



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch
den Ausschuss Strafrecht

zum strafrechtlichen Teil des
„Entwurfs eines Gesetzes zur Abschirmung von
Risiken und zur Planung der Sanierung und
Abwicklung von Kreditinstituten und Finanzgruppen“
(BT-Drs. 17/12601)

Stellungnahme Nr.: 29/2013

Berlin, im April 2013

Mitglieder des Ausschusses

- RA Dr. Stefan König, Berlin (Vorsitzender)
- RA Dr. h. c. Rüdiger Deckers, Düsseldorf
- RAin Dr. Margarete Gräfin von Galen, Berlin
- RAin Dr. Gina Greeve, Frankfurt am Main
- RA Prof. Dr. Rainer Hamm, Frankfurt am Main (Berichterstatter)
- RA Eberhard Kempf, Frankfurt am Main
- RAin Gül Pinar, Hamburg
- RA Michael Rosenthal, Karlsruhe
- RA Martin Rubbert, Berlin
- RAin Dr. Heide Sandkuhl, Potsdam
- RA Dr. Rainer Spatscheck, München
- RA Dr. Gerson Trüg, Freiburg im Breisgau

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- RAin Tanja Brexl, DAV-Berlin

Deutscher Anwaltverein

Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 (0)30 726152-0
Fax: +49 (0)30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel

Avenue de la Joyeuse Entrée 1
1040 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 (0)2 28028-12
Fax: +32 (0)2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Registernummer: 87980341522-66

Verteiler

- Bundesministerium des Innern
- Bundesministerium der Justiz
- Rechtsausschuss, Innenausschuss des Deutschen Bundestages
- Vorsitzender des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, Siegfried Kauder
- Vorsitzender des Innenausschusses des Deutschen Bundestages, Wolfgang Bosbach
- Landesjustizministerien
- Rechts- und Innenausschüsse der Landtage
- Bundesgerichtshof
- Bundesanwaltschaft

- Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
- Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins
- Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer
- Vorsitzende des Strafrechtsausschusses des KAV, BAV
- Vorsitzende des FORUM Junge Anwaltschaft des DAV

- Deutscher Strafverteidiger e. V., Herr Mirko Roßkamp
- Regionale Strafverteidigervereinigungen
- Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen und -initiativen

- Arbeitskreise Recht der im Bundestag vertretenen Parteien
- Deutscher Richterbund

- Strafverteidiger-Forum (StraFo)
- Neue Zeitschrift für Strafrecht, NStZ
- Strafverteidiger

- Prof. Dr. Jürgen Wolter, Universität Mannheim
- ver.di, Bereich Recht und Rechtspolitik
- Deutscher Juristentag (Präsident und Generalsekretär)
- Prof. Dr. Schöch, LMU München

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 67.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

A. Vorbemerkung

Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung sieht ein „Artikelgesetz“ zur Änderung des Kreditwesengesetzes (KWG) sowie des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG) vor. Art. 1 des Gesetzesentwurfs hat Änderungen des KWG hinsichtlich der Planung der Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten zum Gegenstand. Art. 2 betrifft weitere Änderungen des KWG hinsichtlich der Abschirmung von Risiken. Art. 3 betrifft neue Vorschriften im KWG zur Strafbarkeit von Geschäftsleitern von Kredit- bzw. Finanzdienstleistungsinstituten, während durch Art. 4 des Gesetzesentwurfs vergleichbare Strafvorschriften in das VAG eingefügt werden sollen.

Zentraler Gedanke der strafrechtlichen Entwurfsteile (Art. 3 und Art. 4) ist die Strafbarkeit von Pflichtverletzungen der Geschäftsleiter im Risikomanagement. Durch den zweistufig aufgebauten Gesetzesentwurf werden die Geschäftsleiter von *Instituten*¹ bzw. *Versicherungsunternehmen*² zunächst gesetzlich verpflichtet *sicherzustellen*, dass ihr Unternehmen über im Gesetzesentwurf ausführlich beschriebene *Strategien, Prozesse, Verfahren, Funktionen und Konzepte* des Risikomanagements verfügt (§§ 25c Abs. 3a, 3b KWG-E; § 64a Abs. 7 VAG-E).

Mit Strafe bedroht wird die Verletzung dieser *Sicherstellungspflicht* (so ausdrücklich § 25c Abs. 3b Satz 1 KWG-E) sodann durch die neuen Tatbestände des § 54a KWG-E und § 142 VAG-E, sofern hierdurch eine *Bestandsgefährdung* (§ 54a KWG-E) bzw. eine *Gefährdung der dauernden Erfüllbarkeit der Versicherungsverträge* (§ 142 VAG-E) herbeigeführt wird.

Der DAV nimmt das laufende Gesetzgebungsverfahren zum Anlass, eine Stellungnahme zu den strafrechtlichen Entwurfsteilen des Gesetzesentwurfs abzugeben.

¹ Hierbei handelt es sich nach der Legaldefinition des § 1 Abs. 1b KWG um Kreditinstitute i.S.v. § 1 Abs. 1 KWG und um Finanzdienstleistungsinstitute i.S.v. § 1 Abs. 1a KWG.

² Dies sind nach der Legaldefinition des § 1 Abs. 1 Nr. 1 VAG „Unternehmen, die den Betrieb von Versicherungsgeschäften zum Gegenstand haben und nicht Träger der Sozialversicherung sind“.

B. Zusammenfassende Bewertung

Der Deutsche Anwaltverein erhebt gegen den Gesetzesentwurf schwerwiegende verfassungsrechtliche Bedenken und strafrechtspolitische Einwände.

- I. Der Gesetzesinitiative liegt augenscheinlich die verbreitete Vorstellung zugrunde, dass jede tatsächliche oder vermeintliche gesellschaftliche Fehlentwicklung, insbesondere im Wirtschaftsleben, mit Hilfe des nur als ultima ratio legitimen Strafrechts korrigiert werden könne. Es ist ein Irrtum zu glauben, dass etwaige Mängel im System der durchaus bereits mit empfindlichen Sanktionsbefugnissen ausgestatteten Banken- und Versicherungsaufsicht dadurch auszugleichen wären, dass man noch zusätzlich die Staatsanwaltschaften auf den Plan ruft.
- II. Aufgrund der zahlreichen Verweisungen auf das sich permanent ändernde deutsche und europäische Aufsichtsrecht, der Verwendung ausufernder unbestimmter Rechtsbegriffe sowie seiner außergewöhnlichen Komplexität genügt der Gesetzesentwurf nicht dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot, wonach der Normadressat vorhersehen können muss, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist. Strafnormen gewinnen nicht dadurch an Kontur und Vorhersehbarkeit, dass sie im Wege der Bezugnahme auf besonders lange Pflichtenkataloge, die ihrerseits mit einer Fülle von weichen und unbestimmten Begriffen und Formulierungen durchsetzt sind, nur den Anschein einer Differenzierung und Präzisierung erwecken.
- III. Der Entwurf ist mit den verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen an rechtsstaatlich bestimmte Tatbestände unvereinbar. Dies gilt auch im Vergleich zu den bisher schon kritikwürdig verbreiteten Blankettnormen, die teilweise auch auf Nicht-Gesetzesrecht verweisen.
- IV. Mit dem Bestimmtheitsgebot ist ferner unvereinbar, dass die außerstrafrechtliche Pflicht für Geschäftsleiter, ein wirksames Risikomanagement sicherzustellen, in das Strafrecht einzutragen übertragbar werden soll, ohne dass der Gesetzesentwurf hierfür irgendwelche inhaltlich-qualitativen Vorgaben definiert. Denn im Unterschied zum bisher bekannten „Blankettstrafrecht“, wie z.B. dem Wertpapierhandels- oder Umweltstrafrecht, knüpfen die geplanten Strafvorschriften nicht an gesetzlich verankerte und vor allem

allgemeinverbindliche Standards (bspw. gesetzliche Immissionsgrenzwerte oder Bilanzierungsvorschriften) an, sondern überlassen die inhaltliche Ausgestaltung des Risikomanagements allein den Geschäftsleitern und nachträglich den Strafgerichten.

- V. Der Gesetzesentwurf führt in der gegenwärtigen Fassung zu einer faktischen Beweislastumkehr hinsichtlich der Einhaltung der Organisationsverantwortung und der Sicherstellungspflichten, die mit der strafrechtlichen Unschuldsvermutung unvereinbar ist.

C. Zu den geplanten Tatbeständen im Einzelnen

I. Aufbau der geplanten Neuregelung im Überblick

Der Gesetzesentwurf sieht in §§ 25c Abs. 3a, 3b KWG-E, § 64a Abs. 7 VAG-E die gesetzliche Verankerung von sog. Sicherstellungspflichten vor, deren Verletzung jeweils durch § 54a KWG-E und § 142 VAG-E strafbewehrt ist.

1. Gesetzliche Verankerung von „Sicherstellungspflichten“

Die nähere Ausgestaltung von Pflichten der Geschäftsleitung im Risikomanagement erfolgte bislang nicht durch den Gesetz- oder Verordnungsgeber, sondern über Verwaltungsvorschriften der BaFin in Form von *Rundschreiben zu den Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk)* jeweils für den Banken- und den Versicherungssektor.

Der Gesetzesentwurf ist darauf angelegt, eine lange Reihe von Vorgaben der MaRisk in § 25c Abs. 3a und Abs. 3b KWG-E bzw. in § 64a Abs. 7 VAG-E in Gesetzesrang zu heben. Hierbei handelt es sich nach der Entwurfsbegründung um „die wesentlichsten Pflichten der Geschäftsleiter, bei deren Verletzung von gravierenden Missständen im Risikomanagement des betreffenden Instituts auszugehen ist“.³

Exemplarisch werden im Folgenden die gesetzlichen Sicherstellungspflichten des § 25c Abs. 3a KWG-E dargestellt, wobei in den Fußnoten jeweils die entsprechenden bisherigen Passagen der MaRisk (Banken) nachgewiesen werden. Dabei ist zu beachten, dass § 25c Abs. 3a KWG-E bereits auf dem erst noch geplanten Stand des KWG in der Fassung des

³ BT-Drs. 17/12601, 31.

sog. CRD IV-Umsetzungsgesetzes basiert, welches sich derzeit selbst noch im Gesetzgebungsverfahren befindet.⁴

Der Pflichtenkatalog des § 25c Abs. 3a KWG-E soll folgende Fassung erhalten:

Im Rahmen seiner Gesamtverantwortung für die ordnungsgemäße Geschäftsorganisation des Instituts nach § 25a Absatz 1 Satz 2 hat jeder Geschäftsleiter eines Instituts sicherzustellen, dass das Institut über folgende Strategien, Prozesse, Verfahren, Funktionen und Konzepte verfügt:

1. eine auf die nachhaltige Entwicklung des Instituts gerichtete Geschäftsstrategie und eine damit konsistente Risikostrategie sowie Prozesse zur Planung, Umsetzung, Beurteilung und Anpassung der Strategien nach § 25a Absatz 1 Satz 3 Nummer 1, mindestens hat jeder Geschäftsleiter sicherzustellen, dass⁵

a) jederzeit das Gesamtziel, die Ziele des Instituts für jede wesentliche Geschäftsaktivität sowie die Maßnahmen zur Erreichung dieser Ziele dokumentiert werden;

b) die Risikostrategie jederzeit die Ziele der Risikosteuerung der wesentlichen Geschäftsaktivitäten sowie die Maßnahmen zur Erreichung dieser Ziele umfasst;⁶

2. Verfahren zur Ermittlung und Sicherstellung der Risikotragfähigkeit nach § 25a Absatz 1 Satz 3 Nummer 2, mindestens hat jeder Geschäftsleiter sicherzustellen, dass

a) die wesentlichen Risiken des Instituts, insbesondere Adressenausfall-, Marktpreis-, Liquiditäts- und operationelle Risiken, regelmäßig und anlassbezogen im Rahmen einer Risikoinventur identifiziert und definiert werden (Gesamtrisikoprofil);⁷

b) im Rahmen der Risikoinventur Risikokonzentrationen berücksichtigt sowie mögliche wesentliche Beeinträchtigungen der Vermögenslage, der Ertragslage oder der Liquiditätslage geprüft werden;⁸

3. interne Kontrollverfahren mit einem internen Kontrollsystem und einer Internen Revision nach § 25a Absatz 1 Satz 3 Nummer 3 Buchstabe a bis c, mindestens hat jeder Geschäftsleiter sicherzustellen, dass

a) im Rahmen der Aufbau- und Ablauforganisation Verantwortungsbereiche klar abgegrenzt werden, wobei wesentliche Prozesse und damit verbundene Aufgaben, Kompetenzen, Verantwortlichkeiten, Kontrollen sowie Kommunikationswege klar zu definieren sind und sicherzustellen ist, dass Mitarbeiter keine miteinander unvereinbaren Tätigkeiten ausüben;⁹

b) eine grundsätzliche Trennung zwischen dem Bereich, der Kreditgeschäfte initiiert und bei den Kreditentscheidungen über ein Votum verfügt (Markt), sowie dem Bereich Handel einerseits und dem Bereich, der bei den Kreditentscheidungen über ein weiteres Votum verfügt

⁴ Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2012/.../EU über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Anpassung des Aufsichtsrechts an die Verordnung (EU) Nr. .../2012 über die Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen (CRD IV-Umsetzungsgesetz), BT-Drs. 17/10974.

⁵ Vgl. MaRisk (Banken) AT 4.2.1.

⁶ Vgl. MaRisk (Banken) AT 4.2.2.

⁷ Vgl. MaRisk (Banken) AT 2.2.1.

⁸ Vgl. MaRisk (Banken) AT 2.2.1 und AT 2.2.2.

⁹ Vgl. MaRisk (Banken) AT 4.3.1.1 und AT 4.3.1.2.

(Marktfolge), und den Funktionen, die dem Risikocontrolling und die der Abwicklung und Kontrolle der Handelsgeschäfte dienen, andererseits besteht;¹⁰

- c) das interne Kontrollsystem Risikosteuerungs- und -controllingprozesse zur Identifizierung, Beurteilung, Steuerung, Überwachung und Kommunikation der wesentlichen Risiken und damit verbundener Risikokonzentrationen sowie eine Risikocontrolling-Funktion und eine Compliance-Funktion umfasst;¹¹*
- d) in angemessenen Abständen, mindestens aber vierteljährlich, gegenüber der Geschäftsleitung über die Risikosituation einschließlich einer Beurteilung der Risiken berichtet wird;¹²*
- e) in angemessenen Abständen, mindestens aber vierteljährlich, seitens der Geschäftsleitung gegenüber dem Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan über die Risikosituation einschließlich einer Beurteilung der Risiken berichtet wird;¹³*
- f) regelmäßig angemessene Stresstests für die wesentlichen Risiken des Instituts durchgeführt werden und auf Grundlage der Ergebnisse möglicher Handlungsbedarf geprüft wird;¹⁴*
- g) die interne Revision in angemessenen Abständen an die Geschäftsleitung berichtet;¹⁵*

4. eine angemessene personelle und technisch-organisatorische Ausstattung des Instituts nach § 25a Absatz 1 Satz 3 Nummer 4, mindestens hat jeder Geschäftsleiter dabei sicherzustellen, dass die quantitative und qualitative Personalausstattung und der Umfang und die Qualität der technisch-organisatorischen Ausstattung die betriebsinternen Erfordernisse, die Geschäftsaktivitäten und die Risikosituation berücksichtigen;¹⁶

5. für Notfälle in zeitkritischen Aktivitäten und Prozessen angemessene Notfallkonzepte nach § 25a Absatz 1 Satz 3 Nummer 5, mindestens hat jeder Geschäftsleiter dabei sicherzustellen, dass regelmäßig Notfalltests zur Überprüfung der Angemessenheit und Wirksamkeit des Notfallkonzeptes durchgeführt werden und über die Ergebnisse den jeweils Verantwortlichen berichtet wird.¹⁷

Ähnlich umfangreich ausdifferenziert, aber auch ähnlich durchsetzt mit Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen, soll § 64a VAG die Sicherstellungspflichten der Geschäftsleiter von Versicherern regeln.

¹⁰ Vgl. MaRisk (Banken) BTO Vorbem. 2 und 3.

¹¹ Vgl. MaRisk (Banken) AT 4.3.1 und AT 4.3.2.1.

¹² Vgl. MaRisk (Banken) AT 4.3.2.3.

¹³ Vgl. MaRisk (Banken) AT 4.3.2.6.

¹⁴ Vgl. MaRisk (Banken) AT 4.3.3 und AT 4.3.3.5.

¹⁵ Vgl. MaRisk (Banken) AT 4.4.3.2.

¹⁶ Vgl. MaRisk (Banken) AT 7.1.1 und AT 7.2.1.

¹⁷ Vgl. MaRisk (Banken) AT 7.3.1.

2. Straftatbestand des § 54a Abs. 1 KWG-E

Die gesetzlich verankerten Sicherstellungspflichten bilden sodann die inhaltlichen Bezugsnormen für die geplanten Strafvorschriften der § 54a KWG-E und § 142 VAG-E.

Nach § 54a Abs. 1 KWG-E wird *„mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe [...] bestraft, wer entgegen § 25c Absatz 3a oder § 25c Absatz 3b Satz 2 nicht sicherstellt, dass ein Institut oder eine dort genannte Gruppe über eine dort genannte Strategie, einen dort genannten Prozess, ein dort genanntes Verfahren, eine dort genannte Funktion oder ein dort genanntes Konzept verfügt, und hierdurch eine Bestandsgefährdung des Instituts oder der Gruppe herbeiführt“*.

Nach dem § 54a Abs. 2 KWG-E wird (mit einem geringeren Strafraumen) auch mit Strafe bedroht, *„wer in den Fällen des Absatzes 1 die Gefahr fahrlässig herbeiführt“*.

3. Straftatbestand des § 142 VAG-E

Die geplante Strafvorschrift des § 142 VAG-E enthält vergleichbare Formulierungen für die Strafbarkeit von Geschäftsleitern von Versicherungsunternehmen. Im Vergleich zu § 54a KWG-E wird lediglich das Tatbestandsmerkmal der *Bestandsgefährdung* durch die eigenständige Formulierung *Gefährdung der „dauernde(n) Erfüllbarkeit der Versicherungsverträge“* ersetzt:

„(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer entgegen § 64a Absatz 7 nicht sicherstellt, dass ein Unternehmen über eine dort genannte Strategie, einen dort genannten Prozess, ein dort genanntes Verfahren, eine dort genannte Funktion oder ein dort genanntes Konzept verfügt, und dadurch herbeiführt, dass

- 1. die dauernde Erfüllbarkeit der Versicherungsverträge gefährdet ist oder*
- 2. eine Gefahr nach Nummer 1 nur durch die Inanspruchnahme staatlicher Beihilfen im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union abgewendet werden konnte.*

(2) Wer in den Fällen des Absatzes 1 Nummer 1 die Gefahr fahrlässig herbeiführt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

4. Sachlicher Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich der geplanten Strafnormen ist trotz eines auf diesen Zweck hindeutenden Hinweises in der Entwurfsbegründung nicht auf „systemrelevante“ Banken beschränkt, welche für den Ausbruch bzw. das Ausmaß der Finanzkrise in erster Linie verantwortlich gemacht werden, sondern erstreckt sich auf alle Institute i.S.v. § 1 Abs. 1b KWG unabhängig von deren Größe und wirtschaftlicher Bedeutung. Zahlenmäßig wird der Anwendungsbereich durch die BaFin-Unternehmensdatenbank verdeutlicht, in der derzeit 1.882 Kreditinstitute sowie 1.308 Finanzdienstleistungsinstitute registriert sind (Abfragestand: März 2013). Das Spektrum reicht von international tätigen Großbanken über kommunale Sparkassen und Genossenschaftsbanken jeglicher Größe bis hin zu Leasinggesellschaften¹⁸ und Wechselstuben.

Auch die geplanten Strafvorschriften für den Versicherungssektor gelten grundsätzlich für Versicherungsunternehmen jeder Größenordnung. Der Entwurf beträfe deshalb mehrere hundert in der Unternehmensdatenbank der BaFin verzeichnete Erst- und Rückversicherer und weitere knapp 1.000 (meist regionale tätige) kleinere Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit unter Landesaufsicht. Für diese kleineren Vereine sind gemäß § 64a Abs. 5 VAG-E lediglich insofern gewisse Erleichterungen vorgesehen, als bestimmte Pflichten im Zusammenhang mit der Berichterstattung gegenüber der Geschäftsleitung sowie mit der internen Revision nicht gelten sollen.

Im Gegensatz zu den privaten Versicherungsunternehmen sind die gesetzlichen Krankenkassen, die gesetzliche Rentenversicherung, die Berufsgenossenschaften und die Arbeitslosenversicherung schon deswegen von der Strafdrohung ausgenommen, weil sie nicht dem Anwendungsbereich des VAG unterfallen.¹⁹

II. Stellungnahme und Kritik

1. Verstoß gegen Bestimmtheitsgebot

Die geplanten gesetzlichen Sicherstellungspflichten zeichnen sich durch vollkommen konturlose und denkbar unbestimmte Begriffe aus, z.B. *Strategien, Prozesse, Gesamtziele, konsistente Risikostrategie, Risikosituation, betriebsinterne Erfordernisse* oder *zeitkritische Aktivitäten* (die Aufzählung lässt sich unschwer anhand des oben zitierten Entwurfstextes ergänzen). Dies dürfte daran liegen, dass die Sicherstellungspflichten des § 25c Abs. 3a und Abs. 3b KWG-E bzw. § 64a VAG-E größtenteils wörtlich aus den einschlägigen

¹⁸ Der Entwurf sieht insofern keine dem § 2 Abs. 7 KWG entsprechende Ausnahme bzw. Erleichterung vor.

¹⁹ § 1 Abs. 1 Nr. 1 VAG („... nicht Träger der Sozialversicherung sind“)

Passagen der MaRisk übernommen wurden, wie (am Beispiel des § 25c Abs. 3a KWG-E) anhand der in den Fußnoten enthaltenen Nachweise deutlich wird. Denn nach der Entwurfsbegründung sollen mit der gesetzlichen Verankerung der Sicherstellungspflichten „keine neuen inhaltlichen Anforderungen an die Geschäftsleiterebene verbunden“ sein, sondern die „wesentlichen Geschäftsleiterpflichten im Risikomanagement“ lediglich in § 25c KWG-E auf die Ebene des förmlichen Gesetzes gehoben werden.²⁰ Darin liegt aber das Eingeständnis der Entwurfsverfasser, dass sie das bewusst unbestimmt formulierte Vokabular des aufsichtsrechtlichen „soft law“ nur deshalb mit der formellen Hülle eines Gesetzes versehen wollen, um die Grundlage für eine Strafbewehrung zu schaffen. Hierbei werden die spezifischen verfassungsrechtlichen Anforderungen für Strafnormen (Art. 103 II GG) allerdings missachtet.

In den MaRisk mag die Verwendung von unbestimmten Begriffe für die Zwecke einer flexiblen Anwendung auch hinnehmbar oder sogar gewünscht sein, um im Rahmen einer prinzipienorientierten Aufsicht der heterogenen Struktur der zahlreichen Institute und der Vielfalt der Geschäftsaktivitäten Rechnung zu tragen.²¹ Solange ausschließlich Belange der Aufsicht betroffen sind, mag dies jedenfalls aus einer strafrechtsdogmatischen Perspektive auch nicht zu beanstanden sein. Hieraus folgt aber keinesfalls, dass die flexiblen bzw. prinzipienorientierten Tatbestandsmerkmale der MaRisk durch den unübersichtlichen Verweisungsapparat der § 25c Abs. 3a und Abs. 3b KWG-E und § 64a VAG-E ohne weiteres eine tragfähige rechtsstaatliche Grundlage für strafrechtliche Sanktionen bilden können.

Denn das Strafrecht lebt von der Präzision seiner Begriffe, die zugleich seine Berechenbarkeit ausmacht und dadurch eine nicht zu unterschätzende freiheitsschützende Wirkung entfaltet (Art. 103 Abs. 2 GG). Der Wortlaut von Strafnormen ist hiernach in ständiger Rechtsprechung des BVerfG „so zu fassen, dass die Normadressaten im Regelfall bereits anhand des Wortlauts der gesetzlichen Vorschrift voraussehen können, ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht“.²² Die in der Entwurfsfassung von § 25c Abs. 3a KWG-E und § 64a VAG-E verwendeten Begriffe werden dieser Anforderung nicht gerecht, da ihnen jegliche Umgrenzungsfunktion und Vorhersehbarkeit fehlt.

2. Tatbestandsmerkmal der Bestandsgefährdung (§ 54a KWG-E)

Weiterer gesetzlicher Klarstellung bedarf das in § 54a KWG-E enthaltene Tatbestandsmerkmal der „Bestandsgefährdung des Instituts oder der Gruppe“. Nach der

²⁰ BT-Drs. 17/12601, 31.

²¹ Vgl. MaRisk AT 1 Vorbemerkung Nr. 4.

²² BVErfGE 126, 170, 195.

Entwurfsbegründung soll dieses Tatbestandsmerkmal an die bisherigen § 48b bzw. § 48o Abs. 1 KWG anknüpfen.²³

§ 48b Abs. 1 Satz 1 KWG definiert die Bestandsgefährdung als

„die Gefahr eines insolvenzbedingten Zusammenbruchs des Kreditinstituts für den Fall des Unterbleibens korrigierender Maßnahmen“.

Nach der Entwurfsbegründung soll es sich hierbei zwar um einen „bereits aufsichtsrechtlich [...] verankerten Begriff“ handeln.²⁴ Da die §§ 48b, 48o KWG ihrerseits erst mit Wirkung zum 1.1.2011 in das KWG eingefügt wurden (BGBl. I S. 1900), handelt es sich bei der „Bestandsgefährdung“ aber nicht um einen aufsichtsrechtlich etablierten Begriff mit eingespielter Verwaltungspraxis oder gar gefestigter Judikatur. Damit scheidet hier auch ein Rückgriff auf das dem Gesetzgeber in der Untreueentscheidung des BVerfG²⁵ gemachte Zugeständnis aus, wonach ein unbestimmter Rechtsbegriff seine erforderliche Konkretisierung auch durch eine gefestigte Rechtsprechung erfahren haben kann. Das bedeutet nämlich umgekehrt, dass der Gesetzgeber beim Fehlen jeglicher Judikate nicht sehenden Auges unbestimmte Tatbestände schaffen darf, um deren Konturierung der künftigen Rechtsprechung zu überlassen. Somit blieben die Strafvorschriften des Entwurfs auch deshalb hinter den Bestimmtheitsanforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG zurück.

Strafprozessual völlig inakzeptabel ist, dass gemäß § 48b Abs. 1 S. 2 KWG eine Bestandsgefährdung letztlich *vermutet* wird, wenn bestimmte Eigenmittel- und Liquiditätsgrenzen nach den §§ 10 und 11 KWG unterschritten werden. Eine Kombination dieser Vermutungsregel mit dem Konzept der Blankettstraftatbestände durch § 54a KWG-E, den darin vorgesehenen zahlreichen Verweisungen auf aufsichtsrechtliche Begrifflichkeiten sowie den denkbar unbestimmten Anforderungen an das Risikomanagement würde letztlich zu einer dem Grundsatz *in dubio pro reo* widersprechenden Umkehr der Beweislast im Strafverfahren führen.

Neben einer Bestandsgefährdung des einzelnen *Instituts* erwähnt der geplante § 54 Abs. 1 KWG-E ferner die Bestandsgefährdung *der Gruppe*, womit offensichtlich die in § 25c Abs. 3c KWG-E genannten Institutsgruppen, Finanzholding-Gruppen und gemischten Finanzholding-Gruppen gemeint sind. Dem deutschen Recht ist aber der Begriff der Bestandsgefährdung „der Gruppe“ ebenso fremd wie es auch keine Insolvenz „des Konzerns“ gibt. Begrifflich ist vielmehr auf die Bestandsgefährdung von

²³ BT-Drs. 17/12601, 50.

²⁴ BT-Drs. 17/12601, 50.

²⁵ BVerfGE 126, 170 ff. = NJW 2010, 3209 ff. Tz. 110 f.

gruppenangehörigen Instituten abzustellen, was schon anhand der differenzierten Regelung des § 48o KWG deutlich wird.²⁶

3. Rechtsgut und Deliktsstruktur

Nach der Entwurfsbegründung soll es sich bei den neuen Straftatbeständen um abstrakte Gefährungsdelikte handeln.²⁷ Somit müsste die als Unterlassung („*nicht sicherstellt*“) beschriebene Tathandlung eine abstrakte Gefahr für das von den Strafvorschriften geschützte Rechtsgut bewirken. Die vorgesehenen Straftatbestände sowie die Entwurfsbegründung lassen jedoch nicht zweifelsfrei erkennen, welches Rechtsgut überhaupt geschützt werden soll. Benannt werden Werte wie die „Stabilität des Finanzsystems und [die] Vermeidung von Nachteilen für die Gesamtwirtschaft“²⁸, aber auch der „Schutz der anvertrauten Vermögenswerte und der ordnungsgemäßen Durchführung der Bank- und Versicherungsgeschäfte und Finanzdienstleistungen“.²⁹

Sofern es sich hierbei um die geschützten Rechtsgüter handeln sollte, ist die Beschreibung der geplanten Strafnormen als abstrakte Gefährungsdelikte irreführend. Denn die Bestandsgefährdung des einzelnen Instituts (§ 54a KWG-E) bzw. die Gefährdung der dauernden Erfüllbarkeit der Versicherungsverträge (§ 142 VAG-E) würde nach ihrem Wortlaut in jedem Falle bereits eine *konkrete* Gefahr darstellen. Erst in einer mit der Bestandsgefährdung eines einzelnen Instituts möglicherweise ausgelösten Beeinträchtigung des gesamten Finanzsystems (sog. „Systemgefährdung“, vgl. § 48b Abs. 2 KWG) läge gegebenenfalls auch eine abstrakte Gefahr. Damit handelt sich aber um eine im bisherigen Rechtssystem beispiellose Kombination aus konkretem (bezogen auf das eigene Institut des Täters) und abstraktem (bezogen auf das jeweilige - globale? - Finanzsystem) Gefährungsdelikt.

Da § 54a Abs. 2 KWG-E sowie § 142 Abs. 2 VAG-E auch eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit vorsehen, greift der Gesetzesentwurf sogar auf die bislang kaum anzutreffende Deliktskategorie des fahrlässigen Gefährungsdelikts zurück. Dass durch fahrlässiges Unterlassen eine bloße (wenn auch konkrete) Gefahr herbeigeführt und darauf aufbauend eine weitergehende und auch auf andere Objekte bezogene abstrakte Gefährdung verursacht wird, wäre als eine Art „gefährdungsqualifiziertes Unterlassungsdelikt“ ein Novum, dessen strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Legitimation nicht einmal in

²⁶ Vgl. § 48o Abs. 2 Satz 1 KWG: „Ist ein gruppenangehöriges Institut oder das übergeordnete Unternehmen in seinem Bestand gefährdet und droht es dadurch andere gruppenangehörige Unternehmen in deren Bestand zu gefährden [...]“

²⁷ BT-Drs. 17/12601, 50.

²⁸ BT-Drs. 17/12601, 31.

²⁹ BT-Drs. 17/12601, 32.

Ansätzen durchdacht ist und auch von den Entwurfsverfassern gar nicht erst behauptet wird.

4. Gesamtverantwortung der Geschäftsleiter unvereinbar mit Schuldprinzip

Der Wortlaut der §§ 25c Abs. 3a und Abs. 3b KWG-E, 64a Abs. 1 Satz 3 VAG-E betont ausdrücklich, dass *jeder* Geschäftsleiter zur Sicherstellung der entsprechenden Strategien etc. verpflichtet sein soll. Nach der Gesetzesbegründung können diese Sicherstellungspflichten aufgrund der Gesamtverantwortung der Geschäftsleiter „weder delegiert noch in Einzelressorts aufgeteilt werden“.³⁰ Dies führt faktisch zur Abschaffung des Prinzips der arbeitsteiligen Ressortverantwortung und damit im Wege einer stellvertretenden Schuldzuschreibung zu einer strafrechtlichen „Gesamthaftung“ aller Geschäftsleiter für Versäumnisse Einzelner. Derartiges hat die Rechtsprechung zwar nach langem Zögern in der bekannten Ledersprayentscheidung³¹ angenommen, dort aber bezogen auf ein unmittelbares Verletzungsdelikt (Körperverletzung) und vor dem Hintergrund von deutlich erkennbaren Anhaltspunkten für konkrete Gesundheitsschädigungen. Der vorliegende Gesetzesentwurf läuft hingegen auf eine permanente strafrechtliche Gefährdungshaftung sowie auf eine Kollektivschuld von arbeitsteilig organisierten Geschäftsführungsgremien hinaus. Dies wäre mit dem das gesamte Strafrecht beherrschenden und verfassungsrechtlich verbürgten Schuldprinzip unvereinbar.

Der Gesetzesentwurf legt den Geschäftsleitern ferner Pflichten auf, von denen absehbar ist, dass sie in bestimmten Situationen unmöglich erfüllt werden können. Denn das Risikomanagement ist gerade wegen seiner vielfältigen außerstrafrechtlichen Regeln und Anforderungen ab einem gewissen Geschäftsvolumen ein das betreffende Ressort vollständig ausfüllende Aufgabe. Die Erwartung, dass sich jedes Vorstandsmitglied neben seinen übrigen nicht weniger wichtigen Ressortaufgaben so intensiv mit dem Risikomanagement beschäftigen könnte, wie von dem Gesetzesentwurf vorgesehen, ist schlicht unrealistisch und darf deshalb nicht strafbewehrt sein.

Zudem setzt sich der Gesetzesentwurf in offenem Widerspruch zu den seit Jahresbeginn 2013 geltenden MaRisk (BA), soweit sie gerade eine Trennung der Risikocontrolling-Funktion vom Vertrieb voraussetzen und verlangen, dass bei „großen, international tätigen Instituten mit komplexen Geschäftsaktivitäten [...] die Wahrnehmung der Leitung der Risikocontrolling-Funktion durch einen Geschäftsleiter zu erfolgen“ hat.³²

³⁰ BT-Drs. 17/12601, 49.

³¹ BGHSt 37, 106.

³² Vgl. MaRisk (Banken), AT 4.4.1 Tz. 4.

5. Praktische Einwände der fehlenden Justitiabilität

Es ist absehbar, dass die neuen Strafvorschriften wegen ihrer außergewöhnlichen Komplexität nicht justitiabel wären. Denn die für die Ermittlung einer Bestandsgefährdung derzeit (noch) maßgeblichen Vorschriften der §§ 10 und 11 KWG machen in ihrer qualitativen und quantitativen Komplexität ein Vielfaches dessen aus, was sonst – auch bei kaskadenartigen Strafnormen – vom Strafrichter inzident zu prüfen und beweismäßig festzustellen ist. Dies zeigt schon ein oberflächlicher Blick auf den derzeit aus über 56.000 Schriftzeichen (mit Leerzeichen) bestehenden § 10 KWG. Dabei ermächtigt § 10 KWG in zahlreichen Einzelregelungen zu weiteren Rechtsverordnungen, durch welche z.B. das Bundesministerium der Finanzen im Benehmen mit der Deutschen Bundesbank nähere Bestimmungen über die angemessene Eigenmittelausstattung (Solvabilität) der Institute sowie der Institutsgruppen und Finanzholding-Gruppen zu treffen hat. Allein die derzeit geltende Solvabilitätsverordnung, welche bei der Feststellung einer Bestandsgefährdung zu prüfen wäre, zählt über 300 Einzelparagraphen.

Zu berücksichtigen ist überdies, dass der geltende § 10 KWG anlässlich der EU-weiten Umsetzung von Basel III und der grundlegenden Neugestaltung des EU-Bankaufsichtsrechts aktuell einem tiefgreifenden Reformprozess ausgesetzt ist. So ist geplant, dass die Vorgaben zur angemessenen Eigenmittelausstattung in weiten Teilen direkt in einer neuen EU-Verordnung (sog. CRR) niedergelegt sein sollen. Nach Inkrafttreten dieses europäischen Maßnahmenpakets ist bei § 48b KWG somit ebenfalls weiterer Anpassungsbedarf zu erwarten. All dies steigert die Komplexität des Tatbestandes in einem Ausmaß, dass er für die Strafgerichte selbst dann nicht mehr praktisch handhabbar wäre, wenn man sich über die oben gezeigten verfassungsrechtlichen Bedenken hinwegsetzen dürfte. Das wird voraussichtlich die Staatsanwaltschaften dennoch nicht hindern, häufig einen Anfangsverdacht zu bejahen und langwierige Ermittlungsverfahren einzuleiten. Dabei können dann letztlich auch die Aufsichtsbehörden in den Fokus der Ermittlungen geraten, wenn sie im Dialog mit dem betroffenen Unternehmen an der Entwicklung von Risikomanagementstandards mitgewirkt haben, wie es derzeit guter Aufsichtspraxis entspricht.

III. Fazit

Unbeschadet weitergehender Bedenken in bank- und versicherungsrechtlicher Hinsicht gegen die nicht strafrechtlichen Teile des „Trennkongesetzes“, zu denen sich der Strafrechtsausschuss des DAV nicht berufen sieht, kann das im Gesetzentwurf vorgeschlagene neue Strafrecht nur insgesamt abgelehnt werden.