nicht sachlich.
7. Angesichts dessen erscheint es sinnvoll, die Bestimmungen an das geltende Recht anzupassen.

II. Kleine Verbesserungs- bzw Verböserungsideen:

1. In § 168c Abs 2 sollte jedenfalls nicht Bereicherungsabsicht erforderlich sein, Eventualvorsatz würde genügen. Damit würde der Unterschied zu § 146 StGB als auch zu § 153b StGB etwas reduziert. Auch wäre diese Lösung nicht europarechtswidrig und eine Evaluierung würde hier keine Probleme bereiten.
2. Überlegenswert wäre die Anwendung der tätigen Reue gemäß § 167 StGB auf die neue Bestimmung, die unabhängig von einer solchen Reuemöglichkeit wie das gesamte österreichische Vermögensstrafrecht wirksam, verhältnismäßig und abschre-

ckend wirkt. So gesehen wäre das nicht europarechtswidrig, mag auch ein Erklärungsbedarf im Zuge einer Evaluierung entstehen.

3. Die derzeitige Positionierung als § 168c erscheint angesichts der Nähe zum Betrug aber auch zu § 153b StGB als Verlegenheitslösung. Überlegenswert wäre, die Regelung als § 148b StGB einführen.
4. Um den Spezialitätsgedanken zu fördern, könnte man – wie wohl dies von der Richtlinie nicht vorgeschlagen ist – die Qualifikationen des § 147 Abs 1 Z 1 StGB einbauen. So könnte dem Abs 3 ein 2. Satz angehängt werden: *„Ebenso ist zu bestrafen, wer für die Tat (Abs. 1 Z. 1 und Abs 2 in Verbindung mit Abs. 1 Z. 1) eine falsche oder verfälschte Urkunde, falsche oder verfälschte Daten oder ein anderes solches Beweismittel benützt.“*

III. Radikalvorschlag:

1. Der Zusammenhang mit einer Auftragsvergabe ist nach dem Entwurf dafür entscheidend, ob ein Bereicherungsvorsatz vorliegen muss oder nicht. Das ist sachlich nicht zu rechtfertigen. Man könnte den Zusammenhang mit der Auftragsvergabe streichen und auf den erweiterten Vorsatz zur Gänze verzichten. Dann ist Abs 2 unnötig. Immerhin muss sich der Vorsatz auf „unrechtmäßig“ beim Erlangen oder Zurückbehalten beziehen. Damit erscheint der Unterschied ohnedies gering. Da eine Übererfüllung vorliegt, kann diese Änderung auch einer Evaluierung standhalten und der Erklärungsbedarf erscheint gering.
2. Folgt man diesem Gedanken, dann kann man die Ziffern in § 168c Abs 1 auflösen und die Z 2 des Abs 1 zu einem Abs 2 machen. Dann wäre im Übrigen auch die Formulierung hinsichtlich der an § 147 Abs 1 Z 1 StGB angelehnten Qualifikation leichter.
3. Weiters erscheint überlegenswert, ob man nicht den Inhalt des § 168c Abs 1 Z 2 und jenen des derzeitigen § 153b StGB zusammenfügt. Da man die Position des § 153b StGB für den vorgeschlagenen § 168d verwenden könnte, wäre eine Vorverlagerung des bisherigen § 153b StGB zum Betrug sinnvoll. Da die Verankerung des Förderungsmisbrauchs an seiner derzeitigen Stelle nicht so stark ist, dürfte der Gewöhnungsaspekt nicht dagegen sprechen.
4. Demnach könnten die Bestimmungen lauten:

„Ausgabenseitiger Betrug zum Nachteil der finanziellen Interessen der Europäischen Union

§ 148b. (1) Wer Mittel oder Vermögenswerte aus dem Gesamthaushalt der Union oder aus den Haushalten, die von der Union oder in deren Auftrag verwaltet werden, unter Verwendung oder Vorlage falscher, unrichtiger oder unvollständiger Erklärungen oder Unterlagen Mittel oder unter Verletzung einer spezifischen Informati-

onspflicht unrechtmäßig erlangt oder zurückbehält, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

(2) Wer für die Tat eine falsche oder verfälschte Urkunde, falsche oder verfälschte Daten oder ein anderes solches Beweismittel benützt oder die Tat im Rahmen einer kriminellen Vereinigung begeht oder durch die Tat einen 5 000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.

(3) Wer durch die Tat einen 100 000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren, wer durch die Tat einen 300 000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt, mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen.

EU-Mittel- und Förderungsmissbrauch

§ 148c. (1) Wer Mittel oder Vermögenswerte aus dem Gesamthaushalt der Union oder aus den Haushalten, die von der Union oder in deren Auftrag verwaltet werden, oder eine ihm gewährte Förderung zu anderen Zwecken als jenen, für die sie ursprünglich gewährt wurden, missbräuchlich verwendet, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

(2) Nach Abs. 1 ist auch zu bestrafen, wer die Tat als leitender Angestellter (§ 74 Abs. 3) einer juristischen Person oder einer Personengemeinschaft ohne Rechtspersönlichkeit, der die Mittel oder die Förderung gewährt wurde, oder zwar ohne Einverständnis mit demjenigen, dem die Förderung gewährt wurde, aber als dessen leitender Angestellter (§ 74 Abs. 3) begeht.

(3) Wer die Tat einen 5 000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.

(4) Wer durch die Tat einen 100 000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren, wer durch die Tat einen 300 000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt, ist mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen.

(5) Eine Förderung ist eine Zuwendung, die zur Verfolgung öffentlicher Interessen aus öffentlichen Haushalten gewährt wird und für die keine angemessene geldwerte Gegenleistung erbracht wird; ausgenommen sind Zuwendungen mit Sozialleistungscharakter und Zuschüsse nach § 12 des Finanz-Verfassungsgesetzes 1948. Öffentliche Haushalte sind die Haushalte der Gebietskörperschaften, anderer Personen des öffentlichen Rechts, mit Ausnahme der Kirchen und Religionsgesellschaften, sowie der Gesamthaushaltsplan der Europäischen Gemeinschaften und die Haushalte, die von den Europäischen Gemeinschaften oder in deren Auftrag verwaltet werden.“

5. Natürlich sollte hier § 167 StGB entsprechend angepasst und um diese Bestimmungen erweitert werden.

6. Dieser Vorschlag ist ein Radikalvorschlag, der auch zu einer Strafbarkeitserweiterung führt, was an sich gegen ihn spricht. Auch führt er im Zusammenhang mit der Förderung zu wahrscheinlich unnötigen Verdoppelungen, die noch abgeschliffen werden könnten. Er ist aber von dem Willen getragen, eine Einpassung des Gewünschten in das geltende StGB zu erreichen, und dennoch die Vorgaben mit ausreichender Deutlichkeit umzusetzen, um so einen Erklärungsbedarf im Zuge von Evaluierungen durch vielleicht nicht ganz verständige Prüfer zu reduzieren. Der Vorschlag versteht sich als Diskussionsgrundlage.

C. Zu § 168d StGB/ME

I. Zum Verhältnis zum Altbestand des StGB:

1. Mit dem Vorschlag soll der schädigende Amtsträger bestraft. Von den Tathandlungen dürfte es keine Überschneidungen mit § 168c StGB geben, so dass der Amtsträger, der Mittel vorsätzlich nicht zurückfordert, uU als Beitragstäter zu § 168c StGB strafbar sein könnte.
2. Überschneidungen kann es aber zur Untreue des § 153 StGB, allenfalls auch zur Veruntreuung nach § 133 StGB geben. Hier dürfte § 168d StGB tatsächlich *lex specialis* sein, obwohl diese Bestimmung im Unterschied zu § 153 StGB kein Wissentlichkeitserfordernis enthält und im Unterschied zu § 133 keinen Bereicherungsvorsatz. Daher erscheint hier eine Radikallösung unnötig.

II. Kleine Verbesserungsideen:

1. Auch hier ist die Einordnung als § 168d StGB eine Verlegenheitslösung. Wegen der Nähe zur Untreue wäre eine Einordnung in deren Nähe sinnvoll. Folgt man dem oben genannten Radikalvorschlag, könnte § 168d StGB komplett auf den Platz des § 153b StGB verlagert werden.
2. Auch hier erscheint die Eröffnung der Tätigen Reue iSd § 167 StGB sinnvoll.

D. Zu den Beamten- und Amtsträgerbegrifflichkeiten

1. Die bisherige Aufzählung betreffend die Mitglieder der Kommission, des Europäischen Parlaments, des Gerichtshofs und des Rechnungshofs der Europäischen Gemeinschaften sowie die Organwalter und Bediensteten des Europäischen Polizeiamtes (Europol) fehlt in dieser neuen Definition. Falls dies unschädlich ist, soll es so sein.

E. Zum Entwurf als Ganzem:

1. Die Notwendigkeit der vorgeschlagenen Anpassung erscheint genau genommen wohl nur aus Evaluierungsgründen erforderlich, weil Prüfer am liebsten eine Abschreibung und nicht eine Einpassung in das jeweils geltende nationale Recht erwarten. Das zeugt von schlechter Jurisprudenz bei diesem Personenkreis. So werden aber Ei-

genwilligkeiten nötig, die zum nationalen Gesetz nicht passen. Selbst wenn man sich bemühte, die Vorgaben, so gut es geht, in das österreichische StGB zu integrieren, blieben Spannungen erhalten. Hilflosigkeit seitens der Normsetzer führt zur Hilflosigkeit seitens der Normenvollzieher – so etwas sollte eigentlich weitgehend vermieden werden, vor allem dann, wenn der Nutzen der Änderungen null ist. Aber man muss dies wohl hinnehmen.

2. In der Stellungnahme wurde versucht, etwas mehr Anpassung durchzuführen und die Eigenwilligkeiten etwas abzuschleifen und dennoch derartigen Evaluatoren ausreichend Abschreibübung vor Augen zu halten. Es ist aber nur ein Versuch, der als Diskussionsgrundlage dient und der den Nachteil hat, strafbarkeitsausdehnend zu wirken. Es wäre aber schön, wenn er eine allfällige Diskussion befruchtet.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Alexander Tipold