

CB-ENTSCHEIDUNG

BGH: HSH Nordbank – Freisprüche der Ex-Manager wegen des Vorwurfs der Untreue aufgehoben

BGH, Urteil vom 12.10.2016 – 5 StR 134/15
ECLI:DE:BGH:2016:121016U5STR134.15.0

NICHT AMTLICHE LEITSÄTZE (DER KOMMENTATOREN)

Werden die in § 93 Abs. 1 AktG normierten äußersten Grenzen unternehmerischen Ermessens überschritten und ist damit eine Hauptpflicht gegenüber dem zu betreuenden Unternehmen verletzt worden, so liegt eine Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten vor, die (gleichsam „automatisch“) so gravierend ist, dass sie zugleich eine Pflichtwidrigkeit i. S. v. § 266 StGB begründet.

AktG §§ 93, 400; StGB § 266

CB-Online www.compliance-berater.de
Volltext: CBL2017-84-1

SACHVERHALT

Die Staatsanwaltschaft hat den Angeklagten, die im Dezember 2007 den Gesamtvorstand der H. (im Weiteren: H.) bildeten, vorgeworfen, sich einer Untreue nach § 266 Abs. 1 StGB schuldig gemacht zu haben, indem sie im Dezember 2007 auf Grundlage unzureichender Informationen dem Abschluss eines der Verbesserung der bankaufsichtsrechtlichen Eigenkapitalquote dienenden Finanzgeschäfts mit der französischen B. (im Weiteren: B.), der „Omega 55“-Transaktion, zustimmten und dadurch der H. einen Vermögensnachteil zufügten.

Die Angeklagten N. und F. sind darüber hinaus angeklagt, gemeinschaftlich gem. § 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG die Verhältnisse des H.-Konzerns in Darstellungen oder Übersichten über den Vermögensstand unrichtig wiedergegeben zu haben, indem sie in dem Quartals-Zwischenbericht zum 31. März 2008 und in einer Pressemitteilung vom 20. Juni 2008 fehlerhaft einen Überschuss i.H.v. 81 Millionen Euro auswiesen, während tatsächlich ein Fehlbetrag i.H.v. 31 Millionen Euro vorlag.

Das Landgericht hat die Angeklagten freigesprochen. Gegen die Freisprüche richten sich die Revisionen der Staatsanwaltschaft mit der Rüge der Verletzung formellen und – insoweit vom Generalbundesanwalt vertreten – materiellen Rechts. Die Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft haben mit der Sachrüge Erfolg.

AUS DEN GRÜNDEN

• Der Freispruch der Angeklagten vom Vorwurf der Untreue erfolgte zu Unrecht

II. ... 1. Der Freispruch der Angeklagten vom Vorwurf der Untreue nach § 266 Abs. 1 StGB hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Das Landgericht hat, nachdem es einen Verstoß gegen die Vorschrift des § 93 Abs. 1 AktG bejaht hat, zu Unrecht in einem zweiten Schritt geprüft, ob sich die Pflichtverletzungen der Angeklagten als „gravierend“ bzw. „evident“ darstellen (siehe nachfolgend a bis c). Als durchgreifender Rechtsfehler erweist sich, dass die Begründung, mit der das Landgericht einerseits eine Pflichtverletzung nach § 93 Abs. 1 AktG bejaht, die es andererseits als nicht gravierend einstuft, Darstellungs- und Erörterungsmängel enthält (siehe nachfolgend d).

• Bei einem Verstoß gegen § 93 Abs. 1 S. 1 AktG liegt stets eine „gravierende“ bzw. „evidente“ Pflichtverletzung i. S. v. § 266 StGB vor

a) Im Ausgangspunkt hat das Landgericht zutreffend bedacht, dass die Anwendung des Untreuetatbestands auf „klare und deutliche“ Fälle pflichtwidrigen Handelns zu beschränken ist; gravierende Pflichtverletzungen lassen sich nur dann bejahen, wenn die Pflichtverletzung evident ist (BVerfGE 126, 170 Rn. 110f.; BGH, Urteil vom 28. Mai 2013 – 5 StR 551/11, NStZ 2013, 715). Allerdings liegt bei einem Verstoß gegen § 93 Abs. 1 S. 1 AktG stets eine „gravierende“ bzw. „evidente“ Pflichtverletzung i. S. d. o. g. Rechtsprechung vor.

Als Vorstandsmitglieder unterlagen die Angeklagten gesellschaftsrechtlich den in §§ 76, 82, 93 AktG umschriebenen Pflichten. Danach hat der Vorstand gem. § 76 Abs. 1 AktG die Gesellschaft in eigener Verantwortung zu leiten, wobei die Vorstandsmitglieder bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden haben (§ 93 Abs. 1 S. 1 AktG). Trotz der Weisungsunabhängigkeit unterliegt das Leitungsermessen rechtlichen Grenzen. So sind nach § 82 Abs. 2 AktG der durch die Satzung festgelegte Unternehmensgegenstand, die Geschäftsordnung sowie die Zuständigkeiten anderer Organe zu beachten. Über diese Regelungen hinaus wird den Geschäftsleitern bei unternehmerischen Entscheidungen ein weiter wirtschaftlicher Entscheidungsspielraum eingeräumt, ohne den eine unternehmerische Tätigkeit schlechterdings nicht denkbar ist.

Sind jedoch – wie vom Landgericht angenommen – diese in § 93 Abs. 1 AktG normierten äußersten Grenzen unternehmerischen Ermessens überschritten und ist damit eine Hauptpflicht gegenüber dem zu betreuenden Unternehmen verletzt worden, so liegt eine Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten vor, die (gleichsam

„automatisch“) so gravierend ist, dass sie zugleich eine Pflichtwidrigkeit i. S. v. § 266 StGB begründet (vgl. BGH, Urteil vom 22. November 2005 – 1 StR 571/04, NStZ 2006, 221). Angesichts des durch § 93 Abs. 1 AktG eingeräumten weiten unternehmerischen Entscheidungsspielraums ist für eine gesonderte Prüfung der Pflichtverletzung als „gravierend“ bzw. „evident“ kein Raum (vgl. auch LK-StGB/Schünemann, 12. Aufl., § 266 Rn. 100; Schönke/Schröder/Perron, StGB, 29. Aufl., § 266 Rn. 19b m. w. N.).

- **Ein Verstoß gegen § 93 Abs. 1 AktG liegt nur bei einer Überschreitung des dem Vorstand eingeräumten weiten unternehmerischen Ermessens vor**

28 b) Allerdings sind die vom Landgericht in seinem „zweiten Prüfungsschritt“ herangezogenen Gesichtspunkte bereits im Rahmen der Prüfung, ob überhaupt ein Verstoß gegen § 93 Abs. 1 AktG gegeben ist, zu würdigen. Ein solcher liegt nur bei einer Überschreitung des dem Vorstand eingeräumten weiten unternehmerischen Ermessens vor. Zu diesem gehört neben dem bewussten Eingehen geschäftlicher Risiken grundsätzlich auch die Inkaufnahme der Gefahr, bei der wirtschaftlichen Betätigung Fehlbeurteilungen und Fehleinschätzungen zu unterliegen; denn derartige Entscheidungen müssen regelmäßig aufgrund einer zukunftsbezogenen Gesamtabwägung von Chancen und Risiken getroffen werden, die die Gefahr erst nachträglich erkennbarer Fehlbeurteilungen enthält (vgl. BGH, Urteil vom 21. Dezember 2005 – 3 StR 470/04, BGHSt 50, 331).

- **Die als Business Judgement Rule in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG kodifizierten Grundsätze sind auch Maßstab für das Vorliegen einer Pflichtverletzung i. S. v. § 266 Abs. 1 StGB**

29 Eine Pflichtverletzung nach § 93 Abs. 1 AktG liegt vor, wenn die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muss, überschritten sind, die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt wird oder das Verhalten des Vorstands aus anderen Gründen als pflichtwidrig gelten muss (BGH, Urteile vom 21. April 1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135, 244 Rn. 22, und vom 21. Dezember 2005 – 3 StR 470/04, aaO). Diese mittlerweile als sog. Business Judgement Rule in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG kodifizierten Grundsätze (vgl. RegE zu § 93 Abs. 1 AktG in BR-Drucks. 3/05, S. 20f.) sind auch Maßstab für das Vorliegen einer Pflichtverletzung i. S. v. § 266 Abs. 1 StGB (BGH, Urteil vom 21. Dezember 2005 – 3 StR 470/04, BGHSt 50, 331, 336; Beschluss vom 26. November 2015 – 3 StR 17/15, NJW 2016, 2585 Rn. 57).

- **Aus der Verletzung einer Informationspflicht folgt nicht ohne weiteres auch ein Pflichtenverstoß i. S. d. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG**

30 c) Allein aus der vom Landgericht bejahten Verletzung einer Informationspflicht folgt nicht ohne weiteres auch ein Pflichtenverstoß i. S. d. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG.

31 Paragraph 93 Abs. 1 S. 2 AktG definiert einen „sicheren Hafen“; d. h., die Einhaltung seiner Voraussetzungen schließt eine Pflichtverletzung aus. Umgekehrt begründet die Überschreitung seiner Grenzen durch einen Verstoß gegen Informationspflichten allein noch keine Pflichtverletzung. Vielmehr ist auch dann pflichtgemäßes Handeln nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG möglich; allerdings indiziert der Verstoß gegen § 93 Abs. 1 S. 2 AktG eine Pflichtverletzung (hM; vgl. Krieger/

Sailer-Coceani in: Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl., § 93 Rn. 14; Hüffer/Koch, AktG, 12. Aufl., § 93 Rn. 12; MüKo-AktG/Spindler, 4. Aufl., AktG § 93 Rn. 40 mit zahlreichen wN; a. A. Scholz AG 2015, 222, 227). Letztlich ist eine Verletzung der Sorgfaltspflichten aus § 93 Abs. 1 S. 1 AktG immer nur dann zu bejahen, wenn ein schlechthin unvertretbares Vorstandshandeln vorliegt (vgl. BGH, Urteil vom 21. April 1997, aaO; Hüffer/Koch aaO, Rn. 8); der Leitungsfehler muss sich auch einem Außenstehenden förmlich aufdrängen (vgl. MüKo-AktG/Spindler aaO, Rn. 56 m. w. N.).

d) Der von der Wirtschaftsstrafkammer gewählte fehlerhafte Prüfungsansatz würde demnach allein nicht zur Aufhebung des Urteils nötigen, wenn zum einen eine Informationspflichtverletzung zu verneinen gewesen wäre; dies vermag der Senat auf der Grundlage der Feststellungen allerdings nicht zu beurteilen (siehe nachfolgend aa). Der Freispruch der Angeklagten könnte zum anderen auch bestehen bleiben, wenn das Landgericht in seinem „zweiten Prüfungsschritt“ hinreichend alle bei der Prüfung einer Sorgfaltspflichtverletzung nach § 93 Abs. 1 AktG zu beachtenden tatsächlichen Gesichtspunkte erörtert hätte; dies ist indes nicht der Fall (siehe nachfolgend bb).

- **Das LG hat das Maß der Informationspflichten der Angeklagten nicht hinreichend bestimmt**

aa) Das Landgericht hat es unterlassen, das Maß der Informationspflichten der Angeklagten hinreichend zu bestimmen, um ausgehend hiervon die tatsächlichen Anforderungen zu klären, denen die Vorstandsvorlagen hätten genügen müssen. 33

(1) Hinsichtlich des Maßes der Informationspflichten gilt: Um Informationspflichten zu genügen, müssen grundsätzlich in der konkreten Entscheidungssituation alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art ausgeschöpft werden, um auf dieser Grundlage die Vor- und Nachteile der bestehenden Handlungsoptionen sorgfältig abzuschätzen und den erkennbaren Risiken Rechnung zu tragen (BGH, Beschluss vom 14. Juli 2008 – II ZR 202/07, NJW 2008, 3361). Die konkrete Entscheidungssituation ist danach der Bezugsrahmen des Ausmaßes der Informationspflichten. Dementsprechend ist es notwendig, aber auch ausreichend, dass sich der Vorstand eine unter Berücksichtigung des Faktors Zeit und unter Abwägung der Kosten und Nutzen weiterer Informationsgewinnung „angemessene“ Tatsachenbasis verschafft (Krieger/Sailer-Coceani aaO, Rn. 17); je nach Bedeutung der Entscheidung ist eine breitere Informationsbasis rechtlich zu fordern (MüKo-AktG/Spindler aaO, Rn. 50). Dem Vorstand steht danach letztlich ein dem konkreten Einzelfall angepasster Spielraum zu, den Informationsbedarf zur Vorbereitung seiner unternehmerischen Entscheidung selbst abzuwägen (vgl. auch BR-Drucks. 3/05 aaO). Ausschlaggebend ist dabei nicht, ob die Entscheidung tatsächlich auf der Basis angemessener Informationen erfolgte und dem Wohle der Gesellschaft diene, sondern es reicht aus, dass der Vorstand dies vernünftigerweise annehmen durfte (Henssler/Strohn/Dauner-Lieb, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., AktG § 93 Rn. 22 m. w. N.; MüKo-AktG/Spindler aaO, Rn. 48; Krieger/Sailer-Coceani aaO). Die Beurteilung des Vorstands im Zeitpunkt der Entscheidungsfindung muss aus der Sicht eines ordentlichen Geschäftsleiters vertretbar erscheinen („vernünftigerweise“). 34

(2) Ausgehend von diesen rechtlichen Maßstäben hätte das Landgericht – ggf. unter Hinzuziehung eines Sachverständigen – zunächst bestimmen müssen, welchen tatsächlichen Anforderungen eine die Angeklagten hinreichend informierende Vorlage hätte genügen müssen. So hätte insbesondere geklärt werden müssen, in welcher Form eine Beteiligung der Rechtsabteilung mitzuteilen gewesen wäre, um 35

als hinreichend zuverlässige Information zu gelten, und welche Informationen zu fordern waren, um den Angeklagten eine Plausibilitätsprüfung im Hinblick auf die Erreichung der aufsichtsrechtlichen Ziele und einen ausreichenden Eindruck von der Ertrags- und Kostensituation sowie der Risiken der Transaktion zu ermöglichen. Die bisherigen Feststellungen reichen deshalb nicht aus, um dem Senat die Beurteilung zu ermöglichen, dass die Angeklagten – entgegen der Bewertung des Landgerichts – ihren Informationspflichten genügt haben.

• **Darüber hinaus erörtert das LG nicht alle bei der Prüfung einer Sorgfaltspflichtverletzung nach § 93 Abs. 1 AktG zu beachtenden tatsächlichen Gesichtspunkte**

36 bb) Bei der Abwägung des Maßes der Pflichtverletzung (LG Hamburg aaO, Rn. 1521 ff.) erörtert das Landgericht nicht alle wesentlichen tatsächlichen Gesichtspunkte, die im Rahmen der Prüfung einer Sorgfaltspflichtverletzung nach § 93 Abs. 1 AktG zu beachten gewesen wären.

37 (1) Nach den Erwägungen des Landgerichts spricht für eine gravierende Pflichtverletzung zwar, dass die Angeklagten sich vor ihrer Zustimmung in mehrfacher Hinsicht unvollständig informiert und für eine „nicht sicher erfolgsversprechende“ Transaktion erhebliche Kosten in Kauf genommen hätten. Jedoch hätten sie uneigennützig und in Verfolgung wichtiger strategischer Ziele gehandelt und bei der Entscheidung ihre Befugnisse nicht überschritten. Unrichtige oder unvollständige Angaben gegenüber Mitverantwortlichen oder zur Aufsicht befugten oder berechtigten Personen seien nicht gemacht worden. Auch eine Überschreitung von Kredit- oder Risikoobergrenzen habe nicht vorgelegen. Das Maß der Verletzung der Informationspflicht sei zudem nicht „sehr schwerwiegend“ gewesen. In der Kreditvorlage vom 14. Dezember 2007 sei die – tatsächlich jedoch nicht erfolgte – aufsichtsrechtliche Prüfung und Freigabe der Transaktion durch die Rechtsabteilung behauptet worden. Diese Angabe sei nur deshalb als nicht hinreichend zuverlässig anzusehen, weil es insoweit an „entsprechend eindeutigen“ Informationen aus den Voten des (kontrollierenden) Marktfolgebereichs (Zweitvotum und NPNM-Votum) sowie an einer Erläuterung gefehlt habe, auf welchem rechtlichen Wege die RWA-Entlastung trotz fehlender Abgabe wirtschaftlicher Risiken erreicht werde. Auch in den Marktfolgevoten sei eine Befassung der Rechtsabteilung mit der Transaktion – wenn auch nicht deren abschließende Prüfung und Freigabe – bekundet worden, so dass die Angeklagten das Risiko der Nichterreichung der aufsichtsrechtlichen Transaktionsziele für gering hätten halten können. Hinsichtlich des mit der Transaktion eingegangenen erheblichen finanziellen Risikos sei zu berücksichtigen, dass den Angeklagten zwar keine verwertbaren Informationen über den Wert der auf den STCDO bezogenen Liquiditätsfazilität zur Verfügung gestanden hätten. Angesichts der in der Kreditvorlage vom 14. Dezember 2007 ausgewiesenen „AAA“-Bewertung des STCDO sowie der projizierten Ratingszenarien unter Berücksichtigung von Ausfällen im Referenzportfolio sei aber eine Aussage über die (geringe) Ausfallwahrscheinlichkeit der Tranche getroffen worden. Schließlich sei zu berücksichtigen, dass in sämtlichen den Angeklagten zur Verfügung gestellten Voten – trotz der darin enthaltenen unzureichenden Informationen – im Ergebnis der Abschluss der Transaktion empfohlen worden sei. Nach umfassender Abwägung sämtlicher Umstände sei daher das Maß einer „gravierenden“ und „evidenten“ Pflichtverletzung nicht erreicht.

38 (2) Das Landgericht hätte indes darüber hinaus Folgendes berücksichtigen müssen:

(a) Insbesondere aus dem Zweitvotum vom 17. Dezember 2007 und dem NPNM-Votum vom 14. Dezember 2007 ließ sich ablesen, dass die Bewertungen der zuständigen Mitarbeiter auf unzureichender Tatsachengrundlage beruhten und ausdrücklich vorläufigen Charakter hatten. So wies das NPNM-Votum darauf hin, dass die Würdigung „vorbehaltlich einer abschließenden Prüfung und Verifizierung der getroffenen Aussagen im Nachgang auf Basis sämtlicher finaler Unterlagen“ erfolgt sei (LG Hamburg aaO, Rn. 711, S. 1 des NPNM-Votums). Beide Voten machten unmissverständlich klar, dass sie unter erheblichem Zeitdruck angefertigt wurden („Der Zeitrahmen der zweiten Risikobewertung war außerordentlich eng und in Anbetracht der Komplexität sowie der zugrundeliegenden Beträge unangemessen knapp bemessen“, LG Hamburg aaO, Rn. 710, S. 5 des Zweitvotums). Sie enthielten damit „Warnsignale“, die Anlass zu Zweifeln an der Zuverlässigkeit der jeweils vorgenommenen Gesamtbewertung hätten geben müssen. Selbst dem Erstvotum des mit der Entwicklung der Transaktion befassten Marktbereichs vom 14. Dezember 2007, mit der das Geschäft vorgestellt und befürwortet wurde, ließen sich derartige Warnhinweise entnehmen (LG Hamburg aaO, Rn. 708 unter 5.8.2: „Zeichnungen [in zutreffender Übersetzung des englischen Originaltextes: Ziehungen] gemäß der BLF hängen weitgehend von intransparenten Repo-Preisen ab, die durch die B. gestellt werden.“). Es wäre deshalb zu erörtern gewesen, inwieweit diese Umstände die Angeklagten – wiederum unter Berücksichtigung des Zeitfaktors (vgl. Krieger/Sailer-Coceani aaO) – zunächst zu weiteren Nachfragen hätten bewegen müssen und einer Entscheidung im Umlaufverfahren entgegengestanden hätten. Gegebenenfalls hätte das Landgericht zu prüfen gehabt, ob die Angeklagten unter Würdigung der Risiken des Unterlassens der Transaktion „Omega 55“ sogar von deren Genehmigung hätten absehen müssen. (b) Als weitere Gesichtspunkte, die zugunsten der Angeklagten, aber auch zu ihren Lasten hätten sprechen können, wären mögliche Vorinformationen über RWA-Entlastungstransaktionen der Art von „Omega 55“ zu würdigen gewesen. So hatte die H. im Dezember 2007 noch weitere, teils ebenfalls komplex gestaltete RWA-Entlastungsmaßnahmen vorbereitet (LG Hamburg aaO, Rn. 31). Der Transaktion „Ruby“ hatte der Vorstand zudem bereits zugestimmt, bevor das Geschäft unerwartet scheiterte, wodurch die Lücke in der RWA-Entlastungsplanung entstand, die durch die Transaktion „Omega 55“ geschlossen werden sollte (LG Hamburg aaO, Rn. 31, 579 f.). Tragfähige Vorinformationen aus diesen Transaktionen hätten einerseits das Informationsbedürfnis der Angeklagten mindern können; andererseits hätten die Angeklagten aus ihnen aber auch Kenntnisse über aufsichtsrechtliche Probleme und Risiken des Geschäfts erlangt haben können. (c) Soweit das Landgericht auf die „Uneigennützigkeit“ des Handelns der Angeklagten abstellt, hätte es sein Augenmerk auch darauf richten müssen, ob diese sich von der Einhaltung der bankinternen RWA-Grenzen finanzielle Vorteile (z. B. „Boni“) versprechen konnten oder bei Verfehlung dieser Ziele entsprechende Nachteile zu erwarten gehabt hätten.

• **Auch in Bezug auf den Vorwurf eines Verstoßes gegen § 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG hätte das LG eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vornehmen müssen**

2. Auch der Freispruch der Angeklagten F. und N. vom Vorwurf eines Verstoßes gegen § 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG hält revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand. ...

a) Im Ausgangspunkt zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass das abstrakte Gefährdungsdelikt des § 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG einer einschränkenden Auslegung bedarf. Die Vorschrift dient

dem Schutz von Aktionären und dritten Personen, die zu der Aktiengesellschaft in rechtlicher oder wirtschaftlicher Beziehung stehen oder in eine solche Beziehung treten wollen und deshalb an dem Vermögensstand, den Verhältnissen und der Vertrauenswürdigkeit der Gesellschaft interessiert sind (vgl. BGH, Urteil vom 16. Dezember 2004 – 1 StR 420/03, BGHSt 49, 381; Schaal in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Ergänzungslieferung September 2016, AktG § 400 Rn. 2). Angesichts dieses Schutzzwecks sind Erklärungen aus dem Tatbestand auszuschließen, die bei abstrakter Betrachtungsweise für eine Entscheidung der geschützten Personen, mit der Gesellschaft in rechtliche oder wirtschaftliche Beziehungen zu treten, nicht relevant sind (OLG Frankfurt, NSTZ-RR 2002, 275).

44 b) Zu Recht weisen die Revisionen jedoch darauf hin, dass dem Verhältnis der fehlerhaft dargestellten Ertragslage von insgesamt rund 112 Millionen Euro (Gewinn i. H. v. 81 Millionen Euro statt Verlust i. H. v. 31 Millionen Euro) zur Bilanzsumme und zum Gesamtgeschäftsvolumen im vorliegenden Fall keine ausschlaggebende Bedeutung zukommen kann. Dieser Bezugsrahmen ist für Banken wenig geeignet, da diese aufgrund ihres Geschäftszwecks – Entgegennahme von Fremdgeldern zwecks Ausreichung von Darlehen im Aktivgeschäft – regelmäßig über besonders hohe Bilanzsummen verfügen, mithin sich die Relation in den meisten Fällen als geringfügig darstellen wird.

45 c) Ohnehin können quantitative Grenzen, wie sie in der Literatur diskutiert werden (vgl. Beck Bil-Komm/Schellhorn/Winkeljohann HGB, § 264 Rn. 56), nur Anhaltspunkte für die Erheblichkeit liefern. Sie stellen lediglich Indikatoren dar und sind durch qualitative Beurteilungskriterien zu ergänzen. Insbesondere in Zweifelsfällen ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände unverzichtbar (vgl. Dannecker in Staub, Großkommentar HGB, 5. Aufl., § 331 Rn. 64 m. w. N.).

46 Eine solche Gesamtbetrachtung hätte das Landgericht hier vornehmen müssen. Dabei hätte etwa eingestellt werden müssen, dass die Ertragslage der H. für die Kapitalmarktöffentlichkeit unter dem Eindruck der Subprime-Krise und des durch sie hervorgerufenen allgemeinen Misstrauens gegenüber Finanzinstituten von großer Bedeutung war. Soweit das Landgericht ergänzend ausführt, dass es für die Erheblichkeit keinen Unterschied mache, ob die unrichtige Darstellung der Ertragslage zu einem Wechsel vom Verlust- in den Gewinnbereich führe, vermag dies im vorliegenden Fall nicht zu überzeugen. Vor dem Hintergrund der Subprime-Krise war es – worauf die Revision ebenfalls zu Recht hinweist – vielmehr von nicht geringem Belang, ob die H. trotz angespannter Kapitalmarktlage einen (kleinen) Quartalsgewinn erreichen konnte oder ob sie – von dieser getroffen – einen Verlust hinzunehmen hatte. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund des (ursprünglich) geplanten Börsengangs. Insofern hätte das Landgericht auch näher darlegen müssen, ob dieser zum Zeitpunkt der Veröffentlichung des Quartalsberichtes und der Pressemitteilung am 20. Juni 2008 noch beabsichtigt war. Gerade für (potentielle) Anleger war die Frage bedeutsam, ob trotz angespannter Kapitalmarktlage ein Gewinn erzielt werden konnte.

47 3. Der Senat hebt die an sich rechtsfehlerfreien Feststellungen des Urteils auf, da die freigesprochenen Angeklagten keine rechtliche Möglichkeit hatten, diese anzugreifen.

- **Hinweise des Senats für die neue Hauptversammlung**

48 4. Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat auf Folgendes hin:

- **Prüfung einer Strafbarkeit nach § 266 StGB**

49 a) Für die Prüfung einer Strafbarkeit der Angeklagten nach § 266 StGB (zusätzlich zu den Hinweisen unter oben II.1.):

Das Landgericht hat mit nachvollziehbaren Erwägungen angenommen, dass durch die Transaktion „Omega 55“ aufsichtsrechtlich keine RWA-entlastende Wirkung erzielt wurde (LG Hamburg aaO, Rn. 482 ff.). Soweit es jedoch davon ausgegangen ist, dass die Transaktion angesichts des Ziels einer RWA-Entlastung insgesamt sinnvoll gewesen und deshalb ein Vermögensnachteil in Höhe der Gesamtkosten der Transaktion eingetreten sei (LG Hamburg aaO, Rn. 991 ff.), wird das neue Tatgericht auch den „Kapitalmarkterfolg“ als möglichen Gegenwert des Vermögensverlusts in Betracht zu ziehen haben. Die Urteilsbegründung spricht bezogen auf den Zeitpunkt des Abschlusses der Transaktion für das Bestehen nicht geringer Chancen, dass das Geschäft aufsichtsrechtlich nicht beanstandet worden wäre, deshalb das verfolgte Ziel, die RWA-Entlastung gegenüber der Kapitalmarktöffentlichkeit geltend zu machen, hätte erreicht werden können und Nachteile für die H. am Kapitalmarkt vermieden worden wären (siehe insbesondere LG Hamburg aaO, Rn. 1211, 1418). Die Transaktion stellte sich wegen ihres (aufsichts-)rechtlich nicht garantierten, sondern nur faktisch erzielbaren wirtschaftlichen Erfolgs als ein „Risikogeschäft“ dar, bei dem unter besonderen Umständen die Erwartung künftiger Vorteile einen Nachteil schon bei seiner Entstehung ausgleichen und wirtschaftlich aufheben kann (BGH, Urteile vom 19. Januar 1954 – 1 StR 579/53, und vom 6. Oktober 1959 – 1 StR 203/59; so bereits RG JW 1934, 2923, Nr. 29; 1936, 882, Nr. 27).

Dem steht nicht entgegen, dass das Geschäft – bei nicht gegebener aufsichtsrechtlicher Anerkennungsfähigkeit – zumindest objektiv auf eine moralisch bemakelte Irreführung des Kapitalmarkts hinausgelaufen wäre. § 266 StGB hat als Vermögensschädigungsdelikt nicht die Aufgabe, Recht und Moral in geschäftlichen Beziehungen zu garantieren, sondern das Individualvermögen vor Beeinträchtigungen zu schützen (Rönnau, ZStW 2006, 887, 921). Bei der Untreue ist die Nachteilszufügung nur durch einen Vergleich des Vermögens, das der Betreute ohne die Pflichtverletzung des Täters hätte, mit dem Vermögen, über das er infolge der Pflichtverletzung verfügt, festzustellen. Dabei ist jeder Vorteil zu berücksichtigen, der durch die pflichtwidrige Handlung erzielt worden ist. Zum Vermögen gehört nach der maßgeblichen wirtschaftlichen Betrachtungsweise alles, was in Geldwert messbar ist (vgl. BGH, Urteil vom 27. Februar 1975 – 4 StR 571/74, NJW 1975, 1234 m. w. N.). Dementsprechend sind die Chancen eines „Kapitalmarkterfolges“ des Geschäfts als möglicher Ausgleich des Vermögensverlusts in Betracht zu ziehen. Dies gilt erst dann nicht mehr, wenn die Angeklagten mit der Genehmigung des Geschäfts gegen ihre Legalitätspflicht (§ 93 Abs. 1 AktG) verstoßen hätten, wofür sich aus den Feststellungen aber keine hinreichenden Anhaltspunkte ergeben (vgl. zur Legalitätspflicht BGH, Urteil vom 27. August 2010 – 2 StR 111/09 m. w. N.; MüKo-AktG/Spindler aaO, Rn. 73 ff. m. w. N.).

- **Prüfung einer Strafbarkeit nach § 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG**

b) Für die Prüfung einer Strafbarkeit der Angeklagten F. und N. nach § 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG gilt:

Im angefochtenen Urteil fehlt es zum einen an einer nachvollziehbaren Darlegung der bilanziellen Falschverbuchung, die dem Quartalszwischenbericht und der hierzu ergangenen Pressemitteilung zugrunde lag. Diese wird das neue Tatgericht zu leisten haben. Im Rahmen der Prüfung des subjektiven Tatbestandes wird es sein Augenmerk darauf zu richten haben, dass nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des angefochtenen Urteils die fehlerhafte Bilanzierung erst im November 2008 „entdeckt“ wurde (LG Hamburg aaO, Rn. 686 ff.).

CB-KOMMENTAR

„Jeder Pflichtverstoß gem. § 93 Abs. 1 AktG ist – gleichsam „automatisch“ – so gravierend, dass er zugleich eine Pflichtwidrigkeit i. S. d. § 266 StGB darstellt“

PROBLEM

Aufgrund der Weite des Tatbestands der Untreue gem. § 266 StGB ist nicht immer leicht feststellbar, wann sich Manager entsprechend strafbar gemacht haben. Vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlich gebotenen einschränkenden Auslegung des Tatbestands geht die Rechtsprechung grundsätzlich davon aus, dass nur „gravierende“ und „evidente“ zivilrechtliche Pflichtverstöße den objektiven Tatbestand der Untreue erfüllen. Die Auslegung dieser Begriffe war insbesondere bei Ermessensentscheidungen nicht abschließend geklärt.

ZUSAMMENFASSUNG

Der BGH beantwortet diese Frage in der vorliegenden Entscheidung auf Basis der im Rahmen von § 93 AktG eingreifenden *Business Judgment Rule*.

Vorstandsmitgliedern einer Bank wird im Wesentlichen vorgeworfen, sich wegen Untreue strafbar gemacht zu haben, indem sie Ende 2007 der sog. „Omega 55“-Transaktion zustimmten, ohne zuvor ausreichend über das Geschäft informiert gewesen zu sein. Durch diese Transaktion sollte eine Verbesserung der Eigenkapitalquote erreicht werden. Tatsächlich erhöhte sich jedoch das wirtschaftliche Risiko der Bank, ohne dass die angestrebte Verbesserung der Eigenkapitalquote erreicht wurde. Die den Angeklagten im Vorfeld zur Information über die Transaktion vorgelegten Dokumente waren als Eilvorlage gekennzeichnet und die Entscheidung des Vorstands wurde unter erheblichem Zeitdruck im Umlaufverfahren getroffen.

Darüber hinaus wurde zwei Vorstandsmitgliedern vorgeworfen, gem. § 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG die Verhältnisse des Konzerns unrichtig wiedergegeben zu haben. In einem Quartalsbericht des Konzerns und einer Pressemitteilung war 2008 ein Konzernüberschuss von 81 Mio. Euro anstelle eines Verlusts von ca. 31 Mio. Euro ausgewiesen worden.

Das LG Hamburg hatte alle Angeklagten vom Vorwurf der Untreue mit der Begründung freigesprochen, dass sich die Pflichtverletzungen der Vorstandsmitglieder weder als „offensichtlich“ noch als „gravierend“ darstellten. Auch der Tatbestand der unrichtigen Darstellung gem. § 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG sei nicht verwirklicht, da die dargestellte Abweichung in Bezug auf die Ertragslage des Konzerns insgesamt nicht erheblich gewesen sei.

Der BGH hat die Freisprüche aufgehoben und die Sache an eine andere Wirtschaftsstrafkammer des LG Hamburg zurückverwiesen.

Hinsichtlich des Untreuevorwurfs habe das Landgericht die Rechtsfrage des Vorliegens einer Pflichtverletzung rechtsfehlerhaft geprüft. Der BGH stellt zunächst klar, dass die Anwendung des Untreuetatbestands auf „klare und deutliche“ Fälle pflichtwidrigen Handelns zu beschränken ist. Wenn aber die in § 93 Abs. 1 AktG normierten äußersten Grenzen unternehmerischen Ermessens überschritten sind

und damit eine Hauptpflicht gegenüber dem zu betreuenden Unternehmen verletzt worden ist, sei diese Pflichtverletzung zugleich so gravierend, dass sie eine Pflichtwidrigkeit i. S. v. § 266 StGB begründet. Der ansonsten im Rahmen der Untreueprüfung erfolgende zweite Prüfungsschritt, ob die festgestellte Pflichtverletzung „gravierend“ sei, entfalle demnach. Die Gesichtspunkte, die das Landgericht (nach Bejahung einer Pflichtverletzung nach § 93 Abs. 1 AktG) im zweiten Prüfungsschritt herangezogen hat, seien bereits im Rahmen des § 93 Abs. 1 AktG heranzuziehen.

Hinsichtlich des Verstoßes gegen § 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG habe das Landgericht zudem verkannt, dass dem Verhältnis zwischen fehlerhaft dargestellter Ertragslage zu Bilanzsumme und Gesamtgeschäftsvolumen keine ausschlaggebende Bedeutung zukommen könne. Vielmehr sei eine Gesamtabwägung vorzunehmen.

PRAXISFOLGEN

Der BGH wiederholt in seiner Entscheidung, dass nur „gravierende“ und „evidente“ zivilrechtliche Pflichtverletzungen den Untreuetatbestand verwirklichen können. Wichtig für Vorstände ist jedoch die Klarstellung, dass jede Pflichtverletzung i. S. d. § 93 Abs. 1 AktG „gravierend“ und „evident“ ist und damit eine Pflichtwidrigkeit gem. § 266 StGB darstellt. Da Vorständen immer eine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber dem jeweiligen Unternehmen zukommt, können unter Verletzung der Anforderungen der *Business Judgment Rule* getroffene Entscheidungen also nicht nur zivilrechtliche Schadensersatzansprüche, sondern – sofern die weiteren Voraussetzungen der Untreue, wie etwa vorsätzliches Handeln und ein Vermögensnachteil gegeben sind – strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Hinsichtlich § 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG ist zu beachten, dass es nicht allein darauf ankommt, in welchem Verhältnis die fehlerhaft dargestellte Ertragslage zur Bilanzsumme bzw. dem Gesamtgeschäftsvolumen des Konzerns steht, sondern auch andere Gesichtspunkte, wie etwa die allgemeine wirtschaftliche Situation, im Rahmen einer Gesamtabwägung eine Rolle spielen können.

AUTOREN



Dr. Olaf Gärtner, *Dipl.-Kfm., Partner*, und **Dr. Carla Wiedeck**, *beide Rechtsanwälte bei Hogan Lovells International LLP (München), beraten Mandanten im Bereich Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten (Corporate Litigation). Sie verfügen über langjährige Erfahrungen betreffend Streitigkeiten in gesellschaftsrechtlichen Verhältnissen (einschließlich Organhaftung und Spruchverfahren), Joint-Venture und Post M&A-Streitigkeiten.*