

Entscheidungskommentare

Eigentums- und Vermögensstrafrecht

RA | FA Strafr Gernot Zimmermann, Wiesbaden

**BGH Urteil vom 12.10.2016 – 5 StR 134/15
– „HSH Nordbank“¹**

1. Die Anwendung des Untreuetatbestands ist auf „klare und deutliche“ Fälle pflichtwidrigen Handelns zu beschränken; gravierende Pflichtverletzungen lassen sich nur dann bejahen, wenn die Pflichtverletzung evident ist.

2. Bei einem Verstoß gegen § 93 Abs. 1 S. 1 AktG liegt stets eine gravierende bzw. evidente Pflichtverletzung im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB vor.

3. Die in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG kodifizierte Business-Judgement-Rule definiert einen „sicheren Hafen“. Die Einhaltung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG schließt eine Pflichtverletzung nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG und damit auch eine Pflichtverletzung nach § 266 Abs. 1 StGB aus.

4. Umgekehrt begründet die Überschreitung der Grenzen des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG durch einen Verstoß gegen Informationspflichten allein noch keine Pflichtverletzung. Der Verstoß gegen § 93 Abs. 1 S. 2 AktG indiziert aber eine Pflichtverletzung, die bei schlechthin unvertretbarem Vorstandshandeln immer gegeben ist.

I. Sachverhalt

Die Staatsanwaltschaft hat den Angeklagten, die im Dezember 2007 den Gesamtvorstand der HSH bildeten, vorgeworfen, sich einer Untreue nach § 266 Abs. 1 StGB schuldig gemacht zu haben, indem sie im Dezember 2007 auf Grundlage unzureichender Informationen dem Abschluss eines der Verbesserung der bankaufsichtsrechtlichen Eigenkapitalquote dienenden Finanzgeschäfts, der „Omega 55“-Transaktion, zustimmten und dadurch der HSH einen Vermögensnachteil zufügten. Das Landgericht hat die Angeklagten freigesprochen. Im Hinblick auf den Vorwurf der Untreue habe die Hauptverhandlung zwar ergeben, dass die Angeklagten durch ihre Zustimmung ihre Vorstandspflichten aus § 93 Abs. 1 AktG verletzt und hierdurch einen Vermögensnachteil der HSH herbeigeführt hätten. In einem zweiten Prüfungsschritt kam die Strafkammer zu dem Ergebnis, die festgestellten Pflichtverletzungen seien jedoch nicht so „offensichtlich“ und „gravierend“, dass sie im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs den Tatbestand des § 266 Abs. 1 StGB erfüllten.

II. Entscheidungsgründe²

1. Der Freispruch der Angeklagten vom Vorwurf der Untreue nach § 266 Abs. 1 StGB hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Das Landgericht hat, nachdem es einen Verstoß gegen die Vorschrift des § 93 Abs. 1 AktG bejaht hat, zu Unrecht in einem zweiten Schritt geprüft, ob sich die Pflichtverletzungen der Angeklagten als „gravierend“ bzw. „evident“ darstellen. Als durchgreifender Rechtsfehler erweist sich, dass die Begründung, mit der das Landgericht einerseits eine Pflichtverletzung nach § 93 Abs. 1 AktG bejaht, die es andererseits als nicht gravierend einstuft, Darstellungs- und Erörterungsmängel enthält.

a. Im Ausgangspunkt hat das Landgericht zutreffend bedacht, dass die Anwendung des Untreuetatbestands auf „klare und deutliche“ Fälle pflichtwidrigen Handelns zu beschränken ist; gravierende Pflichtverletzungen lassen sich nur dann bejahen, wenn die Pflichtverletzung evident ist.³ Allerdings liegt bei einem Verstoß gegen § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG stets eine

¹ Volltext: BeckRS 2016, 20940.

² Die Entscheidungsgründe wurden durch den Verfasser gekürzt und teilweise umgestellt.

³ BVerfGE 126, 170 Rn. 110 f.; BGH, Urteil vom 28. Mai 2013 - 5 StR 551/11, NStZ 2013, 715.

„gravierende“ bzw. „evidente“ Pflichtverletzung im Sinne der oben genannten Rechtsprechung vor.

Als Vorstandsmitglieder unterlagen die Angeklagten gesellschaftsrechtlich den in §§ 76, 82, 93 AktG umschriebenen Pflichten. Danach hat der Vorstand gemäß § 76 Abs. 1 AktG die Gesellschaft in eigener Verantwortung zu leiten, wobei die Vorstandsmitglieder bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden haben (§ 93 Abs. 1 Satz 1 AktG). Trotz der Weisungsunabhängigkeit unterliegt das Leitungsermessen rechtlichen Grenzen. So sind nach § 82 Abs. 2 AktG der durch die Satzung festgelegte Unternehmensgegenstand, die Geschäftsordnung sowie die Zuständigkeiten anderer Organe zu beachten. Über diese Regelungen hinaus wird den Geschäftsleitern bei unternehmerischen Entscheidungen ein weiter wirtschaftlicher Entscheidungsspielraum eingeräumt, ohne den eine unternehmerische Tätigkeit schlechterdings nicht denkbar ist.

Sind jedoch - wie vom Landgericht angenommen - diese in § 93 Abs. 1 AktG normierten äußersten Grenzen unternehmerischen Ermessens überschritten und ist damit eine Hauptpflicht gegenüber dem zu betreuenden Unternehmen verletzt worden, so liegt eine Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten vor, die (gleichsam „automatisch“) so gravierend ist, dass sie zugleich eine Pflichtwidrigkeit im Sinne von § 266 StGB begründet.⁴ Angesichts des durch § 93 Abs. 1 AktG eingeräumten weiten unternehmerischen Entscheidungsspielraums ist für eine gesonderte Prüfung der Pflichtverletzung als „gravierend“ bzw. „evident“ kein Raum.⁵

b. Allerdings sind die vom Landgericht in seinem „zweiten Prüfungsschritt“ herangezogenen Gesichtspunkte bereits im Rahmen der Prüfung, ob überhaupt ein Verstoß gegen § 93 Abs. 1 AktG gegeben ist, zu würdigen. Ein solcher liegt nur bei einer Überschreitung des dem Vorstand eingeräumten weiten unternehmerischen Ermessens vor. Zu diesem gehört neben dem bewussten Eingehen geschäftlicher Risiken grundsätzlich auch die Inkaufnahme der Gefahr, bei der wirtschaftlichen Betätigung Fehlbeurteilungen und Fehleinschätzungen zu unterliegen; denn derartige Entscheidungen müssen regelmäßig aufgrund einer zukunftsbezogenen Gesamtabwägung von Chancen und Risiken getroffen werden, die die Gefahr erst nachträglich erkennbarer Fehlbeurteilungen enthält.⁶

Eine Pflichtverletzung nach § 93 Abs. 1 AktG liegt vor, wenn die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muss, überschritten sind, die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt wird oder das Verhalten des Vorstands aus anderen Gründen als pflichtwidrig gelten muss.⁷ Diese mittlerweile als sog. Business Judgement Rule in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG kodifizierten Grundsätze⁸ sind auch Maßstab für das Vorliegen einer Pflichtverletzung im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB.⁹

c. Allein aus der vom Landgericht bejahten Verletzung einer Informationspflicht folgt nicht ohne weiteres auch ein Pflichtenverstoß im Sinne des § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG.

Der § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG definiert einen „sicheren Hafen“; d.h., die Einhaltung seiner Voraussetzungen schließt eine Pflichtverletzung aus. Umgekehrt begründet die Überschreitung seiner Grenzen durch einen Verstoß gegen Informationspflichten allein noch keine Pflichtverletzung. Vielmehr ist auch dann pflichtgemäßes Handeln nach § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG möglich; allerdings indiziert der Verstoß gegen § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG eine Pflichtverletzung.¹⁰ Letztlich ist eine Verletzung der Sorgfaltspflichten aus § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG immer nur dann zu bejahen, wenn ein schlechthin unververtretbares Vorstandshandeln vorliegt;¹¹ der Leitungsfehler muss sich auch einem Außenstehenden förmlich aufdrängen.¹²

⁴ vgl. BGH, Urteil vom 22. November 2005 - 1 StR 571/04, NStZ 2006, 221.

⁵ vgl. auch LK-StGB/Schünemann, 12. Aufl., § 266 Rn. 100; Schönke/Schröder/Perron, StGB, 29. Aufl., § 266 Rn. 19b mwN.

⁶ vgl. BGH, Urteil vom 21. Dezember 2005 - 3 StR 470/04, BGHSt 50, 331.

⁷ BGH, Urteile vom 21. April 1997 - II ZR 175/95, BGHZ 135, 244 Rn. 22, und vom 21. Dezember 2005 - 3 StR 470/04, aaO).

⁸ vgl. RegE zu § 93 Abs. 1 AktG in BR-Drucks. 3/05, S. 20 f.

⁹ (BGH, Urteil vom 21. Dezember 2005 - 3 StR 470/04, BGHSt 50, 331, 336; Beschluss vom 26. November 2015 - 3 StR 17/15, NJW 2016, 2585 Rn. 57).

¹⁰ hM; vgl. Krieger/Sailer-Coceani in: Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl., § 93 Rn. 14; Hüffer/Koch, AktG, 12. Aufl., § 93 Rn. 12; MüKo-AktG/Spindler, 4. Aufl., AktG § 93 Rn. 40 mit zahlreichen wN; aA Scholz AG 2015, 222, 227.

¹¹ vgl. BGH, Urteil vom 21. April 1997, aaO; Hüffer/Koch aaO, Rn. 8.

¹² vgl. MüKo-AktG/Spindler aaO, Rn. 56 mwN.

d. Der von der Wirtschaftsstrafkammer gewählte fehlerhafte Prüfungsansatz würde demnach allein nicht zur Aufhebung des Urteils nötigen, wenn zum einen eine Informationspflichtverletzung zu verneinen gewesen wäre; dies vermag der Senat auf der Grundlage der Feststellungen allerdings nicht zu beurteilen. Ausschlaggebend ist dabei nicht, ob die Entscheidung tatsächlich auf der Basis angemessener Informationen erfolgte und dem Wohle der Gesellschaft diene, sondern es reicht aus, dass der Vorstand dies vernünftigerweise annehmen durfte.¹³ Die Beurteilung des Vorstands im Zeitpunkt der Entscheidungsfindung muss aus der Sicht eines ordentlichen Geschäftsleiters vertretbar erscheinen („vernünftigerweise“). Ausgehend von diesen rechtlichen Maßstäben hätte das Landgericht – gegebenenfalls unter Hinzuziehung eines Sachverständigen – zunächst bestimmen müssen, welchen tatsächlichen Anforderungen eine die Angeklagten hinreichend informierende Vorlage hätte genügen müssen. So hätte insbesondere geklärt werden müssen, in welcher Form eine Beteiligung der Rechtsabteilung mitzuteilen gewesen wäre, um als hinreichend zuverlässige Information zu gelten, und welche Informationen zu fordern waren, um den Angeklagten eine Plausibilitätsprüfung im Hinblick auf die Erreichung der aufsichtsrechtlichen Ziele und einen ausreichenden Eindruck von der Ertrags- und Kostensituation sowie der Risiken der Transaktion zu ermöglichen.

Der Freispruch der Angeklagten könnte zum anderen auch bestehen bleiben, wenn das Landgericht in seinem „zweiten Prüfungsschritt“ hinreichend alle bei der Prüfung einer Sorgfaltspflichtverletzung nach § 93 Abs. 1 AktG zu beachtenden tatsächlichen Gesichtspunkte erörtert hätte; dies ist indes nicht der Fall.

2. Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat für die Prüfung einer Strafbarkeit der Angeklagten nach § 266 StGB auf Folgendes hin:

Das Landgericht hat mit nachvollziehbaren Erwägungen angenommen, dass durch die Transaktion „Omega 55“ aufsichtsrechtlich keine RWA-entlastende Wirkung erzielt wurde. Soweit es jedoch davon ausgegangen ist, dass die Transaktion angesichts des Ziels einer RWA-Entlastung insgesamt sinnlos gewesen und deshalb ein Vermögensnachteil in Höhe der Gesamtkosten der Transaktion eingetreten sei, wird das neue Tatgericht auch den „Kapitalmarkterfolg“ als möglichen Gegenwert des Vermögensverlusts in Betracht zu ziehen haben. Die Urteilsbegründung spricht bezogen auf den Zeitpunkt des Abschlusses der Transaktion für das Bestehen nicht geringer Chancen, dass das Geschäft aufsichtsrechtlich nicht beanstandet worden wäre, deshalb das verfolgte Ziel, die RWA-Entlastung gegenüber der Kapitalmarktöffentlichkeit geltend zu machen, hätte erreicht werden können und Nachteile für die H. am Kapitalmarkt vermieden worden wären.

Die Transaktion stellte sich wegen ihres (aufsichts-)rechtlich nicht garantierten, sondern nur faktisch erzielbaren wirtschaftlichen Erfolgs als ein „Risikogeschäft“ dar, bei dem unter besonderen Umständen die Erwartung künftiger Vorteile einen Nachteil schon bei seiner Entstehung ausgleichen und wirtschaftlich aufheben kann.¹⁴ Dem steht nicht entgegen, dass das Geschäft - bei nicht gegebener aufsichtsrechtlicher Anerkennungsfähigkeit - zumindest objektiv auf eine moralisch bemakelte Irreführung des Kapitalmarkts hinausgelaufen wäre. § 266 StGB hat als Vermögensschädigungsdelikt nicht die Aufgabe, Recht und Moral in geschäftlichen Beziehungen zu garantieren, sondern das Individualvermögen vor Beeinträchtigungen zu schützen.¹⁵ Bei der Untreue ist die Nachteilszufügung nur durch einen Vergleich des Vermögens, das der Betreute ohne die Pflichtverletzung des Täters hätte, mit dem Vermögen, über das er infolge der Pflichtverletzung verfügt, festzustellen. Dabei ist jeder Vorteil zu berücksichtigen, der durch die pflichtwidrige Handlung erzielt worden ist. Zum Vermögen gehört nach der maßgeblichen wirtschaftlichen Betrachtungsweise alles, was in Geldwert messbar ist.¹⁶ Dementsprechend sind die Chancen eines „Kapitalmarkterfolges“ des Geschäfts als möglicher Ausgleich des Vermögensverlusts in Betracht zu ziehen. Dies gilt erst dann nicht mehr, wenn die Angeklagten mit der Genehmigung des Geschäfts gegen ihre Legalitätspflicht (§ 93 Abs. 1 AktG) verstoßen hätten, wofür sich aus den Feststellungen aber keine hinreichenden Anhaltspunkte ergeben.¹⁷

¹³ Henssler/Strohn/Dauner-Lieb Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., AktG § 93 Rn. 22 mwN; MüKoAktG/Spindler aaO, Rn. 48; Krieger/Sailer-Coceani aaO.

¹⁴ BGH, Urteile vom 19. Januar 1954 - 1 StR 579/53, und vom 6. Oktober 1959 - 1 StR 203/59; so bereits RG JW 1934, 2923, Nr. 29; 1936, 882, Nr. 27.

¹⁵ Rönnau, ZStW 2006, 887 (921).

¹⁶ vgl. BGH, Urteil vom 27. Februar 1975 - 4 StR 571/74, NJW 1975, 1234 mwN.

¹⁷ vgl. zur Legalitätspflicht BGH, Urteil vom 27. August 2010 - 2 StR 111/09 mwN; MüKo-AktG/Spindler aaO, Rn. 73 ff. mwN.

III. Anmerkung

Wenn sich komplexe Entscheidungen des Wirtschaftslebens retrospektiv als für das vertretene Unternehmen nachteilig herausstellen, wird das Verhalten der Unternehmensverantwortlichen vielfach unter den Tatbestand der Untreue subsumiert. *Ransiek* analysiert den Anwendungsbereich der Norm treffend: „§ 266 StGB passt immer.“¹⁸ Daher ist es nur folgerichtig, dass der viel zu weit geratene Untreuetatbestand im Lichte des Bestimmtheitsgebots des Art. 103 Abs. 2 GG einer restriktiven Auslegung bedarf.¹⁹ Einer Konturierung bedürfen dabei alle objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale.

Mit der vorliegenden Entscheidung werden durch den 5. Strafsenat des BGH zwei klassische Problemfelder des objektiven Untreuetatbestandes näher beleuchtet: Zum einen knüpft der Senat an seine Entscheidung vom 28.05.2013²⁰ zum Verhältnis von zivilrechtlicher und strafrechtlicher Pflichtverletzung an. Des Weiteren rückt der Senat in der „Segelanweisung“ die Voraussetzungen der strafrechtlichen Schadenskompensation in den Fokus.

1. Auf der Ebene der Pflichtverletzung ist der Tatbestand des § 266 Abs. 1 StGB insofern akzessorisch zum Zivilrecht, als ein zivilrechtlich zulässiges Handeln in keinem Fall eine untreuerelevante Pflichtwidrigkeit zu begründen vermag. Dies gilt insbesondere auch für die Wahl zwischen mehreren Handlungsalternativen, die sich im Rahmen des unternehmerischen Ermessens halten und jeweils vertretbar sind. Die Zivilrechtsakzessorietät ist jedoch nicht streng, sondern asymmetrisch zu verstehen. Nicht jeder Verstoß gegen eine zivilrechtliche Pflicht stellt im Umkehrschluss zwingend auch eine Pflichtverletzung im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB dar.

Vor diesem Hintergrund hat sich in der Rechtsprechung ein zweistufiger Prüfungsaufbau herausgebildet: Auf einer ersten Stufe ist zu prüfen, ob auf der Primärebene eine Verletzung zivilrechtlicher Pflichten gegeben ist. In einem zweiten Schritt ist sodann nach Maßgabe des Schutzzwecks des § 266 Abs. 1 StGB zu prüfen, ob die auf der ersten Stufe festgestellte zivilrechtliche Pflichtverletzung zugleich auch eine Pflichtverletzung im strafrechtlichen Sinne begründet. Hierzu hat die Rechtsprechung seit 2001 herausgearbeitet, dass nur „evidente“ Verstöße gegen zivilrechtliche Pflichten hinreichend „gravierend“ und damit strafrechtlich tatbestandsmäßig im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB sind.²¹

Mit der vorliegenden Entscheidung stellt der 5. Strafsenat in Bestätigung der Zivilrechtsakzessorietät klar, dass eine strafrechtlich bedeutsame Pflichtverletzung ausscheidet, soweit sich das Vorstandshandeln in den zivilrechtlichen Grenzen der Business-Judgement-Rule des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG hält. Die Business-Judgement-Rule wird durch den Senat ausdrücklich als für das Strafrecht maßgeblicher Maßstab anerkannt. Weiter bestätigt der Senat die Asymmetrie der Akzessorietät, indem er betont, dass ein Überschreiten der Grenzen des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG zwar grundsätzlich eine Pflichtverletzung indiziert, diese aber mit Blick auf den ultima-ratio-Grundsatz erst dann zu einer strafrechtlichen Pflichtverletzung erstarken sollte, wenn ein schlechthin unvertretbares Vorstandshandeln gegeben ist. In Bezug auf die Feststellung der für die Einhaltung der Business-Judgement-Rule erforderlichen „angemessenen Information“ stellt der Senat heraus, dass hierbei nicht ein rein objektiver Maßstab anzulegen ist, sondern es vielmehr darauf ankommt, ob der Vorstand subjektiv vernünftigerweise annehmen durfte, dass die Informationsbasis angemessen ist. Diese Klarstellungen sind zu begrüßen.

Kritisch ist hingegen die apodiktische Feststellung zu sehen, wonach streng zivilrechtsakzessorisch jedwede Verletzung der Sorgfaltspflichten des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG stets auch eine gravierende bzw. evidente Pflichtverletzung im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB begründen soll, mit der Folge, dass es einer strafrechtsautonomen Prüfung auf der zweiten Stufe nicht mehr bedürfe.

Dies soll nach Auffassung des Senats immer dann der Fall sein, wenn (1) die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muss, überschritten seien, (2) die Bereitschaft,

¹⁸ Ransiek ZStW 2004, 634.

¹⁹ vgl. BVerfG NJW 2009, 2370; NJW 2010, 3209.

²⁰ BGH NStZ 2013, 715.

²¹ So u.a.: BGH, 15.11.2001 - 1 StR 185/01 - NStZ 2002, 262; BGH, 06.12.2001 - 1 StR 215/01 - NStZ 2002, 322; BGH, 27.08.2010 - 2 StR 111/09 - StV 2011, 20; BGH, 26.04.2017 - 1 StR 32/17 - NStZ 2017, 32; a.A. BGH, 21.12.2005 - 3 StR 470/04 - NStZ 2006, 214.

unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt würden oder (3) das Verhalten des Vorstands aus anderen Gründen als pflichtwidrig gelten müsse. Diese strenge Zivilrechtakzessorietät wird den anzulegenden Maßstäben zur Feststellung einer strafrechtlichen Pflichtverletzung als normativem Tatbestandsmerkmal nicht gerecht. Während das Vorliegen einer gravierenden und damit strafrechtlich relevanten Pflichtverletzung im Falle des (2) „unverantwortlichen“ Eingehens von Risiken noch halbwegs greifbar ist, fehlen demgegenüber im Falle des schlichten (1) „Überschreitens der Grenzen“ oder einer Pflichtwidrigkeit (3) „aus anderen Gründen“ jegliche normative Anknüpfungspunkte zur Bestimmung der Schwere des Verstoßes. Hier wäre es im Lichte des ultima-ratio-Grundsatzes wünschenswert, wenn in Anerkennung der Asymmetrie zum Zivilrecht eine Differenzierung vorgenommen würde, insbesondere nach dem Schutzzweck der verletzten Pflicht. Dies gilt umso mehr, als § 93 Abs. 1 S. 1 AktG neben den Leitungsaufgaben auch das weite Feld der Legalitätspflicht, der Organisationspflicht sowie individuell im Anstellungsvertrag definierte Pflichten umfasst. In Anbetracht dieses vielschichtigen Pflichtenkatalogs sollte der indizierte „Automatismus“ einer gravierenden Pflichtverletzung auf besonders schwerwiegende aktienrechtliche Pflichtverletzungen²² beschränkt und im Übrigen die Schwere der Pflichtverletzung auf der zweiten Stufe individuell festgestellt werden.

2. Der 5. Strafsenat gibt in der „Segelanweisung“ zudem Hinweise zu den Voraussetzungen der strafrechtlichen Schadenskompensation. Im Einklang mit der durch das BVerfG vertretenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise²³ stellt der 5. Strafsenat zunächst heraus, dass ungeachtet einer „moralischen“ Bemakelung grundsätzlich jeder unmittelbar durch die pflichtwidrige Handlung erzielte Vorteil schadenskompensierend zu berücksichtigen sei. Diesen Grundsatz schränkt der Senat dann aber sogleich wieder dahingehend ein, dass dies aber dann nicht gelte, wenn es sich bei der Pflichtverletzung um einen Verstoß gegen die Legalitätspflicht des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG handele.

Diese Einschränkung erklärt sich zwar vor dem Hintergrund der Ausführungen des Senats zum Automatismus des Gleichlaufs zwischen der zivilrechtlichen Verletzung der Pflichten aus § 93 Abs. 1 S. 1 AktG und der strafrechtlichen Pflichtverletzung. Gleichzeitig steht sie aber im Widerspruch zu den Vorgaben des BVerfG, wonach bei der Untreue als Vermögensschädigungsdelikt allein die wirtschaftliche Betrachtungsweise maßgeblich sein soll, ohne dass es dabei auf die Bemakelung des Verwendungszwecks des anvertrauten Vermögens ankäme. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze kann es allein entscheidend sein, ob der durch die pflichtwidrige Handlung erzielte Vorteil - auch unter Berücksichtigung eines Verstoßes gegen das Legalitätsprinzip - werthaltig ist. Ist dies der Fall, wird der Vermögensnachteil unmittelbar kompensiert.

3. Die vorliegende Entscheidung des 5. Strafsenats konturiert die Voraussetzungen und Grenzen der Untreuestrafbarkeit unter Berücksichtigung der Business-Judgement-Rule, die nun ausdrücklich als strafrechtlicher Maßstab und „sicherer Hafen“ anerkannt wird. Gerade mit Blick auf das in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG verankerte Erfordernis einer angemessenen Informationsbasis ist Unternehmensverantwortlichen zu raten, den Entscheidungsprozess hinreichend zu dokumentieren. In Anbetracht der Entscheidung des II. Zivilsenats des BGH vom 04.11.2002²⁴, mit der die Haftungsmaßstäbe des Aktienrechts ausdrücklich auf die Haftung nach § 43 GmbHG übertragen werden, dürften die jetzt für den AG-Vorstand aufgestellten strafrechtlichen Grundsätze auch für den GmbH-Geschäftsführer Geltung erhalten.

²² vgl. auch die im Aktienrechts als „grob“ definierten Pflichtverstöße der §§ 84 Abs. 3 S. 2, 93 Abs. 5 S. 2, 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AktG.

²³ BVerfG NJW 2010, 3209 (3215).

²⁴ BGH NJW 2003, 358.