

Schriften zum Strafrecht

Band 306

Die strafrechtliche Aufarbeitung der Wirtschafts- und Finanzkrise

Eine Analyse der Rolle des Strafrechts vor und zu Zeiten
der Krise anhand der zentralen Norm des § 266 StGB

Von

Steffen Löwer



Duncker & Humblot · Berlin

STEFFEN LÖWER

Die strafrechtliche Aufarbeitung der Wirtschafts-
und Finanzkrise

Schriften zum Strafrecht

Band 306

Die strafrechtliche Aufarbeitung der Wirtschafts- und Finanzkrise

Eine Analyse der Rolle des Strafrechts vor und zu Zeiten
der Krise anhand der zentralen Norm des § 266 StGB

Von

Steffen Löwer



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft
der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main hat diese Arbeit
im Jahre 2016 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D30

Alle Rechte vorbehalten
© 2017 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany
ISSN 0558-9126
ISBN 978-3-428-15188-2 (Print)
ISBN 978-3-428-55188-0 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85188-1 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2015/2016 durch den Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis Oktober 2015 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Matthias Jahn, der mir einerseits den Freiraum gewährt hat, meine Ideen zu verfolgen und eigenständig Hypothesen und Lösungsansätze zu entwickeln, und der andererseits meine Arbeit mit sehr wertvoller Kritik begleitet hat, die zum Erfolg dieser beigetragen hat. Außerdem danke ich ihm für die Unterstützung bei meiner Bewerbung um eine Promotionsförderung von der Friedrich-Ebert-Stiftung. Auch für die von ihm gehaltenen Doktorandenseminare möchte ich mich hiermit bedanken, da durch den Rahmen dieser Veranstaltungen konstruktive Diskussionen entstanden sind, die hilfreich für meine Arbeit waren.

Weiterhin danke ich Herrn Prof. Dr. Rainer Hamm für die Erstellung des Zweitgutachtens und die wertvolle Kritik.

Der Friedrich-Ebert-Stiftung möchte ich dafür danken, dass ich durch die Promotionsförderung an ihrer ideellen und materiellen Förderung teilhaben durfte. Neben vielen interessanten Seminaren und Diskussionen mit anderen Doktoranden konnte ich mich dank dieser Förderung vollzeitig der Anfertigung meiner Arbeit widmen.

Danken möchte ich vor allem auch meiner Mutter, Angelika Löwer, und meiner Großmutter, Lieselotte Stenzel, die mich immer bedingungslos unterstützt haben. Dank ihnen hatte ich in jeder Phase meines Lebens, beginnend bei meiner Kindheit, über meine Schulzeit, mein Studium, meinen Auslandsaufenthalt und letztlich auch während meines Promotionsvorhabens, immer Unterstützung und Rückhalt. Gleiches gilt für meine Frau, Michaela Löwer, der ich hiermit ebenfalls besonders danken möchte. Auch sie hat mich in vielen Phasen meines Lebens in den letzten elf Jahren begleitet und hat mich immer unterstützt. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Frankfurt a.M., im Januar 2017

Steffen Löwer

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
------------------	----

1. Teil

Die Konkretisierung des Untersuchungsgegenstandes durch Straftheorien	21
A. Die Rolle des Strafrechts: Zum Sinn und Zweck von Strafe	21
I. Absolute Straftheorien	21
II. Relative Straftheorien	24
III. Vereinigungstheorie	28
IV. Konkretisierung der Rolle des Strafrechts	28
V. Strafrecht als Mittel zum Zweck der Einflussnahme auf die Wirtschaft?	31
B. Strafrecht und Wirtschaft	33
I. Die politische Wirtschaftsstraftat nach Naucke als Konkretisierungsansatz der vorzunehmenden Untersuchung	33
1. Die „praktische Ebene“ des Strafrechts als die Ebene der vorzunehmenden Untersuchung	33
2. Ausblick auf die möglichen Konsequenzen einer Ohnmacht des Strafrechts ..	35
3. Konkretisierung des Fortgangs der Untersuchung	36
II. Die strafrechtliche Überprüfbarkeit wirtschaftlicher Entscheidungen	37
1. Sind wirtschaftliche Entscheidungen strafrechtlich überprüfbar?	37
2. Auswirkungen einer strafrechtlichen Überprüfbarkeit wirtschaftlicher Entscheidungen	39
a) Negative Aspekte einer strafrechtlichen Überprüfbarkeit von wirtschaftlichen Entscheidungen	39
b) Die Begrenzung des Strafrechts durch verfassungsrechtliche Prinzipien ..	41
aa) Ultima-ratio-Prinzip	41
bb) Strafrechtliche Akzessorietät	42
cc) Subsidiarität	43
dd) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	43
ee) Bestimmtheitsgrundsatz	45
ff) Zwischenergebnis	46
III. Die Anforderungen an Strafrechtsnormen	47
1. Der historische Kontext zur strafrechtlichen Bestimmtheit von Normen: Die unterschiedlichen Ansichten in der Literatur	47

2. Die Gesetzgebung zur Bestimmtheit von Strafnormen der letzten Jahrhunderte: Ein kursorischer Überblick	51
3. Aktuelle Diskussionen	53
4. Ein soziologischer Exkurs mit Niklas Luhmann	54
5. Die Psychologie der Abschreckung	55
6. Wirtschaftswissenschaftliche Modelle einer Täterrationalität	56
7. Zusammenfassende Betrachtung und Stellungnahme	57

2. Teil

Konnte das Strafrecht die hier zugewiesene Rolle erfüllen?	62
A. Hintergrund(untersuchung) zur Rolle des Strafrechts	62
I. Die Hintergründe der Wirtschafts- und Finanzkrise	62
1. Globale Betrachtung	62
a) Kapitalzufluss	63
b) Leitzinsen	64
c) Wertpapiere und Zweckgesellschaften	64
d) Die Rolle der Ratingagenturen	66
e) Der Ausbruch der Krise	67
2. Auswirkungen in Deutschland	69
a) IKB Deutsche Industriebank AG	69
b) Landesbank Sachsen (heute: Sachsen Bank)	70
c) Landesbank Baden-Württemberg	71
d) Bayerische Landesbank	73
e) Westdeutsche Landesbank Girozentrale AG	74
f) Hamburgisch-Schleswig-Holsteinische Nordbank AG	75
g) Hypo Real Estate Holding AG	77
h) Andere Kreditinstitute	79
3. Zwischenergebnis	80
II. Die „Allzweckwaffe“ § 266 StGB	81
1. Die Problematik des § 266 StGB	81
a) Vermögensbetreuungspflicht und pflichtwidriges Verhalten	81
b) Vermögensnachteil	85
c) Subjektiver Tatbestand	87
d) Verschleifung der Tatbestandsmerkmale	87
e) Zu den Risikogeschäften und Fällen der Wirtschafts- und Finanzkrise	88
2. Restriktionsansätze	89
a) Strengere Prüfung des subjektiven Tatbestandes	90
b) Billigung der Realisierung einer Gefahr	90
c) Gravierende Pflichtverletzung	92

d) Die Mannesmann-Entscheidung	94
e) Restriktion nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts	95
f) Umsetzung der Vorgaben des BVerfG	96
aa) Keine Neuerung in der Rechtsprechungspraxis des Bundesgerichtshofs für Strafsachen?	97
bb) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für Strafsachen nach dem 23.06.2010	98
3. Zwischenergebnis	101
4. Die Folgeproblematik des § 257c StPO	103
a) Der Zusammenhang von § 266 StGB und § 257c StPO	103
b) Die verfassungsrechtlichen Bedenken bzgl. § 257c StPO	104
aa) Die Wahrheitserforschung im Strafprozess	105
bb) Das Legalitätsprinzip	107
cc) Das Öffentlichkeitsprinzip	108
dd) Weitere Kritikpunkte	109
c) Zwischenergebnis im Hinblick auf § 257c StPO	110
aa) § 257c StPO contra einer Generalprävention vor dem 19.03.2013	111
bb) § 257c StPO contra einer Generalprävention nach dem 19.03.2013	111
5. Staatsanwaltschaftliche Ermittlungen	113
III. Zwischenergebnis: Grundsätzliches zur Nichtverhinderung der Krise mit strafrechtlichen Mitteln	117
B. Die Mitursächlichkeit	117

3. Teil

Zu den strafrechtlichen Mitteln als Reaktion auf die Wirtschafts- und Finanzkrise

119

A. Das strafrechtliche Arsenal	119
I. Die bereits vorgenommenen Subsumtionen der Krisensachverhalte unter § 266 StGB	119
1. Die Subsumtion von Kasiske	120
2. Die Subsumtion von Schönemann	121
3. Die Subsumtion von Bermel	122
II. Die materiell-rechtliche Subsumtion unter § 266 StGB	123
1. Täterkreis und Vermögensbetreuungspflicht	123
2. Pflichtwidriges Verhalten	126
a) Die der nachfolgenden Untersuchung zugrundeliegenden Sachverhalte	126
b) Der Pflichtwidrigkeitsmaßstab	127

c) Zu den unterschiedlichen Aufgaben von Vorstandsmitgliedern und Aufsichtsbzw. Verwaltungsratsmitgliedern: Das strafrechtlich zu beurteilende Verhalten	129
d) Verstoß gegen den öffentlichen Zweck	130
e) Der Geschäftszweck der einzelnen Kreditinstitute	133
aa) SachsenLB	133
bb) BayernLB	136
cc) WestLB	137
dd) IKB	139
ee) LBBW	141
ff) HSH Nordbank	143
f) Zwischenergebnis zum Verstoß gegen den öffentlichen Zweck	144
g) Entscheidungen auf Grundlage ausreichender Informationen	144
aa) Die Sorgfaltspflicht	145
(1) Der Fall Rudolf Münemann	146
(2) Zinsen und Risiken	148
(3) Die mediale Bekanntheit der Risiken	148
(4) Zwischenergebnis	149
bb) Vertrauen auf Informationen Dritter	150
cc) Die Rolle der Ratingagenturen	151
dd) Zwischenergebnis	154
h) Existenzgefährdung als Pflichtverletzung	154
aa) Maßstab	155
bb) Einzelfallbetrachtung	157
cc) Zwischenergebnis	160
i) Risikomanagement	161
aa) Risikoerkennung	162
bb) Risikobewertung	163
cc) Risikosteuerung	164
dd) Risikokontrolle	165
ee) Basel II, § 25a KWG a.F. und BaFin Rundschreiben 18/2005 (MaRisk)	166
j) Klumpenrisiken	168
aa) Portfoliotheorie	168
bb) Gesetzgeberische Wertungen	171
cc) Stellungnahme	172
dd) Einzelfallbetrachtung	174
k) Bonizahlungen	175
aa) Die Rolle von Bonizahlungen für die Wirtschafts- und Finanzkrise	175
bb) Die Bedeutung der Mannesmannscheidung im Kontext von Bonizahlungen	177

cc) Zwischenergebnis	180
l) Ermessens- und Beurteilungsspielraum	180
aa) Die ARAG/Garmenbeck-Entscheidung	181
bb) Betrachtung der einzelnen Pflichten	181
m) Überwachungspflichten von Aufsichts- bzw. Verwaltungsratsmitgliedern	183
aa) Die Pflichten der Aufsichts- und Verwaltungsratsmitglieder	183
bb) Pflichtenverstoß	185
n) Zwischenergebnis	187
aa) Das Verhalten der Vorstandsmitglieder	188
(1) Zu g): Entscheidungen auf Grundlage ausreichender Informationen	188
(2) Zu h): Existenzgefährdung als Pflichtverletzung	189
(3) Zu i): Risikomanagement	189
(4) Zu j): Klumpenrisiken	190
bb) Das Verhalten von Aufsichts- bzw. Verwaltungsratsmitgliedern	190
(1) Zu k): Bonizahlungen	190
(2) Zu m): Überwachungspflichten von Aufsichts- bzw. Verwaltungs-	
ratsmitgliedern	190
o) Die business judgment rule	191
aa) Unternehmerische Entscheidung	192
bb) Handeln zum Wohle der Gesellschaft	193
cc) Keine Sonderinteressen und sachfremde Einflüsse	194
dd) Handeln auf Grundlage angemessener Informationen	194
ee) Handeln in gutem Glauben	195
ff) Ergebnis zur business judgment rule	195
p) Evidenz	196
q) Gravierende Pflichtverletzung	197
aa) Fehlende Nähe zum Unternehmensgegenstand	197
bb) Unangemessenheit im Hinblick auf die Ertrags- und Vermögenslage	198
cc) Fehlende innerbetriebliche Transparenz	199
dd) Vorliegen sachwidriger Motive	199
ee) Abwägung zur Schwere der Pflichtverletzung	199
(1) Das Verhalten der Vorstandsmitglieder	200
(2) Das Verhalten von Aufsichts- bzw. Verwaltungsratsmitgliedern	206
ff) Ergebnis zur gravierenden Pflichtverletzung	207
r) Ergebnis zum pflichtwidrigen Verhalten	208
3. Vermögensnachteil	208
a) Gefährdungsschaden	208
b) Das Bilanzrecht zur Quantifizierung eines Vermögensnachteils	210
c) Die Bedeutung der Normativität für die Einzelfälle	212
d) Ergebnis	214

4. Kausalität und objektive Zurechnung	215
5. Vorsatz	216
6. Ergebnis	217
III. Bewertung der Ausführungen von Kasiske, Schünemann und Bermel anhand der Ergebnisse der vorliegenden Untersuchung	218
1. Die Bewertung der einzelnen Ausführungen	218
2. Zur Erfassung der Krisensachverhalte durch § 266 StGB und den Problembe- reichen im Rahmen der Untersuchung der Krisensachverhalte	221
IV. Ist ein „Mehr“ von Strafrecht notwendig?	222
1. Die Forderung nach mehr Strafrecht	222
2. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Argumentationsmuster	224
a) Die Gefahren einer Expansion des Strafrechts	227
aa) Die Forderung nach mehr Strafrecht unter dem Blickwinkel einer rechtsgutstheoretischen Betrachtung – ein Problemaufriss	227
(1) Risikogesellschaft	230
(2) Zum funktionalen Strafrecht, Gefährungsdelikten und Überlegun- gen zur Beschränkung strafrechtlicher Expansion	231
bb) Das Verhältnis von Individualrechtsgütern und kollektiven Rechtsgü- tern zueinander	235
cc) Der rechtstheoretische Hintergrund einer Notwendigkeit der Begren- zung funktionalen Strafrechts: Der Vorrang der Person?	236
dd) Zwischenergebnis	240
b) Die Bedeutung der Strafzwecke	241
aa) Die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts	242
bb) Zur Bedeutung der Strafzwecke und der Bestimmtheit von Normen ..	243
cc) Zwischenergebnis	245
c) Das Beispiel: Die Strafnormen des KWG und VAG	246
aa) Überblick zu den Strafnormen des KWG und VAG	246
bb) Zur verfassungsrechtlichen Kritik im Einzelnen	247
cc) Das Verhältnis von § 54a KWG und § 266 StGB zueinander	250
3. Stellungnahme: Ist ein „Mehr“ von Strafrecht als Reaktion auf die Krise er- forderlich?	251
B. Zur Illusion der Notwendigkeit eines „Mehr“ an Strafrecht	253

4. Teil

Resümee	255
Literaturverzeichnis	262
Stichwortverzeichnis	297

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
ABS	Asset Backed Securities
Abs.	Absatz
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AK	Alternativkommentar
AktG	Aktiengesetz
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Az.	Aktenzeichen
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BayernLB	Bayerische Landesbank
BB	Betriebs-Berater
Beschl.	Beschluss
Bespr.	Besprechung
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BMW	Bayerische Motoren Werke
Bd.	Band
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGK	Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
Chap.	Chapter
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
DM	Deutsche Mark
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DVBt.	Deutsches Verwaltungsblatt
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Ehem.	Ehemaligen
Einl.	Einleitung

EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EU	Europäische Union
f.	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fed	Federal Reserve System
ff.	fortfolgende
FMS	Finanzmarktstabilisierung
FMSA	Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung
FMS-WM	FMS-Wertmanagement
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv
gem.	gemäß
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GwG	Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Geldwäschegesetz)
HGAA	Hypo Group Alpe Adria
HGB	Handelsgesetzbuch
HRE	Hypo Real Estate
HRRS	Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung im Strafrecht
Hrsg./hrsg.	Herausgeber/erausgegeben
HSH Nordbank	Hamburgisch-Schleswig-Holsteinische Nordbank
HStVollzG	Hessisches Strafvollzugsgesetz
i.H.v.	in Höhe von
IKB	Deutsche Industriebank
Inc.	Incorporated
inkl.	inklusive
InvG	Investmentgesetz
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
KfW	Kreditanstalt für Wiederaufbau
KPMG	Wirtschaftsprüfungs- und Beratungsunternehmen
KSA	Kreditrisiko-Standardansatz
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
LB	Landesbank
LBBW	Landesbank Baden-Württemberg
LG	Landgericht
lit.	littera
LK	Leipziger Kommentar

m. Anm.	mit Anmerkungen
MaRisk	Mindestanforderungen an das Risikomanagement
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mio.	Millionen
MK	Münchener Kommentar
Mrd.	Milliarden
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Neue Kriminalpolitik
No.	Number
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NWVB1.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
o.Ä.	oder Ähnliches
o.g.	oben genannte(n)
OLG	Oberlandesgericht
PharmR	Pharma Recht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
Rn.	Randnummer
S.	Seite
SachsenLB	Landesbank Sachsen
SäHO	Sächsische Haushaltsordnung
sog.	sogenannt(en)
SolvV	Solvabilitätsverordnung
stellv.	stellvertretend
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StraFo	Strafverteidiger Forum
StV	Strafverteidiger
Taz	Die Tageszeitung
Tz.	Textziffer
u. a.	unter anderem
Überbl. v.	Überblick von
UMAG	Entwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts
USA	United States of America
u. U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von
vgl.	vergleiche
v.H.	vom Hundert
Vol.	Volume
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VW	Volkswagen

WestLB	Westdeutsche Landesbank
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankenrecht
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
z. B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZfgK	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
z.T.	zum Teil

Einleitung

Die strafrechtliche Aufarbeitung der Wirtschafts- und Finanzkrise ist ein weit gefasster Titel. Trotz dieser Weite ist es jedoch nicht möglich, alle relevanten Aspekte zur Wirtschafts- und Finanzkrise (im Folgenden bezeichnet als „Krise“) in nur einem Werk zusammenzutragen und zu untersuchen. Schon nachdem es im Jahre 2008 zum Ausbruch der Finanzkrise kam, der sich weitere wirtschaftliche Negativentwicklungen anschlossen, stellte sich die Frage nach der Rolle des Strafrechts. Umfassend wurden einzelne Aspekte in Symposien beleuchtet: *„Die Handlungsfreiheit des Unternehmers – wirtschaftliche Perspektiven, strafrechtliche und ethische Schranken“*¹ (2009), *„Die sogenannte Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalität?“*² (2010), *„Die Finanzkrise, das Wirtschaftsstrafrecht und die Moral“*³ (2010), *„Ökonomie versus Recht im Finanzmarkt?“*⁴ (2011). Auch im Anschluss an diese Symposien herrschte reger Austausch über die Rolle des Strafrechts im Hinblick auf die Auswirkungen der Finanzkrise⁵. Daneben gab es noch die Fachtagung *„Wirtschaftsstrafrecht: Plage oder Gewinn für den Standort Deutschland?“*⁶ vom 24. 09. 2012 und Artikel in Fachzeitschriften, die die Problematik schon im Titel aufgriffen: So beispielsweise Jahn mit seinem Artikel *„Die strafrechtliche Aufarbeitung der Finanzmarktkrise“*⁷ und auch Strate mit seinem Artikel *„Strafrechtliche Aufarbeitung der Finanzkrise“*⁸. Diese sehr engagiert betriebene Aufarbeitung der Krise aus strafrechtlicher Perspektive ist zu begrüßen. Diskutiert wurden beispielsweise die Fragen, inwieweit das Strafrecht zur Bewältigung der Krise überhaupt in der Lage ist⁹ und ob sich durch das Strafrecht präventiv künftige Krisen vermeiden lassen¹⁰. Dies wird größtenteils kritisch gesehen¹¹ und es

¹ *Kempff/Lüderssen/Volk*, Die Handlungsfreiheit des Unternehmers – wirtschaftliche Perspektiven, strafrechtliche und ethische Schranken 2009.

² *Schünemann*, Die sogenannte Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalität? 2010.

³ *Kempff/Lüderssen/Volk*, Die Finanzkrise, das Wirtschaftsstrafrecht und die Moral 2010.

⁴ *Kempff/Lüderssen/Volk*, Ökonomie versus Recht im Finanzmarkt? 2011.

⁵ Vgl. nur *Schünemann*, ZStW 123 (2011), 767 ff.; *Schröder*, ZStW 123 (2011), 771 ff.; *Wohlers*, ZStW 123 (2011), 791 ff.; *Fischer*, ZStW 123 (2011), 816 ff.

⁶ *Schiedek/Rönnau*, Wirtschaftsstrafrecht: Plage oder Gewinn für den Standort Deutschland? 2013.

⁷ *Jahn*, wistra 2013, 41 ff.

⁸ *Strate*, HRRS 2012, 416 ff.

⁹ Siehe hierzu stellv. m.w.N. *Wohlers*, ZStW 123 (2011), 791, 793 ff.

¹⁰ Stellv. m.w.N. *Wohlers*, ZStW 123 (2011), 791, 793 ff.

¹¹ Stellv. m.w.N. *Wohlers*, ZStW 123 (2011), 791, 793 ff.

wird auf die Ungeeignetheit des Strafrechts zur Krisenbewältigung hingewiesen¹². Aus diesen Überlegungen heraus lassen sich schon mehrere Erkenntnisse für die vorliegende Untersuchung gewinnen:

Wenn hier von der „*Aufarbeitung*“ der Krise die Rede ist, so handelt es sich auch um eine Aufarbeitung des Strafrechts im Hinblick auf mögliche Defizite des Strafrechts, anstatt ausschließlich um eine Aufarbeitung der Krise an sich mit Mitteln des Strafrechts. Es wird (systemtheoretisch) von einem sekundären Rang des Strafrechts¹³ in einem komplexen Gefüge verschiedener Systeme ausgegangen¹⁴, ohne jedoch gänzlich einen potentiellen Steuerungscharakter des Strafrechts abzulehnen. Schließlich soll gerade das „*Flankieren*“ zivilrechtlicher Regelungen mit dem Strafrecht¹⁵ auf das Verhalten potentieller Täter Einfluss nehmen. Wenn also in dieser Arbeit diese Form strafrechtlicher Steuerungselemente betont wird, so soll dies keinesfalls als eine Perspektive auf ein Strafrecht missverstanden werden, welches soziale Systeme steuern soll¹⁶. Das Strafrecht kann dies nicht leisten¹⁷ und soll dies auch im Hinblick auf die Gefahren eines funktionalisierten Strafrechts¹⁸ nicht versuchen zu leisten. Da das Strafrecht jedoch eng mit anderen Systemen verbunden ist, geradezu an diese andockt¹⁹, kann es als Teilaspekt einer systemordnenden Verhaltenssteuerung auch untersucht werden. Aus dieser Perspektive

¹² Lüderssen, in: Kempf/Lüderssen/Volk, Die Finanzkrise, das Wirtschaftsstrafrecht und die Moral, S. 218; Wohlers, ZStW 123 (2011), 791, 794 ff.; so auch schon grundlegend: Prittwitz, Strafrecht und Risiko 1993.

¹³ Dies geht zurück auf die grundsätzlichen Überlegungen zur Bedeutung des Strafrechts im Hinblick auf eine Wirtschaftslenkung von Achenbach, ZStW 119 (2007), 789 ff.; so auch Lüderssen, in: Kempf/Lüderssen/Volk, Die Finanzkrise, das Wirtschaftsstrafrecht und die Moral, S. 229 ff.; Lüderssen, in: FS Eser, 163 ff.; vgl. auch zum „*Linienrichter*“ Strafrecht: Hassemer, wistra 2009, 169, 171.

¹⁴ Vgl. stellv. Lüderssen, in: Kempf/Lüderssen/Volk, Die Finanzkrise, das Wirtschaftsstrafrecht und die Moral, S. 229 ff.; vgl. außerdem Luhmann, Rechtssoziologie, S. 354 ff.; Luhmann, Kontingenz und Recht, S. 14 ff.; und übersichtlich dargestellt bei Rönnau, in: Schiedek/Rönnau, Wirtschaftsstrafrecht: Plage oder Gewinn für den Standort Deutschland?, S. 12 in Fn. 15.

¹⁵ Stellv. für viele: Achenbach, ZStW 119 (2007), 789 ff.

¹⁶ Dass das Strafrecht keine primäre Quelle gesellschaftlicher Steuerung sein kann, ist weitläufig anerkannt und soll hier auch nicht in Abrede gestellt werden. Deutlich sollte aber anhand der bisherigen Ausführungen sein, dass strafrechtliche Prävention nicht mit einem allgemeinen Steuerungsanspruch gleichgesetzt werden kann. Vgl. Lüderssen, StV 2009, 486, 493; Lüderssen, in: Kempf/Lüderssen/Volk, Die Handlungsfreiheit des Unternehmers – wirtschaftliche Perspektiven, strafrechtliche und ethische Schranken, S. 284 ff.; kritisch gegenüber strafrechtlicher Steuerung auch: Ransiek/Hüls, ZGR 2009, 157, 182; Wohlers, ZStW 123 (2011), 791, 194.

¹⁷ Lüderssen, in: Kempf/Lüderssen/Volk, Die Finanzkrise, das Wirtschaftsstrafrecht und die Moral, S. 218; Wohlers, ZStW 123 (2011), 791, 794 ff.; Prittwitz, Strafrecht und Risiko 1993.

¹⁸ Siehe hierzu näher unter 3. Teil, A. IV. 2. a) aa) (2).

¹⁹ Stellv. Lüderssen, in: Kempf/Lüderssen/Volk, Die Finanzkrise, das Wirtschaftsstrafrecht und die Moral, S. 229 ff.

heraus eröffnet sich die Möglichkeit, speziell das Strafrecht daraufhin zu untersuchen, ob es *grundsätzlich* dazu in der Lage gewesen wäre, präventiv im Hinblick auf die Verhinderung des Ausbruchs der Krise zu wirken, und ob es präventiv im Hinblick auf künftige Krisen wirken kann²⁰. Die Frage muss an dieser Stelle grundsätzlicher Natur sein, da andernfalls die zuvor genannte Prämisse missachtet werden würde, dass das Strafrecht gerade nicht primär steuern soll, sondern sich dieses auf einer sekundären Ebene befindet²¹. Nur ein Strafrecht, das grundsätzlich auch in der Lage ist, im Wirtschaftsleben präventive Wirkung zu entfalten, kann als sekundäre Ordnung andere Primärnormenordnungen (flankierend) unterstützen. Dies könnte man auf verschiedene Weisen untersuchen. Man könnte auf allgemeine Ausführungen zu strafzwecktheoretischen Ansätzen verweisen²², man könnte versuchen, eine rein empirische Untersuchungen zu wagen²³ oder aber man bedient sich den Erkenntnissen dieser Forschung, um auf Grundlage dieser eigene Arbeitshypothesen zu entwerfen und zu konkretisieren. So könnte man vor allem unter materiellrechtlichen Gesichtspunkten die grundsätzliche Eignung des Strafrechts im Hinblick auf die Prävention verknüpft mit dem komplexen Wirtschaftsleben genauer untersuchen. Diese letzte Variante soll der vorliegenden Untersuchung zugrunde gelegt werden. Dies führt damit zu einer zentralen Frage, die innerhalb der ersten zwei Teile der Untersuchung betrachtet und beantwortet werden soll: Spielte das Strafrecht eine Rolle bei der Nichtverhinderung des Ausbruchs der Krise (zumindest in Deutschland)? Die Frage muss an dieser Stelle auf Deutschland limitiert sein. Die Krisenphänomene sind international und die Ursächlichkeit ebenso²⁴. Es gibt kein internationales Strafrecht²⁵ in dem Sinne, dass global die gleichen strafrechtlichen Maßnahmen im Wirtschaftsleben greifen können. Strafrecht kann bei der hier angestrebten Untersuchung also auch räumlich nur limitiert betrachtet werden. Dies muss nicht die Aussagekraft der Untersuchung selbst mindern, denn deutsche Finanzmarktakteure sind an deutsches Recht gebunden. Damit soll gerade die strafrechtlich präventive Wirkung als Flanke der Primärnormenordnungen genau auf diese Akteure einwirken.

²⁰ Man wird wohl mit keiner Rechtsordnung jemals alle Eventualitäten erfassen können, um einer Krise vorzubeugen und selbst wenn man sie rechtlich erfasst, bedeutet dies nicht zugleich, dass sie als eliminiert angesehen werden können. Auch dies steht jedoch der hier angestrebten Untersuchung nicht im Wege, da es bei der Betrachtung von Normenordnungen immer nur um die potentiellen Möglichkeiten einer Einflussnahme auf Verhalten gehen kann. Diese potentielle Möglichkeit kann auch im (systemisch) sekundären oder tertiären Bereich untersucht werden, in dem das Strafrecht verortet wird.

²¹ Siehe die Nachweise in Einleitung Fn. 13 und 14.

²² Siehe hierzu näher unter 1. Teil, A.

²³ Vgl. hierzu beispielhaft empirische Untersuchungen und Bewertungen dieser Untersuchungen zu Strafzwecken: *Bönitz*, Strafgesetz und Verhaltenssteuerung 1991; *Zeisel*, The Supreme Court Review 1976, 317 ff.; *Sjoquist*, The American Economic Review 1973, 439 ff.

²⁴ Vgl. hierzu 2. Teil, A. I. 1.

²⁵ Insbesondere für den Raum der Europäischen Union ist dies derzeit nicht vorstellbar, da die Vertragsstaaten ihre Kompetenzen im Bereich des Strafrechts nicht abgegeben haben.