

Untreue und Business Judgement Rule

Von Jun.-Prof. Dr. Lucia Sommerer, LL.M. (Yale), Halle (Saale)*

Ausgangsfall und Abwandlung dieses Beitrags sind angelehnt an die HSH-Nordbank Entscheidung des BGH¹ und seine Entscheidungen zur Kreditvergabe². Sie führen in die Rolle der sog. Business Judgement Rule (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG) bei unternehmerischen Risikoentscheidungen und ihre Relevanz für die Untreueprüfung (§ 266 StGB) ein. Die Untreue ist ein Tatbestand, der erfahrungsgemäß besondere Schwierigkeiten im Examen bereitet, insbesondere in Verbindung mit der häufig noch nicht bekannten Business Judgement Rule, weshalb sich eine grundsätzliche Auseinandersetzung damit lohnt.

I. Hintergrund

Eine Besonderheit der Untreue besteht darin, dass zur Bestimmung, ob ein Missbrauch einer Befugnis bzw. eine Pflichtverletzung vorliegt, regelmäßig auf außerstrafrechtliche Normen z.B. im Gesellschaftsrecht Bezug genommen werden muss (Einheit der Rechtsordnung; negative Akzessorität: was außerstrafrechtlich erlaubt ist, kann nicht im Strafrecht mit Strafe bedroht werden). Eine solche außerstrafrechtliche Norm, die bei Handeln von Vorständen³, von Aufsichtsräten⁴, von Führungspersonal von GmbH und Sparkassen⁵ sowie von Genossenschaften⁶ berücksichtigt werden muss, ist die Business Judgement Rule. Sie ist seit dem Jahr 2005 in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG kodifiziert⁷ und beschränkt den Haftungsrahmen der Unternehmensspitze bei unternehmerischen Risikoentscheidungen: die Unternehmensspitze haftet nicht für jede noch so geringe Nachlässigkeit, sondern nur für völlig unverantwortliches Handeln. Sind die Voraussetzungen der auch als „sicherer Hafen“⁸ bezeichneten Business Judgement Rule erfüllt, folgt daraus eine unwiderlegliche Vermutung eines objektiv pflichtkonformen Verhaltens.⁹ Hintergrund ist, dass unternehmerische Entscheidungen typischerweise mit Risiken

verbundene Prognoseentscheidungen sind. Eine Haftung für jede fehlgeschlagene Risikoentscheidung würde zu einer übervorsichtigen Unternehmensführung, dem Auslassen von Chancen und letztendlich dem Stagnieren des Unternehmens führen.¹⁰ Die Business Judgement Rule verhindert dies und eröffnet unternehmerischen Handlungsspielraum, „ohne den eine unternehmerische Tätigkeit schlechterdings nicht denkbar ist“¹¹. Die vier Prüfungspunkte der Business Judgement Rule lassen sich dabei weitgehend aus dem Gesetzestext des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG ablesen: 1. Unternehmerische Entscheidung, 2. Informationspflicht, 3. Zum Wohle der Gesellschaft, 4. Guter Glaube.¹² Die Details und der Einbau dieser Prüfungspunkte in die klassische Untreueprüfung sollen an den folgenden zwei Fällen dargestellt werden.

II. Ausgangsfall: Wertpapiergeschäfte¹³

Das alleinvertretungsbefugte Vorstandsmitglied V nimmt für die B-Bank-AG riskante Wertpapiergeschäfte vor. V war sich gewisser Risiken der Wertpapiere bewusst, vertraute jedoch auf die sehr positive Einschätzung der Wertpapiere durch die Rating Agenturen. Auch die von der Bank selbst erstellte Analyse gelangte zu einer guten Einschätzung der Wertpapiere. Als sich die Risiken dennoch realisieren, verliert die Bank 1 Mio. €. Stellt das Verhalten des Vorstandsmitglieds V eine Straftat gem. § 266 StGB dar?

V könnte sich durch die Wertpapiergeschäfte wegen Untreue gem. § 266 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Es müsste im objektiven Tatbestand der Missbrauchstatbestand (1. Var.) oder der Treubruchtatbestand (2. Var.) erfüllt sein.¹⁴

a) Missbrauchstatbestand (1. Var.)

Untreue setzt im Missbrauchstatbestand eine Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis, einen Missbrauch dieser Befugnis, eine durch den Missbrauch verletzte Vermögensbetreuungspflicht (h.M.)¹⁵ und einen Vermögensnachteil voraus.

* Die Autorin ist Juniorprofessorin für Kriminologie, Criminal Compliance, Risk Management und Strafrecht an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg sowie Affiliate Fellow des Information Society Project der Yale Law School (USA).

¹ BGH NJW 2017, 578 (HSH-Nordbank); siehe zivilrechtlich auch OLG Düsseldorf CCZ 2010, 117 (119).

² BGHSt 46, 30 (34 f.) = NJW 2000, 2364 (2365) – Kreditvergabe I; BGHSt 47, 148 (149 f.) = NJW 2002, 1211 (1213 f.) – Kreditvergabe II.

³ § 93 Abs. 1 S. 2 AktG.

⁴ § 116 S. 1 AktG i.V.m. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG.

⁵ § 93 Abs. 1 S. 2 AktG analog; beachte jedoch: keine analoge Anwendung bei Insolvenzverwaltern, BGHZ 225, 90.

⁶ § 34 Abs. 1 S. 2 GenG.

⁷ Eingeführt durch BGBI. I 2005, S. 2802 (Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts – UMAG); zuvor bereits seit 1997 Anerkennung in der Rspr.: BGHZ 135, 244 = NJW 1997, 1926 (ARAG/Garmenbeck); vgl. auch Baur/Holle, AG 2017, 597 (598).

⁸ BGH NJW 2017, 578 (579) – HSH-Nordbank.

⁹ Sailer-Coceani, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Aktiengesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2020, § 93 Rn. 14 m.w.M.

¹⁰ BGH NJW 1997, 1926 (1927); Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2020, § 20 Rn. 45.

¹¹ BGH NJW 1997, 1926 (1927).

¹² Vgl. Sailer-Coceani (Fn. 9), § 93 Rn. 13 m.w.M.; Willen, Die Business Judgement Rule. Auslegung der Legalitätspflicht bei unklarer Rechtslage, 2021, S. 23 ff.; Taube, Die Anwendung der Business Judgment Rule auf den GmbH-Geschäftsführer, 2018, S. 41 ff.

¹³ Angelehnt an BGH NJW 2017, 578 (HSH-Nordbank); siehe zivilrechtlich auch OLG Düsseldorf CCZ 2010, 117, (119).

¹⁴ Zum Prüfungsaufbau: Auch das Anprüfen beider Tatbestandsvarianten unter jeweils eigenen Überschriften ist möglich.

¹⁵ Siehe nur BGHSt 47, 187 (192); Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, 23. Aufl. 2021, § 18 Rn. 14; Hoyer, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 266 Rn. 10 ff.

aa) Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis

V ist laut Sachverhalt alleinvertretungsbefugt (§ 78 Abs. 1, Abs. 2 AktG) und damit verfügungs- und verpflichtungsbefugt.

bb) Missbrauch der Befugnis

Eine Befugnis wird missbraucht, wenn sie wirksam im Außenverhältnis genutzt wird und gleichzeitig eine (gravierende) Pflichtwidrigkeit im Innenverhältnis darstellt.¹⁶ Ob bei Risikoentscheidungen eine Pflichtwidrigkeit zusätzlich „gravierend“ bzw. „evident“ sein muss ist in der Rspr. umstritten¹⁷: der 1. Strafsenat fordert dies,¹⁸ der 3. Strafsenat lehnt das Erfordernis ab.¹⁹

Gegen das Erfordernis spricht, dass es sich dem Wortlaut des § 266 StGB nicht entnehmen lässt.²⁰ Dafür spricht jedoch das Bedürfnis, die Weite des Tatbestands durch eine restriktive Auslegung zu beschränken (Bestimmtheitsgebot Art. 103 Abs. 2 GG; ultima-ratio-Prinzip). Dem hat sich auch das BVerfG angeschlossen, wenn es die tatbestandsbegrenzende, präzisierende Funktion des Merkmals betont.²¹

Der Streit muss jedoch nicht entschieden werden, wenn schon eine einfache Pflichtverletzung von vornherein ausgeschlossen ist.

Anzeichen, dass der Erwerb der Wertpapiere im Außenverhältnis unwirksam wäre, fehlen. Fraglich ist aber, ob der Erwerb der Wertpapiere im Innenverhältnis eine (gravierende) Pflichtwidrigkeit darstellt. Darüber enthält das Strafrecht selbst keine Aussagen. Um eine Pflichtwidrigkeit festzustellen, ist – wie bereits erwähnt – ein Blick in außerstrafrechtliche Materien wie das Gesellschaftsrecht nötig.

Besondere Vereinbarungen im Innenverhältnis über einen bestimmten Pflichtenmaßstab fehlen. Es ist somit auf die allgemeinen Vorschriften zurückzugreifen, hier die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers (§§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 S. 1 AktG).²²

(1) Business Judgement Rule

Eine Pflichtwidrigkeit könnte hier jedoch von vornherein nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG (Business Judgement Rule) ausgeschlossen sein. Dies setzt voraus, dass eine unternehmerische Entscheidung (a) vorliegt, Informationspflichten (b) Genüge getan wurde, zum Wohle der Gesellschaft (c) gehandelt wurde, und guter Glaube (d) vorliegt.

(a) Eine unternehmerische Entscheidung ist eine Entscheidung, die aufgrund ihres Zukunftsbezugs durch Prognosen und nicht rechtlich gebundene Einschätzungen²³ geprägt ist. Die Entscheidung, Wertpapiere zu erwerben, ist eine solche von Prognosen geprägte Entscheidung.

(b) Es müsste vor der Entscheidung eine *ex ante* (!) angemessene Tatsachengrundlage geschaffen worden sein.²⁴ Dabei gilt: je risikoreicher bzw. folgenreicher eine Entscheidung, desto solider sollte die Informationsgrundlage sein.²⁵

Hier wurden nicht nur Informationen von Rating-Agenturen eingeholt und diesen etwa „blind vertraut“ (dies wäre keine „angemessene Tatsachengrundlage“²⁶), sondern die Bank selbst erstellte eine eigene Analyse als Informationsgrundlage. Die Informationspflicht wurde damit erfüllt.

(c) Nur wer zum Wohle der Gesellschaft handelt, kann sich auf den „sicheren Hafen“ der Business Judgement Rule berufen. Es gibt insbesondere zwei Konstellationen, bei denen ein Handeln zum Wohle der Gesellschaft abzulehnen ist: 1. bei einem Handeln auf Grund sachfremder Sonderinteressen (Interessenkonflikte, z.B. Risikogeschäfte zum Vorteil eines Verwandten, bei welchem die widerstreitenden Interessen nicht ausgeblendet werden²⁷), 2. bei Vorliegen einer evidenten Verfehlung von Unternehmensinteressen (*ex ante!*).

Hier sind sachfremde Sonderinteressen nicht ersichtlich.

Fraglich ist, ob aber eine evidente Verfehlung von Unternehmensinteressen aus *ex ante* Sicht vorliegt.

Der Erwerb riskanter Wertpapiere stellt *an sich* betrachtet keine evidente Verfehlung dar.²⁸ Es ist vielmehr gerade Aufgabe von Bankmanagern Risiken und damit auch Gewinnchancen einzugehen.²⁹

Eine evidente Verfehlung könnte jedoch vorliegen, wenn es sich um Wertpapiergeschäfte handelt, die zu einer Bestandsgefährdung³⁰ (vgl. § 91 Abs. 2 AktG) des Unternehmens füh-

²³ Nicht unter die Business Judgement Rule fallen rechtlich gebundene Entscheidungen, d.h. Entscheidungen, die bereits durch Satzung oder sonstige Gesetze vorgegeben oder verboten sind. Gesetzeswidriges Handeln ist generell nicht von der Business Judgement Rule gedeckt (Legalitätspflicht der Unternehmensleitung); vgl. nur *Sailer-Coceani* (Fn. 9), § 93 Rn. 15; *Arnold*, ZGR 2014, 76 (79).

²⁴ BGH NJW 2017, 578 (580) – HSH-Nordbank („Um Informationspflichten zu genügen[,] [...] 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 [...]. Dem Vorstand steht ein dem konkreten Einzelfall angepasster Spielraum zu, den Informationsbedarf selbst abzuwägen [...].“).

²⁵ Vgl. *Wittig* (Fn. 10), § 20 Rn. 56b.

²⁶ *Strate*, HRRS 2012, 416 (418 f.); *Schröder*, NJW 2010, 1169 (1173); vgl. auch OLG Düsseldorf CCZ 2010, 117 (119).

²⁷ Vgl. *Sailer-Coceani* (Fn. 9), § 93 Rn. 19.

²⁸ Zum Risikogeschäft grundsätzlich *Saliger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 266 Rn. 61

²⁹ *Schröder*, ZStW 2011, 771 (784).

³⁰ A.A. nur, wenn *konkrete* Bestandsgefährdung vorliegt:

¹⁶ BGHSt 5, 61 (63); *Rengier* (Fn. 15), § 18 Rn. 8; *Wittig* (Fn. 10), § 20 Rn. 33 ff.; *Hoyer* (Fn. 15), § 266 Rn. 75.

¹⁷ Ausführlich zur Entwicklung der Rspr. *Wagner*, ZStW 131 (2019), 319 ff.

¹⁸ BGHSt 47, 148 (150) – Kreditvergabe II; BGHSt 47, 187 (197) – SSV Reutlingen; BGHSt 55, 288 (300) – Siemens/AUB; siehe auch OLG Hamm NSTZ-RR 2012, 374.

¹⁹ BGHSt 50, 331 (Mannesmann); zur ebenfalls in diese Richtung weisenden HSH-Nordbank-Entscheidung des 5. Strafsenats siehe unten Fn. 50 und begleitenden Text.

²⁰ *Schünemann*, NSTZ 2005, 473 (475).

²¹ BVerfGE 126, 170 (210 f.).

²² Vgl. *Wittig* (Fn. 10), § 20 Rn. 56b.

ren.³¹ Hier ist jedoch im Sachverhalt keine Bestandsgefährdung, etwa Beinahe-Insolvenz, ersichtlich.

Anzeichen, dass V nicht zum Wohle der Gesellschaft handelte, fehlen damit.

(d) Es gilt der Grundsatz: Wer bereits selbst nicht an die Richtigkeit des eigenen unternehmerischen Vorgehens glaubt, verdient auch keinen Schutz.³² Hier ist ein Fehlen des guten Glaubens jedoch nicht ersichtlich.

(2) Folge des Erfüllens der Business Judgement Rule: unwiderlegliche Vermutung objektiv pflichtkonformen Verhaltens

Alle Voraussetzungen der Business Judgement Rule sind erfüllt. Daraus folgt eine unwiderlegliche Vermutung eines objektiv pflichtkonformen Verhaltens. Somit liegt keine (gravierende³³) Pflichtwidrigkeit im Sinne der Untreue vor (negative Akzessorietät, Einheit der Rechtsordnung). Ein Missbrauch der Befugnis scheidet somit aus. Der Missbrauchstatbestand ist nicht erfüllt.

b) Treubruchtatbestand (2. Var.)³⁴

Es könnte jedoch der Treubruchtatbestand erfüllt sein. Dieser setzt voraus, dass eine Vermögensbetreuungspflicht, eine Pflichtverletzung und ein Vermögensnachteil vorliegen. Bankvorstände trifft zwar regelmäßig eine auf das Vermögen der Bank bezogene Vermögensbetreuungspflicht. Jedoch ist eine Verletzung dieser Pflicht auf Grund der Business Judgement Rule auch hier ausgeschlossen (siehe oben).

Der objektive Tatbestand des § 266 StGB ist nicht erfüllt.

2. Ergebnis

V ist nicht nach § 266 StGB strafbar.

III. Abwandlung: Kreditvergabe³⁵

Das alleinvertretungsbefugte Vorstandsmitglied V der B-Bank-AG vergibt, ohne sich die Jahresabschlüsse vorlegen zu lassen, einen Kredit von 1 Mio. € an die E-GmbH, deren Geschäftsführerin seine Schwester E ist. Hätte V sich die Jahresabschlüsse vorlegen lassen, hätte er erkennen müssen, dass die E-GmbH kurz vor der Insolvenz steht. Auch ohne Einsicht in die Jahresabschlüsse hielt er es jedoch für möglich und nahm es in Kauf, dass die E-GmbH den Kredit nicht

Drygala, in: Grundmann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010, 2010, S. 541 ff.; *Mülbert*, in: Kempf/Lüderssen/Volk (Hrsg.), *Ökonomie versus Recht im Finanzmarkt?*, 2011, S. 85 ff.

³¹ Schröder, NJW 2010, 1169 (1172); vgl. auch speziell zu den Fällen IKB und Sachsen LB Lutter, ZIP 2009, 197 (199).

³² Taube (Fn. 12), S. 86.

³³ Der in Fn. 17 ff. und begleitendem Text angesprochene Streit, ob die Pflichtverletzung „gravierend“ sein muss oder nicht, muss hier nicht entschieden werden, da schon eine einfache Pflichtverletzung ausscheidet.

³⁴ Zum alternativen Prüfungsaufbau siehe oben Fn. 14.

³⁵ Angelehnt an BGHSt 46, 30 (34 f.) = NJW 2000, 2364 (2365) – Kreditvergabe I; BGHSt 47, 148 (149 f.) = NJW 2002, 1211 (1213 f.) – Kreditvergabe II.

zurückzahlen würde. Wegen der Verwandtschaft zu E, störte ihn das jedoch nicht. Stellt das Verhalten des Vorstandsmitglieds V eine Straftat gem. § 266 StGB dar? (Auf § 18 KWG wird hingewiesen.)

V könnte sich durch die Kreditvergabe gem. § 266 StGB strafbar gemacht haben.

I. Objektiver Tatbestand

Es müsste im objektiven Tatbestand der Missbrauchstatbestand (1. Var.) oder der Treubruchtatbestand (2. Var.) erfüllt sein.³⁶

a) Missbrauchstatbestand (1. Var)

Untreue setzt im Missbrauchstatbestand eine Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis, einen Missbrauch dieser Befugnis, eine durch den Missbrauch verletzte Vermögensbetreuungspflicht (h.M.)³⁷ und einen Vermögensnachteil voraus.

aa) Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis

V ist laut Sachverhalt alleinvertretungsbefugt (§ 78 Abs. 1, Abs. 2 AktG).

bb) Missbrauch der Befugnis

Eine Befugnis wird missbraucht, wenn sie wirksam im Außenverhältnis genutzt wird, und gleichzeitig eine (str. gravierende³⁸) Pflichtwidrigkeit im Innenverhältnis darstellt.³⁹

Anzeichen, dass die Vergabe des Kredits im Außenverhältnis unwirksam wäre, fehlen. Fraglich ist aber, ob die Kreditvergabe im Innenverhältnis eine (gravierende) Pflichtwidrigkeit darstellt. Darüber enthält das Strafrecht selbst wieder keine Aussagen. Um eine Pflichtwidrigkeit festzustellen, ist – wie einleitend erwähnt – ein Blick in außerstrafrechtliche Materien wie das Gesellschaftsrecht nötig.

Besondere Vereinbarungen im Innenverhältnis zum Pflichtenmaßstab fehlen. Es ist somit auf die allgemeinen Vorschriften zurückzugreifen, hier die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers (§§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 S. 1 AktG).

(1) Business Judgement Rule

Die Pflichtwidrigkeit könnte hier jedoch nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG (Business Judgement Rule) ausgeschlossen sein. Dies setzt voraus, dass eine unternehmerische Entscheidung (a) vorliegt, Informationspflichten (b) genüge getan wurde, zum Wohle der Gesellschaft (c) gehandelt wurde, und guter Glaube (d) vorliegt.

(a) Die Entscheidung, einen Kredit zu vergeben, ist eine von Prognosen geprägte Entscheidung⁴⁰ und damit eine unternehmerische Entscheidung.⁴¹

³⁶ Zum alternativen Prüfungsaufbau siehe oben Fn. 14.

³⁷ Siehe oben Fn. 14.

³⁸ Siehe zum Streit um das tatbestandbegrenzende Merkmal der „gravierenden“ Pflichtverletzung und wann der Streit nicht entschieden werden muss oben Fn. 17 ff. und begleitenden Text.

³⁹ Siehe oben Fn. 16.

(b) Fraglich ist jedoch, ob V eine *ex ante* (!) angemessene Tatsachengrundlage geschaffen hat.⁴² Hier hat sich V nicht die Jahresabschlüsse vorlegen lassen. Damit verstößt er gegen die Informationspflicht aus § 18 S. 1 KWG, sodass Informationspflichten nicht erfüllt wurden. Die Voraussetzungen der Business Judgement Rule sind schon aus diesem Grund nicht gegeben.

(c) Zudem könnte V nicht zum Wohle der Gesellschaft gehandelt haben. Es gibt zwei Konstellationen, bei denen man nicht zum Wohle der Gesellschaft handelt: 1. wenn man auf Grund sachfremder Sonderinteressen handelt (Interessenkonflikte, z.B. Risikogeschäfte zum Vorteil eines Verwandten, bei welchem die widerstreitenden Interessen nicht ausgeblendet werden⁴³), 2. wenn eine evidente Verfehlung von Unternehmensinteressen (*ex ante*!) vorliegt.

Hier hat V aus sachfremden Sonderinteressen gehandelt, da durch die Vergabe eines Kredites an einen Verwandten ein Interessenkonflikt vorliegt, den er nicht ausgeblendet hat. V handelte nicht zum Wohle der Gesellschaft. Auch aus diesem Grund sind die Voraussetzungen der Business Judgement Rule somit nicht erfüllt.

Eine Pflichtverletzung ist somit nicht ausgeschlossen.

(2) *Folge des Nichterfüllens der Business Judgement Rule: Strafrechtlich relevante Pflichtverletzung i.S.d. § 266 StGB?*

Fraglich ist, was aus der Nichterfüllung der Voraussetzungen der Business Judgement Rule folgt. Es ist in zwei Stufen zu prüfen: Führt das Nichterfüllen zu einer Pflichtverletzung i.S.d. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG (a), und wenn ja, stellt dieser außerstrafrechtliche Verstoß auch eine (str. gravierende) Pflichtverletzung im Sinne der Untreue dar (b)?

(a) Eine Pflichtverletzung i.S.d. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG ergibt sich zwar *nicht automatisch* aus einem Verstoß gegen die Business Judgement Rule, sie ist jedoch *indiziert*.⁴⁴ Dabei ist sich für einen Verstoß gegen § 93 Abs. 1 S. 1 AktG stets am Maßstab eines „schlechthin unvertretbaren Vorstandshandeln“⁴⁵ zu orientieren. Im vorliegenden Fall kann mit Blick auf die Verletzung der Informationspflichten und den nicht ausgeblendeten Interessenkonflikt von einer solchen zivilrechtlichen Pflichtverletzung i.S.v. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG ausgegangen werden.

(b) Nun ist jedoch weiter zu prüfen, ob dieser Verstoß gegen eine *außerstrafrechtliche* Norm auch gleichzeitig eine *strafrechtlich* relevante (gravierende) Pflichtverletzung im Sinne der Untreue darstellt.

Wie oben beschrieben, ist der Maßstab für die Pflichtverletzung bei § 266 StGB umstritten: der *I. Strafsenat* fordert, dass die Pflichtverletzung „gravierend“ ist,⁴⁶ der *3. Strafsenat*

lehnt dieses zusätzliche Erfordernis ab.⁴⁷ Die besseren Gründe (restriktive Auslegung, Bestimmtheitsgebot Art. 103 Abs. 2 GG, ultima ratio Prinzip)⁴⁸ sprechen dafür, das Merkmal „gravierend“ zur Tatbestandsbegrenzung zu erfordern.⁴⁹ (a.A. vertretbar).

Fraglich ist sodann jedoch, was genau unter „gravierend“ zu verstehen ist. Auch hier gehen die Ansichten auseinander.

Nach Ansicht des *5. Strafsenats* des BGH in der HSH-Nordbank Entscheidung, ist eine Verletzung von § 93 Abs. 1 S. 1 AktG stets eine so schwere Pflichtverletzung, dass sie *automatisch* eine gravierende Pflichtverletzung im Sinne der Untreue darstelle.⁵⁰ Durch diese Ansicht wird jedoch das Merkmal „gravierend“ praktisch ausgehöhlt; es verkommt zu einem bloßen „Lippenbekenntnis“.⁵¹

Richtigerweise ist die nötige Gravität der Untreuepflichtverletzung durch einen Verstoß gegen zivilrechtliche Pflichten, einschließlich gegen § 93 Abs. 1 S. 1 AktG, *nicht indiziert*. Vielmehr ist die Gravität in jedem Einzelfall positiv festzustellen.⁵² Speziell zu einem Verstoß gegen § 18 S. 1 KWG schreibt der *I. Strafsenat* des BGH zudem, dass auch ein solcher Verstoß *nicht generell* zu einer Untreuepflichtverletzung führe, sondern lediglich ein bei einer Gesamtschau zu berücksichtigender Anhaltspunkt sei.⁵³ Aufgrund überzeugender Argumente ist letzterer Ansicht zuzustimmen (a.A. vertretbar).

Es kommt also darauf an, ob bei einer „Gesamtschau“⁵⁴ das Verhalten des V eine strafrechtlich relevante gravierende Pflichtverletzung darstellt. Kriterien zur Beurteilung der Gravität sind u.a.: „[f]ehlende Nähe zum Unternehmensgegenstand, Unangemessenheit im Hinblick auf die Ertrags- und Vermögenslage, fehlende innerbetriebliche Transparenz sowie Vorliegen sachwidriger Motive.“⁵⁵

Hier hat V sich die Jahresabschlüsse nicht vorlegen lassen und dies auch nicht durch andere Informationsquellen ausgeglichen.⁵⁶ Zudem lag durch die Verwandtschaft ein Interessenkonflikt vor, der nicht ausgeblendet wurde.

Zwar handelt es sich bei der Kreditvergabe um einen dem Unternehmensgegenstand einer Bank nahestehenden Vorgang, und ist auch über die innerbetriebliche Transparenz im Sachverhalt nichts bekannt, so ist die Kreditvergabe doch unangemessen im Hinblick auf die Ertragslage für die Bank und V

⁴⁷ BGHSt 50, 331 (Mannesmann).

⁴⁸ Siehe oben Fn. 22.

⁴⁹ So auch *Wagner*, ZStW 131 (2019), 319 (361).

⁵⁰ BGH NJW 2017, 578 (579) – HSH-Nordbank; siehe jedoch Kritik in der Literatur vgl. *Baur/Holle*, JR 2019, 181.

⁵¹ Siehe *Wagner*, ZStW 131 (2019), 319 (361).

⁵² Siehe *Wagner*, ZStW 131 (2019), 319 (332 ff.) m.w.N.

⁵³ BGHSt 46, 30 (32) – Kreditvergabe I; siehe auch BGHSt 47, 148 ff. (Kreditvergabe II); *Wittig* (Fn. 10), § 20 Rn. 55.

⁵⁴ Vgl. BGHSt 47, 187 (197) – SSV Reutlingen; zustimmend etwa *Dierlamm*, StraFo 2005, 397 (403 f.).

⁵⁵ BGHSt 47, 187 (197) – SSV Reutlingen; zustimmend etwa *Wessing*, EWär2002, 305 (306).

⁵⁶ Zur Möglichkeit des Ausgleichs BGHSt 46, 30 (32) – Kreditvergabe I; BGHSt 47, 148 (152) – Kreditvergabe II.

⁴⁰ Siehe oben Fn. 24.

⁴¹ Vgl. nur *Wittig* (Fn. 10), § 20 Rn. 51 m.w.N.

⁴² Siehe oben Fn. 25.

⁴³ Siehe oben Fn. 28.

⁴⁴ BGH NJW 2017, 578 (579) m.w.N. (HSH-Nordbank).

⁴⁵ BGH NJW 2017, 578 (580) m.w.N. (HSH-Nordbank).

⁴⁶ BGHSt 47, 148 (150) – Kreditvergabe II; BGHSt 47, 187 (197) – SSV Reutlingen; BGHSt 55, 288 (300) – Siemens/AUB; siehe auch OLG Hamm NSTZ-RR 2012, 374.

ließ sich mit Blick auf die Verwandtschaft von sachwidrigen Motiven leiten.

Eine Gesamtschau ergibt, dass das Verhalten des V eine gravierende Pflichtverletzung im Sinne der Untreue darstellt.⁵⁷

Auch der in der Prüfung des § 266 StGB nötige vermögensschützende Charakter der verletzten Pflicht bzgl. des betrauten Vermögens⁵⁸ ist zu bejahen.⁵⁹

Eine Pflichtwidrigkeit i.S.d. § 266 StGB liegt vor. Ein Missbrauch der Befugnis ist somit gegeben.

bb) Vermögensbetreuungspflicht

Im soeben festgestellten Missbrauch müsste zudem einer Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht liegen (h.M.⁶⁰). Eine Vermögensbetreuungspflicht setzt voraus, dass es sich um eine Hauptpflicht handelt⁶¹ und V eine gewisse Selbständigkeit und Entscheidungsspielraum hat.⁶² Bankvorstände wie V trifft regelmäßig eine auf das Vermögen der Bank bezogene Vermögensbetreuungspflicht. Durch den Missbrauch wurde auch gerade diese Vermögensbetreuungspflicht verletzt.

cc) Vermögensnachteil

Es müsste zudem ein Vermögensnachteil, d.h. ein Vermögensabfluss ohne Kompensation, der unmittelbar auf dem pflichtwidrigen Tun beruht, positiv festgestellt werden.⁶³ Aus einer Pflichtwidrigkeit folgt nicht automatisch ein Vermögensnachteil (Verschleifungsverbot).⁶⁴

Hier liegt ein unmittelbarer Vermögensnachteil jedoch bereits in der Minderwertigkeit des Rückzahlungsanspruches im Vergleich mit der ausgereichten Darlehnsvaluta, d.h. im Abschluss des Darlehnsvertrages zu einem dem tatsächlichen Risiko nicht angemessenen – zu niedrigen – Zinssatz.⁶⁵ (Ein Rückgriff auf die schadensgleiche Vermögensgefährdung⁶⁶ ist nicht nötig.⁶⁷)

dd) Zwischenergebnis

Der Missbrauchstatbestand ist erfüllt.

⁵⁷ Vgl. so im Ergebnis auch *Hellmann*, Fälle zum Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2018, S. 91.

⁵⁸ BGHSt 55, 288 (301) – Siemens/AUB; *Wittig* (Fn. 10), § 20 Rn. 40a; *Saliger* (Fn. 28), § 226 Rn. 35; *Hoyer* (Fn. 15), § 266 Rn. 51.

⁵⁹ § 18 KWG bezweckt nicht nur den Schutz des Kreditwesens als solches, sondern auch des Vermögens gerade der geldgebenden Bank.

⁶⁰ Siehe oben Fn. 14.

⁶¹ BGHSt 47, 295 (297); *Rengier* (Fn. 15), § 18 Rn. 16; *Wittig* (Fn. 10), § 20 Rn. 70.

⁶² BGH NStZ 2013, 407; BGH NJW 2016, 3253; *Rengier* (Fn. 15), § 18 Rn. 17; *Hoyer* (Fn. 15), § 266 Rn. 32.

⁶³ Vgl. *Rengier* (Fn. 15), § 18 Rn. 49 ff.; *Wittig* (Fn. 10), § 20 Rn. 134 ff.

⁶⁴ BVerfG NJW 2010, 3209 (3215 Rn. 113); *Wittig* (Fn. 10), § 20 Rn. 134; so schon *Saliger*, ZStW 2000, 563 (610).

⁶⁵ Vgl. auch *Hellmann* (Fn. 57), S. 91.

⁶⁶ Hierzu ausführlich *Mansdörfer*, JuS 2009, 114.

⁶⁷ Vgl. BGH NJW 2008, 2451; BGHSt 53, 199.

b) Treubruchtatbestand (2. Var.)⁶⁸

Es könnte zudem der Treubruchtatbestand erfüllt sein. Dieser setzt voraus, dass eine Vermögensbetreuungspflicht, eine Pflichtverletzung und ein Vermögensnachteil vorliegen.

aa) Vermögensbetreuungspflicht

Die Vermögensbetreuungspflicht setzt, wie oben bereits genannt, voraus, dass es sich um eine Hauptpflicht handelt⁶⁹ und V eine gewisse Selbständigkeit und Entscheidungsspielraum hat.⁷⁰ Bankvorstände wie V trifft regelmäßig eine auf das Vermögen der Bank bezogene Vermögensbetreuungspflicht.

bb) Pflichtverletzung

V müsste diese Vermögensbetreuungspflicht verletzt haben. Wie oben bereits dargelegt⁷¹, muss es sich auch hier um eine „gravierende“ Pflichtverletzung handeln, die nach den Kriterien einer Gesamtbetrachtung⁷² zu bestimmen ist. Nach dem oben dargelegten Maßstab liegt hier eine gravierende Pflichtverletzung vor (siehe oben).

cc) Vermögensnachteil

Es liegt zudem, wie oben beschrieben,⁷³ ein unmittelbarer Vermögensnachteil vor in Form der Minderwertigkeit des Rückzahlungsanspruches im Vergleich mit der ausgereichten Darlehnsvaluta.

dd) Zwischenergebnis

Der Treubruchtatbestand ist erfüllt.

Der objektive Tatbestand des Missbrauchstatbestands (Var. 1) und des Treubruchtatbestands (Var. 2) ist erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand (Vorsatz)

V müsste zumindest mit *dolus eventualis* gehandelt haben.⁷⁴ V handelte hier mit Wissen und Wollen bzgl. aller objektiver Elemente beider Tatbestandsvarianten. Er hielt es insbesondere für möglich und nahm es billigend in Kauf, dass der B-Bank-AG ein Vermögensnachteil durch sein Handeln entsteht. Er handelte damit vorsätzlich in beiden Tatbestandsvarianten.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

V handelte rechtswidrig und schuldhaft.

⁶⁸ Zum alternativen Prüfungsaufbau siehe oben Fn. 14.

⁶⁹ BGHSt 47, 295 (297); *Rengier* (Fn. 15), § 18 Rn. 16; *Wittig* (Fn. 10), § 20 Rn. 70.

⁷⁰ BGH NStZ 2013, 407; BGH NJW 2016, 3253; *Rengier* (Fn. 15), § 18 Rn. 17; *Hoyer* (Fn. 15), § 266 Rn. 32.

⁷¹ Siehe oben Fn. 49 und begleitenden Text.

⁷² Siehe oben Fn. 54 und begleitenden Text.

⁷³ Siehe oben Fn. 68 und begleitenden Text.

⁷⁴ Vgl. *Hoyer* (Fn. 15), § 266 Rn. 118; Beachte zudem: Bei einem Gefährdungsschaden gilt zudem das Erfordernis des Abfindens mit der späteren Realisierung der Gefährdung BGH NStZ 2007, 704 (705); *Wittig* (Fn. 10), § 20 Rn. 165.

4. Strafzumessung

Es ist ein besonders schwerer Fall gem. § 266 Abs. 2 StGB i.V.m. § 263 Abs. 3 Nr. 2 Var. 1 StGB anzunehmen, da es sich um einen Vermögensverlust von großem Ausmaß handelt (h.M. ab ca. 50.000 €⁷⁵; a.A. ab ca. 100.000 €⁷⁶).

5. Ergebnis

V ist strafbar gem. § 266 Abs. 1 Var. 1 StGB (Missbrauchstatbestand) und gem. § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB (Treubruchstatbestand).

Der Treubruchstatbestand ist *lex generalis* zum Missbrauchstatbestand. Er tritt im Wege der Gesetzeskonkurrenz (Spezialität) hinter den Missbrauchstatbestand zurück.⁷⁷

⁷⁵ Siehe BGH NZG 2013, 268 (270); *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 68. Aufl. 2021, § 266 Rn. 189 m.w.N.

⁷⁶ *Saliger* (Fn. 28), § 266 Rn. 136.

⁷⁷ Vgl. *Wittig* (Fn. 10), § 20 Rn. 10 m.w.N.