

ZRP

Zeitschrift für

Rechtspolitik

Herausgegeben von Professor Dr. Rudolf Gerhardt, Mainz
Professor Dr. Martin Kriele, Köln

Inhalt

Themen der Zeit	<i>M. Kemper</i> , Die Selbstanzeige nach § 371 AO	105
	<i>M. Soiné</i> , Aufklärung der Organisierten Kriminalität – (k)eine Aufgabe für Nachrichtendienste?	108
	<i>K. Stoltenberg</i> , Auslandseinsätze der Bundeswehr im menschenrechtlichen Niemandsland?	111
	<i>N. P. Flechsig/W. Bisle</i> , Unbegrenzte Auslegung pro autore?	115
	<i>G. Borchert</i> , Kein Rückzug der Politik aus der Finanzierung des nicht-staatlichen Verbraucherschutzes!	118
	<i>S. Roller</i> , Möglichkeiten zur Beschleunigung gerichtlicher Verfahren	122
	<i>A. Buettner</i> , Stalking als Straftatbestand: Opferschutz	124
	<i>Ch. Frank/A. Titz</i> , Neues Selbstbewusstsein der Staatsanwälte?	127
	<i>V. Gallandi</i> , Das Bundesfinanzministerium, ein Staat im Staate?	128
	<i>U. Vultejus</i> , Der Stil des Strafurteils	130
Echo		131
ZRP-Rechtsgespräch	<i>D. Dörr/R. Gerhardt</i> , „Die Zukunft des umkämpften ‚Medienmarkts‘“	133
Pro & Contra	<i>R. Gerhardt/H. Becker-Toussaint</i> , Medienauskunft in eigener Sache?	135
Zum Schluss		136

Verlag C. H. Beck München und Frankfurt a. M.

4/2008

Seite 105 – 136 · 41. Jahrgang · 23. Mai 2008



sätzen unterworfen wie Richter bei der Urteilsfindung. Es gibt kein rechtsstaatliches Gefälle. Für seine Entscheidung, prozessuale Eingriffsmaßnahmen zu beantragen oder bei Gefahr im Verzug selbst anzuordnen, für die Beurteilung des zur Anklageerhebung erforderlichen hinreichenden Tatverdachts steht der Staatsanwalt ebenso in der vollen Verantwortung wie bei seinen Entschlüssen nach Opportunitätsgrundsätzen. Über zwei Drittel aller Ermittlungsverfahren werden bei der Staatsanwaltschaft beendet, ohne dass ein Gericht befasst wird. Die Betroffenen erleben die Staatsanwälte in der überwiegenden Zahl der Verfahren als Träger von Entscheidungen mit zentralen Auswirkungen: Sie entscheiden, ob geringe Schuld und fehlendes öffentliches Interesse eine Verfahrenseinstellung, im Einzelfall nach Erfüllung hoher Geldauflagen, rechtfertigen. Sie kommunizieren aus ihrer starken Stellung im Ermittlungsverfahren mit Verteidigern und Opferanwälten im Ringen um gerechte, aber auch ressourcenschonende Verfahrenserledigungen. Sie legen fest, ob in einem Strafbefehlsverfahren ohne öffentliche Hauptverhandlung entschieden werden kann. Sie bestimmen den Umfang der Anklage.

Die Staatsanwaltschaft ist die Herrin des Ermittlungsverfahrens. Sie steuert von Anfang an die kriminalistische Arbeit der Ermittlungspersonen und sichert die Rechtmäßigkeit der Ermittlungshandlungen. Gefragt sind dabei juristisches Fachwissen, ermittlungstaktisches Geschick und teamorientierte Arbeit. Bei allen Entscheidungen trägt die Staatsanwaltschaft die Verantwortung dafür, dass Beschuldigte nicht ungerechtfertigt und im Übermaß Zwangsmaßnahmen unterworfen werden. Gerade durch Eingriffsmaßnahmen wie Durchsuchungen und Untersuchungshaft können das berufliche und private Umfeld des Beschuldigten erheblich beeinträchtigt, wenn nicht gar zerstört werden. Die Staatsanwaltschaft muss sich daher in jedem Verfahren der Aufgabe stellen, ihre Eingriffs- und Ermittlungshandlungen in Beachtung des Grundsatzes der Unschuldsvermutung auf noch verhältnismäßige Maßnahmen zu beschränken, ohne dabei ihre Verpflichtung zu einer effektiven Strafverfolgung zu vernachlässigen, worauf nicht nur die Allgemeinheit, sondern jedes einzelne Opfer einen Anspruch hat. Dabei weicht die Wirklichkeit der Ausübung dieser Sachleitungsbefugnis deutlich von den Vorgaben der Strafprozessordnung ab. Wegen der besseren Sach- und Personalausstattung der Polizei ist die Staatsanwaltschaft in der konkreten täglichen Zusammen-

arbeit auf Ermittlungsverfahren von besonderer Bedeutung reduziert. Im Übrigen muss sie sich auf allgemeine Richtlinien und Vorgaben beschränken. Die Polizei steht sicherheitspolitisch erheblich unter Druck. Gefahrenabwehr wird immer wichtiger zu Lasten aufwändiger und rechtlich schwieriger Ermittlungsarbeit. Die Staatsanwaltschaft ist daher in der Zusammenarbeit mit der Polizei vermehrt gefordert, sicherzustellen, dass in einem Rechtsstaat Strafverfolgung als eine mindestens gleichwertige Aufgabe polizeilicher Tätigkeit verstanden wird.

Aber auch gegenüber den Strafgerichten kommt der Staatsanwaltschaft eine verantwortungsvolle Stellung zu. Mit ihrer Strafverfolgungspraxis führt sie überhaupt erst eine gerichtliche Entscheidung herbei und steuert damit auch die gerichtliche Belastung. Neue Rechtsfragen muss die Staatsanwaltschaft schon vorab ohne den sicheren Rückhalt höchstrichterlicher Rechtsprechung bei Antragstellung bewerten. Ihre Strafverfolgungsaufgabe verpflichtet sie, rechtliche Grenzen auszuloten und so zur Rechtsentwicklung beizutragen.

Selbstbewusstsein entsteht aus der Anerkennung, dass die Staatsanwaltschaft nicht nur ihrer besonderen prozessualen Rolle mit hohen fachlichen und persönlichen Anforderungen gerecht, sondern dies auch wahrgenommen wird. Dieser Prozess muss durch eine aktive Informationspolitik der Staatsanwaltschaften gefördert werden. Dabei geht es nicht um das Ansehen der einzelnen Personen. Zu vermitteln ist die zentrale Bedeutung staatsanwaltschaftlicher Tätigkeit für eine wirksame und unseren hohen Gerechtigkeitsansprüchen genügende Strafrechtspflege mit ihrer unverzichtbaren Stabilisierungsfunktion in einer wertorientierten Gesellschaft. Selbstbewusst kann dann auch gefordert werden, die Staatsanwaltschaft aus ihrer einzelfallbezogenen Weisungsgebundenheit gegenüber der Exekutive zu entlassen, um ihrer prozessualen Stellung gerecht zu werden und den Anforderungen moderner Rechtsstaaten auch insoweit zu genügen. Nicht dem Selbstbewusstsein, sondern dem Anspruch der Bürger auf effektive Strafverfolgung geschuldet ist es, den gerade bei den Staatsanwaltschaften besonders hohen Personalbedarfs auszugleichen. Dem Amtsverständnis der Staatsanwältinnen und Staatsanwälte und damit ihrem Selbstbewusstsein ist es jedoch geschuldet, dass sie bis an die Belastungsgrenze und teilweise darüber hinausgehen, um zu versuchen, diesen Fehlbedarf zu kompensieren. ■

Rechtsanwalt Dr. Volker Gallandi, Gornheimertal

Zwischenruf

Das Bundesministerium der Finanzen, ein Staat im Staate?

Nach einer Meldung von NZZ Online vom 7. 3. 2008 sind erneut dem deutschen Finanzministerium vertrauliche Steuerdaten aus Liechtenstein offeriert worden. Das Angebot eines bereits inhaftierten Erpressers der Liechtensteiner Landesbank, 2325 Kontenbelege, die zuvor der Bank von einem Bankmitarbeiter gestohlen worden sein sollen, an das Ministerium herauszugeben, sei „diesmal“ abgelehnt worden.

Spätestens jetzt scheint offenkundig, dass das Bundesministerium der Finanzen (BMF) mit der Verwendung illegal erlangter Daten aus Liechtenstein eine „Büchse der Pandora“ geöffnet hat. Wie dieser Beitrag zeigt, leider nicht die Einzige. Der Präsident des *BFH* Wolfgang Spindler beklagte, dass das

BMF der Rechtsprechung des *BFH* durch so genannte Nichtanwendungserlasse „regelmäßig, nämlich im Durchschnitt jährlich mehr als sechs Mal die Gefolgschaft“, verweigere (DStR 2007, 1061). Mit Nichtanwendungserlassen verbietet das BMF den Finanzbehörden, die Rechtsprechung des *BFH* über den entschiedenen Einzelfall hinaus anzuwenden. Spindler zählt weitere rechtlich bedenkliche Maßnahmen gegen den Teil der Rechtsprechung des *BFH*, der zu Gunsten des Steuerpflichtigen ergeht, auf:

So würden Entscheidungen des *BFH* im Bundessteuerblatt so spät veröffentlicht, dass die Finanzverwaltung der Rechtsprechung bereits aus Gründen der fehlenden Kenntnis gar

nicht folgen könne. Weiterhin drohe in Verhandlungen oft der Vertreter des Ministeriums für den Fall einer missliebigen Richterentscheidung unverhohlen mit einer Gesetzesänderung. Schließlich einige man sich bei ganz problematischen Entscheidungen oft schnell mit dem Steuerpflichtigen, damit die drohende ungünstige Entscheidung zu Lasten des BMF gar nicht erst ergehe. Man habe „zunehmend den Eindruck, dass die Finanzverwaltung Rechtsprechungsergebnisse im Einzelfall rechtlich nicht akzeptiert, sondern Ihre eigene Rechtsauffassung anstelle derjenigen des BFH setzt.“ Dies geschehe primär durch die weit verbreitete Praxis der Nichtanwendungserlasse und höhle die Gewaltenteilung aus. (DStR 2007, 1061 [1064]).

Doch der Anwendungsbereich der Logik des BMF, Macht ersetze Recht, wurde noch weiter ausgedehnt: Wer sich bereits länger mit Bankrecht und den strengen Vorschriften des Kreditwesengesetzes (insbesondere § 18 KWG) sowie den strengen Kreditvergabebedingungen nach Basel II beschäftigte, war zunächst vielleicht überrascht, als die mittelständische IKB-Bank in ihrem Risikoportfolio so genannte Asset Backed Securities (ABS), vereinfacht gesprochen „Kreditmüll“ amerikanischer Banken, ausweisen musste.

Noch viel größer war bei manchem die Überraschung, als nicht nur diese von der staatseigenen Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW) gelenkte Bank, sondern zudem viele staats-eigene Landesbanken, die gleiche Risikostruktur aufwiesen. Was in der Presse als zufällige Fehlleistung unbedarfter Sparkassenbanker und unfähiger Politiker in den Aufsichtsräten dargestellt wurde (falls man nicht direkt über den weltweiten Kapitalismus herfiel), entpuppt sich als eine weitere Leistung des BMF in der Grauzone zwischen Legalität und Illegalität. Denn das BMF und das Bundeswirtschaftsministerium waren es, die die ABS für die Deutschen Staatsbanken schönredeten und diese förderten. Das BMF trägt damit die Mitverantwortung dafür, dass deutscher „Giftmüll“ aus notleidenden Krediten zu ABS verbrieft und weltweit verkauft und umgekehrt amerikanische ABS aus Subprime-Krediten salonfähig gemacht und in die Portfoliostruktur der öffentlich-rechtlichen Banken eingespist wurden.

So lobte sich der Ministerialdirektor des BMF *Jörg Asmusen*, Aufsichtsrat der IKB, „... die staatseigene KfW, über die das BMF die Aufsicht führt, hat mit den Promise- und Provide-Programmen zur synthetischen Verbriefung seit 2000 in Zusammenarbeit mit den Banken das wohl größte Verbriefungsprogramm (58 Transaktionen) in Europa geschaffen.“ (ZfgK 2006, 1016).

Denn es war „uns“ stets wichtig, dass sich der Markt für ABS in Deutschland stärker als bisher entwickelt. Man wollte die Investition in ABS „erleichtern“. Noch verräterischer als die Ausflüge des Ministerialbeamten in die Sprache der Investmentbanker ist eine weitere Passage in dem Aufsatz:

„Seitens des BMF wird im Umsetzungsprozess der Basel II-Regeln für ABS vor allem auch darauf geachtet werden, dass den Instituten keine unnötigen Prüf- und Dokumentationspflichten entstehen werden, wenn sie in gängige ABS Produkte mit gutem Rating investieren.“ (ZfgK 2006, 1017).

Was also im Konsens von Gesetzgeber und Kreditwirtschaft mühselig über Jahre als Kontrollmechanismus entwickelt und mit dem Stichwort „Basel II“ bindendes Recht wurde, um die Kreditausfälle aus den diversen deutschen Bankkrisen (BRZ, Volksbank Oberhausen, Sparkasse Mannheim, Ostimmobilienfinanzierung der HVB) nicht wieder entstehen zu lassen, wird im freien Ermessen außer Kraft gesetzt, das Produkt der ABS muss nur „gängig“ sein.

Man kann sich ausrechnen, wer darüber entscheidet, was „unnötige Prüf- und Kontrollpflichten“ seien. Diese Termini und Ermessensspielräume sind im KWG nicht vorgesehen und auch nicht in den Richtlinien für deutsche Wirtschaftsprüfer. Es handelt sich also um die direkte Aufforderung an die Unternehmensleitungen, ABS aus dem banküblichen Kontrollprozess herauszunehmen und sie (etwa in die Zweckgesellschaften der IKB oder der Sachsen-LB) auszulagern. Das ist wie ein Verstecken von „schwarzen Kassen“, nur dass es sich um „schwarze Löcher“ handelt.

Ähnlich wie bei den Hedge-Fonds und Privat-Equity-Fonds, die qua Definition den Börsenkontrollregeln entzogen sind, schafft man so seitens des BMF mit den ABS neue kontrollfreie Strukturen, die die Kreditmärkte der Welt sowie das gesamte Wirtschaftswachstum aktuell gefährden. Denn die Assets, mit denen angeblich die Kredite besichert (backed securities) sind, sind die persönlichen Bürgschaften insolventer Kreditnehmer und fast wertlose Immobilien. Darauf hereinzufallen verhindert eigentlich die Prüfung nach § 18 KWG und Basel II. Gemäß dem zivilrechtlichen Allgemeinplatz, dass Verbindlichkeiten kehrseitig Forderungen sind, sind mit den Verbriefungen der Kredite als ABS-Anleihen diese Probleme also nicht aus der Welt, sondern nur besser verschleiert. Sie lagern als Zeitbomben in den Sicherheitenportfolios von Banken und Versicherungen.

Indem man seitens des BMF diese Produkte aus dem banküblichen Kontrollmechanismus herausnahm, ermöglichte man erst die Milliardenvernichtung bei der IKB, der West LB, der Sachsen LB etc. Als besondere Ironie darf in diesem Zusammenhang betrachtet werden, dass der parlamentarische Staatssekretär beim Bundeswirtschaftsministerium *Hartmut Schauerte* nicht nur in die Lobeshymnen für die ABS mit einstimmt, sondern ausführt: „Solange die Zweckgesellschaften aus steuerlichen Gründen noch im Ausland angesiedelt werden müssen, leidet die Akzeptanz beim breiten Mittelstand.“ (ZfgK 2006, 1019). Welches Ausland, Liechtenstein? Kluger Mittelstand! So können die ersten Kommentare lauten. Doch es ist schlimmer: Nicht nur aus steuerlichen Gründen, sondern um das gewünschte Dokumentations- und Kontrollvakuum zu organisieren, braucht man ausländische Zweckgesellschaften. Wohlgermerkt, durch die oberste Finanzbehörde und das Wirtschaftsministerium Deutschlands, nicht durch einen halbkriminellen sub-crime-Strategen einer Investmentbank.

Ohne polemisch werden zu wollen, kann man formulieren, dass das BMF sich auf allen genannten Ebenen mehr schlecht als recht um eine Legalisierung/Maskierung von Rechtsbruch bemüht, sei es bei der Beschaffung von geschützten Daten aus dem Territorium fremder Staaten (1), bei der Praxis der Nichtanwendungserlasse gegen missliebige höchstrichterliche Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (2) oder bei der Außerkraftsetzung von § 18 KWG und Basel II bei ABS mit der Folge schwerster wirtschaftlicher Schäden bei allen betroffenen Banken (3). Anstelle des Gesetzes will man in all diesen Gebieten, so scheint es, „unnötige Prüf- und Dokumentationspflichten“ verhindern und dem frei entfesselten Ermessen selbst ernannter Machthaber freien Raum geben. Anders gesagt: Wenn man so clever ist, den Kreditmüll der eigenen Banken an anderen Küsten zu versenken, erspart man sich steuerlich relevante Anerkennung von Wertberichtigung und saniert den Staatshaushalt.

Der Zweck heiligt die Mittel, der Rechtsstaat ist dem BMF nur noch ein Hindernis, dessen Hürden es durch nachhaltige Praxis abzuräumen gilt. Schwere wirtschaftliche Schäden in Multimilliardenhöhe sind Kollateralschäden des legeren Umgangs mit dem geltenden Recht. ■