

# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	27
<b>Gang der Untersuchung</b> .....	31

## *Kapitel 1*

<b>Regelungshintergrund des § 54a KWG</b> .....	33
<b>A. Die Finanzkrise und ihre strafrechtliche Aufarbeitung</b> .....	33
<b>I. Die Finanzkrise – Ursachen, Verlauf, Verantwortlichkeiten</b> .....	33
<b>1. Ursachen der Finanzkrise</b> .....	33
a) Massenhafte Kreditvergabe auf dem US-Markt .....	34
aa) Liquiditätsschwemme infolge US-amerikanischer Niedrigzinspolitik ..	34
bb) Non-recourse loans, Anreizstrukturen und Überbeilehung .....	35
cc) Eigenheim für alle – Bonität als untergeordnetes Kriterium der Kredit- vergabe .....	36
dd) Zwischenergebnis .....	37
b) Verbriefungen und die Brücke über den Atlantik .....	38
aa) Verbriefung und Strukturierung .....	38
bb) Vermeintliche Transparenz und Sicherheit durch Ratings .....	43
cc) Fristentransformationsmodelle und deutsche (Landes-)Banken .....	45
dd) Verbriefungsmarkt als Motor weiterer Kreditvergaben .....	47
ee) Zwischenergebnis .....	48
c) Aufsichts- und Aufsichtsrechtsversagen .....	49
d) Zwischenergebnis .....	52
<b>2. Verlauf der Finanzkrise</b> .....	52
a) Platzen der US-Immobilienblase .....	52
b) Vertrauensverlust und gescheiterte Fristentransformationen .....	53
c) Banken weltweit in Schwierigkeiten .....	54
d) Lehman Brothers .....	55
e) Kosten der Bankenrettung .....	55
f) Zwischenergebnis .....	57
<b>3. Systemfehler und individuelle Verantwortlichkeit</b> .....	57
a) Finanzkrise als Ergebnis eines anonymen Systemfehlers? .....	58

b) Finanzkrise als von Menschenhand verursachte Krise? .....	60
c) Frage der Gewichtung, nicht der Exklusivität .....	60
II. Die Aufarbeitung der Finanzkrise durch die deutsche Strafjustiz .....	63
1. Vorüberlegung: Marktwirtschaft und staatliche Einflussnahme .....	64
a) Intensität staatlicher Einflussnahme auf die Wirtschaft im Wandel der Zeit .....	64
b) Was gerade Strafrecht im wirtschaftlichen Kontext leisten kann und soll ...	66
aa) Strafrecht als klassisches Mittel der Repression .....	66
bb) Strafrecht als ein Mittel der Prävention .....	67
(1) Strafrecht als in Konkurrenz stehendes, expandierendes Mittel der Prävention .....	67
(2) Praktische Auswirkungen expandierenden Strafrechts .....	70
cc) Zwischenergebnis .....	71
c) Was Strafrecht nicht leisten kann .....	72
d) Zwischenergebnis .....	72
2. Abgeschlossene und laufende Strafverfahren – eine Auswahl .....	73
a) HSH Nordbank AG .....	73
b) LBBW .....	75
c) Hypo Real Estate Holding AG .....	76
d) IKB Deutsche Industriebank AG .....	77
e) BayernLB .....	78
3. Weitgehende Ergebnislosigkeit trotz Empörung und hohen Aufwands .....	78
B. Etwaige Lückenhaftigkeit des geltenden Strafrechts .....	80
I. Strukturelle Unzulänglichkeiten der existierenden Straftatbestände .....	81
1. Untreue, § 266 StGB .....	82
a) § 266 StGB als akzessorischer, restriktiv anzuwendender Straftatbestand ..	84
aa) Akzessorietät und tatbestandliche Weite des § 266 StGB .....	85
(1) Überschreiten des Unternehmensgegenstandes .....	86
(2) Eingehen übermäßiger, gegebenenfalls existenzgefährdender Risi- ken .....	87
(3) Versäumnisse im Bereich des Risikomanagements .....	93
(4) Zwischenergebnis .....	95
bb) Verfassungsrechtliches Gebot einschränkender Auslegung .....	96
(1) Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts und verbleibende Unsi- cherheiten .....	96
(2) Bedeutung für den Bankensektor .....	99
cc) Zwischenergebnis .....	100
b) § 266 StGB als Verletzungsdelikt .....	101
aa) Feststellung des Vermögensnachteils .....	101
bb) Nachweisschwierigkeiten und Verschleifungsverbot .....	106
cc) Mittelbare Kausalität und Unmittelbarkeit des Vermögensnachteils ....	107

dd) Zwischenergebnis	108
c) § 266 StGB als Vorsatzdelikt	109
aa) Besondere Anforderungen an den Vorsatznachweis?	109
bb) Bezugspunkte und offene Fragen des Untreuevorsatzes	110
(1) Vorsatz bezüglich des Pflichtenverstößes	110
(2) Vorsatz bezüglich des Vermögensnachteils	111
cc) Untreuevorsatz und Finanzkrise	112
dd) Zwischenergebnis	117
d) § 266 StGB als rein vermögensschützende Norm	118
aa) Begrenzung möglicher Tatverhalten	118
bb) Begrenzter Unwertgehalt	123
e) Zwischenergebnis	124
2. Bankrott, § 283 StGB	125
a) § 283 StGB als gläubiger-, ggf. kollektivrechtsgüterschützende Norm	126
aa) Kollektivrechtsgüterschutz durch § 283 StGB?	127
bb) Gefährdung der Stabilität des Finanzsystems als Strafzumessungsaspekt?	128
cc) Zwischenergebnis	130
b) § 283 Abs. 2 StGB als Pönalisierung einer Krisenverursachung	130
aa) Tatverhalten der Bankrotthandlung	131
(1) § 283 Abs. 1 Nr. 2 StGB	131
(a) Verlust- und Spekulationsgeschäft	132
(b) Geschäfte entgegen den Anforderungen ordnungsgemäßen Wirtschaftens	135
(2) § 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB	137
bb) Herbeiführen einer Unternehmenskrise	138
cc) Flexibilität durch Fahrlässigkeitsvarianten	142
c) § 283 Abs. 6 StGB und staatliche Bankenrettungen – ein Problemfall	144
aa) Staatliche Bankenrettung als faktisches Privileg für gewisse Bankverantwortliche	144
bb) § 283 Abs. 6 StGB als unüberwindbare Hürde de lege lata	145
d) Zwischenergebnis	148
3. Anzeigepflichtverletzung, § 55 KWG	149
4. Bilanzdelikte	150
5. Zwischenergebnis	151
II. Kapitulation des Strafrechts vor der Komplexität der Finanzbranche?	152
C. Zwischenergebnis	154

*Kapitel 2***Untersuchung des § 54a KWG**

156

A. Gesetzgebungsverfahren .....	156
B. Intendierter Rechtsgüterschutz .....	157
I. Sicherung der anvertrauten Vermögensinteressen .....	158
II. Schutz der ordnungsgemäßen Durchführung der Bankgeschäfte .....	160
III. Schutz der Stabilität des Finanzsystems .....	161
IV. Vermeidung von Nachteilen für die Gesamtwirtschaft .....	163
V. Zwischenergebnis .....	164
C. Tatbestand .....	164
I. Adressatenkreis .....	165
1. § 54a KWG als Sonderdelikt für Geschäftsleiter .....	165
2. Bedeutung der Systemrelevanz des Instituts für den Adressatenkreis? .....	166
a) Keine Einschränkung durch den Wortlaut .....	166
b) Ausgemachte Unstimmigkeiten und Vorschlag einer teleologischen Reduktion .....	166
c) Der schillernde Begriff der Systemrelevanz .....	167
d) Keine teleologische Reduktion des Adressatenkreises .....	174
aa) Voraussetzungen einer teleologischen Reduktion .....	175
bb) Gesetzgeberischer Wille bezüglich des Adressatenkreises .....	175
(1) Ziele des § 54a KWG laut Gesetzesbegründung .....	175
(2) Systemrelevanz in der Gesetzesbegründung .....	176
(3) Anhaltspunkte außerhalb der Gesetzesbegründung .....	179
cc) Zwischenergebnis .....	180
3. Zwischenergebnis zum Adressatenkreis .....	181
II. Tatverhalten .....	181
1. Verwaltungsrechtsakzessorischer § 54a Abs. 1 KWG .....	181
a) Erhebung in Gesetzesrang weitgehend bereits zuvor bestehender Risikomanagementpflichten .....	182
b) Bestimmtheitserfordernis und prinzipienorientiertes Aufsichtsrecht – ein Spannungsfeld .....	184
aa) Verwaltungsrechtsakzessorietät als Einfallstor für unbestimmte Rechtsbegriffe .....	184
bb) Anforderungen an die Bestimmtheit eines Strafgesetzes .....	186
cc) § 25c Abs. 4a, Abs. 4b S. 2 KWG als prinzipienorientiertes Aufsichtsrecht .....	188
dd) Unbestimmtheit der Vorgaben in § 25c Abs. 4a, Abs. 4b S. 2 KWG ...	191
ee) Zwischenergebnis .....	194

c) Verhaltensumschreibung des „nicht Sorge tragen“ .....	195
aa) „Nicht Sorge tragen“ als Unterlassen .....	195
bb) „Nicht Sorge tragen“ keine Pflicht zur Erfolgsabwendung .....	196
cc) „Nicht Sorge tragen“ als Förderung der Bestimmtheit des § 54a Abs. 1 KWG? .....	198
dd) Zwischenergebnis .....	199
2. Ergänzung durch den verwaltungsaktsakzessorischen § 54a Abs. 3 KWG ....	199
a) Dogmatische Einordnung des § 54a Abs. 3 KWG .....	200
aa) § 54a Abs. 3 KWG als Strafausschließungsgrund? .....	200
bb) § 54a Abs. 3 KWG als objektive Bedingung der Strafbarkeit? .....	201
cc) § 54a Abs. 3 KWG als Teil des objektiven Tatbestandes .....	202
b) § 54a Abs. 3 KWG und das Verfassungsrecht .....	204
aa) Etwaige Förderung der Bestimmtheit durch § 54a Abs. 3 KWG .....	204
(1) Fortbestehende Unbestimmtheit des Tatbestandes trotz § 54a Abs. 3 KWG? .....	205
(2) Ausräumung der Bestimmtheitsbedenken durch § 54a Abs. 3 KWG? .....	205
(3) Bestimmtheit allein hinsichtlich Straffreiheit genügt nicht Art. 103 Abs. 2 GG .....	206
bb) Zwischenschaltung der BaFin und Gesetzesvorbehalt .....	208
(1) § 54a Abs. 3 KWG als verwaltungsaktsakzessorischer Blanketttat- bestand .....	208
(2) Verwaltungsaktsakzessorisches Strafrecht und Gesetzlichkeitsprin- zip .....	210
(3) Wahrung des Gesetzesvorbehaltes durch § 54a Abs. 3 KWG .....	213
cc) Zwischenergebnis .....	215
c) § 54a Abs. 3 KWG und das Verwaltungsrecht .....	215
aa) Informationsgewinnung als Voraussetzung behördlichen Handelns ....	216
bb) Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen einer Anordnung nach § 25c Abs. 4c KWG .....	217
(1) Formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen .....	217
(2) Materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen .....	218
cc) Etwaige Auswirkungen der Rechtswidrigkeit einer Anordnung der BaFin .....	219
(1) Wortlaut des § 54a Abs. 3 KWG – Vollziehbarkeit der Anordnung .....	219
(2) Rechtswidrige Verwaltungsakte im verwaltungsaktsakzessorischen Strafrecht .....	220
(3) Limitierte Verwaltungsaktsakzessorietät des § 54a KWG .....	223
(a) Materiell rechtswidrige Anordnung der BaFin mangels Verstoßes gegen § 25c Abs. 4a, Abs. 4b S. 2 KWG .....	224
(b) Rechtswidrige Anordnung der BaFin aus anderen Gründen ....	224
(4) Bedenkliche Konsequenzen der zweigliedrigen Tatbestandsstruktur des § 54a KWG .....	227

(5) Zwischenergebnis .....	227
d) § 54a Abs. 3 KWG und der Einheitliche Aufsichtsmechanismus (SSM) ...	228
aa) SSM – eine Zäsur in der Architektur der Bankenaufsicht .....	228
bb) Bedeutung des SSM für § 54a KWG .....	231
cc) Der EZB durch den SSM übertragene Aufgaben .....	232
dd) Richtlinienbezug des § 25c Abs. 4a–4c KWG – ein Grenzfall .....	233
(1) Argumente gegen eine Richtlinienumsetzung .....	233
(2) Argumente für eine Richtlinienumsetzung .....	235
(a) Richtlinienbezug der Vorgaben in § 25c Abs. 4a, Abs. 4b S. 2 KWG .....	235
(b) Richtlinienbezug des § 25c Abs. 4c KWG und Anordnungs- befugnis der EZB .....	237
(3) Zwischenergebnis .....	238
ee) Auswirkungen bei Annahme einer Richtlinienumsetzung .....	238
(1) Folgen für § 54a KWG im Falle einer Anordnungsbezugnis der EZB	239
(2) Fortbestehende Anordnungsbezugnis der BaFin gemäß § 25c Abs. 4c KWG? .....	240
(a) Aufforderung der BaFin durch die EZB über Art. 9 Abs. 1 UAbs. 3 SSM-VO? .....	241
(b) Anordnungsverlangen der EZB an die BaFin über Art. 18 Abs. 5 UAbs. 1 SSM-VO? .....	242
(c) „Teilzuständigkeit“ der BaFin für strafrechtlichen Teil der An- ordnung? .....	244
(3) Zwischenergebnis .....	245
ff) Auswirkungen bei Verneinung einer Richtlinienumsetzung .....	245
gg) Zwischenergebnis .....	246
e) Zwischenergebnis zu § 54a Abs. 3 KWG .....	248
3. Relevanz interner Zuständigkeitsverteilungen .....	248
a) Begriffsklärung: Gesamtverantwortung und Ressortverteilung .....	249
b) Unbeachtlichkeit interner Zuständigkeitsverteilungen laut Regierungsent- wurf .....	251
aa) Wortlaut und Entwurfsbegründung .....	252
bb) Geäußerte verfassungsrechtliche und praktische Bedenken .....	252
c) Änderungen gegenüber dem Regierungsentwurf .....	254
aa) Wortlautänderungen und Einfügung des § 54a Abs. 3 KWG .....	254
bb) Bisherige Folgerungen aus den Änderungen .....	255
d) Beachtlichkeit interner Zuständigkeitsverteilungen in verabschiedeter Fas- sung .....	256
aa) Vorzugswürdigkeit einer Beachtlichkeit .....	256
bb) Möglichkeit der Annahme einer Beachtlichkeit de lege lata .....	258
e) Die Verhaltensanforderungen im Einzelnen .....	260

f) Zwischenergebnis .....	262
III. Taterfolg .....	263
1. Begriff und Feststellung der Bestandsgefährdung .....	263
a) Rechtslage bei Schaffung des § 54a KWG .....	264
aa) Der Begriff der Bestandsgefährdung gem. §§ 48b, 48o KWG a.F. ....	264
bb) Bestimmtheitsbedenken .....	265
cc) Bedeutung einer Beurteilung durch die BaFin gemäß § 48b Abs. 3 KWG a.F. ....	268
dd) Bedeutung der Vermutungen des § 48b Abs. 1 S. 2 KWG a.F. ....	268
ee) Zwischenergebnis .....	270
b) Auswirkungen neuer Sanierungs- und Abwicklungsregeln seit dem 1. 1. 2015	271
aa) Sanierungs- und Abwicklungsregeln im Wandel – SRM, BRRD, SAG	271
bb) Wegfall der §§ 48b, 48o KWG a.F. und Schaffung des SAG .....	272
cc) Herkunft und Entwicklung der §§ 48b, 48o KWG a.F. sowie der Neu- regelungen im SAG .....	273
dd) Erfordernis einer strafrechtsautonomen Begriffsbestimmung in § 54a KWG .....	274
ee) Fortbestehende Schwierigkeiten unter Geltung des Art. 18 SRM-VO	279
c) Zwischenergebnis .....	280
2. § 54a KWG zwischen abstraktem und konkretem Gefährdungsdelikt? .....	281
a) Bestandsgefahr als konkrete Gefahr .....	281
b) § 54a KWG als abstraktes Gefährdungsdelikt laut Gesetzgeber .....	282
c) § 54a KWG als Kombination aus konkretem und abstraktem Gefährdungs- delikt? .....	283
d) § 54a KWG als rein konkretes Gefährdungsdelikt .....	284
e) § 54a KWG als (Gefährdungs-)Erfolgsdelikt .....	286
f) Zwischenergebnis .....	287
IV. Kausalzusammenhang zwischen Tatverhalten und Taterfolg .....	287
1. Anforderungen an die Kausalität nach § 54a Abs. 1 und Abs. 3 KWG .....	288
2. Nachweisschwierigkeiten derart mittelbarer Kausalbeziehungen .....	289
3. Erleichterung des Kausalitätsnachweises? .....	292
4. Verhältnis der Kausalitätsbeziehungen aus § 54a Abs. 1 und Abs. 3 KWG ....	295
5. Zwischenergebnis .....	300
V. Vorsatz und Fahrlässigkeit .....	300
1. Vorsätzlicher Verstoß gegen Risikomanagementpflichten .....	301
2. Vorsätzliches oder fahrlässiges Herbeiführen der Bestandsgefährdung .....	302
a) Vorsätzliches Herbeiführen der Bestandsgefährdung, § 54a Abs. 1, Abs. 3 KWG .....	302
b) Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination, § 54a Abs. 2 KWG .....	305
aa) Fahrlässiges Herbeiführen der Bestandsgefährdung .....	305
bb) Vorzugswürdigkeit einer Beschränkung auf Leichtfertigkeit .....	306

cc) § 54a Abs. 2 KWG – Drastische Erweiterung der Strafbarkeit oder überflüssige Vorschrift? .....	307
dd) § 54a Abs. 2 KWG als strafrechtsdogmatisches Novum? .....	310
3. Zwischenergebnis .....	311
D. Eignung des Tatbestandes hinsichtlich des angestrebten Rechtsgüterschutzes .....	311
I. Rechtsgüterschutz bei unterstellter Tatbestandsverwirklichung .....	312
II. Schutz des Bankenaufsichtswesens nach Einfügung des § 54a Abs. 3 KWG? ...	315
III. Zwischenergebnis .....	316
E. Rechtsfolgen .....	317
I. Angemessenheit des Strafrahmens .....	317
II. Strafzumessungsaspekte .....	320
1. Auswirkungen der Bestandsgefahr .....	320
2. Pflichtenkreis des Täters vor Erlass der Anordnung .....	321
F. Teilnahme .....	321
G. Verhältnis zu §§ 266, 283 StGB .....	323
I. Verhältnis zur Untreue .....	323
1. Konkurrenzverhältnis .....	324
2. Verdrängungswirkungen des § 54a KWG gegenüber § 266 StGB? .....	327
3. Hilfreiche Rückwirkungen des § 54a KWG auf den Untreuenachweis? .....	328
II. Verhältnis zum Bankrott .....	329
H. Zu erwartende Praxisrelevanz – Repression, Prävention oder reine Symbolik? .....	331
I. Eignung des § 54a KWG zu repressiven Zwecken? .....	331
1. Aufsichtsrechtliche Alternativen zu einer Anordnung nach § 25c Abs. 4c KWG	332
2. Befolgung der Anordnung .....	334
3. Einstellungen und Verständigungen .....	334
4. Zwischenergebnis .....	335
II. Eignung des § 54a KWG zu präventiven Zwecken .....	336
1. Negative Generalprävention durch § 54a KWG .....	337
2. Anordnungsbefolgung zur Vermeidung von Ermittlungs- und Strafverfahren	338
3. Zwischenergebnis .....	341
III. § 54a KWG als symbolisches Strafrecht? .....	341
I. Schlussbetrachtungen .....	343
I. § 54a KWG als Beispiel für Grenzen der Sinnhaftigkeit verwaltungsakzessorischer Straftatbestände .....	343
1. Berechenbarkeit des Strafrechts und Hochfrequenz-Reform der Bankenregulierung – ein erstes Spannungsfeld .....	345

2. Nationales Strafrecht und Europäisierung der Bankenregulierung – ein zweites Spannungsfeld .....	347
3. Zwischenergebnis .....	349
II. § 54a Abs. 3 KWG und die Rolle der BaFin .....	350
1. Befolgung der Anordnung als safe harbour aus strafrechtlicher Sicht .....	350
2. Bedenkliche Aufrüstung der Aufsichtsbehörde – § 54a KWG als Zweckverfehlung des Strafrechts .....	351
III. § 54a KWG als dem Gesetzgeber gelegene funktionierende Fehlkonstruktion ...	355
J. Zusammenfassung der Untersuchung des § 54a KWG in Thesen .....	356

*Kapitel 3*

**Perspektiven de lege ferenda** 363

A. Begrenzte Möglichkeiten einer Anknüpfung an die Verletzung von Risikomanagementpflichten .....	363
I. Risikomanagementpflichten als Bezugspunkt des § 54a KWG .....	363
II. Beibehaltung der Anknüpfung an die Verletzung von Risikomanagementpflichten? .....	365
1. Vorteile durch Streichung des § 54a Abs. 1 KWG? .....	365
2. Vorteile durch Verzicht auf einen Taterfolg? .....	366
3. Zwischenergebnis .....	368
B. Erweiterte Möglichkeiten einer Anknüpfung an die Geschäftstätigkeit .....	368
I. Der naheliegende Rückgriff auf das Bankrottstrafrecht .....	368
II. Fortbestehende Privilegierung der Verantwortlichen systemrelevanter Banken ...	369
1. Versuche einer Zurückdrängung impliziter Staatsgarantien .....	370
2. Fortbestehende Privilegierung anderen Ursprungs .....	374
III. Notwendigkeit einer Vorverlagerung des Taterfolges gegenüber § 283 Abs. 2 StGB .....	375
1. Anknüpfung an die Abwendung des Gangs in die reguläre Insolvenz? .....	376
2. Anknüpfung an die Bestandsgefährdung .....	377
3. Systemrelevanz als Rechtfertigung einer vorverlagerten Strafbarkeit .....	378
4. Bestandsgefährdung und Systemrelevanz: Bekannte Schwierigkeiten, alternativer Lösungsansatz .....	380
IV. Weitere Leitlinien für einen zu schaffenden Straftatbestand .....	384
1. Geschäftstätigkeit als Anknüpfung für das Tatverhalten .....	384
2. Adressatenkreis .....	386
3. Vorsatz- und Fahrlässigkeitsvariante .....	387
4. Strafraumen .....	388
5. Verortung im KWG .....	389

V. Zwischenergebnis .....	389
C. Abhängigkeit des Anpassungsbedarfs im Strafrecht von vorgefundenen äußeren Bedingungen .....	390
<b>Schluss</b> .....	394
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	401
<b>Sachverzeichnis</b> .....	420