



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

3 StR 470/04

vom

21. Dezember 2005

Nachschlagewerk: ja
BGHSt: ja
Veröffentlichung: ja

StGB § 266 Abs. 1

AktG § 87 Abs. 1, § 93 Abs. 1 Satz 1, § 112, § 116 Satz 1

1. Bewilligt der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft für eine erbrachte dienstvertraglich geschuldete Leistung einem Vorstandsmitglied nachträglich eine zuvor im Dienstvertrag nicht vereinbarte Sonderzahlung, die ausschließlich belohnenden Charakter hat und dem Unternehmen keinen zukunftsbezogenen Nutzen bringt (kompensationslose Anerkennungsprämie), liegt hierin eine treupflichtwidrige Schädigung des anvertrauten Gesellschaftsvermögens.
2. Die zur Erfüllung des Tatbestandes der Untreue erforderliche Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht muss auch bei unternehmerischen Entscheidungen eines Gesellschaftsorgans nicht zusätzlich "gravierend" sein (Klarstellung zu BGHSt 47, 148 und 187).

BGH, Urt. vom 21. Dezember 2005 - 3 StR 470/04 - LG Düsseldorf

in der Strafsache

gegen

1. Prof. Dr. Dr. h. c. Joachim Alexander F u n k

2. Klaus Zwickel

3. L.

4. Dr. Klaus Esser

5. Dr. Josef Ackermann

6. Dr. D.

wegen Untreue

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat aufgrund der Verhandlung vom 20. und 21. Oktober 2005 in der Sitzung am 21. Dezember 2005, an denen teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof
Prof. Dr. Tolksdorf,

die Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Miebach,
Winkler,
von Lienen,
Becker
als beisitzende Richter,

Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof und
Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof

als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt Prof. Dr.

als Verteidiger des Angeklagten Prof. Dr. Dr. h. c. Funk,

Rechtsanwalt Prof. Dr.

und

Rechtsanwalt

als Verteidiger des Angeklagten Zwickel,

Rechtsanwalt Dr.

als Verteidiger des Angeklagten L.,

Rechtsanwalt Dr.

und

Rechtsanwalt Prof. Dr.

als Verteidiger des Angeklagten Dr. Esser,

Rechtsanwalt

und

Prof. Dr.

als Verteidiger des Angeklagten Dr. Ackermann,

Rechtsanwalt

als Verteidiger des Angeklagten Dr. D. ,

Justizangestellte

in der Verhandlung vom

20. und 21. Oktober 2005,

Justizamtsinspektor

bei der Verkündung vom

21. Dezember 2005

als Urkundsbeamte der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 22. Juli 2004 wird

1. das Verfahren im Fall II. 6. der Urteilsgründe ("TOPP-200-Beschluss") eingestellt; im Umfang der Einstellung fallen die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen der Angeklagten der Staatskasse zur Last;
2. das vorgenannte Urteil in den weiteren Fällen mit den Feststellungen aufgehoben.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die verbleibenden Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Gründe:

- 1 Die Staatsanwaltschaft hat den Angeklagten Prof. Dr. Funk, Dr. Ackermann, Zwickel und L. mit der Anklage vorgeworfen, als Mitglieder des Aufsichtsratsausschusses für Vorstandsangelegenheiten (Präsidium) der früheren Mannesmann AG im engen zeitlichen Zusammenhang mit deren Übernahme durch das britische Telekommunikationsunternehmen Vodafone Airtouch plc (im folgenden: Vodafone) durch Zuerkennung freiwilliger Sonderzahlungen und Abgeltung von Pensionsansprüchen Untreue zum Nachteil der Mannes-

mann AG begangen zu haben. Die Angeklagten Dr. Esser - damals Vorstandsvorsitzender - und Dr. D. - damals Leiter der für die Betreuung der aktiven Vorstandsmitglieder zuständigen Abteilung - sollen mehrere der Taten durch die Vorbereitung von Beschlüssen und deren Umsetzung unterstützt haben. Den an den Entscheidungen beteiligten Präsidiumsmitgliedern soll bewusst gewesen sein, dass die Sonderzahlungen, die als Anerkennungsprämien für in der Vergangenheit erbrachte besondere Leistungen bezeichnet wurden, tatsächlich bezweckt hätten, die freundliche Übernahme durch Vodafone zu fördern und die Empfänger unrechtmäßig zu bereichern.

2 Das Landgericht hat alle Angeklagten freigesprochen. Dagegen wendet sich die Revision der Staatsanwaltschaft mit der Rüge der Verletzung formellen und materiellen Rechts. Das Rechtsmittel führt im Fall II. 6. der Urteilsgründe ("TOPP-200-Beschluss") zur Einstellung des Verfahrens, in den übrigen Fällen zur Aufhebung der Freisprüche.

3 A. Anerkennungsprämien für den Vorstandsvorsitzenden Dr. Esser und vier weitere Vorstandsmitglieder

4 I. Zur Übernahme der Mannesmann AG durch Vodafone und zu den Beschlüssen über die Anerkennungsprämien hat das Landgericht folgende Feststellungen getroffen:

5 Ab November 1999 versuchten der Angeklagte Dr. Esser und seine Mitarbeiter eine Übernahme der Mannesmann AG durch Vodafone abzuwehren und deren wirtschaftliche Selbständigkeit zu erhalten. Nach einem harten Übernahmekampf kam es Anfang Februar 2000 zu einer Einigung der Vertreter bei-

der Unternehmen über die Bedingungen einer einvernehmlichen Übernahme, nachdem ein verbessertes Umtauschverhältnis für die Aktien der Mannesmann AG erzielt worden war. Bis zum 4. Februar 2000 wurden von den Aktionären 21 %, bis zum 28. Februar 2000 90,2 % und bis zum 29. März 2000 98,66 % des Grundkapitals der Mannesmann AG in Aktien von Vodafone umgetauscht. Die Aktionäre, die keinen freiwilligen Aktienumtausch vorgenommen hatten, wurden im Jahre 2002 abgefunden. Danach war Vodafone Alleininhaberin aller Aktien der Mannesmann AG, die anschließend in die Vodafone Holding GmbH umgewandelt wurde.

6 Kurz nach der Entscheidung über die einvernehmliche Übernahme befasste sich das bis Mitte April 2000 aus den Angeklagten Prof. Dr. Funk, Dr. Ackermann, Zwickel und L. bestehende Präsidium der Mannesmann AG, das bei einer Beteiligung von mindestens drei Mitgliedern beschlussfähig war und mit der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen entschied, mit der Zuerkennung freiwilliger Anerkennungsprämien ("appreciation awards") an den Vorstandsvorsitzenden Dr. Esser, vier weitere Vorstandsmitglieder und den früheren Vorstandsvorsitzenden Prof. Dr. Funk. Dem lag ein Vorschlag der Hutchison Whampoa Ltd zugrunde, die als Großaktionärin 10 % des Grundkapitals der Mannesmann AG hielt. Die Geschäftsleitung von Vodafone hatte ihr Einverständnis erklärt.

7 Die Anerkennungsprämie für den Angeklagten Dr. Esser in Höhe von ca. 16 Mio. € (10 Mio. GBP), die er zusätzlich zu vertraglich vereinbarten Abfindungen von knapp 15 Mio. € wegen seines Ausscheidens als Vorstandsvorsitzender der Mannesmann AG und neben weiteren 2 Mio. € zur Abgeltung verschiedener Sachansprüche erhielt, wurde am 4. Februar 2000 von den bei der Präsidiumssitzung anwesenden Angeklagten Prof. Dr. Funk und Dr. Ackermann ver-

einbart. Sie wollten damit insbesondere die Verdienste des Angeklagten Dr. Esser für die Mannesmann AG als Finanzvorstand im Zeitraum 1994 bis Ende Mai 1999 und als Vorstandsvorsitzender seit Ende Mai 1999 im Hinblick auf die gute Ertragslage des Unternehmens, die Steigerung des Aktien- und Unternehmenswertes sowie die Leistungen im Übernahmekampf würdigen und angemessen entlohnen. Der Angeklagte Zwickel nahm telefonisch an der Abstimmung teil. Er war mit der Bewilligung der Prämie einverstanden, enthielt sich aber der Stimme, weil er die Prämienzahlungen nicht als Angelegenheit der von ihm im Aufsichtsrat vertretenen Arbeitnehmer betrachtete. In der Folgezeit wurde der Beschluss vom 4. Februar 2000 durch weitere Beschlüsse sprachlich geändert und präzisiert, ohne dass damit eine inhaltliche Veränderung verbunden war.

8 In der Präsidiumssitzung vom 17. Februar 2000 beschlossen die Angeklagten Prof. Dr. Funk, Dr. Ackermann und Zwickel, der sich wiederum der Stimme enthielt, die Gewährung von freiwilligen Anerkennungsprämien für vier weitere Vorstandsmitglieder. Die Begünstigten, von denen zwei erst seit wenigen Tagen dem Vorstand angehörten, sollten wegen ihrer Beiträge zum Erfolg des Telekommunikationsbereiches der Mannesmann AG und zur Steigerung des Unternehmenswertes - zusätzlich zu den in den Dienstverträgen vereinbarten Bezügen - mit Zahlungen in Höhe von ca. 1,89 Mio. €, 1,38 Mio. €, 1,02 Mio. € und 770.000 € bedacht werden. Die Dauer ihrer zukünftigen Tätigkeit für die Mannesmann AG war dabei ohne Bedeutung. Drei der vier begünstigten Vorstandsmitglieder verließen am 31. Juli 2000 das Unternehmen.

9 Die an den Beschlüssen beteiligten Präsidiumsmitglieder, also die Angeklagten Prof. Dr. Funk, Dr. Ackermann und Zwickel - der Angeklagte L. wirkte nicht mit -, gingen bei ihren Entscheidungen davon aus, sich im Rahmen

eines ihnen insoweit eingeräumten unternehmerischen Ermessensspielraums zu bewegen und hielten daher ihr Handeln für erlaubt. Der Angeklagte Zwickel wusste, dass die Beschlüsse nur mit seiner Teilnahme an den Abstimmungen zustande kommen würden, und wollte dies durch seine Stimmenthaltungen erreichen. Die Prämien, die der Mannesmann AG keinen Vorteil brachten, wurden in der Folgezeit an die Begünstigten ausbezahlt.

10 II. Auf der Grundlage dieser Feststellungen ist das Landgericht der Auffassung, die Angeklagten Prof. Dr. Funk, Dr. Ackermann und Zwickel hätten den Tatbestand der Untreue nicht erfüllt. Zwar hätten sie aktienrechtlich pflichtwidrig gehandelt und die ihnen gegenüber der Mannesmann AG obliegende Vermögensbetreuungspflicht verletzt, weil in der konkreten Situation der bereits vereinbarten Übernahme die Anerkennungsprämien nicht im Interesse der Mannesmann AG gelegen hätten und für ihre Bewilligung deshalb kein Ermessensspielraum bestanden habe. Die erfolgreiche Tätigkeit der Begünstigten, ihre Leistungen während des Übernahmekampfes und die während der Integrationsphase noch zu bewältigenden Aufgaben seien durch die dienstvertraglich vereinbarten Vergütungen abgegolten gewesen. Die Prämienzahlungen hätten auch keinen Leistungsanreiz für aktive oder zukünftige Führungskräfte oder einen sonstigen Nutzen für das Unternehmen mehr entfalten können. Jedoch sei eine gravierende Pflichtverletzung, die bei risikoreichen unternehmerischen Entscheidungen Voraussetzung für die Strafbarkeit wegen Untreue sei, bei einer Gesamtschau aller maßgeblichen Umstände zu verneinen. Da bereits eine Haupttat fehle, hätten sich die Angeklagten Dr. Esser und Dr. D nicht wegen Beihilfe zur Untreue strafbar gemacht.

11 III. Dies hält revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand. Das Landgericht hat den objektiven Tatbestand der Untreue rechtsfehlerhaft verneint.

12 1. Ausgehend von den Urteilsfeststellungen haben die Angeklagten Prof. Dr. Funk, Dr. Ackermann und Zwickel durch die Zuerkennung der für die Gesellschaft nutzlosen Anerkennungsprämien ihre Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB gegenüber der Mannesmann AG verletzt und dieser dadurch einen Vermögensnachteil zugefügt.

13 a) Die Mitglieder des Präsidiums, das die Aktiengesellschaft gegenüber den Vorstandsmitgliedern vertritt (§ 84 Abs. 1, § 87 Abs. 1 Satz 1, § 107 Abs. 3 Satz 1 und 2, § 112 AktG i. V. m. der Satzung), haben bei Entscheidungen über die inhaltliche Ausgestaltung der Dienstverträge mit den Vorstandsmitgliedern und über deren Bezüge eine Vermögensbetreuungspflicht, die aus ihrer Stellung als Verwalter des für sie fremden Vermögens der Aktiengesellschaft folgt. Nach den Vorgaben des Aktienrechts müssen sie bei allen Vergütungsentscheidungen im Unternehmensinteresse (zu den dabei neben dem wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft zu berücksichtigenden Interessen vgl. Hüffer, AktG 6. Aufl. § 76 Rdn. 12) handeln, insbesondere den Vorteil der Gesellschaft wahren und Nachteile von ihr abwenden (vgl. BGHZ 135, 244, 253; Hüffer, AktG § 84 Rdn. 9, § 93 Rdn. 4, 5, § 116 Rdn. 4). Das Gebot, alle Maßnahmen zu unterlassen, die den Eintritt eines sicheren Vermögensschadens bei der Gesellschaft zur Folge haben, gehört - ohne dass es dazu weiterer gesetzlicher oder rechtsgeschäftlicher Regelungen bedürfte - zu den Treuepflichten, die ein ordentliches und gewissenhaftes Präsidiumsmitglied (§ 93 Abs. 1 Satz 1, § 116 Satz 1 AktG) zwingend zu beachten hat. Diese aktienrechtliche Pflicht stellt sich im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB als Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen dar (vgl. BGHSt 47, 187, 200 f. m. w. N.).

14 b) Diese ihnen obliegende Vermögensbetreuungspflicht haben die Präsidiumsmitglieder Prof. Dr. Funk, Dr. Ackermann und Zwickel verletzt.

- 15 aa) Allerdings beinhaltet nicht jede Vergütungsentscheidung des Präsidiums, die im Ergebnis zu einer Schädigung der Aktiengesellschaft führt, eine Pflichtverletzung. Denn auch hierbei handelt es sich um unternehmerische Führungs- und Gestaltungsaufgaben, für die in der Regel ein weiter Beurteilungs- und Ermessensspielraum eröffnet ist. Die Anerkennung eines solchen weiten Handlungsspielraums findet ihre Rechtfertigung darin, dass unternehmerische Entscheidungen regelmäßig aufgrund einer zukunftsbezogenen Gesamtabwägung von Chancen und Risiken getroffen werden müssen, die wegen ihres Prognosecharakters die Gefahr erst nachträglich erkennbarer Fehlbeurteilungen enthält. Deshalb ist eine Pflichtverletzung nicht gegeben, solange die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muss, nicht überschritten sind (vgl. BGHZ 135, 244, 253 f.; 111, 224, 227; BGHSt 46, 30, 34 f.; 47, 148, 149 f.; 47, 187, 192).
- 16 bb) Soweit es um die Bewilligung nachträglicher Sonderzahlungen für dienstvertraglich geschuldete Leistungen geht, gilt:
- 17 (1) Ist im Dienstvertrag vereinbart, dass eine an den Geschäftserfolg gebundene einmalige oder jährlich wiederkehrende Prämie als variabler Bestandteil der Vergütung (vgl. die Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex 4.2.3.) bezahlt wird, darf sie nach Ablauf des Geschäftsjahres nachträglich zuerkannt werden. Der weite Beurteilungs- und Ermessensspielraum der Präsidiumsmitglieder ist als Ausfluss ihrer Vermögensbetreuungspflicht nur insoweit eingeschränkt, als die Gesamtbezüge des bedachten Vorstandsmitglieds gemäß § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG in einem angemessenen Verhältnis zu seinen Aufgaben und zur Lage der Gesellschaft stehen müssen (vgl.

zu den Maßstäben des Angemessenheitsgebots Fleischer DStR 2005, 1279, 1280 ff., 1321).

18 (2) Auch bei fehlender Rechtsgrundlage im Dienstvertrag ist die Bewilligung einer nachträglichen Anerkennungsprämie zulässig, wenn und soweit dem Unternehmen gleichzeitig Vorteile zufließen, die in einem angemessenen Verhältnis zu der mit der freiwilligen Zusatzvergütung verbundenen Minderung des Gesellschaftsvermögens stehen. Dies kommt insbesondere in Betracht, wenn die freiwillige Sonderzahlung entweder dem begünstigten Vorstandsmitglied selbst oder zumindest anderen aktiven oder potentiellen Führungskräften signalisiert, dass sich außergewöhnliche Leistungen lohnen, von ihr also eine für das Unternehmen vorteilhafte Anreizwirkung ausgeht. Unter dem Gesichtspunkt einer Anreizwirkung für Dritte erscheint die Zuwendung einer freiwilligen Anerkennungsprämie auch an ein Vorstandsmitglied denkbar, das demnächst aus der Gesellschaft ausscheidet (vgl. Hefermehl/Spindler in MünchKomm-AktG 2. Aufl. § 87 Rdn. 15; Rönnau/Hohn NSTZ 2004, 113, 119 f.; Fleischer aaO 1320 f.). In all diesen Fällen wird aber dem Angemessenheitsgebot des § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG besondere Bedeutung zukommen. Welche Grenzen sich daraus für die Höhe einer Prämie ergeben, entzieht sich generalisierender Betrachtung und bedarf hier angesichts der Besonderheiten des zu entscheidenden Falles keiner näheren Erörterung.

19 (3) Eine im Dienstvertrag nicht vereinbarte Sonderzahlung für eine geschuldete Leistung, die ausschließlich belohnenden Charakter hat und der Gesellschaft keinen zukunftsbezogenen Nutzen bringen kann (kompensationslose Anerkennungsprämie), ist demgegenüber als treupflichtwidrige Verschwendung des anvertrauten Gesellschaftsvermögens zu bewerten (vgl. Roth, Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstands 2001, 108 f.; Rönnau/Hohn aaO

113, 120 ff.; Fastrich in FS für Heldrich 2005 S. 143, 157 ff.). Sie ist bereits dem Grunde nach unzulässig, ohne dass es auf die Frage ankommt, ob die Gesamtbezüge des begünstigten Vorstandsmitglieds unter Einschluss der Sonderzahlung nach den Grundsätzen des § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG der Höhe nach noch als angemessen beurteilt werden könnten.

20 cc) Die in der aktienrechtlichen Literatur demgegenüber vertretene Meinung, eine freiwillige Sonderzahlung sei zur Belohnung einer in der Vergangenheit erbrachten besonderen Leistung - unabhängig von einer Anreizwirkung oder einem sonstigen für die Gesellschaft eintretenden Vorteil - generell zulässig, wenn die Gesamtvergütung des Begünstigten den Grundsätzen über die Höhe der Bezüge der Vorstandsmitglieder nach § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG entspreche (vgl. Hüffer Beilage 7 zu BB 2003, 18 ff.; Mertens, Rechtsgutachten zu Fragen der Vergütung des Vorstandsmitglieds einer Aktiengesellschaft, 10 ff.; Baums, Anerkennungsprämien für Vorstandsmitglieder, Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, Institut für Bankrecht Nr. 121, 2 ff.; Fonk NZG 2005, 248 ff.; Liebers/Hoefs ZIP 2004, 97 ff.; Hoffmann-Becking ZHR 169 (2005), 155, 161 ff.; Kort NJW 2005, 333 ff.), vermag nicht zu überzeugen.

21 Soweit diese Auffassung damit begründet wird (vgl. Hüffer Beilage 7 zu BB 2003, 20 ff.; Mertens aaO 65 ff.; Baums aaO 9 ff.), das Unternehmensinteresse führe nur im Falle der Gefährdung von Bestand und Rentabilität des Unternehmens zu bestimmten Handlungsge- und -verboten, sei aber im Übrigen wegen der Besonderheiten des Aktienrechts ein unverbindlicher Leitgedanke, der lediglich die Abwägung aller relevanten Gesichtspunkte erfordere, wird dies der Treuepflicht der Präsidiumsmitglieder als Verwalter fremden Vermögens nicht gerecht (vgl. Fastrich aaO 157 ff.). Sie höhlt letztlich den Inhalt der Vermögensbetreuungspflicht für Organmitglieder einer Aktiengesellschaft in einer

Weise aus, wie es bisher für keinen sonstigen Fall vermögensrechtlicher Treuebeziehungen ernsthaft erwogen worden ist. Das Unternehmensinteresse ist bei unternehmerischen Entscheidungen als verbindliche Richtlinie anerkannt (vgl. BGHZ 135, 244; BGHSt 46, 30; 47, 187). Der allgemeine Grundsatz des Zivilrechts, dass derjenige, der fremdes Vermögen zu betreuen hat, ausschließlich und uneingeschränkt im Interesse des Vermögensinhabers handeln muss und das anvertraute Vermögen nicht nutzlos hingeben darf, gilt auch im Aktienrecht. Er lässt sich auch dem inzwischen durch das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) vom 22. September 2005 (BGBl. I S. 2802 Nr. 60) eingeführten § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG nF i. V. m. § 116 Satz 1 AktG entnehmen, nach dem eine Pflichtverletzung nicht vorliegt, wenn das Präsidiumsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Damit unterscheiden sich die Befugnisse der fremdes Vermögen verwaltenden Präsidiumsmitglieder von den Möglichkeiten des Einzelunternehmers, dem es unbenommen bleibt, einem verdienten Mitarbeiter aus seinem Betriebsvermögen auch dann eine freiwillige Sonderzahlung zuzuwenden, wenn hierdurch dem Unternehmen kein Vorteil erwächst.

22 Die Zulässigkeit einer kompensationslosen Anerkennungsprämie kann auch nicht damit begründet werden, ihr liege eine einvernehmliche Abänderung des Dienstvertrages zugrunde. Die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht besteht bei diesem Ansatz nämlich gerade in der freiwilligen Änderung des Dienstvertrages (vgl. Rönnau/Hohn aaO 113, 120; Martens ZHR 169 (2005), 124, 133 ff.). Dies gilt unabhängig davon, ob die Vertragsänderung wirksam ist oder nicht. Ebenso wenig lässt sich die Zulässigkeit einer kompensationslosen Anerkennungsprämie auf § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG (Gehalt oder ... Nebenleis-

tungen jeder Art) stützen. Denn diese Vorschrift regelt lediglich die Höhe der Bezüge (vgl. Baums aaO 3 ff.) und sagt nichts über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Sonderzahlung im Hinblick auf die Vermögensbetreuungspflicht der Präsidiumsmitglieder aus.

23 Auch der Einwand, dass eine besonders erfolgreiche Tätigkeit nachträglich besser beurteilt werden könne als bei Abschluss des Dienstvertrages, verfährt nicht. Zum einen stehen bereits bei Abschluss des Dienstvertrages vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung, um eine leistungsgerechte Vergütung des Vorstandsmitglieds sicherzustellen. Zum anderen ist der Erfolg einer geschuldeten Tätigkeit für sich allein kein rechtfertigender Grund, das im ursprünglichen Dienstvertrag von den Parteien als angemessen bewertete Verhältnis von Leistung und Gegenleistung nachträglich einseitig zum Nachteil der Gesellschaft abzuändern (vgl. Martens aaO 124, 128 ff.), die umgekehrt das Vertragsrisiko auch dann zu tragen hat, wenn der Vorstand die in ihn gesetzten Erwartungen nicht erfüllt.

24 Aus dem Vergleich mit einer Ermessenstantieme kann die aktienrechtliche Zulässigkeit einer kompensationslosen Anerkennungsprämie ebenfalls nicht gefolgert werden. Denn die Ermessenstantieme, die entsprechend einer dienstvertraglichen Regelung nach Ablauf des Geschäftsjahres bezahlt und deren Höhe nach pflichtgemäßem Ermessen vom Präsidium oder seinem Vorsitzenden festgesetzt wird, zeichnet sich gerade dadurch aus, dass sich für sie im Dienstvertrag eine Anspruchsgrundlage findet und deshalb von ihr regelmäßig eine Anreizwirkung ausgeht, besondere Leistungen zu erbringen.

25 Entgegen der Meinung der Verteidigung ergibt sich die "normative Legitimation" einer kompensationslosen Anerkennungsprämie auch nicht aus der

neueren Gesetzgebung. Entsprechendes kann weder dem Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KontraG) vom 27. April 1998 (BGBl. I S. 786), dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG) vom 20. Dezember 2001 (BGBl. I S. 3822) oder dem Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) vom 22. September 2005 (BGBl. I S. 2802 Nr. 60) entnommen werden. Dasselbe gilt für die Ziffern 4.2.2. und 4.2.3. des Deutschen Corporate Governance Kodex, der lediglich Empfehlungen zur inhaltlichen Ausgestaltung von Dienstverträgen mit Vorstandsmitgliedern gibt, sich aber nicht zur Zulässigkeit einer nachträglichen kompensationslosen Anerkennungsprämie verhält.

26 dd) Aus alledem folgt hier:

27 Nach den Urteilsfeststellungen waren die Sonderzahlungen in der konkreten Situation der beschlossenen Übernahme, die durch den bevorstehenden Verlust der wirtschaftlichen Selbständigkeit, das sich abzeichnende Ausscheiden der Führungskräfte und eine neue Unternehmensstrategie entsprechend den Vorgaben von Vodafone gekennzeichnet war, für die Mannesmann AG ohne jeden Nutzen. Die Leistungen der bedachten Vorstandsmitglieder waren, auch soweit sie zu erheblichen Steigerungen des tatsächlichen Unternehmenswertes sowie des von spekulativen Gesichtspunkten mit beeinflussten Börsenwertes geführt hatten, durch die dienstvertraglich vereinbarten Vergütungen abgegolten. Nach den Dienstverträgen waren diese verpflichtet, ihre gesamte Arbeitskraft uneingeschränkt für die Mannesmann AG einzusetzen. Dies gilt auch für die Aktivitäten während des Übernahmekampfes und der bevorstehenden Integrationsphase. Eine Anreizwirkung für die Begünstigten, für andere aktive Vorstandsmitglieder oder potentielle zukünftige Führungskräfte konnte von den Sonderzahlungen nicht mehr ausgehen. Diese waren insbesondere nicht

geeignet, die vier Vorstandsmitglieder als Leistungsträger zukünftig an das Unternehmen zu binden. Auch das Ansehen der Mannesmann AG in der Öffentlichkeit wurde durch die Anerkennungsprämien nicht gefördert. Ein Interesse der Gesamtheit der Aktionäre, der Gesellschaftsgläubiger, der Arbeitnehmer oder der Öffentlichkeit, das bei der Frage, ob die Präsidiumsmitglieder bei der Zuerkennung der Anerkennungsprämien im Unternehmenswohl handelten, mit zu berücksichtigen wäre (vgl. Hüffer, AktG 6. Aufl. § 76 Rdn. 12), lag nicht vor. Insbesondere waren die freiwilligen Sonderzahlungen auch von keinem Nutzen für die Aktionäre, weil die Steigerung des Börsenwertes - von den Anerkennungsprämien unabhängig - bereits eingetreten und das Umtauschverhältnis für die Aktien festgelegt war.

28 Da somit die Anerkennungsprämien das Vermögen der Mannesmann AG ohne Kompensation minderten, durften die Präsidiumsmitglieder diese nicht bewilligen. Ein Handlungsspielraum war ihnen nicht eröffnet. Daher haben die Angeklagten Prof. Dr. Funk, Dr. Ackermann und Zwickel im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB ihre Vermögensbetreuungspflicht verletzt und dadurch der Gesellschaft in Höhe der gezahlten Prämien einen Nachteil zugefügt. Dabei kann offen bleiben, welche der beiden Tatbestandsvarianten des § 266 Abs. 1 StGB - Missbrauchs- oder Treubruchstatbestand - verwirklicht worden ist, was davon abhängt, ob die Zuwendungen zivilrechtlich wirksam sind oder nicht (vgl. Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, 25. Aufl. § 266 Rdn. 17 m. w. N.). Denn die verletzte Pflicht zur Betreuung fremden Vermögens ist für beide Tatbestandsalternativen identisch; der Missbrauchstatbestand ist lediglich ein Spezialfall des umfassenderen Treubruchstatbestandes (vgl. BGHSt 24, 386, 387 f.; 47, 187, 192; BGH NJW 1984, 2539, 2540).

- 29 Soweit die Verteidigung versucht, die den Senat bindenden Feststellungen des Landgerichts durch Angriffe gegen die Beweiswürdigung in Zweifel zu ziehen, erschöpfen sich ihre Ausführungen weitgehend in einer eigenen Beweiswürdigung. Damit kann sie im Revisionsverfahren nicht gehört werden. Selbst wenn sie insoweit Rechtsfehler aufzeigen würde, könnte dies nicht dazu führen, dass der Senat eigene Feststellungen trifft, die die Freisprüche rechtfertigen könnten. Auch die vom Landgericht aus diesen Feststellungen gezogenen aktienrechtlichen Wertungen sind - entgegen der Auffassung der Verteidigung - nicht zu beanstanden.
- 30 c) Das von der Geschäftsleitung der Übernehmerin Vodafone erklärte Einverständnis mit den Prämien steht der Annahme einer Pflichtverletzung nicht entgegen.
- 31 Da der Untreuetatbestand den Zweck hat, das dem Treupflichtigen anvertraute fremde Vermögen zu schützen (vgl. BGHSt 43, 293, 297), ist die Vermögensbetreuungspflicht des § 266 Abs. 1 StGB in der Regel nicht verletzt, wenn der Vermögensinhaber sein Einverständnis mit der Vermögensschädigung erklärt hat (vgl. BGHSt 3, 23, 25; siehe auch BGHSt 9, 203, 216, wonach die Rechtswidrigkeit entfällt; offen gelassen in BGHSt 30, 247, 249). Bei einer Aktiengesellschaft ist Voraussetzung für ein strafrechtlich bedeutsames Einverständnis mit einer kompensationslosen Anerkennungsprämie, dass es entweder von dem Alleinaktionär oder von der Gesamtheit der Aktionäre durch einen Beschluss der Hauptversammlung über die Verwendung des Bilanzgewinns (§ 58 Abs. 3 Satz 1, § 174 Abs. 1 Satz 1 AktG, vgl. Kropff in MünchKomm-AktG 2. Aufl. § 174 Rdn. 32) erteilt worden ist, nicht gegen Rechtsvorschriften verstößt oder aus sonstigen Gründen ausnahmsweise als unwirksam zu bewerten ist (vgl. BGHSt 35, 333, 335 ff.; BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 23, 37).

32 Das Einverständnis von Vodafone mit den Sonderzahlungen lässt schon deshalb eine Untreue nicht entfallen, weil es an der erforderlichen Zustimmung aller Anteilseigner der Mannesmann AG oder der diese repräsentierenden Hauptversammlung fehlt. Die Mannesmann AG, der gegenüber die Präsidiumsmitglieder vermögensbetreuungspflichtig waren, war als juristische Person rechtlich selbständig und Inhaberin eines eigenen Vermögens, das allen Aktionären in ihrer Gesamtheit zustand. Ein Einverständnis aufgrund eines Beschlusses der Hauptversammlung lag nach den Feststellungen nicht vor. Die Übernehmerin Vodafone, die im Zeitpunkt der Zustimmung am 3. Februar 2000 lediglich 9,8 % des Grundkapitals hielt und im Zeitpunkt der Prämienauszahlungen Ende März 2000 mit 98,66 % des Grundkapitals nur Mehrheitsaktionärin war, wurde erst im Jahre 2002 nach Abfindung der übrigen Aktionäre alleinige Inhaberin der Mannesmann AG. Dies reicht für ein rechtlich wirksames Einverständnis in die Vermögensschädigung nicht aus, weil ein solches vor der Tat erteilt worden sein muss (vgl. Lenckner in Schönke/Schröder aaO vor § 32 Rdn. 44; Tröndle/Fischer, StGB 53. Aufl. vor § 32 Rdn. 3 b). Das Einverständnis eines zukünftigen Alleinaktionärs ist somit für den Schuldspruch ohne Bedeutung, kann aber - je nach den Umständen - als den Unrechtsgehalt erheblich mindernder Faktor die Strafzumessung beeinflussen.

33 2. Soweit die Strafkammer meint, bei risikoreichen unternehmerischen Entscheidungen setze die Annahme einer tatbestandsmäßigen Untreue zusätzlich eine "gravierende" Pflichtverletzung voraus, die hier nach einer Gesamtschau vor allem im Hinblick auf die gute Ertrags- und Vermögenslage der Mannesmann AG, die Wahrung innerbetrieblicher Transparenz, die ausreichende Kenntnis der Präsidiumsmitglieder von den maßgeblichen Entscheidungsgrundlagen sowie auf das Fehlen sachwidriger Motive zu verneinen sei, kann dem nicht gefolgt werden.

- 34 Für ihre Meinung hat sich die Strafkammer auf zwei Urteile des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs (BGHSt 47, 148, 149 f., 152; 47, 187, 197 f.) gestützt, aus denen auch Teile der Literatur (vgl. Dierlamm StraFFo 2005, 397, 402 f.; Wollberg ZIP 2004, 646, 656 f.; Braum KritV 2004, 67, 76 f.) entsprechende Folgerungen ableiten. Eine nähere Analyse dieser Urteile erweist indes, dass auch der 1. Strafsenat bei risikobehafteten unternehmerischen Entscheidungen keineswegs eine gravierende Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht verlangt. Im Übrigen läge, selbst wenn man eine solche Auslegung für geboten halten wollte, die Voraussetzung einer risikobehafteten Entscheidung hier nicht vor.
- 35 a) In dem Urteil BGHSt 47, 148, das sich mit der Frage strafbarer Untreue durch die Vergabe von Krediten befasst, stellt der 1. Strafsenat fest, dass die Annahme, die Entscheidungsträger hätten bei der Gewährung eines später Not leidend gewordenen Kredits ihre Vermögensbetreuungspflicht gegenüber dem Kreditinstitut verletzt, nicht schlicht darauf gestützt werden könne, dass einzelne der banküblichen Informations- und Prüfungspflichten - wie im dort gegebenen Fall - nicht eingehalten worden seien. Für die Pflichtverletzung im Sinne des Untreuetatbestandes sei - so die Entscheidung wörtlich - "maßgebend, ob die Entscheidungsträger ... ihre Informations- und Prüfungspflichten bezüglich der wirtschaftlichen Verhältnisse des Kreditnehmers *gravierend* verletzt haben" (BGHSt 47, 148, 150). Danach bezieht sich das Merkmal "gravierend" nicht auf das Tatbestandsmerkmal der Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht. Es ist vielmehr - sowohl nach dem Wortlaut der zitierten Wendung als auch nach dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe - unmissverständlich auf die Verletzung der Informations- und Prüfungspflicht bezogen. Mit der Klarstellung, dass nicht die Verletzung jeder Sorgfaltspflicht bei der Entscheidungsfindung für ein nach § 266 Abs. 1 StGB tatbestandsmäßiges Verhal-

ten ausreicht, ist aber nichts anderes zum Ausdruck gebracht als das, was nach dem Gesetz in seiner Auslegung durch die ständige Rechtsprechung ohnehin gilt: § 266 StGB ist nur anwendbar, wenn die in Frage stehende Maßnahme - nach dem Ergebnis der durchgeführten und erforderlichen Prüfungen - die Pflicht zur Wahrnehmung der Interessen des Vermögensinhabers verletzt. In der Sache wird danach nur der in der Rechtsprechung und Literatur anerkannte weite Beurteilungs- und Ermessensspielraum, ohne den risikobehaftete unternehmerische Entscheidungen nicht möglich sind, für Fälle der Kreditvergabe weiter ausgestaltet und klargestellt, dass nicht jeder Pflichtenverstoß bereits eine Pflichtverletzung im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB begründet.

36

b) Auch in seinem Urteil BGHSt 47, 187, das sich mit Fragen der Untreue durch Unternehmensspenden befasst, hat der 1. Strafsenat nicht die Auffassung vertreten, dass im Bereich risikobehafteter unternehmerischer Entscheidungen der Untreuetatbestand lediglich auf gravierende Verletzungen der Vermögensfürsorgepflicht angewandt werden könne. Das kommt schon im Leitsatz des Urteils "... genügt für die Annahme einer Pflichtwidrigkeit im Sinne des Untreuetatbestandes des § 266 StGB nicht jede gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung; diese muss vielmehr gravierend sein" deutlich zum Ausdruck und steht nach dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe außer Zweifel. Anliegen des Urteils ist es, speziell für den Bereich der Unternehmensspenden in ihren unterschiedlichen Erscheinungsformen unter Berücksichtigung der diese Fallgruppe prägenden Besonderheiten - insbesondere auch mit Blick darauf, dass sich deren Werbewirkung keinesfalls exakt messen lässt und der wirtschaftliche Nutzen für das spendende Unternehmen nicht genau bestimmt werden kann - die Notwendigkeit eines weiten Handlungsspielraums des Entscheidungsträgers zu betonen und Kriterien für die Beurteilung anzubieten, ob sich die Gewährung der Spende im Einzelfall im Rahmen dieses Spielraums hält. Der Senat braucht

nicht zu entscheiden, welche Aussagekraft den vom 1. Strafsenat verwendeten Kriterien im Einzelnen zukommt und ob ihre Zusammenstellung insgesamt hilfreich ist. Desgleichen bedarf es keiner Auseinandersetzung damit, ob die Problematik der Unternehmensspenden dadurch sachgerechter gelöst werden könnte, dass die Annahme einer strafbaren Untreue nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" ausscheidet, solange nur ein die Spende kompensierender Nutzen für das Unternehmen möglich erscheint (vgl. Samson, Untreue durch Unternehmensspenden? in Non Profit Law Yearbook 2004 S. 233, 241). Jedenfalls kann die Verteidigung auch das Urteil BGHSt 47, 187 nicht für ihre Auffassung in Anspruch nehmen, dass bei unternehmerischen Entscheidungen nur "gravierende" Verletzungen der Vermögensfürsorgepflicht als tatbestandsmäßige Untreuehandlungen in Betracht kommen.

37 c) Unabhängig davon, ob die Urteile des 1. Strafsenats in dem vom Landgericht und Teilen der Literatur angenommenen Sinn verstanden werden könnten, bieten sie für eine Verneinung des objektiven Tatbestandes hier keine Grundlage. Die Entscheidung zur Unternehmensspende betrifft einen in keiner Weise vergleichbaren Sachverhalt. Gegenstand des Urteils zur Kreditvergabe ist ausschließlich eine risikobehaftete unternehmerische Prognoseentscheidung. In diesem Fall hatten die Entscheidungsträger die Aussicht auf den möglichen Nutzen und Vorteil der Maßnahme für das Unternehmen mit dem Risiko eines Nachteils - Ausfall des Kredits - abzuwägen. Die Unwägbarkeiten dieser Entscheidung sind der Grund für die Anerkennung eines Handlungsspielraums, dessen Betonung und Ausgestaltung Anliegen des 1. Strafsenats war.

38 Demgegenüber standen die Angeklagten Prof. Dr. Funk, Dr. Ackermann und Zwickel nicht in der Situation einer in dem beschriebenen Sinne risikobehafteten Entscheidung, als sie die Bewilligung der Anerkennungsprämien zu-

gunsten des Angeklagten Dr. Esser und der vier weiteren Vorstandsmitglieder beschlossen. Die Zuerkennung der Prämien hatte - wie dargelegt - für das zu betreuende Vermögen der Mannesmann AG ausschließlich nachteilige Wirkungen. Ein im Übrigen auch nicht angestrebter, irgendwie gearteter Vorteil für die Gesellschaft konnte unter den gegebenen Umständen - ersichtlich - nicht eintreten. Damit bestand für die Präsidiumsmitglieder kein Handlungsspielraum. Für solche Fallgestaltungen steht auch nach der Rechtsprechung des 1. Strafsenats außer Frage, dass die Entscheidungsträger die ihnen obliegende Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB verletzen, ohne dass dem Merkmal einer "gravierenden" Pflichtverletzung irgendeine Bedeutung zukommen kann (vgl. auch BGH, Urt. vom 22. November 2005 - 1 StR 571/04).

39 d) Da die genannten Urteile des 1. Strafsenats der Entscheidung des erkennenden Senats nicht entgegenstehen, ist eine Anfrage gemäß § 132 Abs. 2 und 3 GVG - abgesehen davon, dass die Ausführungen in BGHSt 47, 187, 197 zur Notwendigkeit "gravierender" gesellschaftsrechtlicher Pflichtverletzungen nicht tragend sind - nicht veranlasst.

40 IV. Die Freisprüche der Angeklagten können auch nicht aus anderen Gründen bestehen bleiben.

41 1. Die Feststellungen bilden keine Grundlage, um die Freisprüche wegen eines den Vorsatz ausschließenden Tatbestandsirrtums oder eines unvermeidbaren Verbotsirrtums aufrechtzuerhalten. Auf die zutreffende rechtliche Einordnung einer etwaigen Fehlvorstellung kommt es daher nicht an.

42 a) Es fehlen tragfähige Ausführungen des Landgerichts zur subjektiven Tatseite. Da es die Freisprüche auf das Fehlen objektiver Tatbestandsvoraussetzungen gestützt hat, hat es - von seinem Ansatz her konsequent - den "festgestellten" Irrtum, die vermögensbetreuungspflichtigen Präsidiumsmitglieder hätten ihr Handeln für erlaubt gehalten, nicht durch eine Beweiswürdigung belegt. Es bleibt daher unklar, welche tatsächlichen Umstände diesen Irrtum hervorgerufen haben.

43 b) Auch der Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe, insbesondere die Feststellungen des Landgerichts zum Irrtum der Angeklagten Dr. Ackermann und Zwickel bei der Zuerkennung der Sonderzahlung an den Angeklagten Prof. Dr. Funk können die fehlende Beweiswürdigung zu den Vorstellungen der Angeklagten bei Bewilligung der Prämien für Dr. Esser und die vier weiteren Vorstandsmitglieder nicht ersetzen. Seine Feststellung, die Präsidiumsmitglieder Dr. Ackermann und Zwickel seien davon ausgegangen, wegen ihres unternehmerischen Handlungsspielraums zur Bewilligung der Prämie an den Angeklagten Prof. Dr. Funk befugt zu sein, beruht auf ihren Einlassungen, die das Landgericht als unwiderlegbar angesehen hat. Da an die Bewertung der Einlassung eines Angeklagten die gleichen Anforderungen zu stellen sind wie an die Beurteilung von Beweismitteln, darf der Tatrichter diese seiner Entscheidung aber nur dann zugrunde legen, wenn er in seine Überzeugungsbildung auch die Beweisergebnisse einbezogen hat, die gegen die Richtigkeit der Einlassung sprechen können (vgl. BGHSt 34, 29, 34; BGHR StPO § 261 Einlassung 6; Überzeugungsbildung 29; BGH NStZ 2002, 48). Hier hat die Strafkammer zwar die zugunsten der Angeklagten Dr. Ackermann und Zwickel sprechenden Umstände wie die Nichtaufnahme von Ermittlungen durch die Staatsanwaltschaft Düsseldorf im Fall der Sonderzahlung an den Angeklagten Dr. Esser und den eingeholten Rechtsrat berücksichtigt, jedoch eine Vielzahl von Indizien nicht in die

Beweiswürdigung einbezogen, die - zumindest in ihrer Gesamtheit - Zweifel an einem Irrtum aufkommen lassen und darauf hindeuten, dass ihnen die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht bewusst, jedenfalls die Rechtmäßigkeit ihres Handelns gleichgültig war:

44

Die Beschlussfassungen vom 4. Februar 2000 erfolgten innerhalb kürzester Zeit in unmittelbarer zeitlicher Nähe zur beschlossenen freundlichen Übernahme. Der Angeklagte Zwickel nahm an den Abstimmungen telefonisch nach einer nur kurzen mündlichen Information durch Prof. Dr. Funk teil, obwohl keine Eilbedürftigkeit vorlag. Die Höhe der Sonderzahlung für den Angeklagten Dr. Esser, die für den Wirtschaftsstandort Deutschland außergewöhnlich war, wurde von den Präsidiumsmitgliedern weder näher diskutiert noch begründet, vielmehr folgten diese dem mit der Übernehmerin Vodafone abgestimmten Vorschlag der Großaktionärin Hutchison Whampoa Ltd, deren Interessen offensichtlich nicht mit denen der Mannesmann AG übereinstimmten. Sie nahmen keinen Anstoß an der von ihnen erkannten Selbstbegünstigung des Angeklagten Prof. Dr. Funk mit Beschluss vom 4. Februar 2000, dem eine - letztendlich nicht ausbezahlte - Prämie von ca. 4,8 Mio. € zuerkannt wurde. Bei der am 17. April 2000 beschlossenen und später ausbezahlten Anerkennungsprämie von ca. 3 Mio. € handelten die Angeklagten Dr. Ackermann und Zwickel mit der sachwidrigen Motivation, dem Wunsch des Prof. Dr. Funk nachzukommen, eine sachlich nicht gerechtfertigte Sonderzahlung zu erhalten (vgl. B. I.). Der Angeklagte Dr. Ackermann befürwortete diese Prämie, obwohl er zuvor von den mündlich und schriftlich geäußerten Bedenken der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft KPMG zu den Sonderzahlungen für die aktiven Vorstandsmitglieder hinsichtlich Vertragsgrundlage, Veranlassung und Größenordnung Kenntnis erhalten hatte.

45 2. Der Freispruch des Angeklagten Zwickel kann nicht deshalb aufrechterhalten werden, weil er den Sonderzahlungen nicht zugestimmt, sondern sich - mit Rücksicht auf die von ihm zu vertretenden Arbeitnehmerinteressen - der Stimme enthalten hat.

46 Angesichts der Besonderheiten der Abstimmungen besteht für den Senat keine Notwendigkeit, sich grundsätzlich mit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der einzelnen Mitglieder eines Gremiums bei Mehrheitsentscheidungen zu befassen. Denn nach den Feststellungen wusste der Angeklagte Zwickel bei seinen Stimmabgaben, dass sich die Angeklagten Prof. Dr. Funk und Dr. Ackermann bereits auf die Zuerkennung der Anerkennungsprämien verständigt hatten und dass die Beschlüsse - unabhängig von seinem eigenen Abstimmungsverhalten - mit seiner Teilnahme an den Beschlussfassungen wirksam würden. Ebendies wollte er auch erreichen, weil er mit deren Inhalt nach den Urteilsfeststellungen einverstanden war. Damit hat er durch seine Stimmenthaltungen vorsätzlich die Wirksamkeit der Beschlüsse herbeigeführt, so dass ihm das Landgericht die Mehrheitsentscheidungen des Präsidiums zu Recht als Mittäter zugerechnet hat (vgl. Tröndle/Fischer aaO § 25 Rdn. 19; Dencker, Mitäterschaft in Gremien, in Amelung, Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, 63 ff., 70). Entgegen der Meinung der Verteidigung kann sich der Angeklagte Zwickel nicht mit Erfolg darauf berufen, die Beschlüsse wären mit demselben Ergebnis zustande gekommen, wenn er mit "Nein" gestimmt hätte. Denn dieser Einwand lässt den den Sachverhalt prägenden, für die rechtliche Einordnung wesentlichen Umstand unberücksichtigt: Die Stimmenthaltung des Angeklagten Zwickel entsprach hier objektiv und subjektiv im Ergebnis einer "Ja-Stimme", die mit Rücksicht auf seine Stellung als Arbeitnehmervertreter lediglich nach außen nicht erkennbar werden sollte.

47 3. Die Freisprüche der Angeklagten Dr. Esser und Dr. D. vom Vorwurf der Beihilfe zur Untreue haben auch unter dem Gesichtspunkt einer "straflosen Hilfeleistung durch berufstypische neutrale Handlungen" keinen Bestand.

48 Die von der Rechtsprechung hierzu entwickelten Grundsätze (vgl. BGHSt 46, 107, 109 ff., 112 f.; BGHR StGB § 27 Abs. 1 Hilfeleisten 20, § 266 Abs. 1 Beihilfe 3) tragen dem Umstand Rechnung, dass äußerlich neutrale berufsübliche Verhaltensweisen von Dritten zur Begehung einer Straftat ausgenutzt werden können. Die deshalb erforderliche Einschränkung der Beihilfestrafbarkeit hat danach innerhalb des subjektiven Tatbestands aufgrund einer wertenden Betrachtung im Einzelfall zu erfolgen. Weiß der Hilfeleistende nicht, wie der von ihm geleistete Beitrag vom Haupttäter verwendet wird, und hält er es lediglich für möglich, dass sein Tun zur Begehung einer Straftat ausgenutzt wird, so ist sein Handeln regelmäßig keine strafbare Beihilfe, es sei denn, das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten war derart hoch, dass er sich mit seiner Hilfeleistung die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein ließ. Zielt das Handeln des Haupttäters dagegen ausschließlich auf eine strafbare Handlung und weiß dies der Hilfeleistende, so ist sein Tatbeitrag als Beihilfe zu werten, weil dann sein Tun den "Alltagscharakter" verliert, als Solidarisierung mit dem Täter zu deuten ist und deshalb auch nicht mehr als sozialadäquat angesehen werden kann (vgl. BGHSt 46, 107, 112).

49 Es kann offen bleiben, ob diese zur Eingrenzung der Beihilfestrafbarkeit bei "berufstypischen neutralen Handlungen" entwickelten Kriterien der Sache nach weiter führen oder ob nicht vielmehr die Strafbarkeitsbeschränkung bei sachgerechter Auslegung ausreichend nach den herkömmlichen und allgemein anerkannten Regeln etwa über die objektive Zurechnung oder den Gehilfenvorsatz erfolgen kann. Selbst wenn man der dargestellten Rechtsprechung folgt,

scheidet nämlich nach den getroffenen Feststellungen unter diesem Gesichtspunkt eine Beihilfe zur Untreue nicht aus. Für die Angeklagten Dr. Esser und Dr. D. waren die Vorbereitung der Präsidiumsbeschlüsse sowie deren Umsetzung schon deshalb keine "berufstypischen Handlungen mit Alltagscharakter", weil sie damit gezielt die Zuwendung der Sonderzahlungen förderten. Bei ihren Hilfeleistungen kannten sie - in gleicher Weise wie die Präsidiumsmitglieder Prof. Dr. Funk, Dr. Ackermann und Zwickel - alle Umstände, welche die objektive Pflichtverletzung begründeten. Soweit der Gehilfe einer Straftat seine unterstützende Tätigkeit innerhalb eines weisungsgebundenen Dienstverhältnisses erbracht hat, liegt darin lediglich ein zu seinen Gunsten bei der Strafzumessung zu berücksichtigender Umstand.

50 V. Demgemäß sind die Freisprüche aufzuheben. Eine Aufrechterhaltung der an sich fehlerfreien Feststellungen zum objektiven Sachverhalt kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil die freigesprochenen Angeklagten die Tatvorwürfe bestreiten und das rechtsfehlerfreie Zustandekommen der Feststellungen mangels Beschwer nicht überprüfen lassen konnten (vgl. BGH NSTz 1999, 206, 207; Kuckein in KK 5. Aufl. § 353 Rdn. 24 aE). Folglich muss auch nicht entschieden werden, ob das Landgericht bei seiner Beweiswürdigung - wie die Staatsanwaltschaft meint - rechtsfehlerhaft von Anerkennungsprämien und nicht von Zuwendungen zur Erleichterung und Beschleunigung der freundlichen Übernahme oder zumindest der Übernahmeverhandlungen ausgegangen ist.

51 B. Anerkennungsprämie für den Angeklagten Prof. Dr. Funk

52 Auch die Freisprüche der Angeklagten Dr. Ackermann und Zwickel vom Vorwurf der Untreue wegen der Zuwendung der Anerkennungsprämie an den Mitangeklagten Prof. Dr. Funk sowie die Freisprüche der Angeklagten Dr. Esser und Dr. D. vom Vorwurf der Beihilfe hierzu sind nicht frei von Rechtsfehlern und deshalb aufzuheben.

53 I. Nach den Urteilsfeststellungen war der Angeklagte Prof. Dr. Funk von 1994 bis Mai 1999 Vorstandsvorsitzender der Mannesmann AG. Deren Unternehmenswert steigerte sich in diesem Zeitraum deutlich. Inspiriert durch die für die aktiven Vorstandsmitglieder vorgeschlagenen Prämien äußerte er spontan den Wunsch, selbst eine Sonderzahlung von der Mannesmann AG zu erhalten. Nachdem sich der Vertreter der Großaktionärin Hutchison Whampoa Ltd damit einverstanden erklärt hatte, vereinbarten am 4. Februar 2000 die Angeklagten Prof. Dr. Funk und Dr. Ackermann, aus dem für die leistungsstärksten Mitglieder des Telekommunikationsteams vorgesehenen Prämienfonds von ca. 16 Mio. €, Prof. Dr. Funk eine Anerkennungsprämie in Höhe von ca. 4,8 Mio. € zu gewähren. Der Angeklagte Zwickel nahm telefonisch an der Beschlussfassung teil, enthielt sich aber der Stimme, wodurch er auch diesen Beschluss zustande bringen wollte. Allen drei Präsidiumsmitgliedern war bewusst, dass der Angeklagte Prof. Dr. Funk an einer Beratung und Abstimmung teilnahm, die ihn selbst begünstigte. Da in der Folgezeit vor allem wegen der Selbstbegünstigung Bedenken gegen die formelle Wirksamkeit des Beschlusses entstanden waren, wurde die Prämie nicht ausbezahlt.

54 Nach dem Ausscheiden des Angeklagten Prof. Dr. Funk aus dem Aufsichtsrat beschloss das Präsidium der Mannesmann AG am 17. April 2000 durch den neuen Aufsichtsratsvorsitzenden Sir Gent - Chief Executive Officer von Vodafone - sowie die Angeklagten Dr. Ackermann und Zwickel, der sich

wiederum der Stimme enthielt, dem Angeklagten Prof. Dr. Funk eine freiwillige Sonderzahlung in Höhe von ca. 3 Mio. € zuzuwenden. Nach dem Inhalt des Beschlussprotokolls geschah dies, um seine maßgeblichen Beiträge zum wirtschaftlichen Erfolg der Mannesmann AG und zur Steigerung des Unternehmenswertes zu honorieren. Das tatsächliche Motiv der Angeklagten Dr. Ackermann und Zwickel für die Prämienbewilligung war jedoch allein der Wunsch des Begünstigten, selbst auch eine Anerkennungsprämie zu erhalten. Sie gingen auch insoweit davon aus, die Beschlussfassung wahre die Grenzen unternehmerischen Ermessens und hielten ihr Handeln für erlaubt. Ende April 2000 wurde die Prämie an Prof. Dr. Funk überwiesen.

55 II. Das Landgericht ist der Meinung, die Angeklagten Dr. Ackermann und Zwickel hätten sich auch in diesem Fall nicht wegen Untreue strafbar gemacht. Zwar hätten sie vorsätzlich ihre gegenüber der Mannesmann AG bestehende Vermögensbetreuungspflicht gravierend verletzt und die Gesellschaft geschädigt, weil sie die nicht im Unternehmensinteresse liegende Anerkennungsprämie aus einer sachwidrigen Motivation heraus willkürlich zuerkannt hätten. Den Präsidiumsmitgliedern habe jedoch aufgrund einer fehlerhaften aktienrechtlichen Gesamtbetrachtung das Unrechtsbewusstsein gefehlt. Ihr Verbotsirrtum sei unvermeidbar gewesen. Wenn sie Rechtsrat eingeholt hätten, wäre die Zahlung einer freiwilligen Anerkennungsprämie, deren aktienrechtliche Zulässigkeit zum damaligen Zeitpunkt weder in der Rechtsprechung noch im Schrifttum als problematisch behandelt worden sei, als rechtlich unbedenklich bezeichnet worden. Die Angeklagten Dr. Esser und Dr. D. , die lediglich innerhalb ihres beruflichen Aufgabenbereiches die Tat gefördert hätten, hätten sich nicht wegen Beihilfe zur Untreue strafbar gemacht. Es fehle an den besonderen Voraussetzungen, die bei einem berufstypischen Verhalten an den Gehilfenvorsatz zu stellen seien.

56 III. Dieser rechtlichen Würdigung ist zuzustimmen, soweit das Landgericht annimmt, dass die Angeklagten Dr. Ackermann und Zwickel den objektiven Tatbestand der Untreue erfüllt haben. Wie sich aus den Ausführungen zu den Anerkennungsprämien für den Vorstandsvorsitzenden Dr. Esser und die vier weiteren Vorstandsmitglieder (vgl. A. III. 1.) ergibt, stand es den Präsidiumsmitgliedern nicht frei, die in der Vergangenheit erbrachte, durch die dienstvertraglichen Bezüge bereits abgegoltene Leistung durch eine Sonderzahlung zusätzlich zu honorieren. Denn die Prämie war für die Mannesmann AG ohne Nutzen. Hinzu kommt, dass die Zuwendung aufgrund sachwidriger Motivation und damit willkürlich beschlossen wurde. Dies folgt auch daraus, dass das Präsidium beim Ausscheiden des Prof. Dr. Funk als Vorstandsvorsitzender für eine Anerkennungsprämie keinen Anlass gesehen und diese nicht zeitnah zuerkannt hatte.

57 IV. Rechtsfehlerhaft ist jedoch die Annahme, die Angeklagten Dr. Ackermann und Zwickel hätten sich in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum befunden.

58 Unter den gegebenen Umständen, vor allem angesichts der offensichtlichen Pflichtwidrigkeit einer willkürlichen Zuwendung, hätten die Angeklagten Dr. Ackermann und Zwickel bei Anlegung der an die Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums zu stellenden Anforderungen (vgl. BGHSt 3, 357, 366; 4, 1, 5 und 237, 242 f.) nach ihren Fähigkeiten und Kenntnissen einen eventuell gegebenen Irrtum vermeiden können. Dazu hätte es nicht einmal eines Rechtsrats bedurft. Bei Einholung von Rechtsrat durch eine sachkundige, neutrale Person hätte richtigerweise die Frage gestellt werden müssen, ob eine ausschließlich durch den Wunsch des Begünstigten motivierte, dem Unternehmen keinen Vorteil bringende Prämien-gewährung rechtlich zulässig ist. Dies wäre mit Sicherheit verneint worden.

59 V. Entgegen der Meinung der Verteidigung vermögen die Urteilsfeststellungen zur subjektiven Tatseite auch sonst einen Freispruch nicht zu tragen. Insofern braucht nicht entschieden zu werden, ob die Fehlvorstellung der Angeklagten Dr. Ackermann und Zwickel - entgegen der Meinung des Landgerichts - bereits einen den Vorsatz ausschließenden Irrtum darstellen würde.

60 1. Die Ausführungen der Strafkammer zu den Vorstellungen dieser Angeklagten sind bereits in sich widersprüchlich. Nach den Feststellungen kannten sie ihre Vermögensbetreuungspflicht und ihr Vorsatz umfasste auch die Pflichtwidrigkeit ihres Handelns. Dies ist ohne nähere Erörterung mit der Annahme fehlenden Unrechtsbewusstseins unvereinbar.

61 2. Außerdem beruhen die Feststellungen zum Irrtum auf einer lückenhaften Beweiswürdigung. Insoweit wird auf die Ausführungen zu A. V. 1. b) Bezug genommen. In die Beweiswürdigung hat die Strafkammer vor allem nicht erkennbar das gegen einen Irrtum sprechende Indiz einbezogen, dass die Anerkennungsprämie nicht die Verdienste des früheren Vorstandsvorsitzenden Prof. Dr. Funk für die Mannesmann AG angemessen entlohnen sollte, sondern ohne hinreichenden unternehmensbezogenen Anlass aus willkürlichen Gründen allein aufgrund des Wunsches des Begünstigten zugewendet wurde. Die diesem Beweisergebnis entgegen stehenden Einlassungen der Angeklagten Dr. Ackermann und Zwickel hat sie nicht geglaubt und die sachwidrige Motivation ausdrücklich festgestellt. Vor diesem Hintergrund liegt die Annahme fehlenden Unrechtsbewusstseins fern. Es ist schlechterdings nicht vorstellbar, dass sich der in führenden Positionen der deutschen Wirtschaft tätige Angeklagte Dr. Ackermann und der Gewerkschaftsführer Zwickel für berechtigt gehalten haben könnten, in Millionenhöhe willkürlich - so das angefochtene Urteil - über

das ihnen anvertraute Gesellschaftsvermögen verfügen zu dürfen. Auch hätte erörtert werden müssen, dass die ursprünglich bewilligte Prämie in Höhe von ca. 4,8 Mio. € ohne weitere Diskussion und Erläuterung innerhalb weniger Wochen durch eine solche von ca. 3 Mio. € ersetzt wurde, dies unter anderem aus Verärgerung des neuen Aufsichtsratsvorsitzenden über Äußerungen des Angeklagten Prof. Dr. Funk gegen Ende des Übernahmekampfes. Schließlich erweist sich die Beweiswürdigung auch im Hinblick darauf als lückenhaft, dass der Angeklagte Dr. Ackermann am 17. April 2000 unmittelbar vor der Beschlussfassung von den rechtlichen Bedenken der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft KPMG gegen die Prämien für Dr. Esser und die vier weiteren Vorstandsmitglieder erfahren hatte; diese Bedenken beanspruchten indessen für die Sonderzahlung an Prof. Dr. Funk in noch stärkerem Maße Beachtung. Unter diesen Umständen kann die Annahme eines Irrtums allein auf die Erwägung, die Hinweise der KPMG genügten nicht, um eine Kenntnis der Rechtswidrigkeit oder Zweifel an der Rechtmäßigkeit positiv feststellen zu können, nicht rechtsfehlerfrei gestützt werden.

62 VI. Der Freispruch der Angeklagten Dr. Esser und Dr. D. vom Vorwurf der Beihilfe zur Untreue hat ebenfalls keinen Bestand. Eine Beihilfestrafbarkeit scheidet auch hier nicht unter dem Gesichtspunkt "berufstypischen Handelns" aus (vgl. A. IV. 3.). Soweit die Verteidigung zusätzlich einwendet, dass es unsicher gewesen sei, ob das Präsidium tatsächlich entsprechend der Beschlussvorlage entscheiden werde, stellt dies den Gehilfenvorsatz nicht in Frage, weil dieser nicht das sichere Wissen der Tatbegehung durch den Haupttäter voraussetzt.

63 C. Abfindung der Alternativpensionsansprüche

64 Schließllich halten die Freisprüche der Angeklagten Prof. Dr. Funk, Dr. Ackermann, Zwickel und L. vom Vorwurf der Untreue in vier Fällen wegen der Abfindung der Alternativpensionsansprüche sowie der Freispruch des Angeklagten Dr. D. vom Vorwurf der Beihilfe rechtlicher Überprüfung nicht stand und sind daher aufzuheben.

65 I. Hierzu hat das Landgericht folgendes festgestellt:

66 Die Mannesmann AG gewährte den ehemaligen Vorstandsmitgliedern und deren Hinterbliebenen Pensionen, deren Höhe sie durch einen Vergleich der Fest- mit der Alternativpension ermittelte. Der Festpension lag - abhängig vom Zeitpunkt des Eintritts des Versorgungsfalls - ein prozentualer Anteil des vor dem Ausscheiden zuletzt bezogenen Bruttojahresgehalts zugrunde, während sich die Alternativpension aus einem Prozentsatz der durchschnittlichen jährlichen Gesamtbezüge der aktiven Vorstandsmitglieder der jeweiligen Hierarchiestufe errechnete. Gezahlt wurde der höhere Betrag.

67 Mit Beschluss des Präsidiums vom 20. November 1998 wurde die Regelung über die Alternativpensionen, die zu unvorgesehen hohen Ansprüchen geführt hatte, für die aktiven Vorstandsmitglieder unter gleichzeitiger Erhöhung der Festpensionen abgeschafft. Für den damaligen Vorstandsvorsitzenden Prof. Dr. Funk und die bereits pensionierten Vorstandsmitglieder galt weiterhin das alte Pensionsmodell. Der Angeklagte Prof. Dr. Funk, der nach der Übernahme der Mannesmann AG durch Vodafone in Zukunft fallende Vorstandsbezüge und damit ein Absinken oder einen Wegfall der Alternativpensionen befürchtete, bereitete in Zusammenarbeit mit dem Angeklagten Dr. D. eine pauschale Ab-

findung der zukünftigen Ansprüche auf die Differenz zwischen Alternativ- und Festpension vor.

68 In der Präsidiumssitzung vom 27. März 2000 sprach der Angeklagte Prof. Dr. Funk die Abfindung der Alternativpensionsansprüche an, legte einen vorbereiteten Beschlussentwurf vor und versicherte, dass die Abfindungsbeträge rechtlich und versicherungsmathematisch geprüft worden seien. Anschließend beschlossen die Angeklagten Dr. Ackermann, Zwickel und L. , die sich auf das Beschlussthema nicht vorbereitet hatten, einstimmig, 18 Pensionären Abfindungsangebote in der Gesamthöhe von über 31 Mio. € zu unterbreiten, von denen über 2,7 Mio. € auf den Angeklagten Prof. Dr. Funk entfielen. Dabei gingen sie von einer Reduzierung der durchschnittlichen Vorstandsvergütungen und damit verbunden von einem Absinken oder dem Wegfall der Alternativpensionen in der Zukunft aus. Sie erkannten, dass bei Beibehaltung der bisherigen Pensionsregelung die Alternativpensionsansprüche langfristig ihren wirtschaftlichen Wert verlieren würden.

69 Durch weitere Beschlüsse erhöhte das Präsidium in der Folgezeit die Abfindungsbeträge für zwei Pensionäre wegen unberücksichtigt gebliebener persönlicher Umstände um ca. 394.000 € und ca. 380.000 €, in einem Fall beschloss es die Auszahlung der Abfindung als jährliche Rente auf die Dauer von 15 Jahren, was Mehrkosten von ca. 450.000 € zur Folge hatte.

70 Die Präsidiumsmitglieder waren bei ihren Entscheidungen der Meinung, zur Abfindung der Alternativpensionen berechtigt zu sein, insbesondere dadurch drohende gerichtliche Auseinandersetzungen mit den Pensionären vermeiden zu können. Nachdem die Pensionäre und Hinterbliebenen ihr Einver-

ständnis mit den beschlossenen Abfindungen erklärt hatten, wurden die Beträge ausbezahlt.

71 II. Das Landgericht vertritt die Auffassung, die Beschlüsse über die Abfindung der Alternativpensionsansprüche seien im Ergebnis nicht als Untreue zu bewerten. Bei der Grundentscheidung vom 27. März 2000 hätten die Präsidiumsmitglieder zwar ihre gegenüber der Mannesmann AG bestehende Vermögensbetreuungspflicht verletzt, weil sie in Zukunft tatsächlich nicht mehr bestehende Ansprüche abgefunden hätten. Dies habe nicht im Unternehmensinteresse gelegen. Die Pflichtverletzung sei jedoch nicht gravierend gewesen, da die Ertrags- und Vermögenslage der Mannesmann AG gut gewesen sei, die Präsidiumsmitglieder nicht aus sachwidrigen Motiven gehandelt hätten und sie wegen des bestehenden Prozessrisikos zu Recht von einem Vergleich ausgegangen seien. In den weiteren Fällen fehle es wegen der Vergleichsmotivation bereits an einem Pflichtenverstoß. Mangels einer Haupttat scheidet eine Strafbarkeit des Angeklagten Dr. D. wegen Beihilfe zur Untreue aus.

72 III. Die Urteilsgründe tragen die Freisprüche der Angeklagten nicht.

73 1. Die zur Grundentscheidung vom 27. März 2000 über die Abfindung der Alternativpensionsansprüche getroffenen Feststellungen sind lückenhaft, so dass nicht überprüft werden kann, ob die Präsidiumsmitglieder die Grenzen unternehmerischen Ermessens überschritten und deshalb die Mannesmann AG pflichtwidrig geschädigt haben. Dem Urteil ist insbesondere nicht zu entnehmen, welcher Wert den künftigen Alternativpensionsansprüchen - jedenfalls der Größenordnung nach - unter Berücksichtigung von versicherungsmathematischer Zahlungsdauer und der zu erwartenden Absenkung der Vorstandsgehälter unter dem Einfluss der neuen Konzernmutter Vodafone objektiv beizumessen

sen war und wie sich die zuerkannten Beträge dazu verhalten. Aus dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe ergibt sich lediglich, dass das Landgericht langfristig von einer stark abnehmenden Werthaltigkeit der Alternativpensionsansprüche und damit von einem geringfügigen Wert ausgegangen ist. Da die variable Alternativpension nur dann zu bezahlen war, wenn sie die Festpension überstieg, hätte auch deren jeweilige Höhe mitgeteilt werden müssen.

74 Entgegen der Meinung der Verteidigung sind die fehlenden Feststellungen nicht etwa deshalb entbehrlich, weil sich die Abfindungsentscheidung notwendigerweise innerhalb der Grenzen des auch insoweit bestehenden, wenn auch durch versicherungsmathematische Vorgaben beschränkten unternehmerischen Handlungsspielraums bewegte. Denn wegen der dargestellten Lücken ist nicht überprüfbar, ob mit Blick auf die Vermögensbetreuungspflicht der Präsidiumsmitglieder die Grenzen des Spielraums noch eingehalten sind. Aus denselben Erwägungen kann die Feststellung des Landgerichts, die Angeklagten seien von einem Vergleich ausgegangen, die Freisprüche entgegen der von der Verteidigung geäußerten Auffassung nicht tragen. Die von ihr angestellte Erwägung, den Pensionären habe möglicherweise ein Anspruch auf Anpassung der Pensionszusagen zugestanden, wird durch die Feststellungen nicht gestützt.

75 2. Auch die Freisprüche zu den drei Folgeentscheidungen über die Abfindung der Alternativpensionsansprüche können nicht bestehen bleiben. Zum einen waren die Erhöhungen der Abfindungen für zwei Pensionäre sowie die Umrechnung der Abfindung einer Hinterbliebenen in eine Rentenzahlung abhängig von der am 27. März 2000 getroffenen Grundentscheidung und mit dieser untrennbar verbunden. Zum anderen sind auch die Feststellungen zu den Folgeentscheidungen lückenhaft. Es kann daher nicht beurteilt werden, ob es

sich gegenüber der Grundentscheidung - wie das Landgericht angenommen hat - um selbständige Pflichtverletzungen handelt.

76 D. Einstellung von Fall II. 6. der Urteilsgründe ("TOPP-200-Beschluss")

77 Das Verfahren wegen des Vorwurfs der Untreue durch eine pflichtwidrige Zuerkennung des "TOPP-200-Bonus" - eines erfolgsabhängigen, variablen Bestandteils der Vergütung der Vorstandsmitglieder - ist auf die Revision der Staatsanwaltschaft gemäß § 260 Abs. 3 StPO durch Urteil einzustellen. Denn es fehlt insoweit aus den in der Antragschrift des Generalbundesanwalts dargestellten Gründen an der Verfahrensvoraussetzung einer zugelassenen Anklage. Der Tatkomplex, der von der Staatsanwaltschaft vor Anklageerhebung gemäß § 154 a Abs. 1 StPO von der Strafverfolgung vorläufig ausgeschieden worden war, konnte durch Beschluss des Landgerichts nicht wirksam in das Verfahren einbezogen werden, weil die Präsidiumsbeschlüsse über den Bonus und die Pensionsabfindungen mangels einer inhaltlichen Verknüpfung nicht zur selben prozessualen Tat gehören. Das Einstellungsurteil geht im Falle fehlender Anklage einer Aufrechterhaltung des Freispruchs vor (vgl. BGHSt 46, 130, 135 ff.; Meyer-Goßner, StPO 48. Aufl. § 260 Rdn. 44 f.), so dass es keiner Erörterung bedarf, ob die Freisprüche rechtlicher Nachprüfung standhalten würden.

78 E. Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat auf folgendes hin:

79 I. Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass sich der Angeklagte Dr. Esser durch seine Mitwirkung an der Vorbereitung und der Umsetzung der Beschlüsse über die ihm und den anderen Vorstandsmitgliedern ge-

währten freiwilligen Sonderzahlungen lediglich wegen Beihilfe zur Untreue strafbar gemacht haben kann; denn ihn traf im Zusammenhang mit diesen Beschlüssen keine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der Mannesmann AG. Daher kommt bei ihm eine als Mittäter begangene Untreue nicht in Betracht.

80 Zwar hat der Vorstandsvorsitzende einer Aktiengesellschaft als deren Geschäftsführer und Vertreter (§ 76 Abs. 1, § 77 Abs. 1, § 78 Abs. 1 AktG) grundsätzlich die Pflicht, die Vermögensinteressen der Gesellschaft zu wahren, insbesondere Schaden von dem Gesellschaftsvermögen abzuwenden, und damit eine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB. Dies gilt jedoch nicht für Entscheidungen, die im weitesten Sinne die Bezüge der Vorstandsmitglieder betreffen. Diese werden durch das Aktiengesetz nicht nur aus der Vertretungsmacht, sondern auch aus der Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands ausgeklammert und sind dem Präsidium (Aufsichtsrat) in ausschließlicher Zuständigkeit zugewiesen (§ 87 Abs. 1 und 2, § 112 AktG). Das hat seinen Grund nicht nur darin, dass insoweit die Gesellschaft zum Ausschluss von Insichgeschäften durch ein anderes Organ vertreten werden muss. Vielmehr wird hierdurch auch der Tatsache Rechnung getragen, dass bei der Regelung der Vorstandsbezüge die Vermögensinteressen von Gesellschaft und Vorstandsmitglied nicht gleichgerichtet sind, sondern - auch soweit nicht die eigenen, sondern die Bezüge anderer Vorstandsmitglieder betroffen sind - typischerweise in die entgegen gesetzte Richtung gehen. Ist dieser Entscheidungsbereich aber rechtlich aus den Befugnissen der Vorstandsmitglieder ausgeklammert, so kann diese insoweit auch keine Pflicht zur Betreuung der Vermögensinteressen der Gesellschaft treffen. Allein ihre faktischen Einwirkungsmöglichkeiten auf die entsprechenden Beschlüsse des Präsidiums (Aufsichtsrats) ändern an dieser Rechtslage nichts.

81 II. Stellt sich der Sachverhalt dem neuen Tatrichter zur objektiven Tatseite in seinen wesentlichen Elementen ebenso dar, wie er im angefochtenen Urteil festgestellt ist, wird die Strafbarkeit der Angeklagten maßgeblich von den Feststellungen zur subjektiven Tatseite abhängen. Je nach dem Stand ihrer (Un-)Kenntnis von den Tatsachen und der eigenen (Fehl-) Bewertung ihres Verhaltens könnten sie in einem den Vorsatz und damit die Strafbarkeit ausschließenden Tatbestandsirrtum (§§ 15, 16 StGB) oder in einem vermeidbaren oder unvermeidbaren Verbotsirrtum (§ 17 StGB) gehandelt haben. Die Abgrenzung im einzelnen dürfte sich als schwierig erweisen, wie dies bei Tatbeständen mit stark normativ geprägten objektiven Tatbestandsmerkmalen (hier in § 266 Abs. 1 StGB die Verletzung der Pflicht, die Vermögensinteressen wahrzunehmen) häufig der Fall ist und gerade für den zu beurteilenden Sachverhalt auch durch entgegen gesetzte Stellungnahmen in der Literatur belegt wird (vgl. u.a. einerseits Arzt/Weber, Strafrecht BT § 22 Rdn. 69; Jakobs NStZ 2005, 276, 277; Jakobs in FS für Dahs S. 49 ff. und andererseits Schönemann in LK 11. Aufl. § 266 Rdn. 153 f.; Kindhäuser in NK-StGB 13. Lfg. § 266 Rdn. 179; Tröndle/Fischer aaO § 266 Rdn. 77; Puppe GA 1990, 145, 171; Roxin, Strafrecht AT Bd. 1 3. Aufl. § 21 Rdn. 23).

82 Angesichts der Ungewissheit, welche Feststellungen der neue Tatrichter insoweit gegebenenfalls treffen wird, und insbesondere der Vielgestaltigkeit der denkbaren Sachverhaltsgestaltungen, wäre ein Versuch, für alle in Betracht kommenden Vorstellungen und Motivationen Hinweise auf die - nach Auffassung des Senats - zutreffende rechtliche Einordnung zu geben, von vorneherein verfehlt; dies gilt auch deshalb, weil weder das Landgericht noch der - gegebenenfalls in anderer Besetzung entscheidende - Senat in einem etwaigen neuen Revisionsverfahren daran gebunden wären. Die schriftlichen Stellungnahmen

von Bundesanwaltschaft und Verteidigung sowie die Erörterung der Fragen in der Hauptverhandlung geben aber Anlass zu folgenden Anmerkungen:

- 83 Eine sachgerechte Einordnung etwaiger Fehlvorstellungen oder -bewertungen der Angeklagten wird sich nicht durch schlichte Anwendung einfacher Formeln ohne Rückgriff auf wertende Kriterien und differenzierende Betrachtungen erreichen lassen. Die Annahme etwa, dass jede (worin auch immer begründete) fehlerhafte Wertung, nicht pflichtwidrig zu handeln, stets zum Vorsatzausschluss führt, weil zum Vorsatz bei der Untreue auch das Bewusstsein des Täters gehöre, die ihm obliegende Vermögensfürsorgepflicht zu verletzen, kann nicht überzeugen. Umgekehrt könnte der Senat auch der Auffassung nicht folgen, dass es für die Bejahung vorsätzlichen Handelns ausreicht, wenn der Täter alle die objektive Pflichtwidrigkeit seines Handelns begründenden tatsächlichen Umstände kennt und dass seine in Kenntnis dieser Umstände aufgrund unzutreffender Bewertung gewonnene fehlerhafte Überzeugung, seine Vermögensbetreuungspflichten nicht zu verletzen, stets nur als Verbotsirrtum zu werten ist.
- 84 Ausgehend von den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Landgerichts zum objektiven Sachverhalt und mit Blick auf seine Ausführungen zu den Vorstellungen der Angeklagten Prof. Dr. Funk, Dr. Ackermann und Zwickel neigt der Senat etwa hinsichtlich der Anerkenntnisprämien für den Angeklagten Dr. Esser zu folgender Bewertung:
- 85 War den Präsidiumsmitgliedern - was allerdings kaum anders vorstellbar sein dürfte - bewusst, dass die Sonderzahlungen für die Mannesmann AG in der gegebenen Situation (Übernahme des Unternehmens durch Vodafone und Ausscheiden von Dr. Esser) ohne jeden Nutzen war, so dürfte ihre irri-ge An-

nahme, zur Bewilligung der Prämien gleichwohl berechtigt gewesen zu sein, den Vorsatz unberührt lassen und lediglich einen Verbotsirrtum begründen. Wer als Verwalter fremden Vermögens in Kenntnis seiner Vermögensfürsorgepflicht eine Maßnahme trifft, die dem Inhaber des betreuten Vermögens keinen Vorteil bringen kann und deswegen einen sicheren Vermögensverlust bedeutet, kennt nicht nur die Tatsachen, die rechtlich als Verletzung der Vermögensfürsorgepflicht zu bewerten sind. Er weiß, weil das Verbot, alles das Vermögen sicher und ausnahmslos Schädigende zu unterlassen, zentraler Bestandteil der Vermögensfürsorgepflicht ist, vielmehr zugleich auch, dass er diese seine Pflicht verletzt. Wenn die Angeklagten Prof. Dr. Funk, Dr. Ackermann und Zwickel - wie es nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils der Fall war - gemeint haben, "aufgrund ihrer unternehmerischen Handlungsfreiheit" zu den Zahlungen berechtigt zu sein, liegt es nahe, dass sie in Kenntnis dessen, dass ihr Verhalten für die Mannesmann AG sicher nachteilig war und mithin ihre Vermögensfürsorgepflicht eigentlich verletzte, gleichsam einen nicht bestehenden Erlaubnissatz in Anspruch genommen haben. Eine solche Fehlvorstellung wird aber von § 17 StGB und nicht von § 16 StGB geregelt.

86 Dasselbe gilt noch deutlicher hinsichtlich der Anerkennungsprämie für Prof. Dr. Funk: Sollten die Angeklagten Dr. Ackermann und Zwickel tatsächlich geglaubt haben, zu der das Vermögen der Mannesmann AG schädigenden

Zuwendung allein deswegen berechtigt zu sein, weil diese dem Wunsch des Angeklagten Prof. Dr. Funk entsprochen habe, so liegt die Annahme eines den Vorsatz ausschließenden Tatbestandsirrtums fern.

Tolksdorf

von Lienen

Miebach

Becker

Winkler