



# Update Restrukturierung

Nr. 11/2021 • 1. September 2021

## Der Missbrauchstatbestand der Untreue: Pflichten der Vorstandsmitglieder einer Bank bei der Kreditvergabe

**In seiner Entscheidung vom 27.01.2021 hat sich der 3. Strafsenat des BGH mit den Pflichten von Sparkassenvorständen bei der Kreditvergabe und deren Bedeutung für die Untreue gem. § 266 Abs. 1 Alt. 1 StGB beschäftigt (BGH, Urt. v. 27.01.2021 – 3 StR 628/19). Nach erster Einschätzung hat der BGH die Anforderung an eine zulässige Kreditvergabe überhöht. Der allgemein geforderten stärkeren Unternehmens- und Risikofinanzierung durch Banken und Sparkassen ist damit ein Bärendienst erwiesen.**

Dr. Stefan Proske  
Dr. André-M. Szesny, LL.M.

Die Staatsanwaltschaft warf zwei Sparkassenvorständen und dem Leiter Marktfolge als Gehilfe Untreue durch pflichtwidrige Kreditvergabe vor. Die Angeklagten wirkten an einer indirekten und weitgehend unbesicherten Kreditvergabe an einen Sanierungsfall mit. Das Darlehen in Höhe von 600 T€ wurde zum Zwecke der Weiterleitung an das Beratungsunternehmen, das den Sanierungsfall im Auftrag der Sparkasse schon länger begleitet hatte, gegeben. In Höhe von 100 T€ wurde es durch Bürgschaften der Gesellschafter des Beratungsunternehmens besichert. Das Beratungsunternehmen hatte die Erfolgsaussichten der Sanierung der Sparkasse gegenüber als gut bezeichnet, dabei aber zusätzlichen Liquiditätsbedarf übersehen. Die Rückzahlung sollte aus dem Geschäft des Sanierungsfalls erfolgen, was tatsächlich aber nicht geschah. Der Sanierungsfall ging pleite, die Sparkasse leer aus und die Gesellschafter des Beratungsunternehmens verteidigten sich gegen die Inanspruchnahme aus der Bürgschaft damit, dass eine Haftung nie beabsichtigt gewesen sei.

### Sachverhalt

Die Angeklagten wurden erstinstanzlich vom Vorwurf der Untreue freigesprochen (LG Duisburg, Urt. v. 28.3.2019 – 34 KLS

### Erstinstanzliche Entscheidung

10/14). Nach Auffassung des Landgerichts sei die Kreditfreigabe an das in den Räumen der Sparkasse tätige Beratungsunternehmen, welches das volle Vertrauen der Sparkasse genoss, kaufmännisch gut vertretbar gewesen, weswegen es an einer Pflichtverletzung der Vorstandsmitglieder fehle. Die mehrfach von den Beratern gestellte und vorgelegte Fortführungsprognose sei positiv gewesen und der Kreditbetrag hätte nach der Planung von dem Sanierungsfall zeitnah wieder erwirtschaftet werden können.

Das sah der 3. Strafsenat des BGH anders. Er hob die Freisprüche auf und verwies die Sache zur erneuten Hauptverhandlung zurück.

Den Kern der Entscheidung bildet die Frage, ob die Vorstände ihre Vermögensbetreuungspflicht verletzt haben. Dabei verweist der BGH auf den Sorgfaltsmaßstab des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG. Dieser sei, sofern die Landessparkassengesetze – wie in NRW – keine eigenständigen Regeln enthielten, auf Sparkassenvorstände analog anzuwenden und von diesen zu beachten. Auf Grund dessen hätten die Vorstände die wirtschaftlichen Verhältnisse der Kreditnehmer, die beabsichtigte Verwendung von Krediten sowie eine Einschätzung der damit verbundenen Chancen und Risiken vorzunehmen. Dabei komme es namentlich auf die Bewertung vorhandener Sicherheiten an. Wiege ein Verstoß gegen die bei der Kreditvergabe zu beachtenden Sorgfaltspflichten schwer, führe er schon für sich gesehen zu einer Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht.

Auf dieser Grundlage sah der BGH die Kreditentscheidung als grundsätzlich unvertretbar an. Nur für einen geringen Teilbetrag sei eine Sicherheit bestellt worden und aus eigenen Mitteln hätte die Kreditnehmerin, das Beratungsunternehmen, den Kredit nicht zurückzahlen können. Unerheblich sei auch die Vorstellung der Beteiligten gewesen, dass die Rückzahlung aus den Umsätzen des Sanierungsfalls erfolgen sollte, da es sich dabei nur um eine ungesicherte Erwartung gehandelt habe. Letztlich verwirft der BGH die Vorstellung der Angeklagten, die Gesellschafter des Beratungsunternehmens würden die Kreditnehmerin nicht pleitegehen lassen, da solch eine Vorstellung werthaltige Sicherheiten nicht ersetzen könne.

### **Die Sicht des BGH**

### **Sorgfaltsmaßstab des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG**

### **Fehlende Sicherheiten**

Eine andere Beurteilung sei hier auch nicht vor dem Hintergrund geboten, dass es sich der Sache nach um einen Sanierungskredit gehandelt habe. Das damit verbundene höhere Risiko sei nämlich nur dann akzeptabel, wenn „die Kreditvergabe auf einem wirtschaftlichen vernünftigen Gesamtplan beruht und deshalb die Sanierung des gesamten Kreditengagements erfolgversprechend erscheint“ (Rn. 27). Das beurteile sich nach den Kriterien, die die Zivilgerichte für zulässige Sanierungskredite aufgestellt hätten. Deren Erfüllung habe das Landgericht nicht festgestellt. Es sei zweifelhaft, ob überhaupt ein „*aktueller belastbarer Sanierungsplan eines unvoreingenommenen branchenkundigen Fachmanns*“ vorgelegen habe (Rn. 29).

Auch wenn die Mängel bei der Kreditvergabe ins Auge springen, erscheint doch fraglich, ob diese BGH-Entscheidung den verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Untreuestrafbarkeit bei der Kreditvergabe genügt. In seiner grundlegenden Entscheidung vom 23.06.2010 (2 BvR 2559/08 u. a.), in der es u. a. um die Strafbarkeit der Vorstände der Berliner Bankgesellschaft ging, hat das BVerfG klargestellt, dass auch massive Verstöße gegen Sorgfaltspflichten bei der Kreditvergabe für sich genommen den Straftatbestand der Untreue nicht erfüllen. Erforderlich sei vielmehr, dass der dadurch dem Opfer, hier also der Sparkasse, entstandene Nachteil zur Tatzeit, also bei Kreditausreichung nachgewiesen ist (BVerfG, a. a. O., Rn. 148 ff.). Ferner muss sich, wie der BGH in der Folgeentscheidung festgestellt hat, der Vorsatz des Täters auch auf die Nachteilszufügung beziehen (BGH 5 StR 551/11, Urteil vom 28.05.2013, Rn. 18). Bereits zuvor hatte der 1. Strafsenat des BGH klargestellt, dass es sich bei der Entscheidung über die Kreditvergabe um eine Risikoentscheidung handele. Maßgebend für die Pflichtverletzung im Sinne des Untreuetatbestandes sei, ob die Entscheidungsträger ihre Informations- und Prüfungspflicht hinsichtlich der wirtschaftlichen Verhältnisse des Kreditnehmers gravierend verletzt hätten (BGHSt 47, 148 ff., Urteil vom 15.11.2001). Mit anderen Worten: Die Entscheidungsträger müssten bewusst weggesehen haben, um sich strafbar zu machen.

Ein Bezug auf diese Grundlagenentscheidungen ist dem aktuellen Urteil des BGH nicht zu entnehmen. Stattdessen befasst der 3. Strafsenat sich mit der Bewertung bestellter Sicherheiten und scheint den Sorgfaltspflichtverstoß gleichsam mittels einer Rechenformel, bei der der Wert der Sicherheiten 1:1 dem Kreditbetrag zu entsprechen hat, feststellen zu wollen.

### **Erforderlichkeit eines Sanierungskonzepts für ein Sanierungsdarlehen**

### **Einordnung in die bisherige Rechtsprechung - fehlt**

### **Fixierung auf Sicherheiten unzutreffend**

Dieser Schluss von einer Sicherheitenlücke auf einen Pflichtenverstoß bei der Kreditvergabe ist zweifelhaft. Sicher sind – insbesondere auskömmlich real – besicherte Kredite risikoarm. Doch erscheint schon zweifelhaft, ob eine Fixierung oder gar Begrenzung auf derartiges Kreditgeschäft dem Kreditversorgungsauftrag der Sparkassen gerecht wird (StartUps).

Ebenfalls zweifelhaft erscheint es, dass der BGH die erwartete Rückführung – mittelbar – aus der Geschäftstätigkeit des Sanierungsfalls für „unvertretbar“ hielt. Begründet wird das damit, dass seitens der eigentlichen Kreditnehmerin diesbezüglich nur ungesicherte Erwartungen, nicht aber eine „vertraglich eingeräumte gesicherte Rechtsposition“ bestanden habe. Das macht aber gerade das Risiko unternehmerischer Tätigkeit aus, dass es häufig keine Sicherheit gibt. Dieses wird im Kreditgeschäft durch die Vergütung der Kreditgewährung kompensiert: Kreditausfälle gehören zum Geschäft und müssen „quersubventioniert“ werden. Der 3. Strafsenat unterliegt einem klassischen Rückschaufehler, wenn er in der ausbleibenden Darlehensrückzahlung ein Indiz für eine Sorgfaltspflichtverletzung im Zuge der Kreditausreichung erkennt.

Bedauerlicherweise verliert der Senat auch kein Wort zu den Anforderungen des Vorsatzes, insbesondere in Bezug auf den tatbestandlich erforderlichen Vermögensnachteil. Ebenso wenig bezieht der Senat das Gebot, den Untreuetatbestand nur auf „evidente“ (BGH NSTZ 2020, 422, 424, Urteil vom 08.01.2020), also „gravierende“ (BVerfGE 126, 170, 173, Beschluss vom 23.06.2010; BGH NJW 2017, 578, Urteil vom 12.10.2017) Verstöße gegen Sorgfaltspflichten anzuwenden, in seine Entscheidungsfindung mit ein.

Das Urteil bestätigt eine alte Wahrheit, dass nämlich schwierige Fälle schlechten Entscheidungen den Weg bereiten („hard cases make bad laws“). Auch wenn der Fall noch nicht entschieden ist, sondern an ein (anderes) Landgericht zur erneuten Verhandlung verwiesen wurde, bleiben gewisse Begründungselemente (Sicherheiten, ungesicherte Erwartungen) doch haften. Diese sind geeignet, die Neigung der Banken und Sparkassen zur Kreditvergabe jenseits „vollständiger“ Besicherung weiter zurückzudrängen. Das aber kann weder volkswirtschaftlich gewollt noch verfassungsrechtlich akzeptabel sein.

**Dieses Update wird auch als Update Compliance 16/2021 veröffentlicht.**

**Risikocharakter unternehmerischer Tätigkeit verkannt**

**Verfassungsrechtliche Anforderungen an Vorsatz und Evidenz des Sorgfaltsverstoßes ausgeblendet**

**Fazit**



Rechtsanwalt, Partner  
**Dr. Stefan Proske**  
T +49 30 88 00 97-15  
F +49 30 88 00 97-99  
[s.proske@heuking.de](mailto:s.proske@heuking.de)



Rechtsanwalt, Partner  
**Dr. André-M. Szesny, LL.M.**  
T +49 211 600 55-217  
F +49 211 600 55-210  
[a.szesny@heuking.de](mailto:a.szesny@heuking.de)



Rechtsanwalt, Partner  
**Prof. Dr. Georg Streit**  
T +49 89 540 31-227  
F +49 89 54031-527  
[g.streit@heuking.de](mailto:g.streit@heuking.de)



Rechtsanwalt, Partner  
**Dr. Johan Schneider**  
T +49 40 35 52 80-30  
F +49 40 35 52 80-80  
[j.schneider@heuking.de](mailto:j.schneider@heuking.de)

## Ihre Ansprechpartner zu diesem Thema

Das Update Restrukturierung beinhaltet keinen Rechtsrat. Die enthaltenen Informationen sind sorgfältig recherchiert, geben die Rechtsprechung und Rechtsentwicklung jedoch nur auszugsweise wieder und können eine den Besonderheiten des einzelnen Sachverhaltes gerecht werdende individuelle Beratung nicht ersetzen.

### Abonentenservice: Update Restrukturierung

bestellen (kostenlos, unverbindlich, jederzeit kündbar)

abbestellen

Fax-Antwort an: +49 30 88 00 97-99

E-Mail-Antwort an: [sekretariat.proske@heuking.de](mailto:sekretariat.proske@heuking.de)

Informationen darüber, wie Heuking Kühn Lüer Wojtek mit Ihren personenbezogenen Daten umgeht, zu welchen Zwecken Ihre Daten verarbeitet werden, die Rechtsgrundlagen der Verarbeitung und welche Rechte Sie haben, können Sie unter [www.heuking.de](http://www.heuking.de) nachlesen.

### Versandservice und Kontakt

Ihr Name: .....

.....

Ihre Email-Adresse: .....

.....

Ihre Adresse: .....

.....

[www.heuking.de](http://www.heuking.de)

Berlin

Chemnitz

Düsseldorf

Frankfurt

Hamburg

Köln

München

Stuttgart

Zürich