

Fachanwaltshandbuch Bank- und Kapitalmarktrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Achim Albrecht

Professor für Internationales Wirtschaftsrecht, Fachhochschule Gelsenkirchen,
Honorarprofessor an der Pfeiffer University at Charlotte (USA) sowie an der Rechtsakademie
Saratov (Russische Föderation)

Davud Karahan, LL.M.

Lehrbeauftragter für Bank- und Kapitalmarktrecht, Fachhochschule Gelsenkirchen,
Syndikusanwalt, opta data Abrechnungs GmbH, Essen
Rechtsanwalt, Rechtsanwälte Karahan & Partner, Lünen

Dr. Markus Lenenbach, LL.M.

Rechtsanwalt, Offenburg

unter Mitarbeit von:

Dr. Carsten Bödecker

Rechtsanwalt und Steuerberater, Neuss

Prof. Dr. Petra Buck-Heeb

Lehrstuhl für Zivilrecht, Europäisches und
Internationales Wirtschaftsrecht,
Leibniz Universität Hannover

Dr. Martin Buntscheck, LL.M.

Rechtsanwalt, Buntscheck Rechtsanwalts-
gesellschaft mbH, München

Dr. Thilo Cöster

Richter am Finanzgericht, Hannover

**Prof. Dr. Stefan J. Geibel, Maître en droit
(Université Aix-Marseille III)**

Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts-
und Wirtschaftsrecht, Universität Heidelberg

Dr. Walter Felling

Rechtsanwalt, Dipl.-Betriebswirt, Soest

Paul Gürtler

Konzerndatenschutzbeauftragter, Targobank,
Düsseldorf

Jens Intemann

Richter am Finanzgericht, Diplom-Finanzwirt (FH),
Hannover

Dr. Friedrich E. Harenberg

Vorsitzender Richter am Finanzgericht, Lehrbeauf-
tragter für Steuerrecht, Leibniz Universität Hannover

Dr. Christian Koch

Rechtsanwalt, Berlin

Dr. Matthias Loose

Richter am Finanzgericht, Düsseldorf

Dr. Peter Niggemann, LL.M.

Rechtsanwalt, Freshfields Bruckhaus Deringer,
Düsseldorf

Ulrich Schorn, LL.M.

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht,
Rechtsanwaltskanzlei Schorn, Berlin & Hamburg

Alexander Skowronek

Rechtsanwalt und Steuerberater, Niederkassel

Dr. Jürgen Stierle

Lehrbeauftragter Korruptionscontrolling/
Compliance, Fachhochschule Gelsenkirchen,
Geschäftsführer Stierle Consulting, Recklinghausen

Simone Stockmar

Steuerberaterin, Dipl.-Finanzwirtin, Viersen

Prof. Dr. Hans-Gert Vogel

Lehrgebiet Bürgerliches- und Wirtschaftsrecht,
Adam-Ries-Fachhochschule, Erfurt,
Rechtsanwalt, Berlin

ZAP

Geleitwort

Das vorliegende Handbuch wendet sich zielgenau an Fachanwälte und andere Spezialisten für Bank- und Kapitalmarktrecht. Der Beratungsbedarf in diesem Rechtskreis nimmt beständig zu. Auslöser sind die vielfältigen europäischen Regulierungen, etwa die MiFID, die mit Wirkung zum 01.11.2007 in das deutsche Aufsichts- und Wertpapierhandelsrecht übernommen wurde, oder die Richtlinie zur Neuordnung des Zahlungsdienste- und des Verbraucherkreditrechts. Hinzu kommen die vielfältigen Novellen, sowohl im Bankaufsichts- als auch im Bankvertragsrecht, deren Auslöser die Finanzkrise ist. Man kann sagen: Die Zeit ist reif für ein aktuelles Fachanwaltshandbuch für Bank- und Kapitalmarktrecht. Der Herausgeber- und Autorenkreis bürgt für Qualität. Alle Autoren haben ihren praktischen Arbeitsschwerpunkt im Bank- und Kapitalmarktrecht – das sichert den für das vorliegende Handbuch wichtigen Praxisbezug. Allerdings: Der Blick der Wissenschaft und der Gerichtsbarkeit wird, wie der Autorenkreis belegt, nicht vernachlässigt.

Schon jetzt kann man sagen: Für den Spezialisten im Bank- und Kapitalmarktrecht gehört dieses Handbuch zum unverzichtbaren Rüstzeug.

Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski
Berlin, im März 2010

Vorwort

Zur weiteren Komplettierung des „Erfolgsproduktes Fachanwalt“ hat die Bundesrechtsanwaltskammer am 11.06.2007 folgerichtig die Einführung des Fachanwalts für Bank- und Kapitalmarktrecht beschlossen und damit ein Fachgebiet in den Fokus der Aufmerksamkeit gerückt, das trotz seiner Bedeutung bisher ein Nischendasein als Annex zu gesellschaftsrechtlichen und zivilrechtlichen Themen geführt hat und das aktuell infolge der Finanz- und Wirtschaftskrise ganz neue Anforderungen an die hier tätigen Berater stellt. Von daher lag es nahe, dem Spezialisten und dem angehenden Fachanwalt ein Arbeitsmittel an die Hand zu geben, das er als Leitfaden in seiner täglichen Praxis regelmäßig zur Hand nehmen kann. Das vorliegende Fachanwaltshandbuch erhebt hierbei einen zweifachen Anspruch: den breit gefächerten Ausbildungskatalog des Fachanwalts für Bank- und Kapitalmarktrecht vollständig und vertieft zu begleiten sowie zugleich als Nachschlagewerk für Rechtsanwälte, Notare und Steuerberater zu dienen.

Die Fachanwaltsordnung grenzt in § 141 FAO die Spezialmaterien, deren vertiefte Praxisbeherrschung von einem Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht erwartet werden darf, deutlich von anderen Allgemein- und Sondermaterien ab. Neben dem Bankvertragsrecht mit dem Schwerpunkt Kreditvertragsrecht und Kreditsicherung finden sich im Kenntniskatalog der gesamte – auch grenzüberschreitende – Zahlungsverkehr, das Electronic Banking und das Kartengeschäft. Der Wertpapierhandel von der Emission bis zu internationalen Mergers & Acquisitions gehört ebenso zum Wissenskanon wie die Vermögensverwaltung sowie Factoring- und Leasinggeschäfte. Flankierend werden besondere Kenntnisse in praxisrelevanten Sektoren wie Geldwäsche, Datenschutz, Bankenaufsicht und steuerliche sowie kartellrechtliche Bezüge zum Bank- und Kapitalmarktrecht vorausgesetzt. Vor diesem Hintergrund erklärt sich die breite inhaltliche Ausrichtung des vorliegenden Handbuchs als Gesamtkompendium zum Bank- und Kapitalmarktrecht aus Sicht der Praxis und unter Berücksichtigung sämtlicher Neuregelungen infolge etwa des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes (FMSStG), der Verbraucherkredit- und der Zahlungsdienste-Richtlinie sowie der Aktionärsrechterichtlinie, der Neuregelung des Schuldverschreibungsrechts und anderer Änderungsgesetze wie BilMoG, FamFG und MoMiG.

Die Konzeption des Handbuchs vereint den Fortbildungs- und Spezialisierungsgedanken mit dem zusätzlichen Ziel des umfassenden Praxisratgebers. Checklisten, Muster, Beispiele, Formulierungsvorschläge und Übersichten und die zahlreichen Verweise auf weiterführende und vertiefende Literatur erleichtern die Handhabbarkeit des Handbuchs und sorgen für eine Fülle von Informationen. Die zu den einzelnen Problemfeldern ergangene Rechtsprechung ist bis zum Erscheinungsdatum des Bandes eingearbeitet. Ein an der höchstrichterlichen Rechtsprechung orientierter Klausurproblemteil ermöglicht eine optimale Vorbereitung auf die Klausuren des Fachanwaltslehrgangs. Um eine Überfrachtung des Handbuchs zu vermeiden und seinen Charakter als praktische Arbeitshilfe im juristischen Alltagsgeschäft zu erhalten, wurde auf die Darstellung praxisferner akademischer Theorienstreite und ihrer Nachweise verzichtet.

Wir hoffen, dass es uns gelungen ist, das Bank- und Kapitalmarktrecht auf dem Rechtsstand nach Inkrafttreten zahlreicher Reformgesetze – nicht zuletzt vor dem Hintergrund der einflussreichen europäischen und internationalen Bezüge – und mit Blick auf eine sich ständig entwickelnde Rechtsprechung praxisnah darzustellen. Hierfür gilt unser Dank den engagierten Autoren, die mit unermüdlichem Einsatz dieses Projekt in dieser Form erst möglich gemacht haben. Weiterhin danken wir Herrn Rechtsanwalt Jan Borowski, dem zuständigen Redaktionsleiter Wirtschaftsrecht bei LexisNexis, für seine kompetente, engagierte und verständnisvolle Leitung und Überwachung des Projekts.

Wir suchen den Dialog mit den Nutzern des Handbuchs. Anregungen und Kritik sind jederzeit willkommen.

Prof. Dr. Achim Albrecht Davud Karahan, LL.M. Dr. Markus Lenenbach, LL.M.
Schwerte/Lünen/Offenburg, im März 2010

Inhaltsübersicht

	Seite
Geleitwort	V
Vorwort	VI
Hinweise zur Benutzung der CD-ROM	VIII
Inhaltsübersicht	X
Bearbeiterverzeichnis	XII
Literaturverzeichnis	XIV
Abkürzungsverzeichnis	XXIV
Einführung	1
§ 1 Überblick über das Bank- und Kapitalmarktrecht	1
§ 2 Der Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht	15
Teil 1 Bankaufsichtsrecht	19
§ 3 Das Europäische System der Zentralbanken	19
§ 4 Die Geldpolitik des Europäischen Systems der Zentralbanken	27
§ 5 Die Deutsche Bundesbank	41
§ 6 Die deutsche Bankenaufsicht	48
§ 7 Die Baseler Eigenkapitalkriterien – Basel II	56
§ 8 Das deutsche Bankensystem.....	65
§ 9 Geld und Währung – Gegenstand des öffentlichen Bankrechts	120
§ 10 Die Bankenerlaubnis und das Kreditwesengesetz	127
§ 11 Die Streitschlichtungsstelle der privaten Banken – der Ombudsmann	175
§ 12 Kartellrecht in der Bankpraxis (Kartellverbote).....	182
§ 13 Kartellrecht in der Bankpraxis (Fusionskontrolle).....	226
Teil 2 Bankprivatrecht	269
§ 14 Grundlagen des privaten Bankrechts	269
§ 15 Der Bankvertrag	274
§ 16 Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken und Sparkassen	286
§ 17 Das Bankkonto	316
§ 18 Das Recht der Banküberweisung – Giro-, Überweisungs- und Zahlungsvertrag.....	354
§ 19 Lastschriftverfahren.....	394
§ 20 Das neue Recht des Zahlungsverkehrs nach Umsetzung der Zahlungs- diensterrichtlinie	422
§ 21 Scheckgeschäfte	478
§ 22 Wechselgeschäfte.....	506
§ 23 Debitkarten	544
§ 24 Kreditkarten	558
§ 25 Online- und Internet-Banking.....	569

	Seite
§ 26 Kreditvertragsrecht	644
§ 27 Verbraucherdarlehensrecht	683
§ 28 Das neue Darlehensrecht nach Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie ...	716
§ 29 Kreditsicherungsrecht.....	780
§ 30 Factoringgeschäfte	827
§ 31 Leasinggeschäfte	838
Teil 3 Compliance und Datenschutz	853
§ 32 Compliance und Compliance-Beauftragter in der Bankpraxis.....	853
§ 33 Gesetzliche Identifizierungspflichten – Geldwäscheprävention	897
§ 34 Bankauskunftersuchen	906
§ 35 Datenschutz in der Bankpraxis.....	920
Teil 4 Kapitalmarktrecht.....	1083
§ 36 Finanzprodukte	1083
§ 37 Effektengeschäft	1244
§ 38 Depotgeschäft	1314
§ 39 Emissions- und Konsortialgeschäft	1384
§ 40 Prospektrecht und Prospekthaftung	1420
§ 41 Die Pflichten der Bank nach Vertragsrecht und den §§ 31 ff. WpHG	1461
§ 42 Aufklärungspflichten	1627
§ 43 Anlageberatung.....	1686
§ 44 Wertpapierhandelsrecht	1738
§ 45 Investmentrecht.....	1960
Teil 5 Banksteuerrecht.....	1997
§ 46 Besteuerung von Banken	1997
§ 47 Grundlagen der Besteuerung von Einkommen	2024
§ 48 Besteuerung des privaten Kapitalanlegers.....	2026
§ 49 Besteuerung von Kapitalvermögen.....	2063
§ 50 Erhebung der Einkommensteuer durch Steueranzug	2081
§ 51 Besteuerung betrieblicher Kapitalanleger	2086
§ 52 Besteuerung ausländischer Investitionen	2097
§ 53 Kapitalerträge aus Anteilen an in- und ausländischen Investmentfonds	2100
§ 54 Besteuerung einer REIT-AG	2115
§ 55 Factoring.....	2117
§ 56 Leasing im Steuerrecht	2137
§ 57 Steuerliches Ermittlungsverfahren und Auskunftersuchen	2180
§ 58 Steuerstrafrechtliches Ermittlungsverfahren	2206
§ 59 Steuerstrafrecht und Steuerordnungswidrigkeiten.....	2221
Teil 6 Fälle und Lösungen.....	2255
Stichwortverzeichnis.....	2393

Teil 3 Compliance und Datenschutz

§ 32 Compliance und Compliance-Beauftragter in der Bankpraxis

Inhaltsverzeichnis

	Rn.		Rn.
A. Einleitung	1	C. Begriffsbestimmungen	45
B. Rechtsgrundlagen	2	D. Der Compliance-Beauftragte	46
I. Korruptionsdelikte	2	I. Die Entwicklung der Funktion des Compliance-Beauftragten.....	46
1. Die passive Bestechung in Form der Vorteilsannahme (§ 331 StGB).....	3	II. Die Stellung des Compliance- Beauftragten in der Finanzinstituten	49
2. Die qualifizierte passive Bestechung in Form der Be- stechlichkeit (§ 332 StGB)	6	III. Befugnisse des Compliance- Beauftragten.....	55
3. Die aktive Bestechung in Form der Vorteilsgewährung (§ 333 StGB).....	8	IV. Die Aufgaben des Compliance- Beauftragten.....	56
4. Die aktive Bestechung in Form der Bestechung (§ 334 StGB).....	9	E. Frühwarnsysteme zum Erkennen von Deliktisiken	62
5. Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschrei- bungen (§ 298 StGB).....	16	I. Juristische Regelungen der Früh- warnung	64
6. Bestechlichkeit und Beste- chung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB).....	19	II. Organisatorische Regelungen der Frühwarnung.....	67
7. Behandlung der Korruption im deutschen Steuerrecht.....	27	III. Eigenorientierte Frühwarnung	76
II. § 357 StGB: Verleitung eines Untergebenen zu einer Straftat.....	31	1. Ermittlung von Beobach- tungsbereichen.....	77
III. Betrugsdelikte	32	2. Kennzahlen als Informations- träger.....	86
IV. Untreue.....	34	3. Indikatoren als Informations- träger.....	97
V. Urkundenfälschung.....	35	4. Bewertung der Informationen (Kennzahlen, Indikatoren)	98
VI. Geldwäsche.....	36	5. Informationsverteilung	100
VII. Straftaten und Ordnungswidrig- keiten nach dem KWG.....	37	6. Bedingungen und Grenzen	101
VIII. Bankinterne Kontrollinstitutionen ...	40	F. Controlling – Aktivitäten zur Verhin- derung von Wirtschaftskriminalität in Finanzunternehmen	102
1. Geldwäschebeauftragte.....	40	I. Steuerung der Aufbauorganisation... 102	
2. Die Innenrevision	41	1. Optimierung der Dienstaufsicht	102
IX. Bankexterne Kontrollinstitutionen...	42	2. Prinzip der Funktionstrennung ..	104
1. Prüfverbände der Bankgruppen.	42	3. Vier-Augen-Prinzip	106
2. Aufsicht durch die BAFin.....	43	II. Steuerung der Ablauforganisation... 107	
3. Schutzverbände für Kredit- sicherung.....	44	1. Erhöhung der Transparenz.....	107
		2. Erstellung von Ethikrichtlinien..	110
		3. Firmen- und Bieterkartei	114

	Rn.		Rn.
4. Kontrolle der Leistung des Bankkunden	116	IV. Steuerung der Kunden	138
III. Steuerung der Mitarbeiter	117	1. Aufklärung des Kunden.....	138
1. Verpflichtung des Agenten nach dem Verpflichtungsgesetz..	117	2. Der Integritätspakt	139
2. Fortbildung und Aufklärung	121	3. Der Sponsoringvertrag	147
3. Vermeidung von Interessen- konflikten	124	4. Sanktionen gegenüber Bank- kunden	149
4. Identifizierungspolitik.....	129	V. Kontrolle der Compliance-Akti- vitäten.....	150
5. Vorbildhaftes Verhalten aller Führungskräfte und Mitarbeiter.	136	G. Ausblick/Gesetzesvorhaben/Reform- vorhaben	154
6. Sanktionen gegenüber Mitar- beiter bei Nichteinhaltung von Regeln	137		

Hinweis:

Dieser Beitrag ist als Ergänzung zur Ausbildung zum Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht gedacht und beleuchtet auf Grundlage der Dissertation des Autors neben den rechtlichen Rahmenbedingungen insbesondere die sozialökonomischen Zusammenhänge im Bereich Compliance.

A. Einleitung

1 In der internationalen und globalen Wirtschaft ist die Beschaffung von Kapital, die sachgerechte Verwendung von Geldern, die Geldanlage und die Investition in Großprojekte, die Emission von Staats- und Unternehmensanleihen und die Finanzierung privater, mittelständischer und nationaler Projekte ohne Kreditinstitute nicht denkbar. Auch durch die Einführung des Euro zum 01.01.1999 nahm die Bedeutung der Banken und Finanzinstitute in Deutschland und Europa zu. Die europaweite Vergleichbarkeit von Dienstleistungen führt zu einem deutlich gesteigerten Wettbewerb der Banken untereinander und zu verstärkten Fusionen im Bankensektor. Aufgrund des Wettbewerbsdrucks handeln die Mitarbeiter in den einzelnen internationalen Märkten nicht mehr völlig objektiv, rational, neutral und legal, sondern streben teilweise auch nach kurzfristigen Erfolgen mit hohen Renditen und Wachstum. Sie sind manchmal nicht zurückhaltend, wenn es um Bilanzmanipulationen, Steuerumgehungen durch Gewinnverlagerungen ins Ausland, Steuerhinterziehungen, Betrug, Untreue oder Korruption geht. Die Internationalisierung der einzelnen Märkte (Industrie-, Handels-Dienstleistungs-Kapitalmarkt, usw.) sowie die im Jahr 2008 aufgetretene Wirtschaftskrise-speziell im Bankensektor- erfordern wirksame Präventionsmaßnahmen zur Verhinderung von Wirtschaftskriminalität und neue Finanzmarktregelungen zur Verhinderung zukünftiger Wirtschaftskrisen. Das Bankwesen wird von Wirtschaftskriminellen zum Geld- oder Vermögenstransfer, zur Generierung von Geldern durch unlautere Kredite oder zum Ausnehmen von Kunden durch vorgetäuschte lukrative Geldanlagemöglichkeiten genutzt.¹ Nach einer KPMG-Studie aus dem Jahr 2006 betrachten 71 %

¹ Knierim, T.Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, Rn. 2.

der befragten Unternehmen das Phänomen Wirtschaftskriminalität als ein ernsthaftes Problem für das Wirtschaftsleben. Die befragten Unternehmen waren in den letzten 3 Jahren hauptsächlich von

- Diebstahl/Unterschlagung (82 %),
- Untreue (51 %),
- Betrug (40 %) sowie
- Korruption (17 %)

betroffen gewesen. Weiterhin schätzen die Unternehmen die Dunkelziffer im Bereich Wirtschaftskriminalität auf ca. 83 %. Dennoch verbinden nur wenige Unternehmen mit dieser Einschätzung auch ein erhöhtes eigenes Risiko. Natürlich sind die Mitarbeiter in Finanzdienstleistungsunternehmen wie auch in anderen Branchen integer und räumen der Bekämpfung aller Formen von Korruption und Wirtschaftskriminalität einen hohen Rang ein. Es gab in den letzten Jahrzehnten im Finanzwesen zahlreiche Skandale wie bspw. der Zusammenbruch der Herstatt-Bank, der Barings-Bank, die Devisenspekulationen der Volkswagen AG, der Balsam AG und der Procedo GmbH. Es gilt aus strategischer und strafrechtlicher Sicht die Lehren aus den publizitätsträchtigen Fällen wie die Fusion der HypoVereinsbank der Sparkasse Mannheim, der Berliner Bankgesellschaft, den Insolvenzen der Procedo, der Schmidt-Bank und der Gontard-Metallbank ebenso zu ziehen wie aus zahlreichen Schiefwegen regionaler Institute.² Auch die zahlreichen Fälle aus der Praxis wie Enron oder MCI WorldCom, die durch Bilanzfälschung und Fehlbuchungen zwei der größten Wirtschaftsskandale in der US-amerikanischen Wirtschaft verursacht haben, sowie die Korruptionsfälle bei VW, der Bahn AG und Siemens in Deutschland verdeutlichen, dass es sich nicht mehr um Einzelfälle handelt, sondern eine systembedingte Vertrauens- und Wirtschaftskrise mit entsprechenden hohen materiellen und immateriellen Schäden handelt, die zu einer verschärften Gesetzeslage mit neuen Finanzmarktregelungen und entsprechenden kostenintensiven Organisationsanforderungen und zusätzlichen Prüfungsszenarien für internationale Unternehmen in der ganzen Welt erfordert. In diesem Compliance-Kapitel wird die Bekämpfung von Korruption und sonstigen Formen der Wirtschaftskriminalität überwiegend aus kriminologischer und betriebswirtschaftlicher Hinsicht betrachtet.

B. Rechtsgrundlagen

I. Korruptionsdelikte

Korruption ist kein wirklich neues Kriminalitätsphänomen in Deutschland. Seit der Flick-Affäre im Jahre 1957 wurde von den Medien verstärkt über Korruption als Teil der Wirtschaftskriminalität in öffentlichen Verwaltungen, der Bauindustrie, der Pharmaindustrie, der Hochschulen sowie auch in Finanzdienstleistungsunternehmen berichtet. In Finanzdienstleistungsunternehmen sind die Erscheinungsformen der Gewinnmaximierungs- und Verdrängungskorruption, Legalisierungs- und Kontrollkorruption sowie die Finanzierungskorruption möglich. Der Begriff Korruption ist kein juristischer Fachbegriff und kommt im Strafgesetzbuch nicht vor. Man versteht als Korruption im deutschen Strafrecht seit den Änderungen durch das Korrupti-

² Knierim, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, Rn. 2.

onsbekämpfungsgesetz die Amtsdelikte der §§ 331 bis 335 StGB (Vorteilsannahme, Bestechlichkeit, Vorteilsgewährung, Bestechung und besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit und Bestechung), die Wettbewerbsdellikte nach § 298 StGB (Submissionsabsprache) und §§ 299 StGB, 300 StGB (Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr) sowie politische Delikte gem. § 108 b StGB (Wählerbestechung) und § 108e StGB (Abgeordnetenbestechung). Der Begriff Korruption wird in der Wirtschaftsethik als normwidriges Verhalten eines Funktionssträgers beschrieben. Der Begriff „Normwidrigkeit“ beschreibt eine Regelverletzung.³

1. Die passive Bestechung in Form der Vorteilsannahme (§ 331 StGB)⁴

- 3 Nach § 331 Abs. 1 StGB liegt der Tatbestand der passiven Bestechung in Form der Vorteilsannahme dann vor, wenn „ein Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter⁵ einen Vorteil für die Dienstausübung für sich oder für einen Dritten fordert, sich versprechen lässt oder annimmt“.⁶
- 4 Nach § 331 Abs. 3 StGB entfällt die Strafbarkeit des Amtsträgers oder für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten, wenn „diese Personen einen nicht von ihnen geforderten Vorteil sich versprechen lassen oder annehmen und die zuständige Behörde im Rahmen ihrer Befugnisse entweder die Annahme vorher genehmigt hat oder diese Personen unverzüglich bei ihr Anzeige erstatten und die Behörde die Annahme genehmigt“.
- 5 Nach dieser Vorschrift hat die Behörde – öffentliches Unternehmen – durch die Möglichkeit der Genehmigung einen Handlungsspielraum und kann strafbare Handlungen legalisieren. Diese Regelung war erforderlich, da es Ausnahmefälle gibt, in denen das staatliche Interesse an einem Verbleib des Vorteils das Interesse an der Verhinderung einer an sich unerwünschten Vorteilsannahme überwiegt.

2. Die qualifizierte passive Bestechung in Form der Bestechlichkeit (§ 332 StGB)

- 6 Nach § 332 Abs. 1 StGB liegt der Tatbestand der Bestechlichkeit, der eine Qualifikation der Vorteilsannahme ist, vor, wenn „ein Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er eine Diensthandlung vorgenommen hat oder künftig vornehme und dadurch seine Dienstpflichten verletzt hat oder verletzen würde“.⁷

3 Vgl. *Enderle*, Lexikon der Wirtschaftsethik, S. 571.

4 Die §§ 331 bis 338 StGB schützen das Rechtsgut der Lauterkeit des öffentlichen Dienstes und sollen die Käuflichkeit von Diensthandlungen und die Befangenheit der Bediensteten durch einen Vorteil als Gegenleistung bei der Ausübung und Erfüllung ihrer Pflichten und damit auch eine Verfälschung des Staatswillens verhindern. Vgl. Fuhr, BKA-Schriftenreihe, Bd. 53, Wirtschaftskriminalität, S. 117. Zusammenfassend wird die Funktionsfähigkeit der staatlichen Verwaltung geschützt. Vgl. *Tröndle/Fischer*, § 331 StGB, Rn. 3.

5 Vgl. *Matkey*, Kriminallistik (11/2001), S. 742 bis 744, ausführlich zur Rechtssicherheit durch die Verpflichtung von Personen, die keine Amtsträger sind.

6 Vgl. § 331 StGB.

7 Vgl. § 332 StGB.

Nach § 332 Abs. 3 StGB wird der Täter bestraft, wenn er sich dem anderen gegenüber bereit gezeigt hat, bei der Handlung seine Pflichten zu verletzen oder, soweit die Handlung in seinem Ermessen steht, sich bei der Ausübung des Ermessens durch den Vorteil beeinflussen lässt. 7

3. Die aktive Bestechung in Form der Vorteilsgewährung (§ 333 StGB)

Nach § 333 Abs. 1 StGB liegt der Tatbestand der aktiven Bestechung in Form der Vorteilsgewährung vor, wenn „jemand einem Amtsträger oder einem für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten für die Dienstausbübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten anbietet, verspricht oder gewährt“.⁸ Nach § 333 Abs. 3 StGB entfällt die Strafbarkeit des Vorteilsgewährenden, wenn „die zuständige Behörde im Rahmen ihrer Befugnisse entweder die Annahme des Vorteils durch den Empfänger vorher genehmigt hat oder sie auf unverzügliche Anzeige des Empfängers genehmigt“.

4. Die aktive Bestechung in Form der Bestechung (§ 334 StGB)

Nach § 334 Abs. 1 StGB liegt der Tatbestand der Bestechung, der eine Qualifikation der Vorteilsgewährung darstellt, vor, wenn „jemand einem Amtsträger oder einem für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er eine Diensthandlung vorgenommen hat oder künftig vornehme und dadurch seine Dienstpflichten verletzt hat oder verletzen würde“.⁹

Nach § 334 Abs. 3 StGB wird der Täter bestraft, wenn „er dem Amtsträger oder dem für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten einen Vorteil als Gegenleistung für eine künftige Handlung anbietet, verspricht oder gewährt und diesen Personenkreis dazu bestimmen versucht, dass dieser bei der Handlung seine Pflichten verletzt oder, falls die Handlung in seinem Ermessen steht, sich bei der Ausübung des Ermessens durch den Vorteil beeinflussen lässt“. Im Zusammenhang mit den dargestellten Straftatbeständen der §§ 331 bis 334 StGB ist ebenfalls das Unterlassen einer pflichtgemäßen Diensthandlung nach § 336 StGB strafbar.¹⁰

Abschließend werden in § 335 StGB besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit und Bestechung unter Strafe gestellt.¹¹

Die vier Tatbestände der aktiven und passiven Bestechung erstrecken sich auf Amtsträger und dem öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete. Amtsträger ist nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB, „wer nach deutschem Recht

- a) Beamter oder Richter ist,
- b) in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis steht oder

8 Vgl. § 333 StGB.

9 Vgl. § 334 StGB.

10 Vgl. § 336 StGB.

11 Vgl. § 335 StGB.

- c) sonst dazu bestellt ist, bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform wahrzunehmen“.¹²

Für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter ist nach § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB, „wer, ohne Amtsträger zu sein,

- d) bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, oder
e) bei einem Verband oder sonstigem Zusammenschluss, Betrieb oder Unternehmen, die für eine Behörde oder für eine sonstige Stelle Aufgaben der öffentlichen Verwaltung ausführen,

beschäftigt oder für sie tätig ist und auf die gewissenhafte Erfüllung seiner Obliegenheiten aufgrund eines Gesetzes förmlich verpflichtet ist“.¹³

- 12 Während der Bankmitarbeiter nach § 331 StGB keine Regeln verletzt, erfolgt nach § 332 StGB eine Regelverletzung in Form einer pflichtwidrigen Diensthandlung. Die Diensthandlung ist bei gebundenen Verwaltungsentscheidungen immer dann pflichtwidrig, wenn der Agent durch die Vornahme oder Unterlassung seiner Diensthandlung gegen Gesetze, Rechtsverordnungen, Verwaltungsvorschriften, allgemeine Dienstanweisungen oder auch nur gegen Einzelanweisungen des Vorgesetzten verstößt. Bei Ermessensentscheidungen wird die Pflichtwidrigkeit nur bei Ermessensüberschreitungen in Betracht kommen. Die Pflichtwidrigkeit der Ermessensentscheidung liegt vor, wenn der Agent bei seiner Entscheidung sich nicht ausschließlich von sachlichen Gesichtspunkten leiten lässt, sondern hierbei auch den Vorteil berücksichtigt, den er erhalten hat oder sich versprechen lässt.
- 13 Tathandlung des Agenten ist bei den §§ 331 und 332 StGB das Fordern, Sich-Versprechen-Lassen oder Annehmen eines Vorteils. Tathandlung des Bankkunden ist bei den §§ 333 und 334 StGB das Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines Vorteils.
- 14 Unter Vorteil ist jede Leistung des Bankkunden zu verstehen, auf die der Bankmitarbeiter keinen Anspruch hat und die ihn materiell¹⁴ oder immateriell¹⁵ in seiner wirtschaftlichen, rechtlichen oder auch nur persönlichen Lage objektiv besser stellt. Dies sind hauptsächlich materielle Zuwendungen jeder Art in Form von Geld, Sachwerten, Rabatten, Einladungen zu Veranstaltungen, Urlaubsreisen usw. und in einem geringen Umfang immaterielle Vorteile in Form von sexuellen Zuwendungen oder Ehrenämtern.¹⁶
- 15 Der Austausch von Vorteilen zwischen dem Klienten und dem Agenten muss unter dem Gesichtspunkt der Sozialadäquanz beurteilt werden. Leistungen können als sozialadäquat ange-

12 Vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB.

13 Vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB.

14 Vgl. mit weiteren Beispiele *Kaiser*, Die Bestechung von Beamten unter Berücksichtigung des Vorentwurfs zur Revision des schweizerischen Korruptionsstrafrechts, S. 122 f.

15 Vgl. *Kaiser*, Die Bestechung von Beamten unter Berücksichtigung des Vorentwurfs zur Revision des schweizerischen Korruptionsstrafrechts, S. 124 f.

16 Vgl. *Rasch*, Die Bekämpfung des Bestechungsunwesens im Wirtschaftswettbewerb in der Bundesrepublik Deutschland und in den übrigen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft, S. 2.

sehen werden, wenn sie der Höflichkeit oder Gefälligkeit entsprechen und als gewohnheitsrechtlich anerkannt gelten (bspw. gelegentliche Bewirtung, geringwertige Werbegeschenke, geringwertige Aufmerksamkeiten aus Anlass von Jubiläen oder persönlichen Feiertagen z.B. Blumen).¹⁷ Sind die Vorteile, die zwischen dem Bankkunden und dem Bankmitarbeiter ausgetauscht werden, sozialadäquat, so erfüllt dies nicht den Tatbestand der obigen Korruptionsstraftaten. Für den Bereich der Sozialadäquanz gibt es in der Praxis keine einheitlichen, klaren Grenzen in öffentlichen und privaten Unternehmen. Die kritische Grenze der Sozialadäquanz könnte in Anlehnung an § 248a StGB bei 30 € gesehen werden.¹⁸ Die Grenzen sozialadäquater Vorteile sind im geschäftlichen Verkehr grds. weiter zu ziehen als im Bereich der öffentlichen Verwaltung.¹⁹ Zur Abwägung bei der Beurteilung der Sozialadäquanz muss der Vorteil selbst als auch der Anlass gewürdigt werden, aufgrund dessen der Vorteil gewährt wurde. Ferner muss der Wert des Vorteils in Beziehung zur hierarchischen Position des Nehmers und zur wirtschaftlichen Lage des Mitarbeiters gesetzt werden. Bei privaten Unternehmen können Mitarbeiter Geschenke als „Aufmerksamkeiten“ vom Empfänger behalten, wenn sie rund 40 € im Kalenderjahr vom gleichen Geschäftspartner nicht überschreiten. In kundenorientierten Finanzdienstleistungsunternehmen darf die emotionale Dimension menschlicher Beziehungen nicht ausgeklammert werden. Sympathie, Freundschaft, Zuneigung, Hilfsbereitschaft usw. müssen auch unter den gegenwärtigen und zukünftigen Complianceaktivitäten möglich sein.²⁰

5. Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen²¹ (§ 298 StGB)

Nach § 298 Abs. 1 StGB wird derjenige bestraft, „der bei einer Ausschreibung über Waren oder gewerblichen Leistungen ein Angebot abgibt, das auf einer rechtswidrigen Absprache beruht und darauf abzielt, den Veranstalter zur Annahme eines bestimmten Angebots zu veranlassen“.²² 16

Nach § 298 Abs. 2 StGB trifft der Tatbestand auch bei einer freihändigen Vergabe eines Auftrages nach vorangegangenem Teilnahmewettbewerb zu. 17

„Tathandlung des § 298 StGB ist die Abgabe eines Angebots, das beim Veranstalter eingegangen ist, wobei der Zugang voraussetzt, dass das Angebot bei ordnungsgemäßem Ablauf im Ausschreibungsverfahren berücksichtigt werden könnte“.²³ Erfasst werden Ausschreibungen 18

17 Vgl. *Schaupensteiner*, NStZ 1996, 242.

18 Vgl. *Kaiser*, Die Bestechnung von Beamten unter Berücksichtigung des Vorentwurfs zur Revision des schweizerischen Korruptionsstrafrechts, S. 146; sowie *Schönke/Schröder*, Rn. 18.

19 Vgl. *Tröndle/Fischer*, § 299 StGB Rn. 9.

20 Vgl. *Ahlf*, Lehr- und Studienbriefe Kriminalistik: Nr. 13 Korruption, S. 7.

21 Die Vorschrift stuft einen Teil der früheren Ordnungswidrigkeiten des § 38 Abs. 1 Nr. 1 u. 8 a.F. GWB zu einem Vergehen auf. Ursächlich hierfür war auch, dass die Erfassung bestimmter Submissionsabsprachen, namentlich in der Bauwirtschaft, als Betrug vielfach scheiterte. Deshalb wurde von dem Erfordernis eines Vermögensschadens abgesehen. Da der Gesetzgeber auf ein Täuschungselement verzichtete, handelt es sich bei der Vorschrift nicht um ein betrugsähnliches Vermögensdelikt, sondern sie dient wie § 299 StGB dem vorrangigen Schutz des „freien“ Wettbewerbs vor Verfälschung und Außerkraftsetzung des echten Leistungswettbewerbs durch unlautere und nicht offenbarte Einflüsse, bei dem mittelbar die Mitbewerber und auch die Allgemeinheit geschützt werden. Vgl. *Schönke/Schröder*, § 298 StGB Rn. 1 sowie *Bannenber*, Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle- Eine kriminologisch-strafrechtliche Analyse, S. 22.

22 Vgl. § 298 StGB.

23 *Bannenber*, Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle-Eine kriminologisch-strafrechtliche Analyse, S. 24 sowie *Schönke/Schröder*, § 298 StGB Rn. 8.

gen über Waren oder gewerbliche Leistungen. Hierunter fallen alle Vergabearten nach VOB/A, VOL/A und VOF mit Ausnahme freihändiger Vergaben ohne Teilnahmewettbewerb.²⁴ § 298 StGB ist nicht auf Ausschreibungen durch öffentliche Auftraggeber beschränkt, sondern erfasst auch Ausschreibungen und Vergaben durch private Unternehmen (bspw. Finanzdienstleistungsunternehmen) mit ähnlichem Vergabeverfahren.²⁵

6. Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB)

- 19 Die analoge Bestimmung zu §§ 331 ff. StGB, die auf Angestellte und Beauftragte von privaten Unternehmen Anwendung findet, ist in § 299 StGB normiert.
- 20 Nach § 299 Abs. 1 StGB wird der Angestellte oder Beauftragte eines geschäftlichen Betriebes bestraft, wenn er „im geschäftlichen Verkehr einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzugt“.²⁶
- 21 Nach § 299 Abs. 2 StGB wird derjenige bestraft, der „im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs einem Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebes einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er ihn oder einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen in unlauterer Weise bevorzugt“.
- 22 Nach § 299 Abs. 3 StGB gelten die Absätze 1 und 2 auch für Handlungen im ausländischen Wettbewerb.²⁷
- 23 Während es sich bei § 299 StGB um ein Antragsdelikt handelt, das nach § 301 StGB²⁸ nur auf Antrag des Betroffenen verfolgt wird, oder wenn die Strafverfolgungsbehörden ein Einschreiten wegen des besonderen öffentlichen Interesses von Amts wegen für geboten hält, werden Verstöße gegen §§ 331 ff. StGB als Officialdelikte von den Strafverfolgungsbehörden stets verfolgt.
- 24 Besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr werden nach § 300 StGB bestraft, wenn sich die Tat auf einen Vorteil großen Ausmaßes bezieht oder der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt.²⁹
- 25 § 299 StGB erfasst nicht den Geschäftsinhaber und freiberuflich Tätige sowie die Bestechung im Zusammenhang mit Aufklärungs- und Beratungsleistungen. Hier besteht nach der Ansicht von Schuppensteiner dringender Regelungsbedarf.³⁰ Ferner ist auch die als nachträgliches „Dankeschön“ dargestellte Bestechung, anders als bei der Korruption im Amt, ebenso straflos

24 Vgl. *Bannenber*, Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle-Eine kriminologisch-strafrechtliche Analyse, S. 24.

25 Vgl. *Schönke/Schröder*, § 298 StGB Rn. 4; *Tröndle/Fischer*, § 298 StGB Rn. 6.

26 Vgl. § 299 StGB; ferner die Untersuchung von *Rasch*, D.G.

27 Vgl. *Sanchez-Hermosilla*, Kriminalistik, S. 79.

28 Vgl. § 301 StGB.

29 Vgl. § 300 StGB.

30 Vgl. *Schuppensteiner*, ZRP 2003, 12.

wie das „Anfüttern“ und Zahlungen zur „Klimapflege“.³¹ Die Strafverfolgung wird auf die Gewährung von Vorteilen für eine künftige Bevorzugung im Wettbewerb beschränkt.³²

Der Vorteilsbegriff entspricht dem der §§ 331 ff. StGB. Der Begriff der Unlauterkeit³³ verlangt eine Bevorzugung, die nicht auf sachlichen Erwägungen, gemessen am „freien“ Wettbewerb, beruht, sondern durch den gesetzlich verlangten Vorteil dominiert ist. Hierbei sind soziale Gepflogenheiten der Verkehrskreise normativ zu berücksichtigen.³⁴ Analog der Vorschriften der §§ 331 ff. StGB sowie § 12 a.F. UWG sind daher kleinere Aufmerksamkeiten, Werbegeschenke oder Einladungen zu einem bürgerlichen Mittagessen im Allgemeinen keine unlautere Bevorzugung. Sie sind hinsichtlich des Verkehrskreises typischerweise nicht geeignet, geschäftliche Entscheidungen sachwidrig zu beeinflussen.³⁵ Der Begriff „Bezug“ ist weit zu verstehen und umfasst den gesamten wirtschaftlichen Vorgang von der Bestellung über die Lieferung bis hin zur Bezahlung der Ware oder Leistung.³⁶

7. Behandlung der Korruption im deutschen Steuerrecht

Steuerrechtlich waren Schmiergelder bis zum 31.12.1995 uneingeschränkt als Betriebsausgaben absetzbar, wenn der Empfänger nach § 160 AO genannt wird.³⁷ Seit dem 19.03.1999 sind Schmiergelder, die im Inland oder Ausland gezahlt wurden, nicht mehr als Betriebsausgaben nach § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG absetzbar, wenn die Gewährung der Zuwendung eine rechtswidrige Tat i.S.d. Strafrechts darstellt.³⁸ Dies gilt nach dem IntBestG auch für im Ausland gezahlten Bestechungsgelder.

Nach § 4 Abs. 5 Nr. 1 EStG dürfen geringwertige Aufwendungen für Geschenke an Kunden bis zu einem Umfang von insgesamt 40 Euro im Wirtschaftsjahr pro Empfänger als Betriebsausgaben berücksichtigt werden. Bestechungsgelder sind bei betrieblicher Veranlassung nur im Rahmen von § 4 Abs. 5 Nr. 1 und Nr. 10 EStG sowie § 160 AO abziehbare Betriebsausgaben.³⁹ Die Finanzverwaltung prüft die Voraussetzungen unabhängig von einem Urteil oder einer Einstellung des Strafverfahrens nach §§ 153 bis 154 StPO. Sie ist nach § 4 Abs. 5 Satz 2 Nr. 10 EStG verpflichtet, die Staatsanwaltschaft bei einem Verdacht eines Bestechungsdeliktes zu informieren.⁴⁰

31 Vgl. *Schaupensteiner*, ZRP 2003, 12.

32 Vgl. *Schaupensteiner*, ZRP 2003, 13.

33 Erforderlich ist eine Unrechtsvereinbarung wie in den §§ 332 und 334 StGB, d.h. zwischen der angestrebten Bevorzugung durch den Vorteilsnehmer und dem Vorteil muss ein Zusammenhang derart bestehen, dass der Vorteil als Gegenleistung für die Bevorzugung gedacht ist. Vgl. *Schönke/Schröder*, § 299 StGB Rn. 16.

34 Vgl. *Schönke/Schröder*, § 299 StGB Rn. 19.

35 Vgl. *Schönke/Schröder*, § 299 StGB Rn. 20.

36 Vgl. *Schönke/Schröder*, § 299 StGB Rn. 22. In diesem Sinne sind eine bevorzugte Erledigung einer Auszahlungsanordnung sowie eine nicht ordnungsgemäße Abnahme einer Leistung durch einen „geschmierten“ Bankangestellten strafbar.

37 Vgl. *Joecks*, DStR, 376.

38 Vgl. *Randt*, BB 2000, 1009.

39 Vgl. *Schmidt*, Einkommensteuergesetz-Kommentar, S. 260, 309 f.

40 Vgl. *Bannenber*, Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle-Eine kriminologisch-strafrechtliche Analyse, S. 26 f. sowie *Joecks*, DStR, 1025 zur alten steuerrechtlichen Rechtslage. Zur eingehenden steuerrechtlichen Betrachtung wird auf *Joecks*, S. 373 ff. verwiesen.

- 29 Es bestehen in der Praxis für private Unternehmen weiterhin steuerrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten, indem „Schmiergelder“ unter einem anderen Begriff bezeichnet werden (z.B. als Beratungsleistungen) oder der steuerrechtliche Sachverhalt so gestaltet wird, dass er für die Finanzverwaltung nicht als rechtswidrige Tat zu erkennen ist. Inländische Bestechungsgelder wurden bereits bisher i.d.R. entweder verdeckt als „Provisionen“ oder als „Beratungshonorar“ steuerrechtlich abgesetzt oder gar nicht ausgewiesen.⁴¹
- 30 Die Erweiterung der Strafbarkeit nach dem EuBestG und dem IntBestG erfasst nicht die Fälle der Vorteilsannahme und -gewährung. Da dies keine rechtswidrige Tat i.S.d. Strafrechts darstellt, können diese Zahlungen als Betriebsausgaben im Jahresabschluss von Unternehmen steuerrechtlich relevant sein.

II. § 357 StGB: Verleitung eines Untergebenen zu einer Straftat

- 31 • Ein **Vorgesetzter**, welcher seine Untergebenen zu einer **rechtswidrigen Tat** verleitet oder zu verleiten unternimmt oder eine solche rechtswidrige Tat seiner Untergebenen geschehen lässt, hat die für diese rechtswidrige Tat angedrohte Strafe verwirkt.
- Dieselbe Bestimmung findet auf einen Amtsträger Anwendung, welchem eine **Aufsicht** oder **Kontrolle** über die Dienstgeschäfte eines anderen Amtsträgers übertragen ist, sofern die von diesem letzteren Amtsträger begangene rechtswidrige Tat die zur Aufsicht oder Kontrolle gehörenden Geschäfte betrifft.

III. Betrugsdelikte

- 32 Nach § 263 Abs. 1 StGB liegt der Tatbestand des Betruges vor, wenn jemand in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, dass er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält.

Nach § 263 Abs. 3 StGB liegt ein besonders schwerer Fall i.d.R. vor, wenn der Täter

1. gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung von Urkundenfälschung oder Betrug verbunden hat,
2. einen Vermögensverlust großen Ausmaßes herbeiführt oder in der Absicht handelt, durch die fortgesetzte Begehung von Betrug eine große Zahl von Menschen in die Gefahr des Verlustes von Vermögenswerten zu bringen,
3. eine andere Person in wirtschaftliche Not bringt,
4. seine Befugnisse oder seine Stellung als Amtsträger missbraucht oder
5. einen Versicherungsfall vortäuscht, nachdem er oder ein anderer zu diesem Zweck eine Sache von bedeutendem Wert in Brand gesetzt oder durch eine Brandlegung ganz oder teilweise zerstört oder ein Schiff zum Sinken oder Stranden gebracht hat.

41 Vgl. *Schmidt*, Einkommensteuergesetz-Kommentar, Rn. 8.

Nach § 264a StGB liegt der Tatbestand des **Kapitalanlagebetruges** vor, wenn jemand im Zusammenhang mit

1. dem Vertrieb von Wertpapieren, Bezugsrechten oder von Anteilen, die eine Beteiligung an dem Ergebnis eines Unternehmens gewähren sollen, oder
2. dem Angebot, die Einlage auf solche Anteile zu erhöhen,

in Prospekten oder in Darstellungen oder Übersichten über den Vermögensgegenstand hinsichtlich der für die Entscheidung über den Erwerb oder die Erhöhung erheblichen Umstände gegenüber einem größeren Kreis von Personen unrichtige vorteilhafte Angaben macht oder nachteilige Tatsachen verschweigt. Dies gilt nach Abs. 2 entsprechend, wenn sich die Tat auf Anteile an einem Vermögen bezieht, das ein Unternehmen im eigenen Namen, jedoch für fremde Rechnung verwaltet.

Nach § 265b StGB liegt der Tatbestand des **Kreditbetruges** vor, wenn jemand in einem Betrieb oder Unternehmen im Zusammenhang mit einem Antrag auf Gewährung, Belassung oder Veränderung der Bedingungen eines Kredits für einen Betrieb oder ein Unternehmen oder einen vorgetäuschten Betrieb oder ein vorgetäushtes Unternehmen 33

1. über wirtschaftliche Verhältnisse
 - a) unrichtige oder unvollständige Unterlagen, namentlich Bilanzen, Gewinn- und Verlustrechnungen, Vermögensübersichten oder Gutachten vorlegt oder schriftlich unrichtige oder unvollständige Angaben macht, die für den Kreditnehmer vorteilhaft und für die Entscheidung über einen solchen Antrag erheblich sind, oder
 - b) solche Verschlechterungen der in den Unterlagen oder Angaben dargestellten wirtschaftlichen Verhältnisse bei der Vorlage nicht mitteilt, die für die Entscheidung über einen solchen Antrag erheblich sind.

IV. Untreue

Nach § 266 StGB liegt der Tatbestand der Untreue vor, wenn jemand die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, missbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat einen Nachteil zufügt. Nach § 266 StGB gelten die §§ 243 Abs. 2, 247, 248a und 263 Abs. 3 entsprechend. 34

V. Urkundenfälschung

Nach § 267 StGB liegt der Tatbestand der Urkundenfälschung vor, wenn jemand zur Täuschung im Rechtsverkehr eine unechte Urkunde herstellt, eine echte Urkunde verfälscht oder eine unechte oder verfälschte Urkunde gebraucht. 35

Nach § 267 Abs. 3 StGB liegt i.d.R. ein besonders schwerer Fall der Urkundenfälschung vor, wenn der Täter

1. gewerbsmäßig oder als Mitglieder einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung von Betrug oder Urkundenfälschung verbunden hat,
2. einen Vermögensverlust großen Ausmaßes herbeiführt,
3. durch eine große Zahl von unechten oder verfälschten Urkunden die Sicherheit des Rechtsverkehrs erheblich gefährdet oder
4. seine Befugnisse oder seine Stellung als Amtsträger missbraucht.

VI. Geldwäsche

- 36 Nach § 261 Abs. 1 StGB wird derjenige bestraft, der einen Gegenstand, der aus einer rechtswidrigen Tat herrührt, verbirgt, dessen Herkunft verschleiert oder die Ermittlung der Herkunft, das Auffinden, den Verfall, die Einziehung oder die Sicherstellung eines solchen Gegenstandes vereitelt oder gefährdet.

VII. Straftaten und Ordnungswidrigkeiten nach dem KWG

- 37 Die Strafnormen in §§ 54 bis 55b KWG sowie die Bußgeldtatbestände in § 56 KWG sollen sowohl die Funktionsfähigkeit der Bankenaufsicht wie auch das Vertrauen in die Leistungsfähigkeit der Kreditwirtschaft sicherstellen. Einzelne Tatbestände dienen v.a. dem Gläubigerschutz. Die Erlaubnis-, Anzeige- und Verhaltenspflichten der Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute, der Kreditkartengesellschaften und der Wertpapierhäuser gegenüber der BAFin sind durch das 4. Finanzmarktförderungsgesetz (FinMFG) mit dem Ziel internationale Standards zur Bekämpfung von Geldwäsche zu installieren nochmals ausgeweitet worden. Die einzelnen Normen werden unterschieden in Gründungsvorschriften, Kapitalerhaltungs- und Betriebsführungsvorschriften, Normen über die Bilanzierung und den Jahresabschluss sowie Normen, die die Funktionsfähigkeit der Aufsicht sicherstellen sollen. Das KWG hat einen eigenen Sanktionskatalog geschaffen, durch den die Aufsicht funktionsfähig und reaktionsfähig arbeiten kann.⁴²
- 38 Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BAFin.) ist nach § 60a KWG seit dem 01.06.1998 von strafprozessualen Maßnahmen gegen Institute, Inhaber oder deren Geschäftsführer wegen beruflicher Verfehlungen für den Fall der Anklageerhebung durch Übersendung der Anklage sowie des Strafbefehls zu unterrichten. Ebenfalls sind auch andere missbräuchliche Praktiken in einer Bank, die anlässlich eines Ermittlungsverfahrens bekannt werden dem BAFin mitzuteilen. Das BAFin. leistet nach §§ 8, 9 KWG, § 15 k AuslInvestmG umfassend Amtshilfe in Strafverfahren.⁴³
- 39 Vorstände und Mitarbeiter von öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten sind Amtsträger i.S.v. § 11 Nr.2 StGB.⁴⁴

42 Vgl. *Knierim*, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, Rn. 25.

43 Vgl. *Knierim*, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, Rn. 50.

44 Vgl. *Knierim*, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, Rn. 51.

VIII. Bankinterne Kontrollinstitutionen

1. Geldwäschebeauftragte

Nach § 14 Abs. 1 Nr.1 KWG sowie nach § 25a Abs. 1 Nr. 5 KWG verlangt von den Kreditinstituten die Einrichtung, Unterhaltung und die Kontrolle von Vorkehrungen gegen die Benutzung als Geldwäscheeinrichtung. Es muss ein Geldwäschebeauftragter bestimmt werden, der Ansprechpartner für Ermittlungsbehörden und Bankenaufsicht ist und institutsintern die Einhaltung von Richtlinien und Grundsätzen nach § 14 Abs. 2 GWG, des BAKred und des Institutes selbst sicherstellen soll. 40

2. Die Innenrevision

In allen Kreditinstituten prüfen die Mitarbeiter der Innenrevision sachlich unabhängig von der Geschäftsführung neben der Wirtschaftlichkeit auch die Erfüllung von Straftatbeständen. Bei schweren Verfehlungen eines Geschäftsleitungsmitglieds informiert sie die Geschäftsleitung und den Aufsichtsrat. 41

IX. Bankexterne Kontrollinstitutionen

1. Prüfverbände der Bankgruppen

Die Kreditinstitute haben verschiedene Sicherungseinrichtungen und Kontrollinstanzen um die Bank vor wirtschaftskriminellen Straftaten ihrer eigenen Mitarbeiter sowie der Kunden zu schützen. 42

2. Aufsicht durch die BAFin

Seit dem 01.05.2002 hat die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BAFin) die Banken- und Finanzaufsicht für das Kreditwesen, das Versicherungswesen und für Wertpapierdienstlungen. Die Anstalt wird nach § 4 Abs. 4 FinDAG ausschließlich im öffentlichen Interesse tätig. Nach § 2 FinDAG hat der Bundesfinanzminister die Rechts- und Fachaufsicht. Die BAFin ist als Aufsichtsbehörde des Kreditwesens nach §§ 4 Abs. 2 FinDAG, 6, 8, 9 Abs. 1 Satz 3 KWG berechtigt, mit den Strafverfolgungsbehörden zusammen zu arbeiten. Es besteht jedoch keine Verpflichtung zu Erstattung einer Strafanzeige. Nach § 60a KWG besteht auch eine Unterrichtungspflicht der Polizei und der Justiz bei der Verfolgung von Straftaten. Das BAFin kann folgende Aufsichtskontrollen durchführen: 43

- der Erlaubnispflicht (§§ 32, 33 KWG),
- der Geschäftsleiterqualifikation (§§ 1 Abs. 2, 33 Abs. 2, 35 Abs. 2 Nr. 3, 36 KWG),
- den Eigenkapital- und Beteiligungsanforderungen (§§ 2b,10 KWG)
- den Liquiditätsanforderungen (§ 11 KWG, Grundsätze II und III, § 12,12a KWG),
- den Konsolidierungsverfahren für Institutsgruppen (§ 10a KWG),
- den Kreditkontrollen (§§13 bis 18 KWG),
- den Monatsausweisen (§ 25 KWG)

- den sonstigen laufenden Anzeigen und Meldungen (§§ 22, 24 KWG)
- die Vorlage von Zwischen-, Jahres- Konzernabschlüssen und Prüfungsberichten (§§ 26 bis 29 KWG, § 340k HGB, für Depotbanken § 30 KWG, 36 WpHG)
- der Einzelfallprüfung (§§ 44 bis 46b, 36 KWG).⁴⁵

3. Schutzverbände für Kreditsicherung

- 44 Die Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung (Schufa) in der Rechtsform einer GmbH ist eine Gemeinschaftseinrichtung der kreditgebenden gewerblichen Wirtschaft, deren Aufgabe darin besteht, ihre Anschlusspartner, also v.a. Banken vor Kreditverlusten zu schützen. Bei ihr werden alle Daten, die für einen Kredit erheblich sein können, wie z.B. Personalien, Bankverbindungen, laufende und frühere Kreditverpflichtungen, Kreditkarten, Bürgschaften usw. gespeichert.⁴⁶

C. Begriffsbestimmungen

- 45 Der Begriff Compliance (englisch Befolgung) beinhaltet die Einhaltung von Gesetzen, Richtlinien und freiwilligen Verhaltensvorschriften durch öffentliche und private Finanzunternehmen seiner Mitarbeiter sowie den Kunden und Lieferanten. Die Einhaltung und Überwachung von Regeln unterstützt auch die Steuerung der Aufbau- und Ablauforganisation sowie der Unternehmenskultur. Diese Überwachungs- und Steuerungsaufgabe wird bei den Kreditinstituten und Finanzdienstleister bspw. durch einzelne Beauftragte oder Compliance Abteilungen wahrgenommen, in den Juristen, Ökonomen, Informatiker, oder auch ehemalige Polizeibeamte oder Staatsanwälte aus dem Bereich Wirtschaftskriminalität tätig sein können. Sie überwachen bspw. die nationalen und internationalen Gesetze und Richtlinien gegen kriminelle Handlungen (z.B. Betrug, Untreue, Korruption, Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht, Geldwäsche) oder auch Interessenkonflikte und die Einhaltung des Datenschutzes sowie zusätzlich auch die Einhaltung der aufsichtsrechtlichen Vorschriften, wie bspw. nach dem KWG die Meldepflichten eines Kreditinstituts oder Finanzdienstleistungsinstituts gegenüber der BaFin und der Deutschen Bundesbank. Ferner überwacht der Compliancebeauftragte auch die Einhaltung von Vorschriften nach dem Bilanzrecht sowie sonstiger Publizitätsvorschriften. Compliance ist ein wichtiges Element der ordnungsgemäßen Unternehmensführung (Corporate Governance).

D. Der Compliance-Beauftragte

I. Die Entwicklung der Funktion des Compliance-Beauftragten

- 46 Die Funktion des Compliance-Beauftragten kann aus den Mitte der 90er Jahre entwickelten Funktion des Korruptionsbeauftragten abgeleitet werden, der als Teil einer Reihe von Präventionsmaßnahmen aufgrund der vermehrt aufgedeckten Korruptionsskandale in der öffentlichen Verwaltung (z.B. Stadt Frankfurt) entstanden ist.⁴⁷

45 Vgl. *Knierim*, Handbuch des Wirtschafts- und Strafrechts, Rn. 66.

46 Vgl. *Knierim*, Handbuch des Wirtschafts- und Strafrechts, Rn. 67.

47 Vgl. *Bartsch/Paltzow/Trautner*, Der Antikorruptionsbeauftragte, Handbuch für die öffentliche Verwaltung, Handbuch für die öffentliche Verwaltung, Kap. 7 -Der Antikorruptionsbeauftragte, S. 1.