

Strafbarkeit der gezielten Verlustverschleierung durch (deutsche) Banken

Sven A. Kachelmann, Bayreuth 2016

INHALTSVERZEICHNIS

§ 1 - EINLEITUNG

§ 2 - STRATEGIEN DER VERLUSTVERSCHLEIERUNG

A. Der Begriff der Bilanzmanipulation

B. Bilanzpolitik und „creative accounting“

§ 3 - DELIKTE AUßERHALB DER UNTERNEHMENSKRISE

A. Unrichtige Darstellung gem. § 331 HGB

I. Überblick über den Straftatbestand

II. Verstoß gegen internationale Standards (IFRS/IAS)

B. Strafbarkeit der außerbilanziellen Finanzierung

I. Überblick über OBS-Finanzierungsmodelle

II. Strafbarkeit der OBS-Finanzierung nach § 331 HGB

1.) Bestimmung des Konsolidierungskreises über § 290 HGB

2.) Bestimmung des Konsolidierungskreises über IFRS/IAS

III. Stellungnahme: OBS-Finanzierung strafrechtlich unterbunden?

C. Strafbarkeit im Bereich von Beurteilungsspielräumen

I. Überblick über die Bewertungsgrundsätze

1.) Bewertungsgrundsätze nach HGB

2.) Berechnung des „fair value“ nach HGB und IFRS/IAS

II. Stellungnahme: Fair value als Einfallstor für straflose Bilanzkosmetik?

D. Strafbarkeit sonstiger Strategien zur Verlustverdeckung

I. Umschichtung von Umlauf- in Anlagevermögen

II. Stille Selbstfinanzierung

III. Repo-Geschäfte

E. Sonstige Straftaten außerhalb der Unternehmenskrise

§ 4 - DELIKTE IN DER UNTERNEHMENSKRISE

A. Grundzüge der Insolvenzdelikte der §§ 283, 283b StGB

B. Beachtung internationaler Standards?

I. Überblick über den Streitstand

II. Auslegung der Insolvenzdelikte

III. Gesamtschau / Stellungnahme

C. Objektive Bedingung der Strafbarkeit

§ 5 - ZUSAMMENFASSUNG / AUSBLICK

LITERATURVERZEICHNIS

A. Lehrbücher / Monographien

B. Kommentare

C. Aufsätze in Zeitschriften

§ 1 - Einleitung

„Eine falsche Bilanz ist keine gefälschte Bilanz.“[\[1\]](#)

Dirk Jens Nonnenmacher (ehem. Vorstandsvorsitzender der HSH-Nordbank AG)

Diese für Laien absurd klingende These, mittels derer sich *Nonnenmacher* der Vorwürfe der Bilanzfälschung im Prozess der HSH Nordbank (2013) erwehrte, kann erst mit Blick auf entsprechende Strafgesetze im Bereich der unternehmerischen Rechnungslegung einiges abgewonnen werden: Während sich Bilanzmanipulationen gerade in der Finanzkrise 2007 bis 2009 als probates und massentaugliches Mittel zur Verdeckung der Verluste von Banken erwiesen haben, gestalten sich die Grenzen zwischen legalem und illegalem Verhalten bisweilen fließend. Nur weil eine Bilanz falsch ist, muss sie noch nicht bewusst gefälscht worden sein und wenngleich auch dies Fall sein mag, muss das Verhalten noch lange nicht strafbar sein. Weshalb dies so ist und welche Probleme sich im Einzelnen bei der Rechtsanwendung ergeben, soll im Folgenden Gegenstand dieser Arbeit sein.

Im ersten Hauptteil (§ 2) sollen zunächst verschiedene Verlustverdeckungsstrategien dargestellt werden. Dabei muss eine Präzisierung des Begriffs der *Verschleierung* vorgenommen werden, um Missverständnissen vorzubeugen. Ferner soll ein Überblick von, in der Banken-Praxis besonders verbreiteten, bilanzpolitischer Maßnahmen an der Legalitätsgrenze aufgezeigt werden.

In zweiten Hauptteil (§ 3) werden diese sodann einer strafrechtlichen Bewertung zugeführt, wobei zunächst auf § 331 HGB rekurriert werden soll, der einige spannende Rechtsfragen aufwirft. Schwerpunkte liegen sodann bei der Untersuchung der außerbilanziellen Finanzierung durch Zweckgesellschaften und dem sog. „fair value“-Prinzip, das durch große Bewertungsspielräume die Grenzen zwischen legalem und illegalem Verhalten verwischt.

Ein eigener Teil (§ 4) ist den Insolvenzdelikten gewidmet, wobei vor allem anhand des § 283b StGB untersucht werden soll, inwieweit (inter-)nationale Rechnungslegungsstandards tatbestandlich hier zu berücksichtigen sind.

Zu guter Letzt (§ 5) sollen wesentliche Erkenntnisse der vorangestellten Teile prägnant zusammengefasst und ein Vorschlag zur Lösung bilanzstrafrechtlicher Schwierigkeiten dargetan werden.

§ 2 - Strategien der Verlustverschleierung

Am Ausgangspunkt der Untersuchung der Strafbarkeit von Verlustverschleierungen durch Banken steht die Frage der ihr zugrunde liegenden Strategien (als Tathandlungen). Dabei erscheint es zunächst aus Verständnisgründen unerlässlich dem Begriff der „Verschleierung“ Konturenschärfe zu verleihen (A.). Im Anschluss hieran sollen diejenigen Strategien ausgewählt und näher dargestellt werden, die sich im Graubereich zwischen Legalität und Strafbarkeit in der Banken-Praxis als besonders bedeutsam erwiesen haben (B.).

A. Der Begriff der Bilanzmanipulation

Im Kern der Untersuchung geht es um unzulässige Darstellungen im Bereich der Rechnungslegung. Vor allem die rechtswissenschaftliche Diskussion findet in diesem Bereich unter dem Stichwort Bilanzmanipulation statt, wengleich fast immer die gesamte Rechnungslegung gemeint ist.[2]

Gezielte, oder - präziser ausgedrückt - dolose Manipulationen der unternehmerischen Rechnungslegung (engl. „accounting fraud“ im Gegensatz zu unbewussten bzw. fahrlässigen „accounting errors“)[3], welche bei der fernerer Untersuchung der Strafbarkeit im Mittelpunkt stehen sollen, lassen sich danach weiter unterteilen, ob sie das Unternehmensergebnis unmittelbar beeinträchtigen (insoweit wird synonym gesprochen von „erfolgswirksame Manipulation“ bzw. „Ergebnisfälschung“ oder „Bilanzfälschung“) oder ob sie eher darauf gerichtet sind, durch irreführende Angaben und innere Undurchsichtigkeit die reale Finanzlage des Unternehmens zu verschleiern („erfolgsneutrale Manipulation“, „Darstellungsfälschung“ oder „Bilanzverschleierung“).[4]

Erfolgswirksame Manipulationen können als Falschbewertung von Bilanzposten, Unzulässige Nichtangabe von Bilanzposten sowie der Angabe imaginärer Bilanzposten („Luftbuchungen“) in Erscheinung treten. Erfolgsneutrale Manipulationen kommen dahingegen als unzulässige Gruppierung von Bilanzposten, Falschbenennung von Bilanzposten oder Posten innerhalb der Gewinn- und Verlustrechnung (GuV) und unzulässig durchgeführte bzw. nicht vorgenommener Saldierungen vor.

Verschleierungen erfassen - wie soeben dargelegt - in der wirtschaftswissenschaftlichen Diskussion lediglich erfolgsunwirksame Strategien, während *Fälschungen* erfolgswirksam sind. Innerhalb der zu untersuchenden Straftatbestände kommt dem Begriff der Verschleierung allerdings kaum eigenständige Bedeutung zu (siehe hierzu auf S. 6) und in der Bankenpraxis stehen Fälschungen im Vordergrund (siehe sogleich). Wenn nun nach der Strafbarkeit der *Verlustverschleierung* deutscher Banken gefragt ist, so ist dies insofern unpräzise, als dass der Begriff bereits die Erfolgsneutralität der zugrunde liegenden Handlung impliziert, was aber de facto keineswegs der Fall ist. Es soll daher im Folgenden besser von der *Verlustverdeckung* gesprochen werden, wenn beide strategische Ansätze umfasst sind und sich die Untersuchung nicht nur auf den einen, kaum relevanten, Ansatz beschränken.

B. Bilanzpolitik und „creative accounting“

Wenn und soweit Unternehmen im Rahmen der bilanzrechtlichen Bewertungs- und Beurteilungsspielräume, welche ebendort zahlreich vorkommen (dazu auch unten, S. 13), ihre Bilanzen legal „schönen“, muss - in Abgrenzung zur soeben dargelegten Bilanzmanipulation - von Bilanzpolitik gesprochen werden[5], auch dann, wenn sie sich an der Grenze der Legalität bewegt (sog. „creative accounting“[6]). An dieser Schnittstelle können die nachfolgenden Phänomene besonders häufig beobachtet werden:

- Außerbilanzielle Finanzierung: Übertragung risikobehafteter Forderungen bzw. Verbindlichkeiten an eigens hierfür gegründete Zweckgesellschaften, um entsprechende Posten aus der Bilanz zu tilgen und aus den Verkaufserlösen kurzfristig Liquidität zu generieren.[7] (→ 8)
- Ausnutzung von Bewertungsspielräumen bei der Bilanzierung von Vermögenswerten bzw. Schulden, um insbesondere iRd. „fair value“-Ansatzes Vermögenswerte größer bzw. Schulden kleiner zu rechnen.[8] (→ 13)
- Umschichtung von Umlauf- in Anlagevermögen, um einer gewinnmindernden Wertbereinigung

bei Werteinbußen zu entgehen (→ 17) [\[9\]](#).

- Stille Selbstfinanzierung: Unterbewertung von Vermögensgegenständen und Unterbewertung von Schulden (Aufbau stiller Reserven), um bei deren späterer Auflösung (Verkauf, Tilgung) einen Gewinn in Höhe der Differenz aus Buch- und Marktwert zu erzeugen (Verbuchung als „sonstiger betrieblicher Ertrag“).[\[10\]](#) Im umgekehrten Fall der Überwertung von Vermögen und der Unterbewertung von Schulden (Aufbau stiller Lasten) wird der Gewinn bereits als gleich gesteigert.[\[11\]](#) (→ 18)
- Repo-Geschäfte („window dressing“): Durch „Sale and Repurchase Operations“ (Repo), d.h. kurzfristig vor dem Bilanzstichtag durchgeführte Verkäufe mit Rückkaufvereinbarung bzgl. desgleichen oder ähnlicher Vermögensgegenstände können vor risikobehaftete Posten aus der Bilanz getilgt und Liquidität erzeugt werden.[\[12\]](#) (→ 19)
- Überkreuzkompensation: Durch Aufrechnung bestimmter Vermögensgegenstände und Schulden aus unterschiedlichen Geschäftsbereichen können Verluste verdeckt werden.[\[13\]](#)

Keineswegs kann diese Auflistung aber einen Anspruch auf Vollständigkeit erheben, denn in der Praxis erscheint „die kriminelle Kreativität der Täter (...) unerschöpflich“.[\[14\]](#) Die zunächst nur sehr oberflächliche Darstellung soll an geeigneter Stelle jeweils für die wichtigsten Methoden vertieft werden.

§ 3 - Delikte außerhalb der Unternehmenskrise

Zunächst sollen bzgl. der Straftaten außerhalb der Unternehmenskrise, die Vorschriften des Nebenstrafrechts, zuvorderst § 331 HGB als Dreh- und Angelpunkt des Bilanzstrafrechts[\[15\]](#) beleuchtet werden (A.), in dessen Lichte die Bewertung des o.g. „creative accounting“ stattfindet (B. bis D.). Die hier dargelegten Ausführungen betreffen aber auch die meisten anderen Straftatbestände außerhalb (E.) und innerhalb der Unternehmenskrise (§ 3).

A. Unrichtige Darstellung gem. § 331 HGB

I. Überblick über den Straftatbestand

Der Straftatbestand des § 331 HGB ist als abstraktes Gefährungsdelikt[\[16\]](#) auf Banken als Kreditinstitute unabhängig ihrer Rechtsform anwendbar (§§ 340m Abs. 1 S. 1, 340 Abs. 1 HGB iVm. § 1 Abs. 1 KWG). Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe wird derjenige bestraft, der als

- Mitglied eines vertretungsberechtigten Organs oder des Aufsichtsrats
- im Jahresabschluss, Lagebericht oder im Zwischenabschluss des Einzelunternehmens (§ 331 Nr. 1 HGB)
- oder im Konzernabschluss, Konzernlagebericht oder Zwischenabschluss (§ 331 Nr. 2 HGB iVm. §§ 340i Abs. 1, 290 HGB)
- die Gesellschaftsverhältnisse „unrichtig wiedergibt“ oder „verschleiert“.

Die Unrichtigkeit der Wiedergabe von Gesellschaftsverhältnissen wird definiert als Auseinanderfallen der dargestellten und der realen (objektiven) wirtschaftlichen Unternehmenssituation[\[17\]](#), gemessen am Empfängerhorizont[\[18\]](#) eines bilanzkundigen Lesers.[\[19\]](#)

Da sich die Gesellschaftsverhältnisse nicht nur aus Tatsachen ergeben können, sondern auch aus Schlussfolgerungen, Schätzungen und Prognosen, eröffnen sich z.T. weite Beurteilungsspielräume für den Bilanzierenden[\[20\]](#), wengleich die zugrunde gelegten Methoden innerhalb der Bilanz

einheitlich anzuwenden und im Anhang beizufügen sind (vgl. § 284 Abs. 1, 2 HGB).

Äußerste Grenze der Bewertungsspielräume bilden die positiven Rechnungslegungsnormen. Daneben wird auf die Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung (GoB, materiell-rechtlich verankert in § 238 HGB)[21] und subsidiär auf allgemein anerkannte Erfahrungssätze[22] abgestellt, wobei hier nicht zuletzt wegen Bedenken hinsichtlich des Bestimmtheitsgebotes aus Art. 103 Abs. 2 GG ein Evidenzgebot gilt[23], d.h. dass die Bewertung nur dann unrichtig ist, wenn sie schlechterdings unvertretbar ist.[24]

Eine Verschleierung der Gesellschaftsverhältnisse liegt vor, wenn die Darstellung zwar objektiv richtig ist, aber ihre Art und Weise einen kundigen Leser in Gefahr bringt, sich über die tatsächlichen Geschäftsverhältnisse ein Fehlurteil zu bilden.[25] Durch die umfassende Reglementierung der bilanzierungspflichtigen Posten und die Kodifizierung der GoB, dürfte diesem Merkmal nur noch sehr wenig eigenständige Bedeutung zukommen, da die meisten Fallkonstellationen über die erste Tatbestandsvariante abgeschöpft werden.[26]

II. Verstoß gegen internationale Standards (IFRS/IAS)

Kapitalmarktorientierte Unternehmen, also solche die Wertpapiere an einem organisierten Markt emittieren[27], stellen verpflichtend gem. § 315a Abs. 1 HGB einen Konzernabschluss nach den „International Financial Reporting Standards“ (IFRS), den „International Accounting Standards“ (IAS) und den jeweils damit verbundenen Auslegungen (SIC, IFRIC) auf unter Beachtung all ihrer künftigen Änderungen sowie allen neuen Standards, die vom „International Accounting Standards Board“ (IASB) beschlossen werden.[28] Sie sind sodann bei der Untersuchung des § 331 HGB in selbigen hineinzulesen.[29]

Für alle anderen Unternehmen (z.B. Sparkassen, Genossenschaftsbanken, kleinere Privatbanken und Landesbanken[30]) sind IFRS/IAS unbeachtlich, außer sie lassen sich gem. § 315a Abs. 3 HGB „freiwillig“ an ihnen messen, wobei diese aber dann verpflichtend einzuhalten sind.

B. Strafbarkeit der außerbilanziellen Finanzierung

I. Überblick über OBS-Finanzierungsmodelle

Nachdem soeben ein kurzer Überblick über den Straftatbestand des § 331 HGB gegeben wurde, soll nun die Strafbarkeit der gerade in der Finanzkrise 2007 bis 2009 sehr relevanten Strategie zur Verlustverdeckung der außerbilanziellen Finanzierung durch Zweckgesellschaften untersucht werden.

Bspe: *Sächsischen Landesbank (Sachsen LB, 2006/2007)*[31], *Landesbank Baden-Württemberg (LBBW, 2006/2007)*[32], *IKB Deutsche Industriebank (2007)*[33], *Hypo Real Estate (HRE, 2007)*[34], *Bayerischen Landesbank (Bayern LB, 2007)*[35], *HSH-Nordbank (2007/2008)*[36], *Westdeutschen Landesbank (West LB, 2008)*[37].

Bei Banken haben sog. „Asset-Backed-Securities“ (ABS) als Sonderform der außerbilanziellen Finanzierung („Off-Balance-Sheet-Financing“ - OBS) eine zentrale Rolle eingenommen. Dabei kann auf eine überblicksartige und wegen ihrer Komplexität stark vereinfachte Darstellung nicht verzichtet werden:

Unter Ausschluss der eigenen Haftung[38] werden risikobehaftete Kreditforderungen und ggf. Verbindlichkeiten zu einem Portfolio zusammengestellt und an eine eigens hierfür gegründete Zweckgesellschaft („Special Purpose Entity“ - SPE) veräußert, um sich aus dem Verkaufserlös

Liquidität zu beschaffen und die Risiko-Posten aus der eigenen Bilanz zu entfernen.[39]

Die SPE finanziert das Geschäft gegen, indem sie am Kapitalmarkt Wertpapiere an Dritte veräußert, welche als Gegenleistung jeweils einen Anspruch auf einen Teil des Zahlungsflusses (Zinsen, Tilgung) aus dem Forderungs-Portfolio erwerben; Die Wertpapiere („securities“) sind also durch die Forderungen („assets“) besichert („backed“). Dabei werden die Portfolios zumeist vor der Weiterveräußerung in Forderungen zu unterschiedlichen Risikoklassen geteilt bzw. tranchiert: Bei einem Zahlungsausfall werden zuerst die Wertpapiere der sog. Senior-Tranche, dann die Mezzanine-Tranche und zuletzt die Equity-Tranche bedient; Letztere sind deshalb höher verzinst.[40] Die Erwerber können diese Forderungen, die in den Wertpapieren verbrieft sind, erneut als sog. „Collateralized Debt Obligations“ (CDO) weiterhandeln.[41]

Das alles gilt jedenfalls für die „true sales“, wenn also die Bank ihre Forderungen tatsächlich an die SPE verkauft. Demhingegen kann auch nur das Ausfallrisiko der Forderungen auf die SPE übertragen werden, indem dieses „künstlich“ von der Forderung losgelöst wird, welche bei der Bank verbleibt (daher auch: „synthetisches“ ABS-Geschäft) und gegen die Zahlung einer Risikoprämie für eine vereinbarte Laufzeit an die SPE abgegeben wird („Credit-Default-Swap“ – CDS), welche diese wiederum zur Gegenfinanzierung an Dritte emittiert.[42]

Die Bank („Initiator“) wirkt zur Gründung der SPE idR. mit einem Dritten („Investor“) zusammen, welcher das (geringe) Eigenkapital zur Verfügung stellt. Der Initiator ist dagegen kaum oder in nur sehr geringem Umfang beteiligt, der Investor hat die Stimmrechtsmehrheit und führt die Geschäfte.[43] Dabei hat der Investor aber kaum eigene Entscheidungsmacht, da vertraglich die Ziele der SPE, die zugunsten des Initiators ausfallen, bereits mit der Gründung allumfassend vereinbart werden („Autopiloten-Mechanismus“).

Im Ergebnis sind die SPEs und deren Geschäfte also zwar rechtlich, aber nicht tatsächlich bzw. wirtschaftlich unabhängig vom Initiator. Fraglich ist deshalb, ob die Nicht-Ausweisung ebendieser Geschäfte im Einzel- bzw. Konzernabschluss unzulässiges und ggf. strafbares Verhalten darstellt.

II. Strafbarkeit der OBS-Finanzierung nach § 331 HGB

Die unzulässige Nichteinbeziehung der Zweckgesellschaft begründet eine Unrichtigkeit nach § 331 Nr. 2 HGB und damit eine Strafbarkeit, denn Banken sind grds. unabhängig ihrer Größe Konzernabschluss bzw. Konzernlageberichtspflichtig (§ 340i Abs. 1 HGB), soweit sich aus dem sogleich dargelegten nicht etwas anderes ergibt (§ 340i Abs. 2 S. 3 HGB).

1.) Bestimmung des Konsolidierungskreises über § 290 HGB

290 HGB bestimmt hierbei den Konsolidierungskreis. Die Bank müsste hierfür unmittelbar oder wenigstens mittelbar „beherrschenden Einfluss“ auf die SPE ausüben, um diese konsolidieren zu müssen.

Da ein juristischer Einfluss (iSd. § 290 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 HGB) zumeist vermieden wird, kommt nur ein wirtschaftlicher Einfluss iSd. § 290 Abs. 1 Nr. 4 HGB (eingeführt erst 2009 durch das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz – „BilMoG“[44]) in Betracht, der zur Begründung einer Konsolidierungspflicht erfordert, dass(1) tatsächlich eine Zweckgesellschaft iSe. Unternehmens zur Erreichung eines eng begrenzten und genau definierten Zieles des Initiators vorliegt und (2) der Initiator die Mehrheit der Chancen und Risiken trägt.[45]

Die erste Voraussetzung erschöpft sich im weiter oben dargestellten „Autopiloten-Mechanismus“. Zwar wird hier vereinzelt problematisiert, dass Zweckgesellschaften, die mehreren Unternehmen gleichzeitig (un-)mittelbar dienen, aufgrund dieser Tatsache nicht in den Geltungsbereich des § 290

Abs. 2 Nr. 4 HGB fallen könnten (Zweckgesellschaften „eines Unternehmens“).[\[46\]](#) Eine so strenge Wortlautauslegung geht aber offenkundig am Telos der Norm vorbei: SPEs dienen gerade sehr häufig mehreren Unternehmen gleichzeitig, sodass eine derartige Restriktion sinnwidrig erscheint. Wenn der Reformgesetzgeber eine tatsächliche Abstellung der OBS-Finanzierung bezweckt haben will[\[47\]](#), kann er nur gewollt haben, dass Geschäfte über die SPEs im Zweifel besser in zwei, als in gar keinen Abschluss miteinbezogen wird. Schließlich überschreitet dies auch nicht die äußerste Wortlautgrenze, denn es kommt hier lediglich auf die jeweilige Perspektive an (die SPE des einen Unternehmens ist dann auch diejenige des anderen „einen“ Unternehmens).

Desweiteren bleibt dem Gesetzeswortlaut nach offen, anhand welcher Kriterien die Chancen-Risikoanalyse durchzuführen ist, allerdings zielt der – auf einer Angleichung an SIC 12 angelegte – gesetzgeberische Wille[\[48\]](#), u.a. auf nachfolgende Kriterien ab, welche auf eine Konsolidierungspflicht deuten:

- Die Zweckgesellschaft wird zugunsten der besonderen geschäftlichen Bedürfnisse des Initiators geführt.
- Der Initiator hat unmittelbar durch Stimmrechtsmehrheit oder mittelbar durch einen „Autopiloten-Mechanismus“ der Zweckgesellschaft die Möglichkeit, den Nutzen aus ihren Geschäften zu ziehen.

Einer der juristisch am besten aufbereiteten Fälle in Deutschland dürfte derjenige der *HSH-Nordbank* (2007/2008) sein, wobei Bilanzfälschung nur einer von mehreren Anklagepunkten war, der letztlich wegen Unerheblichkeit keinen Eingang in das Urteil des *LG Hamburg*[\[49\]](#) fand. Zwar wurde er noch nach alter Rechtslage vor dem BilMoG abgeurteilt, aber an ihm wird deutlich, welchen praktischen Hürden der Nachweis der Chancen und Risiken begegnet:

Von der *HSH-Nordbank* wurden Risiken aus Kreditforderungen in Höhe von 2 Mrd. Euro über eine SPE (Omega 55) via CDS-Transaktion an die französische Großbank *BNP Paribas* abgegeben. Durch hochkomplexe vertragliche Vereinbarungen, die selbst von Experten kaum zu durchblicken sind[\[50\]](#), wurden der *BNP Paribas* allerdings in gleicher Höhe, wie sie bei Kreditausfall der SPE gegenüber haften würde, Zahlungsansprüche gegen die *HSH-Nordbank* gewährt. Bei wirtschaftlicher Betrachtung hatte also von vornherein nur die *HSH-Nordbank* für Risiken aus den Geschäften einzustehen. Im Ergebnis wurden lediglich die Bonitätsrisiken gegen das Haftungsrisiko ggü. der *BNP Paribas* getauscht.[\[51\]](#)

Daneben muss Beachtung finden, dass diskutiert wird, ob § 290 Abs. 2 („stets, wenn...“) Regelbeispielcharakter aufweist, was den ohnehin weit gefassten Tatbestand noch extensiver anwendbar machen würde.[\[52\]](#)

2.) Bestimmung des Konsolidierungskreises über IFRS/IAS

Der Anwendungsbereich des § 290 HGB könnte vor dem Hintergrund der Tatsache, dass kapitalmarktorientierte Unternehmen ohnehin einen IFRS-Konzernabschluss erstellen, leicht verkannt werden. Allerdings entscheidet sich das „Ob“ (also die Notwendigkeit) eines Konzernabschlusses alleine nach § 290 HGB. Erst wenn dessen Voraussetzungen vorliegen öffnet sich das „Einfallstor“ des § 315a HGB und IFRS/IAS sind anwendbar.[\[53\]](#)

Das Beherrschungskonzept von IFRS 10 setzt voraus, dass das Mutterunternehmen die relevanten Tätigkeiten des Tochterunternehmens bestimmen kann (Bestimmungsbefugnis) oder variablen Rückflüssen ausgesetzt ist oder wenigstens Anspruch hierauf hat oder die Rückflüsse aufgrund seiner Bestimmungsbefugnis sogar beeinflussen kann (Rückflüsseinfluss).[\[54\]](#) Allerdings gilt die Chancen-Risiko-Verteilung lediglich als Indikator der Konsolidierungspflicht und genügt als alleiniges Merkmal – anders als noch bei der durch die IFRS 10 abgelösten SIC 12 Auslegung, auf

welcher auch § 290 Abs. 2 Nr. 4 HGB fußt - nicht mehr.[\[55\]](#) Viel mehr Erkenntnis dürfte sich auch nicht aus dem Hinweis ergeben, dass Stimmrechte nicht zwangsläufig der dominierende Faktor der Beherrschung sein müssen (IFRS 12.A.).[\[56\]](#) Lässt sich neben der Chancen-Risiko-Verteilung eine de facto-Beherrschung nicht nachweisen, greift IFRS 10 wohl regelmäßig ins Leere.[\[57\]](#)

Hierdurch ergeben sich Wertungswidersprüche zwischen IFRS/IAS und HGB, die sich abstruserweise sogar dergestalt äußern könnten, dass die Zweckgesellschaft eines Einzelunternehmens über § 290 HGB zu konsolidieren ist, sodass sich das „Einfallstor“ des § 315a HGB für die IFRS-Rechnungslegung eröffnet, nach denen die SPE aber wieder exkludiert wird.

III. Stellungnahme: OBS-Finanzierung strafrechtlich unterbunden?

Der deutsche Reformgesetzgeber hat die Voraussetzungen einer Konsolidierungspflicht von SPEs nach § 290 HGB sehr weit gefasst (Chancen-Risiko-Analyse als hinreichende Bedingung; Umfassende Bezugnahme auf SPE-Mechanismen in den Gesetzesmaterialien; Regelbeispielcharakter), sodass jedenfalls materiell-rechtlich regelmäßig eine Strafbarkeit nach § 331 HGB begründet sein dürfte, wenngleich der Nachweis einige Hürden zu überwinden hat. Daneben werden zusätzlich nach § 285 Nr. 3 HGB bestimmte Offenlegungspflichten im Bilanzanhang formuliert, die ggf. subsidiär greifen.[\[58\]](#) Eine Strafbarkeit kann dann angenommen werden, wenn mit der zutreffenden ganz h.M.[\[59\]](#) der Anhang als Teil der „Bilanz“ iSd. § 331 HGB betrachtet wird.

Der IFRS-Konzernabschluss dürfte hier mehr Schwierigkeiten haben, da die überwiegende Tragung der Chancen bzw. Risiken lediglich als notwendige, nicht aber als hinreichende Bedingung der Konsolidierungspflicht betrachtet wird. Die speziellen Besonderheiten von SPEs finden nur wenig Berücksichtigung („One size fits all“-Konzept[\[60\]](#) des IFRS 10), sodass darüber hinausgehenden Faktoren, die zu ihrem Nachweis taugen, bisweilen unklar bleiben.

C. Strafbarkeit im Bereich von Beurteilungsspielräumen

Während die Konsolidierungspflicht von SPEs anhand objektiver Faktoren zu bestimmen ist, soll nun verdeutlicht werden, welche Spielräume legal genutzt werden können und wo ihre Strafbarkeitsgrenzen liegen. In diesem Bereich geht es im Wesentlichen um die Falschbewertung von Vermögensgegenständen und Schulden.[\[61\]](#) Besondere Schwierigkeiten bereitet dabei die wenig konturscharfe Bewertung nach dem sog. „fair value“, die im Wege des BilMoG teilweise Eingang in das HGB gefunden hat.

I. Überblick über die Bewertungsgrundsätze

1.) Bewertungsgrundsätze nach HGB

Vermögensgegenstände sind grds. höchstens mit den Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten abzüglich der notwendigen planmäßigen Abschreibungen anzusetzen und fortzuführen (vgl. § 253 Abs. 1 S. 1 HGB). In bestimmten Ausnahmefällen ist allerdings auf einen beizulegenden Zeitwert (idR. der Marktwert, § 253 Abs. 4 S. 2 HGB) abzuschreiben, sofern dieser wertmäßig unter den fortgeführten Beschaffungskosten liegt (§ 253 Abs. 3, 4 HGB: „Niederstwertprinzip“). Ein niedrigerer Wertansatz ist grds. nicht beizubehalten, wenn die Gründe hierfür entfallen (vgl. § 253 Abs. 5 HGB).

Für Kreditinstitute gilt aber nun: Vermögensgegenstände des Umlaufvermögens sind stets auf den niedrigeren beizulegenden Zeitwert abzuschreiben, es sei denn sie sind dazu bestimmt dem Geschäftsbetrieb dauerhaft zu dienen; In diesem Fall sind sie nur bei dauernder Wertminderung auf den niedrigeren beizulegenden Zeitwert abzuschreiben (§ 340e Abs. 1 S. 2 HGB). Für

Finanzinstrumente des Handelsbestandes gelten ferner die fortgeführten Beschaffungskosten nicht als Wertobergrenze, d.h. hier wird entweder ein niedrigerer oder ein höherer Zeitwert beigelegt (idS. „fair value“), wobei ein Risikoabschlag mit zu berücksichtigen ist („value at risk“^[62] - § 340e Abs. 3 S. 1 HGB).

Verbindlichkeiten sind grds. mit dem tatsächlichen Rückzahlungsbetrag^[63] zu bewerten ggf. einschließlich Rückstellungen für gestiegene Rückzahlungsbeträge. Dabei wird auf eine „vernünftiger kaufmännischer Beurteilung“ abgestellt (§ 253 Abs. 1 S. 2 HGB). Selbst unrealisierte Verluste aus schwebenden Geschäften sind als Rückstellungen festzuhalten (§ 249 Abs. 1 S. 1 HGB).

2.) Berechnung des „fair value“ nach HGB und IFRS/IAS

Der höhere oder niedrigere beizulegende fair value iRd. HGB, entspricht dem Börsen- bzw. Marktwert (§ 253 Abs. 4 S. 2 HGB - „Mark-to-Market“). Dies setzt voraus, dass sich ein solcher an einem aktiven Markt überhaupt ermitteln lässt; Er muss also leicht und regelmäßig erzielbar sein und auf ebensolchen Transaktionen von unabhängigen Dritten beruhen.^[64] Ist ein solcher Wert nicht ermittelbar ist der niedrigere Wert durch anerkannte Methoden festzustellen (§ 255 Abs. 4 S. 1 HGB - „Mark-to-Model“). Liefert auch das keinen eindeutigen Wert, ist auf die fortgeführten Beschaffungskosten bzw. den zuletzt ermittelten fair value abzustellen (§ 255 Abs. 4 S. 3, 4 HGB).^[65]

Obschon keineswegs eine freie Methodenwahl beim „Mark-to-Model“-Ansatz herrscht, da die Bewertungsmodelle in Fachkreisen vertretbar sein müssen (vgl. oben, S. 6) und daneben eine einheitliche Anwendung stattfinden muss, die im Anhang zusätzlich aufzuschlüsseln ist (§ 284 Abs. 1, 2 HGB), dürfte selbiger nicht selten zu einem „Mark-to-Myth“ verkommen, denn die Berechnungsmethoden sind kaum zu durchblicken und eröffnen weitreichende Bewertungs- und Manipulationsspielräume^[66], welche in aller Konsequenz eine Strafbarkeit nahezu verunmöglichen dürften.

So ging im Fall der *Deutschen Bank* - wenngleich dieser in den USA spielte - u.a. um die Falschausweisung von 12 Mrd. US-Dollar (ca. 9,35 Mrd. Euro) an Buchverlusten in der Form, dass erworbene sog. „Leveraged Super Senior Tranchen“ (CDO-Wertpapiertranchen) welche aufgrund nur sehr geringer Sicherheiten, die durch den Verkäufer zu leisten sind, auch entsprechend unter dem Wert von regulären Tranchen bewertet werden müssten, aber wie herkömmliche Senior-Tranchen ausgewiesen wurden.^[67] Dies widersprach wohl den anerkannten Methoden zumal die DB üblicherweise angewandte Berechnungsmodelle wohl ohne triftigen Grund plötzlich als „nicht wirtschaftlich“ ^[68] verwarf, was einen Verstoß gegen die Bilanzkontinuität gem. § 255 Abs. 1 Nr. 6 HGB anzeigt.

Ird. IFRS eröffnen sich ähnliche Spielräume wie innerhalb des HGB: Gem. IFRS 9^[69]/IAS 39^[70] sind Ausleihungen und Forderungen („Loans and Receivables“ - LaR) mit den fortgeführten Beschaffungskosten zu bilanzieren, wenn sie dazu bestimmt sind, längerfristig gehalten zu werden.^[71] Andernfalls sind sie regelmäßig zum fair value zu bewertende Positionen des Handelsbestandes („Held for Trade“ - HfT).^[72] Daneben kommt aber auch noch eine erfolgsneutrale Verbuchung unter „Zur Veräußerung verfügbar“ („Available for Sale“ - AfS) in Betracht, die das HGB nicht kennt.^[73] Ohne auf alle Einzelheiten eingehen zu wollen, können die aus dem IFRS erwachsenden Probleme mit denjenigen des HGB verglichen werden. Wichtigster unterschied ist, dass u.U. auch Verbindlichkeiten im Handelsbestand mit dem fair value anzusetzen und fortzuführen sind^[74] und damit ein zusätzlicher Anreiz für Bilanzpolitik geschaffen wird.

II. Stellungnahme: Fair value als Einfallstor für straflose Bilanzkosmetik?

Der fair value erfuhr insbesondere vor seiner teilweisen Überführung in das HGB im Wege des BilMoG 2009 mannigfaltig Kritik^[75], die zuvorderst darin besteht, dass es sich um eine Systematik handle, die dem Vorsichtsprinzip des HGB widerspreche und den Gläubigerschutz vernachlässige.

Dem ist zuzugeben, dass der fair value den Ausweis unrealisierter Gewinne gerade im Bankenbereich (nach HGB und IFRS) und in Teilen eine Verfälschung der Darstellung von Verbindlichkeiten (nach IFRS) fördert (siehe oben, S. 14). Es ergeben sich also weitreichende bilanzpolitische Spielräume, bei denen eine Strafbarkeit schwer nachzuweisen sein wird. Wenn nun gefordert wird, den fair value aus dem HGB zu tilgen und Banken, die nur nach IFRS abschließen, gleichzeitig zu verpflichten nach HGB abzuschließen^[76], so erscheint dies zunächst rechtspolitisch kaum durchsetzbar^[77], aber aus einer strafrechtlichen Perspektive – aus o.g. Gründen – durchaus erstrebenswert. Der Mehraufwand insbesondere bei großen Banken wäre in Anbetracht der enormen Kosten, die bereits jetzt infolge illegaler Geschäftspraktiken ausgegeben werden (z.B. *Deutsche Bank* von 2010 bis 2014: 14,3 Mrd. US-Dollar^[78]), wohl verkraftbar, sofern das Rechtsgut des § 331 HGB, welches im Vertrauen in die Richtigkeit und Vollständigkeit der bilanzierten Informationen besteht^[79], wiederbelebt werden soll.

D. Strafbarkeit sonstiger Strategien zur Verlustverdeckung

I. Umschichtung von Umlauf- in Anlagevermögen

Die Attraktivität der Umschichtung von Umlauf- in Anlagevermögen liegt darin, dass Vermögenswerte des Anlagevermögens nur bei dauernden Werteinbußen auf den niedrigeren beizulegenden Zeitwert abzuschreiben sind (s.o.). Durch defizitäre Abschreibungen wird so der Gewinn gesteigert.

Eine Umwidmung von Forderungen und Wertpapieren in das Anlagevermögen käme in Betracht, wenn diese dazu bestimmt sind, dauernd dem Geschäftsbetrieb zu dienen (§ 340e Abs. 1 S. 2 HGB a.E.). Allerdings wird dies jedenfalls für Forderungen generell abgelehnt^[80], da lang- wie kurzfristige Kreditgewährungen als Bestandteil des *laufenden* Bankgeschäfts begriffen werden.^[81] Bei Wertpapieren dagegen hängt die Zuordnung von deren Zweckbestimmung^[82] zum Zugangszeitpunkt^[83] ab, welche in Form eines Organbeschlusses zu dokumentieren ist.^[84] Aus dem Anlagevermögen (§ 340e Abs. 1 S. 2 HGB a.E) können diese so in das Umlaufvermögen (Handelsbestand oder Liquiditätsreserve als Vorsorgewertpapiere^[85]) umgewidmet werden. Nach dem Zugangszeitpunkt erfolgte Umschichtungen sind betrefflich des Handelsbestandes untersagt (§ 340e Abs. 3 S. 2 HGB).

Das Umschichtungsverbot in den Handelsbestand hinein oder aus ihm heraus ist aber in zweierlei Hinsicht eher wagen: (1.) Der Gesetzgeber hat bewusst auf eine Definition des sich ständig wandelnden Begriffs „Finanzinstrumente“, welche dem Handelsbestand per se angehören (§ 340e Abs. 3 S. 1 HGB), verzichtet; Jedenfalls sollen laut Regierungsentwurf zum BilMoG auch Derivate, mithin u.a. CDO/CDS-Strukturen, hierunter fallen.^[86] (2.) Eine Umwidmung aus dem Handelsbestand in das Umlaufvermögen ist ausnahmsweise zulässig, wenn das Kreditinstitut infolge von „außergewöhnliche Umständen“, insbesondere bei „schwerwiegender Beeinträchtigung“ der Handelbarkeit seine Handelsabsicht aufgibt. Zwei unbestimmte Rechtsbegriffe, die ihrerseits wieder ausfüllungsbedürftig sind und zur Bilanzpolitik einladen.

Bspw. hatte die mittelgroße deutsche *Apotheker- und Ärztebank* in 2008 Abschreibungen zahlreicher gehaltener CDO-Wertpapiere im Anlagevermögen verbucht und wegen nur vorübergehender Wertminderungen nicht abgeschrieben.^[87] Jedenfalls nach aktueller Rechtslage

ist eine Verbuchung im Anlagebestand bei anfänglicher Zweckbestimmung grds. auch möglich (§ 340e Abs. 1 S. 2 HGB), danach kann – wie dargelegt – eine Umwidmung der CDO-Papiere im Handelsbestand nur noch bei außergewöhnlichen Umständen erfolgen (§ 340e Abs. 3 S. 2 HGB). Ob eine Abschreibung ausbleiben kann, weil keine dauerhafte Wertminderung vorliegt (§ 253 Abs. 3 S. 5 HGB) ist aber dann eher fraglich.

In den IFRS/IAS ist eine derartige Umwidmung – abgesehen von einigen Ausnahmen, auf die hier nicht eingegangen werden kann – etwa vom Handelsbestand (HfT) in den Anlagebestand (LaR, HtM) in ähnlicher Weise zulässig^[88] und begründet insoweit auch keine Strafbarkeit nach § 331 HGB.

II. Stille Selbstfinanzierung

Wie eingangs erwähnt, entstehen stille Reserven durch die Unterbewertung von Vermögensgegenständen bzw. die Überbewertung von Verbindlichkeiten. Bei Verkauf bzw. Tilgung ergibt der Differenzbetrag den Gewinnüberschuss. Beim Aufbau stiller Lasten ist dies genau umgekehrt. Ein effektives Beispiel einer solchen Strategie der Verlustverdeckung lieferte

Die *Sparda Bank* in 2012, wo durch die Umwandlung stiller in offene Vorsorgereserven das Betriebsergebnis um +35,7 Mio. Euro erhöht wurde.^[89] Daneben hatte die *Hypo Real Estate* bis 2008 stille Lasten in Höhe von rund 31,5 Mrd. Euro aufgebaut und damit ihr Unternehmensergebnis spürbar verbessert.^[90]

Hierbei bieten zuvorderst die „vernünftiger kaufmännischer Beurteilung“ des Erfüllungsbetrages bei Verbindlichkeiten iRd. Rückstellung (§ 253 Abs. 1 S. 2 HGB) und Drohverlustrückstellungen (§ 249 HGB) die „voraussichtlich[e]“ Nutzungsdauer bei Vermögensgegenständen der Anlagevermögens, nach der sich die fortgeführten Beschaffungskosten berechnen (vgl. § 253 Abs. 3 S. 1 HGB) und der beizulegende Zeitwert bzw. fair value einschließlich des value at risk, bereits geeignete Spielräume der Anlegung stiller Reserven und stiller Lasten. Stille Reserven dürfen nur beim Wegfall des Rückstellungsgrundes aufgelöst werden (§ 249 Abs. 2 S. 2 HGB). Auch beim IFRS-Abschluss dürfte ähnliches bilanzpolitisches Potenzial gerade iRd. Berechnung des fair value möglich sein, allerdings erfolgt eine Zwangsrücklagenbildung nur bei Schulden, sofern der Ressourcenabfluss hinreichend wahrscheinlich ist (IAS 37).

III. Repo-Geschäfte

Klassische Repo-Geschäfte bedeuten die Übertragung von (risikobehafteten) Wertpapieren an einen Dritten, bei gleichzeitig vereinbarter Rückübertragung derselben oder ähnlicher Wertpapiere zu einem späteren Zeitpunkt.^[91] Für die Wertpapiere wird ein Preis vereinbart, auf den bei Rückübertragung ein Repo-Zins aufgeschlagen wird.^[92] Diese Methode dient damit vor allem der kurzfristigen Liquiditätsbeschaffung.

Gem. § 340b Abs. 4 HGB müsste das Kreditinstitut dann insbesondere Wertpapiere vollumfänglich und zusätzlich gegenüber dem anderen Unternehmen eine dem Zahlungsbetrag entsprechende Verbindlichkeit ausweisen. Hierbei ist allerdings vorausgesetzt, dass es sich bei Repos überhaupt um ein (echtes) Pensionsgeschäft iSd. § 340b HGB handelt. Es könnte die Meinung vertreten werden, dass dem nur solche Repo-Geschäfte zu subsumieren sind, deren Rückkaufoption sich auf denselben, nicht aber auf lediglich gleichartige Gegenstände bezieht („die Vermögensgegenstände ... zurückübertragen“). Nach ganz h.M. soll dies jedoch keine Beachtung finden.^[93]

Bei gebotener strafrechtlicher Würdigung^[94] begegnet dies aber immensen Bedenken im Hinblick auf das Analogieverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB, da die äußerste Wortlautgrenze eindeutig überschritten ist. Hieran ändert auch die gängige Rückübertragung von vertretbaren Sachen (§ 91

BGB) nichts[95], sodass es zur Normspaltung kommt.[96]

IRd. IFRS erfolgt eine Bilanzierung wohl gem. dessen, was iRd. HGB-Pensionsgeschäfte gelten würde (IAS 39).[97] Allerdings rekurren diese nicht explizit auf Repo-Geschäfte und sind wesentlich unbestimmter, sodass keine unzulässige Analogie gebildet werden muss und eine Abweichung nach § 331 HGB unrichtig und damit strafbar ist.

E. Sonstige Straftaten außerhalb der Unternehmenskrise

Sehr ähnlich formuliert wie § 331 HGB sind nachfolgende Tatbestände, die entweder ergänzende Wirkung entfalten oder zumeist (formell-)subsidiär zurücktreten, sodass auf sie nicht näher eingegangen werden soll: § 400 AktG (den Vermögensstand betreffende Äußerungen auf Hauptversammlungen, Ad-Hoc-Mitteilungen[98]), der vor allem für Banken beachtlich ist[99]; Daneben: § 82 GmbHG, § 147 GenG, § 312 UmwG und § 15 SpTrUG.

Der Praxis sind daneben Fälle, bei denen Steuerhinterziehungen im Zusammenhang mit Bilanzdelikten stehen weitgehend unbekannt, da regelmäßig die Lage des Unternehmens nicht zu schlecht, sondern - wie bei der zu untersuchenden Verlustverdeckung - zu optimistisch dargestellt wird und es damit zumeist an einer notwendigen Steuerverkürzung iS. Unterschreitung der Ist-Einnahme von der Soll-Einnahme nach § 370 Abs. 1 AO mangelt.[100]

Ferner dürfte Betrug gem. § 263 StGB, insbesondere durch Emission von ABS-Papieren, schon deshalb scheitern, da wohl entsprechende Risiken den Käufern evident sind. Ferner kommt regelmäßig ein Kapitalanlagebetrug nach § 264a Abs. 1 Var. 3 StGB gegenüber Anteilseignern bei Banken in der Rechtsform von Aktiengesellschaften in Betracht, da falsche Bilanzdarstellungen den Vermögensstand betreffend unrichtige vorteilhafte Angaben beinhalten, wobei aber nur Fälschungen, nicht aber Verschleierungen erfasst werden sollen[101] (was aber wegen der umfassenden Kodifizierung der Bilanzklarheit wieder zu relativieren ist - vgl. oben, S. 6).

Eine Untreue gem. § 266 StGB kann jedenfalls nicht ohne weiteres in den durchgespielten Strategien angenommen werden, da zum einen die Verletzung der Buchführungspflicht für sich lediglich einen erforderlichen Vermögensnachteil bezeugt, nicht aber begründet[102] und zum anderen der wirtschaftliche Wert bei Gesamtbetrachtung sogar verbessert wird.[103]

[1] Interview mit der FAZ v. 19.08.10 - <http://www.faz.net/-gqe-6kaqz> (abg. am 30.08.16).

[2] Hagedorn, S. 72 ff.: Bilanzstrafrecht idS. als „pars pro toto“.

[3] So etwa Hinz, S. 5 f. m.w.N.

[4] Hier und im Folgenden Gössweiner, S. 53 ff.; Peemöller/Hofmann, S. 21 ff.; Hinz, S. 9; Ferner auch Hofmann, S. 96 f.

[5] Statt aller Hüttche, BB 09, 1347 m.w.N.

[6] Siehe bei M. Jones, Creative Accounting, S. 45.

[7] Schneck, S. 319 ff.; Vgl. auch S. 8.

[8] Heese/Heese, S. 106 f.; Tiedemann, WiStra BT, § 9 Rn. 473 ff.

[9] Tagesschau.de v. 13.10.09: <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/hshnordbank168.html> (abg. am 29.08.16); Sinn, S. 313 ff.; Großfeld in: Ebke/Möhlenkamp/Welling, S. 47 m.w.N.

[10] Hierzu Heese/Heese, S. 97 und ferner auch Wöhe/Bilstein, S. 357; Schneck, S. 101.

[11] Heese/Heese, S. 97.; Bieg, S. 948.

[12] Heese/Heese, S. 105; Ferner auch Handelsblatt v. 11.07.10: <http://www.handelsblatt.com/3487080.html> (abg. am 28.08.16).

[13] Vgl. Bieg, S. 368 f.

- [14] So *Hofmann*, S. 97; *M. Jones*, *Creative Accounting*, S. 45: „The techniques used in practice will often be impossible to detect, even by experienced analysts.“
- [15] *M.a.W. Grottel/H. Hoffmann* in: *Beck-BilKo*, § 331 Rn. 1; *Weyand*, *PStR* 04, S. 235: „Grundgesetz des Bilanzrechts“.
- [16] Statt aller *Dannecker* in: *Staub-HGB*, § 331 Rn. 11; *Stork* in: *NK-HGB*, § 331 Rn. 1 m.w.N.
- [17] Vgl. *Dannecker* in: *Staub-HGB*, § 331 Rn. 52.
- [18] *Kozikowski/Gutmann* in: *Beck-BilKo*, § 331 Rn. 11.
- [19] *RGSt* 68, 346 (349); *Dannecker*, a.a.O., § 331 Rn. 53 m.w.N.
- [20] Siehe bei *Dannecker* in: *Staub-HGB*, § 331 Rn. 54; Ferner *Hoffmann/Knierim*, *BB* 02, 2276; *Spantscheck/Wulf*, *DStR* 03, 17.
- [21] So *Quedenfeld* in: *MüKo-HGB*, § 331 Rn. 42.
- [22] *Dannecker* in: *Staub-HGB*, § 331 Rn. 60 f.
- [23] Siehe *Momsen* in: *Momsen/Grützner*, Kap. 6 Rn. 21; Zu Art. 103 Abs. 2 GG: *Dannecker* in: *HGB-BilanzR*, § 331 Rn. 42.
- [24] Statt aller *Tiedemann*, in: *HWiStR*, S. 5 (2. EL, 05.1987); *Kozikowski/Gutmann* in: *Beck-BilKo*, § 331 Rn. 11; *Quedenfeld* in: *MüKo-HGB*, § 331 Rn. 43 jeweils m.w.N.
- [25] Siehe bei *Spantscheck/Wulf*, *DStR* 03, 175.
- [26] *Otto* in: *Heymann-HGB*, § 331 Rn. 30.
- [27] Art. 4 der VO (EG) Nr. 1606/02 des EU-Parlaments und des Rates vom 19.07.02.
- [28] Ebda. (Fn. 27), Art. 2.
- [29] Statt aller *Dannecker* in: *Staub-HGB*, Vor § 331 Rn. 134 ff. m.w.N.
- [30] Vgl. hierzu *Bächstädt/Pietrzak*, *KRP* 1/15, S. 18.
- [31] *FAZ* v. 12.08.08: <http://www.faz.net/-gqe-10260>; Bericht auf *MDR.de* v. 08.08.16: <http://www.mdr.de/sachsen/sachsen-lb-prozess-leipzig-100.html> (beide abg. am 16.08.16).
- [32] Ausführlich in der *SZ* v. 06.02.14: <http://sz.de/1.1881187> (abg. am 21.08.16).
- [33] *FAZ* v. 30.07.07: <http://www.faz.net/-gqe-vcld>, und vom 02.08.07: <http://www.faz.net/-gqe-vc2o> (beide abg. am 01.09.16).
- [34] *Die Welt* v. 05.02.10: <http://www.welt.de/6262399> (abg. am 08.08.16).
- [35] *SZ* v. 17.05.10: <http://sz.de/1.279869>; *SpiegelOnline* v. 03.04.08: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/finanzkrise-bayernlb-raeumt-risiken-im-wert-von-4-3-milliarden-euro-ein-a-545091.html> (beide abg. am 05.08.16).
- [36] Dazu weiter unten, S. 12.
- [37] Bericht auf *N-TV.de* v. 17.01.2008: <http://www.n-tv.de/287861> (abg. am 05.08.16).
- [38] Vgl. *Jahn* in: *Schimansky/Bunte/Lwowski*, § 114a Rn. 12 f.
- [39] Zum Ganzen *Schaefer/Kuhnle*, S. 17 ff. m.w.N.; *S. D. Norton* in: *M. Jones*, *Creative Accounting*, S. 434 f.
- [40] *Schruff/Rothenburg*, S. 757 m.w.N.; *Kasiske* in: *Schünemann*, *Sog. Finanzkrise*, S. 17.
- [41] Im Überblick bei *Becker/Endert*, *ZGR* 12, 704;
- [42] *Zerey*, *Zweckgesellschaften*, § 1 Rn. 14; *Ders.*, *Finanzderivate*, § 7 Rn. 1 ff.
- [43] Vgl. hierzu *Schruff/Rothenburg*, *WPg* 02, 756.
- [44] *BilMoG* vom 25.05.09, *BGBI* I/09, 1102; Vgl. lange zuvor den Vorschlag von *Schruff/Rothenburg*, *WPg* 02, 757 (II. a.E.) und *Mujkanovic*, *StuB* 08, S. 141.
- [45] Vgl. zur „Zwei-Stufen-Prüfung“ *Vesper-Gräske*, S. 197.
- [46] So *Vesper-Gräske*, S. 200, der sich i.E. jedoch der hierdargelegten Meinung anschließt.
- [47] Vgl. Fn. 48.
- [48] *BT-Drucks.* 16/12407, 89; Ferner *Mujkanovic*, *StuB* 09, 377.
- [49] Urteil v. 09.07.14 (Az. 608 KLS 12/11, 608 KLS 12/11, 5550 Js 4/09) – juris.
- [50] *Tagesschau.de* v. 13.10.09: <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/hshnordbank168.html> (abg. am 29.08.16); *Sinn*, S. 313 ff.; *Großfeld* in: *Ebke/Möhlenkamp/Welling*, S. 47 m.w.N.
- [51] *OLG Hamburg*, a.a.O., *Rz.* 29 ff.
- [52] Hierzu näher bei *Kindler* in: *MüKo-HGB*, § 290 Rn. 32; *Mujkanovic*, *StuB* 09, 375; *Lietz/*

Watrin/Neubeck/Lammert, StuB 10, S. 899.

[53] Merkt in: Baumbach/Hopt, § 315a Rn. 4 ff.; J. Wüstemann/S. Wüstemann in: Staub-HGB, § 315 Rn. 4; Vgl. ferner bei Rönna in: Schönemann, Sog. Finanzkrise, S. 54.

[54] IFRS 10.7 (a) iVm. 10.10, 10.7 (b), 10.7 (c); Im Überblick bei Christ, S. 153 m.w.N.

[55] Vgl. KPMG, IFRS 10, S. 3; Reiland, DB 11, 2729: „notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung“; Christ, S. 195 f.; Mujkanovic, StuB 09, 375 f.: Die Indikatoren müssen „einzeln, gemeinsam oder mit anderen auf eine Beherrschung hindeuten“.

[56] Diesbzgl. Kritik am IFRS 10 übt umfassend Häfele, IFRS 10, 777.

[57] Reiland, DB 11, 2733, 2736; Dies betrifft jedenfalls die sehr relevanten ABS-Geschäfte.

[58] BT-Drucks. 16/10067, 69; ABS-Transaktionen werden hier ausdrücklich genannt.

[59] Dannecker in: Staub-HGB, § 331 Rn. 46; Otto in Heymann-HGB, § 331 Rn. 20.

[60] Vgl. ausführlich Christ, S. 152 ff.

[61] Dazu Hoffmann/Knierim, BB 02, 2276.

[62] Jessen/Haaker, DStR 09, 502.

[63] Statt aller Gerner-Beuerle in: GK-HGB, § 253 Rn. 6 m.w.N.

[64] RegE BilMoG: BR-Drucks. 344/08, S. 132.

[65] Hierzu Graf v. Kanitz, § 5 Rn. 310

[66] So zutreffend der US-Großinvestor Warren Buffet: „Berkshire Hathaway Inc. 2002 Annual Report, S. 13 –<http://www.berkshirehathaway.com/2002ar/2002ar.pdf> (abg. am 01.09.16).

[67] Siehe im Handelsblatt v. 26.05.15: <http://www.handelsblatt.com/11827972.html>; Vgl. auch das Interview mit dem ehem. DB-Analysten Eric Ben-Artzi in der FAZ v. 10.12.12: <http://www.faz.net/-gqe-74xx9>.

[68] Nach Ben-Artzi, FAZ, a.a.O.

[69] Vgl. zum Ganzen Finke/Kümpel, IRZ 13, 293 ff.

[70] Siehe hierzu ausführlich bei Pellens/Jannett/Schmidt, PWP 09, 432.

[71] Im Überblick Kilicer, S. 12 und 17 m.w.N.; Zu den „Held to Maturity“ (HtM)-Positionen, die nur in sehr begrenzten Fällen gebildet werden können: ders., S. 15 ff.

[72] Kilicer, S. 20.

[73] Albrecht/Reinbacher/Niehoff/Derfuß, KoR 13, 275 f.

[74] Finke/Kümpel, IRZ 13, 294.

[75] Vgl. nur die sog. „Saarbrücker Initiative gegen den fair value“, Bieg (e.a.), DB 08, 2548 ff.; Sehr krit. auch Sinn, S. 89 ff.

[76] Bieg (e.a.), ebda.

[77] Jessen/Haaker, DStR 09, 500.

[78] Manager Magazin v. 08.06.15 – <http://www.manager-magazin.de/unternehmen/banken/rechtskosten-grosser-banken-ueber-300-milliarden-dollar-marke-a-1037703.html> (abg. am 01.09.2016).

[79] Tiedemann, WiStra BT, Rn. 450; Quedenfeld in: MüKo-HGB, § 331 Rn. 1;

[80] Vgl. Bieg, S. 401; Kröll/Balzer in: Heymann-HGB, § 340e Rn. 8.

[81] Hierzu bei Bieg, S. 116 ff. und auf S. 118 a.E. m.w.N.; Ferner BR-Drucks. 616/89, S. 22.

[82] So Kröll/Balzer in: Heymann-HGB, § 340c Rn. 7 ff.

[83] IDW RH HFA 1.014 Rn. 4.

[84] Marsch-Barner/Schroer in: GK-HGB, § 340e Rn. 6.

[85] Kröll/Balzer in: Heymann-HGB, § 340e Rn. 9.

[86] Vgl. hierzu RegE BilMoG: BR Drucks. 344/08, S. 114.

[87] Siehe hierzu im Jahresfinanzbericht der Apotheker- und Ärztebank 2008, S. 143 f. – <https://www.apobank.de/ueber-uns/investor-relations-de/finanzpublikationen/finanzberichte.html> (abg. am 28.08.16).

[88] Vgl. Stauber, S. 178 ff.

[89] Hier und im Folgenden BörsZ v. 19.02.13: „Stille Reserven retten SPARDA Rekord“.

[90] Handelsblatt v. 13.09.09: <http://www.handelsblatt.com/3257484.html> (abg. am 20.08.16).

- [91] Vgl. *Schindler/Hindelang*, S. 80 (auch zur Abgrenzung zum Wertpapierdarlehen).
- [92] *Schindler/Hindelang*, S. 81 und 105.
- [93] Siehe bei *Schäfer* in: Schwintowski/Schäfer, § 22 Rn. 50; *Bieg*, S. 130; Wohl auch *Kienle* in: Bankrechts-Handbuch, § 105 Rn. 39.
- [94] BVerfGE 48, 48 (60 ff.) – „Teerfarben-Urteil“.
- [95] *Böcking/Löw/Wohlmannstetter* in: MüKo-HGB, § 340b Rn. 14 m.w.N.
- [96] Zur Normspaltung ausführlicher *Gratopp*, S. 179 ff.
- [97] *Bieg*, S. 316; *Schindler/Hindelang*, S. 111.
- [98] BGH, Urteil v. 16.12.04 (Az. 1 StR 420/03), Rz 45. m.w.N. – juris.
- [99] Vgl. *Die Bank* 8/16, gemessen an der Bilanzsumme im Jahr 2016, auch online abrufbar: <http://www.die-bank.de/news/comeback-der-klassiker-8058/> (abg. am 29.08.16).
- [100] *Muscat*, PStR 06, 159; Zum Begriff der Steuerverkürzung *Joecks* in: *Joecks/Jaeger/ Randt*, § 370 Rn. 61; *Flore* in: *Flore/Tsambikakis*, Teil 1 Kap. 1 § 370 AO Rn. 222.
- [101] Vgl. nur *Perron* in: *Schönke/Schröder*, § 264a Rn. 26, § 265b Rn.40.
- [102] BGHSt 6, 115 (116).
- [103] Vgl. aber *Wagenpfeil* in: *Müller-Guggenberger/Bieneck*, § 40 Rn. 10 ff.

LITERATURVERZEICHNIS

A. Lehrbücher / Monographien

- Bieg*, Hartmut: Bankbilanzierung nach HGB und IFRS, 2. Auflage, München 2011.
- Canaris*, Claus-Wilhelm: Handelsrecht, 24. Auflage, München 2006.
- Ebke*, Werner F. / *Möhlenkamp*, Andreas / *Welling Berthold*: Internationale Finanzmarktkrise, Bankabschlüsse und Mittelstand, Baden-Baden 2011.
- Gratopp*, Jutta: Bilanzdelikte nach §§ 331 Nr. 1, Nr. 1a HGB (Diss. jur.), Berlin 2009.
- Hagedorn*, Niklas: Bilanzstrafrecht im Lichte bilanzrechtlicher Reformen (Diss. jur.), Berlin 2009.
- Heese*, Viktor / *Heese*, Matthias: Legale „Tricks“ in Bankbilanzen – Praktiken in der Finanzkrise, Hamburg 2012.
- Hinz*, Alexandra Nicola: Der Sarbanes-Oxley Act als Präventions- und Aufdeckungsmaßnahme doloser Handlungen, Hamburg 2010.
- Hofmann*, Stefan: Handbuch Anti-Fraud-Management – Bilanzbetrug erkennen, vorbeugen, bekämpfen, Berlin 2008.
- Jones*, Michael John (Hrsg.): Creative Accounting, Fraud and International Accounting Scandals, Weinheim 2011.
- Kanitz*, Friedrich Graf v.: Bilanzkunde für Juristen, 3. Auflage, München 2014.
- KPMG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft AG: Auf einen Blick, IFRS 10 – Die neuen Regelungen zur Konsolidierung, Berlin 2011; Auch online abrufbar unter: <https://www.kpmg.com/DE/de/Documents/IFRS-10-neue-regelungen-konsolidierung-2011.pdf> (abg. am 26.08.2016).
- Kreklau*, Jan: Das US-amerikanische Bilanzstrafrecht – Vorbild für das deutsche Bilanzstrafrecht? (Diss. jur.), Bayreuth 2008.
- Momsen*, Carsten / *Grützner*, Thomas: Wirtschaftsstrafrecht – Handbuch für die Unternehmens- und Anwaltspraxis, München 2013.
- Müller-Guggenberger*, Christian / *Bieneck*, Klaus: Wirtschaftsstrafrecht – Handbuch des Wirtschafts- und Ordnungswidrigkeitenrechts, 5. Auflage, Köln 2011.
- Peemöller*, Volker H. / *Stefan*, Hofmann: Bilanzskandale – Delikte und Gegenmaßnahmen, Berlin 2005.
- Schaefer*, Henry / *Kuhnle*, Oliver: Die bilanzielle Behandlung von Zweckgesellschaften und ihre Bedeutung im Rahmen der Corporate Governance, Düsseldorf 2006.
- Schimansky*, Herbert / *Bunte*, Hermann-Josef / *Lwowski*, Hans-Jürgen: Bankrechts-Handbuch – Band II, 3. Auflage, München 2007.

Schindler, Claudia / Hindelang, Martin: Praxishandbuch Repos und Wertpapier-darlehen, Wiesbaden 2016.

Schneck, Ottmar: Handbuch Alternative Finanzierungsformen, Weinheim 2006.

Schünemann, Bernd: Die sogenannte Finanzkrise - Systemversagen oder global organisierte Kriminalität?, Berlin 2010.

Schwintowski, Hans-Peter / Schäfer, Frank A.: Bankrecht - Commercial Bank-ing, Investment Banking, 2. Auflage, Köln 2004.

Sinn, Hans-Werner: Kasino-Kapitalismus, Wie es zur Finanzkrise kam und was jetzt zu tun ist, 2. Auflage, Berlin 2009.

Stauber, Jürgen: Finanzinstrumente im IFRS-Abschluss von Nicht-Banken, 2. Auflage, Wiesbaden 2012.

Tiedemann, Klaus: Wirtschaftsstrafrecht - Besonderer Teil mit wichtigen Rechtstexten, 3. Auflage, München 2011.

Vesper-Gräske, Marvin: Verbriefungszweckgesellschaften in der Konzernbilanz - Das Control-Konzept des § 290 HGB, Berlin 2013.

Wöhe, Günther / Bilstein, Jürgen: Grundzüge der Unternehmensfinanzierung, 9. Auflage, München 2002.

Zerey, Jean-Claude (Hrsg.): Finanzderivate - Rechtshandbuch, 2. Auflage, Baden-Baden 2010.

Ders. (Hrsg.): Zweckgesellschaften - Rechtshandbuch, Baden-Baden 2013.

B. Kommentare

Baumbach/Hopt: Hopt, Klaus (u.a. Hrsg.): Handelsgesetzbuch, 35. Auflage, München 2012.

Beck-BilKo: Beck'scher Bilanz-Kommentar - Handels- und Steuerbilanz; Winkeljohann, Norbert (u.a. Hrsg.), 9. Auflage, München 2014.

Flore, Ingo / Tsambikakis, Michael: Steuerstrafrecht, 2. Auflage, Köln 2016.

HGB-BilanzR: Großkommentar zum HGB-Bilanzrecht - Rechnungslegung, Abschlußprüfung, Publizität; Ulmer, Peter (Hrsg.); 2. Teilband, Berlin 2002.

HWiStR: Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts (Loseblattsammlung, Hauptband); Krekeler, Wilhelm (u.a. Hrsg.), Heidelberg 1990.

Joecks, Wolfgang / Jäger, Markus / Randt, Karsten (u.a. Hrsg.): Steuerstrafrecht mit Zoll und Verbrauchsteuerstrafrecht, 8. Auflage, München 2015.

LK-StGB: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch; Laufhütte, Heinrich Wilhelm (u.a. Hrsg.); Band 9/Teil 2, Berlin 2009.

LPK-StGB: Kindhäuser, Urs (Hrsg.), Strafgesetzbuch - Lehr- und Praxiskommentar, 6. Auflage, Baden-Baden 2015.

MüKo-HGB: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch; Schmidt, Karsten (u.a. Hrsg.); Band 3/4, 3. Auflage, München 2013.

MüKo-StGB: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch; Joecks, Wolfgang (u.a. Hrsg.); Band 4, München 2006; Band 5, 2. Auflage, München 2014; Band 6/1, München 2010.

NK-HGB: NomosKommentar - HGB; Heidel, Thomas / Schall, Alexander (Hrsg.), Baden-Baden 2011.

NK-StGB: NomosKommentar - Strafgesetzbuch; Kindhäuser (u.a. Hrsg.); Band 2, 3. Auflage, München 2010.

Park, Tido: Kapitalmarktstrafrecht - Handkommentar, 2./3. Auflage, Baden-Baden 2008/2013.

Schönke/Schröder: Strafgesetzbuch; Eser, Albin (u.a. Hrsg.), 29. Auflage, München 2014.

Staub-HGB: Handelsgesetzbuch Großkommentar; Canaris, Claus-Wilhelm (u.a. Hrsg.); Band 7/2, 5. Auflage, Berlin 2012; Band 6, 5. Auflage, Berlin 2011.

C. Aufsätze in Zeitschriften

Bächstädt, Karl-Heinz / Pietrzak, Michael: „Bankbilanzierung nach IFRS im Vergleich zum HGB. Ein Überblick auf die Bilanzierung und Bewertung von Finanzinstrumenten“ in: Kredit & Rating Praxis (KR), Heft 1/2015, S. 15 ff.

Becker, Christian / Endert, Volker: „Außerbilanzielle Geschäfte, Zweckgesellschaften und

Strafrecht“ in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 2012, S. 699 ff.

Gallandi, Volker: „Strafrechtliche Aspekte der Asset Backed Securities“ in: Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (wistra) 2009, S. 41 ff.

Häfele, Markus: „Die Neuregelung des IFRS 10 zur Abgrenzung des Konsolidierungskreises – Die Anwendung des einheitlichen Beherrschungsmodells auf die Erfassung von strukturierten Unternehmen im Konzernabschluss“ in: Econ Papers – Interdisciplinary Management Research 9/2013, S. 767 ff.; Online abrufbar: <http://econpapers.repec.org/article/osijournal/default2.htm> (abg. am 01.09.2013).

Hoffmann, Volker H. / Knierim, Thomas C.: „Falsche Berichterstattung des Abschlussprüfers“ in: Betriebs-Berater (BB) 2002, S. 2275 ff.

Mujkanovic, Robin: „Die Konsolidierung von Zweckgesellschaften nach IFRS und HGB vor dem Hintergrund der Subprime-Krise und des BilMoG“ in: Steuern und Bilanzen (StuB) 2008, S. 136 ff.

Muscat, Rolf: „Bilanzdelikte – Ein Fall für das Steuerstrafrecht“ in: Praxis Steuerstrafrecht (PStR) 2006, S. 159.

Ders.: „Zweckgesellschaften nach BilMoG“ in: Steuern und Bilanzen (StuB) 2009, S. 374 ff.

Reiland, Michael: „IFRS 10: Sachgerechte Abgrenzung des Konsolidierungskreises oder Spielwiese für Bilanzpolitik?“ in: Betriebs-Berater (BB) 2011, S. 2729 ff.

Schrank, Christopher / Schlager, Hannes: „Bilanzstrafrecht NEU“ in: ecolex – Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht 2015, 558 ff.

Schruff, Wienand / Rothenburger, Manuel: „Zur Konsolidierung von Special Purpose Entities im Konzernabschluss nach US-GAAP, IAS und HGB“ in: Die Wirtschaftsprüfung – Der Berater der Wirtschaft (WPg), S. 755 ff.

Spantscheck, Rainer / Wulf, Martin: „Straftatbestände der Bilanzfälschung nach dem HGB“ in: Deutsches Steuerrecht (DStR) 2003, S. 171 ff.

Weyand, Raimund: „Buchführungs- und Bilanzdelikte“ in: Praxis Steuerstrafrecht (PStR) 2004, S. 235.

D. Beiträge zu Sammelbänden

Gössweiner-Saiko, Theodor: „Wesen und Probleme der Bilanzdelikte“ in: Strafrecht, Strafverfahren, Kriminologie; Heinitz, Ernst / Kielwein, Gerhard (Hrsg.), Neuwied 1970.