

BB-Kommentar

„BGH verschärft Strafbarkeit für Vorstände wegen Untreue und unrichtiger Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft“

PROBLEM

Das Urteil befasst sich mit der strafrechtlichen Aufarbeitung des Skandals um die HSH-Nordbank in der Finanzkrise 2007/2008. Dabei ging es konkret um die sogenannte „Omega 55“-Transaktion. Mit dieser Transaktion sollte durch mehrere miteinander verbundene Geschäfte unter Ausnutzung regulatorischer Besonderheiten eine Verbesserung der Eigenkapitalquote ohne entsprechende Reduzierung der wirtschaftlichen Risiken erreicht werden. Tatsächlich wurde durch die Transaktion zusätzlich zu den anfallenden Kosten das wirtschaftliche Risiko der HSH-Nordbank weiter erhöht. Die Verhandlungen und der Abschluss fanden ab Mitte November unter erheblichem Zeitdruck statt, da die Verträge noch vor Jahresende abgeschlossen werden mussten. Der Vorstand beschloss die Transaktion im Umlaufverfahren kurz vor Weihnachten 2007. Die der Entscheidung zugrunde liegenden vier Dokumente (Kreditvorlagen, Voten) enthielten „Warnhinweise“ wegen der Komplexität und des Zeitdrucks. Eine intern vorgeschriebene Gesamtprüfung gerade der aufsichtsrechtlichen Eigenkapitalentlastung durch die Rechtsabteilung erfolgte nicht. Entgegen der Zielsetzung des Vorstands führte die Omega 55-Transaktion bei einer zutreffenden Anwendung der aufsichtsrechtlichen Vorschriften nicht zu einer Verbesserung der Eigenkapitalquote. Stattdessen resultierten daraus im Jahr 2008 bei einem Gesamtvolumen der Transaktion von 400 Mio. Euro Verluste in Höhe von ca. 150 Mio. Euro. Zwei der angeklagten Vorstände hatten darüber hinaus die Veröffentlichung eines Quartalsberichts zum 31.3.2008 und einer Pressemitteilung am 20.6.2008 veranlasst, in denen statt einem Verlust von 31 Mio. Euro ein Überschuss in Höhe von 81 Mio. Euro ausgewiesen wurde; Hintergrund war die Falschbilanzierung eines Teilgeschäfts der Omega 55-Transaktion.

Das LG Hamburg hatte die Angeklagten vom Vorwurf der Untreue (§ 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB) und der unrichtigen Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft (§ 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG) freigesprochen. Die Pflichtverletzungen beim Abschluss der Omega 55-Transaktion seien nicht offensichtlich oder gravierend und die unrichtige Darstellung angesichts des Verhältnisses zur Bilanzsumme der Bank (lediglich ca. 0,05%) nicht erheblich gewesen.

ZUSAMMENFASSUNG

Der BGH hat die Freisprüche aufgehoben und die Sache zur Neuverhandlung an eine andere Kammer des LG Hamburg zurückverwiesen. Die Anwendung des Untreuetatbestands (§ 266 Abs. 1 StGB) ist zwar auf „klare und deutliche“ Fälle zu beschränken. Bei einem Verstoß gegen die Pflicht des Vorstands, die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden (§ 93 Abs. 1 S. 1 AktG), liegt aber, so der BGH, stets eine „gravierende“ und „evidente“ Pflichtverletzung vor. Zur Bewertung der unrichtigen Darstellung (§ 400 AktG) reicht nach Ansicht des BGH der Hinweis des LG auf die bei Banken nicht aussagekräftige Bilanzsumme als Maßstab der Erheblichkeit nicht aus. Vielmehr ist, so der BGH, eine Gesamtschau aller Umstände vorzunehmen. Eine solche Gesamtbetrachtung hätte angesichts der angespannten Lage in der Finanzkrise dazu führen müssen, die Abweichung von insgesamt rund 112 Mio. Euro und den Wechsel von der Verlust- in die Gewinnzone als erheblich einzustufen.

PRAXISFOLGEN

Der BGH hat im Anschluss an das Mannesmann-Urteil aus dem Jahr 2005 (21.12.2005 – 3 StR 470/04, BGHSt 50, 331, 336) klargestellt, dass ein zivilrechtlicher Pflichtverstoß in Bezug auf § 93 Abs. 1 S. 1 AktG automatisch zu einer strafrechtlichen Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht nach § 266 Abs. 1 StGB führt. Die Frage, ob der zivilrechtliche Verstoß „gravierend“ und „evident“ sei, sei keine weitere Voraussetzung des objektiven Untreuetatbestands, sondern müsse bereits bei der Frage, ob ein Pflichtverstoß nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG vorliege, geprüft werden. Damit verlagert der BGH die Auslegungsprobleme des Untreuetatbestands in das Aktienrecht. Für das Aktienrecht hat das kritische Auswirkungen. Denn Aufsichtsräte und Zivilgerichte müssen bei der Prüfung von Pflichtverletzungen von Vorständen nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG zukünftig berücksichtigen, dass die Annahme einer solchen Pflichtverletzung automatisch zur Erfüllung des objektiven Tatbestands der Untreue führt. Erfolgte die Pflichtverletzung vorsätzlich, ist auch der subjektive Tatbestand erfüllt. Dazu kommt, dass die Frage, ob der Verstoß „gravierend“ oder „evident“ war, in der aktienrechtlichen Beurteilung bisher keine Rolle gespielt hat. Vielmehr kommt es zunächst darauf an, ob die Voraussetzungen der Business Judgement Rule erfüllt sind, der Vorstand also bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG); „vernünftigerweise“ handelt der Vorstand nur dann nicht, wenn ein Risiko in völlig unverantwortlicher Weise falsch beurteilt worden ist (Hüffer/Koch, AktG, 12. Aufl. 2016, § 93, Rn. 23). Dies referiert auch der BGH im Besprechungsurteil (Rn. 31), hält aber dennoch darüber hinaus den Grad der Pflichtverletzung für relevant und gibt dem LG Hamburg dazu ausführliche Hinweise. „Ob“ eine Pflichtverletzung vorliegt, kann aber nicht davon abhängen „wie“ „gravierend“ oder „evident“ diese war. Schwer nachvollziehbar und fast skurril sind die Hinweise des BGH am Ende des Urteils, dass ein möglicher „Kapitalmarkterfolg“ als Gegenwert des eingetretenen Vermögensnachteils zu berücksichtigen sei; es habe die realistische Chance bestanden, dass die Aufsichtsbehörden das Geschäft nicht beanstandet hätten. Dem stehe nicht entgegen, dass das Geschäft objektiv auf eine Irreführung des Kapitalmarkts hinausgelaufen wäre; § 266 StGB schütze nicht die Moral, sondern nur das Vermögen (Rn. 50f.). Der BGH kann nicht ernsthaft einen durch Irreführung des Kapitalmarkts erzielten „Erfolg“ einem Vermögensnachteil entgegensetzen. Erstens verflüchtigt sich dieser Vorteil, wenn die Täuschung „auffliegt“, wobei dann noch ein Imageschaden dazu kommt. Zweitens stellt eine solche bewusste Irreführung regelmäßig eine sittenwidrige, vorsätzliche Schädigung nach § 826 BGB dar (BGH, 19.7.2004 – II ZR 402/02, BB 2004, 1816, 1818 – Infomatec). Überzeugend sind dagegen die Ausführungen zu § 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG. Hier schien die Argumentation des LG, die Abweichung von rund 112 Mio. Euro und der Wechsel von Minus nach Plus seien nicht erheblich, unvertretbar und ergebnisorientiert. Jedenfalls ist die Kammer des LG Hamburg, die sich erneut mit dem Fall zu beschäftigen hat, nicht zu beneiden.

Prof. Dr. Olaf Müller-Michaels ist Professor für Wirtschaftsrecht an der FOM Hochschule in Essen und Rechtsanwalt in Düsseldorf. Seine Schwerpunkte sind Unternehmenstransaktionen, Gesellschaftsrecht, Kapitalmarktrecht und Compliance.

