

Herausgegeben von: Vors. Richterin am BGH Monika Harms – Prof. Dr. Wolfgang Joecks, Greifswald – Prof. Dr. Günter Kohlmann, Köln – Rechtsanwalt und Notar Dr. Wilhelm Krekeler, Dortmund – Ministerialrat Dr. Manfred Möhrenschräger, Bonn – Generalbundesanwalt beim BGH Kay Nehm – Rechtsanwalt Prof. Dr. Franz Salditt, Neuwied – Prof. Dr. Erich Samson, Kiel
Redaktion: Prof. Dr. Erich Samson, Institut für Umweltschutz-, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht der Universität Kiel – Prof. Dr. Wolfgang Joecks, Universität Greifswald – Prof. Dr. Roland Schmitz, Universität Bayreuth

Rechtsanwalt Dr. Volker Gallandi, Gorchheimertal bei Weinheim/Bergstraße

Die Untreue von Bankverantwortlichen im Kreditgeschäft Tendenzen zur Haftung und (Ent-)kriminalisierung

Die Frage, wann Risikoträger (bei Banken und Sparkassen) für ihr Verhalten in wirtschaftlichen Risikobereichen (beim Kreditgeschäft) für uneigennütziges Verhalten zivil- und strafrechtlich haften, wirft seit langem dogmatische und praktische Probleme auf. Denn ein von Rechtsprechung und Praxis akzeptiertes eindeutiges Normprogramm ist trotz neuer Leitentscheidungen des BGH in Strafsachen, die der Beitrag ausführlich erläutert, nicht in Sicht.

Insbesondere das neue Phänomen eines stark volatilen Immobilienmarktes hat zu der Erkenntnis geführt, dass Vorwürfe an Bankverantwortliche, die sich an einer statischen Sichtweise von Begriffen wie Bonität, Sicherheit, Pflicht, Schaden etc. orientieren, fehl gehen. Die volatile Materie selbst, die notwendige Schwankungsbreite der angewendeten Generalklauseln im Zivil- wie im Strafrecht (Pflichtverletzung und Untreue) und die Notwendigkeit, eine Prävention durch Ungewissheit im Bereich des weiten Ermessens der Bankverantwortlichen zu erhalten, führen logisch dazu, dass die Detailarbeit im Einzelfall, insbesondere bei den Feststellungen zum Vorsatz, unersetzlich bleibt.

* * *

Der Bundesgerichtshof hat 1999 und 2000 in drei Entscheidungen klarstellende Feststellungen zur strafrechtlichen Haftung von leitenden Bankverantwortlichen getroffen¹ und damit den Focus auf eine zwar seit langem bekannte, bisher aber in der Fachliteratur eher peripher behandelte Problematik² gerichtet: Wann kann man bei einem Wirtschaftssubjekt, das zwar in einem riskanten Bereich – der Kreditvergabe – agiert, aber im allgemeinen Verständnis eher als vorsichtig und zurückhaltend typisiert ist, dem Bankverantwortlichen, davon ausgehen, dass er eine uneigennütziges Untreue begeht?

Diese Frage soll vorliegend untersucht und anhand der Rechtsprechung beantwortet werden. Vorab soll jedoch das Umfeld, in dem die Problematik gerade in den letzten Jahren entstanden ist, beleuchtet werden.

1. Die Problemstellung

In seiner 1996 veröffentlichten Arbeit analysiert *Wafmer*, dass ökonomisch betrachtet die Bereitschaft zu Risikogeschäften stark zugenommen und in spektakulären Fällen gerade des Wertpapiergeschäfts zu Milliardenverlusten geführt hat³. Diese Annahme bestätigte sich seit Anfang der 80iger Jahre im Immobiliengeschäft. Waren bis dahin Immobilienwerte – wohl durch die Immobiliennachfrage der Wiederaufbaugeneration – dafür bekannt, dass sie risikoarm seien und starker stiegen als die Inflation, kam es durch die Bauherrenmodelle und dann ab 1990 durch den extremen Steueranreiz der Fördergebietsabschreibung zu einer für Deutschland bis dahin einzigartigen Entwicklung.

Mit der 50%igen Sofortabschreibung schien sich jedes Investment „zu rechnen“. Hatten in der Phase der Bauherrenmodelle relativ wenige Anbieter Besserverdienende mit dem Fiskalköder gelockt, gab es jetzt einen sich aufblähenden Markt der Anbieter, neue Bauträger, Makler und Strukturvertriebe und einen extrem in den Bereich des unteren Mittelstandes expandierenden Markt der Abnehmer⁴. Auch viele Banken sahen eine einmalige Chance und bauten ihre Kreditabteilungen aus. Sinkende Professiona-

1 Vgl. BGH-Beschluss vom 24. 8. 1999, 1 StR 232/99, wistra 2000, S. 60 f.; BGH-Urteil vom 6. 4. 2000, 1 StR 280/99, wistra 2000, 305 ff.; BGH-Beschluss vom 6. 6. 2000, 1 StR 161/2000, wistra 2000, 350, jeweils zu LG Augsburg. Der Aufsatz beruht auf einem Referat beim Finanzkolloquium Heidelberg im Juni 2001

2 Vgl. etwa Schönke-Schröder-Lenckner, 25. Aufl. StGB, § 266, Rz. 20; Lackner-Kühl, 23. Auflage StGB, § 266, Rz. 7, 15, 17; Dreher/Tröndle, 47. Auflage StGB § 266, Rz. 25; Gallandi, „Die strafrechtliche Verantwortung von Bankverantwortlichen“, wistra 1988, S. 295 ff.

3 Vgl. *Wafmer*, „Untreue bei Risikogeschäften“, Heidelberg 1996, S. 2, 3.

4 Eine Untersuchung der Einkommensverhältnisse etc. der Kunden von 6 Erwerbermodellen aus den Jahren 1987 bis 1991 in der Kanzlei des Verf. ergab, dass die finanzierende Bank die Bonitäten so abgesenkt hatten, dass nach Abzug der Belastungen noch DM 800,- für den Allenstehenden und zusätzlich DM 400,- für den Partner als Lebenshaltungskosten zugrunde gelegt wurden. Demzufolge wurden bei etwa einem Drittel der Mandanten Steuersparimmobilien an Erwerber der Einkommensgröße 29 000,- bis 40 000,- brutto/Jahr Alleinstehende und 35 000,- bis 45 000,- brutto/Jahr

lität im Anbieterbereich und der Zustrom von für Steuersparmodell und Immobilien ungeeigneten Kunden ergaben ein negatives Gemisch.

Abgehoben von der volkswirtschaftlich oder im Einzelfall realistisch zu erwartenden Mietnachfrage verstiegen sich Branchenprofis und neu hinzukommende Amateurbauträger zu waghalsigen Renditerechnungen, deren spekulativer Charakter mit unterkapitalisierten Mietgarantiefirmen und oft wertlosen Bürgschaften larviert wurde. Vorabgewinnentnahmen, Innenprovisionen und betriebswirtschaftlich unsinnige Nebenkostenofferten trieben die Preise zusätzlich in die Höhe. Einzelne Institute gewährten Überfinanzierungen bis zu 180%⁵. Bauträgerpleiten, kriminelle Initiatoren, großflächige Leerstände und Baubetrug ergänzten das Bild. So folgte auf die extreme Hausse die anhaltende Baisse.

Diejenigen Kreditinstitute, die den überwiegend fremdfinanzierten Boom erst ermöglichten und im Hinblick auf spekulative Wertsteigerungsphantasien oft Überfinanzierungen vornahmten, nehmen seit Beginn der Immobilienbaisse qua Wertberichtigung Anteil am Schicksal ihrer Kunden. Denn die meisten Kreditportfolios beruhten traditionell auf der Immobilie, sei es zur Darstellung von Bonitäten oder im Rahmen der Besicherung. Als die Immobilienhausse die Preise aufwärtstrieb, „verbesserten“ sich Bonitäten und Sicherheiten so wie sie sich mit der Immobilienbaisse „verschlechterten“. § 18 KWG war in der Hausse leicht erfüllbar und in der Baisse plötzlich nicht mehr eingehalten, weil miethprognosegestützte Wertannahmen wirtschaftlich unhaltbar wurden.

2. Straf- und zivilrechtliche Einordnung

Die Frage nach der Haftung von Vorständen und Aufsichtsräten im Kreditgeschäft ist, wie ausgeführt, ein „Schlechtwetterphänomen“. Es tritt zutage, wenn die Schäden besichtigt oder nicht mehr zu verbergen sind und Verantwortliche gesucht werden. Dabei verschwimmen die Grenzen zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, da das normativ zugeordnete Wissenmüssen beim fiktiv allwissenden Vorstand bei strenger Auslegung kaum noch Fahrlässigkeit ermöglicht und die Pflichtwidrigkeit bzw. der Vermögensbegriff bei der Untreue zivilrechtlich bestimmt wird⁶.

2.1. Die strafrechtliche Sicht

Die strafrechtliche Sicht soll auf den Haupttatbestand der Untreue beschränkt werden, da Buchführungs- und Bilanzdelikte sowie Sondertatbestände wie die Beihilfe zum Betrug eines Bauträgers gegenüber Erwerbern in der Praxis erfahrungsgemäß entweder nicht ausermittelt oder nur mäßig sanktioniert werden (Einstellung oder Strafbefehl).

2.1.1. Die bisherige Auffassung in Rechtsprechung und Literatur

Die Untreuevorschrift des § 266 StGB hat einen sehr weiten, konkretisierungsbedürftigen Tatbestand. Der Richter am BGH *Nack* hat zur Konkretisierung bereits 1990 Fallbeispiele gebildet, die im Zweifel einem ab dann tätigen Vorstand als maßstäblich zugeordnet wurden. Ein Verdacht der Untreue, d.h. eines durch ein Treuepflichtverhältnis bestimmtes, das Institut schädigende, Verhaltens, liegt danach vor, wenn

- Kredite zu Spekulationszwecken vergeben werden;
- gehäuft Avalkredite vergeben werden;
- nicht voll das Ausfallrisiko abdeckende Sicherheiten akzeptiert werden;
- Sicherheiten nicht nach Zerschlagungswerten bemessen werden;
- Blankokredite nicht die seltene Ausnahme bleiben;
- Realkredite mit mehr als 60% des Verkehrswerts finanziert werden;

- eine nachträgliche Besicherung unterlassen wurde;
- trotz falscher Kundenangaben und Verschlechterung nicht gekündigt wird.

Diese Liste⁷ ist nicht abschließend: Bei Sanierungskrediten liegt nach seiner Meinung ein untreuerelevanter Sachverhalt vor, wenn die Bank das unternehmerische Risiko selbst übernimmt. Für den erlaubten Sanierungskredit ist erforderlich, dass man nicht nur denselben, sondern zusätzlich aus dem Altengagement mehr zurückbekommt als ohne Vergabe⁸. Risikokredite sind verboten, wenn die Gefahr des Verlustgeschäfts wahrscheinlicher ist als die Aussicht des Gewinnzuwachses⁹. Schließlich indizieren KWG-Verstöße einen Anfangsverdacht, insbesondere wenn § 18 KWG nicht beachtet ist¹⁰.

Als Täter kommen Bankverantwortliche mit Treupflichten in Frage. Das können Verantwortliche der gehobenen Ebene oder des Vorstandsbereichs sein. Verletzt der Aufsichts- bzw. Verwaltungsrat seine Pflichten (vgl. §§ 111, 112 AktG) kann er auch für unterlassene Überwachung nach §§ 13 i.V.m. 266 StGB wegen Untreue haften.

Im Sparkassenrecht gibt es eine lange zurückliegende Verurteilung von Verwaltungsratsmitgliedern, die noch vom Sparkassenbeamten ausgeht, der durch Gesetz und Satzung ein weitgehendes gebundenes Ermessen hat, so dass es eine sehr weitgehende und eindeutige Festlegung gibt. „Ein etwaiges Missverständnis ist unentschuldigbar“¹¹. Die aktuelle Kommentierung zu § 266 StGB von *Seier* reduziert die Haftung des Aufsichtsrats darauf, dass lediglich organspezifisches Fehlverhalten den Tatbestand erfüllt. Ein solches sei gegeben, wenn z.B. geschäftsschädigenden Verfügungen des Vorstandes ausdrücklich zugestimmt oder die Zustimmung zu gewinnbringenden Geschäften verweigert wird¹².

Da das Strafrecht schon eingreift, wenn treuwidrige Sorgfaltswidrigkeit und Schaden billigend in Kauf genommen werden, verschieben zivilrechtliche strenge Maßstäbe auch die Grenze der Strafbarkeit nach unten. Die bestimmen sich für die meisten Institute nach Spezialgesetzen.

Verheiratete; der „Melkmaschinen-Fall“ BGHSt 16, 321 ff., lässt grüßen, da solche Erwerber finanzierte Steuersparimmobilien so nötig brauchen wie der Bauer ohne Kuh die Melkmaschine.

5 Die Hypovereinsbank überließ ihren Aktionären als Begründung für die Entpflichtung früherer Vorstände ein Gutachten der WP-Gesellschaft BDO, aus dem sich für das durch Vertriebe vermittelte Immobiliengeschäft diese Zahlen ergaben.

6 In der BRZ-Affäre, vgl. Kapitalmarkt Intern Nr. 50/91, wurden, soweit ersichtlich, einmalig, fast alle Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder angeklagt, vgl. auch *Gallandi*, „Die strafrechtliche Haftung von Bankverantwortlichen“, wistra 1988, 295 ff.; *ders.*, „Straftaten von Bankverantwortlichen und Anlegerschutz“, wistra 1989, 125 ff., *ders.*, „Bankinternes Kompetenzdefizit – Ein Sonderrisiko für Anleger“, Kapitalanlagen, Recht und Steuern 1990, S. 344 ff.; zur zivilrechtlichen Ausrichtung der Pflichtwidrigkeit und des Vermögensbegriffs nach BGB vgl. *Dreher/Tröndle*, StGB, 47. Auflage, § 266 Rz. 14 und 17.

7 *Müller-Guggenberger*, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Auflage 1990, § 54, Rz. 61, 69, 73, 74, 77, 81, 89. Die 3. Auflage 2000, für Altfälle nicht maßstäblich, behandelt in § 66 und 67 Kreditgeschäfte und Hypothekendarlehenbankgeschäfte und in § 30 die strafrechtlichen Einstandspflichten für die Unternehmensleitung allgemein. Die Typisierung anhand von Stichworten wie Avalkredit oder § 18 KWG wird beibehalten. Sätze wie „Kreditausreichung ohne Sicherheiten stellen eine konkrete Vermögensgefährdung dar, die im allgemeinen nur bei erstklassigen Sicherheiten entfällt“, vgl. S. 1841, 1842, verwirren allerdings mehr als dass sie aufklären.

8 AaO., 2. Auflage, Rz. 125, 126.

9 AaO. Rz. 108.

10 AaO. Rz. 61 ff.

11 *Weides/Bosse*, Rechtsprechung zum Sparkassenrecht, Berlin 1981, S. 98 ff., dort erwähnt BGH, 1 StR 399/51 vom 23. 10. 1951, vgl. auch S. 104.

12 *Seier* in *Achenbach/Wannemacher*, Beraterhandbuch zum Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht, Grundwerk Herne/Berlin 1997, Bd. II, § 21 II Rz. 183.

§ 34 GenG statuiert z.B. für die Volks- und Raiffeisenbanken einen Pflichtenkanon, der ähnliche Spezialregelungen (vgl. etwa § 24 IV Sparkassengesetz von Baden-Württemberg) an Strenge weit überholt. § 34 II GenG regelt eine Beweislastumkehr für den Fall, dass streitig ist, ob die erforderliche Sorgfalt angewandt wurde. Vorstandmitglieder müssen das objektiv Mögliche und das subjektiv Zumutbare tun, um die eG, die Mitglieder und Gäubiger vor Schaden zu bewahren¹³. Arbeitsteilung in der Leitungsebene befreit nicht von der Verantwortung für die ordnungsgemäße Führung der Geschäfte. Ein Mitgeschäftsführer ist mindestens zu stichprobenartigen Kontrollen der Tätigkeit und des Geschäftsbereichs des Kollegen verpflichtet¹⁴.

Wenn bei Sanierungskrediten nicht sorgfältig geprüft wird, liegt eine Pflichtwidrigkeit vor¹⁵, ebenso, wenn keine Auskunft über den Kreditnehmer eingeholt wird¹⁶. Ebenso, wenn Organmitglieder sich über Grundsätze und Richtlinien der Kreditgewährung nicht unterrichten¹⁷, wenn Vorschriften zur Überschreitung der Blankokreditgrenze nicht beachtet¹⁸ oder gebotene Sicherheiten nicht hereingenommen werden¹⁹. Organmitglieder haben für ausreichende Sachkenntnis einzustehen²⁰. Blindes Vertrauen auf pflichtgemäßes Verhalten bewährter Mitarbeiter kann im allgemeinen nicht entschuldigen²¹.

Erkennt der Leiter einer Bank die jeweilige gegenwärtige Benachteiligung der Bank als mögliche Folge seines Handelns und nimmt er sie dennoch hin, in der Hoffnung, dass die ganze Angelegenheit gut ausgehe, handelt er vorsätzlich²². Arbeitsüberlastung ist im allgemeinen kein Entschuldigungsgrund²³, ebenso wenig ein Beschluß des Aufsichtsgremiums²⁴, Unkenntnis des geltenden Rechts²⁵, mangelnde Durchsetzungsfähigkeit gegenüber dem Aufsichtsgremium²⁶ oder Verschulden der Prüfer bei der gesetzlichen Prüfung²⁷.

Alle diese zivilrechtlichen Wertungen können über die richterliche Bewertung, es liege Vorsatz vor, in den strafrechtlichen Bereich übertragen werden. Die Tendenz zur Ausweitung der strafrechtlichen Haftung führte nun zu einer Verurteilung von Vorstandsmitgliedern durch das Landgericht Augsburg in einem Fall, in dem der Kreditnehmer bis zur überraschenden Krise mit Gewinn gearbeitet und seine Verpflichtungen ordnungsgemäß bedient hatte. In einem anderen Fall war die Untreue bejaht worden, weil die Versteigerung zu einer Saldenrückführung weit unter Beleihungswert führte. Da das Landgericht jeweils aus dem Wertberichtigungsbedarf auf den Untreuevorsatz rückschloß, sah sich der BGH genötigt, die Kriterien für eine Untreue als *Obiter Dicta* festzuschreiben²⁸.

Der Schluss, eine Kreditbewilligung sei pflichtwidrig gewesen, setzt danach voraus, dass sich das Tatgericht eingehend mit allen dafür maßgeblichen Umständen, insbesondere den Vermögensverhältnissen des Kreditnehmers, der beabsichtigten Verwendung des Kredits und den Aussichten des geplanten Geschäfts auseinandersetzt. Weiter sei jede Kreditbewilligung ihrer Natur nach mit einem Risiko behaftet. Bei einer Kreditvergabe sind daher auf Grundlage umfassender Information diese Risiken gegen die sich daraus ergebenden Chancen abzuwägen. Ist die Abwägung durch die Bankverantwortlichen sorgfältig vorgenommen, kann eine Pflichtverletzung nicht angenommen werden, nur weil das Engagement später notleidend wird.

Tatsächliche Anhaltspunkte für die nicht sorgfältige Kreditvergabe können sich daraus ergeben, dass

- die Informationspflichten vernachlässigt wurden;
- die Entscheidungsträger nicht die erforderliche Befugnis besaßen;
- im Zusammenhang mit der Kreditgewährung unrichtige oder unvollständige Angaben gegenüber Mitverantwortlichen oder zur Aufsicht befugten oder berechtigten Personen gemacht wurden;
- die vorgegebenen Zwecke nicht eingehalten wurden;
- die Höchstkreditgrenzen überschritten wurden;
- die Entscheidungsträger eigennützig handelten.

Auch wenn eine Pflichtverletzung vorliegt und ein Kredit später notleidend wird, führt dies alleine nicht zur Annahme der Untreue. Der Vermögensnachteil muss zusätzlich auf die Pflichtwidrigkeit zurückzuführen sein. War trotz Pflichtverstößes etwa die Bonität des Kreditnehmers außer Frage, fehlt es an diesem Zusammenhang.

Für den subjektiven Tatbestand seien ebenfalls eingehende Erörterungen erforderlich, da ohne sie Rückschlüsse auf den Vorsatz nicht möglich seien. Der Entscheidungsträger muss eine über das allgemeine dem Kredit innewohnende Risiko hinausgehende Gefährdung der Bank durch die Pflichtwidrigkeit erkannt und dies gebilligt haben. Das verstehe sich auch bei problematischen Kreditvergaben nicht von selbst. Beim Vorsatz sei zwischen den begrifflichen Voraussetzungen des bedingten Vorsatzes und den Anforderungen, die an seinen Beweis zu stellen sind, zu unterscheiden. Der Grad der Wahrscheinlichkeit des Eintritts des deliktischen Erfolgs ist danach nicht das alleinige Kriterium. Es kommt auf die Umstände des Einzelfalls an, insbesondere die Motive und Interessenlage.

Bei einstimmigen Vorstandsentscheidungen kommt es auf die Verantwortlichkeiten an. Der Vorstandsvorsitzende werde sich auf den Bericht des Kreditsachbearbeiters und der Kreditvorstandes verlassen dürfen. Bei Zweifel und Unstimmigkeiten seien Nachprüfung und Rückfrage geboten.

In einem früheren Beschluss vom 24. 8. 1999 hatte der BGH bereits ausgeführt, dass es der weite Rahmen des objektiven Tatbestandes erforderlich mache, strenge Anforderungen an den Nachweis der inneren Tatseite zu stellen. Das gelte insbesondere, wenn der Täter lediglich mit bedingtem Vorsatz und uneigenen nützig gehandelt hat²⁹.

In dem Ausgangsfall hatte der Vorstandsvorsitzende einer Raiffeisenbank einen Bauträger zu betreiben. Vorstand und Aufsichtsrat stimmten sukzessive Krediterhöhungen zu, später kamen Überziehungen, die die Kreditabteilung duldete, hinzu. Das Landgericht hatte aus dem Umstand, dass es Gewinnvorabentnahmen und zweckfremde Verwendungen und im Konkurs eine hohe Schadenssumme gab, eine Untreue konstruiert, aber die genaue Gegenüberstellung von Verbindlichkeiten und Sicherheiten zum Tatzeitpunkt versäumt. Dadurch sei es nicht zulässig gewesen, die Einlassung des Angeklagten, er sei blauäugig auf den Bauträger reingefallen, als widerlegt zu betrachten.

Die BGH-Entscheidung vom Juni 2000 ergänzte für Immobilienfinanzierungen dem folgend, dass auch eine massive Abweichung zwischen früherem Verkehrs- und Beleihungswert und späterem Versteigerungserlös nicht zwingend zur Annahme der Untreue führt, wenn der damalige Wertansatz vertretbar war.

2.1.2. Eigene Meinung

Das eingangs beschriebene Phänomen, dass durch eine Steuer- subventionsentscheidung des Gesetzgebers ein Boom im Bereich der Immobilienfinanzierungen ausgelöst wird, der Organi-

13 Metz in Lang/Weidenmüller/Metz/Schaffland, Genossenschaftsgesetz, 33. Auflage, Berlin, New York 1997, § 34 Rz. 23.

14 AaO. Rz. 40.

15 AaO. Rz. 54.

16 AaO. Rz. 55.

17 AaO. Rz. 56.

18 AaO. Rz. 57.

19 AaO. Rz. 59.

20 AaO. Rz. 78.

21 AaO. Rz. 77.

22 AaO. Rz. 91.

23 AaO. Rz. 67.

24 AaO. Rz. 66.

25 AaO. Rz. 60.

26 AaO. Rz. 68.

27 AaO. Rz. 89.

28 BGH, Urteil vom 6. 4. 2000, vgl. Fn 1.

29 Vgl. oben Fn. 1.

sation, Personal, Kreditportfoliostruktur, Kreditvolumina, Kreditnehmerstruktur etc. so massiv verändert, dass daraus zunächst ein großes Geschäft und dann ein großer Verlust wird, führt zur alten Erkenntnis zurück, dass die Abgrenzung von strafbarem und straflosem Risikogeschäft ein Tatbestandsproblem ist. Oder moderner formuliert: Veränderungen schaffen in den beteiligten Verkehrskreisen neue dort akzeptierte Sozialnormen, auch im Verfahren von trial and error³⁰. Am Beispiel:

Man plant auf der Vorstandsebene mit Zustimmung des Aufsichtsrats strategisch ein Kreditgeschäft, das in die jeweilige wirtschaftliche (Konkurrenz, Marktanteile etc.), steuerliche etc. Landschaft passen soll. Erkennt man ein Risiko, etwa bei der kreditpolitisch gewollten Überfinanzierung von Kapitalanlegern, erhöht man die Rücklagen und finanziert zu einem Effektivzins, der einen Risikoaufschlag enthält. Man plant für die Baisse ein Halten der finanzierten Objekte in Besitzgesellschaften, bis die nächste Hausse einen gewinnbringenden finanzierten Verkauf ermöglicht.

Das Kreditportfolio muss dann die Risiken der Kreditarten kaufmännisch akzeptabel gewichten, nicht akzeptabel ist das zu spekulative Portfolio. Ergänzend dazu typisieren Strategie, Organisation, Personalausstattung, EDV-Unterstützung, Ausübung der Richtlinienkompetenz und Kontrolle über die Innenrevision und die Kreditkontrolle dieses Vorstandshandeln. Diese Aktivität ist von der abgelöst, die sich konkret auf einen Kredit oder eine Sicherheit bezieht. Für die Entscheidung im Einzelfall in Vorstand und Kreditausschuss wiederum gibt es keine allgemeingültigen Regeln.

Gehört zur Strategie die Förderung des Bauträgerabverkaufs, werden Avale z.B. gehäuft gegeben, wenn das Grundbuchamt langsam arbeitet. Der Käufer reduziert den Bauträgerkredit und bekommt bis zur Eintragung ein Aval. Diese Avale sind nicht besonders risikoreich, sondern besonders risikoarm, da sie zur Tilgung führen und nach Eintrag ins Grundbuch automatisch zurückgegeben werden.

Alle Bank-zu-Bank-Kredite sind Blankokredite. Obwohl sie ohne Sicherheiten gegeben werden, gelten sie wohl berechtigt als die sichersten Kredite. Die allgemeine Annahme, ein Blankokredit sei ein Risikokredit, ist so gesehen sicher unrichtig. Der Vorstand wird daher ein relativ umfangreiches Blankokreditkontingent als akzeptabel betrachten, wenn es sich weitgehend um risikoneutrale Blankokredite handelt.

Wurde eine Bauträgermaßnahme finanziert und es droht vor Fertigstellung die Insolvenz, kann nicht nur die mit –, sondern eventuell sogar die alleinunternehmerische Beteiligung der Bank das einzige Mittel sein, das eingesetzte Geld zu retten. Gleiches gilt bei Firmenkunden, bei denen die Bank über den Kredit faktisch ohnehin das alleinige Unternehmerrisiko trägt. Die sehr große Nähe zum wirtschaftlichen Sachverhalt ist dann risikomindernd – nicht erhöhend, die Übernahme des Managements das logische „missing link“ zum eingegangenen Risiko.

Sicherheiten nach Zerschlagungswerten zu berechnen kann die Zerschlagung geradezu provozieren, nach dem Motto: „Wozu sich noch mit der Immobilie Mühe geben, wenn der Prüfer den Zerschlagungswert eingestellt hat und man mir bei einer Verwertung zum Zerschlagungswert keinen Vorwurf machen kann“?

Fazit: „Der Teufel steckt im Detail“. Anhand der hineinwirken Phänomene des Betriebs mit seinem Wirkungskreis und des gesamten Umfeldes entscheidet sich durchaus normkreativ, was zulässig und was pflichtwidrig ist. Dabei entstehen Vorgaben für die notwendig „nachhinkenden“ Entscheidungen von Rechtsprechung und eventuell Gesetzgebung. Vorbildlich an der neuen Entscheidung des BGH ist, dass sie die Entscheidungsfälle vermeidet, die sich nach manch älterem Urteil für den Bankverantwortlichen ergab: Machte er kein (Kredit)geschäft, handelt er treuwidrig, machte er ein notwendig risikobehaftetes Geschäft, auch. Vorbildlich ist auch die Betrachtung des langen Zeitraums

zwischen erster Kreditvergabe und endgültigem Verlust sowie der Versuch, darin den potentiell pflichtwidrigen Handlungsstrang zu analysieren. Gerade wenn die Kreditwirtschaft sozialnormativ zwischen nach der Norm zulässiger Superexpansion und – nach den Schadenserfahrungen – starker Restriktion pendelt, sind Leitlinien, die ein akzeptables Mittelmaß finden, hilfreich.

Gerade weil dem Verantwortlichen, nicht nur dem Vorstand, ein weiterer Handlungsspielraum zugebilligt werden muss, ohne den unternehmerisches Handeln schlechterdings nicht denkbar ist³¹, ist eine Verurteilung wegen Untreue daher regelmäßig nur bei einer vorsätzlichen Überschreitung dessen, was ein sorgfältiger Bankkaufmann in dieser konkreten Lage hätte machen müssen, denkbar. Dabei gibt es angesichts der beschriebenen Ausdifferenzierung der Vorstandstätigkeit zwei unterschiedliche Pflichttypologien.

Zum einen den Untreuetypus wie im BGH-Fall beschrieben: Es gibt einen Kreditnehmer, dessen Kreditverlauf, Gesamtverhalten, Sicherheiten etc. ebenso ins Visier genommen wird wie alle darauf bezogenen Verhaltensweisen aller beteiligten Verantwortlichen der Bank. Dieses „Mikrophänomen“ (eine Kreditvergabe, eine treuwidrige Nichteinholung einer Sicherheit) betrifft jedoch oft nicht oder nur per Dokumentenprüfungspflicht die Vorstands- oder gar Aufsichtsrats Ebene, deren Verantwortung primär im Gestalten des Kreditgeschäfts als Makrophänomen liegt.

Der zweite Untreuetypus betrifft die typische Vorstandsproblematik: Missmanagement von Kreditsegmenten oder des gesamten Kreditportfolios unter Betrachtung der Gesamtsituation des Instituts in seiner – auch normativen – Umwelt.

Sind die Gewinne der Vorjahre sehr gut und die Rücklagen hoch, so dass trotz risikoreicher Kredite nicht mal das Stammkapital gefährdet wird, kann der einzelne Risikokredit auf der Vorstandsebene nach deren Richtigkeitskriterien nicht zu einem strafrechtlichen Vorwurf führen, wenn die damit verbundenen Gewinnerwartungen die Risiken rechtfertigen. Anders jedoch, wenn die Risikokredite im Kreditportfolio übergewichtet werden, d.h. dazu führen können, dass die Reserven angegriffen werden müssen oder sogar das Stammkapital aufgezehrt zu werden droht. Dann geht sowohl die Pflichtwidrigkeit als auch der Vorsatz in Richtung auf eine nicht hinnehmbare Geschäftspolitik vorsätzlicher Unternehmensgefährdung.

Diese kann auch vorliegen, wenn der Vorstand weiß, dass durch unternehmenstypische Dauermängel (Personalknappheit, schlechter Ausbildungsstand, schwache EDV-Unterstützung, Überforderung der Mitarbeiter etc.) keine zeitnahe Übersicht über die Risikofaktoren mehr besteht (keine Kenntnis über den Umfang der Bauträger- und Erwerberkredite, der Aktienkäufe auf Kredit usw.). Denn der leitende Bankkaufmann hat auch zu wissen, dass Unkenntnis zur Unberechenbarkeit führt, die Bilanz bei solchen Zuständen ein pro forma-Dokument ist und Prüfberichte wegen des geringen Volumens des geprüften Geschäfts wenig Aussagen zur wirklichen Lage des Unternehmens treffen können.

Indizien für vorsätzliche Pflichtwidrigkeitselemente im Vorstandshandeln sind z.B.:

- Nichterledigen von Wiederholungsbefunden der Innenrevision;
- organisatorisches Abkoppeln der Kreditabteilung von internen Kontrollstrukturen;
- EWB-Volumina, die quotal erheblich mehr steigen als Kreditvolumina;

³⁰ Vgl. *Wäßner*, aaO., S. 27: Die Erkenntnis stammt aus 1932 und dem Segment aktienrechtlicher Untreue; zur Sozialadäquanz vgl. *ders.* S. 28 f.
³¹ BGH, ARAG-Entscheidung, Urteil vom 21. 4. 1997, Az.: II ZR 175/95, ZIP 1997, 883 ff.

- langzeitige Mängel im Kreditcontrolling, viele Valutierungen vor/ohne Prüfung;
- Dokumentationsmängel, die Kreditrisiken intransparent machen;
- dauerhafter Nichteinsatz von Kontrollprogrammen der EDV;
- inaktuelle Beleihungsunterlagen nicht nur als Einzelfall;
- häufiges Nichtanfordern aktueller Bilanzen der Kreditnehmer;
- Ausbleiben von Rückführungen, ständig Erhöhungen und Überziehungen;
- Akzeptieren von Falschangaben der Kreditnehmer ohne Gegenmaßnahmen;
- als überbewertet erkannte Bonitäten und Sicherheiten ohne Anpassung;
- Verschleierung von Zinsausfällen;
- mehr Eilbeschlüsse im Kreditausschuß als normale Beschlüsse;
- Eilbeschlusshäufung bei Großkreditnehmern;
- fehlende Abarbeitung selbst erkannter Fehler in der Kreditorganisation.

Diese natürlich ergänzungsfähige Liste geht davon aus, dass unabhängig von der Lage und Situation des Kreditgeschäfts in einer sich wandelnden Umwelt stets die Notwendigkeit für Vorstand und Aufsichtsrat besteht, die Organisation und das Personal in einem geeigneten Zustand zu halten, den geänderten und gewachsenen Anforderungen zu entsprechen. Wer als Kompetenzgarant in diesem Bereich Fehler macht, die zu erheblichen Verlusten führen, handelt nach den eigenen Sozialnormen des optimal agierenden Managers pflichtwidrig, unabhängig davon, wie sich die allgemeine Einschätzung der Verkehrskreise zum Kreditgeschäft entwickelt.

Das gilt analog für den Aufsichtsrat: Sind Berichte der Außenrevision inhaltlich signifikant oder werden sogar Risiken eindeutig erörtert, was sich aus den Protokollen von Aufsichtsrat, Kreditausschuß usw. ergibt, tritt zur Pflicht, die typischen Grundsatzentscheidungen des Vorstandes und die Wahrnehmung der Führungsaufgaben zu überwachen, die Pflicht, den Mängeln nachzugehen. Da der Vorstand keine Informationsverweigerungsrechte hat, ist er zunächst Adressat der Eigeninformation. Er muss berichten, Berichte der Innenrevision zur Verfügung stellen etc. Bleiben Fragen offen, wird blockiert etc., kann der Aufsichtsrat, gegebenenfalls auch mit einem speziellen Ausschuß, recherchieren und aktiv untersuchen, sich dazu der Hilfe von Fachleuten bedienen etc.³².

2.2. Die zivilrechtliche Sicht

Die zivilrechtliche Haftung von leitenden Bankmitarbeitern, insbesondere Vorständen, ist grundsätzlich in § 347 HGB geregelt, wonach die Sorgfalt des ordentlichen Kaufmannes maßstäblich ist. Das Aktiengesetz, neuerdings das KonTraG sowie die Sondervorschriften des Sparkassen- und Genossenschaftsrechts konkretisieren die Haftung für Vorstände, Aufsichts- und Verwaltungsrat³³. Trotz der Besonderheiten manchen Sparkassengesetzes, das auch geschäftsführende Aufgaben des Verwaltungsrats für zulässig hält, soll, wegen des erkennbaren Trends zur Angleichung an das Recht der Aktiengesellschaften, die folgende Erörterung mit der Prämisse einheitlich erfolgen, dass der Vorstand die Geschäfte führt und der Aufsichtsrat den Vorstand überwacht.

2.2.1. Die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat

Wie auch bei der Untreuevorschrift im Strafrecht liegt mit § 347 HGB im Zivilrecht ein offener, konkretisierungsbedürftiger Tatbestand vor. Wie bereits erwähnt, gibt es weitgehende Überschneidungen, weil grundsätzlich zivilrechtliche Wertungen zur Pflichtwidrigkeit auf das Strafrecht übertragen werden können. Wie bei allen Sorgfaltsanforderungen entscheidet die gesollte Meinung der jeweiligen Verkehrskreise. Maßstäblich ist so die „erforderliche Sorgfalt“, nicht die eventuell allgemein übliche Sorgfalt bzw. Sorglosigkeit³⁴.

Die umfassende Verschuldenshaftung ist nur vertraglich begrenzt. Unwirksam sind aber Haftungsausschlüsse für Vorsatz und eigene grobe Fahrlässigkeit für leitende Angestellte. Bei vertragswesentlichen Pflichten kann der leitende Angestellte nicht einmal die Haftung für leichte Fahrlässigkeit ausschließen³⁵. Nicht zulässig ist die Anwendung der Grundsätze zur Haftungsbeschränkung bei gefahrgeneigter Arbeit³⁶.

Der leitende Angestellte hat jedoch einen weiten Ermessensspielraum. Nur was sich außerhalb desselben bewegt, wirkt haftungsbegründend. Damit gibt es für ihn zwar nicht direkt, aber indirekt einen haftungsbeschränkenden Korridor³⁷. Zulässig sind vertragliche Haftungsbeschränkungen der Höhe nach, was allerdings auch von der Versicherbarkeit des Risikos abhängt³⁸. Praktisch orientiert schließen viele Kreditinstitute sowohl Haftpflicht – als auch Strafrechtsschutzversicherungen ab, um den leitenden Bankverantwortlichen das Risiko begrenzt erscheinen zu lassen. Um Ermessensüberschreitungen bestimmbar zu machen, gibt es regelmäßig betriebsinterne Regeln und Arbeitsanweisungen, Bewilligungskompetenzen etc. Der Aufsichtsrat muss eine Geschäftsordnung für den Vorstand erlassen (§ 77 II S. 1 AktG), der Vorstand muss die Geschäftsbereiche angemessen organisieren etc.

Die Haftung des Vorstandsmitglieds ist wegen der großen Verantwortung zwingend sehr weitgehend, sie beginnt mit der faktischen Aufnahme der Tätigkeit und endet nach der Beendigung im Einklang mit § 84 AktG³⁹. Vorstände, die ihre Pflichten der Gesellschaft gegenüber verletzen, haften ihr gegenüber, § 93 Abs. 3 AktG bestimmt einige Sondertatbestände, bei denen die Kausalität vermutet wird. Die Entlastung des Vorstandes bedeutet keinen Verzicht auf Ersatzansprüche (§ 120 II S. 2 AktG), die Billigung von Handlungen durch den Aufsichtsrat mindert die Ersatzpflicht nicht und schließt sie nicht aus⁴⁰.

Der Aufsichtsrat hat die Aufgabe der Kontrolle und Überwachung sowie echte Eigenfunktionen, Mitwirkung bei der Bilanzfeststellung etc. Er kann und darf nicht in die Geschäftsführung eingreifen, sondern bleibt in der Überwachungsfunktion. Dabei darf und soll er sich der Mithilfe des Abschlussprüfers bedienen. Sein „schärfstes Schwert“ ist die Abberufung eines Vorstandsmitglieds und die Durchsetzung von Haftungsansprüchen gegen den Vorstand oder einzelne Mitglieder⁴¹.

Dabei ist der Regreß gegen den Vorstand von zentraler Bedeutung. In der ARAG-Entscheidung hat der 2. Zivilsenat des BGH ausgeführt, dass „die Verfolgung von Schadensersatzansprüchen gegen ein Vorstandsmitglied die Regel sein muss“. Der gerichtlichen Geltendmachung müsse nur eine sorgfältige Risikoanalyse vorausgehen. Gewissheit, dass die Schadensersatzklage zum Erfolg führt, ist nicht notwendig. Allerdings wird im Einklang mit der BGH-Entscheidung in Strafsachen dargelegt, dass bei der Leitung des Geschäfts seitens des Vorstandes ein weiter Handlungsspielraum besteht. Dazu gehört „neben dem bewussten Eingehen geschäftlicher Risiken grundsätzlich auch die Gefahr von Fehlbeurteilungen und Fehleinschätzungen, der jeder Unternehmensleiter, mag er auch noch so verantwortungs-

32 Ausführlich vgl. Lutter, Pflichten und Haftung von Sparkassenorganen, Köln, Bonn, München 1991 S. 89–103, 110.

33 Zum Sparkassenrecht und Genossenschaftsrecht vgl. Lutter, aaO.; Metz in Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland, aaO. sowie Völter, „Die Verantwortlichkeit von Verwaltungsratsmitgliedern von Sparkassen“, Tübingen 1993.

34 Vgl. Henn, Handbuch des Aktienrechts, 6. Auflage § 18 Rz. 595.

35 Vgl. Baumbach-Hopt, HGB, 29. Auflage, § 347 Rz. 7.

36 Vgl. Metz aaO. § 34 Rz. 50.

37 Vgl. Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 9. Auflage, § 52 Rz. 73 ff., 85.

38 Vgl. Baumbach-Hopt, aaO.

39 Vgl. Henn, aaO., Rz. 594.

40 Vgl. Henn, aaO., Rz. 597, 598, 600, 602.

41 Vgl. Henn, aaO., Rz. 602, 610–612, 618.

bewußt sein, ausgesetzt ist.“ Wirkt der Aufsichtsrat auf eine Ablösung hin, weil er den Eindruck hat, der Geschäftsleiter habe dabei keine „glückliche Hand“, folgt daraus keine Schadensersatzpflicht. Diese kommt erst in Betracht, wenn die Grenzen, in denen sich ein „von Verantwortungsbewusstsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlage beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muss, deutlich überschritten sind, die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt worden ist oder das Verhalten des Vorstandes aus anderen Gründen als pflichtwidrig gelten muss⁴².

Auch für den Aufsichtsrat gibt es also eine haftungsbewehrte Pflicht, in riskante Sachverhalte einzusteigen und seine Kontrollpflichten zu erfüllen. Die Kontrollpflichten von Vorstand und Aufsichtsrat sind grundsätzlich auf die aus der gesetzlichen Organisation, der spezifischen Leitungs- und Überwachungsfunktion ableitbar, ansonsten aus tatsächlicher Übernahme von Verantwortung durch konkretes Wissen und Wirken im Einzelfall.

2.2.2. Eigene Meinung

Eine strenge zivilrechtliche Haftung für Vorstände und Aufsichtsräte nach dem Gesetz bedeutet ein normatives und ein praktisches Spagat: Einerseits sind Schäden, die die Leitungsebene anrichten kann, sachgesetzlich bedingt oft so gravierend, dass der Wunsch nach vollständiger normativer Prävention durch abschreckende Urteile plausibel ist. Andererseits führt eine rein normative Zuschreibung von Verantwortlichkeit im Detail zu Ergebnissen, bei denen Ursächlichkeit nicht ermittelt, sondern nur plausibel zugeschrieben wird. Dies führte zum Phänomen umfassender Bedrohung der Führungsebene und als Gegenreaktion zu umfassenden Enthafungsüberlegungen und -Konzeptionen⁴³. Die damit einhergehende Verkomplizierung ist evident.

Der BGH in Zivilsachen hat in der ARAG-Entscheidung zutreffend bemerkt, dass die Leitungsebene üblicherweise Risiken bewusst eingehen muss. Das gilt naturgemäß für das einzelne Kreditgeschäft wie für das Kreditportfolio, für das Akzeptieren der Auswirkungen schlechter Organisation, fehlqualifizierten Personals, unzureichender Kontrolle etc. Das Risiko wird auch billigend in Kauf genommen, die Unterscheidung zwischen Strafrecht und Zivilrecht, zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit verschwimmt bei Lenkungsaufgaben auf der Leitungsebene. Die bei der strafrechtlichen Erörterung dargelegten Indizien für ein pflichtwidriges Handeln sind daher übertragbar. Gerade weil die Leitungsebene ein weites Ermessen haben muss, das ebenso weit missbraucht werden kann, wird im Hinblick auf immer neue Sachverhalte kein abschließendes Regelwerk der Pflichtwidrigkeit erstellbar sein. Es wird im Gegenteil als sachgerecht gelten müssen, eine Art Prävention durch Unberechenbarkeit als Damoklesschwer bestehen zu lassen, um auch in ungewissen künftigen Fällen eine gewissenhafte Sorgfaltsprüfung sicherzustellen. Allgemein kann formuliert werden.

Versetzt sich die Leitungsebene (gleiches gilt sinngemäß für die Kontrollebene) nicht informationell in eine Lage, dies es zulässt,

sachgerechte Ermessensentscheidungen zu fällen, ist ihr Ermessen zunächst darauf reduziert, sich eine informationelle Grundlage für die Entscheidung zu verschaffen.

Besteht kein Fehler auf der informationellen Ebene, richtet sich das Ermessen zum Eingehen erlaubten Risikos nach der Verfassung und dem wirtschaftlichen Zustand des Unternehmens. Je näher die Erreichung eines negativen Betriebsergebnisses oder gar der Stammkapitalgefährdung rückt, umso mehr reduziert sich das Ermessen, gegebenenfalls auf Null. Wer als neuer Vorstand ein notleidendes Institut übernimmt, hat sich, selbst wenn er gewohnt ist, ein riskantes Kreditportfolio zu steuern, mehr Zurückhaltung aufzuerlegen als der Vorstand eines kerngesunden und reichen Instituts. Gerade im Kreditgeschäft ist wegen der Volatilität der Immobilienwerte als Basis von Bonitäten und Sicherheiten Geschäftsführung regelmäßig langfristig auszurichten. Hier liegt die zentrale Problematik bei Immobilienfinanzierungen: Wer für 30 Jahre Kredite ausreicht, kann den künftigen Kapitaldienst nach pflichtgemäßer Bewertung nicht auf rein prognostische Miethöchstseinnahmen bei Vollvermietung und Zusagen von Mietgarantiefirmen mit Mindeststammkapital stützen. Wer die Volatilität von Immobilienwerten kennt, muss Bonitätsüberlegungen und Sicherheitenbewertungen mit Korridoren für Baisse und Hausse versehen statt die Dauerhaussse zu unterstellen etc.

3. Zusammenfassung

Rechtlich wie tatsächlich fallen Pflichtwidrigkeit, Vorsatz und Fahrlässigkeit bei der Untreue von Bankverantwortlichen oft zusammen, da die Pflichtwidrigkeitskriterien zivilrechtlich bestimmt werden und stark durch Sondervorschriften formalisiert sind. Für die nicht unmittelbar eigennützige Untreue von Bankverantwortlichen stellt der neue BGH-Kriterienkatalog eine Hilfe dar, die sich bislang jedoch nur auf die Kreditvergabe als soziales Mikrophenomen bezieht, nicht auf den Fall vorsätzlich riskanter Führung des Kreditgeschäfts als Makrophenomen *contra lege artis* unter Aufzehrung der Reserven der Bank oder Sparkasse.

Das weite Ermessen des kreditgeschäftlichen Unternehmers in der Entscheidungssituation darf jedoch, wie zutreffend der BGH in Strafsachen und der BGH in Zivilsachen in der ARAG-Entscheidung darlegten, generell nicht durch Kriterien *ex post* eingeschränkt werden. Dies würde auch zu einer unabsehbaren Demotivierung der Führungsebene führen. Wegen der Vielfalt möglicher Einzelfallgestaltungen verbietet sich ein abschließender Kriterienkatalog für Untreue oder Exkulpation. Es wird auf die Optimierung des (dokumentierten) subjektiven Bemühens des Bankverantwortlichen ankommen, den Dingen auf den Grund gegangen zu sein und erst dann vertretbar entschieden zu haben.

⁴² Vgl. BGH, 97 aaO. (Fn. 31),

⁴³ Vgl. Bastuck, *Enthftung des Managements*, Köln, Bonn, München, 1986; Ihlas, *Organhaftung und Haftpflichtversicherung*, 1997.