

# Wistra

Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht

Herausgegeben von: Prof. Monika Harms, Generalbundesanwältin beim BGH; Prof. Dr. Markus Jäger, Richter am BGH; Prof. Dr. Wolfgang Joecks; Dr. Matthias Korte, Ministerialrat; Dr. Wilhelm Kreckler, Rechtsanwalt; Dr. Manfred Möhrenschlager, Ministerialrat a.D.; Prof. Dr. Franz Salditt, Rechtsanwalt; Prof. Dr. Erich Sauer

2/2009

13. Februar 2009

28. Jahrgang

Seite 41–80

**V. Gallandi: Strafrechtliche Aspekte der Asset Backed Securities**

**I. Goeckenjan: Auswirkungen des 41. StrÄndG auf die Strafbarkeit des „Phishing“**

**G. Steinberg: Nicht-intendierte strafmildernde Wirkung des § 266a StGB**

**BGH: Absatzhilfe bei Hehlerei**

**BGH: Feststellung des Vermögensschadens**

**BGH: Untreue durch Einrichten verdeckter Kassen**

**BGH: Gewährung nachträglichen Rechtsschutzes**

**BGH: Frist zur Stellung von Beweisanträgen**

**BFH: Steuerhinterziehung nach Tafelgeschäften**

**OLG Hamm: Erschleichung einer Wiedereinsetzung**



C.F. Müller

**Herausgegeben von:** Generalbundesanwältin beim BGH Prof. Monika Harms, Karlsruhe; Richter am BGH Prof. Dr. Markus Jäger, Karlsruhe; Prof. Dr. Wolfgang Joecks, Greifswald; Ministerialrat Dr. Matthias Korte, Berlin; Rechtsanwalt Dr. Wilhelm Krekeler, Dortmund; Ministerialrat a.D. Dr. Manfred Möhrenschrager, Bonn; Rechtsanwalt Prof. Dr. Franz Salditt, Neuwied; Prof. Dr. Erich Samson, Hamburg

**Redaktion:** Prof. Dr. Erich Samson, Bucerius Law School, Hamburg; Prof. Dr. Wolfgang Joecks, Universität Greifswald; Prof. Dr. Roland Schmitz, Universität Bayreuth

Rechtsanwalt Dr. Volker Gallandi, Gornheimertal

## Strafrechtliche Aspekte der Asset Backed Securities

*In dem Beitrag werden anhand zweier konkreter, zum Teil auch in der Öffentlichkeit diskutierter Fälle, die strafrechtlichen Probleme der sog. Asset Backed Securities (ABS) erörtert. Nach einem Blick auf die Historie dieser internationalen Finanzprodukte und ihrer deutschen Struktur wird auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit auf der Seite der Käufer und Verkäufer eingegangen, wobei der Schwerpunkt auf der Untreue und den Bilanzdelikten liegt. Außerdem wird der Spezialfall der staatlichen Beteiligung und der Verantwortlichkeit von Staatsbeamten für die Vernichtung von Steuergeldern im Zusammenhang mit dem Handel von ABS durch staatliche und staatsnahe Banken angesprochen.*

### 1. Problemstellung

Durch die aktuelle Finanzkrise, die in der öffentlichen Diskussion sehr verkürzt als „Subprime-Krise“ oder „US-Immobilien-Krise“ bezeichnet wird, sind auch in Deutschland, soweit man dies jetzt bereits absehen kann, Schäden in Milliarden-, wenn nicht Billionenhöhe entstanden, wozu global deutliche Rufe nach einer schadensersatzrechtlichen Bereinigung laut werden.<sup>1</sup>

Im Monatsbericht der Deutschen Bundesbank vom Juli 1997 wird festgestellt, dass es bis zum diesem Zeitpunkt für die Veräußerung und anschließenden Verbriefung von Kreditforderungen deutscher Kreditinstitute keine speziellen Rechtsvorschriften gab.<sup>2</sup> Daher überrascht es nicht, dass sowohl bezüglich des Sachverhalts des inländischen Handels mit verbrieften Kreditforderungen aus dem Ausland, insbesondere den USA, als auch für die Erstellung und den Handel mit solchen Verbriefungen, im Obertitel Asset Backed Securities (ABS) genannt, im strafrechtlichen Bereich im Moment noch keine „trifffeste“ Grundlage in Literatur und Rechtsprechung gibt. Mit diesem Beitrag soll versucht werden, die Grundstrukturen für die Behandlung der ABS in strafrechtlicher Hinsicht aufzuzeigen.

### 2. Ausgangsfälle

Wie bereits dargelegt, sind die ABS keine Spezialität der USA, sondern ein internationales Phänomen aus der Sphäre des Invest-

mentbankings. Die Ausgangsfälle differenzieren daher zwischen dem Auflegen solcher Verbriefungen im Inland (Fall 1) und dem Handel/Ankauf mit/von amerikanischen Verbriefungen (Fall 2).

**Fall 1:** Eine große deutsche Privatbank verbriefte ein Kreditportfolio im Gesamtvolumen von 503 Mio. Euro. Zugrunde lag ein Paket aus 400 Schuldscheindarlehen, die von der Bank an mittelständische Unternehmen in verschiedenen Branchen vergeben wurden (Mezzaninekapital). Eine ausschließlich für die Platzierung des Portfolios gegründete Zweckgesellschaft (Special Purpose Vehicle, SPV) kaufte die Schuldscheindarlehen über die Plattform der 2004 von 15 Banken und Bankenverbänden gegründeten True Sale International GmbH (TSI). Die SPV, eine GmbH mit gesetzlicher Mindestkapitalisierung, kauft die Schuldscheindarlehen und refinanziert den Ankauf des Portfolios durch die Begebung von sechs Schuldverschreibungstranchen, die von damals noch renommierten Ratingagenturen mit Ratings zwischen AAA/Aaa/AAA und B/B1/B bewertet wurden.<sup>3</sup>

Die Investoren, zu 50% Banken und zu 20% Versicherungen, finanzieren den Ankauf wiederum über Bankdarlehen. Auch diese Darlehen werden später in gleicher Weise verbrieft und verkauft. So geschieht dies mit der selben Forderung viermal.

**Fall 2 (IKB):** Die Deutsche Industriebank AG (IKB) mit einer Bilanzsumme von 52 Milliarden Euro zum 31. 12. 2006, Hauptaktionär ist die staatliche Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW), hatte gemeinsam mit anderen Banken einer Firma Rhineland Funding Capital Corporation mehrere Liquiditätslinien bereitgestellt. Damit kaufte die Firma US-Immobilienkredite aus dem Subprimebereich und refinanzierte ihre Investments durch die Ausgabe von mit Forderungen unterlegten kurzfristigen Wertpapieren.

1 Vgl. *Forkel*, Rechtsfragen zur Krise an den Finanzmärkten: Zur Systematik möglicher Schadensersatzansprüche, BKR 2008, Heft 5 S. 183 ff.; allgemein vgl. *Gallandi*, Der Milliardenpoker, P.T-Magazin 5/07, S. 42 ff.; *ders.*, Das Bundesfinanzministerium, ein Staat im Staate, ZRP 2008, S. 128.

2 Vgl. [www.bundesbank.de/download/volkswirtschaft/mba/1997/199707\\_mba\\_assetbac.pdf](http://www.bundesbank.de/download/volkswirtschaft/mba/1997/199707_mba_assetbac.pdf), Seite 57 bis 67

3 Vgl. Internetmitteilung der KfW-Bankengruppe, [www.presseportal.de](http://www.presseportal.de), mit beteiligt auch der Staatssekretär im Wirtschaftsministerium *Schauerte* ([www.nebeneinkuenfte-bundestag.de/true-sale-international](http://www.nebeneinkuenfte-bundestag.de/true-sale-international)) und der designierte Staatssekretär im Finanzministerium *Asmussen*, zugleich Aufsichtsrat der IKB, stellvertretender Vorsitzender des Verwaltungsrates der BaFin und Chef der Abteilung Nationale und internationale Finanz- und Währungspolitik; zu Details *Gallandi*, Die Verbriefungsconnection – highway to hell, Kapital-Markt-Intern Special Beilagen zu Nr. 23 und 24/08 sowie ZRP aaO.; der Fall orientiert sich an einer Commerzbank-Verbriefung vom 6. 7. 2006, [www.finanzen.net](http://www.finanzen.net).

Die IKB hielt weiter über nachgeordnete Schuldtitel Subprime-Investments in dem Investmentvehicle Rhinebridge Funding sowie direkte Investments in Anleihen, die durch ein Schuldenportfolio besichert waren. Sie haftete aus Garantieerklärungen, war aber nicht Gesellschafter der Strohmanggesellschaften; dadurch wurde das Engagement in die ABS bei der IKB nicht bilanziert.

Mit Schreiben vom 27. 2. 2008 teilte die EU-Kommission Deutschland mit, dass die Pläne zur Risikoabschirmung dieser inzwischen fehlgeschlagenen Investments als problematische staatliche Beihilfe gelten könnten. Denn die KfW trage 70% der Risiken ohne Risikobegrenzung, während die Bankenverbände nur 30% bis zu maximal 1 Milliarde Euro übernehmen.

Die Kommission ist der Meinung, dass sich die Geschäftsleitung der KfW ohne den starken Druck, den die Bundesaufsicht für Finanzdienstleistungen BaFin und das Finanzministerium in den Tagen vor der Bereitstellung des Risikoschirms ausgeübt haben, nicht in einem solchen Maße engagiert hätte.<sup>4</sup>

### 3. Die Historie der ABS, wirtschaftlich und legalistisch

Im Februar 1970 erfolgte in den USA die erste Emission von ABS, was man im Deutschen als mit Vermögenswerten (Assets) unterlegte (backed) Wertpapiere (Securities) bezeichnen könnte. Vermögenswerte sind z.B. Grundpfandrechte, die Wertpapiere sind Schuldscheine auf der Basis der Kredite, die die Pfandrechte absichern.

1995 erfolgte eine der ersten Emissionen von ABS in Deutschland durch ein deutsches Bankhaus gegen das Votum des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen. Der Grundgedanke dieser Verbriefungen, die in den 90er Jahren in den USA bereits in einem Volumen von 300 Milliarden Dollar jährlich durchgeführt wurden, war relativ einfach und kann als vom Investmentbanking inspirierten Paradigmenwechsel im Kreditgeschäft, weg vom „langsamen Geld“ hin zum „schnellen Geld“, bezeichnet werden:

Man erinnert sich mit der Umwandlung von Krediten in Anleihen o.ä. (Verbriefungen) an die einfache Regel, dass Forderungen grundsätzlich auch Vermögenswerte sind. Während das klassische Kreditinstitut Kredite vergibt und über die oft sehr lange Laufzeit (z.B. bei Immobilienkrediten) nur langsam von den monatlichen Raten aus Zins und Tilgung profitiert, bringt die Umwandlung dieser Forderungen an die Kreditnehmer in ABS schnelles Geld. Man verkauft einfach die Forderungen und kassiert den Kaufpreis, also eine erhebliche Quote des Kreditvolumens, wie bei einer sofortigen Sondertilgung. Ist die Forderung aus den Bilanzen verschwunden, auch in ihrem Risikogehalt als ausfallbehaftete Forderung, kann die Bank neue Kredite vergeben, ohne ihre Eigenkapitalbasis zu erhöhen.

Zur Logik des schnellen Geldes gehörte auch der Anreiz schnell verdienter Transaktionskosten (Provisionen, Versicherungsprämien etc.), d.h. die Verteuerung des janusköpfigen Produkts Kredit/Wertpapier war systemimmanent, je mehr Stufen sich das Doppelgeschäft aus der Verbriefung und ihrer Refinanzierung vom Ursprungskredit und dessen Sicherheiten entfernte.

Was den Beteiligten zunächst schnelles Geld brachte, unterlag jedoch stets zwei allgemeinen und absehbaren wirtschaftlichen Risiken:

Das Kreditsystem hängt vom Funktionieren der nicht zur Finanzbranche gehörenden Wirtschaft ab. Ein Hypothekenkredit für eine vermietete Immobilie hängt von der Leistungsfähigkeit des Mieters, der Unternehmenskredit von der Leistungskraft des Unternehmens, die Autofinanzierung von der Leistungskraft des Nutzers ab etc.

Die Idee, mit der Auslagerung von Kreditrisiken neue Kredite vergeben und diese wieder auslagern zu können, führte daher ab-

sehbar zu einem Anschwellen des Gesamtkreditvolumens und des ABS-getriebenen Anleihemarktes (alleine in den USA auf zuletzt 21 Billionen Dollar). Dadurch wurden die Kreditnehmer als final verpflichtete Teile der Schuldnerkette aber nicht leistungsfähiger.

Konsequenterweise war daher zunächst in den USA die Sparquote der Haushalte jahrelang negativ und lediglich die durch billiges Geld (Zinssenkungen der Federal Reserve, Kredite mit niedrigen Anfangszinsen etc.) künstlich erzeugte Immobilienblase sorgte für eine scheinbare Werthaltigkeit, weil die Immobilienpreise in etwa so stark stiegen wie das Kreditvolumen/Verbriefungsvolumen.

In der Sache handelte es sich daher um ein globales Schneeballsystem, das der Scheck- und Wechselreiterei sehr nahe stand. Auch dort gibt es eine „Verbriefung“ einer Forderung, die teuer gehandelt wird und im worst case nichts wert ist. Überforderten die Raten aus den wirtschaftlich unvertretbaren und durch die Verbriefung immer teurer werdenden Krediten die Kreditnehmer, musste die Blase platzen und Banken mussten zwangsläufig uneinbringliche Forderungen abschreiben, unabhängig davon, ob die Verluste im Kreditportfolio oder im auf Krediten basierten ABS-Portfolio entstanden.

Der Kostendruck der Verbriefung und der Umstand, dass auch die Käufer der ABS der Logik des schnellen Geldes folgen mussten (es machte keinen Sinn, das Langzeitgeschäft, das schon die Bank nicht wollte, für teures Geld selbst weiter zu führen), erhöhte den Hang zu Mitteln und Wegen, vor Ablauf der Laufzeiten an das Geld der Kreditnehmer zu kommen. Das führte z.B. zu dem Sonderproblem des Verkaufs von Grundpfandrechten, die über das Volumen des zugrunde liegenden Kreditverhältnisses hinaus isoliert verwertet werden<sup>5</sup>.

Wie Fall 1 zeigt, versuchten relativ spät auch deutsche Banken in dieses Geschäft einzusteigen, wozu die KfW, die großen deutschen Privatbanken, die Sparkassen- und Genossenschaftsorganisationen und die Deutschlandfiliale der Citibank eine einheitliche Verbriefungsfirma, die TSI-GmbH, gründeten.

„Die TSI-Verbriefungsinfrastruktur haben die KfW-Bankengruppe, Genossenschaftsbanken, Geschäftsbanken und Sparkassenfinanzgruppe gemeinsam entwickelt ...

Die Verbriefungsplattform wird aus drei gemeinnützigen Stiftungen ... und Verbriefungszweckgesellschaften („deutsches SPV“, Special Purpose Vehicle) bestehen, die jeweils für eine einzelne Transaktion errichtet werden ... Dieser in Analogie zur international üblichen Strukturen gewählte Aufbau erlaubt die insolvenzferne Errichtung deutscher SPV ... Für jede True Sale-Verbriefung wird vom jeweiligen Originator ein eigenes insolvenzfernes SPV gegründet. ... Das SPV kauft das zu verbriefende Kreditportfolio von einer Bank an, wandelt es in handelbare, durch Kreditforderungen gesicherte Wertpapiere (ABS = Asset-Backed-Securities) um und verkauft diese an Investoren auf dem Kapitalmarkt.“<sup>6</sup>

2004 hatte Deutschland im Markt der 249 Milliarden Euro ABS in Europa nur einen Marktanteil von 2%. Über die TSI erreichten die „insolvenzfernen“ GmbH einen Boom von ABS Emissionen

4 Vgl. Amtsblatt der europäischen Union vom 27. 3. 2008, C 76/5, www.eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:076:0005:0014:DE:PDF.

5 Vgl. Schimansky, Verkauf von Kreditforderungen und Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung, WM 2008, S. 1049 ff.

6 Vgl. Fn. 3 zur Pressemitteilung der „KfW-Bankengruppe“; zur Verquickung staatlicher/ministerialer und privatwirtschaftlicher Tätigkeit schrieb „Die ZEIT“ unter dem Titel „Ein Manager mit Beamtenstatus – Jörg Asmussen zieht im Finanzministerium unauffällig, aber wirksam die Fäden“: „Den Sinn fürs Nützliche beweist Asmussen auch in seiner Abteilung. Vom Vorgänger hat er die Idee übernommen, Praktiker aus der Geldbranche für befristete Zeit auszuleihen. Derzeit arbeiten in seiner Mannschaft ein Angestellter der Deutschen Bank und einer aus dem Bankenverband. Die Experten von außen brächten, wie er erklärt, die Markterfahrung mit, über die kein Beamter verfüge“; vgl. www.images.zeit.de/text/2004/25/Asmussen.

in Deutschland, „das wohl größte Verbriefungsprogramm in Europa“.<sup>7</sup> Zwischenzeitlich liegt das Volumen der Verbriefungen in Europa nach Angaben des TSI-Geschäftsführers bei 2 Billionen Euro<sup>8</sup>.

Die Spezialität des Systems der deutschen Verbriefung ist das Engagement des Staates über die KfW an der TSI, welches zum Problemkreis der IKB als „Tochter“ der KfW hinzutrat. Als weiteres Lockmittel der TSI wird die zu 38% staatseigene KfW zur obersten Garantiebank ohne Haftungslimit erklärt, auch dies aber nur zum Schein:

„Die KfW stellt dabei die gewünschte Absicherung derart zur Verfügung, dass sie Forderungsausfälle aus dem Kreditportfolio ... absichert. ... Das Verlustrisiko ... wird dabei durch die Ausgabe von Schuldscheinen durch die Zweckgesellschaft übernommen und von dieser durch Ausgabe von Inhaberschuldverschreibungen (Credit-Linked-Notes) an den Kapitalmarkt weitergegeben ... In den diesen Schuldscheinen zugrunde liegenden abstrakten Schuldversprechen verpflichtet sich die KfW, an den Inhaber der Schuldscheine, also die Zweckgesellschaft, Zahlungen ... zu leisten ... Entsprechend den Bedingungen der von der Gesellschaft ausgegebenen Credit-Linked-Notes ist die Gesellschaft den Gläubigern gegenüber berechtigt, die Leistungen aus den Credit-Linked-Notes entsprechend des in den Credit-Linked-Schuldverschreibungen abgebildeten Kreditverlaufs zu kürzen.“<sup>9</sup>

Konzeptgemäß haftet nach dem TSI-Modell eine GmbH mit Mindestkapitalisierung für Schuldscheine, für die die KfW als Garant haftet, jedoch nur auf dem Papier, da die Zahlungsverpflichtung gemäß dem Verbriefungswert im Sinne des Kreditverlaufs gekürzt werden kann. Käufer der ABS sind in Europa institutionelle Investoren, statistisch 50–70% Banken, 15–20% Versicherungen, 15–20% Kapitalanlagegesellschaften und 5–15% Unternehmen, in den USA hingegen auch Privat Anleger.<sup>10</sup>

#### 4. Mögliche Straftaten

In Deutschland wurden, entsprechend den Finanzierungswellen etwa nach der Wiedervereinigung, viele negative Erfahrungen mit Überfinanzierungen und wertlosen Krediten gesammelt.<sup>11</sup> Die Richtlinien für Wirtschaftsprüfer wurden verschärft, der wirtschaftliche Kern einer Bilanz sollte erforscht werden und nicht das Einhalten von Mindestangaben. Im Zuge von Außenprüfungen bei zahlreichen Banken und Sparkassen trat Wertberichtigungsbedarf in vielfacher Milliardenhöhe auf.<sup>12</sup>

Wer als Marktteilnehmer, das heißt zum Beispiel Bankverantwortlicher, auf der Verkäuferseite der ABS oder auf der Erwerberseite steht, hat daher in Deutschland diese in der Branche bekannten und im übrigen auch in der allgemeinen Presse veröffentlichten Kennzahlen zu kennen.<sup>13</sup> Weiterhin bestehen Kenntnisse über den Umfang der jährlichen Außenprüfung.

Das Kreditportfolio einer Bank oder Sparkasse wird bereits aus Personalgründen (im Bereich der Prüfer) nur zu einem geringen Volumen überprüft, die im geprüften Volumen festgestellten Ausfälle und Einzelwertberichtigungen (EWB) werden nie auf das Gesamtportfolio umgerechnet (Beispiel: 1 Milliarde Kreditvolumen, 100 Mio. geprüftes Kreditvolumen, 20 Mio. EWB daraus ergeben nicht 200 Mio. EWB). Ebenso war bereits das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen unterpersonalisiert, die Umbenennung in BaFin hat daran nichts geändert.

Die Prüfung ist also strukturell lückenhaft, man verlässt sich auf die Bank, dass diese den Risikobereich gleichsam vorsortiert und die Ausfallrisiken von sich aus korrekt benannt hat. Im Dunkelfeld des ungeprüften Bereichs nimmt man nur eine sehr niedrige Ausfallquote pauschal an. Kreditrisiken lassen sich also sehr gut „verstecken“, wenn man die Erwartung der Prüfer, die Risiken zutreffend beziffert und vollständig benannt zu bekommen, missbraucht.<sup>14</sup>

#### 4.1. Der Betrugstatbestand – § 263 StGB beim Verkäufer

Fraglich ist, ob im Verhältnis von der Verkäuferseite zur Käuferseite, also meist ein Geschäft von Bank zu Bank, ein Betrug nahe liegt. Bei dem Verkauf und der Bewertung von ABS verließ man sich beidseitig, wie im Ausgangsfall 1, auf Ratingagenturen, die allerdings auch keine weitergehende Prüfung vornehmen und bekanntlich bei verschiedenen Finanzkrisen, am spektakulärsten in der Asienkrise 1997, enorm „daneben lagen“, was ihre Ratings der damals Betroffenen anging.

Bei einem Handel von Bank zu Bank stellt sich daher naturgemäß die Frage, ob eine als Investor kaufende Bank im Sinne des Betrugstatbestandes getäuscht werden kann, wenn sie den Markt, die Eigenschaften und damit auch die Negativelemente der ABS als Brancheninsider kennt.

Der Insider weiß, dass Forderungen und die dazugehörigen Sicherheiten (z.B. Hypotheken) typischerweise nicht verkauft werden, wenn die Bank sich vom Erhalt des Kreditportfolios ein gutes Geschäft verspricht, sondern eher, wenn sie Risiken loswerden will.<sup>15</sup> Der Investor wird also im eigenen Interesse entweder einen hohen Abschlag machen, wodurch der Bankverantwortliche auf der Verkäuferseite durch einen zu billigen Preis in einen Untreueverdacht gerät. Oder der Investor wird einen relativ hohen Preis bezahlen, z.B. wenn er bereits einen Kontrakt für

7 Vgl. *Asmussen*, Verbriefungen aus Sicht des Bundesfinanzministeriums, Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 2006, S. 1016 ff. Dem Aufsatz folgt der Aufsatz von Schauerte „Die Bedeutung der Verbriefung für die mittelständische Wirtschaft“, aaO. S. 1019 ff., auf S. 1021 mit einer Anzeige der TSI unterlegt; vgl. auch Fn. 3 zur Nebentätigkeit des Staatssekretärs für die TSI.

8 Vgl. unter [www.true-sale-international.de](http://www.true-sale-international.de) den Link zur Arbeitsgruppe: Die Krise auf den Kreditmärkten – Ursache, Wirkung und Folgerungen, Seite 6.

9 Vgl. ebenda [www.tsi-ghmbh.de/index.php?id=345](http://www.tsi-ghmbh.de/index.php?id=345).

10 Vgl. ebenda *Renner*, „Verbriefung von Bankforderungen – das Geschäftsmodell und die Arbeit der TSI“, Seite 12. Nach Meldungen in n-tv-online vom 10. 8. und 8. 8. 2008 mussten die Großbanken Citigroup, Merrill Lynch und UBS, um US-amerikanische Strafverfahren zu beenden, hohe Geldbußen zahlen und für 7,3, 12 bzw. 10,3 Milliarden USD Anleihen des ABS-Marktes von zehntausenden geschädigten Privatanlegern zurücknehmen.

11 Vgl. *Gallandi*, „Die Untreue von Bankverantwortlichen im Kreditgeschäft“, wistra 2001, S. 281 ff.; *ders.*, Straftaten beim Immobilienvertrieb Teil 1, wistra 1992, S. 289 ff.; Teil 2 S. 333 ff.

12 Einzelwertberichtigungen jeweils im Multimillionen- bis Milliardenbereich ergaben sich in den Fällen der Bayerischen Raiffeisenzentralbank, der Volksbank Oberhausen, der Sparkasse Mannheim, der Sparkasse Schwetzingen, der Hypo- Vereinsbank sowie den Zwangsfusionen im Volksbanken- und Raiffeisenbankenbereich und bei den Sparkassen, insbesondere in Ostdeutschland, bei der Deutschen Bank im Fall „Schneider“ etc.

13 1990 ff. liefen vor dem Landgericht München unter großer Presseresonanz die Prozesse gegen die BRZ-Verantwortlichen, die u.a. mit Haftstrafen gegen den Aufsichtsratsvorsitzenden (4 Jahre) und den Kreditdirektor (7 Jahre) endete, Grund: Untreue wegen 140%iger Finanzierungen. Die Münchner Hypobank platzierte zeitnah dennoch Finanzierungen von Ost- und Schrottimmobilen mit 180%igen Finanzierungen. Auch im IKB-Fall war man gewarnt, sogar durch einen eigenen Analysten, der schon 2005 vor den Risiken des Investments warnte, vgl. [www.n-tv.de/841849.html](http://www.n-tv.de/841849.html).

14 Die Unzulänglichkeit des Prüfwesens nicht nur bei Bankbilanzen ist seit langem bekannt, vgl. etwa das Gesetz zur Kontrolle von Unternehmensabschlüssen, Bilanzkontrollgesetz, BGBl. 2004 Teil I Nr. 69 vom 20. 12. 2004; das Bilanzrechtsreformgesetz, BGBl. 2004, Teil I, Nr. 65 vom 9. 12. 2004, insbesondere zu § 285 HGB, oder die Glosse „Die orientalische Bilanz – ein Beitrag zur Theorie des Jahresabschlusses“, WPK-Mitt 3/2003, S. 169 ff. zu den Stichworten „Verschleierung“, „Fata Morgana“ und „Scheherazade“.

15 Signifikant beim Immobilienfinanzierungsmarkt in den USA. Mangels eines Meldesystems verlassen finanziell überforderte Kreditnehmer ihre Häuser, es folgen Banden, die alles Verwertbare „ausbeuten“, zurück bleiben Grundstücke mit einem Wert „Boden minus Abrißkosten“ und auch (Maklersprache) „die Lage, die Lage“ holt den Wert nicht nach oben. Zitat Kapital-Markt-Intern Special vom 3. 5. 1991: „Wenn man an den amerikanischen Immobilienmarkt denkt, denkt man an unseriose Beteiligungsgesellschaften, an den Zusammenbruch des amerikanischen Bankensystems und an riesige Marktkrisen“.

den Weiterverkauf der Risiken über neue Verbriefungen eingefädelt hat.

Im ersteren Fall liegt keine Täuschung vor und auch im zweiten Fall ist dem Investor der wahre Wert der ABS egal, weil er die Risiken ja weitergibt. Der Betrugstatbestand des § 263 dürfte daher bei solchen Insidergeschäften von Bank zu Bank oder von Bank zu Versicherung im Falle des Verkaufs von ABS nicht einschlägig sein.

Anders, wenn ein Verkauf an Kapitalanleger außerhalb des Bereichs der Insider stattfand, die die Mechanismen der Entstehung der konkreten ABS an sich nicht kannten und aufgrund der intransparenten Struktur der Papiere, etwa bei einem Portfoliomix und hohem Rating, über den konkreten Risikogehalt (Minderwert) getäuscht wurden. Der konkrete Risikogehalt ergibt sich aus den ursprünglichen Krediten (z.B. an US-amerikanische Hauskäufer) und den ursprünglichen Sicherheiten (z.B. Holzhäuser auf Grundstücken) sowie der schon damals notwendigen Antizipation des Wertverfalls. Das kann bei US-Immobilien bedeuten, dass der dort bekannte Mechanismus zu antizipieren war: Der Eigentümer flieht vor der Vollstreckung aus steigenden Kapitaldienststraten, mangels Meldesystem ist er nicht mehr fassbar. Die zurück gebliebene Immobilie wird „ausgeraubert“. Der Immobilienwert liegt beim Grundstückswert minus Abrißkosten, was bei schlechter Lage (soziales Problemviertel oder verlassenes Gebiet) zu niedrigen Werten führen kann.

#### 4.2. Der Untreuetatbestand – § 266 StGB

Hier kann Untreue beim Käufer wie beim Verkäufer vorliegen, wenn der Bankverantwortliche Treuepflichten verletzt.

##### 4.2.1. Untreue beim Verkäufer

Wie bereits dargelegt, könnte eine zu billige Abgabe von Kreditforderungen das verkaufende Kreditinstitut schädigen und zu Lasten des Bankverantwortlichen eine Untreue darstellen.

Eine Untreue würde voraussetzen, dass ein Kreditportfolio, welches beispielsweise 100 Mio. Euro wert ist, für 60 Mio. Euro verkauft und verbrieft wird. Abgesehen von den allgemeinen Problemen der Wertfeststellung wird die Problematik der Fortführungswerte und der Zerschlagungswerte entstehen. Kann der Bankverantwortliche darlegen, dass die Kredite besonders risikobehaftet waren, etwa als sogenanntes Mezzanine-Kapital, wird die Einwertung schwierig, wenn Kredite, etwa an Mittelständler, seit Jahren am Rande der Kreditkündigung standen.

In den Fällen der großen Banken Krisen ist der hohe Wertberichtigungsbedarf regelmäßig dadurch entstanden, dass entweder (Beispiel Steuersparmodelle) sofort Überfinanzierungen gewährt wurden, die unvertretbar erschienen (Schrottimmobilienfälle)<sup>16</sup> oder es handelte sich um Unternehmenskredite, die ohne Rückführung ständig prolongiert oder erhöht wurden.

Kann der Bankverantwortliche also darlegen, dass die verkauften Kredite weniger fortführungsreif als verwertungsreif waren, wird man keinen Unterschied zwischen dem Abschlag von 40% und dem erwartbaren Verlust im Falle der Verwertung finden. Ein Schaden, der kausal durch den Verkauf entstanden ist, ist dann nicht nachweisbar.

Spätestens im subjektiven Bereich (Einlassung des Angeklagten: „Ich wollte den Kreditmüll doch loswerden und meiner Bank damit helfen“) wird die Prüfung des § 266 StGB enden müssen.

##### 4.2.2. Untreue beim Käufer

Der auf Seiten des Käufers, meist einer Bank, handelnde Verantwortliche ist, wie ausgeführt, regelmäßig Insider. Er übernimmt

mit den ABS Wertpapiere, deren Werthaltigkeit, wie ausgeführt, fraglich ist. Risikogeschäfte sind grundsätzlich nicht verboten. Andererseits kann es kein Unterschied sein, ob der Verantwortliche treuwidrig Kredite trotz fehlender Bonität und fehlender Sicherheiten vergibt oder ob er verbrieft Kredite, bei denen Sicherheiten und Bonität fehlen, ankauft.

Wie die Gegenüberstellung dieser Alternativen ergibt, hängt die Bewertung als Untreue von der Prüfung vor dem Kauf, also der aufgewendeten Sorgfalt, und dem dann aufgrund der Prüfung gezahlten Kaufpreis ab. Wird bereits vorab festgestellt, dass der Kaufpreis nicht überhöht war, entfällt diese Prüfung. Letzteres ist allerdings eher unwahrscheinlich, da die intransparente Struktur der ABS die Überprüfbarkeit und die Feststellung regelmäßig erschwert bzw. unmöglich macht.

Der amerikanische Satz „the land is not the landscape“, das Land ist nicht die Landkarte, beleuchtet das Problem: Ist bei einem Immobilienkredit die Immobilie durch die Bank zu besichtigen, um sich ein Bild vom „Land“ zu machen, erhält der Käufer der ABS neben dem „Wertpapier“ nur eine mehr oder minder verwackelte Kopie einer Kopie von etwas, was eine Landkarte sein soll. Daß der Preis angemessen war, wird sich daher für den Staatsanwalt meist so wenig sicher feststellen lassen wie zuvor für den Bankverantwortlichen.

Wenn aber feststeht, dass der Verantwortliche auf Käuferseite in (selbst-)bewusster Blindheit oder gar Unkenntnis des Kaufsegments ein minderwertiges oder stark risikobehaftetes Wertpapier gekauft hat, liegt eine Untreue nahe. Ebenso, wenn er sich ebenso „blind“ auf Angaben einer Rating-Agentur verließ. Noch mehr, wenn er es unterließ, die Unabhängigkeit der Ratingagentur bzw. eine Vorbefassung zu prüfen.

#### 4.3. Bilanzfälschung

Bilanzdelikte sind im deutschen Recht vielseitig geregelt, die Strafdrohung ist im Vergleich zur Strafdrohung bei Betrug und Untreue (bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe in schweren Fällen) eher gering.

Nach § 331 Ziff. 1 HGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren bestraft, wer als Mitglied eines vertretungsberechtigten Organs oder des Aufsichtsrats einer Kapitalgesellschaft die Verhältnisse der Kapitalgesellschaft in der Eröffnungsbilanz, dem Jahresabschluss etc. nach § 340a Abs. 3 HGB unrichtig wiedergibt oder verschleiert. Weitere 4 Absätze benennen weitere Straftatsvarianten.

Die §§ 340m und 342m HGB erweitern die Strafbarkeit nach § 331 HGB auf Kreditinstitute, Finanzdienstleister und Versicherungsunternehmen, unabhängig von der Rechtsform. Spezialvorschriften, die z.T. gegenüber § 331 HGB subsidiär sind, ergeben sich aus § 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG, § 82 Abs. 2 Nr. 2 GmbHG, § 147 Abs. 2 Nr. 1 GenG, § 313 Abs. 1 Nr. 1 UmwG oder § 143 Nr. 1 VAG. Unrichtige Darstellungen publizitätspflichtiger Unternehmen erfasst § 17 PublizitätsG.

§ 283b StGB droht mit einer Freiheitsstrafe von bis zu 2 Jahren, wenn „Handelsbücher“ so geführt oder verändert werden, dass die Übersicht über den Vermögensstand erschwert wird (Abs. 1 Ziff. 1). Gleiches gilt, wenn jemand Bilanzen so aufstellt, dass die Übersicht über seinen Vermögensstand erschwert wird (Ziff. 3 a).

Wie dargelegt, wird die Verkäuferseite beim Insiderhandel mit ABS stets begründet dartun können, dass die Struktur und die Risiken des ABS-Verbriefungsmarktes allen Marktteilnehmern bekannt sind. Die Risiken sind explizit in dem erwähnten Bun-

<sup>16</sup> Vgl. Gallandi, wistra 2001, Fn. 11.

desbankbericht vom Juli 1997 genannt sowie weiter durch eine Stellungnahme des Bundesministeriums der Justiz an die EU-Kommission zum Thema Refinanzierung von Hypothekarkrediten bekannt:

„RMBS können auch dann nicht grundsätzlich wie gedeckte Schuldverschreibungen . . . behandelt werden, wenn sie ein erstklassiges Rating erhalten haben. Die Strukturen sind hier zu heterogen, um allein dem Rating zu folgen . . . Das Risiko ergibt sich nicht nur durch die Anlageklasse, sondern auch durch die Beleihungspolitik und operationelle Risiken des Originators . . . RMBS sind auch bei erstklassigen Ratings zu unheimlich und zu komplex. Würde man derartige Konstruktionen zulassen, müsste auch eine Deckung von gedeckten Schuldverschreibungen durch andere gedeckte Schuldverschreibungen zulässig sein. Beides birgt Missbrauchsgefahren und könnte dem Ruf der gedeckten Schuldverschreibungen schaden. So wäre z.B. die Bildung von Pyramiden gedeckter Schuldverschreibungen nicht auszuschließen. In der Insolvenz könnte dies zu einem Dominoeffekt führen.“<sup>17</sup>

Wer also als institutioneller Investor in diesem Bereich ASB aufkauft, hat ein Bilanzierungsproblem. Ebenso der Verkäufer, wenn er wirtschaftlicher Eigentümer bleibt, also unvollkommen verkauft. Letzteres dürfte seltener sein (von Fällen freiwilliger Risikorücknahme zur Beseitigung von Imageschäden abgesehen), so dass man sich auf Variante 1 konzentrieren kann.

So wie eine Bank in ihrer Bilanz nicht beliebig Aktiv- und Passivgeschäft austauschen kann, erscheint es als unvertretbar, die Ausbuchung von Kreditforderungen bei der verkaufenden Bank in gleicher Höhe als „Pfandbrief“ bei der ankaufenden Bank zu bilanzieren. Dieses Problem wurde in der Praxis dadurch umgangen, dass der wirtschaftliche Eigentümer sich diverser Domizilgesellschaften, oft in Steuersparenklaven (Cayman-Inlands etc.) bediente.

Der Einsatz dieser Vehikel und der Trick der Käuferbank, sich aus einer gesellschaftsrechtlichen Verflechtung heraus zu halten, um die ABS und ihre Finanzierung nicht als eigenes Risiko bilanzieren zu müssen, änderte allerdings nichts daran, dass die wirtschaftliche Eigentümerstellung bestand. Insofern ist das Engagement des Bundes bei der KfW und der KfW bei der IKB plausibel.

Bei der Bilanzfälschung handelt es sich um die willkürliche Erhöhung oder Herabsetzung einzelner Bilanzkosten, Beispiele aus der Rechtsprechung sind der Ausweis dubioser Außenstände zum Nennwert, der Verkauf wertloser Gegenstände oder Forderungen, u.a. an Tochtergesellschaften, Einstellen fiktiver Beträge und das Weglassen einzelner Posten<sup>18</sup>

Ein weiteres Beispiel ist die Verbuchung von Betriebskosten als Kapitalinvestition oder die Aktivierung von Forderungen aus Wechselreiterei sowie generell Über- und Unterbewertungen bei Außenständen, Grundstücken und sonstigem Anlagevermögen.<sup>19</sup>

Davon zu trennen ist die Bilanzverschleierung, wenn Tatsachen so undeutlich oder unkenntlich wiedergegeben werden, dass sich der wirkliche Tatbestand nur schwer oder überhaupt nicht erkennen lässt.<sup>20</sup>

Die eine oder die andere Variante dürfte bei dem ABS-Produkt, das ein Investor erwirbt, jedenfalls der einschlägige Tatbestand sein.

Die Wirklichkeit des Kreditverhältnisses kann der Verkäuferbank noch aus den Kontakten zum Kreditnehmer und den eigenen Aufzeichnungen bekannt sein. Im Zuge der ABS-Verbriefungen werden diese Daten je nach Umfang, Art und Qualität in Datenoberflächen verwandelt, die gemäß dem Leitsatz „das Land ist nicht die Landkarte“ immer weniger abbilden, um welchen wirtschaftlichen Sachverhalt es sich handelt. Daher wissen die Banken international auch nicht, welche ABS-Risiken der Konkurrent/Geschäftspartner außerbilanziell, aber als wirt-

schaftlicher Eigentümer, hält, so dass der Markt der Interbankenkredite zusammenbrach und die Zentralbanken eingreifen mußten.<sup>21</sup>

Die Straftaten nach z.B. § 331 HGB, aber auch nach Sondervorschriften, z.B. nach §§ 399, 400 Aktiengesetz<sup>22</sup>, können zu weiteren Straftaten führen. Unrichtige Bilanzen erfüllen z.B. den Tatbestand des Betrugs im Falle der Veröffentlichung bewusst falscher Bilanzen, bei Erteilung bewusst falscher Auskünfte und Falschangaben gegenüber den Aktionären.<sup>23</sup> Hier gelten grundsätzlich die Ausführungen zur Untreue beim Käufer, nur dass die Sorgfaltspflicht vor der Kaufentscheidung durch die Sorgfaltspflicht bei der Bewertung und Lokalisation in der Bilanz ersetzt wird. Mit der Wandel vom Kredit zum Wertpapier, den die ABS vollzieht, ist auch eine Verwandlung von Passiv- und Aktivseite verbunden, deren Berechtigung gesondert nachzuprüfen ist.

#### 4.4. Der subjektive Tatbestand/unvermeidbarer Verbotsirrtum

Die Einwände der Bankverantwortlichen auf der Investorensseite sind bereits jetzt absehbar:

„Wenn schon die Deutsche Bundesbank ABS als bilanzentlastende, eigenkapitalsparende und kostengünstige Refinanzierung einstuft und erlaubt, was soll dann am Handel mit ABS strafbar sein?“

„Wenn schon mit der TSI GmbH die halbstaatliche KfW, Staatssekretäre und Ministerialbeamte aus dem Finanz- und Wirtschaftsministerium eine Verbriefungsplattform einrichten, was soll daran falsch sein?“

„Alle haben es so lange gemacht und es ging so lange gut.“

Diese Einwände sind problematisch, weil es, wie ausgeführt, auch die warnenden Stimmen etwa des Bundesjustizministeriums und auch in Berichten der Bundesbank vom Juli 1997 gab. Es gab die zitierten Brancheninformationen zum US-Immobilienmarkt, Presseberichte zur Finanzierungsblase; Analysten werteten es in der Analyse von Bankaktien schon Anfang 2007 als positiv, wenn nicht nennenswert in den subprime-Bereich investiert wurde.<sup>24</sup>

Weiterhin war für jeden wirtschaftlich Interessierten offenkundig, dass die Zusatzkosten aus den Verbriefungsaktionen und die kurzfristigen Gewinnerwartungen aus diesen Geschäften, also der Hang zum schnellen Geld, zu einer starken Belastung der Kreditnehmer und des entsprechenden Teils der Wirtschaft führen mussten. Die Annahme eines isolierten Wachstums des Finanzsektors, abgekoppelt vom niedrigen Wachstum der Restwirtschaft, war abwegig. Denn diese Restwirtschaft – im Kreditnehmenden Teil – sollte das Spiel des schnellen Geldes finanzieren.

Tatsächlich führte die Möglichkeit der Verbriefung zu einer rasanten Verschuldung, in den USA bei den privaten Haushalten

17 Vgl. [www.ec.europa.eu/international\\_market/finservices-retail/home/loans](http://www.ec.europa.eu/international_market/finservices-retail/home/loans), Link Deutschland, Bundesministerium der Justiz vom Februar 2007, S. 6 f.

18 Vgl. Schmid in Müller-Guggenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Auflage 2006, § 40 S. 1173, 1173 m.w.N.

19 AaO. S. 1175 m.w.N.

20 AaO. S. 1751 m.w.N.

21 Exemplarisch „Fed pumpt Geld“ in [www.n-tv.de/852417.html](http://www.n-tv.de/852417.html).

22 Die Höchststrafen sind in Relation zu den Schäden und im internationalen Vergleich eher lächerlich; so erhielten die Chefs von Enron und Worldcom, Ebberts und Skilling 24 Jahre bzw. 25 Jahre Haft wegen der Bilanzvergehen in ihren Unternehmen, vgl. FAZ Nr. 247 vom 24. 10. 2006, S. 13.

23 Vgl. Schmid in Müller-Guggenberger, aaO., S. 1176 ff. m.w.N.

24 Etwa die BHF-Bank bei der Empfehlung, Aktien der Royal Bank of Scotland zu kaufen.

etwa zu einer Steigerung von 9 Billionen auf 14 Billionen Dollar binnen 4 Jahren. Daß für die Bedienung von immer mehr und immer höheren Krediten die Wirtschaftskraft derjenigen, die Zins und Tilgung zu leisten hatten, irgendwann nicht mehr ausreichen würden, war absehbar.

Es handelte sich also um ein offenkundiges Schneeballsystem auf volkswirtschaftlicher Ebene, von dem sich keine betriebswirtschaftliche Ebene, die mit Krediten und ABS befasst war, abkoppeln konnte. Die Folge war die nahe liegende Pflicht, die ABS in ihrer Werthaltigkeit danach zu bewerten (Verwertungs- bzw. Zerschlagungsfall, nicht Wertstellung der Sicherheit bei der höchsten Ausdehnung der Immobilienblase bzw. Immobilienfinanzierungsblase).

Selbst wenn aber sich der einzelne Beschuldigte im Hinblick auf ein Bilanzdelikt auf einen Konsens und eine Gutgläubigkeit der Marktteilnehmer herausreden könnte, kann dies für den Zeitraum ab Beginn/Publication der sogenannten Subprimekrise nicht mehr gelten. Die Schieflage der IKB und der anderen als Investoren aufgetretenen deutschen Banken ist seit spätestens September 2007 offensichtlich gewesen.<sup>25</sup> Die Notwendigkeit, die Bilanzen zutreffend zu erstellen, notfalls anzupassen, ist spätestens seitdem offenkundig.

Die ABS, die sich auf Kredite und deren Sicherheiten stützen, sind nicht anders zu prüfen als ein Kreditportfolio einer Bank oder Sparkasse. Man kann zu jedem einzelnen Kreditnehmer und zu jeder Kreditnehmergruppe die Werthaltigkeit der Forderungen und Sicherheiten feststellen und Wertberichtigungen vornehmen. Dies hat nicht anhand der Angaben von Ratingagenturen oder der bisherigen Prüfer, sondern aufgrund der rechtsverbindlichen Prüfkriterien durch externe Sonderprüfer zu erfolgen.<sup>26</sup> Erfolgten früher diesbezügliche Prüfungen nur auf der Ebene der vergebenen Kredite, sind jetzt die verbrieften Kredite, also die ABS der SPV, genauso streng nach dem erforderlichen Korrekturbedarf zu untersuchen.

Der Verantwortliche einer Bilanzierungspflichtigen Gesellschaft, der dies unterlässt, nimmt die Unrichtigkeit der Bilanz billigend in Kauf, weil er vorsätzlich ungeprüfte Räume schafft. Genauso wird die Bilanz gefälscht, wenn die Risiken an Strohmanggesellschaften ausgelagert werden. Denn sie verbleiben beim wirtschaftlichen Eigentümer, dem Investor.

Der unvermeidbare Verbotsirrtum ist angesichts des – teils publizierten – Brancheninsiderwissens aus dem Umfeld der Entstehung der ABS nicht wirklich begründbar. Der fehlende Vorsatz kann sich nur aus subjektiven Besonderheiten ergeben.

## 5. Das Sonderproblem staatlicher Untreue (Hintermann, TSI, KfW)

Wie der Fall 2 zeigt, ist im Fall der IKB Paradoxes geschehen: Während die Bankaufsicht für die Zulässigkeit von ABS-Emissionen in Deutschland verlangt, dass das verbrieftes Kreditportfolio ein Spiegelbild des Gesamtkreditportfolios sein soll (Risikostreuung statt Klumpenrisiko) und eine Bilanzwirksamkeit nur dann auftritt, wenn sicher gestellt ist, dass die Bank nicht mehr in der Haftung ist, verfuhr die IKB gegenteilig: Beim Ankauf vergaß man die Vorgabe zur Risikostreuung und investierte in den echten Subprimebereich der USA. Weiterhin verblieb das Risiko auch beim Ankauf durch die genannten Strohmanggesellschaften bei der Bank. Schließlich erhöhte man das Risiko noch durch kurzfristige Finanzierungen, die ebenso kurzfristig auslaufen mussten und eine Nachfinanzierung forderten.

Damit war strukturell vorgegeben, dass im Falle des Platzens der Verbriefungsblase und der Beendigung des Schneeballsystems

diese Verbriefungen zuerst scheitern mussten. Nun intervenierte die KfW, wie die EU-Kommission beklagt, auf Druck des Finanzministeriums so stark, dass die Ausfallhaftung von 70%, innerhalb der Quote offen, als staatliche Beihilfe qualifiziert werden muss.

Diese Konstellation war für die Gründer der TSI, für die KfW, das Wirtschafts- und Finanzministerium ebenfalls absehbar. Denn mit der Verbriefungsinitiative über die TSI ohne gleichzeitige Warnung vor einem Ankauf ausländischer ABS, insbesondere aus dem Subprimebereich, war offenkundig, dass das Gesamtsystem nicht nur dazu führte, „eigenen Kreditmüll zu entsorgen“, sondern auch dazu, „fremden Kreditmüll anzukaufen“.

Durch dieses Verhalten besteht das Risiko, dass im Falle der IKB sowie der betroffenen Landesbanken etc. Steuergelder in vielfacher Milliardenhöhe aufgewendet werden müssen, um die staatsnahen Banken vor der Insolvenz zu bewahren. Ebenso werden die Banken, die die ABS zutreffend bilanzieren, erhebliche Gewinneinbußen hinnehmen und weniger Steuern zahlen. Die Frage ist daher, ob die im Rahmen der TSI tätigen und auch im Falle der IKB und KfW tätigen Ministerialbeamten wegen der Gefährdung von Steuermitteln in Milliardenhöhe strafrechtlich haftbar gemacht werden können, einschlägig wäre hier der Tatbestand der Untreue.

Eine Vermögensbetreuungspflicht wurde bisher in folgenden ähnlichen Fällen beachtet:

- Beim Aufsichtsrat einer AG gegenüber dieser und gegenüber den Gesellschaftern.
- Beim Behördenleiter gegenüber dem Staat hinsichtlich der in Rechtsträgerschaft der Behörde (Ministerium) stehenden Vermögensgegenstände.
- Bei Vorstandsmitgliedern einer AG.<sup>27</sup>

Ein Aufsichtsratsmitglied der IKB, das als Teilnehmer an der TSI im Verbriefungsbereich zu den ausgewiesenen Fachleuten gehört und als Ministerialbeamter des Bundesfinanzministeriums tätig ist, könnte also eine Vermögensbetreuungspflicht bezüglich der Steuergelder haben, die über die KfW zur Rettung der IKB eingesetzt werden.

Aus den bereits genannten Gründen wird es hier weiter ein Vorsatzproblem geben. Allerdings handelt es sich um einen Vermögensnachteil in Form eines Gefährdungsschadens bei einem pflichtwidrigen Risikogeschäft. In diesen Fällen entfällt der Vorsatz nicht, weil der Täter annimmt oder hofft, ein entgeltlicher Schadenseintritt werde abgewendet.<sup>28</sup>

## 6. Ergebnis

Im Ausgangsfall 1 ist keine Strafbarkeit auf der Seite der Verkäufer und ihrer Helfer feststellbar, wenn der Verkauf nur an institutionelle Investoren mit identischem Wissen über die Chancen und Risiken der Verbriefungstransaktionen erfolgt. Dagegen ist die Kreditvergabe der beteiligten Banken für den Ankauf wie

25 Vgl. [www.handelsblatt.com/News/printpage.aspx?\\_id=200039&\\_t=ftprint&\\_b=1321...](http://www.handelsblatt.com/News/printpage.aspx?_id=200039&_t=ftprint&_b=1321...) vom 12. 9. 2007; konsequent fordern, gegen den Widerstand der Restwirtschaft, Banken jetzt „Ausnahmeregelungen“ für Bankbilanzen, vgl. FAZ Nr. 84 vom 10. 4. 2008, S. 1 sowie Nr. 85 vom 11. 4. 2008, S. 21.

26 Zumal manche Prüfungsgesellschaften, etwa die der IKB, sich durch gleichzeitige Prüfung der Fonds, die die Bank in Schieflage brachten, in einer Interessenkollision befanden, die nicht zur Bestandsprüfung führen konnte, Schieflagen offenzulegen. vgl. [www.n-tv.de/Sachverhalte/Doppelrolle-der-IBK-Pruefer](http://www.n-tv.de/Sachverhalte/Doppelrolle-der-IBK-Pruefer).

27 Vgl. Beispiele bei Tröndler/Fischer, *SaGB*, 51. Aufl., München 2003, § 266, Rz. 36.

28 Tröndler/Fischer, 22. O., Rz. 77; Galland, *Wirtschaftsrecht*, 2008, S. 281, 283.

jeder unvertretbare Risikokredit im Hinblick auf eine Untreue konkret zu prüfen.

Im Fall 2 wie in allen Fällen, in denen Investoren ABS erworben haben und bilanzieren müssen, ist seit dem Bekanntwerden der internationalen Krise des Verbriefungssystems der Verdacht auf Untreue und Bilanzvergehen gegeben, wenn nicht der Nachweis geführt wird, dass die erworbenen ABS genauso intensiv und umfassend überprüft wurden wie das Kreditportfolio einer Bank bei einer (unangekündigten) Sonderprüfung.

Die Bilanzierung der zerstörerischen Wirkung des Paradigmenwechsels vom Halten und Verwalten von Krediten zum schnellen Geld durch Verkauf ist jedenfalls bei den Bilanzen der Jahre 2007 und 2008 der Investoren in ABS möglich.

Bei personellen Verflechtungen zwischen Ministerialbeamten und Unternehmen der Privatwirtschaft, bei denen diese Personen Aufsichtsräte oder Hintermänner, ähnlich dem faktischen Geschäftsführer sind, kommt eine Untreue gegenüber dem Staat in Frage.

Wissenschaftliche Assistentin Dr. Inge Goeckenjan, Universität Bayreuth

## Auswirkungen des 41. Strafrechtsänderungsgesetzes auf die Strafbarkeit des „Phishing“

*Der Beitrag geht der Frage nach, ob und inwieweit die jüngsten Änderungen der computerstrafrechtlichen Tatbestände Auswirkungen auf die Strafbarkeit des Phishing haben. Die Untersuchung zeigt, dass sich hinsichtlich der § 202a und § 303a StGB kaum Änderungen ergeben und auch die Einfügung von § 202b n.F. StGB sowie die Erweiterung des § 303b n.F. StGB nur im Einzelfall zu einer Ausweitung der Strafbarkeit führen. Durch die Einführung der Strafbarkeit von Vorbereitungshandlungen nach § 202c n.F. StGB jedoch sind Phishing-Angriffe fast lückenlos unter Strafe gestellt.*

### A. Einleitung

Das Phishing von sensiblen Informationen, vor allem von Legitimationsdaten für Online-Bankdienste, und deren anschließende Verwertung ist mittlerweile zwar ein viel beschriebenes Phänomen, führt aber nach wie vor zu – sogar noch steigenden – beträchtlichen wirtschaftlichen Einbußen.<sup>1</sup>

Bereits seit einiger Zeit wird diskutiert, ob die Erfassung dieser und verwandter Formen der Computerkriminalität durch das geltende Strafrecht ausreichend ist<sup>2</sup> oder ob Bedarf für eine Ausweitung des strafrechtlichen Schutzes vor derartigen Angriffen besteht.<sup>3</sup> Im August des vergangenen Jahres ist das 41. Strafrechtsänderungsgesetz (41. StrÄndG) in Kraft getreten, das der Verbesserung des strafrechtlichen Schutzes vor Computerkriminalität dienen soll.<sup>4</sup> Mit diesem Gesetz wurden die Vorschriften der § 202b und § 202c StGB hinzugefügt sowie § 202a, § 303a und § 303b StGB geändert bzw. ergänzt. Übergeordnetes Ziel des Gesetzesvorhabens<sup>5</sup> war die Umsetzung zweier europäischer Rechtsakte, nämlich des Übereinkommens des Europarates über Computerkriminalität<sup>6</sup> und des Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union über Angriffe auf Informationssysteme<sup>7</sup>. Darüber, ob mit dem Gesetzesvorhaben auch eine weitergehende strafrechtliche Erfassung des Phishing beabsichtigt war, ist der Begründung des Regierungsentwurfs nichts zu entnehmen.<sup>8</sup> Die Bundesregierung steht offenbar auf dem Standpunkt, dass Phishing schon nach bislang geltendem Recht ausreichend strafbewehrt war.<sup>9</sup> Allerdings erhofft sie sich zumindest einen besseren Schutz vor schädlichen Computerprogrammen,<sup>10</sup> die auch zur Ausführung von Phishing-Angriffen verwendet werden können.

Welche Auswirkungen das 41. StrÄndG auf die Strafbarkeit des Phishing hat, soll im Folgenden untersucht werden. Dabei werden nur die durch das Gesetz geänderten Vorschriften in den Blick genommen. Die Strafbarkeit von Phishing-Tätern und den sie unterstützenden Finanzkurieren nach den übrigen Tatbeständen ist bereits an anderer Stelle ausführlich geprüft worden.<sup>11</sup> Dabei hat sich gezeigt, dass die Datenbeschaffung durch Phishing-Angriffe nach § 44 Abs. 1 BDSG strafbar ist. Beim herkömmlichen Phishing sind in der Regel zusätzlich § 269 StGB sowie strafbewehrte marken- und urheberrechtliche Vorschriften verletzt. Die Verwendung der durch Phishing erlangten Legitimationsdaten zum Zweck der unberechtigten Online-Überweisung verwirklicht § 263a StGB.

- 1 Nach Einschätzung des Präsidenten des BKA, Jörg Ziercke, nahm 2007 nicht nur die Zahl der Phishing-Angriffe, sondern auch die durchschnittliche Schadenshöhe erheblich zu, siehe <http://www.heise.de/newsticker/Laut-BKA-nehmen-Schaeden-durch-Phishing-rasant-zu--meldung/105104> (11. 8. 2008).
- 2 Davon gehen etwa *Hegmanns*, wistra 2007, S. 167 (170); *Gercke*, CR 2005, S. 606 (611) und *Weber*, HRRS 2004, S. 406 ff. aus.
- 3 So Stellungnahme des Bundesverbands Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. (BITKOM) zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, [http://www.bitkom.org/files/documents/Stellungnahme\\_BITKOM\\_StrAendG\\_11\\_10\\_06.pdf](http://www.bitkom.org/files/documents/Stellungnahme_BITKOM_StrAendG_11_10_06.pdf) (11. 8. 2008); *Graf*, NStZ 2007, S. 129 (132).
- 4 Einundvierzigstes Strafrechtsänderungsgesetz zur Bekämpfung der Computerkriminalität vom 7. 8. 2007, BGBl. I S. 1786.
- 5 Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drs. 16/3656, S. 1.
- 6 Vom 23. 11. 2001, ETS 185.
- 7 2005/222/JI vom 24. 2. 2005, ABl. EU Nr. L 69 S. 67.
- 8 Die Stellungnahme des Bundesrates zu dem Gesetzentwurf enthält hingegen die Bitte, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob ein eigenständiger Tatbestand des „Phishing“ geschaffen werden sollte, BT-Drs. 16/3656, S. 17.
- 9 Siehe Presseerklärung des BMJ zum Regierungsentwurf am 20. 9. 2006 (<http://www.bmj.bund.de/Pressestelle> [11. 8. 2008]); Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates BT-Drs. 16/3656, S. 19; Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage von Abgeordneten der FDP-Fraktion BT-Drs. 16/9160, S. 2 f.
- 10 Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung BT-Drs. 16/3656, S. 9; Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage von Abgeordneten der FDP BT-Drs. 16/9160, S. 2.
- 11 *Goeckenjan*, wistra 2008, S. 128 ff.