

überhöhte Preise bezahlt wurden. Dabei wurden die Preise durch gezielte Manipulationen zum eigenen Vorteil in die Höhe getrieben.⁸⁶

⁸⁶ Zur Zeit der Tatbegehung im Jahre 2000 bis 2001 umfasste der Insideratbestand im Sinne von Art. 161 ch-StGB das Ausnutzen der Kenntnis um Kundentransaktionen nicht. Durch Streichung der Beschränkung des Insideratbestandes auf bestimmte Ereignisse (Art. 3) per 1. Oktober 2008 untersagt Art. 161 ch-StGB nun generell das Ausnutzen von vertraulichen Tatsachen, deren Bekanntwerden den Kurs von in der Schweiz börslich oder vorbörslich gehandelten Aktien und anderen Effekten in voraussehbarer Weise beeinflussen werden. Zur bevorstehenden Neufassung des Insideratbestandes als Art. 40 E-BEHG vgl. oben unter B.2.

Veranstaltungsberichte und Rechtspolitisches

Redaktionell zusammengestellt von Folker Bittmann, Leitender Oberstaatsanwalt, Dessau-Roßlau

WisteV-Standards

In der WiJ werden aktuelle Thesen und Fragestellungen von Folker Bittmann, Dessau-Roßlauer Leitender Oberstaatsanwalt, in aufbereiteter und von ihm redaktionell verantworteter Form vorgestellt. Sie versuchen, den innerhalb von WisteV erzielten Diskussionsstand repräsentativ widerzuspiegeln, können aber nicht durchweg Ergebnis eines vereinsweiten Diskussionsprozesses sein. Sie stellen schon deshalb nie unverrückbare Endpunkte dar.

Vielmehr sind die Leser, ob WisteV-Mitglieder oder nicht, aufgerufen, sich am steten Prozess der Aktualisierung und Weiterentwicklung zu beteiligen und sich unter Angabe ihres Berufes zu einzelnen, bereits benannten oder auch zusätzlichen Aspekten zu positionieren. Im besten Falle findet so eine permanente Qualifizierung statt, die allen Interessierten eine verlässliche Orientierung bietet.

Anregungen, Kritik oder Widerspruch können gerichtet werden an: standards@wi-j.de.

WisteV ist ein Zusammenschluss verschiedener am Wirtschaftsstrafrecht beteiligter Berufsgruppen. Das bietet den Vorteil, Themen aus unterschiedlicher Sicht betrachten zu können. Auch damit wird es allerdings nicht gelingen, in jeglicher Hinsicht Konsens herzustellen. Bereits das Anstreben eines solchen Zieles wäre von vorn herein, weil völlig unrealistisch, zum Scheitern verurteilt. Aber mehr Klarheit zu schaffen, hinsichtlich des Trennenden wie des Gemeinsamen, erscheint als wünschenswert, sinnvoll und vor allem erreichbar. Ungewissheiten mögen zwar den professionell am Wirtschaftsstrafrecht Beteiligten aus unterschiedlichen bis gegensätzlichen Gründen durchaus zupass kommen, weil dabei die Chance argumentativer Beeinflussung des Ergebnisses größer ist als beim Bewegen auf gesichertem Terrain. Aber derjenige, der sich fragt, wie er auf rechtmäßige Weise ein (wirtschaftliches) Ziel erreichen kann, der hat keinerlei Interesse an Ungewissheiten. Er strebt nach einem ‚safe harbour‘. Dieses Interesse ist völlig legitim: in einer freiheitlichen Gesellschaft darf – prinzipiell, trotz des faktisch erforderlichen Freischwimmens in einem Meer <und Mehr!> aus Bürokratie – frei gehandelt und damit auch frei gewirtschaftet werden. Um von dieser Freiheit innerhalb des legalen Rahmens Gebrauch machen zu können, bedarf es der Rechtssicherheit. Diese wird in einer sich wandelnden Welt immer nur partiell erreicht werden können. Das stellt die Sinnhaftigkeit dieses Ziels allerdings nicht in Frage.

WisteV hat es sich deshalb zur Aufgabe gemacht, für möglichst viele Themenfelder Standards dergestalt zu entwickeln, dass einerseits Konsentiertes und andererseits Kontroverses formuliert wird. Geeignete Ausgangspunkte sind WisteV-Veranstaltungen zu aktuellen Themen. Deshalb sind insbesondere diejenigen, die Regional- oder Facharbeitskreis-Veranstaltungen organisieren, aufgerufen, das Diskutierte in diesen beiden Kategorien möglichst tiefgehend zusammenzufassen. Es ist allerdings auch ohne weiteres denkbar, derartige Aufstellungen auch aus anderem Anlass zu formulieren.

1) Themenblock: Bankenkrise – Untreue

Aufbereitet und zusammengefasst von Folker Bittmann nach Tagungen der Regionalgruppen Mitte, Nordosten und Westen sowie des Arbeitskreises Kapitalmarktstrafrecht am 8. Juli 2010 in Frankfurt (Thema: „Bankenuntreue“), am 30. September 2010 in Berlin (Thema: „Kapitalmarktstrafrecht: Dogmatik – Marktaufsicht – Ermittlungsverfahren“) sowie am 18. Oktober 2011 in Düsseldorf (Thema: „Ermittlung und Verfolgung von Kapitalmarktdelikten“). Nähere Informationen zu den Tagungen finden Sie unter www.wistev.de (im Archiv).

a) Prozessuale Fragestellungen

Konsens:

- These 1: Maßgeblich ist die StPO. Diese verlangt für die Aufnahme von Ermittlungen einen Anfangsverdacht.
- These 2: Die Staatsanwaltschaft hat nicht die Aufgabe allgemeiner Kontrolle – auch nicht gegenüber Geldinstituten.
- These 3: Verlust allein, selbst bei erheblicher Höhe, begründet noch keinen Anfangsverdacht. Aber ein solcher kann zulässigen Anlass für verdachtschöpfende Maßnahmen der Staatsanwaltschaft bieten.
- These 4: Die theoretische Möglichkeit eines Systemversagens mit der Folge, dass handelnde Banker nur Beteiligte einer nicht vorhandenen Haupttat wären, hindert nicht die Bejahung eines Anfangsverdachts.
- These 5: Strafrechtlich ist eine ex-ante-Betrachtung zwingend geboten.
- These 6: Vorschriften, die allein dem deutschen Kapitalmarkt dienen, gelten nicht, wenn dieser von Auslandsgeschäften unberührt bleibt.

Kontrovers:

- Frage 1: Wann fehlt einem Auslandsgeschäft jegliche Binnenwirkung?
- Frage 2: Zeitigt eine ausländische Zweckgesellschaft jedenfalls dann Inlandswirkungen, wenn die Mutterbank ihre Risiken übernommen hat?

b) Bedeutung der BaFin und des KWG:

Konsens:

- These 1: Die BaFin übt Aufsicht aus. Die dabei zugrundezulegenden Maßstäbe sind nicht deckungsgleich mit dem Gesellschaftsrecht: Die Aufsicht hat den Kapitalmarkt, das Gesellschaftsrecht vorrangig das Vermögensinteresse der Anteilseigner im Blick.
- These 2: KWG und Vorgaben der BaFin können gesellschaftsrechtliche Maßstäbe konkretisieren.
- These 3: Das Einhalten solcher Vorgaben spricht prima facie gegen Untreuevorsatz.

c) Bilanzierung:

Konsens:

- These 1: Verbriefte Kreditforderungen wirken sich auf verschiedenen Aktivposten aus (z.B. Forderungen an Kunden, an andere Kreditinstitute und Beteiligungen).
- These 2: In subjektiver Hinsicht ist maßgeblich, ob, und wenn ja, ein Irrtum welcher Qualität vorliegt. Umfassende Unkenntnis führt zum Tatbestandsirrtum. Unrichtige Einschätzung bekannter Tatsachen kann einen unbeachtlichen Subsumtionsirrtum oder einen (meist: vermeidbarer) Verbotsirrtum darstellen.

Kontrovers:

- Frage 1: Welche untreuerechtliche Bedeutung kommt Bilanzierungsansätzen zu?
- Frage 2: Darf den Anforderungen von Wirtschaftsprüfern ohne weiteres gefolgt werden?
- Frage 3: Die Bilanzierungspflicht ist Aufgabe der Geschäftsleitung. Sie bleibt es auch im Falle der Delegation. Überlegenes Wissen der Geschäftsleitung hat in die Bilanz einzugehen. Besteht eine Pflicht, Expertenmeinung in Frage zu stellen und sich (z.B. als Geschäftsleitung) das erforderliche Wissen selbst zu verschaffen?
- Frage 4: Fallen Wertansatz und der von (in- oder externen) Experten ange- und übernommene Wert auseinander, ist dann nicht nur eine Wertberichtigung geboten, sondern untreuerechtlich auch der ‚wahre‘ Wert maßgeblich?

d) Risikogeschäfte als untreuerechtliches Thema der Pflichtwidrigkeit

Konsens:

- These 1: Geschäfte mit jeder Art verbriefter Kreditforderungen stellen Risikogeschäfte dar. Die Risiken sind nicht nur wie üblich im Bankgeschäft struktureller und rechtlicher Natur (Adress-/Sektorenrisiko, Marktrisiko, politisches Risiko, Managementrisiko, Kapitalrisiko, Produktrisiko, Kontrollrisiko), sondern bestehen im Besonderen aufgrund des erhöhten Ausfallrisikos der ersten Kreditnehmer („subprime“) und der Abhängigkeit der Finanzierung vom Ausbleiben inverser Zinsstruktur.
- These 2: Die Risikominderung durch Sicherheiten hängt von deren Werthaltigkeit ab. Garantien internationaler, liquide erscheinender Banken verloren in dem Maße an Wert, wie die Größenordnung der übernommenen Risiken stieg.
- These 3: Wann dies von welchem Banker erkannt wurde, ist eine Frage des Einzelfalls.
- These 4: Risikogeschäfte sind nicht per se verboten. Das gilt auch für Eigengeschäfte und für die Einschaltung von Zweckgesellschaften.
- These 5: Es besteht ein großer Ermessensspielraum: Alles, was vertretbar ist, ist rechtmäßig. Zugrundezulegen ist ein normativer Maßstab und nicht die Üblichkeit.
- These 6: Risikogeschäfte müssen sich aber innerhalb vorgegebener fester (z.B. Zeichnungsbefugnisse) und proceduraler (z.B. ausreichender Information) Grenzen halten. Welche das sind, folgt aus Gesetz, untergesetzlichen Normen, Satzung und Einzelweisung. Rechtliche Orientierung bietet die Anlehnung an die Rechtsprechung des BGH zur ungetreuen Kreditvergabe.
- These 7: Die Wahrung der Business Judgement Rule bietet einen Safe Harbour, nicht nur für Aktiengesellschaften.
- These 8: Erforderlich ist dafür aber eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation mit einem angemessenen Risikomanagementsystem (innerhalb oder außerhalb einer evtl. Compliance-Abteilung). Dazu gehören eine Risikostrategie innerhalb des Gesamtprofils der Bank, die Risikosteuerung und deren Kontrolle zur Sicherstellung der Tragfähigkeit der Risiken und die Einbeziehung nachgeordneter Ebenen durch z.B. Richtlinien und Berichtspflichten. Welche Risiken zu erfassen sind, hängt vom Sachverhalt ab. Welchen Anforderungen insgesamt zu genügen ist, wird wesentlich von den äußeren Vorgaben (Gesetze, BaFin etc.) mitbestimmt, ohne daß damit aber die Verantwortung der Geschäftsleitung entfällt.
- These 9: Jedes Risikogeschäft muß insgesamt ausgewogen erscheinen. Risiken, deren Eintritt nicht ganz unwahrscheinlich ist, dürfen nicht eingegangen werden, wenn sie existenzgefährdend sind.
- These 10: Untreuerelevant kann sowohl der Erwerb als auch das Behalten verbriefter Kreditforderungen sein.
- These 11: Es muss nicht zu jeder Zeit ein Positivsaldo bestehen und

These 12: es muss auch keine aktuelle Deckung bei erst zukünftiger Fälligkeit bestehen, wenn zu erwarten ist, dass sie rechtzeitig beschafft werden kann.

These 13: ‚Klumpenrisiken‘ dürfen nicht eingegangen werden. Das Betreiben von Geschäften mit verbrieften Kreditforderungen mit verschiedenen Partnern genügt objektiv nicht den Diversifikationsanforderungen, wenn die Emittenten (oder sonstigen Verkäufer) nicht selbst hafteten. Denn in diesem Fall hing das Risiko unabhängig vom Beschaffungsweg allein von der Liquidität der, ggf. derselben Kreditnehmer ab.

These 14: Wann dies von welchem Banker erkannt wurde, ist wiederum eine Frage des Einzelfalles.

Kontrovers:

Frage 1: War das Vertrauen auf Rating-Agenturen bestenfalls begrenzt gerechtfertigt?

Frage 2: Stellen sich in subjektiver Hinsicht ähnliche Fragen wie bei den Wertansätzen in der Bilanz?

Frage 3: Bleibt die Verantwortung bei der Geschäftsleitung, welche sie gemäß den Umständen des Einzelfalles wahrzunehmen hat?

Frage 4: Wann ist ein Risiko ‚ganz unwahrscheinlich‘?

2) Themenblock: Verständnis des § 266 StGB (Untreue)

Aufbereitet und zusammengefasst von Folker Bittmann nach einer Tagung der Regionalgruppe Nordosten und des Arbeitskreises Kapitalmarktstrafrecht am 20. Juni 2011 in Berlin (Thema: „Die Untreue-Entscheidung des BVerfG, löst der bilanzielle Ansatz die Probleme der Bestimmung des Vermögensnachteils?“). Nähere Informationen zu den Tagungen finden Sie unter www.wistev.de (im Archiv).

Konsens:

These 1: Qualitative Aspekte sind der Pflichtwidrigkeit, quantitative dem Nachteil zuzuordnen.

These 2: § 266 StGB erfasst nur die Verletzung gerade der Vermögensbetreuungspflicht.

These 3: Relevant ist ein Nachteil nur als Folge der Pflichtwidrigkeit.

These 4: Formalverstöße allein können nicht zu einem tatbestandlichen Nachteil führen.

These 5: Das Einhalten aller Formalien führt zur Rechtmäßigkeit nicht determinierten Handelns.

These 6: Nachteil ist die im Wege der Gesamtsaldierung festzustellende wertmäßige Differenz des betroffenen Vermögens vor und nach der Tathandlung, maßgeblicher Zeitpunkt für die Berechnung des Nachteils ist daher derjenige der Tathandlung.

These 7: Die auf die Tathandlung zurückzuführende Vermögensminderung muss sich nicht bereits vollständig bei Begehung der Tathandlung verwirklicht haben, um strafrechtliche Relevanz zu erlangen.

These 8: Zu berücksichtigen sind auch bereits gegenwärtige Vermögensminderungen aufgrund zu erwartender Folgen.

These 9: Zu deren Berechnung ist eine auf den Zeitpunkt der Tathandlung bezogene ex-ante-Prognose zu erstellen.

These 10: Eine weitergehende ‚nachteilsgleiche Vermögensgefährdung‘ ist tatbestandlich ohne Bedeutung.

These 11: Nachteil ist aber auch die bei der Tathandlung prognostizierte Vermögensminderung, die sich im weiteren Verlauf nicht verwirklicht.

- These 12: Soweit der Täter das Eintreffen der Prognose aus eigenem Antrieb verhindert, kommt ihm das als tätige Reue zu Gute.
- These 13: Parteiautonome Preis- und Wertbestimmungen sind aufgrund marktwirtschaftlicher Preisbildung anzuerkennen.
- These 14: Ein individueller Schadenseinschlag ist zu berücksichtigen.
- These 15: Liegt keine privatautonome Preis- und Wertbestimmung vor, so ist der Wert unter Zuhilfenahme geeigneter Instrumente der Betriebswirtschaft zu bestimmen.
- These 16: Die von Fachleuten gefundenen Ergebnisse muss der juristisch Verantwortliche im Rahmen seiner Fähigkeiten überprüfen.
- These 17: Die Quantifizierung des Nachteils mit sachverständiger Hilfe stößt an fachliche, kapazitätsmäßige und finanzielle Grenzen. Es ist daher zu prüfen, ob für bestimmte Konstellationen Strafnormen vorzugswürdig sind, die nicht auf einen zu quantifizierenden Nachteil abstellen, sondern sich auf die Pönalisierung verbotenen Verhaltens beschränken.

3) Themenblock: Ausstieg aus korruptiver Strategie

Aufbereitet und zusammengefasst von Folker Bittmann nach einer Tagung der Regionalgruppe Norden in Hamburg (Thema: „Exitstrategien bei Korruptionsverdacht“). Nähere Informationen zu den Tagungen finden Sie unter www.wistev.de (im Archiv).

Konsens:

- These 1: Effiziente Compliance im Unternehmen einschließlich Vorbildfunktion von Führung/Vorstand/ Vorgesetzten vermeidet Korruption und zwar sowohl nach innen als auch als Geschäftsmodell nach außen.
- These 2: Ein diskreter Ausstieg aus einem System bisher unentdeckter aktiver Bestechung ist für eine Unternehmensführung ohne Offenlegung gegenüber dem Finanzamt und ohne Berichtigung von Steuererklärungen und Jahresabschlüssen aufgrund von Mitteilungspflichten (§ 4 Abs. 5 Nr. 10 S. 3 EStG) und Berichtigungspflichten (§ 331 HGB) nicht möglich. Das Risiko einer Bestrafung wegen Steuerhinterziehung (v.a. § 370 i.V.m. § 153 AO) lässt sich auch unter den verschärften Anforderungen an eine Selbstanzeige mindern, aber nicht mehr mit der unter dem alten Recht vorhandenen Sicherheit vermeiden. Die Berichtigung einer i.S. von § 331 HGB unrichtigen Bilanz ist tatbestandlich irrelevant.
- These 3: Gleichwohl gehört unter den Gesichtspunkten der Generalprävention und der Stärkung der Loyalität der legal tätigen Mitarbeiter zu einem konsequenten Ausstieg aus der Korruption auch die Erstattung einer Strafanzeige.
- These 4: Die gesetzlichen Vorschriften erlauben keine Aufgabe des Ermittlungsmonopols der Strafverfolgungsbehörden. Eine Kooperation zwischen Unternehmen und Strafverfolgungsbehörden ist jedoch zulässig. Sie kann für beide Seiten Vorteile bieten, einerseits z.B. zur Beschleunigung von Ermittlungen im Ausland beitragen, andererseits unnötige Öffentlichkeit etwa bei Durchsuchungsmaßnahmen vermeiden und aufgrund frühzeitiger Gewährung von Akteneinsicht erforderliche Umstrukturierungsmaßnahmen im Unternehmen erleichtern und beschleunigen.
- These 5: Die Strafnorm für unrichtige Darstellung (sog. Bilanzmanipulation) findet sich nicht im StGB, sondern im HGB.
- These 6: U.a. § 331 Nr. 1 HGB sieht eine Freiheitsstrafe von bis zu 3 Jahren oder Geldstrafe für denjenigen vor, der als Mitglied des vertretungsberechtigten Organs oder des Aufsichtsrats einer Kapitalgesellschaft die Verhältnisse der Kapitalgesellschaft in der Eröffnungsbilanz, im Jahresabschluss, im Lagebericht oder im Zwischenabschluss nach § 340a Abs. 3 HGB unrichtig wiedergibt oder verschleiert.

- These 7: Strafbar ist aber nur vorsätzlich falsches Handeln. Im Fall von Fahrlässigkeit liegt keine strafbare Bilanzmanipulation vor.
- These 8: Der Grundsatz sog. „relativer Bilanzwahrheit“ führt dazu, dass nur eine „schlechterdings unvertretbare Darstellung“ unrichtig i.S. des § 331 HGB ist.
- These 9: Zudem erfüllt nicht jede (noch so geringfügige, wenngleich schlechterdings unvertretbare) Verletzung von Rechnungslegungsvorschriften den Tatbestand. Erfasst sind vielmehr nur Fehler jenseits einer qualitativen Wesentlichkeitshürde. Die Abgrenzung richtet sich nach dem Grad der Übereinstimmung von tatsächlicher und pflichtgemäßer Darstellung.
- These 10: Ist der Tatbestand der unrichtigen Darstellung erfüllt, so führt dies möglicherweise zu einer Nichtigkeit des Jahresabschlusses gem. § 256 AktG. Dies kann z. B. dann der Fall sein, wenn „Provisionen“ an „vertriebsorientierte Berater“ nicht als solche kenntlich gemacht, sondern einem anderen Posten zugeschlagen wurden und zudem wesentlich sind.
- These 11: Eine bloße Korrektur eines „einfach“ fehlerhaften Jahresabschlusses ist nur dann möglich, wenn die Grenze zur Nichtigkeit nicht überschritten ist, diese Korrektur ist ggf. auch in laufender Rechnung zulässig.
- These 12: Die Abgrenzung zwischen „einfacher“ und „wesentlicher“ Fehlerhaftigkeit ist regelmäßig unter Beteiligung eines Wirtschaftssachverständigen vorzunehmen.
- These 13: Es ist zu prüfen, ob den Unternehmen der Ausstieg aus korruptiver Geschäftsstrategie de lege ferenda erleichtert werden sollte, weil
- mangels zu vollständiger Straffreiheit führender Selbstanzeigemöglichkeit und der deshalb drohenden Unternehmensgeldbuße, Vermögensabschöpfung und Steuernachzahlung die Hemmschwelle für einen Ausstieg so hoch liegt, dass sie im Widerspruch zur anzustrebenden zumindest zukünftigen Gesetzestreue vorhandene Korruptionssysteme faktisch stabilisieren könnte,
 - zumal da Mitarbeitern und Unternehmen nicht absehbare, evtl. dramatische wirtschaftliche Folgen drohen,
 - so dass insbesondere neue und an der Vergangenheit unbeteiligte Manager vor dem Dilemma strafbarer Vertuschung bzw. Fortsetzung der von ihnen eigentlich abgelehnten Praktiken oder dem "Anschwärzen" von (früheren) Geschäftsführungskollegen und Mitarbeitern stehen.
 - Der Gesetzgeber sollte erleichterte Ausstiegsmöglichkeiten schon deshalb erwägen, weil das erst vor wenigen Jahren beendete „Augenzwinkern“ in Gestalt des zulässigen Betriebsausgabenabzugs für Schmiergelder einen bislang noch nicht abgeschlossenen und damit unterstützungswürdigen Wandel der Geschäftsstrategie erfordert.