

HRRS 2009 Nr. 900

BGH 3 StR 576/08 - 13. August 2009 (LG Düsseldorf)

Kredituntreue (Pflichtverletzung; unterlassene Informationsbeschaffung; unterlassene Marktanalyse); pflichtwidrige Kreditvergabe (Beurteilungsspielraum; sorgfältig erhobene und geprüfte Grundlage); Vermögensschaden (schadensgleiche Vermögensgefährdung; Gefährdungsschaden; Kompensationsgefährdung; Schadenshöhe; bedingter Vorsatz; Herausgabe eines Commitment Letters); Treubruchstatbestand; Missbrauchstatbestand; Sengera-Urteil.

§ 266 StGB; § 15 StGB; § 263 StGB; § 18 KWG

Leitsätze des Bearbeiters

1. Bei einer Untreue durch Vergabe eines Kredits tritt ein Vermögensnachteil für die Bank regelmäßig erst dann ein, wenn die Vermögensminderung durch die Auszahlung der Darlehenssumme einerseits und der Anspruch auf Rückzahlung des Kredits andererseits in einem wirtschaftlichen Missverhältnis zueinander stehen. Ein solches ist regelmäßig gegeben, wenn der Vertragsschluss und die sich daran anschließende Darlehensauszahlung nach einer unzureichenden Bonitätsprüfung vorgenommen worden sind und dies dazu geführt hat, dass die Rückzahlung des Darlehens über das allgemeine Kreditrisiko hinaus gefährdet ist. Wird bei der Bewilligung eines Großkredits an ein Wirtschaftsunternehmen für die Verwirklichung des objektiven und subjektiven Untreuetatbestandes ein Zeitpunkt vor der Kreditauszahlung als maßgeblich erachtet, so bedarf dies im Urteil näherer Darlegung und Begründung.

2. In Fällen pflichtwidriger Kreditvergabe ist kein Vermögensnachteil in der Form einer "schadensgleichen Vermögensgefährdung" anzunehmen. Vielmehr ist durch die Auszahlung des Kredites das Vermögen des Darlehensgebers unmittelbar in Höhe des ausgekehrten Betrages vermindert, nicht etwa (nur) schadensgleich gefährdet. Es stellt sich allein die Frage, ob und in welcher Höhe hierdurch ein Vermögensnachteil gleichwohl nicht eintritt. Für eine solche Kompensation kommt in Betracht, dass der Vermögensminderung ein Anspruch auf Darlehensrückzahlung als ausgleichende Vermögensmehrung gegenübersteht. Ist dies nicht der Fall, so kann auch eine vom Kreditgeber ohne Schwierigkeiten verwertbare, die Darlehenssumme abdeckende Sicherheit für den Fall der Nichtrückführung des Kredits die Vermögensminderung kompensieren.

3. Ist eine Tilgung eines Kredits überhaupt nicht zu erwarten und werden verwertbare Sicherheiten nicht gegeben, so entsteht ein Vermögensverlust in Höhe der gesamten ausgekehrten Darlehensvaluta. Im Falle teilweiser Werthaltigkeit des Rückzahlungsanspruchs oder einer Sicherheit ist der Vermögensverlust um den entsprechenden Wert reduziert. Die Höhe eines etwaigen Minderwerts des Rückzahlungsanspruchs zum Zeitpunkt der Kreditvergabe kann mit den Instrumenten des Bilanzrechts errechnet (BGH NStZ 2009, 330, 331) oder - bei verbleibenden Unsicherheiten - unter Beachtung des Zweifelssatzes im Wege der Schätzung bestimmt werden (BGH NJW 2008, 2451, 2452).

4. Bei der - generell risikobehafteten - Vergabe von Krediten ist eine Pflichtverletzung im Sinne des

§ 266 Abs. 1 StGB grundsätzlich nur dann zu bejahen, wenn die Risiken und die Chancen der Kreditvergabe nicht auf der Grundlage umfassender Informationen sorgfältig abgewogen worden sind. Wenn allerdings die weiten Grenzen des unternehmerischen Entscheidungsspielraums durch Verstöße gegen die banküblichen Informations- und Prüfungspflichten überschritten werden, also das Verfahren der Kreditgewährung fehlerhaft ist, so liegt eine Pflichtverletzung vor, die zugleich einen Missbrauch der Vermögensbetreuungspflicht aus § 266 Abs. 1 StGB begründet. Handlungs- und Beurteilungsspielräume bestehen nur auf der Grundlage sorgfältig erhobener, geprüfter und analysierter Informationen.

5. Kennt der Täter bei einer Kreditgewährung die Pflichtwidrigkeit seines Handelns sowie die den Minderwert des Rückzahlungsanspruchs begründenden Umstände und weiß er, dass dieser nach allgemeinen Bewertungsmaßstäben als minderwertig angesehen wird, mag er sie selbst auch anders bewerten, liegt direkter Vorsatz vor (vgl. BGHSt 47, 148, 157; BVerfG NJW 2009, 2370, 2373). Rechnet er mit Umständen, die eine Pflichtwidrigkeit seines Tuns und eine Minderwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs begründen, und nimmt er diese billigend in Kauf, ist bedingter Vorsatz gegeben. In beiden Fällen spielt es keine Rolle, wenn der Täter glaubt oder hofft, dass der Kredit letztlich dennoch zurückgeführt werden wird (BGHSt 46, 30, 35; 47, 148, 157). Die spätere Schadensentwicklung ist nur noch für die Strafzumessung von Bedeutung.

Entscheidungstenor

Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 19. Juni 2008 mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels und die dem Angeklagten dadurch entstandenen notwendigen Auslagen, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe

Die Staatsanwaltschaft hat dem Angeklagten zur Last gelegt, als zuständiges Vorstandsmitglied der Westdeutschen Landesbank Girozentrale (im Folgenden: WestLB) durch die Vergabe eines Großkredits an die britische Unternehmensgruppe B. (im Folgenden: B.) seine Pflicht, die wirtschaftlichen Verhältnisse der Kreditnehmerin und deren Marktchancen sorgfältig zu prüfen, gravierend verletzt und dadurch einen hohen Schaden verursacht zu haben. Das Landgericht hat ihn vom Vorwurf der Untreue zum Nachteil der Bank freigesprochen, weil es sich von einem Schädigungsvorsatz des Angeklagten nicht hat überzeugen können. Mit ihrer auf die Rüge der Verletzung sachlichen Rechts gestützten Revision beanstandet die Staatsanwaltschaft Fehler der Beweiswürdigung und der rechtlichen Würdigung zum subjektiven Tatbestand. Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung des Freispruchs.

I.

1. Das Landgericht hat im Wesentlichen folgende Feststellungen getroffen:

Der britische Medienkonzern G. (im Folgenden: G.) und die Investmentbank N. (im Folgenden: N.) betrieben die Fusion ihrer Unternehmensteile G. H. T. (im Folgenden: GHT) und T. (im Folgenden: T.), die jeweils einen Marktanteil von etwa 40 % des in Großbritannien weit verbreiteten Vermietungsmarktes

für Unterhaltungselektronik und Haushaltsgeräte hielten, zur - später so bezeichneten - Unternehmensgruppe B.

Im zweiten Halbjahr 1999 verhandelten Vertreter von G. und N. mit Vertretern der WestLB über die Gewährung eines Großkredits von bis zu 860 Millionen Britischen Pfund (im Folgenden: GBP) an B. zur Finanzierung der Fusion, der als Brückenkredit gewährt und im Wesentlichen durch eine "Verbriefung der Vermögenswerte" des neu zu gründenden Unternehmens und die Veräußerung der entsprechenden Wertpapiere zurückbezahlt werden sollte. Eine Kreditvorlage vom 24. November 1999 an den Vorstand enthielt u. a. Ausführungen zur Situation des seit über zehn Jahren - im Durchschnitt jährlich um 5,6 % - rückläufigen Vermietungsmarktes in Großbritannien, Schätzungen zu den möglichen Kostenersparnissen durch Synergien und Angaben zum erwarteten Cashflow (Ertrag) einschließlich eines "Stress-Tests" der "Sensitivität des Cashflow" bei möglichen negativen Marktbedingungen. Das in der Vorlage verwendete Zahlenmaterial stammte fast ausschließlich von G. und N.

Die Abteilung "Zentrales Kreditmanagement" der WestLB (im Folgenden: ZKM) gab zu der Kreditvorlage eine negative Stellungnahme ab und wies auf hohe Risiken für die Bank hin.

In einer Sitzung vom 7. Dezember 1999 kamen die Vorstandsmitglieder zu der Überzeugung, die WestLB könne das Projekt ohne unvertretbares Risiko allein umsetzen, und stimmten der Kreditvorlage mit der Maßgabe zu, dass 200 Millionen GBP zurückzubehalten seien, bis die prognostizierten Kostenersparnisse durch Synergien verifiziert seien und eine Überprüfung des Unternehmensplans sowie des Finanzmodells auf Korrektheit und Vollständigkeit ("Due-Diligence"-Prüfung) durch die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft P. (im Folgenden: P.) ein zufriedenstellendes Ergebnis erbracht habe.

An den folgenden Tagen überprüfte P. einen Bericht zu den Synergien, den Unternehmensplan sowie die Finanzplanung und bestätigte, dass das Geschäftsmodell rechnerisch korrekt sei und die Synergieeffekte sowie die Kosten der Fusion zutreffend wiedergebe. Die von N. erstellte Kalkulationstabelle kontrollierte die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft lediglich auf logische Richtigkeit. Zu keinem Zeitpunkt erstellten die mit dem Projekt befassten Mitarbeiter der WestLB eine eigene Analyse des Vermietungsmarktes in Großbritannien oder gaben eine solche in Auftrag, sondern stützten sich auf einen Bericht vom Juni 1998, der anlässlich der "Verbriefung" von T. erstellt worden war, sowie auf Vertragsdaten und Einschätzungen des Managements von G.

In der Vorstandssitzung vom 14. Dezember 1999 stellte der Angeklagte die Ergebnisse der Überprüfung durch P. vor. Auf deren Grundlage beschloss der Vorstand einstimmig "unter Ablösung der Bedingungen" vom 7. Dezember 1999 die Bewilligung des Kredits auf der Basis neuer Bedingungen. Nach dem Verständnis der Vorstandsmitglieder beinhaltete der Beschlusstext u. a. die Bedingung, dass eine "Due-Diligence"-Prüfung noch stattzufinden habe und die WestLB im Falle einer dabei bekannt werdenden wesentlichen Änderung des dem Geschäftsmodell zugrunde liegenden Zahlenmaterials nicht an die Kreditzusage gebunden sei.

Mit "Commitment Letter" vom 17. Dezember 1999 verpflichtete sich die WestLB gegenüber G. und N., dem noch zu gründenden Unternehmen B. als Kreditnehmerin zu im Einzelnen angeführten Bedingungen Kredite in der Gesamthöhe von 860 Millionen GBP zur Verfügung zu stellen. Als Zweck der Kreditaufnahme wurde die Bezahlung der Vermögenswerte und der Anteile angegeben, die von G. und N. auf B. übertragen werden sollten.

In den ersten Monaten des Jahres 2000 prüfte P. die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von GHT und T. sowie die für das fusionierte Unternehmen projizierte Gesamtleistung. Mit Datum vom 17. April 2000 legte die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft einen vierbändigen Bericht über die durchgeführten Prüfungen

vor, der keine entscheidenden Abweichungen von den im Dezember 1999 getroffenen Annahmen feststellte.

In einer weiteren Kreditvorlage vom 10. Mai 2000 wurde u. a. ausgeführt, die seit Dezember 1999 durchgeführte "bedeutende externe rechnerische und buchhalterische "Due-Diligence"-Prüfung" habe die früheren Annahmen im Wesentlichen bestätigt, Abweichungen ergäben sich daraus, dass die Geschäftsführung von B. inzwischen entschieden habe, die Strategie von T. zu übernehmen und zur Maximierung des freien Cashflow weniger als zunächst beabsichtigt zu investieren.

Das ZKM der WestLB äußerte in einer Stellungnahme vom 11. Mai 2000 Zweifel an der geänderten Geschäftsstrategie, weil diese auf wesentlich geringere Investitionen in neues "Equipment" gerichtet sei, und verwies nochmals auf seine Bedenken hinsichtlich des hohen unternehmerischen Risikos, das die Bank trage.

In der folgenden Sitzung vom 16. Mai 2000 berieten die Mitglieder des Vorstands über die Ergebnisse der Prüfung von P. und den geplanten Strategiewechsel in der Geschäftsführung von B. Anschließend fassten sie u. a. den Beschluss, die Gültigkeit des Vorstandsbeschlusses vom 14. Dezember 1999 von sechs Monaten auf neun Monate zu verlängern. Sie gingen davon aus, damit der Auszahlung des Kredits zuzustimmen.

Die Kreditverträge wurden am 28. Juni 2000 unterzeichnet. Anschließend wurde die Darlehenssumme ausbezahlt und das Engagement der Standardkreditüberwachung der Bank unterstellt. In den folgenden zwei Jahren wurde der Kredit nicht auffällig. Die Verbriefung kam erst Mitte Juni 2002 zum Abschluss, weil sich deren Strukturierung als äußerst aufwendig und schwierig erwies. Der größte Teil der emittierten Wertpapiere wurde bei der WestLB platziert. Spätestens ab 2002 verschlechterte sich der Vermietungsmarkt für Unterhaltungselektronik und Haushaltsgeräte in Großbritannien. Ab Anfang 2003 wurden ernsthafte wirtschaftliche Probleme der Unternehmensgruppe B. bekannt, im September 2003 wurden wesentliche Teile von ihr der Insolvenzverwaltung zugeführt. Der WestLB entstand aus dem Kreditengagement ein Schaden in Höhe von mindestens 400 Millionen Euro.

Im Zuge der nachträglichen Überprüfung des Geschäfts stellte sich heraus, dass die Annahmen über die Restlaufzeiten der Mietverträge fehlerhaft waren. Eine von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht bei der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft E. in Auftrag gegebene Untersuchung kam zusammenfassend zu der Bewertung, die Kreditgewährung an B. habe ein außergewöhnlich hohes Risiko beinhaltet und sei unter Zeitdruck ohne ausreichende Risikoanalyse sowie ohne die notwendigen organisatorischen Vorkehrungen zur Überwachung des Projekts zugesagt worden.

2. Auf der Grundlage dieser Feststellungen hat das Landgericht die Überzeugung gewonnen, der Angeklagte habe die ihm eingeräumte Befugnis, über das Vermögen der WestLB zu verfügen, dadurch verletzt, dass nach der bankinternen Genehmigung der Kreditgewährung am 14. Dezember 1999 der "Commitment Letter" vom 17. Dezember 1999 mit einer verbindlichen Kreditzusage herausgegeben worden sei. Er habe seiner Pflicht aus § 18 Kreditwesengesetz, sich über die wirtschaftlichen Verhältnisse der Kreditnehmerin und deren Marktchancen umfassend zu informieren und die Risiken der Kreditgewährung sorgfältig gegen deren Chancen abzuwägen, in Anbetracht der Kredithöhe, der Komplexität des Projekts als Kombination verschiedener Produkte und des Umstands, dass der Kredit durch ein erst neu entstehendes Unternehmen zurückbezahlt werden sollte, nicht genügt. Trotz des seit Jahren rückläufigen Vermietungsmarktes habe der Angeklagte die Gewährung des Kredits nicht von einer ausführlichen Marktanalyse durch die Bank selbst oder eine externe Prüfungsgesellschaft abhängig gemacht. Er habe es akzeptiert, dass den Ertragsberechnungen das von G. und N. gelieferte Zahlenmaterial nach einer lediglich kurzen und oberflächlichen Schlüssigkeitsprüfung durch P. zugrunde

gelegt und eine klassische Unternehmensanalyse auf der Basis von Bilanzen und Jahresabschlüssen nicht durchgeführt worden sei. Zudem habe er es unterlassen, die für die Bank bestehenden Sicherheiten eindeutig bewerten zu lassen. Entgegen dem Votum des ZKM habe er einen über 660 Millionen GBP hinausgehenden Kreditbetrag von weiteren 200 Millionen GBP genehmigt, der sich auf angenommene Synergien und damit ein typisches, nicht von der kreditgebenden Bank zu tragendes Eigenkapitalrisiko bezogen habe. Obwohl ein Rückgriff auf N. und G. ausgeschlossen gewesen sei und die Bank das volle unternehmerische Risiko der Fusion getragen habe, habe er es versäumt, für eine Einflussmöglichkeit auf die Unternehmensführung von B. und einen verbindlichen Geschäftsplan zu sorgen. Als Folge der Pflichtverletzungen des Angeklagten sei bereits mit der Herausgabe des "Commitment Letter" vom 17. Dezember 1999 eine greifbare Verschlechterung der Vermögenslage der Bank eingetreten, die letztlich zu dem Kreditausfall von mehr als 400 Millionen Euro geführt habe.

Der Angeklagte habe jedoch ohne Vorsatz gehandelt, weil nicht festzustellen gewesen sei, dass er eine Gefährdung des Rückzahlungsanspruchs der Bank als sicher oder wahrscheinlich vorausgesehen und dies billigend in Kauf genommen habe. Er habe insbesondere darauf vertraut, dass eine erneute Marktanalyse nicht erforderlich sei. Soweit die von G. und N. gelieferten Zahlen vor dem 14. Dezember 1999 nur grob geprüft worden seien, habe er sich vorgestellt, etwaige erhebliche Abweichungen würden aufgrund der vor Abschluss des Kreditvertrages und der Auszahlung der Darlehensvaluta durchzuführenden genauen Überprüfung auffallen und der WestLB einen Widerruf der Kreditzusage erlauben.

II.

Der Freispruch des Angeklagten hält der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Die Auffassung des Landgerichts, der Angeklagte habe bereits mit der Herausgabe des "Commitment Letter" vom 17. Dezember 1999 seine Vermögensbetreuungspflichten gegenüber der WestLB verletzt und dadurch einen Vermögensnachteil für die Bank herbeigeführt mit der Folge, dass für die Prüfung des Schädigungsvorsatzes auf diesen Zeitpunkt abzustellen sei, begegnet auf der Grundlage der Feststellungen durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

a) In der Regel ist bei einer Untreue durch die Vergabe eines Kredits ein Vermögensnachteil für die Bank frühestens dann eingetreten, wenn die Vermögensminderung durch die Auszahlung der Darlehenssumme einerseits und der Anspruch auf Rückzahlung des Kredits andererseits in einem wirtschaftlichen Missverhältnis zueinander stehen. Ein solches ist regelmäßig gegeben, wenn der Vertragsschluss und die sich daran anschließende Darlehensauszahlung nach einer unzureichenden Bonitätsprüfung vorgenommen worden sind und dies dazu geführt hat, dass die Rückzahlung des Darlehens über das allgemeine Kreditrisiko hinaus gefährdet ist (vgl. BGHSt 40, 287, 294 ff.; 46, 30; 47, 148; BGH wistra 2000, 60, 61; NJW 2008, 2451, 2452; NStZ 2009, 330, 331; BVerfG NJW 2009, 2370, 2373). Wird bei der Bewilligung eines Großkredits an ein Wirtschaftsunternehmen für die Verwirklichung des objektiven und subjektiven Untreuetatbestandes ein Zeitpunkt vor der Kreditauszahlung als maßgeblich erachtet, so bedarf dies im Urteil näherer Darlegung und Begründung. Zum einen handelt es sich bei den Anbahnungsgesprächen, der Beschaffung der zur Beurteilung des Kreditengagements notwendigen Informationen, der Abwägung der Chancen und Risiken bis hin zum Abschluss des Kreditvertrages und der Auszahlung der Darlehensvaluta um einen einheitlichen, kontinuierlichen Vorgang mit zunehmenden rechtlichen Bindungen. Zum anderen ist die Kreditauszahlung der für das Vermögen der Bank entscheidende Moment. Außerdem wirkt sich ein vorheriger Verstoß gegen die banküblichen Prüfungspflichten nicht aus, wenn er bis zu diesem Zeitpunkt beseitigt wird.

b) Durch die Urteilsfeststellungen und die Beweiswürdigung ist nicht belegt, dass die für den objektiven Untreuetatbestand maßgebliche Vermögensverfügung bereits durch die Herausgabe des "Commitment

Letter" an G. und N. etwa sechs Monate vor Abschluss des Kreditvertrages und der sich anschließenden Darlehensauszahlung getroffen wurde, zumal B. zu diesem Zeitpunkt noch nicht existent war. Aus dem im Original - entsprechend der Rechtswahl der Beteiligten - in englischer Sprache abgefassten "Commitment Letter" nebst Anlagen werden im Urteil nur fünf Vertragsklauseln in deutscher Übersetzung zitiert. Durch diese wird - ungeachtet des nicht eindeutigen und teilweise in rechtlicher Hinsicht kaum verständlichen Wortlauts der Übersetzung - aber gerade nicht belegt, dass bereits durch die Herausgabe des "Commitment Letter" eine nicht mehr rückgängig zu machende, bindende Verpflichtung der WestLB zum Abschluss des Kreditvertrages und anschließender Ausreichung des Darlehens begründet wurde. Vielmehr könnten drei der Klauseln (1., 4. und 5.) darauf hindeuten, dass vor Vertragsschluss noch umfangreiche Prüfungen des Risikos des Kreditengagements sowie weitere Verhandlungen der Beteiligten vorgesehen waren, die nur bei insgesamt positivem Ausgang in den Abschluss des Kreditvertrages einmünden sollten. So sollte der Kredit nur unter der Bedingung zur Verfügung gestellt werden, dass (1.) " ... keine wesentliche negative Veränderung des Geschäfts, der Vermögensgegenstände oder der finanziellen Beteiligungen des (B.)-Konzerns als Ganzen im Vergleich zu dem, was auf Grundlage der der WestLB vor diesem Tag zur Verfügung gestellten Informationen belegt oder vorhergesagt wurde," festgestellt werde. Außerdem stimmten G. und N. zu (5.), der WestLB und ihren Beratern "angemessenen Zugang zum Eigentum, seinen Aufzeichnungen, Büchern und Management zu gewähren" und die WestLB unverzüglich und in angemessener Weise mit "Informationen bezüglich des Eigentums, dessen Geschäften und Vermögenswerten und für das Projekt relevanten Informationen zu versorgen." Eine "für beide Seiten akzeptable Dokumentation der Kreditfazilitäten" wird vorausgesetzt; insoweit stimmt die WestLB zu, "in gutem Glauben zu verhandeln unter der Maßgabe einer Einigung auf die Dokumentation der in den Kreditbedingungen beschriebenen Bedingungen und im Übrigen auf die üblichen Bedingungen, unter der Maßgabe, diese Dokumentation vor dem Tag der 52 Tage auf die Genehmigung folgt (wie in den Kreditbedingungen definiert) zu erstellen" (4.). Danach ist insbesondere nicht ausgeschlossen, dass der Abschluss des Kreditvertrages vom positiven Ergebnis einer weiteren "Due-Diligence"-Prüfung abhängig war. Eine solche fand nach den Feststellungen im Frühjahr 2000 durch P. auch tatsächlich statt; ihr Ergebnis wurde in einem vierbändigen Prüfbericht vom 17. April 2000 niedergelegt. Der Sinn dieser Prüfung bleibt unklar, wenn der "Commitment Letter" schon die verbindliche, nicht mehr rückgängig zu machende Kreditzusage enthielt.

Nach dem im Urteil wiedergegebenen Inhalt des "Commitment Letter" ist es daher möglich, dass die Bank durch dessen Herausgabe noch keine unwiderrufliche Verpflichtung einging, weil sie sich bei einem negativen Ausgang einer "Due-Diligence"-Prüfung oder weiterer Verhandlungen noch von der grundsätzlich gegebenen Kreditzusage lösen konnte, so dass diese im Ergebnis einer Absichtserklärung nahe kommen kann. Auf der Grundlage der Urteilsfeststellungen sieht sich der Senat indes nicht in der Lage, diese dem englischen Recht unterliegende Frage abschließend zu beurteilen. Ob und inwieweit die WestLB - trotz der im Frühjahr 2000 durchgeführten Prüfung durch P. - bereits durch den am 17. Dezember 1999 herausgegebenen "Commitment Letter" zur Gewährung des Kredits verpflichtet war, hängt von dessen näherer Ausgestaltung ab. Zur Beurteilung des Inhalts und der Rechtswirkungen des "Commitment Letter" hätte es nahe gelegen, einen Sachverständigen zum englischen Wirtschaftsrecht zu hören. Dies kann der Senat im Revisionsverfahren nicht nachholen, weil es ihm bei der ausschließlich erhobenen Sachrüge verwehrt ist, den im Urteil zwar benannten und in Teilen zitierten, in seinem vollen Wortlaut aber allein in den Verfahrensakten enthaltenen "Commitment Letter" im Detail zum Gegenstand der revisionsrechtlichen Überprüfung zu machen. Auf Grundlage der Feststellungen erschließt sich jedenfalls nicht, dass bereits die Herausgabe des "Commitment Letter" die maßgebliche pflichtwidrige, das Vermögen der WestLB schädigende Verfügung darstellte, die den objektiven Untreuetatbestand verwirklichte und damit den für die subjektive Tatseite tauglichen Anknüpfungspunkt begründete, zumal das Landgericht selbst beim Vermögensnachteil an den Zeitpunkt der Gewährung bzw. Auszahlung des Kredits angeknüpft hat (vgl. UA S. 72 f.). Maßgeblich für die Beurteilung des Schädigungsvorsatzes in diesem Zeitpunkt war indes der Inhalt des von P. erstellten Prüfungsberichts; zu diesem verhält sich das

Urteil nur unzureichend (s. unten III. 2. b).

III.

Der Freispruch kann nicht aus anderen Gründen aufrechterhalten werden. Die Urteilsfeststellungen bieten keine ausreichende Grundlage, um einen objektiven Verstoß des Angeklagten gegen seine Vermögensbetreuungspflicht, den Eintritt eines Vermögensnachteils oder zumindest den Untreuevorsatz mit der notwendigen Sicherheit ausschließen zu können.

1. Für die Frage vorsätzlichen Handelns bei der Untreue durch eine pflichtwidrige Kreditvergabe gilt im Grundsatz Folgendes:

Kennt der Täter bei einer Kreditgewährung die Pflichtwidrigkeit seines Handelns sowie die den Minderwert des Rückzahlungsanspruchs begründenden Umstände und weiß er, dass dieser nach allgemeinen Bewertungsmaßstäben als minderwertig angesehen wird, mag er sie selbst auch anders bewerten, liegt direkter Vorsatz vor (vgl. BGHSt 47, 148, 157; BVerfG NJW 2009, 2370, 2373). Rechnet er mit Umständen, die eine Pflichtwidrigkeit seines Tuns und eine Minderwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs begründen, und nimmt er diese billigend in Kauf, ist bedingter Vorsatz gegeben. In beiden Fällen spielt es keine Rolle, wenn der Täter glaubt oder hofft, dass der Kredit letztlich dennoch zurückgeführt werden wird (BGHSt 46, 30, 35; 47, 148, 157). Die spätere Schadensentwicklung ist nur noch für die Strafzumessung von Bedeutung.

Soweit in derartigen Fällen bisher ein Vermögensnachteil in der Form einer "schadensgleichen Vermögensgefährdung" angenommen wurde, erscheint dies dem Senat zumindest missverständlich. Gefährdet ist allenfalls die Darlehensrückzahlung. Dagegen ist durch die Auszahlung des Kredites das Vermögen des Darlehensgebers unmittelbar in Höhe des Betrages vermindert, nicht etwa schadensgleich gefährdet. Es stellt sich allein die Frage, ob hierdurch ein Vermögensnachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB deshalb nicht eintritt, weil dieser Vermögensminderung ein gleichwertiger Anspruch auf Darlehensrückzahlung oder zumindest eine vom Kreditgeber ohne Schwierigkeiten verwertbare, die Darlehenssumme abdeckende Sicherheit für den Fall der Nichtrückführung des Kredites als ausgleichende Vermögensmehrung gegenübersteht. Fehlt es hieran, so ist - wenn eine Tilgung des Kredites überhaupt nicht zu erwarten steht und verwertbare Sicherheiten nicht gegeben wurden - ein Vermögensverlust in Höhe der gesamten ausgekehrten Darlehensvaluta entstanden; andernfalls - im Falle teilweiser Werthaltigkeit des Rückzahlungsanspruchs oder einer Sicherheit - ist der Vermögensverlust um den entsprechenden Wert reduziert. Vor diesem Hintergrund ist die in jüngster Zeit streitig gewordene Frage, ob im Rahmen der §§ 263, 266 StGB der bedingte Vorsatz hinsichtlich des Eintritts einer Vermögensgefährdung ausreicht (vgl. RGSt 75, 85; 76, 116; BGHSt 46, 30, 35; 47, 148, 156; 51, 100, 119 ff.; Fischer, StGB 56. Aufl. § 266 Rdn. 77 b; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, StGB 77. Aufl. § 266 Rdn. 49) oder ob zusätzlich zu fordern ist, dass der Täter die konkrete Gefahr des endgültigen Vermögensverlustes sieht und auch deren Realisierung billigt (so BGHSt 51, 100, 121 - 2. Strafsenat; ebenso Fischer aaO § 266 Rdn. 78 b; ders. StraFo 2008, 269, 275; Schünemann NSTZ 2008, 430 ff.; aA BGH NJW 2008, 2451, 2452; NSTZ 2009, 330, 331 - jeweils 1. Strafsenat; BGHSt 51, 331, 346 f.; ebenso Nack StraFo 2008, 277, 281; Bosch/Lange JZ 2009, 225, 228), für die hier in Rede stehende Fallkonstellation ohne Bedeutung.

2. Die Urteilsfeststellungen zur Pflichtverletzung des Angeklagten durch das Unterlassen einer klassischen Unternehmensanalyse sind widersprüchlich und lückenhaft, so dass nach dem vorgenannten rechtlichen Maßstab über einen entsprechenden Vorsatz des Angeklagten nicht auf einer tragfähigen Grundlage entschieden werden kann.

a) Zutreffend geht das Landgericht im Ansatz davon aus, dass bei der generell risikobehafteten Vergabe von Krediten durch Entscheidungsträger einer Bank eine Pflichtverletzung im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB nur dann zu bejahen ist, wenn die Risiken und die Chancen der Kreditvergabe nicht auf der Grundlage umfassender Informationen sorgfältig abgewogen worden sind (BGHSt 46, 30, 34; 47, 148, 149). Wenn allerdings die - weit zu ziehenden - Grenzen des unternehmerischen Entscheidungsspielraums, innerhalb dessen die Risikoabwägung durchzuführen ist, durch Verstöße gegen die banküblichen Informations- und Prüfungspflichten überschritten werden, mithin das Verfahren der Kreditgewährung fehlerhaft ist, liegt eine Pflichtverletzung vor, die zugleich einen Missbrauch der Vermögensbetreuungspflicht aus § 266 Abs. 1 StGB begründet (vgl. BGHSt 47, 148, 152; 47, 187, 197; 51, 331, 344 f.; BGH NJW 2006, 453; Bosch/Lange aaO S. 229; Ransiek ZStW 116 (2004), 634, 673). Handlungs- und Beurteilungsspielräume bestehen somit nur auf der Grundlage sorgfältig erhobener, geprüfter und analysierter Informationen.

Der gebotene Umfang der Informationsverschaffung hängt auch davon ab, welches Risiko dem Entscheidungsträger hinsichtlich fehlender Informationen gestattet ist (Bosch/Lange aaO S. 233). Bei der Vergabe eines Großkredits durch eine Bank sind insbesondere die in § 18 Satz 1 KWG normierten Informations- und Prüfungspflichten von Bedeutung, nach denen eine Offenlegung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Kreditnehmers zu verlangen ist. Gegebenenfalls sind auch Prüfberichte oder testierte Jahresabschlüsse von Wirtschaftsprüfern zu analysieren (BGHSt 46, 30, 31 f.; 47, 148, 151; vgl. Ransiek aaO S. 670 f.; Bosch/Lange aaO S. 234). Wird ein neues Geschäftsfeld erschlossen oder eine neue Geschäftsidee verwirklicht, muss sich der Entscheidungsträger für die erforderliche Risikoanalyse eine breite Entscheidungsgrundlage verschaffen (BGH NJW 2006, 453, 455).

b) Ob der Angeklagte diesen Maßstäben genügt hat, ist dem Urteil indes nicht zu entnehmen.

Nach den Urteilsfeststellungen sahen das Memorandum vom 2. Dezember 1999 sowie der Vorstandsbeschluss vom 7. Dezember 1999 als Bedingung für die Ausreichung eines Kreditbetrages von 760 Millionen GBP (Memorandum) beziehungsweise 660 Millionen GBP (Vorstandsbeschluss) eine "Due-Diligence"-Prüfung des gemeinsamen Unternehmensplans und der 5-Jahresfinanzplanung durch die dem Angeklagten unterstellten Londoner Geschäftsbereiche "ASPF/Leveraged Finance" der WestLB vor. Hinsichtlich der weiteren 100 bzw. 200 Millionen GBP war zum einen eine "zufriedenstellende Überprüfung" durch die Beratungsfirma K. vorgesehen, der der Auftrag erteilt werden sollte, "die Annahmen des Modells und des Unternehmensplans, insbesondere die Synergien aus der Fusion zu überprüfen und als realistisch zu bestätigen". Zum anderen sollte P. den Unternehmensplan und das Finanzmodell überprüfen, um zu bestätigen, dass "(a) die Annahmen korrekt und vollständig in dem Modell dargestellt wurden; (b) das Finanzmodell auf einer stimmigen und konsequenten Basis der historischen Jahresabschlüsse von GHT und TUK erstellt wurde; und (c) dass das Modell und der Unternehmensplan rechnerisch korrekt sind".

Durch den Vorstandsbeschluss vom 14. Dezember 1999 wurde diese Bedingung abgelöst und dahingehend abgeändert, dass eine Auszahlung nur erfolgen sollte, wenn es bei den zu fusionierenden Unternehmen zwischen der Herausgabe des "Commitment Letter" und dem finanziellen Abschluss des Geschäfts (Financial Closing) nicht zu einer wesentlichen Veränderung "im Hinblick auf ihre Fähigkeit, Kapital- und Zinszahlungen für die Fazilitäten bei Fälligkeit zu leisten", komme (sog. MAC-Klausel). In der Zeit zwischen den zwei Vorstandsbeschlüssen hatte P. innerhalb von drei Tagen die Annahmen und Vorhersagen von G. und N. kurz auf logische und rechnerische Richtigkeit geprüft und deren Schlüssigkeit bestätigt. Der Bericht von K. lag am 8. Dezember 1999 vor und "identifizierte" auf einer zusammengelegten Kostenbasis von 340 Millionen GBP mögliche Synergieeinsparungen in Höhe von 114 Millionen GBP jährlich. Die Londoner Geschäftsbereiche "ASPF/Leveraged Finance" teilten dem Angeklagten am 13. Dezember 1999 mit, dass alle Bedingungen aus dem Memorandum erfüllt seien und

nunmehr die Genehmigung des Vorstandes erbeten werde, den Gesamtbetrag von 860 Millionen GBP bereitzustellen. Zur Durchführung und dem eventuellen Ergebnis der sowohl im Memorandum als auch im Vorstandsbeschluss vorgesehenen "Due-Diligence"-Prüfung durch "ASPF/Leveraged Finance" lässt sich dem Urteil nichts entnehmen.

Bei der Prüfung des Vorsatzes wird sodann festgestellt, dass der Angeklagte - wie auch die Mehrheit der Vorstandsmitglieder - der Auffassung war, dass etwaige erhebliche Abweichungen von den bisherigen Annahmen bei einer vor Abschluss des Kreditvertrages durchzuführenden genauen Prüfung der Bücher auffallen und die WestLB zum Ausstieg aus der Kreditzusage berechtigen würden. Wie sich diese weitere Prüfung und die von P. nach der Herausgabe des "Commitment Letter" tatsächlich durchgeführte "Due-Diligence"-Prüfung inhaltlich von der vor dem Vorstandsbeschluss vom 14. Dezember 1999 (eventuell) seitens der Londoner Geschäftsbereiche "ASPF/Leveraged Finance" vorgenommenen "Due-Diligence"-Prüfung sowie den Prüfberichten von K. und P. unterschied und insbesondere, welche Vorstellungen der Angeklagte insoweit hegte, bleibt jedoch ebenso offen wie die Rechtsfrage, ob der "Commitment Letter" als zwingende Bedingung für den Abschluss des Kreditvertrags und die Auszahlung der Kreditsumme ein positives Ergebnis einer weiteren, umfassenderen "Due-Diligence"-Prüfung vorsah (s. oben). Danach lässt sich weder beurteilen, ob die Auffassung des Landgerichts zutrifft, der Angeklagte habe seine Vermögensbetreuungspflicht verletzt, weil er keine ausreichende Unternehmensanalyse der neu zu gründenden Gesellschaft habe vornehmen lassen, noch kann revisionsgerichtlich überprüft werden, ob das Landgericht rechtsfehlerfrei einen daran anknüpfenden Schädigungsvorsatz des Angeklagten verneint hat.

Handelte der Angeklagte beim Vorstandsbeschluss vor der Herausgabe des "Commitment Letter" in dem Bewusstsein, die WestLB könne nach einer umfassenden Prüfung durch P. noch aus dem Kreditgeschäft aussteigen, so hat das Landgericht zwar den Untreuevorsatz bezogen auf diesen Zeitpunkt im Ergebnis zu Recht verneint. Es hat jedoch den subjektiven Tatbestand der Untreue zum dann maßgeblichen Zeitpunkt des Abschlusses des Kreditvertrages am 28. Juni 2000 und der sich daran anschließenden Darlehensauszahlung rechtsfehlerhaft nicht ausreichend geprüft. Denn hierzu wären genaue Feststellungen zum Gegenstand sowie zur Tiefe und zum Ergebnis der Ende 1999 in Auftrag gegebenen und Anfang 2000 durchgeführten "Due-Diligence"-Prüfung durch P. notwendig gewesen. Dabei wäre insbesondere von Belang gewesen, auf welcher Grundlage die Prüfung vorgenommen wurde, insbesondere ob die Angaben von G. und N. zu den Geschäftszahlen und den erwarteten Erträgen, auch zu den sich letztlich als fehlerhaft herausgestellten Restlaufzeiten der Mietverträge, zum Unternehmenswert, zur bilanzmäßigen Erfassung des Goodwills und zu den Abschlüssen der vergangenen Jahre von P. durch eigene Tatsachenerhebungen und -bewertungen umfassend geprüft und nicht lediglich - wie schon vor dem Vorstandsbeschluss vom 14. Dezember 1999 hinsichtlich des Unternehmensplans und des Finanzmodells - einer reinen Schlüssigkeitsprüfung unterzogen wurden. Von Bedeutung wäre auch die Frage gewesen, ob neben den Synergien auch die negativen Folgen der Fusion aufgrund der Verringerung von (Service-)Filialen und der unklaren Kompatibilität der IT-Systeme in die Prüfung einbezogen und die Erfolgsaussichten einer Refinanzierung durch die geplante Verbriefung hinreichend untersucht wurden. Zu dem Prüfungsergebnis teilt das Urteil lediglich pauschal mit, dass dem vierbändigen Bericht von P. keine entscheidenden Abweichungen von den im Dezember 1999 getroffenen Annahmen entnommen werden konnten.

3. Auch die Urteilsfeststellungen zum Wechsel der Geschäftsstrategie von B. und zur Frage, ob der Angeklagte hierauf angemessen reagiert hat, sind widersprüchlich und lückenhaft und stellen keine taugliche Grundlage dar, den objektiven oder subjektiven Tatbestand der Untreue zu verneinen.

a) Nach den Urteilsfeststellungen zur Kreditvorlage vom 10. Mai 2000 und zum Vorstandsbeschluss vom 16. Mai 2000 prüfte P. im Frühjahr 2000 den neuen Geschäftsplan für die nächsten fünf Jahre, der gegenüber dem im Dezember 1999 angenommenen Grundszenario zur Maximierung des freien Cashflow

deutlich geringere Investitionen vorsah. An anderer Stelle im Urteil wird festgestellt, dass sich G. und N. erst im Juni 2000 - also zeitlich nach dem von P. erstellten Prüfbericht vom 17. April 2000 sowie dem Vorstandsbeschluss vom 16. Mai 2000 - auf eine Unternehmensstrategie einigten. An einer weiteren Stelle im Urteil wird ausgeführt, dass im Frühjahr 2000 niemand die Gefahr vorhergesehen habe, dass gegenüber den Planungen von "Ende 1999" weitergehende extreme Einsparungen "bereits im Jahre 2002" zu einer drastischen Beeinträchtigung des Mietgeräteservices und zu unzureichenden Investitionen in die Anschaffung und Bewerbung neuer Geräte führen würden. Damit bleibt nach den widersprüchlichen Urteilsfeststellungen unklar, zu welchem Zeitpunkt zwischen Ende 1999 und dem Jahre 2002 welche Änderung der Geschäftsplanung und Unternehmensstrategie vorgenommen wurde.

b) Vor diesem Hintergrund ist die Feststellung, die von einem Investitionsrückgang ausgehenden Gefahren habe "im Dezember 1999 und Frühjahr 2000" niemand gesehen, keine ausreichende Grundlage, um einen Untreuevorsatz des Angeklagten zu verneinen. Vielmehr hätten die - in sich widersprüchlichen - Feststellungen zu der im Urteil fehlenden Erörterung der Frage gedrängt, welcher Geschäftsplan Gegenstand des Prüfberichts vom April 2000 geworden war und ob die erst im Juni 2000 beschlossene neue Unternehmensstrategie nicht Anlass zu einer - gegebenenfalls erneuten - Überprüfung vor Abschluss des Kreditvertrages gegeben hätte. Ein Wechsel der Unternehmensstrategie und des Geschäftsplans mit Auswirkungen auf die Investitionen war für ein erfolgreiches Wirken in dem stark von technischen Neuerungen und vom Servicebereich abhängigen Vermietungsmarkt und damit für das Kreditrisiko ein wesentlicher Faktor. Auch das ZKM hatte bereits früh auf das Risiko geringerer Investitionen und die damit einhergehenden Probleme mit dem Service ausdrücklich hingewiesen.

c) Ein Wechsel zur Geschäftsstrategie des Fusionspartners T. war auch deshalb für das Kreditengagement von Bedeutung, weil die Geschäftsbereiche der Bank in London das Risiko der Kreditgewährung an ein neues Unternehmen dadurch als abgemildert angesehen hatten, dass man die Geschäftsführung von GHT, die nunmehr für B. verantwortlich sei, kenne und ihr vertraue, so dass man auf die Möglichkeit einer Einflussnahme auf die Geschäftspolitik verzichten könne.

Ob dagegen der Verzicht einer Einflussnahme auf das Management von B. für sich genommen eine Pflichtverletzung bei der Kreditgewährung darstellt, vermag der Senat auf Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht zu entscheiden, weil insbesondere ungeklärt ist, welche tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten einer direkten oder indirekten Einflussnahme der WestLB auf die Unternehmensführung von B. bestanden.

4. Ebenso sind die Urteilsfeststellungen zum Versäumnis des Angeklagten, die "für die Bank bestehenden Sicherheiten" eindeutig bewerten zu lassen, lückenhaft und stellen damit ebenfalls keine taugliche Grundlage für eine Prüfung des Untreuevorsatzes dar. Das Urteil teilt schon nicht mit, welche Sicherheiten der WestLB gewährt wurden, insbesondere nicht, ob diese nur aus dem Cashflow bestanden oder ob auch dingliche Sicherheiten hingegeben worden sind. Aus der nicht näher begründeten Behauptung, Sicherheiten seien nicht bewertet worden, können keine substantiierten Rückschlüsse auf einen Vorsatz hinsichtlich der pflichtwidrigen Verursachung eines Vermögensnachteils gezogen werden.

5. Auch zur festgestellten Pflichtverletzung durch Unterlassen einer Marktanalyse enthält das landgerichtliche Urteil keine ausreichenden Feststellungen. Dadurch ist zu diesem Punkt eine Überprüfung weder des objektiven noch des subjektiven Untreuetatbestandes möglich.

a) Zum einen bleibt unklar, ob der Auftrag an P. zur Durchführung einer "Due-Diligence"-Prüfung im Frühjahr 2000 eine Marktanalyse mit umfasste. Sollte dies der Fall gewesen sein, könnte dies, bei entsprechender vertraglicher Gestaltung im "Commitment Letter", die vom Landgericht insoweit angenommene objektive Pflichtverletzung im Dezember 1999 beseitigen. Sollte indes eine Marktanalyse

zu keiner Zeit in Auftrag gegeben worden sein, wären im Urteil nähere Feststellungen zum Ka.-Report des Jahres 1998 notwendig gewesen, um die Auffassung des Angeklagten, der wegen dieses Reports eine erneute Marktanalyse für entbehrlich gehalten hatte, einer kritischen Würdigung unterziehen zu können. In diesem Zusammenhang wäre insbesondere von Relevanz, welchen Erhebungszeitraum der Ka.-Report umfasste, ob er lediglich die Entwicklung der Marktanteile oder auch die Entwicklung der Gesamtmarktnachfrage untersuchte und wie dessen mittelfristige Aussagekraft angesichts der auf dem Gebiet der Unterhaltungselektronik gegebenen Marktdynamik einzuschätzen war.

b) Die Verneinung des Schädigungsvorsatzes mit der Begründung, die vorhandenen Risiken in ihrer drohenden Realisierung seien nicht konkret erkennbar gewesen, ist zirkulär und somit rechtsfehlerhaft, weil als Grund für die fehlende Erkennbarkeit das pflichtwidrige Unterlassen einer Risikoanalyse zumindest nahe liegt. Die Feststellung, dass keiner der Beteiligten den Einbruch des Marktes vorhergesehen habe, lässt die Frage unbeantwortet, ob die Gefahr eines Einbruchs im Rahmen einer aktuellen Marktanalyse objektiv erkennbar gewesen wäre.

IV.

Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat auf Folgendes hin:

1. Die Strafbarkeit des Angeklagten bestimmt sich nicht - wie vom Landgericht angenommen - nach dem Missbrauchstatbestand (§ 266 Abs. 1 1. Alt. StGB), sondern am Treuebruchtatbestand (§ 266 Abs. 1 2. Alt. StGB). Denn er hat nicht im Außenverhältnis wirksam über das Vermögen der WestLB verfügt, sondern das Kreditengagement im Innenverhältnis zur WestLB federführend bearbeitet.

2. Für die Feststellung des Vermögensnachteils, der sich aus dem wirtschaftlichen Wert des Rückzahlungsanspruchs der Bank im Vergleich zu den als Darlehen gewährten 860 Millionen GBP ergibt, und des subjektiven Tatbestands der Untreue wird es mitentscheidend auf das Ergebnis der Anfang 2000 vorgenommenen Prüfung durch P. sowie der Bewertung des Kreditengagements durch die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft E. im Mai/Juni 2003 ankommen, die im Urteil nicht ausreichend dargelegt sind. Dabei wird insbesondere von Bedeutung sein, ob die Prüfung durch P. insgesamt einen Umfang und eine Tiefe aufwies, die angesichts des außergewöhnlich hohen Kredits und des Gesamtrisikos des Kreditengagements angemessen war, und wie die von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht beauftragte Wirtschaftsprüfungsgesellschaft E. ihre Bewertung begründet hat, die B.-Finanzierung habe ein außergewöhnlich hohes Struktur- und Konzentrationsrisiko beinhaltet und sei unter Zeitdruck ohne ausreichende Risikoanalyse und ohne die notwendigen organisatorischen Vorkehrungen zur Überwachung des Projekts zugesagt worden.

Die Höhe eines etwaigen Minderwerts des Rückzahlungsanspruchs zum Zeitpunkt der Kreditvergabe kann dann auf dieser Grundlage mit den Instrumenten des Bilanzrechts errechnet (BGH NStZ 2009, 330, 331) oder - bei verbleibenden Unsicherheiten - unter Beachtung des Zweifelssatzes im Wege der Schätzung bestimmt werden (BGH NJW 2008, 2451, 2452).