

## Subventionspolitik und Subventionskriminalität

– Zur Legitimität und Rationalität des Subventionsbetrugs (§ 264 StGB) –<sup>1</sup>

Gegenstand des Beitrags ist die Frage, ob der Straftatbestand des Subventionsbetrugs (§ 264 StGB) in seiner geltenden Fassung Bestandteil eines rationalen, legitimen Strafrechts sein kann. Die Frage wird unter strafrechtstheoretischen und verfassungsrechtlichen Aspekten verneint. Das Vermögen des Subventionsgebers und die Erreichung der Subventionsziele können und sollten primär durch Regelungen außerhalb des materiellen Strafrechts effizient geschützt und gefördert werden. Sekundär bietet der Straftatbestand des Betrugs (§ 263 StGB) gegen gezielte Angriffe auf das Vermögen des Subventionsgebers ausreichend Schutz.

### I. Vorbemerkung

Der Gesetzgeber beschränkt sich schon lange nicht mehr auf die Idee eines Kernstrafrechts. Vielmehr trägt er seit Jahrzehnten erkannten oder vermeintlich neuen Gefährdungslagen durch ständige Verschärfung und Ausdehnung des materiellen Strafrechts Rechnung. Insbesondere auf dem Gebiet des „Wirtschaftsstrafrechts“<sup>2</sup> ist der Gesetzgeber in diesem Sinne aktiv.<sup>3</sup> Das Tun des Gesetzgebers erfährt in der jüngeren Zeit die weitgehende Zustimmung der Strafrechtswissenschaft. Die kritischen Stimmen, die noch in den späten achtziger Jahren und den frühen neunziger Jahren des letzten Jahrhunderts eine Beschränkung der Tätigkeit des Gesetzgebers angemahnt und sich hierfür auf fundamentale Grundsätze eines rechtsstaatlichen Strafrechts berufen haben, fanden – leider – nicht nur wenig Resonanz, sondern sind weitgehend verstummt.

In Zeiten der Globalisierung, des Zusammenwachsens Europas und der damit einhergehenden rechtlichen Vorgaben aus Brüssel – auch für den Strafgesetzgeber – sowie einer weiter zunehmenden Komplexität der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen stellt sich die Frage dringlicher denn je, ob das materielle Strafrecht ungehindert wuchern darf. Die Antwort kann nur Nein lauten. Der gesetzgeberische Ansatz, die komplexen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Entwicklungen simultan auch strafrechtlich durchbuchstabieren zu wollen, ist mit einem rechtsstaatli-

1 Dem Beitrag liegt der Vortrag zugrunde, den die Autorin in der Disputation am Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität gehalten hat. Die Dissertation wird demnächst unter dem Titel „Subventionspolitik und Subventionskriminalität – Zur Legitimität und Rationalität des Subventionsbetruges (§ 264 StGB) –“ in den Frankfurter kriminalwissenschaftlichen Studien, Band 127, Peter Lang-Verlag, Frankfurt am Main erscheinen.

2 Einen einheitlichen allgemeinen materiellen Begriff des Wirtschaftsstrafrechts gibt es bislang weder im kriminologischen noch im strafrechtlichen Schrifttum; siehe *Grunst/Volk*, in: *Volk (Hg.)*, Münchener Anwaltshandbuch, Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 2006, § 1 Rn 4.

3 Vgl. *Grunst/Volk* aaO., § 1 Rn 18.

chen, die verfassungsrechtlich garantierten Freiheiten des Einzelnen respektierenden Strafrecht unvereinbar.

Um dem phänomenologisch getriebenen Strafgesetzgeber Grenzen aufzuzeigen, muss die Frage nach den Maßstäben für ein rational begründetes Strafrecht wieder in den Mittelpunkt der Diskussion gerückt werden. Auch wenn es nicht „die“ Legitimationsgrundlage des Strafrechts gibt, steht fest, dass die personale Rechtsgutslehre mit ihrem strafrechtskritischen Potential jedenfalls eine der Legitimationsgrundlagen ist.<sup>4</sup> Des Weiteren sind die strafrechtslimitierenden Vorgaben des Europarechts und des Verfassungsrechts in die Betrachtung mit einzubeziehen.

## *II. Der Straftatbestand des Subventionsbetrugs (§ 264 StGB)*

Anhand des Straftatbestands des Subventionsbetrugs lassen sich viele – wenn auch nicht alle – Probleme des Wirtschaftsstrafrechts exemplarisch aufzeigen und diskutieren. Hierzu zählen neben den Auseinandersetzungen, ob die Wirtschaftsdelikte Individualrechtsgüter oder Universalrechtsgüter schützen, die Diskussion über die Deliktsstruktur von Wirtschaftsdelikten und die Schleifung von Tatbestandsvoraussetzungen. Schließlich kann exemplarisch am Tatbestand des Subventionsbetrugs die Problematik der sog. Überwachungs- und Kontrollkriminalität diskutiert werden.

Der Gesetzgeber hat mit dem Ersten Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 29.7.1976<sup>5</sup> den Tatbestand des Subventionsbetrugs in das StGB eingefügt. Maßgeblich für die Einführung des § 264 StGB war die Wahrnehmung, mit der zunehmenden Vergabe von Subventionen wachse auch deren Missbrauch. Spektakuläre Fälle, insbesondere in der Agrarwirtschaft und dem Verkehrs- und Wohnungswesen, die in der Öffentlichkeit große Beachtung fanden, zeigten, dass entsprechende Sachverhalte unter den Betrugstatbestand (§ 263 StGB) nicht oder nur mit Schwierigkeiten zu subsumieren waren. Dieser Gemengelage hat der Gesetzgeber mit der Einführung eines Tatbestands im Vorfeld des § 263 StGB Rechnung tragen wollen, der auf die klassischen Betrugstatbestandsmerkmale Irrtum, Vermögensschaden einschließlich der diesbezüglichen Kausalitäten sowie des darauf gerichteten Vorsatzes und einer Bereicherungsabsicht verzichtet. Kennzeichnend für den § 264 StGB ist dementsprechend die Pönalisierung allein einer (ggf. auch nur leichtfertigen) Täuschungshandlung. Ferner ist § 3 SubVG beachtlich, der eine Anzeigepflicht für Subventionsnehmer bei nachträglichem Wegfall der Vergabevoraussetzungen oder bei zweckwidriger Verwendung von Subventionen begründet. § 4 SubVG untersagt schließlich Scheingeschäfte und den Missbrauch von Umgehungsgeschäften.

Ein solcher Tatbestand ist für den Normadressaten fatal: Allein der Nachweis von auch nur leichtfertigen unrichtigen oder unvollständigen Angaben rechtfertigt seine Verurteilung. Für das „Ob“ der Strafbarkeit ist es irrelevant, ob eine Person in der Sphäre des Subventionsgebers einem Irrtum erlegen ist und ob der Subventionsgeber überhaupt einen Schaden erlitten hat. Die Strafbarkeit ist selbst dann begründet, wenn bei zutreffenden Angaben die Subvention hätte gewährt werden können. Hierdurch wird den Er-

4 Eingehend *Benthin* aaO., lit. E.

5 BGBI. I 1976, S. 2043.

mittlungsbehörden ein Tatnachweis extrem erleichtert. Die Verteidigung gegen den Ermittlungs- bzw. Anklagevorwurf ist erheblich eingeschränkt. In der Praxis bleibt in aller Regel nur eine sog. Strafmaßverteidigung, bei der immerhin die Fragen eines Irrtums des Subventionsgebers und die Höhe des verursachten Schadens noch von Bedeutung sind.

Wegen der weiten Vorverlagerung des Vollendigungszeitpunkts auf den Abschluss der Täuschungshandlung, die einerseits eine Versuchsstrafbarkeit obsolet macht, andererseits aber die Möglichkeiten des Rücktritts ausschließt, hat der Gesetzgeber den Strafaufhebungsgrund der tätigen Reue installiert (§ 264 Abs. 5 StGB). Auch hierdurch werden die Ansätze für eine erfolgreiche Verteidigung des Beschuldigten (weiter) eingeschränkt. Das EG-FinanzschutzG hat schließlich den Subventionsbegriff auf alle nach dem Recht der EG gewährten Subventionen ausgedehnt (§ 264 Abs. 7 Nr. 2 StGB) und zudem die Tathandlungsalternative der Zweckentfremdung von Subventionen (§ 264 Abs. 1 Nr. 2 StGB) geschaffen.<sup>6</sup>

### *III. Das Subventionswesen und die Subventionskriminalität*

Bevor die vorstehenden Aspekte untersucht werden, soll der Blick noch kurz auf das Subventionswesen, die Subventionspolitik und die in der Kriminal- sowie der Strafverfolgungsstatistik abgebildete Kriminalität gerichtet werden.

Allein der Bund gewährte 2008 Finanzhilfen und Steuervergünstigungen in Höhe von ca. 21 Milliarden Euro.<sup>7</sup> Von den Hilfen des Bundes profitieren insbesondere Unternehmen. Die gewerbliche Wirtschaft wurde 2008 mit ca. 15 Milliarden Euro begünstigt.<sup>8</sup> Die Bundesregierung hat im Frühjahr 2009 einen Fonds mit 100 Milliarden Euro eingerichtet, mit dem Ziel, den wirtschaftlichen Kollaps zu verhindern.

Die Polizeiliche Kriminalstatistik weist für das Jahr 2004 „nur“ 657 registrierte Fälle des Subventionsbetrugs aus.<sup>9</sup> Der hierdurch verursachte Gesamtschaden wird dort auf über 75 Millionen Euro beziffert.<sup>10</sup> In jenem Jahr erfolgten aber gerade einmal 105 Verurteilungen, überwiegend zu Geldstrafen.<sup>11</sup> In den nachfolgenden Jahren hat die registrierte Subventionskriminalität zugenommen. Für das Jahr 2007 sind 847 Fälle des Subventionsbetrugs in der Polizeilichen Kriminalstatistik ausgewiesen, die einen Gesamtschaden von über 116 Millionen Euro verursacht haben sollen.<sup>12</sup> Demgegenüber ist die Zahl der Verurteilungen auch in diesem Jahr gering; es erfolgten 198 Verurteilungen, wiederum überwiegend zu Geldstrafen.<sup>13</sup> Das Delta zwischen vermuteter Sub-

6 BGBI. II. 1998, S. 2322.

7 Bericht der Bundesregierung über die Entwicklung der Finanzhilfen des Bundes und der Steuervergünstigungen für die Jahre 2005 bis 2008, Einundzwanziger Subventionsbericht (BT-Drs. 16/6275).

8 Einundzwanziger Subventionsbericht aaO., S. 5.

9 Bundeskriminalamt, Polizeiliche Kriminalstatistik, Berichtszeitraum 2004, Tabelle 01.

10 Bundeskriminalamt, Polizeiliche Kriminalstatistik, Berichtszeitraum 2004, Tabelle 07.

11 Statistisches Bundesamt, Fachserie 10/Reihe 3, Rechtspflege, Strafverfolgung 2004, S. 37, 66, 96, 156.

12 Bundeskriminalamt, Polizeiliche Kriminalstatistik 2007, Berichtszeitraum 2007, Tabelle 07.

13 Statistisches Bundesamt, Fachserie 10/Reihe 3, Rechtspflege, Strafverfolgung 2007, S. 37, 68, 101, 164.

ventionskriminalität einerseits und den geringen Fallzahlen andererseits lässt manche ein erhebliches Dunkelfeld in der Größe von 400 % bis 900 % vermuten.<sup>14</sup>

Die öffentliche Hand wird allerdings nicht nur durch Subventionsbetrügereien geschädigt. Otto und Tiedemann haben aufgezeigt, dass ein Schwachpunkt der Bekämpfung der Subventionskriminalität (auch) die tatsächliche Vergabepraxis ist. Ebenfalls werden Gelder vom Subventionsgeber für Zwecke eingesetzt, die strukturelle Fehlentwicklungen begünstigen. Aus nur vorübergehend gedachten Anpassungshilfen werden leicht ständige Erhaltungshilfen. 2008 machten nach wie vor Erhaltungshilfen den größten Anteil der vergebenen Subventionen aus.<sup>15</sup> Die damit verbundenen Probleme sind bekannt: Verzerrung von Anreizsystemen und Beeinträchtigung der Entstehung neuer Arbeitsplätze, verringerte Exportchancen der Entwicklungsländer. Nichtsdestotrotz sieht ein Großteil der Politik in Krisenzeiten – auch in der Wirtschaftskrise 2009 wieder – in den Subventionen einen Rettungssanker für eine Wirtschaft am Abgrund. Aber gerade in den „Zeiten der Abwrackprämie“ sollten die Warnungen, z.B. vom OECD-Chefökonom Schmidt-Hebbel, vor langfristigen Schäden durch Subventionierung kriselnder Branchen nicht in den Wind geschlagen werden.<sup>16</sup> Vermutlich weniger die mahnenden Worte, sondern der durch die Griechenland-Krise ausgelöste Schock, hat in jüngster Zeit wieder eine Diskussion über eine Rückführung der Subventionen in Gang gesetzt.

Lässt man die tagespolitischen Schwankungen in der Diskussion über den Sinn oder Unsinn von Subventionen außen vor, drängt sich mit Blick auf die Historie des § 264 StGB eine Parallele von Subventionspolitik und Strafrechtspolitik auf. Beide Felder sind geprägt durch Aktionismus und Staatsgläubigkeit. Die Subventionsberichte der Bundesregierung erwecken den Eindruck, als habe der Staat alles im Griff. Es wird entlastet, gefördert und sozial abgesichert, Zuschüsse werden gewährt, Nachteile ausgeglichen, unerwünschte Marktergebnisse korrigiert und kurzerhand wird auch mal die Wirtschaftsstruktur verbessert. Die Strafgesetzgebung und die strafrechtspolitische Diskussion suggerieren einen effektiven Kampf gegen die organisierte Kriminalität und die Wirtschaftskriminalität, der mit der Waffe von mehr und schärferen Strafgesetzen geführt wird. Der Glaube an das Steuerungsinstrument Strafrecht ist nahezu grenzenlos, obwohl die Kriminologie dem gesamten Strafzweckarsenal ein schlechtes Zeugnis aussellt.<sup>17</sup>

#### *IV. Initiativen zur Schaffung europaweit geltender strafrechtlicher Normen zur Bekämpfung des Subventionsbetrugs*

Die umfassende Pönalisierung des Subventionsbetrugs ist allerdings nicht nur dem nationalen Gesetzgeber ein Anliegen, sondern auch – und nicht minder – den Akteuren auf europäischer Ebene. Denn nicht nur der nationale Subventionsgeber wird durch

14 Vgl. hierzu nur Lührs, wistra 1999, S. 89 f., dessen Ausführungen speziell auf die Situation in den Neuen Bundesländern bezogen sind – die dortigen Erwägungen gelten jedoch auch im Allgemeinen.

15 Einundzwanzigster Subventionsbericht, aaO., S. 32.

16 Siehe Artikel im manager-magazin.de „OECD warnt Deutschland“ vom 3.3.2009.

17 Vgl. Hefendehl, NJ 2006, S. 17 mwN.

Subventionsmissbrauch geschädigt, tangiert werden ebenfalls die finanziellen Interessen der EU.

Um sich die Dimensionen des EU-Haushalts zu vergegenwärtigen, sei an dieser Stelle lediglich auf die finanzielle Vorausschau, die den Haushaltsumrahmen der EU für die Finanzperiode 2007–2013 absteckt, verwiesen.<sup>18</sup> Hiernach wird der Ausgabenrahmen bei insgesamt 862,36 Milliarden Euro liegen. Etwa 1/3 der vorgesehenen Gesamtausgaben entfällt auf die europäische Regionalpolitik, deren Fördermittel vor allem in die neuen Mitgliedstaaten fließen.<sup>19</sup> Zwar lassen sich die Schäden für den Brüsseler Haushalt durch Subventionskriminalität nicht exakt beziffern, sie sind jedoch von „nicht unerheblichen Ausmaßen“.<sup>20</sup> Besonders spektakuläre Missbräuche wurden in der Vergangenheit im Bereich der Exportsubventionierung von Agrarprodukten registriert, die ein Ausmaß und eine Schadenssumme erreicht haben sollen, die „alles in den Schatten“ stellt.<sup>21</sup>

Die zahlreichen Initiativen zur Schaffung europaweit geltender strafrechtlicher Normen zur Bekämpfung des Subventionsbetrugs können hier nur selektiv und exemplarisch genannt werden,<sup>22</sup> etwa das Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften vom 26.7.1995,<sup>23</sup> die sog. PIF-Konvention.<sup>24</sup> Die PIF-Konvention begründet zwar keine unmittelbare Strafbarkeit, allerdings verpflichtete die Konvention die Mitgliedstaaten, einen umfassenden strafrechtlichen Schutz der Ausgabenseite der Europäischen Gemeinschaft sicherzustellen, soweit aus EG-Haushalten zu zahlende Subventionen und Beihilfen betroffen sind. Anzuführen sind hier ferner die halb- und nichtamtlichen Initiativen zur Schaffung europaweit geltender Normen zur Bekämpfung des Subventionsbetrugs, namentlich die Erarbeitung des sog. Corpus Juris ab 1991, von dem es eine weitere Fassung gibt, das Corpus Juris Florence aus dem Jahre 1999<sup>25</sup> und der – beachtliche – Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung aus dem Jahr 2004.<sup>26</sup>

Nach Abschluss des Vertrags von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, unterzeichnet am 13.12.2007,<sup>27</sup> ist die Betrugsbekämpfung nunmehr in Art. 325

18 Am 15./16.12.2005 haben sich die Staats- und Regierungschefs der EU-Mitgliedstaaten auf einen Finanzrahmen für die Finanzperiode 2007–2013 geeinigt; vgl. Ratsdokument 15915/05 vom 19.12.2005.

19 *Kiethe*, EWS 2006, S. 246.

20 *Wohlers*, in: Münchener Kommentar, StGB, § 264 Rn 21 mwN.

21 *Tiedemann*, in: Leipziger Kommentar, StGB, 11. Aufl. 2005, § 264 Rn 4 mwN; vgl. zum Schadensumfang durch Betrug zum Nachteil des EU-Haushalts auch *Kaiser*, in: *Couraki* (Hg.), Die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert, FS Spinellis, Bd. I, 2001, S. 518 f.

22 Eingehend *Benthin* aaO., lit. C.

23 ABl EG vom 27.11.1995 Nr. C 316, S. 49 ff.

24 Es handelt sich hierbei um ein Akronym des französischsprachigen Titels „Protection des Intérêt Financiers“.

25 Vgl. *Braum*, JZ 2000, S. 495.

26 *Schünemann*, StV 2006, S. 366; *ders.*, ZStW 116 (2004), S. 376 Fn. 1.

27 ABl. 2007/C 306/01 vom 17.12.2007.

AEUV<sup>28</sup> (Art. 280 EUV a.F.) geregelt. Im Grundsatz wird durch diesen Artikel eigentlich nicht mehr verlangt, als den Betrug zu Lasten der Europäischen Union ebenso zu bestrafen, wie den Betrug im nationalen Kontext. Da aber der ehemals in Art. 280 Abs. 4 S. 2 EGV a.F. enthaltene ausdrückliche Vorbehalt zugunsten der nationalen Strafgesetzgebung in Art. 325 AEUV fehlt, wird sich nunmehr aller Voraussicht nach die Auffassung endgültig Bahn brechen, wonach der EU bei der Betrugsbekämpfung zum Nachteil ihrer finanziellen Interessen eine originäre Strafrechtssetzungskompetenz zusteht.<sup>29</sup> Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Lissabon-Urteil<sup>30</sup> klar die weiterhin bestehenden Demokratiedefizite auf der EU-Ebene benannt. Daher ist es (nach wie vor) erforderlich, dass die nationalen Parlamente den europäischen Maßnahmen auf dem Gebiet des Strafrechts demokratische Legitimation verleihen und damit die Verantwortung für die von Pönalisierungssentscheidungen ausgehenden intensiven Eingriffe in die individuelle Freiheit „ihrer“ Bürger übernehmen.<sup>31</sup>

#### *V. Der Rechtsgüterschutz als Ziel des Strafrechts*

Die Bewertung all der Vorschläge zur Pönalisierung des Subventionsbetrugs und der Ausgestaltung des § 264 StGB setzt zunächst die Beantwortung der Frage voraus, was einer Strafrechtsnorm Legitimität verleiht. Selbst wenn man aber in der Theorie Maßstäbe für eine rationale Strafgesetzgebung finden kann, muss man sich stets vergegenwärtigen, dass man sich keineswegs auf gesichertem Gelände bewegt. Es gibt viele Unwägbarkeiten, z.B. die Heterogenität der Normadressaten, die Komplexität der Kausalverläufe und die Fähigkeit der Normadressaten zur strategischen Interaktion.<sup>32</sup> Weil es so viele Variable gibt, wird darum gestritten, ob man mit Strafgesetzen überhaupt steuernd eingreifen kann. Aber auch wenn Resignation kein guter Ratgeber ist, empfiehlt es sich jedenfalls, angesichts des schwankenden Bodens vorsichtig zu gehen.

Bei der Suche nach der Antwort auf die Frage, was ist der Zweck, was ist das Ziel des Strafrechts, steht nach wie vor der Rechtsgüterschutz im Mittelpunkt der Diskussion. Uneinigkeit besteht jedoch darin, was ein Rechtsgut ausmacht. So war etwa Binding der Auffassung, der Gesetzgeber könne „Güter“ zu „Rechtsgütern“ aufwerten.<sup>33</sup> Dem politischen Gestaltungsspielraum sind danach allein durch die Gesetze der Logik Schranken gesetzt. Auch Honig war der Auffassung, das Rechtsgut sei der anerkannte Zweck einer Strafrechtsnorm in seiner kürzesten Formel.<sup>34</sup> Ein solches Rechtsgutsverständnis

28 Der Art. 2 Abs. 276 des Vertrags von Lissabon sah ursprünglich vor, den Art. III-415 VVE als Art. 280 in dem reformierten EGV einzufügen (ABl. 2007/C 306, S. 127). In der konsolidierten Fassung taucht die Vorschrift aber nunmehr als Art. 325 AEUV auf.

29 Rosenau, ZIS 2008, S. 16, Valerius, in: BeckOK, StGB, *Heintschel-Heinegg* (Hg.), Ed. 8, Europäisches Strafrecht, Rn 6.1.

30 BVerfG, NJW 2009, 2267 ff.

31 BVerfG, NJW 2009, 2287.

32 Engel, JZ 2005, S. 581 ff.

33 Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd 1, Normen und Strafgesetze, Neudruck der 4. Aufl. 1922 (1991), S. 340, 353 ff.

34 Honig, Die Einwilligung des Verletzten, Teil I, 1919, S. 94; ähnlich Grünhut, in: Hegler (Hg.), FS Frank, Bd. I, S. 1 ff., Neudruck (1969) der Ausgabe von 1930, S. 8, der im Zusammenhang mit dem Rechtsgutsdenken von der „Abbreviatur des Zweckgedankens“ spricht.

taugt nicht als Maßstab, denn die bloße Umschreibung des Gesetzeszwecks begründet noch kein Rechtsgut. Richtigerweise kann man Rechtsgüter nicht einfach politisch installieren oder wie W. Hassemer es bildhaft formulierte, Rechtsgüter werden nicht am grünen Tisch kreiert.<sup>35</sup> In die gleiche Richtung zielt Naucke mit seiner Feststellung, das Strafgesetz sei nicht ein formales, leeres Gefäß, das nur auf die Füllung durch die Politik wartet.<sup>36</sup>

Vielmehr bedarf es einer „Rückkopplung“ des Verbrechensbegriffs an gesellschaftliche Sachverhalte.<sup>37</sup> Die Missbrauchsanfälligkeit eines solchen Rechtsgutsbegriffs darf aber ebenfalls nicht unterschätzt werden, denn aufgrund der zunehmenden Komplexität gibt es eine noch nie da gewesene Anzahl an Rechtsgütern.<sup>38</sup>

## 1. Kernstrafrecht

Will man den strafrechtslimitierenden Gehalt dieses Ansatzes erhalten, ist auf der Grundlage des personalen Rechtsgutsverständnisses<sup>39</sup> zu fragen, welche menschlichen Entfaltungsvoraussetzungen in der Gegenwart derart elementar sind, dass ihre Verletzung zum Verbrechen erklärt werden darf. Nauckes Antwort ist, Gegenstand einer Strafrechtsnorm darf nur eine „absolute Untat“ sein.<sup>40</sup> Auch Prittitz plädiert für die Rückkehr zum Kernstrafrecht. Dabei wirft er die wichtige Frage nach der Glaubwürdigkeit eines solchen Kernstrafrechts auf: Wäre ein Strafrecht, das sich nicht um Großgefahren kümmert, unglaubwürdig, wenn es sich ungeachtet existierender Großgefahren der „Mikrokriminalität“ zuwendet?<sup>41</sup> Die Antwort auf das Glaubwürdigkeitsproblem kann aber jedenfalls nicht sein, das Strafrecht ohne Hoffnung auf Erfolg gegen Großrisiken in Stellung zu bringen.<sup>42</sup>

Es gibt vehemente Kritik an der Forderung nach einem Kernstrafrecht. Vor allem Schünemann lehnt die Idee eines Kernstrafrechts ab. Seiner Meinung nach würde die Zuordnung der Vermögensdelikte zum strafrechtlichen Kernbereich bei gleichzeitiger Verweisung der meisten Umweltdelikte in das Ordnungswidrigkeitsrecht einen Rückschritt bedeuten.<sup>43</sup>

Haben die Kritiker recht? Richtig ist es, dass die Beschränkung des Strafrechts auf den Schutz existenzieller Rechtsgüter keine Universallösung für alle Probleme ist. Aber man muss auch bedenken, dass selbst die Erfassung eines so existentiellen Rechtsguts wie dem des Lebens in der heutigen Wissensgesellschaft kein leichtes Unterfangen ist.

35 W. Hassemer, in: Philipps/Scholler (Hg.), FS Arthur Kaufmann, 1989, S. 92.

36 Naucke, KritV 1990, S. 246; ders., Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff, 1985, S. 37.

37 Jäger, Strafgesetzgeber und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, 1957, S. 21.

38 Vgl. dazu auch O. Hohmann, Das Rechtsgut der Umweltdelikte, 1991, S. 113.

39 Eingehend Benthin aaO., lit. E II. 3 d).

40 Naucke, Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff, 1985, S. 35 f.

41 Prittitz, in: Neumann u.a. (Hg.), Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts, 2005, S. 167.

42 Prittitz aaO., S. 168.

43 Schünemann, GA 1995, S. 207; ders., in: Hefendehl (Hg.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, 2005, S. 355; a.A. Prittitz, aaO., S. 147 f., der die „Philippika“ Schünemanns „nicht nur sprachlich überzogen, sondern [für] wenig überzeugend“ hält.

Dies zeigen die anhaltenden Diskussionen über Schwangerschaftsabbruch, Sterbehilfe und Klonen. Angesichts der heutigen gesellschaftlichen Wirklichkeit wäre jedenfalls die Forderung verfehlt, das Strafgesetzbuch möge auf den Umfang der „zehn Gebote“ reduziert werden. Aufgrund der ständigen gesellschaftlichen Veränderungen lässt sich kein abschließender und kein unstreitiger Bestand existenzieller Rechtsgütern bestimmen. Einen Beitrag zur Strukturierung und Rationalisierung der gesetzgeberischen Entscheidungsfindung vermag die „Idee“ eines sog. Kernstrafrechts aber doch zu leisten.<sup>44</sup> Diese Idee richtet den Prozess inhaltlich auf ein bestimmtes Ziel aus. Die Verteilung der Argumentations- und Rechtsfertigungslast hat dem Gedanken zu folgen: Rechtsfertigungsbedürftig ist nicht der Gebrauch von Freiheit, sondern ihre Beschränkung durch das Strafrecht.<sup>45</sup> Der Charakter des Strafrechts, das dieser Leitidee folgt, ist notwendig fragmentarisch. Die hier befürwortete „Idee“ eines Kernstrafrechts muss sich auch in der handwerklichen Umsetzung niederschlagen. Die einzelnen Straftatbestände müssen überschaubar und klar formuliert werden. Denn gerade ein Kernstrafrecht, das auch für sich in Anspruch nehmen kann, den Menschen eine normative Orientierung zu geben (also Steuerung zu bewirken), muss verständlich sein. Strafrechtsnormen – wie z.B. der Straftatbestand des Subventionsbetrugs –, die auf variablen, austauschbaren wirtschaftspolitischen Entscheidungen fußen, sind ungeeignet, Orientierung zu geben. Dies gilt erst recht, wenn die Strafbarkeit weit in das Vorfeld wahrnehmbarer Schäden gerückt wird.

## 2. Individualrechtsgut oder Universalrechtsgut

Die Antwort auf die Frage, welche Art von Rechtsgütern – Individualrechtsgüter oder Universalrechtsgüter – legitimer Gegenstand eines rationalen Kernstrafrechts ist, hängt maßgeblich vom Gesellschaftsbild ab.<sup>46</sup> Die scharfe Trennung zwischen Staat, Gesellschaft und Individuum ist in unserer demokratischen Gesellschaft überwunden. Richtig ist es aber auch, dass hier nicht alles ineinander aufgeht. Das Menschenbild des Grundgesetzes geht von der Sozialnatur des Menschen aus. Aber die Gemeinschaft bis hin zur größten Einheit, dem Staat, leitet ihren Wert letztlich aus dem Wert des einzelnen Menschen ab. Die Gemeinschaft hat lediglich unterstützende, sichernde und dienende Funktion.<sup>47</sup> Daraus lassen sich auch bereits einige Folgerungen über das Verhältnis von Individual- und Universalrechtsgut ableiten. Das Individualrechtsgut ist aus sich heraus wertvoll. Der Wert eines Universalrechtsguts ist nur abgeleiteter Natur. Universalrechtsgüter können nur dann als legitim anerkannt werden, wenn sie dem Schutz der (mittelbar) betroffenen Individuen dienen.<sup>48</sup>

Diese Sichtweise ist nicht unbestritten. Dualistische Rechtsgutskonzepte zeichnen sich im Kern dadurch aus, dass sie Universalrechtsgüter aus sich heraus legitimie-

44 Eingehend *Benthin* aaO., lit. E II. 1. e) und g).

45 *Volkmann*, JZ 2005, S. 263.

46 Eingehend *Benthin* aaO., lit. E II. 3. c).

47 So auch *Sternberg-Lieben*, in: *Hefendehl* u.a. (Hg.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, 2003, S. 68.

48 *Von der Pfordten*, JZ 2005, S. 1069 ff.; eingehend *Benthin*, aaO., lit. E II. 3 f) bb) und g).

ren.<sup>49</sup> Dadurch wird allerdings dem Gesetzgeber unklugerweise die Tür für den Einsatz weit ausgreifender Universalrechtsgüter weit geöffnet.

Doch auch die personale Rechtsgutskonzeption stellt keinen Obersatz dar, aus dem sich ohne Weiteres ableiten lässt, wann ein Straftatbestand legitim ist oder nicht. Aber folgendes kann dieser Ansatz sehr wohl leisten: Der Schutz von Universalrechtsgütern wird als Vorfeldschutz für Individualrechtsgüter entschlüsselt.<sup>50</sup>

### 3. Das Rechtsgut des § 264 StGB

Die geschilderten Auseinandersetzungen lassen sich an Hand des Subventionsbetrugs nachzeichnen. Hier ist es ebenfalls umstritten, ob der Tatbestand ein Individual- oder Universalrechtsgut schützt. Teilweise wird vertreten, es ginge um den Schutz des „Subventionswesens“ an und für sich.<sup>51</sup> Würde diese Rechtsgutsbestimmung zutreffen, dann müsste die Beeinträchtigung des Subventionswesens unabhängig davon sein, ob ein Vermögensschaden, also die Beeinträchtigung eines Individualrechtsguts, eintritt. Das kann selbst dann nicht gelingen, wenn die Gleichstellung einer konkreten Vermögensgefährdung mit einer realen Vermögenseinbuße akzeptiert wird, die der Erste Strafsenat des BGH vertritt.<sup>52</sup> Abgesehen davon ist es zweifelhaft, ob das Subventionswesen volkswirtschaftlich überhaupt ein „Gut“ ist. Ferner wird vertreten, es ginge um den Schutz der „Wirtschaftsförderung“.<sup>53</sup> Diese Rechtsgutsbestimmung ist schon deswegen wenig überzeugend, weil nach der Neufassung des § 264 StGB durch das EG-FinanzschutzG 1998 auch Sozialsubventionen erfasst werden. Schließlich wird insbesondere von Tiedemann vertreten, es ginge um den Schutz der „Planungs- und Dispositionsfreiheit des Subventionsgebers“.<sup>54</sup> Zur Begründung dieser These wird auf die Ausdünnung des Tatbestands – im Vergleich zu § 263 StGB – hingewiesen, die nur das Tatbestandsmerkmal der Täuschung übrig gelassen hat. Im Mittelpunkt der Überlegung Tiedemanns steht, dass zwischen Subventionsnehmer und -geber ein Sonderpflicht- und Vertrauensverhältnis besteht und daher bereits die Täuschung durch den Subventionsnehmer das strafwürdige Unrecht der Tat ausmacht. Auch diese Auffassung kann nicht überzeugen, weil beispielsweise beim Subventionsbetrug durch das Machen unrichtiger oder unvollständiger Angaben (§ 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB) jedermann Täter sein kann, d.h. auch Personen, die nicht selbst Subventionsnehmer sind. Allein die Ausdünnung des Tatbestands des § 264 StGB gegenüber § 263 StGB zwecks Vermeidung von Beweisschwierigkeiten reicht als Argument für ein Universalrechtsgut nicht aus. Zutreffend ist daher die Auffassung, dass vom § 264 StGB allein das Vermögen, also ein Individualrechtsgut geschützt wird.<sup>55</sup>

49 Vgl. z.B. *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, S. 113 ff., 118 ff.

50 Eingehend *Benthin* aaO., lit. E II. 3 g).

51 *Wohlers* aaO., Rn 8; *ders.*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, 2000, S. 159 ff., 340.

52 Vgl. BGH, *NStZ* 2009, 330 f.

53 *Kühl*, in: *Lackner*, *StGB*, § 264 Rn 1 mwN.

54 *LK-Tiedemann*, *StGB*, § 264, Rn 1.

55 Eingehend *Benthin* aaO., lit. E IV. 4. mwN.

## VI. Deliktsstruktur

Es bleibt die Frage nach der legitimen Ausgestaltung einer solchen Strafrechtsnorm. Gerade die Vertreter des – vermeintlich pragmatischen – dualistischen Rechtsgutsbegriffs stellt es vor erhebliche Schwierigkeiten, den adäquaten Deliktstyp für den Schutz von Universalrechtsgütern zu identifizieren. Auf der Suche nach einer Lösung kam das Kumulationsdelikt in die Diskussion.<sup>56</sup> Als ein solches wird häufig der Subventionsbetrugstatbestand identifiziert, z.B. von Wohlers.<sup>57</sup> Zu Recht wird aber das Konzept des Kumulationsdelikts als unvereinbar mit dem Schuldprinzip kritisiert.<sup>58</sup>

Dagegen ist für die Vertreter des personalen Rechtsgutsbegriffs die Bestimmung des adäquaten Deliktstyps für den Schutz von Universalrechtsgütern ohne Schwierigkeiten möglich: Der Schutz von Universalrechtsgütern ist ein (weitausgreifender) Vorfeldschutz für Individualrechtsgüter. Derartige Straftatbestände sind daher zwingend als abstrakte Gefährdungsdelikte zu qualifizieren. Die Zuordnung zur Gruppe der abstrakten Gefährdungsdelikte knüpft gedanklich an die Ableitung der Universalrechtsgüter von den Individualrechtsgütern an. Kritisch anzumerken ist allerdings, dass die als Schutzgut postulierten Konglomerate wie etwa „die innere Sicherheit“ oder die „Funktionsfähigkeit der Kreditwirtschaft“ aufgrund ihrer Komplexität nur noch sehr eingeschränkt einer plausiblen Gefährdungsprognose überhaupt zugänglich sind. Je weniger konkret der für den Einsatz des Strafrechts notwendige Gefährdungsnachweis zu führen ist, desto größer wird das Risiko, dass Gefahren heraufbeschworen werden, um eine nicht am konkreten Rechtsgüterschutz orientierte, sondern auf ganz anderen Motiven basierende Pönalisierungentscheidung – vorgeblich – objektiv und rational begründen zu können.<sup>59</sup>

Aber auch wenn man richtigerweise den Subventionsbetrug (§ 264 StGB) nicht als einen Straftatbestand zum Schutz eines Universalrechtsguts, sondern als ein Vermögensdelikt qualifiziert, liegt es auf der Hand, den Tatbestand als ein abstraktes Gefährdungsdelikt zu qualifizieren.<sup>60</sup> Der Einsatz dieses Deliktstyps zum Schutz eines Individualrechtsguts ändert freilich nichts an der schon vorstehend angesprochenen Problematik: Das abstrakte Gefährdungsdelikt ist der klassische Deliktstyp des sog. Risikostrafrechts.<sup>61</sup> Kennzeichnend für das sog. Risikostrafrecht ist das sukzessive Abrücken vom Modell der Pönalisierung tatsächlich verursachter Schädigungen hin zur Strafbarkeit von Handlungen, die – mal mehr, mal weniger – erfahrungsgestützt gefährlich seinen können. Diese „Vorsorgelogik“ hat einen antiliberalen Impetus, denn die möglichen Gefahrenquellen sind stets zahlreicher als die tatsächlichen Gefahrenlagen.<sup>62</sup> Da Vorsorge schon zu einem Zeitpunkt einsetzt, in dem sich noch gar nichts

56 Kuhlen, GA 1986, S. 396, 398.

57 Wohlers aaO., Rn 17.

58 Kritisch u.a. auch Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 25 ff.; Heine, ZStW 101 (1989), S. 739 Fn. 32; W. Hassemer, ZStW 116 (2004), S. 313.

59 Sternberg-Lieben, in: Hefendehl u.a. (Hg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 72.

60 Eingehend Benthin aaO., lit. E V.

61 Eingehend Benthin aaO., lit. D II. 3. mwN.

62 Volkmann, JZ 2005, S. 701.

ereignet hat, lässt sich der Staat auch nicht mehr durch rechtmäßiges Verhalten „auf Abstand halten“.<sup>63</sup>

### *VII. Grenzen für das Strafrecht durch das Europarecht und das Grundgesetz*

Möglicherweise hält das Europarecht strafrechtsbegrenzende Vorgaben bereit, auch wenn auf den ersten Blick die strafrechtsausweitenden Wirkungen ins Auge fallen.<sup>64</sup> Es ist aber auch nicht so, dass Europa ausschließlich als Kriminalisierungs-Turbo fungiert. Es könnten von Europa auch strafrechtsbegrenzende Einwirkungen auf das nationale Strafrecht ausgehen. Beispielsweise hat das OLG München – später allerdings aufgehoben vom BGH – in einer Entscheidung aus dem Jahr 2009 strafbewehrte Normen des deutschen Außenwirtschaftsgesetzes wegen eines Verstoßes gegen die europäische Handelspolitik als unanwendbar angesehen. Die Staatsanwaltschaft warf dem Beschuldigten vor, Dual-Use-Güter in den Iran ohne Genehmigung ausgeführt zu haben. Diese Anklage hatte das OLG München nicht zur Hauptverhandlung zugelassen.<sup>65</sup>

Auch wenn prinzipiell das Europarecht strafrechtsbegrenzende Wirkungen auf das nationale Recht haben könnte, ist es – dies zeigt die Entscheidung des BGH<sup>66</sup> einmal mehr – nicht wahrscheinlich, dass in naher Zukunft entscheidende Impulse für die Einhegung des Strafrechts von Europa ausgehen werden.

#### 1. Verhältnismäßigkeit von § 264 StGB

Schon eher erscheint das Grundgesetz dazu berufen, das Strafrecht einzuhegen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts können allerdings die Entscheidungen des Gesetzgebers nicht daraufhin überprüft werden, ob er die zweckmäßige, vernünftigste oder gerechteste Lösung gefunden hat. Vor diesem Hintergrund ist es nicht verwunderlich, dass bislang nur ausnahmsweise Straftatbestände für verfassungswidrig erklärt wurden. Erst jüngst hat das BVerfG erneut die Verfassungsgemäßheit eines problematischen Straftatbestands, die des § 266 StGB, bestätigt.<sup>67</sup> Damit wird allerdings der strafrechtskritische Gehalt des Grundgesetzes nicht vollständig ausgeschöpft. Die Wirkkraft einer ernsthaften, kritischen Verhältnismäßigkeitsprüfung hat eindrucksvoll W. Hassemer in seiner abweichenden Meinung zur Verfassungswidrigkeit des § 173

63 Seit den 1960er Jahren hat sich das abstrakte Gefährdungsdelikt „wie ein Ölfleck“ ausgebreitet und ist gleichsam zum „Lieblingskind des Strafgesetzgebers avanciert“: Siehe *Lackner*, Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft e.V., Heft 27 (1967), S. 1; vgl. hierzu auch *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 209 f.; *ders.*, StV 2005, S. 159; *Müller-Tuckfeld*, in: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M. (Hg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, S. 464; siehe aber auch *Kuhlen*, ZStW 105 (1993), S. 712, der abstrakte Gefährdungsdelikte als „unverzichtbar“ bezeichnet.

64 Art. 83 AEUV ist in diesem Zusammenhang kritisch zu erwähnen; eingehend *Benthin* aaO, lit. F I. 2. b).

65 OLG München, BeckRS 2009, 11745; aA. BGH, NJOZ 2010, 1274 ff.

66 BGH, NJOZ 2010, 1274 ff.

67 BVerfG vom 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09.

Abs. 2 S. 2 StGB (Beischlaf zwischen Geschwistern) vorgeführt.<sup>68</sup> Er hat gezeigt, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dafür prädestiniert ist, dem Strafgesetzgeber Zügel anzulegen.

Die Diskussion über die Verfassungsmäßigkeit des Subventionsbetrugs fokussiert sich in erster Linie auf die Fahrlässigkeitsstrafe für die Falschverwendungen von Subventionen (§ 264 Abs. 1 Nr. 2 StGB) und für Unterlassen (§ 264 Abs. 1 Nr. 3 StGB). Diese Regelungen werden teilweise als Verdachtsstrafbarkeit angegriffen. Ferner wird die Möglichkeit des Subventionsgebers, bei gesetzesfreien Subventionen die subventionserheblichen Tatsachen selbst zu bestimmen (§ 264 Abs. 8 Nr. 1 2. Alt. StGB i.V.m. § 2 SubvG), als ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG angesehen.<sup>69</sup> Diese Kritik an einzelnen Ausprägungen des § 264 StGB erfasst aber das Problem nicht in Gänze.

## 2. Erforderlichkeit

Im Hinblick auf § 264 StGB ist insbesondere die Prüfung der Erforderlichkeit aufschlussreich, also die Prüfung, ob ein präventives Kontrollsysteem als ein milderes, aber gleich wirksames Mittel in Frage kommt.

Was könnte und müsste konkret verbessert werden? Zu nennen sind hier insbesondere die Rechtsgrundlagen. Überkomplexe Regelungen sind der erste Ansatzpunkt für Fehlsubventionierungen. Ferner ist die Erhöhung der Transparenz ein wichtiger Punkt. Ein echter Meilenstein auf diesem Gebiet ist die von der Kommission im November 2005 gestartete „Europäische Transparenz-Initiative“. Auch in Deutschland werden nunmehr die Zahlungen aus dem Europäischen Fonds für Landwirtschaft und Fischerei auf der Website der Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung veröffentlicht.<sup>70</sup> Dort finden sich – gespeichert für zwei Jahre und von jedermann einsehbar – über die Subventionsempfänger folgende Informationen: Name, Postleitzahl und Gemeinde, in der der Empfänger wohnt bzw. das Unternehmen seinen Sitz hat, der Betrag der Zahlung (z.B. Betriebspromäie, Lagerbeihilfen, Exporterstattungen etc.), der Gesamtbetrag der öffentlichen Zahlung und der Gesamtbetrag aller Zahlungen, die der Empfänger im betreffenden EU-Haushaltsjahr erhalten hat. Angesichts der durch die Veröffentlichung ermöglichten tiefen Einblicke in die Subventionsvergabe ist es nicht verwunderlich, dass über die Rechtmäßigkeit dieser Veröffentlichungen gestritten wird. Das VG Wiesbaden hat z.B. die Veröffentlichung für rechtswidrig erklärt.<sup>71</sup> Das OVG Koblenz hält dagegen (zutreffend) die Veröffentlichung für legitim. Denn mit der Veröffentlichung wird erstmals die zivilgesellschaftliche Kontrolle der gewährten Leistungen möglich. Nunmehr besteht die Möglichkeit, dass bei Kenntnis der Förderung vor Ort etwa der Frage nachgegangen werden kann, ob in bestimmten Betrieben die für die Subventionierung einzuhaltenden Umweltstandards tatsächlich beachtet werden.<sup>72</sup>

68 Abweichende Meinung v. *W. Hassemer* zum Beschluss des BVerfG vom 26.2.2008, 2 BvR 392/07, BeckRS, 2008, 33171, Rn 73 ff.

69 Eingehend *Benthin* aaO., lit. G. IV.

70 <http://www.agrar-fischerei-zahlungen.de>; dort werden auch die rechtlichen Grundlagen für die Veröffentlichungen im Einzelnen zitiert.

71 VG Wiesbaden, MMR 2009, 428 ff.

72 OVG Koblenz, BeckRS 2009, 35857.

Was kann weiter verbessert werden? Die Einbindung des Subventionsnehmers und seiner Konkurrenten zum Schutz der Subventionsgelder. Ansätze in diese Richtung finden sich im Notifizierungsverfahren, dem Institut der Konkurrentenklage und im Vergabenachprüfverfahren. Nicht das strafrechtliche Drohpotential, sondern das finanzielle Eigeninteresse der Beteiligten ist hier der Ansatzpunkt für die Einhaltung der Vergabevoraussetzungen. Eine nicht zu unterschätzende Wächterfunktion haben auch die Rechnungshöfe bei der Subventionsvergabe. Schließlich gibt es zahlreiche administrative Kontroll- und Sanktionsmechanismen. Zu nennen ist in diesem Zusammenhang insbesondere das Europäische Amt für Betrugsbekämpfung, besser bekannt unter seiner Abkürzung „OLAF“.<sup>73</sup> Aus dem Arsenal der verwaltungsrechtlichen Sanktionierungsmöglichkeiten seien an dieser Stelle lediglich die Wiedereinziehung der Subventionsgelder (ggf. mit einem Zuschlag) und das Führen von sog. „Schwarzen Listen“ erwähnt.

Angesichts der Möglichkeiten des Subventionsgebers, sein Vermögen durch außerstrafrechtliche Instrumente zu schützen, bestehen berechtigte Zweifel daran, ob die Strafrechtsnorm des § 264 StGB als „erforderlich“ qualifiziert werden kann.<sup>74</sup>

### 3. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Abgesehen davon ist es sehr fraglich, ob § 264 StGB verhältnismäßig im engeren Sinne ist. Auf dieser Prüfungsstufe ist insbesondere zu diskutieren, ob der Einsatz des Strafrechts deswegen in Ordnung ist, weil es nur den kriminellen Täter belastet, präventive Maßnahmen und Kontrollen dagegen auch den rechtstreuen Bürger beschweren. Die Bedenken gegen eine *Culture of Control* haben sicherlich ihre Berechtigung.<sup>75</sup> Im Bereich der Wirtschaftskriminalität passt der Hinweis auf die freiheitsschaffende Wirkung des Strafrechts aber schon deswegen nicht, da dieses nicht nur die „Bösen“ betrifft, sondern alle Subventionsnehmer. Denn Wirtschaftskriminalität ist Kontrollkriminalität, d.h. der Staat findet die „Bösen“ nur, wenn er (flächendeckend) bei allen Unternehmen kontrolliert. Veranschaulichen lässt sich dies anhand der aktuellen Kontrollen des Zolls (Finanzkontrolle Schwarzarbeit) zusammen mit den Mitarbeitern der Agentur für Arbeit wegen ausgezahlter Kurzarbeitergelder.<sup>76</sup>

Gerade für mittelständische Unternehmen war die Beantragung des in Folge des Konjunkturpakets II<sup>77</sup> verstärkt angebotenen Kurzarbeitergelds kein leichtes Unterfangen. Fehlende Aufträge und erhebliche Umsatzzrückgänge in Folge der allgemeinen Wirtschaftskrise lösten vielfach einen erheblichen Handlungsdruck aus. Die Unternehmen mussten schnell reagieren und die Kurzarbeit organisieren, ohne hierfür über das notwendige Detailwissen zu verfügen. Ferner stellte sich vielfach die Situation so dar, dass

73 Office Européen de Lutte Antifraude.

74 Eingehend Benthin aaO., lit. G IV. 2.

75 Hefende, NJ 2006, S. 18 f.

76 Nach richtiger Auffassung ist das Kurzarbeitergeld keine Subvention i.S.v. § 264 Abs. 7 StGB; siehe dazu auch Gaede/Leydecker, NJW 2010, S. 3545 f.

77 Siehe BMWi, Schlaglichter der Wirtschaftspolitik 2/2009, S. 8 „Entschlossen in der Krise, stark für den nächsten Aufschwung – Pakt für Beschäftigung und Stabilität in Deutschland zur Sicherung der Arbeitsplätze, Stärkung der Wachstumskräfte und Modernisierung des Landes“ und das anschließende Gesetz zur Sicherung von Beschäftigung und Stabilität in Deutschland vom 2.3.2009, BGBI. I, S. 416.

vor allem in der Produktion Kurzarbeit angezeigt war, während bspw. in den Forschungs- und Entwicklungsabteilungen auch in Krisenzeiten (zu mindestens) normal weiter gearbeitet werden muss, damit das Unternehmen seine Wettbewerbsfähigkeit nicht verliert. Durch diese ungleiche Verteilung der vorhandenen Arbeit standen diese Unternehmen vor dem Problem, die unternehmenseigene Solidarität zu gefährden, in dem die üblicherweise in der Produktion Beschäftigten mit durchschnittlich geringeren Löhnen als die Ingenieure in der Entwicklungsabteilung auf Kurzarbeit gesetzt wurden und die damit – trotz Kurzarbeitergeld – verbundenen finanziellen Einbußen hinnehmen mussten, während die ohnehin besser situierten Kollegen ihr volles Gehalt bezogen. Nicht zuletzt um in dieser Situation eine Gleichbehandlung aller Mitarbeiter zu gewährleisten, wurden teilweise nicht nur die Produktion, sondern auch andere Abteilungen in die Kurzarbeit mit einbezogen. Ob die eilig für die jeweiligen Abteilungen aufgestellten gekürzten Arbeitspläne tatsächlich von allen Mitarbeitern eingehalten wurden, ließ sich oft nur schwer kontrollieren, da häufig nur die Arbeitszeit der Mitarbeiter in der Produktion elektronisch erfasst wird („stempeln“), während die anderen Abteilungen durch das Führen von Listen die Einhaltung der Kurzarbeit zu dokumentieren versuchten.

Nicht selten wurde die örtlich zuständige Agentur für Arbeit von den Unternehmen kontaktiert, um nachzufragen, ob die Unternehmen bei der Einführung und Umsetzung der Kurzarbeit alles richtig gemacht haben; teilweise wurde sogar darum gebeten, ob nicht ein Mitarbeiter der Agentur für Arbeit in das Unternehmen kommen könnte, um gemeinsam das Kurzarbeitskonzept zu besprechen.<sup>78</sup> Da aber in den Hochzeiten der Krise die Agenturen für Arbeit mit dem – politisch forcierten – Auszahlen der Kurzarbeitergelder offensichtlich ausgelastet waren, wurde wohl die Betreuung der Unternehmen oder zumindest die zeitnahe Kontrolle als weniger wichtig eingestuft.

Nachdem nunmehr zahlreiche Unternehmen wegen der anziehenden Konjunktur kein Kurzarbeitergeld mehr beantragen, nutzen offensichtlich die Agenturen für Arbeit die freigewordenen Kapazitäten, um flächendeckend bei den Unternehmen zu prüfen, ob in der Vergangenheit die Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld vorgelegen haben, dieses also korrekt beantragt worden ist. Die Kontrollen erfolgten mit einem erheblichen Personalaufwand. Mitarbeiter der Agentur für Arbeit erschienen in Begleitung von Beamten der Finanzkontrolle Schwarzarbeit in den Unternehmen (teilweise wurden die Unternehmensgelände umgestellt), befragten intensiv die Mitarbeiter der betroffenen Unternehmen und sichteten die Buchhaltungsunterlagen vor Ort. Damit verbunden war regelmäßig eine erhebliche Unruhe im Unternehmen, verunsicherte Mitarbeiter, die sich plötzlich in einer Vernehmungssituation einem Zollfahnder und einem Mitarbeiter der Agentur für Arbeit gegenübersehen. Viele derartige Prüfungen hatten zum Ergebnis, dass bei der Einführung von Kurzarbeit und der Beantragung von Kurzarbeitergeld Fehler gemacht wurden, die bei rechtzeitiger Beratung leicht hätten vermieden, zumindest bei einer zeitnahen Kontrolle schnell hätten korrigiert werden können. So hätte die unbegründete Auszahlung von Kurzarbeitergeld von vornherein

78 Unbeschadet des Umstandes, dass die meisten Unternehmen versucht haben, das Kurzarbeitergeld rechtmäßig abzuwickeln, kann und soll hier nicht in Abrede gestellt werden, dass es wohl auch in einigen (Ausnahme-)Fällen zu handfesten Betrügereien beim Kurzarbeitergeld gekommen ist.

verhindert werden können. Dies hätte mit einem weitaus geringeren Personaleinsatz auf der Behördenseite bewältigt werden können und es wäre weniger Unruhe in den Unternehmen verursacht worden. Jedenfalls in derartigen Konstellationen kann wohl kaum von einer freiheitsschaffenden Wirkung des Strafrechts die Rede sein. Vielmehr ist es der Staat selbst, der durch sein Handeln zu einer Kriminalisierung weiter Bevölkerungsteile beiträgt.

### *VIII. Ergebnis*

Ein strafrechtlicher Schutz der Subventionsgelder ist nur dann verhältnismäßig, wenn der Täter ein wirksames, außerstrafrechtliches Kontroll- und Sanktionssystem überwindet, um rechtswidrig an Subventionen zu gelangen und er hierbei einen Vermögensschaden anrichtet oder dies zumindest versucht. Nicht der § 264 StGB, sondern der § 263 StGB ist die legitime Strafrechtsnorm zur Erfassung von Subventionsbetrügereien. Dies gilt unbeschadet etwaiger praktischer Probleme bei der Erfassung von Subventionsbetrügereien durch § 263 StGB. Es mag sein, dass der Nachweis einer Täuschungshandlung des Subventionsempfängers und eines dadurch hervorgerufenen Irrtums Schwierigkeiten bereitet. Diese Schwierigkeiten resultieren aber maßgeblich auf den oft unklaren Vergabevoraussetzungen. Diese Beweisschwierigkeiten rechtfertigen nicht, für die Erfassung von Subventionsbetrügereien den § 264 StGB zu installieren. Vielmehr sind diese Probleme systemimmanent zu lösen. Man braucht verständliche Vergabevoraussetzungen sowie eine Verbesserung der Kontrolle der Subventionsempfänger und der Beamten, die Subventionen gewähren. Auch theoretische Probleme stehen der Anwendung des § 263 StGB auf Subventionsbetrügereien nicht entgegen. In der Rechtsprechung wird § 263 StGB ohne theoretische Bedenken auf Betrügereien bei (Sozial-)Subventionen angewendet.<sup>79</sup> Denn der Gesetzeswortlaut des § 263 StGB geht eindeutig von einem einheitlichen Vermögensbegriff aus. Eine Spaltung des Vermögensbegriffs in Individualvermögen einerseits und öffentlichem Vermögen andererseits ist abzulehnen.<sup>80</sup> Auch beim Tatbestandsmerkmal des Schadens stellen sich keine besonderen Schwierigkeiten. Ein Schaden ergibt sich für den Subventionsgeber, wenn die zweckgebundenen Mittel verringert werden, ohne dass der sozialpolitisch erstrebte Zweck erreicht wird. Maßstab für die Schadensbestimmung ist daher der Subventionszweck.<sup>81</sup> Darüber hinaus ermöglicht es nunmehr die im Beschluss des Ersten Strafsejans des BGH vom 18.2.2009<sup>82</sup> postulierte Aufgabe der Figur des Gefährdungsschadens, entsprechende Sachverhalte unter den § 263 StGB zu subsumieren.<sup>83</sup> Hierach begründet nämlich schon die bloße Verlustgefahr bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung eine reale Vermögenseinbuße.<sup>84</sup> Diese muss der Tatrichter schätzen, was lediglich ein Mindestmaß an tatrichterlichen Feststellungen erfordert. Der Zweite Strafsejat des

79 BGH, *wistra* 2006, 228.

80 *Hefendehl*, in: *Münchener Kommentar, StGB, § 263* Rn 681.

81 *Wohlers*, in: *Münchener Kommentar, StGB, § 264* Rn 3; *Ranft*, NJW 1986, S. 3164 f.

82 BGH, *NStZ* 2009, 330.

83 BGH, *NStZ* 2009, 330, 331.

84 BGH, *NStZ* 2009, 330, 331.

BVerfG hat in seinem vielbeachteten Beschluss vom 23.6.2010<sup>85</sup> eine solche Auslegung des Nachteilsbegriffs des § 266 StGB – der mit dem Merkmal des Vermögensschadens beim Betrug übereinstimmt<sup>86</sup> – als mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG für vereinbar erklärt,<sup>87</sup> sofern getroffene tatrichterliche Feststellung einen Beurteilungsspielraum eröffnen.<sup>88</sup>

---

85 BVerfG vom 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09.

86 BVerfG vom 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn 121.

87 BVerfG vom 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn 136 ff.

88 BVerfG vom 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn 151 ff.