

Geschäftsführer, vgl. §§ 111 Abs. 1 AktG, 52 Abs. 1 GmbHG, 38 Abs. 1 GenossenschaftsG. Mit einer gleichzeitigen Mitgliedschaft in Aufsichtsrat und Vorstand bzw. Geschäftsführung wäre die nach dem Gesetz vorgesehene Kontrollfunktion des Aufsichtsrates nicht mehr gewährleistet. Dies bedeutet für die Bestimmtheit von Durchsuchungsbeschlüssen zunächst, daß sie sich an den vom Gesetz klar gezogenen Grenzen orientieren müssen. Bereits daran fehlt es bei den konkreten Maßnahmen, die mit dem unbestimmten Begriff „Verantwortliche“ keinen der skizzierten Machtbereiche klar abstecken.

Die Machtbereiche zwischen Aufsichtsrat und Vorstand/Geschäftsführung sind auch deshalb klar zu trennen, weil die Aufsichtsratsmitglieder im Unterschied zu den Vorstandsmitgliedern organisatorisch nicht in den Betrieb eingebunden sind. Sie nehmen am eigentlichen betrieblichen Ablauf nicht teil, und zwar auch dann nicht, wenn sie in Einzelfällen vom Aufsichtsrat als Kollektivorgan mit der Wahrnehmung bestimmter Kontrollmaßnahmen hinsichtlich der Geschäftsführung betraut worden sind. Die Wahrung eines von außen wirkenden Kontrollrechtes bewirkt noch keine Eingliederung in die organisatorische Einheit des Betriebes. Bestehen ausnahmsweise Anhaltspunkte dafür, daß ein Aufsichtsratsmitglied in enger räumlicher Beziehung zum Betrieb steht, dann bedarf es eines klaren Nachweises der betrieblichen Eingliederung. Dies folgt aus dem Grundsatz in dubio pro reo: Verbleiben vernünftige Zweifel, so greift die Sperrwirkung des § 371 Abs. 2 Nr. 1b AO nicht ein.

Generell dürfte dem Grundsatz in dubio pro reo im Zusammenhang mit Weisungsrechten, etwa des Aufsichtsrates, der Gesellschafterversammlung, des herrschenden Unternehmens, erhebliche Bedeutung zukommen: Ergeben sich – was die seltene Ausnahme sein wird – Anhaltspunkte dafür, daß die konkrete, die (im Auftrag) Weisungsrechte ausführende natürliche Person in einer räumlichen Beziehung zum Empfängerbetrieb steht, dann bedarf es auch hier des sorgfältigen Nachweises einer betrieblichen Eingliederung im Rahmen des § 371 Abs. 2 Nr. 1b AO.

Dasselbe gilt für Berater einer Firma: ergeben sich hier ausnahmsweise Anhaltspunkte für eine Einbindung in die betriebliche Organisation, so greift die Sperrwirkung des § 371 Abs. 2 Nr. 1b AO im Zweifel nicht ein.

Fraglich erscheint auch, ob die bloße Bezeichnung einer Personenmehrheit in einem Durchsuchungsbeschuß für § 371 Abs. 2 Nr. 1b AO hinreichend konkret sein kann. Eine solche kann in keinem Fall genügen, wenn die Geschäfts- und/oder Einflußbereiche („Machtbereiche“) – wenn auch nur intern – klar aufgeteilt und voneinander abgegrenzt sind. So wirkt etwa die Bekanntgabe an einen Gesellschafter, Geschäftsführer, an

ein Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied nicht gegen andere Mitglieder der abstrakt genannten Personenmehrheit.

Zudem folgt aus einer vom Gesetz den Organen kollektiv zugemessenen zivilrechtlichen Kontrollfunktion noch nicht die strafrechtliche Betroffenheit des einzelnen Mitgliedes. Es gilt der Grundsatz der individuellen Schuld.

#### cd) Ausgeschiedene „Verantwortliche“

Die Gruppe der ausgeschiedenen Mitarbeiter wurde im Rahmen der vorstehenden Ausführungen bereits berücksichtigt. Zusammenfassend sei nochmals folgendes festgestellt:

Da die in der Einleitung beschriebenen Durchsuchungsbeschlüsse aus den genannten Gründen noch nicht einmal ausreichen, um im Betrieb tätige „Verantwortliche“ hinreichend zu konkretisieren, genügen sie dem Bestimmtheitsgrundsatz im Rahmen des § 371 Abs. 2 Nr. 1b AO erst recht nicht im Hinblick auf ausgeschiedene Personen. Ist der Durchsuchungsbeschuß auf § 103 StPO gestützt, richtet er sich gegen Unverdächtige, die gegenwärtig die zu durchsuchenden betrieblichen Räume innehaben, „beherrschen“. Durchsuchungsbeschlüsse gem. § 103 StPO sind daher schon nicht an ausgeschiedene „Verantwortliche“ adressiert. Auch die Bezeichnung des Tatzeitraumes kann zu einer Konkretisierung nichts beitragen: Abgesehen davon, daß der Begriff der „Verantwortung“ bei Durchsuchungsbeschlüssen, die auf § 103 StPO gestützt sind, nur zivilrechtlich verstanden werden kann und eine strafrechtliche Zeitangabe nicht zur Konkretisierung eines zivilrechtlichen Begriffes taugt, fehlt es in diesem Fall an einer Einleitung gegenüber den Selbstanzeigeberechtigten: Dadurch daß die Strafverfolgungsbehörden den Durchsuchungsbeschuß auf § 103 StPO stützen, bringen sie gerade zum Ausdruck, daß sie noch keinen bestimmten „Verantwortlichen“ verdächtigen.

Legt man die hier vertretene „Machtbereichstheorie“ zugrunde, dann scheidet eine Bekanntgabe und damit die Auslösung der Sperrwirkung des § 371 Abs. 2 Nr. 1b AO daran, daß ausgeschiedene „Verantwortliche“ keinerlei Teilhabe am Machtbereich mehr haben. Bestehen ausnahmsweise Anhaltspunkte für eine fortbestehende Eingliederung in den Betrieb, so gilt auch hier wieder der Grundsatz in dubio pro reo: Die Eingliederung in den Betrieb, die Teilhabe am Machtbereich bedarf des sorgfältigen Nachweises. Im Zweifel greift die Sperrwirkung des § 371 Abs. 2 Nr. 1b AO nicht ein.

#### V. Ergebnis

Die unter I. skizzierten Durchsuchungsbeschlüsse sind wegen einer fehlenden ausreichenden Bestimmtheit hinsichtlich der sachlichen und persönlichen Reichweite nicht geeignet, die Sperrwirkung des § 371 Abs. 2 Nr. 1b AO auszulösen.

Rechtsanwalt Dr. Volker Gallandi, Schwetzingen

## Die strafrechtliche Haftung von Bankverantwortlichen

Typische Fälle zur Rechtswidrigkeitsstruktur bei wirtschaftlicher Involviertheit von Banken

### 1. Die Problematik

Banken üben „gefangene“ Geschäfte aus. Sie führen Eigen- und Fremdkonten der Kunden, sie finanzieren mit Vorliebe Immobilien und Immobilienfonds aller Art, sie registrieren Kontenbewegungen und sie sichern sich umfassend durch maximale Information und ausgedehntesten wirtschaftlichen Zugriff ab.

In Ermittlungsverfahren aller Art haben sie den Vorteil organisatorischer Überlegenheit, Verantwortlichkeit kann an Unter- und Rechtsabteilungen delegiert werden, das gute Gewissen ist umfangreich mit internen Dokumenten belegbar, deren „passendes“ Herstellungsdatum und deren Inhalt nicht widerlegbar ist. Schließlich ist die Zuschreibung des Seriösen, die seitens aller Banken mit umfänglicher Symbolik gefördert

wird<sup>1)</sup>, ein Moment, das Staatsanwälte regelmäßig zur Zurückhaltung motiviert.

Gerade ein gewisses Verfolgungsdefizit könnte Ursache dafür sein, daß sich letztlich schlagzeilenträchtige Vorgänge mit strafrechtlicher Relevanz so gehäuft haben und daß zwischenzeitlich Bankgeschädigte nicht zwingend davon ausgehen müssen, ihre Strafanzeige sei angesichts der informationellen Übermacht der Banken vergebliche Liebesmüh. Herstatt-Pleite, BRZ-Pleite, sämtliche Krisensymptome der strukturell und professionell im Vergleich zu anderen Instituten schwachen Genossenschaftsbanken, aber auch Indizien aus dem Privatbankbereich und sogar den renommiertesten Kreditinstituten lassen vermuten, daß hier langfristig ein großes Arbeitsfeld für den Strafrichter entsteht, ganz einfach weil es keine selbstregulierenden wirksamen Kontrollmechanismen gibt. Die Öffnung im Rahmen der EG wird zusätzlich Konkurrenzdruck und Bereitschaft zu – verbotenem – Risiko fördern.

Unter diesen Gesichtspunkten ist das gewählte Thema – exemplarisch Verantwortlichkeiten an ausgewählten Fällen zu skizzieren – als Vorhaben zu verstehen, dem präventiv tätigen Praktiker der Innenrevision ebenso wie dem repressiv tätigen Staatsanwalt oder Rechtsanwalt oder Richter den Zugang zu Problemfeldern zu ebnet, die aufgrund ihrer Komplexität und Schwierigkeit oft vor der Bearbeitung zurückschrecken lassen.

## 2. Die Ausgangsfälle

### a) Das vereinnahmte Notarkonto

Ein Notar wird ein guter Kunde der Bank und führt seit Jahren zahlreiche Festgeldkonten, die er nicht ausdrücklich als Anderkonten kennzeichnet, die aber fallcharakteristische Namen tragen, „Mühle 1“ usw. Als er Kredite aufnimmt, dienen bankintern, Schriftverkehr spart man sich, die Festgeldkonten als Sicherheit, eine vorab vereinbarte Kreditlinie gibt es nicht, aber als die Kredite der Höhe nach den Festgelddbetrag übersteigen, werden sie gekündigt. Der Notar beruft sich jetzt darauf, daß auf den Festgeldkonten Fremdgelder liegen, der Kredit sei ihm als Personalkredit gewährt worden. Die Bank verrechnet dennoch und führt die Kredite über die Festgelder zurück. Die Festgeldinhaber klagen vergeblich, da die Bank mit ihrer Darstellung, gutgläubig verrechnet zu haben, durchkommt.

### b) Finanzierung eines „selbsttragenden“ Bauherrenmodells

Das Kreditinstitut ist alleinige Hausbank einer Bauträger-GmbH mit 25 000,- DM Stammkapital, die gleichzeitig als Ausfallbürgin für nicht solvente Bauherren, als Mietgarant für Höchstmieten, als Auftraggeberin für abschreibungsrelevante Renovierungen, als Initiator und Vorabkassierer der Werbungskosten auftritt. Der Prospekt der GmbH verspricht einen Erwerb, bei dem die Mehrwertsteuroption, die Mieten und die Kosten überall nur Überschüsse verursachen. Der Geschäftsführer der GmbH haftet zwar persönlich, die Vermögensverhältnisse gelten nach Branchenerkenntnissen aber als undurchsichtig. Da die Immobilien in günstiger Lage liegen und man mit einem kräftigen Preisauftrieb spekuliert und die Bank alleine als Zwischenfinanzierungsinstitut auftritt, läßt man sich darauf ein, die eigene Bonitätsprüfung durch Solvenzsurrogate zweifelhafter Art zu ersetzen: Nicht liquide Handwerker erhalten schriftlich durch die GmbH Aufträge in „Höhe von 1 Million“, „in Höhe von 1,2 Millionen“ oder „in Höhe von acht Millionen“ zugesichert und selbst Erwerber, die an die Bank schreiben, sie seien arbeits- und vermögenslos, erhalten ihre Wohnungen, weil der Kundenvermittler der GmbH seine – finanzierte – Provision als Eigenkapital einzahlte. Andere Kunden bekommen versprochen, sie könnten

ihre Wohnungen jederzeit weiterverkaufen, die Verkäufe scheitern jedoch daran, daß jeweils wiederum insolvente Erwerber eingesetzt werden. Als sowohl die GmbH als auch die Bank pleite sind, übernimmt das Zentralinstitut die Verluste, aber auch die mit den Kreditvergaben wirtschaftlich erworbenen Immobilien und stellt sich gegenüber solventen, aber zahlungsunwilligen Erwerbern, denen man seitens der GmbH Weiterverkauf versprochen hatte, auf den Standpunkt, von nichts zu wissen und für nichts verantwortlich zu sein. Der – in anderer Sache in Haft befindliche – Bankdirektor habe die Bank selbst durch Untreue geschädigt.

Der 100-Millionenkonkurs der GmbH und ein – auch anderweitig bedingtes – 1½-Milliardenloch bei der Bank, die Unmöglichkeit einer Endfinanzierung bei einer 100%igen Vollfinanzierung bedeuten so zusammengenommen für die solventen Erwerber ein Sitzenbleiben auf den Forderungen der Bank.

### c) Die Scheckreiterei als Millionenkreditbeschaffung

Zugunsten eines Großkunden schreibt eine mittelständische Bank ungedeckte Schecks so schnell gut, daß durch den von einem Vorstandsmitglied der Bank veranlaßten verlangsamten Scheckeinzug eine sich ständig steigende Differenz zwischen ausgezahlten Beträgen und zur Deckung des verlangsamten Einzugs eingezahlten Beträgen entsteht. Bei 1,1 Milliarden Umsatz ohne wirtschaftlichen Hintergrund entstand so ein Verlust von 55 Millionen, als auf Intervention der kontrollierenden Landeszentralbank, sieben Monate verliefen die Manipulationen ungestört, der Umsatzkreislauf gestoppt wurde. Die Ausnutzung der Postlaufzeiten bewirkte so faktisch einen ungesicherten Kredit zugunsten des manipulierenden Kunden.

## 3. Ermittlungsprobleme

Auffallend war in allen Ausgangsfällen die Zurückhaltung der Ermittlungsbehörden. In Fall a) wurde die Verantwortlichkeit seitens der Bank erstmals in der Hauptverhandlung gegen den Notar erörtert und das Gericht, nicht die Staatsanwaltschaft, beschloß die Beschlagnahme der Bankunterlagen. Im Fall b) wurden zuerst die Vermittler der nicht solventen Erwerber in U-Haft genommen und angeklagt, bis dann mit erheblicher Zeitdifferenz aufgrund der Strafanzeige eines Verteidigers die Ermittlungen begannen. Im Fall c) begnügte sich die Staatsanwaltschaft damit, daß sie höflich beim Zentralverband anfragte, ob sich aus dem Prüfungsbericht Unregelmäßigkeiten ergäben, worauf zunächst die Antwort kam, man gebe keine Auskunft und dann, es seien Schäden in mehrstelliger Millionenhöhe entstanden.

Diese Reaktion ist insofern typisch, als viele – oft überlastete Staatsanwaltschaften den Aufwand scheuen, einen komplexe Sachverhalt mit manchmal 1000 und mehr Leitzordnern durchzuermitteln und den eigenen juristischen Sachverstand eher in Richtung Einstellung durchforsten.

Verfahren gegen Bankverantwortliche gewinnen regelmäßig erst dann an Effektivität, wenn die Bank selbst geschädigt ist und ihr Know-how den Ermittlungsbehörden zur Verfügung stellt. Ist alleine der Kunde geschädigt und die Bank in Defensivhaltung, scheitert der Nachweis der Tatbestandsmäßigkeit regelmäßig an der Kunst, Informationsflüsse in der Organisation der Bank so darzustellen, daß der Informationsstand der einzelnen Verantwortlichen deliktisch irrelevant ist, oder ab

<sup>1)</sup> Zur Funktionalität von Symbolik in Sprache, Rechtssprache und Gesetz vgl. Gallandi, „Staatschutzdelikte und Pressefreiheit“, Königst 1983, S. 191 ff., 216 ff.

an der Leistungsfähigkeit der Kautelarjurisprudenz. Der Kunde hat unterschrieben, also wußte er<sup>2)</sup>.

#### 4. Das strafrechtliche Arsenal

Gesetzestechisch sind zahlreiche Eingriffsmöglichkeiten gegeben. Neben Betrug und Untreue, Kapitalanlagebetrug und Kreditbetrug, Urkundenfälschung, Urkundenunterdrückung, Strafreitelung und Schuldnerbegünstigung stehen Vorschriften zum strafbaren Eigennutz, die speziell den Umgang mit Sicherheiten betreffen oder der Wuchertatbestand. Hinzu kommen § 54 KWG, Vorschriften des UWG und andere Sondervorschriften. Im Fall a) sind die Bankverantwortlichen einer Unterschlagung und eines Prozeßbetruges verdächtig, im Fall b) des mittäterschaftlichen Betruges an den Erwerb, der Untreue zu Lasten der Bank, des Verstoßes gegen § 54 KWG durch Akzeptieren geschäftsmäßiger Bürgschaften der GmbH und der Hehlerei durch Verwertung betrügerisch erlangter Sicherheiten. Im Fall c) stehen Betrug, Untreue und Untreue durch pflichtwidriges Unterlassen im Raum.

Prozessual stehen alle Eingriffsrechte der StPO zur Verfügung, wengleich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz den Ermittlungseingriff aufgrund des erheblichen Schadens, den er verursacht, in der Durchführung begrenzt. Umgekehrt ist der erhebliche wirtschaftliche Schaden regelmäßig Anlaß und Rechtfertigung von Zwangsmaßnahmen auch erheblicher Art.

#### 5. Die Schwierigkeiten der Ausgangsfälle

##### a) Der Notarfall

Die typischen Einwendungen lauten hier: wir fühlten uns berechtigt, trotz der Schutzbehauptung mit den Fremdgeldern zu verrechnen und darin hat uns auch unsere Rechtsabteilung bestätigt. Der Banker denkt dabei typischerweise zivilistisch im Sinne, die Staatsanwaltschaft muß erstmal das Gegenteil beweisen. Die strafprozessuale freie Beweiswürdigung wird dabei ebensowenig beachtet wie der *dolus eventualis*: Wer sich, wahrscheinlich weil der Notar sich nicht darauf einließ, nicht schriftlich bezüglich des Charakters der Festgelder als Sicherheiten absichert, nimmt die Fremdheit der Gelder billigend in Kauf. Wer dann noch für den wirtschaftlich seltsam anmutenden Vorgang, Kredite mit hohem Zins bei Vorhandensein von Festgeld mit niedrigem Zins aufzunehmen, die plausible Erklärung erhält, es handele sich um Anderkonten, nimmt ebenso in Kauf, daß er sich zu Lasten Dritter bereichert, die Rechtsabteilung rückt hier in den Bereich der Mittäterschaft.

##### b) Das Bauherrenmodell

Hier ist die organisatorische und personelle Trennung ebenso wie das Reklamieren eigenen Untreueschadens die klassische *Exculpationsargumentation* der Bank: Wir haben auf die Bürgschaft vertraut, wir haben in unseren Verträgen Rückabwicklung von Engagements als für unsere Verträge unbeachtlich erklärt, wir haben eindeutige Verträge, usw. Es entsteht das typische Bild einer Doppelgesichtigkeit von mündlichen und schriftlichen Verträgen und der umfassenden Risikoabwälzung durch bankübliche Verträge.

Auch hier ist die Cleverneß aber auf das Zivilrecht zugeschnitten: Wer den Vertrag mit der Bank anfechten will, weil ihm die GmbH Rückabwicklung des Wohnungskaufs zugesichert hat, muß das Informationsaustauschverhältnis zivilrechtlicher Vertragsbeziehungen zugrundelegen. Wer strafrechtlich denkt, hat das Recht, die Indizien des Gesamtkomplexes zur Beurteilung heranzuziehen und zu würdigen:

Bekannt war die Insolvenz der GmbH bei Millionenbürgschaften. In Kauf genommen wurde aufgrund fehlender Nachprü-

fung, daß die Auftrags- und Gewinnversprechen „heiße Luft“ waren. Die Finanzierung der Werbungskosten ohne Prüfung und die Vollfinanzierung eines Objektes ohne Verkauf und Prüfung der zweiten Hälfte war bekannt. Das Modell der Schaffung künstlicher Nachfrage durch dieses System und das Anwerben „schwacher“ bis zahlungsunfähiger Erwerber war bekannt. Die Kopplungsabreden waren teilweise schriftlich, also bekannt. Es war bekannt, daß die Handwerkerkunden zwar jeweils viele Wohnungen kauften, aber alle kein Eigenkapital einzahlten. Es war bekannt, daß Erwerber ausgetauscht wurden usw. Allen diesen Indizien entgegen stünde immer noch das Argument, die Bank sei selbst am meisten geschädigt, also selbst Opfer, nicht Täter. Hier erschließt erst der wirtschaftliche Zusammenhang die Interessenlage: Abgesehen von den finanzierten Werbungskosten, die der Geschäftsführer der GmbH einnahm, war die Bank der wirtschaftlich Begünstigte des durchgeführten Bauherrenmodells. Der künstlich angestachelte Verkauf an Erwerber, die wenigstens etwas mitbrachten, ein Grundstück, Handwerksleistungen, die die GmbH nicht bezahlte, Haftung des Privatvermögens usw., auch wenn sie zur vollen Finanzierung der erworbenen Wohnungen nicht in der Lage waren, brachte die Bank wirtschaftlich in den Besitz der Immobilien und der Werte der Erwerber. Bei günstiger Entwicklung der Immobilienpreise konnte fast nichts schiefgehen. Die Aneignung der wirtschaftlich eingebrachten Werte war vertraglich abgesichert – die banktypische Übersicherung hält sogar die Verluste aus den Werbungskosten gering.

Strafprozessual kann bei einer solchen Sachlage jeder Strafrichter nach Aufklärung aller erheblichen Umstände zu dem Schluß kommen, daß die Verantwortlichen der GmbH und der Bank sich Hand in Hand betrügerisch zu Lasten der solventen Bauherren bereichert haben. Ob die eintretende neue Bank durch die Verwertung der „Beute“ zum Hehler wird, richtet sich dann nach den Umständen des Einzelfalles.

##### c) Die Scheckreiterei

Hier ist der Nachweis im Gegensatz zu obigen Fällen relativ leicht, weil alle Vorgänge dokumentiert sind und man nur noch den Erfahrungssatz, daß Scheckreiterei eine drohende Zahlungsunfähigkeit erkennen läßt, hinzudenken muß, um die Verantwortlichkeit zu bestimmen. Lediglich der Einwand, der Umfang des Schadens sei nicht absehbar oder der Umfang der Umsätze nicht außergewöhnlich gewesen, läßt sich noch plausibel machen. Objektiv haben die Scheckumsätze der Bank Zinsen und ebenfalls Laufzeitvorteile gebracht, die in Anrechnung gebracht werden können. Die Verletzung banküblicher Überwachungspflichten begründet hier das Moment der Rechtswidrigkeit.

<sup>2)</sup> Hilfreich für die Banken ist die Zuschreibung als „wichtig“, „unentbehrlich“ und „nützlich“, eine Zuschreibung, die beispielsweise eine Warenterminhandelsgesellschaft nicht hat. Das führt dazu, daß der Bankkunde, wenn er den Hinweis auf die AGB in der Schalterhalle liest, als informiert gilt, während der Vermittler von Warenterminoptionen für jede Passage seines Risikohinweises belegen muß, daß sie der Geschädigte vorher gelesen und verstanden hat. Das sich Bankkunden subjektiv oft auch „betrogen“ vorkommen, wenn die Bank z. B. ohne Rücksichtnahme auf die Interessen des kreditnehmenden Unternehmens Zugriff auf Sicherheiten nimmt, steht auf einem anderen Blatt.

<sup>3)</sup> Letztendlich werden sich die Banken informationell unterlegenen Kunden gegenüber nicht mehr dagegen wehren können, daß die für die Prospekthaftung entwickelten Kriterien zur vollständigen und richtigen Information, vgl. z. B. Assmann, „Prospekthaftung“, Köln/Berlin/Bonn/München 1985, insbes. § 9 „Prospekthaftung als Bündel kapitalmarktbezogener Informationsverkehrs-pflichten“, S. 273 ff., auch in die strafrechtliche Wertung eingehen. Der Nachweis des Betruges, § 264a StGB sollte generell ausgeklammert bleiben, würde sich dann nach den jeweiligen Kriterien sachgerechten Verhaltens und der Abweichung davon richten.

## 6. Ergebnis

Das Rechtswidrigkeitsmoment des Handelns von Bankverantwörtlichen ist in seiner Einzelfallbezogenheit nur begrenzt typisierbar. Was im Fall *a*) den Vorwurf ausmacht, auf schriftliche bankübliche Absicherung zu verzichten, ist im Fall *b*) kein Argument der Exculpation: Gerade das extensive Ausnutzen der informationellen und vertragsbestimmenden Überlegenheit kann bei zuviel Cleverneß im Absichern und Ignorieren zu einem Indiz für die strafrechtliche Verantwortlichkeit werden. Wer sich auf wirtschaftliche Vorgänge einer bestimmten Machart mit bestimmten Partnern einläßt, muß damit rechnen, daß ihm im Falle umfassender Eigeninformation Wissen und daher Verantwortlichkeit, im Falle bewußten Ignorierens zwar Nichtwissen, aber billigendes Inkaufnehmen unterstellt wird.

Das intensive Eingehen auf die Eigenarten des wirtschaftlichen Vorganges selbst, die dem Vorgang innewohnenden Gewinnchancen und Verlustrisiken und die Funktionalität des Bankenhandelns, läßt im Regelfall rasch erkennen, ob Standards zulässigen Handelns erreicht, über- oder unterschritten werden. Auch Standards über erlaubte und nicht erlaubte Risiken bei Kreditgeschäften können natürlich schwanken und jede Bank hat naturgemäß als häufiges Opfer deliktischen Zugriffs das Recht, sich optimal abzusichern. Nur kann als wesentliches Indiz für objektiv und subjektiv rechtswidriges deliktisches Handeln die Risikoverlagerung hin zu dem Wehrlosesten gesehen werden: Im Fall *a*) weiß der Inhaber der Gel-

der nicht, gegen wen er vorgehen soll, er hat keinen Zugriff auf Beweismittel. Im Fall *b*) können die Erwerber als die eigentlich Geschädigten nie beweisen, was zwischen Bank und GmbH gelaufen ist, ihr Vertragspartner ist Konkurs und der übriggebliebene Vertragspartner beharrt auf seinem Recht. Nur die genannten Indizien und die absehbare Folge fehlender Bonitätsprüfung – nicht solvente Erwerber – künstliche Umsatzerhöhung – Schneeballeffekt, ermöglichen im Falle staatsanwaltschaftlichen Ausermittelns eine Gegenwehr.

Im Fall der Scheckkreiterei liegt der Vorwurf in einem Unterlassen. Das Unterlassen risikomindernden Eingreifens und das Inkaufnehmen wirtschaftlicher Vorgänge, die für den informationell unterlegenen Erwerber nur in schwerem Schaden enden können, trifft die Bank aber auch bei Immobiliengeschäften oder anderen Kapitalanlageformen mit für die Bank erkennbaren Risikofeldern<sup>3)</sup>.

Kurzum: Es gibt bei allem Respekt, den Ermittlungsbehörden oft vor Banken haben, keine objektiven Hindernisse für die Zuschreibung von aus den Umständen des Einzelfalls gewonnenen Rechtswidrigkeitskriterien. Die Kautelarjurisprudenz und die Eigenheiten der jeweiligen Bankgeschäfte erfordern zwar eine erhebliche Einarbeitung, strafrechtlich immun ist der Bankverantwörtliche deshalb aber nicht. Bankintern präventiv ist es sicher angezeigt, sich langfristig auf die Erfordernisse des Strafrechts einzustellen. Die Landesjustizbehörden sollten gezielt Qualifikation und Weiterbildung von Richtern und Staatsanwälten fördern, um überlegenes Know-how abzubauen.

Rechtsanwältin Dr. Brigitte Gast-de Haan, Rendsburg

## Berechnung von Hinterziehungszinsen

– Zur Bedeutung des Kompensationsverbots (§ 370 IV 3 AO) im materiellen Steuerrecht –

Das FG Köln<sup>1)</sup> hat kürzlich entschieden, die Regelung des § 370 IV 3 AO sei auf „rein strafrechtliche Zwecke“ beschränkt und damit auf die Zinsverpflichtung nach § 235 AO nicht übertragbar. Voraussetzung für eine Zinsverpflichtung nach § 235 AO sei, daß als Folge des gesetzwidrigen Verhaltens des Steuerhinterziehers das Steueraufkommen – zumindest zeitweise – gemindert wird. Das aber sei nicht der Fall, wenn sich die durch die Aufdeckung der Steuerhinterziehung erhöhende Steuer aus anderen Gründen tatsächlich wieder ermäßige oder gar ganz entfalle.

Die Entscheidung, der im Ergebnis zugestimmt wird, wirft einige Grundsatzfragen auf, die nicht nur im Rahmen des § 235 AO von Bedeutung sind.

### 1. Auslegung des § 235 AO nach dem Wortlaut

Gegenstand einer Verzinsung nach § 235 AO sind die „hinterzogenen“ Steuern (§ 235 I 1 AO). Dieser Wortlaut legt es nahe, bei der Ermittlung der hinterzogenen Steuern (bzw. „Beiträge“, § 235 II 1 AO) an den strafrechtlichen Begriff der Steuerverkürzung i. S. des § 370 AO anzuknüpfen.

Regelmäßig ergibt sich der verkürzte Steuerbetrag aus einem Vergleich der gesetzlich geschuldeten Steuer (§§ 37, 38 AO) mit demjenigen Betrag, den das Finanzamt infolge der Tat handlung festgesetzt oder nicht festgesetzt hat. Steueranspruch und verkürzte Steuer sind demnach identisch, wenn keine Steuererklärung abgegeben wurde und wenn das Finanzamt auch nicht geschätzt hat. Hat das Finanzamt die Steuer aufgrund fehlender oder unvollständiger Angaben des Steu-

erpflichtigen zu niedrig festgesetzt oder die Besteuerungsgrundlagen zu niedrig geschätzt, so entspricht die Steuerverkürzung der Differenz zwischen der festgesetzten und der geschuldeten, also derjenigen Steuer, die das Finanzamt bei vollständiger Kenntnis aller steuererheblichen Tatsachen festgesetzt hätte. Das gilt allerdings nur, wenn und soweit nicht das Kompensationsverbot des § 370 IV 3 AO eingreift.

Nach der Vorschrift des § 370 IV 3 AO, deren Inhalt und Sinn „dunkel und umstritten“ sind<sup>2)</sup>, liegt eine Steuerhinterziehung auch dann vor, wenn die Steuer, auf die sich die Tat bezieht, „aus anderen Gründen“ hätte ermäßigt werden können. Der Täter einer Steuerhinterziehung soll sich nicht darauf berufen dürfen, daß sein steuerunehrliches Verhalten im Ergebnis ohne Folgen geblieben sei, weil er – aufgrund anderer Geschäftsvorfälle – gewinnmindernde Ausgaben in der geltend gemachten Höhe gehabt habe<sup>3)</sup>. Die Vorschrift soll also verhindern, daß ein Steuerpflichtiger, der falsche Angaben gemacht hat, mit Erfolg einwenden kann, er hätte auf anderem Wege ebenfalls den durch sein steuerunehrliches Verhalten gewonnenen Vorteil erlangen können<sup>4)</sup>. Die Vorschrift entlastet zwar den Strafrichter, denn er wird grundsätzlich der Mühe enthoben, den gesamten Steuerfall neu aufzurollen und

<sup>1)</sup> v. 25. 5. 1988 – 6 K 289/83 (in diesem Heft, S. 316).

<sup>2)</sup> Samson, in: Franzen/Gast/Samson, Steuerstrafrecht, 3. Aufl., Rdn 45 zu § 370.

<sup>3)</sup> BGH v. 8. 5. 1979 – 1 StR 51/79, MDR 1979, 772 mwN

<sup>4)</sup> Anders lediglich bei Steuervorteilen, die mit der Verkürzungshandlung in unmittelbarem wirtschaftlichem Zusammenhang stehen: BGH v. 26. 6. 1984 – 5 StR 322/84, wistra 1984, 183.