

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	27
Gang der Untersuchung	31

Kapitel 1

Regelungshintergrund des § 54a KWG	33
A. Die Finanzkrise und ihre strafrechtliche Aufarbeitung	33
I. Die Finanzkrise – Ursachen, Verlauf, Verantwortlichkeiten	33
1. Ursachen der Finanzkrise	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
2. Verlauf der Finanzkrise	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
3. Systemfehler und individuelle Verantwortlichkeit	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 Blanketttatbestand	208
(2)	Verwaltungsaktsakzessorisches Strafrecht und Gesetzlichkeitsprinzip	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 verwaltungsakzessori- scher Straftatbestände	343
1. Berechenbarkeit des Strafrechts und Hochfrequenz-Reform der Bankenregu- lierung – 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
Schluss	394
Literaturverzeichnis	401
Sachverzeichnis	420