

## TAG DES BANK- UND KAPITALMARKTRECHTS

### Vorsätzliches Handeln nachzuweisen ist schwierig

Vorwurf der Untreue bei Verstoß gegen die Vorgaben ■ Von Michael Kühn



■ **Michael Kühn**  
Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für  
Steuerrecht sowie  
Fachanwalt  
für Strafrecht,  
Hamburg

**Börsen-Zeitung, 20.11.2008**  
Befasst man sich mit dem Thema der strafrechtlichen Verantwortlichkeiten im Bank- und Kapitalmarktrecht, muss man sich unweigerlich fragen, ob man den Vorständen von Kreditinstituten strafrechtlich tatsächlich etwas vorwerfen kann. Dies insbesondere deswegen, da sie erst dann an die Spitze eines derartigen Instituts gelangen können, wenn ihnen die BaFin die Zulassung erteilt hat. Die aktuelle Finanzkrise wurde dadurch ausgelöst, dass Banken ihre Forderungen auf zweitrangige Hypothekenkredite zu Paketen mit unterschiedlichen Risikoklassen gebündelt, in handelbare Wertpapiere umgewandelt und an Anleger verkauft haben.

Die vermuteten Gesetzesverstöße beinhalten neben der Untreue (§ 266 StGB), verspätete Mitteilungen für die Börse (§§ 15 und 20a i.V.m. §§ 38,39 WpHG), falsche Zahlen in den Bilanzen (§§ 331 ff. HGB) und Bankrott (§ 283 StGB). Der Straftatbestand der Untreue wird bei den vorliegenden Sachverhalten einer intensiven Prüfung unterzogen werden müssen. Bislang findet sich, soweit feststellbar, zur Untreue im Zusammenhang mit Geldern, die einem Vorstand zur Anlage anvertraut wurden, keine Rechtsprechung der Strafgerichte. Bezogen auf das Thema Kreditvergabe hingegen sieht dies anders aus. Hierzu hat der Bundesgerichtshof (BGH) in mehreren

richtungweisenden Entscheidungen Stellung bezogen. Es ist davon auszugehen, dass die dort getroffenen Feststellungen auch in den nun zu beurteilenden Fällen herangezogen werden.

Es dürfte nicht schwer sein festzustellen, dass Vorstände von Banken eine Vermögensbetreuungspflicht haben. Fraglich dürfte jedoch sein, wann man ihnen hinsichtlich ihres Handelns eine Pflichtwidrigkeit unterstellen kann. Der Erste Strafsenat des BGH hat bezüglich der erforderlichen Qualität der Pflichtverletzung festgestellt, eine „allenfalls geringfügige“ Verletzung der Informationspflicht (§ 18 S. 1 KWG) reiche nicht aus. Er stellt im Weiteren auf die Risikoprüfung ab, die zumindest auch bei den hier in Rede stehenden Anlagegeschäften erfolgen musste.

Letztlich stellt die Rechtsprechung darauf ab, dass es sich um gravierende Pflichtverstöße handeln muss, deren Beurteilung es einer Gesamtschau bedürfe. Grundsätzlich wird dem Vorstand bei der Beurteilung seines Handelns ein weiter Ermessensspielraum zugebilligt. Hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals Schaden reicht nach der Rechtsprechung des BGH eine Vermögensgefährdung bereits aus. Das heißt, dass sich ein entsprechendes Anlagerisiko nicht erst realisiert haben muss, sondern dessen Realisierung bereits droht. Hier stellt er auf das

Handeln des Vorstands zum Zeitpunkt der Anlageentscheidung ab und bejaht jedenfalls dann die Gefährdung, wenn in diesem Zeitpunkt der Handelnde quasi einem „Spieler“ gleich die Entscheidung trifft.

Gerade bei Anlageentscheidungen wird es jedoch darauf ankommen, was sich im Einzelnen für das Kreditinstitut aus den gesetzlichen Vorgaben für den Vorstand ergibt. Auch die mit dem Institutsträger getroffene Vereinbarung kann, je nach Art des Kreditinstituts, zu einer anderen Einschätzung führen. Es wird schwierig sein, einem Vorstand vorsätzliches Handeln nachzuweisen. Jedoch kann unter Berücksichtigung der Rechtsprechung zu dem sogenannten dolus eventualis dieser bereits bejaht werden, wenn der Handelnde mit dem Verlust der Anlage rechnete und er diesen „billigend in Kauf“ nahm. Dabei wird viel davon abhängen, welche Maßnahmen er zuvor bei der Findung der Entscheidungsgrundlage getroffen hat.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass immer dann, wenn die verantwortlich Handelnden sich an die vertraglichen, gesetzlichen oder der sich aus der MaRisk ergebenden Handlungsvorgaben halten und diese dokumentieren, kaum Gefahr laufen dürften, sich dem Vorwurf der Untreue ausgesetzt zu sehen.