

Göttinger Studien
zu den Kriminalwissenschaften

Amir Michaelsen

Abweichungen vom Deutschen Corporate
Governance Kodex und von § 161 AktG
als Pflichtverletzung im Sinne der Untreue



Universitätsverlag Göttingen

Amir Michaelsen

Abweichungen vom Deutschen Corporate Governance Kodex und von
§ 161 AktG als Pflichtverletzung im Sinne der Untreue

This work is licensed under the
[Creative Commons](#) License 3.0 “by-nd”,
allowing you to download, distribute and print the
document in a few copies for private or educational
use, given that the document stays unchanged
and the creator is mentioned.
You are not allowed to sell copies of the free version.



erschienen als Band 18 in der Reihe „Göttinger Studien zu den
Kriminalwissenschaften“ im Universitätsverlag Göttingen 2011

Amir Michaelson

Abweichungen vom
Deutschen Corporate
Governance Kodex und
von § 161 AktG
als Pflichtverletzung
im Sinne der Untreue

Göttinger Studien zu den
Kriminalwissenschaften

Band 18



Universitätsverlag Göttingen
2011

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Herausgeber der Reihe

Institut für Kriminalwissenschaften

Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen

Prof. Drs. Kai Ambos, Gunnar Duttge, Jörg-Martin Jehle, Uwe Murmann

Anschrift des Autors

Amir Michaelsen

E-mail: AmirJK@gmx.net

Dieses Buch ist auch als freie Onlineversion über die Homepage des Verlags sowie über den OPAC der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek (<http://www.sub.uni-goettingen.de>) erreichbar und darf gelesen, heruntergeladen sowie als Privatkopie ausgedruckt werden. Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion. Es ist nicht gestattet, Kopien oder gedruckte Fassungen der freien Onlineversion zu veräußern.

Satz und Layout: Amir Michaelsen, Franziska Lorenz

Umschlaggestaltung: Kilian Klapp

© 2011 Universitätsverlag Göttingen

<http://univerlag.uni-goettingen.de>

ISBN: 978-3-86395-005-7

ISSN: 1864-2136

In Gedenken an meine Großeltern

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Wintersemester 2010 von der Juristischen Fakultät der Universität Göttingen als Dissertation angenommen. Die einschlägige Literatur wurde bis Juni 2010 berücksichtigt und ausgewertet.

Ganz besonders herzlich danken möchte ich an dieser Stelle meinem Doktorvater, Prof. Dr. Uwe Murmann, der von Anfang an stets volles Vertrauen in dieses Projekt gezeigt und mich, ohne meinen wissenschaftlichen Freiraum einzuschränken, mit wertvollen inhaltlichen Anregungen unterstützt hat. Mit Sorgen und Problemen konnte ich mich stets an ihn wenden.

Zudem danke ich Prof. Dr. Gunnar Duttge für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Darüber hinaus gilt mein Dank Prof. Dr. Fritz Loos, der als Strafrechtslehrer, Arbeitgeber und Förderer ganz wesentlich zum Erfolg meines bisherigen rechtswissenschaftlichen Werdegangs beigetragen hat.

Zu guter Letzt möchte ich mich auch bei meiner Familie bedanken, die an mich geglaubt und mir den Halt gegeben hat, den es braucht, um ein solches Projekt zu Ende zu bringen. Das gilt ganz besonders für meine Frau Stephanie, die mich stets tatkräftig unterstützt und motiviert hat und meine Sorgen und Zweifel in unzähligen Gesprächen immer wieder zu zerstreuen wusste.

Göttingen, im Januar 2011

Amir Michaelsen

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Inhaltsverzeichnis	7
Untersuchungshintergrund, -ziel und -verfahren	13
A) Untersuchungshintergrund	13
B) Untersuchungsziel	25
C) Untersuchungsverfahren	30
Kapitel 1: Das Pflichtverletzungsmerkmal im Kontext der Organuntreue	35
A) Stellung und Funktion des Pflichtverletzungsmerkmals im Untreuetatbestand	40
I. Geschütztes Rechtsgut und deliktsspezifischer Angriffsweg bei § 266 StGB	40
1. Das Vermögen als geschütztes Rechtsgut der Untreue.....	40

2. Der untretespezifische Angriffsweg und seine Strafwürdigkeit	43
3. Gleichwertigkeit von Tun und Unterlassen bei § 266 StGB	45
II. Die in § 266 vertypeten Begehungsformen: Missbrauch und Treubruch	46
1. Der Streit zwischen der herrschenden monistischen und der dualistischen Theorie	47
2. Die typologische Theorie Schönemanns	50
3. Relevanz der Begehungsformen für die Organuntreue	51
III. Die Vermögensbetreuungspflicht als Voraussetzung des untretespezifischen Handlungsunwerts	52
1. Mögliche Pflichtenquellen	53
2. Voraussetzungen einer Vermögensbetreuungspflicht	55
3. Die Vermögensbetreuungspflicht von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern	57
IV. Der Erfolgswert der Untreue: Der Vermögensnachteil	58
V. Verhältnis von Pflichtverletzung und Vermögensbetreuungspflicht	61
VI. Verhältnis von Pflichtverletzung und Vermögensnachteil	65
B) Akzessorietät des Pflichtverletzungsmerkmals	67
I. Die Natur des Strafrecht als Sekundärrechtsordnung	68
II. Das Pflichtverletzungsmerkmal als Einfallstor außerstrafrechtlicher Wertungen	71
1. Konkretisierung des Pflichtverletzungsmerkmals durch außerstrafrechtliche Normen	71
2. Eigenständig strafrechtliche Begriffsbildung?	73
3. Zum Verdikt der Unbestimmtheit des Untretetatbestandes i.S.v. Art. 103 Abs. 2 GG	77
4. Keine akzessorische Bestimmung bei der typologischen Theorie Schönemanns	79
III. Verschiedene denkbare Akzessorietätsmodelle	79
1. Negative Akzessorietät	80
2. Strikte oder bloß asymmetrische Akzessorietät?	81
C) Verhaltenspflichten der Organmitglieder auf der Primärebene	84
I. Das Pflichtenprogramm für Vorstandsmitglieder	85
1. Die Sorgfalt des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters als Ausgangspunkt	85
2. Sorgfaltspflichten im Einzelnen	89
3. Treue- und Verschwiegenheitspflichten	100
4. Gewährung unternehmerischen Spielraums durch die Business-Judgement-Rule	101
II. Das Pflichtenprogramm für Aufsichtsratsmitglieder	117
1. Überwachungspflicht des Aufsichtsrats	120
2. Geschäftsleitungspflichten und Selbstorganisation	125
3. Beurteilungs- und Ermessensspielraum des Aufsichtsrats?	126
D) Zusätzliche strafrechtsspezifische Voraussetzungen auf der Sekundärebene?	127
I. Zusammenhang zwischen Vermögensbetreuungspflicht und verletzter Verhaltenspflicht	128
1. Inklusivzusammenhang	130

2. Exklusivzusammenhang	131
3. Funktionalzusammenhang.....	132
II. Zusammenhang zwischen fremdem Vermögen und verletzter Verhaltenspflicht ..	137
1. Erforderlichkeit eines „Schutzzweckbezugs“	139
2. Erforderlichkeit eines objektiven Vermögensbezugs	143
3. Umfassend untreuabewehrte Legalitätspflicht.....	145
4. Auslösen von Schadensersatzansprüchen und Sanktionen gegen die AG im Besonderen	157
5. Irrelevanz von Gläubigerschutzvorschriften?	161
6. Irrelevanz von Formalpflichten?	162
IV. Beschränkung auf „gravierende Pflichtverletzungen“ ?.....	166
1. Das Kriterium der gravierenden Pflichtverletzung in der Rechtsprechung des BGH	167
2. Das Kriterium der gravierenden Pflichtverletzung in der Literatur.....	171
V. Beschränkung auf evidente Fehlentscheidungen?	175
1. Das Evidenzerfordernis als Einschränkung der Auslegungskompetenz des Strafrichters.....	176
2. Das Evidenzerfordernis als Umschreibung des unternehmerischen Beurteilungs- und Ermessensspielraums	178
VI. Zwischenergebnis zur Akzessorietät und weitere Entgegnung auf das Verdikt der Verfassungswidrigkeit.....	179
Zwischenergebnis zu Kapitel 1.....	184
Kapitel 2: Hintergrund und Zielrichtung des durch § 161 AktG flankierten Kodex.....	187
A) Bedeutung und Hintergrund der Corporate Governance.....	189
I. Die Ambivalenz des Begriffs „Corporate Governance“	189
1. Corporate Governance als Umschreibung einer guten Aktiengesellschaftsverfassung	189
2. Corporate Governance als Disziplin.....	191
II. Compliance und ihre Relevanz für die Corporate Governance	193
III. Der Hintergrund der Corporate Governance	195
B) Corporate Governance in Deutschland	197
C) Die Entstehung des Kodex.....	199
I. Die Verbreitung von Kodizes auf internationaler und nationaler Ebene	199
II. Die Arbeit der Baums-Kommission	202
III. Die Arbeit der Cromme-Kommission	205
D) Der Inhalt des Kodex und seine Struktur	212
I. Die Ziele des Kodex und ihre Verwirklichung durch die verschiedenen Bestandteile.....	212
1. Ziele und Funktionen.....	212

2. Die verschiedenen Bestimmungsarten	214
II. Inhalte des Kodex im Einzelnen.....	220
1. Die Präambel des Kodex.....	220
2. Bestimmungen über die Aktionäre und die Hauptversammlung	221
3. Bestimmungen über das Zusammenwirken von Vorstand und Aufsichtsrat	223
4. Bestimmungen über die Vorstandsarbeit.....	227
5. Bestimmungen über die Aufsichtsratsarbeit.....	233
6. Sicherstellung von Transparenz	240
7. Bestimmungen über Rechnungslegung und Abschlussprüfung	241
E) Der Kodex im Zusammenspiel mit § 161 AktG	244
I. Sinn und Zweck des § 161 AktG.....	245
II. Der faktische Befolgungsdruck	247
1. Anhaltspunkte für das Vorliegen eines faktischen Befolgungsdrucks	247
2. Verfassungsrechtliche Bedenken in Bezug auf den Befolgungsdruck	249
3. Normative Befolgungspflicht aufgrund faktischen Befolgungsdrucks?.....	251
III. Der Inhalt der Entsprechenserklärung.....	252
1. Inhaltlicher Bezug zum Kodex.....	252
2. Zeitlicher Bezug.....	254
3. Wahrheit der Erklärung.....	256
4. Die Begründung von Abweichungen	260
IV. Erklärungszeitpunkt und -ort.....	261
V. Die aus § 161 AktG im Einzelnen folgenden Verhaltenspflichten	263
1. Verhaltenspflichten im Rahmen der internen Willensbildung.....	263
2. Verhaltenspflichten im Rahmen der Erklärung	270
3. Verhaltenspflichten im Rahmen der Publikation.....	273
Kapitel 3: Ist das Abweichen vom Kodex eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue?.....	275
A) Fallgruppe 1: Das Abweichen von nicht nach § 161 AktG angenommenen Kodexbestimmungen	277
I. Besteht eine Pflicht zur Befolgung der Kodexbestimmungen?.....	278
1. Die Kodexbestimmungen als geschriebenes Recht.....	278
2. Die Kodexbestimmungen als ungeschriebenes Recht	280
II. Vermutungswirkung des Kodex?	294
III. Bloße Berücksichtigung als Anhaltspunkt zur Beantwortung von Rechtsfragen ..	297
B) Fallgruppe 2: Das Abweichen von nach § 161 AktG angenommenen Kodexbestimmungen	305
C) Fallgruppe 3: Das Abweichen von gesellschaftsintern transformierten Bestimmungen	314
I. Das Abweichen von in die Gesellschaftssatzung aufgenommenen Kodexbestimmungen.....	316
1. Allgemeine Grundsätze der Satzungsgestaltung	316

2. Möglichkeiten und Grenzen der Transformation von Kodex- in Satzungsbestimmungen.....	319
II. Das Abweichen von in die Geschäftsordnungen der Organe aufgenommenen Kodexbestimmungen	326
1. Die Aufnahme der Kodexbestimmungen in die Geschäftsordnung des Vorstands	326
2. Die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats	329
III. Das Abweichen von in die Anstellungsverträge der Vorstandsmitglieder aufgenommenen Kodexbestimmungen.....	331
Zwischenergebnis zu Kapitel 3.....	336
Kapitel 4: Ist das Abweichen von § 161 AktG eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue?	341
A) Fallgruppe 4: Das Herbeiführen einer im Hinblick auf die Zukunft falschen Entsprechenserklärung.....	344
I. Das Herbeiführen einer unwahren Entsprechenserklärung im Rahmen der Beschlussfassung.....	345
1. Herbeiführen einer falschen Entsprechenserklärung durch Täuschung der übrigen Organmitglieder	345
2. Herbeiführen einer falschen Entsprechenserklärung durch kollusives Zusammenwirken	347
II. Das Herbeiführen einer unwahren Entsprechenserklärung im Rahmen des gesellschaftsinternen Erklärungsprozesses	349
III. Das Herbeiführen einer unwahren Entsprechenserklärung im Rahmen der Publikation.....	349
B) Fallgruppe 5: Herbeiführen einer im Hinblick auf die Vergangenheit falschen Entsprechenserklärung.....	350
C) Fallgruppe 6: Unterlassen der Korrektur einer falschen Entsprechenserklärung.....	352
I. Korrekturpflicht bei Absichtsänderung?.....	353
II. Pflicht zur Korrektur der retrospektiven Aussage?	358
III. Korrekturpflicht bei Kodexänderung?.....	359
IV. Die aus der Aktualisierungspflicht im Einzelnen folgenden Verhaltenspflichten..	360
D) Fallgruppe 7: Völliges Fehlen einer Entsprechenserklärung.....	362
E) Fallgruppe 8: Das Herbeiführen einer wahrheitsgemäßen Entsprechenserklärung.....	364
I. Die Legalisierung durch § 161 AktG als Grenze des allgemeinen Schädigungsverbots	364
II. Klarstellende Abgrenzung zu Fallgruppe 1.....	365

Untersuchungsergebnis	368
Literaturverzeichnis.....	374

Untersuchungshintergrund, -ziel und -verfahren

Im Rahmen dieser Arbeit soll der Frage nachgegangen werden, inwiefern Abweichungen vom Deutschen Corporate Governance Kodex und § 161 AktG eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue darstellen, inwiefern also durch derartige Abweichungen die Schwelle zum untreuespezifischen Handlungsunwert überschritten wird. Bevor zu diesem Zweck auf Einzelheiten des Untreuetatbestands und des Corporate Governance Kodex eingegangen wird, soll im Folgenden zunächst der gesellschaftliche und rechtswissenschaftlich-dogmatische Hintergrund der Untersuchung angedeutet, ihr Ziel dargestellt und der zur Erreichung dieses Ziels einzuschlagende Weg aufgezeigt werden.

A) Untersuchungshintergrund

Eine Untersuchung des Abweichens vom Deutschen Corporate Governance Kodex und von § 161 AktG aus dem Blickwinkel der Untreue erfordert das Betreten eines sowohl in gesellschaftlicher als auch in rechtswissenschaftlich-dogmatischer Hinsicht heiß umkämpften Terrains. In gesellschaftlicher Hinsicht ist eine skeptische Aufmerksamkeit der Bevölkerung für die berufliche Tätigkeit von Unter-

nehmensführern zu verzeichnen, welche die Arbeitsmoral und Gewissenhaftigkeit der das Wirtschaftsgeschehen maßgeblich steuernden Akteure zu einem in allen Bevölkerungsschichten heftig umstrittenen Thema hat werden lassen. Diese Aufmerksamkeit, die man auch Wachsamkeit nennen könnte, kann nicht ohne weiteres als bloße Sensationslust, als Modeerscheinung oder als Suche nach einem Sündenbock für wirtschaftliche Fehlentwicklungen und Arbeitsplatzknappheit abgetan werden, sondern ist vielmehr in Anbetracht der Konsequenzen, die Pflichtvergessenheit, Mangel an Weitblick und Egoismus im Bereich der Unternehmensführung hervorbringen können, durchaus verständlich und angemessen.

Denn Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder börsennotierter Aktiengesellschaften¹ tragen kraft der im Wege der Organschaft in ihre Hände gelegten Leitungs- und Überwachungsaufgaben Verantwortung für Unternehmen und Konzerne, von denen viele eine für die Stabilität und Prosperität der gesamten deutschen Wirtschaft entscheidende Rolle spielen. Im Falle von dominierenden Industrieunternehmen liegt dies an der meist enormen Anzahl von Beschäftigten und der wirtschaftlichen Abhängigkeit von Zulieferern, im Falle von führenden Kreditinstituten darüber hinaus an der engen Verflechtung der Kreditwirtschaft in sich und mit praktisch allen anderen Wirtschaftsbereichen. Krisen dieser Unternehmen sind nicht nur Individualprobleme: So kann zum Beispiel die „Schieflage“ eines großen börsennotierten Kreditinstituts zur Schwächung des gesamten Finanzmarktes führen.² Von einer Schwächung des monetären Sektors kann wiederum durch Kreditengpässe sogar eine an sich „gesunde“ Realwirtschaft in Mitleidenschaft gezogen werden. Die Krise eines für den Endverbrauchermarkt produzierenden Industrieunternehmens, wie beispielsweise eines Kraftfahrzeugherstellers, kann Zuliefererbetriebe, die sich schwerpunktmäßig auf diesen konzentrieren, zu Fall bringen.³

Die Geschicke der börsennotierten Unternehmen hängen aber wiederum in hohem Maße davon ab, welche unternehmerischen Entscheidungen vom Vorstand getroffen werden und wie sorgfältig der Aufsichtsrat die Geschäftsführung überwacht, um bei Fehlentwicklungen rechtzeitig und effektiv gegensteuern zu

¹Der weit überwiegende Teil der Großunternehmen in Deutschland operiert als börsennotierte Aktiengesellschaft.

²So wurde z.B. befürchtet, dass ein Zusammenbruch des Immobilien- und Staatsfinanzierers Hypo Real Estate sowohl Großbanken, die ihm Kredite gewährt hatten, in den Ruin treiben als auch den gesamten Verkehr mit Pfandbriefen zum Erliegen bringen könnte, siehe den Online-Artikel der FAZ vom 30. September 2008 „Bankenkrise – Der Offenbarungseid“ unter <http://www.faz.net/s/Rub4D8A76D29ABA43699D9E59C0413A582C/Doc~E99736A5A7E144C91ACA610798AA950FD~ATpl~Ecommon~Scontent.html>.

³Es wurde z.B. angenommen, die Krise von Opel könne 40000 Arbeitsplätze in der Zuliefererindustrie gefährden, ein Zehntel der Gesamtbeschäftigten in dieser Branche, siehe den Online-Artikel der FAZ vom 18. November 2008 „Der Fall Opel – 40000 Jobs bei Zulieferern gefährdet?“ unter <http://www.faz.net/s/Rub1C361F33FC404444A08B1CFAE205D3E4/Doc~EBDD27CAC40164B98AE6F5CA1C453D4E2~ATpl~Ecommon~Scontent.html>.

können. Entscheidend für eine effektive Unternehmensführung, verstanden als Oberbegriff, der Leitung und Überwachung umfasst, ist die Herstellung eines Gleichgewichts zwischen der Eigenverantwortlichkeit des Vorstands einerseits (§ 76 Abs. 1 AktG) und der Überwachung durch den Aufsichtsrat andererseits (§ 111 Abs. 1 AktG). Da eine Aktiengesellschaft als juristische Person nur durch ihre Organe handeln kann und die Einflussnahme der Hauptversammlung sowohl in rechtlicher als auch in faktischer Hinsicht begrenzt ist, werden die entscheidenden Weichenstellungen durch den Vorstand und in geringerem Maße auch durch den Aufsichtsrat vorgenommen. Somit kommt der sorgfältigen und gewissenhaften Ausführung der in einer börsennotierten AG zu bewältigenden Leitungs- und Überwachungsaufgaben eine gesamtwirtschaftliche Bedeutung zu.

Im Kontrast zu dieser großen Verantwortung steht die stark beschädigte Reputation der Berufsgruppe „Manager“. (Dieser Begriff wird häufig verwandt, wenn Vorstands- aber auch, wenn Aufsichtsratsmitglieder gemeint sind.) Das Verhalten von Führungskräften steht nicht nur im rechtswissenschaftlichen Schrifttum⁴ in der Kritik. Unter anderem ist der Eindruck entstanden, die enorme Höhe von Vorstandsbezügen sei nicht durch Leistung gerechtfertigt.⁵ Der Vertrauensverlust gegenüber der die Wirtschaft maßgeblich lenkenden Berufsgruppe „Manager“ ist in der heutigen Zeit für das soziale Gefüge besonders verheerend: Die Bürger haben, obwohl die gesamtwirtschaftliche Lage für das Vorhandensein von Arbeitsplätzen von immenser Bedeutung ist, aufgrund der Komplexität des Wirtschaftsgeschehens trotz weitgehender Verfügbarkeit von Informationen keine Möglichkeit mehr, die wirtschaftlichen Verhältnisse und Vorgänge zu verstehen.⁶ Dies kann nur durch Vertrauen in die Sachkenntnis und Lauterkeit der Lenker des Wirtschaftsgeschehens ausgeglichen werden.⁷ Ohne einen solchen Ausgleich ist

⁴Dort ist die Kritik aber besonders auffällig. Siehe *Murmann*, Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in Jura; siehe auch *Bosch/Lange*, JZ 2009, S. 225: „scheinbar zügellose Selbstbedienungsmentalität“; *Brammsen*, ZIP 2009, S. 1504: „momentan gesellschaftlich äußerst negatives Fehlverhalten“; *Ngassa Djomo*, Sicht der Rechtsvergleichung (2008), S. 19: „Managementfehler“; *Schilba*, Die Aufsichtsrats Tätigkeit in der Aktiengesellschaft im Spiegel strafrechtlicher Verantwortung (2008), S. 29: „auffällig häufige Verfehlungen von Führungskräften in der Wirtschaft“, „kriminelle Entgleisungen deutscher Manager“.

⁵*Murmann*, Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in Jura; siehe auch *Prantl*, Online-Kommentar der Süddeutschen Zeitung „Moral und Gier“ unter <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/meinung/929/147583/>. Diese Vermutung dürfte auch darauf zurückzuführen sein, dass die „Einkommensschere“ zwischen Normalverdienern und Spitzenmanagern sehr weit auseinander klafft: So verdienten beispielsweise Vorstandsmitglieder der 30 größten deutschen Börsengesellschaften im Jahr 2008 im Schnitt 49 mal so viel wie die Durchschnittsmitarbeiter. Zehn Jahre zuvor hatte dieser Faktor noch bei 20 gelegen. Siehe den Online-Artikel des FOCUS „Managergehälter: Die Schere geht weiter auseinander“ unter http://www.focus.de/finanzen/boerse/aktien/tid-17203/managergehaelter-die-schere-geht-wieder-auseinander_aid_479109.html.

⁶*Hassemer*, wistra 2009, S. 169 f.

⁷Vgl. *Murmann*, Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in Jura.

die weitgehende Unkenntnis der wirtschaftlichen Vorgänge geeignet, Ohnmachtsgefühle und Frustration in der Bevölkerung auszulösen.

Das besagte Vertrauen ist allerdings nicht erst durch die jüngsten Ereignisse am Finanzmarkt erschüttert worden. Schon vor der Finanzkrise, welche im Sommer 2007, ausgelöst durch die sog. „subprime-Krise“ des US-amerikanischen Immobilienfinanzierungsmarktes, begann und zur Zeit, drei Jahre später, immer noch andauert, wurde das Verhalten von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern mit großer Aufmerksamkeit beobachtet, kritisiert und nicht selten auch mit dem Untreuetatbestand in Verbindung gebracht. Die entsprechenden Strafverfahren gegen Organmitglieder von Aktiengesellschaften wie z. B. die Verfahren „Mannesmann“⁸, „Bremer Vulkan“⁹, „Kinowelt“¹⁰ oder „Kölner Müllskandal“¹¹ zogen schon vor der Finanzkrise in erheblichem Maße die Aufmerksamkeit von Medien und Bevölkerung auf sich und ließen die Manager in einem denkbar schlechten Licht erscheinen. Man konnte schon damals den Eindruck gewinnen, in der Manager-Branche herrschten Selbstbedienungsmentalität, Bestechlichkeit und ein blindes Streben nach kurzfristigen Gewinnen.

Seit dem Ausbruch der Finanzkrise, der in etwa zur selben Zeit stattfand wie die Aufklärung des weltumspannenden Korruptionsskandals um den deutschen Traditionskonzern *Siemens*¹², hat die Kritik an den Unternehmensleitern und -überwachern sogar noch deutlich zugenommen und die Reihe von Strafverfahren wegen Untreue setzt sich bis heute fort. Die Medien berichteten unter anderem über Ermittlungsverfahren gegen Organmitglieder der Hypo Real Estate, der HSH Nordbank, der Bayern LB, der Landesbank Baden-Württemberg (LBBW), der IKB Deutsche Industriebank und der Sachsen LB.¹³ Auffällig ist, dass sich der durch die Finanzkrise angefachte Unmut der Bevölkerung nicht bloß gegen die Manager selbst zu richten scheint, sondern in erheblichem Umfang auch gegen „den Staat“: Zu beobachten ist, dass in der Öffentlichkeit die auf Kosten der Allgemeinheit erfolgende Rettung der Banken, die jedenfalls auch durch spekulative Geschäfte mit stark risikobehafteten Finanzprodukten in ihre missliche Lage geraten sind, zunehmend auf Unverständnis stößt¹⁴ und dass zusätzlich die Bevölke-

⁸Dazu Urteil des LG Düsseldorf vom 22. 07. 2004 - XIV 5/03 = NJW 2004, S. 3275 und Urteil des 3. Strafsenats des BGH vom 12. 12. 2005 - 3 StR 470/04 = BGHSt 55, 331.

⁹BGHSt 49, 147.

¹⁰Dazu Urteil des 1. Strafsenats des BGH vom 22. 11. 2005 - 1 StR 571/04 = NJW 2006, S. 453.

¹¹Dazu Urteil des 5. Strafsenats des BGH vom 2. 12. 2005 - 5 StR 119/05 = NJW 2006, S. 925.

¹²Dazu in strafrechtlicher Hinsicht Urteil des BGH vom 29. 08. 2008 - 2 StR 587/07 = NJW 2009, S. 89.

¹³Zumeist bestand der Vorwurf darin, es seien hochgradig risikobehaftete Finanzprodukte erworben worden, obwohl die Verantwortlichen diese nicht hinreichend durchschauten. Im Gegenzug wurde zumeist vorgebracht, man habe auf die Bewertungen dieser Produkte durch renommierte Rating-Agenturen vertraut und habe sich hierauf auch verlassen dürfen.

¹⁴Das basiert vor allem darauf, dass es im Allgemeinen als gerecht empfunden wird, wenn ein Spieler, der ein hohes Risiko eingeht, seine Verluste selbst trägt. Wird ihm mit Steuergeldern aus der Krise geholfen, muss dies den Steuerzahlern, die, um ihre wirtschaftliche Existenz nicht zu gefähr-

rung dadurch verstört ist, dass die Konsequenzen des Fehlverhaltens von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern den „Durchschnittsbürger“ anscheinend härter treffen als die Finanzakteure selbst.¹⁵

Es ist verständlich, dass in solchen Krisenzeiten, vor allem angesichts einer durch Ohnmacht und Unverständnis hervorgerufenen Frustration der Ruf nach dem Strafrecht laut wird. Die Ansicht, „die Manager“ seien bei der Krise „zu gut weggekommen“, wird dementsprechend oft mit einer Erforderlichkeit von Bestrafung, insbesondere wegen Untreue, gleichgesetzt und dabei leicht vergessen, dass Strafe stets den Nachweis einer individuellen Schuld voraussetzt. Die Schere zwischen (vermeintlichem)¹⁶ Gerechtigkeitsgefühl der Bevölkerung und strafrechtlicher Realität vergrößert sich noch dadurch, dass auch die „Allzweckwaffe Untreue“¹⁷ stets vorsätzliches Handeln voraussetzt. Das Fehlen eines Straftatbestandes, der das bloß fahrlässige Mindern fremden Vermögens erfasst, ist jedoch für das deutsche Wirtschaftsstrafrecht charakteristisch und auch für fahrlässige Vermögensschädigungen durch Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder ist keine strafrechtliche Sanktionierung vorgesehen.¹⁸ Hinzu kommt, dass das (Wirtschafts-) Strafrecht in der Finanzkrise nicht weniger als üblich mit den für diese Rechtsmaterie typischen Beweisschwierigkeiten zu kämpfen hat, was die strafrechtliche Verfolgung noch weiter hinter die Erwartungen der Bürger zurückfallen lässt.¹⁹

Der Ruf nach dem Strafrecht wird aber längst nicht nur in der Bevölkerung laut. Auch in der Politik sind in Anbetracht des Legalitätsprinzips zweifelhafte

den, Risiken weitgehend vermieden haben, notwendigerweise ungerecht erscheinen, weil sie im Gegensatz zum nunmehr zu Rettenden ja auch keine hohe Gewinnchance hatten.

¹⁵Im Gegensatz zu einem Industriearbeiter, der bei einem der Finanzkrise geschuldeten Arbeitsplatzabbau seine Stellung verliert, dürfte sich ein wegen Pflichtvergessenheit entlassenes Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied regelmäßig nicht mit einer Existenzgefährdung konfrontiert sehen. Vielmehr finden Manager, die für einige Zeit in der „ersten Liga der Wirtschaft“ mitgespielt haben, regelmäßig eine neue Anstellung. Siehe den treffenden Vergleich mit Trainern von Spitzenfußballclubs bei *Schünemann*, Organuntreue, S. 43.

¹⁶Dass es in derartigen Fällen nicht selten auch um „dumpfe Rachegeleüste“ geht, zeigt beispielsweise die Aufforderung von Demonstranten an der Wall Street, die Banker sollten doch aus den Fenstern ihrer Hochhausbüros in den Tod springen. Dies hatten einige mit riesigen Plakaten mit der Aufschrift „Jump, you fuckers!“ kundgetan. Siehe den Online-Artikel des österreichischen Finanz Journals vom 31. 10. 2008 unter <http://www.finanz-journal.at/finanzkrise-jump-you-fuckers/>.

¹⁷*Perron*, GA 2009, S. 219 (222). Siehe auch *Beulke*, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245: „Grundtyp des Wirtschaftsverbrechens“ und *Brammsen*, wistra 2009, S. 85; *ders.*, ZIP 2009, S. 1504 (1505): „Grunddelikt“ und *Rönnau*, ZStW 119 (2007), S. 887 (903): „vermögensstrafrechtlicher Ankertatbestand“.

¹⁸Vgl. aber §§ 264 Abs. 4, 283 Abs. 4, 5 StGB. Die Organmitglieder machen sich außerdem ggf. nach §§ 93 Abs. 2 S. 1 iVm § 116 S. 1 AktG gegenüber der AG schadensersatzpflichtig.

¹⁹Eine Folge hiervon ist eine Praxis weitgehender Einstellungen nach dem Opportunitätsprinzip, die im Kontrast zur Erwartungshaltung der Bevölkerung stehen, unternehmerische Entscheidungen ließen sich mit den Mitteln des Strafrechts ohne weiteres erfassen, siehe *Kubicziel*, NSTz 2005, S. 353 (355) und *Murmann*, Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in Jura. Siehe auch *Perron*, GA 2009, S. 219 (222) und *Saliger*, in: SSW, § 266 Rn. 5, der von einer „Entsorgung“ prominenter und stark umstrittener Untreueprozesse über § 153a StPO spricht und *Schilba*, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 33 m.w.N.

Bestrebungen erkennbar, die Strafverfolgungsbehörden zu härterem Durchgreifen anzutreiben.²⁰ Auf diese Weise wird seitens der Politik versucht, ein hohes Maß an öffentlicher Aufmerksamkeit auf die strafrechtlichen Aspekte der Finanzkrise zu lenken. Im Grunde wird aber auch hierdurch nur etwas triviales zum Ausdruck gebracht: Spekulative Geschäfte begründen bei Eintritt eines Schadens einen Anfangsverdacht in Bezug auf eine Untreuestrafbarkeit.²¹ Das Heranziehen des Strafrechts ist ein relativ günstiges Mittel, um den (potenziellen) Wählern zu demonstrieren, dass man sich ihrer Sicherheitsbedürfnisse annimmt und kann entweder durch Schaffung immer neuer Straftatbestände oder mittels eines bloßen Aufrufs an Strafverfolgungsbehörden, „härter durchzugreifen“, geschehen. Jedenfalls wird hierdurch die Effektivität der Strafverfolgung kaum zu steigern sein und es liegt der Verdacht nahe, dass die Konzentration auf das Strafrecht nicht zuletzt dazu dienen soll, die Erforderlichkeit von Veränderungen im Finanzsystem selbst zu verschleiern. Ob die Tatsache, dass Untreue Vorsatz voraussetzt, verkannt oder verschleiert wird, wenn man behauptet, „eine pflichtwidrige Vernichtung von Kapital“ sei „eine Straftat“²², bleibt unklar, aber jedenfalls sind solche Äußerungen geeignet, in einem derartig sensiblen Bereich besonders schädliche, erhebliche Missverständnisse zu erzeugen.

Charakteristisch für die Ziellosigkeit der Politik ist es, dass vor dem Ausbruch der Wirtschaftskrise im Zuge des „Mannesmann-Verfahrens“ geradezu entgegengesetzte Appelle von Politikern zu hören waren: So wurde teilweise ein weitgehender Rückzug des Untreuestrafrechts auf völlig unzweifelhaft strafwürdige Sachverhalte gefordert und befürchtet, eine Kriminalisierung der Organtätigkeit könne die Wettbewerbsfähigkeit des Wirtschaftsstandorts Deutschland gefährden, das Strafrecht also geradezu zu einem Standortfaktor ernannt.²³ Neben der Planlosigkeit der Politik, deren Forderungen stets zwischen härterer Bestrafung und Deregulierung von Wirtschaftstätigkeit hin und her zu pendeln scheinen, zeigt sich hierin auch die Beliebigkeit, mit der das Strafrecht als bloßes Mittel zum Zweck eingesetzt wird. Das Recht wird bloßen Zweckmäßigkeitserwägungen untergeordnet, sein ethisch-moralischer Charakter ignoriert. So scheint bei der Forderung eines Rückzugs des Strafrechts zum Wohle des Wirtschaftsstandortes Deutschland die Frage der Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit, also der sozialetischen

²⁰Beispielsweise *Christian Wulf* in Spiegel online vom 02. 03. 2009 unter <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,610647,00.html>.

²¹Kritisch hierzu *Beulke*, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (246).

²²So ausdrücklich *Christian Wulf*, siehe oben Fn. 19.

²³So *Angela Merkel*, in: Die Zeit vom 22. 1. 2004, S. 1: „Schlag gegen den Wirtschaftsstandort Deutschland“. Hiergegen lässt sich einwenden, dass eine effektive Verfolgung von Organuntreue das Vertrauen in den Vermögensschutz am Wirtschaftsstandort Deutschland und damit die Attraktivität von Investitionen in deutsche Unternehmen zu erhöhen vermag, siehe *Schilba*, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 32 m.w.N., dem auch insofern zuzustimmen ist, als die Auslegung der Straftatbestände nicht zum Prüfstein der Wettbewerbsfähigkeit Deutschlands werden darf.

Rechtfertigung des Strafrechts vollständig in den Hintergrund zu treten und das Strafrecht zum bloßen Vergleichsmerkmal degradiert zu werden.

Ob die Unmutsäußerungen in der Bevölkerung oder das Antreiben durch die Politik Wirkung gezeigt haben, kann hier nicht beurteilt werden. Jedenfalls ist in der Justiz eine Tendenz zu verzeichnen, „lieber einmal zu viel als einmal zu wenig“ durchzugreifen. So zeigt sich zum Beispiel am „Fall Zumwinkel“²⁴, dass prominente Führungsfiguren keinesfalls mit Samthandschuhen angefasst werden. Polizei und Staatsanwaltschaft scheuen sich nicht (mehr) davor, gegen Führungskräfte vorzugehen.²⁵ „Ermittelt wird heute nicht mehr nur gegen den Bankkassierer, sondern auch gegen den Bankvorstand.“²⁶ Das Strafrecht ist jedenfalls zum Teil im Übergang von einem Unterschichten- zu einem Oberschichtenstrafrecht begriffen²⁷ und der Untreuetatbestand ist der Prototyp dieser Zielrichtung. Fraglich ist allerdings, ob im Bedeutungszuwachs der Untreue eine Überreaktion des Strafrechts zu sehen ist.²⁸ So ist es durchaus denkbar, dass Manager nur Sündenböcke für wirtschaftliche Fehlentwicklungen sind.²⁹ Es kann aber auch sein, dass Fehlverhalten von Führungskräften verstärkt aufgedeckt wird oder einfach häufiger vorkommt³⁰ als früher. Auch das immer häufiger auftretende Auseinanderfallen von Vermögensinhaberschaft und -verwaltung könnte als Erklärung für die steigende Bedeutung des Untreuetatbestands in Betracht kommen. Die Ursachen können im Rahmen dieser Arbeit sicherlich nicht geklärt werden.

Das Strafrecht zu bemühen, um Pflichten von Organmitgliedern zur Geltung zu bringen, ist jedenfalls naheliegend und zwar unabhängig davon, ob man Repression oder (auch) Prävention als Zweck des Strafens ansieht. Denn es kann sich im Einzelfall um Pflichtverstöße handeln, die im Bereich des sozial unerträglichen anzusiedeln sind und außerstrafrechtliche Mittel wie etwa Schadensersatzhaftung oder durch Aktionäre in Gang gesetzte Anfechtungsverfahren erscheinen als Schutz gegen die Pflichtvergessenheit von Organmitgliedern häufig ungenü-

²⁴*Zumwinkel*, der bis zum Jahr 2008 Vorstandsvorsitzender der Deutsche Post AG, Aufsichtsratsvorsitzender der Deutsche Telekom AG und zudem Aufsichtsratsmitglied der Allianz, der Lufthansa und der Bank Morgan Stanley war, musste sich im Jahr 2008 wegen Steuerhinterziehung in Millionenhöhe verantworten. Auffällig war vor allem das rigide Vorgehen der Strafverfolgungsbehörden und das durchaus öffentlichkeitswirksame Verhaften und Abführen *Zumwinkels* vor laufenden Kameras.

²⁵*Beulke*, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245; *Murmann*, Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in Jura; *Rönnau*, ZStW 119 (2007), S. 888; *Schünemann*, NSTZ 2006, S. 196.

²⁶*Rönnau*, ZStW 119 (2007), S. 887 (888).

²⁷*Saliger*, in: SSW, § 266 Rn. 3 spricht von „umgekehrtem Klassenstrafrecht“; *Schünemann*, NSTZ 2006, S. 196 sieht eine „Tendenzwende vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht“. Siehe auch *Kubiciel*, NSTZ 2005, S. 353: „Tendenz zur sozialen Wahrnehmung und strafrechtlichen Verfolgung von Wirtschaftskriminalität“ und *Ransiek*, ZStW 116 (2004), S. 634 (636).

²⁸*Schünemann*, NSTZ 2006, S. 196 (197).

²⁹Siehe *Beulke*, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (266).

³⁰Vermutet wird, dass eine Mehrung solchen Verhaltens auf den Verfall gesellschaftlicher Werte zurückzuführen ist, siehe *Hefendehl*, JZ 2006, S. 119 (121); *Schülba*, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 29.

gend. Massive Vorwürfe organschaftlichen Fehlverhaltens in der Öffentlichkeit sind aber selbstverständlich ebenso wenig ein taugliches Kriterium strafrechtlicher Beurteilung wie das in der Bevölkerung aufkommende Gefühl, bei enormen volkswirtschaftlichen Schäden müsse einfach jemand strafrechtlich verantwortlich sein³¹. Dennoch ist die zunehmende Kriminalisierung des Wirtschaftsrechts vor diesem Hintergrund zumindest erklärbar.

Der Tatbestand der Untreue, dessen Ausgangssituation das Auseinanderfallen von Vermögensinhaberschaft und -verwaltung ist³², ist für die strafrechtliche Haftung von Entscheidungsträgern im Unternehmen von besonderer Relevanz, weil gerade größere Unternehmen typischerweise als Vermögensträger eine juristische Person aufweisen, die nur durch ihre Organe handeln kann.³³ Bei aller Nachvollziehbarkeit der Verschärfung der strafrechtlichen Verfolgung muss jedoch bedacht werden, dass der Untreuetatbestand, unter anderem durch die Gleichstellung von Tun und Unterlassen³⁴ bei extensiver Auslegung dazu führen kann, dass vor allem Vorstands- aber auch Aufsichtsratsmitglieder ständig „mit einem Bein im Gefängnis stehen“. Das wird besonders deutlich am Zusammenspiel der sog. Geschäftschancenlehre³⁵ mit den Grundsätzen der „schadensgleichen Vermögensgefährdung“³⁶: Bereits das Nichtwahrnehmen lukrativer Chancen für die Aktiengesellschaft kann eine Untreuestrafbarkeit nach sich ziehen, während das Eingehen zu hoher Risiken auch potenziell strafbar ist, und zwar auch dann, wenn es im Einzelfall gut geht.³⁷ Eine übertrieben extensive Auslegung des Untreuetatbestandes führt somit für die Organmitglieder zu einer strafrechtlichen „lose-lose-Situation“ bzw. einer „Strafbarkeitsfalle“.³⁸

Vor diesem Hintergrund ist es nachvollziehbar, dass bei den Organmitgliedern zunehmend Unsicherheit bezüglich möglicher strafrechtlicher Konsequenzen ihrer unternehmerischen Entscheidungen aufkommt.³⁹ Das wird noch verstärkt

³¹Kubiciel, NStZ 2005, S. 353 stellt diese Erwartungshaltung der Allgemeinheit fest.

³²Beulke, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245; Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 3.

³³Murmann, Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in Jura; Perron, GA 2009, S. 219 (222).

³⁴Fischer, § 266 Rn. 32; Köhl, § 266 Rn. 2; Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 33. (Dazu unten Kap. 1 A I 3)

³⁵Siehe Loeck, Strafbarkeit des Vorstands (2006), S. 53 ff., 75 ff.; Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 33; Zech, Untreue durch Aufsichtsratsmitglieder (2006), S. 60 f.

³⁶Siehe Fischer, § 266 Rn. 150; Köhl, § 266 Rn. 17a; Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 66.

³⁷Ransiek, ZStW 116 (2004), S. 635 (638) weist zutreffend darauf hin, dass es, wenn alles gut geht, kaum jemals zu einer Anklage kommen wird, weil sich über Vermögenszuwachs niemand beschwert und wirft dann die Frage auf, warum dann überhaupt auf die Gefährdung als Schaden abgestellt wird und nicht auf den „wirklichen“ Schaden. Er äußert den Verdacht, dass dies mit der Intention geschieht, die Anforderungen an den Vorsatz zu umgehen (Gefährdungsvorsatz statt Schädigungsvorsatz).

³⁸Vgl. Beulke, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (254): „nur schwer zu bewerkstellende Gratwanderung“. Siehe auch Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 33.

³⁹Beulke, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (246); Schilba, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 216; Schümann, NStZ 2006, S. 196 (197); vgl. auch Schlitt, DB 2007, S. 326. Ähnlich Kubiciel, NStZ 2005, S. 353. Siehe auch Rönnau/Hohn, NStZ 2004, S. 113 in Bezug auf die Untreuestrafbarkeit wegen der Gewährung überhöhter Vorstandsvergütungen.

durch die Tendenz, das strafrechtliche Verfahren als Vehikel zur Feststellung zivilrechtlicher Ersatzansprüche zu gebrauchen, welche vor allem daraus resultiert, dass wegen der Offenheit des Tatbestandes der Untreuevorwurf relativ leicht zu erheben und relativ schwierig abzuwehren ist.⁴⁰ Die besondere Stellung der Organmitglieder von Aktiengesellschaften gilt es im Auge zu behalten und zu berücksichtigen, bevor man die Akteure mit strafbewehrten Verhaltenspflichten belastet. Allerdings ist es nicht weniger wichtig, sozial unerträglichen Verhaltensweisen dieser „Lenker des Wirtschaftsgeschehens“ dadurch Einhalt zu gebieten, dass man die entsprechenden Verhaltensnormen durch den das Vermögen schützenden Untreuetatbestand sanktioniert. Dieses Spannungsverhältnis zwischen unternehmerischer Freiheit und notwendigem Rechtsgüterschutz einem adäquaten Interessenausgleich zuzuführen, ist die bei der Auslegung der § 266 StGB vorgelagerten Verhaltensnormen zu bewältigende Aufgabe.

Die Bedeutung dieser Vorschrift ist in den letzten Jahrzehnten sowohl in medialer als auch in justizieller und rechtswissenschaftlich-dogmatischer Hinsicht stark angestiegen.⁴¹ Trotzdem oder gerade deshalb sind bei diesem Delikt aber die Voraussetzungen der Strafbarkeit zu großen Teilen höchst umstritten, so dass „die Konturen des Untreuetatbestands nicht nur in Grenzbereichen undeutlich schillern“⁴². Die Meinungsunterschiede machen dabei nicht bei klassischen Streitfragen wie derjenigen nach dem Verhältnis der beiden Begehungsformen Missbrauch und Treubruch halt. Umstritten sind auch das Verhältnis von Pflichtverletzung und Schaden, der Grad der Spezialität der Pflichten, deren Verletzung den Handlungsunwert verwirklicht und das Maß der Abhängigkeit des Untreuetatbestandes von außerstrafrechtlichen Normen. Was den Untreuetatbestand zum Streitobjekt werden lässt, ist vor allem die Tatsache, dass bei einer Untreueprüfung häufig eine trennscharfe Abgrenzung zwischen schon sozial unerträglichem und noch erträglichem Verhalten vorgenommen werden muss.⁴³

Letzteres scheint der Justiz nicht immer zu gelingen. Mit Sorge wird die Tendenz festgestellt, den Untreuetatbestand zu bemühen, wenn andere wegen des Analogieverbotes⁴⁴ oder mangels Beweisbarkeit ihrer speziellen Voraussetzungen⁴⁵ nicht herangezogen werden können bzw. jedes als „treuwidrig“ oder „unkorrekt“ empfundene Verhalten in die Nähe des Untreuetatbestands zu rücken⁴⁶. Außerdem wird vielfach der Befund erstattet, die Strafjustiz stoße bei der Subsumtion

⁴⁰*Beulke*, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (247); *Bosch/Lange*, JZ 2009, S. 225 (227); *Kubicjel*, NStZ 2005, S. 353 (355); *Ransiek*, ZStW 116 (2004), S. 634 (635).

⁴¹Siehe *Rönnau/Hohn*, NStZ 2004, S. 113: „Der Straftatbestand der Untreue hat Hochkonjunktur.“; *Rönnau*, ZStW 119 (2007), S. 887; vgl. auch *Saliger*, in: SSW, § 266 Rn. 5 und *Schünemann*, NStZ 2005, S. 473.

⁴²So *Kubicjel*, NStZ 2005, S. 353.

⁴³*Rönnau*, ZStW 119 (2007), S. 887 (889).

⁴⁴*Kubicjel*, NStZ 2005, S. 353.

⁴⁵*Perron*, GA 2009, S. 219 (222); *Ransiek*, ZStW 116 (2004), S. 635 (637).

⁴⁶*Beulke*, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (246); *Matt*, NJW 2005, S. 389 (390).

komplexer wirtschaftlicher Entscheidungen unter den Untreuetatbestand häufig an die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit.⁴⁷ Viele dieser Probleme kommen, wie sich zeigen wird, bei dem Versuch, die Wahrnehmung der Leitungs- und Überwachungsaufgaben in börsennotierten Aktiengesellschaften durch Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder an § 266 StGB zu messen, besonders deutlich zum Vorschein. Bei der rechtswissenschaftlich-dogmatischen Untreuedebatte fällt in erster Linie auf, mit welcher Aufgeregtheit und Emotionalität sie geführt wird. Insbesondere ist heillos umstritten, inwieweit das Strafrecht überhaupt als Mittel zur Kontrolle wirtschaftlicher Entscheidungen funktionieren kann.⁴⁸ Da die tauglichen Täter wiederum die das Wirtschaftsgeschehen lenkenden Unternehmensführer sind, kann die dogmatische Umstrittenheit des Untreuetatbestandes als *pars pro toto* für die zuvor angesprochene gesellschaftliche Umstrittenheit der Managertätigkeit angesehen werden.

Das scharfe Schwert des Strafrechts, welches die Organmitglieder bedroht, ist aber nicht das einzige Mittel, dessen man sich zur Erhöhung der Sorgfalt im Bereich Unternehmensführung bedient. Auch der Deutsche Corporate Governance Kodex⁴⁹ stellt einen Versuch dar, die Arbeit von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern zu verbessern.⁵⁰ Er steht für vier Begriffe, Zauberwörter der Politik, die das Wirtschaftsrecht und die Wirtschaftspolitik momentan prägen: Transparenz⁵¹, Publizität, Deregulierung und Flexibilität.⁵² Er ist kein „klassisches“ Gesetz, mit dem Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet werden sollen. Vielmehr soll er zu einer Art Selbstregulierung durch Transparenz führen. Er soll die Organmitglieder zu einer ordentlichen Auf-

⁴⁷Vgl. *Kubiczki*, NSStZ 2005, S. 353 und *Perron*, GA 2009, S. 219 (227).

⁴⁸Siehe *Beulke*, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 ff. und *Rönnau/Hohn*, NSStZ 2004, S. 113 jeweils m.w.N.

⁴⁹Zu finden unter <http://www.corporate-governance-code.de/ger/kodex/index.html> oder im amtlichen Teil des elektronischen Bundesanzeigers.

⁵⁰Insofern darf die Zielsetzungserklärung in der Präambel des Kodex nicht als abschließend angesehen werden. Heißt es dort doch, dass der Kodex das deutsche Corporate Governance System transparent und nachvollziehbar machen und das Vertrauen in die Leitung und Überwachung deutscher börsennotierter Gesellschaften fördern soll. Im Folgenden wird sich zeigen, dass das Gesamtkonzept des Kodex auch darauf angelegt ist, die Vorstands- und Aufsichtsratsarbeit grundlegend zu verbessern.

⁵¹Der Begriff „Transparenz“ taucht in Gesetzgebungsmaterialien, Publikationen und Diskussionen rund um den Kodex erstaunlich oft auf. Er ist zum absolut dominierenden Begriff der Corporate Governance Diskussion geworden. Gebraucht wird er jedoch nicht nur, wie es der Kodex tut, um das Ziel zu statuieren, das deutsche Aktienrecht für ausländische Investoren verständlich darzustellen, damit diese investieren und nicht vom deutschen System abgeschreckt werden. Der Begriff wird viel umfassender gebraucht, nämlich insofern, als unternehmerische Entscheidungen und Kapitalströme transparent gemacht werden sollen. Transparenz wird als Heilmittel gegen Fehlentscheidungen, Vetternwirtschaft und Korruption gesehen.

⁵²Diese Begriffe tauchen beispielsweise in der Begründung zum Gesetzesentwurf TransPuG auffällig häufig auf, vgl. BT-Drucks. 14/8769, S. 1, 10, 21 etc. Der Begriff Deregulierung wird sogleich wieder relativiert, wenn man Transparenz und Publizität geradezu als Instrumente der Regulierung begreift, wie etwa *Spindler*, in: MüKo-AktG, vor § 76 Rn. 6.

gabenerfüllung dadurch bringen, dass sie ihr Verhalten weitgehend offen legen müssen. Nehmen sie ihr Amt besonders sorgfältig wahr, sollen sie mit einer positiven Reaktion des hierüber informierten Kapitalmarktes rechnen können, welche dann der AG zugute kommt. Fehlverhalten soll dadurch bekämpft werden, dass die Organmitglieder hiervon gerade wegen der Verpflichtung zur Transparenz schon von sich aus, also in gewisser Hinsicht freiwillig, Abstand nehmen.

Der rechtliche Anknüpfungspunkt des Kodex ist die Vorschrift des § 161 AktG⁵³, welche die Organmitglieder börsennotierter Aktiengesellschaften verpflichtet, jährlich zu erklären, inwiefern die Empfehlungen des Kodex in der Gesellschaft befolgt werden und nicht etwa die Befolgung dieser Bestimmungen ausdrücklich vorschreibt. Der Kodex ist auf diese für unser Rechtssystem zumindest ungewöhnliche Weise mit dem für Vorstand und Aufsichtsrat geltenden Wirtschaftsrecht verknüpft, welches wiederum eng mit dem Untreuetatbestand verflochten ist. Dass über diese Verknüpfung der Kodex mittelbar für das Untreuestrafbarkeitsrisiko relevant sein kann, wird man zugeben müssen. Dabei muss man sich vergegenwärtigen, dass es bei der Frage nach der Untreuerelevanz des Kodex nicht lediglich um dogmatische Probleme des Untreuestrafrechts geht. Im Gegenteil: In erster Linie ist hier die Ebene der vom Strafrecht zumeist vorausgesetzten Ebene der Verhaltensnormen⁵⁴ betroffen. Es geht also im Ergebnis nicht nur um das Strafbarkeitsrisiko bzw. um das Herausarbeiten von tatbestandsmäßigem Verhalten, sondern um das Pflichtverletzungsrisiko bzw. das Herausarbeiten von gegenüber der Aktiengesellschaft pflichtwidrigem Verhalten der Organmitglieder.

Der Kodex wird üblicherweise als zwischen Aktien- und Kapitalmarktrecht eingebettetes⁵⁵ „soft-law“ bezeichnet und nimmt z.B. die Beziehungen des Vorstands zum Aufsichtsrat, die Rechte der Hauptversammlung der AG, die kapitalmarktrechtlichen Publizitätspflichten und die Rechnungslegung in den Blick. In erster Linie richtet er sich an börsennotierte Aktiengesellschaften.⁵⁶ Börsennotiert i.S.d. Aktiengesetzes sind nach § 3 Abs. 2 AktG Gesellschaften, deren Aktien zu einem Markt zugelassen sind, der von staatlich anerkannten Stellen geregelt und überwacht wird, regelmäßig stattfindet und für das Publikum mittelbar oder unmittelbar zugänglich ist. Erfasst sind also in erster Linie Aktiengesellschaften⁵⁷,

⁵³Eingeführt durch das Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität (TransPuG) vom 19. 07. 2002 (BGBl. 2002, I, S. 2681).

⁵⁴Dazu unten (Kap. 1 B). Zu diesem normtheoretischen Konzept: *Murmann*, Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in *Jura* und umfassend *ders.*, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht (2003), S. 307 ff.

⁵⁵*Grunewald*, Gesellschaftsrecht, 2. C. Rn. 7.

⁵⁶Vgl. die Präambel des Kodex, Abs. 10 S. 1.

⁵⁷Zwar können auch Kommanditgesellschaften auf Aktien und Gesellschaften in der Form der *societas europaeae* an der Börse notiert sein, aber auf diese Gesellschaftsformen soll vorliegend nicht eingegangen werden. Der Kodex ist auf die Aktiengesellschaft zugeschnitten und spricht fast ausschließlich Vorstand und Aufsichtsrat an. Welche Unterschiede sich im Einzelnen für andere bör-

von denen es in Deutschland ca. 15000 gibt. Börsennotiert sind hiervon weniger als 15 %.⁵⁸ Dennoch liegt bei ihnen das wirtschaftliche Schwergewicht, weil sie im Durchschnitt ein deutlich höheres Stammkapital aufweisen als nicht börsennotierte Aktiengesellschaften. Der Kodex spricht also unter anderem gerade die Gesellschaften an, deren unternehmerischer Erfolg für die gesamtwirtschaftliche Lage von besonders großer Bedeutung ist und will dafür sorgen, dass die Organmitglieder solcher Gesellschaften im Wege der durch Transparenz angeregten Selbstregulierung zur sorgfältigen Erfüllung ihrer Aufgaben angehalten werden. Der Untreuetatbestand hingegen setzt an anderer Stelle an: Hier wird die Einhaltung von Sorgfaltspflichten nicht durch Selbstregulierung angestrebt, welche lediglich durch einen Zwang zur Offenlegung stimuliert werden muss, sondern durch Fremdregulierung mittels Androhung der Bestrafung von Verhaltensnormverstößen, die mit einem Vermögensnachteil einhergehen.

sennotierte Gesellschaften als die AG ergeben, soll nicht Gegenstand dieser Arbeit sein, nicht zuletzt, weil es den Rahmen der Untersuchung sprengen würde. § 161 Abs. 1 S. 2 AktG ordnet die Erklärungspflicht auch für Vorstand und Aufsichtsrat von Gesellschaften an, die ausschließlich andere Wertpapiere als Aktien zum Handel an einem organisierten Markt im Sinne des § 2 Abs. 5 WpHG ausgegeben haben oder, deren ausgegebene Aktien auf eigene Veranlassung über ein multilaterales Handelssystem im Sinne des § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 8 WpHG gehandelt werden. Auf die Organmitglieder dieser Gesellschaften und ihre Strafbarkeit, soll hier allerdings aus den zuvor genannten Gründen auch nicht eingegangen werden.

⁵⁸*Grunewald*, Gesellschaftsrecht, 2. C. Rn. 5.

B) Untersuchungsziel

Das wirft die Fragen auf, ob der durch § 161 AktG flankierte Kodex als Instrument der Selbstregulierung auf das Fremdregulierungsinstrument Strafrecht insofern einwirken kann, als durch ihn zusätzliche strafbewehrte Verhaltenspflichten entstehen⁵⁹ und ob die Verletzung der Pflichten aus § 161 AktG durch den Untreuetatbestand sanktioniert ist.⁶⁰ Als Untersuchungsobjekt für diese Frage soll hier das Tatbestandsmerkmal „Pflichtverletzung“ in § 266 StGB dienen. Die Untreue als Grunddelikt des Vermögensstrafrechts ist für eine Untersuchung der Auswirkungen des Kodex auf das Strafrecht ideal, weil besagtes Tatbestandsmerkmal einerseits zu einer Berücksichtigung außerstrafrechtlicher Normen (hier: des Aktiengesellschaftsrechts) geradezu zwingt, andererseits nach überwiegender Ansicht aber auch einer strafrechtsspezifischen Restriktion bedarf, so dass das Spannungsverhältnis zwischen notwendiger strafrechtlicher Sanktionierung von Verhaltenspflichten und gebotener Zurückhaltung im Sinne des ultima-ratio-Prinzips hier in besonderem Maße hervortritt.

Für den Strafrechtler ist der Kodex allerdings ein weitgehend unbekanntes Phänomen. Selbst im Wirtschaftsstrafrecht wird ihm kaum Bedeutung beigemessen, was wohl mit der Art und Weise seiner Entstehung, der Urheberschaft und seiner undeutlichen Rechtsnatur zusammenhängt. Er ist den Meisten nur als von Experten zusammengestellte Sammlung von Leitlinien guter Unternehmensführung bekannt, was mit der vagen Vorstellung einhergeht, seine Bestimmungen seien unverbindlich. Er enthält Bestimmungen darüber, wie sich Mitglieder der Organe Vorstand und Aufsichtsrat in Fragen der Leitung und Überwachung der Gesellschaft zu verhalten haben. Weichen sie von diesen Anforderungen ab und entsteht der Gesellschaft ein Schaden, der nicht nur in einem endgültigen Verlust, sondern ggf. schon in einer konkreten Gefährdung bestehen kann, ist fraglich, ob dies die Strafbarkeit wegen Untreue nach § 266 StGB nach sich zieht.⁶¹

Wird beispielsweise ein Anstellungsvertrag mit einem Vorstandsmitglied geschlossen, der entgegen Ziffer 4. 2. 3 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 des Deutschen Corporate Governance Kodex⁶² vorsieht, dass das Vorstandsmitglied bei vorzeitiger Beendigung der Tätigkeit eine zwei Jahresgehälter übersteigende Abfindung erhält, ohne

⁵⁹Möglich ist auch, dass der Kodex zur Verringerung solcher Pflichten führt.

⁶⁰Es ist sogar höchst umstritten, ob Verstöße gegen § 161 AktG zivilrechtliche Schadensersatzpflichten nach sich ziehen.

⁶¹Teilweise scheint die Sensibilisierung für Untreue in der Gesellschaft bei großen Schäden verhältnismäßig gering zu sein, weil viele in der Untreue fälschlicherweise ein Bereicherungsdelikt sehen und sich nicht vorstellen können, dass die in Verdacht stehenden, „in die eigene Tasche gewirtschaftet“ haben. Dies trifft allerdings nur für Laien zu. Vor allem in der Justiz ist man mit einem Untreueverdacht schnell bei der Hand, vgl. *Lesch*, ZRP 2002, S. 159 (161) und *Matt*, NJW 2005, S. 389 (390).

⁶²Im Folgenden bei Zitierungen abgekürzt als DCGK und ansonsten schlicht Kodex genannt.

dass hierfür ein wichtiger Grund vorliegt und wird die Summe von der Gesellschaft ausgezahlt (Die Auszahlung ist unter Umständen noch nicht einmal notwendig, weil die Eingehung eines ungünstigen Vertrages bereits zur Strafbarkeit führen kann)., stellt sich die Frage, ob die Verantwortlichen sich wegen Untreue zum Nachteil der Gesellschaft strafbar gemacht haben.⁶³ Wird für ein Aufsichtsratsmitglied⁶⁴ eine D&O-Versicherung⁶⁵ abgeschlossen, die entgegen Ziffer 3. 8 Abs. 1 DCGK einen unangemessen niedrigen oder gar keinen Selbstbehalt vorsieht, kann das untreuerelevant sein, weil für eine Versicherung mit höherem Selbstbehalt normalerweise eine niedrigere Versicherungsprämie zu leisten ist und der Gesellschaft somit möglicherweise pflichtwidrig ein Vermögensnachteil i.S.d. Untreue zugefügt wurde.⁶⁶ Ein Untreueverdacht kann auch entstehen, wenn der Aufsichtsrat entgegen Ziffer 7. 2. 1 Abs. 1 S. 1 DCGK keine Erklärung des Abschlussprüfers über dessen „geschäftliche, finanzielle, persönliche oder sonstige Beziehungen“ zur AG oder ihren Organmitgliedern einholt und es dann durch eine fehlerhafte Abschlussprüfung zu einem Schaden der AG kommt, oder wenn entgegen Ziffer 5. 4. 1 S. 1 DCGK jemand in den Aufsichtsrat gewählt wird, der nicht über die „zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung der Aufgaben erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und fachlichen Erfahrungen“ verfügt und die Gesellschaft durch ihn geschädigt wird.⁶⁷

Legt man den Gesetzestext des § 266 StGB zugrunde, der in objektiver Hinsicht eine Vermögensbetreuungspflicht, eine Pflichtverletzung und einen Vermögensnachteil voraussetzt, ohne den Blick sogleich auf sog. „klassische“ Untreuefälle zu verengen, erscheint eine Prüfung der Untreue in allen oben genannten Fällen nahe liegend. Handelt es sich doch bei Organmitgliedern von Ak-

⁶³Schließlich „soll“ laut Kodex eine solche Abfindung nicht erfolgen, so dass an eine Pflichtverletzung i.S.v. § 266 StGB zu denken ist und liegt auch ein Vermögensnachteil im Sinne dieser Vorschrift nicht fern, weil die Gesellschaft eine höhere Abfindung zahlt, als sie es dem Kodex zufolge „soll“.

⁶⁴Für Vorstandsmitglieder ist das „Selbstbehaltsgebot“, welches früher in Ziffer 3. 8 Abs. 1 a.F. als Empfehlung installiert war, mittlerweile zwingendes Recht in Form des § 93 Abs. 2 S. 3 AktG, eingeführt durch das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), verabschiedet am 16. Juni 2009, in Kraft getreten am 5. August 2009. Hier ist nicht die Rede von einem „angemessenen“ Selbstbehalt, sondern es sind detaillierte Regelungen getroffen worden.

⁶⁵So die Abkürzung für sog. Directors & Officers-Versicherungen, die im Falle von Pflichtverletzungen der Organmitglieder eingreifen sollen und für die die Gesellschaft die Prämien zahlt.

⁶⁶Dieses Beispiel stammt sinngemäß von *Schlitt*, DB 2007, S. 326 (330).

⁶⁷Man wird nicht von der Hand weisen können, dass man den Kodex vielleicht als Anhaltspunkt für die Suche nach bestimmten Pflichtverletzungen ansieht. Auch aus § 161 AktG ist die Untreueerlevanz des Corporate Governance Kodex ersichtlich: Dort ist ebenfalls eine Pflicht normiert, nämlich die zur Abgabe einer Entschereklärung. Sich eine Konstellation vorzustellen, in der durch Verletzung dieser Pflicht ein Vermögensschaden für die AG oder die Aktionäre entsteht, ist nicht schwierig. Ebenso gut kann der Kodex im Rahmen eines Verteidigungsvorbringens gegen einen Untreuevorwurf in Erscheinung treten, etwa indem ein Vorstandsmitglied sich darauf beruft, dass er doch alles getan habe, was der Kodex von ihm verlangt, oder dass er wenigstens nichts getan habe, was der Kodex verbietet.

tiengesellschaften um klassische Vermögensbetreuer und bei den Passagen des Kodex zumindest dem ersten Anschein nach um Ge- und Verbote. Es ist aber wegen der unklaren Stellung des Kodex in unserer Rechtsordnung und der relativen Vagheit des Untreuetatbestandes unklar, ob der Verstoß gegen den Kodex eine Strafbarkeit nach § 266 StGB nach sich ziehen kann. Insbesondere wird die Fragestellung erschwert durch eine Besonderheit des deutschen Corporate Governance Rechts, die dogmatisch schwierig zu erfassen ist, nämlich die sog. Entsprechens- oder Compliance-Erklärung, zu der § 161 AktG zwingt.

Letztere Vorschrift ist aber nicht nur in den zuvor genannten Konstellationen untreuerelevant, in denen ein Verstoß gegen die Bestimmungen des Kodex nahe liegt, sondern auch in solchen, bei denen die Erklärungspflichten selbst nicht eingehalten werden: Wird beispielsweise eine nicht wahrheitsgemäße Erklärung über die Einhaltung des Kodex in der Vergangenheit oder die Befolungsabsicht für die Zukunft abgegeben oder wird die Erklärung vollständig unterlassen oder nicht mit einer (ausreichenden) Begründung versehen, kann auch schon diesem „Entsprechenserklärungsverhalten“ Untreuerelevanz zukommen.

Aufmerksamkeit erlangt hat der Kodex bisher insbesondere im Zusammenhang mit der Anfechtbarkeit von Entlastungsbeschlüssen der Hauptversammlung von Aktiengesellschaften.⁶⁸ Auch der Fokus der Rechtsprechung zum Kodex liegt auf dieser Fragestellung.⁶⁹ Es werden aber auch zivilrechtliche Haftungsfragen in Bezug auf den Kodex vermehrt erörtert, wobei wiederum zwischen der Innenhaftung, also der Haftung der Organmitglieder gegenüber ihrer Aktiengesellschaft, und der Außenhaftung der Organmitglieder gegenüber (potenziellen) Aktionären unterschieden wird.⁷⁰ In Bezug auf die Innenhaftung wird zumindest grundsätzlich für möglich gehalten, dass Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen die Organmitglieder aus unrichtigen Entsprechenserklärungen, aber auch aus der Nichtbefolgung der Entsprechenserklärung entstehen können⁷¹ und eine Schadensersatzpflicht für Handlungen, die ungeachtet einer Entsprechenserklärung den inhaltlichen Anforderungen des Kodex widersprechen, wird ebenfalls erwogen. Die Überlegungen zu solchen Schadensersatzansprüchen in die Prüfung der Untreue einzubeziehen, erscheint nahe liegend, weil hier wie dort die zentrale

⁶⁸Vgl. zu diesem Problem zum Beispiel *Kirschbaum*, ZIP 2007, S. 2360; *Vetter*, NZG 2008, S. 121.

⁶⁹BGH Urteil vom 16. 2. 2009 – II ZR 185/07 (Deutsche Bank AG); OLG München, Urteil vom 6. 8. 2008 – 7u 5628/07 (MAN).

⁷⁰Diese Einteilung wird aber ergänzt durch die Haftung der Gesellschaft gegenüber Dritten wie z.B. Aktionären, die durch Fehlverhalten der Organmitglieder ausgelöst werden, aber wiederum die Gesellschaft berechtigen kann, die Organmitglieder hierfür in Regress zu nehmen. („Innenhaftung für die Außenhaftung“).

⁷¹*Lutter*, ZHR 166 (2002), S. 523 (526), der darauf hinweist, dass „Dreh- und Angelpunkt“ solcher Schadensersatzansprüche das Tatbestandsmerkmal der Pflichtverletzung sein wird. Für den Untreuetatbestand gilt das Gleiche für das Tatbestandsmerkmal „Pflichtverletzung“.

Frage nach einer Pflichtverletzung aufzuwerfen ist, so dass Schadensersatz- und Untreueprüfung deutliche Parallelen aufweisen.⁷²

Speziell im (wirtschafts-)strafrechtlichen Schrifttum wurde dem Kodex bisher wenig Aufmerksamkeit beigemessen, obwohl sich auch dort vereinzelt Überlegungen zu den strafrechtlichen Implikationen des Kodex finden lassen.⁷³ Erörterungen speziell zur Frage der Auswirkung des Kodex auf den Untreuetatbestand sind besonders rar.⁷⁴ Dies mag zum einen daran liegen, dass der Kodex aufgrund seiner (vermeintlichen) Unverbindlichkeit als Anhaltspunkt für eine untreuerelevante Pflichtverletzung häufig nicht ernst genommen wird. So wird auch teilweise vertreten, dass eine Nichteinhaltung einer im Kodex formulierten Empfehlung überhaupt kein Haftungsrisiko darstellen kann.⁷⁵ Außerdem ist ein Grund hierfür wohl die Verschränkung von Aktiengesellschaftsrecht und Strafrecht, welche insbesondere angesichts des weitgehend ungeklärten Verhältnisses von Untreuetatbestand und außerstrafrechtlichen Normen einerseits (Akzessorietät) und der relativen Ungeklärtheit der Auswirkungen des Kodex auf das Wirtschaftsrecht andererseits die Untreueprüfung im Zusammenhang mit dem Kodex komplex und unsicher erscheinen lässt.⁷⁶

Dennoch sind erörterungsbedürftige Thesen zum Einfluss des Kodex auf die Untreuestrafbarkeit zu finden: So wird dem Kodex eine Bedeutung für die Untreuestrafbarkeit von Organmitgliedern insofern beigemessen, als dieser das Tatbestandsmerkmal der Pflichtwidrigkeit durch Ausstrahlung auf das für Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder geltende Pflichtenprogramm zu beeinflussen vermag: Im Einzelnen wird beispielsweise für möglich gehalten, dass aus einer positiven Entsprechenserklärung eine rechtlich bindende Konkretisierung der allgemeinen Sorgfaltspflicht von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern resultiert und hieraus eine Einflusswirkung auf das Tatbestandsmerkmal „Pflichtverlet-

⁷²Siehe *Bosch/Lange*, JZ 2009, S. 225: „überraschende Gemeinsamkeiten der beiden Haftungssysteme“. Dass eine zum Schadensersatz verpflichtende Pflichtverletzung nicht ohne weiteres mit einer Pflichtverletzung i.S.d. § 266 StGB gleichgesetzt werden kann, wird noch zu erörtern sein.

⁷³Die Aufsätze von *Schlitt*, DB 2007, S. 326 und *Schlösser/Dörfler*, wistra 2007, S. 326; vor allem im Hinblick auf die Entsprechenserklärung werden die strafrechtlichen Implikationen des Kodex wenigstens gestriffen von *Abram*, ZBB 2003, S. 41 (46f.); *Bachmann*, WM 2002, S. 2137 (2141); *Berg/Stöcker*, WM 2002, S. 1569 (1579 f.); *Borges*, ZGR 2003, S. 508 (530); *Clausen/Brücker*, DB 2002, S. 1199 (1205); *Eitinger/Grützedeke*, AG 2003, S. 353 (359 f., 365 f.); *Kiethe*, NZG 2003, S. 559 (566); *Schüppen*, ZIP 2002, S. 1269 (1273) und *Seibt*, AG 2002, S. 249 (256).

⁷⁴Aufsatz von *Schlösser/Dörfler*, wistra 2007, S. 326.

⁷⁵*Abram*, NZG 2003, S. 307 (308); *Körner*, NZG 2004, S. 1148 (1149).

⁷⁶Bezeichnenderweise betonen *Schlösser/Dörfler*, wistra 2007, S. 326, dass die Diskussion der Konkretisierung der allgemeinen Sorgfaltspflicht von Vorstand und Aufsichtsrat durch die Vorgaben des Kodex sich „im Fluss“ befindet und dass die zivilrechtliche Haftung der Gesellschaftsorgane wegen eines Verstoßes gegen den Kodex äußerst umstritten ist und folgern hieraus, dass vor dem Hintergrund der ultima-ratio-Funktion des Strafrechts *deshalb* „größte Zurückhaltung“ bei der auf einen Kodexverstoß gestützten Begründung der Pflichtwidrigkeit im Rahmen des § 266 StGB geboten sei. Dies sei zumindest dann der Fall, wenn der Kodex nicht durch gesellschaftsinterne Regeln zu einem in der Aktiengesellschaft verbindlichen Standard geworden sei.

zung“ des § 266 StGB entsteht.⁷⁷ Erwogen wird zudem, dass die Verhaltensanforderungen des Kodex auch unabhängig von einer Entsprechenserklärung zur Konkretisierung des Pflichtenmaßstabes der Organmitglieder herangezogen werden und sich auf diese Weise unmittelbar (oder zumindest mittelbar durch einen Einfluss auf die Rechtsprechung) auf die Prüfung der Pflichtverletzung im Rahmen der Untreue auswirken können.⁷⁸ Des Weiteren wird die These vertreten, dass im Falle einer Inkorporation der Kodexbestimmungen in das gesellschaftsinterne Regelwerk, z.B. durch Aufnahme in die Satzung oder Arbeitsverträge, die Verhaltensanforderungen des Kodex die Sorgfaltsmaßstäbe der Organmitglieder konkretisieren und ein Zuwiderhandeln auf diese Weise zur Pflichtverletzung i.S.d. § 266 StGB wird.

Ziel dieser Arbeit soll es nach alledem sein, durch Nutzbarmachung der bisherigen Erkenntnisse zur Untreue und zur rechtlichen Behandlung des Kodex und der Entsprechenserklärung sachgerechte Vorgaben für den Umgang mit dem Kodex im Rahmen einer Prüfung der Untreuestrafbarkeit von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Aktiengesellschaften zu liefern und in diesem Rahmen ggf. auch die besagten Thesen zu überprüfen. Es soll geklärt werden, inwiefern Abweichungen vom Kodex und Verstöße gegen § 161 AktG durch Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats Pflichtverletzungen im Sinne der Untreue darstellen.

⁷⁷*Schlösser/Dörfler*, wistra 2007, S. 326 (327) stellen dies als Möglichkeit dar, lassen die Frage jedoch letztlich offen.

⁷⁸*Schlitt*, DB 2007, S. 326 (330); *Schlösser/Dörfler*, wistra 2007, S. 326 (327). Siehe auch *Saliger*, in: SSW, § 266 Rn. 32 und *Schünemann*, NStZ 2008, S. 430 (433).

C) Untersuchungsverfahren

Dazu soll das Regelungsgeflecht aus Kodex und Erklärungspflicht nach § 161 AktG auf seine Untreurelevanz hin untersucht, die dogmatische Schnittstelle des Untreuetatbestandes, über die der Kodex Relevanz erlangen kann, nämlich das Tatbestandsmerkmal „Pflichtverletzung“ näher beleuchtet, die Bedeutung der Kodexbestimmungen für das Verhaltenspflichtenprogramm der Organmitglieder herausgearbeitet und das sich aus dem Ineinandergreifen von Kodex und Untreuetatbestand ergebende Resultat für besagtes Tatbestandsmerkmal analysiert werden. Im Zentrum sollen hierbei die Fragen stehen, ob Handlungen schon deswegen als Pflichtverletzungen in Betracht kommen, weil sie den Anforderungen des Kodex widersprechen, ob dies wenigstens bei Vorliegen einer positiven Entsprechenserklärung oder bei Transformation der Bestimmungen des Kodex in gesellschaftsinterne Regeln der Fall ist und ob die (unterlassene, pflichtwidrig nicht aktualisierte oder sonst fehlerhafte) Entsprechenserklärung als Anknüpfungspunkt für einen Pflichtverletzungsvorwurf in Frage kommt.⁷⁹

In Kapitel 1 soll der Frage nachgegangen werden, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit eine Pflichtverletzung i.S.d. Untreue durch Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder börsennotierter Aktiengesellschaften vorliegt, wobei im Fokus Tätigkeiten stehen, deren Ausführung auch Gegenstand der Bestimmungen des Kodex sind. Hierzu muss insbesondere geklärt werden, welche Rolle die Normen des (Aktien-)Gesellschafts- und des Kapitalmarktrechts für die Prüfung der Pflichtverletzung spielen. Insbesondere wird zu erörtern sein, in welchem Verhältnis die strafrechtliche Norm des § 266 StGB zu den entsprechenden außerstrafrechtlichen Regelungen steht, die das Verhalten der Organmitglieder betreffen. Aber auch auf umstrittene Rechtsfragen der einschlägigen außerstrafrechtlichen Normen selbst wird eingegangen werden. Die Kompetenzverteilung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat, die aktienrechtliche Legalitätspflicht und der den Mitgliedern dieser Organe zustehende Beurteilungs- und Ermessensspielraum sind hierbei von besonderer Relevanz.

In Kapitel 2 soll auf den Hintergrund, die Entstehung, den Inhalt und die Funktionsweise des Kodex in Verbindung mit § 161 AktG eingegangen werden. Dabei wird die Frage aufgeworfen, was Corporate Governance überhaupt ist und wie sie sich in Deutschland entwickelt hat. Es folgt ein Überblick über Struktur und Inhalt des Kodex. Die rechtspolitischen Hintergründe und die Ratio der zur Erklärung über die Einhaltung des Kodex zwingenden Vorschrift § 161 AktG werden im Anschluss hieran beleuchtet. Denn Letztere ist mit dem Kodex so eng

⁷⁹Diese Unterteilung in Auswirkungen des Kodex bei positiver Entsprechenserklärung, ohne eine solche und kraft gesellschaftsinterner Regeln nehmen auch *Schlösser/Dörfler, wistra* 2007, S. 326 (327) vor.

verbunden, dass der Komplex „Deutscher Corporate Governance Kodex“ ohne grundlegendes Verständnis ihrer rechtlichen Konsequenzen nicht sinnvoll untersucht werden kann. Insbesondere muss geklärt werden, von wem die in § 161 AktG angeordnete Erklärung, mit welchem Inhalt, zu welchem Zeitpunkt, wem gegenüber, in welcher Weise abzugeben ist und wie die Kompetenzen in Bezug auf die Erklärung innerhalb der Organe Vorstand und Aufsichtsrat bzw. zwischen ihnen verteilt sind.

In den darauf folgenden Kapiteln 3 und 4 werden insgesamt acht Fallgruppen untreuerelevanten Verhaltens im Zusammenhang mit dem Kodex und § 161 AktG in den Blick genommen. Einige der Fallgruppen sind in praktischer Hinsicht durchaus relevant und haben die Rechtsprechung bereits beschäftigt, während andere in der Realität eher selten vorkommen dürften, aber der Geschlossenheit der Untersuchung wegen dennoch nicht fehlen dürfen.

Die in Kapitel 3 verorteten ersten drei Gruppen haben gemeinsam, dass Anknüpfungspunkt für den potenziellen strafrechtlichen Pflichtverletzungsvorwurf ein Verhalten im Rahmen der Unternehmensführung oder -überwachung ist, welches dem Kodex widerspricht, dass also stets eine Diskrepanz zwischen dem tatsächlichen Verhalten der Organmitglieder und den inhaltlichen Anforderungen des Kodex besteht. Gruppe 1 umfasst Abweichungen von Bestimmungen, die nicht nach § 161 AktG durch eine Entsprechenserklärung angenommen worden sind. Im Gegensatz dazu sind in Gruppe 2 Abweichungen von durch Entsprechenserklärung akzeptierten Bestimmungen zusammengefasst. Gruppe 3 besteht aus Fällen der Abweichung von Bestimmungen des Kodex, die in gesellschaftsinterne Regeln transformiert worden sind, sei es durch Aufnahme in die Satzung oder etwa in Anstellungsverträge.

In Kapitel 3 soll also untersucht werden, ob sich Abweichungen vom Kodex unter das Tatbestandsmerkmal Pflichtverletzung subsumieren lassen oder ob zumindest ein Einfluss des Kodex auf die Begründung des Pflichtverletzungsvorwurfs besteht. Für die Bearbeitung dieser Gruppen in Bezug auf die Verhaltensnormebene besonders wichtig sind die Erfassung der von den Kodexbestimmungen ausgehenden Rechtswirkungen, die adäquate rechtliche Behandlung der Entsprechenserklärung und die Analyse der Möglichkeiten gesellschaftsinterner Transformation. Auf der Ebene des Untreuetatbestandes ist entscheidend, welche Qualität eine Pflicht generell haben muss, damit ihre Verletzung als Pflichtverletzung im Sinne der Untreue angesehen werden kann, ob eine solche Verletzung gravierend sein muss und ob den Organmitgliedern bei der Frage, ob die entsprechende Norm eingehalten werden muss, ein Ermessensspielraum zusteht.

Die in Kapitel 4 zu findenden letzten fünf Gruppen haben gemeinsam, dass hier als potenziell strafbare Handlung stets das „Erklärungsverhalten“ in den Blick genommen wird und somit nicht der inhaltliche Widerspruch zwischen tatsächlich geübtem Verhalten und Kodexanforderungen, sondern vielmehr das Zurückblei-

ben des Erklärungsverhaltens hinter den Anforderungen der Erklärungspflicht aus § 161 AktG Träger eines strafrechtlichen Pflichtverletzungsvorwurfs ist. Denn es soll untersucht werden, ob der Verstoß gegen die eng mit dem Kodex verwobene Vorschrift § 161 AktG eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue ist. Begonnen wird im Rahmen von Fallgruppe 4 mit Fällen der Abgabe von im Hinblick auf das zukünftige Verhalten der Organmitglieder falschen Entsprechenserklärungen. Gruppe 5 besteht aus Fällen der Abgabe von im Hinblick auf das Verhalten in der Vergangenheit falschen Erklärungen. In den Fällen der sechsten Gruppe wird eine Entsprechenserklärung nicht korrigiert, obwohl sie sich als falsch herausgestellt hat. Gruppe 7 umfasst Sachverhalte des völligen Unterlassens einer Erklärung. In Fallgruppe 8 schließlich geht es um die Abgabe einer korrekten Entsprechenserklärung.

Die Untersuchung des Erklärungsverhaltens auf seine Tauglichkeit als Pflichtverletzung im Sinne der Untreue soll vor allem durch Verbindung der in Kapitel 1 gewonnenen Erkenntnisse über das Wesen und die Voraussetzungen der Pflichtverletzung mit den in Kapitel 2 herausgearbeiteten Strukturen des Kodex und des § 161 AktG erfolgen. Dabei wird auch darauf einzugehen sein, welche Gefahren für die AG mit einer falschen Entsprechenserklärung verbunden sind und wer für die interne Entscheidung über die Abgabe der Entsprechenserklärung und für ihre Kundgabe zuständig ist. Auch für die Subsumtion des Erklärungsverhaltens unter § 266 StGB kommt es entscheidend auf die in Kapitel 1 behandelte Frage an, welche Qualitäten eine Pflicht haben muss, damit ihre Verletzung als Pflichtverletzung im Sinne der Untreue angesehen werden kann. Es ist nämlich fraglich, ob die Erklärungspflicht überhaupt ein tauglicher Anknüpfungspunkt eines Pflichtverletzungsvorwurfs im Sinne der Untreue ist.

Ausgeklammert werden sollen bei der hier vorzunehmenden Untersuchung, soweit möglich, Fragen des Vermögensnachteils: Zwar lässt sich eine solche Ausgrenzung nicht strikt durchhalten, weil die Tatbestandsmerkmale Pflichtverletzung und Vermögensnachteil eng miteinander verbunden sind und Streit gerade darüber besteht, inwiefern Rückschlüsse zwischen den beiden zulässig sind. Aber Kernprobleme des Vermögensnachteils, insbesondere die Frage, wie sehr ein Risiko verdichtet sein muss, damit man von einem Schaden sprechen kann, sollen hier dennoch nicht erörtert werden, da dies den Rahmen der Bearbeitung ersichtlich sprengen würde. Ebenso wenig behandelt werden sollen Pflichtverletzungen der Organmitglieder der AG gegenüber den Aktionären als solchen. Die Aktionärsinteressen werden nur mittelbar durch die gegenüber der AG bestehenden Pflichten der Organmitglieder untersucht. Auch Pflichtverletzungen der Aktionäre selbst gegenüber der AG sollen hier ausgeklammert werden. Obwohl die Hauptversammlung, in der die Aktionäre repräsentiert sind, ebenfalls ein Organ der AG ist, soll die Untreuestrafbarkeit ihrer Mitglieder nicht Gegenstand der Untersuchung sein, da sie ohnehin keine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne der Untreue gegenüber der AG trifft, wenn auch gewisse aus der Gesellschafterstellung folgen-

de Treupflichten durchaus vorhanden sind. Auf den (sowohl im Hinblick auf den Vermögensnachteil⁸⁰ als auch in Bezug auf die Pflichtwidrigkeit⁸¹) besonders problematischen Untreuevorsatz ist hier ebenso wenig einzugehen.

⁸⁰Hier ist vor allem die Frage umstritten, ob der auf eine „schadensgleiche Vermögensgefährdung“ bezogene Vorsatz mehr voraussetzt als ein Fürmöglichhalten und eine billigende Inkaufnahme des einen Schaden darstellenden Risikos, vgl. dazu BGHSt 51, 100 („Fall Kanther“). Für Aufsehen gesorgt hatte die Kanther-Entscheidung dadurch, dass in ihrem Zuge anscheinend eine Ausnahme vom Grundsatz der Kongruenz von objektivem und subjektivem Tatbestand gemacht wurde. Der 2. Strafsenat war nämlich der Ansicht, dass über ein Fürmöglichhalten und ein billigendes Inkaufnehmen der Gefahr hinaus „eine Billigung der Realisierung dieser Gefahr, sei es auch nur in der Form, dass der Täter sich mit dem Eintritt des ihm unerwünschten Erfolges abfindet“ vorliegen müsse, damit der subjektive Tatbestand der Untreue erfüllt ist, BGHSt 51, 100 (121). Dies hat sogar zu einem erbitterten Streit zwischen 1. und 2. Strafsenat des BGH geführt, da ersterer diese dogmatische Konstruktion abgelehnt und daran festgehalten hat, dass es auf die Billigung eines „endgültigen Schadens“ nicht ankommt, BGH NJW 2009, S. 2390 (2391); *Nack*, StraFo 2008, S. 277 (280 f.).

⁸¹In Bezug auf die Pflichtwidrigkeit ist besonders umstritten, ob ein Verkennen der Verbotenheit des Verhaltens einen Tatbestands- oder einen Verbotsirrtum darstellt.

Kapitel 1: Das Pflichtverletzungsmerkmal im Kontext der Organuntreue

Zunächst soll Klarheit über den Inhalt des Pflichtverletzungsmerkmals gewonnen, also geklärt werden, unter welchen Voraussetzungen Handlungen der Organmitglieder börsennotierter Aktiengesellschaften im Rahmen der Unternehmensführung unter dieses Tatbestandsmerkmal subsumiert werden können. Dazu müssen Stellung und Funktion des Pflichtverletzungsmerkmals im Untreuetatbestand herausgearbeitet und dieses von den übrigen Tatbestandselementen abgegrenzt werden. Hierfür maßgeblich sind insbesondere das geschützte Rechtsgut und die untreuespezifische Angriffsrichtung der Untreue, das Verhältnis der tatbestandlich vertypen Begehungsformen, die speziellen Anforderungen an die Täterstellung (Vermögensbetreuungspflicht), das Verhältnis des Pflichtverletzungsmerkmals zu Letzterer und die Abgrenzung des Handlungsunwerts vom Erfolgswert.

Die genauere Feststellung des materiellen Gehalts des Pflichtverletzungsmerkmals hat dann mit der Frage zu beginnen, inwiefern es von außerstrafrechtlichen Normen abhängig („akzessorisch“) ist. Zu ihrer Beantwortung muss geklärt werden, inwieweit der Untreuetatbestand sich für das Inkorporieren außerstrafrechtlicher Normen öffnet und in welchem Maße solche Normen die Prüfung des Pflichtverletzungsmerkmals vorzeichnen. Insbesondere muss die Frage aufgewor-

fen und beantwortet werden, ob und in welchem Umfang eine in einer außerstrafrechtlichen Norm enthaltene Wertung die Antwort auf die Pflichtverletzungsfrage schon zwingend vorgibt. Im Anschluss hieran soll schwerpunktmäßig auf die für die Organmitglieder relevanten gesellschafts- und kapitalmarktrechtlichen Pflichten auf der Primärebene eingegangen werden. Hierbei ist sowohl auf Pflichten der Vorstands- als auch der Aufsichtsratsmitglieder einzugehen, da der Kodex Bestimmungen für beide Organe enthält.

Zentrales Anliegen ist die Verdeutlichung des unternehmerischen Beurteilungs- und Ermessensspielraums und der Legalitätspflicht jeweils als besondere Ausprägung der Maßstabsfigur des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters i.S.d. §§ 93 Abs. 1 S. 1, 116 S. 1 AktG. Erst hiernach kann analysiert werden, ob zusätzlich zur Verletzung einer Norm auf der Primärebene noch spezielle strafrechtliche Voraussetzungen bestehen, die erfüllt sein müssen, damit man von einer Pflichtverletzung im Sinne der Untreue sprechen kann. Da die Analyse sämtlicher in Rechtsprechung und Literatur diskutierter Restriktionsansätze den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde, werden jedoch nur die am weitesten verbreiteten Vorschläge herausgegriffen. Insbesondere stellt sich die Frage, ob der Untreuetatbestand einer Restriktion zur angemessenen Gewährung eines unternehmerischen Beurteilungs- und Ermessensspielraums der Organmitglieder bedarf, der über den auf Primärebene vorhandenen hinausgeht.

Ausgangspunkt ist folgender durch Gesetz vom 26. 5. 1933⁸² entstandener Gesetzestext:

(1) Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, missbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreiben hat, Nachteil zufügt, wird...bestraft.

Die auffällige Offenheit bzw. Abstraktheit dieser Tatbestandsformulierung⁸³, die auch schon zu Zweifeln an der Vereinbarkeit mit dem Gesetzlichkeitsprinzip in Art. 103 Abs. 2 GG geführt hat⁸⁴, führt im Zusammenspiel mit dem Fehlen einer

⁸²Sog. „Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften“, RGBl. I 295. Bis dahin galt § 266 StGB a.F., der die vermögensbetreuungspflichtigen Personen aufzählte und um dessen Strafgrund die Missbrauchs- und die Treubruchstheorie stritten, was sich bis heute auf die Bestimmung des Unrechtskerns der Untreue auswirkt. Als Begründer der Missbrauchstheorie kann *Binding* bezeichnet werden, vgl. Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 1, S. 397, 400. Die Treubruchstheorie findet sich schon bei *Merkel*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, S. 781.

⁸³Siehe *Kubiciel*, NStZ 2005, S. 353 (354): „beinahe einzigartig weiter Anwendungsbereich“; *Saliger*, Parteiengesetz (2003), S. 6: „...Untreue im Eigentums- und Vermögensstrafrecht nicht nur die Strafnorm mit dem weitesten Tatbestand...“.

⁸⁴Vor allem den Treubruchtatbestand halten für verfassungswidrig *Dierlamm*, in: MüKo-StGB, § 266 Rn. 3 ff.; *Jakobs*, Abschn. 4 Rn. 29 f.; *Labsch*, Untreue (1982), S. 201 f.; *Kargl*, ZStW 113 (2001), S. 565 (576, 589). Zweifel auch bei *Arzt*, in: FS-Bruns (1978), S. 365 (371);

authentischen Gesetzesbegründung⁸⁵ dazu, dass über das geschützte Rechtsgut und das typische Unrechtsgepräge der Untreue, das Verhältnis der Begehungsformen, die Anforderungen an die sog. Vermögensbetreuungspflicht und vor allem über die adäquate Auslegung der Tatbestandsmerkmale Pflichtverletzung und Vermögensnachteil Streit herrscht.⁸⁶ Dass die zentralen Streitfragen weitgehend ungeklärt sind, obwohl die Vorschrift große Praxisrelevanz hat, dürfte nicht zuletzt daran liegen, dass durch weitgehende Verfahrenseinstellungen nach dem Opportunitätsprinzip, vor allem nach § 153a StPO und durch Verfahrensabsprachen materiell-rechtlich komplexe Fälle der höchstrichterlichen Rechtsprechung entzogen werden und somit als Erkenntnisquelle verloren gehen.⁸⁷

Einiges ist dennoch unumstritten: Sicher ist, dass es sich bei der Untreue um ein Erfolgsdelikt, genauer gesagt um ein Verletzungsdelikt handelt, da Voraussetzung der Eintritt eines Vermögensnachteils ist.⁸⁸ Da jedoch keine Bereicherungsabsicht vorliegen muss, ist die Untreue kein Vermögensverschiebungsdelikt und unterscheidet sich insofern (abgesehen vom Fehlen der dort vorhandenen Versuchsstrafbarkeit) grundlegend vom zentralen Vermögensdelikt Betrug.⁸⁹ Im Gegensatz zu Letzterem ist die Untreue allerdings, da Täter nur sein kann, wer eine Vermögensbetreuungspflicht inne hat, ein Sonderdelikt.⁹⁰ Neben dem in § 263 StGB gewährten Schutz vor vermögensschädigenden Täuschungen und dem (weniger praxisrelevanten) Schutz vor vermögensschädigendem Zwang in § 253 (255) StGB findet sich in § 266 StGB der zentrale Tatbestand zum Schutz des Vermögens vor Eingriffen, die nicht den Eigentumsdelikten unterfallen.⁹¹ Verwirklicht ist der objektive Tatbestand, vereinfacht gesagt, sobald die vier Elemente Täterquali-

Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, § 22 Rn. 45; *Ignor/Sättele*, in: FS-Hamm (2008), S. 211 ff.; *Jescheck/Weigend*, AT, § 15 I 3; *Lüderssen*, in: FS-Schroeder (2006), S. 569 ff.; *Sax*, JZ 1977, S. 663 (664 f.); *Seier*, in: Achenbach/Ransiek, V 2 Rn. 18 f. Das BVerfG hält § 266 StGB jedoch für verfassungsgemäß, Urteil v. 10. 3. 2009 - 2 BvR 1980/07 = NJW 2009, S. 2370.

⁸⁵*Nelles*, Untreue zum Nachteil von Gesellschaften (1991), S. 17 ff., 122 ff., 131 ff., 212 ff.; *Saliger*, in: SSW, § 266 Rn. 2.

⁸⁶Teilweise ist die Meinungsvielfalt für den Rechtsanwender schon nicht mehr überschaubar. So *Fischer*, § 266 Rn. 7 in Bezug auf die verschiedenen Gegenpositionen zur sog. monistischen Theorie zum Verhältnis der Begehungsformen Missbrauch und Treubruch.

⁸⁷*Murmann*, Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in Jura; vgl. auch *Rönnau*, ZStW 119 (2007), S. 887 (888). Siehe auch *Kuhlen*, demnächst in: Recht ohne Regeln? Die Entformalisierung des Strafrechts, Tagungsband des Instituts für Kriminalwissenschaften der Georg-August Universität Göttingen: „Konkretisierungsvakuum“.

⁸⁸*Saliger*, in: SSW, § 266 Rn. 1, der zutreffend betont, dass sich hieran auch durch die Anerkennung der Rechtsfigur der „schadensgleichen Vermögensgefährdung“ nichts ändert. Denn diese Bezeichnung ist insofern ungenau, als es in Wahrheit nicht um eine Gefährdung geht, sondern um eine Verletzung in Form der Minderung schon des aktuellen Vermögenswertes durch die Gefahr eines Verlustes bestimmter Vermögensteile. Dies ebenfalls betonend *Fischer*, § 266 Rn. 150.

⁸⁹*Murmann*, Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in Jura; *Saliger*, in: SSW, § 266 Rn. 1; *Wessels/Hillenkamp*, BT II, Rn. 748.

⁹⁰LG Düsseldorf, NJW 2004, S. 3275 (3281) („Fall Mannesmann“); *Fischer*, § 266 Rn. 185; *Saliger*, in: SSW, § 266 Rn. 1, 107.

⁹¹Vgl. *Fischer*, § 266 Rn. 2; *Saliger*, in: SSW, § 266 Rn. 3.

fizierung, Tathandlung „Missbrauch“ oder „Treubruch“, Vermögensnachteil und Zusammenhang zwischen Tathandlung und Vermögensnachteil vorliegen.⁹²

In kriminologischer Hinsicht trägt die Untreue viele typische Merkmale einer Wirtschaftsstraftat. Die Schadenshöhe ist im Durchschnitt etwa fünfzehnmal so hoch wie beim Betrug, während die Begehungshäufigkeit im Vergleich zum Betrug verschwindend gering ist.⁹³ Letzteres darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Bedeutung der Untreue vor allem in medialer, justizieller und rechtswissenschaftlich-dogmatischer Hinsicht in letzter Zeit deutlich zunimmt⁹⁴: Die Untreue taugt nicht als Massendelikt, weil sie erstens Sonderdelikt ist, zweitens wegen einer geringen Anzeigebereitschaft der Opfer, die typisch für Wirtschaftskriminalität ist, ein großes Dunkelfeld⁹⁵ aufweist und drittens mit einer enorm hohen Aufklärungsquote im Hellfeld von ca. 99 % verbunden ist.⁹⁶ Allerdings ist zu verzeichnen, dass die Zahl der in der polizeilichen Kriminalstatistik erfassten Untreuefälle sich beispielsweise zwischen 1993 und 2005 ca. verdoppelt hat⁹⁷. Der hohe Stellenwert der Untreue für die Strafrechtswissenschaft und die Strafjustiz ist aber nicht hierauf zurückzuführen, sondern auf den Popularitätsgrad der Beschuldigten⁹⁸, die meist sehr hohe Qualität ihrer Verteidigung durch namhafte Rechtsanwälte und Strafrechtslehrer und den Raum für rechtsdogmatisch-wissenschaftliche Argumentation, den der offene Tatbestand dem Rechtsanwender lässt.

Aufgrund der Zugänglichkeit des Tatbestandes für eine Vielzahl von verschiedensten Lebenssachverhalten⁹⁹ hat sich eine Unterteilung in einzelne Fallgruppen mit jeweils ähnlichen dogmatischen Schwerpunkten etabliert: Man spricht etwa von Haushalts-, Kredit-, Partei- und Organuntreue.¹⁰⁰ Letztere steht im Mittelpunkt dieser Arbeit. Sie lässt sich vergrößernd beschreiben als „sachbezogen-unkaufmännisches Überschreiten intern eingeräumter Leitungskompetenz“¹⁰¹ (Vorstand) und „fehlerhafte Kontrolle der Einhaltung der Geschäftsbelange seitens der Unternehmensleitung“¹⁰² (Aufsichtsrat), die der AG wirtschaftliche Potenz entziehen und ihre Rentabilität schmälern. Verhaltensweisen mit Relevanz für

⁹²Saliger, HRRS 2006, S. 10 (11).

⁹³Fischer, § 266 Rn. 3. Siehe auch Beulke, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (246); Perron, GA 2009, S. 219.

⁹⁴Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 5.

⁹⁵Für das große Dunkelfeld ist vor allem die Tatsache ursächlich, dass die Strafverfolgungsbehörden auf die Mitwirkung von Unternehmensangehörigen an der Strafverfolgung (sog. Whistleblowing) angewiesen sind, siehe Schilha, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 32 f.

⁹⁶Rönnau, ZStW 119 (2007), S. 887 (889).

⁹⁷Vgl. Rönnau, ZStW 119 (2007), S. 887 (889); Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 5.

⁹⁸Perron, GA 2009, S. 219.

⁹⁹Ransiek, ZStW 116 (2004), S. 634 f.

¹⁰⁰Rönnau, ZStW 119 (2007), S. 887; Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 85 ff. Allerdings weisen die Gruppen erhebliche Schnittmengen auf, was z.B. bei Kreditvergabe durch Organmitglieder deutlich wird.

¹⁰¹Brammsen, wistra 2009, S. 85.

¹⁰²Brammsen, ZIP 2009, S. 1504.

die Organuntreue können zum Beispiel sein: unangemessenes Sponsoring („SSV-Reutlingen“¹⁰³), Gewährung von überhöhten bzw. unnötigen Gehältern und Prämien an Vorstandsmitglieder („Fall Mannesmann“¹⁰⁴), Kreditvergabe unter Eingehung unangemessener Risiken¹⁰⁵, Vergabe von Aufträgen unter Annahme sog. „kick-back-Zahlungen“, Anlegen und Aufrechterhalten sog. schwarzer Kassen („Fall Siemens“¹⁰⁶) und Ähnliches mehr. Während in Rechtsprechung und Schrifttum lange Zeit die umstrittene Frage nach den Voraussetzungen der Täterstellung im Zentrum der Untreuedebatte stand (Vermögensbetreuungspflicht), wobei in diesem Tatbestandsmerkmal vor allem eine Möglichkeit zur Tatbestandsrestriktion gesehen wurde, hat sich der Schwerpunkt der Diskussion mit dem Fokus auf die Organuntreue zur Frage verschoben, welche Voraussetzungen für eine Pflichtverletzung gegeben sein müssen.¹⁰⁷ Diese Frage soll im Folgenden beantwortet werden.

¹⁰³BGHSt 47, 187 („SSV-Reutlingen“).

¹⁰⁴BGHSt 50, 331 („Fall Mannesmann“).

¹⁰⁵BGHSt 46, 30; BGHSt 47, 148.

¹⁰⁶BGH NJW 2009, S. 89 („Fall Siemens“).

¹⁰⁷*Brammsen*, wistra 2009, S. 85 (86); *Murmann*, Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in Jura; *Perron*, GA 2009, S. 219 (225); *Rönau*, ZStW 119 (2007), S. 887 (888); *Saliger*, in: SSW, § 266 Rn. 30; *Schünemann*, NStZ 2006, S. 196. Das zweite zentrale Problem ist die korrekte dogmatische Erfassung des Begriffs Vermögensnachteil. Dieses ist jedoch nicht Gegenstand dieser Untersuchung.

A) Stellung und Funktion des Pflichtverletzungsmerkmals im Untreuetatbestand

Die zentrale Bedeutung des Pflichtverletzungsmerkmals für die vorliegende Untersuchung rechtfertigt es, zunächst isoliert auf seine Stellung und Funktion im Untreuetatbestand einzugehen. Dadurch kann Klarheit darüber gewonnen werden, welche Kriterien bei der Bestimmung des Handlungsunwerts eine Rolle spielen und welche sich (nur) auf die übrigen Tatbestandselemente beziehen. Zur Beantwortung dieser Sachfrage ist zunächst vom durch § 266 StGB geschützten Rechtsgut auszugehen und der deliktsspezifische Angriffsweg darzustellen. Auf das Verhältnis der Begehungsformen Missbrauch und Treubruch wird sodann einzugehen sein. Zu erörtern ist ferner die sog. Vermögensbetreuungspflicht, also die Sonderstellung, die der Handelnde inne haben muss, um überhaupt Täter sein zu können. Anschließend soll sich die Erörterung des Erfolgsunwerts der Untreue, also des sog. Vermögensnachteils. Zwar ist eine Vermögensbetreuungspflicht in den hier interessierenden Fällen meist unproblematisch feststellbar und auf Spezialprobleme des Vermögensnachteils soll nicht eigens eingegangen werden. Aber für die korrekte Erfassung des spezifischen Handlungsunwerts der Untreue ist das Verhältnis von Pflichtverletzung und Vermögensnachteil einerseits und von Pflichtverletzung und Vermögensbetreuungspflicht andererseits unerlässlich, so dass zumindest die grundlegende Struktur dieser beiden Untreueelemente geklärt werden muss. Erst nachdem dies geschehen ist, kann Klarheit über Stellung und Funktion des Pflichtverletzungsmerkmals im Untreuetatbestand und insbesondere über sein Verhältnis zu Vermögensnachteil und Vermögensbetreuungspflicht gewonnen werden.

I. Geschütztes Rechtsgut und deliktsspezifischer Angriffsweg bei § 266 StGB

1. Das Vermögen als geschütztes Rechtsgut der Untreue

Durch § 266 StGB geschützt ist nur das fremde Vermögen.¹⁰⁸ Somit kann die Untreue als reines Vermögensdelikt gelten.¹⁰⁹ Keinen Schutz durch den Tatbestand genießt insbesondere das Vertrauen der wirtschaftlich Tätigen in die Red-

¹⁰⁸St. Rspr. Siehe nur BGHSt 14, 38 (47); BGHSt 43, 293 (297); BGHSt 47, 295 (301); BGHSt 50, 331 (342) („Fall Mannesmann“). H.L. Siehe etwa *Brammsen*, wistra 2009, S. 85 (86); *ders.*, ZIP 2009, S. 1504 (1505); *Dierlamm*, in: MüKo-StGB, § 266 Rn. 1; *Fischer*, § 266 Rn. 2; *Kindhäuser*, in: NK-StGB, § 266 Rn. 1; *Kühl*, § 266 Rn. 1; *Murmann*, Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in Jura; *Perron*, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 1; *Rönnau*, ZStW 119 (2007), S. 887 (900); *Saliger* in: SSW, § 266 Rn. 1; *Schilba*, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 217; *Schünemann* in: LK-StGB, § 266 Rn. 28; *ders.*, NSStZ 2008, S. 430 (433).

¹⁰⁹*Rönnau*, ZStW 119 (2007), S. 887 (890); *Saliger* in: SSW, § 266 Rn. 1; *Schilba*, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 212.

lichkeit des Rechts- und Wirtschaftsverkehrs¹¹⁰ oder in die Sicherheit der Güterzuordnung¹¹¹. Auch die Funktionsfähigkeit der Wirtschaftsordnung als solche¹¹² soll durch die Untreuestrafbarkeit nicht geschützt werden. Deutlich erkennbar ist also, dass Gemeinschaftsrechtsgüter für die Untreue insofern irrelevant sind, als durch die Beschränkung auf den Schutz des Individualvermögens die Sanktionierung von für dieses nicht relevanten Moralverstößen ausgeschlossen ist. Durch diese Schutzgutbegrenzung werden Gesichtspunkte der Lauterkeit und Redlichkeit des Wirtschaftens jedoch für die Bestimmung des Handlungsunwerts nicht unzugänglich, da die für die Gewinnerzielung geltenden moralischen Grundsätze an der Bestimmung des in §§ 93 Abs. 1 S. 1, 116 S. 1 AktG angesprochenen Maßstabs des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters- bzw. Überwachers, auf den noch zurückzukommen sein wird, in nicht unerheblicher Weise teilhaben. Denn in diesem Maßstab sind sowohl ökonomische Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte als auch ethisch-moralische Handlungsmaximen in zu Rechtsnormen geronnener Form enthalten. Die Bewertung von Geschäftsführungsmaßnahmen als erlaubt bzw. unerlaubt riskant kann also nicht losgelöst von solchen Lauterkeitserwägungen erfolgen.

Von den Individualrechtsgütern des Opfers ist nur das Vermögen von § 266 StGB umfasst. Seine Dispositionsbefugnis bzw. -freiheit¹¹³ und sein Vertrauen¹¹⁴ gegenüber dem (potenziellen) Täter können also ebenfalls nicht zu den Schutzgütern des § 266 StGB gezählt werden, obwohl sie Individualinteressen darstellen. Allerdings muss dieser strikte Ausschluss der Dispositionsfreiheit und des Vertrauens des Vermögensinhabers, der im Schrifttum immer wieder mit aller Deutlichkeit betont wird, sogleich relativiert werden, um nicht von vornherein Missverständnissen über den Handlungsunwert der Untreue Tür und Tor zu öffnen: Zwar sind das Vertrauen und die Dispositionsfreiheit des Vermögensinhabers keine eigenständigen Schutzgüter des § 266 StGB. Allerdings spielen auch sie, wie sich noch zeigen wird, eine bedeutende Rolle für die Bestimmung der unter das Merkmal Pflichtverletzung zu subsumierenden unerlaubt riskanten Verhaltensweisen im Umgang mit dem fremden Vermögen¹¹⁵, was sich auch an der in der Rechtsprechung zu erkennenden Tendenz zeigt, die Dispositionsfreiheit mehr und mehr in den Vordergrund zu stellen: Die im „Fall Siemens“ durch den BGH aufgestellte These, die Möglichkeit zur Disposition über das eigene Vermögen gehöre

¹¹⁰Saliger in: SSW, § 266 Rn. 1; Schilba, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 217 jeweils m.w.N. auch zur Gegenansicht.

¹¹¹Fischer, § 266 Rn. 2.

¹¹²Fischer, § 266 Rn. 2.

¹¹³BGHSt 43, 293 (297); BGHSt 47, 295 (301); Dierlamm, in: MüKo-StGB, § 266 Rn. 1; Perron, GA 2009, S. 296 (299); Saliger in: SSW, § 266 Rn. 1; Schilba, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 218.

¹¹⁴Rönna, ZStW 119 (2007), S. 887 (890); Saliger in: SSW, § 266 Rn. 1. So aber Luthmann, NJW 1960, S. 419 (420).

¹¹⁵Wessels/Hillenkamp, Rn. 747.

zum Kern der durch § 266 StGB geschützten Rechtsposition¹¹⁶, wird also noch aufzugreifen und auf ihre Stichhaltigkeit zu prüfen sein.

Zu den nicht durch § 266 StGB geschützten Individualrechtsgütern gehört auch das Befriedigungsinteresse von Gesellschaftsgläubigern.¹¹⁷ Das bedeutet jedoch nicht, dass Reduzierungen der für die Gläubiger zur Verfügung stehenden Haftungsmasse, die gegen primär dem Gläubigerschutz dienende Rechtsvorschriften wie § 57 AktG und § 30 GmbHG verstoßen, als Pflichtverletzungen im Sinne der Untreue ausscheiden.¹¹⁸ Vielmehr wird hierdurch nur vorgezeichnet, dass eine Untreuehaftung für sog. existenzvernichtende und -gefährdende Eingriffe in das Gesellschaftsvermögen nicht auf die Beeinträchtigung von Gläubigerrechten gestützt werden kann, sondern nur auf die Schmälerung des Gesellschaftsvermögens unter Verstoß gegen Pflichten, die gegenüber der Gesellschaft selbst bestehen.¹¹⁹

Kein eigenständiges Schutzgut der Untreue ist schließlich die besondere Herrschaftsposition des Täters gegenüber dem fremden Vermögen, die ihn zum tauglichen Täter werden lässt und derentwegen er dem Vermögensinhaber Treue schuldet, also das Treueverhältnis selbst. Dieses Verhältnis charakterisiert vielmehr die Art des Angriffs auf das Rechtsgut Vermögen.¹²⁰ Es ist mit anderen Worten nicht selbst geschützt, sondern nur bestimmend für die Begründung der ausschnitthafte Sanktionierung vermögensschädigender Verhaltensweisen durch § 266 StGB. Erhöhe man es zum eigenständigen Schutzgut, käme dies einer Interpretation der Untreue als „Verratsdelikt“¹²¹ gleich. Dennoch liegt der Schwerpunkt jeder Untreueprüfung auf der Frage, ob diese Herrschaftsposition in einer unerträglichen Weise wider die Interessen des Vermögensinhabers ausgenutzt wurde. Der Bezug zum geschützten Rechtsgut Vermögen ergibt sich dann aus dem Eintritt eines Vermögensnachteils. Es zeigt sich deutlich, dass Erkenntnisse zum Schutzgut des § 266 StGB weitgehend nur zur Begrenzung des Erfolgsunwerts der Untreue taugen. Für das Pflichtverletzungsmerkmal bedeutet die Ausrichtung von § 266 StGB allein auf das fremde individuelle Vermögen hingegen nur, dass ein Pflichtverletzungsurteil stets die Bewertung einer Handlung darstellen muss, die als Umgang mit fremdem Vermögen begriffen werden kann. Mehr folgt zunächst

¹¹⁶Siehe BGH NJW 2009, S. 89 (92) („Fall Siemens“), allerdings speziell auf den Vermögensnachteil bezogen.

¹¹⁷Murmann, Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in Jura; Ransiek, ZStW 116 (2004), S. 634 (673); Rönnau, ZStW 119 (2007), S. 883 (908).

¹¹⁸So ausdrücklich Ransiek, ZStW 116 (2004), S. 634 (673).

¹¹⁹Ransiek, ZStW 116 (2004), S. 634 (673).

¹²⁰Murmann, Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in Jura; Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 1.

¹²¹Nicht verschwiegen werden soll an dieser Stelle, dass bei der Ausgestaltung der Untreuevorschrift in ihrer heutigen Form auch die zur Ideologie des Nationalsozialismus gehörende Intention eine Rolle gespielt hat, die Untreue als ein solches „Verratsdelikt“ auszugestalten. Der Gesetzgeber verfolgte mit der Schaffung des § 266 StGB unter anderem das Ziel, auch „Korruption und Schiebertum“ zu bekämpfen. Siehe Schwingel/Siebert, Untreuestrafrecht (1933), S. 12. Diese Intention ist aber für die heutige Auslegung ersichtlich nicht mehr relevant, Saliger in: SSW, § 266 Rn. 2.

aus dem Herausarbeiten des Rechtsguts für die Stellung und Funktion des Pflichtverletzungsmerkmals nicht.

2. Der untreuespezifische Angriffsweg und seine Strafwürdigkeit

Denn das Vermögen als geschütztes Rechtsgut gibt wenig Aufschluss darüber, welche vermögensrelevanten Verhaltensweisen strafwürdig sind. Es bestätigt sich die Erkenntnis, dass Delikte sich nicht schon über das geschützte Rechtsgut, sondern erst über den Angriffsweg charakterisieren lassen.¹²² Das gilt auch für die Untreue. Ihr spezifisches Gepräge liegt schwerpunktmäßig nicht auf der Seite des Erfolgsunwerts.¹²³ Insofern besteht weitgehende Deckungsgleichheit mit anderen Vermögensdelikten im engeren Sinne, insbesondere mit dem Betrug und der Erpressung. Vielmehr liegen die Spezifika der Untreue beim Handlungsunwert. Diesen verwirklicht jede vorsätzlich pflichtwidrig schädigende Ausübung einer anvertrauten Machtstellung.¹²⁴ Der Täter schädigt fremdes Vermögen, das der Inhaber ihm anvertraut hat, indem er die ihm eingeräumte Stellung ausnutzt und das Vermögen von innen heraus aushöhlt.¹²⁵ Dieser „Typus“ der Untreue wurde schon von *Binding* herausgearbeitet und folgendermaßen beschrieben:

*In einer großen Anzahl von Fällen ist, wer auf Unredlichkeit denkt, in der glücklichen Lage, von Rechts wegen über fremdes Vermögen verfügen zu können; dieses Vermögen findet dann seinen Feind gerade in der Person, der es von Rechts wegen unterstellt ist, und gegen diese bedarf sein Inhaber energischen Schutzes...Ihr spezifisches Mittel, fremdes Vermögen zu beschädigen, ist der Mißbrauch der Machtvollkommenheit, die ihnen das Gesetz mittelbar oder unmittelbar im Interesse des nachher Benachteiligten einräumt...*¹²⁶

Ausgangssituation für die Verwirklichung des Handlungsunwertes ist also das Auseinanderfallen von Vermögensinhaberschaft und Vermögensbetreuung¹²⁷, für welches die Organschaft bei der Aktiengesellschaft mustergültig ist. Diese Situation wird vom Untreuetäter (häufig aber nicht notwendiger Weise in der Absicht, sich oder einen Dritten zu bereichern) dazu genutzt, eine Handlung vorzunehmen, die ihm, gemessen an den für das Verhältnis zum Treugeber geltenden Wertungen, verboten ist. Derartiges Verhalten ist strafwürdig, weil der Treugeber gegen-

¹²²Vgl. *Jakobs*, Abschn. 2, Rn. 23; *Kubicel*, NStZ 2005, S. 353 (358).

¹²³*Rönnau*, ZStW 119 (2007), S. 887 (890).

¹²⁴*Lassmann*, Stiftungsuntreue (2007), S. 47; *Saliger* in: SSW, § 266 Rn. 3; *ders.*, JA 2007, S.326 (327); *ders.*, Parteigesetz (2003), S. 26.

¹²⁵*Beulke*, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245; *Dierlamm*, in: MüKo-StGB, § 266 Rn. 2; *Kindhäuser*, in: NK-StGB, § 266 Rn. 3; *Murmann*, Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in Jura; *Rönnau*, ZStW 119 (2007), S. 887 (890); *Schünemann*, NStZ 2005, S. 473 (474).

¹²⁶*Binding*, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 1, S. 397.

¹²⁷*Beulke*, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245; *Lassmann*, Stiftungsuntreue (2007), S. 47; *Murmann*, Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in Jura; vgl. auch *Perron*, GA 2009, S. 222 und *Schünemann* in: LK-StGB, § 266 Rn. 1.

über der Ausnutzung der Machtstellung zur Vornahme von Handlungen, die gegen seine Vorgaben verstoßen, völlig schutzlos ist, da er dem Täter durch den Verzicht auf Kontrolle die Möglichkeit gegeben hat, sein Vermögen zu schädigen.¹²⁸ Bezogen auf die Verfassung der Aktiengesellschaft, die keinen eigenen Willen bilden und nur durch ihre Organe handeln kann, wird diese Schutzbedürftigkeit besonders deutlich. Denn für die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats besteht ein erheblicher Anreiz, ihren Vorsprung an Information gegenüber den Aktionären der AG und ihren Handlungsspielraum in pflichtwidriger Weise auszunutzen und dadurch das Vermögen der AG zu schädigen.¹²⁹ Die Strafwürdigkeit ergibt sich im Übrigen nicht nur aus der Schutzlosigkeit des Opfers, sondern gewissermaßen als Kehrseite auch aus der Gefährlichkeit des Täters, da er bereit ist, die ihm eingeräumte Machtstellung gerade zur Schädigung des Treugebers auszunutzen und dadurch ein besonders sozialschädliches Verhalten an den Tag zu legen.

Die Funktion des Untreuetatbestands besteht darin, derartigen, aus der Trennung von Vermögensinhaberschaft und -verwaltung resultierenden Risiken entgegenzuwirken¹³⁰, weshalb § 266 StGB ein das Gesamtsystem des Vermögensstrafrechts wesentlich prägendes Delikt darstellt. Das System gewährt zwar keinen umfassenden Strafrechtsschutz des Vermögens, enthält aber doch wenigstens den Untreuetatbestand als allgemeine zum Schutze des Vermögens gegen „Angriffe von innen heraus“ aufgestellte Strafnorm. Dieser Schutz sollte nach Ansicht des Gesetzgebers durch die Kombination der Grundgedanken von Missbrauchs- und Treubruchstheorie in einem nicht kasuistisch ausgestalteten Tatbestand gewährt werden, der durch seine Weite geeignet ist, strafwürdige treuwidrige Schädigungen fremden Vermögens möglichst lückenlos zu erfassen.¹³¹ Denn die Lückenhaftigkeit der kasuistisch ausgestalteten Vorgängervorschrift hatte dazu geführt, dass die Untreuestrafbarkeit überwiegend als inadäquat empfunden wurde.¹³²

Der aus dieser Ausrichtung folgende, vom Gesetzgeber gewollte, weite Einzugsbereich der Untreue kann nicht als Auswuchs nationalsozialistischen Gedankenguts angesehen werden, auch wenn nationalsozialistische Intentionen, die Untreue als Verratsdelikt auszugestalten und mit ihr auch „Korruption und Schiebertum“ Einhalt zu gebieten, bei der Gesetzgebung durchaus vorhanden waren. Vielmehr basiert dieses Untreuekonzept auf Reformbestrebungen, die bis weit in die Zeit vor der „Machtergreifung“ zurückreichen.¹³³ Die Schädigung „von innen heraus“ prägt die Untreue ebenso wie die „Täuschung“ den Betrug und die „Drohung“ die Erpressung. Denn in allen drei Fällen beschränkt sich der straf-

¹²⁸ Kindhäuser, in: NK-StGB, § 266 Rn. 3; Perron, GA 2009, S. 219 (223); Saliger in: SSW, § 266 Rn. 3; Schünemann, in: LK-StGB, § 266 Rn. 1; jeweils m.w.N.

¹²⁹ Schiltha, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 215.

¹³⁰ Saliger in: SSW, § 266 Rn. 3.

¹³¹ Vgl. auch Schwinge/Siebert, Untreuestrafrecht, S. 12.

¹³² Siehe Perron, GA 2009, S. 219 (221).

¹³³ Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 2; Schünemann, in: LK-StGB, § 266 Rn. 4 jeweils m.w.N.

rechtliche Rechtsgüterschutz auf eine bestimmte „Rechtsgutsflanke“¹³⁴. Der durch Schädigungen „von innen heraus“ angreifbare Teil sollte im Fall der Untreue jedoch einen möglichst lückenlosen Schutz erhalten. Dieser universellen Ausrichtung muss die Erfassung des Pflichtverletzungsmerkmals Rechnung tragen.

3. Gleichwertigkeit von Tun und Unterlassen bei § 266 StGB

Sowohl Missbrauch als auch Treubruch können durch Unterlassen verwirklicht werden. Während ein Missbrauch durch Unterlassen jedoch, abgesehen von umstrittenen Ausnahmefällen, nach ganz überwiegender Meinung nur dann in Frage kommt, wenn einem Nichtstun ausnahmsweise rechtsgeschäftlicher Erklärungswert zukommt¹³⁵, ist die „Domäne“ des Treubruchs das Unterlassen.¹³⁶ Die Funktion des Pflichtverletzungsmerkmals besteht zu einem ganz wesentlichen Teil auch in der strafrechtlichen Bewertung von Unterlassungen. Denn es bestehen deutliche Parallelen der Untreue zu den unechten Unterlassungsdelikten i.S.v. § 13 StGB. Aus der Herrschaftsmacht des Täters folgt in vielen Fällen die Sanktionierung von Handlungspflichten, so dass ein Nichtstun häufig nicht ausreicht, um dem Untreuevorwurf zu entgehen.

Denn der Treugeber gibt sein Vermögen meist nur dann aus der Hand, wenn er die Erhaltung und Mehrung seines Vermögens anderen als Aufgabe übertragen will und von ihnen gerade aktives Tätigwerden erwartet. Bei der juristischen Person Aktiengesellschaft wird diese Interessenlage besonders deutlich. Das Nichtwahrnehmen günstiger Geschäftschancen (vorwiegend durch den Vorstand) kann hier ebenso eine Pflichtverletzung darstellen wie das Nichterfüllen von Kontrollpflichten (vorwiegend durch den Aufsichtsrat).¹³⁷ Das ist für Pflichten aus Kodexbestimmungen besonders relevant, da es sich hierbei überwiegend um Pflichten zum Tätigwerden (insbesondere des Aufsichtsrats) handelt. Eine ganz andere Frage ist allerdings, ob durch ein Nichtstun, insbesondere durch die Nichtwahrnehmung einer Geschäftschance ein Vermögensnachteil entsteht (dazu unten Kap. 1 IV).

Für die Strafbarkeit wegen Untreue ist unerheblich, ob eine Pflicht zum aktiven Tun oder zum Unterlassen verletzt wird.¹³⁸ Das folgt daraus, dass die Gleichstellung des Unterlassungs- mit dem Begehungsdelikts, die sonst aus § 13 StGB folgt, hier bereits im Tatbestand vollständig enthalten ist.¹³⁹ Die besondere Stellung des Täters zum betreuten Vermögen hat zudem weitreichende Konsequenzen

¹³⁴ *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 2.

¹³⁵ Siehe Fischer, § 266 Rn. 32 m.w.N.

¹³⁶ *Saliger*, in: SSW, § 266 Rn. 33; *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 91.

¹³⁷ *Saliger*, in: SSW, § 266 Rn. 33.

¹³⁸ *Saliger*, HRRS 2006, S. 10 (14).

¹³⁹ *Kühl*, § 266 Rn. 2; *Saliger*, in: SSW, § 266 Rn. 33; *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 55, 91 jeweils m.w.N. Siehe jedoch die Anwendung von § 13 Abs. 1 StGB durch den BGH im „Fall Siemens“, BGH NJW 2009, S. 89 (91).

zen für die Abgrenzung zwischen täterschaftlicher Untreue und bloßer Teilnahme. So ist ein Vermögensbetreuer, auch wenn er an vermögensschädigenden Handlungen nur als Randfigur mitwirkt oder sie nur nicht verhindert, nach zutreffender herrschender Meinung stets Untreuetäter und nicht nur Teilnehmer.¹⁴⁰ Folgt man der Lehre von den sog. „Pflichtdelikten“, wonach Tatherrschaft bei Delikten irrelevant ist, bei denen die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, durch eine besondere im Gesetz vorausgesetzte Pflichtenstellung bestimmt ist¹⁴¹, muss man die Untreue zu diesen Pflichtdelikten zählen¹⁴² und kann die trotz fehlender Herrschaft im rein natürlichen Sinne stets vorhandene Täterschaft auf diesem Wege bejahen.

Dieselben Ergebnisse können allerdings auch ohne die Anerkennung der Kategorie der Pflichtdelikte erreicht werden, indem man anstelle eines formellen einen normativen Tatherrschaftsbegriff zugrunde legt, wonach Tatherrschaft, also „das vom Vorsatz umfasste In-den-Händen-Halten des tatbestandsmäßigen Geschehensablaufs“¹⁴³ auch vorliegen kann, wenn eine Person, die besondere Verantwortung für ein Rechtsgut trägt, nur äußerlich geringfügige Handlungen vornimmt.¹⁴⁴ Denn in diesem Fall hat auch der nur untergeordnete Handlungen vornehmende Täter die Tatherrschaft inne. Die entsprechenden Tatbeiträge des Vermögensbetreuungspflichtigen sind dann nur äußerlich geringfügig, da er ein Einschreiten unterlässt, das zur Verhinderung des Erfolgs ganz wesentlich hätte beitragen können und weil er sich gerade schützend vor das Rechtsgut stellen soll, so dass er den Geschehensablauf letztlich doch in den Händen hält, eben weil von ihm energisches Einschreiten verlangt werden kann.

II. Die in § 266 vertypten Begehungsformen: Missbrauch und Treubruch

Vertypt sind in § 266 StGB zwei Begehungsformen, die des sogenannten Missbrauchs („wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, missbraucht“) und die des sogenannten Treubruchs (wer „die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt“). Erstere wird dadurch charakterisiert, dass der Täter das Vermögen unter Verletzung seiner Pflichten gegenüber dem Inhaber durch eine Verpflichtung oder Ver-

¹⁴⁰BGHSt 9, 203 (217 f.); *Kindhäuser*, in: NK-StGB, § 266 Rn. 127; *Saliger*, in: SSW, § 266 Rn. 107; *Samson/Günter*, in: SK-StGB, § 266 Rn. 51; *Seier*, in: Achenbach/Ransiek, Kap. V Abschn. 2 Rn. 64. A. A. jedoch *Fischer*, § 266 Rn. 186; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT I, § 45 Rn. 21.

¹⁴¹*Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 353 ff.

¹⁴²*Kubiciel*, NStZ 2005, S. 353 (354).

¹⁴³*Maurach*, AT, 4. Aufl. 1971, § 49 II C 2.

¹⁴⁴*Murmann*, in: SSW, vor § 25 Rn. 14 m.w.N.

fügung, also durch Vornahme eines Rechtsgeschäfts¹⁴⁵ schädigt, das dem Treugeber gegenüber wirksam¹⁴⁶ ist. Vereinfacht ausgedrückt: Der Täter macht von seinem Können im Außenverhältnis derart Gebrauch, dass er dabei sein Dürfen im Innenverhältnis überschreitet.¹⁴⁷ Liegen diese engen Voraussetzungen nicht vor, kommt allerdings häufig, sozusagen subsidiär, der Treubruchstatbestand in Betracht. Denn im Gegensatz zum Missbrauch genügt für einen Treubruch nach ganz herrschender Meinung schlicht die „Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht“¹⁴⁸ und es kommen auch rein tatsächlich schädigende Handlungen in Frage. Eine rechtsgeschäftliche oder gar wirksame Handlung ist nicht Voraussetzung.¹⁴⁹

1. Der Streit zwischen der herrschenden monistischen und der dualistischen Theorie

Prägend für das Tatbestandsverständnis und das theoretische Grundkonzept der Untreue ist die Frage, in welchem Verhältnis die Begehungsformen Missbrauch und Treubruch stehen. Nach Auffassung der Rechtsprechung und des ganz überwiegenden Teils der Literatur ist der Missbrauch insofern ein Spezialfall zum Treubruch, als beide Begehungsformen die gleiche Vermögensbetreuungspflicht voraussetzen (monistische Theorie).¹⁵⁰ Das hat die Konsequenz, dass der Miss-

¹⁴⁵ *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, § 22 Rn. 12; *Brammsen*, wistra 2009, S. 85 (86); *ders.*, ZIP 2009, S. 1504 (1505); *Fischer*, § 266 Rn. 10; *Kühl*, § 266 Rn. 6; *Maurach/Schröder/Maivald*, § 45 Rn. 17; *Murmann*, Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in Jura; *Saliger* in: SSW, § 266 Rn. 20.

¹⁴⁶ *Brammsen*, ZIP 2009, S. 1504 (1505); *Dierlamm*, in: MüKo-StGB, 1. Aufl. 2006, § 266 Rn. 121; *Fischer*, § 266 Rn. 24 m.w.N.; *Murmann*, Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in Jura; *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, § 266 Rn. 17; *Rönnau/Hohn*, NSStZ 2004, S. 113 (114); *Saliger* in: SSW, § 266 Rn. 20. Die herrschende Ansicht führt zu der Konsequenz, dass ein Missbrauch, der für den Vertragspartner evident ist oder in kollusivem Zusammenwirken mit ihm geschieht, nicht unter den Missbrauchstatbestand subsumiert werden kann, weil in diesen Ausnahmesituationen die Beschränkung im Innenverhältnis auf die Rechtsmacht im Außenverhältnis durchschlägt und zur Unwirksamkeit der Verfügung bzw. mangelnden Verpflichtung führt. Damit ist also gerade der schärfste Fall von Befugnismissbrauch dem Missbrauchstatbestand entzogen. Dies monieren vor allem *Arzt*, in: FS-Bruns (1978), S. 368 (370, 375) und *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 32 und NSStZ 2006, S. 202 f. und lehnen das Kriterium der Wirksamkeit ab.

¹⁴⁷ BGHSt 5, 61 (63); *Brammsen*, wistra 2009, S. 85 (86); *ders.*, ZIP 2009, S. 1504 (1505); *Fischer*, § 266 Rn. 9 m.w.N.; *Kühl*, § 266 Rn. 6; *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 4, 17; *Rönnau/Hohn*, NSStZ 2004, S. 113 (114); *Saliger*, in: SSW, § 266 Rn. 18.

¹⁴⁸ *Brammsen*, wistra 2009, S. 85 (86); *Saliger*, HRRS 2006, S. 10 (14). Die Tathandlung als „Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht“ zu bezeichnen, ist allerdings unpräzise: Eigentlich handelt es sich um eine Pflichtverletzung, also die Verletzung einer Verhaltensnorm, die allerdings gleichzeitig eine „Verletzung“ der gesamten Vermögensbetreuungspflicht darstellt. (Dazu unten Kap. 1 III und V)

¹⁴⁹ *Brammsen*, wistra 2009, S. 85 (86); *ders.*, ZIP 2009, S. 1504 (1505); *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 35 ff.; *Murmann*, Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in Jura; *Rönnau/Hohn*, NSStZ 2004, S. 113 (114); *Saliger*, in: SSW, § 266 Rn. 32; *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 91 f.

¹⁵⁰ BGHSt 24, 386; BGHSt 33, 244 (250); BGHSt 35, 244; BGHSt 46, 30; BGHSt 47, 187; BGHSt 50, 331 (342) („Fall Mannesmann“); *Beulke*, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (248); *Rengier* BT I, § 18

brauch einer eingeräumten Befugnis, also die das Dürfen im Innenverhältnis überschreitende Vornahme eines wirksamen Rechtsgeschäfts nur dann als Untreue qualifiziert werden kann, wenn zu der Befugniserteilung auch noch ein qualifiziertes Vermögensfürsorgeverhältnis hinzutritt.¹⁵¹

Nach der Gegenauffassung setzten die beiden Begehungsformen zumindest keine identische Vermögensbetreuungspflicht voraus. Es werden also beim Missbrauch an das Vermögensfürsorgeverhältnis weniger strenge Anforderungen gestellt als beim allgemeinen Treubruch (dualistische Theorie).¹⁵² Zwischen diesen Extremen stehen mehrere vermittelnde Ansichten: So existiert beispielsweise eine Meinungsgruppe, die beim Missbrauch auch eigennützige Treuhandverhältnisse zur Bejahung der Täterqualität ausreichen lässt (eingeschränkt dualistische Theorie).¹⁵³ Wieder andere verlangen zwar als Mindestvoraussetzung auch für den Missbrauch ein fremdnütziges Treuhandverhältnis, verzichten aber auf weitere von der herrschenden Meinung befürwortete Anforderungen an das Vermögensfürsorgeverhältnis, insbesondere auf die Selbständigkeit des Täters im Umgang mit dem fremden Vermögen (eingeschränkt monistische Theorie).¹⁵⁴

Der Streit um das Verhältnis der Begehungsformen beruht hauptsächlich auf der Stellung des Relativsatzes „dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat“, dem im Allgemeinen das Erfordernis „Vermögensbetreuungspflicht“ entnommen wird. Es ist schon umstritten, ob sich dieser Zusatz sprachlich auch auf den Hauptsatz „Wer die ihm...eingeräumte Befugnis...missbraucht“ bezieht, aus dem der Missbrauchstatbestand gefolgert wird.¹⁵⁵ Aber auch unter den Befürwortern eines solchen sprachlichen Bezuges herrscht noch Streit darüber, ob der Relativsatz, soweit man ihn auf beide Tatbestandsalternativen erstreckt, jeweils den gleichen Inhalt hat, ob also die für den Treubruch vorausgesetzte Vermögensbetreuungspflicht in Bezug auf den Missbrauch mit identischem Inhalt zu verlangen ist.¹⁵⁶ Wenigstens mitursächlich für diese Kontroverse ist auch der feine sprachliche Unterschied zwischen den Ausdrücken „...Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen...“ und „...dessen Vermögensinteressen er zu betreuen...hat“ Teilweise wird aus diesem gefolgert, dass die für den Treubruch voraus-

Rn. 2; *Rönnau/Hohn*, NStZ 2004, S. 113 (114); *Saliger* in: SSW, § 266 Rn. 6; *Wessels/Hillenkamp*, Rn. 749 jeweils m.w.N.

¹⁵¹*Fischer*, § 266 Rn. 6.

¹⁵²*Labsch*, Untreue (1982), S. 83 ff.; *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 2.

¹⁵³So im Ergebnis *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 23 ff. Weitere Nachweise für diese Meinungsgruppe bei *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 10.

¹⁵⁴*Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 2 m.w.N.

¹⁵⁵Für einen solchen Bezug spricht sich die h.M. aus, z.B. *Fischer*, § 266 Rn. 6; *Saliger* in: SSW, § 266 Rn. 6. Diesen Bezug anzweifeln: *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 8.

¹⁵⁶Dafür BGHSt 24, 386 (387); BGHSt 33, 244 (250); BGHSt 47, 187 (192); BGHSt 50, 331 (342); *Rengier*, BT I, § 18 Rn. 2; *Wessels/Hillenkamp*, Rn. 749. A. A. auch mit sprachwissenschaftlichen Argumenten: *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 13.

gesetzte Fürsorgebeziehung eine umfassendere sein muss als die für die Verwirklichung des Missbrauchs notwendige.¹⁵⁷

Seit der „Scheckkarten-Entscheidung“ des Bundesgerichtshofs von 1972¹⁵⁸, auf die der Gesetzgeber mit der Schaffung des § 266b StGB reagiert hat¹⁵⁹, ist die dualistische Theorie mehr und mehr zurückgedrängt worden und das Verlangen einer identischen Vermögensbetreuungspflicht bei beiden Begehungsformen ist zur ständigen Rechtsprechung¹⁶⁰ geworden. Die monistische Theorie soll daher im Folgenden, nicht zuletzt, weil das den Rahmen der vorzunehmenden Untersuchung sprengen würde, nicht angezweifelt werden. Das präjudiziert allerdings nicht die zum Begriff der Pflichtverletzung anzustellenden Erwägungen. Denn, auch wenn das Verhältnis der Begehungsformen zueinander unklar ist, kann man Missbrauch und Treubruch unter dem Begriff der Pflichtverletzung bzw. der Pflichtwidrigkeit zusammenfassen und die Aussage treffen, dass beide Begehungsformen eine Pflichtverletzung voraussetzen.

Denn, verfolgt man eine monistische Theorie, ist eine Pflichtverletzung entweder der Missbrauch einer Befugnis durch einen Täter, den eine umfassende Vermögensbetreuungspflicht trifft oder ein sonstiger Treubruch, also eine sonstige Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht durch einen ebenso qualifizierten Täter. Und verfolgt man eine dualistische Konzeption liegt eine Pflichtverletzung in jedem Missbrauch einer Befugnis zu rechtsgeschäftlicher Verfügung oder Verpflichtung¹⁶¹, durch wen auch immer, und in jedem sonstigen Treubruch in Form einer Verletzung einer Pflicht durch einen zur Vermögensbetreuung Verpflichteten. Der Ausdruck Pflichtverletzung bzw. Pflichtwidrigkeit lässt sich also für beide Begehungsformen nach beiden Theorien verwenden, da er nicht mehr über das Täterverhalten aussagt, als dass es die für die rechtliche Beziehung zwischen Treuehmer und Treugeber bestehenden Grenzen des erlaubten Risikos überschreitet.¹⁶² Die eigentliche Frage ist, wann genau diese Grenze überschritten ist und die Differenzen zwischen den Theorien wirken sich nur auf die Frage aus, wer überhaupt den Handlungsunwert der Untreue verwirklichen kann, nicht hingegen auf die Frage nach dessen Qualität.

¹⁵⁷Kargl, ZStW 113 (2001), S. 565 (580 ff.). Genau entgegengesetzt Sax, JZ 1977, S. 663. Siehe aber hierzu Ramsiek, ZStW 116 (2004), S. 634 (643) und Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 24, deren zutreffender Ansicht nach dem Unterschied im Wortsinn keine Bedeutung beizumessen ist.

¹⁵⁸BGHSt 24, 386 (387 f.).

¹⁵⁹Diese Entscheidung des Gesetzgebers wird oft so verstanden, als folge der Gesetzgeber hiermit der monistischen Theorie, was dann als historisches Argument gegen die dualistische Theorie vorgebracht wird. Siehe etwa Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 6 m.w.N.

¹⁶⁰BGHSt 33, 244 (250); BGHSt 35, 224 (227); BGHSt 47, 187 (192) („SSV-Reutlingen“); BGHSt 50, 331 (342) („Fall Mannesmann“).

¹⁶¹Nach streng dualistischer Theorie kommen sogar Verhältnisse rein eigennützigem Treuhand wie etwa eine Sicherungsübereignung in Betracht (Sicherungstreuhand). Nach der „gemäßigten“ Auffassung muss das Treuhandverhältnis zwingend fremdnützig sein (Verwaltungstreuhand).

¹⁶²Vgl. Fischer, § 266 Rn. 24.

2. Die typologische Theorie Schönemanns

Einen völlig anderen Weg zur Auslegung des § 266 StGB, der hier der Vollständigkeit halber genannt, wenn auch nicht weiter verfolgt werden soll, geht *Schönemann* mit der sog. typologischen Theorie¹⁶³: Sie basiert auf der zutreffenden Annahme, es lasse sich aus § 266 StGB ein Unrechtskern herauschälen, den die Missbrauchs- und die Treubruchsalternative gemeinsam haben. Dieser könne zwar nicht abschließend klassifikatorisch bestimmt, sondern nur im Sinne einer typologischen Betrachtungsweise als „Schädigung fremden Vermögens von innen heraus, sei es durch rechtswidrigen Gebrauch einer rechtsgeschäftlichen Machtstellung, sei es durch zweckwidrigen Gebrauch einer fremdnützig anvertrauten Obhutsherrschaft“ charakterisiert werden. Der Typus als „Verletzung von innen heraus“ sei nun für die sachgerechte Auslegung der Vorschrift aber insofern entscheidend, als nur solche aber auch generell alle Verhaltensweisen als tatbestandsmäßig anzusehen sind, die sich als „Verletzung von innen heraus“ darstellen.

Dadurch werde die gegen Angriffe von innen gerade durch Personen, die eigentlich das Vermögen des Opfers schützen sollen, ansonsten schutzlose Rechts-gutsflanke des Vermögens strafrechtlich abgesichert, während gegen Angriffe von außen durch die §§ 253, 263 StGB hinreichender Schutz anderweitig bestehe. Insofern müsse die Untreue in einer solchen Weise ausgelegt werden, dass sie sich in das System des Vermögensschutzes als Baustein einfügt. Die Begrenzung auf Vermögensschädigungen von innen heraus sei hierbei Verkörperung des ultima-ratio-Prinzips. Zentrale Merkmale des Typus seien die Herrschaft über fremdes Vermögen und die „rücksichtslose, d.h. dem Vermögensinhaber gegenüber nicht gestattete Ausübung“ dieser Rechtsmacht. Der Unterschied zwischen Missbrauchs- und Treubruchsalternative liege nur in der Art der Herrschaft, weil die Herrschaft beim Missbrauch eine rechtsgeschäftliche und beim Treubruch eine nicht rechtsgeschäftliche sei.

Für die Stellung und Funktion des Pflichtverletzungsmerkmals folgt aus dieser Theorie jedenfalls, dass der Begriff „Vermögensbetreuungspflicht“ also die den Handelnden als Untreuetäter qualifizierende Position durch die Herrschaftsmacht über fremdes Vermögen und die damit verbundene Schädigungsmöglichkeit geprägt ist (dazu sogleich), dass das Pflichtverletzungsurteil darüber Auskunft gibt, ob die Ausübung dieser Herrschaft als ihre Pervertierung bewertet werden kann, und dass grundsätzlich jede Verhaltensweise, die „von innen heraus“ erfolgt einer solchen Bewertung zu unterziehen ist.

¹⁶³*Schönemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 17 ff.

3. Relevanz der Begehungsformen für die Organuntreue

Auch wenn die typologische Theorie hier nicht weiter verfolgt werden kann¹⁶⁴, zeigen sich an ihr doch deutlich die Gemeinsamkeiten der beiden Begehungsformen der Untreue. Der Untreuetatbestand vereinigt als allgemeiner nicht kasuistischer Tatbestand die Missbrauchs- mit der Treubruchstheorie.¹⁶⁵ Damit geht einher, dass der Begriff der Pflichtverletzung den Handlungsunwert der beiden Begehungsformen unter einem gemeinsamen Dach vereinigt. Denn für beide Begehungsformen ist die Verletzung einer Pflicht im Innenverhältnis kennzeichnend.¹⁶⁶

Speziell für die Organuntreue ist die Unterscheidung zwischen den Begehungsformen auch weitgehend irrelevant. Zwar lässt sich antizipieren, welche Variante die pflichtwidrige Handlung eines Organmitglieds normalerweise verwirklichen wird: Pflichtwidrige Handlungen der Vorstandsmitglieder werden überwiegend den Missbrauchstatbestand verwirklichen, da die Unternehmensleitung rechtsgeschäftliches Handeln in vielerlei Form mit sich bringt und der Vorstand nach § 78 AktG umfassend zur Vertretung der AG befugt ist. Da die h.M. die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts als Voraussetzung des Missbrauchstatbestands ansieht, wird allerdings gerade wegen der Verbotenheit einer Handlung auch hier häufig nur der Treubruchstatbestand einschlägig sein, weil der Verstoß gegen eine Rechtsnorm über § 134 BGB unter Umständen die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts bewirkt. Die für die Strafbarkeit von Aufsichtsratsmitgliedern typische Begehungsform ist demgegenüber die des allgemeinen Treubruchs, weil Aufsichtsratsmitglieder primär zur Überwachung des Vorstandshandelns und nicht zur Geschäftsleitung berufen sind und diese Tätigkeit vor allem rein faktische Handlungen mit sich bringt. Insbesondere ist hier oft eine Unterlassungsstrafbarkeit zu untersuchen.¹⁶⁷

Aber entscheidend ist diese Einordnung nicht. Da der Missbrauch nach herrschender Meinung in der Literatur und ständiger Rechtsprechung nur ein Unterfall des Treubruchs ist und Organmitglieder, wie sich im unmittelbaren Anschluss zeigen wird, stets vermögensbetreuungspflichtig sind, soll im Rahmen dieser Untersuchung nicht weiter erörtert werden, welche Begehungsform bei pflichtwidrigen Handlungen der Organmitglieder vorliegt.¹⁶⁸ Untersucht werden soll nur, ob

¹⁶⁴Einige der dieser Theorie zugrunde liegenden Annahmen werden allerdings im Rahmen dieser Arbeit eine Rolle spielen.

¹⁶⁵Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 2.

¹⁶⁶Saliger, HRRS 2006, S. 10 (14).

¹⁶⁷Allerdings kann auch der Missbrauchstatbestand durch Unterlassen verwirklicht werden. Das ist in erster Linie möglich, wenn dem Nichtstun (Schweigen) ausnahmsweise rechtsgeschäftlicher Erklärungswert zukommt. Fischer, § 266 Rn. 32 m.w.N.

¹⁶⁸Die für die hier allein interessierende Organuntreue mangelnde Relevanz der Frage, ob Missbrauchs- oder Treubruchuntreue vorliegt, betont Ransiek, ZStW 116 (2004), S. 634 (635). Damit soll nicht gesagt werden, dass bei einer Anklage oder gar bei einem Urteil offengelassen werden kann, welche Variante dem Täter vorgeworfen wird. Gegen letztere Praxis spricht sich Schilba, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 222 aus.

sich derartige Handlungen unter den Oberbegriff Pflichtverletzung subsumieren lassen. Dabei kann dann offen bleiben, welche spezielle Art von Handlungsunwert verwirklicht ist, da jedenfalls feststeht, dass es der untreuespezifische Handlungsunwert ist.

III. Die Vermögensbetreuungspflicht als Voraussetzung des untreuespezifischen Handlungsunwerts

Ob dieser spezifische Unwert verwirklicht wurde, hängt entscheidend von der Position des Täters ab. Pflichtverletzungen im Sinne der Untreue können nicht von jedermann begangen werden. Der Täterkreis der Untreue ist eingeschränkt. Sie ist, folgt man insoweit der herrschenden Meinung¹⁶⁹ und ständigen Rechtsprechung, in beiden Begehungsvarianten ein Sonderdelikt, welches eine besondere Stellung des Handelnden in Bezug auf das Vermögen des Verletzten voraussetzt, die ganz überwiegend als „Vermögensbetreuungspflicht“ bezeichnet wird.¹⁷⁰ Nur wer diese besondere Stellung zum für ihn fremden Vermögen des Treugebers innehat, kann den Untreuetatbestand verwirklichen.¹⁷¹ Den untreuespezifischen Angriffsweg können also nur solche Vermögensbetreuer beschreiten.

Damit erhält die Frage, unter welchen Voraussetzungen von einer Vermögensbetreuungspflicht gesprochen werden kann, zentrale Bedeutung für die Erfassung des strafwürdigen Verhaltens und Bestimmtheit der Strafnorm.¹⁷² Die Vermögensbetreuungspflicht kann man vergrößernd als Garantienpflicht bezeichnen, die eine überwiegend fremdnützige Geschäftsbesorgung zum Inhalt hat.¹⁷³ Oder man betont stärker den Geschäftsbesorgungscharakter der Beziehung zwischen Treunehmer und Treugeber und bezeichnet die Vermögensbetreuungspflicht als durch Eigenverantwortlichkeit geprägte, als Hauptpflicht geschuldete Geschäftsbesorgung in einer wirtschaftlich nicht ganz unbedeutenden Angelegenheit.¹⁷⁴ Im Ergebnis ist dieser Definitionsunterschied nicht ausschlaggebend. Denn die Definitionen führen ganz überwiegend zum selben Ergebnis, da auch nach Letzterer nicht etwa ein zivilrechtlich wirksames Geschäftsbesorgungsverhältnis Voraussetzung ist. Die Betonung des Geschäftsbesorgungscharakters soll nur die Fremdnützigkeit der Herrschaft zum Ausdruck bringen.

¹⁶⁹Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 1 m.w.N. Verlangt man für den Missbrauchstatbestand, wie der BGH seit der „Scheckkarten-Entscheidung“ die gleiche Vermögensbetreuungspflicht wie für den Treubruchstatbestand, ist Ersterer nur ein (eigentlich überflüssiger) ausgestanzter Unterfall des Zweiteren, vgl. Fischer, § 266 Rn. 6. Siehe auch Saliger, HRRS 2006, S. 10 (11) m.w.N. zur h.M.

¹⁷⁰Rönnau/Hohn, NStZ 2004, S. 113 (114).

¹⁷¹Rönnau/Hohn, NStZ 2004, S. 113 (114).

¹⁷²Perron, GA 2009, S. 219 (223). Vgl. auch Kubiciel, NStZ 2005, S. 353 (355).

¹⁷³Lenckener/Perron, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 23a; Murmann, Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in Jura; Perron, GA 2009, S. 219 (223); Schönemann, in: LK, § 266 Rn. 75; vgl. auch Saliger, HRRS 2006, S. 17; ders., in: SSW, § 266 Rn. 11.

¹⁷⁴Brammsen, wistra 2009, S. 85 (86); ders., ZIP 2009, S. 1504 (1505); Kindhäuser, in: NK-StGB, § 266 Rn. 31 ff.; Lassmann, Stiftungsuntreue (2007), S. 52; Rönnau/Hohn, NStZ 2004, S. 113 (114).

Im Grunde ist der Ausdruck „Vermögensbetreuungspflicht“ allerdings missverständlich, weil er zu einer Vermischung mit dem Tatbestandsmerkmal „Pflichtverletzung“ führen kann, welche unbedingt vermieden werden muss¹⁷⁵ (dazu unten Kap. 1 V). Sinnvoller wäre es von einer „Vermögensbetreuerstellung“ oder von einem „Vermögensfürsorgeverhältnis“ zu sprechen, weil dadurch zum Ausdruck käme, dass es sich um eine von Herrschaft über fremdes Vermögen, also von etwas faktischem, geprägte Position handelt, deren Folge die Sanktionierung bestimmter Rechtspflichten für den Umgang mit dem Vermögen ist.¹⁷⁶ Deutlich erkennbar ist also die naheliegende Parallele zu den unechten Unterlassungsdelikten, die ebenfalls echte Sonderdelikte sind: Auch hier wird die Garantenstellung vor der Verletzung der Garantenpflicht geprüft. Nur spricht man bei § 13 StGB richtigerweise nicht von einer Garantenstellungsverletzung, sondern von einer Garantenpflichtverletzung.

Ob die Beziehung zwischen Täter und Opfer (bzw. bei Bewachergaranten zwischen Täter und Gefahrenquelle) als Ganze den Unterlassenden als Täter eines unechten Unterlassungsdelikts qualifiziert, wird durch die Subsumtion der faktischen Beziehung zum Rechtsgut bzw. zur Gefahrenquelle unter die Anforderungen einer Garantenstellung beantwortet. Ob der Täter verpflichtet war, den tatbestandsmäßigen Erfolg abzuwenden und er somit den Tatbestand verwirklicht hat, ist eine Frage der Garantenpflichtverletzung. Dieselbe zweistufige Struktur ist bei der Untreue durch die Trennung der Begriffe „Vermögensbetreuungspflicht“ und „Pflichtverletzung“ ebenfalls konsequent einzuhalten.

1. Mögliche Pflichtenquellen

Charakteristisch für den Untreuetatbestand ist, dass darin (wie auch bei § 13 StGB) keine Anhaltspunkte für den konkreten Inhalt des im Fürsorgeverhältnis geltenden Pflichtenprogramms enthalten sind. Stattdessen zählt das Gesetz Quellen auf, aus denen die in einem solchen Programm enthaltenen Pflichten entspringen können. (Noch nicht einmal das ist bei § 13 StGB der Fall.) Als Herkunftsquelle für die „Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten“, nennt § 266 Abs. 1 Alt. 1 StGB das Gesetz, den behördlichen Auftrag und das Rechtsgeschäft. Zusätzlich zu diesen findet sich für die Pflicht, „fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen“ in § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB noch die Quelle „Treueverhältnis“, die im Vergleich zu den übrigen besonders vage erscheint und auf deren Unbestimmbarkeit (zu Unrecht) häufig Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des § 266 StGB gestützt werden¹⁷⁷.

Zwar enthält die erste Tatbestandsalternative streng genommen keine Quellen für die Fürsorgebeziehung regelnde Pflichten, sondern nur für eine Verfügungsbe-

¹⁷⁵Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 35 ff.

¹⁷⁶Siehe Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 3 ff.; Schönemann, in: LK-StGB § 266 Rn. 20.

¹⁷⁷Kargl, ZStW 112 (2001), S. 565 (571 ff.).

fugnis bzw. Verpflichtungsbefugnis, aber dieser Unterschied ist im Ergebnis nicht entscheidend: Die herrschende monistische Theorie verlangt für beide Begehungsformen eine Vermögensbetreuungspflicht identischen Ausmaßes, so dass ungeachtet der Formulierung der ersten Tatbestandsalternative nach einer solchen gefragt werden muss, wobei dann zweitrangig ist, ob sich die Quellen der Pflichten, die das Verhältnis regeln, aus der ersten oder der zweiten Tatbestandsalternative ergeben. Außerdem geht die Befugnis zur Verfügung und Verpflichtung in der Regel mit Pflichten einher.¹⁷⁸

„Kraft Gesetzes“ bestehen die Vermögensherrschaft regelnde Pflichten, wenn in einer gesetzlichen Vorschrift angeordnet ist, dass eine Person (auch) das Vermögen einer anderen zu schützen hat, wie dies beispielsweise in § 1626 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB für das Verhältnis der Eltern zu ihrem minderjährigen Kind angeordnet ist (Vermögenssorge).¹⁷⁹ Kraft behördlichen Auftrags bestehen unter Umständen Vorgaben für den Umgang mit dem fremden Vermögen, wenn dem Täter entweder für den Einzelfall im Rahmen eines Sonderauftrages Befugnisse erteilt werden oder wenn er allgemein Befugnis hat, als Amtswalter mit einer gewissen Selbständigkeit über Haushaltsmittel zu disponieren.¹⁸⁰ Primär „durch Rechtsgeschäft“ geregelt sind die hier interessierenden Pflichten der Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft, auch wenn ihre Befugnisse und Pflichten detailliert im Gesetz selbst geregelt sind.¹⁸¹

Die am abstraktesten beschriebene Quelle von Vermögensbetreuungspflichten im Untreuetatbestand ist das „Treueverhältnis“. Hierin kommt ganz deutlich zum Ausdruck, dass der typische Angriffsweg der Untreue die Ausnutzung einer (faktischen) Herrschaftsposition ist.¹⁸² Damit ein Treueverhältnis in diesem Sinne vorliegt, muss die Beziehung zwischen Treunehmer und Treugeber darin bestehen, dass dem Treunehmer eine faktische Machtstellung in der fremden Vermögenssphäre eingeräumt wird¹⁸³, was den Untreuetatbestand jedenfalls gegen einen Einfluss rein sittlicher und emotionaler Erwartungen sperrt¹⁸⁴. Die Aufnahme des „Treueverhältnisses“ in den Untreuetatbestand dient in erster Linie der (insoweit nur klarstellenden) Erfassung von Beziehungen zwischen Treunehmer und Treugeber trotz unwirksamer vertraglicher Grundlage oder Bestellung zum Organ und der Einbeziehung sog. „faktischer Geschäftsführer“.¹⁸⁵

¹⁷⁸Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 12.

¹⁷⁹Fischer, § 266 Rn. 15.

¹⁸⁰Vgl. Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 14 m.w.N.

¹⁸¹Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 14 m.w.N.

¹⁸²Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 25 m.w.N.

¹⁸³Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 25 m.w.N.

¹⁸⁴Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 25.

¹⁸⁵Ransiek, ZStW 116 (2004), S. 634 (642); Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 26.

Regeln für das Treueverhältnis können sich auch aus mehreren (auch verschiedenen) in § 266 StGB aufgezählten Quellen ergeben.¹⁸⁶ Dies ist auch bei der Organuntreue der Fall, weil Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder sowohl die durch einen Anstellungsvertrag als auch die durch die Bestellung zum Organmitglied nach §§ 30, 84 und 101 AktG sich unmittelbar aus dem Gesetz ergebenden Vorgaben einzuhalten haben und zusätzlich durch die Gesellschaftssatzung und die Geschäftsordnungen der Organe mit Pflichten belastet werden.

2. Voraussetzungen einer Vermögensbetreuungspflicht

Welche Anforderungen erfüllt sein müssen, damit von einer Vermögensbetreuungspflicht gesprochen werden kann, so dass sich der Handelnde als möglicher Untreuetäter qualifiziert, ist allerdings umstritten. Die Rechtsprechung beantwortet die Frage, wann eine Vermögensbetreuungspflicht vorliegt, seit jeher nicht im Sinne einer abschließenden Definition, sondern anhand eines „Indizienkatalogs“^{187,188}. Die Literatur hat sich dieser typologischen Betrachtungsweise ganz überwiegend angeschlossen.¹⁸⁹ In den einzelnen Indizien spiegelt sich mehr oder weniger deutlich der zuvor erörterte spezifische Weg des Angriffs auf das Rechtsgut Vermögen und somit der Strafgrund der Untreue wider.¹⁹⁰ Relativ gesichert ist, dass es sich um ein fremdnütziges Tätigwerden in fremden Vermögensangelegenheiten handeln muss.¹⁹¹ Auf diese Weise scheiden Verhältnisse eigennütziger Treuhand (Sicherungstreuhand) aus dem Tatbestand aus. Durch das Kriterium des Tätigwerdens in fremden Vermögensangelegenheiten wird die Nähe zur Geschäftsbesorgung im Sinne von § 675 BGB deutlich, auch wenn es sich nicht um eine Geschäftsbesorgung im technischen Sinne handeln muss.

Ein weiterer Anhaltspunkt bezieht sich auf den Stellenwert, den die Pflicht im Verhältnis zwischen Täter und Opfer einnimmt: Die Vermögensbetreuung muss Hauptpflicht des Verhältnisses zwischen Täter und Opfer sein, also eine mitbestimmende und nicht nur beiläufige Pflicht. Sie muss den wesentlichen Inhalt und nicht nur Nebenpflicht des Innenverhältnisses darstellen.¹⁹² Auf diese Weise wird vor allem ausgeschlossen, dass schon die Pflicht zur Erfüllung eines Vertrages nach § 241 Abs. 1 BGB und zur Rücksichtnahme auf Rechtsgüter des anderen

¹⁸⁶Fischer, § 266 Rn. 14; Perron, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 7; Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 12; Schünemann, in: LK-StGB, § 266 Rn. 48 f.

¹⁸⁷Beulke, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (250); Saliger, Parteiengesetz (2003), S. 21; ders., HRRS 2006, S. 10 (17); ders., in: SSW, § 266 Rn. 10.

¹⁸⁸RGSt 69, 58.

¹⁸⁹Siehe Rengier, BT I, § 18 Rn. 10; Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 11; Wessels/Hillenkamp, Rn. 752 jeweils m.w.N.

¹⁹⁰Saliger, HRRS 2006, S. 10 (17).

¹⁹¹RGSt 71, 90 (91); BGHSt 1, 186 (188 ff.); BGHSt 4, 170 (172); BGHSt 5, 187 (188 f.); BGHSt 22, 190 (191 f.); BGHSt 49, 147 (155 f.) („Bremer Vulkan“); Kubiciel, NSTZ 2005, S. 353 (354).

¹⁹²RGSt 69, 58; RGSt 71, 90 (91); BGHSt 1, 186 (188 ff.); BGHSt 3, 289 (293 f.); BGHSt 4, 170 (172); BGHSt 5, 187 (188); BGHSt 13, 315 (317).

nach Abs. 2 dieser Vorschrift mit einer Vermögensbetreuungspflicht gleichgesetzt wird.

Überwiegend wird strafbarkeitseinschränkend verlangt, dass dem Treuehmer im Innenverhältnis eine gewisse Selbständigkeit oder mit anderen Worten ein Entscheidungsspielraum von einigem Umfang zusteht.¹⁹³ Das basiert darauf, dass die Pflicht zur Wahrung der fremden Vermögensinteressen die Kehrseite der internen Machtstellung des Treuehmers ist: Von einer solchen Macht kann nicht gesprochen werden, wenn dem Treuehmer im Detail vorgeschrieben wird, welche Vermögensdispositionen er zu veranlassen hat. Der Strafgrund der Untreue spiegelt sich also in diesem Kriterium für das Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht besonders deutlich wider. Insbesondere sind Handlanger und Boten nicht vermögensbetreuungspflichtig.¹⁹⁴ Auch Kassierer scheiden normalerweise als taugliche Täter aus und begehen „nur“ eine Unterschlagung, wenn sie Geld aus der Kasse nehmen.¹⁹⁵ Insbesondere müssen aus dem Begriff der Vermögensbetreuungspflicht bloßes Umgehen mit fremden Sachen und die umfassend kontrollierte Position des Arbeitnehmers ausgeschlossen werden, auch wenn letzterer z.B. mit Arbeitsmaterialien von bedeutendem Wert hantiert.¹⁹⁶

Als Anhaltspunkt für eine Vermögensbetreuungspflicht wird auch gesehen, dass die Pflichten für eine gewisse Zeit oder ihrem Umfang nach über bloße Einzelfälle hinaus bestehen¹⁹⁷, was zweifelhaft ist, da eine Herrschaftsmacht im zuvor genannten Sinne auch vorliegen kann, wenn der Treuehmer nur kurzfristig bzw. einmalig für den Treugeber tätig wird. Zu den Indizien soll auch gehören, dass der Täter in einer nicht „ganz unbedeutenden Angelegenheit“ tätig wird.¹⁹⁸ Teilweise wird auch die Höhe des anvertrauten Vermögens für ausschlaggebend gehalten.¹⁹⁹ Dieses Kriterium dient der Rechtsprechung größtenteils dazu, Kassierer und ähnliche mit großen Geldmengen des Treugebers arbeitende Angestellte, die über keinerlei Entscheidungsspielraum verfügen, trotz ihrer Gebundenheit als Vermögensbetreuungspflichtige zu qualifizieren.²⁰⁰

Nicht von der Hand gewiesen werden kann der Einwand, dass mit einem typologischen Vorgehen der dargestellten Art eine gewisse Rechtsunsicherheit ver-

¹⁹³Bestritten allerdings in BGHSt 13, 315 und BGHSt 41, 224 (229). Siehe aber RGSt 69, 58 (61); BGHSt 3, 289 (294); BGHSt 4, 170 (172); BGHSt 13, 330 (332); *Beulke*, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (249 f.); *Dierlamm*, in: MüKo-StGB, § 266 Rn. 42 ff.; *Kindhäuser*, in: NK-StGB, § 266 Rn. 34, 47 ff.; *Kubiciel*, NSZ 2005, S. 353 (354); *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 23a; *Samsen/Günther*, in: SK-StGB, § 266 Rn. 29; *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 82 ff. Vgl. auch *Rengier*, BT I, § 18, Rn. 10.

¹⁹⁴RGSt 69, 58 (62).

¹⁹⁵A.A. BGHSt 13, 315 (319) m.w.N.

¹⁹⁶*Schünemann*, NSZ 2005, S. 473 (474); *ders.*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 1, 20 ff.; BGHSt 4, 170 (171); *Saliger*, in: SSW, § 266 Rn. 11.

¹⁹⁷RGSt 69, 58 (62); RGSt 69, 279 (280); RGSt 71, 90 (92); BGHSt 13, 315 (317 ff.).

¹⁹⁸BGHSt 4, 170 (172); *Kubiciel*, NSZ 2005, S. 353 (354).

¹⁹⁹*Holtz*, MDR 1978, S. 623 (625).

²⁰⁰Siehe BGHSt 13, 315 (318).

bunden ist, da in Grenzbereichen schwer vorauszusehen ist, welches Gewicht den Kriterien im Einzelfall zugemessen wird.²⁰¹ Allerdings ist, abgesehen von Ausnahmefällen, eine durchaus konsequente Linie erkennbar, die Verlässlichkeit in hinreichendem Maße bietet. Wichtig ist vor allem die Einhaltung der folgenden und insofern auch überwiegend konsentierten Mindestvoraussetzungen: Für eine Vermögensbetreuungspflicht ist generell Voraussetzung, dass für den Treuenehmer die eigenverantwortliche Sorge um fremdes Vermögen wesentlicher Inhalt seiner Beziehung zum Vermögensinhaber ist.²⁰² Denn ohne eine Einschränkung auf relativ eigenverantwortlich und primär fremdnützig tätige Personen ist nicht gewährleistet, dass sich der Strafgrund der Untreue in der Vermögensbetreuungspflicht widerspiegelt.

3. Die Vermögensbetreuungspflicht von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern

Für den Täterkreis bei der Organuntreue bereitet das Überspringen dieser Hürde allerdings keine Schwierigkeiten. Selbst wenn man der monistischen Theorie nicht folgt und somit beim Treubruchstatbestand strengere Anforderungen an die Sonderstellung des Täters stellt als beim Missbrauchstatbestand²⁰³, liegt das Problem bei der Organuntreue nicht in einem Zweifel an der Vermögensbetreuungspflicht. Die Organmitglieder erfüllen selbst die striktesten Anforderungen. In den hier interessierenden Fällen wird die Schwierigkeit also kaum jemals darin bestehen, eine qualifizierte Vermögensbetreuungspflicht festzustellen.²⁰⁴ Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder sind geradezu Musterbeispiele für Träger von umfassenden Vermögensbetreuungspflichten.²⁰⁵ Das bedeutet nicht nur, dass die Prüfung dieses Merkmals bei der Organuntreue unproblematisch ist, sondern auch, dass es im Grunde gleichgültig ist, ob die Treubruchs- oder die Missbrauchsvariante ge-

²⁰¹Zu scharf allerdings *Beulke*, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (250): „Lotteriespiel“ m.w.N. Vgl. auch *Saliger*, in: SSW, § 266 Rn. 10. Nicht überzeugend ist insoweit allerdings die Verurteilung eines Vermieters wegen Veruntreuung der Mietkaution in BGHSt 41, 224 (227 ff.), da dieser weder fremdnützig tätig wird, noch einen Entscheidungsspielraum hat, vgl. § 551 Abs. 3 S. 1 BGB. Dagegen auch *Perron*, GA 2009, S. 219 (224) und *Saliger*, in: SSW, § 266 Rn. 11.

²⁰²*Fischer*, § 266 Rn. 21; *Lassmann*, Stiftungsuntreue (2007), S. 52; *Saliger*, HRRS 2006, S. 10 (17).

²⁰³*Labsch*, NJW 1986, S. 107; *Labsch*, JURA 1987, S. 345 f.; *Otto*, JR 1985, S. 30; *Otto*, JR 1989, S. 210; *Otto*, JZ 1985, S. 73, 1009.

²⁰⁴Vgl. *Brammsen*, wistra 2009, S. 86; *Murmann*, Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in Jura; *Saliger*, HRRS 2006, S. 12; *Schiltha*, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 217. Diese Frage ist auch in der Rechtsprechung zur Untreue in den letzten Jahren weniger problematisch, weil, wie *Schünemann*, NSTZ 2006, S. 196 ausführt, die Organuntreue die Rechtsprechung am intensivsten beschäftigt. Vgl. auch *Ransiek*, ZStW 116 (2004), S. 634 (635): „Wer etwa sonst als der Vorstand einer AG sollte ihr gegenüber vermögensbetreuungspflichtig sein?“

²⁰⁵BGHSt 47, 187 (192, 201) („SSV-Reutlingen“); *Bosch/Lange*, JZ 2009, S. 225 (226); *Brammsen*, wistra 2009, S. 85 (86); *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 25; *Rönnau*, ZStW 119 (2007), S. 887 (888); *Schlösser/Dörfler*, wistra 2007, S. 326; *Schünemann*, Organuntreue, S. 13; *Seier*, in: Achenbach/Ransiek, Kap. V Abschn. 2 Rn. 212; *Thomas*, in: FS-Riess (2002), S. 795 (797).

prüft wird.²⁰⁶ Deshalb wird in dieser Untersuchung auch nicht zwischen den Begehungsformen unterschieden, sondern schlicht von einer Pflichtverletzung bzw. von Pflichtwidrigkeit im Sinne des § 266 StGB gesprochen.

Vorstandsmitglieder sind vermögensbetreuungspflichtig, weil sie primär zum Nutzen des Vermögensinhabers AG in eigener Verantwortung (§ 77 AktG) mit einem erheblichen Entscheidungsspielraum (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG) in fremden Vermögensangelegenheiten tätig werden. Für Aufsichtsratsmitglieder kann ebenfalls unproblematisch von einer Vermögensbetreuungspflicht gesprochen werden.²⁰⁷ Zwar leitet der Aufsichtsrat nicht die AG, sondern kontrolliert vor allem die ordnungsgemäße Ausführung dieser Aufgabe durch den Vorstand. Im Rahmen seiner Überwachungsaufgabe nach § 111 Abs. 1 AktG ist aber auch der Aufsichtsrat mit Befugnissen ausgestattet, die ihm eine große Entscheidungsfreiheit und Selbstständigkeit eröffnen.²⁰⁸ Zudem ist die faktische Herrschaftsmacht ihm zu fremdnützigen Zwecken eingeräumt und ihre Wahrnehmung ist gerade seine Hauptaufgabe als Organ. Auch im Rahmen der Kontrollaufgabe und nicht nur bei ausnahmsweiser Geschäftsleitung durch den Aufsichtsrat sind seine Mitglieder also unproblematisch vermögensbetreuungspflichtig im Sinne der Untreue.²⁰⁹ Insbesondere liegt der Anhaltspunkt „Entscheidungsspielraum“ vor, obwohl die Aufsichtsratsmitglieder im Einzelfall gesetzlich dazu verpflichtet sein können, gegen Fehlentwicklungen einzuschreiten (dazu unten Kap. 1 C II). Denn sie müssen eigenständig anhand der einschlägigen Rechtsnormen beurteilen, ob ein Einschreiten geboten ist und vor allem selbst entscheiden, welche Mittel sie zur Abwendung von Schäden ergreifen.

IV. Der Erfolgswert der Untreue: Der Vermögensnachteil

Neben der Pflichtverletzung als tatbestandsmäßiger Handlung ist der Vermögensnachteil als tatbestandsmäßiger Erfolg zentrale Voraussetzung für die Untreuestrafbarkeit. Dieses Erfordernis ergibt sich aus dem Passus: „...und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zuzüg...“. Hier zeigt sich, dass nur das Vermögen Schutzgut der Untreue ist. Der Begriff des Vermögensnachteils ist daher auch gleichbedeutend mit dem des Schadens in § 263 StGB.²¹⁰ Somit bedeutet Vermögen in diesem Sinne die Summe aller geldwer-

²⁰⁶Die für die hier allein interessierende Organuntreue mangelnde Relevanz der Frage, ob Missbrauchs- oder Treubruchsuntreue vorliegt, betont *Ransiek*, ZStW 116 (2004), S. 634 (635). Damit soll nicht gesagt werden, dass bei einem Vorwurf offengelassen werden kann, welche Variante dem Täter vorgeworfen wird. Gegen letztere Praxis spricht sich *Schilba*, Aufsichtsratsstätigkeit, S. 222 aus.

²⁰⁷BGHSt 50, 331 (335 f.) („Fall Mannesmann“).

²⁰⁸*Brammsen*, ZIP 2009, S. 1504 (1505); *Tiedemann*, in: FS-Tröndle (1989), S. 319 (322).

²⁰⁹BGHSt 47, 187 (201) („SSV-Reutlingen“); *Brammsen*, ZIP 2009, S. 1504 (1505); *Fischer*, § 266 Rn. 48; *Mosiek*, wistra 2003, S. 370 (374).

²¹⁰BGHSt 15, 342 (343 f.); *Adick*, HRRS 2008, S. 460 (461); *Beulke*, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (258); *Dierlamm*, in: MüKo-StGB, § 266 Rn. 178; *Fischer*, § 266 Rn. 110; *Kühl*, § 266 Rn. 17; *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 39; *Samson/Günther*, in: SK-StGB, § 266 Rn. 41;

ten Güter einer natürlichen oder juristischen Person, abzüglich der Verbindlichkeiten.²¹¹ Wann „Fremdheit“ in diesem Sinne vorliegt, bestimmt sich nach der privatrechtlichen bzw. öffentlich-rechtlichen Güterzuordnung.²¹² Das Vermögen ist für den Täter fremd, wenn er nicht sein Alleininhaber ist. Insbesondere ist das Vermögen einer AG für Vorstand und Aufsichtsrat, aber auch für die Aktionäre fremd, weil die AG mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet ist.²¹³ Obwohl die Aktionäre letztlich die Inhaber des Vermögens sind, liegt auch aus ihrer Sicht fremdes Vermögen vor, weil das Gesellschaftsvermögen die Substanz darstellt, die nötig ist, damit die AG als solche existieren kann, was wiederum dem Willen des Gesetzes entspricht.²¹⁴

Dass Unterlassungen Pflichtverletzungen sein können, wurde bereits klargestellt. Genau wie beim Betrug kann das Nichtherbeiführen einer Vermögensmehrung unter bestimmten Voraussetzungen auch einen Vermögensnachteil begründen.²¹⁵ Es muss schon eine gesicherte Aussicht des Vermögensinhabers, bei der Organuntreue also der Gesellschaft, auf den Vermögensvorteil bestanden haben.²¹⁶ Eine Geschäftschance muss mithin derart zur Exspektanz verdichtet gewesen sein, dass ihre Wahrnehmung mit hoher Wahrscheinlichkeit zur Vermögensmehrung geführt hätte.²¹⁷ Vor allem muss die Möglichkeit selbst nach der Verkehrsauffassung schon einen messbaren Wert haben.²¹⁸

Auch bei der Untreue erfolgt die Schadensfeststellung nach dem sog. Saldierungsprinzip.²¹⁹ Ein Vermögensnachteil im Sinne der Untreue liegt nicht vor, wenn ein Nachteil durch einen gleichzeitig eintretenden wirtschaftlichen Vorteil kompensiert wird.²²⁰ Streit herrscht vor allem über die Frage, wann ein Vorteil „unmittelbar“ mit der den Nachteil herbeiführenden Handlung zusammenhängt, anderenfalls er nicht den Vermögensnachteil entfallen lässt und nur bei der Straf-

Schünemann, NStZ 2005, S. 473 (474); *ders.*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 132; a.A. wohl *Hillenkamp*, NStZ 1981, S. 161 (166).

²¹¹*Cramer*, in: Schönke/Schröder, § 263 Rn. 83; *Fischer*, § 263 Rn. 54 f.; *Murmann*, Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in Jura. Zweifelnd *Perron*, GA 2009, S. 219 (227).

²¹²*Saliger*, in: SSW, § 266 Rn. 19 m.w.N.

²¹³BGHSt 34, 379 (385); BGHSt 47, 187 (192) („SSV-Reutlingen“); LG Düsseldorf, NJW 2004, S. 3275 (3285) („Fall Mannesmann“); *Brammsen*, wistra 2009, S. 85 (88); *Fischer*, § 266 Rn. 13; *Saliger*, in: SSW, § 266 Rn. 19.

²¹⁴Vgl. *Brammsen*, wistra 2009, S. 85 (88); *Zech*, Untreue durch Aufsichtsratsmitglieder (2006), S. 65.

²¹⁵*Beulke*, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (259); *Brammsen*, wistra 2009, S. 85 (89).

²¹⁶BGHSt 20, 143 (145); *Brammsen*, wistra 2009, S. 85 (89); *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 46.

²¹⁷BGHSt 17, 147 f.; BGHSt 20, 143 (145).

²¹⁸*Beulke*, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (259); *Dierlamm*, in: MüKo-StGB, § 266 Rn. 185;

Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 46.

²¹⁹BGHSt 47, 295 (301 f.); BGH NStZ-RR 2006, S. 378 (379); *Beulke*, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (258); *Brammsen*, wistra 2009, S. 85 (88) m.w.N.; *Ransiek*, ZStW 116 (2004), S. 634 (649).

²²⁰BGHSt 31, 232 (234); BGHSt 40, 287 (295); BGHSt 43, 293 (298); BGHSt 52, 323 (337 f.); *Fischer*, § 266 Rn. 164; *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 41; *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 136, 149.

zumessung berücksichtigt werden darf²²¹. Außerdem ist umstritten, ob eine (mögliche) Gegenleistung für Bestechungsgelder als kompensierender Vorteil berücksichtigt werden darf, obwohl diese Gegenleistung unter Umständen ihrerseits in einer rechtswidrigen oder sogar strafbaren Handlung besteht.

Der Begriff des Vermögensnachteils ist nicht weniger ausfüllungsbedürftig als der der Pflichtverletzung und Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des Untreuetatbestandes beruhen überwiegend auf Zweifeln an der Bestimmtheit dieses Tatbestandsmerkmals i.S.d. Art. 103 II GG.²²² Dies liegt insbesondere an der Rechtsfigur der „schadensgleichen Vermögensgefährdung“, die sich insbesondere in der Rechtsprechung großer Beliebtheit erfreut.²²³ Hierbei handelt es sich um eine gegenwärtige Minderung des Wertes des Gesamtvermögens durch die Gefahr eines Verlusts von bestimmten Teilen des Gesamtvermögens.²²⁴ Dies ist nur die Konsequenz aus dem im Kern ökonomischen Vermögensbegriff. Da dieser auf die Gesamtheit der geldwerten Güter Bezug nimmt, kann auch schon die Belastung mit einem (konkreten) Risiko eine Vermögensminderung darstellen.²²⁵ Problematisch ist, dass im Falle einer Überdehnung dieser Rechtsfigur die Untreue contra legem zum Gefährdungsdelikt mutiert.²²⁶ Das ist insbesondere im Hinblick auf die fehlende Versuchsstrafbarkeit vor dem Hintergrund des Gesetzlichkeitsprinzips bedenklich.²²⁷

Es soll hier nicht darauf eingegangen werden, welche Voraussetzungen im Einzelfall vorliegen müssen, damit schon eine Gefahr einen Vermögensnachteil im Sinne der Untreue darstellt. Wichtig ist nur, dass die Erfassung und Bewertung solcher Gefahren und ihre Subsumtion unter den Begriff des Vermögensnachteils problematisch im Hinblick auf die Selbständigkeit dieses Tatbestandsmerkmals gegenüber dem der Pflichtverletzung ist. Denn die Verbotenheit eines vermögensrelevanten Verhaltens ist oftmals nur Ausdruck des hiermit verbundenen Verlustrisikos. Folgt man nun aber aus jedem Verlustrisiko einen Vermögensnachteil, droht der Erfolgswert vollkommen im Handlungswert aufzugehen, was einer Bestrafung des bei § 266 StGB für straflos erklärten Versuchs gleichkommt. Au-

²²¹BGHSt 20, 143 (144); *Fischer*, § 266 Rn. 164; *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 137.

²²²Siehe *Brammsen*, wistra 2009, S. 85 (89); *Matt*, NJW 2005, S. 389 (390 f.). So hat auch der Begriff des Vermögensnachteils und nicht etwa der der Pflichtverletzung den hauptsächlichen Gegenstand der Prüfung durch das Bundesverfassungsgericht gebildet, siehe BVerfG, Beschluss vom 10. 3. 2009 - 2 BvR 1980/07 = NJW 2009, S. 2370.

²²³BGHSt 21, 112 (113); BGHSt 44, 376 (384) („Fall Diestel“); BGHSt 47, 8 (11); BGH wistra 1988, S. 192; BGH wistra 2001, S. 218 (219); siehe auch *Brammsen*, wistra 2009, S. 85 (89); *Kühl*, § 266 Rn. 17a; *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 45; *Nack*, StraFo 2008, S. 277 (278); *Ransiek*, ZStW 116 (2004), S. 634 (659 ff.); *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 146; *Seier*, in: Achenbach/Ransiek, V 2 Rn. 180.

²²⁴*Fischer*, § 266 Rn. 150; *Murmann*, Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in Jura; Siehe auch *Beulke*, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (261).

²²⁵*Murmann*, Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in Jura.

²²⁶Vgl. BGHSt 51, 100 (121). („Fall Kanther“)

²²⁷Vgl. BGHSt 51, 100 (123). („Fall Kanther“)

Berdem kann auch schon das Eingehen solcher Gefahren eine Pflichtverletzung sein, die zu diffus und abstrakt sind um sie schon als schadensgleiche Vermögensgefährdungen einordnen zu können.

Ebenso wie die Fülle potenzieller Pflichtverletzungen kaum überblickt werden kann, weil jedes dem Vermögensinhaber gegenüber wirksame Rechtsgeschäft als Missbrauch und sogar jedes tatsächliche Verhalten als Treubruch in Frage kommt, sind die möglichen einen Vermögensnachteil darstellenden Konstellationen kaum überschaubar. Auf sie soll daher auch nicht weiter eingegangen werden. Vermögensnachteile spielen für die vorliegende Untersuchung nur insofern eine Rolle, als unter Umständen aus ihrer Herbeiführung auf eine Pflichtverletzung geschlossen werden kann („allgemeines Schädigungsverbot“; dazu unten Kap. 1 C I 3 und D II 1). Schon an dieser Stelle kann aber darauf hingewiesen werden, dass die Feststellung eines wirtschaftlichen Schadens, also eines Vermögensnachteils i.S.d. § 266 StGB in den hier zu erörternden Fällen der Abweichung von Kodexbestimmungen bzw. von § 161 AktG in tatsächlicher Hinsicht problematisch ist.²²⁸ Zusätzlich dogmatisch besonders verworren sind Fälle, bei denen ein solcher Schaden in einem Haftungsschaden der Gesellschaft besteht, also in einer Verpflichtung der AG gegenüber Dritten aufgrund eines Organverhaltens.²²⁹

V. Verhältnis von Pflichtverletzung und Vermögensbetreuungspflicht

Es wurde bereits festgestellt, dass ein Treubruch gegeben ist, soweit der Träger einer Vermögensbetreuungspflicht schädigende Handlungen vornimmt, die den gegenüber dem Vermögensinhaber bestehenden Pflichten widersprechen und dass der Missbrauchstatbestand als *lex specialis* Platz greift, soweit ein solcher Widerspruch durch für den Treugeber wirksame rechtsgeschäftliche Handlungen erfolgt. Auch wurde bereits gesagt, dass die Bezeichnung derartiger Verhaltensweisen als „Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht“ ungenau ist: Hierauf ist noch näher einzugehen. Es handelt sich um eine stark vergrößernde Umschreibung. Denn die Vermögensbetreuungspflicht ist schon dann als Ganze „verletzt“, wenn nur eine einzige durch § 266 StGB sanktionierte zum Pflichtenprogramm gehörende Verhaltensanforderung verletzt wird. Jede Verletzung einer zum Pflichtenprogramm

²²⁸*Sester*, in: Spindler/Stilz, § 161 Rn. 59 betont, dass bei fehlerhafter oder ganz fehlender Entsprechenserklärung lediglich ein unmittelbarer Schaden für die Gesellschaft schwer vorstellbar und beweisbar ist; vgl. auch *Claussen/Brücker*, DB 2002, S. 1199 (1205). Ähnlich auch *Lutter*, ZHR 166 (2002), S. 523 (526), der behauptet, es werde häufig aus einem nachteiligen Verhalten von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern im Zusammenhang mit dem Kodex kein Schaden entstehen bzw. kein adäquat-kausaler Zusammenhang zwischen diesem Verhalten und dem Schaden vorliegen. Zu dieser Problematik *Seibt*, AG 2002, S. 249 (254).

²²⁹So sieht z.B. *Sester*, in: Spindler/Stilz, § 161 Rn. 59 die Möglichkeit eines solchen „Haftungsschadens“ der AG über § 31 BGB, der dann wiederum zur Innenhaftung soll führen können.

gehörenden Anforderung ist (potenziell)²³⁰ eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue.

Dennoch sind die Voraussetzungen Vermögensbetreuungspflicht und Pflichtverletzung strikt auseinanderzuhalten, wenn Klarheit darüber gewonnen werden soll, was der Inhalt des Pflichtverletzungsmerkmals ist.²³¹ Grundlegend für die adäquate dogmatische Erfassung des Pflichtverletzungsmerkmals ist die Erkenntnis, dass die insofern verletzten Einzelpflichten nicht im Wortsinn des § 266 StGB verankert sind. Denn mit der „Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen“ ist nicht die verletzte Einzelpflicht gemeint, sondern die gesamte aus dem Treueverhältnis resultierende Pflichtenstellung, welche den Treuehmer zum tauglichen Untreuetäter werden lässt und deren Vorliegen aus der Bewertung der faktischen Herrschaftsmacht des Treuehmers folgt.²³²

Der Gesetzgeber hat also einen ganz ungewöhnlichen Weg gewählt: Er hat das tatbestandsmäßige Verhalten ganz abstrakt als Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht unter Verursachung eines Schadens beschrieben, ohne auch nur im Geringsten zu erklären, wann die Vermögensbetreuungspflicht denn verletzt ist. Er hat sich vielmehr darauf beschränkt (überflüssiger Weise), anzugeben, aus welchen Quellen Regeln für das Verhältnis folgen können. Um zu erfahren, wann eine Pflichtverletzung vorliegt, wann also die Vermögensbetreuungspflicht pervertiert oder „verletzt“ ist, muss man aber wiederum Schlüsse aus den Eigenschaften ziehen, die eine Vermögensbetreuungspflicht ausmachen²³³, weil ohne einen solchen Rückbezug nicht beurteilt werden kann, welche Regelverletzungen schon die Grenze zum Strafwürdigen überschreiten. Das liegt daran, dass nur ein solches Verhalten den untreuenspezifischen Handlungsunwert verwirklichen kann, das sich als den Interessen des Vermögensinhabers zuwiderlaufende Ausübung der Herrschaftsposition des Täters begreifen lässt.²³⁴

Welche Anforderungen im Einzelnen auf der Primärebene bestehen und somit bei Nichterfüllung zur Untreuestrafbarkeit führen können, ergibt sich nicht aus dem Untreuetatbestand selbst.²³⁵ Der Pflichteninhalt wird von diesem vielmehr vorausgesetzt. Ihn im Tatbestand wiederzugeben, wäre auch unmöglich und zu-

²³⁰Ob sich jede Pflicht als Anknüpfungspunkt für einen Pflichtverletzungsvorwurf eignet, wird noch zu erörtern sein. Diese Frage stellt sich vor allem in Bezug auf sog. „Formalpflichten“. Außerdem ist fraglich, ob Pflichten aus Normen, die nicht das fremde Vermögen zu schützen bestimmt sind, als Anknüpfungspunkt für einen Pflichtverletzungsvorwurf dienen können. Außerdem stellt sich die Frage, inwiefern eine solche Pflicht auf der Vermögensbetreuungspflicht beruhen und ob eine Pflichtverletzung gravierend bzw. evident sein muss. Diese Fragen werden im Folgenden noch zu erörtern sein.

²³¹Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 30.

²³²Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 39; ders., Parteiengesetz, S. 32. Anders Brammsen, wistra 2009, S. 85 (86), der Vermögensbetreuungspflicht und verletzte Einzelpflicht weitgehend gleichsetzt.

²³³Sax, JZ 1977, S. 664 (665).

²³⁴Kindhäuser, in: NK-StGB, § 266 Rn. 3; Lassmann, Stiftungsuntreue (2007), S. 52; Schönemann, in: LK-StGB, § 266 Rn. 1.

²³⁵Kubiciel, NStZ 2005, S. 353 (354).

dem unnötig. Zentral muss die Erkenntnis sein, dass sich die Regeln, bei deren Verletzung eine Pflichtverletzung vorliegt, in erster Linie aus den Vorgaben des Vermögensinhabers, also aus der Treuabrede ergeben.²³⁶ Das liegt daran, dass das geschützte Rechtsgut Vermögen generell zur Disposition seines Inhabers steht²³⁷, und dass kein Bedürfnis besteht, einen vom Vermögensinhaber gewünschten Umgang mit dem Vermögen zu sanktionieren.

Wenig Schwierigkeiten bereiten insofern Fälle, in denen eine natürliche Person konkrete Anweisungen für den Umgang mit ihrem Vermögen erteilt hat. Derartige Verhaltensanweisungen stehen bei der Organuntreue aber zur Beurteilung des Täterverhaltens nicht zur Verfügung.²³⁸ Soweit die Pflichten des Treueverhältnisses nicht durch Einzelanweisungen oder allgemeine vom Treugeber aufgestellte Richtlinien vorgegeben sind, können sie sich aus Rechtsnormen, im Falle der Aktiengesellschaft, die keinen eigenen Willen bilden kann, also insbesondere aus dem Aktiengesellschafts- und Kapitalmarktrecht, aus der Satzung der AG, der Geschäftsordnung des Vorstands oder des Aufsichtsrats oder auch aus Anstellungsverträgen der Organmitglieder ergeben.²³⁹

Allerdings ist mit einem Zuwiderhandeln gegen eine Verhaltensnorm, die aus einem formellen Gesetz, einer Rechtsverordnung, einer öffentlich-rechtlichen Satzung, der Satzung der Gesellschaft, der Geschäftsordnung von Vorstand oder Aufsichtsrat, den Anstellungsverträgen der Vorstandsmitglieder, aber auch ungeschriebenen aber dennoch Geltung beanspruchenden Rechtsnormen, also aus der gesamten Rechtsordnung²⁴⁰ folgen kann, die Frage nach einer Pflichtverletzung im Sinne der Untreue noch nicht beantwortet. Denn weit verbreitet ist insofern die Aussage, dass nicht jede Verpflichtung des Treuenehmers gegenüber dem Treugeber als Anknüpfungspunkt für eine Pflichtverletzung dienen kann, oder dass mit anderen Worten eine solche Pflichtenbeziehung auch minderwertige Pflichten enthalten kann, deren Verletzung nicht zur Untreuestrafbarkeit führt.²⁴¹

Diese Aussage muss im Folgenden auf ihre Stichhaltigkeit überprüft werden. Denn auf der einen Seite soll im Rahmen dieser Untersuchung geprüft werden, ob das Abweichen von den Bestimmungen des Kodex untreuerelevant ist, weil der

²³⁶BGHSt 50, 331 (342 f.) („Fall Mannesmann“); *Brammsen*, wistra 2009, S. 85 (88); *ders.*, ZIP 2009, S. 1504 (1507); *Dittrich*, Vorstandsvergütungen (2005-2006), S. 192; *Fischer*, § 266 Rn. 58; *Hellmann*, ZIS 2007, S. 433 (435 ff.); *Murmann*, Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in Jura; *Rönnau/Hohn*, NSTZ 2004, S. 113 (114); *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 94; *Schwind*, NSTZ 2001, S. 349 (352); *Wäßmer*, Untreue bei Risikogeschäften (1997), S. 32 ff.; *Wessels/Hillenkamp*, Rn. 755.

²³⁷*Murmann*, Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in Jura; *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 94.

²³⁸*Perron*, GA 2009, S. 219 (225).

²³⁹Siehe *Dittrich*, Vorstandsvergütungen (2005-2006), S. 192; *Rönnau/Hohn*, NSTZ 2004, S. 113 (114); *Wessels/Hillenkamp*, Rn. 755.

²⁴⁰*Saliger*, HRRS 2006, S. 10 (14); *ders.*, in: SSW, § 266 Rn. 31.

²⁴¹BGHSt 47, 295 (297 f.); *Brammsen*, wistra 2009, S. 85 (86); *ders.*, ZIP 2009, S. 1504 (1505); *Fischer*, § 266 Rn. 38; *Rönnau/Hohn*, NSTZ 2004, S. 113 (114); *Saliger*, HRRS 2006, S. 10 (18); *ders.*, in: SSW, § 266 Rn. 38.

Pflichtverletzungsbegriff, oder genauer gesagt die als Anknüpfungspunkt dienenden Primärnormen, durch die Kodexbestimmungen konkretisiert werden. Dafür muss natürlich feststehen, welche Normen überhaupt als Anknüpfungspunkte dienen können, da die Konkretisierung insofern ohnehin auszuschheidender Normen irrelevant für die Untreuestrafbarkeit ist. Auf der anderen Seite soll geprüft werden, ob das Abweichen von der Rechtsnorm des § 161 AktG eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue ist, was ersichtlich nicht beurteilt werden kann, ohne zuvor diesen „Filterungsprozess“ abgeschlossen zu haben.

Dass das Handlungsunrecht der Untreue zuweilen als „Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht“ bezeichnet wird, ist also falsch: Die besondere Stellung des Täters zum Vermögen des Treugebers ist selbst keine Pflicht. Vielmehr sind die Pflichten Kehrseite der aus der Stellung folgenden Macht.²⁴² Nicht die Position des Täters, sondern die diese Herrschaftsbeziehung regelnden und ggf. durch § 266 StGB sanktionierten Pflichten werden verletzt, wobei sich das die Norm verletzende Verhalten dann auch als „Verletzung“ des Innenverhältnisses als Ganzes begreifen lässt, da der Treunehmer durch das Verletzen einer einzelnen, aus seiner Position entspringenden Pflicht hinter dem für das Betreuungsverhältnis geltende Pflichtenprogramm zurückbleibt und schützenswerte (ggf. strafrechtlich abzusichernde) Erwartungen des Treugebers enttäuscht.

Die Bewertung einer Handlung des Vermögensbetreuungspflichtigen als „Pflichtverletzung“ lässt also letztlich auch die Vermögensbetreuungspflicht als „verletzt“ erscheinen. Das ist aber nicht entscheidend und der Ausdruck „Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht“ somit irreführend. Denn, wenn festgestellt ist, dass der Täter eine als Vermögensbetreuungspflicht zu wertende Position innehat und dass er somit als sonderpflichtiger Täter in Frage kommt, ist nur noch entscheidend ob der Handlungsunwert des § 266 StGB verwirklicht wurde.

Da sich der Begriff „Vermögensbetreuungspflicht“ als Bezeichnung für das ganze, den Täter letztlich als Sonderpflichtigen qualifizierende Fürsorgeverhältnis jedoch verfestigt hat und er im Schrifttum weitgehend übereinstimmend benutzt wird, soll hier an ihm festgehalten werden. Zum richtigen Tatbestandsverständnis muss dann aber klar sein, dass mit „Vermögensbetreuungspflicht“ nicht eine einzelne zum Pflichtenprogramm gehörende Verhaltenspflicht gemeint ist, sondern die gesamte Beziehung des Vermögensverwalters zum Vermögensinhaber, also bei der Organuntreue das Verhältnis der Organmitglieder zur Aktiengesellschaft.²⁴³

Für das Verhältnis von Pflichtverletzung und Vermögensbetreuungspflicht kann also bisher nur festgehalten werden, dass unabhängig vom Verhältnis der Begehungsformen zueinander, unabhängig von den Anforderungen, die man an die Vermögensbetreuungspflicht stellt und unabhängig von den Voraussetzungen eines Vermögensnachteils der Handlungsunwert der Untreue stets mindestens in einer Überschreitung von Befugnissen im Umgang mit dem fremden Vermögen

²⁴²Beulke, in: FS-Eisenberg (2009); S. 245; Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 10 ff.

²⁴³Rönnau/Hohn, NStZ 2004, S. 113 (114).

besteht.²⁴⁴ Die Verletzung einer Pflicht im Innenverhältnis ist für beide Tatbestandsalternativen Voraussetzung.²⁴⁵ Diese Überschreitung kann grundsätzlich bei jedem Umgang mit dem fremden Vermögen vorliegen.²⁴⁶ Durch die Sonderstellung des Täters als Vermögensbetreuer und die Pflichtverletzung als Tathandlung ist also der Handlungsunwert erfasst. Dieser besteht schlicht in einem „Fehlgebrauch eingeräumter Entscheidungsmacht über fremdes Vermögen“.²⁴⁷

Im Bereich der Unternehmensführung durch Vorstand und Aufsichtsrat, welche stets eine Vermögensbetreuungspflicht in dem oben genannten Sinne inne haben und für die das Vermögen der AG stets fremd im Sinne des § 266 StGB ist, ist somit für die Bejahung des Handlungsunwerts ausschlaggebend, ob die Organmitglieder den für sie geltenden Handlungsrahmen im Umgang mit dem AG-Vermögen überschreiten, indem sie das Programm der für sie geltenden Pflichten missachten. Woher die verletzte Verhaltensnorm stammt und welche Qualität sie haben muss, ist aus dem Gesetzeswortsinn aber ebenso wenig zu entnehmen wie die Anforderungen an die Handlung, die die Pflicht verletzt.²⁴⁸

VI. Verhältnis von Pflichtverletzung und Vermögensnachteil

Aus bereits dargelegten Gründen soll auf spezielle Probleme des Vermögensnachteils im Rahmen dieser Untersuchung nicht im Einzelnen eingegangen werden. Die Struktur des Nachteilsmerkmals und die insoweit entscheidenden Eckpunkte wurden allerdings dennoch angesprochen, da ihr Verständnis für die Erfassung des Pflichtverletzungsmerkmals unabdinglich ist. Denn obwohl die beiden Merkmale (insbesondere in der Rechtsprechung) oft nicht deutlich voneinander abgegrenzt werden, sind Pflichtverletzung und Vermögensnachteil, abgesehen von Ausnahmefällen, strikt voneinander zu trennen. Insoweit ist die eigenständige Funktion der Pflichtverletzung gegenüber dem Vermögensnachteil zu wahren: Die beiden Begriffe sind zwar Bewertungsmaßstäbe derselben Handlung²⁴⁹, unterscheiden sich aber grundlegend in der Bewertungsperspektive. Ob eine Pflichtverletzung vorliegt, hängt davon ab, ob, aus der ex-ante-Perspektive betrachtet, ein unerlaubt riskanter Umgang mit dem fremden Vermögen vorliegt.²⁵⁰ Ob ein Vermögensnachteil vorliegt, hängt davon ab, ob, aus der ex-post-Perspektive betrachtet, der unerlaubt riskante Umgang mit dem fremden Vermögen per Saldo zu einer Vermögenseinbuße geführt hat.

²⁴⁴Brammsen, wistra 2009, S. 85 (86). Vgl. auch Kindhäuser, in: NK-StGB, § 266 Rn. 3.; Kubiciel, NStZ 2005, S. 353 (354).

²⁴⁵Saliger, HRRS 2006, S. 14; ders., in: SSW, § 266 Rn. 30.

²⁴⁶Murmann, Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in Jura.

²⁴⁷Kindhäuser, in: NK-StGB, § 266 Rn. 3. Siehe auch Fischer, § 266 Rn. 24.

²⁴⁸Rönnau, ZStW 119 (2007), S. 887 (903).

²⁴⁹Vgl. Bosch/Lange, JZ 2009, S. 225 (228); Ransiek, ZStW 116 (2004), S. 634 (647).

²⁵⁰Vgl. Fischer, § 266 Rn. 63 m.w.N.

Dass eine gewisse Verschleifung²⁵¹ von Tathandlung und Taterfolg, also von Pflichtverletzung und Vermögensnachteil auftritt, ist ein Strukturproblem des § 266 StGB. Es wird nicht nur häufig von einer Pflichtverletzung auf einen Vermögensnachteil geschlossen, sondern auch von einer Vermögenseinbuße auf eine Pflichtverletzung.²⁵² Daran ist richtig, dass bestimmte Tatsachen unter beide Tatbestandsmerkmale subsumiert werden müssen.²⁵³ Nicht erst eine Frage des Vermögensnachteils durch Gefährdung, sondern bereits der Pflichtwidrigkeit ist z.B. die Beurteilung von Handlungen, die das Risiko mit sich bringen, dass der Treugeber einen Vermögensverlust erleidet, „sog. Risikogeschäfte“.²⁵⁴ Das liegt daran, dass die zur Vermögensbetreuungspflicht gehörenden Aufgaben des Täters häufig (ganz deutlich bei der Kredituntreue) gerade in der Beurteilung von Verlustrisiken bestehen und er unangemessen riskante Geschäfte vermeiden und angemessen riskante Geschäfte vornehmen soll.

Richtigerweise stellen „Risikogeschäfte“ keine eigene Fallgruppe dar, die sich durch eine gesteigerte über das „Übliche“ hinausgehende Gefahr eines Vermögensverlustes²⁵⁵ auszeichnet. Vielmehr ist mit *Hillenkamp*²⁵⁶ und *Waßmer*²⁵⁷ davon auszugehen, dass jedes mit wirtschaftlichen Risiken behaftete Handeln ein Risikogeschäft ist.²⁵⁸ Denn, ob eine Handlung unerlaubt riskant ist, soll ja gerade beurteilt werden und in diese Wertung geht die Risikogröße als Kriterium ein.²⁵⁹ Somit ist jede Entscheidung in wirtschaftlichen Angelegenheiten ein Risikogeschäft.²⁶⁰

Richtig ist, dass es für die Bewertung als erlaubtes oder unerlaubtes Risiko im Einzelfall darauf ankommt, inwiefern sich aus den speziellen Vorgaben des Treugebers eine Begrenzung der Risikoeingehungsbefugnis ergibt.²⁶¹ Welche Risiken erlaubt sind, kann aber nicht generell, sondern nur im Einzelfall festgestellt werden.²⁶² Welche Risiken Organmitglieder börsennotierter Aktiengesellschaften eingehen dürfen und wie sich das Einverständnis des Vermögensinhabers auf die Risikobewertung auswirkt, wird noch zu erörtern sein. Jedenfalls zeigt sich auch an der Figur des Risikogeschäfts, dass die Stellung des Pflichtverletzungsmerkmals im Untreuetatbestand sich deutlich von der des Vermögensnachteils abgrenzen lässt und dass seine Funktion darin besteht, zu bewerten, ob eine von innen heraus auf das Vermögen einwirkende Handlung deshalb als Pervertierung der inter-

²⁵¹Ransiek, ZStW 116 (2004), S. 634 (638); Saliger, ZStW 112 (2000), S. 563 (569, 570); ders., in: SSW, § 266 Rn. 4.

²⁵²Ransiek, ZStW 116 (2004), S. 634 (638); Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 8.

²⁵³Ransiek, ZStW 116 (2004), S. 634 (647).

²⁵⁴Bosch/Lange, JZ 2009, S. 225 (228); Fischer, § 266 Rn. 63 m.w.N.

²⁵⁵Lenckner/Peron, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 20; Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 47.

²⁵⁶Hillenkamp, NStZ 1981, S. 161 (164).

²⁵⁷Waßmer, Untreue bei Risikogeschäften (1997), S. 10.

²⁵⁸So auch Bosch/Lange, JZ 2009, S. 225 (228); Hellmann, ZIS 2007, S. 434.

²⁵⁹Fischer, § 266 Rn. 66; Murmann, Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in Jura.

²⁶⁰Murmann, Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in Jura.

²⁶¹Murmann, Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in Jura.

²⁶²Fischer, § 266 Rn. 66.

nen Machtposition bewertet werden kann, weil sie den für das Verhältnis zum Treugeber geltenden Wertungen widerspricht.

B) Akzessorietät des Pflichtverletzungsmerkmals

Bei der Erkenntnis, dass der Untreuetäter das ihm anvertraute Vermögen von innen heraus durch eine Handlung schädigt, die ihm im Innenverhältnis zum Treugeber nicht erlaubt ist, kann aber nicht stehen geblieben werden, wenn trennscharf herausgearbeitet werden soll, was eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue ist. Sie stellt vielmehr nur den Ausgangspunkt für die weiteren erforderlichen Überlegungen dar. Denn problematisch ist nicht die Feststellung, dass der Täter die Pflichten des Innenverhältnisses verletzt haben muss, sondern die Frage wann eine solche Verletzung vorliegt. Die Frage, wann die Herrschaftsmacht des Täters als pervertiert angesehen werden muss, ist also die Essenz des Pflichtverletzungsmerkmals.

Der Untreuetatbestand gibt hierauf keine Antwort und der Handlungsunwert der Untreue findet im Gesetz keine Einschränkung durch eine griffige Handlungsbeschreibung. Insbesondere die Begehungsform des Treubruchs bleibt besonders blass und konturenlos²⁶³, ist mit anderen Worten unterbestimmt (aber nicht unbestimmt i.S.v. Art. 103 Abs. 2 GG).²⁶⁴ Es ist lediglich die Rede davon, dass der Täter seine Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt. Mit der Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, wird durch den Untreuetatbestand aber nur das Treueverhältnis zwischen Treugeber und Treunehmer als solches beschrieben und nicht die einzelne sanktionierte Handlungsanforderung (siehe oben, Kap. 1 A III).

Die Tatsache, dass eine Verletzung des ganzen Treueverhältnisses, also eine Pervertierung der fremdnützig eingeräumten Herrschaftsmacht, vorliegen muss, gibt weder einen Aufschluss darüber, welche Pflichten im Einzelnen verletzt sein müssen, damit von einer solchen Pervertierung gesprochen werden kann, noch darüber, ob die Handlung, durch die eine Verletzung des Treueverhältnisses erfolgt, eine besondere Qualität haben muss.²⁶⁵ Dieses Problem besteht nicht nur beim Treubruchstatbestand, da auch beim Missbrauchstatbestand entschieden werden muss, ob der Täter sein rechtliches Dürfen überschritten hat.²⁶⁶

Der ganz überwiegende Teil des Schrifttums ist zutreffender Weise der Ansicht, die nähere Konkretisierung der Pflichten im Innenverhältnis habe, abgesehen von ausdrücklichen Anweisungen des Vermögensinhabers, in erster Linie

²⁶³Rönnau, ZStW 119 (2007), S. 887 (903).

²⁶⁴Saliger, HRRS 2006, S. 10 (14).

²⁶⁵Siehe Kubiciel, NStZ 2005, S. 353 (354); Ransiek, ZStW 116 (2004), S. 634 (641); Saliger, HRRS 2006, S. 10 (14).

²⁶⁶Kubiciel, NStZ 2005, S. 353 (354).

durch die Berücksichtigung außerstrafrechtlicher Verhaltensnormen zu erfolgen. Die Untreue sei insoweit akzessorisch an das Primärrecht gebunden.²⁶⁷ Die Pflichten des Trenehmers müssen also außerstrafrechtlichen Pflichtenprogrammen entnommen werden.²⁶⁸ Für Organmitglieder ist die primäre Verhaltensnormquelle das Gesellschaftsrecht.²⁶⁹ Richtiger Weise spricht man also von einer Akzessorietät, insbesondere von einer Zivilrechtsakzessorietät der Untreue.²⁷⁰ Für die Organuntreue ist Beurteilungsmaßstab die Sorgfalt des ordentlichen und gewissenhaften Organmitglieds nach §§ 93 Abs. 1 S. 1, 116 S. 1 AktG²⁷¹, die als das gesamte Pflichtenprogramm der Organmitglieder umfassende Umschreibung angesehen werden kann (dazu und zu den erst durch eine Auffächerung dieses Maßstabs erkennbar werdenden Verhaltenspflichten siehe unten Kap. 1 C).

In diesem Abschnitt soll das Ausmaß der Akzessorietät des Pflichtverletzungsmerkmals aufgezeigt werden. Dabei muss zunächst darauf eingegangen werden, inwiefern schon das Strafrecht als solches akzessorisch zu außerstrafrechtlichen Normen ist. Sodann ist auf die Öffnung speziell des Pflichtverletzungsmerkmals für strafrechtsexterne Normen einzugehen und darzustellen, inwieweit sie den untreuenspezifischen Handlungsunwert konkretisieren, wobei auch auf die immer wieder vorgebrachten Einwände gegen die Inkorporation solcher Normen in den Untreuetatbestand einzugehen ist.

I. Die Natur des Strafrecht als Sekundärrechtsordnung

Die Frage, in welchem Verhältnis das Strafrecht zum Zivilrecht und zum nicht strafrechtlichen öffentlichen Recht steht, ist noch nicht abschließend geklärt.²⁷² Schon *Binding* behauptete, das Strafrecht müsse als akzessorisch zu metastrafrechtlichen Normen angesehen werden.²⁷³ Dies ist insoweit richtig, als Primärrechtsnormen zu schützende Rechtsgüter ausgestalten.²⁷⁴ Man kann es auch so ausdrücken, dass das Strafrecht Verbote nicht begründet, sondern an sie lediglich an-

²⁶⁷ *Beulke*, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (250); *Brammsen*, wistra 2009, S. 85 (86); *Dierlamm*, in: MüKo-AktG, § 266 Rn. 152; *Ignor/Sättele*, in: FS-Hamm (2008), S. 211; *Kubiciel*, NStZ 2005, S. 353 (354); *Mosiek*, wistra 2003, S. 370; *Ransiek*, ZStW 116 (2004), S. 634 (644 ff.); *Rönnau/Hohn*, NStZ 2004, S. 113; *Rönnau*, ZStW 119 (2007), S. 887 (906); *Saliger*, in: SSW, § 266 Rn. 4; *Schlösser/Dörfler*, wistra 2007, S. 326 (328). Vgl. auch *Tiedemann*, AT, § 1 Rn. 5; *ders.*, in: FS-Dünnebier, S. 519 (530).

²⁶⁸ BGHSt 47, 187 (192 ff.) („SSV-Reutlingen“); BGHSt 47, 295 (297 ff.); *Brammsen*, ZIP 2009, S. 1504 (1505); *Dittrich*, Vorstandsvergütungen (2005-2006), S. 31 ff.; *Ignor/Sättele*, in: FS-Hamm (2008), S. 211; *Ransiek*, ZStW 116 (2004), S. 634 (644); *Rönnau/Hohn*, NStZ 2004, S. 113 (114).

²⁶⁹ *Brammsen*, ZIP 2009, S. 1504 (1505).

²⁷⁰ *Brammsen*, ZIP 2009, S. 1504 (1505); *Rönnau/Hohn*, NStZ 2004, S. 113 (114).

²⁷¹ *Saliger*, in: SSW, § 266 Rn. 31.

²⁷² *Dierlamm*, StraFo 2005, S. 397; *Schilba*, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 37.

²⁷³ *Binding*, Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, Handbuch des Strafrechts, (1885), S. 9 f.

²⁷⁴ *Brammsen*, wistra 2009, S. 85 (87); *Dierlamm*, StraFo 2005, S. 397 (398); *Lüderssen*, in: FS-Eser (2005), S. 167; *Schilba*, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 38.

knüpft.²⁷⁵ Denn die Straftatbestände sprechen unmittelbar den Richter an und werden durch den Täter nicht verletzt, sondern verwirklicht. Daher muss die den Täter ansprechende Verhaltensnorm dem Straftatbestand entweder als geschriebenes oder als ungeschriebenes, aber dennoch Geltung beanspruchendes Recht vorausliegen.

Als weiterer Eckpunkt hinzu kommt das Subsidiaritätsprinzip: Für eine Strafe als Rechtsfolge der Verletzung einer Verhaltensnorm auf der Primärebene ist stets erforderlich, dass „ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich“ ist.²⁷⁶ Strafen sind also die „ultima ratio der Sozialpolitik“²⁷⁷. Man kann auch sagen, dass das Strafrecht bloß sekundär für den Schutz von Rechtsgütern zuständig ist.²⁷⁸ Die Straftatbestände sind zum ganz überwiegenden Teil Sekundärnormen, die an die Übertretung außerstrafrechtlicher Normen strafrechtliche Sanktionen anknüpfen, wobei sie zumeist noch weitere strafrechtliche Tatbestandsmerkmale enthalten, so dass sie letztlich nur bestimmte Verhaltensweisen, die als sozial besonders unerträglich angesehen werden, mit Strafe bedrohen, obwohl auch andere Verhaltensweisen durchaus rechtswidrig sind. Hier kommt also der fragmentarische Charakter des Strafrechts deutlich zum Ausdruck.²⁷⁹

Es mag hier dahinstehen, inwiefern dieses Verständnis durch die Entscheidung des 2. Zivilsenats BGH im Fall „Bremer Vulkan“²⁸⁰ in Frage gestellt wird, in der eine zivilrechtliche Existenzvernichtungshaftung auf § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266 StGB gestützt wurde, womit eine Strafrechtsakzessorietät des Zivilrechts im Raum steht. Dass hiermit wirklich eine zivilrechtliche Haftung an die Verletzung einer autonom strafrechtlich begründeten Norm geknüpft wurde²⁸¹, ist alles andere als ausgemacht. Vielmehr verhält es sich so, dass dieselbe (gesellschaftsrechtliche) Primärverhaltensnorm, die Anknüpfungspunkt für eine Untreuestrafbarkeit wäre, das für § 823 Abs. 2 BGB erforderliche Schutzgesetz darstellt und nicht etwa ein wie auch immer aus dem Untreuetatbestand selbst gewonnenes Existenzvernichtungsverbot. Somit liegt auch hier eine akzessorische Begründung der Pflichtwidrigkeit vor. Das basiert auf dem Gedanken, dass bei einer zivilrechtli-

²⁷⁵Murmann, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht (2003), S. 307 ff.; ders., Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in Jura. Siehe auch Lüderssen, in: FS-Eser (2005), S. 163.

²⁷⁶BVerfGE 88, 203 (258); BVerfGE 96, 10 (25).

²⁷⁷Roxin AT I, § 2 Rn. 97 ff. m.w.N.

²⁷⁸Dierlamm, StraFo 2005, S. 397 (398); Lüderssen in: FS-Eser (2005), S. 163 (167 ff.); Schilba, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 39 m.w.N.

²⁷⁹Schilba, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 42 m.w.N.

²⁸⁰BGHZ 149, 10. („Bremer Vulkan“). Diese Rechtsprechung ist mittlerweile durch die sog. „Trihotel-Entscheidung“ wieder in Frage gestellt worden, in der der 2. Zivilsenat des BGH die Haftung für die Existenzvernichtung auf § 826 BGB gestützt hat, BGH NJW 2007, S. 2689.

²⁸¹So versteht wohl die h. M. im Schrifttum die Entscheidung, vgl. Schilba, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 39 m.w.N.

chen Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit einem Strafgesetz die Strafnorm nur mittelbar das Schutzgesetz bildet, indem sie selbst eine Primärnorm zwar nicht enthält, sie aber voraussetzt.²⁸²

Es mag sein, dass dem Strafrecht in Bereichen, in denen es an einer hohen Dichte ausdrücklicher außerstrafrechtlicher Regelungen fehlt, die Funktion zukommt, der Handlungsfreiheit Grenzen zu setzen.²⁸³ Dies könnte z.B. bei der Nichtanzeige geplanter Straftaten der Fall sein. Aber erstens lässt sich auch in diesen Fällen sagen, dass das Strafrecht die Verhaltensnormen nicht konstituiert, sondern voraussetzt und zweitens stellt ein vereinzelt Abstellen auf „autonom strafrechtliche“ Ge- oder Verbotsnormen die grundsätzlich akzessorische Natur des Strafrechts nicht in Frage.²⁸⁴ Denn auch wenn ausnahmsweise eine Strafnorm selbst die Verhaltensanweisungen enthält, ist das beim ganz überwiegenden Teil der Übrigen nicht der Fall.

Im Bereich der Strafbarkeit von Organmitgliedern von einer „strafrechtsgestaltenden Kraft des Gesellschaftsrechts“ zu sprechen²⁸⁵ geht nicht weit genug. Das Gesellschaftsrecht gestaltet hier das Strafrecht nicht bloß, sondern ganz überwiegend dient das Strafrecht nur der Sanktionierung von Verhaltensnormen, die auf der Ebene des Gesellschaftsrechts liegen und inhaltlich völlig unabhängig vom Strafrecht sind. Die außerstrafrechtlichen Normen sind auch nicht nur „Erkenntnisquelle“ und haben auch nicht nur einen „richtungsweisenden Charakter für die Statuierung der strafrechtlichen Verhaltensbestimmungen“. Sie sind vielmehr Rechtsquelle und enthalten selbst die Verhaltensbestimmung, an die das Strafrecht nur anknüpft, da es so etwas wie strafrechtliche Verhaltensbestimmungen grundsätzlich nicht gibt.

Somit geht es auch nicht weit genug, zu sagen, die Verhaltensnormen dürften „nicht von einem Rechtsgebiet zum anderen divergieren“²⁸⁶. Zu einer Divergenz kann es mangels eigener strafrechtlicher Verhaltensnormen schon gar nicht kommen. Die außerstrafrechtlich vorliegenden Wertentscheidungen sind im Rahmen der strafrechtlichen Würdigung nicht nur zu berücksichtigen²⁸⁷, sondern unmittelbar zu übernehmen. Das Strafrecht ist somit nicht eigentlich in der „Selektion und Begründung strafwürdiger und strafbedürftiger Verhaltensweisen“ selbständig.²⁸⁸ Denn es kann bei der Sanktionierung von Verhaltensweisen grundsätzlich nur aus denjenigen wählen, die auf Primärebene verboten sind und an die Verletzung des außerstrafrechtlich schon feststehenden Verhaltensnormverstoßes eine eigene strafrechtliche Rechtsfolge knüpfen.

²⁸² *Deutsch*, in: FS-Schreiber (2003), S. 43 ff.; *Lüderssen*, in: FS-Eser, 2005, S. 163 (169).

²⁸³ *Schilba*, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 39.

²⁸⁴ *Lüderssen*, in: FS-Eser (2005), S. 169; *Schilba*, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 40.

²⁸⁵ *Schilba*, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 40.

²⁸⁶ *Schilba*, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 42.

²⁸⁷ *Schilba*, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 41.

²⁸⁸ *Schilba*, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 41 f.

II. Das Pflichtverletzungsmerkmal als Einfallstor außerstrafrechtlicher Wertungen

Dass Straftatbestände von außerstrafrechtlichen Pflichten abhängen, ist also nichts Besonderes. Diese Abhängigkeit tritt bei Blanketttatbeständen deutlicher hervor als bei Tatbeständen mit stark normativen Tatbestandsmerkmalen. Das Merkmal Pflichtverletzung ist ein solches hochnormatives Tatbestandsmerkmal²⁸⁹ und für Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder ergeben sich die entsprechenden Pflichten aus dem Organverhältnis. Daraus, dass der Untreuetatbestand nichts darüber aussagt, welche Pflicht des Innenverhältnisses verletzt sein muss und stattdessen lediglich Gesetz, behördlichen Auftrag, Rechtsgeschäft und Treueverhältnis als Quellen solcher Pflichten aufzählt, folgt, dass der Untreuetatbestand sich theoretisch akzessorisch zur gesamten Rechtsordnung verhalten könnte.²⁹⁰ Ob dies wirklich der Fall ist, ist also zu prüfen.

1. Konkretisierung des Pflichtverletzungsmerkmals durch außerstrafrechtliche Normen

Es wurde festgestellt, dass für eine Pflichtverletzung, sei sie ein Missbrauch, sei sie ein Treubruch, stets eine Verletzung einer Pflicht im Innenverhältnis von Treunehmer und Treugeber vorausgesetzt ist und dass der Untreuetatbestand über diese Verletzung keine Auskunft gibt. Neben der Offenheit der Begriffe „Nachteil“ und „dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat“ ist die Vagheit der Begriffe „Befugnis...missbraucht“ und „Pflicht...verletzt“ dementsprechend der hauptsächliche Grund für die Offenheit des Gesamttatbestandes für die verschiedensten Formen wirtschaftlich relevanten Handelns und somit auch der eigentliche Grund für die verfassungsrechtlichen Zweifel an § 266 StGB.

Es wird häufig behauptet, § 266 StGB weise so unklare Konturen auf, dass man kaum beurteilen könne, welches Verhalten, dem Tatbestand unterfällt und welches nicht.²⁹¹ In eine ähnliche Richtung geht die Beobachtung einer Tendenz, beinahe jede als „treuwidrig“ oder „inkorrekt“ empfundene Verhaltensweise im Wirtschaftsleben könne mit Untreue in Verbindung gebracht werden.²⁹² Teilweise wird der Untreuetatbestand sogar vor dem Hintergrund des Bestimmtheitsgebots aus Art. 103 Abs. 2 GG als verfassungswidrig angesehen.²⁹³ Besonders verbreitet ist die Forderung, das Tatbestandsmerkmal Pflichtverletzung müsse restriktiv

²⁸⁹*Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 153; a.A. *Deiters*, ZIS 2006, S. 152 (159): „Blankett“; *Lüderssen*, in: FS-Schröder (2006), S. 569 ff.; *Nelles*, Untreue zum Nachteil von Gesellschaften (1991), S. 505 („Blankett“); *Sax*, JZ 1977, S. 663 (664). Gegen die Einordnung als Blankett *Kubicjel*, NStZ 2005, S. 353 (357). Da diese Unterscheidung allerdings vornehmlich für Irrtumsfragen relevant ist, soll darauf nicht näher eingegangen werden.

²⁹⁰So *Saliger*, HRRS 2006, S. 10 (14).

²⁹¹*Beulke*, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (246 f.); *Kubicjel*, NStZ 2005, S. 353; *Perron*, GA 2007, S. 219 (223 ff.).

²⁹²*Beulke*, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (246). Vgl. auch *Kubicjel*, NStZ 2005, S. 353 ff.

²⁹³*Dierlamm*, in: MüKo-StGB, § 266 Rn. 3.

ausgelegt werden²⁹⁴, die jedoch teilweise ein bloßes Lippenbekenntnis zu sein scheint.

Problematisch ist, dass im Grunde das Handlungsunrecht schlicht und einfach als eine Pflichtverletzung beschrieben wird, ohne dass im Einzelnen aus dem Gesetzestext entnommen werden kann, wann eine solche vorliegt. Auf eine Handlungsumschreibung wurde vollständig verzichtet. Auch hierin liegt also eine Parallele zu § 13 StGB, der zur Unterlassungsstrafbarkeit führt, wenn der Unterlassende eine Garantenstellung hatte und im konkreten Fall eine seiner Garantenpflichten verletzt hat. Und auch eine Parallele zum Fahrlässigkeitsdelikt lässt sich ziehen.²⁹⁵ Dort wird eine Sorgfaltspflichtverletzung vorausgesetzt. Wann eine Sorgfaltspflicht als verletzt anzusehen ist, ergibt sich aber auch hier nicht aus dem Strafgesetz. Bei §§ 13, 15 und 266 StGB werden also Verletzungen von Pflichten für strafbar erklärt, die strafrechtsextern sind. Sanktioniert wird die Befolgung von Verhaltensnormen. Diese können in geschriebenen Gesetzen festgelegt sein, müssen es aber nicht.²⁹⁶

Die Untreue unterscheidet sich dadurch von den meisten Straftatbeständen des StGB, dass sie auf der Ebene des Handlungsunrechts beim Treubruchstatbestand keine weiteren strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale enthält, sondern anscheinend schlicht eine Pflichtverletzung ausreichen lässt. Besonders problematisch, aber auch nicht problematischer als bei §§ 13 und 15 StGB ist im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG, dass die Fülle möglicher Pflichtverletzungen unüberschaubar ist, zumal die Pflichten sich aus dem Zivilrecht und dem Öffentlichen Recht ergeben können, teils in geschriebenen Gesetzen aufgestellt sind oder, obwohl sie ungeschrieben sind, als von den Gesetzen vorausgesetzte Verhaltensnormen gelten.

Die Verwandtschaft von § 266 und § 15 StGB mag auf den ersten Blick verwundern, weil es sich bei der Untreue um ein Vorsatzdelikt handelt. Die Gemeinsamkeit besteht darin, dass die (potenziellen) Täter sich jeweils ständig in einer Übergangszone zwischen erlaubt und unerlaubt riskantem Verhalten bewegen. Das ist bei „klassischen“ Vorsatzdelikten im Sinne von Verletzungsdelikten nicht der Fall. Wer, wie z.B. beim Totschlag oder der Körperverletzung, ein Rechtsgut verletzen will, wird sich normalerweise eines effizienten Mittels bedienen und auf diese Art und Weise eine eindeutig missbilligte Gefahr für das Rechtsgut schaffen. Bei der Organuntreue steht aber häufig nicht die Schädigung des Unternehmensvermögens im vordergründigen Interesse des Organmitglieds, sondern andere Ziele, wie etwa die eigene Bereicherung oder unter Umständen sogar die Förderung des Unternehmens durch lukrative, aber riskante Geschäfte. Hier bedient

²⁹⁴BVerfG NJW2009, S. 2370; *Dierlamm*, in: MüKo-StGB, § 266 Rn. 5; *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 22; *Rönnau*, ZStW 119 (2007), S. 887 (909); *Saliger*, HRRS 2006, S. 10 (17 ff.); *ders.*, in: SSW, § 266 Rn. 4.

²⁹⁵Siehe *Perron*, GA 2009, S. 219 (225).

²⁹⁶*Ransiek*, ZStW 116 (2004), S. 634 (645) m.w.N.

sich der Täter oft keines zur Schädigung des Rechtsgutes, sondern zur Erreichung anderer Zwecke (zumindest vermeintlich) effizienten Mittels und geht dabei bald ein rechtlich tolerables, bald ein verbotenes Risiko ein. Die vorwerfbare Eingehung nicht mehr tolerabler Risiken zur Erreichung außerhalb des Rechtsguts liegender Zwecke ist aber auch gerade das Charakteristikum des Fahrlässigkeitsdelikts, so dass die strukturelle Verwandtschaft von Untreue- und Fahrlässigkeitsstrafbarkeit nicht weiter verwundern kann.

Es ist nun aber keinesfalls der Fall, dass kaum beurteilt werden könnte, welche Verhaltensweisen den Untreuetatbestand verwirklichen. Insofern ist *Ransiek* Recht zu geben, der feststellt, dass § 266 StGB sehr wohl einer restriktiven Auslegung zugänglich ist, wenn man sich nur zunächst an den Inhalt des Pflichtverletzungsmerkmals durch die Suche nach einer einschlägigen Primärnorm des einschlägigen Fachrechts annähert und durch Auslegung von Vertrag, Gesetz und anderen Rechtsnormen bestimmt, wozu der Täter überhaupt verpflichtet ist.²⁹⁷ Überzeugend ist auch *Ransieks* Vergleich der Untreue mit der Steuerhinterziehung nach § 370 AO: Auch diese Norm ist, isoliert betrachtet, nichtssagend, weil sie als zentrales Merkmal eine Steuerverkürzung, also das Zurückbleiben der Ist-Steuer hinter der Soll-Steuer voraussetzt, die ohne Anwendung einzelner Steuernormen nicht geprüft werden kann.²⁹⁸

Man kann es auch so ausdrücken, dass § 266 StGB aus dem außerstrafrechtlichen Bereich den Regelungseffekt der Feststellung einer Pflichtverletzung übernimmt und ihn dann ggf. unter Berücksichtigung strafrechtsdogmatischer Besonderheiten „weiterverarbeitet“. ²⁹⁹ Somit ist die Vorgehensweise durch die Natur des Strafrechts als Sekundärrechtsordnung vorgegeben: Zunächst muss eine außerstrafrechtliche Norm gesucht werden, gegen die verstoßen wurde, um diesen Verstoß sodann durch einen „strafrechtlichen Filterprozess“ auf seine Subsumierbarkeit unter das Straftatbestandsmerkmal Pflichtverletzung zu untersuchen. Die Schwierigkeit besteht zum Einen darin, die richtigen „Filter“ anzuwenden und zum Anderen in der Behandlung von Fällen, für die sich scheinbar keine außerstrafrechtliche Primär- oder Verhaltensnorm findet, die das in Frage stehende Verhalten regelt.

2. *Eigenständig strafrechtliche Begriffsbildung?*

Das primäre Abstellen auf primärrechtliche Norminhalte bei der Interpretation des Pflichtverletzungsmerkmals entspricht der Vorgehensweise der herrschenden Meinung im Schrifttum und der ständigen Rechtsprechung, was wenig überraschend ist, da man sich ansonsten fragen müsste, worauf denn sonst abgestellt werden sollte, um erlaubtes und unerlaubtes Risiko voneinander zu trennen. Ins-

²⁹⁷So die Gesamtkonzeption von *Ransiek*, ZStW 116 (2004), S. 634 (641f.).

²⁹⁸*Ransiek*, ZStW 116 (2004), S. 634 (645).

²⁹⁹*Rönau*, ZStW 2007, S. 887 (905).

besondere vermeidet man durch die primäre Berücksichtigung der Fachnormen von vornherein die Gefahr einer strafrechtlichen Bewertung, die im Widerspruch zum Primärrecht steht, insbesondere die Sanktionierung einer auf Primärebene ausdrücklich erlaubten Verhaltensweise. Auch aus dem Gesichtspunkt der reinen Praktikabilität ist kaum einzusehen, warum man die Primärregeln unbeachtet lassen sollte, da sie häufig konkrete Handlungsanweisungen liefern und somit zur Bestimmtheit des Pflichtverletzungsmerkmals beitragen.

Dennoch wird im Schrifttum teils eine derart an außerstrafrechtlichen Regeln orientierte Auslegung des Untreuetatbestands abgelehnt und eine eigenständig strafrechtliche Begriffsbildung bevorzugt.³⁰⁰ Es wird insoweit betont, der Untreuetatbestand selbst enthalte die wesentliche Beschreibung des verbotenen Verhaltens.³⁰¹ Diese Beschreibung erfolge durch Umschreibung der Pflichtenstellung des Täters und die Begriffe „verletzt“ und „missbraucht“, welche Tatbestandsmerkmale seien, die strafrechtsspezifisch ausgelegt werden könnten und müssten.³⁰² Insbesondere wird betont, die Tatbestandsvoraussetzungen ergäben sich nicht „allein aus der einseitigen Inkorporation fremder Norminhalte, sondern aus dem Zusammenwirken von außerstrafrechtlichen Pflichten und dem Vermögensschutz bezweckenden § 266 StGB“.³⁰³ Zur Begründung der so verstandenen Eigenständigkeit der Tatbestandsmerkmale des § 266 StGB wird auch angeführt, im Gegensatz zu den (mittlerweile nicht mehr geltenden) untreuähnlichen Straftatbeständen des Gesellschaftsrechts, die nur von einem „Handeln zum Nachteil der Gesellschaft“ sprachen, enthalte der Untreuetatbestand eine Konkretisierung des Handlungsunwertes nicht nur durch die Umschreibung der Vermögensbetreuungspflicht, sondern auch der Verletzungshandlung, und zwar durch die Begriffe „verletzt“ und „missbraucht“.³⁰⁴

Auftrieb gegeben hat dieser Ansicht die in der Rechtsprechung des BGH aufgetauchte Figur der „gravierenden Pflichtverletzung“ (dazu unten Kap. 1 D IV), bei der von einer „Gesamtschau insbesondere gesellschaftlicher Kriterien“ zur Prüfung der Pflichtwidrigkeit die Rede war.³⁰⁵ Hierzu wird nun vorgebracht, dass im Rahmen dieser Gesamtschau das Gesellschaftsrecht nur „eine Seite der Medaille“ sei und eine „konturenscharfe Unrechtsgravur“ des § 266 StGB erst vorliege, wenn die außerstrafrechtlichen Pflichten strafrechtlich gewürdigt und gewisse Pflichten als strafrechtlich unerheblich zurückgewiesen werden.³⁰⁶ Nach diesem Konzept dürfe der Begriff der „gravierenden Pflichtverletzung“ keinesfalls so verstanden werden, dass eine solche (schon) vorliegt, wenn eine gesellschafts-

³⁰⁰Kubicziel, NStZ 2005, S. 353 (357).

³⁰¹Brammsen, wistra 2009, S. 85 (88); ders., ZIP 2009, S. 1504 (1507); Kubicziel, NStZ 2005, S. 353 (357).

³⁰²Brammsen, wistra 2009, S. 85 (88); Kubicziel, NStZ 2005, S. 353 (357).

³⁰³Kubicziel, NStZ 2005, S. 353 (357)

³⁰⁴Kubicziel, NStZ 2005, S. 353 (357).

³⁰⁵BGHSt 47, 187 (197) („SSV-Reutlingen“).

³⁰⁶Kubicziel, NStZ 2005, S. 353 (357).

rechtliche Pflicht in schwerwiegender Weise verletzt wurde.³⁰⁷ Denn dies habe die Konsequenz, dass der eigenständige Unrechtsgehalt des § 266 StGB geleugnet wird und dass auch nichtvermögenschützende außerstrafrechtliche Pflichten zu Unrecht am Schutz durch den Untreuetatbestand teilhaben (dazu unten Kap. 1 C I 3 und D II). Dies führe letztlich dazu, dass die Untreue zu Zwecken funktionalisiert werden kann, die über den Vermögensschutz weit hinausgehen.³⁰⁸

Die auf den ersten Blick gravierend erscheinenden Differenzen zwischen den Vertretern einer akzessorischen Perspektive und denen der eigenständig strafrechtlichen Begriffsbildung relativieren sich bei einem richtigen Verständnis der zivilrechtsakzessorischen Perspektive: Das Argument, dass durch die einseitige Berücksichtigung gesellschaftsrechtlicher Pflichten auch nichtvermögenschützende außerstrafrechtliche Pflichten zu Unrecht am Schutz durch den Untreuetatbestand teilhätten, steht einem primären Abstellen auf das außerstrafrechtliche Fachrecht nicht entgegen. Eine mit der Suche nach außerstrafrechtlichen Normen beginnende Interpretation lässt selbstverständlich Raum für Vorgaben, nach welcher Art von außerstrafrechtlicher Pflicht gesucht werden soll. Darin besteht ja gerade der sich an die Suche nach außerstrafrechtlichen Normen anschließende Filterungsprozess.

So könnte man z.B. unter Umständen verlangen, dass nur solche außerstrafrechtlichen Pflichten in Frage kommen, die das Vermögen des Treugebers (unmittelbar) schützen sollen oder wenigstens für das Vermögen relevant sind.³⁰⁹ Ob diese spezielle Einschränkung wirklich zu fordern ist, steht auf einem anderen Blatt und die Frage wird noch zu erörtern sein (siehe unten Kap. 1 D II). Zum „Herausfiltern“ kann es auch gehören, nur solche Pflichten für § 266 StGB ausreichen zu lassen, die in engem Zusammenhang mit der Vermögensbetreuungspflicht des Täters stehen. Auch das wird zu erörtern sein (siehe unten Kap. 1 D I). Welche Kriterien man im Einzelnen anwenden muss, ist auch durchaus unklar und umstritten.

Dies hindert aber nicht eine Vorgehensweise, deren erster Schritt in der Berücksichtigung der Primärnormebene besteht. Es muss also nicht jede Primärpflicht zwangsläufig tauglicher Anknüpfungspunkt für den Pflichtverletzungsvorwurf sein können, sondern es ist möglich, dass der Untreuetatbestand bestimmte Anforderungen an Pflichten stellt, damit sie sich für eine solche Anknüpfung qualifizieren. Eine zivilrechtsakzessorische Ansicht geht nicht mit dem Vorhaben einher, dass die Voraussetzungen des § 266 StGB sich allein aus einseitiger Inkorporation außerstrafrechtlicher Normen ergeben sollen, sondern basiert lediglich

³⁰⁷Kubiciel, NSTZ 2005, S. 353 (357). So aber Kühnl, § 266 Rn. 20b.

³⁰⁸Kubiciel, NSTZ 2005, S. 353 (357). Vgl. auch Brammssen, wistra 2009, S. 85 (87) und ders., ZIP 2009, S. 1504 (1506).

³⁰⁹Vgl. Ransiek, ZStW 116 (2004), S. 634 (672): „Aus strafrechtlicher Sicht kann man zumindest festhalten, dass es sich bei Normen aus anderen Rechtsgebieten, die den Pflichtenumfang des § 266 StGB bestimmen, um solche handeln muss, die überhaupt dem Schutz des Vermögens des Betreuten dienen, nicht um irgendwelche sonstigen Pflichten.“

darauf, dass allein von § 266 StGB und der strafrechtlichen Auslegung dieser Norm „nicht viel zu erwarten“ ist.³¹⁰

Wollte man mit der strafrechtsspezifischen Auslegung der Begriffe „verletzt“ und „missbraucht“ in § 266 StGB ernst machen, wäre auch nicht einzusehen, warum man sich bei der Subsumtion unter diese Norm um die Verletzung des Gesellschaftsrechts überhaupt kümmern sollte. Es vermag also nicht zu überzeugen, wenn die Verfechter eines eigenständig strafrechtlichen Pflichtverletzungsbegriffs die Prüfung fordern, ob eine Primärnormverletzung „für das Strafrecht gravierend“ sei.³¹¹ Denn, wenn die Begriffe „verletzt“ und „missbraucht“ entscheidend sein sollen, in denen ja eine Verletzung des Gesellschaftsrechts nicht vorkommt, müsste man die zivilrechtliche Pflichtverletzung gänzlich als für die Untreue irrelevant ansehen, anstatt sie unter spezifisch strafrechtlichen Gesichtspunkten weiterzuverarbeiten. Nur dies entspräche dem Verständnis, dass § 266 StGB eine Handlungsumschreibung enthält.

Außerdem spricht gegen eine Abkopplung von der Primärebene, wie oben bereits erwähnt, dass sogar die eine solche befürwortenden Autoren sich weitgehend darüber einig sind, dass ausdrücklich durch Normen des außerstrafrechtlichen Rechts erlaubte Verhaltensweisen keinesfalls Pflichtverletzungen im Sinne der Untreue sein können (dazu unten Kap. 1 B III 1). Zur Wahrung der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung soll dies auch ihrer Ansicht nach verhindert werden.

Führt man aber die außerstrafrechtliche Bewertung des Täterverhaltens als pflichtgemäß bzw. pflichtwidrig als begrenzendes Prinzip ein, ist nicht einzusehen, warum die Begründung der Strafbarkeit von dieser Wertungsebene völlig losgelöst sein soll. Vielmehr liegt es doch nahe, die Wertungen des Primärrechts in beiderlei Richtung zu berücksichtigen und an sie anzuknüpfen. Hierfür spricht auch der Grundsatz, dass die Rechtsordnung auch auf eine gewisse Praktikabilität und nicht nur auf Gerechtigkeit angewiesen ist: Auf bis ins Kleinste ausdifferenzierte Verhaltensnormen zurückzugreifen, dürfte vor allem im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot zu viel mehr Rechtssicherheit führen als eine strafrechtsautonome Auslegung des Untreuetatbestands.

Gegen die Anknüpfung an außerstrafrechtliche Primärnormen lässt sich schließlich auch nicht überzeugend einwenden, das außerstrafrechtlich Pflichtwidrige lasse sich häufig nicht vom Pflichtgemäßen trennen, was im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot problematisch sei.³¹² Die Prämisse ist zwar durchaus richtig, da gerade im Bereich des hier vornehmlich interessierenden Gesellschaftsrechts häufig umstritten ist, welche Anforderungen sich aus den Primärnormen im Einzelnen ergeben. Daher wird auch noch darauf eingegangen werden, was es für das Pflichtverletzungsmerkmal bedeutet, wenn nach einer „vertretbaren“ Interpretati-

³¹⁰Ransiek, ZStW 116 (2004), S. 634 (646).

³¹¹Kubiciel, NStZ 2005, S. 353 (357).

³¹²Kubiciel, NStZ 2005, S. 353 (355).

on einer solchen Norm das Täterverhalten schon nicht pflichtwidrig ist (siehe unten Kap. 1 D V 1). Aber hieraus zu folgern, es sei nicht primär auf die außerstrafrechtlichen Verhaltensnormen abzustellen, sondern auf eine strafrechtsautonome Auslegung der Begriffe „verletzt“ und „missbraucht“, vermag nicht zu überzeugen. Denn die Subsumtion einer gesellschaftsrechtlich umstrittenen Verhaltensweise unter diese Begriffe ist mit keinem Gewinn an Gesetzesbestimmtheit verbunden. Vielmehr dürfte ebenso erbitterter Streit darüber herrschen, ob eine solche Verhaltensweise schon als „Missbrauch“ oder „Verletzung“ der Vermögensbetreuungspflicht angesehen werden kann, so dass die Sachfragen nicht erledigt, sondern nur auf eine andere Ebene verschoben werden. Somit kippt man das Kind mit dem Bade aus, wenn man die Primärebene unberücksichtigt lässt.

3. Zum Verdikt der Unbestimmtheit des Untreueatbestandes i.S.v. Art. 103 Abs. 2 GG

Es ist daher festzuhalten, dass die Bestimmung des Pflichtverletzungsmerkmals mit der Begutachtung der Primärnormebene zu beginnen hat. Ob zusätzliche strafrechtsspezifische Voraussetzungen vorliegen müssen, damit eine Pflichtverletzung vorliegt, ist eine andere Frage (dazu unten Kap. 1 D). Schon an dieser Stelle kann jedoch partiell auf die Behauptung eingegangen werden, § 266 StGB sei in verfassungswidrigem Maße unbestimmt. Zwar ist die Strafvorschrift durch die Akzessorietät zu außerstrafrechtlichen Normen, isoliert betrachtet, wenig bestimmt. Eine verfassungsgemäße Auslegung ist aber möglich.³¹³

Eines der Ziele des Bestimmtheitsgebots ist Vorhersehbarkeit von Strafe.³¹⁴ Das verbotene Verhalten muss für den Normadressaten erkennbar sein.³¹⁵ Dadurch soll ihm wenigstens das Risiko strafbaren Verhaltens bewusst werden können.³¹⁶ Die Verdeutlichung des Strafbarkeitsrisikos wird bei der Untreue in entscheidendem Maße durch die Einengung des Täterkreises auf Vermögensbetreuungspflichtige, also fremdnützig in fremden Vermögensangelegenheiten Tätige mit nicht ganz unerheblichem Entscheidungsspielraum, geleistet. Für derartige Rechtsunterworfenen ist schon ihre exponierte Stellung ein deutliches Warnsignal der potenziellen Untreuestrafbarkeit. Soweit als Anknüpfungspunkt für den Pflichtverletzungsvorwurf außerstrafrechtliche Normen dienen, bedeutet das Vorhandensein der Primärnorm eine hinreichende Warnung an den potenziellen Täter, dass er sich in einen Bereich möglicher Strafbarkeit begibt.

Immerhin kann die Beurteilung als pflichtwidrig bei der Untreue und insbesondere bei der Organuntreue auf ausdifferenzierte und in formellen Gesetzen niedergelegte Verhaltensnormen gestützt werden, was z.B. bei der Frage nach einer Sorgfaltspflichtverletzung im Rahmen der Fahrlässigkeitsprüfung in weiten

³¹³Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 4.

³¹⁴BVerfGE 87, 209 (224).

³¹⁵BVerfGE 92, 1 (12).

³¹⁶BVerfGE 92, 1 (12). Das ist so zu verstehen, dass es ausreicht, wenn die Verbotenheit des Verhaltens erkennbar ist, da aus der Verbotenheit das Strafbarkeitsrisiko erkannt werden kann.

Bereichen nicht der Fall ist.³¹⁷ Und das (potenzielle) Bewusstsein des Verbotenseins einer Handlung reicht grundsätzlich aus, damit das Strafbarkeitsrisiko in einer für die Vereinbarkeit mit Art. 103 Abs. 2 GG erforderlichen Weise erkennbar ist. Das Übertreten der Primärnorm ist hinreichendes Warnsignal für den Täter, auch wenn er sich über die Strafbarkeit seines Verhaltens nicht im Klaren ist. Verkennt der Täter das Verbotensein des Verhaltens auf Primärebene ist ein Anwendungsfall von § 17 StGB gegeben.³¹⁸

Kennt der Täter die Primärnorm nicht, kommt es nur auf die Vermeidbarkeit i.S.d. § 17 StGB an und es verbietet sich eine Berücksichtigung dieser Unkenntnis bereits auf der Ebene des Tatbestandes (dazu unten Kap. 1 D V). Dabei soll nicht bestritten werden, dass im Einzelfall durchaus zweifelhaft sein kann, welche Pflichten dem Vermögensbetreuer auf Primärebene auferlegt sind. Aber derartige Normunklarheiten finden sich zum Beispiel auch in Bezug auf die Eigentumsverhältnisse beim Diebstahlstatbestand³¹⁹, dessen Verfassungsmäßigkeit kaum angezweifelt wird.

Der weite Einzugsbereich der Untreue folgt zwangsläufig aus ihrer zur gesamten Rechtsordnung akzessorischen Ausgestaltung und nicht etwa aus einer verfassungswidrigen Unbestimmtheit.³²⁰ Er ergibt sich zudem weniger aus ihrer Unterbestimmtheit als daraus, dass das Wirtschaftssystem mehr und mehr auf Fremdverwaltung von Vermögen ausgerichtet ist und dass Anzeigebereitschaft und Sensibilisierung zugenommen haben. Außerdem wird in der Literatur, kürzlich wieder von *Schilba* in seiner Arbeit zur strafrechtlichen Verantwortung von Aufsichtsratsmitgliedern, zutreffend darauf hingewiesen, dass § 266 StGB gerade wegen seiner Flexibilität unverzichtbar ist, um Wirtschaftskriminalität trotz der „Vielgestaltigkeit des Lebens und des Wandels der Verhältnisse“ Herr zu werden.³²¹ Dieses Argument ist sicherlich den generellen Einwänden gegen kriminalpolitische Argumente ausgesetzt³²², zeigt aber doch, dass die rechtstechnische Notwendig-

³¹⁷Welche Vorsicht beispielsweise eine Mutter beim Wickeln eines Säuglings walten lassen muss, damit es nicht zu einem (potenziell tödlichen) Sturz vom Wickeltisch kommt, lässt sich den bürgerlich-rechtlichen Regeln über die Personensorge nicht unmittelbar entnehmen und kann nur durch Anwendung kasuistischen Richterrechts vorausgesagt werden.

³¹⁸Kennt der Täter die Primärnorm nicht, kommt es nur auf die Vermeidbarkeit i.S.d. § 17 StGB an und es bedarf keiner Berücksichtigung dieser Unkenntnis bereits auf der Ebene des Tatbestandes. Kennt der Täter sogar die Primärnorm und hält sein Verhalten nur für nicht strafbar, ist nicht einmal § 17 StGB einschlägig.

³¹⁹*Ransiek*, ZStW 116 (2004), S. 634 (642).

³²⁰*Ransiek*, ZStW 116 (2004), S. 634 (640 ff.); *Rönnau*, ZStW 119 (2007), S. 887.

³²¹*Schilba*, Aufsichtsrats Tätigkeit, S. 216. Vgl. aber auch zur durch diese Universalität drohenden Gefahr, die Strafrahmen spezieller Strafvorschriften durch exzessive Anwendung des Untreuetatbestandes zu „überspringen“ *Ransiek*, ZStW 116 (2004), S. 634 (637).

³²²Generell lässt sich gegen kriminalpolitische Argumente vorbringen, dass Bestrafungsbedürfnisse, an denen solche Argumente anknüpfen, nicht als Legitimation einer Strafbarkeitserweiterung an die Stelle dogmatischer Fundierung gerückt werden dürfen, dass sich vielmehr die Bestrafungsbedürfnisse erst aus dem Herausarbeiten des strafwürdigen Unrechts, also des tatbestandsmäßigen Verhaltens ergeben. Siehe *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, Bd. I, im Erscheinen.

keit generalklauselartiger Erfassung auch vor dem Strafrecht mit seinem strengen Bestimmtheitsgebot in Art. 103 Abs. 2 GG nicht Halt macht.

Dieses Spannungsverhältnis drängt umso mehr zur präzisen dogmatischen Erfassung des Pflichtverletzungsmerkmals. Außerdem kann die erhöhte Anwendungshäufigkeit auch darauf beruhen, dass ein Untreuevorwurf wegen der Abstraktheit des Tatbestandes relativ leicht zu erheben und relativ schwer abzuwehren ist und daher häufig als Vehikel zur späteren Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen missbraucht wird³²³ (siehe oben Einleitung, B). Vorerst lässt sich also sagen, dass die Anwendungshäufigkeit der Untreue sich weitgehend mit empirischen und normtechnischen Gegebenheiten erklären lässt, die nichts mit Tatbestandsunbestimmtheit zu tun haben. Auf die Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 266 StGB wird allerdings noch zurückzukommen sein.

4. Keine akzessorische Bestimmung bei der typologischen Theorie Schönemanns

Einen (beinahe) vollständig von außerstrafrechtlichen Normen unabhängigen Weg beschreitet *Schönemann* mit seiner typologischen Theorie: Diese ist, wie bereits aufgezeigt, streng genommen kein Gegenmodell zur akzessorischen Perspektive, sondern zur herrschenden Auffassung zum Verhältnis von Missbrauchs- und Treubruchtatbestand. Sie geht aber auch in Bezug auf die akzessorische Bestimmung des Handlungsunwerts einen eigenen Weg. Denn *Schönemann* will zur Bestimmung der Pflichtverletzung wenigstens nicht in erster Linie an außerstrafrechtliche Verhaltenspflichten anknüpfen. Vielmehr soll die Pflichtverletzung aus der Vermögensschädigung geschlossen werden³²⁴ (dazu unten Kap. 1 D IX).

Der Unterschied relativiert sich allerdings durch den Grundsatz der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung³²⁵ (dazu sogleich). Denn auch *Schönemann* will zivilrechtlich erlaubtes Verhalten nicht unter das Untreuemerkmal der Pflichtverletzung subsumieren, da er darin einen Verstoß gegen diesen Grundsatz sieht. Somit sieht er sich dann doch zur Berücksichtigung außerstrafrechtlicher Regelungen gezwungen. Allerdings dienen diese nicht zur Begründung der Strafbarkeit, sondern umgekehrt dazu, das Vermögen schädigende Handlungen aus dem Tatbestand heraus zu halten.³²⁶

III. Verschiedene denkbare Akzessorietätsmodelle

Trotz einer gewissen Griffigkeit ist der Ausdruck Akzessorietät bei § 266 StGB mit erheblichen Unsicherheiten behaftet. Unter dem Stichwort Akzessorietät werden im Grunde zwei dogmatische Fragen des Untreuetatbestands behandelt, nämlich erstens die Frage, ob die sich aus außerstrafrechtlichen Normen ergebende

³²³Bosch/Lange, JZ 2009, S. 225 (226) m.w.N.

³²⁴Schönemann, in: LK-StGB, § 266 Rn. 33 ff.

³²⁵Vgl. Beulke, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (250) und Rönau, ZStW 119 (2007), S. 887 (907).

³²⁶Schönemann, in: LK-StGB, § 266 Rn. 68.

Erlaubtheit einer Handlung des Vermögensbetreuers ein Pflichtwidrigkeitsurteil zwingend ausschließt und zweitens die Frage, ob die Verletzung einer außerstrafrechtlichen Norm nur notwendige oder ob sie bereits hinreichende Bedingung für eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue ist.³²⁷ Während die erste Frage noch relativ unproblematisch beantwortet werden kann (dazu sogleich), bereitet die zweite Frage erhebliche dogmatische Probleme. Denn, ob der Handlungsunwert des Untreuetatbestandes schon allein durch die Verletzung außerstrafrechtlicher Pflichten verwirklicht ist oder ob zusätzliche strafrechtsspezifische Voraussetzungen erfüllt sein müssen, ist bislang ungeklärt geblieben.

1. Negative Akzessorietät

Theoretisch möglich wäre eine rein strafrechtliche Perspektive: Es könnte einen von der Untreuestrafbarkeit erfassten Bereich gesellschaftsrechtlich erlaubter Handlungen geben, so dass sich Strafrecht und Zivilrecht bildlich gesprochen wie zwei sich schneidende Kreise zueinander verhielten.³²⁸ Der Begriff „erlaubt“ bedeutet in diesem Sinne, dass das Recht eine Handlungsweise explizit erlaubt oder dass es dem Handelnden wenigstens einen Handlungsspielraum gewährt, so dass er es unterlassen darf, bestimmte Gefahrenquellen abzuschirmen bzw. ein Rechtsgut vor Schäden zu bewahren.³²⁹ Bestünde keine negative Akzessorietät, könnte also das Ergreifen einer durch die Primärordnung gewährten Handlungsmöglichkeit gleichwohl strafrechtlich sanktioniert werden.

Ein solches Modell lässt sich jedoch nicht aufrechterhalten und wird auch richtiger Weise nicht vertreten. Die außerstrafrechtliche Verbotenheit ist notwendige, wenn auch vielleicht nicht hinreichende Voraussetzung der Strafbarkeit. Ein außerstrafrechtlich erlaubtes Verhalten kann niemals eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue sein. Denn das verbietet schon der Grundsatz der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung.³³⁰ Das Strafrecht darf nicht die Bestrafung einer primärrechtlich erlaubten Handlung vorsehen, da die Gesamtrechtsordnung dann in sich widersprüchlich wäre. Es bestünde auch überhaupt kein rechtliches Interesse an der strafrechtlichen Verfolgung gesellschaftsrechtlich erlaubter Tätigkeiten.³³¹ Zusätzlich verstieße eine Sanktionierung solcher erlaubten Verhaltensweisen gegen den Wortsinn des § 266 StGB, da dort ausdrücklich von der Verlet-

³²⁷Letztere Frage wird im Kontext der sog. „gravierenden Pflichtverletzung“ ausdrücklich aufgeworfen von *Kubiciel*, NStZ 2005, S. 353 (354).

³²⁸Siehe *Brammsen*, wistra 2009, S. 85 (87) und *ders.*, ZIP 2009, S. 1504 (1506) jeweils m.w.N.; *Schünemann*, NStZ 2006, S. 196 (199).

³²⁹*Schilba*, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 41 m.w.N.

³³⁰*Beulke*, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (251); *Bosch/Lange*, JZ 2009, S. 225 (226); *Brammsen*, wistra 2009, S. 85 (87) und *ders.*, ZIP 2009, S. 1504 (1506) jeweils m.w.N.; *Dierlamm*, StraFo 2005, S. 397 (398); *Murmann*, Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in Jura; *Saliger*, HRRS 2006, S. 10 (14); *ders.*, in: SSW, § 266 Rn. 31; *Schilba*, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 41; *Schünemann*, NStZ 2005, S. 473 (474).

³³¹*Schünemann*, NStZ 2005, S. 473 (474).

zung einer Pflicht und dem Missbrauch einer Befugnis die Rede ist.³³² Selbstverständlich darf also das Strafrecht auch nicht das Unterlassen eines auf der Primärebene verbotenen Tuns durch § 266 StGB sanktionieren.

2. *Strikte oder bloß asymmetrische Akzessorietät?*

Fraglich ist somit nur, ob alle primärrechtlich verbotenen Verhaltensweisen Pflichtverletzungen im Sinne der Untreue darstellen. Denkbar sind insofern die Modelle „strikte Akzessorietät“ und „asymmetrische Akzessorietät“. Es soll im Folgenden darauf eingegangen werden, welchem der beiden Modelle zumindest im Kontext der Organuntreue zu folgen ist.

a) Strikte Akzessorietät

Eine strikt akzessorische, in den hier interessierenden Fällen also vor allem strikt gesellschaftsrechtsakzessorische Perspektive setzt den Primärnormverstoß mit der Verwirklichung des Tatbestandsmerkmals Pflichtverletzung gleich: Gesellschaftsrechtliche Pflichtwidrigkeit und Pflichtwidrigkeit im Sinne der Untreue formen hier zwei kongruente Kreise.³³³ Das heißt im Kontext der Organuntreue, dass jede Verletzung von für das Organverhältnis geltenden Pflichten zugleich auch eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue ist. Dadurch, dass sie eine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne der Untreue innehaben, erfüllt für die Organmitglieder der Aktiengesellschaft also nach einem solchen Modell jedes Verhalten, mit dem sie vorsätzlich die Regeln der Organtätigkeit verletzen und hierdurch vorsätzlich einen Vermögensnachteil verursachen, den Tatbestand.

Hiergegen wird sehr häufig eingewandt, insbesondere ein Verstoß gegen die Maßfigur des „ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG allein könne keine Pflichtwidrigkeit im Sinne der Untreue begründen, so dass jedenfalls insoweit eine strenge Akzessorietät ausscheide.³³⁴ Die Bedenken scheinen vor allem darauf zu beruhen, dass das für Organmitglieder geltende Pflichtenprogramm, besonders bei börsennotierten Aktiengesellschaften, äußerst umfangreich ist (dazu unten Kap. 1 C).

Allerdings lässt sich angesichts der gesamtwirtschaftlichen Bedeutung zuverlässiger und pflichtgemäßer Ausführung der Organaufgaben erkennen, dass eine

³³²Saliger, HRRS 2006, S. 10 (14); Schönemann, NStZ 2005, S. 473 (474).

³³³Unklar insoweit *Brammsen*, wistra 2009, S. 85 (87) und *ders.*, ZIP 2009, S. 1504 (1506) jeweils m.w.N., der für eine solche Perspektive zwingend ein dem Geschäftsbesorgungsverhältnis zu entnehmendes „allgemeines Schädigungsverbot voraussetzt“ und somit das Problem der Zivilrechtsakzessorietät mit dem Problem der Folgerung der Pflichtverletzung aus dem Vermögensnachteil vermischt. Zwar sind gewisse Überschneidungen insofern nicht zu vermeiden, weil gerade fraglich ist, ob schon auf der gesellschaftsrechtlichen Primärebene ein allgemeines Schädigungsverbot gilt. Jedoch hängt die Frage, ob das Pflichtverletzungsmerkmal streng oder nur negativ akzessorisch zu interpretieren ist, nicht von den einzelnen Normen auf der Primärebene ab, sondern ist diesen vorgelagert.

³³⁴*Brammsen*, wistra 2009, S. 85 (87) m.w.N.

weitgehende Sanktionierung von Pflichtverletzungen der „Spitzenmanager“ keinesfalls abwegig ist. Bevor man ein strikt akzessorisches Modell pauschal ablehnt, muss man sich außerdem vergegenwärtigen, dass einem hohen Strafbarkeitsrisiko bei solchen Führungskräften meist sehr stattliche finanzielle Bezüge gegenüberstehen und dass von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern auch durchaus umfangreiche Rechtskenntnisse erwartet werden dürfen. Letzteres ergibt sich schon daraus, dass das Gewährleisten rechtskonformen Verhaltens innerhalb der Aktiengesellschaften gerade eine der beruflichen Hauptaufgaben von Managern ist. Ob die Bedenken gegen ein strikt akzessorisches Modell berechtigt sind, muss also noch verifiziert werden.

b) Asymmetrische Akzessorietät

Die letzte theoretische Möglichkeit bildet eine nur negativ, aber nicht positiv, oder auch „asymmetrisch“³³⁵ akzessorische Perspektive. Bildlich gesprochen verhalten sich bei einer solchen außerstrafrechtliche (gesellschaftsrechtliche) Pflichtwidrigkeit und Pflichtwidrigkeit im Sinne der Untreue wie konzentrische Kreise, deren inneren Kreis die Pflichtwidrigkeit im Sinne der Untreue bildet. Dieses Modell findet im Schrifttum überwiegend Zustimmung.³³⁶

Der insoweit vorliegende Konsens ist allerdings trügerisch. Denn hinter dem Schlagwort der asymmetrischen oder lediglich negativen Zivilrechtsakzessorietät und der eingehenden Vorstellung, das strafrechtlich sanktionierte Verhalten bilde den inneren von zwei konzentrischen Kreisen, verbirgt sich eine Ansammlung heterogener Ansätze zur Tatbestandsrestriktion bei der Untreue. Teilweise ist hiermit gemeint, dass zusätzlich zur gesellschaftsrechtlichen Pflichtwidrigkeit eine strafrechtliche Höhenmarke übersprungen werden muss³³⁷, wobei wiederum teils mit dem Begriff „gravierende Pflichtverletzung“³³⁸ und teils mit dem Begriff „Evidenz“³³⁹ gearbeitet wird.

Andere meinen mit der Chiffre der asymmetrischen Akzessorietät hingegen, dass die Verletzung einer gesellschaftsrechtlichen Primärnorm nur dann eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue begründet, wenn die Norm primär den

³³⁵Beulke, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (252); Dierlamm, in: MüKo-AktG, § 266 Rn. 153; ders., StraFo 2005, S. 397 (398); Günther, in: FS-Weber (2004), S. 311 (314); Lüderssen in: FS-Eser (2005), S. 163 (170); Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 31.; Schilba, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 42.

³³⁶Beulke, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (252); Brammsen, wistra 2009, S. 85 (87); ders., ZIP 2009, S. 1504 (1506); Günther, in: FS-Weber (2004), S. 311 (314); Matt, NJW 2005, S. 389 (390); Mosiek, wistra 2003, S. 370 (373); Rönnau/Hohn, NSTz 2004, S. 113 (118); Tiedemann, in: FS-Weber (2004), S. 319 (323 ff.); Waßmer, Untreue bei Risikogeschäften (1997), S. 73 f. Siehe auch Schönemann, NSTz 2006, S. 196 (199), der diese Einschränkung jedoch dadurch relativiert, dass er im Falle der Verletzung einer strafrechtlich irrelevanten Verhaltensnormverletzung eine Folgerung der Pflichtwidrigkeit aus dem Vermögensnachteil zulassen will.

³³⁷Brammsen, wistra 2009, S. 85 (88).

³³⁸Brammsen, wistra 2009, S. 85 (88).

³³⁹Lüderssen, in: FS-Schroeder (2007), S. 569 (577).

Zweck hat, das Vermögen des Treugebers zu schützen.³⁴⁰ Wieder andere handeln unter diesem Aspekt die Auswirkungen des unternehmerischen Beurteilungs- und Ermessensspielraums auf die Untreuestrafbarkeit ab.³⁴¹ Und auch das Problem des notwendigen Zusammenhangs zwischen der besonderen Stellung des Täters als Vermögensbetreuer, also der Vermögensbetreuungspflicht, und der pflichtwidrigen Handlung wird teilweise unter diesem Punkt erörtert.³⁴² Alle sich insofern hinter dem Begriff „asymmetrische Akzessorietät“ verbergenden Sachprobleme werden im Laufe dieser Arbeit noch zu erörtern sein.

Für die bloß asymmetrische Akzessorietät wird immer wieder vorgebracht, eine solche sei durch das ultima-ratio-Prinzip vorgezeichnet.³⁴³ Insbesondere wird auf einen hinreichenden Schutz des Vermögens durch das Zivil-, Handels- und Wirtschaftsrecht, insbesondere durch Schadensersatzansprüche, verwiesen.³⁴⁴ Richtig ist hieran, dass auch mit außerstrafrechtlichen Mitteln wie Schadensersatz- oder Anfechtungsklagen auf zivilrechtliche Pflichtverletzungen reagiert werden kann. Aber, dass dies nicht zwingend für eine asymmetrisch akzessorische Untreueperspektive spricht, ergibt sich schon daraus, dass die Präventionseffizienz solcher Mittel von gewichtigen Stimmen aus dem aktiengesellschaftsrechtlichen Schrifttum, vor allem wegen der Interessenverschränkung von Vorstand und Aufsichtsrat, der Versicherbarkeit von Schadensersatzansprüchen durch D&O-Versicherungen und der beschränkten Klagemöglichkeiten der Aktionäre (zu alledem unten Kap. 1 C) durchaus angezweifelt wird, so dass es vielleicht doch des weitgehenden Schutzes durch das Strafrecht bedarf.³⁴⁵ Auch auf die Aufgabe des Strafrechts, nur Rechtsgüter zu schützen, wird von den Verfechtern dieses Modells rekuriert, ohne dass jedoch im Einzelnen dargelegt wird, warum dies eine bloß asymmetrische Akzessorietät erzwingen sollte.³⁴⁶

c) Zwischenergebnis

Ob diese Argumente zwingend sind, kann bisher nicht beurteilt werden. Eine Antwort auf die Frage, wie weit die Akzessorietät des Pflichtverletzungsmerkmals reicht, muss die vorliegende Untersuchung nach alledem vorläufig schuldig bleiben. Denn es kann an dieser Stelle lediglich mit Sicherheit gesagt werden, dass das Pflichtverletzungsmerkmal negativ akzessorisch zu außerstrafrechtlichen Normen ist. Eine Entscheidung zwischen asymmetrischer und strikter Akzessorietät kann noch nicht getroffen werden. Zugegeben ist, dass es durchaus möglich ist, dass

³⁴⁰Brammsen, wistra 2009, S. 85 (88).

³⁴¹Rönnau, ZStW 119 (2007), S. 883 (911).

³⁴²Brammsen, ZIP 2009, S. 1504 (1507).

³⁴³Siehe z.B. Beulke, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (252) und Brammsen, wistra 2009, S. 85 (87) m.w.N.

³⁴⁴Beulke, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (252).

³⁴⁵Siehe zu diesen Zweifeln z.B. Spindler, in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 2: „Achillesferse der deutschen Corporate Governance“ m.w.N.

³⁴⁶Siehe Brammsen, wistra 2009, S. 85 (87) und ders., ZIP 2009, S. 1504 (1506) jeweils m.w.N.

noch weitere Tatbestandsrestriktionen anzuerkennen sind, so dass nicht jede Primärnormverletzung auch eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue ist. Ob eine solche Restriktion wirklich vorzunehmen ist, hängt aber einerseits von dem so gleich zu untersuchenden Inhalt des Normprogramms auf Primärebene und andererseits von den einzelnen vorgeschlagenen Restriktionsansätzen ab, welche ebenfalls noch zu bewerten sind. Ob die Akzessorietät eine strikte oder eine asymmetrische ist, kann also erst im Anschluss hieran abschließend beurteilt werden.

C) Verhaltenspflichten der Organmitglieder auf der Primärebene

Aus den zuvor genannten Gründen muss die vorliegende Untersuchung zunächst offen legen, welche Verhaltensnormen im Bereich Unternehmensleitung und -überwachung generell für Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder börsennotierter Aktiengesellschaften gelten. Erst wenn dies geklärt ist, kann mit einem etwaigen strafrechtlichen „Filterungsprozess“ begonnen, können also zusätzliche strafrechtliche Voraussetzungen einer Pflichtverletzung im Sinne der Untreue auf ihre Stichhaltigkeit geprüft werden. Letzterer Prozess wiederum muss abgeschlossen sein, bevor man Abweichungen vom Kodex und von § 161 AktG am Pflichtverletzungsmerkmal messen kann.

Die Verhaltensnormen für die Organmitglieder sind zahlreich. Vorstands- und Aufsichtsratsarbeit besteht zu einem großen Teil in der Sicherung von Rechtskonformität. Die ökonomische Tätigkeit von börsennotierten Aktiengesellschaften ist wegen des wirtschaftlichen Schwergewichts der in dieser Form betriebenen Unternehmen und wegen des Bedürfnisses eines funktionierenden Kapitalmarktes streng reguliert. Die für das Verhaltenspflichtenprogramm entscheidende enorme gesellschaftspolitische Bedeutung der Aktiengesellschaft beruht darauf, dass sie die Funktion einer Publikumsgesellschaft erfüllt, die Zugang zur Börse hat und dass sie sich besonders gut als Kapitalsammelbecken eignet³⁴⁷ und hat den Gesetzgeber dazu bewogen, das Aktiengesellschaftsrecht als engmaschiges Regelungsgeflecht auszugestalten.

Das auf die Aktiengesellschaft anwendbare Recht ist dementsprechend weitgehend zwingend und kann auch durch die Gesellschaftssatzung nicht abbedungen werden, vgl. § 23 Abs. 5 S. 1 AktG, weil nur hierdurch gewährleistet werden kann, dass (potenzielle) Anleger durch Lektüre des Aktiengesetzes einschätzen können, wie die Gesellschaft strukturiert ist und worauf sie sich mit ihrer Investition einlassen.³⁴⁸ Die Handlungsanforderungen an die Organmitglieder sind dem-

³⁴⁷ Grunewald, Teil 2 C. Rn. 5.

³⁴⁸ Hüfner, § 23 Rn. 1; Limmer, in: Spindler/Stilz, § 23 Rn. 28; Raiser/Veil, § 9 Rn. 9; Seibt, in: Schmidt/Lutter, § 23 Rn. 53.

entsprechend umfangreich und sollen hier, zunächst in Bezug auf den Vorstand, kurz umrissen werden.

I. Das Pflichtenprogramm für Vorstandsmitglieder

1. Die Sorgfalt des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters als Ausgangspunkt

Der Vorstand hat nach § 76 Abs. 1 AktG die Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu leiten. Das bedeutet, dass er als Kollegialorgan unabhängig von Aufsichtsrat und Hauptversammlung, frei von Einflüssen Dritter alle als Leitungsaufgaben zu qualifizierenden Tätigkeiten selbständig auszuüben hat.³⁴⁹ Seine Entscheidungskompetenzen kann und darf er nicht abgeben, denn darin läge eine Änderung seiner Funktion in der Unternehmensverfassung, welche ihm aufgrund des zwingenden Charakters derselben verwehrt ist.³⁵⁰ Bei der Wahrnehmung der Vorstandsaufgaben haben die Vorstandsmitglieder nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG die Sorgfalt eines „ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ anzuwenden. Diese Norm, an deren Verletzung nach Ansicht vieler im strafrechtlichen Schrifttum nicht ohne weiteres ein Untreuevorwurf geknüpft werden darf³⁵¹, ist also zentral für das Pflichtenprogramm der Organmitglieder und soll im Folgenden näher erörtert werden.

a) Schadensersatzpflicht nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG

Die hauptsächliche gesellschaftsrechtliche Folge eines Zurückbleibens hinter der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters ist die Schadensersatzpflicht³⁵²: Nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG sind Vorstandsmitglieder, die ihre Pflichten verletzen, der AG zum Schadensersatz verpflichtet. Diese Haftung dient primär dem Ausgleich von Vermögensschäden, hat aber auch durchaus präventiven Charakter: Durch die drohende Schadensersatzpflicht sollen die Organmitglieder zu größerer Sorgfalt angehalten werden.³⁵³ Nach § 93 Abs. 2 S. 2 AktG trifft die Vorstandsmitglieder die Beweislast für die Frage, ob sie die in § 93 Abs. 1

³⁴⁹Vgl. *Fleischer*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, 1 Rn. 1 ff. mit weiterer Präzisierung des Begriffs der Leitungsaufgaben.

³⁵⁰*Fleischer*, ZIP 2003, S. 1 (7 ff.); *ders.*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 1 Rn. 6; *Grunewald*, Teil 2 C. Rn. 45; *Langenbacher*, § 4 Rn. 50; *Schilba*, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 44; *Spindler*, in: *MüKo-AktG*, § 76 Rn. 19 jeweils m.w.N.

³⁵¹Vgl. nur *Kubiciel*, NStZ 2005, S. 353 (359 ff.) und *Rönnau*, ZStW 2007, S. 887 908 ff.).

³⁵²Neben der Schadensersatzhaftung ist eine Vielzahl weiterer Rechtsfolgen an den Verstoß gegen § 93 Abs. 1 S. 1 AktG geknüpft, wie z.B. die bei groben Verstößen gegebene Möglichkeit der Abberufung nach § 84 Abs. 3 S. 1 AktG und der Kündigung des Anstellungsvertrages nach § 626 BGB.

³⁵³*Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, § 93 Rn. 2; *Grunewald*, 2. C. Rn. 52; *Mertens/Cahn*, in: *Köln. Komm. AktG*, § 93 Rn. 6.

S. 1 AktG genannte Sorgfalt angewandt haben. Eine Haftungsmilderung, etwa durch Vertrag, ist nicht zulässig.³⁵⁴

Die Präventionseffizienz dieser Haftung ist jedoch zweifelhaft. Insbesondere ist die Haftung nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG kein sonderlich effektives Mittel zum Schutz der Gesellschaft vor Pflichtverletzungen der Vorstandsmitglieder.³⁵⁵ Dieser Vermögensschutz leidet vor allem an einer in der deutschen Aktiengesellschaftsverfassung angelegten Verschränkung der Interessen von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern: Der Aufsichtsrat hat zwar bei Pflichtverletzungen durch den Vorstand Schadensersatzansprüche gegen die Vorstandsmitglieder für die Gesellschaft geltend zu machen. Tut er dies, wird aber oft der Vorwurf gegen ihn selbst erhoben werden, er hätte durch pflichtgemäßes Erfüllen seiner Kontrollaufgabe die Pflichtverletzung verhindern können.³⁵⁶ Außerdem besteht auch in personeller Hinsicht eine erhebliche Verflechtung der Organe Aufsichtsrat und Vorstand, was in erster Linie dadurch bedingt ist, dass Aufsichtsratsmitglieder häufig ehemalige Vorstandsmitglieder sind.³⁵⁷ Gerade hierin kommt also die Schutzlosigkeit des Treugebers gegenüber dem Treunehmer zum Ausdruck, was im Hinblick auf das bei der Untreuedebatte immer wieder genannte ultima-ratio-Prinzip zu beachten ist: Hier liegt eine Situation vor, in der der Rechtsgüterschutz ohne Strafrecht anscheinend nicht hinreichend gewährleistet ist.³⁵⁸

Bedeutsam für die hier anzustellenden Überlegungen ist, dass die Haftung der Vorstandsmitglieder nur eintritt, wenn eine Schädigung im Zusammenhang mit dem dienstlichen Handeln geschieht, wenn die schädigende Handlung sich also Ausübung der Organfunktion darstellt.³⁵⁹ Handlungen, die zum Beispiel der privaten Sphäre zuzuordnen sind und nicht in Zusammenhang mit der Organfunktion stehen, sind schon keine Pflichtverletzungen im Organverhältnis.³⁶⁰

³⁵⁴Fleischer, in: Spindler/Stilz, § 93 Rn. 4; Krieger/Sailer, in: Schmidt/Lutter, § 93 Rn.4; Mertens/Cahn, in: Köln. Komm.-AktG, § 93 Rn. 8.

³⁵⁵Spindler, in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 2: „Achillesferse der deutschen Corporate Governance“ m.w.N.; siehe auch Mertens/Cahn, in: Köln. Komm.-AktG, § 93 Rn. 7; Thole, ZHR 173 (2009), S. 504 (507).

³⁵⁶Bosch/Lange, JZ 2009, S. 225 (226); Raiser/Veil, § 14 Rn. 97; Spindler, in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 2.

³⁵⁷Vgl. Schilba, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 30 Fn. 12.

³⁵⁸Hinzu kommt, dass Schadensersatzansprüche gegen die Organmitglieder gegebenenfalls durch D&O Versicherungen abgedeckt sind, was die Abschreckungswirkung der Schadensersatzpflicht zusätzlich schmälert. Siehe Schilba, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 31. Allerdings wird betont, dass die Abschreckungswirkung hier durch wenigstens nicht vollständig aufgehoben werde. Siehe Mertens/Cahn, in: Köln. Komm.-AktG, § 93 Rn. 244; Schilba, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 31 Fn. 17; Spindler, in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 181. Durch einen Selbstbehalt kann dieser Effekt zwar vermindert, aber nicht vollständig verhindert werden. Siehe differenzierend Mertens/Cahn, in: Köln. Komm.-AktG, § 93 Rn. 244 und Spindler, in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 181.

³⁵⁹Fleischer, in: Spindler/Stilz, § 93 Rn. 190; Mertens/Cahn, in: Köln. Komm.-AktG, § 93 Rn. 65.

³⁶⁰Mertens/Cahn, in: Köln. Komm.-AktG, § 93 Rn. 65.

b) § 93 Abs. 1 AktG als Verschuldensmaßstab und Pflichtenquelle

Die in § 93 Abs. 1 S. 1 AktG installierte allgemeine Umschreibung der gebotenen Sorgfalt anhand einer Maßfigur hat eine Doppelfunktion: Zum einen handelt es sich um einen typisierten Verschuldensmaßstab.³⁶¹ Zum anderen ist die Sorgfalt des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters aber auch ein Auffangtatbestand, der die Verhaltenspflichten der Vorstandsmitglieder enthält, die nicht in Spezialnormen geregelt sind. Es handelt sich also auch um eine Pflichtenquelle.³⁶² In der ersten Funktion entspricht § 93 Abs. 1 S. 1 AktG funktional den Verschuldensmaßstäben in § 276 BGB und § 347 HGB, ist aber speziell auf die spezifischen Anforderungen an einen Unternehmensleiter zugeschnitten.³⁶³ Denn die Sorgfaltspflicht eines Mitglieds des AG-Vorstands unterscheidet sich grundlegend von der eines Einzelkaufmanns, weil es hierbei um die Verwaltung fremden Vermögens ohne Eingehung eines persönlichen Unternehmerrisikos geht.³⁶⁴ Dennoch ist im Aktienrecht keine Erfolgshaftung vorgesehen.³⁶⁵ Vielmehr gilt der Verschuldensgrundsatz.

Eine Erfolgshaftung wäre allein schon deshalb verfehlt, weil der Vorstand verpflichtet ist, neben den Interessen der Aktionäre auch diejenigen der Arbeitnehmer und der Allgemeinheit zu wahren, was eine komplizierte Abwägung der von Fall zu Fall unterschiedlich zu gewichtenden Interessen voraussetzt, die ohne Weiteres zu Verlusten des Unternehmens führen kann, ohne dass sie pflichtwidrig wäre.³⁶⁶ Außerdem wäre es auch in psychologischer Hinsicht von großem Nachteil, den Vorstand mit einer Erfolgshaftung zu belasten, weil dadurch ein Vorstandsmitglied bei Misserfolgen, die ihre Ursache zum Beispiel in der Konjunkturlage haben, selbst bei größtmöglicher Anstrengung haften würde und sich schwerlich jemand finden ließe, der bereit ist, bei unverschuldetem Misserfolg verantwortlich zu sein.³⁶⁷ Des Weiteren müsste eine Erfolgshaftung auch dazu führen, dass der Vorstand übertrieben risikoscheu agiert, was nicht im Interesse der Aktionäre liegen kann, weil die Vorstandsaufgaben ohne unternehmerischen Wagemut unmöglich erfüllt werden können.³⁶⁸

Das Verschuldensprinzip hat jedoch wenig praktische Bedeutung. Denn ein Vorstandsmitglied hat für die Sorgfalt einzustehen, die sein Amt in objektiver

³⁶¹ *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, § 93 Rn. 10; *ders.*, ZIP 2005, S. 141 (142); *Mertens/Cahn*, in: Köln. Komm.-AktG, § 93 Rn. 11; *Spindler*, in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 20.

³⁶² *Bosch/Lange*, JZ 2009, S. 225; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, § 93 Rn. 10; *ders.*, ZIP 2005, S. 141 (142); *Mertens/Cahn*, in: Köln. Komm.-AktG, § 93 Rn. 11; *Spindler*, in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 20.

³⁶³ *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, § 93 Rn. 10; *ders.*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 7 Rn. 1; *Hüfner*, § 93 Rn. 4.

³⁶⁴ *Spindler*, in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 5.

³⁶⁵ *Bosch/Lange*, JZ 2009, S. 225 (226); *Hopt*, in: Großkomm.-AktG, § 93 Rn. 81; *Mertens/Cahn*, in: Köln. Komm.-AktG, § 93 Rn. 13; *Spindler*, in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 5.

³⁶⁶ *Spindler*, in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 5.

³⁶⁷ *Bosch/Lange*, JZ 2009, S. 225 (226); *Spindler*, in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 5.

³⁶⁸ *Bosch/Lange*, JZ 2009, S. 225 (226); *Langenbacher*, § 4 Rn. 88; *Spindler*, in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 5.

Hinsicht erfordert und kann sich nicht auf mangelnde Fähigkeiten oder ungenügendes Wissen berufen, weshalb kaum Fälle denkbar sind, in denen zwar eine Pflichtverletzung, aber kein Verschulden vorliegt.³⁶⁹ Da vorliegend nur Verhaltenspflichten analysiert werden sollen, ist auf diesen Verschuldensmaßstab auch nicht weiter einzugehen.

Zentral für die Untersuchung ist hingegen die Funktion der Maßstabsfigur als Pflichtenquelle. Der Maßstab des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters ist eine generalklauselartige Umschreibung eines Verhaltensprogramms, aus dem einzelne Verhaltenspflichten abgeleitet werden können.³⁷⁰ Das liegt daran, dass angesichts der Vielgestaltigkeit der Aufgaben von Vorstandsmitgliedern ihre Pflichten unmöglich abschließend in gesetzlichen Vorschriften fixiert werden können und dass die Verhaltenspflichten situationsbezogen ermittelt werden müssen.³⁷¹ Soweit keine Spezialnormen vorliegen, muss also durch Rechtsprechung und Schrifttum theoretisch für jede denkbare Situation eine Handlungsanweisung für den Vorstand herausgearbeitet werden, die er mindestens erfüllen muss, damit sein Verhalten noch als hinreichend sorgfältig gelten kann.³⁷² Dieser Grundsatz findet jedoch seine Grenzen im unternehmerischen Beurteilungs- und Ermessensspielraum. Soweit dieser reicht, liegt keine Pflichtverletzung vor (siehe unten Kap. 1 I 4). Die in Spezialregelungen enthaltenen und die § 93 Abs. 1 S. 1 AktG zu entnehmenden Verhaltenspflichten bilden also diejenige Summe, die hier als Pflichtenprogramm bezeichnet wird.

Sie lassen sich unterteilen in sog. Sorgfalts-, Treue- und Verschwiegenheitspflichten.³⁷³ Sorgfaltspflichten gehen aus der Aufgabe der eigenverantwortlichen Leitung der Aktiengesellschaft hervor und regeln ihre Wahrnehmung. Beschrieben ist mit dem Begriff der Sorgfaltspflichten also die Summe der Pflichten, deren Einhaltung von einem pflichtbewussten, selbstständig tätig werdenden Unternehmensleiter erwartet werden dürfen.³⁷⁴ Sie werden aus den für die Wahrnehmung der Leitungsaufgabe anerkannten allgemeinen Prinzipien abgeleitet, lassen sich also auf diese zurückführen.³⁷⁵

Unter Treuepflichten versteht man diejenigen Handlungspflichten, die sich daraus ergeben, dass der Vorstand bei der Wahrnehmung seiner Aufgabe stets den

³⁶⁹Fleischer, in: Spindler/Stilz, § 93 Rn. 193; Spindler, in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 158.

³⁷⁰Fleischer, in: Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, § 7 Rn. 1; Fleischer, in: Spindler/Stilz, § 93 Rn. 10; ders., ZIP 2005, S. 141 (142); Langenbucher, § 4 Rn. 76; Mertens/Cahn, in: Köln. Komm.-AktG, § 93 Rn. 11; Spindler, in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 20.

³⁷¹Siehe Fleischer, in: Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, § 7 Rn. 1. Vgl. auch Langenbucher, § 4 Rn. 76. Da Verhaltenspflichten stets nur situationsbezogen gedacht werden können, ist hiermit nicht viel mehr gewonnen als die Erkenntnis, dass die Spezialnormen nicht abschließend sind.

³⁷²Siehe Fleischer, in: Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, § 7 Rn. 2.

³⁷³Hopt, in: Großkomm.-AktG, § 93 Rn. 72; Mertens/Cahn, in: Köln. Komm.-AktG, § 93 Rn. 1 ff.; Spindler, in: MüKo-AktG, § 93 20 ff., 92 ff., 96 ff.

³⁷⁴Siehe Hüfner, § 93 Rn. 4; Langenbucher, § 4 Rn. 73.

³⁷⁵Vgl. Fleischer, in: Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, § 7 Rn. 2.

Gesellschaftsinteressen Vorrang vor seinen Eigeninteressen und Interessen Dritter zu geben hat, gerade weil er als Treuhänder über fremdes Vermögen agiert.³⁷⁶ Gemeint sind also auf geschuldeter Loyalität beruhende Pflichten, in denen die besondere Verbindung der Organmitglieder zur AG deutlich wird. Sie entsprechen funktionell der Verpflichtung zum Handeln nach Treu und Glauben in § 242 BGB, gehen aber in den Anforderungen weit darüber hinaus, enthalten insbesondere umfassende Wettbewerbsverbote und zwingen die Organmitglieder weitgehend zum Zurückstellen ihrer eigenen Interessen.³⁷⁷ Treuepflichten können z.B. dazu zwingen, auch bloß mögliche Interessenkonflikte ungefragt offenzulegen und vor allem dazu, sie von vornherein zu vermeiden.³⁷⁸

Die Verschwiegenheitspflichten ergeben sich hauptsächlich unmittelbar aus § 93 Abs. 1 S. 3 AktG und können als spezielle Treuepflichten angesehen werden.³⁷⁹ Sie zwingen Vorstandsmitglieder, grob ausgedrückt, dazu, Gesellschaftsgeheimnisse und vertrauliche Angaben für sich zu behalten.³⁸⁰

Die Verwirklichung des untreuespezifischen Handlungsunwerts durch die Verletzung von Sorgfalts-, Treue- und Verschwiegenheitspflichten ist zunächst einmal naheliegend. Denn eine nicht umfassende Wahrnehmung der Geschäftsaufgaben lässt sich, insbesondere wegen der Gleichstellung von aktivem Tun und Unterlassen, durchaus als den Interessen des Treugebers widersprechende Ausübung von Herrschaftsmacht begreifen und das Voranstellen von Eigen- und Drittinteressen unter Vernachlässigung des Gesellschaftswohls widerspricht deutlich dem Zweck, zu dem die Herrschaftsposition eingeräumt wurde. Um genauer beurteilen zu können, ob diese These zutrifft, müssen die Pflichten allerdings weiter zerlegt und ihre Bestandteile sodann analysiert werden.

2. Sorgfaltspflichten im Einzelnen

Die Sorgfaltspflichten lassen sich wiederum unterteilen in erstens die Legalitätspflicht, also die Pflicht zur Einhaltung derjenigen Rechtsnormen, die Organpflichten enthalten und der die Aktiengesellschaft als solche treffenden Normen, zweitens die Sorgfaltspflicht im engeren Sinne, also die Pflicht zur umfänglichen und sorgfältigen Wahrnehmung des Vorstandsamtes und drittens die sog. Überwachungspflicht, also die Pflicht, dafür zu sorgen, dass nach- und gleichgeordnete

³⁷⁶Vgl. BGHZ 20, 239 (246); BGHZ 49, 30 (31); *Fleischer*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 9 Rn. 2; *Hopt*, in: *Großkomm.-AktG*, § 93 Rn. 145; *Krieger/Sailer*, in: *Schmidt/Lutter*, § 93 Rn. 16; *Langenbucher*, § 4 Rn. 113. Beim Aushandeln der Anstellungsverträge gilt das allerdings nicht, vgl. *Krieger/Sailer*, in: *Schmidt/Lutter*, § 93 Rn. 16 m.w.N.

³⁷⁷*Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, § 93 Rn. 102; *Hopt*, in: *Großkomm.-AktG*, 3 93 Rn. 73; *Krieger/Sailer*, in: *Schmidt/Lutter*, § 93 Rn. 16; *Mertens/Cahn*, in: *Köln. Komm.-AktG*, § 93 Rn. 96.

³⁷⁸*Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, § 93 Rn. 111 f.; *Spindler*, in: *MüKo-AktG*, § 93 Rn. 92 jeweils m.w.N.

³⁷⁹*Hopt*, in: *Großkomm.-AktG*, § 93 Rn. 73; *Hüffer*, § 93 Rn. 6; *Schilba*, *Aufsichtsratsstätigkeit* (2008), S. 102.

³⁸⁰*Langenbucher*, § 4 Rn. 127.

Unternehmensangehörige recht- und zweckmäßig handeln.³⁸¹ Insbesondere durch die Legalitätspflicht wird die Entscheidungsfreiheit der Vorstandsmitglieder stark eingeschränkt. Sie ist für die hier anzustellenden Überlegungen von besonderem Interesse, weil die Frage nach dem Ausmaß der Akzessorietät des Pflichtverletzungsmerkmals bisher offen gelassen wurde und die vollständige Untreuebewehrung einer umfassenden Legalitätspflicht einem sehr weiten Einzugsbereich der Untreue gleichkäme.

Die Sorgfaltspflicht im engeren Sinne (oder auch „Pflicht zur sorgfältigen Unternehmensleitung“³⁸²) ist für die vorliegende Untersuchung besonders relevant, weil ihr durch den unternehmerischen Beurteilungs- und Ermessensspielraum der Vorstandsmitglieder, auf den die Befürworter der These von der bloß asymmetrischen Akzessorietät beharrlich hinweisen³⁸³, Grenzen gesetzt werden³⁸⁴. Und bei den Überwachungspflichten schließlich kumulieren sich die Probleme einer umfassend untreuebewehrten Legalitätspflicht und der Einengung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit sogar, weil der Vorstand z.B. die Einhaltung der Rechtsordnung durch andere dem Unternehmen angehörende Personen sicherstellen muss (Corporate Compliance; dazu unten Kap. 2 A II), dabei aber in seiner Entscheidungsfreiheit auch nicht übermäßig eingeschränkt werden darf. Um die Frage zu beantworten, ob das Pflichtverletzungsmerkmal des § 266 StGB strikt oder bloß asymmetrisch akzessorisch zum Zivilrecht ist, muss also Klarheit darüber gewonnen werden, wie weit Legalitäts- und Überwachungspflicht und Sorgfaltspflicht im engeren Sinne reichen und ob eine vollständige Sanktionierung der zu ihnen gehörenden Verhaltensregeln durch den Untreuetatbestand angemessen ist. Mit dem ersten Teil dieser Aufgabe befasst sich dieser Abschnitt.

a) Legalitätspflicht

Wendet man sich der Legalitätspflicht zu, wird der hohe Anspruch an Vorstandsmitglieder sofort deutlich. Nach einhelliger Meinung hat ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter i.S.d. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG in erster Linie rechtmäßig zu handeln, sich also bei der Ausführung seines Amtes vollständig rechts-treu zu verhalten.³⁸⁵ Die Legalitätspflicht zerfällt wiederum in eine interne und

³⁸¹Fleischer, in: Spindler/Stilz, § 93 Rn. 12. Bisweilen werden andere Unterteilungen vorgenommen. Darauf kann aber nicht näher eingegangen werden.

³⁸²Fleischer, in: Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, § 7 Rn. 27.

³⁸³Siehe nur Ignor/Sättele, in: FS-Hamm (2008), S. 211 (213 ff.); Kubiciel, NSTZ 2005, S. 353 (358); Rönnau, ZStW 119 (2007), S. 887 (909) ff.

³⁸⁴Langenbacher, § 4 Rn. 88.

³⁸⁵Bosch/Lange, JZ 2009, S. 225; Fleischer, in: Spindler/Stilz, § 93 Rn. 23 ff.; ders., in: Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, § 7 Rn. 4; Hopt, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 222f.; Hüffer, § 93 Rn. 13; Krieger/Sailer, in: Schmidt/Lutter, § 93 Rn. 6; Langenbacher, § 4 Rn. 95; Lutter, ZHR 166 (2002), S. 523 (527); Spindler, in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 64; ders., in: FS-Canaris (2007), Bd. II, S. 403 (412).

eine externe Pflichtenbindung.³⁸⁶ Die interne Pflichtenbindung zwingt Vorstandsmitglieder dazu, bei der Wahrnehmung der Leitungsaufgabe alle Pflichten einzuhalten und alle Beschränkungen zu beachten, die sich aus dem Aktiengesetz, der Satzung der AG und den Geschäftsordnungen der Organe ergeben.³⁸⁷ Dazu gehören alle Handlungsanforderungen, ungeachtet dessen, ob sie Inhalt oder Form einer Entscheidung oder das hierfür vorgesehene Verfahren regeln.

Die externe Pflichtenbindung schreibt vor, nicht nur letztere Normen einzuhalten, sondern auch alle Normen, welche die juristische Person als solche treffen.³⁸⁸ Dieser Aspekt der Legalitätspflicht umfasst also zu einem ganz wesentlichen Teil Normen, die, isoliert betrachtet, gerade nicht als Regelung der Vorstandstätigkeit begriffen werden können, sondern nur als Regelung der Tätigkeit der AG als solcher. Dass sie dennoch Einzug in die Sorgfalt des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters halten, liegt daran, dass die AG selbst Rechtsnormen unterworfen ist, wie alle anderen Personen auch, aber nur durch ihre Organe handeln kann, so dass sie auf die Normtreue der Organmitglieder angewiesen ist.³⁸⁹ Diese Normtreue wird durch das Aktiengesellschaftsrecht selbst im Rahmen der Anforderungen an einen ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiter von den Vorstandsmitgliedern eingefordert und dieser Forderung nachzukommen, gilt im Aktiengesellschaftsrecht gemeinhin als absolut vorrangige Aufgabe³⁹⁰, was die Vorstandsarbeit insofern prägt, als diese zum großen Teil aus Rechtsanwendung besteht.

aa) Interne Pflichtenbindung

Die interne Pflichtenbindung gibt den Handlungsrahmen für Entscheidungen der Vorstandsmitglieder in formeller und materieller Hinsicht vor. Zwischen formellen und materiellen Vorgaben lässt sich häufig auch gar nicht trennscharf unterscheiden, was sich z.B. an den Pflichten zur Information etwa des Aufsichtsrats oder der Hauptversammlung (§§ 90, 131 AktG) zeigt. In materieller Hinsicht besteht die wichtigste interne Pflichtenbindung in der Einhaltung der Kompetenzordnung der Aktiengesellschaft. Alle Handlungen der Vorstandsmitglieder müssen mit dieser im Einklang stehen. So wird § 82 Abs. 2 AktG, demzufolge die Vorstandsmitglieder im Verhältnis zur Gesellschaft zur Einhaltung der ihnen im

³⁸⁶Fleischer, in: Spindler/Stilz, § 93 Rn. 14; ders., ZIP 2005, S. 141 (142); Krieger/Sailer, in: Schmidt/Lutter, § 93 Rn. 6; Spindler, in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 63 ff. jeweils m.w.N.

³⁸⁷Fleischer, in: Spindler/Stilz, § 93 Rn. 14; ders., ZIP 2005, S. 141 (142); Krieger/Sailer, in: Schmidt/Lutter, § 93 Rn. 6; Spindler, in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 63 jeweils m.w.N.

³⁸⁸Fleischer, ZIP 2005, S. 141 (144); Fleischer, in: Spindler/Stilz, § 93 Rn. 14, 23 ff.; Goette, in: FS-BGH (2000), S. 123 (131); Krieger/Sailer, in: Schmidt/Lutter, § 93 Rn. 6; Spindler, MüKo-AktG, § 93 Rn. 64 jeweils m.w.N.

³⁸⁹Spindler, in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 64; Thole, ZHR 173 (2009), S. 504 (509).

³⁹⁰Siehe etwa Fleischer, in: Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, § 4 Rn. 4; ders., ZIP 2005, S. 141 (142 ff.); Goette, in: FS-BGH (2000), S. 123 (131 ff.); Langenbacher, § 4 Rn. 96 ff.; Lutter, ZIP 2007, S. 841 (843).

Rahmen des Aktiengesetzes³⁹¹ durch die Satzung, den Aufsichtsrat, die Hauptversammlung und die Geschäftsordnungen von Vorstand und Aufsichtsrat auferlegten Pflichten verpflichtet sind, gemeinhin interpretiert.³⁹²

Die Geschäftsführungsbefugnis im Innenverhältnis kann also im Gegensatz zur Vertretungsbefugnis im Außenverhältnis (vgl. § 82 Abs. 1 AktG) durch die in § 82 AktG aufgezählten Statuten eingeschränkt sein. Eine unter Kompetenzüberschreitung vorgenommene Entscheidung ist niemals pflichtgemäß, verletzt also stets die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters.³⁹³ Hieran wird deutlich, dass die Kompetenzordnung nicht etwa zur Vornahme einer (vermeintlich) profitablen Maßnahme verletzt werden darf³⁹⁴.

Die wichtigste Kompetenzschranke ergibt sich aus dem Unternehmensgegenstand.³⁹⁵ Der Unternehmensgegenstand muss sich nach § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG zwingend aus der Satzung ergeben und seine Änderung kann nur durch die Hauptversammlung und grundsätzlich nur mit einer Dreiviertelmehrheit des bei Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals vorgenommen werden, da es sich um eine Satzungsänderung handelt.³⁹⁶ Maßnahmen, die außerhalb des Unternehmensgegenstandes liegen, sind zu unterlassen und ihre Vornahme ist pflichtwidrig, entspricht also nie der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters.³⁹⁷ Es besteht mit anderen Worten die strikte Verhaltenspflicht, nichts zu tun, was außerhalb des Unternehmensgegenstandes liegt.³⁹⁸

³⁹¹Dass die Beschränkungen sich wiederum im Rahmen des Aktiengesetzes halten müssen bedeutet, dass Geschäftsordnungen von Organen nicht der Satzung der AG widersprechen dürfen und diese wiederum nicht gegen das Aktiengesetz verstoßen darf. Insbesondere kann die Satzung keine Pflichten zu konkreten Geschäftsführungsmaßnahmen enthalten, da sie ansonsten gegen das Gebot der eigenverantwortlichen Leitung durch den Vorstand verstieße, siehe *Grunewald*, 2. C. Rn. 45 und *Langenbucher*, § 14 Rn. 68.

³⁹²*Fleischer*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 4 Rn. 10; *Lutter*, ZIP 2007, S. 841 (843); *Schilba*, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 57 f.

³⁹³*Bosch/Lange*, JZ 2009, S. 225 (230); *Fleischer*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 7 Rn. 10; *ders.*, in: *Spindler/Stülz*, § 82 Rn. 37, § 93 Rn. 20; *Langenbucher*, § 4 Rn. 96; *Seibt*, in: *Schmidt/Lutter*, § 82 Rn. 19; *Spindler*, in: *MüKo-AktG*, § 82 Rn. 45 jeweils m.w.N.

³⁹⁴Ob auch ein Schaden vorliegt, steht auf einem anderen Blatt. Tritt ein solcher aber ein, werden die Vorstandsmitglieder mit dem Einwand, sie haben zum Wohle der Gesellschaft handeln wollen, nicht gehört und sind schadensersatzpflichtig.

³⁹⁵*Fleischer*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 7 Rn. 11; *Grunewald*, 2. C. Rn. 46.

³⁹⁶Das Erfordernis der Dreiviertelmehrheit für Satzungsänderungen ist zwar dispositiv, § 179 Abs. 2 S. 2 AktG, jedoch kann für die Änderung des Unternehmensgegenstands nur eine noch höhere und keine geringere Schwelle beschlossen werden.

³⁹⁷*Grunewald*, 2.C. Rn. 46; *Langenbucher*, § 4 Rn. 67; *Schilba*, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 51; *Spindler* in: *MüKo-AktG*, vor § 76 Rn. 43.

³⁹⁸*Fleischer*, ZIP 2005, S. 141 (143); *ders.*, in: *Spindler/Stülz*, § 82 Rn. 29; *Hüffer*, § 82 Rn. 9; *Spindler*, in: *MüKo-AktG*, § 82 Rn. 34. Unter Umständen kann die Festlegung auf den Unternehmensgegenstand auch zu einem bestimmten positiven Tun zwingen (Über- und Unterschreitungsverbot). So dürfen zum Beispiel Unternehmenssparten, die den Kern des Unternehmensgegenstands ausmachen, nicht einfach aufgegeben werden, siehe *Fleischer*, ZIP 2005, S. 141 (144); *Langenbucher*, § Rn. 68; *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen, S. 475; *Schilba*, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 51 jeweils m.w.N.

Die Maßgeblichkeit des Aktionärswillens schlägt sich allerdings auch in der internen Pflichtenbindung nieder, ohne dass er sich in der Satzung manifestiert hat. Denn der Spielraum des Vorstands wird des Weiteren begrenzt durch sog. ungeschriebene Kompetenzen der Hauptversammlung³⁹⁹: Solche bestehen nach der auf den „Fall Holzmüller“ zurückgehenden Rechtsprechung des BGH bei Maßnahmen, die die Kernkompetenz der Hauptversammlung betreffen, über die Verfassung der Aktiengesellschaft zu bestimmen (sog. Grundlagengeschäfte), und lösen eine Pflicht des Vorstands zur Anrufung der Hauptversammlung aus, obwohl keiner der in § 119 Abs. 1 AktG aufgezählten, einen Hauptversammlungsbeschluss erzwingenden Fälle vorliegt.

Das Recht des Vorstands nach § 119 Abs. 2 AktG, einen Hauptversammlungsbeschluss herbeizuführen, verdichtet sich also zu einer Pflicht. Das basiert auf einer Interpretation von § 119 AktG, dem der Grundgedanke entnommen werden könne, dass mit den in dieser Norm aufgezählten Geschäften vergleichbare Geschäfte zustimmungsbedürftig seien und auf der Erwägung, dass Maßnahmen, die eine AG grundlegend verändern, nicht mehr als Ausübung der Leitungsbefugnis angesehen werden können.⁴⁰⁰ Welche Grenze allerdings überschritten sein muss, damit von einem solchen Grundlagengeschäft gesprochen werden kann, ist auch nach den sog. „Gelatine-Urteilen“ des BGH⁴⁰¹, welche diese Grundsätze weiter ausgeformt haben, umstritten und soll hier auch nicht vertieft werden. Wichtig ist nur, dass die Vornahme eines Grundlagengeschäfts ohne Anrufung der Hauptversammlung eine Kompetenzüberschreitung darstellt. Verstößt ein Vorstandsmitglied gegen diese Grundsätze liegt eine Pflichtverletzung vor.⁴⁰²

Die Rechte des Aufsichtsrats⁴⁰³ stellen weitere Kompetenzgrenzen für die Vorstandstätigkeit dar. Zwar können dem Aufsichtsrat keine Geschäftsleitungsaufgaben übertragen werden (§ 111 Abs. 1 AktG). Aber für bestimmte Arten von Geschäften muss nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG entweder durch die Satzung oder durch ad-hoc-Beschluss des Aufsichtsrats ein sog. Zustimmungsvorbehalt eingeführt werden. Setzt sich der Vorstand über einen Zustimmungsvorbehalt nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG hinweg, liegt auch darin eine Pflichtverletzung.⁴⁰⁴ Die Berufung zur Vertretung der Gesellschaft gegenüber dem Vorstand nach § 112 AktG gehört ebenfalls zu den „Spielregeln“ der Aktiengesellschaft, die ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter nicht brechen darf, denn auch in der Vornahme

³⁹⁹Fleischer, in: Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, § 7 Rn. 10; Goette, in: FS-BGH, S. 123 (133); Langenbucher, § 6 Rn. 69.

⁴⁰⁰BGHZ 83, 122 (131) („Holzmüller“).

⁴⁰¹BGHZ 159, 30 und BGH ZIP 2004, S. 1001.

⁴⁰²Fleischer, ZIP 2005, S. 141 (143); ders., in: Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, § 7 Rn. 10; Paefgen, Unternehmerische Entscheidungen (2002), S. 18.

⁴⁰³Selbst die Kompetenzen von Vorstandsmitgliedern setzen den anderen Vorstandsmitgliedern Grenzen. Das Eindringen in fremde Ressorts widerspricht ebenfalls § 93 Abs. 1 S. 1 AktG. Siehe Fleischer, ZIP 2005, S. 141 (143) und ders., in: Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, § 7 Rn. 10.

⁴⁰⁴Fleischer, ZIP 2005, S. 141 (143); Goette, in: FS-BGH (2000), S. 123 (133).

me eines Eigengeschäfts mit der Gesellschaft unter Verstoß gegen die Vertretungsregeln in § 112 AktG liegt stets eine Pflichtverletzung in diesem Sinne.⁴⁰⁵

Unter die eher formal geprägten Anforderungen fällt insbesondere die Pflicht zur Einhaltung des Verfahrens bei Berichtspflichten (etwa nach § 90 AktG) oder der Vorbereitung der Hauptversammlung (§ 83 AktG).⁴⁰⁶ Zur internen Pflichtenbindung gehören ferner Informationspflichten gegenüber dem Aufsichtsrat und der Hauptversammlung (§§ 90, 131 AktG), Pflichten zu Eintragungen im Handelsregister (siehe § 81 AktG) und zur Gewährleistung ordnungsgemäßer Buchführung, aber auch die Einhaltung der in § 93 Abs. 3 i.V.m. § 57 AktG niedergelegten Kapitalerhaltungspflichten.⁴⁰⁷ Auch die Pflichten zur Abgabe der hier im Mittelpunkt stehenden Entsprechenserklärung nach § 161 AktG gehören zur internen Pflichtenbindung.⁴⁰⁸

bb) Externe Pflichtenbindung

Die externe Pflichtenbindung ergibt sich, wie bereits erwähnt, aus der Normgebundenheit der Aktiengesellschaft selbst, die durch die Organschaft mittelbar zur Pflichtengebundenheit der Vorstandsmitglieder erstarkt. Sie umfasst alle in Rechtsnormen⁴⁰⁹ statuierten Pflichten, auch etwa solche des Steuerrechts, des Kartellrechts, des Arbeits- und Sozialrechts, des Umwelt- und Immissionsschutzrechts sowie des Straf- und des Ordnungswidrigkeitenrechts.⁴¹⁰ „Normen zweiter Klasse gibt es nicht.“⁴¹¹ Ein rechtswidriges Verhalten ist stets zugleich eine Pflichtverletzung gegenüber der AG.⁴¹² Dass Vorstandsmitglieder alle Gesetze

⁴⁰⁵Fleischer, ZIP 2005, S. 141 (143); *ders.*, in: Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, § 7 Rn. 11; Goette, in: FS-BGH (2000), S. 123 (133).

⁴⁰⁶Fleischer, in: Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, § 7 Rn. 6 ff.; Langenbacher, § 4 Rn. 78; Thole, ZHR 173 (2009), S. 504 (508).

⁴⁰⁷Fleischer, ZIP 2005, S. 141 (143). Weiter kann auf die interne Pflichtenbindung an dieser Stelle nicht eingegangen werden. Die entsprechenden Pflichten sollen stattdessen, soweit der Kodex für sie relevant ist, zusammen mit den jeweiligen Kodexbestimmungen erläutert werden.

⁴⁰⁸Schilba, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 57.

⁴⁰⁹In welchem Umfang vertragliche Pflichten der Gesellschaft zu diesen Pflichten gehören, ist umstritten, kann aber hier nicht erörtert werden. Es sei hier nur angemerkt, dass die ganz überwiegende Meinung keine strikte Pflicht der Vorstandsmitglieder zur Erfüllung der vertraglichen Pflichten der AG annimmt, sondern die Vertragserfüllung als unternehmerische Entscheidung ansieht, vgl. dazu differenzierend und m.w.N. auch zur Gegenmeinung Lutter, ZIP 2007, S. 841 (843) und Spindler, in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 73.

⁴¹⁰Fleischer, in: Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, § 4 Rn. 13; *ders.*, ZIP 2005, S. 141 (144); *ders.*, in: Spindler/Stilz, § 93 Rn. 14, 23 ff.; Langenbacher, § 4 Rn. 106; Lutter, ZIP 2007, S. 841 (842 ff.); Spindler, in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 64 jeweils m.w.N.

⁴¹¹Fleischer, ZIP 2005, S. 141 (149); Raiser/Veil, § 14 Rn. 66 f. vgl. auch Spindler, in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 64; Thole, ZHR 173 (2009), S. 504 (520). Siehe auch Ihrig, WM 2004, S. 2098 (2105).

⁴¹²Fleischer, ZIP 2005, S. 141 (144); *ders.*, in: Spindler/Stilz, § 93 Rn. 24; *ders.*, ZIP 2005, S. 141 (145); *ders.*, in: Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, § 7 Rn. 14; Mertens/Cahn, in: Köln. Komm.-AktG, § 93 Rn. 71; Spindler, in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 64.

unserer Rechtsordnung⁴¹³ einzuhalten haben, gilt im Recht der Kapitalgesellschaften geradezu als Binsenweisheit.⁴¹⁴

Zur Begründung braucht man auch nicht anzuführen, dass Verhaltensnormen im Einzelnen durch Straf- und Ordnungswidrigkeitsvorschriften sanktioniert sein können und dass somit mittelbar vermögensbeeinträchtigende Imageschäden für die Gesellschaft entstehen können, so dass im Falle des Zuwiderhandelns eine Schädigung der Gesellschaft droht.⁴¹⁵ Stellt man darauf ab, liegt es nahe, dass die Pflichtwidrigkeit weitgehend aus dem Schaden gefolgert wird⁴¹⁶ (dazu unten Kap. 1 C I 4 c). Daran ist aber problematisch, dass von der Pflichtwidrigkeit auch andere Rechtsfolgen und nicht nur die des Schadensersatzanspruchs der Gesellschaft abhängen, wie z. B. der Widerruf der Bestellung zum Vorstandsmitglied.⁴¹⁷ Hieran zeigt sich, dass die Verhaltenspflichten der Vorstandsmitglieder nicht auf das bloße Vermeiden von Rechtsreflexen gerichtet sind. Die Legalitätspflicht als Teil der Sorgfalt des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters enthielte dann auch keine normative Aussage, die darüber hinaus ginge, dass die Schädigung der Gesellschaft zu unterlassen ist.

Mit einer solchen Entdifferenzierung scheinen einige Stimmen im strafrechtlichen Schrifttum zu sympathisieren, die eine Verletzung der Legalitätspflicht nur dann als Pflichtverletzung im Sinne der Untreue zulassen möchten, wenn sie mit Reflexen wie Schadensersatzpflichten, Sanktionen nach § 30 OWiG oder Kreditverteuerung z.B. durch Reputationsverlust einhergeht.⁴¹⁸ Die normative Aussage der Legalitätspflicht ist indes eine andere: Da die Gesellschaft als Rechtsperson einerseits Rechtsbindungen unterliegt, andererseits als bloß juristische Person nur durch ihre Organe handeln kann, muss sie selbst sicherstellen, dass die Organmitglieder die Rechtsordnung umfassend beachten. Könnte sie einen natürlichen Willen bilden und äußern, wäre es ihr möglich, nur die Beachtung bestimmter Rechtsvorschriften vorzuschreiben. Da dies aber nicht der Fall ist, musste der Gesetzgeber seinen Willen an diese Stelle setzen und hat sich für die normative Aussage entschieden, dass die Einhaltung aller Rechtsnormen auch der Gesellschaft geschuldet ist. Was dies für den unternehmerischen Beurteilungs- und Er-

⁴¹³Inwiefern auch die Rechtsordnungen anderer Staaten insbesondere bei Auslandsgeschäften beachtet werden müssen ist eine hier nicht zu vertiefende Spezialfrage, die vor allem im Zusammenhang mit Bestechung ausländischer Amtsträger relevant ist. Siehe dazu eingehend *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 7 Rn. 16 ff. m.w.N.

⁴¹⁴Siehe etwa *Langenbacher*, § 4 Rn. 106 „selbstverständliche Sorgfaltspflichten“.

⁴¹⁵*Fleischer*, ZIP 2005, S. 141 (144). Mit diesem Argument aber *Raiser/Veil*, § 14 Rn. 81; ähnlich *Schilba*, Aufsichtsratsstätigkeit (2008); vorsichtiger: *Spindler*, in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 64.

⁴¹⁶*Fleischer*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 4 Rn. 14; *ders.*, in: *Fleischer*, § 7 Rn. 14.

⁴¹⁷*Fleischer*, ZIP 2005, S. 141 (144).

⁴¹⁸Siehe etwa *Perron*, GA 2009, S. 296 (307); *Ransiek*, ZStW 116 (2004), S. 634 (675); *Rönnau*, ZStW 119 (2007), S. 887 (923) Zurückhaltender: *Saliger*, in: SSW, § 266 Rn. 32. Bejahend für Schadensersatzpflichten der Gesellschaft, aber verneinend für Geldbußen: *Kubicjel*, NStZ 2005, S. 353 (360).

messensspielraum und für das Pflichtverletzungsmerkmal bedeutet, wird noch zu erörtern sein.

b) Sorgfaltspflicht im engeren Sinne

Die auf die Wahrnehmung der Leitungsaufgabe bezogene Sorgfaltspflicht im engeren Sinne ist im Vergleich zur Legalitätspflicht deutlich schwieriger greifbar. Denn, was die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters im Einzelfall erfordert, lässt sich nicht einheitlich beantworten, sondern richtet sich nach Kriterien wie der Art und Größe des Unternehmens und der Konjunkturlage.⁴¹⁹ Weit verbreitet ist hierzu die Aussage, der Vorstand habe den Vorteil der Gesellschaft zu wahren und Schäden von ihr fernzuhalten.⁴²⁰ Dies ist eine erste Annäherung. Was unternommen werden muss, um dies zu erreichen, lässt sich aber nicht in einer abstrakten Beschreibung zusammenfassen, sondern nur von Einzelfall zu Einzelfall durch Berücksichtigung stets unterschiedlich zu gewichtender Faktoren beantworten, indem man die konkret vorgenommene Maßnahme an demjenigen misst, was ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter eines in Art und Größe vergleichbaren Unternehmens in der gleichen Situation getan hätte.⁴²¹

Selbstverständlich ist, dass der Vorstand sein Handeln auf Gewinnerzielung auszurichten hat.⁴²² Das ergibt sich schon daraus, dass nur eine dem Investitionsrisiko angemessene Rentabilität die Attraktivität der AG als Anlageobjekt gewährleistet und diese auf Eigenkapital angewiesen ist.⁴²³ Ohne einen angemessenen Gewinn kann die Gesellschaft nicht überleben, was weder im Interesse der Aktionäre noch der Arbeitnehmer sein kann.⁴²⁴ Dass diese, einen angemessenen Gewinn voraussetzende Bestandssicherung wiederum zu den Pflichten des Vorstands gehört, ergibt sich indes schon mittelbar aus § 91 Abs. 2 AktG, der den Vorstand verpflichtet, ein Überwachungssystem zur Erkennung existenzgefährdender Risiken einzurichten. Auch lässt sich die Verpflichtung, gewinnorientiert zu arbeiten, schon an der Vorschrift des § 90 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AktG erkennen, welche den Vorstand dazu verpflichtet, dem Aufsichtsrat über die Rentabilität des Unternehmens Bericht zu erstatten und somit eine Gewinnorientierung bereits voraus-

⁴¹⁹Fleischer, in: Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, § 7 Rn. 27; Spindler, in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 24 m.w.N.

⁴²⁰BGHZ 21, 354 (357); Fleischer, in: Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, § 7 Rn. 27; Hopt, in: Großkomm.-AktG, § 93 Rn. 72; Mertens/Cahn, in: Köln. Komm.-AktG, § 93 Rn. 66; Spindler, in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 25.

⁴²¹Fleischer, in: Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, § 7 Rn. 27; Hopt, in: Großkomm.-AktG, § 93 Rn. 86.

⁴²²Kort, in: Großkomm.-AktG, § 76 Rn. 52; Mertens/Cahn, in: Köln. Komm.-AktG, § 76 Rn. 22; Schilba, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 51 jeweils m.w.N.

⁴²³Mertens/Cahn, in: Köln. Komm.-AktG, § 76 Rn. 21.

⁴²⁴Spindler, in: MüKo-AktG, § 76 Rn. 74.

setzt.⁴²⁵ Gewinnorientierung in diesem Sinne darf aber nicht mit kurzfristiger Ertragsmaximierung verwechselt werden, denn der Vorstand hat für eine langfristige Rentabilität zu sorgen.⁴²⁶ Letzteres kann wiederum nur sichergestellt werden, indem ein angemessener Gewinn erzielt, das Kapital der AG erhalten und eine angemessene Eigenkapitalverzinsung unter Vergütung des eingegangenen Risikos erreicht wird.⁴²⁷

Das Gebot der Gewinnorientierung verbietet es dem Vorstand der AG allerdings nicht, (insbesondere gemeinnützige) Leistungen zu erbringen, die den Gewinn mindern⁴²⁸: Zum Beispiel sind Spenden und Sponsoring sowie karitative Tätigkeiten grundsätzlich erlaubt⁴²⁹, was nicht nur aus dem Effekt folgt, dass dadurch das „Image“ der Gesellschaft gepflegt wird⁴³⁰, sondern schon aus der Gemeinwohlbindung der AG.⁴³¹ Mit anderen Worten darf der Vorstand für ein Auftreten der AG als sog. „good corporate citizen“⁴³² sorgen. Natürlich darf durch solche Maßnahmen aber das Ziel, insgesamt einen adäquaten Gewinn zu erzielen, nicht gefährdet werden.⁴³³

Im Gegensatz zur Gewinnorientierung nicht nur als Leitprinzip, sondern als relativ konkrete Pflicht stellt sich die Organisationspflicht des Vorstands dar. Der Vorstand hat das Unternehmen in einer Art und Weise zu organisieren, die ihn in die Lage versetzt, es tatsächlich steuern zu können.⁴³⁴ Dies kommt auch in § 91 Abs. 2 AktG zum Ausdruck: Der Vorstand ist dazu verpflichtet, geeignete Maßnahmen zu treffen und insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit Entwicklungen, die den Fortbestand der Gesellschaft gefährden, früh erkannt werden können. Denn auch hierfür muss das Unternehmen organisiert werden. Den Vorstand trifft außerdem eine Planungspflicht: Diese folgt schon mittelbar aus § 90 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AktG, denn nach dieser Vorschrift hat der Vorstand dem Aufsichtsrat über die beabsichtigte Geschäftspolitik und andere grundsätzliche Fragen der Unternehmensplanung, wie z. B. die Investitions- und Personalplanung, Bericht zu erstatten, was selbstverständlich eine solche Planung voraus-

⁴²⁵Schilba, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 51 m.w.N.

⁴²⁶Hüfner, § 76 Rn. 13 m.w.N.

⁴²⁷Schilba, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 52 m.w.N.

⁴²⁸BGHSt 47, 187 (197 ff.) („SSV-Reutlingen“); Mertens/Cahn, in: Köln. Komm.-AktG, § 76 Rn. 33

⁴²⁹BGHZ 23, 150 (157); BGHSt 47, 187 (192 ff.) („SSV-Reutlingen“); Hopt, in: Großkomm.-AktG, § 93 Rn. 120; Mertens/Cahn, in: Köln. Komm.-AktG, § 76 Rn. 35; Spindler, in: MüKo-AktG, § 76 Rn. 87.

⁴³⁰Dies trägt aber auch zum insofern vorhandenen Spielraum bei. Vgl. nur Mertens/Cahn, in: Köln. Komm.-AktG, § 76 Rn. 33; Seibt, in: Schmidt/Lutter, § 76 Rn. 12 ff.

⁴³¹Seibt, in: Schmidt/Lutter, § 76 Rn. 12.

⁴³²Seibt, in: Schmidt/Lutter, § 76 Rn. 12.

⁴³³Fleischer in: Spindler/Stilz, § 76 Rn. 41; Hüfner, § 76 Rn. 13 f; Mertens/Cahn, in: Köln. Komm.-AktG, § 76 Rn. 35.

⁴³⁴Fleischer, in: Spindler/Stilz, § 93 Rn. 50, 52; Schilba, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 61 jeweils m.w.N.

setzt.⁴³⁵ Organisations- und Planungspflicht haben gemeinsam, dass das „Ob“ ihrer Ausführung nicht in der Entscheidungsmacht des Vorstands steht. Unterlassen sie Planung und Organisation, handeln sie pflichtwidrig. Allerdings stellt sich die Entscheidung über das „Wie“ zumeist als Zweckmäßigkeitentscheidung dar.⁴³⁶ Hier deutet sich also der unternehmerische Freiraum bereits in der Wahl der Mittel an.

c) Überwachungspflicht

Eng verwandt mit Planungs- und Organisationspflicht ist die sich mit diesen teils überschneidende Überwachungspflicht. Sie zwingt die Vorstandsmitglieder dazu, nach- und gleichgeordnete Angehörige des Unternehmens durch geeignete Maßnahmen zu überwachen.⁴³⁷ Aus der externen Pflichtenbindung folgt wiederum nicht nur die Pflicht der Vorstandsmitglieder, diese für die Gesellschaft geltenden Normen selbst einzuhalten, sondern darüber hinaus die Pflicht, die Einhaltung solcher Normen durch die Mitarbeiter und anderen Organmitglieder zu kontrollieren.⁴³⁸ Natürlich trifft den Vorstand hier keine Erfolgshaftung, aber es kann im Einzelfall, insbesondere bei größeren Unternehmen sogar eine Pflicht des Vorstands sein, eine vollständige Compliance-Organisation einzurichten.⁴³⁹

Die Überwachungspflicht bezieht sich auch nicht nur auf die Rechtmäßigkeit des Drittverhaltens, sondern auch auf die Wirtschaftlichkeit.⁴⁴⁰ Es besteht sowohl eine Pflicht zur Überwachung in horizontaler als auch in vertikaler Hinsicht. Es sind also nicht nur die Vorstandskollegen, sondern auch die nachgeordneten Entscheidungsträger zu überwachen. In horizontaler Hinsicht folgt die Überwachungspflicht aus dem Grundsatz der unveräußerlichen Gesamtverantwortung des Vorstands für die Leitung der Gesellschaft einerseits und der Zulässigkeit der Aufteilung in Ressorts und der Aufgabenübertragung an Ausschüsse andererseits. Denn eine solche Aufgabenverteilung ist, nach der allgemein anerkannten Interpretation von § 77 Abs. 1 S. 2 AktG grundsätzlich erlaubt und auch zweckmäßig.⁴⁴¹

Der Grundsatz der Gesamtverantwortung begrenzt diese Möglichkeit jedoch insofern, als auch bei Aufgabenverteilung die Verantwortung für das betreffende Geschäftsgebiet nicht vollständig endet, sondern Wahrnehmungspflichten nur zu

⁴³⁵*Schilba*, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 61 m.w.N.

⁴³⁶*Fleischer*, in: Spindler/Stilz, § 93 Rn. 65; *Langenbacher*, § 4 Rn. 98.

⁴³⁷*Fleischer*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 8 Rn. 1; *Hopt*, in: *Großkomm.-AktG*, § 93 Rn. 107.

⁴³⁸*Fleischer*, BB 2008, S. 1070 (1071); *Kort*, NZG 2008, S. 81 (83); *Thole*, ZHR 173 (2009), S. 504 (509).

⁴³⁹Vgl. *Fleischer*, BB 2008, S. 1070 (1072); *Thole*, ZHR 173 (2009), S. 504 (510).

⁴⁴⁰Vgl. *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, § 93 Rn. 83 ff.; *Spindler*, in: *MüKo-AktG*, § 93 Rn. 137.

⁴⁴¹*Kort*, in: *Großkomm.-AktG*, § 77 Rn. 46; *Mertens/Cahn*, in: *Köln. Komm.-AktG*, § 77 Rn. 16 ff; *Seibt*, in: *Schmidt/Lutter*, § 77 Rn. 16 ff.

Überwachungspflichten werden.⁴⁴² Soweit also in zulässiger Weise⁴⁴³ Aufgaben verteilt werden, entstehen in Bezug auf das fremde Ressort solche Überwachungspflichten, die ebenfalls zur Sorgfalt nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG gehören. Die anderen Vorstandsmitglieder müssen den Lauf der Geschäfte im fremden Ressort beobachten.⁴⁴⁴ Sobald Anhaltspunkte dafür sichtbar werden, dass ein Vorstandsmitglied die ihm übertragenen Aufgaben nicht pflichtgemäß erfüllt, müssen die anderen unverzüglich einschreiten.⁴⁴⁵ Tun sie es nicht, handeln sie pflichtwidrig.

In vertikaler Hinsicht folgt die Überwachungspflicht vor allem aus der weitgehenden Zulässigkeit der Delegation an nachgeordnete Entscheidungsträger im Zusammenspiel mit dem Grundsatz der unveräußerlichen Gesamtverantwortung. Dass eine weitgehende Delegation zulässig ist, kann bereits als Ausprägung des Grundsatzes der eigenverantwortlichen Leitung durch den Vorstand nach § 76 AktG verstanden werden, da es auch zur Eigenverantwortlichkeit gehört, selbst zu entscheiden, ob man Aufgaben selbst erledigt oder delegiert.⁴⁴⁶ Soweit Delegation zulässig ist, besteht die beim Vorstand verbleibende Aufgabe neben der Auswahl und Einweisung in der Überwachung des Mitarbeiters.⁴⁴⁷ Welche Intensität diese Überwachung haben muss, hängt wiederum von einzelnen Faktoren wie etwa der Wichtigkeit der übertragenen Aufgabe und der Berufserfahrung des zu überwachenden Mitarbeiters ab, auf die hier nicht näher eingegangen werden soll.

Lehre und Rechtsprechung haben hierzu ein System abgestufter Überwachungspflichten geschaffen, wobei die Frage, welche Stufe vorliegt, im Wesentlichen von Verdachtsgraden abhängig ist.⁴⁴⁸ Verletzt ein Vorstandsmitglied die Überwachungspflicht und entsteht hierdurch ein Schaden wegen fehlerhafter Ausführung durch den Mitarbeiter, haftet das Vorstandsmitglied nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG auf Schadensersatz. Diese Haftung beruht nicht auf der Verantwortlichkeit für Fremdverschulden, sondern knüpft unmittelbar an die Vernachlässigung der eigenen Überwachungspflicht an.⁴⁴⁹ Die deutliche Parallele zu § 13 StGB verdeutlicht also, wie nahe liegend die Untreuebewehrung der Überwachungspflicht ist.

⁴⁴²Siehe schon RGZ 91, 72 (77); *Kort*, in: Großkomm.-AktG, § 77 Rn. 41 ff.; *Mertens/Cahn*, in: Köln. Komm.-AktG, § 77 Rn. 21, 26, § 93 Rn. 92.

⁴⁴³Der Aufgabenverteilung sind wiederum Grenzen gesetzt. Besonders wichtige ressortspezifische Fragen und ressortübergreifende Fragen, sind stets dem Gesamtvorstand vorzulegen und von diesem zu beantworten. Siehe *Fleischer*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 3 Rn. 5 ff.

⁴⁴⁴*Spindler*, in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 132.

⁴⁴⁵RGZ 98, 98 (100); BGHZ 133, 370 (378); *Hopt*, in: Großkomm.-AktG, § 77 Rn. 37; *Mertens/Cahn*, in: Köln. Komm.-AktG, § 93 Rn. 92; *Spindler*, in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 135 ff.

⁴⁴⁶*Grunewald*, 2. C. Rn. 45. Allerdings kann auch durch Delegation eine Pflichtverletzung begangen werden, da sog. unveräußerliche Leitungsaufgaben durchaus existieren. Die Schwierigkeit besteht darin, sie von sog. Vorbereitungs- und Ausführungsmaßnahmen abzugrenzen. Siehe *Fleischer*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 8 Rn. 27.

⁴⁴⁷BGHZ 127, 336 (347); *Fleischer*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 8 Rn. 29, 32.

⁴⁴⁸Siehe dazu, *Fleischer*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 8 Rn. 33 ff.

⁴⁴⁹*Hopt*, in: Großkomm.-AktG, § 93 Rn. 55; *Hüffer*, § 93 Rn. 14.

3. Treue- und Verschwiegenheitspflichten

Die Anerkennung der im Aktiengesetz nicht ausdrücklich normierten Treuepflichten beruht im Wesentlichen auf der Überlegung, dass die treuhänderische Aufgabe der Organmitglieder bei der Frage, was von ihnen verlangt werden kann, zu berücksichtigen ist.⁴⁵⁰ Dabei wird teils stärker auf das Vertrauen des Treugebers als Geltungsgrund⁴⁵¹ abgestellt, teils stärker auf die rein faktische Zugriffsmöglichkeit^{452,453}. Generell bringen die Treuepflichten die Wertung zum Ausdruck, dass Organmitglieder dem Gesellschaftswohl vor ihren eigenen Interessen und denen Dritter stets den Vorrang einzuräumen haben.⁴⁵⁴ Hierzu gehört als wesentlicher Bestandteil die Pflicht, Geschäftschancen der Gesellschaft nicht selbst zu nutzen.⁴⁵⁵ Treupflichtwidrig kann es auch sein, einen Interessenkonflikt nicht unverzüglich offenzulegen oder trotz eines solchen Konfliktes an einer Entscheidung mitzuwirken.⁴⁵⁶

Die als Unterfall der Treuepflichten zu verstehenden Verschwiegenheitspflichten ergeben sich größtenteils unmittelbar aus dem Aktiengesetz (§ 93 Abs. 1 S. 3). Ihre Verletzung verstößt ebenfalls gegen die Sorgfalt des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters. Bei den Treue- und Verschwiegenheitspflichten zeigt sich besonders deutlich, dass das Vorstandsamt eine erhebliche Einschränkung der Handlungsfreiheit mit sich bringt, was dem ersten Anschein nach gegen eine umfassende Untreuebewehrung dieser Pflichten spricht. Betrachtet man jedoch die Handlungsweisen, die die Treue- und Verschwiegenheitspflicht verletzen, wird ihre soziale Unerträglichkeit ebenfalls deutlich: Nimmt ein Vorstandsmitglied die Chance zu einem profitablen Geschäft für sich selbst wahr, schädigt er die Gesellschaft durch Verwendung einer Information, zu der er nur wegen seiner Vermögensbetreuerstellung Zugang hatte. Das Gleiche gilt beim Ausplaudern eines Geschäftsgeheimnisses. Man wird wohl kaum sagen können, die Bestrafung eines solchen Verhaltens verstoße gegen das Subsidiaritätsprinzip. Und dass das Bestimmtheitsgebot gegen die Untreuebewehrung der Sorgfalt des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters sprechen soll, zeigt sich an Treuepflichten

⁴⁵⁰Fleischer, in: Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, § 9 Rn. 4; Langenbacher, § 4 Rn. 73; Lutter, ZIP 2007, S. 841 (843); Hopt/Roth, in: Großkomm.-AktG, § 116 Rn. 173 ff.; Spindler, ZIP 2006, S. 349 (350).

⁴⁵¹Zöllner, Stimmrechtsmacht (1963), S. 342 ff.

⁴⁵²Fleischer, WM 2003, S. 1045 (1046); Hopt, ZGR 2004, S. 1 (18 ff.).

⁴⁵³Auch hier herrscht also ein Streit zwischen Missbrauchs- und Treubruchstheorie.

⁴⁵⁴Fleischer, in: Spindler/Stilz, § 93 Rn. 102; Hopt, in: Großkomm.-AktG, § 93 Rn. 73; Krieger/Sailer, in: Schmidt/Lutter, § 93 Rn. 16; Langenbacher, § 4 Rn. 73; Mertens/Cahn, in: Köln. Komm.-AktG, § 93 Rn. 96.

⁴⁵⁵Fleischer, in: Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, § 9 Rn. 23; Hopt, in: Großkomm.-AktG, § 93 Rn. 166; Lutter, ZIP 2007, S. 841 (843).

⁴⁵⁶Fleischer, in: Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, § 9 Rn. 12; ders., WM 2003, S. 1045 (1050); Hopt, in: Großkomm.-AktG, § 93 Rn. 185. Hier gibt es allerdings weitgehende Überschneidungen mit der internen Pflichtenbindung, da das Aktiengesetz selbst häufig bindende Anordnungen trifft, die der Verhinderung von Interessenkonflikten dienen, wie z.B. in §§ 88, 89 und 112 AktG.

gerade nicht, da es den Tätern klar bewusst sein dürfte, dass beispielsweise das Wahrnehmen von Gesellschaftschancen für sich selbst Unrecht ist.

4. Gewährung unternehmerischen Spielraums durch die Business-Judgement-Rule

a) Konzept und Rechtsfolge der Business-Judgement-Rule

aa) Hintergrund der Business-Judgement-Rule

Nachdem die sich aus § 93 Abs. 1 S.1 AktG ergebenden Pflichten im Einzelnen dargestellt wurden, muss nun mit dem Aufzeigen der Grenze dieser Pflichten fortgefahren werden, die sich aus dem zweiten Satz der Vorschrift ergibt. Durch das UMAG⁴⁵⁷ wurde § 93 Abs. 1 S. 2 AktG in das Aktiengesellschaftsrecht eingeführt. Dort heißt es:

Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.

Diese Vorschrift, die in Anlehnung an das US-amerikanische Recht⁴⁵⁸ Business-Judgement-Rule genannt wird, stellt die Umsetzung der vor allem in der sog. ARAG/Garmenbeck-Entscheidung⁴⁵⁹ zum Ausdruck gekommenen, aber schon stets vorhandenen⁴⁶⁰ Intention von Rechtsprechung und Wissenschaft dar, Organmitgliedern bei unternehmerischen Entscheidungen einen weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraum zuzugestehen.

Es besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass ein Freiraum für unternehmerische Entscheidungen bestehen muss, damit der Dynamik des Marktes durch das Recht hinreichend Rechnung getragen ist und damit die Vorstandsmitglieder nicht übertrieben risikoscheu agieren und das betreute Vermögen nur verwalten, anstatt es durch angemessenen Wagemut zu mehren.⁴⁶¹ Dies war schon vor der Einführung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG in Rechtsprechung⁴⁶² und Schrifttum anerkannt. Dieser Spielraum ist den Organmitgliedern auch durch die strafrechtliche Recht-

⁴⁵⁷Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts vom 22. 9. 2005, BGBl. I 2005, S. 2802.

⁴⁵⁸Auf die Ursprünge im US-amerikanischen Recht kann hier nicht näher eingegangen werden. Vgl. dazu *Fleischer*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 7 Rn. 45 ff. und *Lutter*, ZIP 2007, S. 841.

⁴⁵⁹BGHZ 135, 244.

⁴⁶⁰Siehe dazu *Lutter*, ZIP 2007, S. 841 (843).

⁴⁶¹*Bosch/Lange*, JZ 2009, S. 225 (228); *Brammsen*, wistra 2009, S. 85 (89); *Feddersen*, in: FS-Laufs (2006), S. 1174; *Grünwald*, 2. C. Rn. 53; *Hopt*, in: Großkomm.-AktG, § 93 Rn. 81; *Spindler*, in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 35.

⁴⁶²BGHZ 134, 392 (398); BGHZ 135, 244 (253) („ARAG/Garmenbeck“); BGHZ 136, 133 (138); BGHSt 47, 187 (192) („SSV-Reutlingen“); BGH ZIP 2005, S. 2317 (2319) („Kinowelt“); OLG Oldenburg BB 2007, S. 66.

sprechung stets zuerkannt worden.⁴⁶³ Dass der Vorstand die AG nach § 76 AktG eigenverantwortlich zu leiten hat, setzt zwingend voraus, dass ihm ein unternehmerischer Ermessensspielraum zur Verfügung steht.⁴⁶⁴ Unternehmerische Entscheidungen zeichnen sich gemeinhin dadurch aus, dass sie unter Unsicherheit getroffen werden und somit eine Prognose voraussetzen. Führen derartige Entscheidungen zu Verlusten, besteht die Tendenz, sie im Nachhinein als pflichtwidrig zu beurteilen, nur weil ein Verlust eingetreten ist und somit unzulässigerweise eine ex-post-Perspektive einzunehmen, anstatt die Eingehung des Risikos aus der ex-ante Perspektive zu bewerten (sog. „hindsight bias“).⁴⁶⁵

Voraussetzung ist und war allerdings stets zunächst die Schaffung einer hinreichenden Tatsachengrundlage zur Abwägung von Chancen und Risiken.⁴⁶⁶ So kann der unternehmerische Beurteilungs- und Ermessensspielraum es z. B. erlauben, einen hochriskanten Folgekredit zu gewähren. Dazu muss ein solcher einen gewissen Erfolg im Hinblick auf die Sanierung des gesamten Engagements versprechen. Insbesondere ist ein wirtschaftlich vernünftiger Gesamtplan erforderlich, der als Durchgangsstadium die Sanierung vorsieht.⁴⁶⁷

Aber nicht nur rechtspolitische Zweckmäßigkeitserwägungen zwingen zur Anerkennung eines solchen Spielraums und zur Abwendung von einer Erfolgshaftung, sondern auch materielle Gerechtigkeits Erwägungen: Die Business-Judgement-Rule trägt dem Umstand Rechnung, dass die Organmitglieder nur treuhänderisch tätig werden und die Früchte des Unternehmenserfolgs grundsätzlich nicht selbst ernten.⁴⁶⁸ Daraus folgt, dass es unbillig wäre, ihnen im Rahmen einer Erfolgshaftung das unternehmerische Risiko aufzubürden. Da aber jemand das Risiko tragen muss, sind dies die Eigentümer. Hierin kommt also der folgende schon bei *John Rawls* zu findende Grundsatz zum Vorschein:

*Wenn sich mehrere Menschen nach Regeln zu gegenseitiger nutzbringender Zusammenarbeit vereinigen und damit ihre Freiheit zum Vorteil aller beschränken müssen, dann haben diejenigen, die sich diesen Beschränkungen unterwerfen, ein Recht darauf, daß das auch die anderen tun. Man darf bei der Zusammenarbeit nicht die Früchte fremder Anstrengung in Anspruch nehmen, ohne selbst einen fairen Teil beizutragen.*⁴⁶⁹

⁴⁶³Vgl. nur BGH NJW 2006, S. 453 („Kinowelt“).

⁴⁶⁴BGHZ 135, 244 (253); BGHZ 136, 133 (140); *Bosch/Lange*, JZ 2009, S. 225 (229); *Spindler* in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 35 m.w.N.

⁴⁶⁵*Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, § 93 Rn. 56; *Hopt*, in: *Großkomm.-AktG*, § 93 Rn. 81; *Mertens/Cahn*, in: *Köln. Komm.-AktG*, § 93 Rn. 13; *Spindler*, in: *MüKo-AktG*, § 93 Rn. 35 m.w.N.

⁴⁶⁶*Brammsen*, *wistra* 2009, S. 85 (89); *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, § 93 Rn. 57.

⁴⁶⁷BGHSt 47, 148 (153); *Brammsen*, *wistra* 2009, S. 85 (89).

⁴⁶⁸*Lutter*, ZIP 2007, S. 841 (843).

⁴⁶⁹*Rawls*, *Theorie der Gerechtigkeit*, S. 133. Siehe auch das Rekurrenieren von *Thomas* auf *Rawls* zur Ablehnung eines § 266 StGB immanenten „allgemeinen Schädigungsverbots“ in: *FS-Hamm* (2008), S. 767.

Eine spezielle Ausprägung dieses Grundsatzes stellt bei § 93 Abs. 1 S. 2 AktG zudem die Erwägung dar, dass die Aktionäre der AG vom Vorstand verlangen, schnelle Entscheidungen zu treffen und daher nicht stets erwarten können, dass diese zum Erfolg führen.⁴⁷⁰ Unter welchen auf diese Prinzipien zurückzuführenden Voraussetzungen die Entpflichtung durch die Business-Judgement-Rule greift und welche Folgen dies hat, soll im Folgenden dargestellt werden.

bb) Rechtsfolge der Business-Judgement-Rule

Durch die Erfüllung der Voraussetzungen des Business-Judgement-Rule wird ein Vorstandsmitglied nicht nur von der Schadensersatzhaftung aus § 93 Abs. 2 S. 1 AktG frei, sondern von jeglichem Vorwurf pflichtwidrigen Verhaltens.⁴⁷¹ Es kann Vorstandsmitgliedern also wegen der gefällten Entscheidung auch nicht die Entlastung nach § 120 Abs. 1 S. 1 AktG verweigert werden. Sie können auch nicht nach § 84 Abs. 3 AktG abberufen werden.⁴⁷² Wie genau allerdings dieser Effekt rechtsdogmatisch zu erfassen ist, ist bisher ungeklärt. Teilweise wird die Rechtsfolge des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG als unwiderlegbare Vermutung pflichtgemäßen Handelns verstanden.⁴⁷³ Andere interpretieren die Vorschrift dahingehend, dass zwar der nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG geltende Sorgfaltsmaßstab unberührt fortgilt, dass aber bei Vorliegen der Voraussetzungen des S. 2 die gerichtliche Überprüfbarkeit eingeschränkt sei.⁴⁷⁴ Das bedeutet, dass den Vorstandsmitgliedern durch § 93 Abs. 1 S. 2 AktG ein „sicherer Hafen“ eröffnet wird, in dem ihre Entscheidungen vor gerichtlicher Überprüfung geschützt werden.⁴⁷⁵ Wiederum andere sehen in der Business-Judgement-Rule die Konkretisierung der Sorgfaltspflicht im engeren Sinne, also die genauere Bestimmung dessen, was bei einer rechtlich nicht gebundenen Entscheidung zu veranlassen ist. Fest steht jedenfalls, dass unter den Voraussetzungen des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG auf keinen Fall eine Pflichtverletzung angenommen werden kann, auch wenn der Rechtsanwender dies anders sehen sollte.⁴⁷⁶ Diese Voraussetzungen müssen daher näher beleuchtet werden.

b) Voraussetzungen der Business-Judgement-Rule

aa) Unternehmerische Entscheidung

Damit die Organmitglieder in den Genuss dieses Vorteils kommen, muss es sich zunächst um eine unternehmerische Entscheidung handeln. Generell lässt sich,

⁴⁷⁰Siehe *Fleischer*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 7 Rn. 46.

⁴⁷¹In aller Deutlichkeit *Lutter*, ZIP 2007, S. 841 (843): „Greift die Business Judgement Rule ein, so bleibt am Vorstand kein Staubkorn eines Vorwurfs hängen - allenfalls der, dass er ohne Glück und Fortune gehandelt hat.“

⁴⁷²Siehe *Mertens/Cahn*, in: *Köln. Komm.-AktG*, § 93 Rn. 15.

⁴⁷³*Hüffer*, § 93 Rn. 4d.

⁴⁷⁴Siehe etwa *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, § 93 Rn. 60 m.w.N.

⁴⁷⁵*Mertens/Cahn*, in: *Köln. Komm.-AktG*, § 93 Rn. 15.

⁴⁷⁶*Fleischer*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 7 Rn. 52 m.w.N.

auch wenn hier vieles umstritten ist, sagen, dass unternehmerische Entscheidungen nur vorliegen, wenn keine Rechtspflicht zu einem bestimmten Handeln besteht.⁴⁷⁷ Denn sowohl die interne als auch die externe Pflichtenbindung schränken den Entscheidungsspielraum von vornherein ein.⁴⁷⁸ Das heißt, dass eine Entscheidung, die unter Verletzung der Rechte des Aufsichtsrats oder der Hauptversammlung ergeht oder gegen die Satzung verstößt und insbesondere eine dem Unternehmensgegenstand widersprechende Entscheidung niemals durch die Business-Judgement-Rule gedeckt ist. Die Wahl zwischen Einhaltung und Nichteinhaltung ist keine unternehmerische Entscheidung im Sinne der Business-Judgement-Rule, die Erfüllung von Rechtspflichten somit eine sog. Pflichtaufgabe.⁴⁷⁹

Insbesondere findet § 93 Abs. 1 S. 2 AktG nach ganz überwiegender Meinung keine Anwendung bei Verletzungen von Treue- und Verschwiegenheitspflichten.⁴⁸⁰ So ist z.B. das Ausplaudern von Firmengeheimnissen auch dann pflichtwidrig, wenn ein Organmitglied dies tut, um der Gesellschaft zu nutzen.⁴⁸¹

Nicht ganz unumstritten ist die Behandlung sog. „nützlicher Rechtsbrüche“⁴⁸². Teils wird angenommen, dass profitversprechende Normverletzungen von der Business-Judgement-Rule gedeckt sein können, dass also die Entscheidung zwischen einem wahrscheinlich profitablen Rechtsbruch und Rechtskonformität eine unternehmerische Entscheidung im Sinne der Business-Judgement-Rule ist. Denn immerhin ist denkbar, dass Vorteile eines Rechtsbruchs sich „rechnen“ weil die sich aus dem Zusammenspiel von Entdeckungswahrscheinlichkeit und Sanktionshöhe ergebenden Kosten des Rechtsbruchs niedriger sind als der Nutzen für das Unternehmen.⁴⁸³ Das Gleiche gilt für Imageschäden der Gesellschaft, die durch den Rechtsbruch entstehen können. Standardbeispiele hierfür sind etwa illegale Waffengeschäfte, Korruption und Verstöße gegen kostenintensive Umweltschutzvorschriften. Besonders relevant sind solche „nützlichen“ Pflichtverletzung im Kontext dieser Untersuchung, weil Teile des strafrechtlichen Schrifttums der Ansicht sind, derartige Handlungen könnten, insbesondere wegen der Ausrichtung des § 266 StGB auf das Vermögen als Rechtsgut, keine Pflichtverletzungen im Sinne der Untreue sein.⁴⁸⁴

⁴⁷⁷ *Bosch/Lange*, JZ 2009, S. 209, S. 225 (229); *Fleischer*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 7 Rn. 53; *Langenbucher*, § 4 Rn. 93 ff.; *Lutter*, ZIP 2007, S. 841 (842 ff.) jeweils m.w.N.

⁴⁷⁸ *Bosch/Lange*, JZ 2009, S. 225 (230).

⁴⁷⁹ *Bosch/Lange*, JZ 2009, S. 225 (230); *Langenbucher*, § 4 Rn. 93 ff.

⁴⁸⁰ *Feddersen*, in: *FS-Laufs* (2006), S. 1175; *Fleischer*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 4 Rn. 53; *Lutter*, ZIP 2007, S. 841 (842 ff.); *Spindler*, NZG 2005, S. 865 (871); *ders.*, ZIP 2006, S. 349 (350).

⁴⁸¹ *Langenbucher*, § 4 Rn. 92.

⁴⁸² *Schilha*, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 59 nennt als Beispiele gewinnbringende, illegale Waffengeschäfte, Missachtung kostenträchtiger Umwelt- bzw. Arbeitsschutzvorschriften und die Bestechung ausländischer Amtsträger.

⁴⁸³ *Thole*, ZHR 173 (2009), S. 504 (512).

⁴⁸⁴ Siehe etwa *Kubiciel*, NStZ 2005, S. 353 (360); *Perron*, GA 2009, S. 296 (307); *Rönnau*, ZStW 119 (2007), S. 887 (922); *Schünemann*, NStZ 2008, S. 430 (433).

Sog. nützliche Pflichtverletzungen gehören nach der zutreffenden ganz herrschenden Meinung im Ergebnis jedoch nicht zu den Handlungen, die ein Vorstandsmitglied vornehmen darf.⁴⁸⁵ Denn es existiert der Rechtssatz, dass die Einhaltung der Rechtsordnung dem Gesellschaftsinteresse vorgeht und dieser bedeutet, dass die zuvor erläuterte Legalitätspflicht als Regulativ der Pflicht, Gewinn zu erwirtschaften und Schaden abzuwenden, begriffen werden kann.⁴⁸⁶ Hierfür kann man auch § 396 Abs. 1 AktG anführen, wonach der Gesellschaft eine Auflösung droht, wenn eine Gemeinwohlgefährdung durch gesetzeswidriges Verhalten vorliegt.⁴⁸⁷ Außerdem ordnet § 93 Abs. 4 AktG an, dass nur ein gesetzmäßiger Beschluss die Vorstandsmitglieder entlasten kann.⁴⁸⁸ Aus alledem kann man folgern, dass das Aktienrecht Gesetzesverstöße nicht duldet.⁴⁸⁹ Die Wertungen des Aktiengesetzes lassen es nicht zu, die Entscheidung des Vorstands zwischen legalem und illegalem Verhalten als rein ökonomische Entscheidung zu werten.⁴⁹⁰ Das ergibt sich schon aus dem zuvor erhobenen Befund, dass der Gesetzgeber in Vertretung der Aktiengesellschaften die normative Erwartung geäußert hat, Organmitglieder sollten vollständig rechtstreu handeln, weil die Gesellschaft selbst rechtsunterworfen ist und nur durch ihre Organe handeln kann.

Abzulehnen sind insbesondere rechtstheoretische Begründungen für die Akzeptanz „nützlicher Pflichtverletzungen“, die Sanktionen lediglich als Preis eines Rechtsbruchs begreifen, der gezahlt werden dürfe, wenn er nur günstig ist (sog. „Law-as-Price-Theorie“⁴⁹¹ oder auch Theorie des „Efficient Breach of Law“⁴⁹²). Denn sie beruhen auf einer Verkennung des normativen Charakters von Rechtsnormen: Sanktionen sind kein Preis, den man für den Verstoß gegen eine Verhaltensnorm bezahlen könnte. Die Befreiung von der Rechtspflicht ist nicht käuflich. Die Rechtsordnung gilt absolut.

Wollte man die Geltung von Normen von der Entdeckungswahrscheinlichkeit und den potenziellen Folgen eines Rechtsbruchs abhängig machen, müsste eine Rechtsordnung immer schwerwiegender Reaktionen auf ihre Verletzung vorsehen

⁴⁸⁵BGHZ 135, 244 (253) („ARAG/Garmenbeck“); *Fleischer*, ZIP 2005, S. 141 (145); *ders.*, in: Spindler/Stülz, § 93 Rn. 32; *Goette*, in: FS-BGH (2000), S. 123 (131); *Ibrig*, WM 2004, S. 2098 (2104); *Krieger/Sailer*, in: Schmidt/Lutter, § 93 Rn. 12; *Lutter*, ZIP 2007, S. 841 (843 f.); *Mertens/Cahn*, in: Köln. Komm.-AktG, § 93 Rn. 17; *Thole*, ZHR 173 (2009), S. 504 (513) jeweils m.w.N.

⁴⁸⁶*Fleischer*, ZIP 2005, S. 141 (148); *Thole*, ZHR 173 (2009), S. 504 (518). Siehe auch *Ibrig*, WM 2004, S. 2098 (2103 ff.); *Schilka*, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 59 m.w.N.

⁴⁸⁷*Fleischer*, in: Spindler/Stülz, § 3 Rn. 32; *ders.*, ZIP 2005, S. 141 (148); *Thole*, ZHR 173 (2009), S. 504 (514).

⁴⁸⁸*Thole*, ZHR 173 (2009), S. 504 (514).

⁴⁸⁹Demensprechend hat der BGH beispielsweise den Aufsichtsrat einer AG sogar für verpflichtet gehalten, einen Zustimmungsvorbehalt nach § 111 Abs. 4 AktG einzuführen, wenn anders kein legales Verhalten des Vorstands sichergestellt werden kann, siehe BGHZ 124, 111 (127).

⁴⁹⁰*Thole*, ZHR 173, S. 504 (515).

⁴⁹¹Die Wurzeln dieser Theorie, die von Teilen des US-amerikanischen Schrifttums vertreten wird, können hier nicht weiter erörtert werden. Vgl. hierzu *Fleischer*, ZIP 2005, S. 141 (146 ff.).

⁴⁹²*Langenbucher*, § 4 Rn. 49.

und auch eine immer höhere Verfolgungsdichte an den Tag legen. Dies wäre auch stets erforderlich, da bei weniger schwerwiegenden Sanktionen, die Einhaltung der Rechtsordnung nicht gewährleistet werden könnte. Der Gesetzgeber müsste sich gezwungen sehen, solange die Sanktionen zu verschärfen, bis der Normverstoß den Rechtsunterworfenen „zu teuer“ wird. Dadurch sähe er sich aber ständig der Gefahr des Verstoßes gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip ausgesetzt, da eine Güterabwägung zwischen Eingriffs- und Erhaltungsinteresse die Sanktionierung kaum noch als angemessen erscheinen ließe. Der Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip müsste aber wiederum die Nichtigkeit der Norm zur Folge haben. Somit könnten die Rechtsunterworfenen durch die Bereitschaft, zum Preis der Sanktion die Normen zu brechen, ihre Geltung aufheben. Sie dürften die Normen also gerade wegen ihrer Bereitschaft zum Rechtsbruch ignorieren, was ersichtlich nicht sein kann.

Hiergegen lässt sich auch nicht anführen, die Rechtstreue sei nicht der Gesellschaft geschuldet, sondern der Allgemeinheit und ein Rechtsbruch der effizient ist, könne somit nicht als Verletzung der Organpflichten angesehen werden. Denn es besteht die schützenswerte normative Erwartung der Gesellschaft selbst, dass die Organe sich wie ordentliche und gewissenhafte Geschäftsleiter verhalten und die Pflicht zur vollständigen Legalität ist untrennbar mit diesem Maßstab, deren Einhaltung die AG erwartet, verbunden.

Gegen die „Law-as-Price-Theorie“ wird außerdem zutreffend vorgebracht, dass die Entscheidung, ob ein auf Gewinnerzielung gerichtetes Verhalten verboten sei, bereits eine Kosten-Nutzen-Analyse beinhaltet, die der Gesetzgeber als Entscheidung der Rechtsgemeinschaft verbindlich trifft, so dass sie für die Rechtsunterworfenen zwingend ist.⁴⁹³ Diese Kosten-Nutzen-Analyse findet im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung statt, da die Sicherung von Normkonformität stets Kosten bei Wirtschaftsunternehmen auslöst, die vom Gesetzgeber bei seiner Abwägung bereits antizipiert werden. An diese Erwägungen ist die rechtsunterworfenene Aktiengesellschaft gebunden und muss diese Gebundenheit an ihre Organe „weitergeben“, was sich in der Legalitätspflicht äußert, die keine Ausnahme erlaubt.

Die Regeln der Rechtsordnung müssen als Spielregeln des Wirtschaftens angesehen werden.⁴⁹⁴ Unternehmerische Entscheidungen im Sinne der Business-Judgement-Rule sind nur regelkonforme Spielzüge. Außerdem spricht entscheidend gegen die Subsumtion „nützlicher Pflichtverletzungen“ unter die Business-Judgement-Rule, dass die Rechtsnormen viel verlässlichere Bewertungsmaßstäbe bieten, an denen wirtschaftliche Entscheidungen gemessen werden können, als die Business-Judgement-Rule, bei der das noch vertretbare vom nicht mehr vertretbaren schwierig abzugrenzen ist (dazu sogleich). Diese Maßstäbe müssen die Gerichte für einen Gewinn an Rechtsbestimmtheit und somit Rechtsicherheit nutzbar

⁴⁹³Vgl. die Nachweise bei *Fleischer*, ZIP 2005, S. 141 (147).

⁴⁹⁴*Fleischer*, ZIP 2005, S. 141 (149).

machen können. Auch der Gesetzgeber war bei Schaffung des UMAG davon ausgegangen, dass für nützliche Rechtverstöße auch im Rahmen der Business-Judgement-Rule kein Raum besteht.⁴⁹⁵

Somit liegt eine unternehmerische Entscheidung immer nur in der Wahl zwischen mindestens zwei legalen Handlungsmöglichkeiten, die eine Zweckmäßigkeitserwägung erforderlich macht.⁴⁹⁶ Der Begriff der unternehmerischen Entscheidung lässt sich positiv nicht weiter definieren. Insbesondere muss es fehlschlagen, die unternehmerische Entscheidung als Entscheidung unter Risiko oder gesteigerter Möglichkeit eines Verlustes⁴⁹⁷ zu definieren. Denn jede wirtschaftliche Entscheidung kann fehlschlagen und wie hoch das Risiko war, ist gerade Bewertungsmaßstab der Business-Judgement-Rule, kann somit nicht über ihre Anwendbarkeit entscheiden, weil darin ein Zirkelschluss läge. Auch ein besonderes Element der „Zukunftsbezogenheit“ der Entscheidung ist abzulehnen⁴⁹⁸, weil jede Entscheidung sich als zukunftsbezogen denken lässt.

Die weitere Einengung des Begriffs der unternehmerischen Entscheidung liefe auch dem Zweck des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG zuwider, den „Rückschauereffekt“ („hindsight bias“), der zum Stellen übermäßig hoher Ansprüche führt, zu bekämpfen. Denn dieser könnte sich bei der Prüfung der Frage, ob die Entscheidung „unter Risiko“ gefällt wurde oder „Prognosecharakter“ hatte, erneut auswirken.⁴⁹⁹ Überzeugend ist es somit, den Begriff „unternehmerische Entscheidung“ nur als Gegenteil zur rechtlich gebundenen Entscheidung zu begreifen, damit die Bewertung der Vertretbarkeit nicht präjudiziert wird: Eine unternehmerische Entscheidung ist also die bewusste Auswahl eines Organs der Gesellschaft aus mehreren tatsächlich möglichen und rechtlich zulässigen Verhaltensvarianten.⁵⁰⁰ Die rechtliche Gebundenheit ergibt sich dann aus den zuvor dargestellten Pflichten zur Legalität, Treue und Überwachung.

bb) Verfolgung des Gesellschaftswohls

Die Business-Judgement-Rule setzt für das Entfallen einer Pflichtwidrigkeit des Weiteren voraus, dass das Organmitglied angenommen hat (und annehmen durfte; dazu sogleich), dass es zum Wohle der Gesellschaft handelt. Denn Vorstand und Aufsichtsrat haben bei ihrer Tätigkeit das Unternehmensinteresse zu wahren.⁵⁰¹

⁴⁹⁵Siehe den Regierungsentwurf zum UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 11: „Für illegales Verhalten gibt es keinen sicheren Hafen.“

⁴⁹⁶*Bosch/Lange*, JZ 2009, S. 225 (229); *Krieger/Sailer*, in: Schmidt/Lutter, § 93 Rn. 12; *Lutter*, ZIP 2007, S. 841 (843).

⁴⁹⁷*Hüfner*, § 93 Rn. 4 f. m.w.N.

⁴⁹⁸*Bosch/Lange*, JZ 2009, S. 225 (230); *Spindler*, NZG 2005, S. 865 (871).

⁴⁹⁹Vgl. *Spindler*, in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 40.

⁵⁰⁰*Bosch/Lange*, JZ 2009, S. 225 (230); *Krieger/Sailer*, in: Schmidt/Lutter, § 93 Rn. 23; *Lutter*, ZIP 2007, S. 841 (843).

⁵⁰¹Auch der Kodex verpflichtet die Organmitglieder in den Ziffern 4. 1. 1., 4. 3. 3. und 5. 5. 1.

DCGK ausdrücklich auf das Unternehmensinteresse.

Damit rückt der schillernde Begriff des Unternehmensinteresses in den Mittelpunkt der Frage nach der Pflichtwidrigkeit einer Entscheidung. Teilweise wird schon bezweifelt, ob der Begriff des Unternehmensinteresses überhaupt geeignet ist, die Pflichtenprogramme der Organmitglieder zu konkretisieren.⁵⁰² Es habe sich aus dem Begriff Unternehmensinteresse kein Maßstab bilden können, der verlässliche Leitlinien für die Vorstandstätigkeit bietet.⁵⁰³ Denn es ist umstritten, wie das Unternehmensinteresse überhaupt zu definieren ist. Stark vergrößernd kann man sagen, dass Streit darüber herrscht, ob nur Anlegerinteressen zu berücksichtigen sind („shareholder value“)⁵⁰⁴ oder auch weitgehend die Interessen anderer Bezugsgruppen des Unternehmens („stakeholder-Ansatz“).⁵⁰⁵

Das bloße Abheben auf das Unternehmenswohl in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG bedeutet jedenfalls nicht zwangsläufig, dass Vorstandsmitglieder nicht Erwägungen des Gemeinwohls in ihre Entscheidung einfließen lassen dürfen. Zwar enthält die Zuweisung der Leitungsaufgabe an den Vorstand im Gegensatz zur früheren Rechtslage keine ausdrückliche Gemeinwohlklausel.⁵⁰⁶ Hieraus kann aber nicht

⁵⁰² *Spindler*, in: MüKo-AktG, § 76 Rn. 71.

⁵⁰³ *Spindler*, in: MüKo-AktG, § 76 Rn. 71 m.w.N.

⁵⁰⁴ Siehe *Kubner*, ZGR 2004, S.244 (245). Im Fokus liegt dann der Aktienwert. Vgl. *K. Schmidt*, § 26 II, S. 768. Andere mit dem Unternehmen in Verbindung stehende Personen wie etwa Lieferanten und Arbeitnehmer werden nur berücksichtigt, soweit dies eine gesetzliche oder vertragliche Pflicht ist. Siehe *v. Werder*, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 354. Dadurch soll nach dieser Ansicht der Tatsache Rechnung getragen werden, dass die Anleger das größte Risiko tragen. Siehe *Fleischer*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 1 Rn. 28. Betont wird, die Anleger seien besonders schützenswert, da sie nicht durch vertragliche Vereinbarungen mit dem Unternehmen verbunden sind, auf die sie sich berufen könnten. Siehe *Fleischer*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 1 Rn. 28 ff. Als Vorteil dieser Theorie lässt sich jedenfalls vorbringen, dass dieser Ansatzpunkt für die Ermittlung des Unternehmensinteresses leichter zu erfassen sei als ein „interessenpluralistischer“ Ansatz. *Fleischer*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 1 Rn. 30; *Spindler*, in: MüKo-AktG, § 76 Rn. 70.

⁵⁰⁵ Dazu *Kubner*, ZGR 2004, S. 244 (250). Dieser Ansicht nach verkennt die shareholder-Theorie schützenswerte Interessen von Lieferanten des Unternehmens, Arbeitnehmern und ähnlichen vom Unternehmen abhängigen Personen. Wer allerdings einbezogen werden soll, ist umstritten. Dazu *Fleischer*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 1 Rn. 26. ff. Insbesondere ist fraglich, ob das Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmer in diesem Rahmen zu berücksichtigen ist oder ob insoweit die bereits vorhandenen Regeln der Unternehmensmitbestimmung abschließend sind. Dazu *Hopt*, ZGR 1993, S. 534 (536). Die Rechtsprechung scheint dem stakeholder-Ansatz nahe zu stehen. Vgl. etwa BGH NJW 1979, S. 1823 (1826).

⁵⁰⁶ In § 70 Abs. 1 AktG-1937 war noch die ausdrückliche Forderung enthalten, der Vorstand solle die AG in der Art leiten, „wie das Wohl des Betriebes und seiner Gefolgschaft und der gemeine Nutzen von Volk und Reich es erfordern“. Im späteren Referentenentwurf von 1958 war in § 71 Abs. 1 eine sog. Gemeinwohlklausel enthalten: Der Vorstand habe die AG so zu leiten „wie das Wohl des Unternehmens, seiner Arbeitnehmer und der Aktionäre sowie das Wohl der Allgemeinheit es erfordern“. Im Regierungsentwurf und im späteren Gesetz wurde allerdings von der Aufnahme einer solchen Klausel abgesehen und zwar aus der Erwägung heraus, dass es sich von selbst verstehe, dass der Vorstand auch Belange der Arbeitnehmer, der Aktionäre und der Allgemeinheit zu berücksichtigen habe. Letztlich wurde eine Gemeinwohlklausel nicht aufgenommen. Welche

geschlossen werden, dass der Vorstand Gemeinwohlintereessen nicht zu berücksichtigen hat. Denn es verhält sich so, dass die AG selbst bei ihrer erwerbswirtschaftlichen Betätigung einer Sozialbindung unterliegt⁵⁰⁷: Zwar geht es aus gesellschaftsrechtlicher Sicht allein um die Interessen der Aktionäre. Das von der Gesellschaft betriebene Unternehmen ist aber ein „interessenpluralistischer Organismus“, in dem außer den Interessen der Aktionäre auch diejenigen der Organmitglieder, der Arbeitnehmer und im Hinblick auf Gegenstand und Größe des Unternehmens auch die der Allgemeinheit zum Ausdruck kommen.⁵⁰⁸

Das ergibt sich zum Einen daraus, dass der Betrieb eines Unternehmens in faktischer Hinsicht ein auf Gewinnerzielung gerichtetes soziales Zusammenspiel von Menschen ist und zum Anderen aus der in Art. 14 Abs. 2 GG niedergelegten Sozialbindung des Eigentums, die auch für das in Aktien verkörperte Eigentum an der Gesellschaft gilt. Die Aktionäre sind, wie jeder Eigentümer, dazu verpflichtet von ihrem Recht in einer Weise Gebrauch zu machen, die die Interessen der Arbeitnehmer und der Allgemeinheit nicht beeinträchtigt. Diese Begrenzung der Autonomie der Aktionäre schlägt aber auch auf die Kompetenz des Vorstands durch. Letzteres lässt sich damit begründen, dass der Vorstand seine Leitungskompetenz durch die Aktionäre erhält und treuhänderisch für sie ausübt. Denn aus diesem Grund kann seine wirtschaftliche Freiheit keiner geringeren Bindung unterliegen als die der Aktionäre selbst.⁵⁰⁹

Ohne näher auf den Begriff des Unternehmensinteresses eingehen zu müssen, kann man jedenfalls sagen, dass Voraussetzung stets die Beabsichtigung einer Sicherung der langfristigen Ertragskraft und Wettbewerbsfähigkeit der Gesellschaft ist.⁵¹⁰ Hierbei handelt es sich, wie der Wortsinn nahe legt, um eine subjektive Voraussetzung. Es ist also aus der ex-ante Perspektive der Vorstandsmitglieder zu beurteilen, ob die Maßnahme zum Wohle der Gesellschaft vorgenommen wurde.

cc) Handeln auf angemessener Informationsgrundlage

Das Vorstandsmitglied muss vernünftigerweise annehmen dürfen, auf der Grundlage angemessener Information zu handeln. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn die Entscheidungsgrundlagen sorgfältig ermittelt worden sind.⁵¹¹ Dadurch, dass diese Voraussetzung nach dem Wortsinn des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG („annehmen durfte“) aus Sicht des Handelnden zu beurteilen ist, ergibt sich, dass die Frage, ob

Schlussfolgerungen hieraus zu ziehen sind, ist allerdings umstritten. Siehe zum Ganzen *Spindler*, in: MüKo-AktG, § 76 Rn. 65 ff. m.w.N.

⁵⁰⁷Siehe zum Ganzen *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, § 76 Rn. 23; *Mertens/Cahn*, in: *Köln. Komm.-AktG*, § 76 Rn. 33; *Spindler*, in: MüKo-AktG, § 76 Rn. 65.

⁵⁰⁸Siehe die Ausführungen bei *Spindler*, in: MüKo-AktG, § 76 Rn. 68.

⁵⁰⁹*Spindler*, in: MüKo-AktG, § 76 Rn. 68.

⁵¹⁰Vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs zum UMAG, BR-Drucks. 3/05 S. 19.

⁵¹¹*Fleischer*, in: *Fleischer*, *Handbuch des Vorstandsrechts*, § 7 Rn. 57; *Hopt*, in: *Großkomm.-AktG*, § 93 Rn. 84; vgl. auch BGHZ 135, 244 (253 f.) („ARAG/Garmenbeck“).

eine ausreichende Informationsgrundlage geschaffen wurde, wiederum nur eingeschränkt vom Gericht geprüft werden kann und ebenfalls aus der ex-ante-Perspektive zu beurteilen ist.⁵¹² Ansonsten könnte der Zweck des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG durch zu strenge Anforderungen aufgrund der Einnahme der ex-post-Perspektive sehr leicht unterlaufen werden, indem dem Vorstand stets vorgeworfen wird, er hätte sich besser informieren müssen.⁵¹³

dd) Freiheit von Interessenkonflikten und Gutgläubigkeit

Obwohl sich dies im Wortsinn nicht niederschlägt, soll nach Ansicht des Gesetzgebers ein Vorstandsmitglied nur annehmen dürfen, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln, wenn die Entscheidung frei von eigennützigem Erwägungen, Interessenkonflikten und Einflüssen Dritter gefällt wurde.⁵¹⁴ Dies wird ganz überwiegend als ungeschriebene Voraussetzung mit der Erwägung akzeptiert, dass eine Entscheidung unter Fremdeinflüssen oder eigennützigem Erwägungen unmöglich nur am Wohl der Gesellschaft orientiert sein kann.⁵¹⁵ Will ein Vorstandsmitglied also einem Pflichtwidrigkeitsvorwurf entgehen, muss es den Interessenkonflikt offen legen und von der Mitwirkung an der Entscheidung Abstand nehmen. Diese muss dann unter Ausschluss des entsprechenden Vorstandsmitglieds gefällt werden. Fällt es die Entscheidung trotz eines solchen Interessenkonflikts, kann es sich nicht darauf berufen, zum Wohl des Unternehmens gehandelt zu haben. Außerdem muss ein Handeln in gutem Glauben vorliegen, was nur bedeutet, dass der Handelnde selbst an die Richtigkeit seiner Entscheidung glauben muss.⁵¹⁶

ff) Evidenzkontrolle; Rechtsfolge bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen

Problematisch ist, ob auch bei Vorliegen der soeben genannten Voraussetzungen noch eine inhaltliche Kontrolle der Entscheidung vorgenommen werden muss. Die ganz überwiegende Auffassung geht davon aus, dass dies der Fall ist.⁵¹⁷ Es sei zu prüfen, ob das eingegangene Risiko völlig unvertretbar war, also im Sinne der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung, ob die Bereitschaft zur Eingehung unternehmerischer Risiken in unverantwortlicher Weise überspannt wurde. Hierfür wird einerseits der Wortsinn des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG angeführt („vernünftigerweise annehmen durfte“) und andererseits die ARAG/Garmenbeck-Entscheidung

⁵¹²Siehe *Lutter*, ZIP 2007, S. 841 (845).

⁵¹³Vgl. *Fleischer*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 7 Rn. 53; *Lutter*, ZIP 2007, S. 841 (845).

⁵¹⁴Vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs zum UMAG, BR-Drucks. 3/05 S. 20.

⁵¹⁵*Bosch/Lange*, JZ 2009, S. 225 (232); *Fleischer*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 7 Rn. 57; *Langenbucher*, § 4 Rn. 104; *Lutter*, ZIP 2007, S. 841 (843).

⁵¹⁶*Bosch/Lange*, JZ 2009, S. 225 (231) *Fleischer*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 7 Rn. 60; *Langenbucher*, § 4 Rn. 105; *Lutter*, ZIP 2007, S. 841 (845).

⁵¹⁷*Brömmelmeyer*, WM 2005, S. 2065 (2069); *Lutter*, ZIP 2007, S. 841 (843 f.); *Spindler*, in: *MüKo-AktG*, § 93 Rn. 50 jeweils m.w.N.

selbst.⁵¹⁸ Für die Vornahme einer Evidenzprüfung wird vor allem vorgebracht, es sei schon im Interesse des Anlegerschutzes nötig, eine solche vorzunehmen, da es für die Aktionäre unzumutbar sei, wenn die Eingehung eines völlig unvertretbaren Risikos als pflichtgemäß gewertet werde.⁵¹⁹

Allerdings fragt sich, welche Funktion § 93 Abs. 1 S. 2 AktG überhaupt haben soll, wenn ein gutgläubiges, von Fremdinteressen freies Handeln aufgrund angemessener Information dennoch einer Evidenzkontrolle unterzogen wird. Denn, soweit das Bestehen einer Evidenzkontrolle zu den Voraussetzungen der Business-Judgement-Rule gehört, kann das Vorliegen der übrigen Voraussetzungen im Falle der evidenten Fehlentscheidung keine Rolle spielen. Somit erscheint die Rule lediglich als deklaratorischer Hinweis auf die durch die ARAG/Garmenbeck-Entscheidung statuierten Grundsätze.

Dogmatisch besonders verworren wird die Frage durch die Rechtsfolge der Business-Judgement-Rule, die lediglich in dem Ausschluss der Pflichtwidrigkeit besteht, aber nichts darüber aussagt, was bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen gelten soll. Denn nach nahezu einhelliger Meinung kann bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG nicht per se von einer Pflichtwidrigkeit ausgegangen werden.⁵²⁰ Vielmehr könne die Handlung dann vom Gericht nach den allgemeinen Regeln auf ihre Pflichtwidrigkeit hin überprüft werden, wobei allerdings stets betont wird, dass das Nichtvorliegen der Voraussetzungen der Business-Judgement-Rule wiederum ein kaum zu entkräftender Anhaltspunkt für die Pflichtwidrigkeit ist.⁵²¹

Problematisch ist auch die Frage, ob beim Fehlen des Merkmals „unternehmerische Entscheidung“ die Überprüfung durch das Gericht noch etwas anderes ergeben kann, als ein Pflichtwidrigkeitsurteil. Denn, wenn diese Voraussetzung fehlt, liegt schon ein Verstoß gegen die Legalitätspflicht und damit per se eine Pflichtverletzung vor. Auch das Fehlen des Merkmals „Freiheit von Interessenkonflikten und sachfremden Erwägungen“ dürfte stets zu einer Pflichtwidrigkeit führen. Denn fehlt es, liegt ein Verstoß gegen die Treuepflicht vor.⁵²²

Auf die dogmatischen Probleme der Business-Judgement-Rule kann an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden. Für die Verifizierung der These der asymmetrischen Akzessorietät sind sie aber auch nicht entscheidend. Denn ausgelotet werden sollte der auf Primärebene vorhandene unternehmerische Beurteilungs- und Ermessensspielraum, um klären zu können, ob das Strafrecht einen großzügi-

⁵¹⁸Siehe etwa *Brömmelmeyer*, WM 2005, S. 2065 (2069).

⁵¹⁹*Brömmelmeyer*, in: WM 2005, S. 2065 (2069); *Spindler*, in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 50.

⁵²⁰*Fleischer*, in: *Spindler/Stülz*, § 93 Rn. 60; *Krieger/Sailer*, in: *Schmidt/Lutter*, § 93 Rn. 11; *Mertens/Cahn*, in: *Köln. Komm.-AktG*, § 93 Rn. 15 *Spindler*, in: *MüKo-AktG*, § 93 Rn. 39.

⁵²¹Siehe etwa *Spindler*, in: *MüKo-AktG*, § 93 Rn. 39.

⁵²²Somit bleiben Fälle des fehlenden guten Glaubens und solche der mangelhaften Informationsbasis der Entscheidung. Fehlt eine dieser Voraussetzungen, müsste das Gericht die unternehmerische Entscheidung auf ihre Unvertretbarkeit hin überprüfen. Dies hätte es allerdings auch sogleich tun können.

geren Maßstab anlegen muss. Dieser steht trotz der soeben dargestellten Unklarheiten fest, da die ganz herrschende Meinung das Nichtvorliegen der Voraussetzungen der Business-Judgement-Rule nicht mit Pflichtwidrigkeit gleichsetzt.

Aus dem Zusammenspiel dieser Rechtsfolge des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG mit dem Legalitätsgebot und dem Treuegebot ergibt sich der auf der Primärebene vorhandene Spielraum. Einerseits kann eine Pflichtverletzung nicht vorliegen, wenn die soeben genannten Voraussetzungen gegeben sind. Andererseits, kann eine unternehmerische Entscheidung nur pflichtwidrig sein, wenn sie entweder gegen eine Rechtsnorm oder die Treuepflicht verstößt oder die Bereitschaft zum Eingehen unternehmerischer Risiken in unverantwortlicher Weise überspannt wurde. Dies ist wiederum nur dann der Fall, wenn die Entscheidung aus der ex-ante-Perspektive des Handelnden nicht mehr als auf plausiblen Erwägungen basierend angesehen werden kann.⁵²³

c) Verhältnis von Ermessensspielraum und „allgemeinem Schädigungsverbot“

aa) Das allgemeine Schädigungsverbot als Strukturproblem der Untreue

Auch wenn es in diesem Abschnitt um die Erfassung der Primärpflichten der Organmitglieder geht, muss an dieser Stelle eine (zumindest auch) strafrechtliche Frage der Untreuedogmatik abgehandelt werden und zwar die nach der Existenz eines „allgemeinen Schädigungsverbots“. Hierbei handelt es sich in der Sache um die Frage, ob die Pflichtverletzung in bestimmten Fällen aus dem Vermögensnachteil rückgeschlossen werden darf. So wird vor allem von *Schünemann* angenommen, § 266 StGB enthalte für Vermögensbetreuungspflichtige ein allgemeines, von speziellen Primärverhaltensregeln unabhängiges, Schädigungsverbot bzw. setze ein solches auf Primärebene vorhandenes Verbot voraus. Zumindest dort, wo spezielle Verhaltensnormen fehlen, sei dies der Fall und das Vorliegen einer Spezialnormverletzung sei keinesfalls Bedingung für die Tatbestandserfüllung.⁵²⁴

Schünemann und die ihm folgenden Autoren wollen einen Rückschluss vom Vermögensnachteil auf die Pflichtverletzung insbesondere zulassen, wenn ein Pflichtverletzungsvorwurf ansonsten (ihrer Ansicht nach) nicht erhoben werden

⁵²³Siehe *Hopt/Roth*, in: Köln. Komm.-AktG, § 116 Rn. 84. Wann dies der Fall ist, kann nicht abstrakt umschrieben werden, da es auf den Einzelfall ankommt. Man wird jedenfalls das Eingehen existenzgefährdender Risiken für pflichtwidrig halten dürfen, wenn nicht eine Extremsituation vorliegt, vgl. *Spindler*, in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 50. Zu streng ist es, eine Pflichtverletzung schon anzunehmen, wenn „die Gefahr eines Verlusts wahrscheinlicher ist als die Aussicht auf Gewinnzuwachs. Siehe BGH NJW 1975, S. 1234 (1236). („Bundesligaskandal“). Hierbei wird das Verhältnis von Größe des möglichen Gewinns und Größe des möglichen Verlustes nicht berücksichtigt. Unproblematisch dürfte auch der Extremfall sein, dass der Täter „nach Art eines Spielers“ die Regeln kaufmännischer Sorgfalt verletzt, indem er eine extrem hohe Verlustgefahr in Kauf nimmt, um hiermit eine höchst zweifelhafte Gewinnaussicht zu erhalten. Siehe BGH NJW 1975, S. 1234 (1236) („Bundesligaskandal“).

⁵²⁴*Schünemann*, NSTZ 2005, S. 473 (474). Ähnlich *Ransiek*, ZStW 116 (2004), S. 634 (647). Siehe auch *Tiedemann*, in: FS-Tröndle (1989), S. 319 (322 f.).

dürfte, weil eine verletzte Verhaltensnorm nicht den Zweck hatte, das Vermögen des Treugebers zu schützen (dazu unten Kap. I D II).⁵²⁵ Dies ist wenig überraschend, wenn man sich vor Augen führt, dass durch das Verlangen eines solchen „Schutzzweckbezugs“ die Fülle der Normen, an deren Verletzung ein Pflichtwidrigkeitsurteil geknüpft werden kann, extrem eingeschränkt wird. Autoren, die einen solchen Schutzzweckbezug ablehnen und einen bloßen objektiven Fremdvermögensbezug ausreichen lassen (dazu ebenfalls unten Kap. 1 D II), lehnen ein allgemeines Schädigungsverbot tendenziell ab⁵²⁶, was ebenfalls nicht verwundert, da sie im Falle von Schädigungen unter Verletzung zwar nicht schutzzweckkonnexer aber durch Sanktionen gegen die Gesellschaft bewehrter Rechtsnormen zu einer Untreuestrafbarkeit kommen können, ohne die Pflichtverletzung aus dem Vermögensnachteil ableiten zu müssen.

Allerdings lehnen auch generell viele Autoren das allgemeine Schädigungsverbot als verfassungsrechtlich bedenkliche Gleichsetzung von Schaden und Pflichtverletzung strikt ab.⁵²⁷ Keineswegs trifft dies jedoch auf alle Vertreter einer zivilrechtsakzessorischen Perspektive zu.⁵²⁸ Das allgemeine Schädigungsverbot kann somit nicht als notwendigerweise auf einer typologischen Untreue Theorie basierende Rechtsfigur angesehen werden, was aber an sich naheliegend wäre: Schließlich zeichnet sich die zivilrechtsakzessorische Perspektive durch die Suche nach speziellen zivilrechtlichen Verhaltensnormen und deren Weiterverarbeitung nach untreuespezifischen, die Strafbarkeit einschränkenden Gesichtspunkten aus, so dass ein allgemeines Schädigungsverbot die in diesem Wege gewonnenen Wertungen zu unterlaufen droht.

Die Vertreter der akzessorischen Perspektive lehnen dennoch das „allgemeine Schädigungsverbot“ nicht rundheraus ab, weil auch aus dem auf Primärebene verorteten Gebot in § 93 Abs. 1 S. 1 AktG, sich wie ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter zu verhalten, ein „allgemeines Schädigungsverbot“ gefolgert werden könne.⁵²⁹ Das basiert auf der zuvor dargestellten vergrößernden Umschreibung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters: Dieser hat den Vorteil der Gesellschaft zu wahren und sie vor Schäden zu schützen. Zur Unterstützung der These wird z.B. die Sentenz des BGH im Fall Mannesmann herangezogen, die lautet:

Das Gebot, alle Maßnahmen zu unterlassen, die den Eintritt eines sicheren Vermögensschadens bei der Gesellschaft zur Folge haben, gehört - ohne dass es dazu weiterer gesetz-

⁵²⁵Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 36; Ransiek, ZStW 116 (2004), S. 634 (647); Rönnau, ZStW 119 (2007), S. 873 (923).

⁵²⁶Siehe etwa Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 43.

⁵²⁷Brammsen, ZIP 2009, S. 1504 (1508); Kubiciel, NStZ 2005, S. 353; Matt, NJW 2005, S. 389 (390); Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 43; Thomas, in: FS-Hamm (2008), S. 767.

⁵²⁸Siehe etwa Schlösser/Dörfler, wistra 2007, S. 326 (331).

⁵²⁹Ein solches schon auf Primärebene vorhandenes Schädigungsverbot sprechen z.B. Brammsen, wistra 2009, S. 85 (87) und Schönemann, NStZ 2005, S. 473 (474) an.

licher oder rechtsgeschäftlicher Regelungen bedürfte - zu den Treupflichten, die ein ordentliches und gewissenhaftes Präsidiumsmitglied (§§ 93 I 1, 116 S. 1 AktG) zwingend zu beachten hat.⁵³⁰

Dies legt den Schluss nahe, dass jede vorsätzliche Schädigung des Gesellschaftsvermögens ohnehin pflichtwidrig im Sinne von § 93 Abs. 1 S. 1 AktG ist. Zumindest bei vollständiger Zivilrechtsakzessorietät hätte in derartigen Fällen des Verstoßes gegen das „allgemeine Schädigungsverbot“ weder das Tatbestandsmerkmal der Pflichtverletzung noch das des Tatbestandsvorsatzes noch eine rechte Funktion. Jede hierunter fallende Handlung des Vorstandes oder Aufsichtsrates wäre, falls nicht ein Rechtfertigungs- oder ein Entschuldigungsgrund eingreift, strafbar, da ja ein Vermögensschaden ebenfalls gegeben ist.

Daran kann dann auch das tatbestandseinschränkende Kriterium des „Schutzzweckbezugs“ nichts ändern: Letzteres zwingt ja nur zu der Frage, ob die verletzte Pflicht den Schutz des Vermögens des Treugebers bezweckt (dazu genauer unten Kap. 1 D II). Das allgemeine Schädigungsverbot ist aber eine Vermögensschuttpflicht. Bei voller Zivilrechtsakzessorietät gibt somit das allgemeine Schädigungsverbot scheinbar das vollständige Programm für die Strafbarkeitsbestimmung vor. Das legt, aus einer die Selbständigkeit des Strafrechts verteidigenden Warte betrachtet, sehr nahe, dass eine volle Zivilrechtsakzessorietät des Untreuetatbestandes nicht bestehen kann. Andererseits lassen diese weitreichenden Folgen Zweifel daran aufkommen, ob ein „allgemeines Schädigungsverbot“ wirklich existieren kann. Dies ist also zu klären.

bb) Relevanz für die Untersuchung

Zuvor soll noch die Relevanz für die hier zu untersuchenden Fragen aufgezeigt werden: Ob ein allgemeines Schädigungsverbot anzuerkennen ist, ist für die Frage, ob das Abweichen vom Kodex eine Pflichtverletzung darstellt, nicht relevant. Vielmehr kann ein allgemeines Schädigungsverbot nur bei Verstößen gegen § 161 AktG relevant sein. Bei Abweichungen vom Kodex geht es stets um die Frage, ob seine Bestimmungen einzelne Verhaltenspflichten bzw. die Generalklausel des „ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ durch eine normative Ausstrahlungswirkung konkretisieren oder ob sie wenigstens bei der Frage nach der Pflichtwidrigkeit eine die Rechtsprechung beeinflussende Rolle spielen können. Hierfür interessiert ein allgemeines Schädigungsverbot nicht, weil es ohnehin nur zum Zug kommt, wenn keine ein Verhalten verbietende spezielle Norm gefunden werden kann (dazu sogleich). Für die Frage, ob Verstöße gegen § 161 AktG Pflichtverletzungen im Sinne der Untreue sind, ist ein etwaiges allgemeines Schädigungsverbot hingegen von großer Relevanz, weil einerseits bei § 161 AktG fraglich ist, ob seine Verletzung eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue ist, andererseits aber der Eintritt eines Schadens bei seiner Verletzung durchaus vorstellbar

⁵³⁰BGHSt 50, 331 (336) („Fall Mannesmann“).

ist (siehe unten Kap. 3), so dass eine Herleitung der Pflichtverletzung aus dem Schaden den „Qualitätsmangel“ von § 161 AktG ausgleichen könnte.

cc) Das Schädigungsverbot als Korrelat von Legalitätspflicht und Ermessensspielraum

Ein allgemeines Schädigungsverbot existiert jedoch nicht und die Aussage, ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter i.S.v. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG habe den Vorteil der Gesellschaft zu wahren und Schäden von ihr abzuwenden, ist zwar richtig, aber zu grob. Zu grob ist sie, weil natürlich keine Erfolgshaftung besteht, was auch im Gesellschaftsrecht völlig unumstritten ist (siehe oben Kap. 1 C I). Selbstverständlich kann nicht jeder eingetretene Schaden zugleich eine Pflichtverletzung darstellen.⁵³¹ Der Erfolg „Vermögensnachteil“ bzw. „Schaden“ kann auch auf Zufällen beruhen, ein pflichtgemäß eingegangenes Risiko sich verwirklicht haben.

Hieraus eine Pflichtverletzung zu folgern, widerspräche schon dem oben dargestellten Grundsatz der Fairness nach *John Rawls*. Außerdem kann ein Erfolg durch eine Norm niemals verboten werden, sondern stets nur die Vornahme bestimmter Handlungen, die den Erfolg herbeiführen können.⁵³² Somit sind auch die Einwände unberechtigt, durch Anerkennen eines allgemeinen Schädigungsverbot es ebne man den Unterschied zwischen Pflichtverletzung und Vermögensnachteil ein. Denn Pflichtverletzung und Vermögensnachteil sind lediglich zwei Seiten derselben Medaille, weil sie eine Handlung unter verschiedenen Blickwinkeln (ex-ante im Falle der Pflichtverletzung und ex-post im Falle des Vermögensnachteils) bewerten. Dass hierdurch ein Vermögensnachteil ohne Pflichtverletzung irrelevant wird, zeigt nicht etwa, dass ein solches Verständnis der Tatbestandsmerkmale sachwidrig ist, sondern entspricht der Erkenntnis, dass es einen Erfolgswert ohne Handlungswert nicht geben kann.

Somit kann ein allgemeines Schädigungsverbot selbstverständlich nur auf schadensträchtige Handlungen bezogen sein. Die abschließende Bewertung dieser Handlungen als erlaubt oder unerlaubt gefährlich ergibt sich aber bei der Organuntreue vollständig aus dem Maßstab des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters, genauer gesagt aus dem Zusammenspiel der hierin enthaltenen Legalitätspflichten, Treuepflichten, Überwachungspflichten und der Pflicht, das Eingehen unverantwortlicher Risiken zu unterlassen. Denn auf der einen Seite werden alle rechtswidrigen Handlungen von dem für den Vorstand geltenden Legalitäts-

⁵³¹Dies betonen aber *Brammsen*, wistra 2009, S. 85 (87); *ders.*, ZIP 2009, S. 1504 (1506); *Feigen*, in: FS-Rudolphi (2004), S. 445 (447); *Fischer*, § 266 Rn. 64; *Kubiciel*, NStZ 2005, S. 353; *Otto*, JR 2000, S. 517.

⁵³²Vgl. *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, § 44 I. 4. m.w.N. Es ist also gerade nicht so, dass die Pflichtwidrigkeit aus dem Schaden rückgeschlossen wird. Vielmehr ergibt sich das Pflichtwidrigkeitsurteil aus der Schadensträchtigkeit der vorgenommenen Handlung, wobei natürlich der Eintritt eines Vermögensnachteils ein gewichtiger Anhaltspunkt für eine solche Schadensträchtigkeit ist. Siehe *Fischer*, § 266 Rn. 64 m.w.N.

gebot als unerlaubt riskant bewertet⁵³³, so dass es eine Wahlmöglichkeit zwischen legalem und illegalem Verhalten nicht gibt. Und auf der anderen Seite sind alle Handlungen, die sich im Rahmen dieser Gesetze halten und keine völlig unvertretbaren Risiken mit sich bringen, erlaubt, so dass die Wahl zwischen Handlungsmöglichkeiten in diesem Bereich eine reine Zweckmäßigkeitentscheidung ist.

Es gibt also kein „allgemeines Schädigungsverbot“, sondern nur ein Verbot von Handlungen, die gegen Rechtsnormen verstoßen oder zwar nicht gegen Rechtsnormen verstoßen, aber die angemessene Risikobereitschaft in unverantwortlicher Weise überdehnen. Vor diesem Hintergrund wird die Aussage des BGH im Fall Mannesmann verständlich. Denn die Pflicht, alles zu unterlassen, was einen sicheren Vermögensnachteil zur Folge hätte, ergibt sich zwar nicht aus dem Legalitätsgebot, aber aus dem Verbot der Eingehung übermäßiger Risiken.

Ein so verstandenes „allgemeines Schädigungsverbot“ läuft auch nicht Gefahr, die Wertungen von Spezialnormen zu überspielen. Denn ein weiter Spielraum wird nur für legales Verhalten gewährt. Der Ermessensspielraum kommt, soweit nicht in einer Spezialnorm wie § 87 AktG bereits ein gewisser Spielraum enthalten ist, nur zum Zuge, wenn er nicht durch Spezialnormen eingeschränkt wird.⁵³⁴ Denn durch solche Normen setzt das Gesetz dem Ermessen gerade eine Schranke. Gäbe es beispielsweise § 87 AktG nicht, der unangemessene Vorstandsvergütungen verbietet und insofern schutzzweckkonnex ist, als er das Unternehmen unmittelbar vor Vermögensschäden durch überhöhte Vergütungen schützen soll⁵³⁵, müsste die Frage der Pflichtwidrigkeit der Gewährung einer Vergütung unter dem Aspekt des allgemeinen Schädigungsverbots geprüft und somit das Vorliegen eines völlig überhöhten Risikos geprüft werden.⁵³⁶

Durch das Vorhandensein der Spezialnorm erübrigt und verbietet sich eine solche Prüfung. Das Ermessen wird nur noch in beschränktem Maße bei der Konkretisierung des Begriffs „angemessen“ in § 87 AktG berücksichtigt. Dem unternehmerischen Ermessensspielraum sind insoweit durch den Gesetzgeber Grenzen gesetzt. Die gesetzgeberische Wertung überlagert die unternehmerische.

⁵³³Hieraus ergibt sich natürlich die Möglichkeit von Extremfällen, in denen eine ansonsten nachvollziehbare wirtschaftliche Entscheidung gegen ein Verbot verstößt, das der Handelnde übersehen hat. Aber bei völliger Normunkenntnis entfällt dann der auf die Pflichtwidrigkeit gerichtete Tatbestandsvorsatz. War sich der Täter nicht sicher, liegt Dolus Eventualis vor und es kommt nach § 17 StGB auf die Vermeidbarkeit an.

⁵³⁴Man mag sich fragen, warum die Vertreter den Gegenansicht (namentlich *Schünemann*), die im Falle nicht schutzzweckkonnexer Primärnormen auf das allgemeine Schädigungsverbot zurückgreifen, überhaupt die Spezialnormen berücksichtigen. Dafür gibt es allerdings zwei zwingende Gründe, nämlich erstens den Grundsatz der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, der durch ein allgemeines Schädigungsverbot nicht unterlaufen werden darf und zweitens den Unterschied im Ausmaß des Ermessensspielraums zwischen einer Spezialnorm und dem allgemeinen Schädigungsverbot. Denn einen solchen Spielraum wollen natürlich auch die Vertreter dieser Ansicht einräumen.

⁵³⁵Siehe *Hüffer*, § 87 Rn. 1; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter, § 87 Rn. 1.

⁵³⁶Dies hinge dann von den Anreizwirkungen sehr hoher (und auch nachträglicher) Vergütungen ab.

Man kann es auch so ausdrücken, dass die unternehmerische Entscheidung vom Gesetzgeber antizipiert wurde.

In diesen aufgezeigten Grenzen besteht also ein „allgemeines Schädigungsverbot“. Es bedeutet, dass alle Handlungen, die gegen Rechtsnormen verstoßen oder ein völlig unvertretbares Risiko bergen, zu unterlassen sind und dass eine Handlung, die rechtskonform ist und kein solches Risiko birgt, niemals eine Pflichtverletzung ist. Hierfür ist die Bezeichnung „allgemeines Schädigungsverbot“ allerdings eine missverständliche Umschreibung, weshalb sie aufgegeben werden sollte.⁵³⁷ Entscheidend ist, dass schon auf Primärebene nur gegen Rechtsnormen verstoßende und mit unvertretbaren Risiken verbundene Handlungen als Verletzung der Organpflichten gelten. Allerdings sind derartige Handlungen auch immer eine Pflichtverletzung im Organverhältnis.

II. Das Pflichtenprogramm für Aufsichtsratsmitglieder

Bevor dazu Stellung genommen werden kann, ob über die soeben dargestellten Erfordernisse hinaus noch strafrechtsspezifische Einschränkungen am Platze sind, soll das Pflichtenprogramm der Aufsichtsratsmitglieder kurz umrissen werden. Dieses unterscheidet sich grundlegend von dem der Vorstandsmitglieder. Kehrseite des Grundsatzes der eigenverantwortlichen Leitung der Gesellschaft durch den Vorstand ist, dass der Schwerpunkt der Aufsichtsratsstätigkeit eindeutig bei den Überwachungsaufgaben liegt⁵³⁸ und ihm Geschäftsleitungspflichten durch das Gesetz nur für Ausnahmefälle auferlegt sind, insbesondere für Situationen, in denen die Letztentscheidung durch den Vorstand einen Interessenkonflikt mit sich brächte. So vertritt der Aufsichtsrat beispielsweise nach § 112 AktG die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich gegenüber dem Vorstand. Nach § 111 Abs. 4 S. 1 AktG können dem Aufsichtsrat Geschäftsführungsaufgaben nicht übertragen werden.

Dennoch ist er der Gesellschaft gegenüber verantwortlich. Die aktienrechtlichen Regeln über die Verantwortlichkeit gegenüber der AG gelten kraft Verweisung in § 116 S. 1 AktG auch für den Aufsichtsrat:

Für die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder gilt § 93 über die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder sinngemäß.

⁵³⁷Außerdem ist zu beachten, dass der Rückgriff auf ein allgemeines Schädigungsverbot keinesfalls vom Erfordernis eines funktionalen Zusammenhangs zwischen Pflichtverletzung und Vermögensbetreuungspflicht befreit (Dazu unten Kap. 1 D I): Handlungen, die ein Organmitglied nicht in Wahrnehmung seiner Funktion als solches vornimmt, sind nicht unter das Merkmal Pflichtverletzung zu subsumieren. Auch insofern ist der Begriff „allgemeines Schädigungsverbot“ also missverständlich. Vielmehr sind nur schädigende Handlungen erfasst, die in der Funktion als Organmitglied vorgenommen werden. Andere Handlungen sind aber schon auf Primärebene nicht als Verletzung der Organpflichten anzusehen. (Siehe oben Kap. 1 C I 1 a)

⁵³⁸*Spindler*, in: Spindler/Stilz, § 116 Rn. 22.

Diese Verweisung bezieht sich zunächst einmal auf die Schadensersatzpflicht nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG. Für schuldhaftige Pflichtverletzungen, die zu einem Schaden führen, haften also auch Aufsichtsratsmitglieder. Auch hier ist durchaus ein präventives Element enthalten.⁵³⁹ Die Wirksamkeit der drohenden Schadensersatzpflicht ist allerdings auch insofern zweifelhaft. Ansprüche wegen Fehlverhaltens von Aufsichtsratsmitgliedern sind in erster Linie durch den Vorstand geltend zu machen, § 78 Abs. 1 AktG. Die zuvor dargestellte Interessenparallelität der beiden Organe wirkt sich auch hier negativ aus: Das Interesse des Vorstands an einem gerichtlichen Vorgehen gegen den Aufsichtsrat ist entsprechend gering. Denn, genau wie der Aufsichtsrat bei einer Schadensersatzklage gegen den Vorstand, müsste sich der Vorstand bei einer Schadensersatzklage gegen den Aufsichtsrat der Frage aussetzen, wie es trotz einer ordnungsgemäßen Kontrolle des anderen Organs zu der schädigenden Handlung kommen konnte.⁵⁴⁰ Dies ist erst recht problematisch, wenn dem Aufsichtsrat ein mangelhaftes Einschreiten gegen Fehlverhalten des Vorstands vorgeworfen werden soll. Denn dann müsste der Vorstand unter Umständen sein eigenes Fehlverhalten vorbringen.⁵⁴¹ Dieser Effekt wird nur teilweise dadurch wieder ausgeglichen, dass die Aktionäre nach den §§ 147, 148 AktG den Vorstand zur Erhebung einer Klage gegen den Aufsichtsrat zwingen können.⁵⁴²

Des Weiteren bezieht sich die Verweisung auf den Maßstab des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters in § 93 Abs. 1 S. 1 AktG. Allerdings muss man den Ausdruck „sinngemäß“ vorsichtig interpretieren. Insbesondere muss berücksichtigt werden, dass die Aufsichtsratsmitglieder ihre Aufgabe nicht im Hauptamt wahrnehmen.⁵⁴³ Eine pauschale Übertragung der Anforderungen an Vorstandsmitglieder auf Aufsichtsratsmitglieder verbietet sich.⁵⁴⁴ Außerdem muss dem Unterschied in der Funktion von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern Rechnung getragen werden. Daher ist die Verweisung so zu interpretieren, dass Aufsichtsratsmitglieder die Sorgfalt eines „ordentlichen und gewissenhaften Überwachers“ anzuwenden haben.⁵⁴⁵ Diese wiederum enthält, genau wie für Vorstandsmitglieder, nicht nur einen Verschuldensmaßstab, sondern statuiert auch Verhaltenspflichten, soweit keine Spezialregelungen einschlägig sind.⁵⁴⁶ Auch hier

⁵³⁹Habersack, in: MüKo-AktG, § 116 Rn. 2; Spindler, in: Spindler/Stilz, § 111 Rn. 2.

⁵⁴⁰Die Überwachungspflicht des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat ist zwar sehr eingeschränkt. Bei Rechtsverstößen des Aufsichtsrats muss der Vorstand aber einschreiten. Vgl. Mertens/Cahn, in: Köln. Komm.-AktG, § 93 Rn. 73.

⁵⁴¹Grünevald, 2. C. Rn. 89; Habersack, in: MüKo-AktG, § 116 Rn. 8; Spindler, in: Spindler/Stilz, § 116 Rn. 3.

⁵⁴²Vgl. Spindler, in: Spindler/Stilz, § 116 Rn. 3, 103. Siehe auch Grünevald, 2. C. Rn. 89.

⁵⁴³Drygala, in: Schmidt/Lutter, § 116 Rn. 1; Spindler, in: Spindler/Stilz, § 116 Rn. 1 jeweils m.w.N.

⁵⁴⁴Brammsen, ZIP 2009, S. 1504 (1508) m.w.N.; Dittrich, Vorstandsvergütungen (2005-2006), S. 178; Drygala, in: Schmidt/Lutter, § 116 Rn. 1; Spindler, in: Spindler/Stilz, § 116 Rn. 1.

⁵⁴⁵Spindler, in: Spindler/Stilz, § 116 Rn. 7 m.w.N. Siehe auch Drygala, in: Schmidt/Lutter, § 116 Rn. 3.

⁵⁴⁶Einzelne Verhaltenspflichten der Aufsichtsratsmitglieder ergeben sich aus vor allem aus im AktG verteilten Einzelnormen. So muss der Aufsichtsrat beispielsweise nach § 33 Abs. 1 AktG zusammen

lässt sich von Sorgfalts- Treue und Verschwiegenheitspflichten sprechen.⁵⁴⁷ In Bezug auf Treue- und Verschwiegenheitspflichten, kann im Wesentlichen auf die vorigen Ausführungen verwiesen werden⁵⁴⁸ (Kap. 1 C I 3).

Eingegangen werden muss aber auf die Sorgfaltspflichten im engeren Sinne, also die die Aufgabe des Aufsichtsrats unmittelbar regelnden Pflichten. Hier lässt sich zwischen Überwachungs-, Geschäftsleitungs- und Organisationspflichten differenzieren. Die Pflichten können nicht durch die Satzung der Gesellschaft oder durch die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats verringert oder konkretisiert werden, da das Aktienrecht insoweit abschließend ist. Möglich ist insoweit nur die Einführung bestimmter Verfahrensvorschriften, wie z.B. zur Rücksprache der Aufsichtsratsmitglieder mit dem Vorsitzenden.⁵⁴⁹ Ebenso wie der Vorstand ist der Aufsichtsrat dem Unternehmensinteresse verpflichtet.⁵⁵⁰ Das heißt jedenfalls, dass er nur Maßnahmen vornehmen und auch nur solchen zustimmen darf, die für die AG von Nutzen sind.⁵⁵¹ Die weitere Konkretisierung der Sorgfaltspflichten ist jedoch nicht weniger schwierig als im Bereich der Vorstandstätigkeit. Für die vorliegende Untersuchung ist dabei vor allem die Überwachungspflicht des Aufsichtsrats von Interesse.

mit dem Vorstand die sog. Gründungsprüfung vornehmen. Er kann durch § 77 Abs. 2 AktG i.V.m. einer entsprechenden Satzungsbestimmung verpflichtet sein, eine Geschäftsordnung für den Vorstand zu erlassen. Nach § 84 AktG muss er den Vorstand bestellen, wobei dieser nicht für mehr als fünf Jahre bestellt werden darf. Er muss nach § 87 AktG bei der Vorstandsvergütung bestimmte Angemessenheitsgrenzen beachten und darf nach § 89 AktG einer Kreditgewährung zugunsten von Vorstandsmitgliedern durch die Gesellschaft nur unter engen Voraussetzungen zustimmen. Er ist ferner verpflichtet, nicht lediglich berechtigt, einen Bericht vom Vorstand zu verlangen, § 90 AktG. Außerdem darf er nach § 105 Abs. 2 AktG grundsätzlich keine Aufsichtsratsmitglieder zu Stellvertretern von Vorstandsmitgliedern ernennen. Nach § 111 Abs. 3 AktG besteht eine Pflicht zur Anrufung der Hauptversammlung, soweit das Wohl der Gesellschaft es erfordert. Außerdem muss der Aufsichtsrat nach § 111 Abs. 2 S. 3 AktG dem Abschlussprüfer den sog. Prüfungsauftrag erteilen. Den Jahresabschluss muss der Aufsichtsrat ebenso wie den Lagebericht und den Gewinnverwendungsvorschlag nach § 171 Abs. 3 AktG prüfen. Auch muss er nach § 172 AktG an der Feststellung des Jahresabschlusses mitwirken. Nach § 124 AktG ist er verpflichtet, zu jedem Gegenstand der Tagesordnung einer Hauptversammlung sog. „Vorschläge zur Beschlussfassung“ zu unterbreiten. Er muss nach § 171 AktG den Jahresabschluss, den Lagebericht und den Gewinnverwendungsvorschlag prüfen und über das Ergebnis dieser Prüfung der Hauptversammlung berichten. Ähnliches gilt nach § 314 AktG für den Bericht über die Beziehungen zu verbundenen Unternehmen. Siehe zum Ganzen *Schilba*, Aufsichtsratsstätigkeit (2008).

⁵⁴⁷Siehe *Spindler*, in: *Spindler/Stilz*, § 116 Rn. 34 ff, 106 ff.

⁵⁴⁸Allerdings sind die Treuepflichten dadurch eingeschränkt, dass das Aufsichtsratsamt als Nebenamt konzipiert ist und allein deshalb z.B. kein umfassendes Wettbewerbsverbot bestehen kann. Das wirkt sich insbesondere beim Wahrnehmen von Chancen der Gesellschaft aus. Siehe dazu *Spindler*, in: *MüKo-AktG*, § 93 Rn. 56.

⁵⁴⁹*Spindler*, in: *Spindler/Stilz*, § 116 Rn. 58.

⁵⁵⁰*Habersack*, in: *MüKo-AktG*, § 116 Rn. 10; *Spindler*, in: *Spindler/Stilz*, § 116 Rn. 21.

⁵⁵¹*Spindler*, in: *Spindler/Stilz*, § 116 Rn. 30.

1. Überwachungspflicht des Aufsichtsrats

Zentral für das Pflichtenprogramm der Aufsichtsratsmitglieder ist § 111 Abs. 1 AktG, wo es schlicht heißt:

Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung zu überwachen.

Dies ist neben der Bestellung eines leistungsfähigen Vorstands die Kardinalpflicht⁵⁵² unter den Sorgfaltspflichten und die Kehrseite der Pflicht von Vorstandsmitgliedern, sich an den Maßstab des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters zu halten. Dementsprechend ist Ziel der Überwachungspflicht, die Einhaltung eben dieses Maßstabes zu sichern.⁵⁵³ Das bedeutet, dass der Aufsichtsrat sicherzustellen hat, dass der Vorstand rechtmäßig, zweckmäßig und wirtschaftlich handelt.⁵⁵⁴ Er hat dafür zu sorgen, dass der Vorstand die Satzung und die Geschäftsordnung einhält und insbesondere keine Maßnahmen vornimmt, die außerhalb des Unternehmensgegenstands liegen.⁵⁵⁵ Er muss sicherstellen, dass der Vorstand sein Handeln gewinnorientiert ausrichtet und insbesondere unververtretbare Aufwendungen sowie das Beharren auf Engagements in nicht hinreichend rentablen Bereichen bekämpfen, soweit es die Existenz des Unternehmens gefährden kann.⁵⁵⁶ Dieser Pflichten kann der Aufsichtsrat nicht enthoben werden und zwar auch nicht durch die Gesellschaftssatzung, es sie denn, eine solche Einschränkung ist ausdrücklich in § 111 AktG vorgesehen.⁵⁵⁷

Die herrschende Meinung im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum sieht in der Wahrnehmung der Überwachungsaufgabe durch den Aufsichtsrat eine Teilnahme an der Leitung des Unternehmens.⁵⁵⁸ Insofern ist eine strikte Trennung zwischen den beiden Aufgaben nicht möglich. Das kommt insbesondere dadurch zum Ausdruck, dass der Aufsichtsrat seiner Überwachungspflicht in erster Linie durch Beratung des Vorstands nachkommen soll.⁵⁵⁹ Die Überwachungspflichten des Aufsichtsrats sind besonders relevant für die Untreue, da es sich stets um Pflichten zum aktiven Tun handelt. Außerdem könnte der Charakter der Untreue als Pflichtdelikt bzw. Delikt mit Möglichkeit einer normativen Tatherrschaft bei einer vollständigen Untreuebewehrung der Überwachungspflicht ein hohes Strafbarkeitsrisiko für die Aufsichtsratsmitglieder mit sich bringen, da sie sich nicht darauf berufen könnten, nur Gehilfen zu sein, wenn ihnen wegen der Verletzung einer Überwachungspflicht ein Untreuevorwurf gemacht wird.

⁵⁵²Spindler, in: Spindler/Stilz, § 116 Rn. 34.

⁵⁵³Habersack, in: MüKo-AktG, § 111 Rn. 42.

⁵⁵⁴BGHZ 114, 127 (129 f.); Grunewald, 2. C. Rn. 69; Habersack, in: MüKo-AktG, § 111 Rn. 42.

⁵⁵⁵Hopt/Roth, in: Großkomm.-AktG, § 111 Rn. 304.

⁵⁵⁶Drygala, in: Schmidt/Lutter, § 111 Rn. 16; Habersack, in: Spindler/Stilz, § 111 Rn. 42; Schilba, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 54; Spindler, in: MüKo-AktG, vor § 76 Rn. 46.

⁵⁵⁷Hüffer, § 111 Rn. 1; Spindler, in: Spindler/Stilz, § 111 Rn. 5.

⁵⁵⁸Siehe Drygala, in: Schmidt/Lutter, § 111 Rn. 4; Hüffer, § 111 Rn. 5; Spindler, in: Spindler/Stilz, § 111 Rn. 10 jeweils m.w.N.

⁵⁵⁹Drygala, in: Schmidt/Lutter, § 111 Rn. 4; Spindler, in: Spindler/Stilz, § 111 Rn. 10.

a) Gegenstand der Überwachungspflicht; zu überwachender Personenkreis; zeitlicher Bezug

Gegenstand der Überwachungspflicht ist jedenfalls nicht jede Tätigkeit des Vorstands für die Gesellschaft. Unter Geschäftsführung i.S.d. § 111 AktG sind vielmehr nur Leitungsmaßnahmen zu verstehen.⁵⁶⁰ Weniger Einigkeit besteht allerdings darüber, ob Leitung im Sinne dieser Definition nur auf die Leitung durch das eigentlich für die Leitung zuständige Organ, also den Vorstand, bezogen ist⁵⁶¹ oder auf sämtliche Leitungsmaßnahmen, unabhängig davon, wer sie vorgenommen hat,⁵⁶² ob also die Delegation einer Leitungsaufgabe durch den Vorstand dazu führt, dass der Aufsichtsrat von seiner Überwachungspflicht frei wird.

Im Ergebnis wird man die Überwachungspflicht in personeller Hinsicht auf den Vorstand beschränken müssen.⁵⁶³ Dafür spricht, dass auch eine weitgehende Delegation von Aufgaben an leitende Angestellte den Vorstand nicht von seiner Gesamtverantwortung entbindet⁵⁶⁴, so dass er selbst weiterhin haftet, falls er seiner durch Delegation entstandenen Pflicht zur ordnungsgemäßen Auswahl, Anweisung und Kontrolle des Mitarbeiters nicht nachkommt und dass der Aufsichtsrat durch eine unmittelbare Kontrolle anderer Personen als der Vorstandsmitglieder in den Kompetenzbereich des Vorstands eingreifen würde⁵⁶⁵. Somit darf und muss der Aufsichtsrat hier nur eingreifen, sofern der Vorstand durch Delegation pflichtwidrig handelt, indem er beispielsweise die gebotene Überwachung leitender Angestellten vernachlässigt oder schon bei der Auswahl der Angestellten ihre Qualifikation nicht gewissenhaft überprüft.⁵⁶⁶ Im Ergebnis hat der Aufsichtsrat also nur den Vorstand und nicht auch leitende Angestellte zu überwachen.

Richtiger Ansicht nach betrifft die Überwachungspflicht des Vorstands auch nicht die Hauptversammlung.⁵⁶⁷ Das ergibt sich schon daraus, dass die Hauptversammlung die Aufsichtsratsmitglieder wählt, abberuft und gegebenenfalls entlastet, §§ 101 Abs. 1 und 120 AktG, was den Aufsichtsrat in hohem Maße von der

⁵⁶⁰Siehe *Habersack*, in: MüKo-AktG, § 111 Rn. 20; *Hüffer*, § 111 Rn. 3; *Spindler*, in: Spindler, Stütz, § 111 Rn. 6 jeweils m.w.N.

⁵⁶¹*Habersack*, in: MüKo-AktG, § 111 Rn. 25; *Hüffer*, § 111 Rn. 4.

⁵⁶²So z. B. *Drygala*, in: Schmidt/Lutter, § 111 Rn. 8; *Hüffer*, § 111 Rn. 3; *Schilba*, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 47; *Spindler*, in: Spindler/Stütz, § 111 Rn. 9 auch jeweils m.w.N zu beiden Ansichten. Die Ansichten gelangen vor allem in Bezug auf die Überwachung leitender Angestellter zu unterschiedlichen Ergebnissen.

⁵⁶³So grundsätzlich *Habersack*, in: MüKo-AktG, § 111 Rn. 20 ff. m.w.N., der eine unmittelbare Überwachung leitender Angestellter nur für den Fall befürwortet, dass einzelne operative Einheiten ausschließlich durch leitende Angestellte geführt werden und der Vorstand sich insoweit auf Planung, Organisation und Kontrolle beschränkt.

⁵⁶⁴*Habersack*, in: MüKo-AktG, § 111 Rn. 25; *Schilba*, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 45.

⁵⁶⁵*Habersack*, in: MüKo-AktG, § 111 Rn. 20.

⁵⁶⁶*Drygala*, in: Schmidt/Lutter, § 111 Rn. 8; *Habersack*, in: MüKo-AktG, § 111 Rn. 25; *Schilba*, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 46.

⁵⁶⁷*Habersack*, in: MüKo-AktG, § 111 Rn. 26; *Hüffer*, § 111 Rn. 2; *Schilba*, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 47; *Spindler*, in: Spindler/Stütz, § 111 Rn. 6.

Hauptversammlung abhängig macht, so dass er ihr gegenüber kaum als unbefangener Kontrolleur angesehen werden kann.⁵⁶⁸ Zwar nimmt auch die Hauptversammlung zuweilen Geschäftsleitungsaufgaben wahr, z. B. wenn der Vorstand die Hauptversammlung nach § 119 Abs. 2 AktG zu einem Beschluss über eine Geschäftsleitungsmaßnahme auffordert, um etwa in den Genuss des Haftungsausschlusses nach § 93 Abs. 4 S. 1 AktG⁵⁶⁹ zu kommen oder wenn er die Hauptversammlung nach § 111 Abs. 4 S. 3 AktG⁵⁷⁰ anruft, um die fehlende Zustimmung des Aufsichtsrats zu überwinden.

Eine Überwachungspflicht besteht in diesen Fällen dennoch nicht. Das liegt daran, dass der Zweck von § 111 Abs. 4 S. 3 unterlaufen würde, wenn die Hauptversammlung bei der Entscheidung über die Zustimmung wiederum durch den Aufsichtsrat kontrolliert werden müsste.⁵⁷¹ Denn der Zweck der Norm besteht gerade darin, den Konflikt zwischen Vorstand und Aufsichtsrat durch die Entscheidung eines Dritten aufzulösen.⁵⁷² Ähnliches gilt für das Tätigwerden der Hauptversammlung auf Verlangen des Vorstands nach § 119 Abs. 2 AktG. Hier besteht der Zweck der Regelung darin, dem Vorstand eine vom Aufsichtsrat unabhängige Einschaltung der Hauptversammlung zu ermöglichen⁵⁷³, so dass eine Kontrolle durch den Aufsichtsrat hier ebenfalls zweckwidrig wäre.⁵⁷⁴ Somit ist die Hauptversammlung vom Aufsichtsrat ebenfalls nicht zu überwachen.

Die Überwachungsaufgabe ist nach überwiegender Meinung sowohl vergangenheitsbezogen als auch auf „Präventivüberwachung“ gerichtet⁵⁷⁵ und nimmt positives Tun des Vorstands genauso in den Blick wie Unterlassen⁵⁷⁶, da die Funktion des Vorstands häufig ein bestimmtes positives Tun erfordert. Der Aufsichtsrat muss die Tätigkeit des Vorstands grundsätzlich insoweit überwachen als sie für die Lage und die Entwicklung der Gesellschaft wesentlich ist.⁵⁷⁷ Mit dieser Aussage ist aber natürlich nicht viel gewonnen und es fragt sich, wie die Überwachungsaufgabe zu konkretisieren ist. Wesentlicher Anhaltspunkt hierfür sind die Berichtspflichten des Vorstands nach § 90 AktG. Aus den hier niedergelegten Pflichten ist erkennbar, dass über die Ausübung originärer Leitungsfunktionen zu berichten ist. Die Überwachungspflichten des Aufsichtsrats ergeben sich gewisser-

⁵⁶⁸ *Schilba*, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 47.

⁵⁶⁹ § 93 Abs. 1 S. 4 AktG: „Der Gesellschaft gegenüber tritt die Ersatzpflicht nicht ein, wenn die Handlung auf einem gesetzmäßigen Beschluss der Hauptversammlung beruht.“

⁵⁷⁰ § 111 Abs. 4 S. 3 AktG: „Verweigert der Aufsichtsrat seine Zustimmung, so kann der Vorstand verlangen, dass die Hauptversammlung über die Zustimmung beschließt.“

⁵⁷¹ *Schilba*, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 47.

⁵⁷² *Habersack*, in: MüKo-AktG, § 111 Rn. 130.

⁵⁷³ *Habersack*, in: MüKo-AktG, § 111 Rn. 26.

⁵⁷⁴ *Schilba*, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 47.

⁵⁷⁵ *Grunewald*, 2. C. Rn. 69; *Habersack*, in: MüKo-AktG, § 111 Rn. 12; *Hüffer*, § 111 Rn. 5; *Schilba*, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 48; a.A. *Spindler*, in: Spindler/Stilz, § 111 Rn. 10.

⁵⁷⁶ *Spindler*, in: MüKo-AktG, vor § 76 Rn. 41.

⁵⁷⁷ *Habersack*, in: MüKo-AktG, § 111 Rn. 19 ff.; *Spindler*, in: Spindler/Stilz, § 111 Rn. 8.

maßen als Kehrseite aus den Berichtspflichten, da Letztere der Überwachbarkeit des Vorstandshandelns dienen.⁵⁷⁸

b) Ziel der Überwachung

aa) Gewährleistung rechtmäßigen Handelns

Das Ziel der Überwachung ist die Einhaltung der nach § 93 Abs. S. 1 AktG geschuldeten Sorgfalt durch den Vorstand. Da die Überwachungspflichten die Kehrseite der Vorstandspflichten sind, muss der Aufsichtsrat insbesondere auf die Einhaltung der Legalitätspflicht des Vorstands achten.⁵⁷⁹ Dazu gehört nicht nur die Kontrolle der Einhaltung der zur internen Pflichtenbindung gehörenden Regeln der Gesellschaftssatzung, der Geschäftsordnung des Vorstands und der Anstellungsverträge, sondern auch die Kontrolle der zur externen Pflichtenbindung gehörenden Einhaltung anderer Gesetze.⁵⁸⁰ Das bedeutet wiederum nicht nur, dass der Aufsichtsrat darauf zu achten hat, dass der Vorstand insofern rechtmäßig handelt, sondern auch, dass er sicherstellen muss, dass der Vorstand seinerseits für rechtmäßiges Verhalten der Mitarbeiter sorgt, also seiner Überwachungspflicht nachkommt.⁵⁸¹

Nicht gefolgt werden kann der Ansicht, der Aufsichtsrat habe (insbesondere strafrechtlich sanktionierbare) Rechtsverstöße durch den Vorstand nur insofern zu unterbinden, als diese für die AG wirtschaftlich (auch unter Imagegesichtspunkten) relevant sind.⁵⁸² Zwar wird diese Einschränkung zumeist dadurch relativiert, dass auch die mögliche Inanspruchnahme durch Dritte als insoweit „wirtschaftlich relevant“ eingestuft wird⁵⁸³ und dass auch die wirtschaftliche Relevanz „zunächst nur ideeller“ Nachteile zugegeben wird.⁵⁸⁴ Aber das geht nicht weit genug, da in der Aktiengesellschaftsverfassung ein striktes Legalitätsgebot gilt, dessen Einhal-

⁵⁷⁸Habersack, in: MüKo-AktG, § 111 Rn. 22; Spindler, in: MüKo-AktG, vor § 76 Rn. 41.

⁵⁷⁹Drygala, in: Schmidt/Lutter, § 111 Rn. 15; Hüfner, § 111 Rn. 6; Spindler, in: Spindler/Stilz, § 116 Rn. 14 ff.

⁵⁸⁰Ob auch die externe Pflichtenbindung betroffen ist, ist allerdings umstritten. Hiergegen wird eingewandt, der Aufsichtsrat könne durch die Belastung mit einer umfassenden Legalitätskontrollpflicht zu einer Art gesellschaftsinternen Strafverfolgungsbehörde pervertiert und außerdem überfordert werden. Siehe Hopt/Roth, in: Großkomm.-AktG, § 111 Rn. 303; Schilba, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 58. Außerdem habe der Aufsichtsrat lediglich die Aufgabe, das Unternehmensinteresse sicherzustellen und Schäden von der AG abzuwenden und daher könnten Normen, die Interessen Dritter oder der Allgemeinheit schützen, nicht Gegenstand der Überwachungspflicht sein. Schilba, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 58 m.w.N. Die überwiegende Meinung geht allerdings zu Recht von einer Überwachungspflicht auch in diesem Bereich aus. Siehe etwa Drygala, in: Schmidt/Lutter, § 111 Rn. 15; Schilba, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 57; Spindler, in: MüKo-AktG, § 111 Rn. 15.

⁵⁸¹Habersack, in: MüKo-AktG, § 111 Rn. 25; Spindler, in: Spindler/Stilz, § 111 Rn. 15.

⁵⁸²Hopt/Roth, in: Großkomm.-AktG, § 111 Rn. 302; Schilba, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 60 jeweils m.w.N.

⁵⁸³Hopt/Roth, in: Großkomm.-AktG, § 111 Rn. 302; Schilba, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 60.

⁵⁸⁴Schilba, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 60.

tung der Aufsichtsrat zu gewährleisten hat. Richtig ist sicher, dass deliktisches Verhalten der Vorstandsmitglieder im Privatbereich nicht von der Aufsichtspflicht des Vorstands umfasst sein darf. Dieses Ergebnis kann aber auch gar nicht eintreten, weil sich die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats nur auf die Geschäftsführung bezieht (siehe oben Kap. 1 C II a) und deliktisches Verhalten im Privatbereich funktional nicht als Wahrnehmung der Leitungsfunktion angesehen werden kann (siehe oben C I 1 a). Natürlich ist die Abgrenzung zwischen Privat- und Geschäftsleben im Einzelfall mit Unsicherheiten verbunden, aber sobald eine Rechtsverletzung im Rahmen der Organtätigkeit vorliegt, hat der Aufsichtsrat einzuschreiten.

bb) Gewährleistung ordnungsgemäßer Wahrnehmung der Leitungsfunktion

Der Aufsichtsrat ist allerdings nicht auf eine reine Rechtskontrolle beschränkt, sondern hat zudem sicherzustellen, dass die Vorstandsmitglieder wirtschaftlich und ordnungsgemäß arbeiten.⁵⁸⁵ Überwacht werden muss also sowohl die Einhaltung der Organisationspflicht durch den Vorstand als auch die Beachtung der Planungspflicht. Selbst auf die Personalplanung durch den Vorstand erstreckt sich diese Überwachung, wenn auch, wie generell, der Aufsichtsrat dem Vorstand seine Geschäftsleitungskompetenz nicht durch „Hineinregieren“ unter außer Acht lassen des unternehmerischen Spielraums streitig machen darf.⁵⁸⁶ Denn der unternehmerische Beurteilungs- und Ermessensspielraum begrenzt, soweit er reicht, die Eingriffsbefugnisse des Aufsichtsrats. Bei allen Überwachungspflichten ist im Übrigen stets zu beachten, dass der Aufsichtsrat gehalten ist, zunächst den entscheidungserheblichen Sachverhalt selbständig zu ermitteln, und dass er zwar Informationen vom Vorstand einfordern, sich aber auf diese, insbesondere beim Verdacht eines Rechtsbruchs, nicht in blindem Vertrauen verlassen darf.⁵⁸⁷ In Bezug auf die Zweckmäßigkeit muss der Aufsichtsrat sicherstellen, dass der Vorstand das Ziel der langfristigen Rentabilität und damit der Bestandssicherung verfolgt.⁵⁸⁸

c) Handlungsmöglichkeiten bei entdecktem Pflichtverstoß

Mit welchen Maßnahmen der Aufsichtsrat im Einzelfall auf entdeckte Pflichtverstöße zu reagieren hat, soll hier nicht weiter vertieft werden. In Betracht kommen jedenfalls in erster Linie gesellschaftsinterne Maßnahmen wie die formelle Beanstandung⁵⁸⁹, die Einflussnahme auf die Geschäftsordnung (§ 77 Abs. 2 S. 1

⁵⁸⁵Drygala, in: Schmidt/Lutter, § 111 Rn. 16; Hüfner, § 111 Rn. 6; Spindler, in: Spindler/Stilz, § 111 Rn. 14 ff.

⁵⁸⁶Siehe Spindler, in: Spindler/Stilz, § 111 Rn. 16.

⁵⁸⁷Siehe Habersack, in: MüKo-AktG, § 111 Rn. 29; Spindler, in: Spindler/Stilz, § 111 Rn. 17.

⁵⁸⁸Hüfner, § 111 Rn. 6; Spindler, in: MüKo-AktG, § 111 Rn. 19.

⁵⁸⁹Spindler, in: Spindler/Stilz, § 111 Rn. 30.

AktG)⁵⁹⁰ oder die personelle Zusammensetzung des Vorstands (§ 84 AktG), insbesondere durch Abberufung⁵⁹¹, die Festlegung eines Zustimmungsvorbehalts nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG⁵⁹² oder die Einberufung einer Hauptversammlung nach § 111 Abs. 3 AktG⁵⁹³. Jedenfalls besteht eine Pflicht, zunächst die Tatsachen zu ermitteln, die einen möglichen Verstoß des Vorstands gegen seine Pflichten begründen.⁵⁹⁴ Außerdem ist zu verlangen, dass der Aufsichtsrat Kontakt zum Vorstand aufnimmt und diesem seine Erwägungen darlegt.⁵⁹⁵

2. Geschäftsleitungspflichten und Selbstorganisation

Insbesondere in Fällen, in denen eine Geschäftsleitungsaufgabe nicht vom Vorstand wahrgenommen werden soll, ordnet das Gesetz an, dass stattdessen der Aufsichtsrat für die Gesellschaft handelt. Dies ist beispielsweise nach § 112 AktG bei der Vertretung der Gesellschaft gegenüber dem Vorstand und insbesondere bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen der Fall. Zentrale Geschäftsleitungspflicht ist die Bestellung und Abberufung des Vorstands nach § 84 AktG, bei der vor allem zeitliche Höchstgrenzen zu beachten sind. Für die Angemessenheit der Vergütung des Vorstands trifft den Aufsichtsrat eine besondere Verantwortung: Er hat dafür zu sorgen, dass die Bezüge in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben des Vorstandsmitglied und zur Lage der Gesellschaft stehen, § 87 Abs. 1 S. 1 AktG.

Zu den Geschäftsleitungspflichten tritt die Pflicht hinzu, für eine ordnungsgemäße Organisation des Aufsichtsrats selbst zu sorgen. Auch im Aufsichtsrat ist Delegation und Ausschussbildung zulässig und auch hier wandeln sich im Falle wirksamer Delegation Wahrnehmungspflichten lediglich in Überwachungspflichten.⁵⁹⁶ Man kann also auch beim Aufsichtsrat von einer unveräußerlichen Gesamtverantwortung sprechen. Was im Einzelnen von den Aufsichtsratsmitgliedern zu verlangen ist, lässt sich ebenso wenig einheitlich beantworten wie in Bezug auf den Vorstand. Zu berücksichtigen ist allerdings stets, dass die Aufsichtsratsmitglieder gerade nicht hauptberuflich für die AG tätig werden, so dass man kein Pflichtenprogramm annehmen kann, das mit dem des Vorstands vergleichbar ist. Die Sorgfaltspflichten variieren je nach Situation der Gesellschaft und Konjunkturlage. Auch die Größe des Unternehmens kann für die von den Aufsichtsratsmitgliedern zu verlangende Sorgfalt entscheidend sein. Denn in einem multinatio-

⁵⁹⁰Habersack, in: MüKo-AktG, § 111 Rn. 27.

⁵⁹¹Hüfner, § 111 Rn. 7.

⁵⁹²Drygala, in: Schmidt/Lutter, § 111 Rn. 40.

⁵⁹³Hüfner, § 111 Rn. 8.

⁵⁹⁴Habersack, in: MüKo-AktG, § 111 Rn. 44; Spindler, in: Spindler/Stilz, § 111 Rn. 29.

⁵⁹⁵Habersack, in: MüKo-AktG, § 111 Rn. 44 f; Schilba, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 64; Spindler, in: Spindler/Stilz, § 111 Rn. 29.

⁵⁹⁶Spindler, in: Spindler/Stilz, § 111 Rn. 45.

nenal Konzern sind deutlich höhere Anforderungen zu stellen, als in einem regionalen Unternehmen.⁵⁹⁷

3. Beurteilungs- und Ermessensspielraum des Aufsichtsrats?

Die Frage, was im Einzelnen zur gebotenen Sorgfalt eines ordentlichen Aufsichtsratsmitglieds gehört, die Vielzahl der Handlungsmöglichkeiten zur Einwirkung auf den Vorstand und das Vorhandensein von Geschäftsleitungspflichten auch bei Aufsichtsratsmitgliedern führen zu der Frage, inwiefern auch den Aufsichtsratsmitgliedern bei ihrer Tätigkeit ein Ermessensspielraum zukommt. Die Business-Judgement-Rule gilt kraft Verweisung in § 116 S. 1 AktG auch für sie. Problematisch ist beim Aufsichtsrat nicht, ob ihm generell ein Ermessensspielraum zukommt, sondern die von Aufgabe zu Aufgabe neu zu entscheidende Frage, ob im Einzelfall eine gebundene Entscheidung vorliegt. Dies ist besonders bei der Überwachungspflicht problematisch, da der Aufsichtsrat in der Wahl der Mittel weitgehend frei bleiben, andererseits aber zum Handeln verpflichtet sein soll.

Nach ganz überwiegender Ansicht kommt den Aufsichtsratsmitgliedern jedenfalls bei Personalentscheidungen, also bei der Bestellung des Vorstands, ein solcher Ermessensspielraum zu.⁵⁹⁸ Umstritten ist, ob die Aufsichtsratsmitglieder bei der Festsetzung der Vorstandsbezüge im Rahmen von § 87 AktG durch den unternehmerischen Ermessensspielraum geschützt sind. Teilweise wird mit Hinweis auf die Herabsetzungsmöglichkeit nach Abs. 2 dieser Vorschrift angenommen, die Vergütungsentscheidung sei eine gebundene Entscheidung.⁵⁹⁹ Obwohl die Angemessenheitsgrenze streng genommen ein bloß normatives Tatbestandsmerkmal ist, das an sich keinen Ermessensspielraum beinhaltet, wird sie von vielen dahingehend interpretiert, dass nur vollständig unvertretbare, also unverantwortlich riskante Vergütungsentscheidungen pflichtwidrig sind.⁶⁰⁰ Die Ergebnisse unterscheiden sich jedoch kaum, da auch die eine Anwendung der Business-Judgement-Rule ablehnende Meinungsgruppe im Rahmen der Prüfung des Angemessenheitserfordernisses einen Beurteilungsspielraum gewährt. Auch zu den unternehmerischen Entscheidung zu zählen ist schließlich die Entscheidung darüber, ob als Kontrollmaßnahme gegenüber dem Vorstand ein Zustimmungsvorbehalt im Sinne von § 111 Abs. 4 S. 2 AktG ausgeübt werden soll.⁶⁰¹

⁵⁹⁷Spindler, in: Spindler/Stilz, § 111 Rn. 16.

⁵⁹⁸Habersack, in: MüKo-AktG, § 116 Rn. 41; Seibt, in: Schmidt/Lutter, § 84 Rn. 11; Spindler, in: Spindler/Stilz, § 116 Rn. 37.

⁵⁹⁹Habersack, in: MüKo-AktG, § 116 Rn. 41.

⁶⁰⁰Siehe etwa Spindler, in: Spindler/Stilz, § 116 Rn. 37.

⁶⁰¹Habersack, in: MüKo-AktG, § 116 Rn. 41.

D) Zusätzliche strafrechtsspezifische Voraussetzungen auf der Sekundärebene?

An das Herausarbeiten der Stellung und Funktion des Pflichtverletzungsmerkmals, die Überlegungen zu seiner akzessorischen Bestimmung und die Analyse der organschaftlichen Primärpflichten muss sich eine letzte spezifisch strafrechtliche Prüfung anschließen, bevor zwischen strikter und asymmetrischer Akzessorität des Pflichtverletzungsmerkmals entschieden werden kann. Denn fraglich ist, ob aus einer Verletzung einer Pflicht der Organmitglieder auf der Primärebene ohne weiteres auf eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue geschlossen werden darf. Möglich erscheint es auch, dass noch zusätzliche strafrechtliche Voraussetzungen vorliegen müssen, damit von einer Pflichtverletzung gesprochen werden kann, da bisher nur die Erkenntnis gewonnen werden konnte, dass das Pflichtverletzungsmerkmal negativ akzessorisch zu außerstrafrechtlichen Normen ist. Diese Frage soll in diesem Abschnitt endgültig beantwortet werden.

In Schrifttum und Rechtsprechung werden zusätzliche Voraussetzungen einer Pflichtverletzung ganz überwiegend aufgestellt. Eine Zusammenfassung zu einer homogenen Meinungsgruppe ist allerdings unmöglich, da mit strafrechtlichen Restriktionsansätzen verschiedenster Couleur operiert wird. Teilweise werden schon strafrechtsspezifische Anforderungen an die verletzte Verhaltenspflicht gestellt, die als Anknüpfungspunkt für den Pflichtverletzungsvorwurf dienen soll, um die Strafbarkeit einzuschränken, wobei auch diese Anforderungen wiederum heterogen sind. Andere wollen besondere Ansprüche an die Handlung stellen, die eine Pflicht verletzt und einen Vermögensnachteil zur Folge hat, um die Strafbarkeit weiter zurückzuschneiden. Die wichtigsten dieser Restriktionsansätze sollen im Folgenden dargestellt und auf ihre Stichhaltigkeit hin geprüft werden. Auf die immer wieder vorgebrachte Aussage, nicht jede Pflichtverletzung durch einen Vermögensbetreuungspflichtigen sei eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue und in einem Bündel rechtlicher Beziehungen zwischen Treuehhaber und Treugeber, welche zur Vermögensbetreuungspflicht gehören, könnten Verpflichtungen enthalten sein, die nicht von § 266 StGB geschützt sind, wurde bereits hingewiesen. Diese Aussage soll nun auf ihren Wahrheitsgehalt hin überprüft werden.

Als speziell strafrechtliche Voraussetzung einer Pflichtverletzung im Sinne der Untreue ist es denkbar, nur die Verletzung bestimmter auf Primärebene vorhandener Verhaltenspflichten als Pflichtverletzung im Sinne der Untreue anzusehen. Für die hier vorzunehmende Untersuchung sind vor allem zwei Sachfragen entscheidend: Erstens ist fraglich, ob eine verletzte Verhaltenspflicht einen besonderen Bezug zum Vermögen des Treugebers, also in den hier interessierenden Fällen zum Vermögen der AG, aufweisen muss. Zweitens stellt sich die Frage, ob auch

formale Pflichten als Anknüpfungspunkt für den Pflichtverletzungsvorwurf im Sinne der Untreue taugen.

Die Relevanz für die Untersuchung besteht in Folgendem: Da untersucht werden soll, ob die Bestimmungen des Kodex Einfluss auf das Tatbestandsmerkmal Pflichtverletzung haben und letzteres akzessorisch zum für die Organmitglieder geltenden Primärrecht ist, kann eine Konkretisierung des Pflichtverletzungsmerkmals nur vermittelt über die Primärebene stattfinden. Fehlt einer durch Kodexbestimmungen zu konkretisierenden Primärnorm aber eine Qualität, die für die Anknüpfung des Pflichtverletzungsvorwurfs nötig ist, kann der die Primärnorm möglicherweise konkretisierende Kodex letztlich keinen Einfluss auf die Untreuestrafbarkeit haben.

Anforderungen an die Qualität einer verletzten Pflicht zu stellen, ist jedoch nicht der einzig mögliche Weg zur Restriktion des untreuespezifischen Handlungsunwerts. Ebenso kommt ein Abstellen auf die normverletzende Handlung und insbesondere auf das Ausmaß der Verletzung der Pflicht in Betracht. Das „Verletzen“ einer Pflicht und ihr „Missbrauch“ müssen, rein sprachlich betrachtet, nicht notwendigerweise mit dem bloßen Zurückbleiben des Verhaltens hinter dem Pflichtenprogramm gleichgesetzt werden. Vielmehr kann „verletzen“ und „missbrauchen“ auch als eine besondere Art der Nichterfüllung einer Pflicht begriffen werden. Es ist somit zumindest theoretisch Raum für eine strafrechtsspezifische Auslegung nicht nur des Begriffs „Vermögensbetreuungspflicht“, sondern auch des Erfordernisses der „Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht“ vorhanden.

Eingegangen werden soll in diesem Zusammenhang auf die Begriffe „gravierende“ Pflichtverletzung und „evidente Fehlentscheidung“, da sich hinter beiden die bloß asymmetrische Akzessorietät des Pflichtverletzungsmerkmals zu verbergen scheint. Ob dies wirklich der Fall ist, muss erörtert werden. Am Schluss dieses Abschnitts soll idealer Weise feststehen, ob das Pflichtverletzungsmerkmal strikt oder asymmetrisch akzessorisch ist. Aber vor allem soll der Handlungsunwert der Untreue, also der Inhalt des Pflichtverletzungsmerkmals im Kontext der Organuntreue, deutlich hervortreten.

I. Zusammenhang zwischen Vermögensbetreuungspflicht und verletzter Verhaltenspflicht

Eine erste nahe liegende Tatbestandsrestriktion liegt in einem Rückbezug des Pflichtverletzungsmerkmals auf die Vermögensbetreuungspflicht. Denn zu den bisher gewonnenen Erkenntnissen gehört, dass nur solche Handlungen den untreuespezifischen Handlungsunwert verwirklichen können, die sich als den Interessen des Vermögensinhabers zuwiderlaufende Ausnutzung der Herrschaftsposition des Täters begreifen lassen. Ein strafrechtsspezifisches Erfordernis könnte also in einem qualifizierten Zusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und der Vermögensbetreuungspflicht liegen. Ein solcher wird auch ganz überwiegend

gefordert. Wie stark der Zusammenhang allerdings sein muss, wird sehr uneinheitlich beantwortet.

Teilweise wird etwas ungenau behauptet, es könnten nur solche Pflichten für die Untreue relevant sein, die typischerweise nur der Treunehmer verletzen kann.⁶⁰² Damit ist zumeist gemeint, dass einfache schuldrechtliche Verpflichtungen, die ebenso von einem nicht vermögensbetreuungspflichtigen Schuldner verletzt werden könnten, keine Untreue zu begründen vermögen⁶⁰³, was zutreffend und einhellig anerkannt ist. Paradebeispiel ist die Gewinnabführungspflicht des Auftragnehmers nach § 667 BGB, deren Verletzung allein nach ständiger Rechtsprechung und ganz herrschender Meinung keine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue ist⁶⁰⁴, was vor allem für die Untreuestrafbarkeit sog. „kick-back“-Abreden relevant ist. Bei dieser Einschränkung kann jedoch nicht stehen geblieben werden. Denn die Einschränkung des Täterkreises der Untreue liefert den wichtigsten Beitrag zu ihrer Tatbestandsbestimmtheit und ein so erzielter Bestimmtheitsgewinn muss zwangsläufig wieder verloren gehen, wenn die Anforderungen an die Herrschaftsposition sich nicht im Pflichtverletzungsmerkmal widerspiegeln.

Die Aussage, es müsse eine Pflicht verletzt sein, die typischerweise nur der Täter verletzen kann, ist intuitiv richtig und grundsätzlich unangreifbar, will man die Untreuestrafbarkeit nicht ihres Strafgrundes, die tatbestandsmäßigen Verhaltensweisen nicht ihrer Strafwürdigkeit berauben. Denn aus dem untreuespezifischen Angriffsweg, also der Vermögensschädigung von innen heraus und gerade durch denjenigen, der das Vermögen beschützen soll, ergibt sich das einschränkende Erfordernis, dass die Pflicht, die verletzt wurde, in einer bestimmten Weise auf der Position als Vermögensbetreuer beruhen muss.⁶⁰⁵

In der konkreten Pflichtverletzung muss ein pervertierendes Ausnutzen der Machtstellung zu erkennen sein.⁶⁰⁶ Mit anderen Worten: Es muss ein sachlich-inhaltlicher Zusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und der Vermögensbetreuerstellung des Täters bestehen.⁶⁰⁷ Wenn die konkrete Pflichtverletzung, genauer gesagt, die Handlung, welche die Pflicht verletzt, sich nicht als Ausübung der internen Machtposition begreifen lässt, begeht der Täter die

⁶⁰²Siehe etwa *Dittrich*, Vorstandsvergütungen (2005-2006), S. 192; *Rönnau/Hohn*, NStZ 2004, S. 113 (114).

⁶⁰³*Rönnau/Hohn*, NStZ 2004, S. 113 (114).

⁶⁰⁴BGH NStZ 1986, S. 361 (362); BGHSt 47, 295 (298) m.w.N.; *Beulke*, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (259); *Fischer*, § 266 Rn. 60; *Lassmann*, Stiftungsuntreue (2007), S. 83; *Saliger*, in: SSW, § 266 n. 27; *Schünemann*, NStZ 2006, S. 196 (200); *ders.*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 102, 125; *Thomas*, in: FS-Hamm (2008), S. 767 (770).

⁶⁰⁵*Brammsen*, ZIP 2009, S. 1504 (1506); *ders.*, wistra 2009, S. 85 (87); *Burkhardt*, NJW 1973, S. 2190; *Dittrich*, Vorstandsvergütungen (2005-2006), S. 192; *Kubiciel*, NStZ 2005, S. 353 (355); *Lassmann*, Stiftungsuntreue (2007), S. 85; *Saliger*, in: SSW, § 266 Rn. 35; *Schilba*, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 236; *Schwind*, NStZ 2001, S. 349 (352).

⁶⁰⁶*Lassmann*, Stiftungsuntreue (2007), S. 85; *Saliger*, in: SSW, § 266 Rn. 35; *ders.*, Parteiengesetz (2003), S. 32 ff.

⁶⁰⁷Vgl. *Dierlamm*, in: MüKo-StGB, § 266 Rn. 162.

Pflichtverletzung nicht als Vermögensbetreuer, sondern nur anlässlich dieser Tätigkeit, so dass der spezifische Handlungsunwert fehlt.⁶⁰⁸

Das bedeutet, dass ein solcher Zusammenhang jedenfalls dann verneint werden muss, wenn der Treuenehmer nicht das die Vermögensbetreuungspflicht konstituierende besondere Vertrauen des Treugebers enttäuscht und damit die Herrschaftsmacht über dessen Vermögen ausnutzt, sondern nur allgemeines Vertrauen enttäuscht, das jedem entgegengebracht werden muss und nur die jedem gegenüber vorliegende Schädigungsmacht ausnutzt.⁶⁰⁹ So müssen z.B. Fälle ausgeschlossen werden, in denen ein Vermögensbetreuungspflichtiger schlicht stiehlt, ohne dabei in irgendeiner Weise seine besondere Position auszunutzen.⁶¹⁰ Das basiert darauf, dass die Erfassung solcher Verhaltensweisen vom Strafgrund der Untreue nicht gedeckt ist. Denn die Legitimation des Untreuetatbestands basiert auf dem erhöhten Schädigungspotenzial bzw. dem erhöhten Unrecht, dass aus der Vermögensbetreuungserstellung des Täters resultiert und deshalb muss sich diese Stellung in der Tathandlung realisieren.

Die Frage ist also nicht, ob die Pflichtverletzung in einem qualifizierten Zusammenhang mit der Vermögensbetreuungspflicht stehen muss, sondern wann dies der Fall ist, wie stark also die Verbindung der beiden Untreueelemente sein muss, damit der Handlungsunwert vorliegt. In diesem Abschnitt sollen drei denkbare Arten eines solchen Zusammenhangs näher erörtert werden: Ein Inklusivzusammenhang, ein Exklusivzusammenhang und ein Funktionalzusammenhang.

1. Inklusivzusammenhang

Als Mindestvoraussetzung muss man einen „inkluisiven Zusammenhang“⁶¹¹ fordern. Das bedeutet, dass nur ein Verhalten in Frage kommt, das innerhalb des das Treueverhältnis regelnden Pflichtenkreises liegt, dass also gerade diejenigen Pflichten gegenüber dem Vermögensinhaber verletzt wurden, die als Regelung des fremdnützigen Vermögensfürsorgeverhältnisses angesehen werden können. Denn ansonsten könnten Pflichten an der Pflichtwidrigkeitswertung teilhaben, die nur neben der Vermögensbetreuungspflicht bestehen.⁶¹² Auf diese Weise erreicht man

⁶⁰⁸Brammsen, wistra 2009, S. 85 (87) m.w.N.; Saliger, HRRS 2006, S. 10 (18); ders., Parteiengesetz (2003), S. 32 ff.; Schilba, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 236.

⁶⁰⁹Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 35; ders., in: Parteiengesetz (2003), S. 36. Siehe auch Sax, JZ 1977, S. 702.

⁶¹⁰Lassmann, Stiftungsuntreue (2007), S. 85 f.; Saliger, HRRS 2006, S. 10 (18).

⁶¹¹BGHSt 47, 295 (297); BGH wistra 1986, S. 256; BGH NJW 1988, S. 2483 (2485); BGH NJW 1992, S. 251; OLG Hamm, NW 1973, S. 1809; Dierlamm, in: MüKo-StGB, § 266 Rn. 162 ff.; Fischer, § 266 Rn. 60; Kindhäuser, in: NK-StGB, § 266 Rn. 62; Kubiciel, NStZ 2005, S. 353 (355); Kühl, § 266 Rn. 15; Maurach/Schröder/Maimald, § 45 Rn. 36; Schlösser/Dörfler, wistra 2007, S. 326 (329); Schönemann, in: LK-StGB, § 266 Rn. 89; Schwinge/Siebert, Untreuestrafrecht, S. 38; Tiedemann, in: FS-Tröndle (1989), S. 319 (327). Begriffsgebung durch Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 37.

⁶¹²Vgl. Saliger, Parteiengesetz (2003), S. 34 ff.

zum Beispiel das Ergebnis, dass ein Bankangestellter, dem es verboten ist, Provisionen aus der Vermittlung von Versicherungsverträgen anzunehmen, sich nicht wegen Untreue strafbar macht, wenn er die Provision dennoch behält, anstatt sie an seinen Arbeitgeber abzuführen.⁶¹³ Und auch das Behalten von Schmiergeldern wird hierdurch aus dem Kreis der Untreuehandlungen ausgeschieden.⁶¹⁴

Allerdings geht diese Einschränkung nicht weit genug: Denn damit der Strafgrund der Untreue sich in der Pflichtverletzung manifestiert, bedarf es einer weiteren Einschränkung. Durch die Einschränkung muss deutlich werden, dass das gesteigerte Schädigungspotenzial des Täters und die gesteigerte Schutzbedürftigkeit des Opfers auf der faktischen Machtposition des Täters beruhen.⁶¹⁵ Dafür reicht es nicht aus, nur solche Pflichten auszuscheiden, die nicht als Regelung des Treueverhältnisses verstanden werden können. Vielmehr muss man den Blick von der verletzten Pflicht abwenden und die pflichtverletzende Handlung näher analysieren.⁶¹⁶ Die Handlung selbst muss auf die Herrschaftsposition des Täters zurückzuführen sein.

2. *Exklusivzusammenhang*

Zu weit geht es allerdings, zu verlangen, dass die Stellung des Täters als Vermögensbetreuer allein die Pflichtverletzung faktisch ermöglicht haben muss.⁶¹⁷ Die untreuenspezifische Machtstellung darf nicht zur faktischen Voraussetzung der Pflichtverletzung erklärt werden.⁶¹⁸ Mit anderen Worten darf eine Handlung nicht deshalb aus dem Tatbestand ausgeschieden werden, weil auch ein nicht vermögensbetreuungspflichtiger Täter sie hätte vornehmen können.⁶¹⁹ Dadurch wird der Sache nach eine die Strafbarkeit zu weit einschränkende Überdehnung des Gesichtspunktes des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs vorgenommen: Da tatbestandsmäßig nur handeln kann, wer sich als Sonderdeliktstäter qualifiziert, kann man fälschlicher Weise zu dem Schluss kommen, eine Zurechnung sei ausgeschlossen, wenn auch ein nicht qualifizierter Täter die schädigende Handlung hätte vornehmen können. Dadurch verwechselt man aber ein rechtmäßiges Alternativverhalten mit einem mangels Sondertäterqualifikation nur den Tatbestand des

⁶¹³Fischer, § 266 Rn. 60 in Bezug auf BGH NJW 1992, S. 1752.

⁶¹⁴Fischer, § 266 Rn. 60 in Bezug auf BGH NStZ 1995, S. 234.

⁶¹⁵Saliger, Parteiengesetz (2003), S. 34 ff.

⁶¹⁶Burkhardt, NJW 1973, S. 2191.

⁶¹⁷BGHSt 17, 360; OLG Hamm, NJW 1973 S. 1809 (1810); Dierlamm, in: MüKo-StGB § 266 Rn.

166; Kindhäuser, in: NK-StGB, § 266 Rn. 62; Lassmann, Stiftungsuntreue (2007), S. 86;

Maurach/Schröder/Mainvald, § 45 Rn. 36; Saliger, HRRS 2006, S. 10 (18); ders., in: SSW, § 266 Rn. 36;

Schünemann, in: LK-StGB, § 266 Rn. 90.

⁶¹⁸Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 36.

⁶¹⁹So aber OLG Köln, JMBL NRW 1958, S. 208 f. (209).

§ 266 nicht erfüllenden, rechtswidrigen Alternativverhalten, weshalb eine solche Einschränkung entschieden abzulehnen ist.⁶²⁰

3. Funktionalzusammenhang

Die sachgerechte, den Strafgrund der Untreue berücksichtigende und den Vermögensschutz nicht zu weit zurückdrängende Strafbarkeitseinschränkung liegt vielmehr zwischen den beiden zuvor aufgezeigten Ansätzen und konzentriert sich nicht auf die verletzte Pflicht, sondern auf die pflichtverletzende Handlung. Zu fordern ist richtigerweise ein funktionaler Zusammenhang zwischen Letzterer und der Vermögensbetreuungspflicht des Täters. Was hierunter zu verstehen ist, warum diese Einschränkung sachgerecht ist, und welche Rolle sie für das Ausmaß der Akzessorietät der Organuntreue spielt, soll in diesem Abschnitt dargestellt werden.

a) Die Voraussetzungen des Funktionalzusammenhangs

Im Gegensatz zu den eher formalen Anforderungen, die im Verlangen eines Inklusiv- bzw. Exklusivzusammenhangs zwischen Vermögensbetreuungspflicht und Pflichtverletzung liegen, verfolgt die zutreffende, wohl herrschende Ansicht einen stärker materiell geprägten Ansatz und spricht von einem „funktionalen Zusammenhang“ oder auch „Funktionalzusammenhang“.⁶²¹ Die konkrete Pflichtverletzung (genauer: die eine Pflicht verletzende Handlung) muss sich als signifikante Ausübung der eigenverantwortlichen internen Machtposition des Trenehmers darstellen und wesentlich von der dem Täter anvertrauten Machtstellung geprägt sein.⁶²² Der Täter darf die konkrete Verhaltenspflicht nicht nur bei Gelegenheit der Vermögensbetreuung, sondern muss sie als Vermögensbetreuer verletzen.⁶²³

⁶²⁰Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 36 weist außerdem zutreffend darauf hin, dass eine Strafbarkeit eines Polizisten wegen Körperverletzung im Amt nach § 340 StGB auch nicht nur dann vorliegt, wenn kein anderer die Körperverletzung hätte begehen können. Hieran wird einerseits deutlich, dass bei Sonderdelikten die Sonderstellung des Täters entscheidend an der Prägung des Handlungsunwertes teilhat und andererseits, dass für die Verwirklichung des spezifischen Handlungsunwertes eines Sonderdelikts die Sonderstellung nicht faktische Voraussetzung für die Begehung gewesen sein muss. Sie ist vielmehr nur Voraussetzung der normativen Bewertung der Tat als besonders verwerflich.

⁶²¹LG Düsseldorf, NJW 2004, S. 3275 (3281) („Fall Mannesmann“); *Brammsen*, wistra 2009, S. 85 (87); *ders.*, ZIP 2009, S. 1504 (1506); *Kubiciel*, NStZ 2005, S. 353 (355); *Lassmann*, Stiftungsuntreue (2007), S. 85 ff.; *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 36; *Rönnau/Hohn*, NStZ 2004, S. 113 (114); *Saliger*, HRRS 2006, S. 10 (18); *ders.*, Parteiengesetz (2003), S. 35 f.; *ders.*, in: SSW, § 266 Rn. 39; *Schlösser/Dörfler*, wistra 2007, S. 326 (329).

⁶²²Saliger, HRRS 2006, S. 10 (18); *ders.*, in: SSW, § 266 Rn. 39. Siehe auch *Lassmann*, Stiftungsuntreue (2007), S. 85; *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 23, 36; *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 90.

⁶²³*Brammsen*, ZIP 2009, S. 1504 (1506): „qua functionem als Treuehmer“; *Burkhardt*, NJW 1973, S. 2190; *Lassmann*, Stiftungsuntreue (2007), S. 86; *Mitsch*, BT II, § 8 Rn. 46; *Saliger*, HRRS 2006, S. 10 (18) m.w.N.; *ders.*, Parteiengesetz (2003), S. 36. Siehe auch *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 90.

Es ist klar zu erkennen, dass hierin wiederum ein relativ stark ausfüllungsbedürftiger Begriff in das Pflichtverletzungsmerkmal hineingelesen wird und zwar derjenige der signifikanten Ausübung der Machtstellung. Genau wie bei der Vermögensbetreuungspflicht muss man sich auch hier einer typologischen Annäherung bedienen. Die Machtposition muss die Pflichtverletzung (genauer: die die Pflicht verletzende Handlung) ermöglicht, erleichtert oder maßgeblich gefördert haben.⁶²⁴ Dies wiederum ist nahe liegend, wenn aus der Position des Täters gesteigerte Zugriffsmöglichkeiten, eine fehlende Kontrolle seiner Tätigkeit durch den Vermögensinhaber oder Dritte oder die Möglichkeit zur Überwindung von Hindernissen folgt.⁶²⁵ Dieser Zusammenhang liegt also insbesondere vor, wenn der Täter unter Ausnutzung von ihm durch den Treugeber eingeräumten Kompetenzen handelt, wenn er sich Wissen zu Nutze macht, das der Treugeber ihm zur Erfüllung seiner Aufgabe anvertraut hat oder wenn wegen seiner besonderen Stellung als Vermögensbetreuer andere auf Posten gestellte Personen davon absehen, gegen seine schädigenden Handlungen einzuschreiten.

b) Die Sachgerechtigkeit des Erfordernisses „Funktionalzusammenhang“

Einen Funktionalzusammenhang der oben dargestellten Art zu verlangen, ist ein sachgerechter Mittelweg zwischen dem die Strafbarkeit viel zu weit zurückdrängenden Verlangen eines Exklusivzusammenhangs und dem zu extensiven Begriff des Inklusivzusammenhangs. Durch das Kriterium des Funktionalzusammenhangs wird in hinreichendem Maße gewährleistet, dass der Bestimmtheitsgewinn, der bei der Untreue entscheidend durch Einschränkung des möglichen Täterkreises erzielt wird, nicht durch das Anknüpfen an auch nicht qualifizierten Tätern ebenso leicht mögliche Handlungen verloren geht.⁶²⁶ Diese Einschränkung der Untreuestrafbarkeit wird entscheidend durch den Wortsinn des § 266 StGB gestützt: Dass sich im Gesetzestext des § 266 StGB nur eine Beschreibung der Vermögensbetreuungspflicht als Ganze ergibt und dass es dort nur heißt, diese sei als Ganze verletzt, wurde bereits angesprochen. Ebenso ist deutlich geworden, dass die Pflichtverletzung selbst im Gesetzestext überhaupt nicht angesprochen wird, dass aber die Pflichtverletzung zugleich auch eine Verletzung der gesamten Vermögensbetreuungspflicht ist.

Das Verlangen eines Funktionalzusammenhangs ist die konsequente und sachgerechte Fortführung dieses Tatbestandsverständnisses. Denn, da die Pflichtverletzung auch als Verletzung der gesamten Vermögensbetreuungspflicht angesehen werden können muss, können nur solche Handlungen Pflichtverletzungen

⁶²⁴Burkhardt, NJW 1973, S. 2190; Lassmann, Stiftungsuntreue (2007), S. 86; Saliger, HRRS 2006, S. 10 (18).

⁶²⁵Burkhardt, NJW 1973, S. 2190; Saliger, HRRS 2006, S. 10 (18); ders., Parteiengesetz (2003), S. 36; Samson/Günther in: SK-StGB, § 266 Rn. 40. Vgl. auch Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 36.

⁶²⁶Kubiciel, NStZ 2005, S. 353 (355).

sein, die sich als Ausübung der die Vermögensbetreuungspflicht konstituierenden Herrschaftsmacht über das fremde Vermögen begreifen lassen.⁶²⁷ Des Weiteren spricht für das Verlangen eines Funktionalzusammenhangs, dass dieses Erfordernis am besten geeignet ist, den Anwendungsbereich auf strafwürdige Verhaltensweisen, also auf Angriffe auf untreuespezifischem Angriffsweg zu reduzieren. Denn die Herrschaftsmacht des Täters manifestiert sich nur in den Verhaltensweisen, die im funktionalen Zusammenhang mit der Vermögensbetreuungspflicht stehen.⁶²⁸ Nur, wenn die dem Täter im Interesse des Treugebers eingeräumte Herrschaftsmacht über das fremde Vermögen ihm die vermögensschädigende Handlung ermöglicht oder erleichtert hat, aber auch immer dann, wenn dies der Fall ist, kann von einer Pervertierung der Herrschaftsbeziehung gesprochen werden. Denn nur dann, aber auch immer dann, gereicht die zum Nutzen des Treugebers erteilte Dispositionsmacht ihm zum Nachteil, weil sie in einer Weise benutzt wird, die seinen Interessen widerspricht.

c) Der Funktionalzusammenhang im Kontext der Organuntreue

Im Bereich der Organuntreue wird es selten eine Schwierigkeit darstellen, einen Funktionalzusammenhang zu bejahen. Bei Handlungen des Vorstands, die gegen Sorgfalts-, Treue- und Verschwiegenheitspflichten verstoßen, liegt der (im Funktionalzusammenhang als Minus enthaltene) Inklusivzusammenhang stets vor, da es sich bei Sorgfalts-, Treue- und Verschwiegenheitspflichten gerade um solche handelt, die das Organverhältnis regeln. Sie können als Regelungen für das Vermögensfürsorgeverhältnis angesehen werden. Somit gehört zunächst der gesamte Kreis der im Maßstab des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters enthaltenen Pflichten auch zum untreuebewehrten Pflichtenkreis.

Zudem wird bei den angesprochenen Pflichten auch stets die Herrschaftsposition des Täters seine Handlung erst ermöglicht oder zumindest stark erleichtert haben, da die Vorstandsmitglieder trotz der Überwachung durch den Aufsichtsrat keiner jederzeitigen Kontrolle unterliegen und sie kaum Hindernisse überwinden müssen, um ihre Pflichten zu verletzen. Auch bei Handlungen (insbesondere bei Unterlassungen) von Aufsichtsratsmitgliedern im Rahmen der Überwachungs- und Kontrollaufgabe i.S.v. § 111 AktG ist grundsätzlich ein funktionaler Zusammenhang zwischen Vermögensbetreuungspflicht und pflichtwidriger Handlung gegeben.⁶²⁹

Denn die Ausübung von Kontrolle gegenüber dem Vorstand ist die in der Aktiengesellschaft genuin den Aufsichtsratsmitgliedern zugewiesene Tätigkeit. Daran ändert es auch nichts, dass die Aufsichtsratsmitglieder bei Fehlverhalten des Vorstands häufig gesetzlich verpflichtet sind, einzuschreiten und ihnen insoweit kein weiter Ermessensspielraum zusteht, dass die Entscheidung, ob eingeschritten

⁶²⁷ Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 39.

⁶²⁸ Saliger, in: SSW § 266 Rn. 39.

⁶²⁹ Brammsen, ZIP 2009, S. 1504 (1506).

werden soll, nach teilweise vertretener Ansicht also keine unternehmerische Entscheidung im Sinne der Business-Judgement-Rule ist⁶³⁰. Denn ein Raum für eigenverantwortliche Entscheidungen, der den Grad der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit im Sinne der Business-Judgement-Rule erreicht, ist für eine Vermögensbetreuungspflicht nicht Voraussetzung. Sofern dem Aufsichtsrat ausnahmsweise auch Aufgaben der Geschäftsleitung obliegen, ist der Funktionalzusammenhang erst recht gegeben, da insoweit die für Vorstandsmitglieder geltenden Regeln entsprechend anzuwenden sind.

d) Ist der Funktionalzusammenhang ein strafrechtsspezifisches Erfordernis?

Der Funktionalzusammenhang in der oben geschilderten Art ist also eine zwingende Voraussetzung einer Pflichtverletzung im Sinne der Untreue. Somit scheint eine strafrechtsspezifische Voraussetzung gefunden zu sein, deren Existenz die These der asymmetrischen Akzessorietät bestätigt. Fraglich ist jedoch, ob das Erfordernis des Funktionalzusammenhangs zumindest im Bereich Organuntreue wirklich eine strafrechtsspezifische Voraussetzung für das Vorliegen einer Pflichtverletzung im Sinne der Untreue ist oder ob nicht vielmehr eine Frage der Primärebene damit angesprochen wird. So kann z.B. das schlichte Stehlen durch ein Organmitglied ohne Ausnutzung der Vermögensbetreuerstellung schon auf Primärebene nicht als Verletzung des Innenverhältnisses, bei Organmitgliedern also auch nicht als Verletzung der Organpflichten auf Primärebene verstanden werden.

Vielmehr liegt nur eine Verletzung der von § 823 Abs. 1 BGB vorausgesetzten Pflicht, andere nicht durch deliktisches Handeln zu schädigen, vor. Denn für § 93 Abs. 1 S. 1 AktG gilt, dass eine Pflichtverletzung im Organverhältnis nur vorliegt, wenn die jeweilige Handlung im Zusammenhang mit der Diensttätigkeit steht und als Ausübung der Organfunktion verstanden werden kann (siehe oben Kap. 1 C I 1). Das steht im Einklang mit der für die Haftung nach § 831 BGB relevanten Abgrenzung zwischen der Schädigung „in Ausführung“ einer Tätigkeit oder nur „anlässlich“ einer solchen. Denn nicht jede Handlung eines Organmitglieds kann als Ausführung der Organaufgabe begriffen und somit mit dem strengen Maßstab der Organpflichten gemessen werden. Sind also die zuvor dargestellten Voraussetzungen des Funktionalzusammenhangs nicht gegeben, liegt schon gar keine Verletzung der Organpflichten vor. Somit handelt es sich zumindest bei der Organuntreue beim Merkmal „Funktionalzusammenhang“ nicht um eine zusätzliche strafrechtliche Voraussetzung, die die These der asymmetrischen Akzessorietät bestätigen könnte.

e) Bestimmtheitsgewinn durch das Erfordernis des Funktionalzusammenhangs

Welche Verhaltensweisen in funktionalem Zusammenhang mit der Vermögensbetreuungspflicht (und zugleich der Organfunktion) stehen, dürfte, abgesehen von

⁶³⁰Schilba, Aufsichtsratsstätigkeit (2008-2008), S. 70.

Ausnahmefällen⁶³¹, relativ klar erkennbar sein. Auch hier zeigt sich also, dass die Aussage, die Untreue strafbarkeit sei unberechenbar und der Tatbestand damit verfassungswidrig, nicht zutrifft.⁶³² Vielmehr ist die Anzahl der denkbaren Anwendungsfälle durch das Erfordernis des funktionalen Zusammenhangs zwischen Vermögensbetreuungspflicht und Pflichtverletzung deutlich eingeschränkt. Organmitglieder brauchen sich lediglich darauf einzustellen, dass sie bestraft werden können, wenn sie in Ausübung ihrer Organstellung eine Handlung vornehmen, die entweder gegen eine Spezialnorm verstößt oder den weitgezogenen Raum des unternehmerischen Beurteilungs- und Ermessensspielraums überschreitet und zu einem Schaden führt.

Zu berücksichtigen ist, dass die Vermögensbetreuungspflicht nichts anderes ist als eine (bei der Organuntreue zugegebener Maßen mit sehr weitreichenden Pflichten einhergehende) Beschützergarantenstellung.⁶³³ Die Untreue ist strukturell nichts anderes als ein eigens herausgegriffenes unechtes Unterlassungsdelikt. Eines eigens aufgestellten Tatbestands bedurfte es zusätzlich zu § 13 StGB nur, damit die Schädigung des Vermögens durch aktives Tun eines Vermögensbetreuers tatbestandlich erfasst werden konnte, da es ein allgemeines Vermögensschädigungsdelikt nicht gibt. Der sich in das Vermögensstrafrecht an der Seite von § 253 und § 263 StGB einfügende § 266 StGB erfasst daher grundsätzlich alle schädigenden Handlungen eines Garantienpflichtigen. Sie sind bei der Organuntreue nur dann nicht tatbestandsmäßig, wenn sie vollständig normkonform sind und keine unverantwortliche Überspannung der gebotenen Risikobereitschaft darstellen. Insoweit ist die Aussage *Schünemanns*, die Beachtung der Primärnormen habe die Funktion, Handlungen aus dem Tatbestand herauszuhalten, also zutreffend. Genau wie bei der allgemeinen Unterlassungsstrafbarkeit ergibt sich die Antwort auf die Frage, welche Quellen von Gefahren für das zu schützende Rechtsgut unabgeschirmt bleiben dürfen, aus der Berücksichtigung des einschlägigen Fachrechts, jedenfalls soweit ein solches vorhanden ist.

Auch der Unterlassungsstrafbarkeit müssten Kritiker des Untreuetatbestandes also ihre Bedenken entgegen bringen. Derartige Bedenken können aber nicht

⁶³¹Abgrenzungsprobleme könnten z.B. bei (privaten) Fahrten mit Firmenfahrzeugen bestehen.

⁶³²Insbesondere ist der Untreuetatbestand bestimmter als der Betrugstatbestand: Im Element Vermögensnachteil stimmen die Vorschriften überein. Der Erfolgsunwert des Betrugs ist durch Täuschung und Irrtum (das Element der Vermögensverfügung kommt im Wortsinn nicht vor) nicht derart präzise umschrieben wie dies bei § 266 StGB in Verbindung mit den außerstrafrechtlichen Normen der Fall ist. Außerdem tritt auch die Strafbedürftigkeit in Form der Schutzbedürftigkeit des Opfers bei der Untreue stärker hervor als beim Betrug, da das Opfer bei Letzterem häufig über weitreichende Selbstschutzmöglichkeiten verfügt (vor allem beim gegenseitigen Vertrag und bei Zweifeln an den vom Täter behaupteten Tatsachen), während das Untreueopfer gegenüber dem gerade zum Vermögensschutz berufenen Täter völlig schutzlos ist. Siehe zum Ganzen *Schünemann*, NStZ 2005, S. 473 (474), der allerdings in zweifelhafter Weise die Gesetzesbestimmtheit der beiden Vorschriften anhand des Umfangs der Normkommentierungen verglichen will.

⁶³³*Kindhäuser*, in: NK-StGB, § 266 Rn. 36; *Lassmann*, Stiftungsuntreue (2007), S. 52; *Murmann*, Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in *Jura*; siehe auch *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 31.

überzeugen. Bei Pflichtdelikten (bzw. Delikten, bei denen keine Tatherrschaft im natürlichen Sinne notwendig ist) erschöpft sich die tatbestandliche Restriktion notwendigerweise in den tatbestandlichen Anforderungen an die Sonderstellung des Täters und den Erfolg, für dessen Verhinderung er zuständig ist. Eine Handlungsbeschreibung kann bei diesen Delikten nicht erfolgen, weil der Täter umfassend für den Schutz des Rechtsguts zuständig ist. Ein (offensichtlich nicht gangbarer) Ausweg aus der vermeintlichen Unbestimmtheit läge in der Aufgabe der unechten Unterlassungsdelikte und der Schaffung eines abschließenden Katalogs echter Unterlassungsdelikte, die jeweils die genaue Bezeichnung der vorzunehmenden Handlung enthalten.

Eine Rechtsordnung muss aber nicht nur bestimmt sein. Die Erwartungen an den Gesetzgeber müssen auch erfüllbar sein, da eine funktionierende und praktikable Rechtsordnung erforderlich ist. Ebenso wenig wie auf die unechten Unterlassungsdelikte kann also auf einen universellen Tatbestand zum Schutze des Vermögens gegen „von innen heraus“ erfolgende Angriffe, also gegen die Pervertierung der anvertrauten Machtposition, verzichtet werden, wenn nicht der Gesetzgeber vor eine unlösbare Aufgabe gestellt werden soll. Der notwendige Gewinn an Gesetzesbestimmtheit wird durch die Ausgrenzung bestimmter Personen aus dem Einzugsbereich der Untreue durch das Erfordernis der Vermögensbetreuungspflicht und die Aussonderung nicht hierauf beruhender Verhaltensweisen durch das Erfordernis des Funktionalzusammenhangs erreicht.

II. Zusammenhang zwischen fremdem Vermögen und verletzter Verhaltenspflicht

Nachdem also der notwendige Zusammenhang zwischen Vermögensbetreuungspflicht und Tathandlung herausgearbeitet ist, kann das Augenmerk im Folgenden auf die weiteren Qualitäten einer in solchem Zusammenhang mit der Vermögensbetreuungspflicht stehenden Handlung gelegt werden. Als erstes soll der Frage nachgegangen werden, ob nur die Verletzung solcher Verhaltensnormen eine Pflichtverletzung darstellt, die einen besonderen Bezug zum Vermögen der AG aufweisen. Ein solcher Bezug wird von der überwiegenden Meinung verlangt.⁶³⁴ Nach Ansicht vieler sollen z. B. Pflichten aus Normen, die ausschließlich im „öffentlichen Interesse“ stehen, keine Untreuerelevanz haben.⁶³⁵ Populäre Beispiele für solche Pflichten sind solche aus dem KWG (Kreditwesengesetz), insbesondere Formalpflichten bei der Prüfung der Bonität von Kreditnehmern, und aus dem

⁶³⁴Siehe nur etwa *Dierlamm*, in: MüKo-StGB, § 266 Rn. 37; *Dittrich*, Vorstandsvergütungen (2005-2006), S. 192; *Günther*, in: FS-Weber (2004), S. 311 (316); *Kubiciel*, NStZ 2005, S. 353 (360); *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 19a; *Ransiek*, ZStW 116 (2004), S. 634 (672); *Rönnau/Hohn*, NStZ 2004, S. 113 (114); *Schlösser/Dörfler*, wistra 2007, S. 326 (329); *Seier*, in: Achenbach/Ransiek, Kap. V Abschn. 2 Rn. 188.

⁶³⁵*Brammsen*, ZIP 2009, S. 1504 (1506); *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 19a; *Ransiek*, ZStW 116 (2004), S. 634 (672); *Schlösser/Dörfler*, wistra 2007, S. 326 (329); *Schünemann*, NStZ 2006, S. 196 (198).

PartG, insbesondere Offenlegungspflichten in Bezug auf Parteispenden, denn Ersteres schützt das Kreditwesen an sich und Letzteres dient der Sicherstellung der Unabhängigkeit der Parteien vom Staat, so dass beide nicht den Zweck haben, individuelle Vermögensinteressen zu schützen.

Die Relevanz für die vorliegende Untersuchung ist leicht erkennbar: Die umfassende Legalitätspflicht der Organmitglieder als Verhaltenspflicht auf Primärebene wurde dargestellt. Sollten für § 266 StGB nur Normen relevant sein, die in einem bestimmten Zusammenhang mit dem Vermögen stehen, läge keine umfassende Untreuebewehrung dieser Legalitätspflicht vor und es bestünde somit keine strikte Akzessorietät. Verletzt ein Vorstandsmitglied eine Rechtspflicht, die eindeutig nicht dem Schutz des Gesellschaftsvermögens zu dienen bestimmt ist, stellt sich die Frage, ob deshalb eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue ausscheidet. Dass durch eine solche Handlung ein Vermögensschaden entstehen kann, ist leicht vorstellbar. Dieser kann etwa in einer Unternehmensgeldbuße oder einer Schadensersatzpflicht der Gesellschaft gegenüber Dritten bestehen. Es ist aber durchaus vorstellbar und im Hinblick auf die hergebrachten Grundsätze der objektiven Zurechnung dogmatisch nicht abwegig, einen solchen Schaden als bloßen Reflex zu werten, also als Erfolgswert, der nicht auf einem tatbestandsmäßigen Handlungswert beruht, sondern auf Vorgängen, die mit dem Tatbestand nichts zu tun haben. Diese Einschränkung des Vermögensschutzes könnte möglicherweise zugunsten der Tatbestandsbestimmtheit und Erkennbarkeit des Strafbarkeitsrisikos hingenommen werden.

Teilweise werden die hier angesprochenen Sachprobleme auch unter dem Aspekt des „funktionalen Zusammenhangs“ angesprochen, also des Zusammenhangs zwischen der Tathandlung und der besonderen Stellung des Täters als Vermögensbetreuer.⁶³⁶ Dies überzeugt jedoch nicht: Gefragt ist danach, ob eine Verhaltenspflicht einen besonderen Bezug zum Vermögen des Treugebers aufweisen muss, damit ihre Verletzung als Pflichtverletzung im Sinne der Untreue, also letztlich als Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht angesehen werden kann. Beim „funktionalen Zusammenhang“ steht hingegen die Frage im Mittelpunkt, ob es eines besonderen Bezuges der Handlung, die eine Norm verletzt, zur Täterstellung bedarf. Die beiden Aspekte stehen somit selbständig nebeneinander.

Der Sache nach handelt es sich beim „Schutzzweckbezug“ um eine Frage der objektiven Zurechnung.⁶³⁷ Denn die Parallele zur Zurechnungsvoraussetzung „Schutzzweckzusammenhang“ ist deutlich erkennbar: Hiernach kann ein Erfolg nicht zugerechnet werden, wenn es nicht der Zweck der übertretenen Verhaltens-

⁶³⁶Siehe z.B. *Kubiciel*, NStZ 2005, S. 353 (360) und *Rönnau/Hohn*, NStZ 2004, S. 113 (114).

⁶³⁷Es wurde zuvor klargestellt, dass spezielle Probleme des Vermögensschadens im Rahmen dieser Arbeit so wenig wie möglich erörtert werden sollen. Obwohl der Vermögensnachteil für die objektive Zurechnung eine entscheidende Rolle spielt, muss hier auf Zurechnungsprobleme eingegangen werden.

norm war, Erfolge von der Art des eingetretenen zu verhindern.⁶³⁸ Denn, liegt der Erfolg außerhalb des Schutzzwecks der verletzten Verhaltensnorm, hat sich nicht die vom Täter geschaffene Gefahr im Erfolg verwirklicht.⁶³⁹ *Schünemann*⁶⁴⁰ weist bei seiner Interpretation der Formel von der „gravierenden Pflichtverletzung“ zutreffend darauf hin, dass die Anwendbarkeit der allgemeinen Lehre von der objektiven Zurechnung auf die Untreue weitgehend ungeklärt ist.⁶⁴¹ Sie kann auch hier sicher nicht geklärt werden. Was jedoch geleistet werden kann, ist die Antwort auf die Frage nach dem zuvor genannten Zusammenhang zwischen verletzter Verhaltenspflicht und dem Vermögen des Treugebers.

1. Erforderlichkeit eines „Schutzzweckbezugs“

a) Dogmatische Einordnung des „Schutzzweckbezugs“

Die restriktivste Meinungsgruppe, die wohl als herrschend bezeichnet werden kann, verlangt, dass die verletzte Norm (primär) den Zweck haben muss, das Vermögen der AG zu schützen und hält alle Pflichten, die diese Voraussetzung nicht erfüllen, für irrelevant für den Untreuetatbestand.⁶⁴² Zuweilen findet man auch die Aussage, dass die verletzte Norm das Vermögen unmittelbar schützen muss. Unmittelbarkeit des Schutzes in diesem Sinne soll dann gegeben sein, wenn eine Pflicht den Inhalt eines Beschlusses unter dem Gesichtspunkt der Wahrung oder Mehrung des Gesellschaftsvermögens festlegt.⁶⁴³ Dieser Zusammenhang wird im Folgenden als „Vermögensschutzzweckbezug“ oder kurz „Schutzzweck-

⁶³⁸*Cramer/Sternberg/Lieben*, in: Schönke/Schröder, § 15 Rn. 157; *Fischer*, § 15 Rn. 16 c; *Rengier*, AT, § 52 Rn. 37.

⁶³⁹*Roxin*, AT I, § 11 Rn. 84.

⁶⁴⁰*Schünemann*, NStZ 2005, S. 473 (475).

⁶⁴¹Auf die Frage kann hier allerdings nicht vertieft eingegangen werden. Dazu umfassend *Gerkau*, Untreue und objektive Zurechnung (2008).

⁶⁴²*Bernsmann*, GA 2009, S. 296 (307); *Bosch/Lange*, JZ 2009, S. 225 (227); *Brammsen*, wistra 2009, S. 85 (87); *ders.*, ZIP 2009, S. 1504 (1506); *Dittrich*, Vorstandsvergütungen, S. 192; *Günther*, in: FS-Weber (2004), S. 311 (316); *Knauer*, NStZ 2002, S. 399 (402 f.); *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 19a; *Perron*, GA 2009, S. 219 (226); *Ransiek*, ZStW 116 (2004), S. 634 (672); *Rönnau/Hohn*, NStZ 2004, S. 113 (114); *Seier*, in: Achenbach/Ransiek, Kap. V Abschn. 2 Rn. 188; *Volhard*, in: FS-Lüderssen (2002), S. 673 (678). In aller Deutlichkeit *Kubiciel*, NStZ 2005, S. 353 (360): „Da § 266 StGB nicht zur Durchsetzung lauterer Geschäftsführung ermächtigen will, können nur solche gesellschaftsrechtlichen Inhalte für die Untreue relevant werden, die als Konkretisierung der Dispositionsbefugnis über das fremde Vermögen gedacht werden können, mithin in einem funktionalen Zusammenhang zum Schutz des Vermögens der Gesellschaft stehen.“ Zur Verdeutlichung verneint *Kubiciel* sodann die Relevanz eines Verstoßes gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften wie beispielsweise solche des Umweltrechts, auch wenn der Verstoß eine Geldbuße zu Lasten der Gesellschaft zur Folge hat. Daraus wird deutlich, dass nach dieser Ansicht eine bloße Vermögensrelevanz der Pflicht nicht ausreicht. Sie muss vielmehr gerade dem Schutz des Gesellschaftsvermögens dienen. Verlangt ist also nicht nur ein Fremdvermögensbezug wie beispielsweise bei *Saliger*, in: SSW, § 266 Rn. 32, sondern ein Fremdvermögensschutzzweck.

⁶⁴³*Rönnau/Hohn*, NStZ 2004, S. 113 (115). Diese Definition ist aber vor allem auf die Ausscheidung sogenannter Formalpflichten gemünzt.

bezug“ bezeichnet.⁶⁴⁴ Normen wie beispielsweise solche des PartG und des KWG sollen nach dieser Ansicht verletzt werden können, ohne dass dies eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue darstellt, weil diese Normen nicht den Schutz des Vermögens des Treugebers bezwecken. Es wird also der Sache nach nicht nur verlangt, dass das gesamte Verhältnis zwischen Treugeber und Treunehmer auf Vermögensmehrung und Vermögensschutz angelegt sein muss, was Voraussetzung für eine Vermögensbetreuungspflicht ist, sondern darüber hinaus gefordert, dass die einzelne Verhaltensnorm, die der Täter verletzt, selbst auf einen solchen Vermögensschutz abzielt.⁶⁴⁵ Der Kern dieser Ansicht ist also, genauer betrachtet, die Aussage, dass eine Norm, die nicht das Vermögen des Treugebers zu schützen bestimmt ist, schon gar nicht als Regel für die Ausübung der fremdnützig eingeräumten Herrschaftsposition begriffen werden kann.

b) Die für einen „Schutzzweckbezug“ vorgebrachten Gründe

Hierfür wird in erster Linie vorgebracht, dass durch die Beschränkung auf in der oben geschilderten Weise schutzzweckkonexe Normen ein erheblicher Gewinn an Gesetzesbestimmtheit erzielt werde bzw. dass der Untreuetatbestand ohne eine solche Eingrenzung nicht mit dem Bestimmtheitsgebot in Einklang stünde, insbesondere wenn der unbestimmte Maßstab des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters als Anknüpfungspunkt dienen soll, da Letzterer schließlich ein vollständiges Legalitätsgebot enthält.⁶⁴⁶ Die einen Schutzzweckbezug der oben dargestellten Art fordernde Meinungsgruppe will insbesondere für das Strafrecht nicht anerkennen, dass der ordentliche und gewissenhafte Geschäftsleiter i.S.v. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG nach ganz herrschender Meinung im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum jeglichen Verstoß gegen Rechtsnormen, insbesondere die Verwirklichung von Straf- und Ordnungswidrigkeitstatbeständen verbietet.⁶⁴⁷ Eine Anknüpfung des Untreuevorwurfs an die Verletzung letzteren Maßstabs berge unter anderem die Gefahr, dass der Normadressat einem nicht vorhersehbaren Strafbarkeitsrisiko ausgesetzt wird.⁶⁴⁸

⁶⁴⁴Es kann hier nicht beurteilt werden, ob dieser Zusammenhang mit dem Schutzzweckzusammenhang als Teil der Lehre von der objektiven Zurechnung deckungsgleich ist. In der Literatur wird das Sachproblem jedenfalls nicht unter dem Stichwort Zurechnung, sondern bereits bei der Pflichtverletzung abgehandelt. Daran soll hier festgehalten werden, da auch unerheblich sein dürfte, an welcher Stelle das Problem abgehandelt wird. Denn Relevanz könnte die Einordnung wohl nur haben, wenn die versuchte Untreue strafbar wäre. Um zu kennzeichnen, dass es sich um eine Frage der Qualität der verletzen Verhaltenspflicht handelt, wird nicht von einem Schutzzweckzusammenhang, sondern von einem „Schutzzweckbezug“ gesprochen.

⁶⁴⁵*Saliger*, Parteiengesetz (2003), S. 51.

⁶⁴⁶*Brammsen*, wistra 2009, S. 85 (87); *ders.*, ZIP 2009, S. 1504 (1506).

⁶⁴⁷*Bernsmann*, GA 2009, S. 296 (307); *Schünemann*, NStZ 2006, S. 196 (198). Anders noch *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 96 mit der (mittlerweile aufgegebenen) zutreffenden Ansicht, gesetzeswidrige Geschäfte könnten niemals pflichtgemäß sein.

⁶⁴⁸*Brammsen*, wistra 2009, S. 85 (87); *ders.*, ZIP 2009, S. 1504 (1506).

Außerdem werde man nur so dem Telos von § 266 StGB gerecht, da dieser ja nur das Vermögen schütze.⁶⁴⁹ Der Untreuetatbestand könne, weil er nur die Vermögensinteressen der Treugebers schützen soll, nicht an jede gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung anknüpfen und insoweit zeige sich die asymmetrische Akzessorietät des Pflichtverletzungsmerkmals: Die gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung sei nur notwendige, nicht hinreichende Bedingung für das Vorliegen einer Pflichtverletzung im Sinne der Untreue.⁶⁵⁰ Dass die Legalitätspflicht, die zur Sorgfalt des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gehört, nicht umfassend durch den Untreuetatbestand sanktioniert sein soll, wird damit begründet, dass der Untreuetatbestand dem Vermögensschutz diene und dieser Maßstab daher durch diesen Fokus der Untreue betrachtet werden müsse.⁶⁵¹ Uneingeschränkt könne der Maßstab nicht in den Untreuetatbestand übernommen werden, weil er „oftmals der Beachtung kaufmännischer Lauterkeit und Geschäftsmoral“ diene.⁶⁵² Lauterkeitserwägungen könnten nun aber in § 266 StGB keinen Platz finden, weil die Vorschrift das Vertrauen in die Redlichkeit und Lauterkeit des Rechts- und Wirtschaftsverkehrs als solches nicht schützt. Daher dürften nur gesellschaftsrechtliche Vorgaben relevant sein, die „als Konkretisierung der Dispositionsbefugnis über das fremde Vermögen gedacht werden können“.⁶⁵³ Auch der Wortsinn von § 266 StGB wird zur Begründung dieser Restriktion angeführt: Dort sei von der Verletzung der Pflicht die Rede, „Vermögensinteressen wahrzunehmen“, so dass nur die Verletzung einer Pflicht tatbestandsmäßig sein könne, die das Vermögen schützen soll.⁶⁵⁴

c) Relativierung der Restriktion durch das „allgemeine Schädigungsverbot“

Diese enorme Einschränkung des Pflichtverletzungsmerkmals durch das Kriterium Schutzzweckbezug relativiert sich allerdings, wenn man im Falle der Irrelevanz einer nicht schutzzweckkonnenen Norm einen Rückschluss der Pflichtverletzung aus dem Vermögensnachteil zulässt und somit zwar nicht aus der Spezialnormverletzung aber aus der Schädigung ein Pflichtverletzungsurteil gewinnt, wie dies einige Autoren tun möchten.⁶⁵⁵ Der einzige Unterschied besteht in diesem Fall darin, dass dies eine rein wirtschaftliche Betrachtung von Kosten und Nutzen einer Normverletzung bedeutet, so dass den Organmitgliedern bei der Frage, ob

⁶⁴⁹Brammsen, wistra 2009, S. 85 (88); Schönemann, NSTZ 2006, S. 196 (198).

⁶⁵⁰Brammsen, wistra 2009, S. 85 (88); Dierlamm, StraFo 2005, S. 397 (404); Dittich, Vorstandsvergütungen (2005-2006), S. 35; Schlösser/Dörfler, wistra 2007, S. 326 (329).

⁶⁵¹So Kubiciel, NSTZ 2005, S. 353 (359).

⁶⁵²So Kubiciel, NSTZ 2005, S. 353 (360).

⁶⁵³So Kubiciel, NSTZ 2005, S. 353 (359). Als Beispiel wird die Veräußerung von „Tafelsilber“ der Gesellschaft genannt, die ohne Not und unter Wert erfolgt. Als Gegenbeispiel dient Kubiciel der Verstoß gegen Umweltschutzvorschriften, der keine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue sei, auch wenn hierdurch eine Verhängung einer Geldbuße gegen die Gesellschaft verursacht wird.

⁶⁵⁴Schönemann, NSTZ 2006, S. 196 (198).

⁶⁵⁵Bernsmann, GA 2009, S. 296 (307); Schönemann, NSTZ 2006, S. 196 (198).

Rechtsnormen eingehalten werden sollen, ein „strafrechtlicher unternehmerischer Beurteilungs- und Ermessensspielraum“ zukommt. Eine Gesetze verletzende wirtschaftliche Maßnahme, wie z.B. ein Schmiergeldgeschäft, kann nach einem solchen Modell pflichtwidrig im Sinne der Untreue sein, muss es aber nicht.⁶⁵⁶ Sie ist es in konsequenter Beachtung des Prognosecharakters unternehmerischer Entscheidungen nach einem solchen Modell nicht, wenn eine sorgfältige Abwägung zwischen Chancen und Risiken des Normverstößes vorgenommen wurde, so dass die Eingehung des Risikos keine unverantwortliche Überspannung der Risikobereitschaft darstellt.

Dieses Modell steht somit in eklatantem Widerspruch zu den Grundsätzen des Gesellschaftsrechts, denen zufolge der unternehmerische Beurteilungs- und Ermessensspielraum niemals Maßnahmen deckt, die gesetzeswidrig sind. Im Ergebnis läuft es darauf hinaus, dass „nützliche Rechtsverstöße“ strafrechtlich zu tolerieren sind, soweit durch sie nicht andere Straftatbestände wie etwa die des Korruptionsstrafrechts verwirklicht werden. Ein solches Verständnis ist entschieden abzulehnen. Insbesondere überzeugt das immer wieder vorgetragene Argument, derartige Normverletzungen seien nur von den jeweiligen Spezialtatbeständen wie etwa der Bestechung sanktioniert⁶⁵⁷, nicht. Dass Spezialtatbestände die Normverletzung unter bestimmten Voraussetzungen erfassen können, hindert nicht eine Erfassung auch durch das Pflichtverletzungsmerkmal im Sinne der Untreue. Denn dies vermag nichts an der Tatsache zu ändern, dass die schützenswerte Erwartung des Vermögensinhabers Aktiengesellschaft besteht, die Organmitglieder werden die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters nach § 93 Abs. 1 S. 1 und § 116 S. 1 AktG walten lassen und somit alle Rechtsnormen befolgen.

Das Aktiengesellschaftsrecht hat als „Spielregel“ für den Umgang mit dem AG-Vermögen durch die Organmitglieder im Interesse von Berechenbarkeit und Rechtssicherheit eine umfassende Legalitätspflicht vorgesehen. Diese „Spielregel“ muss der Untreuetatbestand flankieren. Er darf sich nicht über die Bewertung der Primärordnung, dass bei solchen Normverletzungen nach einer unternehmerischen Entscheidung nicht mehr gefragt und kein Ermessensspielraum gewährt wird, hinwegsetzen. Es ist auch kaum begründbar, dass ein Strafrichter bei der Beurteilung, ob verbotene Maßnahmen wie Korruption oder Waffengeschäfte „wirtschaftlich sinnvoll“ sind, frei sein soll, wenn schon der Gesetzgeber sich eine solche Beurteilung nicht zugetraut und als Folge dieser Unbewertbarkeit den Weg größerer Rechtssicherheit durch eine vollständige Legalitätspflicht gewählt hat.

Außerdem kann die Besorgnis, durch ein so verstandenes Pflichtverletzungsmerkmal im Sinne der Untreue könnten die engen Voraussetzungen der Spezialdelikte unterlaufen und somit ihre im Vergleich zur Untreue meist niedrigeren Strafrahmen überspielt werden, ebenfalls nichts an der Erfassung solcher Norm-

⁶⁵⁶Schünemann, NSTZ 2006, S. 196 (198).

⁶⁵⁷Siehe Bernsmann, GA 2009, S. 296 ff.

verstöße durch den Untreuetatbestand ändern. Denn in den eine solche Besorgnis erregenden Fällen scheidet die Untreuestrafbarkeit letztlich häufig doch, aber nicht mangels einer Pflichtverletzung, sondern weil es an einem Vermögensnachteil fehlt. In Fällen von Korruption wird der (eine Pflichtverletzung darstellenden) Schmiergeldzahlung häufig eine Leistung des Bestochenen gegenüber stehen, die „ihr Geld wert“ ist. So kann man z.B. bei der Bestechung eines Spielers der gegnerischen Mannschaft im Rahmen eines Fußballspiels davon ausgehen, dass die Gegenleistung des Spielers, die beispielsweise im absichtlichen Danebenschießen bestehen kann, wohl „ihr Geld wert“ ist.⁶⁵⁸ Bei Verstößen gegen das Umweltrecht wird das Unternehmen häufig Geld dadurch sparen, dass es kostenintensive Umweltschutzmaßnahmen unterlässt. In diesen Fällen scheidet eine Untreue mangels Versuchsstrafbarkeit aus. Leistet der Bestochene jedoch nicht oder spart die Gesellschaft durch den Umweltrechtsverstoß nichts, da sie „erwischt“ wird und Bußgelder fällig werden, ist nicht einzusehen, warum ein Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied, das dies billigend in Kauf genommen hat und von der primärrechtlichen Verbotenheit wusste, nicht wegen Untreue bestraft werden soll. Denn hierin liegt eine Schädigung fremden Vermögens von innen heraus, da ein funktionaler Zusammenhang zwischen Vermögensbetreuungspflicht und Tathandlung besteht.

2. *Erforderlichkeit eines objektiven Vermögensbezugs*

a) Dogmatische Einordnung des objektiven Vermögensbezugs

Bevor zum Schutzzweckbezug abschließend Stellung genommen wird, muss im Kontrast zu dieser restriktiven Ansicht, eine gemäßigte Form der Tatbestandsrestriktion dargestellt werden, damit die Unterschiede zur hier vertretenen Ansicht besser hervortreten. Denn die Anhänger einer weiteren Meinungsgruppe fordern lediglich, dass die verletzte Verhaltensnorm wenigstens einen hinreichenden Bezug zum Vermögen der AG haben muss.⁶⁵⁹ Dieser Bezug muss gerade nicht darin bestehen, dass die verletzte Einzelnorm den Zweck hat, das Vermögen des Treugebers zu schützen. Vielmehr reicht es aus, dass die Norm für das Vermögen objektiv relevant ist, da sich ihre Verletzung in irgendeiner Weise, namentlich durch Schadensersatzansprüche Dritter oder Sanktionen gegen die Gesellschaft, negativ auf das Vermögen auswirken kann.⁶⁶⁰ Der Bezug zum „allgemeinen Schädigungs-

⁶⁵⁸Da es einen offiziellen Markt für solche Leistungen nicht gibt, wird der Wert der Leistung eben in demjenigen bestehen, was der Bestochene verlangt.

⁶⁵⁹Saliger, in: SSW, § 266 Rn 32 verlangt einen hinreichenden Fremdvermögensbezug. Maßgeblich seien die Umstände des Einzelfalls, insbesondere der Zweck der jeweiligen Vorschrift, die Art des Rechtsverhältnisses und die Nähe der Pflicht zum Vermögen bzw. zu den Vermögensinteressen des Treugebers. Bei Vorschriften oder Pflichten, die öffentlichen Interessen dienen, sei zu differenzieren: Nur Pflichten, die wenigstens auch dem Fremdvermögensschutz dienen, seien vom Tatbestand des § 266 StGB erfasst. Pflichten, die allein öffentliche Interessen schützen, seien irrelevant.

⁶⁶⁰Fordert man wie etwa Saliger lediglich einen Fremdvermögensbezug der verletzten Einzelnorm, ist für die Voraussetzung Schutzzweckzusammenhang als Teil der objektiven Zurechenbarkeit kein

verbot“ ist also auch hier erkennbar. Der Einfachheit halber wird dieses Erfordernis im Laufe dieser Arbeit „objektiver Vermögensbezug“ genannt.

b) Gründe für einen objektiven Vermögensbezug

Ansatzpunkt für eine solche Einschränkung kann zunächst einmal der Wortsinn von § 266 StGB sein: Die Begehungsform Treubruch wird im Allgemeinen aus der Wendung „...die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt...“ gefolgert. Da die Pflicht, die hier verletzt wird, als Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, beschrieben wird, liegt es zunächst nahe, nur die Verletzung von Pflichten, die Vermögensbezug haben, unter § 266 StGB zu subsumieren. Ähnlich verhält es sich bei der Begehungsform Missbrauch, die aus dem Passus „wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, missbraucht...“ gefolgert wird. Hier taucht der Begriff „Vermögen“ zunächst zwar nur im Zusammenhang mit der Verfügung auf. Jedoch ergibt sich ein Wortsinnargument für das Verlangen eines Fremdvermögensbezugs aus dem Zusammenspiel mit der Wendung „...und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat...“ Hier ist der Zusammenhang mit dem Vermögen weniger deutlich als beim Treubruch. Macht man sich aber klar, dass die einem anderen gegenüber wirksame Verfügung bzw. dessen bindende Verpflichtung stets Vermögensrelevanz hat, kann man zumindest einen Ansatzpunkt für das Verlangen des Fremdvermögensbezugs gewinnen. Denn Missbrauch setzt stets eine Verletzung von Pflichten im Innenverhältnis voraus⁶⁶¹ und es erscheint nahe liegend, nur solche Verletzungen der Pflichten im Innenverhältnis für § 266 StGB ausreichen zu lassen, die in hinreichendem Zusammenhang mit dem Vermögen des Befugnisgebers stehen.

Das zweite nahe liegende Argument ist ein teleologisches: Da der Untreuetatbestand nur zum Schutz des Vermögens aufgestellt ist, erscheint es nahe liegend, nur die Verletzung von Pflichten unter das Merkmal Pflichtverletzung zu subsumieren, die einen hinreichenden Bezug zum Vermögen aufweisen. Man kann argumentieren, lasse man auch andere Pflichten ausreichen, wechsle

Raum. Denn diese Lehre lässt gerade die bloß objektive Beziehung zwischen dem Vermögen des Treugebers und der verletzten Einzelnorm ausreichen und stellt somit auf die bloße Gefährlichkeit des Normverstößes für das zu betreuende Vermögen ab. Sie würde sich der hierdurch erzielten Ergebnisse selbst berauben, wenn sie einen Schutzzweckzusammenhang auf der Ebene der objektiven Zurechnung verlangt.

⁶⁶¹Das trifft auch zu, wenn man einer dualistischen Theorie folgt, da selbst dann die Frage des Missbrauchs nur dann beantwortet werden kann, wenn klar ist, welchen Gebrauch der Treuehmer zulässigerweise von der Befugnis machen darf. Der Unterschied zur monistischen Theorie besteht nur darin, dass nach dualistischem Maßstab die Verwendung der Befugnis entgegen der Anweisung im Innenverhältnis schon für eine Untreue ausreicht, während nach monistischem Verständnis der die Befugnis gebrauchende Täter Vermögensbetreuer sein muss.

man das Rechtsgut des Tatbestandes aus⁶⁶² bzw. verschaffe „beliebigen Interessen ohne Vermögensbezug strafbarkeitsbegründende Wirkung“⁶⁶³. Als weiteres Argument für den Fremdvermögensbezug als Voraussetzung der Untreuestrafbarkeit wird vorgebracht, allein öffentlichen Interessen dienende Normen könnten für eine Pflichtwidrigkeit nach § 266 StGB nicht ausreichen, weil die Vermögensbetreuungspflicht nur dem Vermögensinhaber, also der Gesellschaft und nicht dem öffentlichen Interesse geschuldet sei.⁶⁶⁴ Die Grenze zulässiger teleologischer Auslegung werde überschritten, wenn neben das ursprüngliche ein neues Rechtsgut tritt.⁶⁶⁵

3. Umfassend untreuebewehrte Legalitätspflicht

a) Dogmatische Einordnung der umfassend untreuebewehrten Legalitätspflicht

Auch, wenn die Einschränkungen der einen bloß objektiven Vermögensbezug verlangenden Meinungsgruppe begrüßenswert sind, da sie die Untreuestrafbarkeit weit weniger zurückdrängen als die einen Schutzzweckbezug fordernde wohl herrschende Meinung, gehen sie noch nicht weit genug. Es kommt für das Pflichtverletzungsmerkmal richtigerweise nicht nur nicht darauf an, welchen Zweck eine Verhaltensnorm verfolgt, sondern auch nicht darauf, ob sie objektiv vermögensrelevant ist. Angemessen ist vielmehr eine umfassend untreuebewehrte Legalitätspflicht der Organmitglieder von Aktiengesellschaften. Jede Verhaltensnormübertretung, die in Ausführung von Organtätigkeiten geschieht, ist eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue. Da der Bezug zum Vermögen und damit zum von § 266 StGB allein geschützten Rechtsgut durch ein derart radikales Verständnis der Pflichtverletzung zunächst einmal zweifelhaft erscheint, muss aufgezeigt werden, dass er dennoch vorhanden ist. Denn es ist zutreffend, dass von der sachgerechten Abgrenzung des durch den Untreuetatbestand zu leistenden Vermögensschutzes vom über die Aufgabe von § 266 StGB hinausgehenden Dispositionsschutz die rechtsstaatliche Legitimität der Strafvorschrift abhängt.⁶⁶⁶ § 266 StGB darf in

⁶⁶²Siehe *Brammsen*, wistra 2009, S. 85 (87) [Fn. 41] und *ders.*, ZIP 2009, S. 1504 (1506): „Die Grenzen zulässiger teleologischer Auslegung sind überschritten, wenn neben das ursprüngliche ein neues Rechtsgut tritt: Dann werden Schutzrichtung und Unrechtsgehalt des Delikts verschoben.“ Hiermit begründet *Brammsen* die Irrelevanz von Verstößen gegen allein öffentlichen Interessen dienende Pflichten wie etwa Buchführungspflichten. Die Vermögensbetreuungspflicht von Organmitgliedern sei nämlich nur der Gesellschaft und nicht dem öffentlichen Interesse geschuldet.

⁶⁶³*Kubiciel*, NSTZ 2005, S. 353 (355), der allerdings zugibt, dass durch eine teleologische Eingrenzung des Untreuetatbestandes auch keine „gesellschaftsrechtlichen Sonderzonen eines minimalen Vermögensschutzes“ geschaffen werden dürfen.

⁶⁶⁴*Brammsen*, wistra 2009, S. 85 (87); *ders.*, ZIP 2009, S. 1504 (1506); ähnlich *Perron*, GA 2009, S. 219 (226).

⁶⁶⁵*Brammsen*, wistra 2009, S. 85 (87).

⁶⁶⁶Dies betonend *Saliger*, in: SSW, § 266 Rn. 1, der sich vor allem gegen die in der neuen Rechtsprechung zu beobachtende Tendenz ausspricht, den Schutz der Dispositionsmöglichkeit des Ver-

der Tat nichts anderes leisten als Vermögensschutz. Ob die zuvor dargestellten Ansätze, die dieser Abgrenzung dienen sollen, im Kontext der Organuntreue sachgerecht sind, oder ob vielmehr von einer umfassend untreuebewehrten Legalitätspflicht auszugehen ist, soll nun beantwortet werden.

b) Begründung eines umfassend untreuebewehrten Legalitätsgebots

Die Begründung hat zunächst einmal von den zuvor gewonnenen Erkenntnissen über die Struktur und die Funktion des Pflichtverletzungsmerkmals im Untreuetatbestand auszugehen. Dass das Rechtsgut der Untreue allein das Vermögen ist, ist konsentiert. Dasselbe gilt für den untreuespezifischen Angriffsweg: Es erfolgt eine Schädigung „von innen heraus“ gerade durch den zur Vermögensbetreuung auf Posten gestellten Treuehmer. Um sicherzustellen, dass dieser Typus vorliegt, verlangt die Untreuenorm eine faktische Herrschaftsposition des Täters über das fremde Vermögen, die Vermögensbetreuungspflicht, statuiert aber nicht selbst die für die Ausübung der Herrschaftsmacht geltenden Regeln, sondern setzt diese voraus. All dies ist unstreitig. Das Pflichtverletzungsmerkmal hat nun die Funktion, Auskunft darüber zu geben, ob die Herrschaftsmacht in einer Weise ausgeübt wurde, die den Zwecken ihrer Einräumung widerspricht, die also als Pervertierung des Betreuungsverhältnisses angesehen werden kann.

Ob dies der Fall ist, richtet sich nach einhelliger Meinung in allererster Linie danach, welche Vorgaben der Treugeber dem Treuehmer im Innenverhältnis macht. Hier kommt also die Dispositionsmacht des Treugebers zum Zuge. Es ist völlig überzeugend, dass die ganz überwiegende Meinung die Frage nach der Pflichtwidrigkeit im Falle konkreter Anweisungen des Treugebers für unproblematisch hält⁶⁶⁷. Denn § 266 StGB schützt vor dem zweckwidrigen Gebrauch der eingeräumten Herrschaftsmacht und die Zweckwidrigkeit kann am leichtesten festgestellt werden, wenn konkrete Angaben über die Zweckbindung vorhanden sind.⁶⁶⁸ Liegt keine explizite Anweisung vor, wollen die meisten Autoren den mutmaßlichen Willen erforschen und diesen als maßgeblich ansehen.⁶⁶⁹ Grundsätzlich sei nichts pflichtwidrig, was der Vermögensinhaber wünscht. Wünscht er hochspekulative Geschäfte, seien diese nicht pflichtwidrig.⁶⁷⁰

Für die besondere Relevanz der Dispositionsbefugnis für die Frage nach der Pflichtwidrigkeit spricht vor allem, dass sie Schutzzweckerwägungen zu überlagern

mögensinhabers besonders zu betonen. So geschehen in BGH NJW 2009, S. 89 (92) („Fall Siemens“).

⁶⁶⁷Siehe nur *Beulke*, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (251); *Kubiciel*, NStZ 2005, S. 353 (358); *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 19a; *Murmann*, Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in Jura.

⁶⁶⁸*Kubiciel*, NStZ 2005, S. 353 (358); *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 19a. Ähnlich *Murmann*, Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in Jura.

⁶⁶⁹*Feigen*, in: FS-Rudolphi (2004), S. 445 (448); *Murmann*, Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in Jura.

⁶⁷⁰*Murmann*, Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in Jura.

scheint: Denn bezeichnenderweise verzichten die meisten Autoren, die bei der Verletzung von einzelnen Verhaltensnormen einen Fremdvermögensbezug verlangen, in Fällen expliziter Anweisungen darauf, die Anweisung daraufhin zu überprüfen, ob sie Vermögensbezug hat.⁶⁷¹ Einige gehen sogar so weit, dass sie Verhaltensnormen, die ihrer Ansicht nach an sich mangels Schutzzweckkonnextität nicht untreuerelevant sind, im Falle einer Inkorporation in das gesellschaftsinterne Regelwerk, z.B. im Rahmen von Satzungen oder Arbeitsverträgen, doch Untreuerelevanz beimessen und zwar nur deswegen, weil durch den Vermögensinhaber auf sie verwiesen wird, wie z.B. durch Banken und Sparkassen im Falle des KWG.⁶⁷²

Nun mag man sich fragen, warum es sachgerecht ist, bei expliziten Anweisungen nicht nach ihrem Schutzzweck zu fragen. Der Grund ist die Funktion des Pflichtverletzungsmerkmals als Ausdruck der Dispositionsbefugnis des Vermögensinhabers.⁶⁷³ Denn bei der Pflichtverletzung geht es um die vom Treugeber gesetzten Grenzen der auf den Treunehmer im Wege der Verwaltungstreuhand übertragenen Dispositionsbefugnis über das Vermögen. Die Daseinsberechtigung des Untreuetatbestandes liegt in der Möglichkeit bestimmter Personen, das Vermögen des Treugebers von innen heraus durch Ausnutzung von Herrschaftsmacht zu für den Treugeber interessenswidrigen Zwecken zu schädigen. Somit ist grundsätzlich die Erfassung aller Handlungen möglich, die einerseits auf der Treunehmerstellung des Täters beruhen („funktionaler Zusammenhang“) und andererseits den (wenn auch nur mutmaßlichen) Vorgaben des Treugebers widersprechen.

Überraschend ist vor diesem Hintergrund aber, dass einmütig behauptet wird, die Dispositionsbefugnis des Treugebers sei durch § 266 StGB nicht geschützt. Der immer wieder für das Kriterium des Vermögensbezugs vorgebrachte Grundsatz „§ 266 schützt allein das Vermögen und nicht die Dispositionsbefugnis.“ ist zwar formal korrekt, aber in höchstem Maße missverständlich. Präzisiert man ihn, indem man ihn auf das fragmentarisch sanktionierte, tatbestandsmäßige Verhalten bezieht, muss er richtiger Weise lauten: „§ 266 schützt das Vermögen vor Schädigung“.

⁶⁷¹So z.B. *Kubicziel*, NSStZ 2005, S. 353 (358): „Eines besonderen Begründungsaufwands bei der Umwandlung in strafrechtliches Unrecht bedarf es hier nicht, da mit der strafrechtlichen Absicherung dieser außerstrafrechtlichen Grenzen der von § 266 StGB bezweckte Schutz gewährleistet wird: Der Täter maßt sich nämlich eine Dispositionsbefugnis über das Vermögen an, welche ihm ausdrücklich nicht übertragen worden ist.“ Und: „Im Ergebnis liegt hier eine strenge Akzessorietät von außerstrafrechtlicher Pflichtverletzung und strafrechtlichem Untreueunrecht vor. Diese ist aber von der Schutzrichtung des § 266 StGB geboten und im Hinblick auf die verfassungsrechtlich erforderliche einschränkende Auslegung des Tatbestands unproblematisch, tritt doch bei expliziten Grenzziehungen kein Bestimmtheitsproblem auf.“ In diesen Fällen soll es ausreichen, dass sich die in der Anweisung zum Ausdruck gekommene Pflicht „auf die Vermögensbetreuung bezieht“. Siehe auch *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 19a.

⁶⁷²*Perron*, GA 2009, S. 219 (226); vgl. auch *Knauer*, NSStZ 2002, S. 399 (401 f.).

⁶⁷³Die Bedeutung der Dispositionsbefugnis für den Handlungsunwert ebenfalls betonend: *Wessels/Hillenkamp*, Rn. 747.

gungen unter Missachtung der durch die internen Anweisungen zum Ausdruck gekommene Dispositionsbefugnis.“ Da auch §§ 263 und 253 StGB die Dispositionsfreiheit durch Sanktionierung von Täuschung und Zwang schützen, reiht sich der Untreuetatbestand bei diesem Verständnis fugenlos in das sonstige Vermögensstrafrecht ein. Das Vermögen an sich zu schützen, ohne die Dispositionsfreiheit zu berücksichtigen, ist auch gar nicht möglich, da Dispositionen das Einzige sind, was man mit dem Vermögen anstellen kann, um von der nach Art. 14 GG geschützten Eigentumsfreiheit Gebrauch zu machen.

aa) Die Dispositionsfreiheit des Vermögensinhabers als Maßstab

Bei der Organuntreue wird der Gedanke, es komme auf die Vorgaben des Vermögensinhabers an, nun aber von der ganz überwiegenden Meinung nicht hinreichend konsequent weiterverfolgt. Sie beharrt darauf, dass bei Fehlen von konkreten Angaben nicht auf § 93 Abs. 1 S. 1 AktG zurückzugreifen sei. Die AG kann aber keine konkreten Anweisungen geben, da sie eine juristische Person ist und nur durch Organe handeln kann. Auch ein mutmaßlicher Wille kann nicht ermittelt werden. Materielle Vermögensinhaber sind die Aktionäre in ihrer Gesamtheit, aber auch ihnen hat der Gesetzgeber durch das Statuieren weitgehend zwingenden Rechts und durch die Satzungsstrenge in erheblichem Umfang die Entscheidungsbefugnis entzogen. Diese strenge Reglementierung ist dem Erwerber von Aktien auch bewusst und er erwartet sie sogar. Schließlich ist damit auch eine für den Aktionär vorteilhafte Sicherheit verbunden: Durch die Lektüre des Aktienrechts kann er mit einiger Sicherheit sagen, welche Dispositionen mit seinem Vermögen angestellt werden können und welche nicht.

Der Wille des Gesetzgebers, der durch den Maßstab des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters in § 93 Abs. 1 S. 1 AktG auch eine umfassende Legalitätspflicht umfasst, kann also auch als Wille der AG gedacht werden. Die AG selbst hat also die schützenswerte Erwartung, die Organmitglieder werden sich wie ordentliche und gewissenhafte Geschäftsleiter verhalten. Nicht vermögensbezogene Verhaltensnormen lassen sich von dieser zu schützenden Erwartung nicht abkoppeln. Dass „nützliche Pflichtverletzungen“ den Organmitgliedern verboten sind, deckt sich auch mit dem Befund, dass Vorstand und Aufsichtsrat der AG bei ihrer Tätigkeit nicht nur die erwerbswirtschaftlichen Interessen der AG, sondern auch die Interessen der Aktionäre, der Gesellschaftsgläubiger, der Arbeitnehmer und der Allgemeinheit zu berücksichtigen haben (siehe oben Kap. 1 C I 2 b).

Erhebt man den Willen einer natürlichen Person zum für die Pflichtwidrigkeit entscheidenden Kriterium, wie es die weit überwiegende Meinung tut und knüpft an die Missachtung dieses Willens stets die Pflichtwidrigkeit, kann nichts anderes für die AG gelten. Denn es wird kein Argument dafür geliefert, dass die in § 93 Abs. 1 S. 1 AktG enthaltene Vorgabe, alle Gesetze einzuhalten, nicht als Konkretisierung der Dispositionsbefugnis über das fremde Vermögen gedacht werden

kann. So ein Argument lässt sich auch nicht denken: So ist beispielsweise der Betrieb von Anlagen eines Unternehmens, die im Eigentum der das Unternehmen betreibenden AG stehen, unter Verstoß gegen immissionsschutzrechtliche oder andere umweltschützende Vorschriften durchaus als Umgang mit fremdem Vermögen begreifbar. Jeder Einsatz von Ressourcen stellt auch eine Disposition dar. Und diese Ressourcen hat der Treugeber AG in die Hände der Organe gelegt. Das Verbot, gegen das Umweltrecht zu verstoßen, kann also als Anweisung, wie mit dem Vermögen umzugehen ist, begriffen werden. Nichts anderes ist aber die Konkretisierung der Dispositionsbefugnis. Macht also der Vorstand einer AG von seiner Leitungsbefugnis Gebrauch, indem er anordnet, dass Umweltschutzvorschriften beim Betreiben der Anlagen der AG ignoriert werden sollen, begeht er eine Pflichtverletzung⁶⁷⁴ im Sinne der Untreue.

Die Dispositionsfreiheit der AG legt die Organmitglieder im Umgang mit dem Vermögen auf den Maßstab des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters bzw. -überwachers aus §§ 93 Abs. 1 S. 1, 116 S. 1 AktG fest. Die AG kann keinen Willen bilden. Es müssen aber dennoch Erwartungen der AG gegenüber den Organmitgliedern „gesetzt“ werden, da ansonsten die Befugnisse der Organmitglieder im Umgang mit dem Vermögen der AG unklar wären. Der Maßstab des ordentlichen und gewissenhaften Organmitglieds ist eine solche gesetzte Erwartung. In dem Programm, das mit dieser Maßstabsfigur angesprochen ist, finden sich ausdifferenzierte Verhaltenspflichten, deren Gesamtheit eine die verschiedenen für die Aktiengesellschaft maßgeblichen Interessen von Aktionären, Arbeitnehmern, Zulieferern, Organmitglieder und Allgemeinheit zu einem angemessenen Ausgleich bringt.⁶⁷⁵

Dass die Dispositionsbefugnis des Vermögensinhabers entscheidend für die Bewertung als Pflichtverletzung ist, scheint konsensfähig zu sein. Der hier zu entscheidende Streit entzündet sich nicht an der Frage, ob die Dispositionsbefugnis des Treugebers entscheidend ist, sondern daran, ob nicht schutzzweckkonforme, bzw. nicht vermögenbezogene Normen als Ausdruck dieser Dispositionsbefugnis gelten können. Die ganz überwiegende Meinung scheint auf dem Standpunkt zu stehen, nur eine Norm, die mit dem Vermögen verknüpft ist, lasse sich als Anweisung des Treugebers verstehen. Diese These ist also zu verifizieren.

⁶⁷⁴ Ob daraus ein Schaden resultiert, ist eine andere Frage. Der von *Lenckner/Perron* in die Diskussion eingeführte Fall, in dem ein Vermögensbetreuungspflichtiger mit einem Geschäftswagen einen Unfall provoziert, für den der Treugeber als Halter nach § 7 StVG einzustehen hat, ist nicht etwa wegen des mangelnden Fremdvermögensbezugs von § 7 StVG nicht als Untreue einzustufen, sondern weil das Fahren eines Geschäftswagens nicht als Ausübung der die Vermögensbetreuungspflicht begründenden Herrschaftsmacht über das fremde Vermögen begriffen werden kann und es somit an einem hinreichenden funktionalen Zusammenhang zwischen der Vermögensbetreuungspflicht und der Pflichtverletzung fehlt. Siehe den Beispielsfall bei *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 37.

⁶⁷⁵ Vgl. *Murmann*, Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in *Jura*.

bb) Wortsinnargumentation

Gegen ein Wortsinnargument für das Verlangen eines Fremdvermögensbezugs spricht Folgendes: Das Gesetz spricht von einer Pflicht „fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen“ und davon, dass diese verletzt wird. Es spricht vieles dafür, dass mit dieser Wendung gar nicht eine verletzte einzelne Verhaltenspflicht angesprochen ist, sondern das ganze Verhältnis zwischen Treuehmer und Treugeber, das man als Vermögensbetreuungspflicht bezeichnet. Dies wurde bereits angesprochen. Mit der Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht ist keine Aussage darüber getroffen, was im Einzelnen vorgefallen sein muss, damit dieses Verhältnis verletzt ist. Vielmehr ist nur die Aussage enthalten, dass der Treuehmer eine Handlung vorgenommen hat, die dem für ihn geltenden Gesamtprogramm widerspricht. Durch welche Handlung dies geschieht, scheint irrelevant zu sein und eine Erfassung bestimmter Verhaltensweisen durch Tätigkeitsbeschreibungen sollte gerade nicht erfolgen.

Genauso verhält es sich beim Missbrauchstatbestand. „Missbrauch einer Befugnis“ ist keine Tätigkeitsbeschreibung, sondern eine Wertung. Es ergibt sich hieraus nur, dass das Innenverhältnis als Ganzes verletzt worden ist. Bezieht sich der Wortsinn von § 266 StGB somit an keiner einzigen Stelle auf die Verletzung einer einzelnen Verhaltensnorm⁶⁷⁶, lässt sich ihm aber auch keinerlei Aussage über die Art der verletzten Einzelnorm oder die Art und Weise, in der sie verletzt wurde, entnehmen.⁶⁷⁷ Das gilt nicht nur für den Treubruchs-, sondern auch für den Missbrauchstatbestand, da der Tatbestand nichts darüber aussagt, wodurch das Innenverhältnis zwischen Befugnisgeber und Befugnisnehmer im Einzelnen verletzt wurde.⁶⁷⁸

Das Verlangen eines Schutzzweckbezugs basiert auf einem Fehlverständnis der Struktur des Untreuetatbestandes, welches mit der üblichen Prüfungsreihenfolge der Tatbestandsmerkmale zusammenhängt. Denn im Grunde hat das Tatbestandsmerkmal Pflichtverletzung die Funktion, Vermögensminderungen aus dem Untreuetatbestand herauszuhalten⁶⁷⁹ und nicht, solche hineinzubringen. Liegt eine Vermögensminderung vor, die man als tatbestandsmäßigen Erfolg, also als Ver-

⁶⁷⁶Richtig ist, dass, obwohl dem Wortsinn des § 266 StGB der Bezug auf eine einzelne Verhaltensnorm nicht zu entnehmen ist, auf eine solche dennoch primär abzustellen ist. Das Verhältnis zwischen Treugeber und Treuehmer, das nach § 266 StGB als Ganzes verletzt sein muss, ist durch einzelne Verhaltensnormen ausgestaltet. Die allgemeinste denkbare ist etwa die Pflicht aus § 241 Abs. 2 BGB auf die Rechtsgüter des anderen Rücksicht zu nehmen. Die speziellste denkbare ist etwa die explizite Anweisung, ein bestimmtes Rechtsgeschäft nicht durchzuführen, weil es der Treugeber für zu riskant hält oder aus ideellen Gesichtspunkten nicht wünscht.

⁶⁷⁷Siehe *Kubiciel*, NStZ 2005, S. 353 (354): „Wenn aber der Untreuetatbestand schon für den Inhalt der einzuhaltenden Pflicht keine konkreten Anhaltspunkte liefert, kann er sich auch nicht näher zu der Frage verhalten, welche Qualität die Verhaltensweisen haben, die diese Pflicht im strafrechtliche Sinne verletzen.“ Vgl. auch *Sax*, JZ 1977, S. 663 (664 f.).

⁶⁷⁸*Kubiciel*, NStZ 2005, S. 353 (354).

⁶⁷⁹*Schünemann*, NStZ 2006, S. 196 (198).

mögensnachteil, bezeichnen kann, ist die Frage aufzuwerfen, ob diese Vermögensminderung auch pflichtwidrig war, ob also die tatbestandsmäßige Handlung gegeben ist. Pflichtwidrig ist die Vermögensminderung aber nur, wenn das Organmitglied Handlungen vorgenommen hat, die mit dem ihm vom Vermögensinhaber vorgegebenen Programm von Anweisungen nicht zu vereinbaren sind.

Somit ist der Wortsinn von § 266 StGB zumindest irreführend: Dort wird durch die vorrangige Erwähnung der Pflichtverletzung und das Überleiten zum Schaden durch den Ausdruck „dadurch“ der Eindruck erweckt, es handle sich bei Pflichtverletzung und Schaden um zwei Ereignisse im natürlichen Sinne und das Erste verursache das Zweite. Das ist aber nicht der Fall: Vielmehr sind Pflichtverletzung und Schaden nur Begriffe, die ein und dasselbe Verhalten unter verschiedenen Gesichtspunkten bewerten.⁶⁸⁰ Bei der Prüfung des Schadens wird eine Handlung, die als Umgang mit dem fremden Vermögen begriffen werden kann, daraufhin untersucht, welche Konsequenzen sie per Saldo für das fremde Vermögen hat. Bei der Prüfung der Pflichtverletzung wird die Handlung an der in Anweisungen und Verträgen, aber auch in Organsatzungen und dem Gesetz selbst zum Ausdruck gebrachten Erwartung gemessen, die sich an den Treunehmer richtet.

Es ist nun aber keinesfalls ausgemacht, dass dieses Programm von Erwartungen, an denen das Organhandeln zu messen ist, nur aus solchen Sollenssätzen bestehen darf, die dazu bestimmt sind, das Gesellschaftsvermögen zu schützen oder einen objektiven Vermögensbezug haben. Dass alleiniges Schutzgut der Untreue das Vermögen ist, ändert hieran auch nichts. Diese teleologische Beschränkung wird schon durch das Erfordernis eines Vermögensnachteils erbracht. Verhaltensweisen, die keine Angriffe auf das Rechtsgut Vermögen sind, können schon wegen des notwendigen tatbestandsmäßigen Erfolgs nicht Untreue sein.

Vielmehr ist es für den von § 266 StGB bezweckten Vermögensschutz zumindest vom Wortsinn her gleichgültig, ob eine verletzte Verhaltenspflicht das Vermögen der AG schützt.⁶⁸¹ Es genügt jede Handlung, durch die der Täter Bestimmungen des Gesetzes oder interne Anweisungen verletzt und die einen Vermögensnachteil nach sich zieht.

cc) Teleologische Erwägungen

Ein teleologisches Argument lässt sich für eine umfassend untreuebewehrte Legalitätspflicht nicht anführen. Das hat zwei Gründe. Erstens kann man nicht Einzelpflichten, denen es an der Konnexität fehlt, mit dem Argument in den Tatbestand

⁶⁸⁰ Fischer, § 266 Rn. 24 drückt das für den Missbrauchstatbestand folgendermaßen aus: „Missbrauch ist Fehlgebrauch von Rechtsmacht, also keine vom Gebrauch unterscheidbare *Handlungs-Form*, sondern das Ergebnis einer *Bewertung* der konkreten Befugnis-Ausübung im Verhältnis zu der aus dem Innenverhältnis entspringenden Pflicht.“ Vgl. auch Burkhardt, NJW 1973, S. 2190 und Maurach/Schroeder/Mainwald, § 45 Rn. 21.

⁶⁸¹ Saliger, HRRS 2006, S. 10 (22).

einbeziehen, dadurch werde das Vermögen stärker geschützt. Das liegt daran, dass eine stärkere Einschränkung des Spielraums des Trenehmers nicht notwendigerweise einen besseren Vermögensschutz bewirkt. Ohne Freiraum kann der Treuenehmer das Vermögen des Treugebers nicht mehren, weil Gewinn nur unter Einbeziehung von Risiken erwirtschaftet werden kann⁶⁸². Und zweitens müsste ein teleologisches Argument für eine umfassend untreuerebewehrte Legalitätspflicht stets den Makel tragen, zirkelschlüssig zu sein, weil Schutzgut der Untreue das Vermögen als solches ist und eine Begründung für die Einbeziehung einer Handlung als Pflichtverletzung, welche sich primär auf den Vermögensschutz beruft, außer Acht lässt, dass dieses Vermögen durch den Untreuetatbestand nur vor bestimmten Angriffsarten (fragmentarisch) geschützt wird.

Bestimmt man diese Angriffsarten teleologisch, sagt man, das Vermögen müsse vor den Angriffsarten geschützt werden, weil sie für das Vermögen gefährlich sind. Dabei liegt doch auf der Hand, dass ganz sicher nicht alle Angriffe auf das Vermögen durch § 266 StGB erfasst werden dürfen, soll der Untreuetatbestand sich noch angemessen in das Vermögensstrafrecht im weiteren Sinne einfügen und nicht zu einem universellen Vermögensschutztatbestand ausufern. Das spezifische Unrechtsgepräge der Untreue muss so bestimmt werden, dass der Strafgrund, also die Daseinsberechtigung neben Betrug, Diebstahl und Sachbeschädigung hierbei zum Ausdruck kommt und hierfür ist ein teleologisches Argument untauglich, weil es auch für die anderen Tatbestände ins Feld geführt werden könnte. Die teleologische Betrachtung kann hier keine Antwort auf die Frage liefern, welches Verhalten in qualitativer Hinsicht strafwürdig ist.⁶⁸³ Nicht das Rechtsgut, sondern die Angriffsart entscheidet über die Strafwürdigkeit einer mit einer Rechtsgutseinbuße verbundenen Handlung.⁶⁸⁴

Allerdings ist es auch verfehlt, ein teleologisches Argument gegen eine umfassend untreuerebewehrte Legalitätspflicht ins Feld zu führen. Ein solches ist auf den ersten Blick bestechend: Da § 266 StGB das Vermögen schützen soll, kommt als Handlungsunrecht nur der Verstoß gegen eine Norm in Frage, die auch das Vermögen schützen soll, da ansonsten das Schutzgut des Straftatbestands ausgewechselt wird.⁶⁸⁵ Hiermit übersieht man aber, dass Normen, die dem Schutz des Vermögens dienen, letztlich nichts anderes sind als vom Gesetzgeber in Form einer Norm gegossene Erwartungen des Treugebers in Bezug auf den Umgang mit seinem Vermögen und dass grundsätzlich auch die Erwartung des Vermögensinhabers besteht, dass andere Normen, auch solche, die nicht ihm selbst zu dienen bestimmt sind, eingehalten werden.

⁶⁸²BGH NJW 2006, S. 453 (454 ff.) („Kinowelt“). Dies betonend auch *Beulke*, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (247) und *Bosch/Lange*, JZ 2009, S. 225 (226).

⁶⁸³*Kubiciel*, NStZ 2005, S. 353 (357).

⁶⁸⁴Vgl. schon *Jakobs*, Abschn. 2 Rn. 23.

⁶⁸⁵Vgl. schon *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 19a.

Es besteht nicht nur die Erwartung, dass die Normen eingehalten werden, die der Gesetzgeber zum Schutz des Vermögens des Treugebers gesetzt hat, sondern die Erwartung, dass sämtliche Normen eingehalten werden. Dafür spricht zunächst, dass der Schutzzweck von Normen und Normengefügen in diesem Bereich häufig umstritten ist, wie beispielsweise bei Bilanzvorschriften, bei denen unklar ist, ob sie auch das Vermögen des Unternehmens schützen, für das die Bilanz erstellt wird und dass Normen häufig mehrere Schutzzwecke haben.⁶⁸⁶ Dieser Rechtsunsicherheit kann schwerlich dadurch begegnet werden, dass im Zweifel keine Einhaltung der Norm erwartet wird. Vielmehr wird im Zweifel über den Schutzzweck die Einhaltung erwartet. Auf der „sicheren Seite“ ist der Vermögensinhaber, wenn er die Einhaltung sämtlicher Normen verlangt. Dies hat natürlich den Nachteil, dass die Einhaltung von Normen mit Aufwand verbunden ist, und dass durch die Einhaltung gewisse Möglichkeiten, wirtschaftlich sinnvollen bzw. lukrativen Handelns wegfallen. Allerdings wird dieser Nachteil, durch Rechtssicherheit insofern aufgewogen, als der Vermögensinhaber durch einen Überblick über die Gesamtheit der Rechtsnormen eine aussagekräftige Übersicht darüber erhalten kann, mit welchen Arten des Umgangs mit seinem Vermögen er rechnen muss.

Außerdem kann nicht ohne weiteres angenommen werden, dass der Vermögensinhaber einen Umgang mit seinem Vermögen wünscht oder toleriert, der im Widerspruch zur Gesamtrechtsordnung steht, mag ein solcher auch lukrativer sein als ein nur den vermögensschützenden Normen entsprechender Umgang. Die Erwartungen des Treugebers auf eine reine Nutzenmaximierung zu reduzieren, wird der Erwartungswirklichkeit nicht gerecht. Es ist noch nicht einmal mit Sicherheit zu sagen, dass ein solches Ergebnis bei einer rein ökonomischen Analyse erreicht würde: Der Verstoß der Organmitglieder gegen Normen, die nicht dem Vermögensschutz dienen, kann ebenfalls ökonomisch ungünstig sein. Nicht zuletzt kann sich derartiges auf das Image des Unternehmens auswirken, was wiederum zur Schmälerung des Vermögens beitragen kann.

Nicht gefolgt werden kann insbesondere der auf das Schutzgut der Untreue gestützten Ansicht, Zuständigkeitsvorschriften des Aktiengesellschaftsrechts seien irrelevant für die Untreue. So findet sich bei *Schünemann* die Aussage, der Schutzzweck des § 266 StGB würde pervertiert, wenn man die Vorschrift zur Sanktionierung eines Systems der Corporate Compliance einsetzen wollte.⁶⁸⁷ Das gelte auch für den Kodex, dessen Pflichten für § 266 StGB nur insoweit Relevanz erlangen, wie sie den Vermögensschutz bezwecken, nicht aber schon dann, wenn sie im Interesse der allgemeinen Rechtsbefolgung oder der Sicherung der Dispositionsbefugnis bestimmter Organe geschaffen worden sind.⁶⁸⁸ Hierbei wird übersehen,

⁶⁸⁶ *Saliger*, in: SSW, § 266 Rn. 32.

⁶⁸⁷ *Schünemann*, NSTZ 2008, S. 430 (433).

⁶⁸⁸ *Schünemann*, NSTZ 2008, S. 430 (433 f.) mit Bezug auf *Schlösser/Dörfler*, wistra 2007, S. 326. Hierbei bleibt allerdings unberücksichtigt, dass Corporate Compliance zumindest in der der Corporate

dass die Zuständigkeitsvorschriften, die in ihrer Gesamtheit die Verfassung der Aktiengesellschaft ausmachen, durchaus das AG-Vermögen zu schützen geeignet und bestimmt sind.⁶⁸⁹ Das System der verschränkten Organkompetenzen trägt zum Vermögensschutz maßgeblich bei. Dies sieht man zum Beispiel an § 112 AktG, der Eigengeschäfte des Vorstands mit der Gesellschaft verbietet und die Kompetenz dem Aufsichtsrat zuweist, damit die Aktiengesellschaft nicht durch eigennütziges Verhalten des Vorstands geschädigt werden kann. Die Vorschriften über Zuständigkeiten sollen aus der Sicht des Vermögensinhabers Aktiengesellschaft zwingend eingehalten werden. Diese Erwartung muss strafrechtlich abgesichert werden.

Soweit gegen eine umfassend untreuebewehrte Legalitätspflicht vorgebracht wird, diese könne für das Strafrecht nicht relevant sein, weil sogar strafbare Handlungen von Organmitgliedern im Privatbereich als Pflichtverletzungen gegenüber der Gesellschaft angesehen werden könnten⁶⁹⁰, überzeugt das nicht: Das Ergebnis, dass derartige Handlungen zu einer strafrechtlichen Untreue führen können, ist zwar ersichtlich zu vermeiden. Aber dies braucht nicht durch eine Abkopplung des Pflichtverletzungsmerkmals von der Legalitätspflicht auf Primärebene zu geschehen, sondern vielmehr durch restriktive Interpretation der gesellschaftlichen Pflichtenprogramme. Es wurde bereits aufgezeigt, dass nur Handlungen, die in Ausführung der Organaufgaben vorgenommen werden, Pflichtverletzungen im Organverhältnis darstellen können. Insofern schränkt die durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Privatsphäre der Organmitglieder schon den Begriff der gesellschaftsrechtlichen Pflichtverletzung ein, so dass Handlungen im rein privaten Bereich schon gesellschaftsrechtlich nicht pflichtwidrig sind, weil sie keine Verletzungen des Organverhältnisses darstellen.

Die Aussage, dass das alleinige Schutzgut der Untreue das Vermögen des Inhabers ist, kann also keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine Einschränkung des Handlungsunwerts liefern. Somit ist allein durch Berücksichtigung des Telos nicht zu klären, ob eine umfassend untreuebewehrte Legalitätspflicht anzuerkennen ist.

dd) Systematische Erwägungen

Anstatt teleologisch zu argumentieren, muss vielmehr die Stellung der Untreue im System des Vermögensstrafrechts beachtet werden: Der Schutz des Vermögens gegen Angriffe von außen wird durch die §§ 253 und 263 StGB gewährleistet. Beide setzen ebenfalls einen Vermögensschaden voraus. Durch die Begriffe Täuschung und Drohung sind hier Beschreibungen von Verhaltensweisen enthalten,

Governance dienenden Funktion genau wie der Untreuetatbestand den Schutz des Gesellschaftsvermögens bezweckt.

⁶⁸⁹Siehe in Bezug auf Stiftungen *Lassmann*, Stiftungsuntreue (2007), S. 180 ff.

⁶⁹⁰*Schünemann*, NSTZ 2006, S. 196 (198)

die den Vermögensschutz deutlich einschränken: Schädigungen von außen, die nicht im Sinne einer Täuschung oder Drohung die Willensfreiheit beeinträchtigen, werden nicht erfasst. „Pflichtverletzung“ ist aber keine Handlungsbeschreibung in diesem Sinne. Die Beschreibung des Handlungsunrechts ist mit derjenigen in §§ 253 und 263 StGB nicht vergleichbar. Die Kompensation dieses Bestimmtheitsdefizits liegt in der Beschränkung auf Schädigungen „von innen heraus“ durch das Erfordernis der Vermögensbetreuungspflicht, also der Ausgestaltung als echtes Sonderdelikt.

Da solche Schädigungen aber in einer schier unendlichen Zahl verschiedener Handlungen liegen können⁶⁹¹, ist eine kasuistische Erfassung und eine Beschränkung auf bestimmte Arten von Handlungen, die in ihrer Bestimmtheit etwa der Täuschung oder der Drohung entsprechen (denkbar wäre z. B. „falsche Buchführung“ oder „Anlegen einer schwarzen Kasse“), nicht möglich. Vielmehr genügt schlicht eine Pflichtverletzung. In Bezug auf die ultima-ratio-Funktion des Strafrechts ist nun aber die Schutzlosigkeit des Vermögensinhabers stets in einem mit § 263 und § 253 StGB vergleichbaren Umfang vorhanden, wenn der Treunehmer in einer Weise mit dem Vermögen umgeht, die ihm nach dem internen Erwartungsprogramm untersagt ist. Der Treugeber kann nichts anderes tun, als seine Erwartungen zum Ausdruck zu bringen und darauf zu vertrauen, dass sie nicht verletzt werden. Er ist insofern nicht weniger schutzwürdig, als der auf die Wahrheit von Tatsachenbehauptungen Vertrauende oder derjenige, der nicht anders kann, als sein Vermögen herzugeben, weil er durch Drohung gezwungen wird. Nun aber zu verlangen, dass nur Verletzungen solcher Normen zur Untreuestrafbarkeit führen, die dem Vermögensschutz dienen sollen, stellt eine unangemessene Schlechterstellung des Untreueopfers dar.

Vergleicht man § 266 StGB mit der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit, scheint man ein Argument für das Verlangen eines Schutzzweckbezugs zu finden. Denn ein solcher wird dort auch verlangt. Aber dies auf § 266 StGB zu übertragen, vernachlässigt einen grundlegenden strukturellen Unterschied zwischen den Normen. Die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit ist für das Verhältnis zwischen zwei Personen gedacht, die zueinander in keinerlei Sonderbeziehung stehen. Die einzige Verpflichtung besteht darin, Schädigungen des anderen zu unterlassen. Allerdings ist der potenzielle Schädiger mit einer schier unendlichen Anzahl von Rechtsnormen konfrontiert, deren Verletzung potenziell als objektive Sorgfaltspflichtverletzung gewertet werden kann. Diese Rechtsnormen werden an ihn herangetragen, ohne dass er hierauf Einfluss hat. Das Kriterium des Schutzzweckzusammenhangs ist nun lediglich eine besondere Ausprägung des allgemeinen Grundsatzes, dass das Strafrecht dem Rechtsgüterschutz dienen soll. Verstößt der Täter gegen eine Rechtsnorm, die nichts mit dem eingetretenen Erfolg zu tun hat, kann die Rechtsnormverletzung nicht als Angriff auf das Rechtsgut verstanden werden und ist somit

⁶⁹¹Kubiciel, NStZ 2005, S. 353 (354).

irrelevant. Das Berücksichtigen einer nicht schutzzweckkonnenen, dem Täter auferlegten Verhaltensnorm wäre ein Übermaß.

Bei § 266 StGB besteht hingegen eine Sonderbeziehung zwischen Täter und Opfer, in den hier interessierenden Fällen also zwischen Vorstand und AG bzw. zwischen Aufsichtsrat und AG. Auch hier sieht sich der potenzielle Täter mit einer schier unendlichen Zahl von Rechtsnormen konfrontiert, wenn man richtigerweise in § 93 Abs. 1 S. 1 AktG eine umfassende Legalitätspflicht verankert sieht. Doch in diesem Verhältnis werden die Normen nicht von außen an den Täter herangetragen, ohne dass er hierauf Einfluss hat. Vielmehr begibt er sich in eine Position, von deren Inhabern in jeder Hinsicht rechtstreu es Wahrnehmen der mit der Position verbundenen Aufgaben verlangt wird. Und er begibt sich freiwillig in diese Position.

Dass das Erfordernis des Schutzzweckzusammenhangs sich auf die Aufgabe des Strafrechts zurückführen lässt, nur Rechtsgüter zu schützen, hat bei der Untreue seine Unanwendbarkeit zur Folge. Denn der zu schützende Ausschnitt des Vermögens lässt sich bei der Untreue nicht ohne Berücksichtigung der Dispositionsbefugnis bestimmen. Der Vermögensinhaber zeichnet diesen Ausschnitt durch die Anweisungen, wie mit dem Vermögen umzugehen ist, vor. Er erledigt somit einen wesentlichen Teil des Rechtsgüterschutzes selbst, indem er selbst entscheidet, was unerlaubt riskant ist und was nicht. Der Untreuetatbestand muss diesen Selbstschutz nur noch flankieren, indem er bei schadensstiftenden Zuwiderhandlungen gegen die vom Vermögensinhaber getroffenen Entscheidungen Platz greift. Dies ist bei der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit anders: Dem Einzelnen ist weitgehend die Entscheidungsfreiheit darüber entzogen, welche mit seinen Rechtsgütern in Berührung geratenden Verhaltensweisen im „allgemeinen Verkehr“ erlaubt oder unerlaubt riskant sind, da keine funktionierende Rechtsordnung zustande käme, wenn jeder hierüber selbst bestimmt. Daher gelten für alle dieselben Verhaltensregeln. Bei der Untreue hat der Treugeber jedoch die Befugnis, die unerlaubten Verhaltensweisen selbst zu bestimmen. Wegen dieses Unterschieds kann das Kriterium des Schutzzweckzusammenhangs bei der Untreue nicht gelten.

Die Entscheidung des Gesetzgebers, der Dispositionsbefugnis des Vermögensinhabers einen flankierenden Schutz zur Seite zu stellen, wird durch das Erfordernis des Schutzzweckzusammenhangs unterlaufen. Denn diese Dispositionsfreiheit umfasst die volle Entscheidungsmacht darüber, welche Dispositionen mit dem Vermögen vorgenommen werden sollen. Auch die Frage, welche Normen eingehalten werden sollen, ist hiervon umfasst. Wie man zum Beispiel am Bereich „Islamic Finance“⁶⁹² sieht, können sogar religiöse Gebote eine Rolle dafür spielen, welcher Umgang mit dem Vermögen erlaubt ist. Im Interesse von Rechtssicherheit, Verlässlichkeit und Berechenbarkeit der Entscheidungen von Organmitgliedern hat sich die Erwartung herausgebildet, sämtliche Rechtsnormen sollen einge-

⁶⁹²Siehe dazu etwa *Mahlknecht*, Islamic Finance, Berlin 2008.

halten werden.⁶⁹³ Es soll gerade nicht bei jeder Rechtsnormverletzung gefragt werden müssen, ob die Norm schutzzweckkonnex war.

ee) Fazit: Umfassend untreuebewehrte Legalitätspflicht

Nach alledem steht fest, dass es der Einschränkung des Pflichtenkreises durch das Herausfiltern (in subjektiver oder objektiver Hinsicht) nicht vermögensbezogener Normen nicht bedarf. Sie verkürzt unnötigerweise den Vermögensschutz, ist nicht im Wortsinn des § 266 StGB angelegt und überspielt die Wertung der Primärrechtsordnung des Aktiengesellschaftsrechts, dass Organmitglieder sich rechtstreu zu verhalten haben. Somit kann man von einer umfassend untreuebewehrten Legalitätspflicht sprechen. In diesem vollständigen Gleichlauf von zivilrechtlichem und strafrechtlichem Pflichtverletzungsbegriff kommt nicht eine Unterordnung des Strafrechts unter das Zivilrecht zum Ausdruck, sondern lediglich die dem Schutz des Vermögens dienende Unterordnung des Trenehmers unter den Willen des Treugebers.

4. Auslösen von Schadensersatzansprüchen und Sanktionen gegen die AG im Besonderen

Vor diesem Hintergrund ist nun die Frage zu beantworten, ob das Auslösen von Schadensersatzansprüchen und Sanktionen wie beispielsweise nach § 30 OWiG durch die Organmitglieder zu Lasten der AG eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue darstellt. Die Relevanz für die hier zu untersuchenden Fragen besteht darin, dass sich derartige Haftungsfolgen (zumindest nach einigen Stimmen im Schrifttum und wohl auch nach der bisherigen Rechtsprechung zum Kodex) aus der Verletzung der in § 161 AktG niedergelegten Erklärungspflicht ergeben können. Ein Untreueverdacht kann durchaus aufkommen, wenn es möglich erscheint, dass dieses Auslösen durch ein Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied vorsätzlich geschehen ist. Derartige haftungsauslösende Handlungen als Anknüpfungspunkt für eine Pflichtverletzung i.S.v. § 266 StGB zu betrachten, ist auch nahe liegend, weil es zu einer Vermögenminderung kommen kann und der entsprechende Schadensersatzanspruch bzw. die Sanktionierbarkeit eine Normverletzung voraussetzt.

Häufig zitiert wird in diesem Zusammenhang die Kommentierung von *Perron* der zufolge eine Treupflichtverletzung z.B. darin liegen kann, dass der Täter „bei der Wahrnehmung seiner besonderen, die Täterqualität begründenden Aufgaben dem Schutz Dritter dienende Normen verletzt und dadurch den zu Betreuenden

⁶⁹³Mit den Worten *Kubiczels*, NStZ 2005, S. 353 (360): „Ausgehend von dem Kooperationsverhältnis von § 266 StGB und den außerstrafrechtlichen Pflichten zum Schutz des Vermögens lässt sich eine Vorschrift wie § 93 Abs. 1 AktG als normative Simulation dessen verstehen, was der Vermögensinhaber in der konkreten Situation als Ausübung seiner eigenen Freiheit toleriert hätte.“ Allerdings wird an dem Zusatz „zum Schutz des Vermögens“ erkennbar, dass *Kubicziel* hieraus nicht den Schluss zieht, auch allein öffentlichen Interessen dienende Normen seien für § 266 StGB relevant.

Schadensersatzansprüchen aussetzt.⁶⁹⁴ Als Beispiel wird die Haftung der Gesellschaft nach §§ 31, 278 und 831 BGB genannt. Diese Ansicht kann dahingehend interpretiert werden, dass es für bestimmte Vermögensbetreuer eine allgemeine Pflicht gibt, keine Schadensersatzansprüche gegen die Gesellschaft auszulösen, also als besonderer Fall des zuvor erörterten „allgemeinen Schädigungsverbots“.

Ob das Auslösen von Sanktionen und Schadensersatzansprüchen gegen die Gesellschaft durch einen Vermögensbetreuungspflichtigen als Pflichtverletzung iSd § 266 StGB angesehen werden kann, ist allerdings umstritten. In der Vergangenheit ist diese Fragestellung z.B. im Zusammenhang mit Verstößen gegen das Parteiengesetz aufgetaucht: So wurde in Erwägung gezogen, ob *Helmut Kohl* eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue begangen hat, indem er den Landesverband der CDU Sanktionen nach dem Parteiengesetz ausgesetzt hat. Anlässlich des Falles *Kirch/Deutsche Bank* hat sich die Frage gestellt, ob der Vorstandssprecher der Deutsche Bank AG *Breuer* eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue begangen hat, indem er die AG durch Äußerungen, die einen Dritten schädigten, wegen § 31 BGB einem Schadensersatzanspruch des Dritten ausgesetzt hat.⁶⁹⁵

Stets geht es hierbei um die Frage, ob eine Pflichtverletzung bejaht werden kann, obwohl die primär verletzte Norm nicht dazu bestimmt ist, das Vermögen der AG zu schützen. Autoren, die nur einen objektiven Vermögensbezug der verletzten Pflicht verlangen, bejahen dies mit dem Argument, durch die Sanktionierbarkeit erlange die Verhaltensnorm einen ausreichenden Bezug zum Vermögen des Treugebers. Andere stützen die Bejahung einer Pflichtverletzung auf das allgemeine Schädigungsverbot. Autoren, die meinen, die verletzte Verhaltenspflicht müsse dazu bestimmt sein, das Vermögen des Treugebers zu schützen, verneinen zumeist eine Pflichtverletzung.

Des Rückgriffs auf ein Schädigungsverbot bedarf es allerdings nicht, wenn man richtigerweise mit der hier vertretenen Auffassung auf einen Zusammenhang der verletzten Einzelnorm mit dem Vermögen der AG vollständig verzichtet: Der Verstoß gegen die nicht schutzzweckkonexe Einzelnorm löst dann nicht nur die Haftung der Gesellschaft gegenüber Dritten bzw. die Pflicht zur Zahlung von Geldbußen aus, sondern eröffnet gleichzeitig den Weg zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit wegen Untreue, die dann allerdings vom Vorliegen eines Vermögensnachteils im Sinne von § 266 StGB abhängt. Der Weg zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit wegen Untreue ist nach diesem Verständnis deshalb eröffnet, weil der Verstoß gegen eine einen Dritten schützende oder sanktionierte Verhaltensnorm zugleich ein Verstoß gegen die Legalitätspflicht der Organmitglieder und somit gegen das Programm des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters ist.

⁶⁹⁴ Perron, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 37.

⁶⁹⁵ BGH Urteil vom 24. 1. 2006 – XI ZR 384/03=ZIP 2006, S. 317 ff. Es war z. B. von *Tiedemann* angemerkt worden, solche Äußerungen, die zur Schadensersatzpflicht der eigenen Gesellschaft führen, könnten eine Untreue zu Lasten der Gesellschaft darstellen.

In aller Deutlichkeit: Die umfassende Legalität seines Handelns schuldet ein Organmitglied auch der AG. Nimmt es eine Handlung vor, die sich als Ausübung der Vermögensbetreuungspflicht begreifen lässt (funktionaler Zusammenhang), und die gegen irgendeine Rechtsnorm verstößt und entsteht dabei ein Vermögensnachteil, der bei rechtmäßigem Alternativverhalten mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfallen wäre, ist der objektive Tatbestand der Untreue erfüllt.

Die ablehnenden Ansichten stützen sich in erster Linie auf das Fehlen der Verletzung einer den Schutz des Gesellschaftsvermögens bezweckenden Norm. Die vom Täter missachtete Verhaltensnorm müsse gerade darauf angelegt sein, Schäden am Vermögen des Treugebers zu verhindern. Zur Verdeutlichung dient der Fall eines Geschäftsführers einer ein Reisebusunternehmen betreibenden GmbH, der wissentlich duldet, dass vorgeschriebene Lenkzeiten überschritten werden⁶⁹⁶: Hierin liegt eine Ordnungswidrigkeit, die zur Sanktionierung der GmbH nach § 30 OWiG führen kann. Es wird nun bezweifelt, dass hierin eine Untreue liegen soll. Unter anderem wird auf die Gefahr hingewiesen, bei einer Erfassung durch § 266 StGB könne die Untreue durch § 30 OWiG zu einem Universaldelikt werden.⁶⁹⁷ Um dies zu verhindern, müsse man die Verletzung von Pflichten, die nicht dem Vermögen des Treuehmers dienen, aus § 266 StGB heraushalten.

Hieran ist richtig, dass es nicht sachgerecht ist, dass in jedem Fall von § 30 OWiG und bedingtem Schädigungsvorsatz eine Untreue liegt. Allerdings ist das Herausfiltern der nicht strafwürdigen Fälle durch das Verneinen der Pflichtwidrigkeit nicht der richtige Ansatz. Vielmehr handelt es sich um Fälle eines nicht vorhandenen Vermögensnachteils. Denn das bloße Erfüllen des Tatbestandes des § 30 OWiG kann nicht bereits als Vermögensschaden aufgefasst werden. Es müssen noch zu viele Zwischenschritte erfolgen, bis es zur Minderung des Gesellschaftsvermögens kommt. Die entsprechende Behörde muss von dem Vorfall erfahren. Außerdem gilt das Opportunitätsprinzip, so dass sie ihr Ermessen ausüben muss. Um die bloße Möglichkeit von Entdeckung und Ahndung selbst als Risiko, das als Schaden bezeichnet werden kann, anzusehen, sind diese Möglichkeiten einfach zu diffus und unbewertbar. Wird aber tatsächlich ein Bußgeld verhängt, ist nicht einzusehen, warum hierin keine Untreue liegen soll.

Es wird letztlich kein Argument dafür vorgebracht, warum man das Dulden von Lenkzeitüberschreitungen oder den Verstoß gegen das Parteiengesetz nicht als Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht soll begreifen können. So ein Grund ist auch nicht zu erkennen. Das Bestimmen von Lenkzeiten und das Aufdecken bzw. Verschleiern von erhaltenen Parteispenden durch die hierfür Verantwortlichen kann nur als Umgang mit dem Vermögen des Geschäftsherrn, also der GmbH bzw. der Partei verstanden werden. Die Vermögensrelevanz ist unmit-

⁶⁹⁶Seier, in: Achenbach/Ransiek, Kap. V Abschnitt 2 Rn. 189.

⁶⁹⁷Seier, in: Achenbach/Ransiek, Kap. V Abschnitt 2 Rn. 189.

telbar einsichtig: Die Einhaltung der Lenkzeiten ist ja nicht bloß wegen des Ordnungswidrigkeitenrechts vermögensrelevant. Vielmehr ist auch für die Sicherheit der Transporte und die Unversehrtheit von Personal und Fuhrpark entscheidend, wie lange pro Tag ununterbrochen gefahren wird. Auch die parteiinterne Verwaltung von Parteispenden, die Buchführung hierüber und das Anlegen von gespendeten Geldern ist eine vermögensrelevante Tätigkeit: Allein für das „Auffinden“ solcher Gelder dürfte es regelmäßig entscheidend sein, ob das Anlegen und Verbuchen in einer transparenten, nachvollziehbaren Weise erfolgt.

Gegen das Argument, durch das Zusammenspiel von § 30 OWiG und § 266 StGB könne die Untreue zu einem alles überlagernden Universaldelikt werden, lässt sich außerdem vorbringen, dass das durch die Ordnungswidrigkeit geahndete Unrecht nicht das Unrecht des Untreuetäters, den Vermögensinhaber vorsätzlich zu schädigen, umfasst, so dass die Erfassung vom Untreuetatbestand geleistet werden muss.⁶⁹⁸ Wenn es sich um Umgang mit fremdem Vermögen handelt und hierbei Normverletzungen begangen werden, die zu Schadensersatzansprüchen Dritter oder Sanktionen führen, gibt es keinen Grund, eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue zu verneinen. Vielmehr besteht die schützenswerte Erwartung des Vermögensinhabers, der Vermögensverwalter werde sich umfassend rechts-treu verhalten, wenn er mit dem Vermögen „hantiert“.

Für die Subsumtion der Auslösung von Schadensersatzansprüchen und Sanktionen unter das Merkmal Pflichtverletzung wird vorgebracht, es bestehe bei Normen, die zwar nicht das Vermögen des Treugebers schützen sollen, aber durch Schadensersatz- bzw. Sanktionsnormen flankiert sind, eine hinreichende Verbindung mit dem Vermögen des Treugebers und an diese dürfe das Vermögensstrafrecht anknüpfen.⁶⁹⁹ Man kann es auch so ausdrücken, dass alle Pflichten, „die finanziell sanktionsbewehrt sind, auch vermögensschützende Funktion haben und daher untreuetauglich sind“.⁷⁰⁰ Dies ist nach der hier vertretenen Auffassung aber gar nicht nötig. Die Schadensersatzansprüche und Sanktionen sind Reflexe. Die für das Verhältnis von Treugeber und Treunehmer geltenden Normen sind nicht nur darauf gerichtet, solche Reflexe zu vermeiden; die Legalitätspflicht im Innenverhältnis gilt vielmehr absolut.

Es kann also festgehalten werden, dass es nach der hier vertretenen Auffassung, die eine umfassend untreuebewehrte Legalitätspflicht der Organmitglieder bejaht und das Erfordernis Vermögensschutzzweckbezug ablehnt, keines besonderen Begründungsaufwandes bedarf, um das Auslösen von Schadensersatzansprüchen und Sanktionen gegen die AG als Pflichtverletzung im Sinne der Untreue zu bewerten. Allein wegen der schon auf Primärebene vorhandenen Legalitätspflicht, ist es den Organmitgliedern untersagt, gegen Normen zu verstoßen, die

⁶⁹⁸ *Schwind*, NSStZ 2001, S. 349 (352 f.).

⁶⁹⁹ *Saliger*, Parteiengesetz (2003), S. 51.

⁷⁰⁰ So *Saliger*, Parteiengesetz (2003) S. 51, 209 ff. in Bezug auf Pflichten nach dem Parteiengesetz.

dem Schutz Dritter dienen. Das Auslösen von Schadensersatzansprüchen und Sanktionen ist also stets pflichtwidrig im Sinne der Untreue.

5. Irrelevanz von Gläubigerschutzvorschriften?

Nichts anderes kann nach der hier vertretenen Auffassung für den Verstoß gegen lediglich Gläubiger schützende Vorschriften wie z.B. §§ 57 und 93 Abs. 3 AktG gelten. Genau wie im Bereich der GmbH ist im Bereich der Aktiengesellschaft umstritten, ob die Verletzung solcher Vorschriften untreuerelevant ist. Denn es wird in beiderlei Hinsicht die Gefahr gesehen, die Untreue werde durch eine Anknüpfung des Pflichtverletzungsvorwurfs an solche Vorschriften zum Gläubigerschutzdelikt umgemünzt. Es wird argumentiert, die Gesellschaft habe gegenüber den Gesellschaftern keinen Anspruch auf Fortbestehen, weswegen ein Entzug von Kapital bei Einverständnis der Gesellschafter nicht als Pflichtverletzung gegenüber der Gesellschaft angesehen werden könne.⁷⁰¹ Vorgebracht wird insbesondere, die Gesellschafter seien ja schließlich auch in der Lage, die Gesellschaft jederzeit durch Liquidation oder die Veranlassung eines Insolvenzverfahrens aufzulösen.⁷⁰² Die Gegenauffassung verweist darauf, dass sie zu einem Gleichlauf von Zivilrecht und Strafrecht und somit zu einer erhöhten Rechtssicherheit und Praktikabilität führt.⁷⁰³ Ob eine solche Anknüpfung im Bereich der GmbH vorgenommen werden darf⁷⁰⁴, kann hier nicht abschließend beurteilt werden.

Für die Aktiengesellschaft ist das Ergebnis jedoch durch die umfassend untreubewehrte Legalitätspflicht vorgezeichnet. Argumentiert wird (wie bei der Existenzvernichtungshaftung bei der GmbH), dass nur die §§ 283 ff. StGB den Gläubigerschutz zu gewährleisten hätten, während § 266 StGB nur das Vermögen schützen dürfe, so dass eine „Existenzvernichtungsuntreue“ ausscheiden müsse.⁷⁰⁵ Dies ist allerdings nicht überzeugend. Die Einhaltung von Gläubigerschutzvorschriften gehört zunächst unzweifelhaft zur internen Pflichtenbindung der Organmitglieder als Teil der aus § 93 Abs. 1 S. 1 AktG resultierenden Legalitätspflicht. Somit ist die Verletzung solcher Vorschriften zunächst pflichtwidrig. Es ist nur fraglich, wie sich bei der Untreue das Einverständnis des Vermögensinhabers auswirkt. Da für das Pflichtverletzungsmerkmal die Dispositionsbefugnis entscheidend ist, liegt es nahe, dass durch ein Einverständnis die Pflichtwidrigkeit

⁷⁰¹ *Beulke*, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (258).

⁷⁰² *Beulke*, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (258).

⁷⁰³ Dies gibt auch *Beulke*, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (257) zu, der allerdings die Gegenauffassung vertritt.

⁷⁰⁴ Dafür: BGHSt 35, 333; BGHSt 49, 147 (148) („Bremer Vulkan“); *Dierlamm*, in: MüKo-StGB, § 266 Rn. 136 ff.; *Kindhäuser*, in: NK-StGB, § 266 Rn. 71; *Kühl*, § 266 Rn. 20a; *Maurach/Schroeder/Mainwald*, BT 1, § 45 Rn. 43; *Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 125. Dagegen: *Beulke*, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (257); *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 21b; *Perron*, GA 2009, S. 219 (225); *Samson/Günther*, in: SK-StGB, § 266 Rn. 48; *Seier*, in: Achenbach/Ransiek, Kap. V Abschn. 2 Rn. 292 f.

⁷⁰⁵ *Beulke*, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (257).

ausgeschlossen wird. Es ist auch zutreffend, dass bei der Untreue die Regeln des tatbestandsausschließenden Einverständnis zum Tragen kommen und nicht die der Einwilligung.⁷⁰⁶

Aber den Aktionären der AG fehlt die Dispositionsbefugnis über das Vermögen derselben.⁷⁰⁷ Man kann es auch so ausdrücken, dass ein natürliches Einverständnis nicht ausreicht, dass dem Einverständnis vielmehr normative Bedeutung zukommt.⁷⁰⁸ In der Rechtsprechung wird insbesondere ein Einverständnis von GmbH-Gesellschaftern, das gegen die Kapitalerhaltungspflicht nach § 30 GmbHG verstößt, als unwirksam angesehen.⁷⁰⁹ Auch im „Fall Bremer Vulkan“ nahm der 5. Strafsenat an, dass zu in die Existenz einer AG gefährdende Handlungen kein wirksames Einverständnis erteilt werden kann.⁷¹⁰ Das Gleiche stellte der ebenfalls mit dem Schicksal der Bremer Vulkan AG befasste 2. Zivilsenat fest.⁷¹¹ Eine Strafbarkeit wegen Untreue an derartige Handlungen zu knüpfen, trägt der Tatsache Rechnung, dass, sobald die Rechtsform einer AG oder GmbH gewählt wird, in der die persönliche Haftung der Gesellschafter ausgeschlossen ist, für das Funktionieren solcher Rechtsformen Freiheitseinbußen der Gesellschafter nötig sind. Es ist nicht etwa so, dass außer den Gesellschafterinteressen keine Interessen zu berücksichtigen sind. Wie sich am Beispiel der AG zeigt spielen die Interessen von Arbeitnehmern, Organmitgliedern und der Allgemeinheit ebenfalls eine Rolle. Der Verweis auf die Möglichkeit, die Gesellschaft aufzulösen, ändert hieran auch nichts. Denn dies müssen die Gesellschafter dann auch veranlassen, wenn sie wieder frei über ihr Vermögen disponieren wollen. Solange das Vermögen der AG zugeordnet ist, sind also auch Verstöße gegen Gläubigerschutzvorschriften Pflichtverletzungen im Sinne der Untreue.

6. Irrelevanz von Formalpflichten?

Auch der Verstoß gegen sog. Formalpflichten ist entgegen stellenweise geäußerter Ansicht stets eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue. Gemeint sind Pflichten, die in erster Linie die Verfahrensweise bei einer wirtschaftlichen Entscheidung betreffen und nicht den materiellen Inhalt derselben.⁷¹² Hierunter fallen auch Zu-

⁷⁰⁶ *Beulke*, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (256); *Dierlamm*, in: MüKo-StGB, § 266 Rn. 129; *Fischer*, 266 Rn. 90; *Hellmann*, ZIS 2007, S. 433 (435 ff.); *Kindhäuser*, in: NK-StGB, § 266 Rn. 66; *Kühl*, § 266 n. 20; *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 21; *Murmann*, Untreue und Risikogeschäfte; demnächst in Jura; *Rengier* BT I, § 18 Rn. 20c; *Schilba*, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 292; *Schiinemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 100; *Seier*, in: Achenbach/Ransiek, Kap. V Abschn. 2 Rn. 89; *Wessels/Hillenkamp*, Rn. 758.

⁷⁰⁷ *Brammsen*, wistra 2009, S. 85 (91); *Fischer*, § 266 Rn. 102; hierzu auch *Zech*, Untreue durch Aufsichtsratsmitglieder (2006), S. 100 ff.

⁷⁰⁸ *Beulke*, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (256).

⁷⁰⁹ BGHSt 35, 333 (337).

⁷¹⁰ BGHSt 49, 147 (157 ff.).

⁷¹¹ BGHZ 149, 10 (17 f.).

⁷¹² Siehe die Differenzierung allgemein bei *Brammsen*, wistra 2009, S. 85 (89) und *Kubicziel*, NSZ 2005, S. 353 (356 f.) und speziell in Bezug auf Vergütungsentscheidungen in der Aktiengesellschaft bei

stimmungserfordernisse und die Pflicht zur Beachtung der Normen über die Beschlussfähigkeit von Gesellschaftsorganen, also die Erfordernisse der internen Pflichtenbindung. Problematisch ist hierbei unter anderem, dass von der Gegenmeinung, die solche Formalverstöße nicht für § 266 StGB ausreichen lassen will, teilweise die Business-Judgement-Rule ebenfalls als eine solche formale Vorschrift angesehen wird.⁷¹³ Jedenfalls wollen viele Autoren das Anknüpfen eines Pflichtverletzungsurteils an die Missachtung formaler Pflichten nicht zulassen.⁷¹⁴

Ob diese Wertung richtig ist, hat hohe Relevanz für die hier zu untersuchenden Fragen. Denn der Kodex enthält zu einem großen Teil Formalanforderungen, deren normative Ausstrahlungskraft auf die Verhaltensnormenebene hier geprüft werden soll (siehe unten Kap. 3 A). Sind formale Pflichten aber ohnehin irrelevant, braucht eine Normkonkretisierung gar nicht erst geprüft zu werden.

Nicht zuletzt durch die bereits angesprochene Rechtsprechung des BGH zur Kredituntreue⁷¹⁵ und zur Spendenuntreue⁷¹⁶ sind die sog. Formalpflichten zum Streitpunkt der Untreuedogmatik geworden. Der BGH hat eine Pflichtverletzung bei der Kreditvergabe für den Fall abgelehnt, dass die Abwägung der Risiken sorgfältig getroffen wurde, auch wenn der Kredit später notleidend wird. Das Vorliegen einer sorgfältigen Abwägung in diesem Sinne ergebe sich aus Anhaltspunkten wie etwa der Einhaltung von Informationspflichten, dem Verbleiben im eigenen Kompetenzbereich und dem Einhalten von Kredithöchstgrenzen. Für Sponsoringfälle wurde ebenfalls teilweise auf formale Kriterien wie Zuständigkeit und Transparenz der Entscheidung abgestellt. Hieraus ist teilweise (zutreffender Weise⁷¹⁷) gefolgert worden, den Entscheidungsträgern stünden weitgehende Ermessensspielräume zu, wenn sie die Verfahrensregeln einhalten⁷¹⁸ und dies käme

Rönnau/Hohn, NStZ 2004, S. 113 (114 ff.). Vgl. auch Dittrich, Vorstandsvergütungen (2005-2006), S. 193.

⁷¹³Brammsen, wistra 2009, S. 85 (90). Was im Einzelnen eine materielle und was eine bloß formale Pflicht sein soll, wird im Schrifttum wiederum nicht einheitlich beantwortet. So sollen z.B. nach Ansicht von Brammsen die Pflicht aus § 82 Abs. 2 AktG, Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis im Innenverhältnis zu respektieren, also alle Maßnahmen zu unterlassen, die über die insofern eingeschränkte Befugnis hinausgehen, die Pflicht zur Einholung eines Hauptversammlungsbeschlusses bei sog. Grundlagengeschäften im Sinne der „Gelatine-Rechtsprechung“ des BGH, also die Pflicht, derartige Maßnahmen ohne Zustimmung der Hauptversammlung zu unterlassen, und die Pflicht zur Erhaltung des Grundkapitals nach § 57 AktG materielle Pflichten sein. Siehe Brammsen, wistra 2009, S. 85 (90). Größtenteils wird, wie z.B. von Rönnau/Hohn, NStZ 2004, S. 113 (115) auch die Pflicht zur Wahrung der Angemessenheit von Vorstandsbezügen nach § 87 AktG hierzu gezählt. Auf die Meinungsunterschiede kann hier aber nicht weiter eingegangen werden.

⁷¹⁴So beispielsweise Brammsen, wistra 1009, S. 85 (90) und Rönnau/Hohn, NStZ 2004, S. 113 (115 ff.). Ähnlich Bosch/Lange, JZ 2009, S. 225 (227).

⁷¹⁵Vgl. BGHSt 46, 30 (32).

⁷¹⁶Vgl. BGHSt 47, 187 (197) („SSV-Reutlingen“).

⁷¹⁷Da das Einhalten von Formalia zur Legalitätspflicht gehört, deren Einhaltung den Weg zur Privilegierung durch die Business-Judgement-Rule öffnet, ist in der Tat das Einhalten solcher Spielregeln entscheidend für die Straffreiheit (Siehe oben C I 3 b aa).

⁷¹⁸Ransiek, ZStW 116 (2004), S. 634 (674 f.). Vgl. auch Brammsen, wistra 2009, S. 85 (89).

einer weitgehenden Ausblendung der inhaltlichen Richtigkeit von unternehmerischen Entscheidungen und einem Vertrauen auf das „Richtigkeitsversprechen“ von Verfahren gleich.

Nicht von der Hand zu weisen ist, dass eine solche Verlagerung auf formale Kriterien zur Bestimmtheit des Untreuetatbestandes beiträgt, da es leichter ist, trennscharfe formale Kriterien aufzustellen und zu überprüfen als zu versuchen, tatbestandlich zu erfassen, was eine materiell richtige Entscheidung ist. Außerdem dürfte es bereits schwierig sein, formale von materiellen Anforderungen abzugrenzen.

Für die Ausscheidung von Formalpflichten aus dem Untreuetatbestand wird vorgebracht, dass diese das Vermögen nicht unmittelbar schützen, da ihre Einhaltung allein keinen Vermögensschutz bewirken könne: Soweit sich die Entscheidungsträger nicht von den materiell richtigen Vorgaben leiten ließen, führe auch die Einhaltung der Formalerfordernisse letztlich nicht zu einer das Vermögen erhaltenden Entscheidung.⁷¹⁹ Die Vertreter dieser Ansicht führen z.B. in Bezug auf das Mannesmann-Verfahren an, dass das Vermögen der Gesellschaft auch nicht vor der Verschwendung für nachträgliche Anerkennungsprämien geschützt worden wäre, wenn die nach § 108 Abs. 2 S. 3 AktG zur Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats erforderliche Anzahl an Mitgliedern an der Entscheidung mitgewirkt hätte.⁷²⁰ Von dieser Meinungsgruppe wird durchaus eingeräumt, dass Formalpflichten geeignet sind, zum Vermögensschutz beizutragen, aber dieser Schutz bestehe nur mittelbar, denn der eigentlich pflichtwidrige und selbst unmittelbar zur Vermögensschädigung führende Akt, sei die wirtschaftliche Entscheidung selbst.⁷²¹ Entscheidend seien somit nur Pflichten, die den Inhalt eines Beschlusses unter dem Gesichtspunkt der Wahrung oder Mehrung des Gesellschaftsvermögens festlegen.⁷²²

Bei näherer Betrachtung dieser Argumente wird deutlich, dass es sich der Sache nach um ein Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs handelt. Grundsätzlich wird eine objektive Zurechnung nur bejaht, wenn der Erfolgseintritt bei pflichtgemäßem Verhalten ausgeblieben wäre, da ein strafrechtlicher Vorwurf unbillig wäre, wenn auch korrektes Verhalten den Erfolg nicht verhindert hätte.⁷²³ Nach der herrschenden sog. Vermeidbarkeitstheorie ist eine Bestrafung bereits ausgeschlossen, wenn nach den tatsächlichen Feststellungen im konkreten Einzelfall nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Erfolg auch ohne die Pflichtverletzung eingetreten wäre.⁷²⁴ Bezogen auf die umfassend untreuebewehrte Legali-

⁷¹⁹So *Brammsen*, *wistra* 2009, S. 85 (90) und *Rönnau/Hohn*, *NStZ* 2004, S. 113 (115).

⁷²⁰*Rönnau/Hohn*, *NStZ* 2004, S. 113 (115).

⁷²¹*Brammsen*, *wistra* 2009, S. 85 (90); *Rönnau/Hohn*, *NStZ* 2004, S. 113 (115).

⁷²²*Brammsen*, *wistra* 2009, S. 85 (90); *Rönnau/Hohn*, *NStZ* 2004, S. 113 (115). Ähnlich *Bosch/Lange*, *JZ* 2009, S. 225 (227).

⁷²³*Rengier* AT, § 52 Rn. 26.

⁷²⁴Vgl. *Fischer*, vor § 13 Rn. 35 m.w.N. Anders die sog. Risikoerhöhungstheorie, der zufolge der Erfolg schon zugerechnet werden kann, wenn die sorgfaltspflichtwidrige Handlung das Risiko des

tätspflicht der Organmitglieder bedeutet dies, dass der Eintritt eines Schadens im Zuge einer Handlung, die gegen eine Rechtsnorm verstößt, nicht die Untreuestrafbarkeit auslöst, wenn es möglich erscheint, dass der Schaden auch eingetreten wäre, hätte das Organmitglied sich völlig rechtstreu verhalten.

Im Gegensatz zur Voraussetzung „Schutzzweckzusammenhang“ hat der Pflichtwidrigkeitszusammenhang auch nach der hier vertretenen Auffassung neben der Pflichtverletzung eine eigenständige Bedeutung für die Untreue. Der Strafgrund der Untreue greift nicht Platz, wenn der Vermögensnachteil auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten eingetreten wäre. Zwar wird auch in einem solchen Fall das Vermögen von innen heraus geschädigt. Hinzutreten muss aber, dass diese Schädigung auf einem Verhalten beruht, das über die Grenzen des Handlungsrahmens des Treuehmers hinausgeht. Und dies ist bei fehlendem Pflichtwidrigkeitszusammenhang nicht der Fall. Zwar überschreitet der Täter die ihm gezogenen Grenzen bereits dadurch, dass er im Umgang mit dem Vermögen des Treugebers irgendeine Rechtsnorm verletzt. Allerdings bleibt diese Verwirklichung des Handlungsunwerts folgenlos, obwohl auch der Erfolgsunwert gegeben ist, weil Handlungs- und Erfolgsunwert in keinerlei Verbindung zueinander stehen. Der Strafgrund der Untreue ist nicht einschlägig, weil das Vermögen nicht durch eine Handlung geschädigt wurde, die der Täter nur dadurch begehen konnte, dass ihm das Vermögen des Inhabers anvertraut wurde. Denn die Einhaltung der Vorgaben des Treugebers hätte den Vermögensnachteil nicht verhindern können, so dass sich die Abwesenheit von Kontrolle nicht in einem Vermögensnachteil manifestiert hat. Somit ist es sachgerecht, einen Pflichtwidrigkeitszusammenhang auch bei der Untreue durch Organmitglieder zu fordern. Außerdem ergibt sich das Erfordernis des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs auch aus dem Wortsinne von § 266 StGB („dadurch“), so dass der Verzicht auf den Pflichtwidrigkeitszusammenhang gegen das Gesetzlichkeitsprinzip aus Art. 103 Abs. 2 GG verstoßen würde.⁷²⁵

Verstößt nun beispielsweise ein Vorstandsmitglied gegen die Pflicht, die Zustimmung des Aufsichtsrats einzuholen und nimmt eine Handlung vor, die zu einem Schaden führt, könnte der Täter den Einwand erheben, der Aufsichtsrat hätte, wäre er befragt worden, ohnehin zugestimmt. Diesem Einwand ist jedoch entschieden entgegenzutreten: Der Täter müsste nach der Vermeidbarkeitstheorie schon freigesprochen werden, wenn der Aufsichtsrat nur möglicherweise zugestimmt hätte und zudem ist fraglich, ob nur eine pflichtmäßige Zustimmung des Aufsichtsrats hinzugedacht werden kann oder auch eine pflichtwidrige. Richtigerweise dürfen Fälle pflichtwidriger Zustimmung nicht hinzugedacht werden. Das basiert auf dem Gedanken, dass eine Rechtsnorm nicht deshalb ungültig wird, weil außer dem Täter noch weitere Personen bereit sind, sie zu verletzen. Hätte der

Erfolgseintritts lediglich erhöht hat, vgl. *Roxin*, AT I, §11 Rn. 88, der aber nicht zu folgen ist, da durch sie Erfolgsdelikte de facto zu Gefährdungsdelikten umgemünzt werden.

⁷²⁵Saliger, HRRS 2006, S. 10 (22).

Aufsichtsrat sich möglicherweise selbst pflichtwidrig verhalten und zugestimmt, ist dies also irrelevant. Somit bleiben Fälle, in denen eine Zustimmung nicht pflichtwidrig wäre, in denen der Aufsichtsrat also unter Einhaltung seiner Kontrollpflichten seine Zustimmung hätte erteilen dürfen. Ob eine solche Situation vorliegt, ist Tatfrage und bejaht das Gericht eine solche Möglichkeit, muss freigesprochen werden, da nicht ausgemacht ist, dass die Einhaltung des Zustimmungserfordernisses den Vermögensnachteil verhindert hätte.

Ebenso verhält es sich mit den Vorschriften über die Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats. Entscheidet der Aufsichtsrat beispielsweise über eine Vorstandsvergütung, obwohl die zur Beschlussfähigkeit nötige Anzahl von Mitgliedern nicht anwesend ist, kann es sein, dass derselbe Beschluss auch bei Vorliegen der Beschlussfähigkeit zu Stande gekommen wäre.

Dies ist jedoch kein Grund, formale Pflichten schon auf der Ebene der Pflichtverletzung auszuschneiden. Dagegen kann auch nicht eingewandt werden, der Untreuetatbestand solle nur das Vermögen der AG und nicht die Einhaltung der Kompetenzordnung innerhalb der AG schützen.⁷²⁶ Hierbei wird übersehen, dass die schützenswerte Erwartung des Vermögensinhabers, im Fall der AG überwiegend vom Gesetzgeber für den Vermögensinhaber aufgestellt, besteht, die Kompetenzordnung werde beim Umgang mit dem Gesellschaftsvermögen eingehalten, und dass der Untreuetatbestand gerade vor einem erwartungswidrigen Umgang mit dem Vermögen des Treugebers schützen soll. Denn der weite Ermessensspielraum für unternehmerische Entscheidungen, der beispielsweise auch im Rahmen der Entscheidung über die Vorstandsvergütung besteht, hat in der Aktiengesellschaftsverfassung einen Preis. Er wird nur gewährt, wenn die Legalitätspflicht beachtet wurde, zu der auch die Pflicht zur Einhaltung von Formalia zählt. Die AG wird gerade durch solche Formalia, die häufig dazu dienen, Interessenkollisionen vorzubeugen, vor den Organmitgliedern geschützt. Deshalb müssen auch diese Formalia vom Untreuetatbestand flankiert werden.

IV. Beschränkung auf „gravierende Pflichtverletzungen“ ?

Nachdem nun die Restriktionsansätze erörtert wurden, die bei der Qualität der verletzten Verhaltenspflicht und dem Zusammenhang zwischen Vermögensbetreuungspflicht und Tathandlung ansetzen, kann nun näher auf besondere Anforderungen an die normverletzende Handlung eingegangen werden. Herausgegriffen werden soll zunächst das Erfordernis einer „gravierenden Pflichtverletzung“, das im Schrifttum relativ große Zustimmung gefunden hat. Die wichtigsten Entscheidungen des BGH in diesem Bereich sollen hier kurz erörtert werden, um beurteilen zu können, was das Erfordernis der „gravierenden Pflichtverletzung“ im Rahmen der Rechtsprechung eigentlich meint. Danach soll die Verwendung dieser Formel in der Literatur analysiert werden. Erst danach kann beurteilt wer-

⁷²⁶Siehe *Schünemann*, NStZ 2008, S. 430 (434).

den, ob die sich dahinter verbergenden Einschränkungsbestrebungen berechtigt sind.

1. Das Kriterium der gravierenden Pflichtverletzung in der Rechtsprechung des BGH

a) Der Fall „SSV-Reutlingen“

Wendet man sich dem Fall SSV-Reutlingen zu, scheint sich die These der asymmetrischen Akzessorietät zu bestätigen und eine eigenständige strafrechtliche Begriffsbildung vorzuliegen. Denn das Urteil zur Untreue durch Sponsoring im Fall SSV-Reutlingen kann als argumentative Basis für eine solche Interpretation gesehen werden, die von einer strikten Zivilrechtsakzessorietät weitgehend Abstand nimmt und stattdessen eine genuin strafrechtliche Wertung vornimmt, bei der die Verletzung der Sorgfalt des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters nur einer unter mehreren Anhaltspunkten ist.⁷²⁷ Eine solche Prüfung nahm der 1. Strafsenat des BGH im „Fall SSV-Reutlingen“ allem Anschein nach vor und statuierte für die Frage, inwieweit Sponsoring pflichtwidrig sei, vorzunehmen sei eine Gesamtschau insbesondere der gesellschaftsrechtlichen Kriterien wie „fehlende Nähe zum Unternehmensgegenstand, Unangemessenheit im Hinblick auf die Ertrags- und Vermögenslage, fehlende innerbetriebliche Transparenz und Vorliegen sachfremder Motive“, so dass jedenfalls dann, wenn alle diese Punkte zu bejahen sind, die Pflichtverletzung gravierend sei.⁷²⁸ Somit scheint die gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung nur ein Anhaltspunkt für die strafrechtliche Pflichtverletzung zu sein.

Betrachtet man die Kriterien des BGH aber genauer, wird klar, dass sie alle der Sache nach zu der Frage gehören, ob die vorgenommene Sponsoring-Maßnahme sich noch innerhalb der Grenzen des unternehmerischen Beurteilungs- und Ermessensspielraums hält, so dass in Wahrheit keine strafrechtsspezifische Restriktion, sondern nur die Prüfung des schon auf Primärebene liegenden Spielraums vorgenommen wird.⁷²⁹ Denn die fehlende Nähe zum Unternehmensgegenstand, und die Unangemessenheit im Hinblick auf die Ertrags- und Vermögenslage sind Kriterien, die dazu führen können, dass der für Spenden und Sponsoring grundsätzlich anzuerkennende Ermessensspielraum überschritten ist. Die Kriterien der fehlenden innerbetrieblichen Transparenz und des Vorliegens sachfremder Motive lassen sich ebenfalls als auf Primärebene liegend denken. Denn eine solche fehlende Transparenz legt die Verletzung einer Sorgfalts- oder Treuepflicht nahe, die wiederum den unternehmerischen Entscheidungsspielraum begrenzt. Und die Verfolgung sachfremder Motive dürfte eine eindeutige Treuepflichtverletzung sein, die einen Ermessensspielraum ebenfalls ausschließt. Somit ist es durchaus

⁷²⁷Siehe *Saliger*, in: SSW, § 266 Rn. 41, der diese Interpretation als starr indizienbasierte und strafrechtsautonome Schweretheorie bezeichnet.

⁷²⁸BGHSt 47, 187 (197) („SSV-Reutlingen“).

⁷²⁹*Schünemann*, NStZ 2005, S. 473 (475).

nahe liegend, auch das Urteil im Fall SSV-Reutlingen als Ausdruck eines strikt zivilrechtsakzessorischen Pflichtverletzungsmerkmals zu verstehen. Dass eine Pflichtverletzung gravierend sein muss, ist dann nichts anderes als ein (missverständlicher) Ausdruck dafür, dass bei Sponsoring Entscheidungen ein weiter Ermessensspielraum vorliegt, der erst überschritten ist, wenn entweder die Treue- oder Legalitätspflicht verletzt oder die unternehmerische Risikobereitschaft in gravierender Weise, also in unverantwortlicher Weise überspannt wurde.

b) Die Entscheidungen zur Kredituntreue

Auch in den Urteilen des BGH zur Kredituntreue in den Jahren 2000 und 2001, in denen das Kriterium der gravierenden Pflichtverletzung ebenfalls vorkommt⁷³⁰, könnte man eventuell eine strafrechtsspezifische Auslegung des Pflichtverletzungsmerkmals unter weitgehender Abkopplung von außerstrafrechtlichen Normen erkennen. Denn hierbei wurde jeweils vom Verstoß gegen § 18 KWG nicht unmittelbar auf die Pflichtwidrigkeit im Sinne der Untreue geschlossen. Vielmehr wurde dieser Verstoß nur als einer unter vielen Anhaltspunkten zur Ermittlung der Pflichtwidrigkeit im Rahmen einer Gesamtschau herangezogen. So wurde vom 1. Senat in Bezug auf Kredituntreue gesagt, die banküblichen Informations- und Prüfungspflichten (wiederum Formalpflichten) müssten in gravierender Weise verletzt worden sein: Dabei könnten sich Anhaltspunkte aus § 18 S. 1 KWG ergeben. Die Verletzung von § 18 KWG und die Pflichtverletzung im Sinne der Untreue seien aber nicht „vollständig deckungsgleich“.⁷³¹ Unter anderem heißt es, eine Pflichtverletzung sei nicht gravierend, wenn bankübliche Informations- und Prüfungspflichten zwar verletzt wurden, eine fehlende Information aber durch andere ersetzt werden könne. Insbesondere sei bei der Frage, ob ein höchst risikanter Sanierungskredit pflichtwidrig gewährt worden sei, im Rahmen einer Abwägung zu berücksichtigen, ob ein wirtschaftlich vernünftiger Gesamtplan vorliege.⁷³²

Dieses Urteil verdeutlicht, vor allem im Zusammenhang mit der übrigen Rechtsprechung des BGH zur Kredituntreue, dass hier der Begriff „gravierende Pflichtverletzung“ in Wahrheit den Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden meint.⁷³³ Denn, wenn zwar Kreditprüfungspflichten verletzt wurden, eine fehlende Information aber durch andere ersetzt werden kann, hat sich der Verstoß gegen die Prüfungspflichten des KWG nicht ausgewirkt, war also nicht nur nicht gravierend, sondern irrelevant, da das Risiko der Kreditvergabe angesichts der Bonität des Kreditnehmers dennoch hinnehmbar

⁷³⁰BGHSt 47, 148. In BGHSt 46, 30 wird zwar nicht ausdrücklich von einer gravierenden Pflichtverletzung gesprochen, der Sache nach aber eine sehr ähnliche Prüfung vorgenommen, wie in BGHSt 47, 148.

⁷³¹BGHSt 47, 148 (152).

⁷³²BGHSt 47, 148 (153 f.).

⁷³³Saliger, HRRS 2006, S. 10 (19); Schönemann, NSStZ 2005, S. 473 (475).

war. Problematisch ist hieran aber, dass bei einer Kreditgewährung unter Eingehung eines noch vertretbaren Risikos schon kein Schaden (keine schadensgleiche Vermögensgefährdung) gegeben ist, so dass es auf einen Pflichtwidrigkeitszusammenhang gar nicht mehr ankommt.⁷³⁴ Dass der BGH nicht auf einen fehlenden Vermögensnachteil abgestellt hat, ist damit erklärbar, dass sich bei der Kreditvergabe eine schadensgleiche Vermögensgefährdung aus der nicht ausreichenden Bonität des Kreditnehmers ergibt, deren ungenügende Prüfung aber wiederum den Kern des Pflichtverletzungsvorwurfs bildet, so dass Schaden und Pflichtverletzung nur „zwei Seiten derselben Medaille“ darstellen.⁷³⁵

Wegen dieser Unwägbarkeiten kann das Urteil auch nicht ohne weiteres dahingehend interpretiert werden, eine Verletzung der Prüfpflichten des KWG begründe keine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue. Dieser Auffassung, die im Schrifttum sehr verbreitet ist und sich vor allem auf den Schutzzweck des KWG stützt (siehe dazu oben Kap. 1 D II 1), kann nicht gefolgt werden. Denn, nimmt man einmal an, im obigen Fall wäre die wegen Verletzung des KWG fehlende Information nicht durch andere ausgeglichen worden, wie der BGH annimmt, und die Bonität der Kreditnehmers hätte nicht außer Zweifel gestanden, läge ein Vermögensnachteil vor und es wäre nahe liegend, eine Pflichtverletzung bei der Kreditvergabe anzunehmen, weil die im KWG niedergelegten Prüfungspflichten nicht eingehalten wurden. Insbesondere kann es hier keinen Ermessensspielraum mehr geben. Durch das KWG wird dieser Ermessensspielraum eingeschränkt. Man müsste sich dann fragen, was außer der Missachtung der Prüfungspflichten des KWG noch hinzutreten soll, damit man von einem pflichtwidrig erteilten Kredit sprechen kann. Warum zum Beispiel noch „eigennützige Motive“ hinzukommen müssen, ist angesichts der Tatsache, dass die Untreue gerade kein Vermögensverschiebungsdelikt ist, nicht einzusehen. Vielmehr muss es ausreichen, dass der Entscheidungsträger seiner Aufgabe, das Risiko aufgrund angemessener Information zu bewerten, nicht nachgekommen ist.

Im ersten der zuvor genannten Urteile des BGH⁷³⁶ ist dieser teilweise dahingehend verstanden worden, ob eine gravierende Pflichtverletzung vorliegt, ergebe sich aus einer Gesamtschau der Anhaltspunkte „Vernachlässigung von Informationspflichten“, „Überschreitung von Kompetenzen“, „Tätigen unrichtiger Angaben gegenüber mitverantwortlichen oder aufsichtsberechtigten Personen“, „Überschreitung der Kreditzwecke“, „Überschreitung von Kredithöchstgrenzen“ und „eigennütziges Handeln“.⁷³⁷ Aber auch an diesen Kriterien, die den im Fall SSV-Reutlingen aufgestellten stark ähneln, lässt sich erkennen, dass der Sache nach keine strafrechtsautonome Prüfungsstufe gemeint ist, sondern die vorsichtige

⁷³⁴Schünemann, NStZ 2005, S. 473 (475).

⁷³⁵Schünemann, NStZ 2005, S. 473 (475). Siehe auch Ignor/Sättele, in: FS-Hamm (2008), S. 211 (216); Murmann, Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in Jura und Saliger, HRRS 2006, S. 10 (14).

⁷³⁶BGHSt 46, 30 (34).

⁷³⁷Beulke, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (252).

Prüfung der Überschreitung des unternehmerischen Ermessensspielraums. Denn dieser wird insbesondere durch die Kompetenzordnung und interne Kredithöchstgrenzen eingeschränkt. „Eigennütziges Handeln“ spricht wiederum für einen den Spielraum ausschließende Treuepflichtverletzung. Und die Vernachlässigung von Informationspflichten spricht für eine unverantwortliche Überspannung der Risikobereitschaft durch mangelnde Risikoabwägung. Somit ist auch hier eine strafrechtsspezifische Auslegung des Pflichtverletzungsmerkmals im Urteil des BGH keinesfalls zwingend angelegt.

c) Der Fall Mannesmann

In der BGH-Entscheidung zum „Fall Mannesmann“ tritt deutlich hervor, dass das Kriterium der gravierenden Pflichtverletzung nur eine Umschreibung für den auf Primärebene vorhandene Spielraum ist.⁷³⁸ Der BGH stellte ausdrücklich fest, sofern der unternehmerische Beurteilungs- und Ermessensspielraum überschritten sei, müsse eine Pflichtverletzung nicht zusätzlich gravierend sein.⁷³⁹ Damit erteilte er der Rechtsansicht des Tatgerichts eine klare Absage. Denn das LG Düsseldorf als Vorinstanz hatte einen Ermessensspielraum bei der Gewährung nachträglicher Anerkennungsprämien verneint und das Handeln der Angeklagten für pflichtwidrig erklärt, die Strafbarkeit dann aber an einer mangelnden „gravierenden Pflichtverletzung“ scheitern lassen.⁷⁴⁰ Dieses Verständnis seiner vorherigen Rechtsprechung hat der BGH also selbst abgelehnt.

Dass der BGH im Mannesmann-Urteil die Angemessenheit der Vergütung im Sinne von § 87 AktG letztlich nicht geprüft hat und stattdessen davon ausgegangen ist, nachträgliche Anerkennungsprämien seien per se Verschwendung des Vermögens der AG⁷⁴¹, darf im Übrigen nicht dahin missverstanden werden, dass der BGH von einer akzessorischen Bestimmung der Pflichtwidrigkeit Abstand nimmt.⁷⁴² Denn man hat dies dahingehend zu interpretieren, dass das Primärrecht, nach Ansicht des BGH erst recht nachträgliche Anerkennungsprämien verbietet, wenn nach § 87 AktG schon unangemessen hohe „normale“ Gehaltszahlungen verboten sind. Der BGH hat nicht verkannt, dass eine Erlaubtheit auf Primärebene wegen des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung eine Pflichtverletzung stets ausschließt, sondern die Verbotenheit auf Primärebene lediglich losgelöst von § 87 AktG bestimmt,⁷⁴³ indem er eine Überschreitung des unternehmerischen Beurteilungs- und Ermessensspielraums annahm. Diese Überschreitung ergibt sich nach Ansicht des BGH daraus, dass nachträgliche Anerkennungsprämien für

⁷³⁸BGHSt 50, 331. („Fall Mannesmann“). Siehe auch *Schünemann*, NStZ 2006, S. 196 (199).

⁷³⁹BGHSt 50, 331 343 f. („Fall Mannesmann“).

⁷⁴⁰LG Düsseldorf, NJW 2004, S. 3275 (3280 f.) („Fall Mannesmann“).

⁷⁴¹BGHSt 50, 331 (337, 340 f.) („Fall Mannesmann“).

⁷⁴²So versteht den BGH anscheinend *Beulke*, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (255).

⁷⁴³A.A. *Schünemann*, NStZ 2006, S. 196 (198), der meint, der BGH habe hier unmittelbar aus der Schädigung auf die Pflichtwidrigkeit geschlossen.

die Mannesmann-AG vollständig nutzlos waren. Hierüber mag man geteilter Ansicht sein. Darauf kommt es hier aber nicht an. Es kann jedenfalls festgehalten werden, dass der BGH hier vom Erfordernis einer „gravierenden Pflichtverletzung“ im Sinne einer zu überwindenden strafrechtlichen Höhenmarke deutlich Abstand genommen hat.

d) Der Fall „Kinowelt“

Für die weitgehende Funktionslosigkeit des Begriffs „gravierende Pflichtverletzung“ kann schließlich noch die sog. Kinowelt-Entscheidung ins Feld geführt werden. Denn im Fall Kinowelt statuierte der 1. Strafsenat des BGH, dass eine gravierende Pflichtverletzung vorliegt, wenn „die - weit zu ziehenden – äußersten Grenzen unternehmerischer Entscheidungsfreiheit überschritten sind und damit eine Hauptpflicht gegenüber dem zu betreuenden Unternehmen verletzt wird“⁷⁴⁴. Hierbei wird mehr als deutlich, dass im Grunde nur die Überschreitung des unternehmerischen Beurteilungs- und Ermessensspielraums gemeint ist, wenn von einer gravierenden Pflichtverletzung gesprochen wird.⁷⁴⁵

2. Das Kriterium der gravierenden Pflichtverletzung in der Literatur

Die Einschränkung des Untreuetatbestandes auf gravierende Pflichtverletzungen durch den BGH ist im Schrifttum weitgehend positiv aufgenommen worden.⁷⁴⁶ Auch wenn eine restriktive Auslegung des Untreuetatbestands grundsätzlich wünschenswert ist, darf dem Kriterium der gravierenden Pflichtverletzung allerdings nicht unreflektiert beigeplichtet werden.⁷⁴⁷ Angesichts der ganz unterschiedlichen Deutungen des Begriffs „gravierende Pflichtverletzung“ im Schrifttum kann man auch durchaus bezweifeln, ob die weitgehende Zustimmung der Literatur die Sachgerechtigkeit dieses Kriteriums wirklich zu untermauern vermag. Denn allein zur Interpretation des in den zuvor angesprochenen Entscheidungen gefallenen Begriffs „gravierende Pflichtverletzung“ hat sich im Schrifttum eine erhebliche Anzahl divergierender Ansichten gebildet: So wird das Erfordernis der gravierenden Pflichtverletzung teils richtigerweise als bloß deklaratorischer Verweis auf den einem Vorstand zustehenden Ermessensspielraum angesehen.⁷⁴⁸ Das dies den Punkt trifft, lässt sich, wie dargestellt, besonders deutlich an der Mannesmann-Entscheidung erkennen. Teils wird der Terminus aber auch als Hülle für Überlegungen zur objektiven Zurechnung zwischen Pflichtverletzung und Schaden, ins-

⁷⁴⁴BGH NJW 2006, S. 453 (454) („Kinowelt“).

⁷⁴⁵Beulke, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (255).

⁷⁴⁶Beulke, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (254); Ignor/Sättele, in: FS-Hamm (2008), S. 211 (214 f.).

⁷⁴⁷Gegen ein Beipflichten aus einem „dumpfen Gefühl heraus“ Schönemann, NStZ 2005, S. 473 (475).

⁷⁴⁸Siehe Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 19a; Rönnau, ZStW 119 (2007), S. 887 (911 f.). So auch noch Schönemann, NStZ 2005, S. 473 (476) zu BGHSt 47, 187 ff. („SSV-Reutlingen“).

besondere zum Pflichtwidrigkeitszusammenhang, ansehen.⁷⁴⁹ Manche wollen wohl sogar annehmen, „gravierend“ meine die Höhe des angerichteten Schadens.⁷⁵⁰ Man kann den Begriff auch so interpretieren, dass damit die Qualität der verletzten Pflicht als Hauptpflicht und somit ein Problem der Vermögensbetreuungspflicht als täterqualifizierendes Merkmal angesprochen wird.⁷⁵¹ Andere wiederum sehen darin die Linie *Tiedemanns*, wonach nur evidente Übertretungen als Pflichtverletzungen in Betracht kommen.⁷⁵² Einige Autoren betonen besonders, dass hierbei die bloß asymmetrische Akzessorietät des Pflichtverletzungsmerkmals, also die Tatsache, dass nicht jede außerstrafrechtliche Normverletzung auch eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue sei, zum Ausdruck gekommen ist. Dieser wohl populärste Ansatz interpretiert „gravierende Pflichtverletzung“ derart, dass nach der Feststellung einer zivilrechtlichen Pflichtverletzung eine zweite Prüfung vorgenommen wird, in der durch eine Gesamtabwägung festzustellen ist, ob auch strafwürdiges Unrecht vorliegt, also im Sinne einer zusätzlichen strafrechtlichen Höhenmarke, die übersprungen werden muss, damit eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue gegeben ist.⁷⁵³ Und schließlich wird der Begriff auch als Umschreibung des Erfordernisses eines Zusammenhangs zwischen Vermögensbetreuungspflicht und Pflichtverletzung (Funktionalzusammenhang) verstanden.⁷⁵⁴

Auf die einzelnen Urteilsinterpretationen kann hier nicht gesondert eingegangen werden. Bei der Debatte um die gravierende Pflichtverletzung fällt aber vor allem folgende Ungenauigkeit auf, die die Diskussion in erheblichem Maße behindert: Es besteht kein einheitlicher Sprachgebrauch des Begriffs „gravierende Pflichtverletzung“. Die Autoren meinen damit einerseits eine gravierende Pflichtverletzung im engeren Sinne dergestalt, dass nach Prüfung sämtlicher Voraussetzungen des Tatbestandsmerkmals „Pflichtverletzung“, inklusive der Prüfung, ob die verletzte Pflicht überhaupt das Vermögen schützt und ob ein funktionaler Zusammenhang zwischen Pflichtverletzung und interner Machtstellung besteht, noch eine besondere Schwere der Pflichtwidrigkeit vorliegen muss, damit die „strafrechtliche Höhenmarke des Unrechts“⁷⁵⁵ erreicht ist. Andererseits meinen

⁷⁴⁹Dies vorschlagend *Schünemann*, NStZ 2005, S. 473 (475), der sich auf eine weitere Entscheidung des BGH zur Kredituntreue stützt, in der es heißt, eine Untreuestrafbarkeit sei nicht gegeben, wenn zwar bei der Risikoabwägung Pflichten verletzt und Kompetenzen überschritten wurden, die Bonität des Kreditnehmers aber ohnehin außer Zweifel gestanden hätte (BGHSt 46, 30 [34]).

⁷⁵⁰Hiergegen *Brammsen*, wistra 2009, S. 85 (88); *Schünemann*, NStZ 2005, S. 473 (475).

⁷⁵¹Auf diese mögliche Interpretation weist *Schünemann*, NStZ 2006, S. 196 (198) hin und stellt klar, dass dann der Begriff der Hauptpflicht das „neue dogmatische Vehikel“ zur Einschränkung der Ableitung der Untreuestrafbarkeit aus der zivilrechtlichen Pflichtwidrigkeit sei.

⁷⁵²*Otto*, in: FS-Kohlmann (2007), S. 187 (202).

⁷⁵³*Kubicel*, NStZ 2005, S. 353 (357); *Spindler*, ZIP 2006, S. 349 (350). Siehe auch *Spindler*, ZIP 2006, S. 349 (350 f.). Vgl. auch *Günther*, in: FS-Weber (2004), S. 311 (314); *Tiedemann*, in: FS-Weber (2004), S. 319 (322).

⁷⁵⁴*Saliger*, in: SSW, § 266 Rn. 35.

⁷⁵⁵*Schünemann*, NStZ 2006, S. 196 (197).

sie „gravierend“ im weiteren Sinne und handeln unter dem Gesichtspunkt Fragen wie z.B. den Vermögensbezug der verletzten Pflicht oder den funktionalen Zusammenhang ab. Hinzu kommt, dass unter dem Begriff „gravierende Pflichtverletzung“, wie bereits dargestellt, in der Rechtsprechung teilweise Sachfragen erörtert werden, die hiermit nichts zu tun haben, wie z.B. in der oben genannten Entscheidung zur Kredituntreue, in der es hieß, eine gravierende Pflichtverletzung liege nicht vor, wenn das fehlende Einholen einer Information durch das Einholen anderweitiger Informationen ausgeglichen werden könne.

Da die Interpretation des Begriffs „gravierende Pflichtverletzung“ als zusätzliche strafrechtliche Höhenmarke viele Anhänger findet und weil die anderen in diesen Begriff hineingelegten Restriktionsansätze schon an anderer Stelle behandelt wurden, muss hier lediglich darauf eingegangen werden, ob die Voraussetzung „gravierende Pflichtverletzung“, verstanden als Überwindung einer zusätzlichen strafrechtlichen Höhenmarke, ihre Berechtigung hat. Dies ist allerdings zweifelhaft. Man stelle sich den Fall vor, dass in einer AG durch Satzung für Vorstandsmitglieder ein Abfindungscap von 2 Jahresgehältern vereinbart ist und dieses bei der Festsetzung der Abfindung um 1% überschritten wird. Man wird sich nun fragen müssen, ob in dieser minimalen Überschreitung wirklich strafwürdiges Unrecht zu sehen ist, ob es sich also um eine sozial unerträgliche Verhaltensweise handelt.

Es wurde bereits festgestellt, dass ein asymmetrisch akzessorisches Modell theoretisch möglich ist und eine Verletzung der einschlägigen Primärnormen nicht notwendigerweise eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue sein muss. Hieraus aber abzuleiten, dass über den unternehmerischen Ermessensspielraum hinaus ein weiteres Korrektiv zur Ausscheidung nur geringfügiger Abweichungen bestehen soll, bedarf eines guten Grundes. Dieser liegt jedenfalls nicht im Bestimmtheitsgebot, wonach zumindest das Risiko der Bestrafung dem Täter bewusst sein muss⁷⁵⁶. Lässt sich aus dem Gesellschaftsrecht eine eindeutige Grenze für Abfindungszahlungen entnehmen, ist der Täter, der weiß, dass Pflichtverletzungen über § 266 StGB sanktioniert sein können, über das Strafbarkeitsrisiko bei Überschreitung des Abfindungscaps hinreichend gewarnt. Auch aus der ultima-ratio Funktion des Strafrechts lässt sich nicht ableiten, dass eine geringe Abweichung keine Strafbarkeit nach sich ziehen soll. Dass das Strafrecht nur als letztes Mittel zur Bekämpfung sozial unerträglicher Handlungen zur Verfügung steht, sagt selbst nichts darüber aus, welche Handlungen sozial unerträglich sind.

Die Existenz des Untreuetatbestandes zeigt, dass gewisse von innen heraus vermögensschädigende Pflichtverletzungen nach Ansicht des Gesetzgebers sozial unerträglich sind und es besteht kein Anlass, für den Täter noch eine über den unternehmerischen Beurteilungs- und Ermessensspielraum hinausgehende Toleranzgrenze zu ziehen. Der Missbrauch einer dem Täter im Interesse des Vermö-

⁷⁵⁶BVerfGE 92, 1 (12)

gensinhabers eingeräumten Herrschaft über fremdes Vermögen, der das zu betreuende Vermögen schädigt, erreicht ohne Weiteres die Höhenmarke strafrechtlichen Unrechts.⁷⁵⁷ Insbesondere wäre eine weitere strafrechtliche Höhenmarke nicht mit dem Wortsinn von § 266 StGB zu vereinbaren. Zudem läge hierin eine nicht zu rechtfertigende Privilegierung des Untreuetäters gegenüber dem Betrüger oder Dieb, weil deren Handlungen bereits bei geringfügigen Schäden bzw. bei der Zueignung geringwertiger Sachen unter Strafe gestellt sind. Dass ein Abfindungscap nur geringfügig überschritten wurde, kann höchstens mittelbar über das Schadensausmaß bei der Strafzumessung berücksichtigt werden. Auch ein Vergleich mit der Steuerhinterziehung zeigt, dass eine zusätzliche Höhenmarke nicht verlangt zu werden braucht: Nach § 370 AO ist auch strafbar, wer 99 % seiner Steuern zahlt und 1 % vorsätzlich hinterzieht. Eine gravierende Pflichtverletzung zu verlangen, trüge stets den Anschein der Willkür in sich und öffnet das Pflichtverletzungsmerkmal für bloße Billigkeitserwägungen, so dass es Gefahr läuft, zur Krücke der Einzelfallgerechtigkeit zu werden.⁷⁵⁸ Dies mag weniger „gravierend“ sein, weil das Kriterium die Strafbarkeit einschränkt. Aber aus Sicht des Opfers beispielsweise ist eine solche Rechtsunsicherheit schwer erträglich.

Obwohl festgestellt wurde, dass eine bloß asymmetrische Akzessorietät möglich ist, ist aus diesen Gründen das Erfordernis, dass eine Pflichtverletzung abseits der Anforderungen an die Vermögensbetreuungspflicht und über die Erfordernisse unternehmerischer Ermessensfehler und Funktionszusammenhang hinaus auch noch gravierend sein muss, entschieden abzulehnen.⁷⁵⁹ Der Diskussion um die Möglichkeiten der Restriktion des Untreuetatbestandes wäre geholfen, wenn der Begriff aufgegeben würde oder zumindest deutlich gemacht wird, welche dogmatischen Überlegungen man eigentlich meint, wenn man den Begriff verwendet, da ansonsten erhebliche Unklarheiten entstehen.

Gegen ein Erfordernis einer gravierenden Pflichtverletzung spricht, dass es wiederum Kriterien notwendig macht, mit denen trennscharf zwischen einer gravierenden und einer nicht gravierenden Pflichtverletzung unterschieden werden kann.⁷⁶⁰ Es müsste genau herausgearbeitet werden, welche Qualitäten im Einzelnen zu verlangen sind. Dies unter dem Stichwort „gravierende Pflichtverletzung“ zu erörtern, hilft aber nicht bei der Lösung der Aufgabe und verdunkelt nur die Zusammenhänge. Es müssten Kriterien erarbeitet werden, an denen sich erkennen lässt, wann die zusätzliche strafrechtliche Höhenmarke übersprungen worden ist und auch dabei hilft der Begriff gravierende Pflichtverletzung nicht. Unabhängig davon, welche der beiden Lesarten man zugrundelegt, droht das Merkmal

⁷⁵⁷ *Schünemann*, NStZ 2005, S. 473 (475).

⁷⁵⁸ Siehe LG Düsseldorf, NJW 2004, S. 3275 (3280) („Fall Mannesmann“): Welche Kriterien des Gesellschaftsrechts mit welchem Gewicht zu berücksichtigen sind, könne nicht in allgemein gültiger Weise festgelegt werden, sondern bestimme sich „nach der jeweils in Rede stehenden Pflichtverletzung“.

⁷⁵⁹ So im Ergebnis auch *Brammsen*, ZIP 2009, S. 1504 (1507).

⁷⁶⁰ *Kubiciel*, NStZ 2005, S. 353 (357).

„gravierende Pflichtverletzung“ zu einer bloßen Krücke der Einzelfallgerechtigkeit zu werden und Billigkeitserwägungen im Einzelfall weitgehend zu fördern.

Besonders problematisch ist das vom BGH genannte Kriterium der „Unangemessenheit in Anbetracht der Vermögenslage“. In der Tat führt es zu dem Ergebnis, dass man ein besonders großes Vermögen straflos schädigen könnte und ist damit unhaltbar⁷⁶¹, und zwar erstens wegen § 266 Abs. 2 i.V.m. § 248a StGB, der bei geringen Schäden nur ein Strafantragserfordernis und keinen Strafbareitsausschluss statuiert und § 266 Abs. 2 i.V.m. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB, der bei hohen Schäden schon eine Strafverschärfung nach sich ziehen kann⁷⁶², und zweitens wegen des Wertungswiderspruchs mit der Kriminalisierung der Zueignung geringwertiger und sogar wertloser Sachen⁷⁶³. Die Unhaltbarkeit des Kriteriums zeigt sich auch in der Anwendung durch das LG Düsseldorf im „Fall Mannesmann“, welches bei Zahlungen von mehr als 50 Millionen Euro die Pflichtwidrigkeit mit dem Argument verneinte, die Ertrags- und Vermögenslage von Mannesmann sei zum Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Vergütung sehr gut gewesen.⁷⁶⁴

Gegen den Kriterienkatalog spricht auch, dass durchaus Fälle konstruierbar sind, bei denen die Strafwürdigkeit eindeutig erscheint, aber mehrere Kriterien nicht erfüllt sind.⁷⁶⁵

Die Einschränkung des Untreuetatbestandes auf gravierende Pflichtverletzungen durch den BGH ist im Schrifttum weitgehend positiv aufgenommen worden.⁷⁶⁶ Auch wenn eine restriktive Auslegung des Untreuetatbestands grundsätzlich wünschenswert ist, darf dem Kriterium der gravierenden Pflichtverletzung allerdings nicht unreflektiert beigespflichtet werden.⁷⁶⁷

V. Beschränkung auf evidente Fehlentscheidungen?

Ebenso verbreitet wie die Beschränkung auf gravierende Pflichtverletzungen sind Restriktionsansätze, denen zufolge eine Entscheidung des Trenehmers evident unrichtig sein muss.⁷⁶⁸ Allerdings sind erhebliche Unklarheiten dadurch entstanden, dass der Begriff der Evidenz in diesem Zusammenhang, ähnlich wie derjeni-

⁷⁶¹Vgl. *Brammsen*, wistra 2009, S. 85 (88); *ders.*, ZIP 2009, S. 1504 (1507).

⁷⁶²*Brammsen*, wistra 1009, S. 85 (88); *ders.*, ZIP 2009, S. 1504 (1507); *Saliger*, HRRS 2006, S. 10 (19); *Schünemann*, NStZ 2005, S. 473 (475).

⁷⁶³*Schünemann*, NStZ 2005, S. (473) 475.

⁷⁶⁴LG Düsseldorf, NJW 2004, S. 3275 (3281 f.) („Fall Mannesmann“).

⁷⁶⁵Siehe *Samson*, in: Walz, Non Profit Law Yearbook (2004), S. 233 (238 ff.): Der Vorstandsvorsitzende einer AG mit außerordentlich guter Ertrags- und Vermögenslage schenkt seinem Bruder eine Million Euro aus dem Gesellschaftsvermögen unter Zustimmung des übrigen Vorstands und unter Einhaltung des Verfahrens.

⁷⁶⁶*Beulke*, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (254).

⁷⁶⁷Gegen ein Beipflichten aus einem „dumpfen Gefühl heraus“ *Schünemann*, NStZ 2005, S. 473 (475).

⁷⁶⁸*Beulke*, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (254); *Dierlamm*, in: MüKo-StGB, § 266 Rn. 204;

Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 20; *Tiedemann*, in: FS-Tröndle (1989), S. 319 (328).

ge der gravierenden Pflichtverletzung, zur Umschreibung verschiedener Phänomene verwendet wird. Teilweise bezieht er sich auf die „evidente Richtigkeit bzw. Unrichtigkeit“ einer Rechtsansicht. Andere umschreiben mit Evidenz der Fehlentscheidung wiederum die Überschreitung des unternehmerischen Beurteilungs- und Ermessensspielraums. Auch hinter dem Begriff der Evidenz scheint sich die asymmetrische Akzessorietät des Pflichtverletzungsmerkmals zu verbergen. Auf diesen Begriff soll daher näher eingegangen werden.

1. Das Evidenzerfordernis als Einschränkung der Auslegungskompetenz des Strafrichters

Wenn gesellschaftsrechtliche Normen, wie nach der hier vertretenen Auffassung, maßgeblich für die Frage sind, ob der Umgang mit dem fremden Vermögen als erlaubt oder unerlaubt riskant anzusehen ist, stellt sich die Frage, wessen Interpretation dieser gesellschaftsrechtlichen Normen für die Frage der zivilrechtlichen Pflichtwidrigkeit maßgebend ist. Denn die Sorgfalt des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters zerfällt, wie bereits dargestellt, in mehrere Rechtspflichten, wird also an rechtlichen Maßstäben gemessen. Was diese rechtlichen Maßstäbe im Einzelfall erfordern, ist also eine Auslegungsfrage. Es fragt sich daher, was es für die Bestimmung der Pflichtwidrigkeit bedeutet, wenn die als Anknüpfungspunkt dienenden Primärnormen rechtlich umstritten sind und ob das Strafgericht sich für eine Rechtsansicht entscheiden darf, die im Endeffekt zur Strafbarkeit führt, wenn eine andere Rechtsauffassung zur Straflosigkeit geführt hätte. Häufig werden Bedenken gegen die Prüfung der Einhaltung der Regeln des Wirtschaftsrechts durch die Strafjustiz geäußert: Die Sorgfaltsmaßstäbe, die letztere ihren Entscheidungen zugrundelegt, könnten vom später Angeklagten kaum antizipiert werden und es sei bedenklich, wenn nicht Wirtschaftsfachleute sondern Staatsanwälte und Richter die Abgrenzung zwischen wirtschaftlich noch tolerierbaren und pflichtwidrigen Wirtschaftsentscheidungen vornehmen, da sich selbst Experten häufig nicht darüber einig seien, was noch zulässig und was schon verboten ist.⁷⁶⁹

Die Auslegung zivilrechtlicher Normen und die daraus folgende Ermittlung von Verhaltensnormen werden dementsprechend im Schrifttum teilweise als dogmatischer Anknüpfungspunkt zur Restriktion des Untreuetatbestandes angesehen. So wird z.B. die Ansicht vertreten, das Erfordernis einer „gravierenden Pflichtverletzung“ bedeute nichts anderes als die Deklaration der Tatsache, dass eine Pflichtverletzung eindeutig aus der jeweils in § 266 StGB hineinzulesenden Fachnorm erkennbar sein muss und nicht etwa nach einer vertretbaren Lesart die Handlung gar nicht pflichtwidrig ist.⁷⁷⁰ Andere behaupten sogar, der Strafrichter sei an die Auslegung der zivilrechtlichen Normen insofern gebunden, als er unter mehreren vertretbaren Auffassungen nicht gerade diejenige wählen dürfe, die im

⁷⁶⁹Beulke, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (247).

⁷⁷⁰Ransiek, ZStW 116 (2004), S. 634 (645).

Endeffekt zur Strafbarkeit führt.⁷⁷¹ Es wird sogar in der Arbeit von *Zech* zur Untreuestrafbarkeit von Aufsichtsratsmitgliedern vertreten, dass eine Strafbarkeit stets ausscheiden müsse, wenn nur eine Person eine Auslegung vertritt, der zufolge das Verhalten des Täters zivilrechtlich als rechtmäßig anzusehen ist.⁷⁷² Dafür, dass der Strafrichter sich nicht gerade für die dem Beschuldigten ungünstigste Rechtsauffassung entscheiden dürfe, wird das ultima-ratio-Prinzip angeführt: Es sei „absurd“, ein Verhalten strafrechtlich zu sanktionieren, dass von Zivilrechtlern als erlaubt eingestuft wird und es könne dem Bürger nicht vorgeworfen werden, dass er ihre Ansicht teilt, da die Strafbarkeit dadurch unberechenbar werde.⁷⁷³

Ein ähnlicher Streit herrscht auch im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum zur Business-Judgement-Rule. Dass Rechtsbrüche von dieser nicht gedeckt sind, wurde bereits erörtert. Allerdings ist nach wohl überwiegender Ansicht bei unsicherer Rechtslage von diesem Grundsatz eine Ausnahme zu machen: Dann sollen die Organmitglieder ihrem Handeln eine Rechtsansicht zu Grunde legen dürfen, die vertretbar ist.⁷⁷⁴ Das basiert auf der Erwägung, dass ex-ante nicht feststeht, für welche Auffassung sich ein Gericht letztlich entscheiden wird.⁷⁷⁵

Dass zur Sicherung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit Restriktionen des Untreuetatbestandes vorgenommen werden müssen, liegt auf der Hand. Der Ansicht, dass diese durch eine Bindung der über die Untreue urteilenden Strafgerichte an bestimmte Lösungen von Rechtsfragen vorzunehmen ist, kann allerdings nicht gefolgt werden. Der Strafrichter muss grundsätzlich selbst über Rechtsfragen entscheiden, auch wenn diese aus anderen Rechtsgebieten stammen. Er ist nur dem Gesetz unterworfen. Es kann von ihm nicht verlangt werden, entgegen seiner eigenen Überzeugung zu urteilen.

Dies ergibt sich unter anderem aus § 262 StPO, welcher das Einholen einer Klärung durch entsprechende Fachgerichte bei unklaren Fragen des Zivilrechts ins Ermessen des Strafrichters stellt.⁷⁷⁶ Es mag sein, dass sich der Strafrichter bei derartigen Rechtsfragen aus dem Zivilrecht an der einschlägigen Rechtsprechung orientiert, gezwungen ist er dazu aber nicht.⁷⁷⁷ Gegen eine derartige Bindung an die für den Beschuldigten günstigste Auslegung zivilrechtlicher Normen spricht schon, dass dies der Anerkennung des in-dubio-pro-reo-Grundsatzes in Rechtsfragen gleichkäme.⁷⁷⁸ Dass eine solche Anerkennung ganz überwiegend nicht geschieht, ergibt sich vor allem daraus, dass die Grenze des noch Vertretbaren zum

⁷⁷¹ *Beulke*, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (252); *Dierlamm*, StraFo 2005, S. 397 (400).

⁷⁷² *Zech*, Untreue durch Aufsichtsratsmitglieder (2006), S. 216.

⁷⁷³ *Beulke*, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (252), der zunächst vorschlägt, in solchen Fällen wenigstens den Tatbestandsvorsatz entfallen zu lassen, dann aber wegen „Unsicherheiten im Bereich der Irrtumsproblematik“ doch einen Ausschluss der Pflichtwidrigkeit befürwortet.

⁷⁷⁴ *Hopt*, in: Großkomm.-AktG, § 93 Rn. 99. Differenzierend *Spindler*, in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 65.

⁷⁷⁵ *Fleischer*, ZIP 2005, S. 141 (149).

⁷⁷⁶ *Rönnau*, ZStW 2007, S. 887 (913).

⁷⁷⁷ *Rönnau*, ZStW 2007, S. 887 (913); *Köllbel*, GA 2002, S. 403 (411, 419).

⁷⁷⁸ *Rönnau*, ZStW 2007, S. 887 (915) m.w.N.

schon nicht mehr Vertretbaren sich kaum ziehen lässt. Insbesondere dürfte es wohlhabenden und einflussreichen Beschuldigten wie etwa Spitzenmanagern häufig möglich sein, Strafverteidiger oder andere Rechtskundige zu ihrer Verteidigung ins Feld zu führen, die eine vertretbare Meinung entwickeln, der zufolge das in Frage stehende Verhalten rechtmäßig sei.⁷⁷⁹

Letztlich unterliegen die Täter in derartigen Fällen einem Rechtsirrtum. Grundsätzlich werden solche Rechtsirrtümer entweder als Verbotsirrtum nach § 17 StGB oder bei normativen Tatbestandsmerkmalen im Falle einer unzutreffenden Parallelwertung nach § 16 StGB behandelt. Es ist nicht einzusehen, dass es im Bereich der Untreuestrafbarkeit eines dieser hergebrachten Dogmatik widersprechenden „Managerprivilegs“ bedarf, welches schon die objektive Pflichtwidrigkeit nur deshalb ausschließen soll, weil sie nach vereinzelt vertretenen Rechtsansichten nicht gegeben ist. Daher ist das Erfordernis der Evidenz in dieser Hinsicht abzulehnen.

2. Das Evidenzerfordernis als Umschreibung des unternehmerischen Beurteilungs- und Ermessensspielraums

Da eine Einschränkung der Auslegungskompetenz nicht anzuerkennen ist, bleibt als mögliche anzuerkennende Funktion des Evidenzerfordernisses nur die Gewährung unternehmerischer Handlungsfreiheit durch das Strafrecht. Die Berücksichtigung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit ist auch das, was in den meisten Fällen gemeint ist, wenn von einer evidenten Fehlentscheidung gesprochen wird.⁷⁸⁰ Teilweise wird gefordert, jedes wirtschaftlich sinnvolle und vertretbare wirtschaftliche Ziel einer Vermögensdisposition müsse zur Folge haben, dass eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue ausscheidet.⁷⁸¹ Andere meinen, eine Pflichtverletzung liege nur vor, wenn die getroffene Entscheidung sich nicht mehr auf die Verfolgung von Gesellschaftszwecken zurückführen lasse⁷⁸² bzw. wenn sie nicht mehr als eine den Vermögensinhaber vertretende Entscheidung gedacht werden kann⁷⁸³. *Tiedemann* schlägt vor, bei offen formulierten Pflichtenmaßstäben nur einen „Verstoß gegen einen engen, unzweifelhaften Kernbereich“⁷⁸⁴ als Pflichtverletzung ausreichen zu lassen und betont, es müsse „jedes wirtschaftlich irgendwie sinnvolle oder vertretbare Ziel“ verfolgt werden dürfen, ohne dass dies

⁷⁷⁹Vgl. zu diesem Phänomen im „Fall Mannesmann“ *Schünemann*, NSStZ 2006, S. 196 (199) m.w.N.

⁷⁸⁰*Beulke*, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (254); *Ignor/Sättele*, in: FS-Hamm (2008), S. 211 (213 f.).

⁷⁸¹*Brammsen*, wistra 2009, S. 85 (88); *ders.*, ZIP 2009, S. 1504 (1507); *Kubicel*, NSStZ 2005, S. 353 (360); *Wollburg*, ZIP 2004, S. 657; vgl. auch *Otto*, in: FS-Kohlmann (2003), S. 187 (202); *Rönnau*, ZStW 119 (2007), S. 916 ff. *Rönnau/Hohn*, NSStZ 2004, S. 113 (118); *Tiedemann*, in: FS-Tröndle (1989), S. 319 (326 ff.).

⁷⁸²*Kubicel*, NSStZ 2005, S. 353 (360); vgl. auch *Tiedemann*, in: FS-Tröndle (1989), S. 319 (329).

⁷⁸³*Kubicel*, NSStZ 2005, S. 353 (360).

⁷⁸⁴*Tiedemann* in: FS-Dünnebier (1982), S. 519 (533).

eine Pflichtverletzung darstellt und es dürften nur „eindeutig unvertretbare Handlungsweisen“ unter § 266 StGB fallen.⁷⁸⁵

All diese Bestrebungen zur Tatbestandsrestriktion sind begrüßenswert und sollen nicht in Abrede gestellt werden. Denn, dass der Vermögensinhaber eine gewisse Bandbreite an Entscheidungen gelten lassen muss, ergibt sich aus dem Einsatz eines Vermögensverwalters mit einem gewissen Entscheidungsspielraum und aus dem zuvor bereits angesprochenen Rechtsgrundsatz der Fairness. All diese Einschränkungen werden aber schon von dem bereits auf Primärebene vorhandenen Beurteilungs- und Ermessensspielraum geleistet. Somit kann das Evidenzerfordernis nur eine Rolle spielen, wenn man es als Ausdruck für einen strafrechtlich zu gewährenden noch über den auf Primärebene bestehenden Spielraum hinausgehenden Freiraum ansieht. Angesichts der zuvor herausgearbeiteten Ergebnisse zum Ermessensspielraum fragt sich dann aber, welches Mehr an Freiheit das Strafrecht hier noch gewähren soll. Denn nur die Eingehung eines Risikos unter unverantwortlicher Überspannung der gebotenen unternehmerischen Risikobereitschaft kann überhaupt als Pflichtverletzung im Sinne des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG angesehen werden.

Wollte das Strafrecht weiteren Raum gewähren, müsste also auch das völlig unverantwortliche Eingehen eines Risikos vom Pflichtverletzungsurteil frei bleiben, nur weil es zur Verfolgung von Gesellschaftszwecken erfolgte. Eine solche Restriktion geht allerdings zu weit und wird auch, soweit ersichtlich, nicht vertreten. Für sie könnte auch das Prinzip der Subsidiarität nicht ins Feld geführt werden. Denn das Eingehen derart hoher Risiken unter Einsatz treuhänderisch anvertrauten Vermögens erreicht, ohne dass noch etwas hinzukommen müsste, die Grenze des sozial Unerträglichen. Zur Absicherung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit sind die schon auf Primärebene vorhandenen Freiräume völlig ausreichend und das Strafrecht setzt sich durch die Anpassung an die Primärebene nicht der Gefahr aus, unternehmerischen Wagemut durch drohende strafrechtliche Sanktionierung zu ersticken. Somit ist ein Evidenzerfordernis auch in dieser die Strafbarkeit einschränkenden Funktion nicht anzuerkennen und scheidet insgesamt als strafrechtsspezifische Voraussetzung einer Pflichtverletzung im Sinne der Untreue aus.

VI. Zwischenergebnis zur Akzessorietät und weitere Entgegnung auf das Verdikt der Verfassungswidrigkeit

Nachdem nun auch der letzte mögliche strafrechtsspezifische Restriktionsansatz erörtert wurde, kann also schließlich die Frage nach dem Ausmaß der Akzessorietät des Pflichtverletzungsmerkmals beantwortet werden. Die These der bloß asymmetrischen Akzessorietät konnte nicht verifiziert werden. Jedenfalls bei der Organuntreue herrscht eine strikte Akzessorietät. Alle anzuerkennenden Ein-

⁷⁸⁵Tiedemann, in: FS-Tröndle (1989), S. 319 (328).

schränkungen der Strafbarkeit, wie insbesondere der unternehmerische Ermessensspielraum, liegen bereits auf der Primärebene vor und schließen wegen der negativen Akzessorietät einen Pflichtverletzungsvorwurf aus. Alle nicht auf Primärebene bereits vorhandenen Restriktionen, wie insbesondere die Ausscheidung von Formalpflichten und solchen Pflichten, die nicht den Zweck haben, das Vermögen zu schützen oder keinen objektiven Vermögensbezug aufweisen, sind abzulehnen. Es besteht ein völliger Gleichlauf von Primär- und Sekundärebene.

Für die Organmitglieder von Aktiengesellschaften bedeutet dies, dass jedes Verhalten, das funktional als Wahrnehmung der Organaufgabe verstanden werden kann und gegen die Sorgfalt des ordentlichen und gewissenhaften Organmitglieds nach §§ 93 Abs. 1 S. 1, 116 S. 1 AktG verstößt, eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue ist. Wann dies wiederum der Fall ist, ergibt sich aus dem Zusammenspiel von Legalitätspflicht, Treuepflicht und dem unternehmerischen Beurteilungsspielraum. Die Organmitglieder begehen also nur dann, aber auch stets dann, eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue, wenn sie rechtswidrige Maßnahmen vornehmen, gegen ihre Treuepflichten verstoßen oder ein Risiko eingehen, das die gebotene Bereitschaft zur Eingehung von Risiken in unverantwortlicher Weise überspannt, so dass die Eingehung des Risikos aus der ex-ante-Perspektive des Handelnden nicht einmal mehr auf Plausibilitätserwägungen zurückgeführt werden kann. Für die hier vorzunehmende Untersuchung bedeutet dies, dass Abweichungen vom Kodex und von § 161 AktG eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue darstellen, soweit sie Pflichtverletzungen im Sinne des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG sind. Es kommt also nur auf die Beeinflussung der Primärebene an. Es muss daher nur noch herausgearbeitet werden, wann solche Abweichungen Verletzungen der Organpflichten darstellen.

Jedes Überschreiten des auf Primärebene vorhandenen Spielraums ist hinreichende Bedingung für das Bejahren einer Pflichtverletzung im Sinne der Untreue. Jedes Verhalten, das weder gegen Spezialnormen verstößt, noch den soeben genannten Spielraum überschreitet, ist schon auf Primärebene nicht pflichtwidrig und kann daher keine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue sein. Insoweit ist das Pflichtverletzungsmerkmal nicht asymmetrisch oder limitiert akzessorisch zur Verhaltensnormenebene, sondern strikt akzessorisch.

Nachdem dieser Befund erhoben ist, kann erneut zur Verfassungsmäßigkeit des Untreuetatbestandes Stellung genommen werden. Es ist deutlich geworden, dass die Organmitglieder der Aktiengesellschaft, solange sie sich an alle Rechtsnormen halten, einen weiten Ermessensspielraum haben, der jede aus der ex-ante-Perspektive nur einigermaßen nachvollziehbare Entscheidung schon von einem gesellschaftsrechtlichen Pflichtverletzungsvorwurf ausnimmt. Hier zeigt sich also, dass auch die Vereinbarkeit mit dem Subsidiaritätsprinzip gegeben ist. Ein ausreichender Schutz vor übermäßiger Kriminalisierung der Organtätigkeit ist bereits

durch den auf Primärebene vorhandenen unternehmerischen Beurteilungs- und Ermessensspielraum in hinreichendem Maße vorhanden.⁷⁸⁶

Es überzeugt also auch nicht, aus der Verknüpfung des Untreuetatbestandes mit dem Maßstab des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters einen Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz herzuleiten, dem nur durch eine weitere Eingrenzung, insbesondere auf evidentes Fehlverhalten, entgegengewirkt werden kann.⁷⁸⁷ Hierbei wird übersehen, dass dieser Maßstab keinesfalls in erster Linie auf kaufmännische Usancen abstellt, sondern vor allem eine Legalitätspflicht enthält. Eine strafrechtsspezifische Begrenzung auf einen evidenten, gravierenden oder offensichtlichen Verstoß ist schon deshalb nicht angezeigt, weil der unternehmerische Beurteilungs- und Ermessensspielraum ohnehin zu diesem Maßstab gehört. Jede Handlung, die sich innerhalb dieses Spielraums hält, ist schon kein Verstoß gegen den Maßstab des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters. Entscheidungen der Organmitglieder, die nicht vom weit gezogenen Ermessensspielraum erfasst werden, können ruhigen Gewissens als sozial unerträgliche Verhaltensweisen bewertet und damit der Sanktionierung durch das Strafrecht unterworfen werden. Dass sorgfältig zu prüfen ist, ob der unternehmerische Beurteilungs- und Ermessensspielraum tatsächlich überschritten wurde⁷⁸⁸, sollte dabei selbstverständlich sein.⁷⁸⁹ Auf nichts anderes deuten die Urteile des BGH hin, in denen von „gravierenden Pflichtverletzungen“ die Rede ist.

Der Untreuetatbestand steht im Einklang mit dem Subsidiaritätsprinzip: Angesichts der bereits dargestellten geringen Präventionseffizienz des Aktiengesellschaftsrechts muss der Schutz des Vermögens der AG auch durch das Strafrecht geleistet werden.⁷⁹⁰ Insbesondere ist mangelndes Einschreiten von Aufsichtsratsmitgliedern gegen ein Fehlverhalten des Vorstands sozial unerträglich und kann ohne Repression durch den Untreuetatbestand nicht aufgehalten werden.⁷⁹¹ Die Schadensersatzhaftung der Organmitglieder nach den §§ 93 Abs. 2 S. 1, 116 S. 1

⁷⁸⁶Murmann, Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in Jura.

⁷⁸⁷Brammsen, ZIP 2009, S. 1504 (1506). Ähnlich auch Kubiciel, NStZ 2005, S. 353 (355).

⁷⁸⁸Murmann, Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in Jura.

⁷⁸⁹Zurückhaltung ist bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals Vermögensnachteil geboten, siehe Beulke, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (262). So darf z.B. in Fällen der Submissionsuntreue im Herausgeben einer Bieterliste kein Vermögensnachteil im Sinne der Untreue gesehen werden. Hierbei entsteht nämlich nur eine abstrakte Gefahr, ein Risiko, dass zu diffus ist, um es bewerten und somit als Schaden betrachten zu können, siehe Saliger, HRRS 2006, S. 10 (12 f.). Ebenso verhält es sich mit der mangelnden Dokumentation von Zahlungen, die nur eine abstrakte Gefahr doppelter Inanspruchnahme mit sich bringt und mit den Fällen der unordentlichen Buchführung. (BGHSt 20, 304; BGHSt 47, 8) Eine Pflichtverletzung ist in diesen Fällen unzweifelhaft gegeben. Die verfassungsgemäße Auslegung des Untreuetatbestandes lässt es jedoch nicht zu, hier einen Vermögensnachteil anzunehmen. Jedenfalls muss bei Risikogeschäften genau geprüft werden, ob neben der Pflichtverletzung auch ein Vermögensnachteil und nicht nur eine abstrakte Vermögensgefährdung vorliegt. Siehe Murmann, Untreue und Risikogeschäfte, demnächst in Jura.

⁷⁹⁰Schilba, Aufsichtsrats Tätigkeit (2008), S. 31 m.w.N.

⁷⁹¹Vgl. auch Bosch/Lange, JZ 2009, S. 225 (227).

AktG dient zwar nicht ausschließlich dem Ausgleich von Vermögensschäden, sondern auch der Prävention. Aber durch die Schadensersatzhaftung allein werden die Organmitglieder nicht hinreichend abgeschreckt. Wichtig ist insofern auch, dass D&O Versicherungen im Falle von Straftaten meist nicht eingreifen, während sie bei bloßer Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen Organmitglieder normalerweise dazu führen, dass das Organmitglied nur einen Teil des Schadensersatzes selbst leisten muss (sog. Selbstbehalt). Das Strafrecht in Gestalt des umfassenden Untreuetatbestandes ist für die Sanktionierung von organschaftlichem Fehlverhalten also unentbehrlich.⁷⁹²

Die Existenz einer allgemeinen, nicht kasuistischen Untreuenorm ist legitimierbar und unverzichtbar für das Vermögensstrafrecht als System. Die übrigen zentralen Tatbestände des Vermögensstrafrechts, also die §§ 242, 246, 253 und 263 StGB bieten keinen hinreichenden Schutz gegen Vermögensangriffe, die von innen heraus erfolgen.⁷⁹³ Insbesondere unverzichtbar ist die Strafvorschrift des § 266 StGB unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgrundsatzes: Vor allem im Hinblick auf den Diebstahl wäre es nicht zu rechtfertigen, dass Organmitglieder von Aktiengesellschaften schadensgeneigte Verletzungen ihrer Vermögensbetreuungspflicht straflos begehen könnten, während der Zugriff auf das Eigentum weitgehend unter Strafe gestellt ist.⁷⁹⁴ Ohne den Untreuetatbestand müsste sich das Strafrecht den Vorwurf gefallen lassen, „die Kleinen zu hängen und die Großen laufen zu lassen“.⁷⁹⁵ Außerdem müsste es vor dem die Wirtschaftstätigkeit zunehmend prägenden Auseinanderfallen von Vermögensinhaberschaft und -verwaltung schlicht kapitulieren. Die Unklarheiten, die bei der Auslegung des Untreuetatbestandes bestehen, können an der Existenzberechtigung einer nicht kasuistischen Untreuevorschrift nichts ändern. Sie müssen vielmehr als Ansporn zur weiteren wissenschaftlichen Durchdringung der Materie angesehen werden.⁷⁹⁶

Durch diese Ausrichtung erweist sich die Untreue im System Vermögensstrafrecht sowohl als legitimierbar als auch als unverzichtbar, weil sie weder durch den nur Angriffe von außen erfassenden § 263 StGB noch durch den nur die Herrschaft über Sachen schützenden § 246 StGB ersetzt werden kann.⁷⁹⁷ Eine Systemgerechtigkeit des Vermögensstrafrechts wäre ohne einen allgemeinen Untreuetatbestand nicht gewährleistet, weil er einer der wenigen Tatbestände ist,

⁷⁹² *Schilba*, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 31; *Schünemann*, Organuntreue, S. 44.

⁷⁹³ *Rönnau*, ZStW 119 (2007), S. 887 (891); *Saliger*, Parteiengesetz (2003), S. 26 ff.; *ders.*, HRRS 2006, S. 10 (17); *ders.*, in: SSW, § 266 Rn. 3.

⁷⁹⁴ *Rönnau*, ZStW 119 (2007), S. 887 (891); vgl. auch *Saliger*, HRRS 2006, S. 10 (17). Gegen diesen Vergleich ausdrücklich *Brammsen*, wistra 2009, S. 85 (87).

⁷⁹⁵ *Rönnau*, ZStW 119 (2007), S. 887 (891); vgl. auch *Beulke*, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (246); *Ransiek*, ZStW 116 (2004), S. 634 (636); *Saliger*, HRRS 2006, S. 10 (17); *ders.*, in: SSW, § 266 Rn. 4.

⁷⁹⁶ *Rönnau*, ZStW 119 (2007), S. 887 (893).

⁷⁹⁷ *Saliger*, in: SSW, § 266 Rn. 3.

die sich vorwiegend gegen die „Großen und Mächtigen“ in der Gesellschaft richten.⁷⁹⁸

Auch zum Bestimmtheitsgebot muss erneut Stellung genommen werden: Dazu, ob neben der Gewährleistung der Einschätzbarkeit von Strafbarkeitsrisiken auch die zweite Funktion des Bestimmtheitsgebots beim Untreuetatbestand noch gewährleistet ist, wurde bisher noch nicht Stellung genommen. Diese Funktion besteht darin, die Entscheidungsautonomie des Gesetzgebers über die Strafbarkeit sicherzustellen.⁷⁹⁹ Sowohl die Entscheidungen über die Verbotenheit auf Primärebene als auch die Entscheidung, dass alle Verhaltensweisen, die in funktionalem Zusammenhang mit der Vermögensbetreuungspflicht stehen, gegen spezielle Verhaltensnormen auf Primärebene verstoßen (oder den unternehmerischen Beurteilungs- und Ermessensspielraum überschreiten) und einen Vermögensnachteil zur Folge haben, als Untreue strafbar sind, ist durch den Wortsinn des Untreuetatbestands hinreichend zum Ausdruck gekommen. Nach alledem kann festgehalten werden, dass § 266 StGB entgegen der häufig geäußerten Gegenansicht nicht verfassungswidrig ist.⁸⁰⁰

Gegen die Richtigkeit und Angemessenheit dieser Wertung lässt sich auch nicht mit dem ultima-ratio-Prinzip argumentieren⁸⁰¹, denn dazu müsste dargetan werden, dass derartigen Überschreitungen des unternehmerischen Beurteilungs- und Ermessensspielraums mit mildereren Mitteln, wie z.B. Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft hinreichend begegnet und entgegengewirkt werden kann.

Dies ist aber nicht der Fall. Denn Schadensersatzansprüche gegen den Vorstand können nur durch den Aufsichtsrat geltend gemacht werden und dieser hat häufig kein großes Interesse an dem Publizieren von Pflichtverletzungen des Vorstands, da er sich dann häufig vorwerfen lassen muss, seine Überwachungsaufgabe nicht sorgfältig wahrgenommen zu haben.

Noch drastischer tritt dieses Strukturproblem der Aktiengesellschaftsverfassung hervor, wenn es um die Verletzung der Überwachungspflicht durch den Aufsichtsrat und hiermit verbundene Schadensersatzansprüche geht, die vom Vorstand geltend zu machen sind. Denn hier müsste der gegen den Aufsichtsrat klagende Vorstand gerade vortragen, dass der Aufsichtsrat pflichtwidrig gegen Pflichtverletzungen des Vorstands selbst nicht eingeschritten sei.

Es trifft insofern nicht zu, dass das Strafrecht in der Strenge hinter dem Zivilrecht und dem öffentlichen Recht zurückzustehen habe. Vielmehr muss die durch

⁷⁹⁸Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 3. Siehe auch Saliger, HRRS 2006, S. 10 (17): „Denn Täter können nur vermögensbetreuungspflichtige Personen sein, die in der Regel über bessere Herkunft und höhere Schulbildung verfügen.“

⁷⁹⁹BVerfGE 92, 1, 12; BVerfG NJW 1986, S. 1671; Eser, in: Schönke/Schröder, § 1 Rn. 17.

⁸⁰⁰BVerfG, Beschluss vom 10. 3. 2009 - 2 BvR 1980/07 = NJW 2009, S. 2370; Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 22; Ransiek, ZStW 116 (2004), S. 634 (640 ff.); Rönnau, ZStW 119 (2007), S. 883 (892 f.); Saliger, in: SSW, § 266 Rn. 4; Schönemann, in: LK-StGB, § 266 Rn. 29 ff. A. A. Dierlamm, in: MüKo-StGB, § 266 Rn. 3 ff.; Kargl, ZStW 113 (2001), S. 569 (576, 589).

⁸⁰¹So aber Beulke, in: FS-Eisenberg (2009), S. 245 (256).

das Gesellschaftsrecht vorgenommene Wahrnehmung der Dispositionsbefugnis der AG durch das Pflichtverletzungsmerkmal der Untreue flankiert und jede Zuwiderhandlung gegen die den Organmitgliedern vorgegebene Sorgfalt als Pflichtverletzung auch im Sinne der Untreue angesehen werden.

Zwischenergebnis zu Kapitel 1

Die These von der bloß asymmetrischen Akzessorität hat sich für die Organuntreue nicht bewahrheitet. Es besteht im Kontext der Organuntreue also eine strikte Akzessorität des Pflichtverletzungsmerkmals. Alle notwendigen Restriktionen sind schon auf der Primärebene vorhanden. Das gilt insbesondere für den unternehmerischen Beurteilungs- und Ermessensspielraum. Der schon auf Primärebene vorhandene Spielraum ist derart weit, dass der an die Überschreitung der Primärnormen anknüpfende Untreuetatbestand die zur Erwirtschaftung von Gewinnen notwendige Risikobereitschaft nicht übermäßig einengt. Auch das Erfordernis eines funktionalen Zusammenhangs zwischen Pflichtverletzung und Vermögensbetreuungspflicht ist jedenfalls bei der Organuntreue keine strafrechtsspezifische Einschränkung. Steht das Handeln nicht in einem solchen Zusammenhang mit der Herrschaftsposition des Täters, kann es auch nicht als Verletzung der Organpflichten angesehen werden. Die für die Organmitglieder geltende vollständige Legalitätspflicht ist tauglicher Anknüpfungspunkt für einen Pflichtverletzungsvorwurf. „Nützliche Pflichtverletzungen“ oder „profitable Rechtsbrüche“ sind den Organmitgliedern nicht nur durch das Gesellschaftsrecht verboten, sondern verwirklichen auch den untreuenspezifischen Handlungsunwert der Untreue, weil sie einen den Interessen des Treugebers widersprechenden Gebrauch der anvertrauten Herrschaftsmacht und damit eine Pervertierung der fremdnützig eingeräumten Machtposition darstellen. Insbesondere scheiden Normen, die nicht das Vermögen schützen, Formalvorschriften und Gläubigerschutzvorschriften nicht als Anknüpfungspunkt für die Untreue aus. Jeder Rechtsverstoß im Rahmen der Organtätigkeit ist eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue. Normverstöße müssen auch nicht gravierend oder evident sein, damit eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue vorliegt.

Im Kontext der Organuntreue ist das Pflichtverletzungsmerkmal also gleichbedeutend mit dem Zurückbleiben hinter den Anforderungen der §§ 93 Abs. 1 S. 1, 116 S. 1 AktG, also mit der Nichtanwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Organmitglieds. Die hierzu gehörenden Sorgfalts-, Treue- und Verschwiegenheitspflichten, mit ihren Einzelausprägungen Legalitätspflicht, Überwachungspflicht, Planungspflicht pp. sind umfassend untreuebewehrt. Denn das Verletzen dieser Pflichten kann als den Interessen des Vermögensinhabers AG entgegengesetzte Ausübung und somit als Pervertierung der den Organmitgliedern über das fremde Vermögen eingeräumten Herrschaftsmacht angesehen

werden. Dass die vollständige Untreuebewehrung des gesellschaftsrechtlichen Maßstabs aus § 93 Abs. 1 S. 1 AktG angemessen und mit der Verfassung vereinbar ist, ergibt sich daraus, dass die Organmitglieder in erster Linie eine Legalitätspflicht trifft. Die Übertretung einer Verhaltensnorm ist für die Organmitglieder hinreichendes Warnzeichen dafür, dass sie sich in einen Bereich potenzieller Strafbarkeit begeben, zumal von Organmitgliedern durchaus umfassende Rechtskenntnisse erwartet werden können.

Auch eines besonderen strafrechtlichen Schutzes vor der Einengung unternehmerischer Entscheidungsfreiheit bedarf es nicht. Halten die Organmitglieder sich an alle Rechtsnormen, ist nur eine solche Entscheidung als Pflichtverletzung im Organverhältnis und somit auch als Pflichtverletzung im Sinne der Untreue anzusehen, die eine unverantwortliche Überspannung der unternehmerischen Risikobereitschaft darstellt. Von einer solchen Unverantwortlichkeit wird nur ausgegangen, wenn die Entscheidung, aus der ex-ante-Perspektive des Handelnden betrachtet, sich nicht mehr auf Plausibilitätserwägungen stützen lässt. Jenseits dieses Spielraums bedarf es weder einer gravierenden Pflichtverletzung noch einer evidenten Fehlentscheidung.

Wegen der umfassenden Legalitätspflicht und des weiten unternehmerischen Entscheidungsspielraums stellt sich das Pflichtverletzungsmerkmal im Kontext der Organuntreue als Korrelat dieser beiden Grundpfeiler des Gesellschaftsrechts dar. Die Pflichtverletzung lässt sich anhand dieser beiden vollständig definieren: Sie ist gegeben, wenn Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder in Ausführung ihrer Organtätigkeit gegen eine Rechtsnorm verstoßen oder eine Handlung vornehmen, durch die sie ein die gebotene unternehmerische Risikobereitschaft in unverantwortlichem Maße überschreitendes Risiko eingehen. Weiterer Voraussetzungen bedarf es nicht.

Kapitel 2: Hintergrund und Zielrichtung des durch § 161 AktG flankierten Kodex

Aufgrund der soeben herausgearbeiteten strikten Akzessorietät des Pflichtverletzungsmerkmals ist der Weg der weiteren Untersuchung vorgezeichnet. Es kommt darauf an, ob Abweichungen vom Kodex und von § 161 AktG gegen das primärrechtliche Pflichtenprogramm der Organmitglieder aus den §§ 93 Abs. 1 S. 1, 116 S. 1 AktG verstoßen, da in diesem Falle zugleich eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue gegeben ist.⁸⁰² Es müssen also die rechtlichen Implikationen des aus Kodex und § 161 AktG bestehenden Regelungsgeflechts für die Verhaltensnormebene herausgearbeitet werden, um beurteilen zu können, ob der untreuenspezifische Handlungsunwert⁸⁰³ durch die hier in Frage stehenden Abweichungen verwirklicht wird.

⁸⁰²Auf die Ergebnisse und Begründungswege der Gegenansichten kann hingegen nur vereinzelt an besonders prägnanten Stellen eingegangen werden, da insbesondere ein weniger zivilrechtsakzessorisches Untreuemodell ganz andere Überlegungen erfordert als das hier präsentierte und ein detailliertes Eingehen hierauf den hier vorzunehmenden Gedankengang zu sehr verwirren würde.

⁸⁰³Ein Funktionalzusammenhang zwischen Vermögensbetreuungspflicht und pflichtwidriger Handlung liegt in den hier interessierenden Fällen stets vor. Denn Abweichungen von den Kodexbestimmungen selbst (Kapitel 3) treten nur bei Tätigkeiten der Organmitglieder auf, die sie in

Um dieses Ziel zu erreichen, soll in diesem Kapitel der Kodex in seinem Zusammenspiel mit der flankierenden gesellschaftsrechtlichen Vorschrift des § 161 AktG umrissen werden. Dabei sollen sein Entstehungshintergrund, die mit ihm verfolgten Zwecke, seine Struktur und seine inhaltlichen Schwerpunkte dargestellt werden, wozu nicht zuletzt eine Erläuterung des Phänomens Corporate Governance an sich gehört. Die in rechtspolitischer Hinsicht mit Kodex und Erklärungsspflicht verfolgten Zwecke sind dabei hervorzuheben, da eine etwaige normative Wirkung der Kodexbestimmungen im Rahmen des Sorgfaltsmaßstabs des ordentlichen und gewissenhaften Organmitglieds ansonsten nicht beurteilt werden kann. Denn die herkömmliche Rechtsquellenlehre mit der grundlegenden Dichotomie von Rechtsquellen und bloßen Rechtserkenntnisquellen stößt bei der Bewertung der Kodexbestimmungen zumindest dem ersten Anschein nach an ihre Grenzen, was in Anbetracht der umfassenden Legalitätspflicht der Organmitglieder und des Konkretisierungsbedarfs bei den §§ 93 Abs. 1 S. 1, 116 S. 1 AktG besonders problematisch ist.

Die durch das Zusammenspiel mit der Erklärungsspflicht nach § 161 AktG entstehende, einzigartige Wirkungsweise des Kodex soll ebenfalls näher beleuchtet werden, da Kodex und Erklärungsspflicht insofern eine Sinneinheit bilden, als sie ohne einander weitgehend zweck- und gegenstandslos sind. Durch diese Verflechtung entstehen rechtliche Komplikationen, sowohl bei der Interpretation des Kodex als auch derjenigen des § 161 AktG, welche das Herausarbeiten der tatsächlich bestehenden Verhaltenspflichten erschweren. Da für die Subsumtion unter das Pflichtverletzungsmerkmal der Untreue eben diese Verhaltenspflichten, nicht zuletzt aufgrund des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots, aber eindeutig sein müssen, kann eine Untersuchung der Untreuerelevanz des Kodex vor solchen Problemen nicht halt machen oder sie gar verschleiern, sondern muss sie aufdecken und das tatbestandsmäßige Verhalten genau herausarbeiten. Insbesondere wird darauf einzugehen sein, inwiefern durch die Erklärungsspflicht nach § 161 AktG ein faktischer Druck zur Befolgung der Kodexbestimmungen auf den Organmitgliedern lastet und wie sich ein solcher Druck in rechtlicher Hinsicht auswirkt. Außerdem soll deutlich werden, welchen Inhalt die Entsprechenserklärung haben muss, damit § 161 AktG genüge getan ist, welche organisatorischen Maßnahmen eine Entsprechenserklärung erfordert und wie sich die aktienrechtliche Kompetenzverteilung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat auf die Verhaltenspflichten der Organmitglieder im Zusammenhang mit dem Kodex auswirkt. Erst wenn diese Fragen geklärt sind, kann in den folgenden Kapiteln abschließend geprüft werden, ob Abweichungen vom Kodex und von § 161 AktG Pflichtverletzungen im Sinne der Untreue sind.

A) Bedeutung und Hintergrund der Corporate Governance

Um die rechtlichen Implikationen des Kodex beurteilen zu können, muss zunächst geklärt werden, was Corporate Governance bedeutet und welche Zielrichtung sie hat. Insbesondere muss Klarheit darüber gewonnen werden, wem Corporate Governance eigentlich dienen soll, warum sie in den letzten Jahrzehnten zum Modethema des Wirtschaftsrechts geworden ist und welchen Stellenwert sie für die Organtätigkeit in der börsennotierten Aktiengesellschaft hat. Diese Vorarbeiten gilt es in diesem Abschnitt zu leisten.

I. Die Ambivalenz des Begriffs „Corporate Governance“

„Corporate Governance“ ist, ebenso wie „Transparenz“, „Publizität“ und „Deregulierung“, ein Modebegriff und als solcher in aller Munde. Das liegt daran, dass mit diesem griffigen Ausdruck vage positive Assoziationen verbunden sind und man ihn sich daher gern auf die Fahnen schreibt. Vor allem potenziellen Anlegern, aber auch der übrigen, an der in führenden Unternehmen herrschenden Geschäftsmoral häufig zweifelnden, Bevölkerung soll durch seine Betonung ein Gefühl der Sicherheit vermittelt werden. Gerade weil von diesem Begriff aber in der letzten Zeit so häufig Gebrauch gemacht wird, herrscht wenig Klarheit darüber, was eigentlich mit ihm gemeint ist.⁸⁰⁴ Vor allem ist unklar, ob es sich um ein Gebiet der Rechts- oder der Wirtschaftswissenschaft handelt, ob mit ihm empirische oder normative Fragen angesprochen werden und wie weit der von Corporate Governance betroffene Personenkreis überhaupt zu ziehen ist. Nicht zuletzt aufgrund dieser schillernden Gestalt des Begriffs begegnet vor allem die Rechtswissenschaft der Corporate Governance und in ganz besonderem Maße dem Kodex weitgehend mit Skepsis. Daher soll hier der Versuch einer Begriffsbestimmung unternommen werden.

1. Corporate Governance als Umschreibung einer guten Aktiengesellschaftsverfassung

Der Wortsinn des Begriffs Corporate Governance ist zunächst einmal ernüchternd: Der Begriff „corporate“ leitet sich von „corporation“ ab, einem Begriff der im anglo-amerikanischen Rechtskreis Gesellschaften und insbesondere Aktiengesellschaften meint. Der unselbstständige Begriff „corporate“ dient in Wissenschaft und Praxis als Präfix, um die Beziehung einer Materie speziell zu diesen „corporations“ zu kennzeichnen, wie beispielsweise bei „corporate finance“ oder „corporate law“. „Governance“ stammt von dem Begriff „to govern“ ab, worunter man Tätigkeiten wie Leitung, Beherrschung und Verwaltung versteht. Somit kann man

⁸⁰⁴Vgl. Hüffer, § 76 Rn. 15a.

Corporate Governance wörtlich schlicht als Aktiengesellschaftsverwaltung übersetzen.

Die hierüber hinausgehenden, im Schrifttum verbreiteten Definitionen sind zahlreich. Teils definiert man Corporate Governance als den rechtlichen und faktischen Ordnungsrahmen für die Leitung und Überwachung eines Unternehmens⁸⁰⁵, teils, weniger das Organisatorische betonend, als materielle Unternehmensverfassung⁸⁰⁶. Stärker aktionärsbezogen, wird von ihr auch als der Gesamtheit der auf das Aktionärsinteresse ausgerichteten Grundsätze gesprochen, die unter Wahrung von Entscheidungsfähigkeit und Effizienz auf der obersten Unternehmensebene Transparenz und ein ausgewogenes Verhältnis von Führung und Kontrolle anstreben.⁸⁰⁷ *Spindler* zufolge umfasst Corporate Governance die Funktionsweise, das Zusammenwirken und die Überwachung der Leitungsorgane der Aktiengesellschaft.⁸⁰⁸ An letzterer Definition wird am besten deutlich, welche Ebene einer Aktiengesellschaft überhaupt Gegenstand von Corporate Governance ist. Denn bezogen ist sie stets auf die oberste Organisationsebene eines Unternehmens, also auf den Vorstand, den Aufsichtsrat und die Hauptversammlung. Dass dabei zwischen Leitung und Überwachung differenziert wird, ist der durch unsere Rechtsordnung vorgegebenen Trennung der beiden Führungsaufgaben geschuldet, welche sowohl in personaler als auch (trotz gewisser Einschränkungen⁸⁰⁹) in sachlicher Hinsicht strikt einzuhalten ist, vgl. §§ 76, 77, 111 AktG (sog. dualistisches System). Gute Corporate Governance in diesem Sinne liegt also vor, wenn die Verschränkung der Kompetenzen der obersten Aktiengesellschaftsorgane in einer Weise nutzbar gemacht wird, die ideale Rahmenbedingungen für effiziente unternehmerische Entscheidungen schafft.⁸¹⁰

Was in diesem Sinne ideal ist, hängt davon ab, aus welcher Perspektive man die Unternehmensführung betrachtet. Dementsprechend wird häufig noch zwischen interner und externer Corporate Governance differenziert. Erstere beschäftigt sich vornehmlich mit dem Verhältnis von Vorstand und Aufsichtsrat, ihren jeweiligen Beziehungen zur Gesellschaft und mit Fragen, die sich aus der Verschränkung der Organkompetenzen ergeben.⁸¹¹ Externe Corporate Governance nimmt hingegen das Verhältnis der Träger der Unternehmensführung zu den

⁸⁰⁵*v. Werder*, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 1.

⁸⁰⁶*Semler*, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 2; siehe auch *v. Werder*, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 1: schlicht „Unternehmensverfassung“. Unternehmensverfassung ist hiernach das System der miteinander verschränkten Kompetenzen der Organe der Aktiengesellschaft, also des Vorstands, des Aufsichtsrats und der Hauptversammlung.

⁸⁰⁷http://www.six-swiss-exchange.com/admission/being_public/governanc_de.html.

⁸⁰⁸*Spindler*, in: MüKo-AktG, vor § 76 Rn. 1.

⁸⁰⁹Teilweise nimmt, wie bereits dargestellt, auch der Aufsichtsrat die Geschäftsleitung wahr, während andererseits dem Vorstand einige Überwachungsaufgaben zukommen.

⁸¹⁰*Bertrams*, Haftung (2003), S. 24.

⁸¹¹Vgl. die Definitionen der internen und externen Corporate Governance bei *Claussen/Brücker*, AG 2000, S. 481; *Heck*, Haftungsrisiken (2006), S. 3 und *v. Werder*, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 1.

wesentlichen Bezugsgruppen des Unternehmens, den sog. „stakeholders“ in den Blick, wobei der Schwerpunkt auf dem Verhältnis zu den Anteilseignern, den sog. „shareholders“, liegt.⁸¹² Für die hier verfolgten Zwecke interessiert hauptsächlich die interne Corporate Governance, da es um die Untreuestrafbarkeit der Organmitglieder zu Lasten der Gesellschaft und nicht zu Lasten der Aktionäre geht. Die pflichtgemäße Wahrnehmung der durch die materielle Aktiengesellschaftsverfassung verteilten Leitungs- und Überwachungsaufgaben und der hiermit einhergehenden Kompetenzen ist somit die für diese Untersuchung relevante Komponente der Corporate Governance. Die zuvor erörterten Sorgfaltspflichten der Organmitglieder in ihren einzelnen Facetten, wie etwa Legalitäts- und Treupflichten, bilden das für diesen Teil der Corporate Governance geltende Verhaltensnormprogramm. Alle hierin enthaltenen Pflichten sind Teil des Gesamtkonzepts der aktienrechtlichen Unternehmensverfassung, welche letztlich durch die Gewährleistung von „checks and balances“ das Wohl des Unternehmens sichern soll. Somit ist Corporate Governance in dieser Hinsicht letztlich nichts neues, sondern nur eine griffige Bezeichnung für eine gute Aktiengesellschaftsverfassung.

2. Corporate Governance als Disziplin

Während nach den zuvor genannten Definitionen Corporate Governance als im Unternehmen zu bewältigende Tätigkeit in den Blick genommen wird, kommt dem Begriff aber auch noch eine weitere, stärker normativ geprägte Bedeutung zu. Denn er wird häufig verwendet, um die wissenschaftliche Disziplin⁸¹³ zu bezeichnen, die sich damit beschäftigt, wie die in der Aktiengesellschaft anfallenden Führungsaufgaben am besten bewältigt werden können, indem sie die Erkenntnisse der Rechts- und der Wirtschaftswissenschaften zu Programmsätzen für Vorstands- und Aufsichtsrats Tätigkeit zusammenzufassen versucht. Das Ziel ist dabei, die gesellschaftsrechtliche Ordnung derart zu gestalten, dass durch effiziente Leitung und Überwachung vor allem die Interessen von Anlegern gewahrt werden.⁸¹⁴ Aus dieser Perspektive betrachtet, bezeichnet Corporate Governance also die auf Verbesserung der Unternehmensführung abzielenden Anstrengungen des Gesetzgebers, der Regierung und der Wirtschaft selbst.

Charakteristisch für Corporate Governance als Disziplin ist ihr starker Aktionärsbezug.⁸¹⁵ Sie will die Attraktivität von Investitionen in Aktien fördern, indem sie Aktionärsrechte schützt. Das soll dadurch geschehen, dass die Aktionäre durch

⁸¹²Claussen/Bröcker, AG 2000, S. 481; Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 3; v. Werder, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 1.

⁸¹³Bei Corporate Governance handelt es sich nicht um eine Rechtsmaterie, sondern um eine normative Disziplin. In Anbetracht des Ausmaßes der Anstrengungen, die auf diesem Gebiet nicht zuletzt seitens der Politik unternommen werden, kann man, wie es v. Werder, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 3 tut, geradezu von einer Corporate Governance Bewegung sprechen.

⁸¹⁴Claussen/Bröcker, AG 2000, S. 481; Hüfner, § 76 Rn. 15a.

⁸¹⁵Siehe Assmann, in: Assmann/Schütze, § 1 Rn. 48; Hanfland, Haftungsrisiken (2006), S. 33; Hüfner, § 76 Rn. 15a.

weitgehende Transparenz der Unternehmensführung in die Lage versetzt werden, sowohl eine wohlinformierte Entscheidung darüber zu treffen, ob sie ihr Engagement aufrecht erhalten (bzw. mit einem solchen beginnen), als auch von ihren Mitgliedsrechten, wie etwa bestimmten Klagerechten, in effizienter Weise Gebrauch zu machen.⁸¹⁶ Diese Ausrichtung der Disziplin Corporate Governance wirkt sich wiederum auf das Verhalten der Organmitglieder aus, da sie angesichts der weitgehenden Transparenz gehalten sind, die Anleger von ihren Führungsmaßnahmen zu überzeugen.⁸¹⁷

Die weitgehende Offenlegung der Entscheidungsprozesse im Unternehmen und ihrer Umsetzung sollen, den Vorstellungen der Befürworter von Corporate Governance zufolge, schon ausreichen, um die Organmitglieder zu möglichst effizienter und vor allem legaler und ethisch-moralisch vorbildlicher Unternehmensführung zu zwingen. Schon wegen des mit zweifelhaften Geschäftspraktiken verbundenen Erklärungsdrucks sollen sie hiervon Abstand nehmen. Ob dies wirklich effizienter ist als eine starre Fremdregulierung durch detaillierte gesetzliche Vorschriften und die Wirtschaftenden in ihrer unternehmerischen Freiheit weniger einschränkt, kann man durchaus anzweifeln. Denn einerseits ist Selbstregulierung durch Transparenz auf weitgehende Publizität unternehmensbezogener Informationen angewiesen, welche wiederum durch das Recht erzwungen werden muss, so dass der Regulierungsdruck nicht verschwindet, sondern nur verlagert wird. Und andererseits versagt ein solches System als Ersatz für gesetzgeberisches Handeln, wenn in ethischer Hinsicht zweifelhafte Geschäftspraktiken vom Kapitalmarkt sehenden Auges toleriert werden, etwa weil sie weitgehend üblich geworden sind.

Eine Kritik der rechtspolitischen Entscheidungen des Gesetzgebers im Bereich Unternehmensführung kann hier selbstverständlich nicht erfolgen und wäre auch unangebracht. Aber man muss sich darüber im Klaren sein, dass Transparenz sicher kein Allheilmittel ist, und dass sie die Unternehmen, die ausdrücklich nicht in das enge Korsett immer detaillierterer Rechtsvorschriften geschnürt werden sollen, ebenfalls erheblich belastet. Publizitätspflichten und die transparente und insbesondere für Anleger verständliche Darstellung der unternehmensinternen Entscheidungen belasten die Unternehmen mit hohen Organisationskosten. Es müssen Corporate Governance Beauftragte abgestellt und ganze Unternehmensabteilungen allein zur Erfüllung der gesellschafts- und kapitalmarktrechtlichen Publizitätspflichten eingerichtet werden. Die Rechtsberatung im Bereich Corporate Governance ist zu einem hochprofitablen Zweig der Anwaltstätigkeit geworden, da die Organmitglieder der betroffenen Unternehmen bereit sind, hohe Preise zu zahlen, um „auf der sicheren Seite“ zu sein. Derartige, letztlich vor allem den Interessen der Aktionäre und Kapitalmarktteilnehmer dienende, Ausgaben schlagen sich z.B. in den Produktpreisen dieser Unternehmen nieder und fallen

⁸¹⁶Hanfland, Haftungsrisiken (2006), S. 33.

⁸¹⁷Vgl. Hüffer, § 76 Rn. 15a.

somit dem durchschnittlichen Verbraucher zur Last, der Investitionen in Aktien grundsätzlich skeptisch gegenüber steht und von der erreichten Transparenz somit nicht profitiert. Corporate Governance als Disziplin hat somit auch durchaus Nachteile. Es verwundert daher nicht, dass Wissenschaft und Praxis den Bestrebungen des Gesetzgebers und der Regierung und vor allem dem Kodex teilweise sehr skeptisch gegenüberstehen, und dass Corporate Governance zum Teil als unnötig empfunden wird. Im Laufe der Untersuchung ist daher auch stets ein Seitenblick auf die zum Kodex häufig gestellten Zweckmäßigkeitfragen zu werfen und Zurückhaltung geboten, wenn es darum geht, die Organmitglieder von Aktiengesellschaften mit untreuebewehrten Verhaltenspflichten zu belasten.

II. Compliance und ihre Relevanz für die Corporate Governance

Eine mit Corporate Governance eng verwandte Disziplin, die ebenfalls als Modethema gilt, ist die sog. (Corporate-) Compliance. Compliance bedeutet wörtlich schlicht „Befolgung“ und will sicherstellen, dass aus einem Unternehmen heraus keine Rechtsbrüche begangen werden, wobei die Bekämpfung von gemeinschädlichen Verhaltensweisen wie Korruption und Umweltschädigung im Vordergrund steht. Dass Gesetze einzuhalten sind, ist selbstverständlich. Die Frage, wie man ihre Befolgung aber im Unternehmen sicherstellen kann, ist angesichts der vielen Möglichkeiten, sich in der Struktur eines Unternehmens der Verantwortung für Rechtsbrüche zu entziehen und diese Verantwortung zu verschleiern, derart schwierig zu beantworten, dass sich hierzu die Spezialdisziplin Compliance entwickelt hat. Compliance bezeichnet die Gesamtheit der Maßnahmen zur Gewährleistung rechtmäßigen Verhaltens aller Unternehmen, ihrer Organwalter, der ihnen nahestehenden Personen und ihrer Mitarbeiter im Hinblick auf alle gesetzlichen Gebote und Verbote.⁸¹⁸ Bei Compliance steht also die Vermeidung von Verstößen gegen das Recht „aus dem Unternehmen heraus“ im Mittelpunkt (Unternehmensdelinquenz bzw. Unternehmenskriminalität). Durch Aufklärung, Schulung und Einübung im einschlägigen Recht sollen solche Entgleisungen verhindert werden. Aus dem Blickwinkel der Compliance betrachtet, sind Regelverstöße in erster Hinsicht mit wirtschaftlichen Risiken für das Unternehmen verbunden. Diese hält sie für nur teilweise vermeidbar und versucht, sie, vor allem durch Prävention, zu minimieren.⁸¹⁹

Im Überschneidungsbereich von Corporate Governance und Compliance kommt der Compliance letztlich nur eine dienende Funktion zu: Sie stellt die Befolgung der Verhaltensstandards sicher, welche eine gute Corporate Governance erfordert. Denn Kardinalpflicht eines ordentlichen und gewissenhaften Organmitglieds und damit Schwerpunktthema der Corporate Governance ist die umfassende Legalitätspflicht, die keinerlei Rechtsbruch in Ausführung der Organaufgaben

⁸¹⁸Bock, ZIS 2/2009, S. 68.

⁸¹⁹Hauschka, § 1 Rn. 1ff.

zulässt. Derartige Rechtsbrüche zu verhindern, ist die Aufgabe der Compliance.⁸²⁰ Die umfassende Legalitätspflicht der Organmitglieder lässt auch die Einhaltung von Rechtsvorschriften, die an sich außerhalb des Unternehmens liegende rechtliche Interessen schützen, zum wohlverstandenen Eigeninteresse der Gesellschaft und ihrer Organmitglieder werden. Das wird z.B. bei Korruption erkennbar, deren Verhinderung ein Hauptaspekt der Compliance ist. Es ist zwar denkbar, dass Bestechungsversuche aus dem Unternehmen heraus diesem unmittelbar schaden⁸²¹, aber die Strafgesetze gegen Bestechung schützen Gemeinschaftswerte.⁸²² Dass die zum Schwerpunkt der Compliance gehörende Verhinderung solcher Taten der Corporate Governance dient, ergibt sich daraus, dass sowohl aktive als auch passive Korruption gegen die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Organmitglieds verstoßen. Und schließlich dient Compliance auch insofern der Corporate Governance, als sie das wichtigste Instrument des Vorstands zur Erfüllung seiner Überwachungspflicht darstellt. Denn er hat nicht nur selbst im Rahmen des Legalen zu handeln, sondern darüber hinaus die Einhaltung der Gesetze im Unternehmen, auch durch gleich- und untergeordnete Unternehmensangehörige, zu gewährleisten. Dies wird vom Kodex in Ziffer 4.1.3 ausdrücklich betont. Dadurch tritt die dienende Funktion der Compliance besonders hervor.

Sie müssen die Organmitglieder sich zu Nutze machen, damit von guter Corporate Governance gesprochen werden kann. Die Verknüpfung von Corporate Governance und Compliance wird ganz besonders deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die Organmitglieder börsennotierter Aktiengesellschaften die (potenziellen) Aktionäre von ihren Führungsmaßnahmen überzeugen müssen. Denn diese erwarten eine im denkbar umfassendsten Sinne rechtmäßige Wertschöpfung⁸²³ und vor allem die aktuellen Aktionäre reagieren im Rahmen der Hauptversammlung oft äußerst empfindlich auf Gesetzesverstöße der Organmitglieder, auch wenn diese für die Gesellschaft möglicherweise profitabel waren und verweigern den Organmitgliedern die Entlastung bzw. machen im Falle von erfolgten Entlastungsbeschlüssen von ihrem Anfechtungsrecht Gebrauch.⁸²⁴

⁸²⁰Auch *Hefendehl*, JZ 2006, S. 119 (122) und *Schilba*, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 29 Fn. 2 sprechen von Compliance als „Komponente“ der Corporate Governance. Ähnlich *Hüffer*, § 76 Rn. 15a.

⁸²¹Etwa, wenn die Bestechungsversuche keinen die Zahlung aufwiegenden „Erfolg“ bewirken.

⁸²²Geschütztes Rechtsgut ist das ordnungsgemäße Funktionieren der staatlichen Verwaltung, vgl. *Cramer/Heine*, in: Schönke/Schröder, vor §§ 331 ff., Rn. 1.

⁸²³*Hüffer*, § 76 Rn. 15a. Insofern ist der Hinweis auf ein Versagen von Transparenz als Ersatz für gesetzgeberische Fremdregulierung im Falle, dass die Marktteilnehmer moralisch fragwürdige Verhaltensweisen tolerieren, eher theoretischer Natur.

⁸²⁴Bezeichnend ist insofern, dass Verstöße gegen den Kodex und § 161 AktG von der Rechtsprechung bisher fast ausschließlich im Rahmen solcher Anfechtungsverfahren beurteilt werden mussten. Siehe BGH, Urteil vom 16.2.2009 - II ZR 185/07=BB 2009, S. 796; BGH, Urteil vom 16.02.2004 - II ZR 316/02=BGHZ 158, 122 („Mobilcom“); OLG München, Urteil vom 23.1.2008 - 7 U 3668/07=NZG 2008, S. 337 (338); LG München I, Urteil vom 31. 1. 2008 - 5 HK O 15082/07=NZG 2008, S. 350; OLG München, Urteil vom 6.8.2008 - 7 U 5628/07=NZG 2009, S.

III. Der Hintergrund der Corporate Governance

Das Grundproblem, das Corporate Governance zu lösen versucht, ist das sog. principal-agent-Problem: Dieses besteht darin, dass bei einer Korporation Vermögensinhaberschaft (bei einer Aktiengesellschaft in Händen der Aktionäre⁸²⁵) und Vermögensverwaltung nicht in einer Person vereinigt sind.⁸²⁶ Das ist problematisch, weil der Unternehmensleiter zwar dem Unternehmensinteresse verpflichtet ist, aber auch eigennützige Ziele verfolgt⁸²⁷ und sich hierzu theoretisch seiner ihm vom Vermögensinhaber anvertrauten Machtposition bedienen kann. Es muss sichergestellt werden, dass der Unternehmensführer (agent) nur Maßnahmen vornimmt, die im Interesse des Vermögensinhabers (principal) sind. (Er soll natürlich auch möglichst viele solche Maßnahmen treffen.) Ein ökonomisches Problem liegt, stark vereinfacht betrachtet, darin, dass ein Anreiz vorhanden sein muss, damit der Agent zum Wohle des Prinzipals handelt und darin dass die Kontrolle des Agenten Kosten für den Prinzipal verursacht.

Diesem grundlegenden Problem begegnen die Wirtschaftsordnungen der verschiedenen Staaten jeweils in unterschiedlicher Weise, so dass von einem einheitlichen, globalen Corporate Governance Konzept kaum gesprochen werden kann, da die Effizienz einzelner Schutzmechanismen stark von nationalen Rahmenbedingungen, wie etwa der jeweiligen Wirtschaftskultur und -moral abhängig ist.⁸²⁸ So begegnet das in Deutschland vorherrschende dualistische Führungssystem dem principal-agent-Problem in erster Linie durch die Überwachung des Vorstands durch den Aufsichtsrat und die Verschränkung der Kompetenzen desselben mit denen von Hauptversammlung und Vorstand.⁸²⁹ Da z.B. in den USA ein monistisches board-System üblich ist, das grundsätzlich kein eigenständiges Kontrollorgan neben dem Leitungsorgan vorsieht, müssen die Kontrolldefizite gegenüber dem Unternehmensleiter durch andere Kontrollmechanismen ausgeglichen werden. Hier verlässt man sich in erster Linie auf die Kontrolle durch den Kapitalmarkt selbst.⁸³⁰ Die Teilnehmer bewerten die in der Gesellschaft vorhandenen Schutzmechanismen im Rahmen ihrer Anlageentscheidung. Dies geschieht einerseits durch bloß potenzielle Aktionäre, die darüber entscheiden, ob sie Aktien des Unternehmens erwerben wollen oder hiervon lieber Abstand nehmen und andererseits durch die aktuellen Aktionäre, die entscheiden müssen, ob sie an ihrem

508; OLG München, Urteil vom 24.9.2008 – 7 U 4230/07=WM 2009, S. 265; LG München I, Urteil vom 22. 11. 2007 - 5 HKO 10614/07=NZG 2008, S. 150.

⁸²⁵Die Aktiengesellschaft selbst ist zwar als juristische Person Zurechnungsendsubjekt und das Gesellschaftsvermögen vor Zugriffen der Korporationsträger geschützt. Das ändert aber nichts daran, dass die Aktionäre Treugeber sind, denen das Gesellschaftsvermögen wirtschaftlich zuzurechnen ist.

⁸²⁶Dazu umfassend *Berle/Means*, *The modern corporation and private property* (1968). Vgl. auch *Lutter*, ZIP 2003, S. 737 m.w.N. in Fn. 4.

⁸²⁷*Heck*, *Haftungsrisiken* (2006), S. 4.

⁸²⁸*Bertrams*, *Haftung* (2003), S. 25 f.

⁸²⁹Siehe *Bertrams*, *Haftung* (2003), S. 28.

⁸³⁰*Bertrams*, *Haftung* (2003), S. 27. Siehe auch *Becker*, *Haftung* (2005), S. 15.

Engagement festhalten.⁸³¹ Dies ist einer der Gründe dafür, dass die USA geradezu als „Mutterland der Corporate Governance“ gelten können.⁸³²

Die juristische Komponente des principal-agent-Problems hängt damit zusammen, dass eine Rechtspflicht des Agenten besteht, im Interesse des Prinzipals zu handeln. Dies kommt ganz deutlich zum Ausdruck in der Maßstabsfigur des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters, den die gesetzliche Pflicht trifft, den Vorteil der Gesellschaft zu wahren und Schäden von ihr abzuwenden. Denn dass er hierzu grundsätzlich verpflichtet ist, ist zwar unproblematisch zu bejahen. Aber welche Verhaltenspflichten hieraus im Einzelnen resultieren und was im Einzelfall von den Organmitgliedern zu verlangen ist, kann nicht in einer abstrakten Umschreibung zusammengefasst werden. Das Herausarbeiten der situationsbezogenen Pflichten und die Sicherstellung ihrer Erfüllung sind mithin die hauptsächlichen Herausforderungen für die Disziplin Corporate Governance in juristischer Hinsicht.

Der strafrechtliche Aspekt des principal-agent-Problems liegt darin, dass die Rechtspflichten der Organmitglieder durch den Untreuetatbestand strafrechtlich sanktioniert sind. *Schünemann* hat zutreffend darauf hingewiesen, dass die Untreue das „für die moderne Gesellschaft mit ihrem Auseinanderfallen von Eigentumszuständigkeit und Management [...] kennzeichnende Delikt überhaupt“ ist.⁸³³ Da diese Situation auch das Ausgangsproblem der Corporate Governance darstellt, ist unverkennbar, dass Untreuetatbestand und Corporate Governance jedenfalls dieselbe Zielrichtung haben, auch wenn jeweils unterschiedliche Wege beschritten werden. Das Untreuestrafrecht kann auf die sozial unerträgliche Pervertierung der dem Agenten vom Prinzipal anvertrauten Machtstellung nur reagieren, wenn „das Kind bereits in den Brunnen gefallen ist“, während Corporate Governance solche Verhaltensweisen durch eine optimale Verschränkung der durch die Aktiengesellschaftsverfassung verteilten Kompetenzen, durch Transparenz von Entscheidungsprozessen und gegenseitige Kontrolle der Gesellschaftsorgane erschweren oder im bestmöglichen Fall sogar unmöglich machen soll. Aber beide Wege führen letztlich zum Schutz des Vermögensinhabers Aktiengesellschaft vor einem zweckwidrigen Gebrauch der anvertrauten Machtstellung durch die Vermögensverwalter in den Organen Vorstand und Aufsichtsrat. Diese Verwandtschaft legt es nahe, dass Abweichungen vom Corporate Governance Kodex untreuerelevante Handlungen sind.

⁸³¹Vgl. *Bertrams*, Haftung (2003), S. 29.

⁸³²Siehe *Becker*, Haftung (2005), S. 15; *Bertrams*, Haftung (2003), S. 26; *Hanfland*, Haftungsrisiken (2006), S. 21.

⁸³³*Schünemann*, in: LK-StGB, § 266 Rn. 1.

B) Corporate Governance in Deutschland

Es liegt auf der Hand, dass das principal-agent-Problem schon ebenso lange bestehen muss, wie es Fremdvermögensverwaltung überhaupt gibt. Denn der grundlegende Interessenkonflikt des Agenten entsteht automatisch durch das Einräumen einer Machtstellung über fremdes Vermögen. Es verwundert daher, dass die Corporate Governance Bewegung in Deutschland erst relativ spät, nämlich in den Neunzigerjahren ihren Anfang genommen hat.⁸³⁴ Erklären lässt sich das Aufkommen der Corporate Governance gerade in den Neunzigerjahren zunächst mit der Häufung von spektakulären Unternehmenskrisen in diesem Zeitraum.⁸³⁵ Die Aufmerksamkeit für Corporate Governance dürfte nicht zuletzt durch die Zusammenbrüche deutscher Traditionsunternehmen wie „Phillip Holzmann“ und „Bremer Vulkan AG“ und die hiermit verbundene Enttäuschung der Aktionäre entfacht worden sein.⁸³⁶ Denn hierdurch ist deutlich geworden, dass auch das deutsche System der Unternehmensführung nicht „unverwundbar“ ist⁸³⁷ und die herausragende Stellung des Aufsichtsrats als ein den Vorstand umfassend überwachendes Organ hat sich zumindest dem ersten Anschein nach als Schwachstelle dieses Systems herausgestellt.

Zwar ist die Art und Weise der Wahrnehmung der Aufsichtsratsaufgaben durch die Organmitglieder schon seit der Installation des Organs in der Aktiengesellschaftsverfassung Kritik ausgesetzt. Aber durch die spektakulären Schieflagen bedeutender deutscher Unternehmen in den Neunzigerjahren wurden die Defizite in diesem Bereich vor allem der Öffentlichkeit medienwirksam vor Augen geführt. Kritik geübt wurde unter anderem daran, dass Aufsichtsratsmitglieder häufig ehemalige Vorstandsmitglieder sind und somit eine für die Überwachungsaufgabe hinderliche Interessenverflechtung zwischen den Mitgliedern beider Organe besteht und dass die Aufsichtsrats Tätigkeit ganz überwiegend lediglich im Nebenamt wahrgenommen und somit als „Feierabendbeschäftigung“ nicht mit der gebotenen Sorgfalt ausgeübt wird. Da die Bewältigung des principal-agent-Problems im deutschen System aber mit einer effizienten Aufsichtsratsarbeit steht und fällt, gaben diese Defizite der Corporate Governance Bewegung in Deutschland enormen Auftrieb. Potenzielle und aktuelle Aktionäre mussten von der Effizienz des

⁸³⁴Bertrams, Haftung (2003), S. 23; Ngassa Djomo, Sicht der Rechtsvergleichung, S. 21; Ulmer, AcP 202 (2002), S. 143 (151). Lutter, ZIP 2003, S. 737 weist allerdings zutreffend darauf hin, dass im Grunde schon die Einführung des Organs Aufsichtsrat als Beginn der Corporate Governance in Deutschland angesehen werden kann. Siehe auch Schilba, Aufsichtsrats Tätigkeit (2008), S. 30.

⁸³⁵Bertrams, Haftung (2003), S. 30; Hanfland, Haftungsrisiken (2006), S. 16; Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 6; Körner, NZG 2004, S. 1148; Schlösser/Dörfler, wistra 2007, S. 326; Ulmer, AcP 202 (2002), S. 143 (146).

⁸³⁶Hanfland, Haftungsrisiken (2006), S. 16; Körner, NZG 2004, S. 1148; Schilba, Aufsichtsrats Tätigkeit (2008), S. 29.

⁸³⁷Siehe Becker, Haftung (2005), S. 16; Ulmer, AcP 202 (2002), S. 143 (146).

Kontrollorgans von neuem bzw. erstmalig überzeugt werden, da ohne ihr Vertrauen deutsche Aktiengesellschaften am Kapitalmarkt weitgehend an Bedeutung verloren hätten.

Der Kapitalmarkt begann zum selben Zeitpunkt in seiner Bedeutung für die deutsche Unternehmensfinanzierung deutlich zuzunehmen, womit ein weiterer Grund für das Erstarken der Corporate Governance Bewegung angesprochen ist. Die Art der Unternehmensfinanzierung in Deutschland änderte sich, vor allem um die Jahrtausendwende, deutlich: Bis dahin hatten sich Unternehmen vornehmlich aus einbehaltenen Gewinnen und durch Bankkredite finanziert. Neuerdings wurde zur Finanzierung zunehmend der Finanzmarkt genutzt, was aber bedeutete, dass die Unternehmen sich mehr und mehr mit anderen Bewerbern messen mussten.⁸³⁸ Die Finanzierung durch Aktien lief derjenigen durch Bankkredite mehr oder weniger den Rang ab, so dass man von einem ehemals „bankdominierten“ und nun „marktdominierten“ Finanzierungsgeschäft sprechen kann.⁸³⁹ Mit dem Schwinden der Bankdominanz ging ein wesentliches Standbein der Unternehmensüberwachung verloren. Denn ehemals hatten die finanzierenden Banken in ihrem eigenen Interesse eine starke Kontrolle in Bezug auf die Geschicke der finanzierten Unternehmen ausgeübt (monitoring) und somit reflexartig auch die Gesellschaftsinteressen geschützt. Diese Kontrolle entfiel nun zunehmend und musste durch Corporate Governance ersetzt werden, da sonst ein Kontrollvakuum hätte entstehen können.⁸⁴⁰

Der Wettbewerb um Eigenkapital fand zudem nicht nur zwischen den deutschen Unternehmen statt, sondern mehr und mehr auf internationaler Ebene, was ebenfalls zu einem Bedeutungszuwachs der Corporate Governance führte. Es entstand ein Wettbewerb der Rechtsordnungen um die „beste“ Aktiengeschaftsverfassung⁸⁴¹, weil den Kapitalmärkten, die mehr und mehr zu einem einzigen Kapitalmarkt zusammenwuchsen, eine größere Bedeutung für die Unternehmensfinanzierung zukam. Die Globalisierung ließ somit Corporate Governance gewissermaßen als einen Standortfaktor für Investitionen erscheinen.⁸⁴² Dementsprechend beruhen die in den letzten Jahrzehnten deutlich verstärkten Anstrengungen im Bereich Corporate Governance nicht zuletzt auf dem Ziel, die Attraktivität deutscher Unternehmen für den internationalen Kapitalmarkt zu steigern.⁸⁴³ Diese Anstrengungen gipfelten schließlich in der Schaffung des Deutschen Corporate Governance Kodex.

⁸³⁸Siehe *Bertrams*, Haftung (2003), S. 31; *v. Werder*, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 2.

⁸³⁹*Assmann*, in: Assmann/Schütze, § 1 Rn. 25; *Hanfland*, Haftungsrisiken (2006), S. 19.

⁸⁴⁰*Assmann*, in: Assmann/Schütze, § 1 Rn. 26. Vgl. auch *Ulmer*, AcP 202 (2002), S. 143 (145). Dies spiegelt sich auch darin wieder, dass seltener als früher Bankiers in die Aufsichtsräte gewählt werden.

⁸⁴¹*Spindler*, in: MüKo-AktG, vor § 76 Rn. 5; *v. Werder*, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 2. Siehe auch *Schilba*, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 32 m.w.N.

⁸⁴²*v. Werder*, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 2.

⁸⁴³*Heck*, Haftungsrisiken (2006), S. 5.

C) Die Entstehung des Kodex

Nur um diesen Kodex, welcher sozusagen das Flaggschiff der Corporate Governance Bewegung in Deutschland ist und den vorläufigen Höhepunkt ihrer Entwicklung markiert⁸⁴⁴, geht es in der vorliegenden Untersuchung. Frühere „Produkte“ der Deutschen Corporate Governance, vor allem Vorläufer des Kodex, sind aber in erheblichem Umfang in die Kommissionsarbeit eingeflossen. Daher sollen sie hier kurz abgespröchen werden. Für ein Verständnis der Schutzrichtung und Funktionsweise des Kodex und des § 161 AktG kann zudem auf die Entstehungshintergründe und die Motivation der Erschaffer des Kodex zurückgegriffen werden. Auch lassen sich möglicherweise aus den Hintergründen der Corporate Governance im Allgemeinen und der Kodexarbeit der Kommission im Speziellen Rückschlüsse auf die Rechtswirkungen des Kodex und die Anwendung des § 161 AktG ziehen. Daher soll auf sie im folgenden Abschnitt kurz eingegangen werden.

I. Die Verbreitung von Kodizes auf internationaler und nationaler Ebene

Corporate Governance Kodizes haben andere Instrumente der Verbesserung der Unternehmensführung sowohl international als auch in Deutschland mittlerweile weitgehend verdrängt.⁸⁴⁵ Dass sich Corporate Governance ihrer überhaupt als Instrument bedient, ist allerdings ein relativ neues Phänomen. Zurückführen lässt sich diese Tendenz auf die zunehmende Verbreitung von Ranking-Techniken bedeutender institutioneller Anleger, insbesondere in den USA, die in ihren internen Richtlinien Kriterien zur Risikoeinschätzung vorsahen, von denen (potenzielle) Portfolio-Unternehmen, wenn sie für diese Investoren attraktiv bleiben wollten, möglichst viele erfüllen mussten und immer noch müssen.⁸⁴⁶ Aus diesen Kriterien wurden zunehmend ganze Kodizes entwickelt, welche mittlerweile Standardinstrumente der Corporate Governance sind. Sie stammen von Expertengremien und Vertretern der selbst betroffenen Wirtschaftskreise. Diese sog. „codes of best practice“ enthalten nicht staatlich gesetzte, sondern von der Wirtschaft selbst geschaffenen Regeln und stellen nach Ansicht der Verfasser optimale Verhaltensanweisungen für die Unternehmensführung dar.

⁸⁴⁴Abrams, ZBB 2003, S. 41 (42).

⁸⁴⁵Für die deutsche Unternehmensverfassung wird dies teilweise durchaus kritisch gesehen. So führt z.B. Spindler an, dass man mit einer Lockerung der Satzungsstrenge auf einfacherem Wege dieselben positiven Wirkungen hätte erzielen können, wie mit dem Kodex und § 161 AktG und führt überzeugend aus, dass es nicht nachvollziehbar ist, warum eine Gesellschaft sich zwar einem Kodex unterwerfen aber keine Verschärfung der Satzungsbestimmungen vornehmen darf. Siehe Spindler, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 2.

⁸⁴⁶Becker, Haftung (2005), S. 15; Hanfland, Haftungsrisiken (2006), S. 17; Körner, NZG 2004, S. 1148 (1149). Siehe auch den Bericht der Baums-Kommission, BT-Drucks. 147515, S. 27 ff.

Dem Anleger dienen solche Kodizes als Benchmark-Papier. Er kann, sofern die entsprechende Gesellschaft sich zur Einhaltung des Kodex erklärt, die Corporate Governance im Unternehmen anhand eines Kodex bewerten und seine Anlegerentscheidungen davon abhängig machen, wie viele der Vorgaben erfüllt werden. Damit sind solche Kodizes das ideale Instrument für eine Wirtschaftsordnung, in der Corporate Governance Standards nicht durch das Recht gesetzt sind, sondern auf Basis von weitgehender Transparenz zwischen den Gesellschaften und den Kapitalmarktteilnehmern ausgehandelt werden.

In Europa zeichnete sich eine ähnliche Entwicklung ab. Hier dienten insbesondere die Entwicklungen in Großbritannien als Vorbild für die deutsche Corporate Governance.⁸⁴⁷ Denn Pate gestanden hat dem Kodex vor allem der britische sog. „Combined Code“.⁸⁴⁸ Er beruht weitgehend auf den Anstrengungen der sog. „Cadbury Commission“, welche der britischen Unternehmensverfassung, wie auch in Deutschland aus Anlass spektakulärer Unternehmenszusammenbrüche, Anfang der Neunzigerjahre weitreichende Strukturprobleme diagnostiziert und zur Lösung dieser Probleme Vorschläge für einen „Code of Best Practise“ erarbeitet hatte, die von Nachfolgerkommissionen in eben diesem „Combine Code“ umgesetzt wurden.⁸⁴⁹

Vergleicht man allerdings die Lage Deutschlands mit der Situation in den USA und Großbritannien verwundert es zunächst, dass sich Kodizes auch hier durchgesetzt haben. Dass in den USA und Großbritannien Bedarf nach derartigen Regulierungsinstrumenten bestand, ist einleuchtend, weil das Kapitalmarktrecht dort weitgehend gesetzlich nicht kodifiziert war und eine im Vergleich zum deutschen Recht sehr weitgehende Satzungsfreiheit bestand.⁸⁵⁰ Bei einer solchen Rechtslage ist es wenig verwundernd, dass der Bewertung der Unternehmensführung durch den Kapitalmarkt ein weitaus größerer Stellenwert zukommt als dies in einem weitgehend regulierten System der Fall ist. Die Regulierung der Unternehmensführung wird dann sozusagen zwischen Kapitalmarkt und Gesellschaften ausgehandelt. Bezogen auf das deutsche Recht ist die Lage jedoch anders: Die meisten Fragen der Corporate Governance, welche in anderen Rechtsordnungen Gegenstand von Kodizes sind, sind in Deutschland durch das Recht geregelt.⁸⁵¹ Das deutsche Aktien- und Kapitalmarktrecht ist im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen in diesem Bereich weit entwickelt, ausdifferenziert und vor allem zwingend⁸⁵², so dass zumindest kein so starkes Bedürfnis nach Corporate Governance

⁸⁴⁷Vgl. *Heck*, Haftungsrisiken (2006), S. 14.

⁸⁴⁸*Bachmann*, WM 2002, S. 2137; *Lutter*, in: FS-Huber (2006), S. 871 (873); *Ulmer*, AcP 202 (2002), S. 143 (167).

⁸⁴⁹*Becker*, Haftung (2005), S. 16; *Bertrams*, Haftung (2003), S. 30; *Heck*, Haftungsrisiken (2006), S. 14.

⁸⁵⁰*Berg/Stöcker*, WM 2002, S. 1569; *Bertrams*, Haftung (2003), S. 27; *Heck*, Haftungsrisiken (2006), S. 13; *Körner*, NZG 2004, S. 1148.

⁸⁵¹*Becker*, Haftung (2005), S. 16; *Claussen/Brücker*, AG 2000, S. 481 (482); v. *Werder*, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. *Werder*, Rn. 81.

⁸⁵²*Bertrams*, Haftung (2003), S. 27; v. *Werder*, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. *Werder*, Rn. 81.

Kodizes besteht.⁸⁵³ Außerdem bietet schon der zusätzliche Kontrollmechanismus der Überwachung des Vorstands durch den Aufsichtsrat eine gewisse Sicherheit, welche in einem monistischen System zumindest nicht im selben Maße vorhanden ist, auch wenn, unter anderem wegen der Differenzierung zwischen executive und non executive officers, die Unterschiede nicht so gravierend sind, wie man meinen könnte.

Die Verbreitung der Kodex-Technik auch in Deutschland lässt sich vor diesem Hintergrund nur mit der Interessenlage der (potenziellen) Anleger erklären. Da Kodizes im Ausland weite Verbreitung fanden, wurden sie insbesondere von institutionellen Anlegern zunehmend vorausgesetzt und ihr Fehlen in Deutschland weitgehend negativ bewertet.⁸⁵⁴ Um im Wettbewerb um die potenziellen Anleger insbesondere hinter den europäischen Nachbarn nicht zurückzustehen, begann man schließlich in Deutschland, das Kodex-Konzept nachzuahmen. Im Hintergrund standen dabei stets die Ziele, das deutsche dualistische Führungssystem für ausländische Investoren verständlich darzustellen und somit für den Finanzplatz Deutschland schädlichen Missverständnissen entgegenzuwirken und dem Verlangen der an Kodizes gewöhnten Anleger nachzukommen.⁸⁵⁵

Dies geschah kurz nach der Jahrtausendwende insbesondere durch zwei Kodexentwürfe privater Expertengremien, die den späteren Corporate Governance Kodex wesentlich prägen sollten⁸⁵⁶, nämlich durch die von der 1999 gegründeten „Grundsatzkommission Corporate Governance“ erarbeiteten Grundsätze für die Leitung und Überwachung börsennotierter Gesellschaften (Frankfurter-Grundsätze)⁸⁵⁷ und den Entwurf eines Kodex des „Berliner Initiativkreises German Code of Corporate Governance“⁸⁵⁸. Sowohl Kommission als auch Initiativkreis waren und sind größtenteils mit Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern bedeutender börsennotierter Aktiengesellschaften, wie etwa E.ON oder Dresdner Bank, aber auch mit Hochschullehrern der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften besetzt.⁸⁵⁹ Während der „Frankfurter-Kodex“ stark auf juristische Fragen fokussiert ist, betreffen die Bestimmungen des „Berliner-Kodex“ eher betriebswirtschaftliche Aspekte der Corporate Governance.⁸⁶⁰ Frankfurter und Berliner Kodex unterscheiden sich vor allem darin, dass Letzterer den Fokus auf

⁸⁵³Bertrams, Haftung (2003), S. 29; Hüfner, § 76 Rn. 15b; Körner, NZG 2004, S. 1148. Dies ebenfalls ansprechend, aber dann doch die Nützlichkeit des Kodex betonend v. Werder, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 82.

⁸⁵⁴Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 5. Vgl. auch Bertrams, Haftung (2003), S. 38.

⁸⁵⁵Bertrams, Haftung (2003), S. 38. Bericht der Baums-Kommission, BT-Drucks. 14/7515, S. 28.

⁸⁵⁶Siehe die Rede von Cromme anlässlich der Veröffentlichung des Kodexentwurfs, S. 4 unter <http://www.corporate-governance-code.de/ger/news/rede-crommes.html>. Siehe ferner Becker, Haftung (2005), S. 17; Bertrams, Haftung (2003), S. 38 ff; Spindler, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 3.

⁸⁵⁷Schneider/Strenger, AG 2000, S. 106.

⁸⁵⁸Peltzer/v. Werder, AG 2001, S. 1.

⁸⁵⁹Siehe Hanfland, Haftungsrisiken (2006), S. 22 ff.

⁸⁶⁰Siehe den Bericht der Baums-Kommission, BT-Drucks. 14/7515, S. 28; Bertrams, Haftung (2003), S. 39; Hanfland, Haftungsrisiken (2006), S. 23; v. Werder in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 6.

den Vorstand legt, Ersterer eher auf den Aufsichtsrat.⁸⁶¹ Zudem betrachtet die Frankfurter-Kommission die Organe mit ihren Aufgaben eher isoliert, während bei der Berliner Kommission typische Kernabläufe der Unternehmensführung im Mittelpunkt stehen, wie z.B. die Bestellung des Vorstands und die Information des Aufsichtsrates, zu denen dann auch detaillierte Handlungsvorgaben geliefert werden.⁸⁶² Außerdem nimmt der Berliner Kodex in besonderem Maße die für das deutsche Recht typische Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat in den Blick.⁸⁶³ Obwohl die beiden konkurrierenden Entwürfe positiv aufgenommen wurden⁸⁶⁴, brachte es aber letztlich keiner von ihnen zu einer Anerkennung und Verbreitung, die der des Deutschen Corporate Governance Kodex auch nur nahe kommt.⁸⁶⁵ Bedeutung hatten die Bestimmungen dieser Kodizes jedoch insofern, als sie den nachfolgenden Kommissionen als wertvolle Arbeitsgrundlage dienten.

II. Die Arbeit der Baums-Kommission

Als wohl bedeutendste Vorarbeiten zur Schaffung des Kodex in seiner heutigen Gestalt können die Anstrengungen der Regierungskommission „Corporate Governance – Unternehmensführung - Unternehmenskontrolle - Modernisierung des Aktienrechts“ unter der Führung von *Prof. Dr. Theodor Baums* oder kurz: Baums-Kommission, gelten. Denn sowohl die Funktionsweise des Kodex im Zusammenspiel mit § 161 AktG als auch die Inhalte des Kodex selbst lassen sich letztlich bis zu ihr zurückverfolgen.

Diese mit Regierungs-, Wirtschafts-, Gewerkschafts- und Wissenschaftsvertretern besetzte Kommission, in deren Zentrum der namensgebende Wirtschafts- und Wirtschaftsrechtsexperte stand, der auch schon als Berater der Weltbank tätig gewesen war, wurde im Mai 2000 vom damaligen Bundeskanzler *Gerhard Schröder* ins Leben gerufen und angesichts der damals im Mittelpunkt des Interesses stehenden Unternehmenszusammenbrüche mit der Aufgabe betraut, mögliche Defizite des in Deutschland vorherrschenden Systems der Führung und Kontrolle von Unternehmen herauszuarbeiten.⁸⁶⁶ Zu ihrem Auftrag hieß es wörtlich:

Die Kommission soll sich aufgrund der Erkenntnisse aus dem Fall Holzmann mit möglichen Defiziten des deutschen Systems der Unternehmensführung und -kontrolle befassen. Darüber hinaus soll sie im Hinblick auf die durch Globalisierung und Internationalisierung der Kapitalmärkte sich vollziehenden Wandels unserer Unternehmens- und

⁸⁶¹Bertrams, Haftung (2003), S. 39; Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 9; Kort, in: Großkomm.-AktG, § 76 Rn. 38; Peltzer, NZG 2002, S. 10 (11).

⁸⁶²Bertrams, Haftung (2003), S. 39; Peltzer, NZG 2002, S. 10 (11).

⁸⁶³Peltzer, NZG 2002, S. 10 (11).

⁸⁶⁴Bericht der Baums-Kommission, BT-Drucks. 14/7515, S. 28.

⁸⁶⁵Vgl. Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 9.

⁸⁶⁶Begründung des Regierungsentwurfes zum TransPuG, BT-Drucks. 14/8769, S. 10.; Bericht der Baums-Kommission, BT-Drucks. 14/7515, S. 3.

*Marktstrukturen Vorschläge für eine Modernisierung unseres rechtlichen Regelwerkes unterbreiten.*⁸⁶⁷

Die Bundesregierung ging davon aus, dass man auf diese Weise den Finanzplatz Deutschland und die Wettbewerbschancen deutscher Unternehmen im internationalen Geschäftsverkehr stärken könne, ohne die Regulierungsdichte des deutschen Aktiengesellschaftsrechts noch weiter zu erhöhen. Von der Kommission erwartete sie konkrete Empfehlungen zur Verbesserung der deutschen Corporate Governance, aber auch zu ihrer Flexibilisierung. Ein Abschlussbericht sollte innerhalb etwa eines Jahres vorgelegt werden.

Die Kommission nahm im Juni 2000 die Arbeit auf und informierte sich zunächst mit Hilfe von Fragebögen über die nach Ansicht von Wirtschaftsexperten gravierendsten Defizite der deutschen Aktiengesellschaftsverfassung und über Möglichkeiten zu ihrer Bekämpfung.⁸⁶⁸ Hierbei wurde besonders darauf geachtet, auch Stellungnahmen ausländischer Wirtschaftsexperten, insbesondere institutioneller Anleger, einzuholen. Außerdem wurden Reformbestrebungen im Ausland verfolgt, um Denkanstöße für mögliche Gesetzesänderungen in Deutschland zu sammeln. Auf Basis der ausgewerteten Fragebögen erarbeitete die Baums-Kommission ein Gesamtkonzept für die Anpassung des Deutschen Unternehmensrechts, welches ihrer Ansicht nach umgehend umgesetzt werden sollte und legte dieses im Juli 2001 in ihrem Abschlussbericht vor, welchen sie der Regierung übergab.

Er enthielt mehrere hundert Empfehlungen an Regierung und Gesetzgeber, die zum überwiegenden Teil in Vorschlägen für Gesetzesänderungen bestanden.⁸⁶⁹ Die im Abschlussbericht an erster Stelle ausgesprochene Empfehlung war auf die Schaffung eines deutschen Corporate Governance Kodex gerichtet. Man empfahl der Bundesregierung eine weitere, aus als Experten qualifizierten und anerkannten Personen bestehende Kommission einzurichten, welche den Kodex entwickeln sollte. Dieser sollte dann im elektronischen Bundesanzeiger veröffentlicht und mit einer Regelung im Aktiengesetz flankiert werden, der zufolge Abweichungen vom Kodex offenzulegen und zu begründen sind.⁸⁷⁰ Nach Ansicht der Baums-Kommission war ein solcher Kodex in erster Linie an börsennotierte Aktiengesellschaften zu richten, während es anderen Gesellschaften frei stehen sollte, die Regeln des Kodex zu übernehmen. Die Baums-Kommission schlug vor, bei der Zusammensetzung der einzusetzenden Kommission darauf zu achten, dass ihre Mitglieder „besonders anerkannt und fachlich geeignet“ sind und über Erfahrun-

⁸⁶⁷Bericht der Baums-Kommission, BT-Drucks. 14/7515.

⁸⁶⁸Siehe zum Ganzen den Bericht der Baums-Kommission, BT-Drucks. 14/7515, S. 5 ff. Vgl. auch *Becker, Haftung* (2005), S. 17; *Bertrams, Haftung* (2003), S. 41.

⁸⁶⁹So wurde beispielsweise vorgeschlagen einen allgemeinen zivilrechtlichen Haftungstatbestand für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen zu schaffen. Siehe dazu Bericht der Baums-Kommission, BT-Drucks. 14/7515, S. 86 ff.

⁸⁷⁰Bericht der Baums-Kommission, BT-Drucks. 14/7515, S. 28.

gen und Kenntnisse in der Führung börsennotierter Gesellschaften und auf den Gebieten des Gesellschaftsrechts, der Rechnungslegung und der Abschlussprüfung verfügen. Vor allem sollte sie eine Mischung aus institutionellen und privaten Anlegern, Arbeitnehmersvertretern, Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern, Unternehmensberatern und Wissenschaftlern darstellen, um eine möglichst breite Akzeptanz des Kodex und eine möglichst gleichmäßige Berücksichtigung der verschiedenen Interessen sicherzustellen.

Die Empfehlung zur Schaffung eines Kodex resultierte zwar auch aus der Beobachtung der Entwicklung in anderen Rechtskreisen, aber vor allem aus den durch Auswertung der Fragebögen gewonnenen Erkenntnissen.⁸⁷¹ Denn durch die Befragung war deutlich geworden, dass die deutsche Wirtschaft sich weitgehend für einen solchen Kodex ausgesprochen hatte und das Nebeneinander mehrerer verschiedener Kodizes als kontraproduktiv empfand.⁸⁷² In ihrem Abschlussbericht betonte die Baums-Kommission, dass durch einen einheitlichen Kodex die in Deutschland geltende Unternehmensverfassung und insbesondere das dualistische Führungssystem in einer Weise kommuniziert werden könnten, die sich auch für ausländische Investoren eignet.⁸⁷³ Außerdem versprach sie sich von einer nur Empfehlungen enthaltenden Kodex-Lösung die Chance, das Aktiengesellschaftsrecht zu deregulieren und zu flexibilisieren, wie es von ihr verlangt worden war. Durch den Zwang zu einer Entsprechenserklärung sollten die Organmitglieder dazu gebracht werden, sich mit den Bestimmungen des Kodex und den im Unternehmen herrschenden Corporate Governance Standards zu befassen, wodurch auch eine Verbesserung der Unternehmensführung erzielt werden sollte.⁸⁷⁴

Die Baums-Kommission beließ es aber nicht bei dieser Vorgabe, sondern präsentierte zugleich weitreichende Empfehlungen für die inhaltliche Ausgestaltung des noch zu schaffenden Kodex. Diese Empfehlungen wurden später zur Arbeitsgrundlage für die Kodex-Kommission und machten, neben Vorschlägen zur Gesetzesänderung, einen Großteil der im Abschlussbericht unterbreiteten Vorschläge aus, woran besonders deutlich wird, dass die Baums-Kommission ganz eindeutig auf das Kodex-Konzept setzte. Inhaltlich konzentrierten sich die Vorgaben für den noch zu schaffenden Kodex vor allem auf die Verbesserung der Aufsichtsrats-tätigkeit, die Vermeidung und Offenlegung von Interessenkonflikten und eine bessere Kommunikation zwischen den verschiedenen Gesellschaftsorganen und ihren Mitgliedern. Aus den Empfehlungen wird außerdem deutlich, dass die Baums-Kommission ganz entscheidend auf Selbstregulierung durch Transparenz setzte. So sollte zum Beispiel der Gewährung unangemessenen hoher Vorstands- und Aufsichtsratsvergütungen durch Pflichten zur detaillierten Offenlegung im

⁸⁷¹Hanfland, Haftungsrisiken (2006), S. 24.

⁸⁷²Bericht der Baums-Kommission, BT-Drucks. 14/7515, S. 28. Siehe auch Bertrams, Haftung (2003), S. 41.

⁸⁷³Bericht der Baums-Kommission, BT-Drucks. 14/7515, S. 28.

⁸⁷⁴Bertrams, Haftung (2003), S. 41; Hanfland, Haftungsrisiken (2006), S. 25.

Rahmen des Anhangs zum Jahres- bzw. Konzernabschluss entgegengewirkt werden. Auch Interessenkonflikte, insbesondere durch Eigengeschäfte der Organmitglieder und Aktienbesitz derselben, sollten durch eine weitgehende Offenlegungspflicht bekämpft werden. Diese inhaltlichen Vorgaben, die sich bereits ausdrücklich an die erst zu schaffende Kodex-Kommission richteten, haben die Gestalt des heutigen Kodex schon damals wesentlich geprägt, da sie bei seiner Ausarbeitung umfassend berücksichtigt und überwiegend, wenn auch mit kleineren Änderungen, übernommen wurden.

III. Die Arbeit der Cromme-Kommission

Die Auswertung des von der Baums-Kommission vorgelegten Berichts veranlasste die Bundesregierung zu raschem Handeln. Die erste Stufe der Umsetzung der Vorschläge der Baums-Kommission⁸⁷⁵ stellte die Einsetzung einer für die Schaffung eines neuen Kodex zuständigen Expertenkommission durch das Bundesjustizministerium⁸⁷⁶ dar. Im September 2001 wurden dazu *Dr. Gerhard Cromme*, Aufsichtsratsvorsitzender der ThyssenKrupp AG, als Kommissionsvorsitzender und 11 weitere Personen berufen, welche, wie es die Baums-Kommission gefordert hatte, als Spezialisten auf dem Gebiet der Corporate Governance gelten.⁸⁷⁷ Sie bilden die sog. Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex,

⁸⁷⁵Vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs zum TransPuG, BT-Drucks. 14/8769, S. 10.

⁸⁷⁶Nicht etwa das Wirtschaftsministerium hat diesen Auftrag erteilt, was einerseits darauf schließen lässt, dass eine starke Verknüpfung des Kodex mit dem Recht besteht und andererseits die starke Verrechtlichung der Unternehmensführung erkennen lässt.

⁸⁷⁷Zu Mitgliedern wurden berufen: Dr. Paul Achleitner, Vorstandsmitglied der Allianz AG, Dr. Rolf E. Breuer, damals Aufsichtsratsvorsitzender der Deutsche Bank AG, Dr. Hans-Friedrich Gelhausen, Vorstandsmitglied der PricewaterhouseCoopers Deutsche Revision AG, Ulrich Hocker, Geschäftsführer der Deutschen Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz e. V., Max-Dietrich Kley, Aufsichtsratsvorsitzender der Infineon AG, Prof. Dr. h. c. mult. Marcus Lutter, Universität Bonn, Volker Potthoff, damals Vorstandsmitglied der Deutsche Börse AG, Heinz Putzhammer, Mitglied des geschäftsführenden Vorstandes des Deutschen Gewerkschaftsbundes, Christian Strenger, damals Aufsichtsratsmitglied der DWS Investment GmbH, Peer M. Schatz, Vorstandsvorsitzender der Qiagen GmbH, Dr. Wendelin Wiedeking, Vorstandsvorsitzender der Porsche AG und Prof. Dr. Axel v. Werder, Technische Universität Berlin. Herr Heinz Putzhammer legte sein „Amt“ am 29. Mai 2005 nieder und wurde durch Herrn Dietmar Hexel, Mitglied des geschäftsführenden Vorstandes des Deutschen Gewerkschaftsbundes, ersetzt. Am 12. Juni 2006 legte Herr Volker Potthoff seine Position nieder. Stattdessen wurde Dr. Manfred Gentz, Aufsichtsratsmitglied der Deutsche Börse AG in die Kommission berufen. Im Juli 2008 schieden Prof. Dr. Lutter und Dr. Rolf E. Breuer ebenfalls aus. Gleichzeitig wurde Frau Daniela Weber-Rey, Partnerin bei der Anwaltskanzlei Clifford Chance und Verwaltungsratsmitglied bei BNP Paribas in die Kommission aufgenommen. Gleichzeitig mit dieser Entscheidung ist auch der Kommissionsvorsitzende Dr. Cromme ausgeschieden. Seine Aufgaben hat Herr Klaus-Peter Müller übernommen, seinerseits Aufsichtsratsvorsitzender der Commerzbank AG. Im Jahr 2009 schied zudem Dr. Paul Achleitner aus. Zuletzt aufgenommen wurden im Jahr 2009 Prof. Dr. Dres. h.c. Theodor Baums, Direktor des Instituts für Law and Finance der Goethe-Universität Frankfurt und Prof. Dr. Henning Kagermann, Präsident der acatech - Deutsche Akademie der Technikwissenschaften - und ehemaliger Vorstandssprecher der SAP AG.

die bis zum Ausscheiden des damaligen Vorsitzenden vor allem unter dem Namen „Cromme-Kommission“ bekannt war.⁸⁷⁸

Als von dieser Gruppe anzugehende Problembereiche bezeichnete die damalige Bundesjustizministerin *Däubler-Gmelin* unter anderem die Qualifikation von Aufsichtsratsmitgliedern, Interessenkonflikte und Aktieninhaberschaft von Organmitgliedern, Eigengeschäfte des Vorstands und die Informationsversorgung des Aufsichtsrats und unterstrich hierbei, dass nachhaltiges Vertrauen von Aktionären in deutsche Unternehmen nur durch weitgehende Transparenz erreicht werden könne und dass ein von „der Wirtschaft“ selbst entworfener Kodex das deutsche Corporate Governance System sowohl verbessern als auch in für das Ausland verständlicher Weise darstellen werde.⁸⁷⁹ Die Parallelen zu den Forderungen der Baums-Kommission sind unverkennbar. Dass die insofern geforderte Schaffung von Transparenz allerdings nicht mit einer bloßen Darstellung der vorherrschenden Verfahrensweisen in Sachen Corporate Governance gleichgesetzt werden kann, ergibt sich aus den aus Anlass der Einsetzung der Kommission gemachten Ausführungen des Justizministeriums. Denn es hieß unter anderem, die Kommission solle Verhaltensstandards, also Wohlverhaltensregeln für Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder erarbeiten, wie sie auch in den ausländischen Kodizes üblich sind.⁸⁸⁰

Bezeichnenderweise sind die Kommissions-Mitglieder größtenteils selbst Anwender des Kodex⁸⁸¹, denn sie sind überwiegend selbst in Vorständen und/oder Aufsichtsräten deutscher Aktiengesellschaften tätig. Daher wird vom Kodex auch ganz überwiegend als Akt der Selbstorganisation bzw. Selbstregulierung gesprochen.⁸⁸² Bei der Auswahl der Kommissionsmitglieder wurde, dem Rat der Baums-Kommission folgend, insbesondere großer Wert auf Vielfalt gelegt, um eine größtmögliche Akzeptanz in Wirtschaftskreisen zu erreichen. Vertreten waren

⁸⁷⁸Mittlerweise hat diese Position Herr Klaus-Peter Müller inne, seines Zeichens Aufsichtsratsvorsitzender der Commerzbank AG.

⁸⁷⁹Siehe die Nachweise bei *Seidel*, ZIP 2004, S. 285 (286).

⁸⁸⁰Siehe *Seidel*, ZIP 2004, S. 285 (286).

⁸⁸¹*Ringleb*, in: *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, Rn. 12.

⁸⁸²Siehe die Rede von *Cromme* anlässlich der Übergabe des Kodex an die Regierung, S. 2 unter <http://www.corporate-governance-code.de/ger/news/rede-cromme-20020226.html>. Siehe auch *Berg/Stücker*, WM 2002, S. 1569; *Bertrams*, Haftung (2003), S. 26; *Ringleb*, in: *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, Rn. 15; *Seibert*, BB 2002, S. 581 (582); *Ulmer*, ZHR 166 (2002), S. 150 (159). Der Selbstorganisationsansatz wird im Schrifttum geradezu als Stärke des Kodex angesehen, vgl. *Ringleb*, in: *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, Rn. 12. Die gewollte Selbstregulierung lässt natürlich die Frage aufkommen, ob hier nicht vielleicht „der Bock zum Gärtner gemacht wird“. Dass die, deren Verhalten reguliert und kontrolliert werden soll, die Verhaltensregeln selbst aufstellen, ist zumindest ungewöhnlich. Dies ist noch deutlicher zu sehen, wenn man sich das öffentliche Interesse an guter Corporate Governance vergegenwärtigt. Dieses besteht vor allem darin, das Gesamtgefüge der Wirtschaft erschütternde Schieflagen von Unternehmen zu verhindern. Wählt man nun als Instrument hierzu die Schaffung (oder Auflistung) von Richtlinien guter Unternehmensführung, ist es doch verwunderlich, dass man denjenigen die inhaltliche Gestaltungsmacht verleiht, die die potenziellen Gefährder sind.

nicht etwa nur Organmitglieder börsennotierter Aktiengesellschaften, sondern auch Universitätsprofessoren und Gewerkschaftsfunktionäre. Auch verschiedenste Wirtschaftsbranchen waren und sind in der Kodexkommission vertreten. Das Spektrum reicht von Banken, über Versicherungen, Wirtschaftsprüfungsgesellschaften und IT-Hersteller bis hin zur Automobilindustrie.

Bei der Arbeit der Cromme-Kommission spielte die schon von der Baums-Kommission vorgegebene Zielrichtung eines Deutschen Corporate Governance Kodex eine entscheidende Rolle. Denn es musste der Zielvorgabe entsprochen werden, der Kodex solle vor allem dazu geeignet sein, die deutsche Unternehmensverfassung mit ihrer dualistischen Kontrollstruktur vor allem für ausländische Investoren verständlich und attraktiv darzustellen. Da ausdrückliche Vorgabe die Schaffung eines einheitlichen Kodex für Deutschland war und das Nebeneinander verschiedener Kodizes ganz überwiegend abgelehnt wurde⁸⁸³, sah sich die Kodex-Kommission mit der Aufgabe konfrontiert, einen Kodex zu formulieren, der einerseits größtmögliche Akzeptanz in Wirtschaftskreisen findet und andererseits die „best practice“ der Unternehmensführung derart umfassend darstellt, dass weitere Kodizes weitgehend unnötig werden. Der Erfolg dieses Unternehmens war besonders wichtig angesichts der Tatsache, dass nach dem Vorschlag der Baums-Kommission und dem hierauf basierenden Wunsch der Bundesregierung nur der von der Kommission erarbeitete Kodex mit einer zur Offenlegung von Abweichungen zwingenden gesetzlichen Vorschrift flankiert werden sollte.

Mag hierin schon eine gewisse Einschränkung des Handlungsspielraums der Kommission liegen, so war sie dennoch im Hinblick auf die inhaltliche Ausgestaltung des Kodex weitgehend frei. Denn, hiervon abgesehen, wurden der Kommission keine inhaltlichen Vorgaben gemacht, sondern ihr lediglich ein Handlungsrahmen vorgegeben.⁸⁸⁴ Vorgabe für die Arbeit der Kommission war es lediglich, sich auf den Rahmen zu beschränken, den das geltende Recht vorgibt. Weder sollten Änderungsvorschläge zur Rechtslage gemacht noch Streitfragen des Rechts durch den Kodex entschieden werden.⁸⁸⁵ Nur die Darstellung der geltenden Unternehmensverfassung und die Aufnahme als richtig anerkannter Verhaltensmaßstäbe der Corporate Governance sollten erfolgen. Ansonsten sollte die Kommission den Kodex vor allem „kurz und prägnant“ gestalten.⁸⁸⁶

In dieser weitgehenden inhaltlichen Gestaltungsfreiheit wird das Verhältnis der Regierung zur Kodex-Kommission ganz besonders deutlich. Nicht nur im Rah-

⁸⁸³ Begründung des Regierungsentwurfs zum TransPuG, BT-Drucks. 14/8769, S. 21. Siehe auch *Seibert*, BB 2002, S. 581; *Seidel*, ZIP 2004, S. 285 (286).

⁸⁸⁴ Siehe die Rede von *Cromme* zur Veröffentlichung des Kodexentwurfs, S. 3 unter <http://www.corporate-governance-code.de/ger/news/rede-crommes.html>. Siehe auch *Bertrams*, Haftung (2003), S. 43; *Hanfland*, Haftungsrisiken (2006), S. 25; *Ringleb*, in: *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, Rn. 14. Vgl. auch *Seibert*, BB 2002, S. 581 (582).

⁸⁸⁵ *Hanfland*, Haftungsrisiken (2006), S. 26; *Ringleb* in: *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, Rn. 17.

⁸⁸⁶ *Ringleb*, in: *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, Rn. 19.

men der Beauftragung wurde der Kommission weitgehend freie Hand gelassen. Die Kommission ist auch in personeller Hinsicht weitgehend „staatsfrei“. Im Gegensatz zur Baums-Kommission sind in der Kodex-Kommission keine Regierungsmitglieder oder deren „Zuarbeiter“ vertreten.⁸⁸⁷ Das Bundesjustizministerium hat lediglich das Recht, einen Vertreter als Gast zu den Beratungen und Beschlussfassungen der Kommission zu entsenden. Dieser hat vor allem die Aufgabe, die Kommunikation zu parallel laufenden Gesetzgebungsverfahren in Deutschland und der EU wahrzunehmen.⁸⁸⁸ Eine staatliche Einflussnahme auf die inhaltlichen Ergebnisse der Kommissionsarbeit besteht nicht.⁸⁸⁹ Es wurde sogar die Öffentlichkeit von den Kommissionssitzungen ausgeschlossen, um zu verhindern, dass der Eindruck von Gesetzgebung entsteht.⁸⁹⁰ Eine Einflussnahme des Staates ergibt sich auch nicht aus der Tatsache, dass der Kodex im elektronischen Bundesanzeiger veröffentlicht ist. Richtig ist zwar, dass hiermit eine gewisse Rechtskontrolle verbunden ist, die vor der erstmaligen Veröffentlichung des Kodex auch stattgefunden hat⁸⁹¹. Aber Rechtskontrolle bedeutet in diesem Zusammenhang nur die Kontrolle, ob der Kodex in einem fairen Verfahren zustande gekommen ist und ob er Bestimmungen enthält, die gegen das geltende Recht verstoßen.⁸⁹²

Gegen die inhaltliche Gestaltungsfreiheit der Kodex-Kommission wird zuweilen allerdings vorgebracht, „der Staat“ nehme teils auf indirektem Wege Einfluss auf die Gestaltung des Kodex. Gemeint ist zumeist die Tendenz des Gesetzgebers, Verhaltensstandards, die von ihm befürwortet, aber von der Kommission nicht in Kodexbestimmungen gegossen werden, gesetzlich zu statuieren. Paradebeispiel ist das Problem der Offenlegung von Vorstandsbezügen. Hierzu hatte die im Jahr 2003 amtierende Bundesjustizministerin *Zypries* zu verstehen gegeben, falls die Kommission keine Offenlegungspflichten für Vorstandsgehälter empfehlen wolle, könnten solche stets durch den Gesetzgeber statuiert werden, was teils als unverhohlene Drohung aufgefasst worden war.⁸⁹³ Die Regierungskommission reagierte und schuf in Ziffer 4.2 DCGK a.F. unter anderem Empfehlungen zur weitreichenden Offenlegung von Vorstands- und Aufsichtsratsbezügen. Ironischer Weise kam es später doch zu einem entsprechenden Gesetz, dem sog. „Vor-

⁸⁸⁷*Bertrams*, Haftung (2003), S. 43; *Kort*, in: Großkomm.-AktG, vor § 76 Rn. 39; *Ringleb*, in: *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, Rn. 13; *Seibert*, BB 2002, S. 581 (582); *Seibert*, BB 2003, S. 693 (695).

⁸⁸⁸*Ringleb*, in: *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, Rn. 14.

⁸⁸⁹*Ringleb*, in: *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, Rn. 14. Dies anzweifelnd *Seidel*, ZIP 2004, S. 285 (287) und *Wolf*, ZRP 2002, S. 59 (60).

⁸⁹⁰*Ringleb*, in: *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, Rn. 24.

⁸⁹¹*Lutter*, in: FS-Huber (2006), S. 871 (872); *Seibert*, BB 2002, S. 581 (582).

⁸⁹²*Schlösser/Dörfler*, wistra 2007, S. 326 (Fn.4); *Hanfland*, Haftungsrisiken (2006), S. 65; *Seibert*, BB 2002, S. 581 (582). A.A. *Seidel*, ZIP 2004, S. 285 (288).

⁸⁹³Siehe *Seidel*, ZIP 2004, S. 285 (287). Siehe auch *Sester*, in: Spindler/Stilz, § 161 Rn. 6.

standsvergütungs-Offenlegungsgesetz“ oder auch „VorstOG“⁸⁹⁴. Denn die neue Empfehlung zur Vergütungsoffenlegung stellte sich als eine der wenigen Kodexbestimmungen dar, denen weite Teile der Unternehmen die Gefolgschaft versagen.

Man mag sich fragen, ob durch die Ankündigung legislatorischen Handelns der von der Bundesregierung gewählte Weg der Selbstregulierung nicht bereits verlassen wird. In der Tat wäre es fragwürdig, wenn die Kodex-Kommission in vorausgehendem Gehorsam letztlich doch nur den Willen des Gesetzgebers abbildete. Denn dann könnte das Konzept der Selbstregulierung aufgegeben und stattdessen auf Fremdregulierung gesetzt werden. Dies ist allerdings nicht die Vorgehensweise der Kodex-Kommission. Das lässt sich schon an dem Exempel der Offenlegung der Vorstandsvergütung erkennen, weshalb dieses auch nicht als Anknüpfungspunkt für Zweifel an der Autonomie der Kodex-Kommission taugt. Denn der Kodex enthielt von Anfang an eine Bestimmung, wonach eine individualisierte Offenlegung der Vorstandsvergütung erfolgen sollte und zwar in Form einer Anregung in Ziffer 4.2.4 S. 2 DCGK a.F.⁸⁹⁵ Dass diese Anregung im Mai 2003 zu einer die Offenlegung von Abweichungen nach § 161 AktG erfordernden Empfehlung „hochgestuft“ wurde, geschah auch nicht etwa in der Manier vorausgehenden Gehorsams, nur weil ein gesetzgeberisches Tätigwerden drohte, sondern beruhte vor allem auf der immer aufgeregter werdenden Diskussion über überhöhte Vorstandsvergütungen in der Öffentlichkeit und der Erwägung, dass derartige Offenlegungspflichten in den meisten ausländischen Rechtsordnungen zu diesem Zeitpunkt bereits Gang und Gäbe waren. Dahinter stand nicht zuletzt die Vorstellung, durch größere Transparenz der Vorstandsvergütung die hitzig geführte öffentliche Debatte in Bezug auf Managergehälter ein wenig abkühlen zu können.⁸⁹⁶ Nach kontroverser Diskussion entschied man sich letztlich dafür, die Anregung in eine Empfehlung umzuwandeln. Als später das VorstOG doch auf den Weg gebracht wurde, wurde dies vom Kommissionsvorsitzenden mit der bedauernden Aussage quittiert, die Chance zur Selbstregulierung sei in diesem Punkt vertan worden.⁸⁹⁷ Von einer Unterordnung der Kommission unter den Willen der Regierung, was die Gestaltung des Kodex angeht kann also in diesem Fall und auch generell nicht gesprochen werden. Dass der Gesetzgeber bisweilen von seiner Möglichkeit zur normativen Gegenkorrektur Gebrauch macht, ändert nichts an der Tatsache, dass die Inhalte des Kodex von der Kommission autonom und insbesondere „staatsfrei“ festgelegt werden.

⁸⁹⁴Gesetz über die Offenlegung der Vorstandsvergütungen vom 3. 8. 2005, BGBl. I 2005, S. 2267.

⁸⁹⁵Zum Unterschied zwischen Empfehlungen und Anregungen siehe unten Kap. 2 D I 2.

⁸⁹⁶Vgl. die Pressemitteilung der Kommission vom 21.05.2003 unter <http://www.corporate-governance-code.de/ger/news/presse-20030521.html>.

⁸⁹⁷Vgl. die Pressemitteilung der Kommission vom 11.3.2005 unter http://www.corporate-governance-code.de/ger/download/11_03_2005_14_Uhr_PM_Zypries.pdf.

Die Arbeit der Kommission trug bald Früchte. Schon im Dezember 2001 verabschiedete sie einen Entwurf des Deutschen Corporate Governance Kodex, der im Internet veröffentlicht wurde und zu dem jedermann Stellung beziehen und Änderungs- und Verbesserungsvorschläge abgeben konnte. Nach dem Ablauf der Frist zur Stellungnahme wurde der Kodex dann am 23. Januar 2002 verabschiedet und am 26. Februar 2002 der Bundesjustizministerin überreicht. Das Bundesjustizministerium hat den Kodex unmittelbar nach Übergabe durch die Kommission auf seiner Homepage und am 30. September 2002 im elektronischen Bundesanzeiger veröffentlicht.

Damit war die Arbeit der Kodex-Kommission jedoch nicht getan. Der Auftrag der Regierung umfasste auch die Aktualisierung und weitere Verbesserung des Kodex. Als sog. „standing commission“⁸⁹⁸ bleibt die Kodex-Kommission für den Kodex zuständig. Insbesondere ist es ihre Aufgabe, gesetzeswiedergebende Passagen an die aktuelle Rechtslage anzupassen und Empfehlungen und Anregungen, die durch Gesetzesänderungen entweder unnötig werden oder sogar im Widerspruch zum Gesetz stehen, ganz oder teilweise aufzuheben. So musste z.B. bereits im November 2002 Ziffer 6.6 DCGK an den durch das 4. Finanzmarktförderungsgesetz⁸⁹⁹ geänderten § 15a WpHG angepasst werden.⁹⁰⁰ Die zuvor erwähnten Kodexbestimmungen über die Offenlegung von Vorstandsvergütungen in Ziffer 4.2.4 DCGK haben sich durch das Tätigwerden des Gesetzgebers in Form des VorstOG erledigt. Der Kodex gibt insoweit nur noch die Grundzüge des geltenden Rechts wieder. Auch die früher in Ziffer 4.2.2 DCGK enthaltene Empfehlung, dass das Aufsichtsratsplenium über die Struktur der Vorstandsvergütung entscheiden soll, ist wegen der durch das VorstAG⁹⁰¹ eingeführten gesetzlichen Fixierung dieser Zuständigkeit in § 107 Abs. 3 S. 3 AktG überholt und wurde durch eine gesetzeswiedergebende Passage abgelöst.

Aber auch abgesehen von Änderungen der Rechtslage ist die Kommission gehalten, den Kodex ständig weiterzuentwickeln und kommt dieser Aufgabe auch nach. Zwar gab es in den ersten Jahren kaum inhaltliche Änderungen, weil die Akzeptanz der Kodexbestimmungen zunächst durch empirische Untersuchungen ausgelotet werden sollte und die Ergebnisse nicht durch Änderungen verfälscht werden sollten. Aber schon im Jahr 2005 wurde z.B. die zusätzliche Empfehlung installiert, dass der Wechsel aus dem Vorstand in den Aufsichtsrat nicht die Regel sein soll.⁹⁰² Die wohl bedeutendste Kodexänderung im Jahr 2007 war die Einfüh-

⁸⁹⁸Vgl. die Präambel des Kodex, letzter Satz. Siehe auch *Bertrams*, Haftung (2003), S. 43; *Ringleb*, in *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, Rn. 39; *Seibt*, AG 2002, S. 249 (251); *ders.*, AG 2003, S. 465.

⁸⁹⁹Gesetz zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland vom 21.6.2002, BGBl. I 2002, S. 2010.

⁹⁰⁰*Bertrams*, Haftung (2003), S. 43; *Heck*, Haftungsrisiken (2006), S. 26; *Seibt*, AG 2003, S. 465.

⁹⁰¹Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, vom 31. 7. 2009, BGBl. I 2009, S. 2509.

⁹⁰²Siehe dazu die Pressemitteilung der Kommission vom 2.6.2005 unter <http://www.corporate-governance-code.de/ger/news/presse-20050602.html>.

zung einer Anregung eines sog. „Abfindungs-Caps“ für Vorstandsmitglieder⁹⁰³, welche bis heute eine der umstrittensten Bestimmungen des Kodex darstellt. Im Jahr 2008 wurde der Kodex insofern erneut geändert als die Anregung des Abfindungscaps zur Empfehlung „hochgestuft“ wurde.⁹⁰⁴ Die jüngsten Änderungen im Jahr 2009 sollten vor allem die weitere Professionalisierung der Aufsichtsratsstätigkeit vorantreiben.⁹⁰⁵ So empfiehlt der Kodex beispielsweise seit neuestem, dass Vorstandsmitglieder eines Unternehmens nicht ohne vorheriges Abwarten einer sog. „cooling-off-Periode“ in den Aufsichtsrat wechseln sollen und spricht sich zudem ausdrücklich für eine stärkere Vertretung von Frauen in Vorständen und Aufsichtsräten aus. Die Kodexänderungen im Jahr 2010 sind bisher nicht bekannt. Arbeitsschwerpunkte in diesem Jahr sind allerdings laut Kommission⁹⁰⁶ die Konkretisierung der Empfehlungen zur besseren Repräsentation von Frauen und internationalen Experten in Aufsichtsräten (diversity), die stärkere Bekämpfung von Interessenkonflikten und die stärkere Professionalisierung der Aufsichtsratsstätigkeit, insbesondere durch Fortbildungsprogramme. Ob die Kommission diese Ziele erreicht, wird sich noch zeigen müssen.

Die Kommission, die laut Auftrag des Bundesjustizministeriums eine „Standing Commission“ sein soll und sich auch als solche versteht, nimmt im Zusammenhang mit dem Kodex anfallende Aufgaben umfassend wahr. Zwischen den jährlich wiederkehrenden Plenarsitzungen, auf denen über Kodexänderungen verhandelt wird, informiert sie im Rahmen ihrer Internetpräsenz umfassend über kodexrelevante Themen und veröffentlicht regelmäßig die empirischen Untersuchungen des Berlin Center of Corporate Governance zur Akzeptanz der Kodexbestimmungen, welche im wesentlichen auf der Auswertung der veröffentlichten Entsprechenserklärung basieren (dazu unten Kap. 2 D I). Zudem veröffentlicht sie regelmäßig Berichte über den Entwicklungsstand der Corporate Governance in Deutschland und nimmt zu rechtspolitischen Fragen in diesem Bereich Stellung. Durch diese umfassende Wahrnehmung von Aufgaben wird die dominierende Stellung der Kodex-Kommission im Rahmen der deutschen Corporate Governance Bewegung deutlich und es zeigt sich, wie einflussreich private Expertengremien im Einzelfall werden können. Die Kommission ist zwar nicht mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet und kann erst recht nicht als Beliehener

⁹⁰³Siehe dazu die Pressemitteilung der Kommission vom 14.6.2007 unter <http://www.corporate-governance-code.de/ger/news/presse-20070614.html>.

⁹⁰⁴Siehe zum Ganzen die Pressemitteilung der Kommission vom 6.6.2008 unter http://www.corporate-governance-code.de/ger/download/080606_Plenarsitzung.pdf. Außerdem wurde auch die mittlerweile gesetzlich angeordnete Zuständigkeit des Aufsichtsratsplenums für Vergütungsfragen empfohlen.

⁹⁰⁵Siehe dazu die Pressemitteilung der Kommission vom 29.5.2009 unter http://www.corporate-governance-code.de/ger/download/PM_Plenarsitzung_2009_05_29_final.pdf.

⁹⁰⁶Siehe dazu die Pressemitteilung der Kommission vom 11.2.2010 unter http://www.corporate-governance-code.de/ger/download/PM_Plenarsitzung_10_02_2010_final.pdf.

angesehen werden. Aber durch ihren Sachverstand und dadurch, dass die Regierung sie weitgehend gewähren lässt, hat sie es zu enormer Autorität gebracht.

D) Der Inhalt des Kodex und seine Struktur

I. Die Ziele des Kodex und ihre Verwirklichung durch die verschiedenen Bestandteile

1. Ziele und Funktionen

Der Zielbestimmung in Abs. 1 S. 3 der Präambel des Kodex zufolge wird mit ihm das Ziel verfolgt, „das Vertrauen der internationalen und nationalen Anleger, der Kunden, der Mitarbeiter und der Öffentlichkeit in die Leitung und Überwachung deutscher börsennotierter Gesellschaften (zu) fördern“ Dem Kodex soll nach der Intention seiner Verfasser zur Erreichung dieses Ziels eine Kommunikations- und eine Ordnungsfunktion zukommen. Aus der Vorgabe in Abs. 1 der Präambel, das deutsche Corporate Governance System transparent und nachvollziehbar darzustellen, folgert man gemeinhin die sog. Kommunikationsfunktion⁹⁰⁷: Die Anleger sollen über die Grundsätze informiert werden, die nach deutschem Aktienrecht für die Leitung und Überwachung von Aktiengesellschaften gelten.⁹⁰⁸ Dabei steht im Mittelpunkt die Transparenz, die unter anderem insofern erreicht werden soll, als den Lesern des Kodex das dem deutschen Aktiengesellschaftsrecht eigene dualistische Führungssystem, mit der strikten personellen und überwiegend auch sachlichen Trennung von Geschäftsführung und Überwachung nahe gebracht wird, da im nichtdeutschen Raum vorwiegend das monistische System (sog. „board system“) vorherrscht. Diese Funktion soll letztlich dem Ziel dienen, Anlegervertrauen zu gewinnen.⁹⁰⁹ Insofern ist die Kodex-Kommission den Empfehlungen der Baums-Kommission vollständig gefolgt und hat den Kodex ganz auf das Konzept ihres Vorgängers ausgerichtet.

Dies ist jedoch nicht die einzige Funktion des Kodex. Vielmehr kommt ihm auch eine sog. Ordnungsfunktion zu. Er soll der Verbreitung der Verhaltensanweisungen dienen, welche nach Ansicht der Kommission jeweils die „best practise“ der Unternehmensführung darstellen. Hierdurch soll die Qualität der Corporate Governance deutscher Unternehmen verbessert werden.⁹¹⁰ Ganz im

⁹⁰⁷Bertrams, Haftung (2003), S. 20; Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 12; Pfitzer/Oser/Wader, DB 2002, S. 1120; Ulmer, ZHR 2002, S. 150 (151); Ulmer, AcP 202 (2002), S. 143 (167).

⁹⁰⁸Ulmer, ZHR 2002, S. 150 (151). Siehe dazu auch die Begründung des Regierungsentwurfs zum TransPuG, BT-Drucks. 14/8769, S. 21.

⁹⁰⁹Siehe Bertrams, Haftung (2003), S. 20; Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 12.

⁹¹⁰Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 12. Einen positiven Effekt auf die Corporate Governance soll der Kodex auch dadurch erhalten, dass man durch die Pflicht zur Entsprechenserklärung in § 161 AktG

Sinne der Baums-Kommission setzt die Kodex-Kommission und mit ihr die Bundesregierung und auch der Gesetzgeber, der die flankierende Vorschrift des § 161 AktG erlassen hat, darauf, dass die nur „soft law“ darstellenden Kodexbestimmungen sich wegen der fachlichen Autorität der Kodex-Kommission und der grundsätzlichen Anerkennung durch die Bundesregierung am Markt durchsetzen werden. Als Vehikel dient in Übereinstimmung mit der bisherigen Corporate Governance Tradition die Transparenz, die durch § 161 AktG erzielt wird.

Angesichts dieser beiden Funktionen wird man sich fragen müssen, ob die Förderung des Vertrauens in die Leitung und Überwachung deutscher börsennotierter Gesellschaften wirklich das einzige Ziel des Kodex ist, wie es der Zielvorgabe in der Präambel zufolge den Anschein hat und ob die Kommunikations- und die Ordnungsfunktion diesem Ziel wirklich nur dienen. Es ist zweifelhaft, ob die Ordnungsfunktion wirklich nur unter dem Blickwinkel des Ziels, Vertrauen zu fördern, betrachtet werden kann und sich darin erschöpft, diesem Ziel zu dienen. Nahe liegend ist es vielmehr, die mit einer so verstandenen Ordnung verbundene Verbesserung der Corporate Governance selbst als um seiner selbst willen zu erreichendes Ziel anzusehen.⁹¹¹ Dass dies nicht ausdrücklich bei der Zielerklärung der Regierungskommission so dargestellt wurde, ist verständlich: Erklärt man das Ziel, die zur Zeit praktizierte Corporate Governance zu verbessern, kann der Eindruck entstehen, es gäbe hier erhebliche Missstände. Und einen solchen Eindruck zu erzeugen, widerspricht gerade dem Ziel, Vertrauen zu schaffen. Außerdem würde dies der Intention zuwiderlaufen, möglichst breite Akzeptanz bei den Aktiengesellschaften zu erzielen, da aus deren Perspektive die Zielvorgabe „Verbesserung der Corporate Governance“ durchaus abschreckend wirken kann. Liegt es

dazu gezwungen wird, den eigenen Bestand an Kontrollmechanismen zu sichten und die Qualität der Bemühungen auf diesem Feld einer kritischen Begutachtung zu unterziehen. Insofern soll der Kodex also auch als Denkanstoß dienen. Man kann auch von einer Reflexionsfunktion sprechen. Siehe dazu *Bachmann*, WM 2002, S. 2137 (2139); *Ulmer*, AcP 202 (2002), S. 143 (167); v. *Werder*, DB 2002, S. 801 (810). Ob die angestrebten Kommunikations- und Ordnungseffekte durch den Kodex wirklich erzielt werden, kann hier nicht beurteilt werden. Nach einer empirischen Studie von *Deloitte* stuften beispielsweise über 80 Prozent der im Jahre 2004 befragten Aufsichtsratsvorsitzenden den Einfluss des Kodex auf ihre Tätigkeit als gering ein. Siehe *Schilba*, Aufsichtsratsstätigkeit (2008), S. 30 Fn. 7, der auf die mittlerweile online nicht mehr verfügbare Studie verweist.

⁹¹¹In diese Richtung gehen auch die Ausführungen von *Schlösser/Dörfler*, wistra 2007, S. 326, die den Schutz der Gesellschaftssubstanz als „Funktion“ des Kodex bezeichnen. Gemeint ist wohl aber eine Zielbestimmung, weil der Schutz der Gesellschaftssubstanz nicht als Funktion zur Erreichung des Ziels, Vertrauen zu schaffen, angesehen werden kann. Auch *Schlitt*, DB 2007, S. 326 meint, der Kodex bezwecke „eine Verbesserung der Qualität der Unternehmensführung durch kritische Befassung mit der eigenen Corporate Governance. In eine ähnliche Richtung geht die Bezeichnung *Lauters*, ZHR 166 (2002), S. 523 (525), wenn er von der „Zielrichtung“ spricht, auf eine Verbesserung der Corporate Governance deutscher börsennotierter Aktiengesellschaften hinzuwirken. Ein solches Verständnis ist auch konsistent mit dem generellen Anspruch an gute Corporate Governance, dass diese „eine erfolgreiche Führung der Geschäfte des Unternehmens und eine wirkungsvolle Überwachung der Geschäftsführung ermöglichen“ soll, *Spindler*, in: MüKo-AktG, vor § 76 Rn. 1.

doch nahe, dass damit zusätzliche Reglementierung oder zumindest höhere Kosten⁹¹² einhergehen. Man sollte sich auch vergegenwärtigen, dass die Erzeugung von Marktvertrauen und die Verbesserung der Corporate Governance um ihrer selbst Willen keine strikt voneinander zu trennenden Ziele sind, so dass eines nur auf Kosten des anderen erreicht werden kann. Vielmehr muss gute Corporate Governance als die Basis für Marktvertrauen angesehen werden, die im Normalfall durch eben solches Vertrauen honoriert werden wird. Es liegt also nahe, die „Funktionen“ des Kodex nicht als Zwischenziele zur Erreichung des Endziels „Vertrauensschaffung“ anzusehen, sondern vielmehr die Kommunikation und die Ordnung als Ziele des Kodex zu werten, bei deren für die Öffentlichkeit sichtbarem Erreichen sich das Marktvertrauen als Reflex einstellen wird.

2. Die verschiedenen Bestimmungsarten

Zur Erreichung dieser Ziele wurden in den Kodex drei verschiedene Bestimmungsarten aufgenommen. Charakteristisch für den Kodex ist, dass formal zwischen diesen drei Bestimmungsarten differenziert wird. Laut Präambel des Kodex ist nämlich zwischen Empfehlungen, Anregungen und der Bezugnahme auf geltendes Gesetzesrecht zu unterscheiden. Empfehlungen sind durch die Verwendung des Wortes „soll“ gekennzeichnet. Anregungen zeichnen sich durch die Verwendung von Begriffen wie „sollte“ oder „kann“ aus. Sprachlich nicht in dieser Form gekennzeichnete Passagen sollen geltende gesetzliche Vorschriften betreffen. Die Differenzierung zwischen bloß wiedergebenden und darüber hinausgehenden Teilen ist entscheidend für die hier zu untersuchenden Fragen. Denn im Hinblick auf Abweichungen vom Kodex spielen die bloß die Rechtslage beschreibenden Teile kaum eine Rolle. Weichen die Organmitglieder hiervon ab, ergibt sich der Pflichtverletzungsvorwurf schon aus der umfassend untreuebewehrten Legalitätspflicht. Und in Bezug auf Abweichungen von § 161 AktG sind diese Passagen ebenfalls irrelevant, weil die Erklärungspflicht der Organmitglieder sich nicht auf sie bezieht.

Die Differenzierung zwischen Empfehlungen und Anregungen ist ebenfalls wichtig für die hier anzustellenden Erwägungen. Denn in Bezug auf Kodexabweichungen muss berücksichtigt werden, dass Anregungen Verhaltensweisen propagieren, die viel weniger verbreitet und anerkannt sind als diejenigen, die zum Gegenstand der Empfehlungen gemacht wurden (dazu sogleich) und in Bezug auf Abweichungen von § 161 AktG ist entscheidend, dass die Erklärungspflicht sich nicht auf Anregungen bezieht.

⁹¹²Zu derartigen Kosten heißt es in der Begründung zum TransPuG, dass z.B. durch vermehrte Unterrichtspflichten des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat „geringfügige Mehrkosten“ für die Wirtschaft entstehen können, vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs zum TransPuG, BT-Drucks. 14/8769 S. 11.

a) Der bloß beschreibende Teil des Kodex

Zum bloß beschreibenden Teil des Kodex gehört beispielsweise die Beschreibung des dualistischen Führungssystems deutscher Aktiengesellschaften in Abs. 2 der Präambel, welche aufgenommen wurde, um auf Unverständnis dieses Systems beruhenden Aversionen potenzieller ausländischer Anleger entgegenzuwirken.⁹¹³ Solche Wiedergaben der Rechtslage dienen der Erfüllung der Kommunikationsfunktion⁹¹⁴: Eine gewisse Gesetzeskunde muss vorhanden sein, damit das deutsche System der Aktiengesellschaftsverwaltung transparent und nachvollziehbar wird, wie es der Kodex beabsichtigt und potenzielle Investoren sollen allein durch den Kodex einen Überblick über den gesetzlichen Rahmen der Unternehmensführung erhalten.⁹¹⁵ Das deutsche Corporate Governance Modell sollte vor allem kompakt dargestellt werden, so dass es auch ausländischen Investoren leicht zugänglich ist.⁹¹⁶ Hierzu gehört auch eine, wenn auch stark vereinfachte, Darstellung des einschlägigen Rechts. Der Verständlichkeit sollte hierbei laut Zielvorgabe der Kommission größere Bedeutung zukommen als juristischer Präzision und Vollständigkeit.⁹¹⁷

Durch diese Zielrichtung erklärt sich auch, dass die Rechtslage nicht überall mit letzter Präzision dargestellt wird. So heißt es z.B. in Ziffer 3.3 S. 1 DCGK, für „Geschäfte von grundlegender Bedeutung“ lege die Satzung oder der Aufsichtsrat Zustimmungsvorbehalte fest. In der damit angesprochenen Bestimmung des § 111 Abs. 4 S. 2 AktG heißt es jedoch lediglich, dass nur „bestimmte Geschäfte“ einem solchen Zustimmungsvorbehalt unterliegen müssen.⁹¹⁸ Die Aussage, grundlegende Geschäfte müssten einem Zustimmungsvorbehalt unterliegen, deckt sich zwar mit der im Gesetzgebungsprozess zum Ausdruck gekommenen Interpretationslinie des Gesetzgebers.⁹¹⁹ Aber eine allgemeingültige Definition des unbestimmten Begriffs „bestimmte Geschäfte“ in § 111 Abs. 4 S. 2 AktG ist nicht möglich.⁹²⁰ Vielmehr muss der Aufsichtsrat ihn nach pflichtgemäßem Ermessen unternehmensbezogen konkretisieren. Hierbei kann es durchaus erforderlich sein, auch Geschäfte, die nicht die vom Kodex angesprochene, grundlegende Bedeutung haben, einem Zustimmungsvorbehalt zu unterstellen und auch der umge-

⁹¹³Claussen/Brücker, DB 2002, S. 1199 (1200); Pfützer/Oser/Wader, DB 2002, S. 1120; Seibert, BB 2002, S. 581; v. Werder, DB 2002, S. 801 (820).

⁹¹⁴Siehe Bertrams, Haftung (2003), S. 48.

⁹¹⁵Siehe Kirschbaum/Wittmann, JuS 2005, S. 1062 (1063) m.w.N.

⁹¹⁶Ulmer, ZHR 2002, S. 150 (151).

⁹¹⁷Cromme, ZIP 2002, S. 452; Ringleb, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 42.

⁹¹⁸Siehe den Hinweise bei Seidel, ZIP 2004, S. 285 (292).

⁹¹⁹Siehe die Begründung des Regierungsentwurfs zum TransPuG, BT-Drucks. 14/8769, S. 17: „Entscheidungen oder Maßnahmen, die nach den Planungen oder Erwartungen die Ertragsaussichten der Gesellschaft oder ihre Risikoposition grundlegend verändern und damit von existenzieller Bedeutung für das künftige Schicksal der Gesellschaft sind, müssen vom Votum beider Organe, des Vorstands und des Aufsichtsrats, getragen sein...“

⁹²⁰Siehe zum ganzen Hüffer, § 111 Rn. 17.

kehrte Fall ist möglich. Nicht jedes grundlegende Geschäft muss einem Zustimmungsvorbehalt unterliegen. Denn bei der Konkretisierung des § 111 Abs. 4 S. 2 AktG muss berücksichtigt werden, dass die Vorschrift nicht zu einer de-facto Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat führen darf. Somit ist die Kodexpassage durchaus missverständlich, da sie die Rechtslage sehr entdifferenziert beschreibt.

Ein weiteres Beispiel für derartige Vereinfachungen findet sich in Ziffer 3.7 Abs. 2 S. 1 DCGK, wo es heißt, der Vorstand dürfe nach Bekanntgabe eines Übernahmeangebots „keine Handlungen außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsverkehrs vornehmen, durch die der Erfolg des Angebots verhindert werden könnte“, es sei denn, er sei dazu von der Hauptversammlung ermächtigt worden oder der Aufsichtsrat habe zugestimmt.⁹²¹ Denn nach der hiermit angesprochenen Norm des § 33 WpÜG dürfen Handlungen, die den Erfolg des Angebots verhindern könnten, nicht vorgenommen werden, es sei denn, dass dies Handlungen sind, „die auch ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer Gesellschaft, die nicht von einem Übernahmeangebot betroffen ist“⁹²², getroffen hätte. Eine Differenzierung zwischen gewöhnlichen und außergewöhnlichen Geschäften findet sich hier gerade nicht im Gesetzestext. Die gesetzliche Einschränkung, die eine Behinderung der Zielgesellschaft in ihrem normalen Geschäft durch das Übernahmeangebot verhindern soll⁹²³, ist allerdings stark konkretisierungsbedürftig, da sie ihrerseits auf die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters verweist⁹²⁴. Welche Handlungen letztlich nach § 33 WpÜG verboten sind, ist im Einzelnen sehr umstritten, so dass auch hier eine starke Entdifferenzierung vorliegt, die geeignet ist, Missverständnisse bei ausländischen Investoren auszulösen.

Solcher Ungenauigkeiten wegen wird der Kodexkommission teils vorgeworfen, sie habe ihren Handlungsspielraum, der ja gerade nicht die Klärung von Rechtsfragen umfasste, überschritten und ihre eigene Auffassung, wie die entsprechenden Gesetze auszulegen seien, in den Kodex integriert.⁹²⁵ Solchen Vorwürfen kann jedoch nicht zugestimmt werden. Berücksichtigt werden muss, dass die unpräzise Wiedergabe der gesetzlichen Bestimmungen gerade keine Auslegung darstellt, sondern der Tatsache geschuldet ist, dass das Recht für ausländische Anleger kurz und bündig und vor allem verständlich und einleuchtend dargestellt werden sollte. So dürfte z.B. die § 111 Abs. 2 S. 4 AktG exakt wiedergebende Aussage, dass „bestimmte Geschäfte“ einem Zustimmungsvorbehalt unterliegen

⁹²¹Siehe den Hinweis bei *Seidel*, ZIP 2004, S. 285 (292). Siehe dazu auch *Bertrams*, Haftung (2003), S. 129.

⁹²²Ausgenommen sind des Weiteren die Suche nach einem anderweitigen Angebot und Handlungen, denen der Aufsichtsrat der Zielgesellschaft zugestimmt hat.

⁹²³*Hirte*, in: Köln. Komm.-WpÜG, § 33 Rn. 66.

⁹²⁴Siehe zum Ganzen *Hirte*, in: Köln. Komm.-WpÜG, § 33 Rn. 67 ff.

⁹²⁵Siehe etwa *Seidel*, ZIP 2004, S. 285 (292), der dies zudem der Bundesregierung zurechnet und hieraus folgert, der gesetzestwiedergebende Teil des Kodex sei mangels Legitimationsgrundlage für die Auslegung von Gesetzen durch Letztere verfassungswidrig.

müssen, weitgehend als nichtssagend empfunden werden. Außerdem ist zu bedenken, dass der Kodex ins Englische übersetzt werden musste⁹²⁶ und somit schon aus rein sprachlichen Gründen Vereinfachungen und Verallgemeinerungen nötig waren. So wird beispielsweise die vereinfachte Wiedergabe des § 33 Abs. 1 WpÜG nachvollziehbar, wenn man versucht, diese sogar für das deutsche Recht komplizierte Bestimmung in ihrer ganzen Differenziertheit ins Englische zu übersetzen.

Allerdings ist zuzugeben, dass die stark vergrößerte Darstellung des Rechts in Anbetracht der Kommunikationsfunktion des Kodex verwunderlich und bedenklich ist.⁹²⁷ Sie lässt sich nur damit erklären, dass der Kodex letztlich dazu führen soll, Anleger für deutsche Aktiengesellschaften zu gewinnen. Um potenzielle Anleger von der deutschen Corporate Governance zu überzeugen, wurde stellenweise die Rechtslage anlegerfreundlicher dargestellt, als sie es tatsächlich ist. Das wird an den zuvor erläuterten Beispielen deutlich, in denen den Organmitgliedern nach der wirklichen Rechtslage ein größerer Handlungsspielraum zusteht als es der Kodex erahnen lässt. Insofern ist der Kodex eben nicht nur Benchmark-Papier, sondern auch eine Marketing-Maßnahme.

Ob dies den Kodex bereits zu einer Art „irreführenden Werbung“ macht, kann hier nicht beurteilt werden. Dagegen könnte man aber wenigstens anführen, dass es in der Präambel lediglich heißt, die sprachlich nicht gekennzeichneten Passagen „betreffen“ Bestimmungen des geltenden Gesetzesrechts und dass gerade nicht von einer Wiedergabe die Rede ist. Außerdem wird man von einem vernünftigen Anleger erwarten können, dass er sich nicht allein auf den Kodex verlässt, da ihm klar sein dürfte, dass die einschlägigen gesetzlichen Regelungen deutlich umfangreicher und komplexer sind als die wenigen das Gesetz betreffenden Passagen des Kodex. Für einen bloßen Überblick reicht der Kodex hingegen aus und mehr soll er nach Ansicht seiner Verfasser auch nicht leisten.

Für die hier vorzunehmende Untersuchung ist jedenfalls klarzustellen, dass sich die Abweichungsmöglichkeit vom Kodex, die in der Präambel angesprochen wird, selbstverständlich nicht auf das hierin wiedergegebene, zwingende Aktienrecht bezieht.⁹²⁸ Aus den zuvor genannten Gründen, soll im Rahmen dieser Arbeit, von wenigen Ausnahmen abgesehen, der rechtsbeschreibende Teil des Kodex im Übrigen keine Rolle spielen.

b) Der Empfehlungs- und Anregungsteil des Kodex

Der einzig relevante Komplex ist der Empfehlungs- und Anregungsteil des Kodex. Passagen aus diesem sind gemeint, wenn im Folgenden von den Bestimmun-

⁹²⁶Vgl. *Seibert*, BB 2002, S. 581 (582).

⁹²⁷Siehe *Bertrams*, Haftung (2003), S. 129.

⁹²⁸Klarstellend auch die Begründung des Regierungsentwurfs zum TransPuG, BT-Drucks. 14/8769, S. 21.

gen des Kodex gesprochen wird. Es handelt sich um eine Zusammenstellung von Verhaltensanweisungen für die Leitung und Überwachung börsennotierter Aktiengesellschaften.⁹²⁹ Die Empfehlungen und Anregungen dienen vor allem der zuvor angesprochenen Ordnungsfunktion, da sie darauf gerichtet sind, nach Ansicht der Kodex-Kommission als „best practice“ anzuerkennende Verhaltensstandards im Bereich Unternehmensführung zu etablieren.⁹³⁰

aa) Die Empfehlungen des Kodex

Für die durch die Verwendung des Wortes „soll“ gekennzeichneten Empfehlungen gilt das schon von der Baums-Kommission vorgeschlagene und vom englischen Combined Code entlehnte sog. comply-or-explain-Prinzip.⁹³¹ Den Unternehmen soll die Einhaltung der Empfehlungen grundsätzlich freistehen, solange sie Abweichungen offen legen und begründen.⁹³² Der Sache nach handelt es sich überwiegend um Konkretisierungen der für den jeweiligen Empfehlungsadressaten im Aktien- und Kapitalmarktrecht relativ abstrakt umschriebenen Verhaltenspflichten. Nach Ansicht der Kommission stellen die Empfehlungen in diesen Bereichen jeweils die international und national anerkannte „best practise“ der Unternehmensführung dar. Dadurch wird deutlich, dass es der Kommission nicht nur um die Wiedergabe von Mindeststandards geht, sondern um die Vorzeichnung von optimalen Verhaltensweisen. Vor dem Hintergrund der Ordnungsfunktion ist dies einleuchtend, weil der Kodex durch das Aufzeigen der jeweils besten Verhaltensweise dazu beitragen kann, die Unternehmensführung insgesamt zu verbessern, soweit die Adressaten sich an die Empfehlungen halten. Aber auch angesichts des Ziels, Anlegervertrauen zu gewinnen, ist es nachvollziehbar, sich nicht auf Mindeststandards zu beschränken. Anleger, die die tatsächliche Praxis der Unternehmensführung an den Empfehlungen des Kodex messen, sollen die Gewissheit erlangen können, dass ihre Geldanlage in optimaler Weise verwaltet wird.

bb) Die Anregungen des Kodex

Etwas undeutlicher ist die Natur der Anregungen des Kodex. Verwirrend ist zunächst die sprachliche Kennzeichnung durch Begriffe wie „sollte“ oder „kann“.

⁹²⁹Ringleb, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 43.

⁹³⁰Vgl. Bertrams, Haftung (2003), S. 49.

⁹³¹Siehe zum Ganzen Ringleb, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 121.

⁹³²Teilweise ist nicht ganz deutlich, ob es sich überhaupt um eine Empfehlung handelt, da das Wort „soll“ entgegen der Ankündigung in der Präambel nicht auftaucht. Siehe dazu Pfitzer/Oser/Wader, DB 2002, S. 1120 (1121); v. Werder, DB 2002, S. 801 (803). Z.B. betont der Kodex in Ziffer 5.5.1 S. 1, dass die Aufsichtsratsmitglieder dem Unternehmensinteresse verpflichtet sind. Ähnlich vage bleibt die Aussage von Ziffer 3.1, dass Vorstand und Aufsichtsrat zum Wohle des Unternehmens eng zusammenarbeiten. Bei diesen Passagen wird man im Ergebnis keine Erklärungspflicht nach § 161 AktG annehmen dürfen, da sie nicht hinreichend konkret sind, um überhaupt eine aussagekräftige Entsprechenserklärung abgeben zu können.

Während „sollte“ noch ohne weiteres als abgeschwächte Form von „soll“ verstanden werden kann, so dass hierbei zum Ausdruck kommt, dass immer noch ein Dafürhalten vorliegt, welches lediglich relativiert wird, scheint die Formulierung „kann“ völlig wertneutral zu sein und es scheint unklar zu bleiben, ob die Einhaltung der Anregung gewollt ist. Selbstverständlich kann einer Bestimmung, die nicht gegen Gesetzesrecht verstößt, gefolgt werden. Es fragt sich aber, warum eine Kodexbestimmung der gleichen Art an anderer Stelle plötzlich eingehalten werden „sollte“. Dieser Widerspruch lässt sich nur auflösen, wenn man das Wort „kann“ nicht wörtlich versteht, sondern vor dem Hintergrund, dass es sich eben um eine Anregung handelt. Der Anregende regt eben nicht nur informatorisch an, indem er eine Handlungsmöglichkeit aufzeigt, sondern hält im Regelfall das Einhalten der Anregung für richtig.

Nach dem Verständnis der Kommission und der einhelligen Meinung im Schrifttum liegt der entscheidende Unterschied zwischen Empfehlungen und Anregungen im Grad der bereits vorhandenen Verbreitung der jeweiligen Verhaltensweise. Die Anregungen enthalten Verhaltensstandards, die angesichts ihrer Verbreitung nicht im gleichen Maße wie die Empfehlungen bereits jetzt als „best practice“ gelten können, obwohl die Kodex-Kommission ihre Einhaltung durchaus befürwortet.⁹³³ Die Meinung, dass die in den Anregungen propagierten Verhaltensweisen optimal sind, hat sich also in der Praxis, zumindest nach Ansicht der Kommission, noch nicht „auf breiter Front“ durchgesetzt.⁹³⁴

Funktional betrachtet besteht allerdings kein Unterschied zwischen Empfehlungen und Anregungen. Die Kodex-Kommission befürwortet auch die Einhaltung der Anregungen. Die Verwendung des Wortes „kann“ ist insoweit irreführend. Auch die Anregungen dienen der Ordnungsfunktion des Kodex. Der Tatsache, dass die in den Anregungen enthaltenen Verhaltensanforderungen bisher weniger verbreitet sind als die zum Gegenstand der Empfehlung gemachten, haben Kodex-Kommission und Gesetzgeber lediglich dadurch Rechnung getragen, dass die Abweichung von Anregungen weder offen gelegt noch begründet zu werden braucht, da § 161 AktG die Anregungen von der Erklärungsspflicht ausnimmt. Der Kodex enthält in Ziffer 3.10 S. 4 allerdings wiederum eine Anregung, der zufolge auch Abweichungen von Anregungen offen gelegt werden „können“.

⁹³³Siehe die Begründung des Regierungsentwurfs zum TransPuG, BT-Drucks. 14/8769, S. 21: „Diese Anregungen können nach Auffassung der Kodex-Kommission heute noch nicht als allgemein akzeptierte Best Practice angesehen werden.“ So auch *Cromme* in seiner Rede anlässlich der Übergabe des Kodex an das Justizministerium, S. 4 unter <http://www.corporate-governance-code.de/ger/news/rede-cromme-20020226.html>. Siehe ferner *Bertrams*, Haftung (2003), S. 49; *Clausen/Brückner*, DB 2002, S. 1199 (1201); *Ringleb*, in: *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, Rn. 125; *Schlitt*, DB 2007, S. 326; *Semler*, in: *MüKo-AktG*, § 161 Rn. 3; *Ulmer*, ZHR 166 (2002), S. 150 (152). Allerdings können, sobald eine solche verbreitete Anerkennung vorliegt, die Anregungen zu Empfehlungen „hochgestuft“ bzw. umgewidmet werden. Siehe BT-Drucks. 14/8769, S. 21; *Ringleb*, in: *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, Rn. 125.

⁹³⁴*Ringleb*, in: *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, Rn. 125.

II. Inhalte des Kodex im Einzelnen

Laut Präambel stellt der Kodex wesentliche gesetzliche Vorschriften zur Leitung und Überwachung deutscher börsennotierter Gesellschaften dar und enthält international anerkannte Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung. Im folgenden Abschnitt soll auf diese Standards, soweit sie für die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats relevant sind, näher eingegangen werden. Eine solche Relevanz kommt dem ganz überwiegenden Teil der Kodexbestimmungen zu, was nicht verwundern kann, da die Corporate Governance im Unternehmen fast ausschließlich in den Händen dieser beiden Organe liegt. Die Verhaltensanweisungen lassen sich als nähere inhaltliche Ausgestaltung der zuvor dargestellten einzelnen Facetten der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Organmitglieds begreifen. Sie betreffen Sorgfalts-, Treue- und Verschwiegenheitspflichten von Vorstand und Aufsichtsrat gleichermaßen und es werden auch solche Pflichten konkretisiert, die nicht unmittelbar dem Schutz des Gesellschaftsvermögens dienen⁹³⁵, da der vollständigen Legalitätspflicht der Organmitglieder auch vom Kodex Rechnung getragen wird. Deutliche Schwerpunkte liegen auf den (Selbst-) Organisationspflichten der Organe, der Pflicht des Aufsichtsrats zur Überwachung des Vorstands und zum Abschluss der Anstellungsverträge der Vorstandsmitglieder und auf der Vermeidung, Offenlegung und sonstigen Behandlung von Interessenkonflikten.

1. Die Präambel des Kodex

Der Kodex richtet sich laut Präambel an börsennotierte Aktiengesellschaften. Seine Anwendung wird an dieser Stelle jedoch ausdrücklich auch anderen Gesellschaften empfohlen. Hierin liegt bereits eine sprachliche Ungenauigkeit: Der Ko-

⁹³⁵Verlangt man für eine Untreuebewehrung einen Schutzzweckbezug der jeweils verletzten Verhaltenspflicht, sind nur solche Kodexbestimmungen für die Untreuestrafbarkeit relevant, die sich auf unmittelbar das Gesellschaftsvermögen schützende Pflichten beziehen. Die Abweichung von einer Kodexbestimmung, die Drittinteressen schützt, ist nach dieser Ansicht von vornherein irrelevant. Etwas anderes kann sich nur ergeben, sofern man Rückgriff auf das allgemeine Schädigungsverbot zulässt. In diesem Fall ist aber zu beachten, dass dieses Schädigungsverbot stets unter dem Vorbehalt des unternehmerischen Beurteilungs- und Ermessensspielraums steht. Noch komplizierter fällt eine Strafbarkeitsbegründung aus, wenn man einen objektiven Vermögensbezug der jeweils verletzten Verhaltenspflicht ausreichen lässt. Dann muss jede Kodexbestimmung, von der abgewichen wird, darauf hin überprüft werden, ob im Falle des Abweichens Rechtsreflexe wie etwa die Inanspruchnahme durch Dritte, vermögensrelevante Sanktionen oder vermögensmindernde Imageeinbußen drohen. Da somit beide hier abgelehnten Ansichten zur Begründung einer Pflichtverletzung im Sinne der Untreue darauf angewiesen sind, die Schadensträchtigkeit einer Verhaltensweise festzustellen, was im Grunde nur durch Mutmaßungen erfolgen kann, werden sie häufig mit dem Grundsatz *in-dubio-pro-reo* in Berührung kommen und vor der in tatsächlicher Hinsicht zweifelhaften Gefährdungslage kapitulieren müssen.

dex richtet sich in erster Linie an Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder börsennotierter Aktiengesellschaften und nicht an die Gesellschaften selbst. Das ergibt sich daraus, dass zum einen die Bestimmungen ganz überwiegend Pflichten dieser Organmitglieder konkretisieren und dass zum anderen die Erklärungspflicht nach § 161 AktG nur sie trifft und nicht die Gesellschaft selbst.

In der Präambel des Kodex wird im Hinblick auf die Organmitglieder zunächst die dualistische Unternehmensverfassung des deutschen Rechts zusammenfassend dargestellt und die für Deutschland ebenfalls typische unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer erläutert. Das Prinzip der eigenverantwortlichen Unternehmensleitung durch den Vorstand wird ebenso betont wie die Bestellungs-, Überwachungs- und Beratungsaufgabe des Aufsichtsrats. Des Weiteren wird dargestellt, wie sich die Arbeitnehmermitbestimmung auf die Zusammensetzung des Aufsichtsrats deutscher Aktiengesellschaften auswirkt.

Die Möglichkeit, auch in Deutschland die Rechtsform der sog. Europäischen Gesellschaft (*societas europae* oder kurz SE) zu wählen, wird ebenfalls nicht verschwiegen. Außerdem wird insbesondere ausländischen Aktionären durch die Präambel verdeutlicht, dass das dualistische und das vor allem in angelsächsisch geprägten Ländern vorherrschende monistische Führungssystem sich nach Ansicht der Kommission „aufeinander zu bewegen“ und gleichermaßen erfolgreich sind. Zudem wird in der Präambel klargestellt, dass Vorstand und Aufsichtsrat dem Unternehmensinteresse verpflichtet sind. Betont wird insbesondere, dass nachhaltige Wertschöpfung stets im Mittelpunkt zu stehen hat, und dass der Bestand des Unternehmens unbedingt sicherzustellen ist. Empfehlungen und Anregungen enthält die Präambel hingegen nicht.

2. Bestimmungen über die Aktionäre und die Hauptversammlung

Die ersten echten Kodexbestimmungen finden sich im Abschnitt „Aktionäre und Hauptversammlung“. Durch das Positionieren dieses Abschnitts direkt am Anfang wird ausgedrückt, dass der Kodex in erster Linie dazu führen soll, die Interessen der Anleger zu schützen und ihnen ihre Rechte zu verdeutlichen.⁹³⁶ Der Charakter des Kodex als „Kommunikationspapier“ kommt hier in besonderem Maße zum Ausdruck. Das Prozedere der Hauptversammlung und die von ihr zu treffenden Entscheidungen werden dargestellt (Ziffer 2.3) und die Entscheidungskompetenz in Bezug auf für das Unternehmen grundlegende Fragen wird verdeutlicht (Ziffer 2.2).⁹³⁷ Die einzelnen Rechte der Aktionäre, wie z.B. das Recht auf Teilnahme an der Hauptversammlung und das Rede-, Frage- und Antragsrecht werden ebenso betont (Ziffer 2.2.3) wie die Aufklärungs- und

⁹³⁶Siehe *Ringleb*, in: *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, Rn. 202. Im Gegensatz hierzu nennt das Aktiengesetz in den §§ 76 bis 116 zunächst die Organe Vorstand und Aufsichtsrat und widmet sich erst danach in den §§ 118 bis 147 den Aktionären und der Hauptversammlung.

⁹³⁷Es handelt sich also um eine stark vereinfachte Wiedergabe der zuvor dargestellten „Gelatine Doktrin“.

Rücksichtnahmepflichten der Gesellschaft ihnen gegenüber (vgl. insbesondere im Hinblick auf die Einladung zur Hauptversammlung Ziffer 2.3).

In Übereinstimmung mit dem Ziel des Kodex, die Attraktivität des Standortes Deutschland für Investoren zu erhöhen, wird das deutsche Corporate Governance System als besonders aktionärsfreundlich dargestellt. Durch insgesamt fünf Empfehlungen und drei Anregungen werden die Rechte der Aktionäre insbesondere durch Information und Unterstützung bei der Stimmrechtsausübung gestärkt, wobei es sich allerdings teilweise um relativ vage Programmsätze handelt: So soll beispielsweise nach Ziffer 2.3.3 S. 1 und 2 DCGK die Gesellschaft „den Aktionären die persönliche Wahrnehmung ihrer Rechte erleichtern“ und sie „bei der Stimmrechtsvertretung unterstützen“.⁹³⁸ Da die Gesellschaft diese Aufgaben nur durch ihre Organe erfüllen kann, richten sich diese Empfehlungen letztlich an den Vorstand, da sie seine Geschäftsleitungspflicht weiter ausgestalten.⁹³⁹ Erfüllt sind die Anforderungen des S. 1, wenn die Aktionäre in einer über das gesetzliche Mindestmaß hinausgehenden Weise spürbar unterstützt werden, was etwa durch die Wahl eines für die Aktionäre günstigen Hauptversammlungsorts oder -Zeitpunkts, durch Bereitstellung von Vorabauskünften, Einsehbarkeit der Gesellschaftssatzung auf der Homepage der Gesellschaft oder das Einrichten von Hotlines erreicht werden kann.⁹⁴⁰

Was die in S. 2 angesprochene Unterstützung bei der Stimmrechtsvertretung betrifft, gewährt der Kodex der Gesellschaft und mit ihr den Organmitgliedern ebenfalls einen weitreichenden Spielraum⁹⁴¹, so dass Maßnahmen wie das zur Verfügung stellen eines weisungsgebundenen und auf schriftlichem und elektronischem Wege erreichbaren Stimmrechtsvertreters (sog. „proxy voting“) in Betracht kommen, um die Empfehlung zu erfüllen. Letztere Empfehlung überschneidet sich teilweise mit derjenigen in Ziffer 2.3.3 S. 3 DCGK, welche ausdrücklich an den Vorstand gerichtet ist und ihm gebietet, für die Bestellung eines Vertreters für die weisungsgebundene Ausübung des Aktionärsstimmrechts zu sorgen. Der eigenständige Anwendungsbereich des S. 2 gegenüber S. 3 besteht darin, dass nach S. 3 nur entweder ein System für schriftliche oder für elektronische Stimmrechtsvertretung eingerichtet werden muss, während die Erfüllung von S. 2 darüber

⁹³⁸Vgl. § 16 Abs. 4 S. 4 WpÜG, dem zufolge die Gesellschaft ihren Aktionären die Erteilung von Stimmrechtsvollmachten, soweit nach Gesetz und Satzung möglich, zu erleichtern hat, sofern eine Hauptversammlung nach einem Übernahmeangebot einberufen wird. Siehe dazu *Kremer*, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 316.

⁹³⁹Wegen der Schutzrichtung dieser Pflichten wird das Problem des Schutzzweckbezugs hier besonders relevant. Denn die Pflichten gegenüber den Aktionären dienen nicht dem Schutz des Gesellschafts-, sondern dem des Aktionärsvermögens. Die Gegenauffassungen sind also gezwungen darauf abzustellen, ob sich aus der Verletzung dieser Pflichten Schadensersatzpflichten der Gesellschaft gegenüber den Aktionären ergeben und die Pflichtverletzung dann unter Umständen hieraus abzuleiten.

⁹⁴⁰*Kremer*, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 315.

⁹⁴¹Siehe zum Ganzen *Kremer*, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 317.

hinausgehende Maßnahmen, wie etwa die Ermöglichung beider Vorgehensweisen verlangt.⁹⁴² S. 3 Halbsatz 2 schließlich enthält die Anregung, dass der Stimmrechtsvertreter während der Hauptversammlung erreichbar sein sollte, was noch weiter über die gesetzlichen Anforderungen hinausgeht. Sie setzt ein, stellenweise, z.B. bei ThyssenKrupp, bereits praktiziertes, Verfahren voraus, nämlich die Internetübertragung der Hauptversammlung, die mit der Möglichkeit der Aktionäre verbunden ist, noch während der Versammlung die Vorgaben für den Stimmrechtsvertreter zu ändern⁹⁴³

Eine weitere Empfehlung findet sich in Ziffer 2.3.1 S. 3 DCGK. Hiernach soll der Vorstand „die vom Gesetz für die Hauptversammlung verlangten Berichte und Unterlagen einschließlich des Geschäftsberichts leicht zugänglich auf der Internetseite der Gesellschaft zusammen mit der Tagesordnung veröffentlichen“. Gem. Ziffer 2.3.4 DCGK soll die Gesellschaft den Aktionären ermöglichen, die Hauptversammlung über moderne Kommunikationsmittel wie das Internet zu verfolgen. Hieran wird deutlich, dass eine zeitgemäße Corporate Governance besonderen Wert auch auf die Einbindung moderner Kommunikationsmittel legen muss, was bereits die Baums-Kommission betont hatte.

Insgesamt wird man die Untreurelevanz der Kodexbestimmungen über die Aktionäre und die Hauptversammlung als gering einstufen können. Das ergibt sich zunächst einmal daraus, dass der Eintritt eines Vermögensnachteils durch eine diese Bestimmungen verletzende Unternehmensführung eher fern liegend ist. Schäden der Gesellschaft selbst können allenfalls durch die Inanspruchnahme durch die Aktionäre im Rahmen von Schadensersatz- oder Anfechtungsklagen auftreten oder etwa durch einen finanziell nachteilhaften Ansehensverlust bei potenziellen Aktionären. Außerdem sind die Kodexempfehlungen in diesem Abschnitt relativ abstrakt gehalten und stellen größtenteils bloße Zielvorgaben dar, so dass eine Verletzung relativ selten anzunehmen sein wird. Das ändert jedoch nichts daran, dass Abweichungen von den Kodexstandards auch in diesem Bereich grundsätzlich Pflichtverletzungen im Sinne der Untreue sein könnten.

3. Bestimmungen über das Zusammenwirken von Vorstand und Aufsichtsrat

Im Vergleich zum letzteren Teil weist der Abschnitt „Zusammenwirken von Vorstand und Aufsichtsrat“, welcher sich vor allem durch die vereinfachte Wiedergabe des zwingenden Rechts, insbesondere des Aktiengesellschafts- und Kapitalmarktrechts auszeichnet, eine relativ hohe Relevanz für die Untreuestrafbarkeit auf. Besonderer Wert wurde hier auf die Darstellung der Kontrollmechanismen gelegt, durch die der Aufsichtsrat den Vorstand überwachen kann, wie beispielsweise der Informationspflichten, die den Vorstand insoweit treffen (vgl. Ziffer 3.2 und 3.4) und des durch die Satzung oder den Aufsichtsrat festzulegenden Zu-

⁹⁴²Kremer, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 320.

⁹⁴³Kremer, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 323.

stimmungsvorbehalts für das Unternehmen grundlegend verändernde Geschäfte (Ziffer 3.3). Hiermit trägt der Kodex der Tatsache Rechnung, dass die Leitungsaufgabe des Vorstands von der Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats zwar grundsätzlich zu trennen ist, dass aber eine gelungene Corporate Governance nur durch Kooperation der beiden Organe möglich ist.⁹⁴⁴

a) Vom Aufsichtsrat näher festzulegende Berichtspflichten des Vorstands

Eine relativ konkrete Handlungsanweisung an den Aufsichtsrat in Form einer Empfehlung findet sich in Ziffer 3.4 Abs. 3 S. 1 DCGK. Der Aufsichtsrat soll die Berichtspflichten des Vorstands näher festlegen. Gesetzlich fixiert sind Berichtspflichten des Vorstands bereits in § 90 Abs. 1 AktG. Diese werden in Ziffer 3.4 Abs. 2 DCGK noch einmal, stark vergrößert, zusammengefasst. Hieraus ergibt sich allerdings nur der Mindeststandard der Berichtspflichten. Denn die Pflicht des Vorstands zur periodischen Berichterstattung reicht allein nicht aus, um eine wirkungsvolle Überwachung der Geschäftsleitung durch den Aufsichtsrat zu sichern.⁹⁴⁵ Daher hat der Gesetzgeber dem Aufsichtsrat und seinen einzelnen Mitgliedern in § 90 Abs. 3 AktG das Recht erteilt, zusätzliche Berichte vom Vorstand zu fordern und ihn zusätzlich in § 111 Abs. 2 AktG dazu ermächtigt, selbst Einsicht in die wichtigsten Gesellschaftsunterlagen zu nehmen, falls auch die angeforderten Berichte nicht ausreichen. Jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied kann also zusätzliche Informationen vom Vorstand verlangen.⁹⁴⁶ Ein Berichtsverlangen des Gesamtaufsichtsrats erfolgt durch Beschluss nach § 108 AktG, für den eine einfache Mehrheit ausreicht.⁹⁴⁷ Das Berichtsverlangen eines einzelnen Aufsichtsratsmitglieds nach § 90 Abs. 3 S. 2 AktG kann allerdings stets nur auf Berichterstattung an den Gesamtaufsichtsrat gerichtet werden.⁹⁴⁸

Nicht ausdrücklich im Kodex angesprochen ist die Tatsache, dass es sich hierbei nicht nur um Rechte des Aufsichtsrats und seiner einzelnen Mitglieder, sondern auch um Pflichten handelt, dass der Aufsichtsrat für seine Information also auch selbst die Verantwortung trägt und dass sich einzelne Aufsichtsratsmitglieder gegen einen Pflichtverletzungsvorwurf auch nicht mit dem Argument verteidigen können, entscheidende Information hätten dem Gesamtaufsichtsrat nicht vorgelegen, wenn sie solche nicht selbst eingefordert haben. Diese Pflicht ist jedoch als

⁹⁴⁴v. Werder, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 351.

⁹⁴⁵Krieger/Sailer, in: Schmidt/Lutter, § 90 Rn. 37; Mertens/Cahn, in: Köln. Komm.-AktG, § 90 Rn. 47; Spindler, in: MüKo-AktG, § 90 Rn. 32.

⁹⁴⁶Kort, in: Großkomm.-AktG, § 90 Rn. 85 ff.; Krieger/Sailer, in: Schmidt/Lutter, § 90 Rn.40 ff.; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 212 ff. Siehe auch Hüfner, § 90 Rn. 2, 11 ff.

⁹⁴⁷Fleischer, in: Spindler/Stilz, § 90 Rn. 41; Hüfner, § 90 Rn. 11; Krieger/Sailer, in: Schmidt/Lutter, § 90 Rn. 37; Spindler, in: MüKo-AktG, § 90 Rn. 37.

⁹⁴⁸Kort, in: Großkomm.-AktG, § 90 Rn. 104; Krieger/Sailer, in: Schmidt/Lutter, § 90 Rn. 41; Spindler, in: MüKo-AktG, § 90 Rn. 41.

Komponente der Überwachungspflicht allgemein anerkannt.⁹⁴⁹ Man spricht insofern auch von einem „Pflichtrecht“⁹⁵⁰ bzw. von einem „pflichtgebundenen Recht“⁹⁵¹. Die Information des Aufsichtsrats durch den Vorstand ist also sowohl Gegenstand einer Bringschuld des Vorstands als auch einer Holschuld des Aufsichtsrats.⁹⁵² Kommt der Aufsichtsrat ihr nicht nach, kann eine Verletzung der Überwachungspflicht und damit auch eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue gegeben sein.

Damit anstelle eines ständigen Wechsels zwischen der Vorlage von nach § 90 Abs. 1 AktG zwingend vorzulegenden Berichten und dem Einfordern von Zusatzberichten ein konstanter Informationsfluss gewährleistet ist, empfiehlt der Kodex in Ziffer 3.4 Abs. 3 S. 1 DCGK, dass der Aufsichtsrat die Berichtspflichten von vornherein näher festlegen soll.⁹⁵³ Es handelt sich also um eine Kodexbestimmung, die die Holschuld des Aufsichtsrats erweitert und insofern seine Überwachungspflicht konkretisiert und die daher durchaus relevant für die Untreuestrafbarkeit des Aufsichtsrats sein könnte. Denn die Überwachungspflicht ist die Kardinalpflicht des Aufsichtsrats. Unterlässt der Aufsichtsrat eine im Rahmen dieser gebotene Handlung, liegt eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue durch Unterlassen vor.⁹⁵⁴ Auch ein Vermögensnachteil ist in solchen Situationen leicht vorstellbar, da der Aufsichtsrat aufgrund einer mangelhaften Informationsbasis nicht im gebotenen Maße gegen Fehlentscheidungen des Vorstands vorgehen kann, die Schäden für das Unternehmen mit sich bringen. Ein Abweichen von dieser Empfehlung könnte daher durchaus eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue sein.

b) Bei D&O Versicherungen zu vereinbarender Selbstbehalt

Eine weitere relativ konkrete und für die Untreuestrafbarkeit relevante Verhaltensanweisung enthält die Empfehlung in Ziffer 3. 8 Abs. 2 S. 2 DCGK, der zufolge bei Abschluss einer D&O Versicherung für ein Aufsichtsratsmitglied ein Selbstbehalt von mindestens 10% des Schadens bis mindestens zur Höhe des Eineinhalbfachen der festen jährlichen Vergütung des Aufsichtsratsmitglieds ver-

⁹⁴⁹Fleischer, in: Spindler/Stilz, § 90 Rn. 46; Kort, in: Großkomm.-AktG, § 90 Rn. 103; Krieger/Sailer, in: Schmidt/Lutter, § 90 Rn. 40; Mertens/Cahn, in: Köln. Komm.-AktG, § 90 Rn. 49; Spindler, in: MüKo-AktG, § 90 Rn. 36 jeweils m.w.N.

⁹⁵⁰Fleischer, in: Spindler/Stilz, § 90 Rn. 45.

⁹⁵¹Spindler, in: MüKo-AktG, § 90 Rn. 39.

⁹⁵²Lutter, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 378.

⁹⁵³Lutter, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 370.

⁹⁵⁴Selbst die Meinungsgruppe, die einen Schutzzweckbezug der verletzten Verhaltensnorm fordert, bejaht bei Überwachungspflichtverletzungen der Aufsichtsratsmitglieder eine Pflichtverletzung der Untreue. Das ergibt sich daraus, dass die Überwachungspflicht des Aufsichtsrats an sich hauptsächlich dem Zweck dient, das Vermögen der AG vor pflichtwidriger Schädigung durch den Vorstand zu schützen.

einbart werden soll.⁹⁵⁵ Dies soll dem Effekt entgegenwirken, dass eine D&O Versicherung die Präventionseffizienz der die Organmitglieder treffenden Schadensersatzpflicht zumindest mindern kann.⁹⁵⁶ Es handelt sich um eine der wenigen Empfehlungen, die im Rahmen der von börsennotierten Unternehmen abgegebenen Entsprechenserklärungen in der Vergangenheit überwiegend abgelehnt wurden.⁹⁵⁷ Dies vermag allerdings kaum zu überraschen, da die Empfehlung unmittelbar den Umfang der Haftung der Organmitglieder mit ihrem eigenen Vermögen beeinflusst. Ob für den Abschluss von D&O Versicherungen für Vorstandsmitglieder der Vorstand oder der Aufsichtsrat zuständig ist, ist umstritten⁹⁵⁸ und hängt im Wesentlichen davon ab, ob man die Versicherung als zum Wohle des Vorstands oder zum Wohle der Gesellschaft vorgenommene Maßnahme betrachtet, kann hier aber dahinstehen, da der Kodex selbst nur die Versicherung von Aufsichtsratsmitgliedern regelt. Für diese ist der Vorstand eindeutig zuständig.⁹⁵⁹ Somit richtet sich die Kodexempfehlung an den Vorstand und konkretisiert seine mit der allgemeinen Geschäftsleitungsaufgabe einhergehende Sorgfaltspflicht im engeren Sinne. Die Untreuerrelevanz der Empfehlung liegt auf der Hand. Sie ergibt sich schon daraus, dass für eine Versicherung mit geringerem oder ohne Selbstbehalt höhere Versicherungsprämien zu leisten sind. Schließt der Vorstand dennoch eine solche ab, mindert er das Vermögen der AG also in höherem Maße als bei Einhaltung der Empfehlung. Dass hierin eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue liegen könnte, wird man annehmen müssen.⁹⁶⁰

⁹⁵⁵Die Vereinbarung eines angemessenen Selbstbehalts bei D&O Versicherungen für Mitglieder des Vorstands war früher ebenfalls Gegenstand einer Empfehlung in Ziffer 3. 8 Abs. 1 DCGK a.F. Der Gesetzgeber hat sich jedoch, nicht zuletzt weil diese Empfehlung relativ häufig abgelehnt wurde, dazu entschlossen, in diesem Bereich zwingendes Recht zu setzen und zwar in Form des § 93 Abs. 2 S. 3 AktG, eingeführt durch das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), verabschiedet am 16. Juni 2009, in Kraft getreten am 5. August 2009.

⁹⁵⁶Vgl. *Ringleb*, in: *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, Rn. 520 f.

⁹⁵⁷Siehe dazu die Pressemitteilung der Kommission vom 2.4.2009 zum von *v. Werder/Talauiccar* herausgegebenen empirischen Kodex Reports unter http://www.corporate-governance-code.de/ger/download/Pressemitteilung_090402.pdf und den umfassenden Report selbst in DB 2009, S. 689 (691).

⁹⁵⁸Für eine Zuständigkeit des Vorstands: *Mertens/Cahn*, in: *Köln. Komm.-AktG*, § 93 Rn. 246 m.w.N. Dagegen: *Spindler*, in: *MüKo-AktG*, § 93 Rn. 178.

⁹⁵⁹Siehe *Mertens/Cahn*, in: *Köln. Komm.-AktG*, § 93 Rn. 246.

⁹⁶⁰Die Vertreter der einen Schutzzweckbezug fordernden Gegenmeinung müssen sich mit der Frage auseinandersetzen ob die Pflicht zur Vereinbarung eines Selbstbehalts das Vermögen der AG schützen soll, was schwierig zu beantworten ist, da in erster Linie der Zweck verfolgt wird, die Präventionseffizienz von Schadensersatzansprüchen gegen die Organmitglieder zu wahren. Fordert man nur einen objektiven Vermögensbezug, fällt die Bejahung einer Pflichtverletzung im Sinne der Untreue leichter, weil ein solcher wegen der Erhöhung der Versicherungsprämie bei geringerem Selbstbehalt unproblematisch angenommen werden kann.

c) Der Corporate Governance Bericht nach Ziffer 3.10 DCGK

Eine weitere für die vorliegende Untersuchung relevante Passage stellt Ziffer 3.10 DCGK dar. Hiernach berichten Vorstand und Aufsichtsrat jährlich im Geschäftsbericht über die Corporate Governance des Unternehmens (sog. Corporate Governance Bericht). Mit dieser die Rechtslage nur beschreibenden Passage ist die seit Inkrafttreten des BilMoG nach § 289a HGB abzugebende Erklärung zur Unternehmensführung angesprochen.⁹⁶¹ Dieses Statement dient ebenfalls der Verbesserung der Corporate Governance durch Publizität und beruht auf der Umsetzung der Abschlussprüferrichtlinie und der Abänderungsrichtlinie der EU. Die Entsprechenserklärung nach § 161 AktG stellt dann den ersten Teil dieses Berichts dar. Der zweite Teil besteht aus den sog. „Angaben zur Unternehmensführung“. Damit sind Corporate Governance Praktiken gemeint, die über die gesetzlichen Anforderungen und auch über diejenigen des Kodex hinausgehen, wie etwa bestimmte ethische oder soziale Standards des Unternehmens.⁹⁶² Der dritte Teil des Corporate Governance Berichts besteht in einer Beschreibung der Arbeitsweise von Vorstand und Aufsichtsrat und ihrer jeweiligen Ausschüsse. Hierbei wird es sich im Wesentlichen um eine Wiedergabe der Geschäftsordnungen handeln. Diesen Corporate Governance Bericht macht sich wiederum der Kodex zunutze und statuiert stellenweise die Pflicht, bestimmte zusätzliche Informationen in ihn aufzunehmen. So wird zum Beispiel in Ziffer 3.10 S. 3 DCGK angeregt, auch die Abweichungen von Anregungen im Corporate Governance Bericht zu erklären. Das Unterlassen eines vollständigen Corporate Governance Berichts verstößt unmittelbar gegen § 298a HGB und ist daher schon wegen der Legalitätspflicht der Vorstandsmitglieder⁹⁶³ pflichtwidrig im Sinne der Untreue.⁹⁶⁴ Ansonsten ist der Bericht nur insoweit relevant, als bestimmte Empfehlungen und Anregungen sich auf ihn beziehen.

4. Bestimmungen über die Vorstandsarbeit

Der sich anschließende Abschnitt „Vorstand“ beginnt mit der Betonung des „Stakeholder-Ansatzes“ für die Bestimmung des Unternehmensinteresses und der Pflicht des Vorstands, das Unternehmen mit dem Ziel nachhaltiger Wertschöpfung unter eigener Verantwortung und in eben diesem Unternehmensinteresse zu

⁹⁶¹Siehe zum Ganzen *Tüdtmann/Schauer*, ZIP 2009, S. 995 (997).

⁹⁶²*Tüdtmann/Schauer*, ZIP 2009, S: 995 (997).

⁹⁶³Das Anfertigen des Berichts gehört zur Leitungsaufgabe des Vorstands. Kodexbestimmungen, die die Aufnahme bestimmter Angaben im Corporate Governance Bericht verlangen, richten sich also an den Aufsichtsrat.

⁹⁶⁴Da § 289a HGB ganz eindeutig nicht dem Schutz des Gesellschaftsvermögens, sondern Drittinteressen dient, muss die einen Schutzzweckbezug fordernde Gegenmeinung hier wiederum auf die Außenhaftung der Gesellschaft zurückgreifen. Dasselbe gilt für Abweichungen von Kodexbestimmungen, die die Aufnahme bestimmter Angaben in den Corporate Governance Bericht verlangen.

leiten (Ziffer 4.1.1 DCGK). Hierdurch wird von vornherein der einseitigen Berücksichtigung von Aktionärsinteressen (Shareholder-Ansatz) und bloß kurzfristigem Gewinnstreben eine Absage erteilt. Deklaratorisch hingewiesen wird ferner auf die Pflicht zur Abstimmung mit dem Aufsichtsrat im Hinblick auf die strategische Ausrichtung des Unternehmens (Ziffer 4.1.2 DCGK) und auf die Pflicht des Vorstands, für rechtmäßiges und den unternehmensinternen Richtlinien entsprechendes Verhalten innerhalb der Gesellschaft zu sorgen (Ziffer 4.1.3). Außerdem wird betont, dass der Vorstand für ein angemessenes Risikomanagement und Risikocontrolling im Unternehmen sorgen muss (Ziffer 4.1.4 DCGK).⁹⁶⁵

a) Die Kodexbestimmungen über die Organisation des Vorstands

Nach Ziffer 4.2.1 S. 1 DCGK soll der Vorstand aus mehreren Personen bestehen und einen Vorsitzenden oder einen Sprecher haben. Insoweit geht der Kodex über die gesetzliche Regelung des § 76 Abs. 2 AktG hinaus, der zufolge grundsätzlich ein aus einer Person bestehender Vorstand genügt.⁹⁶⁶ Der Kodex sieht das Vieraugenprinzip also als „best practice“ der Unternehmensführung an.⁹⁶⁷ Zuständig für die Besetzung des Vorstands ist der Aufsichtsrat, so dass sich die Empfehlung an ihn richtet und seine Pflicht zur ordnungsgemäßen Vorstandsbestellung konkretisiert. Allerdings kann auch die Hauptversammlung darauf hinwirken, dass die Besetzung (z.B. im Sinne einer Untergrenze) in der Satzung festgelegt wird. Auch die Empfehlung, dass der Vorstand einen Vorsitzenden haben soll, richtet sich an den Aufsichtsrat. Dessen Recht zur Ernennung eines Vorstandsvorsitzenden folgt insoweit aus § 84 Abs. 2 AktG. Die alternative Empfehlung der Wahl eines Vorstandssprechers hingegen richtet sich an den Vorstand selbst, da eine solche Wahl in die Selbstorganisationskompetenz des Vorstands nach § 77 Abs. 2 AktG fällt. Da Letztere wiederum subsidiär zur Geschäftsord-

⁹⁶⁵Angesprochen ist hiermit § 91 Abs. 2 AktG, wo es heißt, der Vorstand habe geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden. Welche Pflichten hieraus im Einzelnen folgen, ist sehr umstritten und kann hier nicht weiter vertieft werden. Überwiegend wird § 91 Abs. 2 AktG lediglich als Konkretisierung der allgemeinen Pflicht des Vorstands zur ordnungsgemäßen Organisation des Unternehmens gesehen. Außerdem herrscht weitgehend Einigkeit darüber, dass die Vorschrift nur solche Risiken anspricht, die geeignet sind, den Bestand des Unternehmens zu gefährden und nicht sämtliche Risiken. Siehe nur *Spindler*, in: MüKo-AktG, § 91 Rn. 19 ff m.w.N.

⁹⁶⁶Nach § 76 Abs. 2 S. 2 AktG ist zwar bei Gesellschaften, die über ein Grundkapital von mehr als drei Millionen Euro verfügen, ein aus mindestens zwei Personen bestehender Vorstand einzurichten. Dies kann aber nach Halbsatz 2 durch die Gesellschaftssatzung abbedungen werden. Im Schrifttum wird ganz überwiegend davon ausgegangen, dass bei größeren und insbesondere bei börsennotierten Gesellschaften ein mehrköpfiger Vorstand erforderlich ist, so dass die Einrichtung eines nur einköpfigen Vorstands bei einer solchen Gesellschaft regelmäßig gegen die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Aufsichtsratsmitglieds nach §§ 93 Abs. 1 S. 1, 116 S. 1 AktG verstößt. Siehe etwa *Seibt*, in: Schmidt/Lutter, § 76 Rn. 19; *Spindler*, in: MüKo-AktG, § 76 Rn. 95. Der Kodex scheint hier also nur das zu empfehlen, was ohnehin als Mindeststandard gilt.

⁹⁶⁷Zum Ganzen *Ringleb*, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 662.

nungskompetenz des Aufsichtsrats ist, kann der Vorstand dieser Empfehlung also nur folgen, wenn der Aufsichtsrat von seinem Recht zur Ernennung eines Vorstandsvorsitzenden keinen Gebrauch macht.⁹⁶⁸

Nach Ziffer 4.2.1 S. 2 DCGK soll die Arbeit des Vorstands durch eine Geschäftsordnung geregelt werden. Insbesondere soll die Geschäftsordnung die Ressortzuständigkeiten der einzelnen Vorstandsmitglieder, die dem Gesamtvorstand vorbehaltenen Materien und die für Vorstandsbeschlüsse erforderliche Mehrheit regeln. Angesprochen ist also vor allem das bereits erwähnte Verhältnis von unveräußerlicher Gesamtverantwortung des Vorstands einerseits und grundsätzlicher Zulässigkeit horizontaler Delegation andererseits.⁹⁶⁹ Dass eine Geschäftsordnung die in Ziffer 4.2.1 DCGK angesprochenen Fragen regeln kann, ergibt sich schon unmittelbar aus § 77 Abs. 2 S. 2 AktG. Der Kodex verpflichtet die Organe dazu, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen und geht insoweit über das geltende Recht hinaus. Da nach § 77 Abs. 2 S. 1 AktG in erster Linie der Aufsichtsrat für den Erlass einer Geschäftsordnung für den Vorstand zuständig ist, richtet sich die Empfehlung an ihn. Nur soweit er hiervon keinen Gebrauch macht, kann der Vorstand sich selbst eine Geschäftsordnung geben, es sei denn, dies ist durch die Satzung ausdrücklich dem Aufsichtsrat vorbehalten. Nur insoweit richtet sich die Empfehlung auch an den Vorstand selbst. Im Gegensatz zum Erlass einer Geschäftsordnung durch den Aufsichtsrat ist dann aber ein einstimmiger Beschluss erforderlich, § 77 Abs. 2 S. 3 AktG.⁹⁷⁰

Die Empfehlung wird nicht schon dann eingehalten, wenn überhaupt eine Geschäftsordnung erlassen wird, sondern erst dann, wenn diese auch die im Kodex angesprochenen Fragen regelt. Enthalten sein muss also eine Regelung über die Ressortverteilung und darüber, welche Fragen nur vom Gesamtvorstand entschieden werden können. Auch muss geregelt sein, ob für Beschlüsse grundsätzlich ein Mehrheitsbeschluss ausreicht oder Einstimmigkeit vonnöten ist. Der Kodex verhält sich allerdings neutral dazu, ob das Einstimmigkeits- oder das Mehrheitsprinzip zweckmäßiger ist.⁹⁷¹ Untreuerelevant könnten die auf die Organisation des Vorstands bezogenen Kodexbestimmungen werden, sofern es durch eine dem Kodex widersprechende Organisation zu Unklarheiten über die Ressortverteilung kommt und die Wahrnehmung der Vorstandsarbeit hierunter leidet. Dass bei Fehlorganisation des Vorstands Vermögensschäden entstehen können, kann man sich leicht vorstellen. Insbesondere sind Fälle denkbar, in denen mangels Festlegung der Ressortverteilung in einer Geschäftsordnung mehrere Organmitglieder denken, das jeweils andere Mitglied sei mit einer Aufgabe betraut, so dass sich letztlich niemand zuständig fühlt und die Aufgabe unerledigt bleibt. Denkbar ist ferner, dass es mangels einer in der Geschäftsordnung klar niedergelegten Res-

⁹⁶⁸Siehe *Ringleb*, in: *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, Rn. 672.

⁹⁶⁹Siehe *Ringleb*, in: *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, Rn. 682.

⁹⁷⁰*Seibt*, in: *Schmidt/Lutter*, § 77 Rn. 25; *Spindler*, in: *MüKo-AktG*, § 77 Rn. 42.

⁹⁷¹*Ringleb*, in: *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, Rn. 683.

sortverteilung zu für die Gesellschaft schädlichen Kompetenzkonflikten im Vorstand kommt, unter denen die Vorstandsarbeit leidet. Insofern könnte das Unterlassen einer Regelung in der Geschäftsordnung eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue darstellen.

b) Die Kodexbestimmungen über die Vorstandsvergütung

Zum zentralen Bestandteil des Kodex wurde das System der Vorstandsvergütung erhoben, was angesichts der immer wieder im Mittelpunkt des öffentlichen Interesses stehenden Debatte um überhöhte Vorstandsgehälter nicht verwundert. Besondere Aufmerksamkeit verdient insofern die im Kodex in Ziffer 4.2.2 Abs. 1 DCGK lediglich wiedergegebene, durch das VorstAG⁹⁷² vor kurzem eingeführte, gesetzliche Vorschrift in § 107 Abs. 3 S. 3 AktG, wonach die Gesamtvergütung der einzelnen Vorstandsmitglieder vom Aufsichtsratsplenum leistungsbezogen festgelegt wird, so dass die Entscheidung nicht an einen Ausschuss oder gar ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied delegiert werden darf. Allerdings ist in diesem Satz des Kodex auch eine Empfehlung versteckt, der zufolge das Plenum ein Vergütungssystem beschließen und regelmäßig überprüfen soll. Ein Vergütungssystem in diesem Sinne muss die Maßstäbe nennen, die für die Bemessung der individuellen Vergütungen anzulegen sind und die Gewichtung monetärer und nicht monetärer sowie fester und variabler Bestandteile erkennen lassen.⁹⁷³ Insbesondere müssen die für die Vergabe von Boni anzusetzenden Kriterien hieraus hervorgehen und die Voraussetzungen der ebenfalls zur Vergütung gehörenden Altersvorsorge sind darzustellen.

Zur Höhe der Vorstandsvergütung selbst gibt der Kodex keine konkreten Vorgaben. Dass die Gesamtvergütung angemessen sein muss, ergibt sich schon unmittelbar aus § 87 Abs. 1 S. 1 AktG. Die hierin enthaltenen Kriterien für die Angemessenheit der Gesamtvergütung werden im Kodex nochmals aufgeführt (Ziffer 4.2.2 Abs. 2). Des Weiteren enthält der Kodex in Ziffer 4.2.2 Abs. 3 eine Empfehlung für den Fall, dass der Aufsichtsrat sich zur Beurteilung der Angemessenheit der Vorstandsvergütung eines externen Vergütungsexperten bedient. Denn in diesem Fall soll der Aufsichtsrat darauf achten, dass dieser vom Vorstand und von der Gesellschaft unabhängig ist, wodurch ersichtlich Interessenkonflikte vermieden werden sollen. Eine weitere Empfehlung an den Aufsichtsrat enthält Ziffer 4.2.3 Abs. 2 S. 1 DCGK, der zufolge die Vergütung sowohl fixe als auch variable Teile enthalten soll. Hierdurch soll sichergestellt werden, dass es zu einem gewissen Gleichlauf der Aktionärsinteressen und der Vorstandsinteressen kommt.⁹⁷⁴ Diese Empfehlung wird in den Ziffern 4.2.3 Abs. 2 S. 3 und Abs. 3 S. 1

⁹⁷²Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, vom 31. 7. 2009, BGBl. I 2009, S. 2509.

⁹⁷³Ringleb, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 703. Siehe dazu auch umfassend Kortz, in: Großkomm.-AktG, § 87 Rn. 76.

⁹⁷⁴Ringleb, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 724.

und 2 DCGK durch weitere Empfehlungen näher ausgestaltet. Bei der Ausgestaltung der variablen Vergütungsteile soll der Aufsichtsrat dafür sorgen, dass sie sowohl positiven als auch negativen Entwicklungen Rechnung tragen. Sie sollen auf anspruchsvolle, relevante Vergleichsparameter bezogen sein. Eine nachträgliche Änderung der Erfolgsziele oder der Vergleichsparameter soll ausgeschlossen sein.

Eine der umstrittensten Kodexempfehlungen ist in Ziffer 4.2.3 Abs. 4 S. 1 DCGK niedergelegt. Bei Abschluss von Vorstandsverträgen soll ein sog. Abfindungs-Cap vereinbart werden. Das bedeutet, dass der Aufsichtsrat darauf achten soll, dass Abfindungszahlungen bei vorzeitiger Beendigung der Vorstandstätigkeit ohne wichtigen Grund den Wert von zwei Jahresvergütungen nicht übersteigen und nicht mehr als die Restlaufzeit des Anstellungsvertrags vergüten.⁹⁷⁵ Diese Empfehlung war bereits Gegenstand eines Rechtsstreits, der sogar vor den zweiten Zivilsenat des Bundesgerichtshofs gelangte, welcher hierzu ausdrücklich statuierte, dass bei Nichtbefolgung eine negative Entsprechenserklärung abgegeben werden muss.⁹⁷⁶ Die Empfehlung des Abfindungs-Caps ist eine der am wenigsten befolgten Empfehlungen des ganzen Kodex. Die Befolungsquote liegt den einschlägigen empirischen Untersuchungen zufolge nur bei etwa 50 %.⁹⁷⁷ In Anbetracht der geltenden Rechtslage ist dies jedoch kaum verwunderlich.⁹⁷⁸ Denn nach § 84 Abs. 3 S. 1 AktG kann ein Widerruf der Bestellung zum Vorstandsmitglied ohne wichtigen Grund nicht erfolgen. Auch der neben der aktienrechtlichen Bestellung vorhandene befristete Dienstvertrag kann nach § 626 BGB nur aus wichtigem Grund gekündigt werden. Somit kann die Empfehlung nur so verstanden werden, dass das Abfindungscap als vertragliche Regelung schon bei Abschluss des Vertrags installiert werden soll und dass der Aufsichtsrat im Falle eines schon geschlossenen Vertrags versuchen soll, den Vorstand zu einem Änderungsvertrag zu bewegen, was kaum gelingen wird.

Für eine eventuelle Untreuestrafbarkeit ist die Empfehlung eines Abfindungs-Caps von großer Relevanz, da sie ersichtlich dem Schutz der Gesellschaft vor überhöhten Abfindungszahlungen dient⁹⁷⁹ und ein Schaden zumeist schon unmit-

⁹⁷⁵Nach S. 2 soll für die Berechnung des Abfindungs-Caps auf die Gesamtvergütung des abgelaufenen Geschäftsjahres und ggf. auch auf die voraussichtliche Gesamtvergütung für das laufende Geschäftsjahr abgestellt werden. Zudem soll nach Abs. 5 eine Zusage für Leistungen aus Anlass der vorzeitigen Beendigung der Vorstandstätigkeit infolge eines Kontrollwechsels (sog. *Chance of Control*) 150 % des Abfindungs-Caps nicht übersteigen. Des Weiteren soll der Aufsichtsratsvorsitzende nach Abs. 5 die Hauptversammlung über die Grundzüge des Vergütungssystems und deren Veränderung informieren.

⁹⁷⁶BGH, Urteil vom 16.2.2009 - II ZR 185/07=BB 2009, S. 796 (798).

⁹⁷⁷Siehe den Kodex-Report von *v. Werder/Talaunicar*, DB 2009, S. 689 (694).

⁹⁷⁸Siehe zum Ganzen *Hüffer*, § 84 Rn. 26; *Tödtmann/Schauer*, ZIP 2009, S. 995 (996).

⁹⁷⁹Selbst die restriktivste Meinungsgruppe, welche einen Schutzzweckbezug fordert, kann hier also eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue bejahen.

telbar in der Vereinbarung einer überhöhten Abfindung liegen wird, zumal die entsprechende Vereinbarung zivilrechtlich wirksam ist.

c) Die Kodexbestimmungen über Interessenkonflikte im Vorstand

Im Abschnitt „Vorstand“ sind an letzter Stelle inhaltliche Konkretisierungen der Treuepflichten der Aufsichtsratsmitglieder aufgeführt, die sich auf Interessenkonflikte beziehen. Rein deklaratorisch wird zunächst ausgeführt, dass die Vorstandsmitglieder der Gesellschaft keinen Wettbewerb machen dürfen (Ziffer 4.3.1), dass sie im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit weder für sich noch für andere Zuwendungen Dritter oder sonstige Vorteile fordern oder annehmen oder Dritten ungerechtfertigte Vorteile gewähren dürfen (Ziffer 4.3.2) und dass sie bei ihren Entscheidungen weder persönliche Interessen verfolgen noch Geschäftschancen des Unternehmens selbst nutzen dürfen (Ziffer 4.3.3). All diese Verbote folgen unmittelbar aus der Treuepflicht der Vorstandsmitglieder.

Die Empfehlung in Ziffer 4.3.4 S. 1 geht jedoch hierüber hinaus. Jedes Vorstandsmitglied soll Interessenkonflikte dem Aufsichtsrat gegenüber unverzüglich offen legen und die anderen Vorstandsmitglieder ebenfalls informieren. Zur Bekämpfung von Interessenkonflikten setzt der Kodex also ganz auf Transparenz. Anscheinend geht die Kommission davon aus, dass schon die Verpflichtung zur Offenlegung geeignet ist, das Aufkommen gravierender Interessenkonflikte zu verhindern.⁹⁸⁰ Allerdings ist fraglich, ob die Empfehlung wirklich nur der „best practice“ entspricht oder ob lediglich ein ohnehin geltender Mindeststandard angesprochen ist. Denn nach einhelliger Meinung trifft die Vorstandsmitglieder ohnehin eine Pflicht, Interessenkonflikte von sich aus und unverzüglich offenzulegen.⁹⁸¹ Somit spricht der Kodex lediglich eine Selbstverständlichkeit aus. Es handelt sich um eine der seltenen Kodexempfehlungen, die lediglich dasjenige schriftlich fixieren, was ohnehin zum Mindeststandard der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Organmitglieds gehört.

Eine weitere Empfehlung in Bezug auf Interessenkonflikte ist in Ziffer 4.3.4 S. 3 niedergelegt. Hiernach sollen wesentliche Geschäfte zwischen dem Unternehmen und den Vorstandsmitgliedern sowie ihnen nahe stehenden Personen oder ihnen persönlich nahe stehenden Unternehmungen einem Zustimmungsvorbehalt unterliegen. Diese Empfehlung richtet sich also an den Aufsichtsrat und verpflichtet ihn, von seinem Recht nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG Gebrauch zu machen. In eine ähnliche Richtung geht die in Ziffer 4.3.5 enthaltene Empfehlung, der zufolge Vorstandsmitglieder Nebentätigkeiten wie etwa Aufsichtsratsmandate nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats übernehmen sollen.

⁹⁸⁰Ringleb, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 825 ff.

⁹⁸¹Siehe Mertens/Cahn, in: Köln. Komm.-AktG, § 93 Rn. 110; Spindler, in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 92 jeweils m.w.N.

5. Bestimmungen über die Aufsichtsratsarbeit

Der wohl wichtigste Abschnitt des Kodex ist Abschnitt 5, welcher den Aufsichtsrat im Blick hat. Denn die Existenz des Organs Aufsichtsrat als eigenständiges Kontrollorgan ist das Markenzeichen des deutschen Systems der Aktiengesellschaftsverfassung. Es überrascht nicht, dass der Kodex mehr Bestimmungen über den Aufsichtsrat enthält als über jeden anderen Themenkomplex.⁹⁸² Denn einerseits stellt die ordnungsgemäße Wahrnehmung der Aufsichtsratsaufgaben einen zentralen Bestandteil guter Corporate Governance dar und andererseits wird die Qualität der Aufsichtsratsarbeit schon seit langem bemängelt und spektakuläre Unternehmenszusammenbrüche in den letzten beiden Jahrzehnten wurden regelmäßig auf solche Mängel zurückgeführt.⁹⁸³ Der Kodex betont dementsprechend in Ziffer 5.1.1 zunächst die Beratungs- und Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats und seine Einbindung in Entscheidungen von grundlegender Bedeutung.

a) Die Kodexbestimmungen über die Bestellung des Vorstands

Außerdem wird dem Leser in Ziffer 5.1.2 verdeutlicht, dass Kardinalpflicht des Aufsichtsrats die Bestellung und Entlassung des Vorstands ist.⁹⁸⁴ In Bezug auf die Bestellung der Vorstandsmitglieder regt der Kodex in Ziffer 5.1.2 Abs. 2 S. 1 an, dass bei Erstbestellungen, die nach § 84 Abs. 1 S. 1 AktG für höchstens fünf Jahre erfolgen dürfen, die vom Gesetz zugelassene Höchstdauer in der Regel nicht ausgeschöpft werden sollte. Außerdem wird in S. 2 empfohlen, dass eine Wiederbestellung vor Ablauf eines Jahres vor dem Ende der Bestelldauer bei gleichzeitiger Aufhebung der laufenden Bestellung nur bei Vorliegen besonderer Umstände erfolgen soll.⁹⁸⁵ Die vom Kodex abgelehnte Praxis ist allerdings weit verbreitet und vor allem rechtlich zulässig, so dass der Kodex insofern über das geltende Recht hinausgeht.⁹⁸⁶ Das ergibt sich daraus, dass eine Verlängerung der Amtszeit nach § 84 Abs. 1 S. 3 AktG zwar frühestens ein Jahr vor Ablauf der Amtszeit

⁹⁸²Vgl. *Bertrams*, Haftung (2003), S. 50; *Claussen/Brücker*, DB 2002, S. 1199 (1202); *Ulmer*, ZHR 166 (2002), S. 150 (155). Empfehlungen und Anregungen in Bezug auf den Aufsichtsrat finden sich allerdings nicht nur im fünften Abschnitt, sondern sind über den gesamten Kodex verstreut.

⁹⁸³Siehe bereits den Bericht der Baums-Kommission, BT-Drucks. 14/7515, S. 44 ff. Vgl. *Bertrams*, Haftung (2003), S. 19 m.w.N. Teilweise wird die Lösung dieser Probleme in der Professionalisierung der Aufsichtsratsstätigkeit gesucht: Diese soll keine Nebenbeschäftigung und keine „Feierabendstätigkeit“ mehr sein. Auch ein erschwerter Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat soll helfen, die Aufsicht in der Aktiengesellschaft zu verbessern. Nicht zuletzt werden Altersgrenzen vorgeschlagen.

⁹⁸⁴Hieran schließen sich die Empfehlungen an, dass der Aufsichtsrat bei der Zusammensetzung des Vorstands auf Vielfalt achten und gemeinsam mit dem Vorstand für eine langfristige Nachfolgeplanung sorgen soll. Außerdem wird angeregt, dass der Aufsichtsrat die Vorbereitung der Vorstandsbestellung und den Entwurf der Anstellungsverträge einem Ausschuss überträgt.

⁹⁸⁵Zudem empfiehlt der Kodex in Ziffer 5.1.2 Abs. 2 S. 3 die Festlegung einer Altersgrenze für Vorstandsmitglieder. Dies soll der erheblichen Belastung Rechnung tragen, die mit der Wahrnehmung des Vorstandsamtes verbunden ist. Siehe *Kremer*, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 941.

⁹⁸⁶Siehe hierzu *Kremer*, in Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 950.

beschlossen werden kann, dass dies aber nach § 84 Abs. 1 S. 4 AktG nur für Verlängerungen über die 5-Jahres-Grenze hinaus gilt. Es ist also nach ganz überwiegender Meinung erlaubt, die Amtszeit früher als ein Jahr vor ihrem Ablauf auf bis zu fünf Jahre „aufzufüllen“, was konstruktiv durch Aufhebung der vorherigen Bestellung und gleichzeitige Neubestellung erreicht wird.⁹⁸⁷ Es erscheint durchaus möglich, dass im Falle des Zuwiderhandelns eine Untreuestrafbarkeit gegeben ist, da auch ein Vermögensschaden nicht fern liegt.⁹⁸⁸ Dieser könnte in der Belastung des Gesellschaftsvermögens mit wirtschaftlichen Lasten durch überlange Bestelldauer bestehen.

b) Die Kodexbestimmungen über die Selbstorganisation des Aufsichtsrats

aa) Die Empfehlung des Erlasses einer Geschäftsordnung

Der Kodex enthält des Weiteren relativ detaillierte Bestimmungen über die Selbstorganisation des Aufsichtsrats, welche im Falle der Schädigung des Gesellschaftsvermögens durch mangelhafte Aufsichtsratsorganisation und der hieraus resultierenden mangelhaften Wahrnehmung der Organaufgaben auch für die Untreue relevant sein könnten. Nach Ziffer 5.1.3 DCGK soll sich der Aufsichtsrat eine Geschäftsordnung geben. Dass er die Möglichkeit dazu hat, ergibt sich schon mittelbar aus § 84 Abs. 2 AktG. Allerdings muss eine Geschäftsordnung nicht erlassen werden, solange der Aufsichtsrat seiner Selbstorganisationspflicht auch ohne eine solche hinreichend nachkommt.⁹⁸⁹ Der Kodex verpflichtet den Aufsichtsrat jedoch hierzu. Da ganz überwiegend davon ausgegangen wird, dass sich bei größeren Aufsichtsräten eine Arbeit ohne Geschäftsordnung als sehr schwierig gestaltet⁹⁹⁰, wird teilweise behauptet, dass der Kodex an dieser Stelle nur dasjenige wiedergibt, was ohnehin zum Mindeststandard sorgfältiger Aufsichtsratsarbeit gehört.⁹⁹¹ Dem wird man in dieser Schärfe nicht zustimmen können. Für den Aufsichtsrat besteht lediglich die Pflicht, für eine funktionierende Organisation des Organs zu sorgen. Solange ein Organisationsrahmen vorhanden ist, der eine sachgerechte Aufgabenerfüllung ermöglicht, wird man den Verzicht auf eine Geschäftsordnung nicht als pflichtwidrig werten können.⁹⁹² Dass sich das Recht zum Erlass einer solchen zur Pflicht verdichtet, wird man nur in seltenen Ausnahmefäl-

⁹⁸⁷Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten, Rn. 358; Seibt, in: Schmidt/Lutter, § 84 Rn. 16; Spindler, in: MüKo-AktG, § 84 Rn. 44; a.A. wohl Hüffer, § 84 Rn. 7.

⁹⁸⁸Zu beachten ist, dass die Höchstfristen des § 84 AktG unter anderem den Zweck verfolgen, dass Gesellschaftsvermögen vor ungebührlichen wirtschaftlichen Lasten durch überlange Bestelldauer zu schützen. Siehe Seibt, in: Schmidt/Lutter, § 84 Rn. 3. Sogar, die einen Schutzzweckbezug verlangende Gegenmeinung kann bei einem Verstoß gegen § 84 AktG also unproblematisch eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue annehmen.

⁹⁸⁹Habersack, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 161.

⁹⁹⁰Siehe etwa Spindler, in: Spindler/Stilz, § 107 Rn. 9.

⁹⁹¹Vgl. Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 48.

⁹⁹²Siehe Spindler, in: Spindler/Stilz, § 107 Rn. 9.

len annehmen können. Der Kodex geht mit seiner pauschalen Empfehlung also über die gesetzlichen Anforderungen hinaus.

bb) Die Empfehlung der Einrichtung eines Prüfungsausschusses

In Ziffer 5.3.2 wird die Einrichtung eines sog. Prüfungsausschusses im Sinne eines „Audit Committee“ empfohlen, welches die Rechnungslegung zu kontrollieren hat.⁹⁹³ Nach § 324 Abs. 1 S. 1 HGB ist ein solcher Prüfungsausschuss schon gesetzlich für kapitalmarktorientierte Kapitalgesellschaften vorgeschrieben, die keinen Aufsichtsrat haben, der die Voraussetzungen des § 100 Abs. 5 AktG⁹⁹⁴ erfüllen muss. Da der Aufsichtsrat einer AG jedoch die Voraussetzungen des § 100 Abs. 5 AktG erfüllen muss, ist die Einrichtung eines Prüfungsausschusses hier keine gesetzliche Pflicht⁹⁹⁵ und der Kodex geht über das Gesetz hinaus. Audit Committees sind mittlerweile fester Bestandteil der monistischen Unternehmensverfassung.⁹⁹⁶ Üblich sind Besetzungen mit drei bis sechs Personen.⁹⁹⁷ Zu bedenken ist jedoch, dass sich die Errichtung eines solchen Ausschusses insbesondere bei kleineren börsennotierten Aktiengesellschaften, die zumeist über einen nur aus wenigen Personen bestehenden Aufsichtsrat verfügen, kaum anbieten dürfte.⁹⁹⁸

In Ziffer 5.3.2 S. 2 wird empfohlen, dass der Ausschussvorsitzende „über besondere Kenntnisse und Erfahrungen in der Anwendung von Rechnungslegungsgrundsätzen und internen Kontrollverfahren“ verfügen soll.⁹⁹⁹ Im Übrigen gelten die ohnehin an Aufsichtsratsmitglieder zu stellenden Anforderungen an die Quali-

⁹⁹³Ganz allgemein soll der Aufsichtsrat nach Ziffer 5.3.1 fachlich qualifizierte Ausschüsse bilden. Außerdem soll nach Ziffer 5.3.3 DCGK ein Nominierungsausschuss gebildet werden, der nur mit Vertretern der Anteilseigner besetzt ist und dem Aufsichtsrat geeignete Kandidaten für Wahlvorschläge an die Hauptversammlung präsentieren soll. Zudem kann der Aufsichtsrat nach Ziffer 5.3.5 S. 1 DCGK generell vorsehen, dass Ausschüsse die Sitzungen des Aufsichtsrats vorbereiten und darüber hinaus auch anstelle des Aufsichtsrats entscheiden.

⁹⁹⁴Nach § 100 Abs. 5 AktG muss bei kapitalmarktorientierten Kapitalgesellschaften wenigstens ein unabhängiges Mitglied des Aufsichtsrats über Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung und Abschlussprüfung verfügen.

⁹⁹⁵Siehe *Hopt/Merk*, in: *Baumbach/Hopt*, § 324 Rn. 2 ff.

⁹⁹⁶*Altmeyden*, ZGR 2004, S. 390 (392).

⁹⁹⁷*Kremer*, in: *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, Rn. 997.

⁹⁹⁸*Heck*, Haftungsrisiken (2006), S. 46. Laut *Kremer*, in: *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, Rn. 989 soll die Empfehlung daher für kleinere börsennotierte Unternehmen nicht zur „best practise“ gehören. Das lässt sich dadurch bestätigen, dass es in Ziffer 5.3.1 S. 1 lediglich heißt, der Aufsichtsrat solle abhängig von den spezifischen Gegebenheiten des Unternehmens und der Zahl seiner Mitglieder fachlich qualifizierte Ausschüsse bilden. Teilweise wird aber auch strikt gefordert, dass ein Prüfungsausschuss stets zu errichten sei, sofern der Gesamtaufichtsrat wegen seiner Größe oder mangelnden Fachqualifikation nicht die Gewähr für eine korrekte Überwachung der Rechnungslegung und Abschlussprüfung bietet, was letztlich für alle börsennotierten Aktiengesellschaften gelte, vgl. *Altmeyden*, ZGR 2004, S. 390 (404).

⁹⁹⁹Da nach § 100 Abs. 5 AktG ein Mitglied des Aufsichtsrats nun ohnehin schon kraft Gesetzes unabhängig und auf den Gebieten Rechnungslegung und Abschlussprüfung sachverständig sein muss, wird es regelmäßig den Vorsitz im Prüfungsausschuss inne haben, so dass die Empfehlung weitgehend leerläuft. Siehe dazu *Tödtmann/Schauer*, ZIP 2009, S. 995 (998).

fikation aus Ziffer 5.4.1 und 5.3.1 S. 1 DCGK. In Ziffer 5.2 Abs. 2 S. 2 wird angeregt, dass der Aufsichtsratsvorsitzende nicht der Vorsitzende des Prüfungsausschusses sein sollte. In Ziffer 5.3.2 S. 3 wird außerdem angeregt, dass kein ehemaliges Vorstandsmitglied dem Ausschuss angehören sollte, dessen Bestellung vor weniger als zwei Jahren endete.

Die Nichteinrichtung eines Audit Committees könnte für die Untreuestrafbarkeit insofern relevant sein, als es ohne einen solchen Ausschuss zu Fehlleistungen bei der Prüfung des Jahresabschlusses kommen und hierdurch ein Schaden entstehen kann. Allerdings wird in solchen Fällen häufig der Pflichtwidrigkeitszusammenhang zu verneinen sein, weil es schwierig nachzuweisen ist, dass ein solcher Ausschuss dieselben Fehler nicht gemacht hätte. Das ändert allerdings nichts daran, dass immerhin eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue zu bejahen sein könnte.

c) Die Kodexbestimmungen in Bezug auf den Aufsichtsratsvorsitzenden

Der Kodex enthält in Abschnitt 5 auch Empfehlungen und Anregungen, die nur den Aufsichtsratsvorsitzenden betreffen. So soll er nach Ziffer 5.2 Abs. 2 S. 1 DCGK zugleich Vorsitzender der Ausschüsse sein, die die Vorstandsverträge behandeln und die Aufsichtsratssitzungen vorbereiten. Den Vorsitz im Prüfungsausschuss sollte er nach S. 2 nicht innehaben. Nach Abs. 3 S. 1 soll er regelmäßig Kontakt mit dem Vorstand halten und mit ihm die Strategie, die Geschäftsentwicklung und das Risikomanagement beraten.¹⁰⁰⁰ Wird er vom Vorstand über Ereignisse, die für die Beurteilung der Lage und Entwicklung der Gesellschaft oder ihre Führung von wesentlicher Bedeutung sind, informiert, soll er nach Ziffer 5.2 Abs. 3 S. 3 DCGK den Gesamtaufsichtsrat unterrichten und, falls erforderlich, eine außerordentliche Aufsichtsratssitzung einberufen. Bei diesen Bestimmungen handelt es sich um inhaltliche Konkretisierungen der allgemeinen Überwachungspflicht, die auch den Aufsichtsratsvorsitzenden trifft, sowie der Pflicht zur kollegialen Zusammenarbeit im Aufsichtsrat selbst. Da durch einen nicht hinreichend engen Kontakt zum Vorstand und eine unzureichende Weitergabe von Informationen an den Gesamtaufsichtsrat die ordnungsgemäße Wahrnehmung der Überwachungsaufgabe behindert wird, liegt die Untreuerelevanz dieser Bestimmungen auf der Hand. Entsteht durch vom Aufsichtsrat nicht verhindertes Fehlverhalten des Vorstands ein Schaden, der bei besserer Information des Aufsichtsrats hätte vermieden werden können, kann eine Strafbarkeit wegen Untreue durch Unterlassen im Raum stehen. Insoweit trägt der Aufsichtsratsvorsitzende eine besondere Verantwortung.

¹⁰⁰⁰Hierbei handelt es sich um eine der seltenen Empfehlungen, die das ohnehin zwingende Recht lediglich darstellen. Ein regelmäßiger Kontakt des Aufsichtsratsvorsitzenden zum Vorstand gehört zum absoluten Mindeststandard sorgfältiger Aufsichtsratsstätigkeit. Siehe *Krieger*, in: FS-Ulmer (2003), S. 365 (378).

d) Die Kodexbestimmungen in Bezug auf die Zusammensetzung und Vergütung des Aufsichtsrats

Die Ziffern 5.4.1 bis 5.4.7 DCGK sind auf Zusammensetzung und Vergütung des Aufsichtsrats bezogen. Hierbei geht es unter anderem um Anforderungen an Aufsichtsratsmitglieder, die zu beachten sind, wenn der Hauptversammlung Vorschläge für die Besetzung des Aufsichtsrats gemacht werden. Da diese Vorschläge vom Aufsichtsrat selbst kommen müssen, richten sich die entsprechenden Kodexbestimmungen an ihn. So soll nach Ziffer 5.4.1 S. 1 darauf geachtet werden, dass dem Aufsichtsrat jederzeit Mitglieder angehören, die über diejenigen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen verfügen, die nötig sind, um die Aufsichtsratsaufgaben ordnungsgemäß wahrzunehmen. Dies wird in Ziffer 5.4.1 Abs. 1 S. 2 näher ausgeführt. Hiernach soll bei der Zusammensetzung auf die internationale Tätigkeit des Unternehmens, auf potenzielle Interessenkonflikte, Vielfalt und eine festzulegende Altersgrenze geachtet werden. Die angesprochene Altersgrenze wurde im vom OLG München zu entscheidenden Fall MAN/Piëch relevant, da zu Ziffer 5.4.1 eine Entsprechenserklärung abgegeben wurde, und später Ferdinand Piëch als Aufsichtsratsmitglied von MAN vorgeschlagen wurde, obwohl er bereits 70 Jahre alt war. Das Gericht sah darin keine Verletzung von § 161 AktG. Der Aufsichtsrat hatte auf die Kodexbestimmung mit einem Beschluss reagiert, wonach lediglich in der Regel eine Altersgrenze von 70 Jahren gelten sollte. Dass eine solche „flexible Lösung“ gewählt wurde, verstieß nach Ansicht des Gerichts nicht gegen den Kodex, so dass die Entsprechenserklärung in dieser Hinsicht wahr gewesen sei.¹⁰⁰¹ Im selben Gerichtsverfahren ging es zudem um das „Achten auf potenzielle Interessenkonflikte“ im Sinne dieser Kodexbestimmung. Denn Piëch war zugleich Aufsichtsratsvorsitzender der Volkswagen AG. Das OLG München entschied, dass der Bestimmung schon dann Genüge getan sei, wenn die möglichen Interessenkonflikte lediglich im Rahmen einer Abwägung berücksichtigt werden.¹⁰⁰² Keinesfalls ergebe sich hieraus, dass bei einer solchen Sachlage der Betreffende nicht vorgeschlagen werden könne.

Der Vermeidung von Interessenkonflikten dient auch die relativ pauschale Empfehlung in Ziffer 5.4.2 S. 1, der zufolge dem Aufsichtsrat stets eine ausreichende Anzahl unabhängiger Mitglieder angehören soll. Diese wird durch eine Art Legaldefinition im nächsten Satz konkretisiert, der zufolge ein Aufsichtsratsmitglied als unabhängig anzusehen ist, wenn es in keiner geschäftlichen oder persönlichen Beziehung zur Gesellschaft oder zum Vorstand steht, die einen Interessenkonflikt begründet. Außerdem wird in S. 3 empfohlen, dass dem Aufsichtsrat maximal zwei ehemalige Vorstandsmitglieder angehören sollen. Damit soll der gängigen Praxis des mehr oder weniger selbstverständlichen Wechsels vom Vorstand in den Aufsichtsrat, welche weithin als Hindernis für gute Corporate

¹⁰⁰¹OLG München, Urteil vom 6.8.2008 - 7 U 5628/07=NZG 2009, S. 508 (510).

¹⁰⁰²OLG München, Urteil vom 6.8.2008 - 7 U 5628/07=NZG 2009, S. 508 (510 f.).

Governance gilt, entgegengetreten werden.¹⁰⁰³ Noch konkreter werden die Anforderungen des Kodex in Punkto Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder in Ziffer 5.4.2 S. 4 DCGK dargestellt. Hiernach sollen keine Personen als Aufsichtsratsmitglieder vorgeschlagen werden, die eine Organfunktion oder Beratungsaufgaben bei wesentlichen Wettbewerbern des Unternehmens ausüben. Das Aktienrecht selbst kennt solche Einschränkungen nicht.¹⁰⁰⁴ Im Fall MAN/Piëch entschied das OLG München, dass der Aufsichtsrat hiervon nicht abgewichen war und damit keine Verletzung von § 161 AktG vorlag.¹⁰⁰⁵ Denn die Kodexbestimmung setzte voraus, dass die Unternehmen in ihrem Kerngeschäft identische Tätigkeitsfelder aufweisen, was bei VW und MAN nicht der Fall sei.

Was die Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder betrifft, hält der Kodex ähnliche Regelungen bereit wie in Bezug auf die Vorstandsvergütung. Vor allem soll nach Ziffer 5.4.6 Abs. 2 S. 1 auch die Aufsichtsratsvergütung aus fixen und variablen Bestandteilen zusammengesetzt sein und nach S. 2 soll die variable Vergütung Bestandteile enthalten, die auf den langfristigen Erfolg des Unternehmens bezogen sind. Nach Abs. 3 S. 1 soll die Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder zudem im Corporate Governance Bericht individualisiert und nach Bestandteilen aufgliedert ausgewiesen werden, was nach S. 2 auch Vergütungen für persönlich erbrachte Leistungen wie etwa Beratungen und Vermittlungen umfasst.

e) Die Bestimmungen in Bezug auf Interessenkonflikte im Aufsichtsrat

Besonders praxisrelevant sind die als inhaltliche Konkretisierung der organschaftlichen Treuepflichten anzusehenden Kodexbestimmungen über die Vermeidung und Offenlegung von Interessenkonflikten in den Ziffern 5.5 ff. DCGK. Der Kodex empfiehlt nicht nur den Vorstands-, sondern auch den Aufsichtsratsmitgliedern, Interessenkonflikte dem Aufsichtsrat gegenüber offenzulegen (Ziffer 5.5.2 DCGK). Nach Ziffer 5.5.3 S. 1 DCGK soll der Aufsichtsrat in seinem Bericht an die Hauptversammlung über aufgetretene Interessenkonflikte und deren Behandlung informieren. Zweck dieser Bestimmung ist es, die Informationsgrundlage der Hauptversammlung in Bezug auf die Entscheidung über die Entlastung des Aufsichtsrats zu verbessern.¹⁰⁰⁶ Der zweite Zivilsenat des BGH hatte sich im Fall Kirch/Deutsche Bank unter anderem mit der Frage zu befassen, unter welchen Voraussetzungen eine in Bezug auf diese Empfehlung positive Entsprechenserklärung den Anforderungen des § 161 AktG genügt. Der BGH entschied, dass ein nach dieser Kodexbestimmung offenzulegender Interessenkonflikt bereits dann vorliegt, wenn ein Dritter (hier *Leo Kirch*) eine Schadensersatzklage gegen die Gesellschaft erhebt, welche auf einen Gesetzesverstoß des

¹⁰⁰³Vgl. zum Ganzen *Kremer*, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 1042 ff.

¹⁰⁰⁴Siehe *Kremer*, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 1047.

¹⁰⁰⁵OLG München, Urteil vom 6.8.2008 – 7 U 5628/07=NZG 2009, S. 508 (511 f.).

¹⁰⁰⁶Siehe BGH, Urteil vom 16.2.2009 - II ZR 185/07=BB 2009, S. 796 (798). Siehe auch *Kremer*, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 1138.

betreffenden Aufsichtsratsmitglieds (hier *Rolf Breuer*) während seiner früheren Vorstandstätigkeit gestützt wird.¹⁰⁰⁷

Nach Ziffer 5.5.3 S. 2 DCGK soll ein wesentlicher und nicht nur vorübergehender Interessenkonflikt eines Aufsichtsratsmitglieds zur Mandatsbeendigung führen. Der Sache nach stellt dies eine inhaltliche Konkretisierung von § 103 Abs. 3 S. 1 AktG dar, wonach bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ein Aufsichtsratsmitglied auf Antrag durch gerichtliche Entscheidung abzuberufen ist.¹⁰⁰⁸

Nach Ziffer 5.5.4 bedürfen Berater- und sonstige Dienstleistungs- und Werkverträge, die ein Aufsichtsratsmitglied mit der Gesellschaft schließt, der Zustimmung des Aufsichtsrats. Hierbei handelt es sich um eine bloße Wiedergabe der gesetzlichen Regelung in § 114 AktG, die den Zweck hat, die unsachliche Beeinflussung von Aufsichtsratsmitgliedern durch den Vorstand zu verhindern.¹⁰⁰⁹ Allerdings ist die Passage des Kodex in einem der wenigen der Rechtsprechung zugeführten Fälle mit Bezug zum Kodex relevant geworden. Es war die Frage aufgetaucht, ob ein Geschäft im Sinne von Ziffer 5.5.4 auch stets die Berichtspflicht des Aufsichtsratsmitglieds aus Ziffer 5.5.2 DCGK wegen eines Interessenkonflikts auslöst. Das OLG München nahm eine systematische Auslegung des Kodex vor und begründete überzeugend, dass keine Berichtspflicht besteht. Die Regelung über die Berichtspflicht in Ziffer 5.5.3 beziehe sich „gesetssystematisch“ auf Ziffer 5.5.2 und trenne somit die Regelung über Eigengeschäfte von den Regelungen über offenzulegende Interessenkonflikte ab.¹⁰¹⁰

¹⁰⁰⁷BGH, Urteil vom 16.2.2009 - II ZR 185/07 BB 2009, S. 796 Leitsatz 4. Die Beklagten waren der Ansicht gewesen, dass eine Offenlegung dieses Rechtsstreits zwischen *Kirch* und der Deutschen Bank und *Breuer* nicht nötig sei, weil der Fall in den Medien sehr öffentlichkeitswirksam geschildert worden war und daher von einem interessierten Aktionär verlangt werden könne, dass er hierüber ohnehin informiert sei. Außerdem sei eine Offenlegung auch deshalb nicht geboten gewesen, weil *Kirch* zum Zeitpunkt der Entsprechenserklärung nur in erster Instanz und auch nur mit einer auf Feststellung der grundsätzlichen Schadensersatzpflicht gerichteten Feststellungsklage Erfolg gehabt hatte und somit ein Heranziehen zur Schadensersatzleistung erst in ferner Zukunft gedroht habe. Dem ist der zweite Zivilsenat entschieden entgegengetreten. Ein offenzulegender Interessenkonflikt habe schon deshalb vorgelegen, weil die Aufsichtsratsmitglieder im Rahmen ihrer Überwachungspflicht die Legalität des Handelns der Vorstandsmitglieder auch retrospektiv zu überprüfen und ggf. Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen diese geltend zu machen haben. Die hiermit verbundenen Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder würden aber nicht erst aktuell, wenn ein Schaden der Gesellschaft durch Inanspruchnahme durch Dritte feststeht, sondern schon ab dem Zeitpunkt der Kenntniserlangung von den Vorwürfen. Somit befinde sich das frühere Vorstandsmitglied, gegen das sich die Vorwürfe des Dritten richten, als Aufsichtsratsmitglied stets in einem Interessenkonflikt. Wird hierüber nicht der Hauptversammlung berichtet, verstoße eine in Bezug auf Ziffer 5.5.3 positive Entsprechenserklärung gegen § 161 AktG.

¹⁰⁰⁸BGH, Urteil vom 16.2.2009 - II ZR 185/07=BB 2009, S. 796 (798). Siehe auch *Kremer*, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 1142.

¹⁰⁰⁹*Hüfner*, § 114 Rn. 1.

¹⁰¹⁰OLG München, Urteil vom 24.9.2008 – 7 U 4230/07.

6. Sicherstellung von Transparenz

Der Abschnitt Transparenz enthält weitgehend die Rechtslage beschreibende Passagen. Empfehlungen sind relativ rar. Nach Ziffer 6.3 S. 2 soll die Gesellschaft den Aktionären unverzüglich sämtliche neuen Tatsachen zur Verfügung stellen, die auch Finanzanalysten und vergleichbaren Adressaten gewährt wurden. Nach Ziffer 6.4 soll sie des Weiteren zur Information der Aktionäre geeignete Kommunikationsmittel wie das Internet nutzen. Nach Ziffer 6.5 sollen Informationen, die die Gesellschaft aufgrund ausländischer Publizitätspflichten im Ausland veröffentlicht, auch im Inland unverzüglich bekannt gegeben werden. Nach Ziffer 6.6 Abs. 1 S. 1 soll der Besitz von Aktien der Gesellschaft oder sich hierauf beziehender Finanzinstrumente von den Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern angegeben werden, soweit sie mehr als 1% der Anteile halten.¹⁰¹¹ Nach Ziffer 6.7 sollen die Termine der wesentlichen wiederkehrenden Veröffentlichungen und der Termin der Hauptversammlung in einem Finanzkalender der Gesellschaft frühzeitig publiziert werden. Außerdem sollen nach Ziffer 6.8 von der Gesellschaft veröffentlichte Informationen auch über die Internetseite der Gesellschaft zugänglich sein, welche übersichtlich gegliedert sein und auch eine englische Version enthalten soll.

All diese Empfehlungen richten sich an den Vorstand und konkretisieren in der Sache seine allgemeine Sorgfaltspflicht im Rahmen der eigenverantwortlichen Leitung. Untreuerrelevante Konstellationen sind im Zusammenhang mit diesen Kodexbestimmungen relativ schwer vorstellbar, da ein Schaden der Gesellschaft auch hier höchstens durch die Inanspruchnahme durch Dritte entstehen kann. Dennoch konkretisieren die Bestimmungen dieses Abschnitts inhaltlich gesetzliche Bestimmungen, insbesondere solche des Kapitalmarktrechts. Sollten die Bestimmungen also einen normativen Einfluss auf die Auslegung dieser Normen haben, kann nach der hier vertretenen Auffassung ein Verstoß gegen die umfassend untreuebewehrte Legalitätspflicht und somit eine Pflichtverletzung im Sinne von § 266 StGB vorliegen.¹⁰¹²

¹⁰¹¹Nach S. 2 soll zudem der Gesamtbesitz nach Vorstand und Aufsichtsrat getrennt angegeben werden, soweit dieser 1 % der von der Gesellschaft ausgegeben Aktien übersteigt. Nach Abs. 3 sollen die nach Abs. 1 S. 1 und S. 2 zu machenden Angaben im Corporate Governance Bericht enthalten sein.

¹⁰¹²Die Gegenauffassung, welche einen Schutzzweckbezug verlangt, muss hier eine Untreuerrelevanz weitgehend verneinen. Denn kapitalmarktrechtliche Publizitätspflichten schützen nicht die Gesellschaft selbst, sondern (potenzielle) Anleger und das Funktionieren der Kapitalmärkte als solches. Etwas anderes kann sich dann nur aus dem Rückgriff auf ein allgemeines Schädigungsverbot ergeben, indem man das vorsätzliche Auslösen von Schadensersatzansprüchen Dritter als untreuerrelevantes Verhalten einstuft. In ähnlicher Weise müssen die Vertreter der Meinungsgruppe argumentieren, die einen objektiven Vermögensbezug ausreichen lässt. Dieser Bezug ergibt sich dann aus der potenziellen Außenhaftung der Gesellschaft.

7. Bestimmungen über Rechnungslegung und Abschlussprüfung

a) Die Kodexbestimmungen in Bezug auf die Rechnungslegung

Der Kodex endet mit dem Abschnitt „Rechnungslegung und Abschlussprüfung“. Da dieser Bereich starken Regulierungen unterliegt, finden sich hier vor allem gesetzeswiedergebende Kodexpassagen: Der Kodex informiert in Ziffer 7.1.1 über die Funktionen von Konzernabschluss und Halbjahresfinanzbericht und über Zwischenmitteilungen und Quartalsfinanzberichte, wobei besonders herausgestellt wird, dass hierbei die internationalen Rechnungslegungsgrundsätze einzuhalten sind. Dabei betont der Kodex, dass diese Berichte auch der besseren Information der Anleger dienen.¹⁰¹³ In Ziffer 7.1.2 S. 1 wird dem Kodexadressat zudem mitgeteilt, dass die Aufstellung des Konzernabschlusses zu den Pflichten des Vorstands gehört und dass jener vom Abschlussprüfer und vom Aufsichtsrat geprüft wird.

Damit einher geht die Empfehlung an den Aufsichtsrat, den Halbjahres- und etwaige Quartalsfinanzberichte vor der Veröffentlichung mit dem Vorstand zu erörtern, Ziffer 7.1.2 S. 2. Hierin liegt eine deutliche Verschärfung gegenüber der früheren „Kodexlage“.¹⁰¹⁴ Denn nach früher Kodexfassung war der Aufsichtsrat nur verpflichtet, den Jahres- bzw. Konzernabschluss zu prüfen. Will er der Empfehlung nachkommen, wird er sich vierteljährlich mit der Geschäftsentwicklung auseinandersetzen müssen und somit für den Aufsichtsrat ungewöhnlich stark in das laufende Geschäft eingebunden sein.

Auch auf die Eingriffsbefugnisse der BaFin zur Durchsetzung von Rechnungslegungsvorschriften wird hingewiesen (Enforcement). Schließlich wird in S. 4 empfohlen, den Konzernabschluss binnen 90 Tagen nach Geschäftsende und die Zwischenberichte binnen 45 Tagen nach Ende des Berichtszeitraums öffentlich zugänglich zu machen.

In Ziffer 7.1.3 findet sich des Weiteren die Empfehlung, konkrete Angaben über Aktienoptionsprogramme und ähnliche „wertpapierorientierte Anreizsysteme“ in den zuvor angesprochenen Corporate Governance Bericht aufzunehmen. Laut Ziffer 7. 1. 4 S. 1 soll die Gesellschaft eine Liste von Unternehmen veröffentlichen, „an denen sie eine Beteiligung von für das Unternehmen nicht untergeordneter Bedeutung hält“.¹⁰¹⁵ Diese Empfehlung richtet sich ebenfalls an den Vorstand im Rahmen seiner allgemeinen Leitungspflicht. Ziffer 7. 1. 4 S. 3 enthält eine diese Empfehlung konkretisierende weitere Empfehlung bezüglich der anzugebenden Eckdaten der aufzuführenden Unternehmen und der Beteiligung an ihnen.¹⁰¹⁶ Schließlich findet sich in Ziffer 7. 1. 5 die Empfehlung, im

¹⁰¹³Siehe dazu Ringleb, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 1301.

¹⁰¹⁴Vgl. zum Ganzen Tödtmann/Schauer, ZIP 2009, S. 995 (997).

¹⁰¹⁵Handelsbestände von Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten, aus denen keine Stimmrechte ausgeübt werden, bleiben hierbei nach S. 2 allerdings unberücksichtigt.

¹⁰¹⁶Diese sind Name und Sitz der Gesellschaft, Höhe des Anteils, Höhe des Eigenkapitals und Ergebnis des letzten Geschäftsjahres.

Konzernabschluss Beziehungen zu Aktionären zu erläutern, die im Sinne des Rechnungslegungsrechts als nahestehende Personen gelten.

b) Die Kodexbestimmungen in Bezug auf die Abschlussprüfung

Während im Bereich der Rechnungslegung noch Empfehlungen mit relativ undeutlichem Bezug zum Schutz des Gesellschaftsvermögens die Regel sind, enthält der Unterabschnitt Abschlussprüfung die zentrale Empfehlung, dass der Aufsichtsrat bzw. sein Prüfungsausschuss vor der Wahl des Abschlussprüfers von diesem eine Erklärung einholen soll, „ob und ggf. welche geschäftlichen, finanziellen und persönlichen oder sonstigen Beziehungen zwischen dem Prüfer und seinen Organen und Prüfungsleitern einerseits und dem Unternehmen und seinen Organmitgliedern andererseits bestehen, die Zweifel an seiner Unabhängigkeit begründen können“ (Ziffer 7.2.1 Abs. 1 S. 1).¹⁰¹⁷ Ein gesetzliches Beratungsverbot besteht unter den im Kodex genannten Voraussetzungen allerdings nicht, so dass der Kodex auch insofern deutlich über die Anforderungen des geltenden Rechts hinausgeht.¹⁰¹⁸ Denn in den §§ 319, 319a HGB sind abschließend Gründe aufgezählt, aus denen jemand als Abschlussprüfer ausgeschlossen ist. Für die gesetzliche Regelung zentral ist § 319 Abs. 2 HGB, wonach ein Ausschlussgrund vorliegt, „wenn Gründe, insbesondere Beziehungen geschäftlicher, finanzieller oder persönlicher Art“ gegeben sind, nach denen die Besorgnis der Befangenheit besteht. Hier bestehen also schon kraft Gesetzes ein hoher Transparenzstandard und eine hohe Regelungsdichte.¹⁰¹⁹ Insofern kommt der Empfehlung nur eine dienende Funktion zu: Sie soll die Informationsversorgung des Aufsichtsrats in Bezug auf die Unabhängigkeit sicherstellen, so dass dieser sie bei der Ausübung seines Vorschlagsermessens berücksichtigen kann.¹⁰²⁰

Eine Konkretisierung von § 93 Abs. 1 S. 1 AktG durch Ziffer 7.2.1 DCGK wird im Schrifttum teils ernsthaft in Erwägung gezogen und für möglich gehalten, dass im Falle des Zuwiderhandelns eine Haftung droht.¹⁰²¹ Auch für die Untreuestrafbarkeit dürfte die Empfehlung durchaus relevant sein, da ihre Missachtung dazu führen kann, dass der Aufsichtsrat einen befangenen Abschlussprüfer vorschlägt, welcher dann die Gesellschaft durch fehlerhafte Abschlussprüfung

¹⁰¹⁷Nach S. 2 soll in dieser Erklärung auch angegeben werden, in welchem Umfang im vorausgehenden Geschäftsjahr andere Leistungen für das Unternehmen erbracht wurden oder für das folgende Jahr vereinbart sind. Zudem soll nach Abs. 2 der Aufsichtsrat mit dem Abschlussprüfer vereinbaren, dass dieser den Aufsichtsrat bei Auftreten von Befangenheitsgründen unverzüglich unterrichtet.

Diese beiden Empfehlungen dienen letztlich aber nur der Hauptempfehlung in S. 1.

¹⁰¹⁸Siehe zum Ganzen *Kremer*, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 1349. Auch wurde, in Übereinstimmung mit den Empfehlungen der Baums-Kommission (BT-Drucks. 14/7515, S. 131) keine Kodexbestimmung eingefügt, der zufolge Leistungen des Abschlussprüfers, die nicht in der Abschlussprüfung bestehen, einem Aufsichtsratszustimmungsvorbehalt zu unterstellen sind.

¹⁰¹⁹Vgl. *Kremer*, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 1354.

¹⁰²⁰*Kremer*, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 1355.

¹⁰²¹*Ulmer*, AcP 202 (2002), S. 143 (171).

schädigt.¹⁰²² Dass der letztlich entscheidende Beitrag zur Schädigung des Gesellschaftsvermögens in solchen Fällen nicht vom Aufsichtsrat ausgeht, sondern vom (ebenfalls vermögensbetreuungspflichtigen) Abschlussprüfer selbst, hindert die Bejahung einer täterschaftlichen Untreue durch den Aufsichtsrat nicht, da in solchen Situationen der Charakter der Untreue als Pflichtdelikt bzw. als Delikt mit normativ geprägter Tatherrschaft aufscheint.

¹⁰²²Verlangt man einen Schutzzweckbezug, ist fraglich, ob die Empfehlung dem Schutz des Gesellschaftsvermögens zu dienen bestimmt ist. Dies hängt unmittelbar von der Schutzzweckkonnexität der gesetzlichen Vorschriften ab, denen die Empfehlung dient. Unmittelbarer Sinn und Zweck der §§ 319 und 319a HGB ist die Sicherung der Unabhängigkeit und Unbefangenheit des Abschlussprüfers, die ihrerseits dem Gebot unparteiischer und gewissenhafter Prüfung dienen soll. Siehe *Ebke* in: MüKo-HGB, § 319 Rn. 2. Die Unabhängigkeit und Unbefangenheit des Abschlussprüfers ist einerseits für das Vertrauen der (potenziellen) Anleger in die Abschlussprüfung Grundvoraussetzung. Andererseits hängen auch das Funktionieren der Corporate Governance und der Finanz- und Kapitalmärkte davon ab. Angesichts dessen wird man die Schutzzweckkonnexität bejahen können. Dasselbe gilt für die in den Ziffern 7.2.3 DCGK niedergelegten Empfehlungen, denen zufolge der Aufsichtsrat mit dem Abschlussprüfer vereinbaren soll, dass dieser ihn über „wesentliche Feststellungen und Vorkommnisse“ und über entdeckte Unrichtigkeiten der Entsprechenserklärung unverzüglich unterrichtet. Denn auch diese Empfehlungen dienen unmittelbar dem Schutz des Gesellschaftsvermögens vor Pflichtverstößen des Abschlussprüfers.

E) Der Kodex im Zusammenspiel mit § 161 AktG

Auch wenn der Kodex in seinen Empfehlungen und Anregungen offensichtlich Gebote aufstellt, ist seine Beziehung zur Rechtsordnung zunächst einmal unklar. Denn die Kodex-Kommission ist ein privater Expertenverbund und allein durch die Beauftragung seitens der Bundesregierung und die Veröffentlichung des Kodex im elektronischen Bundesanzeiger wird der Kodex nicht Teil der Rechtsordnung. Eine ausdrückliche Verknüpfung des Kodex mit dieser hat der Gesetzgeber allerdings in § 161 Abs. 1 S. 1 AktG¹⁰²³ vorgenommen, wo es unter der Überschrift „Erklärung zum Corporate Governance Kodex“ heißt:

(1) Vorstand und Aufsichtsrat der börsennotierten Gesellschaft erklären jährlich, dass den vom Bundesministerium der Justiz im amtlichen Teil des elektronischen Bundesanzeigers bekannt gemachten Empfehlungen der „Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex“ entsprochen wurde und wird oder welche Empfehlungen nicht angewendet wurden oder werden und warum nicht.¹⁰²⁴

Diese schon von der Baums-Kommission vorgeschlagene „gesetzliche Flankierung“ ordnet nicht die Geltung der Empfehlungen des Kodex an¹⁰²⁵, zwingt die Organmitglieder aber dazu, sich über die Befolgung oder Nichtbefolgung des Kodex zu erklären. Zunächst war in § 161 AktG lediglich eine Pflicht zur Offenlegung der Abweichung vom Kodex vorgesehen und entgegen der Forderung der Baums-Kommission¹⁰²⁶ gerade keine Pflicht, diese Abweichungen auch zu begründen. Insofern wurde das aus dem Ausland bekannte „comply-or-explain-Prinzip“ zunächst nicht verfolgt, was vor allem auf der gesetzgeberischen Erwägung basierte, es liege im eigenen Interesse der Gesellschaften, die Abweichungen auch zu begründen und daher müssten sie hierzu nicht per Gesetz gezwungen

¹⁰²³ Eingeführt durch das Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität (TransPuG) vom 19. 07. 2002, BGBl. I, S. 2681. Siehe auch den Regierungsentwurf BT-Drucks. 14/8769 vom 11. 4. 2002.

¹⁰²⁴Satz 2 dieser Vorschrift lautet: „Gleiches gilt für Vorstand und Aufsichtsrat einer Gesellschaft, die ausschließlich andere Wertpapiere als Aktien zum Handel an einem organisierten Markt im Sinne des § 2 Abs. 5 des Wertpapierhandelsgesetzes ausgegeben hat und deren ausgegebene Aktien auf eigene Veranlassung über ein multilaterales Handelssystem im Sinn des § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 des Wertpapierhandelsgesetzes gehandelt werden.“ Absatz 2 lautet: „Die Erklärung ist auf der Internetseite der Gesellschaft dauerhaft öffentlich zugänglich zu machen.“

¹⁰²⁵Es handelt sich also nicht um eine Verweisung. Siehe LG München I, Urteil vom 22. 11. 2007 - 5 HKO 10614/07=NZG 2008, S. 150 (151). Siehe auch *Becker*, Haftung (2005), S. 21; *Bertrams*, Haftung (2003), S. 64; *Hanfland*, Haftungsrisiken (2006), S. 62; *Seibt*, AG 2002, S. 249 (250); *Ulmer*, ZHR 166 (2002), S. 150 (157). Hierzu bedarf es eines Geltungsbefehls innerhalb der Verweisungsnorm. Ein solcher kann § 161 AktG aber gerade nicht entnommen werden. Siehe auch *Becker*, Haftung (2005), S. 23.

¹⁰²⁶Bericht der Baums-Kommission, BT-Drucks. 14/7515, S. 29.

werden.¹⁰²⁷ Die Begründungspflicht wurde erst durch das sog. BilMoG¹⁰²⁸ eingeführt.

Grundsätzlich kann, falls alle Empfehlungen des Kodex eingehalten wurden und dies auch weiterhin geschehen soll, eine uneingeschränkte Entsprechenserklärung abgegeben werden (Übernahmehmodell).¹⁰²⁹ Theoretisch möglich ist es auch, sämtliche Empfehlungen abzulehnen (Ablehnungsmodell).¹⁰³⁰ Die dritte Möglichkeit besteht darin, zu erklären, dass den Empfehlungen des Kodex grundsätzlich gefolgt wird, einige Empfehlungen jedoch abgelehnt werden und diese dann zu nennen (Selektionsmodell).¹⁰³¹

§ 161 AktG enthält nicht die einzige gesetzliche Flankierung des Kodex. Nach den §§ 285 Nr. 16, 314 Abs. 1 Nr. 8 HGB muss im Anhang des Jahres- und des Konzernabschlusses die Tatsache festgehalten werden, dass die nach § 161 AktG abzugebende Entsprechenserklärung abgegeben wurde.¹⁰³² Der Inhalt der Entsprechenserklärung geht insofern allerdings nicht aus dem Jahres- bzw. Konzernanhang hervor, sondern nur die Tatsache der Abgabe selbst.¹⁰³³ Zudem ist die Entsprechenserklärung nach § 325 Abs. 1 S. 3 HGB zum Handelsregister zu geben. Durch das BilMoG ist die Pflicht nach § 289a HGB hinzugetreten, die zuvor bereits angesprochene sog. „Erklärung zur Unternehmensführung“ (auch Corporate Governance Bericht genannt) zu erstellen.¹⁰³⁴ Die Entsprechenserklärung ist in diese Erklärung einzubetten.

I. Sinn und Zweck des § 161 AktG

Ohne die Ratio der zur Erklärung zwingenden Vorschrift zu beachten, kann man sich nicht über die Rechtsnatur der Entsprechenserklärung, die Anforderungen an diese und die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen klar werden. Erst durch die Zielsetzung des § 161 AktG wird der mit dem Begriff Ordnungsfunktion zuvor umschriebene mit dem Kodex beabsichtigte Effekt der Verbesserung der deutschen Corporate Governance¹⁰³⁵ überhaupt erreichbar. Sinn und Zweck der Vor-

¹⁰²⁷Vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs zum TransPuG, BT-Drucks. 14/8769, S. 21. Vgl. auch *Bertrams*, Haftung (2003), S. 53; *Ibrig/Wagner*, BB 2002, S. 789 (791); *Seibert*, BB 2002, S. 581 (583).

¹⁰²⁸Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts vom, BGBl. I 2009, S. 1102 ff., in Kraft getreten am 29. 5. 2009.

¹⁰²⁹*Pfützer/Oser/Wader*, DB 2002, S. 1120.

¹⁰³⁰*Heck*, Haftungsrisiken (2006), S. 45; *Pfützer/Oser/Wader*, DB 2002, S. 1120.

¹⁰³¹*Pfützer/Oser/Wader*, DB 2002, S. 1120.

¹⁰³²Nach § 314 Abs. 1 Nr. 8 HGB muss für jedes Konzernunternehmen eine solche Angabe erfolgen.

¹⁰³³*Sester*, in: Spindler/Stilz, § 161 Rn. 41.

¹⁰³⁴Siehe zum Ganzen *Tödtmann/Schauer*, ZIP 2009, S. 995 (997).

¹⁰³⁵Letzteres Ziel hätte der Gesetzgeber freilich auch durch eine unmittelbare Anordnung der Befolgung des Kodex erreichen können. Dass er diesen Weg nicht gewählt hat, muss sich als gesetzgeberische Entscheidung in der normativen Relevanz der Kodexbestimmungen widerspiegeln. Inwiefern

schrift ist es, Publizität bezüglich der Frage zu erzeugen, inwieweit die Bestimmungen des Kodex innerhalb der Gesellschaft eingehalten werden.¹⁰³⁶ Durch einen Vergleich der Entsprechenserklärung mit dem Kodex sollen (potenzielle) Anleger im Sinne eines „Benchmark“ überprüfen können, ob eine Aktiengesellschaft die Standards des Kodex einhält.¹⁰³⁷ Dies zwingt die Gesellschaften, Organisations- und Führungsentscheidungen, die bis dato selten der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurden¹⁰³⁸, weitgehend offenzulegen und zu begründen. Wesentliche Funktion der Publizität durch § 161 AktG ist nicht nur die Information potenzieller Aktionäre, sondern auch der aktuellen Anleger. Da die Hauptversammlung z.B. über die Entlastung der Organmitglieder entscheiden muss, müssen die Aktionäre darüber informiert sein, nach welchen Verhaltensregeln die Organmitglieder sich richten. Hierzu trägt die Entsprechenserklärung wesentlich bei.¹⁰³⁹

Ein weiteres Ziel der Erklärungspflicht nach § 161 AktG ist es, dass die angesprochenen Organmitglieder sich regelmäßig mit den inhaltlichen Anforderungen des Kodex und gleichzeitig mit den eigenen Anstrengungen im Bereich Corporate Governance auseinandersetzen.¹⁰⁴⁰ Man kann insoweit von einer Reflexionsfunktion des Kodex sprechen, die durch § 161 AktG forciert wird. Da die Organmitglieder eine wohl überlegte Entscheidung über die Abgabe der Entsprechenserklärung treffen müssen, sind sie gezwungen, sich mit den inhaltlichen Anforderungen des Kodex auseinanderzusetzen. Sie müssen abwägen, ob es ihrer Ansicht nach zweckmäßig ist, sich die Verhaltensmuster, die die Kodex-Kommission als „best practice“ ansieht, zu eigen zu machen oder vielleicht sogar darüber hinaus zu gehen.

Aus dieser Zielrichtung des § 161 AktG wird deutlich, dass der Kodex die Funktionen, die er nach Ansicht seiner Erschaffer erfüllen soll, ohne die Erklärungspflicht gar nicht erfüllen kann. Die Kommunikationsfunktion kann durch den Kodex allein nur im Hinblick auf die bloße Beschreibung der Rechtslage erfüllt werden. Ob die Empfehlungen und Anregungen des Kodex ebenfalls einge-

dies gegen eine Bindung der Organmitglieder von Aktiengesellschaften an die Anforderungen des Kodex spricht, wird noch zu erörtern sein.

¹⁰³⁶*Bertrams*, Haftung (2003), S. 45; *Körner*, NZG 2004, S. 1148 (1149); *Semler*, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 5; *Sester*, in: Spindler/Stilz, § 161 Rn. 10; *Spindler*, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 1. Dazu eingehend LG München I, Urteil vom 31.1.2008 - 5 HK O 15082/07. Vgl. auch die Begründung des Regierungsentwurfs zum TransPuG, BT-Drucks. 14/8769, S. 21.

¹⁰³⁷*Claussen/Bröcker*, AG 2000, S. 481; *Semler*, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 48.

¹⁰³⁸*Abram*, ZBB 2003, S. 41 (42).

¹⁰³⁹Vgl. OLG München, Urteil vom 23.1.2008 - 7 U 3668/07=NZG 2008, S. 337 (338); OLG München, Urteil vom 6.8.2008 - 7 U 5628/07=NZG 2009, S. 508 (510); LG München I, Urteil vom 31.1.2008 - 5 HK O 15082/07; *Claussen/Bröcker*, AG 2000, S. 481; *Semler*, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 48.

¹⁰⁴⁰Siehe die Begründung des Regierungsentwurfs zum TransPuG, BT-Drucks. 14/8769, S. 21. Siehe auch *Heck*, Haftungsrisiken, S. 21; *Semler*, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 4; *Sester*, in: Spindler/Stilz, § 161 Rn. 10; *Spindler*, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 1.

halten werden, erfährt der Kapitalmarkt erst durch die Entsprechenserklärung. Und noch deutlicher wird die enge Verknüpfung von Kodex und Entsprechenserklärung im Hinblick auf die Ordnungsfunktion. Gäbe es die Erklärungspflicht nicht, bestünde kein Grund, sich mit den Anforderungen des Kodex ernsthaft auseinanderzusetzen, so dass man sie weitgehend ignorieren könnte. So sinnlos wie die Erklärungspflicht aus § 161 AktG ohne den Kodex wäre, so kraftlos wäre der Kodex also ohne die Erklärungspflicht. Erst, wenn die beiden Instrumente als Einheit betrachtet werden, entfalten sie die von Gesetzgeber, Regierung und Kodexkommission beabsichtigte Wirkung, die auch die Baums-Kommission schon im Blick hatte.

II. Der faktische Befolungsdruck

1. Anhaltspunkte für das Vorliegen eines faktischen Befolungsdrucks

Dass die Verbesserung der Corporate Governance auf diesem Umweg erfolgen soll, ist zumindest für unsere Rechtsordnung vollkommen untypisch. Es werden die „Anreiz- und Kontrollfunktionen des Kapitalmarktes“ nutzbar gemacht.¹⁰⁴¹ Man kann auch von „kapitalmarktorientierter Unternehmensführung“ sprechen.¹⁰⁴²

Denn der Gesetzgeber ist von der Prämisse ausgegangen, dass die Offenlegungspflicht dazu führt, dass der Kapitalmarkt eine Nichtbeachtung des Kodex sanktionieren wird: Es kann nach Ansicht des Gesetzgebers also ein mittelbarer Zwang zur Einhaltung der Verhaltensempfehlungen dadurch entstehen, dass der Markt auf Abweichungen per se negativ reagieren wird¹⁰⁴³ und die überwiegende Meinung im Schrifttum geht davon aus, dass diese Prämisse zutrifft.¹⁰⁴⁴ Von ihr ist der Gesetzgeber auch bei der Schaffung der auf die Entsprechenserklärung abstellenden Vorschriften in §§ 285, 314 und 325 HGB ausgegangen.¹⁰⁴⁵ Zwar soll den Unternehmen nicht die Möglichkeit genommen werden, eigene Corporate Governance Grundsätze zu entwickeln. Aber durch die Erklärungspflicht (neuer-

¹⁰⁴¹Assmann, in: Assmann/Schütze, § 1 Rn. 48.

¹⁰⁴²Schüppen, ZIP 2002, S. 1269. Vgl. auch Bertrams, Haftung (2003), S. 44.

¹⁰⁴³Bertrams, Haftung (2003), S. 45; Claussen/Brücker, AG 2000, S. 481; Hanfland, Haftungsrisiken (2006), S. 28; Pfützer/Oser/Wader, DB 2002, S. 1120; Schlösser/Dörfler, wistra 2007, S. 326 (329); Schüppen, ZIP 2002, S. 1269 (1271); Seibert, BB 2002, S. 581; Seibt, AG 2002, S. 249 (250); Semler, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 4; Spindler, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 2; Ulmer, ZHR 166 (2002), S. 150 (151); ders., AcP 202 (2002), S. 143 (167).

¹⁰⁴⁴Siehe etwa Semler, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 10. Häufig wird allerdings betont, dass es für eine solche Sanktionierung durch den Kapitalmarkt keine empirischen Belege gebe. Siehe Sester, in: Spindler/Stilz, § 161 Rn. 10; Spindler, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 2. Siehe hierzu ebenfalls überaus skeptisch und mit zahlreichen empirischen Einwänden Nowak/Rott/Mahr, ZGR 2005, S. 252 (261 ff.). Ob eine solche Wirkung tatsächlich besteht, kann hier nicht weiter vertieft werden.

¹⁰⁴⁵Siehe die Begründung des Regierungsentwurfes zum TransPuG, BT-Drucks. 14/8769, S. 21. Siehe auch Bertrams, Haftung (2003), S. 57; Schüppen, ZIP 2002, S. 1269 (1271); Ulmer, ZHR 166 (2002), S. 150 (157).

dings in Verbindung mit der Begründungspflicht) sollen die Aktionäre in die Lage versetzt werden, die „hauseigenen“ Corporate Governance Grundsätze mit denen des Kodex zu vergleichen und sich zu entscheiden, welche sie für die sachgerechtesten halten.¹⁰⁴⁶

Die ganz überwiegende Meinung im Schrifttum geht zu Recht davon aus, dass aus dem Zusammenspiel von § 161 AktG und Kodex ein erheblicher faktischer Druck besteht, den Kodex einzuhalten und somit von dem § 161 AktG immanenten Ablehnungsrecht letztlich keinen Gebrauch zu machen.¹⁰⁴⁷ Das bedeutet, dass durch die Erklärungspflicht weitgehend derselbe Effekt erzielt wird wie mit einer echten Verweisung auf den Kodex. In tatsächlicher Hinsicht wird der Kodex nämlich befolgt. Ein gewichtiger Anhaltspunkt für diese Wirkungen sind die Ergebnisse der bisher angestellten empirischen Untersuchungen, insbesondere seitens des Berlin Center of Corporate Governance, denen zufolge die Kodexbestimmungen ganz überwiegend eingehalten werden.¹⁰⁴⁸ Diese basieren auf statistischer Erhebung durch Fragebögen, welche an alle an der Frankfurter Wertpapierbörse notierten Unternehmen verschickt werden, die ihren Sitz in Deutschland haben und dann stichprobenartig mit den nach § 161 AktG veröffentlichten Entsprechenserklärungen verglichen werden.¹⁰⁴⁹

Die Empfehlungen werden diesen Untersuchungen zufolge mit einer Quote von 83,9% befolgt. Bei den DAX-Gesellschaften liegt der Wert sogar bei 94,9 %. Und selbst bei den Anregungen liegt die Befoligungsquote immerhin bei 64 % (86 % bei DAX-Unternehmen), obwohl die Abweichung von ihnen nicht offen gelegt zu werden braucht. Die am wenigstens akzeptierten Kodexbestimmungen betreffen nahe liegender Weise zumeist Fragen der Unternehmensführung, bei denen äußerst umstritten ist, welche Lösung die zweckmäßigste ist.¹⁰⁵⁰ Insbesondere der empfohlene Selbstbehalt bei D&O Versicherungen konnte sich bisher nicht durchsetzen. Die Befoligungsquote liegt bei nur 47 %. Auch das vom Kodex empfohlene Abfindungs-Cap erfreut sich keiner großen Beliebtheit. Der Empfehlung folgen nur 56 % der Befragten. Das ändert jedoch nichts an der enorm ho-

¹⁰⁴⁶Siehe die Begründung des Regierungsentwurfes zum TransPuG, BT-Drucks. 14/8769, S. 21.

¹⁰⁴⁷*Berg/ Stöcker*, WM 2002, S. 1569 (1572); *Ettinger/ Gritzgediek*, AG 2003, S. 353 (355); *Körner*, NZG 2004, S. 1148 (1151); *Seidel*, ZIP 2004, S. 285 (290); *Semler*, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 28; *Tödtmann/ Schauer*, ZIP 2009, S. 995; *Ulmer*, ZHR 166 (2002), S. 150 (161, 172); *Wolf*, ZRP 2002, S. 59 (60).

¹⁰⁴⁸Siehe zum Ganzen den mittlerweile siebten sog. Kodex-Report des Berlin Center of Corporate Governance, veröffentlicht von *v. Werder/ Talaulicar*, DB 2009, S. 689. Siehe auch die Untersuchungen von *Seibt*, AG 2003, S. 465 (466), dessen Nachforschungen zufolge schon im Jahr 2003 aus knapp der Hälfte der DAX-30-Unternehmen umfassend positive Entsprechenserklärungen zu erwarten waren.

¹⁰⁴⁹Bei den Stichproben hat sich herausgestellt, dass die Entsprechenserklärungen zu über 90 % wahr sind. Lässt man Fälle außer Acht, in denen bloß eine geringere Abweichung vom Kodex erklärt wurde als die tatsächlich erfolgte, liegt die Wahrheitsquote sogar bei 99 %. Siehe *v. Werder/ Talaulicar*, DB 2009, S. 689.

¹⁰⁵⁰Siehe *Seibt*, AG 2003, S. 465 (466).

hen generellen Befolungsquote, welche ein starkes Indiz für einen faktischen Befolungsdruck darstellt.

Es mag zwar sein, dass die weitgehende Befolgung des Kodex letztlich auch auf der Akzeptanz der Kodexbestimmungen beruht und nicht auf einem faktischen Befolungsdruck, dass sich die Befragten also den Kodexbestimmungen freiwillig anschließen, weil sie die fachliche Autorität der Kodex-Kommission anerkennen und nicht nur, weil sie eine negative Reaktion des Kapitalmarktes fürchten. Aber ein gewisser faktischer Druck ist dennoch nicht von der Hand zu weisen. Denn stets droht die Gefahr, bei Abweichung von einer Bestimmung, die auf den ersten Blick völlig einleuchtend ist, keine überzeugende Begründung dafür liefern zu können, warum ihr nicht gefolgt wird. So erweckt z.B. die weitgehende Ablehnung des Abfindungs-Caps und des Selbstbehalts bei D&O Versicherungen möglicherweise den Eindruck, sie erfolge in erster Linie aus eigennützigen Motiven. Dass ein erheblicher Druck auf den Organmitgliedern lastet, im Zweifelsfall lieber alle Kodexbestimmungen zu erfüllen, damit es nicht zu solchen Situationen des Erklärungsnotstands kommt, kann man sich leicht vorstellen.

2. Verfassungsrechtliche Bedenken in Bezug auf den Befolungsdruck

Vor diesem Hintergrund ist es nachvollziehbar, dass teils verfassungsrechtliche Bedenken gegen das Zusammenspiel von Kodex und Erklärungspflicht bestehen. Insbesondere wird nicht selten geltend gemacht, hierin liege ein ungerechtfertigter Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Organmitglieder von Aktiengesellschaften.¹⁰⁵¹ Immer wieder im Fokus steht hierbei die zugegebenermaßen vage Fragestellung, ob der Kodex dem Staat überhaupt „zugerechnet“ werden kann. Jedenfalls für die Frage nach dem Vorliegen eines Grundrechtseingriffs ist dies entscheidend, weil nur staatliche Maßnahmen als solcher qualifiziert werden können. Verbreitet ist hierbei das Argument, der Kodex sei nicht „staatlich“, weil er von einem privaten Expertengremium stammt.¹⁰⁵² Andere argumentieren in eine genau entgegengesetzte Richtung¹⁰⁵³ und wollen den Kodex dem Staat zurechnen. Damit ist gemeint, dass es sich um eine Regelung seitens des Staates und eben nicht um einen Akt der Selbstorganisation handelt. Begründet wird dies mit einem angeblichen Einfluss des Bundesjustizministeriums auf Inhalt und Zustandekommen des Kodex¹⁰⁵⁴, die Bezeichnung als „Regierungskommission“, die Benutzung des Bundesadlers und den Verweis auf die Website der Kommission im elektronischen Bundesanzeiger, jeweils unter Billigung des Justizministeriums. Da all dies staatlichen Stellen vorbehalten sei, trete die Kommission gerade nicht wie ein

¹⁰⁵¹Ettinger/Grützgediek, AG 2003, S. 353 (355); Seidel, ZIP 2004, S. 285 (289); Wolf, ZRP 2002, S. 59 (60).

¹⁰⁵²Schlösser/Dörfler, wistra 2007, S. 326.

¹⁰⁵³Seidel, ZIP 2004, S. 285 (289).

¹⁰⁵⁴ Problematisch ist an diesen Überlegungen jedenfalls, dass sie auf der Behauptung fußen, das Bundesjustizministerium habe erheblichen Einfluss auf die Kodex-Kommission genommen.

Privater auf, sondern wie eine staatliche Stelle. Außerdem habe die Bundesregierung sich den Kodex zurechnen zu lassen, weil sie sich in Pressemitteilungen und öffentlichen Ansprachen mit dem Kodex identifiziert habe.

Ob der Kodex dem Staat zugerechnet werden kann, kann letztlich dahinstehen. Es kommt nur darauf an, ob der, empirisch nicht vollständig belegbare, faktische Befolungsdruck vom Staat ausgeht und ob er verfassungsrechtlich legitimiert ist. Ein etwaiger faktischer Befolungsdruck kann aber nur von § 161 AktG ausgehen und nicht vom Kodex selbst.¹⁰⁵⁵ Insofern sind § 161 AktG und der Kodex, auch wenn sie isoliert keinen Sinn ergeben, streng auseinanderzuhalten, was häufig verkannt wird.¹⁰⁵⁶ Aber selbst das Konzept des aus § 161 AktG folgenden faktischen Befolungsdrucks wird teilweise für verfassungsrechtlich unzulässig gehalten.¹⁰⁵⁷ Argumentiert wird, dieser faktische Befolungsdruck sei nicht demokratisch legitimiert.¹⁰⁵⁸ Die ganz überwiegende Meinung hält die demokratische Legitimation des Befolungsdrucks jedoch zu Recht für gegeben.¹⁰⁵⁹ Denn § 161 AktG ist für einen solchen Druck hinreichende Grundlage.¹⁰⁶⁰ Die Betroffenen können sich dem Druck widersetzen, indem sie eine überzeugende negative Entsprechenserklärung abgeben. Sie werden durch die Erklärungspflicht nach § 161 AktG auch nicht mittelbar gezwungen, den Kodex einzuhalten, sondern eben nur zu einer Entsprechenserklärung. Auch sonst sind Unternehmen erheblichen wirtschaftlichen Anforderungen ausgesetzt, die aus den verschiedensten Grundlagen folgen.¹⁰⁶¹ Nur weil eine Befolgung des Kodex wegen der Publizität nach § 161 AktG wirtschaftlich optimal sein mag, besteht hierzu noch kein Zwang, der verfassungswidrig sein könnte. Hiergegen wird zwar eingewandt, es sei verfassungsrechtlich bedenklich, dass sich die Organmitglieder nach § 161 AktG dafür zu rechtfertigen haben, dass sie Normen nicht befolgen, die nicht von einem staatlichen, sondern von einem privaten Gremium erlassen worden sind.¹⁰⁶² Aber das vermag letztlich nicht zu überzeugen. Es steht letztlich im Ermessen des Gesetzgebers, den Rechtsunterworfenen Erklärungspflichten für ihr Verhalten aufzubürden, solange diese keine unverhältnismäßige Belastung mit sich bringen, was im Falle des § 161 AktG nicht der Fall ist. Hiermit macht der Gesetzgeber sich auch nicht ungeprüft die Inhalte der Normen, zu denen man sich erklären muss, zu eigen. Vielmehr sind diese nur ein Maßstab, an denen die wegen der Erklä-

¹⁰⁵⁵Hanfland, Haftungsrisiken, S. 91; Semler, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 43; Vgl. auch Heintzen, ZIP 2004, S. 1933; a.A. Seidel, NZG 2004, S. 1095.

¹⁰⁵⁶Hanfland, Haftungsrisiken (2006), S. 91.

¹⁰⁵⁷Seidel, ZIP 2004, S. 285 ff.; ders., NZG 2004, S. 1095 f.; Wolf, ZRP 2002, S. 59 f. Vorsichtiger: Seibt, AG 2002, S. 249 (250); Ulmer, ZHR 166 (2002), S. 150 (161 ff.).

¹⁰⁵⁸Wolf, ZRP 2002, S. 59 f.

¹⁰⁵⁹So auch OLG München, Urteil vom 23.1.2008 – 7 U 3668/07=NZG 2008, S. 337 (338). Siehe auch Bachmann, WM 2002, S. 2137 (2142); Hanfland, Haftungsrisiken (2006), S. 86.

¹⁰⁶⁰Bachmann, WM 2002, S. 2137 (2142); Kiethe, NZG 2003, S. 559 (560).

¹⁰⁶¹Semler, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 45.

¹⁰⁶²Spindler, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 11.

rungspflicht publik zu machende Corporate Governance Praxis eines Unternehmens von jedermann gemessen werden kann. Den Kapitalmarktteilnehmern steht es frei, hiervon abzusehen und das Verhalten der Organmitglieder an anderen Maßstäben, wie etwa anderen Kodizes oder hauseigenen Corporate Governance Standards zu messen. Diese Bewertung nehmen sie selbst vor, nachdem sie durch § 161 AktG mit den nötigen Informationen versorgt wurden. Vom Gesetzgeber selbst geht eine solche Wertung hingegen nicht aus.

3. Normative Befolgungspflicht aufgrund faktischen Befolungsdrucks?

Zu einem anderen Ergebnis könnte man kommen, wenn sich aus der Möglichkeit negativer Reaktionen des Kapitalmarkts mittelbar eine Pflicht der Organmitglieder ergeben würde, den Kodex einzuhalten. Wäre dies der Fall, müsste jede Abweichung vom Kodex schon allein deshalb als Verstoß gegen die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Organmitglieds gelten, weil die zuvor dargestellten, für die Gesellschaft nachteiligen Reaktionen des Kapitalmarkts drohen. Dies ist auf den ersten Blick nahe liegend. Denn zur nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG gebotenen Sorgfalt gehört es, den Vorteil der Gesellschaft zu wahren und Schäden von ihr abzuwenden. Zu diesen abzuwendenden Schäden könnte auch die vom Gesetzgeber antizipierte „Sanktionierung“ durch den Kapitalmarkt zählen. Auf die normative Ausstrahlungskraft der Kodexbestimmungen auf den für Organmitglieder geltenden Sorgfaltsmaßstab käme es dann nicht mehr an.

Eine solche Sichtweise überzeugt allerdings im Ergebnis nicht. Die Reaktion des Marktes ist lediglich ein Reflex. Primärer Schutzzweck des Kodex ist es, die gute Unternehmensführung um ihrer selbst Willen zu fördern. Die Vermeidung von Rechtsreflexen ist keine Methode des Rechts. Aus dem Sorgfaltsmaßstab des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters kann eine Pflicht zur Einhaltung des Kodex nicht gefolgert werden. Denn die Abweichung vom Kodex ist vollständig durch § 161 AktG legalisiert, solange sie offen gelegt wird. Da es sich also dabei um eine rechtmäßige Maßnahme handelt, besteht für die Entscheidung, dem Kodex nicht zu folgen, ein unternehmerischer Beurteilungs- und Ermessensspielraum. Daher kann eine Befolgungspflicht auch nicht aus einem allgemeinen Schädigungsverbot abgeleitet werden. Denn Schädigungen des Gesellschaftsvermögens sind nur dann Pflichtverletzungen, wenn sie entweder gegen Rechtsnormen verstoßen oder die kaufmännisch gebotene Risikobereitschaft in völlig unvertretbarer Weise überschreiten.

Letzteres kann jedoch bei einer offen gelegten Abweichung vom Kodex nicht angenommen werden. Dass eine vom Kodex abweichende Corporate Governance Praxis gewählt wird, kann zwar nachteilige Reaktionen des Kapitalmarktes mit sich bringen. Aber eine solche Praxis kann auch Vorteile haben. So kann z. B. mit einem fehlenden Abfindungs-Cap eine höhere Chance verbunden sein, fachlich besonders qualifizierte Manager für das Unternehmen zu gewinnen. Dasselbe gilt für den Abschluss von D&O Versicherungen ohne Selbstbehalt. Durch den Ver-

zicht auf einen gesonderten Prüfungsausschuss können Verwaltungskosten eingespart werden. Ein aus nur einer Person bestehender Vorstand kann möglicherweise effizienter arbeiten als ein mehrköpfiger. All diese möglichen Vorteile gegen mögliche negative Reaktionen des Kapitalmarkts abzuwägen, ist Sache der Organmitglieder selbst. Die Abwägung unterfällt dem ihnen zustehenden Beurteilungsspielraum.

Flankiert man einen etwaigen faktischen Befolgungsdruck mit einem normativen Befolgungszwang, setzt man sich zudem in Widerspruch zum Willen des Gesetzgebers, der von einer Befolgungspflicht gerade absehen wollte, um die Flexibilität im Bereich Corporate Governance zu wahren und der stattdessen ganz auf Transparenz und Selbstregulierung setzten wollte. Hätte der Gesetzgeber gewollt, dass die Abweichung vom Kodex letztlich gegen die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Organmitglieds verstößt, hätte er eine gesetzliche Regelung schaffen können, die inhaltsgleich mit dem Kodex ist. Dass er hierauf verzichtet hat, ist eine gesetzgeberische Entscheidung, die nicht durch ein Hineintragen einer Befolgungspflicht in den Maßstab der §§ 93 Abs. 1 S. 1, 116 S. 1 AktG konterkariert werden darf.

III. Der Inhalt der Entsprechenserklärung

Ist man sich über den Sinn und Zweck der Entsprechenserklärung bewusst, kann man sich ihrem Inhalt zuwenden. Dies soll im Folgenden geschehen. Es soll dargestellt werden, welchen Pflichtinhalt die Erklärung nach § 161 AktG hat und auf welche Bestandteile des Kodex sie sich beziehen muss. Erst wenn dies erfolgt ist, kann auf die aus § 161 AktG im Einzelnen folgenden Verhaltenspflichten näher eingegangen werden.

1. Inhaltlicher Bezug zum Kodex

Nach § 161 AktG ist nur jährlich zu erklären, ob den im Kodex nieder gelegten Empfehlungen entsprochen wurde und nicht etwa, ob ein dem Kodex im Ganzen entsprechendes Verhalten vorliegt. Es ist auch allgemein anerkannt, dass § 161 AktG insoweit wörtlich zu verstehen ist, als eine Abweichung von den Anregungen des Kodex hiernach nicht offen gelegt zu werden braucht.¹⁰⁶³ Das ergibt sich auch aus der entsprechenden Klarstellung in der Präambel des Kodex selbst. Es wird in Ziffer 3.10 DCGK lediglich angeregt, im Rahmen des Corporate Governance Berichts auch Abweichungen von Anregungen offenzulegen und zu begründen.

¹⁰⁶³Bertrams, Haftung (2003), S. 84; Eittinger/Grützgediek, AG 2003, S. 353; Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 23; Hüfner, § 161 Rn. 8; Ibrüg/Wagner, BB 2002, S. 789 (790); Kiethe, NZG 2003, S. 559 (561); Lutter, ZHR 166 (2002), S. 523 (528); Nowak/Rott/Mahr, ZGR 2005, S. 252 (254); Ringleb, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 1506; Semler, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 145; Sester, in: Spindler/Stilz, § 161 Rn. 26; Spindler, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 13; Ulmer, ZHR 166 (2002), S. 150 (152); v. Werder, DB 2002, S. 801 (803).

Man muss berücksichtigen, dass der Unterschied zwischen einer Anregung und einer Empfehlung geradezu hauptsächlich darin besteht, dass zu ersteren keine Entsprechenserklärung geschuldet wird.¹⁰⁶⁴ Im Grunde erschöpfen sich darin auch die Unterschiede. Das wird umso deutlicher, wenn man sich ins Gedächtnis ruft, dass ein eindeutiger qualitativer Unterschied zwischen Anregungen und Empfehlungen nicht festzustellen ist: Der Unterschied besteht lediglich im Grad der Verbreitung der Anerkennung der jeweiligen Bestimmungen als „best practice“ der Unternehmensführung. Denn es hat sich gezeigt, dass auch die Empfehlungen, von vereinzelten Ausnahmen abgesehen, keinesfalls nur den Mindeststandard sorgfältiger Unternehmensführung schriftlich fixieren. Vielmehr gehen die Empfehlungen weit über das hinaus, was das geltende Recht fordert. Dasselbe gilt für die Anregungen des Kodex, so dass ein qualitativer Unterschied nicht zu verzeichnen ist.

Die Erklärungspflicht bezieht sich auch nicht auf die lediglich gesetzeswiedergebenden Passagen des Kodex, da das geltende Recht selbstverständlich einzuhalten ist, ohne dass dies eigens erklärt zu werden bräuchte.¹⁰⁶⁵ Es wurde bereits festgestellt, dass die Bestimmungen des Kodex teils die gesetzlichen Bestimmungen lediglich wiedergeben. Hierbei ist aufgefallen, dass durch die nicht wortgetreue Wiedergabe Abweichungen des Kodex von den gesetzlichen Bestimmungen entstanden sind. Man könnte nun auf den Gedanken kommen, in einem solchen Fall sei eine klarstellende Erklärung nach § 161 AktG erforderlich, aus der hervorgeht, ob man sich an die (falsche) Bestimmung des Kodex hält oder an das jeweils in Bezug genommene Gesetz in seiner Originalform. Eine solche Pflicht ist aber abzulehnen.¹⁰⁶⁶ Für sie mag zwar die Ratio des § 161 AktG und des Kodex sprechen, weil die Informiertheit des Kapitalmarktes durch eine Erklärung dieser Abweichungen verbessert würde.¹⁰⁶⁷ Aber sie ist letztlich doch abzulehnen, weil die Organmitglieder, solange sie ein Verhalten an den Tag legen, das dem korrekt ausgelegten Gesetzestext entspricht, nicht mit Ungenauigkeiten des Kodex, die nicht ihrem Verantwortungsbereich entstammen, belastet werden dürfen.¹⁰⁶⁸ Untermauern kann man dies mit der Überlegung, dass durch eine solche Erklärungspflicht bezüglich Fehlern im Kodex den falschen Passagen auch noch zusätzliche

¹⁰⁶⁴Ähnlich auch *Ihrig/Wagner*, BB 2002, S. 789 (790): „entscheidendes Wesensmerkmal der Anregung“.

¹⁰⁶⁵Siehe die Begründung des Regierungsentwurfes zum TransPuG, BT-Drucks. 14/8769, S. 21. Siehe auch *Eitinger/Grützgediek*, AG 2003, S. 353; *Heck*, Haftungsrisiken (2006), S. 21; *Lutter*, in: *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, Rn. 1622; *Semler*, in: *MüKo-AktG*, § 161 Rn. 55; *Spindler*, in: *Schmidt/Lutter*, § 161 Rn. 13.

¹⁰⁶⁶*Bertrams*, Haftung (2003), S. 131; *Krieger*, in: *FS-Ulmer* (2003), S. 365 (367); *Sester* in: *Spindler/Stilz*, § 161 Rn. 22.

¹⁰⁶⁷*Sester*, in: *Spindler/Stilz*, § 161 Rn. 23; vgl. auch *Semler*, in: *MüKo-AktG*, § 161 Rn. 60 den Gesetzeswillen betonend.

¹⁰⁶⁸*Bertrams*, Haftung (2003), S. 130; *Sester* in: *Spindler/Stilz*, § 161 Rn. 26.

Geltung verschafft würde, so dass bei den Erklärungsadressaten Zweifel darüber entstehen könnten, ob nun das Gesetz oder der Kodex verbindlich ist.

2. Zeitlicher Bezug

In § 161 AktG heißt es, es solle erklärt werden, ob den Empfehlungen der Kodex-Kommission gefolgt wurde und wird. Aus diesem Normtext folgt eine der dogmatischen Grundgegebenheiten des Kodex, nämlich der weithin anerkannte Ausgangspunkt, dass die Entsprechenserklärung im Grunde nicht nur eine einzige Erklärung ist, sondern zur korrekten rechtlichen Würdigung in einen retrospektiven und einen zukunftsbezogenen Teil untergliedert werden muss, dass sie also auch eine Aussage darüber enthält und enthalten muss, ob den Kodexempfehlungen in der Zeit nach Abgabe der Entsprechenserklärung gefolgt werden soll.¹⁰⁶⁹ Dies ist zwar nicht ganz unbestritten, da teilweise behauptet wird, das Wort „wird“ in § 161 AktG sei so zu verstehen, dass es sich nur auf den Zeitpunkt der Abgabe der Entsprechenserklärung bezieht¹⁰⁷⁰, ein Zukunftsbezug könne notwendige Änderungen in der Unternehmensführung behindern, womit letztlich Anlegern nicht gedient sei¹⁰⁷¹ und lasse die Gesellschaft wortbrüchig erscheinen, wenn sie sich später entschließt, doch vom Kodex abzuweichen¹⁰⁷². Aber letztlich sind die Argumente der ganz herrschenden Meinung zwingend.

Der Gesetzeswortsinn spricht nur auf den ersten Blick gegen einen Zukunftsbezug der Erklärung. Es heißt dort zwar „...entsprochen wurde und wird...“. Aber nach allgemeinem Sprachgebrauch wird auch für zukunftsbezogene Aussagen nicht stets das Futur, sondern häufig das Präsens verwendet.¹⁰⁷³ Ganz entscheidend für eine Zukunftsbezogenheit sprechen außerdem Sinn und Zweck des § 161 AktG. Um sich dies zu verdeutlichen, muss man sich klarmachen, was eine

¹⁰⁶⁹Siehe bereits die Begründung des Regierungsentwurfs zum TransPuG, BT-Drucks. 14/8769, S. 22. Siehe auch BGH, Urteil vom 16.2.2009 - II ZR 185/07=BB 2009, S. 796 (798); OLG München, Urteil vom 6.8.2008 - 7 U 5628/07=NZG 2009, S. 508 (509 f.); LG München I, Urteil vom 22.11.2007 - 5 HKO 10614/07=NZG 2008, S. 150 (151). Siehe ferner *Abram*, ZBB 2003, S. 41 (42); *Becker*, Haftung (2005), S. 27; *Berg/Stücker*, WM 2002, S. 1569 (1573); *Bertrams*, Haftung (2003), S. 137; *Buchta*, DStR 2003, S. 740 (741); *Ettinger/Gritzgediek*, AG 2003, S. 353 (354); *Heck*, Haftungsrisiken (2006), S. 25; *Häuffer*, § 161 Rn. 20; *Ibrig/Wagner*, BB 2002, S. 789 (791); *Kiethe*, NZG 2003, S. 559 (561); *Krieger*, in: FS-Ulmer (2003), S. 365 (366); *Lutter*, ZHR 166 (2002), S. 523 (529); *Pfitzer/Oser/Wader*, DB 2002, S. 1120 (1121); *Ringleb*, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 1563 ff.; *Seibert*, BB 2002, S. 581 (583); *Semler/Wagner*, NZG 2003, S. 553 (554); *Spindler*, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 14; *Ulmer*, ZHR 166 (2002), S. 150 (170 f.). A.A. *Liebscher*, in: Beck Handbuch AG, § 6 Rn. 106; *Schüppen*, ZIP 2002, S. 1269 (1271); *Seibt*, AG 2002, S. 249 (252); *ders.*, AG 2003, S. 465 (467).

¹⁰⁷⁰*Seibt*, AG 2002, S. 249 (251); *ders.*, AG 2003, S. 465 (467).

¹⁰⁷¹*Seibt*, AG 2002, S. 249 (251).

¹⁰⁷²Stellungnahme des Handelsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins zum Referentenentwurf des TransPuG, ZIP 2002, S. 186 (188).

¹⁰⁷³*Bertrams*, Haftung (2003), S. 85; *Krieger*, in: FS-Ulmer (2003), S. 365 (366). Vgl. auch *Lutter*, ZHR 166 (2002), S. 523 (530).

nur gegenwartsbezogene Entsprechenserklärung überhaupt aussagen würde: Dass in der Gesellschaft zu einem bestimmten Zeitpunkt die Empfehlungen des Corporate Governance Kodex befolgt worden sind, ist eine Aussage mit wenig Informationsgehalt.¹⁰⁷⁴ Da Anlageentscheidungen aufgrund von Prognosen getroffen werden, muss, um dem Zweck des § 161 AktG gerecht zu werden, die Entsprechenserklärung auch in die Zukunft reichen.¹⁰⁷⁵ Anleger können durchaus ein größeres Interesse am zukünftigen Corporate Governance Verhalten in einem Unternehmen haben als am vergangenen.¹⁰⁷⁶ Das ergibt sich nicht zuletzt daraus, dass sich die Kodexbestimmungen häufig auf Verhaltensweisen beziehen, die erst dann eine „gute“ Corporate Governance darstellen, wenn langfristig an ihnen festgehalten wird.¹⁰⁷⁷ So spricht z.B. die Einhaltung der Empfehlung in Ziffer 5.4.2 S. 3 DCGK, der zufolge keine Organmitglieder eines wesentlichen Wettbewerbers für den Aufsichtsrat vorgeschlagen werden sollen, erst dann für eine von Interessenkonflikten freie Aufsichtsratsstätigkeit, wenn dieses Verbot dauerhaft eingehalten wird. Die Vertreter der ganz überwiegenden Meinung können sich zudem auf den klar geäußerten Willen des Gesetzgebers stützen, der ganz selbstverständlich davon ausgegangen ist, dass die Erklärung auch in die Zukunft reicht.¹⁰⁷⁸

Problematisch an der adäquaten dogmatischen Erfassung der Entsprechenserklärung und ihrer Auswirkungen ist, dass in der Literatur keine einheitlichen Bezeichnungen verwendet werden, und dass die Perspektive, aus der man sich mit der Entsprechenserklärung beschäftigt, nicht einheitlich ist. Teilweise wird nämlich davon gesprochen, dass der zukunftsbezogene Teil einer Entsprechenserklärung falsch sein bzw. falsch werden kann. Andere, besonders diejenigen, die die Bindungswirkung der Entsprechenserklärung untersuchen, sprechen davon, dass das Verhalten vom zukunftsbezogenen Teil der Entsprechenserklärung abweicht. Dadurch entstehen erhebliche Verständigungsprobleme.

Bei der zukunftsgerichteten Komponente handelt es sich um eine sog. Absichtserklärung.¹⁰⁷⁹ Es wird die innere Tatsache erklärt, dass die Organmitglieder

¹⁰⁷⁴Vgl. *Ettinger/Grützgediek*, AG 2003, S. 353 (354); *Heck*, Haftungsrisiken (2006), S. 24.

¹⁰⁷⁵*Becker*, Haftung (2005), S. 27; *Berg/Stöcker*, WM 2002, S. 1569 (1573); *Bertrams*, Haftung (2003), S. 89 f.; *Krieger*, in: FS-Ulmer (2003), S. 365 (366); *Ulmer*, ZHR 166 (2002), S. 150 (171).

¹⁰⁷⁶*Kiethe*, NZG 2003, S. 559 (561); *Lutter*, ZHR 166 (2002), S. 523 (530); *Spindler*, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 14. Siehe auch *Heck*, Haftungsrisiken (2006), S. 24.

¹⁰⁷⁷*Heck*, Haftungsrisiken (2006), S. 24; *Ulmer*, ZHR 166 (2002), S. 150 (171).

¹⁰⁷⁸Siehe bereits die Begründung des Regierungsentwurfs zum TransPuG, BT-Drucks. 14/8769, S. 22. Vgl. *Bertrams*, Haftung (2003), S. 87; *Ettinger/Grützgediek*, AG 2003, S. 353 (354); *Heck*, Haftungsrisiken (2006), S. 24; *Kiethe*, NZG 2003, S. 559 (561); *Lutter*, ZHR 166 (2002), S. 523 (529).

¹⁰⁷⁹Siehe bereits die Begründung des Regierungsentwurfs zum TransPuG, BT-Drucks. 14/8769, S. 22: „unverbindliche Absichtserklärung“. Siehe ferner *Buchta*, DSr 2003, S. 740 (741); *Heck*, Haftungsrisiken (2006), S. 29; *Lutter*, ZHR 166 (2002), S. 523 (532); *Semler*, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 51; *Sester*, in: Spindler/Stilz, § 161 Rn. 28; *Spindler*, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 16; *Vetter*, DNotZ 2003, S. 748 (756); *Vetter*, NZG 2008, S. 121 (122).

die Absicht haben, sich an die Empfehlungen insgesamt, teilweise oder überhaupt nicht zu halten. Bei der retrospektiven Komponente handelt es sich um eine Wissenserklärung.¹⁰⁸⁰ Sie enthält die Angabe, in welchem Umfang die Empfehlungen des Kodex in der Vergangenheit durch die Organmitglieder der Gesellschaft eingehalten worden sind und ist somit auf äußere Tatsachen gerichtet.

Da es sich bei dem zukunftsbezogenen Teil der Entsprechenserklärung um eine Absichtserklärung handelt, kann die Erklärung nur falsch sein, wenn die wirklich gehegte Absicht eine andere ist als die erklärte. Einer völlig anderen Gruppe zuzuordnen sind Fälle des von der ursprünglich wahrheitsgemäß erklärten Absicht abweichenden späteren Verhaltens von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern. Diese beiden Fallgruppen unterscheiden sich auch grundlegend insofern, als der Anknüpfungspunkt für den Vorwurf einer Pflichtverletzung jeweils ein anderer ist.¹⁰⁸¹ Bei der ersten Gruppe kann eine Pflichtverletzung möglicherweise schon in der Lüge an sich gesehen werden. Somit ist die Entsprechenserklärung selbst Anknüpfungspunkt für einen Pflichtverletzungsvorwurf. Bei der zweiten Fallgruppe ist Anknüpfungspunkt das Verhalten nach Abgabe der Entsprechenserklärung.

Legt man ein solches Verständnis zugrunde, kann das Argument, durch einen Zukunftsbezug der Erklärung könnten notwendige Änderungen in der Unternehmensführung in einer den Interessen der Anleger widersprechenden Weise behindert werden, nicht durchgreifen. Denn die Zukunftsbezogenheit der Erklärung allein sagt nichts darüber aus, ob die Organmitglieder trotz einer positiven Entsprechenserklärung vom Kodex abweichen dürfen.¹⁰⁸² Auch das Argument, durch einen Zukunftsbezug der Erklärung könne die Gesellschaft bei späterer Änderung der Corporate Governance Praktiken wortbrüchig erscheinen, greift nicht durch. Denn bei einer überzeugenden Argumentation im Rahmen der nach § 161 AktG ohnehin geschuldeten Begründung werden die Kapitalmarktteilnehmer die Änderung nicht als Wortbruch, sondern vielmehr als wohl überlegte und ehrliche Maßnahme begrüßen.¹⁰⁸³

3. Wahrheit der Erklärung

a) Grundsätzliche Wahrheitspflicht

Im Hinblick auf die Ratio von § 161 AktG muss zunächst einmal klargestellt werden, dass natürlich eine wahrheitsgemäße Entsprechenserklärung abgegeben wer-

¹⁰⁸⁰Siehe *Bachmann*, WM 2002, S. 2137 (2139); *Bertrams*, Haftung, S. 104; *Borges*, ZGR 2003, S. 508 (528); *Gelhausen/Hönsch*, AG 2002, S. 529 (533); *dies.*, AG 2003, S. 367 (369); *Hüffer*, § 161 Rn. 15; *Lutter*, in: Köln.-Komm.-AktG, § 161 Rn. 36; *Pfützer/Oser/Wader*, DB 2002, S. 1120 (1121); *Seibt*, AG 2002, S. 249 (253); *Semler*, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 50; *Semler/Wagner*, NZG 2003, S. 553 (555) *Sester*, in: *Spindler/Stilz*, § 161 Rn. 28; *Spindler*, in: *Schmidt/Lutter*, § 161 Rn. 15; *Vetter*, DNotZ 2003, S. 748 (756).

¹⁰⁸¹Vgl. *Bertrams*, Haftung (2003), S. 89.

¹⁰⁸²Siehe *Bertrams*, Haftung (2003), S. 89 und *Berg/Stöcker*, WM 2002, S. 1569 (1573).

¹⁰⁸³*Bertrams*, Haftung (2003), S. 89.

den muss.¹⁰⁸⁴ Zumindest dem Wortsinn von § 161 AktG zufolge ist es zwar nicht ausgeschlossen, dass auch eine unwahre Entsprechenserklärung genügt, um der gesetzlichen Pflicht aus § 161 AktG Genüge zu tun. Der Gesetzgeber hat aber mit der Einführung einer Erklärungspflicht zur besseren Anlegerinformation als selbstverständlich vorausgesetzt, dass die Erklärung richtig ist.¹⁰⁸⁵ Der Zweck des § 161 AktG, höhere Effizienz des Kapitalmarktes durch Transparenz zu schaffen, wäre ad absurdum geführt, wenn eine inhaltlich falsche Erklärung ausreichte.¹⁰⁸⁶ Insofern kann man die Notwendigkeit der Wahrheit der Erklärung unmittelbar erkennen, wenn man sich vergegenwärtigt, dass der Zweck des § 161 AktG die Erhöhung der Transparenz und Publizität ist: Potenzielle Investoren sollen sich darüber im Klaren sein, welche Corporate Governance Praktiken im Unternehmen vorherrschen. Das setzt natürlich voraus, dass die Erklärungen korrekt sind. Deshalb wird die Wahrheitspflicht teilweise auch als selbstverständlich vorausgesetzt und nicht weiter erörtert.¹⁰⁸⁷

Selbstverständlich reicht auch die bloße Aussage, dass zu bestimmten Empfehlungen keine Entsprechenserklärung abgegeben wird, nicht als § 161 AktG entsprechender Erklärungsinhalt aus, auch wenn diese Äußerung an sich wahr ist. Nach einhelliger Meinung im Schrifttum und der bisherigen Rechtsprechung¹⁰⁸⁸ liegt in einer solchen Beschränkung des Erklärungsgehalts stets eine Pflichtverletzung im Organverhältnis. Das ergibt sich ebenfalls aus dem Zweck des § 161 AktG, Publizität in Bezug auf die Einhaltung der Kodexbestimmungen zu erzeugen. Denn aus der Aussage, es werde keine Entsprechenserklärung abgegeben, können die Kapitalmarktteilnehmer nicht herauslesen, ob die Kodexbestimmungen ganz, teilweise oder gar nicht eingehalten werden.¹⁰⁸⁹ Daran ändert es auch nichts, dass die Aktionäre der AG Zugang zum Jahres- bzw. Konzernabschluss haben, da, wie zuvor erörtert, der Inhalt der Entsprechenserklärung nicht Teil dieses Abschlusses ist.¹⁰⁹⁰

¹⁰⁸⁴Bachmann, WM 2002, S. 2137 (2143); Becker, Haftung (2005), S. 162; Bertrams, Haftung (2003), S. 135; Eittinger/Grützgediek, AG 2003, S. 353 (354); Ibrüg/Wagner, BB 2002, S. 2509 (2510); Lutter, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 1626; ders., in: FS-Huber (2006), S. 871 (873); Semler, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 151; Sester, in: Spindler/Stilz, § 161 Rn. 47; Ulmer, ZHR 166 (2002), S. 150 (165); Ulmer, AcP 202 (2002), S. 143 (171).

¹⁰⁸⁵Sester, in: Spindler/Stilz, § 161 Rn. 47.

¹⁰⁸⁶Sester, in: Spindler/Stilz, § 161 Rn. 48.

¹⁰⁸⁷Siehe etwa Vetter, NZG 2008, S. 121.

¹⁰⁸⁸OLG-München, Urteil vom 23.1.2008 – 7 U 3668/07=NZG2008, S. 337 ff.; LG München I, Urteil vom 31.01.2008 - 5 HK O 15082/07; LG Krefeld, Urteil vom 20. 12. 2006 - 11 O 70/06.

¹⁰⁸⁹LG München I, Urteil vom 31.01.2008 - 5 HK O 15082/07. Siehe auch Spindler, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 54.

¹⁰⁹⁰LG München I, Urteil vom 31.01.2008 - 5 HK O 15082/07.

b) Geringfügige Abweichungen

Dass die Erklärung grundsätzlich der Wahrheit entsprechen muss, ist also unproblematisch. Allerdings kann im Einzelfall zweifelhaft sein, wann eine positive Entsprechenserklärung wahr ist, da unklar sein kann, ob das erfolgte bzw. beabsichtigte Corporate Governance Verhalten den Anforderungen des Kodex entspricht oder nicht. Da es sich bei den Kodexbestimmungen um abstrakt-generelle Gebote und Verbote handelt, ist nicht anders vorzugehen als bei der Gesetzessubsumtion. Der Kodex kann insbesondere mit denselben Methoden ausgelegt werden wie ein Gesetz¹⁰⁹¹, also mittels grammatischer, historischer, systematischer und teleologischer Interpretation. Der Wille des „Kodexgebers“ kann insoweit eine wichtige Auslegungshilfe darstellen.¹⁰⁹² Da auch der Kodex systematisch aufgebaut ist, können aus der Stellung einer Passage in einem bestimmten Abschnitt oder ihrem Verhältnis zu anderen Passagen Rückschlüsse für die Auslegung gezogen werden. Und auch der Zweck der Kodexbestimmungen lässt sich ermitteln und bei der Auslegung berücksichtigen. Zumeist verfolgen die Bestimmungen denselben Zweck wie die Rechtsnormen, die sie inhaltlich konkretisieren. Kann man das Verhalten der Organmitglieder in der Vergangenheit bzw. das von ihnen beabsichtigte Verhalten unter die auf diese Weise ausgelegten Kodexbestimmungen subsumieren, ist eine positive Entsprechenserklärung wahr. Stimmt es mit den ermittelten Verhaltensmaßstäben nicht überein, ist eine dennoch positive Entsprechenserklärung unwahr.

Die wohl überwiegende Meinung im Schrifttum scheint jedoch weniger strenge Maßstäbe anzusetzen und will geringfügige Abweichungen von der Offenlegungspflicht ausnehmen. Gemeint ist, dass nur „ins Gewicht fallende Abweichungen“ offenzulegen sind bzw. dass der Kodex nur „allgemein“ eingehalten werden muss.¹⁰⁹³ Hierfür wird in erster Linie die Gesetzesbegründung zum TransPuG angeführt, durch welches § 161 AktG eingeführt wurde.¹⁰⁹⁴ In ähnlicher Weise wollen manche solche Abweichungen von der Erklärungspflicht ausnehmen, deren Wiederholung äußerst unwahrscheinlich ist.¹⁰⁹⁵ Dieses Verständnis mag darauf beruhen, dass sich die Entsprechenserklärung laut Gesetzesbegründung „auf Ab-

¹⁰⁹¹Vetter, NZG 2008, S. 121 (125); vgl. auch Seibt, AG 2003, S. 465 (471); Sester, in: Spindler/Stilz, § 161 Rn. 27.

¹⁰⁹²Als „Materialien“ kommen insbesondere der als Basis für die Kodexarbeit dienende Bericht der Baums-Kommission (BT-Drucks. 14/7515, S. 1 ff.) und die Pressemitteilungen und veröffentlichten Reden der Kommissionsmitglieder, welche auf der Homepage der Kommission abrufbar sind, in Betracht. In den Pressemitteilungen werden insbesondere die Gründe ausführlich dargelegt, aus denen sich die Kommission dazu entschlossen hat, bestimmte Kodexpassagen zu ändern.

¹⁰⁹³Ettinger/Grützdiek, AG 2003, S. 353 (354); Seibt AG 2002, S. 249 (252).

¹⁰⁹⁴BT-Drucks. 14/8769, S. 21: „Werden die Verhaltensempfehlungen des Kodex im Unternehmen allgemein eingehalten und gab es im Berichtszeitraum keine ins Gewicht fallenden Abweichungen, so kann sich die Erklärung mit der Feststellung begnügen: „Den Verhaltensempfehlungen der von der Bundesregierung eingesetzten Kodex-Kommission zur Unternehmensleitung und -überwachung wurde im Berichtsjahr entsprochen und soll auch künftig entsprochen werden.““

¹⁰⁹⁵Seibt, AG 2002, S. 249 (252). Ähnlich Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 30.

weichungen von den Verhaltensempfehlungen im Einzelfall, vor allem aber auch auf generelle Abweichungen von den Verhaltensempfehlungen des Kodex, sei es, dass diese Abweichungen in Satzung, Geschäftsordnung oder durch Vertrag festgelegt sind, sei es dass es sich um eine dauernde Übung in der betreffenden Gesellschaft handelt“, erstreckt.¹⁰⁹⁶

Einer solchen Einschränkung der Offenlegungspflicht ist jedoch entschieden zu widersprechen.¹⁰⁹⁷ Das ergibt sich schon aus der mangelnden Trennschärfe des Begriffs „ins Gewicht fallende Abweichungen“ und der Tatsache, dass durch § 161 AktG gerade ein Standard geschaffen werden sollte, der seine Funktion nur erfüllen kann, wenn jede Abweichung offen gelegt wird.¹⁰⁹⁸ Schon vom Wortsinn des § 161 AktG her ist eine Einschränkung der Erklärungsspflicht fern liegend.¹⁰⁹⁹ Da es nach Ansicht des Gesetzgebers Aufgabe der Kapitalmarktteilnehmer sein soll, Abweichungen vom Kodex selbst zu bewerten und insbesondere zu beurteilen, ob die Einhaltung eines „hauseigenen Kodex“ gleichwertig ist, erscheint es nahe liegend, ihnen auch die Beantwortung der Frage, ob eine geringfügige Abweichung oder eine Abweichung, deren Wiederholung ausgeschlossen ist, erheblich oder unerheblich ist, zu überlassen.

c) Übererfüllung

Aus dem Wortsinn des § 161 AktG ergibt sich lediglich, dass erklärt werden muss, ob den Kodexempfehlungen entsprochen wurde bzw. werden soll. Das bedeutet, dass das Zurückbleiben hinter den Kodexanforderungen in jedem Fall offenzulegen ist. Die Organmitglieder können aber im Einzelfall auch Verhaltensweisen an den Tag legen, die sogar noch höheren Standards gerecht werden. So kann z.B. ein Abfindungs-Cap von nur einem Jahresgehalt vereinbart werden, obwohl der Kodex die Grenze bei zwei Jahresgehältern zieht oder es kann bei einer D&O Versicherung ein Selbstbehalt von 20 oder 30 Prozent des jeweiligen Schadens vorgesehen werden. Eine solche „Übererfüllung“ darf dann im Rahmen der Entsprechenserklärung ebenfalls offen gelegt werden, soweit die Erklärung dadurch nicht so undeutlich wird, dass man als durchschnittlicher Anleger Abweichungen nicht mehr erkennen kann.¹¹⁰⁰ Eine Pflicht zu einer solchen „Übererfüllung“

¹⁰⁹⁶BT-Drucks. 14/8769, S. 21.

¹⁰⁹⁷Bertrams, Haftung (2003), S. 138 ff.; Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 22 f.; Kieth, NZG 2003, S. 559 (561); Lutter, ZHR 166 (2002), S. 523 (529); Ringleb, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 1554; Spindler, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 32.

¹⁰⁹⁸Bertrams, Haftung (2003), S. 139; Buchta, DStR 2003, S. 740 (741); Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 22; Lutter, ZHR 166 (2002), S. 523 (529); Sester, in: Spindler/Stilz, § 161 Rn. 31; Spindler, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 32.

¹⁰⁹⁹Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 22; Spindler, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 32.

¹¹⁰⁰Seibt, AG 2002, S. 249 (252); Sester, in: Spindler/Stilz, § 161 Rn. 32.

lungserklärung“ besteht jedoch nicht.¹¹⁰¹ Die Organmitglieder können sich auch damit begnügen, nur die Erfüllung der Kodexanforderungen zu publizieren. Allerdings dürfte dies in der Praxis kaum vorkommen, sondern sie werden aus eigenem Antrieb dafür sorgen, dass gesellschaftsinterne Standards, die sogar über das vom Kodex geforderte Niveau hinausgehen, an die Öffentlichkeit gelangen.¹¹⁰² Eine „Übererfüllung“ liegt zudem nur dann vor, wenn die Corporate Governance Praxis wirklich den Standards des Kodex genügt und bloß quantitativ darüber hinausgeht, nicht allerdings, wenn sie etwas qualitativ anderes, wenn auch nach Ansicht der Organmitglieder gleichwertiges, darstellt. So muss zum Beispiel eine Abweichung vom Kodex offen gelegt werden, wenn entgegen Ziffer 5.1.2 Abs. 2 S. 3 DCGK zwar keine Altersgrenze für Vorstandsmitglieder festgelegt, sondern stattdessen etwa regelmäßige Gesundheitsuntersuchungen vorgeschrieben werden. Eine „Übererfüllung“, die nicht erklärt zu werden braucht, aber erklärt werden darf, liegt hingegen vor, wenn der Aufsichtsrat einen Prüfungsausschuss errichtet, im Rahmen dessen nicht nur der Ausschussvorsitzende über besondere Kenntnisse auf den Gebieten Rechnungslegung und interne Kontrolle verfügt, sondern sämtliche Ausschussmitglieder.

4. Die Begründung von Abweichungen

Nach früherer Rechtslage musste, wie bereits erläutert, keine Begründung für Abweichungen von den Empfehlungen des Kodex geliefert werden. Man musste diese Abweichungen nur offen legen.¹¹⁰³ Wollte man die Pflicht aus § 161 AktG erfüllen, musste man lediglich deutlich machen, welchen Bestimmungen des Kodex (Empfehlungen) nicht gefolgt wird. Man musste daher gerade nicht erklären, warum man einer Empfehlung nicht folgt. Für den aus § 161 AktG folgenden Mechanismus war somit die Bezeichnung „comply or disclose“ adäquat¹¹⁰⁴, während nun von einem „comply or explain“-Prinzip gesprochen werden kann. Aber auch schon bevor die Begründungspflicht für Abweichungen von Empfehlungen gesetzlich festgelegt wurde, gab es Stimmen, die eine mangelnde Begründung als potenzielle Pflichtverletzung im Rahmen des § 93 AktG aufzeigten.¹¹⁰⁵ Solche Erwägungen, auf die es nun nicht mehr ankommt, beruhten vor allem darauf, dass eine Abweichung vom Kodex, die nicht begründet wird, leicht einen Vertrauensverlust am Kapitalmarkt verursachen kann, und dass es daher zwar nicht gegen §

¹¹⁰¹So schon die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 14/8769, S. 1 (21). Siehe auch *Pfitzer/Oser/Wader*, DB 2002, S. 1120 (1121); *Ringleb*, in: *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, Rn. 1559; *Semler*, in: *MüKo-AktG*, § 161 Rn. 144; *Sester*, in: *Spindler/Stilz*, § 161 Rn. 32.

¹¹⁰²BT-Drucks. 14/8769, S. 21.

¹¹⁰³BT-Drucks. 14/8769, S. 21. Dort wird allerdings davon ausgegangen, dass ein Begründungszwang auch gar nicht nötig sei, weil die Betroffenen schon aus eigenem Interesse Begründungen folgen lassen würden.

¹¹⁰⁴*Berg/Stöcker*, WM 2002, S. 1569 (1571); *Körner*, NZG 2004, S. 1148; *Vetter*, DNotZ 2003, S. 748 (754).

¹¹⁰⁵*Kiethe*, NZG 2003, S. 559 (562); *Schlitt*, DB 2007, S. 330.

161 AktG, aber gegen die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Organmitglieds verstieß, die Begründung zu unterlassen.¹¹⁰⁶

Nach aktueller Rechtslage ist für Abweichungen vom Kodex jedenfalls eine Begründung zu liefern. Welche Anforderungen an die Begründung zu stellen sind, ist jedoch weitgehend ungeklärt und kann kaum pauschal beantwortet werden. Man wird verlangen können, dass keine bloße Pauschalbegründung erfolgt, etwa in dem Sinne, dass den Empfehlungen des Kodex nicht gefolgt werden könne, weil man die Mitglieder der Kodex-Kommission als unqualifiziert ansieht oder generell nichts von Kodizes hält. Vielmehr muss eine inhaltliche Auseinandersetzung mit allen im Einzelnen abgelehnten Empfehlungen erfolgen. Sicher dürfen aber auch keine derart strengen Anforderungen gestellt werden, dass die Kodexbestimmungen indirekt dadurch verbindlich werden, dass sich für Abweichungen keine hinreichenden Begründungen finden lassen.¹¹⁰⁷ Das liefe auch dem Willen des Gesetzgebers zuwider. Die Begründung muss nur ehrlich sein und die wesentlichen Erwägungen, die zur Ablehnung der Bestimmungen geführt haben, erwähnen. So wird man es z.B. für ausreichend erachten müssen, wenn die Vereinbarung eines Selbstbehalts bei D&O Versicherungen mit der Begründung abgelehnt wird, man könne im Gegenzug niedrigere Aufsichtsratsvergütungen zahlen oder wenn die Errichtung eines Prüfungsausschusses mit dem Argument abgelehnt wird, eine solche komme wegen mangelnder Größe des Unternehmens und des Aufsichtsrats nicht in Betracht. In gewissem Maße wird man auch reine Kostenerwägungen ausreichen lassen müssen. Es kommt letztlich nur darauf an, dass die Abweichungen überhaupt begründet werden.

IV. Erklärungszeitpunkt und -ort

Damit die Erklärung der Organmitglieder ihre Funktion erfüllen kann, muss sie der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden. Dies soll nach dem Wortsinn des Gesetzes jährlich geschehen. Die Frage, was dies genau bedeutet, wird im Schrifttum unterschiedlich beantwortet. Manche meinen, „jährlich“ bedeute „kalenderjährlich“, so dass durchaus mehr als ein Jahr zwischen zwei Erklärungen liegen dürfe.¹¹⁰⁸ Nach dieser Ansicht wäre es etwa möglich eine Erklärung im Januar 2011 und die nächste erst im Dezember 2012 abzugeben. Dem wird man nicht folgen können, da der Gesetzgeber angestrebt hat, dass die Kapitalmarktteilnehmer regelmäßig aktuelle Informationen über die Corporate Governance in der

¹¹⁰⁶Das Unterlassen der Begründung stelle dieser Ansicht nach eine Überschreitung des unternehmerischen Beurteilungsspielraums dar, weil es die kaufmännisch gebotene Risikobereitschaft in unvertretbarer Weise überspannte. Führt man sich vor Augen, dass eine Begründung mit relativ wenig Aufwand verbunden ist und dass das Fehlen einer Begründung hohe Schäden verursachen kann, wird man dem zustimmen müssen.

¹¹⁰⁷*y. Falkenhausen/Kocher*, ZIP 2009, S. 1149 (1150).

¹¹⁰⁸*Ettinger/Grützdieck*, AG 2003, S. 353 (354); *Lutter*, ZHR 166 (2002), S. 523 (527); *Schüppen*, ZIP 2002, S. 1269 (1272). Siehe auch *Kiethe*, NZG 2003, S. 559 (560).

Gesellschaft erhalten und die Organmitglieder sich regelmäßig mit der hauseigenen Corporate Governance befassen.¹¹⁰⁹ Nach anderer Ansicht ist die Erklärung einmal im Geschäftsjahr auf den jeweiligen Bilanzstichtag abzugeben, was damit begründet wird, dass die Tatsache der Erklärungsabgabe ohnehin nach den §§ 285 Nr. 16, 314 Abs. 1 Nr. 8 HGB zum Gegenstand des Jahres- bzw. Konzernabschlusses gemacht werden muss.¹¹¹⁰ Dem wird man allerdings auch nicht folgen können. Es mag zweckmäßig sein, eine solche Frist einzuhalten, zwingend ist eine solche Vorgehensweise jedoch nicht. Vielmehr kommt es nur darauf an, dass zwischen zwei Entsprechenserklärungen kein Zeitraum von mehr als zwölf Monaten liegt.¹¹¹¹

Da potenzielle Aktionäre die Entscheidung, ob sie in eine Gesellschaft investieren wollen, davon abhängig machen sollen, ob der Kodex eingehalten wird oder nicht, müssen sie Zugang zur Erklärung haben. Nach § 161 Abs. 2 AktG muss die Erklärung daher auf der Internetseite der Gesellschaft dauerhaft öffentlich zugänglich gemacht werden.¹¹¹² Anknüpfungspunkte für eine Pflichtverletzung wird es hier kaum geben. Man könnte höchstens fragen, ob ein stets möglicher Zugang sichergestellt werden muss. Allerdings wird nicht mehr zu verlangen sein, als dass sichergestellt wird, dass die Erklärung unter normalen Umständen einsehbar ist.¹¹¹³ Es kann nicht von einer Pflichtverletzung ausgegangen werden, nur weil von Zeit zu Zeit Störungen auftreten, die die Abrufbarkeit verhindern.¹¹¹⁴ Die Frage, was zur dauerhaften Zugänglichmachung zu tun ist, wenn eine börsennotierte Aktiengesellschaft keine eigene Internetseite hat, welche in Bezug auf die alte Rechtslage teils erörtert wurde, hat sich mit der neuen Rechtslage erledigt: Allein wegen § 161 Abs. 2 AktG muss eine solche Gesellschaft nun über eine Website verfügen.

¹¹⁰⁹Bertrams, Haftung (2003), S. 125.

¹¹¹⁰Hüffer, § 161 Rn. 15; Seibt, AG 2002, S. 249 (257).

¹¹¹¹Siehe BGH, Urteil vom 16.2.2009 - II ZR 185/07= BB 2009, S. 796 (798); OLG München, Urteil vom 23.01.2008 - 7 U 3668/07=NZG 2008, S. 337 (338); Gelhausen/Hönsch, AG 2003, S. 367 (368), Spindler, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 39. Siehe auch Ibrüg, ZIP 2009, S. 853.

¹¹¹²Nach alter Rechtslage war die Erklärung nach § 161 Abs. 2 AktG a.F. den Aktionären „dauerhaft zugänglich zu machen“. Hierzu reichte laut Gesetzesbegründung die Veröffentlichung auf der Website der Gesellschaft aus, BR-Drucks. 109/02, S. 52; BT-Drucks. 14/8769, S. 22. Außerdem war hier als „wünschenswert“ bezeichnet worden, dass das Verhalten der Gesellschaft in Bezug auf die Bestimmungen des Kodex im Geschäftsbericht aufgenommen wird. Hierzu hieß es in der Gesetzesbegründung: „Dies ist aber nicht vom Gesetz zu regeln, sondern könnte etwa Gegenstand einer Kodex-Empfehlung sein.“ (BT-Drucks. 14/8769, S. 22.) Nach neuester Rechtslage ist als Teil des Geschäftsberichts zwingend ein sog. Corporate Governance Bericht anzufertigen, welcher Bestandteil der Erklärung zur Unternehmensführung ist. Hierzu gehört auch die Erläuterung eventueller Abweichungen von den Empfehlungen des Kodex, siehe § 289a HGB.

¹¹¹³Lutter, ZHR 166 (2002), S. 523 (528); vgl. auch BT-Drucks. 14/8769, S. 22.

¹¹¹⁴Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 34; Lutter, ZHR 166 (2002), S. 523 (528).

V. Die aus § 161 AktG im Einzelnen folgenden Verhaltenspflichten

1. *Verhaltenspflichten im Rahmen der internen Willensbildung*

Die vorstehenden Ausführungen behandeln nur die aus § 161 AktG folgende Zielvorgabe, dass eine wahre Entsprechenserklärung, die auch auf die Zukunft bezogen und vollständig sein muss, abzugeben ist. Daraus ergibt sich allerdings noch keine Antwort auf die Frage, welche Verhaltenspflichten die Organmitglieder insoweit treffen. Von entscheidender Bedeutung für die Frage der Pflichtwidrigkeit des Erklärungsverhaltens ist dabei zunächst, dass man grundlegend zwischen der Erklärung selbst und der Entscheidung über die Erklärung differenzieren muss.¹¹¹⁵ Außerdem muss man die Erklärung nach § 161 AktG von der bloßen Publikation der Erklärung unterscheiden. Nach § 161 AktG hat die Entsprechenserklärung vom Vorstand und vom Aufsichtsrat auszugehen. Hierbei handelt es sich um eine Pflicht der Organe und nicht um eine Pflicht der Gesellschaft, die lediglich durch die Organe erfüllt wird.¹¹¹⁶ Da es sich bei der Entsprechenserklärung um eine Maßnahme der Gesamorgane Vorstand und Aufsichtsrat handelt, muss eine organinterne Willensbildung in Bezug auf ihre Abgabe stattfinden. Die Entscheidung im Rahmen der internen Willensbildung erfolgt, nicht anders als bei sonstigen Entscheidungen, durch Beschluss.¹¹¹⁷

Dabei bleiben die Organe selbständig beschlussfähig.¹¹¹⁸ Jedes Organ darf autonom entscheiden, inwiefern es eine positive Entsprechenserklärung abgeben will. Etwas anderes ergibt sich nicht aus der Regelung des § 161 AktG und auch nicht aus der Gesetzesbegründung. Der Vorstand kann also nicht etwa dem Aufsichtsrat vorschreiben, welche Art von Entsprechenserklärung er abzugeben hat, indem er sich darauf beruft, die Entscheidung über die Entsprechenserklärung gehöre zur Unternehmensleitung. Die Selbständigkeit bei der Beschlussfassung steht insbesondere im Einklang mit der zutreffenden Auffassung, dass § 161 AktG keine gemeinsame Erklärung erfordert (dazu unten Kap. 2 E V 2). Auch die Hauptversammlung kann den Organmitgliedern grundsätzlich nicht vorschreiben, was für eine Erklärung sie abgeben und welche Empfehlungen sie einhalten sol-

¹¹¹⁵Eingehend *Bertrams*, Haftung (2003), S. 91; *Ibrig/Wagner*, BB 2002, S. 2509 (2511); *Semler*, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 74; *Semler/Wagner*, NZG 2003, S. 553 (554); *Ulmer*, ZHR 166 (2002), S. 150 (173).

¹¹¹⁶*Becker*, Haftung (2005), S. 153; *Heck*, Haftungsrisiken (2006), S. 35; *Ibrig/Wagner*, BB 2002, S. 789 (790); *Kiethe*, NZG 2003, S. 559 (560); *Pfützer/Oser/Wader*, DB 2002, S. 1120 (1121); *Seibt*, AG 2002, S. 249 (252 f.); *Spindler*, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 18.

¹¹¹⁷*Bertrams*, Haftung (2003), S. 111; *Krieger*, in: FS-Ulmer (2003), S. 365 (376); *Pfützer/Oser/Wader*, DB 2002, S. 1120 (1121); *Seibt*, AG 2002, S. 249 (253).

¹¹¹⁸*Becker*, Haftung (2005), S. 153; *Bertrams*, Haftung (2003), S. 111; *Gelhausen/Hönsch*, AG 2003, S. 367 (368); *Hüffer*, § 161 Rn. 11; *Ibrig/Wagner*, BB 2002, S. 789 (790); *dies.*, BB 2002, S. 2509 (2511); *Krieger*, in: FS-Ulmer, S. 365 (369); *Lutter*, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 1515; *Pfützer/Oser/Wader*, DB 2002, S. 1120 (1121); *Schüppen*, ZIP 2002, S. 1269 (1271); *Seibt*, AG 2002, S. 249 (253); *Semler*, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 88; *Semler/Wagner*, NZG 2003, S. 553 (555); *Sester*, in: Spindler/Stilz, § 161 Rn. 12.

len, was insbesondere für Einzelfragen der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats regelnde Kodexbestimmungen relevant ist.¹¹¹⁹ Die Einhaltung von Kodexbestimmungen kann sie nur in bestimmten Fällen durch die Aufnahme in die Satzung erzwingen, soweit dies aktienrechtlich zulässig ist¹¹²⁰ (dazu unten Kap. 3 C).

a) Die interne Willensbildung in Bezug auf die retrospektive Komponente

Bei der internen Willensbildung ist wiederum zwischen der Willensbildung in Bezug auf die retrospektive Komponente und derjenigen, die die zukunftsbezogene Komponente betrifft, zu differenzieren. Ob die Empfehlungen und Anregungen des Kodex im Jahr seit der letzten Entsprechenserklärung eingehalten wurden, ist eine zumindest grundsätzlich überprüfbare Tatsache. Will das Organ die Pflicht aus § 161 AktG erfüllen, muss also überprüft werden, ob die Bestimmungen bisher eingehalten wurden.¹¹²¹ Jedes einzelne Organmitglied hat sich vollständig darüber zu äußern, ob die Kodexbestimmungen im vergangenen Jahr von ihm selbst, von den anderen Organmitgliedern und den Mitgliedern des jeweils anderen Organs eingehalten wurden.¹¹²² Dazu müssen die jeweiligen Personen grundsätzlich befragt werden¹¹²³ und sind dann zur wahrheitsgemäßen Auskunft verpflichtet¹¹²⁴. Bejahen sie die Frage, darf mangels gegenteiliger Anhaltspunkte jeder davon ausgehen, dass dies der Wahrheit entspricht.¹¹²⁵ Es kann sich lediglich in Bezug auf die Überwachungspflicht des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat ergeben, dass auch Nachforschungen angestellt werden müssen.¹¹²⁶ Hat jedes Organmitglied sich in dieser Weise selbst informiert, wobei eine Vorbereitung und Unterstützung durch den jeweiligen Organvorsitzenden nicht ausgeschlossen ist, muss ein Beschluss darüber ergehen, ob in Bezug auf die Vergangenheit eine positive, eine eingeschränkte oder eine vollständig negative Erklärung abgegeben werden soll. Hierbei handelt es sich um eine vom gesamten Organ zu verantwortende Maßnahme.

Schon im Rahmen dieser internen Willensbildung gibt es vielfältige Anknüpfungspunkte für mögliche Pflichtverletzungen, was sich daraus ergibt, dass § 161

¹¹¹⁹Bertrams, Haftung (2003), S. 94 f.; Pfitzer/Oser/Wader, DB 2002, S. 1120 (1121).

¹¹²⁰Semler, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 95; Sester, in: Spindler/Stilz, § 161 Rn. 18.

¹¹²¹Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 38; Pfitzer/Oser/Wader, DB 2002, S. 1120; Spindler, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 28.

¹¹²²Krieger, in: FS-Ulmer (2003), S. 365 (371); Ringleb, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 1589; Sester, in: Spindler/Stilz, § 161 Rn. 14.

¹¹²³Käthe, NZG 2003, S. 559 (561); Krieger in: FS-Ulmer 2003, S. 365 (372); Ringleb, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 1589; Sester, in: Spindler/Stilz, § 161 Rn. 14; Spindler, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 28.

¹¹²⁴Hüffer, § 161 Rn. 14; Sester in: Spindler/Stilz, § 161 Rn. 14; Spindler, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 28.

¹¹²⁵Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 38; Krieger in: FS-Ulmer, S. 365 (372); Sester, in: Spindler/Stilz, § 161 Rn. 14; Spindler, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 28.

¹¹²⁶Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 38.

AktG die einzelnen Organmitglieder und das Gesamtorgan zur selbständigen Informationsbeschaffung und zu einer wahrheitsgemäßen Erklärung sowie zur Mitwirkung an der internen Willensbildung verpflichtet. Eine Verletzung der Erklärungspflicht kann z.B. darin liegen, dass ein Organmitglied einer positiven Entsprechenserklärung zustimmt, ohne sich informiert zu haben, ob der Kodex von den anderen in der Vergangenheit eingehalten wurde.¹¹²⁷ Ebenso liegt in wahrheitswidrigen Angaben über das eigene Verhalten in der Vergangenheit eine Erklärungspflichtverletzung. Auch das bloße Unterlassen der Mitwirkung am internen Entscheidungsprozess ist pflichtwidrig. Fasst das Organ einen Beschluss zur positiven Erklärung, obwohl bekannt ist, dass Kodexbestimmungen nicht eingehalten wurden, liegt im Mittragen des Beschlusses eine Pflichtverletzung.¹¹²⁸ Eine Enthaltung reicht hier keinesfalls aus. Es ist sogar fraglich, ob der Pflicht aus § 161 AktG Genüge getan wird, wenn man in einem solchen Fall mit Nein stimmt.¹¹²⁹ Man wird wohl verlangen müssen, dass gegen ein solches rechtswidriges Verhalten der übrigen Organmitglieder weitere Maßnahmen, wie etwa die Information des jeweils anderen Organs, ergriffen werden müssen.

b) Die interne Willensbildung in Bezug auf die zukunftsbezogene Komponente

Etwas komplizierter stellen sich die Verhältnisse in Bezug auf die zukunftsbezogene Erklärungskomponente dar. Zwar ist auch die Absicht, die Bestimmungen des Kodex einzuhalten, eine grundsätzlich überprüfbare Tatsache. Aber ganz so einfach wie in Bezug auf die vergangenheitsbezogene Komponente gestaltet sich die interne Willensbildung hier dennoch nicht. Denn es besteht ein Spannungsverhältnis zwischen der Erklärungspflicht und der aktienrechtlichen Kompetenzordnung, welches näherer Erläuterung bedarf.

Auch die Entscheidung, ob eine in Bezug auf die Zukunft positive Entsprechenserklärung abgegeben werden soll, erfolgt durch Beschluss.¹¹³⁰ Problematisch ist jedoch, dass die Erklärungspflicht, auf den gesamten Inhalt der Kodexempfehlungen bezogen ist, obwohl die Empfehlungen selbst sich an verschiedene Adressaten richten¹¹³¹. Einige sprechen die Hauptversammlung an, andere die Organe Aufsichtsrat¹¹³² und Vorstand¹¹³³ als Ganze. Wiederum andere

¹¹²⁷Siehe dazu das Urteil des BGH vom 16.2.2009 - II ZR 185/07=BB 2009, S. 796 (799).

¹¹²⁸Urteil des BGH vom 16.2.2009 - II ZR 185/07=BB 2009, S. 796 (799); siehe auch *Spindler*, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 65.

¹¹²⁹Siehe zu diesem Problem BGHSt 37, 106 (125) („Lederspray-Entscheidung“).

¹¹³⁰*Bertrams*, Haftung (2003), S. 111; *Krieger*, in: FS-Ulmer (2003), S. 365 (376); *Pfützer/Oser/Wader*, DB 2002, S. 1120 (1121); *Seibt*, AG 2002, S. 249 (253).

¹¹³¹Siehe *Bertrams*, Haftung (2003), S. 90; *Lutter*, in: FS-Huber (2006), S. 871 (874).

¹¹³²So etwa die Empfehlung in Ziffer 3.4 Abs. 3 S. 1, der zufolge der Aufsichtsrat die Informations- und Berichtspflichten des Vorstands näher festlegen soll.

¹¹³³So etwa die Empfehlung in Ziffer 2.3.3 S. 3, der zufolge der Vorstand für die Bestellung eines Vertreters für die weisungsgebundene Ausübung des Stimmrechts der Aktionäre sorgen soll.

betreffen nur den Aufsichtsrats-¹¹³⁴ oder den Vorstandsvorsitzenden oder einzelne Organmitglieder¹¹³⁵.

Das bedeutet aber nicht, dass das nicht zuständige Organ im Rahmen der Entsprechenserklärung in den Kompetenzbereich des zuständigen Organs hineinregieren kann. Betrifft eine Kodexbestimmung nur das jeweils andere Organ, hat dieses den Entscheidungsvorrang und das unzuständige Organ muss sich letztlich der Entscheidung des zuständigen beugen.¹¹³⁶ Das ist besonders relevant für die Abschnitte 4 und 5 des Kodex. Denn bei Abschnitt 4 handelt es sich inhaltlich um eine Konkretisierung der Pflichten des Vorstands im Rahmen seiner Geschäftsführungsaufgabe und bei Abschnitt 5 geht es überwiegend um die Konkretisierung der Überwachungspflichten des Aufsichtsrats. Da den Organen in diesen Bereichen nach dem Aktienrecht jeweils weitgehende Entscheidungsfreiräume zustehen, welche noch nicht einmal durch die Satzung näher konkretisiert werden können, und sie insofern vom jeweils anderen Organ unabhängig sind, würde eine Mitentscheidung über die Entsprechenserklärung die Kompetenzordnung der Aktiengesellschaft unterlaufen, was ersichtlich nicht im Interesse des Gesetzgebers war, als er § 161 AktG schuf.¹¹³⁷

Somit folgt die Entscheidungsbefugnis über den Inhalt der Entsprechenserklärung grundsätzlich der Entscheidungsbefugnis über die jeweils in den Kodexbestimmungen enthaltenen Verhaltensstandards.¹¹³⁸ Alles andere wäre widersinnig. Zwar kommt der Entsprechenserklärung letztlich keine Bindungswirkung zu (siehe unten Kap. 3 B). Aber es wäre dennoch unzweckmäßig, wenn ein Organ eine Entsprechenserklärung abgeben könnte, die besagt, dass das andere Organ den Bestimmungen des Kodex folgen wird, obwohl dies tatsächlich nicht beabsichtigt ist. Denn dadurch entstünde eine unwahre Entsprechenserklärung und das zuständige Organ könnte sich dazu genötigt sehen, den Kodex doch einzuhalten, so dass durch die Erklärungspflicht die Kompetenzgrenzen des Aktienrechts eingerissen würden.

¹¹³⁴So etwa Ziffer 5.2 Abs. 3 S. 1 DCGK, dem zufolge der Aufsichtsratsvorsitzende regelmäßigen Kontakt mit dem Vorstand halten soll und S. 3, dem zufolge er nach Information durch den Vorstand über Ereignisse von wesentlicher Bedeutung den Aufsichtsrat unterrichten soll.

¹¹³⁵So z.B. die Empfehlungen, die verlangen, dass die Organmitglieder Interessenkonflikte offen legen sollen in Ziffer 4.3.4 (Vorstand) und Ziffer 5.5.2 (Aufsichtsrat).

¹¹³⁶Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 38; Krieger, in: FS-Ulmer (2003), S. 365 (370); Semler, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 83.

¹¹³⁷Bertrams, Haftung (2003), S. 92; Ibrüg/Wagner, BB 2002, S. 2509 (2511); Krieger, in: FS-Ulmer (2003), S. 365 (369); Spindler, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 20; Ulmer, ZHR 166 (2002), S. 150 (173). Dieses Problem besteht nicht in Bezug auf die retrospektive Komponente der Erklärung. Denn hier kann die inhaltliche Entscheidung über die Entsprechenserklärung das zukünftige Verhalten nicht präjudizieren, so dass es zu einem Unterlaufen der aktienrechtlichen Kompetenzordnung nicht kommen kann. Siehe Bertrams, Haftung (2003), S. 103; Krieger, in: FS-Ulmer (2003), S. 365 (371).

¹¹³⁸Bertrams, Haftung (2003), S. 92; Krieger, in: FS-Ulmer (2003), S. 365 (370); Liebscher, in: Beck Handbuch AG, § 6 Rn. 106; Spindler, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 20; Ulmer, ZHR 166 (2002), S. 150 (173).

Das führt im Ergebnis dazu, dass es für bestimmte Empfehlungen einen Entscheidungsvorrang des Vorstands, für andere einen Entscheidungsvorrang des Aufsichtsrats und für wiederum andere überhaupt keinen Entscheidungsvorrang gibt.¹¹³⁹ So entscheidet beispielsweise über die Empfehlung der Ziffer 3.4 Abs. 3 S. 1 DCGK, der zufolge der Aufsichtsrat die Informations- und Berichtspflichten des Vorstands näher festlegen soll, über diejenige der Ziffer 4.2.1 S. 2 DCGK, welche den Inhalt der Geschäftsordnung für den Vorstand näher regelt, und diejenige der Ziffer 4.2.3 über die Vergütung der Vorstandstätigkeit der Aufsichtsrat selbst, da diese Empfehlungen inhaltliche Konkretisierungen der Aufsichtsratspflichten im Kontext seiner Überwachungs- und Geschäftsleitungspflichten darstellen.¹¹⁴⁰ Dasselbe gilt für die Bestimmungen über die Selbstorganisation des Aufsichtsrats, wie etwa über die Bildung von Ausschüssen, und für alle Bestimmungen, die die Überwachungspflicht des Aufsichtsrats konkretisieren.¹¹⁴¹ Würde der Vorstand insofern an der Entscheidung über den Inhalt der Entsprechenserklärung mitwirken, läge eine Verletzung der zwingenden Kompetenzgrenzen des Aktienrechts vor.¹¹⁴²

Entsprechendes gilt für die nur den Vorstand unmittelbar betreffenden Bestimmungen. Über die zukünftige Einhaltung derjenigen Empfehlungen, die eine Konkretisierung der allgemeinen Geschäftsleitungspflichten des Vorstands darstellen, wie etwa Empfehlungen im Zusammenhang mit der Einladung zur Hauptversammlung (Ziffer 2.3) und der Transparenz (Abschnitt 6), entscheidet der Vorstand.¹¹⁴³

Kein Entscheidungsvorrang besteht z.B. in Bezug auf die meisten Empfehlungen über die Zusammenarbeit von Vorstand und Aufsichtsrat.¹¹⁴⁴ Hier muss sich letztlich kein Organ den Absichten des anderen beugen. Es kann also vorkommen, dass ein Organ beschließt, zu diesen Bestimmungen positiv zu votieren, während das andere Organ negativ entscheidet.

Festgehalten werden kann also, dass über Verhaltensweisen, über die das jeweils andere Organ nach den Grundsätzen des Aktienrechts zu entscheiden hat, auch keine von dessen Willen abweichende Entsprechenserklärung in Bezug auf die Zukunft abgegeben werden kann. Allerdings kann das nicht zuständige Organ dennoch nicht untätig bleiben, denn es hat, auch wenn es nicht die Letztentscheidungsbefugnis in Bezug auf die zukünftige Einhaltung des Kodex innehat, die

¹¹³⁹Krieger, in: FS-Ulmer (2003), S. 365 (370).

¹¹⁴⁰Siehe diese und weitere Beispiele bei *Bertrams*, Haftung (2003), S. 94.

¹¹⁴¹Krieger, in: FS-Ulmer (2003), S. 365 (373); *Spindler*, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 20.

¹¹⁴²Siehe *Bertrams*, Haftung (2003), S. 94; *Ibrig/Wagner*, BB 2002, S. 789 (790); *Krieger*, in: FS-Ulmer (2003), S. 365 (373); *Ulmer*, ZHR 166 (2002), S. 150 (173).

¹¹⁴³Krieger, in: FS-Ulmer (2003), S. 365 (373); *Spindler*, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 20. In Bezug auf die Empfehlung, dass der Vorstand sich eine Geschäftsordnung geben soll, kann der Vorstand wegen des Vorrangs der Aufsichtsratsentscheidung die Empfehlung annehmen, wenn es der Aufsichtsrat nicht tut. Siehe *Krieger*, in: FS-Ulmer (2003), S. 365 (373).

¹¹⁴⁴*Spindler*, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 22.

Pflicht, sich eine Meinung zur Frage zu bilden, ob die Bestimmung eingehalten werden soll und sich mit dem jeweils anderen Organ abzustimmen. Wenn jedoch keine Einigung erfolgt, gilt das Wort des zuständigen Organs.¹¹⁴⁵ In Bezug auf die retrospektive Komponente ist die Lage anders. Ist der Aufsichtsrat der Ansicht, der Vorstand habe eine bestimmte Kodexbestimmung in der Vergangenheit nicht eingehalten, während der Vorstand meint, dies sei geschehen, darf Ersterer beschließen, dass, was den Vorstand betrifft, eine negative Entsprechenserklärung abgegeben werden soll. Hierdurch werden die Kompetenzgrenzen des Aktienrechts nicht berührt.¹¹⁴⁶

Wiederum anders stellt sich die Lage bei Empfehlungen dar, die sich weder an den Vorstand noch an den Aufsichtsrat, sondern an die Hauptversammlung richten. Hier kann lediglich eine Empfehlung zur Beschlussfassung im Sinne von § 124 Abs. 3 AktG erfolgen.¹¹⁴⁷ Können Vorstand und Aufsichtsrat sich nicht einigen, was der Hauptversammlung empfohlen werden soll, müssen unterschiedliche Vorschläge unterbreitet werden, da es in Bezug auf Empfehlungen an die Hauptversammlung nach den allgemeinen Grundsätzen des Aktienrechts keinen Entscheidungsvorrang eines Organs gibt.¹¹⁴⁸ Für Empfehlungen, die die Verhaltensweise der Hauptversammlung selbst betreffen, reicht es im Übrigen aus, dass die Organe der Hauptversammlung die Einhaltung vorschlagen und deren Verhalten antizipieren.¹¹⁴⁹ Hege sie die Absicht, so vorzugehen, darf eine positive Entsprechenserklärung auch dann abgegeben werden, wenn durchaus die Möglichkeit besteht, dass die Hauptversammlung dem Vorschlag nicht folgt.

Zusätzlich verkompliziert wird die interne Willensbildung dadurch, dass es Kodexbestimmungen gibt, die sich nicht an die Organe Vorstand und Aufsichtsrat richten, sondern an die einzelnen Organmitglieder.¹¹⁵⁰ Dies gilt vor allem für die Bestimmungen über die Offenlegung von Interessenskonflikten. Man könnte in Erwägung ziehen, dass hier nichts anderes gilt als bei den übrigen Kodexbestimmungen, dass also einfach per Beschluss entschieden werden kann, ob in Bezug auf die einzelne Organe betreffenden Bestimmungen eine positive Entsprechenserklärung abgegeben wird. Dies wird jedoch zu Recht ganz überwiegend abgelehnt.¹¹⁵¹ Soweit eine Kodexbestimmung einzelne Organmitglieder be-

¹¹⁴⁵Krieger, in: FS-Ulmer (2003), S. 365 (373).

¹¹⁴⁶Bertrams, Haftung (2003), S. 103; Krieger, in: FS-Ulmer (2003), S. 365 (371).

¹¹⁴⁷Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 38; Krieger, in: FS-Ulmer (2003), S. 365 (373).

¹¹⁴⁸Krieger, in: FS-Ulmer (2003), S. 365 (373). Anders ist die nur bei den Empfehlungen in Bezug auf Vorschläge zur Besetzung des Aufsichtsrats in den Ziffern 5.4.1 und 5.4.2, da der Aufsichtsrat hier nach § 124 Abs. 3 S. 1 AktG ein alleiniges Vorschlagsrecht hat.

¹¹⁴⁹Krieger, in: FS-Ulmer (2003), S. 365 (373); Semler, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 96; Spindler, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 22.

¹¹⁵⁰Krieger, in: FS-Ulmer (2003), S. 365 (368).

¹¹⁵¹Bertrams, Haftung (2003), S. 96; Eittinger/Grützgediek, AG 2003, S. 353 (356); Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 38; Hüfner, § 161 Rn. 19; Krieger, in: FS-Ulmer (2003), S. 365 (374); Seibt, AG 2002, S. 249; Sester, in: Spindler/Stilz, § 161 Rn. 11. Siehe auch Ringleb, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn.

trifft, können diese nicht durch einen Mehrheitsbeschluss zu einer bestimmten Entscheidung über die Entsprechenserklärung gezwungen werden.¹¹⁵² Es bedarf stets ihrer Zustimmung. Das ergibt sich schon daraus, dass das Individualverhalten der Organmitglieder ihnen noch nicht einmal durch die Satzung oder die Geschäftsordnungen der Organe vorgeschrieben werden kann. Könnte dennoch über den Kopf des Betroffenen hinweg eine Entsprechenserklärung per Mehrheitsbeschluss abgegeben werden, könnte sich der Einzelne mittelbar dazu gezwungen sehen, sich der Entsprechenserklärung entsprechend zu verhalten, was mit der vom Aktienrecht vorgesehenen Eigenverantwortung der Organmitglieder unvereinbar wäre. In struktureller Hinsicht ähnelt dieses Problem also dem zuvor erläuterten Spannungsverhältnis zwischen Erklärungspflicht und Organkompetenz und ist in gleicher Weise, also durch eine Letztentscheidungsbefugnis des Zuständigen auch im Hinblick auf die Entsprechenserklärung, zu lösen. Bei einem entgegenstehenden Mehrheitsbeschluss müssen die Organmitglieder dann lediglich klarstellen, dass sie nicht die Absicht haben, die Empfehlung zu befolgen und ihre Namen müssen dann in der Entsprechenserklärung genannt werden.¹¹⁵³

Etwas anderes gilt lediglich für Bestimmungen, die sich speziell an den Aufsichtsratsvorsitzenden als solchen richten. Er kann durch Mehrheitsbeschluss überstimmt werden¹¹⁵⁴, was daran liegt, dass er nach allgemeinem Aktienrecht trotz seiner hervorgehobenen Stellung generell der Mehrheit im Aufsichtsratsplenium unterworfen ist, wenn es um Verhaltensweisen geht, die eine Wahrnehmung der Rolle des Aufsichtsratsvorsitzenden darstellen.

In Bezug auf die zukunftsbezogene Komponente ergeben sich also ebenfalls die verschiedensten Anknüpfungspunkte für einen Pflichtverletzungsvorwurf. Hat ein Organ die Letztentscheidungsbefugnis, muss jedes Organ wahrheitsgemäß erklären, ob es in Zukunft für eine Vorgehensweise des Gesamtorgans sorgen will, die den Bestimmungen des Kodex entspricht. Zwar kann der Einzelne nicht dafür garantieren, dass es letztlich zu einem dem Kodex entsprechenden Verhalten kommt. Aber er kann und muss schon im Zeitpunkt der Erklärung antizipieren, wie er sich bei den zukünftigen Beschlussfassungen verhalten wird. Stimmt er für eine positive Entsprechenserklärung, obwohl er nicht davon ausgeht, sich in Zukunft für kodexkonformes Verhalten einzusetzen, handelt er pflichtwidrig. Ein erst recht gegen § 161 AktG verstoßendes Verhalten ist anzunehmen, soweit die Organmitglieder sich darüber einig werden, dass eine positive Ent-

1518:“...wenn alle Organmitglieder den sie persönlich betreffenden Empfehlungen zugestimmt haben, und zwar auch die bei der Beschlussfassung Abwesenden.“

¹¹⁵²Dies ist dann nur durch Aufnahme in den Anstellungsvertrag möglich, also nicht bei Aufsichtsratsmitgliedern. Auch eine Aufnahme in die Geschäftsordnungen ist nicht möglich, da die Geschäftsordnungen nur Regelungen über die Form der Zusammenarbeit treffen darf und nicht über Individualverpflichtungen der Organmitglieder. Siehe *Krieger*, in: FS-Ulmer (2003), S. 365 (375).

¹¹⁵³*Heck*, Haftungsrisiken (2006), S. 38; *Krieger*, in: FS-Ulmer (2003), S. 365 (375).

¹¹⁵⁴*Bertrams*, Haftung, S. 99; *Krieger*, in: FS-Ulmer (2003), S. 365 (375); *Sester*, in: Spindler/Stilz, § 161 Rn. 16.

sprechenserklärung erfolgen soll und dabei die Absicht haben, sich in Zukunft kodexwidrig zu verhalten. Der Vertrauensgrundsatz kommt einzelnen Organmitgliedern nur dann zugute, wenn keine Anhaltspunkte für wahrheitswidrige Absichtsbekundungen vorliegen.

Sehr eingeschränkt ist das Spektrum möglicher Pflichtverletzungen, soweit das jeweils andere Organ die Letztentscheidungsbefugnis hat, da insoweit nur eine Beratung zu erfolgen braucht. Denkbar ist aber zum Beispiel ein rechtswidriger Rat, eine positive Entsprechenserklärung abzugeben, obwohl keine Befolungsabsicht besteht.

Im Übrigen bleibt festzuhalten, dass die Zuständigkeitsgrenzen der Organe ihre Mitglieder keinesfalls vollständig vor Pflichtverletzungsvorwürfen schützen können. Erfahren sie beispielsweise davon, dass im jeweils anderen Organ auf eine wahrheitswidrige Absichtsbekundung hingewirkt wird, muss hiergegen eingeschritten werden. Der Aufsichtsrat ist hierzu schon wegen seiner Pflicht, den Vorstand zu überwachen, angehalten. Aber auch der Vorstand muss, obwohl er keinerlei Weisungsrechte gegenüber dem Aufsichtsrat hat, grundsätzlich gegen jegliches illegales Verhalten Unternehmensangehöriger vorgehen, wenn ihm entsprechende Anhaltspunkte vorliegen. Da es sich bei Erklärungspflichtverletzungen aber um Gesetzesverletzungen handelt und es Normen zweiter Klasse nicht gibt, muss er auch gegen das Vorbereiten einer wahrheitswidrigen Entsprechenserklärung vorgehen.

Die Reihe von hintereinandergeschalteten Überwachungspflichten lässt sich beinahe unbegrenzt fortführen. So könnte man eine Pflichtverletzung unter Umständen sogar darin sehen, dass ein Aufsichtsratsmitglied von Bestrebungen im Aufsichtsrat weiß, wahrheitswidrig zu votieren und den Vorstand dennoch nicht dazu anhält, gegen eben dieses Vorgehen einzuschreiten und damit seiner Pflicht zur Gewährleistung legalen Verhaltens nachzukommen. Dasselbe könnte für ein Vorstandsmitglied gelten, das den Aufsichtsrat nicht über gegen § 161 AktG verstoßende Beschlüsse des Vorstands informiert, um ihm zu ermöglichen, seiner Überwachungspflicht nachzugehen. Hieran wird deutlich, welchen Organisationsaufwand die Erklärungspflicht aus § 161 AktG verursacht und welche Gewissenhaftigkeit die Organmitglieder bei der Erklärung an den Tag legen müssen.

2. Verhaltenspflichten im Rahmen der Erklärung

a) Keine Pflicht zur gemeinsamen Erklärung von Vorstand und Aufsichtsrat

Ist der Prozess der internen Willensbildung abgeschlossen, ist also ein wirksamer Beschluss über die Frage gefasst worden, inwiefern eine positive Entsprechenserklärung abgegeben werden soll, müssen die Ergebnisse noch in die Tat umgesetzt werden, da dann noch immer keine den Maßstäben des § 161 AktG genügende Entsprechenserklärung in der Welt ist. Der unklare Wortsinn des § 161

AktG wirft insoweit allerdings die Frage auf, ob Vorstand und Aufsichtsrat eine gemeinsame Erklärung abgeben müssen.

Eine solche Interpretation wird teilweise befürwortet.¹¹⁵⁵ Dieser Ansicht zufolge kann eine positive Entsprechenserklärung nur abgegeben werden, soweit die Organe sich über die Befolgung der einzelnen Kodexbestimmungen einig sind. Folgt man dieser Ansicht, kann nur eine Entsprechenserklärung abgegeben werden, die sich nach dem kleinsten gemeinsamen Nenner von Vorstand und Aufsichtsrat richtet.¹¹⁵⁶ Hierfür wird im Wesentlichen vorgebracht, getrennte Erklärungen widersprächen dem Wortsinn des § 161 AktG und seien kaum praktikabel, während die aktienrechtliche Kompetenzverteilung einem Einigungszwang der Organe nicht entgegenstehe. In Bezug auf den Wortsinn wird betont, dass es in § 161 Abs. 1 S. 2 AktG heißt, „die Erklärung“ solle auf der Homepage der Gesellschaft dauerhaft zugänglich gemacht werden, woraus sich zwingend ergebe, dass es sich um eine einzige Erklärung handeln muss. Außerdem spreche für eine gemeinsame Erklärung, dass es bei Corporate Governance nicht um „separate Optimierung“ der einzelnen Organe gehe, sondern um die der gesamten Unternehmenssteuerung und dass die einzelnen Organe hierfür nur Anknüpfungspunkte seien.¹¹⁵⁷ Angeführt wird außerdem, dass es bei der Entscheidung, welche Kodexempfehlungen eingehalten werden sollen, um die Festlegung der „Spielregeln“ der Unternehmenssteuerung gehe und dies, sachlich betrachtet, auf der Ebene der Normgebung stattfinde, welche jedoch stets über der Ebene der Kompetenzverteilung angesiedelt sei.¹¹⁵⁸ Außerdem widerspreche eine Möglichkeit getrennter und einander widersprechender Erklärungen von Vorstand und Aufsichtsrat dem Zweck von § 161 AktG, den Kapitalmarkt möglichst präzise über die Corporate Governance in der Gesellschaft zu informieren.¹¹⁵⁹

Die wohl überwiegende Meinung geht jedoch zu Recht davon aus, dass eine gemeinsame Erklärung der Organe nicht erforderlich ist.¹¹⁶⁰ Zwar ist der Wortsinn des § 161 AktG insofern nicht eindeutig. Zu berücksichtigen ist aber wenigstens, dass es dort gerade nicht heißt: „Vorstand und Aufsichtsrat...erklären gemeinsam...“.¹¹⁶¹ Auch wenn man hieraus nicht zwingend herleiten kann, dass eine getrennte Entsprechenserklärung ausreicht, ergibt sich auch das Gegenteil nicht

¹¹⁵⁵Becker, Haftung (2005), S. 153; Schüppen, ZIP 2002, S. 1269 (1271); Seibt, AG 2002, S. 249 (253); Semler, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 79 ff; Sester, in: Spindler/Stilz, § 161 Rn. 12. Siehe auch BGH, Urteil vom 16.2.2009 - II ZR 185/07= BB 2009, S. 796 (799).

¹¹⁵⁶Becker, Haftung (2005), S. 153.

¹¹⁵⁷Sester in: Spindler/Stilz, § 161 Rn. 12.

¹¹⁵⁸Sester in: Spindler/Stilz, § 161 Rn. 15.

¹¹⁵⁹Becker, Haftung (2005), S. 153.

¹¹⁶⁰Bertrams, Haftung (2003), S. 108; Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 36; Hüfner, § 161 Rn. 10; Ibrüg/Wagner, BB 2002, S. 789 (790); Kiethe, NZG 2003, S. 559 (560); Krieger, in: FS-Ulmer (2003), S. 365 (369 f.); Lutter, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 1515; Pfützer/Oser/Wader, DB 2002, S. 1120 (1121); Spindler, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 19; Ulmer, ZHR 166 (2002), S. 150 (173).

¹¹⁶¹Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 37; Krieger, in: FS-Ulmer (2003), S. 369; Lutter, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 1515.

aus dem Normtext, so dass es bei den Grundsätzen des Aktienrechts bleibt, die ein getrenntes Vorgehen von Vorstand und Aufsichtsrat vorsehen und denen zufolge nur in Ausnahmesituationen etwas anderes gilt. Selbst in Bezug auf den Jahresabschluss der Gesellschaft gehen die Organe getrennt vor und tragen jeweils die Verantwortung für seine Richtigkeit.

Viel gewichtiger als ein Wortsinnargument ist dementsprechend der immer wieder vorgebrachte Gesichtspunkt, dass eine gemeinsame Beschlussfassung von Vorstand und Aufsichtsrat im Aktienrecht nicht vorgesehen ist.¹¹⁶² Für die Möglichkeit getrennter Erklärungen spricht außerdem der zuvor erhobene Befund, dass es Kodexbestimmungen gibt, deren Einhaltung ein Organ dem anderen nicht vorschreiben kann und dass das Aktienrecht keine Mechanismen für Situationen bereithält, in denen kein Organ dem anderen Vorgaben machen kann.¹¹⁶³ Denn das Fehlen eines solchen Streitbeilegungsmechanismus in Kombination mit einer Pflicht zur gemeinsamen Erklärung ließe sich mit dem Telos des § 161 AktG kaum vereinbaren.¹¹⁶⁴ Da dieser darin besteht, Publizität in Bezug auf die Corporate Governance in der Gesellschaft zu erzeugen, ist es gerade erforderlich, dass der Kapitalmarkt von Meinungsverschiedenheiten zwischen den Organen erfährt.¹¹⁶⁵ Diese Information würde ihm jedoch dadurch vorenthalten, dass nur eine auf den kleinsten gemeinsamen Nenner beschränkte positive Entsprechenserklärung abgegeben werden kann.

Natürlich sind die Organe durch eine solche Interpretation des § 161 AktG nicht gehindert, eine Einigung anzustreben, indem sie die Ergebnisse der internen Beschlussfassung miteinander vergleichen und ggf. Anpassungsbeschlüsse vornehmen. Gezwungen sind sie hierzu jedoch nicht.

b) Die Äußerung der Erklärung

Da letztlich der Vorstand als Gesamtorgan für die Publikation zuständig ist, müssen die Entsprechenserklärungen beider Organe ihm vorliegen. In Bezug auf die Erklärung des Vorstands ergeben sich keine weiteren Probleme. Durch die Beschlussfassung des Vorstands liegt ihm die Erklärung automatisch vor. Die Ergebnisse des im Aufsichtsrat erfolgten internen Entscheidungsprozesses müssen dem Vorstand allerdings übermittelt werden. Auch bei dieser Übermittlung sind Pflichtverletzungen denkbar. Wird z.B. eine Entsprechenserklärung ohne wirksame interne Willensbildung dem Vorstand übermittelt, liegt hierin stets ein Verstoß gegen § 161 AktG.¹¹⁶⁶ Dasselbe gilt, wenn dem Vorstand eine Entsprech-

¹¹⁶²Bertrams, Haftung (2003), S. 108; Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 36; Ihrig/Wagner, BB 2002, S. 789 (790); Krieger, in: FS-Ulmer 2003, S. 365 (369); Pfützer/Oser/Wader, DB 2002, S. 1120 (1121); Spindler, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 19.

¹¹⁶³Bertrams, Haftung (2003), S. 109; Krieger, in: FS-Ulmer (2003), S. 365 (369).

¹¹⁶⁴Bertrams, Haftung (2003), S. 109 f.; Krieger, in: FS-Ulmer (2003), S. 365 (369).

¹¹⁶⁵Bertrams, Haftung (2003), S. 110; Kiethe, NZG 2003, S. 559 (560); Krieger, in: FS-Ulmer (2003), S. 365 (370).

¹¹⁶⁶Becker, Haftung (2005), S. 153.

enserklärung übermittelt wird, die zur internen Willensbildung im Aufsichtsrat in Widerspruch steht. Generell kann man sagen, dass die Entsprechenserklärungen beider Organe vollständig mit dem Ergebnis der organinternen Beschlussfassung übereinstimmen müssen und dass jedes Hinwirken auf eine Inkongruenz bereits gegen § 161 AktG verstößt. Insbesondere müssen die Entsprechenserklärungen die Tatsache widerspiegeln, dass einzelne Organmitglieder zu Bestimmungen, die nur sie selbst betreffen, ihre Ablehnung ausgesprochen haben. Wird dies in der Entsprechenserklärung letztlich verschwiegen, so ist ihre Abgabe rechtswidrig. Außerdem müssen die zuvor angesprochenen Kompetenzgrenzen in Bezug auf die zukunftsgerichtete Erklärungskomponente sich in der Erklärung niederschlagen. Rechtswidrig ist z.B. eine vom Vorhaben des letztlich zuständigen Organs abweichende Erklärung in Bezug auf eine Empfehlung oder Anregung, die nur das jeweils andere Organ betrifft. Es bestehen also auch auf dieser, dem eigentlichen Entscheidungsvorgang nachgelagerten Ebene die verschiedensten Anknüpfungspunkte für eine Verletzung der Organpflichten und somit nach der hier vertretenen Auffassung auch für eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue.

3. Verhaltenspflichten im Rahmen der Publikation

Die letzte Ebene, auf der solche Pflichtverletzungen möglich sind, ist schließlich die der Publikation der Entsprechenserklärung auf der Homepage der Gesellschaft. Diese ist als rein faktischer Umsetzungsakt Aufgabe des Vorstands im Rahmen seiner umfassenden Geschäftsleitungspflicht.¹¹⁶⁷ Einen Spielraum des Vorstands gibt es, den zuvor herausgearbeiteten Ergebnissen zufolge, nicht mehr. Er hat die Entsprechenserklärungen von Vorstand und Aufsichtsrat wortgetreu zu veröffentlichen und ihm ist jegliche weitere Einflussnahme verwehrt. In seiner Verantwortung liegt nur die formal korrekte Gestaltung der Erklärung. Hierfür wird er sich in der Regel einschlägiger Formulare bedienen, die mittlerweile in Handbüchern des Aktienrechts und ähnlichen Werken üblicherweise enthalten sind. In die Leitungsverantwortung des Vorstands fällt schließlich auch die Aufgabe des dauerhaften Zugänglichmachens im Sinne des § 161 AktG. Er hat also Maßnahmen zu treffen, um die Abrufbarkeit auf der Internetseite zu sichern. Zu den Publikationspflichten gehört außerdem die Einhaltung der übrigen den Kodex flankierenden Vorschriften, also der §§ 285 Nr. 16, 314 Abs. 1 Nr. 8 HGB, denen zufolge im Jahres- bzw. Konzernabschluss vermerkt werden muss, dass die Entsprechenserklärung abgegeben wurde, des § 325 Abs. 1 S. 3 HGB, dem zufolge die Entsprechenserklärung zum Handelsregister zu reichen ist und des § 289a HGB, der vorschreibt, dass die Entsprechenserklärung zudem in den sog. Corporate Governance Bericht eingebettet werden muss. Auch hier ergeben sich also verschiedene Anknüpfungspunkte für einen Pflichtverletzungsvorwurf, da der

¹¹⁶⁷Bertrams, Haftung (2003), S. 115; Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 64; Semler/Wagner, NZG 2003, S. 553 (554).

Verstoß gegen diese formalen Vorschriften stets die Legalitätspflicht des Vorstands verletzt.

Auch für den Aufsichtsrat bringt die Ebene der Publikation Pflichten hervor. Das ergibt sich zum einen daraus, dass er den vom Vorstand vorzulegenden Jahres- bzw. Konzernabschluss zu prüfen hat und zum anderen aus seiner Überwachungspflicht. So kann der Aufsichtsrat unter Umständen pflichtwidrig handeln, wenn er gegen Pflichtverletzungen des Vorstands bei der Publikation nicht einschreitet.¹¹⁶⁸

¹¹⁶⁸Bertrams, Haftung (2003), S. 116.

Kapitel 3: Ist das Abweichen vom Kodex eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue?

In diesem Kapitel soll nun die Frage beantwortet werden, ob Handlungen der Organmitglieder im Rahmen der Unternehmensführung deshalb als Verstoß gegen die Sorgfalt des ordentlichen und gewissenhaften Organmitglieds zu bewerten sind, weil sie den inhaltlichen Anforderungen des Kodex widersprechen. Denn jeder Verstoß gegen das in diesem Maßstab enthaltene Pflichtenprogramm ist nach der hier vertretenen Auffassung zugleich eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue.¹¹⁶⁹ Es soll im Folgenden, wie bereits angedeutet (siehe oben Einleitung C), zwischen drei Fallgruppen unterschieden werden, in denen die mögliche Bindungswirkung des Kodex jeweils auf verschiedenen Geltungsgründen beruht. In

¹¹⁶⁹Durch die vorigen Ausführungen zur akzessorischen Bestimmung des Handlungsunwerts ist der Anknüpfungspunkt für den materiellrechtlichen Einfluss des Kodex auf die Untreuestrafbarkeit festgelegt: Er befindet sich auf der Ebene der zivilrechtlichen Verhaltensnormen, welche in ihrer Gesamtheit die Maßfigur des ordentlichen Geschäftsführers bzw. ordentlichen Aufsichtsrats ergeben. Der nach der wohl überwiegenden Ansicht für Verhaltenspflichten zu fordernde „Schutz-zweckbezug“ dürfte zwar bei vielen, aber nicht bei allen vom Kodex statuierten Pflichten gegeben sein. So dienen zum Beispiel die meisten Bestimmungen im Abschnitt über die Aktionäre und die Hauptversammlung nicht dem Schutz des Vermögens der AG.

Fallgruppe 1 stehen Abweichungen von Kodexbestimmungen im Mittelpunkt, die nicht durch eine positive Entsprechenserklärung nach § 161 AktG angenommen wurden. Fraglich ist, ob den Bestimmungen in diesen Fällen dennoch eine normative Ausstrahlungskraft auf das Pflichtenprogramm der Organmitglieder zukommt. Es geht also um eine das Pflichtenprogramm konkretisierende Wirkung des Kodex selbst. Fallgruppe 2 hingegen behandelt die Abweichung von durch positive Entsprechenserklärung angenommenen Bestimmungen. Es ist also die Bindungswirkung der Entsprechenserklärung zu untersuchen. In Fallgruppe 3 soll untersucht werden, inwiefern die Kodexanforderungen durch Akte gesellschaftsinterner Transformation für die Organmitglieder verbindlich werden können. Geltungsgrund ist hier also die auf Satzungs-, Geschäftsordnungs- und Vertragsautonomie beruhende Rechtssetzungsmacht der Aktiengesellschaft selbst. In allen drei Fallgruppen ist sowohl auf die Geltung von Empfehlungen als auch auf diejenige von bloßen Anregungen des Kodex einzugehen. Weitgehend unbeachtet sollen in diesem Kapitel, wie bereits angekündigt, nur Verstöße gegen diejenigen Kodexbestimmungen bleiben, die ohnehin geltendes Gesetzesrecht lediglich wiederholen. Denn sie können für die Untreuestrafbarkeit keinerlei Relevanz haben, da sich die Pflichtwidrigkeit insoweit unmittelbar aus dem Gesetz selbst ergibt.¹¹⁷⁰ Weicht der rechtsbeschreibende Teil des Kodex zwecks besserer Verständlichkeit und Übersetzbarkeit von der wirklichen Rechtslage ab, gilt nur das Gesetz, wie die Gerichte es auslegen.¹¹⁷¹ Die Konkretisierung der Sorgfalt des ordentlichen und gewissenhaften Organmitglieds kann, legt man die zuvor dargestellte weitere Aufklärung dieser Maßstabsfigur zugrunde, die Sorgfaltspflichten im weiteren Sinne, die Treuepflichten oder die Verschwiegenheitspflichten betreffen. Denn es hat sich gezeigt, dass die Kodexbestimmungen inhaltlich auf alle drei Arten von Sorgfaltspflichten bezogen sind. Die Frage ist also nicht, ob die Bestimmungen als Konkretisierung dieser Pflichten gedacht werden können, sondern ob sie letztlich konkretisierend wirken.

¹¹⁷⁰Derartige Verstöße können natürlich, wie *Sester*, in: Spindler/Stilz, § 161 Rn. 60 hervorhebt, nicht ihre Pflichtwidrigkeit durch die Offenlegung in einer Entsprechenserklärung verlieren. In Anbetracht der kraft § 93 Abs. 1 S. 1 AktG geltenden umfassenden Legalitätspflicht der Organmitglieder wird dementsprechend im Schrifttum eine zivilrechtliche Innenhaftung bei Verstoß gegen gesetzeswidergebende Kodexbestimmungen einhellig als unproblematisch angesehen, soweit der Gesellschaft ein Schaden entsteht. Siehe *Heck*, Haftungsrisiken (2006), S. 41; *Lutter*, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 1622; *Theusinger/Liese*, DB 2008, S. 1419 (1420).

¹¹⁷¹*Sester*, in: Spindler/Stilz, § 161 Rn. 22.

A) Fallgruppe 1: Das Abweichen von nicht nach § 161 AktG angenommenen Kodexbestimmungen

Ob Handlungen, die von nicht nach § 161 AktG angenommenen Kodexbestimmungen abweichen, Pflichtverletzungen im Sinne der Untreue sind, hängt also davon ab, ob der Kodex das Vorliegen dieses Tatbestandsmerkmals durch Ausstrahlung auf das für Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder geltende Pflichtenprogramm insofern beeinflusst, als der den Pflichtenmaßstab für Organmitglieder konkretisiert. Aus der Zielrichtung der deutschen Corporate Governance im Allgemeinen und des Regelungsgeflechts aus Kodex und § 161 AktG im Besonderen ergibt sich, dass es sich bei den Anforderungen des Kodex um Vorgaben handelt, deren Einhaltung zumindest aus Sicht der Kommission und des Bundesjustizministeriums erstrebenswert ist, weil sie den Grundsätzen verantwortungsvoller und nachhaltiger Corporate Governance entspricht. Dementsprechend wird im Schrifttum ganz überwiegend zumindest für möglich gehalten, dass Generalklauseln, wie die des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG als Einfallstor für die Kodexbestimmungen fungieren könnten.¹¹⁷² Das liegt daran, dass solche Generalklauseln sich generell für private Regelwerke zu öffnen scheinen.¹¹⁷³ Welche Pflichten sich im Einzelfall aus § 93 Abs. 1 S. 1 AktG herleiten lassen, wird, wie bereits erörtert, von Einzelfall zu Einzelfall durch eine komplexe Wertung ermittelt, die nicht nur das geschriebene Recht in den Blick nimmt, um aus abstrakt-generellen Normen einzelfallbezogene Verhaltenspflichten zu gewinnen. Vielmehr wird auch auf andere Rechts- und Rechtserkenntnisquellen zurückgegriffen, die abstrakt-generelle Verhaltensanforderungen enthalten. Zu diesen könnte theoretisch auch der Kodex gehören.

Hier zeigt sich erneut die Parallelität von Untreue- und Fahrlässigkeitsstrafbarkeit. Zur Gewinnung von Sorgfaltspflichten als Voraussetzung des Tatbestandsmerkmals „objektive Sorgfaltspflichtverletzung“ im Rahmen der Prüfung von Fahrlässigkeitsdelikten wird in Bezug auf die Herkunft solcher Sorgfaltspflichten häufig zwischen Sondernormen im engeren Sinne und Standards und Gepflogenheiten bestimmter Verkehrskreise differenziert.¹¹⁷⁴ Erstere ergeben sich aus Ge-

¹¹⁷²Bachmann, WM 2002, S. 2137 (2138); Becker, Haftung (2005), S. 150; Bertrams, Haftung (2003), S. 76; Ettiinger/Grützdieck, AG 2003, S. 353 (355); Hanfland, Haftungsrisiken (2006), S. 29; Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 47 ff.; Schlösser/Dörfler, wistra 2007, S. 326; Schüppen, ZIP 2002, S. 1269 (1271); Seibt, AG 2002, S. 249 (251); Seidel, ZIP 2004, S. 285 (290); Semler, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 31; Semler/Wagner, NZG 2003, S. 553 (557); Sester, in: Spindler/Stilz, § 161 Rn. 22; Ulmer, ZHR 166 (2002), S. 150 (166 f.); Ulmer, AcP 202 (2002), S. 143 (170). A. A.: Abram, NZG 2003, S. 307 (308); Körner, NZG 2004, S. 1148 (1149).

¹¹⁷³Bachmann, WM 2002, S. 2137 (2138). Dazu grundlegend Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln, 1971, S. 65 ff. 92 ff.

¹¹⁷⁴Siehe etwa Kudlich, in: Beck'scher Onlinekommentar zum StGB, § 15 Rn. 38 ff.

setzen, also aus geschriebenem Recht und sind grundsätzlich verbindlich, auch wenn aus ihrer Missachtung nicht zwingend auf einen Fahrlässigkeitsvorwurf geschlossen werden kann. Ihnen kommt, auch wenn in Einzelfällen Abweichungen erlaubt sein können, für die Bewertung von Handlungen als fahrlässig überragende Bedeutung zu.¹¹⁷⁵ Im Gegensatz hierzu ist die Gruppe der Standards und Gepflogenheiten bestimmter Verkehrskreise heterogen. Hierunter werden Vorschriften gefasst wie etwa die Regeln der FIS¹¹⁷⁶ für Ski- und Snowboardfahrer für das Verhalten auf entsprechenden Pisten oder die Regeln der Kunst bestimmter Berufsstände. Auch hierbei handelt es sich um Sorgfaltnormen im weiteren Sinne.

Da solche Standards allerdings nicht im Sinne einer ununterbrochenen Legitimationskette auf die vom Volk ausgehende Staatsgewalt zurückgeführt werden können, ist die Art ihrer Einwirkung auf Sorgfaltsmaßstäbe anders zu beurteilen als bei Sondernormen im engeren Sinne. Schließlich ist der Richter, der ein Verhalten zu beurteilen hat, nur dem Gesetz unterworfen. Bloße Standards werden im Gegensatz zu echten Sondernormen oft nur als Anhalts- oder Orientierungspunkt für die Bestimmung eines Sorgfaltsmaßstabs herangezogen. Insoweit kann man von ihnen auch als Rechtserkenntnisquelle sprechen: Das Recht selbst gibt vor, welche Pflichten bestehen, während die Standards nur dazu dienen, das Recht zu finden. Dass der Kodex eine eben solche Funktion erfüllen könnte, ist durchaus denkbar, da er ebenfalls ein bestimmtes Verhalten verlangt, das an generalklauselartigen Verhaltensmaßstäben zu messen ist. Problematisch ist im Hinblick auf den Kodex allerdings, dass im Schrifttum lediglich antizipiert wird, dass die Kodexbestimmungen (von den Gerichten) zur Konkretisierung des Sorgfaltsmaßstabs des ordentlichen und gewissenhaften Organmitglieds herangezogen werden könnten, dass aber ganz überwiegend keine Stellung dazu bezogen wird, ob dieses Heranziehen der Kodexbestimmungen auch erfolgen soll. Diese Frage muss daher geklärt werden.

I. Besteht eine Pflicht zur Befolgung der Kodexbestimmungen?

1. Die Kodexbestimmungen als geschriebenes Recht

Da die Organmitglieder der Aktiengesellschaft einer vollständigen Legalitätspflicht unterliegen und somit alle Rechtsnormen einzuhalten haben, wäre die Frage nach der Pflichtwidrigkeit der Abweichung vom Kodex leicht zu beantworten, wenn es sich bei den Kodexbestimmungen um Rechtsnormen handelte. Dies ist allerdings nicht der Fall.¹¹⁷⁷ Denn konstituierendes Merkmal einer jeden Rechtsnorm ist stets

¹¹⁷⁵Dagegen *Duttge*, in: MüKo-StGB, § 15 Rn. 116 ff.

¹¹⁷⁶Fédération International de Ski - Die 10 Regeln für das Verhalten von Ski- und Snowboardfahrern auf Skipisten sind einsehbar unter <http://www.fis-ski.com/de/fisintern/allgemeineregelnfis/10fisregeln.html>.

¹¹⁷⁷OLG München, Urteil vom 23.1.2008 - 7 U 3668/07=NZG 2008, S. 337 (338); OLG München, Urteil vom 6.8.2008 - 7 U 5628/07=NZG 2009, S. 508 (509); LG München I, Urteil vom 22.1.2007

ein Geltungsbefehl. Es kommt darauf an, ob eine bestimmte Verhaltensweise vorgenommen oder nicht vorgenommen werden soll. Hieran fehlt es bei den Kodexbestimmungen.¹¹⁷⁸ Ihnen kommt schon kein für die Geltung als Norm ausreichender Geltungsanspruch zu. Nach dem ausdrücklich geäußerten Willen des Gesetzgebers sollten die Bestimmungen „unverbindliche Verhaltensempfehlungen“ sein, die den Unternehmen weitgehende Abweichungsmöglichkeiten belassen.¹¹⁷⁹ Das erhellt unmittelbar aus der mit dem Kodex verknüpften Vorschrift des § 161 AktG, wo als Bezugnahme auf den Kodex gerade keine Geltungsanordnung gewählt wurde, sondern nur eine Offenlegungs- und Begründungsanordnung für Abweichungen. Diese kann von den Rechtsunterworfenen auch nicht als „konkludente“ Geltungsanordnung verstanden werden. Aus der Perspektive der angesprochenen Organmitglieder betrachtet, ergibt sich aus § 161 AktG nicht, dass der Kodex gelten soll, sondern nur, dass sie sich zu seiner Einhaltung erklären müssen.¹¹⁸⁰ Sogar der Kodex selbst stellt im Rahmen der Präambel klar, dass es den Organmitgliedern offen steht, von ihm abzuweichen. Schon wegen dieser Relativierung der im Kodex enthaltenen Verhaltensanforderungen können die Kodexbestimmungen nicht als Rechtsnorm angesehen werden. Die Organmitglieder sind also nicht ihrer umfassenden Legalitätspflicht wegen gehalten, den Kodex zu befolgen.

Etwas anderes ergibt sich, wie bereits erläutert (siehe oben Kap. 2 E II 3), auch nicht aus dem Verbot, die Gesellschaft zu schädigen. Hieraus kann die Pflichtwidrigkeit von Kodexabweichungen nicht hergeleitet werden. Das Argument, der Kapitalmarkt werde auf Kodexabweichungen negativ reagieren und

- 5 HKO 10614/07=NZG 2008, S. 150; *Bachmann*, WM 2002, S. 2137 (2138); *Bertrams*, Haftung (2003), S. 61; *Borges*, ZGR 2003, S. 508 (514 ff.); *Ettinger/Grützdieck*, AG 2003, S. 353 (355); *Hanfland*, Haftungsrisiken (2006), S. 62; *Heck*, Haftungsrisiken (2006), S. 47; *Kirschbaum/Wittmann*, JuS 2005, S. 1062 (1064); *Körner*, NZG 2004, S. 1148 (1149); *Ringleb*, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 43; *Schüppen*, ZIP 2002, S. 1269 (1271); *Seibt*, AG 2002, S. 249 (250); *Seibt* AG 2003, S. 465 (470); *Semler*, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 29 f.; *Sester*, in: Spindler/Stilz, § 161 Rn. 26; *Ulmer*, AcP 202 (2002), S. 143 (169).

¹¹⁷⁸OLG München, Urteil vom 23.1.2008 - 7 U 3668/07=NZG 2008, S. 337 (338); LG München I, Urteil vom 22.11.2007 - 5 HKO 10614/07=NZG 2008, S. 150; *Bachmann*, WM 2002, S. 2137 (2139); *Bertrams*, Haftung (2003), S. 64; *Ettinger/Grützdieck*, AG 2003, S. 353 (355); *Hanfland*, Haftungsrisiken (2006), S. 62; *Kirschbaum/Wittmann*, JuS 2005, S. 1064; *Ringleb*, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 51 ff.; *Seidel*, ZIP 2004, S. 285 (289); *Semler*, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 29 f. Nicht überzeugend ist es hingegen, die mangelnde Rechtsnormqualität der Kodexbestimmungen auf einen Verstoß gegen den Grundsatz der Volkssouveränität und Demokratie herzuleiten. Einem Gesetz, welches beispielsweise unter Missachtung der verfassungsorganschafflichen Rechte des Bundesrates zustande gekommen ist, kann man nicht die Rechtsnormqualität, sondern aufgrund seiner formellen Verfassungswidrigkeit lediglich die Geltung absprechen. So aber LG München I, Urteil vom 22. 11. 2007 - 5 HKO 10614/07 =NZG 2008, S. 150 (151).

¹¹⁷⁹Siehe die Begründung des Regierungsentwurfs zum TransPuG, BT-Drucks. 14/8769, S. 21.

¹¹⁸⁰OLG München, Urteil vom 23.1.2008 - 7 U 3668/07=NZG 2008, S. 337 (338); LG München I, Urteil vom 22. 11. 2007 - 5 HKO 10614/07=NZG 2008, S. 150 (151); *Hanfland*, Haftungsrisiken (2006), S. 63. Hieran ändert auch die Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger nichts. Siehe *Becker*, Haftung (2005), S. 23.

deshalb sei der Kodex einzuhalten, überzeugt nicht. Ein solcher Schluss stellt einen Widerspruch zum in § 161 AktG eindeutig geäußerten Willen des Gesetzgebers dar, die Befolgung des Kodex nicht vorzuschreiben und stattdessen Flexibilität den Vorzug zu geben und nur auf Transparenz zu setzen. Außerdem läge hierin eine unzulässige Einschränkung des unternehmerischen Beurteilungs- und Ermessensspielraums der Organmitglieder, da der Gesetzgeber offen gelegte Abweichungen vom Kodex ausdrücklich legalisiert hat, so dass die Entscheidung zwischen offen gelegter Abweichung und Einhaltung des Kodex als unternehmerische Entscheidung zu bewerten ist.

2. Die Kodexbestimmungen als ungeschriebenes Recht

a) Die Bestimmungen des Kodex als bloße Wiedergabe des Mindeststandards gebotener Sorgfalt

Obwohl sie kein geschriebenes Recht sind, wird den Bestimmungen des Kodex häufig zugetraut, sie könnten zur Konkretisierung des Sorgfaltsmaßstabs aus den §§ 93 Abs. 1 S. 1, 116 S. 1 AktG herangezogen werden und hätten insoweit eine normative Ausstrahlungskraft.¹¹⁸¹ Auch wenn dies nicht immer ausdrücklich vorgebracht wird, scheint diese Wertung aber nicht selten auf der Annahme zu beruhen, der Kodex spiegle ohnehin nur das wider, was ohnehin zum absoluten Mindeststandard gebotener unternehmerischer Sorgfalt gehört.¹¹⁸² Diese Annahme vermag angesichts des Inhalts der Kodexbestimmungen auch nicht weiter zu verwundern, da sie zumeist sehr einleuchtend sind. Die vorgeschlagenen Verhaltensweisen erscheinen zumindest auf den ersten Blick relativ selbstverständlich, so dass man durchaus davon ausgehen könnte, eine Abweichung müsse per se eine Pflichtverletzung sein. Dieser Eindruck wird dadurch noch verstärkt, dass die Erfüllung vieler Kodexbestimmungen keinen besonderen Aufwand zu erfordern scheint. Dies gilt zum Beispiel für die Offenlegung von Interessenkonflikten, die Gewährleistung regelmäßigen Kontakts des Aufsichtsratsvorsitzenden zum Vorstand und die nähere Festlegung der Berichtspflichten des Vorstands durch den Aufsichtsrat.

Obwohl dem Kodex kein Geltungsbefehl immanent ist, könnte eine normkonkretisierende Wirkung ihm also insofern beizumessen sein, als seine Bestimmungen lediglich diejenigen Verhaltensstandards wiedergeben, die ohnehin zum Mindestmaß der für Organmitglieder geltenden Sorgfalt gehören. Träfe dies zu, wäre der Kodex eine Rechtserkenntnisquelle. Ein kodexwidriges Verhalten wäre dann zwar nicht deshalb rechtswidrig, weil es gegen den Kodex verstößt. Es wäre aber dennoch pflichtwidrig, weil es gegen Mindeststandards verstößt, die ganz

¹¹⁸¹Berg/Stöcker, WM 2002, S. 1569 (1575 f.); Claussen/Brücker, DB 2002, S. 1199 (1205); Kirschbaum/Wittmann, JuS 2005, S. 1062 (1064); Schlitt, DB 2007, S. 326 (327); Seibt, AG 2002, S. 249 (251); Semler, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 31 f., 192; Ulmer, ZHR 166 (2002), S. 150 (166).

¹¹⁸²Siehe etwa Schlitt, DB 2007, S. 326 (327).

unabhängig vom Kodex ohnehin bestehen. Jede kodexwidrige Maßnahme wäre dann auch gleichzeitig eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue, weil die Einhaltung der Mindeststandards zur Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Organmitglieds gehört. Dies ist jedoch nicht der Fall. Die Kodexbestimmungen geben ganz überwiegend keine derart verbreitete Übung wieder, dass sie als Mindeststandard gelten können.¹¹⁸³

Was zum Mindeststandard unternehmerischer Sorgfalt gehört, ist Ergebnis einer normativen Wertung. Das heißt jedoch nicht, dass Faktisches hierbei vollständig ausgeblendet wird. Faktisches spielt vielmehr mittelbar durchaus eine Rolle. Hierin liegt eine Parallele zur Bestimmung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt i.S.d. § 276 BGB.¹¹⁸⁴ Zur Ermittlung des normativ Gebotenen wird in ganz erheblichem Maße auch die tatsächlich herrschende Praxis berücksichtigt.¹¹⁸⁵ Allerdings werden Unsitten, die sich in der Praxis eingeschlichen haben, nicht berücksichtigt, so dass zum Herausfiltern der zu berücksichtigenden tatsächlichen Übung und zum Ausscheiden von Unsitten erneut eine Wertung erforderlich ist.¹¹⁸⁶ Eine weitgehende faktische Verbreitung der im Kodex propagierten Standards könnte also mittelbar zu ihrer normativen Verbindlichkeit führen. Da die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Organmitglieds aber, ebenso wie die allgemein im Verkehr erforderliche Sorgfalt, stets einen Mindeststandard vorgibt bzw. ihn voraussetzt, wäre Voraussetzung für eine normative Bindungswirkung der Kodexbestimmungen, dass diese ebenfalls Mindeststandards enthalten.

Es reicht nicht aus, dass, wie es die Kodex-Kommission in Bezug auf die Empfehlungen annimmt, ein breiter Konsens darüber herrscht, dass der Kodex

¹¹⁸³Berg/Stöcker, WM 2002, S. 1569 (1571); Borges, ZGR 2003, S. 508 (517); Ettinger/Grützgediek, AG 2003, S. 353 (355); Hanfland, Haftungsrisiken (2006), S. 90; Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 51; Krieger, in: FS-Ulmer (2003), S. 365 (379); Sester, in: Spindler/Stilz, § 161 Rn. 60; Wolf, ZRP 2002, S. 59 (60). Vgl. auch Bachmann, WM 2002, S. 2137 (2138).

¹¹⁸⁴Vgl. Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 50.

¹¹⁸⁵Siehe etwa BGHZ 65, 304 (308) in Bezug auf die gebotene Sorgfalt eines Seemanns; BGHZ 66, 208 (210) zur gebotenen Sorgfalt bei der Versendung von Waren. Siehe auch Grüneberg, in: Palandt, § 276 Rn. 16.

¹¹⁸⁶Grüneberg, in: Palandt, § 276 Rn. 16. Man muss also berücksichtigen, dass es hier nicht um eine Unterscheidung des Normativen vom Empirischen geht. Das würde nämlich voraussetzen, dass alle Verhaltensmuster, die empirisch als allgemein verbreitet angesehen werden können, immanenter Bestandteil guter Unternehmensführung sind. Wie beispielsweise bei der Ermittlung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, muss man aber berücksichtigen, dass längst nicht alles, was verbreitet ist, dem rechtlich zu fordernden Standard genügt. Somit ist das Ermitteln von einzufordernder Sorgfalt niemals rein empirisch, sondern höchst normativ, weil bestimmt werden muss, welche der verbreiteten Praktiken auch eingehalten werden sollen. In gewisser Hinsicht empirisch ist das Herausarbeiten solcher Sorgfaltsmaßstäbe nur, weil aus dem Grad der Verbreitung von Verhaltensmustern unter Berücksichtigung der hierdurch erzielten Ergebnisse mittelbar darauf geschlossen wird, ob die Verhaltensweise allgemein nachgeahmt werden sollte. Hierdurch entstehen einzelne Rechtssätze, die sich als Bestandteil eines Sorgfaltsmaßstabes halten, wenn sie sich als nützlich erweisen oder zumindest das Gegenteil nicht bewiesen ist. Bei der Ermittlung eines Sorgfaltsmaßstabes besteht die Aufgabe dann darin, die einzelnen Rechtssätze zu finden und gegebenenfalls zusammenzufassen.

die „best practice“ der Unternehmensführung wiedergibt. Vielmehr müsste in faktischer Hinsicht ganz überwiegend zumindest ein dem Kodex entsprechendes Verhalten gang und gäbe sein. Es müsste sich zum Beispiel feststellen lassen, dass beim Abschluss von D&O Versicherungen ganz überwiegend zumindest ein Selbstbehalt von 10% der Schadenssumme vereinbart wird oder dass Abfindungscaps in Höhe von zwei Jahresgehältern in den allermeisten Fällen ausgehandelt werden. An den bisher vorliegenden empirischen Erhebungen kann man jedoch erkennen, dass dies gerade nicht der Fall ist.

Nur wenige Kodexanforderungen verlangen lediglich das, was man als absoluten Mindeststandard bezeichnen kann. Dies gilt zum Beispiel für Ziffer 5.2 Abs. 3 S. 1 DCGK. Dass der Aufsichtsratsvorsitzende regelmäßigen Kontakt zum Vorstand hält, wird man als das Mindeste ansehen müssen, was von einem Aufsichtsratsvorsitzenden verlangt werden kann. Ein Aufsichtsratsvorsitzender, der es dazu kommen lässt, dass der Kontakt zum Vorstand bloß unregelmäßig gegeben ist, verstößt gegen die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Überwachers im Sinne der §§ 93 Abs. 1 S. 1, 116 S. 1 AktG. Die entsprechende Praxis des regelmäßigen Kontakts zum Vorstand ist in tatsächlicher Hinsicht derart verbreitet, dass auch von einer normativen Pflicht zur Nachahmung auszugehen ist. Somit liegt im Unterlassen einer regelmäßigen Kontaktaufnahme per se eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue. Ob hierdurch letztlich ein Schaden entsteht, ist eine andere Frage. Die Schaffung einer unerlaubten Gefahr in Richtung auf das Vermögen der Gesellschaft liegt aber in jedem Fall vor.

Ein weiteres Beispiel für solche Minimalanforderungen des Kodex sind die Bestimmungen, die die Organmitglieder zur Offenlegung von Interessenkonflikten anhalten, also die Ziffern 4.3.4 S. 1 und 5.5.2 S. 1 DCGK. Eine solche Pflicht ergibt sich als Mindestverpflichtung aus der organschaftlichen Treuepflicht.¹¹⁸⁷ Es handelt sich zwar um einen ungeschriebenen, aber dennoch um einen ganz allgemein anerkannten Standard der ordentlichen Unternehmensführung. Unterlässt ein Organmitglied es, einen Interessenkonflikt offenzulegen, verstößt es stets gegen die in den §§ 93 Abs. 1 S. 1, 116 S. 1 AktG angesprochene Sorgfalt und begeht damit eine Pflichtverletzung im Sinne des § 266 StGB.

Für alle anderen Empfehlungen des Kodex und erst recht für seine Anregungen kann eine in tatsächlicher Hinsicht ganz überwiegende Befolgung jedoch nicht angenommen werden. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den Ergebnissen der bereits angesprochenen, bisherigen empirischen Untersuchungen. Zwar liegt die Befolgungsquote bei den Empfehlungen bei über 80%. Aber selbst die am meisten befolgten Empfehlungen, wie etwa die der Ziffer 4.2.5 S. 1 DCGK, der zufolge die Offenlegung der Organvergütung in einem Vergütungsbericht als Teil des Corporate Governance Berichts erfolgen soll, oder die der Ziffer 4.2.3 Abs. 6 DCGK, der zufolge der Aufsichtsratsvorsitzende die Hauptversammlung über die

¹¹⁸⁷Habersack, in: MüKo-AktG, § 100 Rn. 69; Hopt, in: Großkomm.-AktG, § 93 Rn. 185; Spindler, in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 92 jeweils m.w.N.

Grundzüge des Vergütungssystems und deren Veränderung informieren soll, werden nicht in allen Börsensegmenten mit einer derartig hohen Quote befolgt.¹¹⁸⁸ Vielmehr kommen Befolungsquoten, die über 90% hinausreichen zumeist dadurch zustande, dass in bestimmten Börsensegmenten (insbesondere im DAX) enorm hohe Befolungsquoten vorliegen, während in anderen (insbesondere im General Standard) Quoten von nur etwa 75 bis 80% die Regel sind. Von einer einheitlichen Übung börsennotierter Aktiengesellschaften kann also nicht gesprochen werden.

Die Entscheidung, ob den Kodexbestimmungen gefolgt wird, stellt sich ganz überwiegend als Zweckmäßigkeitentscheidung dar. Es mag durchaus von Vorteil sein, z.B. die Berichtspflichten des Vorstands näher festzulegen oder Eigengeschäfte des Vorstands einem Zustimmungsvorbehalt zu unterwerfen, wie es der Kodex fordert. Die Komplexität der Unternehmensführung erschwert jedoch insofern die Formulierung absoluter Mindeststandards, als es für einzelne Situationen häufig unterschiedliche Corporate Governance Vorschläge gibt.¹¹⁸⁹ So ist zum Beispiel bisher keine Einigkeit darüber erzielt worden, ob Organmitglieder Aktien des eigenen Unternehmens erwerben sollten. Außerdem unterliegt die Unternehmensführung häufigen, kurzfristigen Änderungen, so dass eine gleichmäßige Verbreitung bestimmter Verhaltensweisen eher fern liegend ist.¹¹⁹⁰ Dass im Bereich Corporate Governance ganz überwiegend im Sinne des Kodex entschieden wird, dass also die Zweckmäßigkeitserwägungen der Kodex-Kommission vorbehaltlos akzeptiert werden, ist nicht ersichtlich.

Dies könnte sich in Zukunft jedoch durchaus ändern.¹¹⁹¹ Problematischer Weise wird im Schrifttum teilweise nicht danach differenziert, ob eine Normkonkretisierung durch Kodexbestimmungen erst dann stattfinden kann, wenn sich der Kodex in der Praxis ganz überwiegend durchgesetzt hat oder ob dies auch jetzt schon geschehen kann. Dass Ersteres der Fall ist, wird man unproblematisch bejahen können. Da die nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG gebotene Sorgfalt in erheblichem Maße von der vorherrschenden tatsächlichen Übung beeinflusst wird, können die momentan noch weit über das Mindestmaß der erforderlichen Sorgfalt hinausgehenden Anforderungen des Kodex zu rechtlich verbindlichen Maßstäben erstarken, so dass der Kodex letztlich induktiv zu einer Erhöhung der unternehmerischen Sorgfalt führt. Dass dies geschieht, ist in Anbetracht der großen Akzeptanz des Kodex auch mehr als wahrscheinlich.

Mit einer derartigen Normbildung ist nicht zuletzt der gebotene Schutz schutzwürdigen Vertrauens angesprochen. Eine stetig steigende Akzeptanz des Kodex muss zwangsläufig dazu führen, dass die Rechtsunterworfenen mehr und mehr davon ausgehen, der Kodex werde eingehalten. Dies führt allerdings dazu,

¹¹⁸⁸Siehe *v. Werder/Talanlicar*, DB 2009, S. 689 (690 ff.).

¹¹⁸⁹*Hanfland*, Haftungsrisiken (2006), S. 74.

¹¹⁹⁰*Borges*, ZGR 2003, S. 508 (517).

¹¹⁹¹*Hanfland*, Haftungsrisiken (2006), S. 29.

dass sie auf bestimmte Selbstschutzmechanismen, wie etwa im Rahmen der gesellschaftsinternen Normsetzung, verzichten. Das den Organmitgliedern zunehmend entgegengebrachte Vertrauen wird dann dadurch geschützt, dass der Kodex mehr und mehr zum Mindeststandard erstarkt. Die Abweichungsmöglichkeit wird also mit der Zeit immer theoretischer. Hiergegen ist prinzipiell auch nichts einzuwenden. Ist der Gesetzgeber mit auf eine solche Art und Weise entstandenen Verhaltensnormen nicht einverstanden, kann er eine normative Gegenkorrektur vornehmen. Hält er die Verhaltensmaßstäbe für besonders wertvoll, kann er ihre Geltung festigen, indem er sie in Gesetzesform gießt.

Dass eine solche Normbildung in Zukunft stattfinden kann, ändert allerdings nichts an der Tatsache, dass sie bisher noch nicht stattgefunden hat. Die Kodexbestimmungen stellen also keine bloße Wiedergabe des Mindeststandards der gebotenen Sorgfalt dar. Insoweit kann der Kodex also noch nicht einmal als Rechtserkenntnisquelle dienen. Dies deckt sich mit der Klarstellung im Rahmen der Präambel des Kodex, der zufolge die Organmitglieder vom Kodex abweichen können, solange sie dies offen legen und mit der Intention der Kodex-Kommission, die Unternehmensführung durch Aufzeigen der jeweiligen optimalen Verhaltensweisen zu verbessern und nicht lediglich geltende Standards darzustellen.¹¹⁹² Eine normkonkretisierende Wirkung des Kodex wäre hiermit nicht zu vereinbaren.

b) Wirkung eines Handelsbrauchs

In Erwägung gezogen wird vielfach eine Rechtswirkung des Kodex als Handelsbrauch i.S.d. § 342 HGB.¹¹⁹³ Nach dieser Vorschrift ist unter Kaufleuten „in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen“. Ein Handelsbrauch in diesem Sinne ist eine besondere Form der Verkehrs-sitte im Bereich des Handels.¹¹⁹⁴ Handelsbräuche sind einerseits mehr als eine bloß faktische Übung, andererseits aber auch keine Rechtsnorm. Ihnen kommt eine „normative Wirkung sui generis“ zu und dementsprechend ist in § 346 HGB auch von „geltenden Handelsbräuchen“ die Rede. Es handelt sich nicht um eine „Rechtsgeltung“ im eigentlichen Sinne. Im Gegensatz zu Rechtsnormen erreichen Handelsbräuche eine Rechtswirkung nicht durch direkte Bindung der Gerichte, sondern als soziale Norm des täglichen Lebens mittelbar über § 346 HGB.

¹¹⁹²Spindler, in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 31. So auch LG München I, Urteil vom 22. 11. 2007 - 5 HKO 10614/07 Leitsatz 1=NZG 2008, S. 150; LG Krefeld, Urteil vom 20. 12. 2006 - 11 O 70/06.

¹¹⁹³Bachmann, WM 2002, S. 2137 (2138); Bertrams, Haftung (2003), S. 67; Hanfland, Haftungsrisiken (2006), S. 73; Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 47; Peltzer, NZG 2002, S. 10 (11).

¹¹⁹⁴K. Schmidt, in: MüKo-HGB, § 346 Rn. 1 m.w.N.

Nach zutreffender Ansicht kommt dem Kodex eine solche Wirkung jedoch nicht zu.¹¹⁹⁵ Voraussetzung des Tatbestands „Handelsbrauch“ ist eine tatsächliche Übung über einen ausreichenden Zeitraum.¹¹⁹⁶ Sie muss sich zu einer Verhaltenserwartung des entsprechenden Verkehrskreises gefestigt haben.¹¹⁹⁷ Eine derartige längerfristige Übung kann den Verhaltensanforderungen des Kodex nicht generell bescheinigt werden.¹¹⁹⁸ Sie könnte nur vorliegen, wenn die Bestimmungen des Kodex tatsächlich schon ganz überwiegend eingehalten werden.¹¹⁹⁹

Dass dies nicht zutrifft, wurde bereits erörtert und hat seinen Grund darin, dass wegen der Komplexität der Unternehmensführung für bestimmte Situationen oft verschiedene Vorgehensweisen als gute Corporate Governance angesehen werden können. Auch die zuvor angesprochenen, häufigen und kurzfristigen Änderungen der Bedürfnisse im Bereich Corporate Governance sprechen gegen eine gleichmäßige Übung.¹²⁰⁰ Zudem muss ein Handelsbrauch sich durch freiwillige Übung bilden, was angesichts des durch § 161 AktG erzeugten faktischen Befolungsdrucks im Falle der Kodexbestimmungen zumindest angezweifelt werden kann.¹²⁰¹

Von der derzeitigen Möglichkeit der Einordnung von Kodexbestimmungen als Handelsbrauch ist allerdings die Frage zu unterscheiden, ob sie in Zukunft zu Handelsbräuchen erstarken können.¹²⁰² Von großen Teilen des Schrifttums wird eine zukünftige Geltung der Kodexbestimmungen als Handelsbrauch prophezeit.¹²⁰³ Dem wird man zumindest für die hier in Frage stehenden Bestimmungen des Kodex, welche Pflichten der Organmitglieder enthalten, nicht folgen können.¹²⁰⁴ Denn schon in funktionaler Hinsicht kommen sie kaum als Handels-

¹¹⁹⁵Bachmann, WM 2002, S. 2137 (2138); Berg/Stöcker, WM 2002, S. 1569 (1571); Bertrams, Haftung (2003), S. 69; Borges, ZGR 2003, S. 508 (516); Ettinger/Grützdiel, AG 2003, S. 353 (355); Hanfland, Haftungsrisiken, S. 73; Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 48; Lutter, in: FS-Huber (2006), S. 871 (872); Seibt, AG 2002, S. 249 (251); Semler, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 32; Spindler, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 8; Ulmer, ZHR 166 (2002), S. 150 (159 f.); a.A. Peltzer, NZG 2002, S. 10 (11).

¹¹⁹⁶Siehe schon RGZ 110, 47 (48); BGH NJW 1952, S. 257; BGH NJW 1994, S. 659 (660); BGH WM 1984, S. 1000 (1002). Siehe auch Baumbach/Hopt, § 346, Rn. 1.

¹¹⁹⁷K. Schmidt, in: MüKo-HGB, § 346 Rn. 13.

¹¹⁹⁸Bachmann, WM 2002, S. 2137 (2138); Bertrams, Haftung (2003), S. 69; Hanfland, Haftungsrisiken, S. 74; Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 48; Kirschbaum/Wittmann, JuS 2005, S. 1062 (1064); Lutter, in: FS-Huber (2006), S. 871 (872); Seibt, AG 2002, S. 249 (251); Semler, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 33; Spindler, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 8; Ulmer, ZHR 166 (2002), S. 150 (160). A. A. Becker, Haftung (2005), S. 47.

¹¹⁹⁹Hanfland, Haftungsrisiken (2006), S. 74.

¹²⁰⁰Borges, ZGR 2003, S. 508 (517); Hanfland, Haftungsrisiken (2006), S. 74.

¹²⁰¹Spindler, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 8.

¹²⁰²Hanfland, Haftungsrisiken (2006), S. 75.

¹²⁰³Bachmann, WM 2002, S. 2137 (2138); Berg/Stöcker, WM 2002, S. 1569 (1571); Bertrams, Haftung (2003), S. 70; Ettinger/Grützdiel, AG 2003, S. 353 (355); Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 48; Seibt, AG 2002, S. 249 (251); Semler, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 33; Ulmer, ZHR 166 (2002), S. 150 (158).

¹²⁰⁴Hanfland, Haftungsrisiken (2006), S. 74.

brauch in Betracht, weil zwar die Aktiengesellschaften selbst¹²⁰⁵, nicht jedoch die Organmitglieder, Kaufleute sind¹²⁰⁶ und Handelsbräuche nur zwischen Kaufleuten bei Abschluss eines Handelsgeschäfts gelten. Als Regelungen eines Handelsgeschäfts können die Empfehlungen und Anregungen nicht gedacht werden, da es sich um Verhaltensanweisungen für die gesellschaftsinterne Organtätigkeit handelt, wie etwa über die Zusammenarbeit zwischen Aufsichtsrat und Vorstand, über die Vergütung der Vorstandsmitglieder und über die Einberufung der Hauptversammlung. Die normativen Wirkungen von Handelsbräuchen können den Kodexbestimmungen also weder in der Gegenwart, noch in der Zukunft beigemessen werden.

c) Wirkung eines Schutzgesetzes oder einer Verkehrspflicht

Da die Organmitglieder im Rahmen der externen Pflichtenbindung auch dafür zu sorgen haben, dass ihr Handeln mit den für die Gesellschaft als solche geltenden Normen in Einklang steht, könnten die Kodexbestimmungen die Sorgfalt des ordentlichen und gewissenhaften Organmitglieds insofern konkretisieren, als es sich bei ihnen um Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB oder um Verkehrspflichten im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB handelt. Denn die Verletzung eines Schutzgesetzes, das Pflichten der Gesellschaft selbst enthält, stellt ebenso ein rechtswidriges Verhalten der Gesellschaft dar wie die Nichterfüllung einer sie selbst treffenden Verkehrspflicht. Die Nichtbeachtung von Schutzgesetzen durch die Organmitglieder, insbesondere die des Vorstands, kann wegen der Organpflicht, für legales Verhalten der Gesellschaft zu sorgen (externe Pflichtenbindung) also auch eine Pflichtverletzung der Organmitglieder begründen. Richtiger Ansicht nach handelt es sich bei den Kodexbestimmungen aber nicht um Schutzgesetze.¹²⁰⁷ Unter Schutzgesetzen versteht man Rechtsnormen, die zumindest auch dazu dienen sollen, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise vor der Verletzung eines bestimmten Rechtsguts zu schützen.¹²⁰⁸ Mindestvoraussetzung ist also, dass es sich um eine Rechtsnorm handelt. Auch ein Schutzgesetz setzt eine Geltungsanordnung voraus. Diese liegt, wie zuvor erörtert, bei den Kodexbestimmungen gerade nicht vor. Mangels Rechtsnormqualität können die Kodexbestimmungen also keine Schutzgesetze sein.

Auch um Verkehrspflichten handelt es sich bei den Bestimmungen des Kodex nicht.¹²⁰⁹ Verkehrspflichten kommen im Deliktsrecht zwei verschiedene Funktionen zu: Im Falle eines Unterlassens dienen sie dazu, eine Haftung zu begründen

¹²⁰⁵Die Aktiengesellschaft ist Formkaufmann nach den §§ 6 Abs. 1 HGB, 3 Abs. 1 AktG.

¹²⁰⁶*Canaris*, Handelsrecht, § 2 Rn.18.

¹²⁰⁷*Abram*, ZBB, 2003, S. 41 (45); *Bachmann*, WM 2002, S. 2137 (2142); *Berg/Stöcker*, WM 2002, S. 1569 (1578); *Bertrams*, Haftung (2003), S. 254; *Eitinger/Grützdiel*, AG 2003, S. 353 (358 f.); *Hanfland*, Haftungsrisiken (2006), S. 92; *Körner*, NZG 2004, S. 1148 (1150); *Seibt*, AG 2002, S. 249 (256); *Ulmer*, ZHR 166 (2002), S. 150 (168); *Ulmer*, AcP 202 (2002), S. 143 (171).

¹²⁰⁸Siehe etwa *Sprau*, in: Palandt, § 823 Rn. 57.

¹²⁰⁹*Hanfland*, Haftungsrisiken (2006), S. 80.

und im Falle einer mittelbaren Rechtsgutsverletzung sollen sie die Haftung begrenzen.¹²¹⁰ Dementsprechend muss eine Verkehrspflicht stets als Pflicht zum Schutze eines in einer bestimmten Anspruchsgrundlage, wie etwa § 823 Abs. 1 BGB, geschützten Rechtsguts gedacht werden können. Für die Bestimmungen des Kodex bedeutet dies mangels anderer einschlägiger Anspruchsgrundlagen, dass sie nur insofern Verkehrspflichten sein können, als sie sich als zum Schutz eines in § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsguts der (potenziellen) Aktionäre bestimmte Pflicht denken lassen. Hieran fehlt es den Kodexbestimmungen.¹²¹¹ Zwar dienen einige Kodexbestimmungen durchaus dem Interesse der Aktionäre. Sie bezwecken aber einen allgemeinen Vermögensschutz, während das Vermögen als solches nicht in § 823 Abs. 1 BGB genannt wird und auch kein sonstiges Recht im Sinne dieser Vorschrift darstellt. In Erwägung ziehen könnte man, dass die Kodexbestimmungen Verkehrspflichten zum Schutze des in Aktien verkörperten Mitgliedsschaftrechts der Aktionäre als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB sind. Geschützt ist die Gesellschafterstellung deliktsrechtlich aber nur gegen Angriffe, die sich gegen den Bestand der Mitgliedschaft oder den Bestand der aus ihr folgenden Rechte und Betätigungsmöglichkeiten von erheblichem Gewicht richten.¹²¹² Es muss also stets der Kern der Mitgliedschaft gefährdet sein. Somit können die Kodexbestimmungen nur Verkehrspflichten sein, soweit bei ihrer Missachtung die Gesellschafterstellung der Aktionäre und die aus ihr folgenden Mitsprache- und Informationsrechte verletzt zu werden drohen. Dies ist jedoch nicht der Fall. Der Empfehlungs- und Anregungsteil des Kodex enthält aktionärschützende Verhaltensanweisungen, die weit über das hinausgehen, was die Aktionäre aufgrund ihrer Gesellschafterstellung verlangen können. Hält man die Empfehlungen des Kodex insoweit nicht ein, macht man den Aktionären also keinesfalls ein Recht streitig, auch wenn die Einhaltung des Kodex für sie sehr vorteilhaft wäre. Außerdem ist keine Situation denkbar, in der eine Abweichung vom Kodex die Gesellschafterstellung derart entwertet, dass sie in ihrem Kern angetastet wird. Werden zum Beispiel entgegen Ziffer 2.3.3 S. 2 DCGK keine Vorkehrungen getroffen, um die Aktionäre bei der Stimmrechtsvertretung zu unterstützen oder ermöglicht die Gesellschaft ihnen entgegen Ziffer 2.3.4 DCGK nicht, die Hauptversammlung über das Internet zu verfolgen, wird man darin kaum eine Entwertung der Gesellschafterstellung erblicken können, da alle aus ihr folgenden Rechte immer noch ausgeübt werden können.

d) Der Kodex als „sekundäre Rechtsquelle“?

Es wurde bereits angesprochen, dass die ambivalente Haltung des Gesetzgebers zu den Bestimmungen des Kodex eine Einordnung in die hergebrachten Katego-

¹²¹⁰Medicus, Bürgerliches Recht, Rn. 642 ff.; Spindler, in: Bamberger/Roth, § 823 Rn. 23; Sprau, in: Palandt, § 823 Rn.

¹²¹¹Hanfland, Haftungsrisiken (2006), S. 80.

¹²¹²Sprau, in: Palandt, § 823 Rn. 21.

rien der Rechtsquellenlehre wenig aussichtsreich erscheinen lässt. Aus diesem Grund soll hier kurz auf einen Ansatz eingegangen werden, der diese Kategorien um eine weitere bereichern will. Abweichend von der in der Rechtsquellenlehre vorherrschenden Einteilung in Rechtsquellen und bloße Rechtserkenntnisquellen ist kürzlich von Möllers der Begriff der „sekundären Rechtsquellen“ entwickelt worden.¹²¹³ Traditionell wird nur Rechtsquellen rechtsverbindliche Geltung beigemessen, während Rechtserkenntnisquellen allenfalls faktische Wirkung zukommen kann. Möllers geht davon aus, dass die Rechtsquellenlehre insofern defizitär ist, als sie nur zwischen verbindlichem „hard law“ und unverbindlichem „soft law“ bzw. zwischen Rechtsgeltung und Faktizität differenziert und die Rechtswirklichkeit nur unzureichend abbildet. Die Mangelhaftigkeit der Abbildung liege darin, dass maßstabsbildende Quellen wie etwa Gerichtsentscheidungen, Verwaltungsvorschriften und privater Rechtssetzung entstammende Regelwerke ganz überwiegend eingehalten werden und dies sich in der Rechtsquellenlehre nicht widerspiegeln.

Auch der Kodex wird, wie zuvor erörtert wurde, weit überwiegend eingehalten. Somit könnte er eine sekundäre Rechtsquelle im Sinne des Ansatzes von Möllers darstellen. Sekundäre Rechtsquellen sind nach dem Konzept Möllers solche, die sich auf das Gesetz oder zumindest staatliche Gewalt beziehen und gegenüber Gesetzesrecht nachrangig und nicht immer allgemeinverbindlich sind. Sie sollen Gerichte weniger stark binden als Gesetze und Rechtsverordnungen. Sie seien aber auch nicht bloßes „soft law“, weil sie Rechtswirkungen erzeugten. Letztere lägen zunächst in einer Pflicht der Gerichte, sich mit der Quelle zu befassen. Des Weiteren könne sekundären Rechtsquellen eine Vermutungswirkung und unter Umständen die Erzeugung eines Vertrauenstatbestandes für den Bürger beigemessen werden. Welche Rechtswirkungen im Einzelnen anzunehmen sind, soll nach diesem Konzept mittels eines sog. „beweglichen Systems“ ermittelt werden: Verschiedene Kriterien wie etwa „Dauerhaftigkeit“ der Quelle, allgemeine Akzeptanz und Autorität der zuständigen Stelle sollen derart abgewogen werden, dass der Quelle hohe Verbindlichkeit, wie z.B. bei einer Vermutungswirkung, beigemessen wird, wenn viele dieser Kriterien vorliegen und eher geringe Verbindlichkeit im Sinne von „soft law“, wenn die Kriterien in geringerem Maße erfüllt sind.

Für private Regelwerke wie den Kodex, für die der Gesetzgeber keine Geltungsanordnung durch Verweisung geschaffen hat und die vom Gesetzgeber auch nicht mit einer gesetzlichen Vermutungswirkung ausgestattet worden sind, gelte es, Kategorien zu finden, „die jenseits staatlicher Durchsetzung und Freiwilligkeit die Verbindlichkeit von Standards begründen“. Es seien „Feinabstufungen“ zu entwickeln, die hinter der Bindungswirkung „klassischer“ Rechtsakte zurückbleiben. Als Anlass für eine solche Berücksichtigung könnten sog. „Inklusionsnormen“ dienen, die aber nicht nur in Verweisungsnormen zu sehen seien, sondern

¹²¹³Möllers, in: FS-Buchner (2009), S. 649.

auch in jeder „staatlich initiierten Selbstregulierung“. Zu Recht sieht *Möllers* in § 161 AktG eine solche Inklusionsnorm, die ausreicht, um den Kodex als „sekundäre Rechtsquelle“ anzusehen. Wendet man das „bewegliche“ System auf den Kodex an, liegt es angesichts der großen fachlichen Autorität der Kodex-Kommission, seiner Dauerhaftigkeit und großen Akzeptanz nahe, eine Vermutungswirkung des Kodex insofern anzunehmen, als kodexgemäßes Verhalten die Vermutung der Pflichtgemäßheit trägt. Dagegen spricht allerdings, dass die Baums- und die Kodex-Kommission sowie der Gesetzgeber eine Rechtsvermutungswirkung des Kodex als Möglichkeit in Betracht gezogen, sie letztlich aber bewusst verworfen haben (dazu sogleich). Eine solche Vermutungswirkung widerspricht also dem Willen des Gesetzgebers und ist daher nicht anzuerkennen. Allerdings käme nach dem System von *Möllers* immer noch eine Befassungspflicht der Gerichte in Betracht. Es müsste dann als Pflicht des Richters angesehen werden, in rechtlichen Fragen der Corporate Governance den Kodex zumindest zu beachten und in die rechtlichen Erwägungen einzubeziehen.

Ob die Argumente für das Konzept der „sekundären Rechtsquelle“ zwingend für eine Aufhebung der Dichotomie von Rechts- und Rechtserkenntnisquellen sprechen, kann hier nicht abschließend beurteilt werden. Gegen eine neue, zwischen Rechts- und Rechtserkenntnisquellen liegende Kategorie spricht allerdings, dass die verfassungsrechtlichen Grundsätze der Volkssouveränität und der richterlichen Unabhängigkeit durch ihre Anerkennung in beträchtlichem Maße tangiert sind. Auch wenn solchen sekundären Rechtsquellen keine besonders starke Bindungswirkung beigemessen wird, bedeutet eine zwischen den Rechts- und den Rechtserkenntnisquellen anzusiedelnde Kategorie dennoch eine Öffnung des Rechts für Normen, die sich nicht auf den Willen des Volkes zurückführen lassen. Jede Rechtswirkung privater Regelwerke, die über eine freiwillige Selbstbindung der Gerichte hinausgeht (dazu sogleich), ist angesichts der ihrem Wortsinn nach keine Ausnahme duldenden Aussage des Art. 97 Abs. 1 GG, Richter seien nur dem Gesetz unterworfen, problematisch. Wendet man das Konzept von *Möllers* auf den Kodex an, besteht eine Pflicht der Gerichte, die Bestimmungen des Kodex zumindest zu beachten. Es wird sich im Folgenden zeigen, dass eine solche Befassung in vielen Fällen bereits geschehen ist, wenn auch auf freiwilliger Basis. Aber eine Pflicht, sich mit dem Kodex zu befassen, ist nach der hier vertretenen Auffassung nicht sachgerecht und stellt eine Verletzung des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der richterlichen Unabhängigkeit dar. Daher kann eine Befassungspflicht nach der hier vertretenen Auffassung nur vorliegen, soweit sich Verfahrensbeteiligte auf den Kodex berufen. Sie folgt dann allerdings aus dem Grundrecht auf die Gewährung rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG und nicht aus der Rechtsnatur des Kodex als sekundäre Rechtsquelle.

e) freiwillige Selbstbindung der Gerichte an außerrechtliche Normen?

Unmittelbar zuvor wurde die freiwillige Selbstbindung der Gerichte an außerrechtliche Standards angesprochen. Dieser Modus der Berücksichtigung privater Regelwerke, der in der Rechtsprechung alles andere als eine Seltenheit ist, könnte auch für die Bestimmungen des Kodex relevant sein. Die freiwillige Selbstbindung zeichnet sich dadurch aus, dass zur näheren Bestimmung eines rechtlichen Maßstabes, wie etwa eines Sorgfaltsmaßstabes, auf Verhaltensanweisungen und Standards zurückgegriffen wird, die von privaten Gremien oder Vereinigungen erarbeitet und als allgemein gültige Maßstäbe propagiert werden. Als Beispiele für solche Regeln seien hier die Regeln für Ski- und Snowboardfahrer der FIS¹²¹⁴ für das Verhalten auf den entsprechenden Pisten genannt, die strukturell den Grundregeln des Straßenverkehrsrechts stark ähneln. Sie werden von der Rechtsprechung mittlerweile als sog. Verkehrsregeln zur Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabes herangezogen, an dem das Verhalten von Ski- und Snowboardfahrern zu messen ist¹²¹⁵, was für zivilrechtliche Haftungsprozesse, aber auch für Strafverfahren mit Bezug zur fahrlässigen Körperverletzung und Tötung von kaum zu überschätzender Relevanz ist. Ob es sich bei den Regeln mittlerweile schon um Gewohnheitsrecht handelt oder nicht, lässt sich kaum beurteilen. Aus den einschlägigen höchstrichterlichen Entscheidungen ergibt sich teilweise, dass die FIS-Regeln von den Gerichten zugrunde gelegt werden, weil unter den betroffenen Wintersportlern die schützenswerte Erwartung besteht, andere werden die Regeln ebenfalls einhalten. Jedenfalls wird allgemein davon ausgegangen, dass diese Regeln zur Konkretisierung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt herangezogen werden können.¹²¹⁶

In der Sache kann es sich letztlich, sollte kein Gewohnheitsrecht vorliegen, nur um eine freiwillige Selbstbindung der Gerichte handeln, die auf der Anerkennung der fachlichen Autorität der FIS und der weitreichenden Verbreitung ihrer Regeln beruht und bei der sich die Gerichte stets vorbehalten, im Einzelfall auch regelkonforme Verhaltensweisen als unerlaubte Gefahrschaffungen zu bewerten und umgekehrt auch regelwidriges Verhalten als noch sorgfaltsgemäß anzusehen. Idealtypischer Weise dienen die Regeln also nur als Rechtserkenntnisquelle, da bei jeder Anwendung von neuem zu prüfen ist, ob sie wirklich die im Verkehr erforderliche Sorgfalt widerspiegeln. Faktisch betrachtet, besteht bei einer solchen freiwilligen Selbstbindung jedoch letztlich kein gravierender Unterschied zwischen

¹²¹⁴Fédération International de Ski - Die 10 Regeln für das Verhalten von Ski- und Snowboardfahrern auf Skipisten sind einsehbar unter <http://www.fis-ski.com/de/fisintern/allgemeineregelnfis/10fisregeln.html>.

¹²¹⁵Siehe etwa BGHZ 58, 40; OLG Hamm, Urteil vom 5. 11. 2008, 13 U 81/08=NJOZ 2009, S. 1395; OLG Dresden, VersR 2004, S. 1567 (1568); OLG Hamm, NJW-RR 2001, S. 1537 (1538); OLG Frankfurt, VersR 1995, S. 544.

¹²¹⁶Siehe etwa *Spindler*, in: Beckscher Onlinekommentar zum BGB, § 823 Rn. 405; *Heermann-Goetze*, NJW 2003, S. 3253.

den privaten Regelwerken und echten Gesetzen, da Ausnahmen von der Selbstbindung nur selten gemacht werden.

Ähnlich, wenn auch auf einem völlig anderen Sachgebiet erfolgend, stellt sich die Berücksichtigung der Normen des DIN¹²¹⁷ durch die Rechtsprechung dar. Auch sie werden zur Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe wie „im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ oder „Stand der Technik“ herangezogen. Auch DIN-Normen sind keine Rechtsnormen, sondern private technische Regelungen mit Empfehlungscharakter und die Rechtsprechung wird nicht müde, dies zu betonen.¹²¹⁸ Dennoch sieht sie sie als zur Bestimmung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt und des Standes der Technik besonders geeignet an, was vor allem auf der fachlichen Autorität des einzig und allein für Normung zuständigen DIN beruht.¹²¹⁹ Dass es sich um eine freiwillige Selbstbindung der Gerichte handelt, wird hier allerdings noch deutlicher als bei den FIS-Regeln. Die Rechtsprechung betont immer wieder, dass es ihr freisteht, zu überprüfen, ob DIN-Normen tatsächlich den geltenden Stand der Technik wiedergeben. Insbesondere sieht sie sich in der Lage, seit langer Zeit unveränderte DIN-Normen im Einzelfall zu ignorieren, was vor allem dann relevant wird, wenn Verfahrensbeteiligte einem Pflichtwidrigkeitsvorwurf mit der Verteidigung begegnen, sie hätten im Einklang mit den DIN-Normen und daher pflichtgemäß gehandelt.¹²²⁰ Hieran wird ganz besonders deutlich, dass es sich nur um eine freiwillige Selbstbindung der Rechtsprechung handelt, und dass DIN Normen letztlich nur eine Rechtserkenntnisquelle sind.¹²²¹

Ob eine solche Bindung auch an die Bestimmungen des Kodex sachgerecht ist, wird im Schrifttum teils zwar bejaht¹²²², überwiegend jedoch abgelehnt.¹²²³ Hier eine Parallele zu ziehen, ist zunächst einmal aus mehreren Gründen nahe liegend. Genau wie DIN-Normen stellen die Bestimmungen des Kodex Verhaltensanweisungen dar, da sie vorgeben, wie die Tätigkeit Corporate Governance am besten ausgeübt wird.¹²²⁴ Zudem erlangen Kodexbestimmungen ebenso wie DIN-Normen Bedeutung nur durch Akzeptanz und leben somit von der fachlichen Autorität ihrer Erschaffer.¹²²⁵ Letztere erhält die Kommission dadurch, dass

¹²¹⁷Deutsches Institut für Normung e.V.

¹²¹⁸Siehe nur BGHZ 139, 16 (19); BGHZ 114, 273 (276); BGHZ 103, 338 (341 f.); BGH GRUR 1994, S. 640 (641); BGH GRUR 1987, S. 468 (469).

¹²¹⁹BGHZ 103, 338 (341 f.); BGHZ 114, 273 (276).

¹²²⁰BGHZ 139, 16 (19); BGH GRUR 1994, S. 640 (641); BGH GRUR 1987, 468 (469); BGH NJW 1998, S. 2814 (2815);

¹²²¹Siehe *Spindler*, in: Bamberger/Roth, § 823 Rn. 255.

¹²²²Siehe etwa *Borges*, ZGR 2003, S. 508 (518).

¹²²³*Bachmann*, WM 2002, S. 2137 (2139); *Eitinger/Grützgediek*, AG 2003, S. 353 (355); *Heck*, Haftungsrisiken (2006), S. 51 ff.; *Kirschbaum/Wittmann*, JuS 2005, S. 1062 (1064); *Semler*, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 36; *Spindler*, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 7.

¹²²⁴*Borges*, ZGR 2003, S. 508 (518).

¹²²⁵*Borges*, ZGR 2003, S. 508 (518); *Lutter*, in: FS-Huber (2006), S. 871 (873). Dies trifft auch auf andere technische Regeln zu, etwa auf solche, die bestimmte Immissionsgrenzwerte festlegen. Vgl.

sie genau wie das DIN mit Experten besetzt ist.¹²²⁶ Ebenso wenig wie das DIN¹²²⁷ hat die Kodex-Kommission den Status eines Beliehenen. Ihr wurden keinerlei hoheitliche Aufgaben zur Ausübung übertragen.

Trotz dieser Vielzahl an Parallelen sprechen aber gewichtige Gründe letztlich doch gegen eine freiwillige Selbstbindung. Anführen lassen sich sowohl Gesichtspunkte der Legitimation als auch solche der Zweckmäßigkeit. In ersterer Hinsicht wird zu Recht angeführt, dass Sicherungselemente fehlten, die die Gewähr dafür bieten, dass die Kodexstandards auch gemeinwohlverträglich sind.¹²²⁸ Denn für eine freiwillige Selbstbindung ist Voraussetzung, dass eine solche Gemeinwohlverträglichkeit zumindest grundsätzlich gewährleistet ist, auch wenn die Gerichte sich auch dann noch vorbehalten, die entsprechenden Normen im Einzelfall unangewendet zu lassen. Eine gewisse Gewähr für Gemeinwohlverträglichkeit kann etwa durch eine staatliche Kontrolle oder Einbindung staatlicher Organe in den Normgebungsprozess stattfinden. Was die DIN-Normen anbelangt, sind solche Sicherungselemente, die eine normative Gegenkorrektur ermöglichen, vorhanden: Das Normungsverfahren ist ausdrücklich geregelt und derart beschaffen, dass es eine gewisse Gewährleistung der Gemeinwohlverträglichkeit bietet.¹²²⁹ Außerdem ist die Möglichkeit von Gegenkorrekturen auch durch den Normungsvertrag zwischen dem DIN und dem Staat gewährleistet.¹²³⁰ In diesem seit 1975 bestehenden Vertrag hat sich die Bundesrepublik Deutschland verpflichtet, das DIN als Normungsorganisation zu fördern. Das DIN hat sich dazu verpflichtet, im Rahmen seiner Tätigkeit das öffentliche Interesse zu beachten und der Bundesregierung durch Teilhabe an Normungsausschüssen einen gewissen Einfluss zu gewähren.¹²³¹ Die Verflechtung von Bundesregierung und Kodex-Kommission kommt dem nicht einmal nahe.¹²³² Wie bereits erwähnt, findet nur eine Rechtskontrolle im Rahmen der Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger statt und die Regierung entsendet lediglich einen Berichterstatter zu den Plenarsitzungen der Kommission, der nicht stimmberechtigt ist. Inhaltliche Vorgaben gibt es, abgesehen vom Verbot, Rechtsfragen durch den Kodex zu klären, nicht. Sollten Bundesregierung und Gesetzgeber an der Gemeinwohlverträglichkeit der Kodexbestimmungen zweifeln, kann die Kommission zwar aufgefordert werden, diese zu ändern. Kommt sie dieser Aufforderung nicht nach, sind die Einfluss-

BVerfG NJW 1987, S. 2886 (2888); BVerfG NJW 1988, S. 2396 (2398); BVerfG NJW 1989, S. 1291 (1292 f.).

¹²²⁶Hanfland, Haftungsrisiken (2006), S. 83.

¹²²⁷Backberms, Das DIN als Beliehener (1978), S. 119; siehe auch BGH NJW 1984, S. 1621.

¹²²⁸Bachmann, WM 2002, S. 2137 (2139); Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 52; Spindler, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 7; ders., in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 31.

¹²²⁹Bachmann, WM 2002, S. 2137 (2139); Denninger, Verfassungsrechtliche Anforderungen (1990), Rn. 83 ff; Marburger, Die Regeln der Technik im Recht (1979), S. 200, 204.

¹²³⁰Bachmann, WM 2002, S. 2137 (2139).

¹²³¹Siehe hierzu umfassend Marburger, Die Regeln der Technik im Recht (1979), S. 200, 204.

¹²³²Bachmann, WM 2002, S. 2137 (2139).

möglichkeiten jedoch begrenzt. Der Gesetzgeber kann eine Aufhebung des § 161 AktG beschließen, die Publikation des Kodex im elektronischen Bundesanzeiger kann beendet werden und der Kommission kann verboten werden, als Regierungskommission aufzutreten. Eine Einflussnahme auf die Inhalte des Kodex ist jedoch nicht möglich. Dieser gravierende Unterschied zwischen DIN- und Kodexnormen stellt ein gewichtiges Argument gegen eine freiwillige Selbstbindung der Gerichte dar.¹²³³

Aber auch wenn man kein solches Legitimationsproblem annimmt, sprechen jedenfalls Gründe der Zweckmäßigkeit entscheidend gegen eine weitgehende Selbstbindung der Gerichte an die Kodexbestimmungen. Das insoweit entscheidende Argument bringt *Spindler* vor: Die DIN-Normen betreffen technische, empirisch überprüfbare Sachverhalte und beruhen auf einem standardisierten Erfahrungswissen. Ihre technischen Lösungen sind stets reproduzierbar. Demgegenüber handelt es sich bei den Kodexbestimmungen um normative Aussagen. Es fehlt also bereits an der Vergleichbarkeit.¹²³⁴ Dieses Argument überzeugt umso mehr, wenn man sich die Motive vergegenwärtigt, die den Gesetzgeber zur Schaffung der „comply-or-explain-Lösung“ des § 161 AktG bewogen haben. Denn hierbei hat eine tragende Rolle die Erkenntnis gespielt, dass im Bereich der Unternehmensführung starre Regeln, die alle Situationen regeln können, kaum praktikabel sind, was sich nicht zuletzt auch an der Existenz der Business-Judgement-Rule zeigt.¹²³⁵ Eine Abkehr von anerkannten Grundsätzen im Bereich der Unternehmensführung kann angesichts der Vielschichtigkeit der zu berücksichtigenden Faktoren und verschiedenen Interessengruppen und in Anbetracht der Unvorher-

¹²³³Auch die Berufsbezogenheit der Kodex-Regeln könnte gegen eine solche Wirkung sprechen. Angeführt wird in diesem Zusammenhang zuweilen die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu berufsständischen Regeln. Siehe etwa den Hinweis bei *Bachmann*, WM 2002, S. 2137 (2138). Es hatte in BVerfGE 76, 171, wo es um die Konkretisierung des § 43 BRAO ging, unter Hinweis auf die sog. Facharztentscheidung entschieden, dass berufsständische Richtlinien nicht zur Konkretisierung dieser Generalklausel herangezogen werden dürfen. In der Facharztentscheidung BVerfGE 33, 125 (156 ff.) war vom Bundesverfassungsgericht unter anderem entschieden worden, dass Bestimmungen über Berufspflichten von Fachärzten einer gesetzlichen Grundlage jedenfalls dann bedürfen, wenn sie von erheblichem Gewicht für die gesamte Gestaltung der Berufstätigkeit als Facharzt sind. Dies sei z.B. bei der Pflicht der Fall, die berufliche Tätigkeit allein auf das jeweilige Fachgebiet zu beschränken und bei dem Verbot, mehrere Facharzttitel zu führen. Berufsständische Regelungen eines solchen Inhalts können nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts nicht zur Konkretisierung von Generalklauseln herangezogen werden. Diese Entscheidungen, werden teils als Argument gegen eine Konkretisierungswirkung des Kodex herangezogen. *Bachmann*, WM 2002, S. 2137 (2138). Überzeugend ist das nicht. Zwar berühren die Kodexbestimmungen die Berufsfreiheit der Organmitglieder, wenn die Gerichte sich freiwillig an sie binden. Man wird aber zugeben müssen, dass angesichts des wachsenden Umfangs notwendiger Berufsregelungen in der modernen Gesellschaft vom Gesetzgeber nicht erwartet werden kann, dass er die Berufsausübung bis in alle Einzelheiten regelt. So BVerfGE 33, 125 (156). Daher kann eine solche Selbstbindung durchaus ein probates Mittel zur Konkretisierung berufsbezogener Generalklauseln sein.

¹²³⁴*Spindler*, in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 31; *Spindler*, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 66.

¹²³⁵Siehe zum Folgenden *Hanfland*, Haftungsrisiken (2006), S. 95 ff.

sehbarkeit der erzielten Ergebnisse nicht als derart starker Anhaltspunkt für eine Pflichtwidrigkeit angesehen werden, wie dies beispielsweise beim „Stand der Technik“ der Fall ist. Umgekehrt gibt es im Bereich Corporate Governance aber auch sehr wenige Regeln, deren Einhaltung mit großer Sicherheit für Pflichtgemäßheit spricht.¹²³⁶

Noch gravierender ist offensichtlich der strukturelle Unterschied zwischen dem Anwendungsfeld des Kodex und demjenigen der FIS-Regeln. Das ergibt sich schon daraus, dass es sich beim Skisport um eine Freizeitbeschäftigung mit relativ geringem sozialen Nutzen handelt, die nicht zwingend erforderlich ist, während auf die Fremdverwaltung von Vermögen in einer modernen Volkswirtschaft nicht verzichtet werden kann. Denn, je höher der soziale Nutzen einer Aktivität ist, desto höher kann die Messlatte gelegt werden, die übersprungen werden muss, damit von einer unerlaubten Gefahr gesprochen werden kann. Dass im Skisport, bei dem durch besonders hohe Geschwindigkeiten und Kräfte kleinste Unaufmerksamkeiten zu enormen Körper- und Gesundheitsschäden führen können, viel striktere Regeln erforderlich sind als bei der Unternehmensführung, bei der es aus der Perspektive der AG nur um Vermögensschäden geht, liegt daher auf der Hand.¹²³⁷ Die Situation, dass eine Vielzahl von Handlungsmöglichkeiten vorliegt, von denen keine die Vermutung für sich hat, die Richtige zu sein, wird im Skisport kaum vorkommen, so dass es insoweit an der Vergleichbarkeit fehlt. Denn, wie die FIS-Regeln zeigen, ist bei einer derart gefährlichen Tätigkeit wie dem Skifahren, bei der hohe Geschwindigkeiten und riskante Manöver zumeist nichts anderem dienen als dem Nervenkitzel, im Zweifel stets die Handlungsalternative zu wählen, die andere so wenig wie möglich gefährdet.

Aus diesen Gründen erscheint eine weitgehende, wenn auch freiwillige, Selbstbindung der Gerichte an die Bestimmungen des Kodex nicht sinnvoll und ist daher abzulehnen.

II. Vermutungswirkung des Kodex?

Fraglich ist jedoch, ob im Falle der Einhaltung wenigstens eine Rechtsvermutung gilt, der zufolge das jeweilige Organmitglied die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters bzw. -überwachers hat walten lassen. Auch eine

¹²³⁶Zu Bedenken ist auch, dass Normung im technischen Bereich nicht zuletzt der Sicherung von Kompatibilität dient, also einem Ziel, das im Bereich Corporate Governance keine Rolle spielt, da diese ohnehin von Fall zu Fall und von Unternehmen zu Unternehmen verschieden ist. Siehe *Hansland, Haftungsrisiken* (2006), S. 84.

¹²³⁷Selbstverständlich hat auch eine abwechslungsreiche und aufregende Gestaltung der Freizeit einen sozialen Nutzen. Aber dieser dürfte zum Beispiel deutlich unter demjenigen des Autofahrens liegen, da eine funktionierende Gesellschaft ohne halsbrecherische Freizeitbetätigungen deutlich besser auskommen kann als ohne flexible individuelle Transportmittel, die zumindest überwiegend zur Berufsausübung und Deckung des täglichen Lebensbedarfs genutzt werden.

solche Wirkung der Kodexbestimmungen wird im Schrifttum vielfach erörtert.¹²³⁸ Als Vorbild dient zumeist die Wirkung der Rechnungslegungsstandards des DRSC¹²³⁹ im Rahmen von § 342 HGB Abs. 2 HGB. Nach § 342 Abs. 1 S. 1 HGB kann das Bundesjustizministerium ein privates Gremium durch Vertrag anerkennen und beauftragen, bestimmte Empfehlungen zur ordnungsgemäßen Konzernrechnungslegung zu erarbeiten. Nach § 342 Abs. 2 HGB wird bei Einhaltung dieser Empfehlungen vermutet, dass die Konzernrechnungslegung ordnungsgemäß war.

Hier eine Parallele zum Kodex zu ziehen ist naheliegend. Denn die Legitimation der Geltung dieser Standards scheint auf der fachlichen Kompetenz des Rechnungslegungsgremiums und der durch den Gesetzgeber selbst erlaubten Beauftragung durch die Bundesregierung zu beruhen, also auf zwei Legitimationskriterien, die auch in Bezug auf den Kodex vorhanden sind.¹²⁴⁰ Schließlich ist die Kodex-Kommission angesichts ihrer Zusammensetzung in Fragen der Corporate Governance mit großer Fachkompetenz ausgestattet und wird, ähnlich wie das Rechnungslegungsgremium, aufgrund einer offiziellen staatlichen Beauftragung für die Bundesregierung tätig. Eine solche Vermutungswirkung hätte erhebliche rechtliche Konsequenzen. Da die Organmitglieder ein großes Interesse daran hätten, in den Genuss der zu ihren Gunsten streitenden Vermutung zu kommen, wäre ein weiterer faktischer Grund vorhanden, den Kodex einzuhalten. Es wäre in diesem Fall ein riskantes Unterfangen, andere Corporate Governance Grundsätze als diejenigen des Kodex walten zu lassen. Man kann sogar so weit gehen, zu sagen, dass der Unterschied zu einer Verweisungsnorm wohl kaum noch spürbar wäre, da sich die Rechtsunterworfenen einem derart immensen faktischen Befolungsdruck kaum noch widersetzen könnten.

Nicht dieser weitreichenden Konsequenzen wegen, sondern aus anderen Gründen kommt dem Kodex eine Vermutungswirkung letztlich jedoch nicht zu.¹²⁴¹ Gegen die Vermutungswirkung spricht zunächst die Entstehungsgeschichte des Kodex.¹²⁴² Denn schon die Baums-Kommission hatte die Parallele zu § 342 Abs. 2 HGB erkannt, sich aber gerade gegen eine solche Vermutungswirkung der Kodexbestimmungen entscheiden¹²⁴³ und der Gesetzgeber hat sich dem angeschlossen.¹²⁴⁴ Es lässt sich schwer über das Argument hinwegkommen, dass eine

¹²³⁸Bachmann, WM 2002, S. 2137 (2138); Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 182; Liebscher, in: Beck Handbuch AG, § 6 Rn. 133; Schlitt, DB 2007, S. 326 (327); Schüppen, ZIP 2002, S. 1269 (1271); Seibt, AG 2002, S. 249 (251); vgl. auch Ulmer, ZHR 2002, S. 150 (165).

¹²³⁹Deutsches Rechnungslegungs Standards Committee e.V.

¹²⁴⁰Vgl. Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 182.

¹²⁴¹Bachmann, WM 2002, S. 2137 (2138); Eittinger/Grützgedieck, AG 2003, S. 353 (355); Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 184; Semler, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 37; Spindler, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 7. A.A.: Seibt, AG 2002, S. 249 (251); Ulmer, ZHR 166 (2002), S. 150 (166 f.).

¹²⁴²Bachmann, WM 2002, S. 2137 (2138); Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 184.

¹²⁴³BT-Drucks. 14/7515, S. 32.

¹²⁴⁴Bachmann, WM 2002, S. 2137 (2138).

gesetzlich angeordnete Vermutungswirkung wie bei § 342 HGB im Bereich des Kodex gerade nicht installiert wurde.¹²⁴⁵ Denn der Gesetzgeber hat sich eindeutig darauf beschränkt, als Rechtsfolge der Nichteinhaltung eine Erklärungspflicht zu statuieren. Für eine echte Analogie fehlt es also schon an einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes. Außerdem müsste eine solche Vermutungswirkung auch dem regulatorischen Konzept des Gesetzgebers insgesamt widersprechen.¹²⁴⁶ Denn, wie zuvor erläutert, sollte die Flexibilität der Corporate Governance durch den Kodex nicht verringert werden. Dieses Ergebnis würde aber durch die Vermutungswirkung erzielt, weil für die Organmitglieder ein hoher Anreiz bestünde, die Kodexbestimmungen umfassend einzuhalten, um von der Vermutung pflichtgemäßen Verhaltens zu profitieren.¹²⁴⁷ Schließlich spricht gegen die Vermutungswirkung auch der Standort des § 161 AktG innerhalb des Aktiengesetzes.¹²⁴⁸ Denn die Vorschrift befindet sich nicht im mit der Aktiengesellschaftsverfassung befassten vierten Teil, sondern im fünften Teil, welcher die Rechnungslegung und Gewinnverwendung im Blick hat. Es hätte nahe gelegen, eine Regelung, deren Rechtsfolge die Vermutung der Einhaltung der Sorgfalt eines ordentlichen Organmitglieds ist, im unmittelbaren Umfeld der §§ 93 Abs. 1 S. 1, 116 S. 1 AktG zu installieren. Aber auch die zuvor angesprochene mangelnde Sicherung der Gemeinwohlverträglichkeit der Kodexanforderungen durch insbesondere prozedurale Möglichkeiten des Staates zur normativen Gegenkorrektur lässt sich gegen eine solche Vermutungswirkung anführen.¹²⁴⁹ Denn im Gegensatz zum Rechnungslegungs-gremium im Sinne von § 342 HGB besteht weder ein Vertrag des Staates mit der Kodex-Kommission, noch wurde das Kodexbeschlussverfahren durch den Staat vorgegeben. Zudem können auch alle anderen zuvor gegen eine freiwillige Selbstbindung der Gerichte vorgebrachten Argumente gegen eine Vermutungswirkung ins Feld geführt werden. Denn die Vielschichtigkeit der Corporate Governance und das weitgehende Fehlen von Patentlösungen spricht erst recht gegen eine solche Vermutung.¹²⁵⁰ Es ist widersinnig, im Bereich Corporate Governance Regeln aufzustellen, deren Einhaltung stets auf pflichtgemäßes Verhalten schließen lässt, zumal diese den Bedürfnissen der einzelnen Unternehmen, die sich voneinander sehr unterscheiden können, nicht gerecht werden. Daher ist

¹²⁴⁵Bachmann, WM 2002, S. 2137 (2138); Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 184; Ringleb, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 58.

¹²⁴⁶Bachmann, WM 2002, S. 2137 (2138); Ringleb, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 58.

¹²⁴⁷Auch die Ordnungsfunktion des Kodex könnte durch eine solche Vermutungswirkung in Gefahr geraten. Der Gesetzgeber wollte die Corporate Governance in Deutschland verbessern. Er wollte hingegen nicht, dass die Organmitglieder sich nur darauf konzentrieren, möglichst alles zu tun, was der Kodex verlangt und dann glauben, alles Erforderliche getan zu haben. Dieses Phänomen könnte durch eine Vermutungswirkung aber entstehen. Siehe Semler, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 37.

¹²⁴⁸Bachmann, WM 2002, S. 2137 (2138).

¹²⁴⁹Bachmann, WM 2002, S. 2137 (2139); Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 184; Spindler, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 7.

¹²⁵⁰Hanfland, Haftungsrisiken (2006), S. 96.

eine solche Wirkung abzulehnen. Halten die Organmitglieder die Bestimmungen des Kodex ein, wird nicht vermutet, dass sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Organmitglieds haben walten lassen.¹²⁵¹

III. Bloße Berücksichtigung als Anhaltspunkt zur Beantwortung von Rechtsfragen

Im Schrifttum findet sich häufig die Aussage, die Abweichung vom Kodex könne ein Indiz für einen Verstoß gegen die Sorgfalt des ordentlichen und gewissenhaften Organmitglieds und seine Befolgung ein Indiz für die Einhaltung eben dieser Sorgfalt darstellen.¹²⁵² Das scheint darauf zu beruhen, dass eine echte Bindungswirkung des Kodex ganz überwiegend als falsch empfunden wird, dass aber eine völlige normative Wirkungslosigkeit des Kodex die Bemühungen der Regierung und des Gesetzgebers in Bezug auf den Kodex und die Erklärungspflicht geradezu als sinnlos erscheinen lässt.¹²⁵³ Von einer Indizwirkung zu sprechen, ist allerdings problematisch. Denn bei der Frage, was die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Organmitglieds verlangt, handelt es sich um eine Rechtsfrage, nicht um eine Tatfrage. Die von Organmitgliedern börsennotierter Aktiengesellschaften einzuhaltenden Pflichten bilden ein normatives Verhaltensprogramm. Faktisches spielt hier, wie bereits angesprochen, nur mittelbar eine Rolle. Es wurde bereits herausgearbeitet, dass die Frage, was der in den §§ 93 Abs. 1 S. 1, 116 S. 1 AktG angesprochenen Sorgfalt entspricht, nicht allein durch den Kodex beantwortet werden kann und dass diese Wertung auch nicht durch eine Vermutung vereinfacht werden soll. Keinesfalls darf die Nichtbefolgung des Kodex ohne weiteres mit Pflichtwidrigkeit gleichgesetzt werden.¹²⁵⁴ Dies ergibt sich schon aus der Existenz des im Rahmen dieser Untersuchung bereits erörterten Handlungsspielraums der Organmitglieder. Da eine strikte Kodexbindung im Zusammenspiel mit der unkritischen Übernahme der Kodexwertungen diesen Spielraum konterkarieren würde, ist insoweit Zurückhaltung geboten.

Allerdings fehlt es für die Beantwortung der angesprochenen Rechtsfrage häufig an trennscharfen Kriterien. Es muss im Wege einer Gesamtabwägung mit besonderer Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalls ermittelt werden, welche Anforderungen an die Organmitglieder zu stellen sind. In erster Linie wird man sich hierfür mit Kommentierungen zu den §§ 93 Abs. 1 S. 1 und 116 S. 1 AktG auseinandersetzen und den Meinungsstand in Schrifttum und Rechtsprechung zur

¹²⁵¹Erst recht abzulehnen ist eine Vermutung pflichtwidrigen Verhaltens für den Fall, dass dem Kodex nicht gefolgt wurde. Dies würde dem Willen des Gesetzgebers offensichtlich zuwider laufen, da es einer Verweisung auf den Kodex weitgehend gleichkäme. Zudem könnte sich eine solche Wirkung noch nicht einmal auf eine Analogie zu § 342 HGB stützen. Siehe dazu *Bachmann*, WM 2002, S. 2137 (2139).

¹²⁵²*Hanfland*, Haftungsrisiken (2006), S. 92; *Lutter*, ZHR 166 (2002), S. 523 (542); *Schlitt*, DB 2007, S. 326 (327).

¹²⁵³*Hanfland*, Haftungsrisiken (2006), S. 94.

¹²⁵⁴Siehe *Heck*, Haftungsrisiken (2006), S. 53.

Erlaubtheit eines Corporate Governance Verhaltens ermitteln. Allerdings sind hier naturgemäß längst nicht alle möglichen Verhaltensweisen angesprochen und sehr vieles ist vertretbar. Man wird nicht von der Hand weisen können, dass es zweckmäßig, nahe liegend und vor dem Hintergrund von § 161 AktG verständlich ist, die Wertungen des Kodex zumindest in die rechtlichen Erwägungen im Einzelfall einzubeziehen.¹²⁵⁵ Der Zweck der einzelnen Kodexbestimmungen kann dann aus den Kommentierungen und dem Schrifttum zum Kodex und den Materialien der Kommission erschlossen werden. Dadurch wiederum kann das Gericht ermitteln, ob die hinter dem Kodex stehende Wertung auch im Einzelfall passt und diese dann anwenden. Es hätte sie auch ohne den Kodex anwenden dürfen. Deshalb ist nicht einzusehen, warum es sie nicht durch den Kodex gewinnen soll. Eine solche Wirkung lässt auch genügend Raum für eine normative Gegenkorrektur, sollte sich die Normbildung als unzuverlässig erweisen. Der Richter darf Wertungen des Kodex, nachdem er sie zur Kenntnis genommen hat, verwerfen und die Wirkung als Anhaltspunkt auf diese Weise ausschalten. Auch wird dem Ziel des Gesetzgebers, die betroffenen Unternehmen nicht in das enge Korsett detaillierter gesetzlicher Regelungen zu schnüren und ihnen die Möglichkeit zur Berücksichtigung unternehmens- und branchenspezifischer Besonderheiten zu geben, durch eine solche Wirkung Rechnung getragen.

Vor allem durch die nach § 161 AktG ohnehin zu liefernde Begründung wird sich der Richter davon überzeugen können, auf welchen Erwägungen eine Abweichung vom Kodex beruht. Insofern ist den Organmitgliedern wiederum ein weiter Spielraum zu belassen. Jede vernünftig erscheinende und nachvollziehbare Begründung muss das Gericht gelten lassen.¹²⁵⁶ Dies widerspricht auch nicht dem regulatorischen Konzept, das hinter dem Kodex steht: Der Einfluss auf die Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabes hindert die vom Gesetzgeber gewollte Abweichungsmöglichkeit und somit die Flexibilität der Corporate Governance nicht. Der Kodex dient nur als Anhaltspunkt und wird als Bewertungskriterium zurücktreten, wenn plausible Gründe für Abweichungen dargelegt werden. Je weniger derartige Gründe jedoch ersichtlich sind, desto entscheidender wird die Wertung des Kodex sein. Auf diese Weise kann der Kodex sogar als Katalysator für die Optimierung der Corporate Governance dienen: Die Bewertung eines dem Kodex widersprechenden Verhaltens als pflichtgemäß kann neue und eventuell bessere Ansätze für gute Corporate Governance hervorbringen. Somit wird der Ordnungsfunktion des Kodex in optimaler Weise Rechnung getragen.

¹²⁵⁵So ebenfalls *Heck*, Haftungsrisiken (2006), S. 53. Siehe auch *Peltzer*, NZG 2002, S. 10 (11), der bereits vor Erscheinen des Kodex antizipierte, dass (bei richterlichen Entscheidungen über Pflichtverletzungen) ein bereits weitgehend akzeptierter Kodex gegenüber Literaturmeinungen „schwerer wiegen“ wird, weil die Verfasser Sachverständigengremien sind, die über theoretischen Sachverstand und praktische Erfahrung verfügen.

¹²⁵⁶*Berg/Stöcker*, WM 2002, S. 1569 (1577); *Heck*, Haftungsrisiken (2006), S. 59.

Die hier vorgeschlagene Berücksichtigung der Kodexwertungen als Anhaltspunkt ist in der bisherigen Rechtsprechung bisweilen sogar schon vorgekommen. So versuchte der BGH sogar im „Fall Mannesmann“, seine normativen Erwägungen zur Rechtsfrage der Zulässigkeit „kompensationsloser Anerkennungsprämien“ auf den Kodex zu stützen. Er führte aus:

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 vom 27. 4. 1998, dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz vom 20. 12. 2001 oder dem Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts vom 22. 9. 2005 entnommen werden. Dasselbe gilt für die Nrn. 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.

Die Berücksichtigung als Anhaltspunkt scheiterte daran, dass die Sachfrage nicht im Regelungsbereich des Kodex stand. Es ist sicherlich spekulativ, darüber nachzudenken, inwiefern der BGH den Kodex andernfalls berücksichtigt hätte. Allerdings zeigen die Suche nach einer Regelung im Kodex und die Nennung des Kodex in engem Zusammenhang mit den angesprochenen formellen Gesetzen, denen ebenfalls keine Aussage entnommen werden konnte, dass der BGH den Kodex keinesfalls für irrelevant gehalten haben kann.

Ein weiteres Beispiel für die Berücksichtigung der Kodexbestimmungen bei der Beantwortung von Rechtsfragen im Rahmen der höchstrichterlichen Rechtsprechung stellt der bereits angesprochene Fall „Kirch/Deutsche Bank“ dar. Hier berücksichtigte der zweite Zivilsenat des BGH Ziffer 5.5.3 S. 2 DCGK als Anhaltspunkt bei der Beantwortung der Rechtsfrage, ob ein Interessenkonflikt einen zur Abberufung eines Aufsichtsratsmitglieds notwendigen wichtigen Grund i.S.v. § 103 Abs. 3 S. 1 AktG darstellt. Hierbei betonte das Gericht, dass die Bestimmung keine Rechtsnorm ist, um deutlich zu machen, dass Kodexwidrigkeit nicht mit Pflichtwidrigkeit gleichgesetzt werden kann, sah sich aber nicht gehindert, die vom Kodex vorgeschlagene inhaltliche Konkretisierung von § 103 Abs. 3 S. 1 AktG zumindest in Erwägung zu ziehen, auch wenn er sich im Ergebnis für eine restriktivere Auslegung des Tatbestandsmerkmals „wichtiger Grund“ entschied.¹²⁵⁷

In einer weiteren Entscheidung des zweiten Zivilsenats des BGH, in der es unter anderem um die Rechtsfrage ging, ob Aktienrückkaufsoptionen eine zulässige Form der Aufsichtsratsvergütung darstellen, wurden ebenfalls Kodexbestimmungen als Anhaltspunkt für die Unzulässigkeit solcher Vergü-

¹²⁵⁷Urteil des BGH vom 16.2.2009 - II ZR 185/07.

tungsmodelle herangezogen. Das Gericht bezog die Tatsache, dass der Kodex in Ziffer 4.3.2 Abs. 3 S. 1 solche Vergütungsmodelle zwar für Vorstandsmitglieder, in den Ziffern 5.4.5 ff. jedoch nicht für Aufsichtsratsmitglieder vorsieht, in seine rechtlichen Erwägungen ein.¹²⁵⁸ Es kam unter Berücksichtigung der Kodexbestimmungen zu dem Schluss, dass derartige Vergütungsmodelle gegen das Aktienrecht verstoßen. Das Gericht der Vorinstanz war bei der Berücksichtigung der Kodexbestimmungen im Rahmen der Beantwortung derselben Rechtsfrage sogar noch weiter gegangen und hatte anschließend an die Zitierung der Ziffern 5.4.5 ff. DCGK ausdrücklich die Berücksichtigungsfähigkeit des Kodex unterstrichen, indem es ausführte:

*Mag damit auch noch keine Aussage über den konstruktiv einzuschlagenden Weg einer erfolgsabhängigen Vergütung für Aufsichtsratsmitglieder verbunden sein, so muss doch die gesetzliche Anerkennung des Corporate Governance Kodex durch nunmehr § 161 AktG auf die Interpretation anderer Vorschriften des Aktienrechts zurückwirken.*¹²⁵⁹

Hierin kommt die Berücksichtigungsfähigkeit der Kodexbestimmungen im Rahmen der Entscheidung von Rechtsfragen ganz deutlich zum Ausdruck.¹²⁶⁰ Die hier vorgeschlagene Linie entspricht also durchaus der bisherigen Praxis.¹²⁶¹ Fraglich ist jedoch, ob die Wirkung des Kodexverstoßes als Anhaltspunkt für die Pflichtwidrigkeit und die Wirkung der Kodexeinhaltung als Anhaltspunkt für die Pflichtmäßigkeit das gleiche Gewicht haben. Dies wird man verneinen müssen. Die Kodexkonformität einer Verhaltensweise spricht stärker für ihre Pflichtgemäßheit als es die Kodexwidrigkeit für die Pflichtwidrigkeit tut.¹²⁶² Da es sich bei den Empfehlungen und erst recht bei den Anregungen nicht um Mindeststandards handelt, ist dem Abweichen vom Kodex ein schwächeres Gewicht beizumessen als seiner Einhaltung. Das heißt, dass die Einhaltung des Kodex als Anhaltspunkt für die Pflichtgemäßheit eines Verhaltens stärker ins Gewicht fallen muss, als es die Abweichung als Anhaltspunkt für die Pflichtwidrigkeit tut. Da allerdings auch keine Vermutung angenommen werden kann, der zufolge bei Einhaltung des Kodex die Pflichtgemäßheit vermutet wird, kann es sich hierbei nur

¹²⁵⁸BGH, Urteil vom 16.2.2004 - II ZR 316/02=BGHZ 158, 122 (127) („Mobilcom“)

¹²⁵⁹OLG Schleswig, Urteil vom 19.9.2002 - 5 U 164/01=NZG 2003, S. 176 (179).

¹²⁶⁰Allerdings zog das OLG Schleswig aus den Kodexbestimmungen entgegen der späteren vom BGH gefällten Entscheidung den Schluss, dass Aktienoptionsprogramme für Aufsichtsratsmitglieder zulässig seien, da der Kodex eine erfolgsorientierte Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder zulässt.

¹²⁶¹Siehe aber OLG Schleswig, Beschluss vom 26. 04. 2004 - 2 W 46/02=NZG 2004, S. 669 (670):

Das OLG Schleswig hatte zu entscheiden, ob eine Person, die dem Vorstand eines im Wettbewerb stehenden Unternehmens angehört, als Aufsichtsratsmitglied nicht in Frage kommt. Das Gericht hat es strikt abgelehnt, zur Lösung dieser Rechtsfrage, die entsprechende Empfehlung des Kodex heranzuziehen, wonach Aufsichtsratsmitglieder keine Organfunktion bei wesentlichen Mitbewerbern innehaben sollen und zwar mit der Begründung, der Kodex habe weder unmittelbare noch mittelbare Gesetzeskraft und stelle auch keinen Handelsbrauch dar.

¹²⁶²Hanfland, Haftungsrisiken (2006), S. 95; Schüppen, ZIP 2002, S. 1269 (1271): „auf der sicheren Seite“; Seibt, AG 2002, S. 249 (251).

um einen graduellen, quantitativen Unterschied handeln. Eine von der bloßen Wirkung als Anhaltspunkt und der Vermutungswirkung unterschiedliche Qualität der Einflusswirkung auf das Pflichtwidrigkeitsurteil, die zwischen diesen beiden Wirkungen liegt, kann nicht angenommen werden. Fraglich ist allerdings, wie der quantitative Unterschied beschaffen sein soll, zumal sich eine solche Wirkung nicht quantifizieren lässt und es auf den Gedankengang des jeweiligen Richters im Einzelfall ankommt. Man wird aber wohl zumindest verlangen können, dass im Rahmen der Beantwortung der Rechtsfrage, ob ein Corporate Governance Verhalten der anzuwendenden Sorgfalt entspricht, bei Einhaltung des Kodex mehr oder gewichtigere Gründe vorliegen müssen, um die Wirkung als Anhaltspunkt zu überwinden und so zu einer Pflichtwidrigkeit zu kommen, als erforderlich sind, um im Falle der Kodexwidrigkeit die Sorgfaltsgemäßheit anzunehmen.

Differenziert werden muss aber nicht nur zwischen der Wirkung als Anhaltspunkt für die Pflichtwidrigkeit und der Wirkung als Anhaltspunkt für die Pflichtgemäßheit, sondern zudem zwischen der Wirkung von Empfehlungen und derjenigen von Anregungen des Kodex. Da die Anregungen Verhaltensweisen propagieren, die national und international noch nicht in gleichem Maße als „best practice“ anerkannt sind wie die in den Empfehlungen befürworteten, muss die Wirkung der Anregungen als Anhaltspunkt schwächer sein als die der Empfehlungen, was wiederum sowohl im Falle der Abweichung vom Kodex als auch im Falle der Befolgung gilt.

Wie bereits dargestellt, kann den Kodexbestimmungen grundsätzlich keine Konkretisierungswirkung beigemessen werden, so dass das Abweichen vom Kodex keinesfalls mit einem Verstoß gegen die Sorgfaltsmaßstäbe der §§ 93 Abs. 1 S. 1, 116 S. 1 AktG gleichgesetzt werden kann. Es wäre sogar verfassungsrechtlich äußerst bedenklich, wenn ein Gericht ein Abweichen vom Kodex per se als Verletzung von Organpflichten bewertet. Eine solche Vorgehensweise bei der Prüfung einer Pflichtverletzung im Sinne der Untreue durch ein Strafgericht wäre eine Verletzung des Gesetzlichkeitsprinzips. Das basiert auf der Feststellung, dass die Anweisungen des Kodex, von den dargestellten Ausnahmen abgesehen, weit über den Mindeststandard organschaftlicher Sorgfalt hinausgehen. Soweit Kodexbestimmungen ausnahmsweise lediglich schriftlich fixierte, ohnehin geltende Mindeststandards sind, ist es verfassungsrechtlich unbedenklich, das Abweichen von ihnen mit einer Pflichtverletzung gleichzusetzen, da sie insoweit nur als Rechtserkenntnisquellen dienen.¹²⁶³ Das jeweilige Gericht kann sich insoweit am Kodex orientieren. Das bloße zu Rate ziehen des Kodex wird aber für die Rechtsfindung auch in diesen Ausnahmesituationen nicht ausreichen. Denn der Kodex selbst gibt keinen Aufschluss darüber, welche seiner Bestimmungen nur Mindeststandards widerspiegeln und welche darüber hinausgehen. Daher muss das Gericht stets auch andere einschlägige Rechtserkenntnisquellen zu Rate ziehen.

¹²⁶³Hanfland, Haftungsrisiken (2006), S. 89.

Die hier befürwortete bloße Wirkung als Anhaltspunkt der übrigen Kodexbestimmungen, die nur bei der Beantwortung der Rechtsfrage, was die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Organmitglieds im Einzelfall erfordert und ggf. bei der Auslegung anderer unbestimmter Rechtsbegriffe des Aktienrechts relevant wird, dürfte in verfassungsrechtlicher Hinsicht hingegen kaum zu beanstanden sein. Selbst bei einer weitgehenden Selbstbindung an von Privaten gesetzte Normen, wie z.B. an solche des DIN oder des FIS behält die Rechtsprechung sich vor, von Einzelfall zu Einzelfall von neuem darüber zu entscheiden, ob die jeweilige Bestimmung (noch) dem Stand der Technik bzw. der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt entspricht, so dass stets die Möglichkeit einer normativen Gegenkorrektur besteht. Da die hier vorgeschlagene Wirkung als bloßer rechtlicher Anhaltspunkt noch nicht einmal einen solchen Verbindlichkeitsgrad erreicht, wird man sagen können, dass das Demokratieprinzip und der Grundsatz der Volkssouveränität durch die Berücksichtigung der Kodexbestimmungen nicht berührt werden. Die Unbedenklichkeit ergibt sich auch daraus, dass die Befürwortung bestimmter Corporate Governance Praktiken durch die Kodex-Kommission letztlich nichts anderes darstellt als eine Rechtsansicht. Denn Rechtsansichten dürfen im Rahmen der gerichtlichen Beurteilung stets verwertet werden.

Selbstverständlich darf sich der Staat, wie es das Bundesverfassungsgericht immer wieder betont, seiner Normsetzungsbefugnis nicht „in beliebigem Umfang“ durch Übertragung auf Dritte entäußern, da der Bürger ansonsten schrankenlos einer normsetzenden Gewalt nichtstaatlicher Einrichtungen ausgeliefert wäre.¹²⁶⁴ Aber allein schon die einschränkende Formulierung, in der von „beliebigem Umfang“ die Rede ist, zeigt, dass die Beteiligung Privater an der Entstehung von Normen nicht grundsätzlich verfassungsrechtlich zu beanstanden ist.¹²⁶⁵ Es darf zwar nicht pauschal auf private Normen Bezug genommen werden.¹²⁶⁶ Aber hiervon ist die hier vorgeschlagene, zurückhaltende Berücksichtigung der Kodexbestimmungen auch weit entfernt.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Bestimmungen des Kodex einer Rückführbarkeit auf den Willen des Volkes auch nicht vollständig entbehren. Denn eine Anerkennung der Kodexbestimmungen als gemeinwohlverträglich hat bereits durch die Bezugnahme in § 161 AktG stattgefunden. Über viele ungeschriebene Verhaltensnormen die z.B. im Rahmen der Prüfung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt von Gerichten vorausgesetzt werden, lässt sich dies nicht sagen. Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass allein durch die Zusammenstellung der Kodexkommission schon eine gewisse Interessenpluralität vorhanden ist, da in der Kommission nicht nur Organmitglieder börsennotierter Aktiengesell-

¹²⁶⁴BVerfGE 64, 209 (214); BVerfGE 47, 285 (315); BVerfGE 33, 125 (158).

¹²⁶⁵Bachmann, WM 2002, S. 2137 (2142)

¹²⁶⁶Bachmann, WM 2002, S. 2139 (2142); Denninger, Verfassungsrechtliche Anforderungen (1990), Rn. 144; Marburger, Regeln der Technik (1977-1978), S. 390 ff.

schaften vertreten sind, sondern auch Gewerkschaftsfunktionäre, Wirtschaftsprüfer, Anlegerschützer und Professoren der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften.

Aus diesen Gründen können verfassungsrechtliche Bedenken gegen die hier vorgeschlagene Berücksichtigung der Kodexbestimmungen nur erhoben werden, wenn man die einzelfallorientierte Ausfüllung unbestimmter Verhaltensmaßstäbe wie desjenigen des ordentlichen und gewissenhaften Organmitglieds, des Standes der Technik oder der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt durch den Vergleich mit einer fiktiven Maßstabsfigur generell ablehnt.¹²⁶⁷ Solche Bedenken richten sich dann aber nicht in erster Linie gegen die Ausfüllung solcher Maßstabsfiguren durch nichtgesetzliche Sondernormen, sondern gegen das Abstellen auf fiktive Maßstabspersonen als solches. Ob ein mit der Ablehnung solcher Maßstäbe verbundenes, grundlegendes Umdenken im Bereich der Fahrlässigkeitsdogmatik wirklich geboten ist, ist nicht Gegenstand dieser Arbeit. Es muss aber zu bedenken gegeben werden, dass, auch wenn solche Maßstabsfiguren eine gewisse Gefahr des Dezisionismus bergen, kaum auf sie verzichtet werden kann. Zur Gerechtigkeit als oberstem Ziel einer Rechtsordnung gehört nicht nur eine größtmögliche Gesetzesbestimmtheit und eine maximale Normlegitimation, sondern auch die Funktionstüchtigkeit der Rechtsordnung, da mit einer besonders gerechten, aber durch größtmögliche Ausdifferenzierung unpraktikablen Rechtsordnung niemandem gedient ist. So wäre es z.B. eine schlichte Überforderung des Gesetzgebers, wenn man von ihm verlangte, im Einzelnen zu statuieren, welche Corporate Governance Maßnahmen Organmitglieder einer börsennotierten Aktiengesellschaft mindestens treffen müssen, damit ihr Umgang mit dem Vermögen der Aktiengesellschaft noch als erlaubt riskant gelten kann oder umgekehrt die unzähligen unerlaubt riskanten Verhaltensweisen aufzuzählen.¹²⁶⁸

Eine Lösung könnte darin bestehen, wie dies mit beachtlichen Argumenten für die Fahrlässigkeitsdogmatik vorgeschlagen wird, ganz entscheidend auf die Vermeidbarkeit der Erfolgsherbeiführung abzustellen und Sondernormen im engeren Sinne weitgehend nur dazu zu verwenden, die Tatbestandsmäßigkeit auszuschießen, während sie bei der Begründung der Tatbestandsmäßigkeit eine untergeordnete, wenn auch nicht völlig zu vernachlässigende Rolle spielen.¹²⁶⁹ Entscheidendes Kriterium ist dann die Erkennbarkeit der drohenden Erfolgsherbeiführung aufgrund eines triftigen Anlasses. Dass der Täter eine Handlung vornimmt, die unerlaubt gefährlich ist (weil sie gegen eine Primärverhaltensnorm verstößt), ist bei einem solchen Modell nicht entscheidend, sondern vielmehr die

¹²⁶⁷Siehe etwa *Duttge*, in: MüKo-StGB, § 15 Rn. 116 f mit dem Argument, das Abstellen auf derartige Maßstabsfiguren könne nur einen Zirkelschluss darstellen, da es um die erforderliche Sorgfalt gehe und nicht um die allgemein übliche Sorgfalt, so dass die Prüfung anhand einer Maßstabsfigur gerade die Wertung voraussetze, die sich aus ihr erst ergeben soll.

¹²⁶⁸Es fragt sich auch, ob hierbei sachgerechte Vorgaben gegeben werden können, da es sich im Gegensatz zu den Kommissionsmitgliedern bei den Abgeordneten nicht um Experten in Sachen Corporate Governance handeln dürfte.

¹²⁶⁹*Duttge*, in: MüKo-StGB, § 15 Rn. 120 ff.

Tatsache, dass trotz eines triftigen Anlasses von einer rechtsgutsgefährdenden Verfahrensweise nicht Abstand genommen wurde. Fraglich ist, ob ein solches Konzept auch beim Vorsatzdelikt Untreue sachgerechte Ergebnisse hervorbringt. Ohne einen triftigen Anlass im Sinne eines Warnsignals für die Gefahr der Erfolgsherbeiführung (bei der Untreue also eines Warnsignals für den möglichen Eintritt eines Vermögensnachteils) wird eine Untreuestrafbarkeit stets zu verneinen sein, so dass das Fehlen eines solchen triftigen Grundes ein geeignetes Kriterium zur Ausscheidung von Verhaltensweisen aus dem Untreuetatbestand darstellt, auch wenn hiermit eine Subjektivierung des Pflichtverletzungsmerkmals einherginge. Zur Strafbarkeitsbegründung taugt das Kriterium des triftigen Grundes jedoch nicht. Denn im Gegensatz zur Fahrlässigkeitsstrafbarkeit geht es bei der Untreuestrafbarkeit, wie bereits erläutert, nicht nur darum, andere nicht zu schädigen, sondern darum, den Erwartungen des Vermögensinhabers in Bezug auf den Umgang mit seinem Vermögen gerecht zu werden. Dieser verlangt, wenn er die Verwaltung seines Vermögens in fremde Hände gibt, gerade nicht, dass von jeder Disposition, die die Gefahr eines Verlustes birgt, Abstand genommen wird, sondern erwartet die Eingehung von Risiken, da ohne eine solche kein Gewinn erzielt werden kann. Das führt aber zu dem Problem zurück, dass mangels anderweitiger konkreter Angaben davon ausgegangen werden muss, dass der Vermögensinhaber eben das Übliche erwartet und davon ausgeht, der Betreuer werde sich wie ein ordentlicher und gewissenhafter Kaufmann verhalten. Ein solcher muss aber gerade nicht von Vermögensdispositionen Abstand nehmen, nur weil ein triftiger Grund für die Annahme vorliegt, sie könnten zu einem Vermögensverlust führen. Die Grenze des erlaubten Risikos kann hier also nicht durch ein Warnsignal für einen möglichen Erfolgseintritt markiert werden. Vielmehr braucht es dazu Verhaltensnormen, deren Überschreitung stets eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue darstellt. Und da sich diese Verhaltensnormen nicht abstrakt in einer Definition umschreiben lassen, führt kein Weg daran vorbei, in ganz entscheidendem Maße darauf abzustellen, welche Verhaltensweisen üblich sind und sich eine normative Korrektur insoweit vorzubehalten, als verbreitete Unsitten hierbei nicht zu berücksichtigen sind. Dass zum Trennen der Sitten von den Unsitten wiederum eine Wertung nötig ist, macht das Abstellen auf eine Maßstabsfigur nicht zu einem Zirkelschluss. Das ein Verhalten an einem solchen Maßstab messende Gericht muss nicht etwa stets von neuem positiv feststellen, ob eine ganz überwiegend geübte Verhaltensweise auch der gebotenen Sorgfalt entspricht. Vielmehr muss es nur bei entsprechenden Anhaltspunkten für eine Unsitte dieser Frage nachgehen. Dieses Regel-Ausnahme-Verhältnisses wegen setzt die Prüfung anhand einer Maßstabsfigur gerade nicht das voraus, was sie erst ergeben soll. Eine Tautologie ist somit nicht gegeben.

Hält man mit der hier vertretenen Auffassung grundsätzlich an der Maßstabsfigur des ordentlichen und gewissenhaften Organmitglieds fest, spricht schließlich noch ein Letztes für die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit der hier vorge-

schlagenen Anhaltspunktwirkung der Kodexbestimmungen und zwar der hierdurch zu erzielende Gewinn an Gesetzesbestimmtheit. Dass private Regelwerke nicht auf einer ununterbrochenen Legitimationskette beruhen, ist der Preis, der dafür zu zahlen ist, dass sie zur weiteren Eingrenzung abstrakter Maßstäbe beitragen können, wenn die Gerichte sie unter kritischer Würdigung heranziehen. Das Prinzip der Volkssouveränität und das Bestimmtheitsgebot sind insofern im Wege praktischer Konkordanz in Einklang zu bringen. In Anbetracht dessen stellt die bloße Anhaltspunktwirkung des Kodex einen angemessenen Mittelweg dar.

B) Fallgruppe 2: Das Abweichen von nach § 161 AktG angenommenen Kodexbestimmungen

Es hat sich herausgestellt, dass den Kodexbestimmungen, die nicht nach § 161 AktG angenommen werden, ganz überwiegend keine Bindungswirkung zukommt. Ganz anders könnte sich die Lage jedoch in Bezug auf die angenommenen Bestimmungen darstellen. Auf den ersten Blick mag man es vielleicht sogar als selbstverständlich ansehen, dass die Abweichung von einer Kodexbestimmung, die durch eine positive Entsprechenserklärung angenommen wurde, eine Verletzung des organschaftlichen Pflichtenprogramms ist. Diese Intuition mag durch die zuvor gewonnenen Erkenntnisse zum allgemeinen Schädigungsverbot und zur Pflichtwidrigkeit des Auslösens von Schadensersatzansprüchen und Sanktionen gegen das Unternehmen noch verstärkt werden. Denn schließlich ist es leicht vorstellbar, dass das Abweichen von der eigenen Entsprechenserklärung die AG (z. B. durch das Auslösen von Ansprüchen Dritter) schädigt.¹²⁷⁰ Dass das Abwei-

¹²⁷⁰Vertritt man die Auffassung, dass eine Verhaltenspflicht stets einen „Schutzzweckbezug“ aufweisen muss, damit an ihre Verletzung ein Pflichtverletzungsurteil geknüpft werden kann, darf ein Pflichtwidrigkeitsurteil auch nicht an die Abweichung von nach § 161 AktG angenommenen Kodexbestimmungen geknüpft werden, wenn diese nicht dem Schutz des Gesellschaftsvermögens dienen. Die Pflichtwidrigkeit kann dann aber unter Umständen aus dem Verstoß gegen das Verbot gefolgert werden, das Gesellschaftsvermögen zu schädigen, sofern die Abweichung von der eigenen Entsprechenserklärung Schadensersatzansprüche gegen die Gesellschaft auslösen kann. Zu berücksichtigen ist dann aber der unternehmerische Beurteilungs- und Ermessensspielraum der Organmitglieder. Soll die Pflichtwidrigkeit aus der Schädigung hergeleitet werden, muss die Abweichung von der eigenen Entsprechenserklärung sich als unverantwortliche Überspannung der unternehmerisch gebotenen Risikobereitschaft darstellen. Somit ist eine Abwägung von Vor- und Nachteilen einer solchen Abweichung vorzunehmen. Ähnliche Überlegungen sind anzustellen, soweit man zwar keinen Schutzzweckbezug, aber einen objektiven Vermögensbezug der verletzten Verhaltenspflicht fordert. Es kommt dann darauf an, ob das Abweichen von der eigenen Entsprechenserklärung pflichtwidrig ist. Der objektive Bezug einer solchen Einhaltungspflicht liegt dann vor, wenn im Falle der Verletzung dieser Pflicht Schadensersatzansprüche gegen die Gesellschaft oder andere Sanktionen drohen. Auf die Schadensersatzansprüche wegen eines Abweichens von der Entsprechenserklärung, die nach beiden Gegenansichten Voraussetzung einer Untreuestrafbarkeit sind, kann hier nicht im Einzelnen eingegangen werden. Welche Anspruchsgrundlagen anwendbar

chen von der eigenen Entsprechenserklärung gegen die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Organmitglieds verstößt, ist auch deshalb nahe liegend, weil die Entsprechenserklärung eine zukunftsgerichtete Komponente enthält und somit eine Absichtserklärung darstellt. Aus einer insofern positiven Erklärung könnte sich durchaus die Pflicht ergeben, sich an die angenommenen Kodexbestimmungen zu halten.

Ob eine positive Entsprechenserklärung dazu führt, dass Verstöße gegen Kodexbestimmungen¹²⁷¹ Pflichtverletzung gegenüber der Gesellschaft sind, ist im Schrifttum aber dennoch umstritten. Teils wird eine solche Wirkung befürwortet¹²⁷², überwiegend jedoch abgelehnt¹²⁷³. Die insoweit zu findenden Aussagen sind allerdings von unterschiedlicher Deutlichkeit. Teils wird relativ vage davon gesprochen, dass Empfehlungen und Anregungen „für die gerichtliche Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabs nach § 93 AktG bedeutsam“ sein könnten, wenn Entsprechenserklärungen abgegeben worden sind.¹²⁷⁴ Einige sprechen auch von einer Bindungswirkung der Entsprechenserklärung.¹²⁷⁵ Auch stößt man teilweise auf die Aussage, die zukunftsbezogene Komponente des Kodex sei verbindlich, könne aber „nachträglich für die Zukunft“¹²⁷⁶ geändert werden.¹²⁷⁷ Diese Aussagen hängen größtenteils mit der Gesetzesbegründung zum TransPuG zusammen, in der es dazu wörtlich heißt:

sein könnten, ist sehr umstritten. Da nach der hier vertretenen Auffassung jedes rechtswidrige Verhalten in Ausübung der Organtätigkeit eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue darstellt, ist es auch irrelevant, welche Rechtsreflexe im Falle der Abweichung von der eigenen Entsprechenserklärung eintreten können. Es muss nur untersucht werden, ob eine solche Abweichung rechtswidrig ist. Darauf beschränkt sich die Untersuchung dieser Fallgruppe.

¹²⁷¹Es muss sich nicht um Empfehlungen handeln, da auch Anregungen zugestimmt werden kann.

¹²⁷²Siehe *Vetter*, NZG 2008, S. 121 (122): „Solange jedoch die gem. § 161 AktG bekannt gemachte und dauerhaft zugänglich gemachte Entsprechenserklärung in der Welt ist, sind Vorstand und Aufsichtsrat verpflichtet, sich an deren Erklärungsinhalt im Sinne der gewollten Selbstbindung zu halten.“. Siehe auch *Lutter*, in: FS-Huber (2006), S. 871 (873): „Aus der unverbindlichen Aufforderung des Kodex wird eine Rechtspflicht - nicht aufgrund des Kodex, sondern als Folge der eigenen Erklärung der Organmitglieder.“ Siehe ferner *Kirschbaum*, ZIP 2007, S. 2362 (2363); *Sester*, in: Spindler/Stilz, § 161 Rn. 61.

¹²⁷³*Berg/Stöcker*, WM 2002, S. 1569 (1573); *Bertrams*, Haftung (2003), S. 141; *Heck*, Haftungsrisiken (2006), S. 29; *Gelhausen/Hönsch*, AG 2002, S. 529 (534); *Hoffmann-Becking*, in: Münchener Handbuch AG, § 29, Rn. 66, 68; *Hüffer*, § 161 Rn. 20; *Ibrig/Wagner*, BB 2002, S. 789 (791); *dies.*, BB 2002, S. 2509 (2510); *Lutter*, ZHR 166 (2002), S. 523 (533); *Semler*, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 54; *Spindler*, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 14.

¹²⁷⁴*Berg/Stöcker*, WM 2002, S. 1569 (1575): „Bedeutung für die allgemeine Sorgfaltspflicht“; *Seibt*, AG 2002, S. 249 (250): „Ausstrahlungswirkung“; *Semler*, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 31 f. „Ausstrahlungswirkung“; *Sester*, in: Spindler/Stilz, § 161 Rn. 22.

¹²⁷⁵*Pfützer/Oser/Wader*, DB 2002, S. 1120 (1121).

¹²⁷⁶So *Sester*, in: Spindler/Stilz, § 161 Rn. 34.

¹²⁷⁷BT-Drucks. 14/8769, S. 1 (22); *Lutter*, ZHR 166 (2002), S. 523 (533); *Ringleb*, in:

Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 1572.

Hinsichtlich der Zukunft kann die Erklärung nur eine unverbindliche Absichtserklärung bedeuten. Vorstand und Aufsichtsrat geben dadurch keine Verpflichtung für alle Zeiten ein. Die Absichtserklärung kann jederzeit korrigiert oder zurückgenommen werden. Dazu dient die „dauerhaft“ zugängliche Entsprechenserklärung.¹²⁷⁸

Diese Aussagen des Gesetzgebers haben in nicht unerheblichem Maße zum Entstehen der dogmatischen Unklarheiten in Bezug auf die Entsprechenserklärung beigetragen. Problematisch ist zunächst, dass von einer unverbindlichen Absichtserklärung gesprochen wird, da dies keinen Aufschluss darüber gibt, ob sich aus der Abweichung überhaupt Rechtsfolgen ergeben können. Die Aussage, dass eine Erklärung unverbindlich ist, sagt zwar etwas darüber aus, ob sich der Erklärende an ihr festhalten lassen muss, aber enthält keine Angaben zu einer möglichen Haftung oder sonstigen Rechtsfolgen. Außerdem wirkt die darauf folgende Aussage, man gehe keine Verpflichtung für alle Zeiten ein, verwirrend, da sie eine Verpflichtung für einen gewissen Zeitraum zu implizieren scheint. Und schließlich ist auch die Aussage, die Erklärung könne jederzeit korrigiert oder zurückgenommen werden, wenig hilfreich, da sie zu der Frage führt, ob vor einer solchen Korrektur die Abweichung von der noch vorhandenen Entsprechenserklärung erlaubt ist.

Nach der hier vertretenen Auffassung muss zur Beseitigung dieser Zweifel zwischen mehreren Fragen differenziert werden, was sich auch im hier vorgenommenen Zuschnitt der einzelnen Fallgruppen widerspiegelt. Die erste Frage ist, ob das Abweichen von einer Kodexbestimmung, der zu entsprechen man in der Erklärung nach § 161 AktG angekündigt hat, pflichtwidrig ist. Die zweite, hiervon strikt zu trennende Frage ist, ob es pflichtwidrig ist, die positive Entsprechenserklärung unverändert zu lassen, obwohl die Absicht, bestimmte Empfehlungen oder Anregungen einzuhalten, weggefallen ist. Es geht also um die grundlegende Differenzierung zwischen dem am Kodex gemessenen Verhalten im Rahmen der Unternehmensführung und dem an § 161 AktG zu messenden Entsprechenserklärungsverhalten. Leider wird diese Differenzierung im Schrifttum oftmals entweder nicht vorgenommen oder nicht deutlich gemacht, wenn über die „Bindungswirkung“ der zukunftsbezogenen Komponente der Entsprechenserklärung gesprochen wird. Für die Frage nach einer Pflichtverletzung im Sinne der Untreue ist sie aber entscheidend. Erklärungsverhalten und Corporate Governance Verhalten sind völlig unterschiedliche Handlungen. Weicht Letzteres von nach § 161 AktG angenommenen Kodexbestimmungen ab, kann dies in der Form positiven Tuns oder Unterlassens geschehen. Wird nur die Entsprechenserklärung nicht geändert, handelt es sich hingegen stets um ein Unterlassen.¹²⁷⁹ Daher kann sich eine strafrechtliche Untersuchung nicht einfach

¹²⁷⁸BT-Drucks. 14/8769, S. 22

¹²⁷⁹Zwar ist das Unterlassen dem Tun bei der Untreue, wie bereits erörtert, gleichgestellt. Aber dennoch muss klar sein, ob ein Tun oder ein Unterlassen in Rede steht. Das ergibt sich nicht zuletzt daraus, dass es umstritten ist, ob die Vorschrift des § 13 Abs. 2 StGB im Rahmen der Untreue analog angewendet werden kann. Siehe dazu *Fischer*, § 266 Rn. 188.

darauf beschränken, eine Diskrepanz zwischen positiver Entsprechenserklärung und späterem Verhalten festzustellen, sondern muss genau aufzeigen, welche Handlung im natürlichen Sinne untersucht wird. In dieser Fallgruppe geht es nur um die erste Frage, also um ein von der Entsprechenserklärung abweichendes Verhalten im Rahmen der Unternehmensführung. Das Entsprechenserklärungsverhalten wird hingegen erst später in den Blick genommen (siehe unten Kap. 4).

Dass § 161 AktG die Erklärungspflichtigen dazu zwingt, ein der Erklärung entsprechendes Verhalten an den Tag zu legen, ist insbesondere aus der Sicht der Erklärungsempfänger zunächst einmal nahe liegend. Schließlich soll das Vertrauen der Kapitalmarktteilnehmer und der aktuellen Aktionäre der Gesellschaft gewonnen werden.¹²⁸⁰ Eine Erklärung, an die man sich nicht halten muss, mag insofern auf den ersten Blick sinnlos erscheinen. Eine solche Folgerung ist jedoch nur auf den ersten Blick überzeugend und wird letztlich durch zahlreiche durchschlagende Argumente entkräftet.

Gegen eine Bindung an die Entsprechenserklärung spricht zunächst der Wortsinne des § 161 AktG, da dort von einer Verbindlichkeit keine Rede ist.¹²⁸¹ Es wäre dem Gesetzgeber ohne weiteres möglich gewesen, eine Bindungswirkung der Entsprechenserklärung im Gesetz deutlich zum Ausdruck zu bringen, etwa durch Zusätze wie „verbindlich“ oder „bindend“. Dies hat er allerdings nicht getan. Gegen eine Bindungswirkung der Erklärung spricht außerdem schon die systematische Stellung von § 161 AktG in Teil 5 Abschnitt 1 des Aktiengesetzes, da dieser vorwiegend Publizitätspflichten enthält. Publizitätspflichten sind aber Offenlegungspflichten, die lediglich zu Wissenserklärungen und nicht zu Willenserklärungen zwingen, so dass eine Bindungswirkung der Entsprechenserklärung auch aus diesem Grund eher fern liegt.¹²⁸²

In diesem Zusammenhang bringt *Spindler* als zentrales Argument gegen die Erzeugung von Pflichten der Organmitglieder gegenüber der Gesellschaft durch die Entsprechenserklärung zutreffend vor, die Entsprechenserklärung werde von den Organmitgliedern nur abgegeben, um der Öffentlichkeit Einblick in die Corporate Governance Praxis der Aktiengesellschaft einzuräumen und nicht, um zusätzliche rechtlich bindende Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft einzugehen.¹²⁸³ Dieses Argument basiert auf der Auslegung der Entsprechenserklärung. Aus der

¹²⁸⁰ *Becker*, Haftung (2005), S. 33.

¹²⁸¹ *Becker*, Haftung (2005), S. 27.

¹²⁸² *Becker*, Haftung (2005), S. 30.

¹²⁸³ *Spindler*, in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 31. Siehe auch *Semler*, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 52. Ähnlich auch die Formulierung von *Vetter*, NZG 2008, S. 121 (122): „Haben Vorstand und Aufsichtsrat ihre Entsprechenserklärung abgegeben, so besteht allerdings keine Bindung der Organe an die einmal abgegebene Erklärung für alle Zeiten. Entsprechend der grundsätzlichen Unverbindlichkeit des Kodex sind sie vielmehr frei, jederzeit im Rahmen ihres Ermessens von der in die Zukunft gerichteten Erklärung hinsichtlich der Beachtung einzelner oder auch sämtlicher Kodex-Empfehlungen Abstand zu nehmen.“ Vgl. auch *Hüffer*, § 161 Rn. 26 m.w.N.

Entsprechenserklärung lässt sich kein Wille der Organmitglieder dahingehend ableiten, durch die Entsprechenserklärung „neue“ Pflichten gegenüber der Gesellschaft zu übernehmen. Dem Argument *Spindlers* ist beizupflichten: Schon aus den Gesetzgebungsmaterialien, aber auch aus dem Kodex selbst und dem Wortsinn des § 161 AktG ergibt sich, dass das Konzept des Kodex und der Entsprechenserklärung sich durch den Ersatz von Regulierung durch Transparenz auszeichnet. Eine Wirkung der Entsprechenserklärung, die über das Ziel der Transparenz hinausschießt, indem die Entsprechenserklärung das Pflichtenprogramm der Organmitglieder erweitert, liefe diesem Ziel zuwider. Die Entsprechenserklärung richtet sich an (potenzielle) Aktionäre. Schon von ihrer Äußerungsrichtung her hat sie nicht den Zweck, das gesellschaftsrechtliche Innenverhältnis zwischen Organwaltern und Gesellschaft zu beeinflussen. Auch aus teleologischen Erwägungen heraus kann man kaum davon sprechen, dass zwingend eine Bindungswirkung der Erklärung bestehen muss. Zur Erreichung des Zwecks des § 161 AktG, den Kapitalmarkt über die Corporate Governance der Aktiengesellschaften zu informieren, reicht es aus, dass die Erklärung, das Verhalten der Organe im Rahmen der Unternehmensführung in der Vergangenheit und ihre für die Zukunft bestehenden Absichten zutreffend wiedergibt, während eine Bindungswirkung zur Erreichung des Normzwecks nicht erforderlich ist.¹²⁸⁴

Ein zentrales Argument der Befürworter einer echten Bindungswirkung ist es, dass ohne eine solche Bindungswirkung die Kapitalmarktteilnehmer ohne die Erklärung angeblich besser dastünden als mit ihr.¹²⁸⁵ Das basiert auf der Erwägung, dass sie der Erklärung wegen die Einhaltung bestimmter Kodexbestimmungen erwarten. Nimmt man keine Bindungswirkung der Entsprechenserklärung an, lässt man es also zu, dass die Organmitglieder gegen nach § 161 AktG angenommene Kodexbestimmungen verstoßen, liegt dieser Ansicht zufolge eine Fehlinformation der Kapitalmarktteilnehmer über das zu erwartende Verhalten der Organmitglieder vor. Sie rechnen damit, die Erklärung werde eingehalten. Ohne eine Erklärung bestünde eine solche Erwartungshaltung nicht. Das Argument läuft also darauf hinaus, dass die Erklärungspflicht ohne entsprechende Bindungswirkung den Normzweck verfehlt.

Diese Begründung überzeugt jedoch nicht. Sie setzt voraus, dass der Kapitalmarkt durch die Entsprechenserklärung mit Fehlinformationen versorgt wird, und dass dies durch eine Bindungswirkung verhindert werden muss. Schon Ersteres ist allerdings nicht zutreffend. Die zukunftsbezogene Komponente gibt Aufschluss

¹²⁸⁴*Becker*, Haftung (2005), S. 32. Zu berücksichtigen ist zudem, dass eine Bindungswirkung die Intention des Gesetzgebers, eine möglichst breite Akzeptanz des Kodex zu erzeugen, geradezu durchkreuzen könnte. Denn eine Bindungswirkung könnte eine Abschreckungswirkung erzeugen und zwar in der Gestalt, dass Vorstand und Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft das Potenzial für eine eigene Strafbarkeit oder zumindest für eine zivilrechtliche Haftung wohl kaum freiwillig selbst erhöhen würden, wenn sie von der pflichtenerhöhenden Wirkung wüssten. Dies könnte dazu führen, dass sie, soweit irgend möglich, erklären, dem Kodex nicht zu entsprechen.

¹²⁸⁵*Sester* in: *Spindler/Stilz*, § 161 Rn. 61.

darüber, ob die Organmitglieder im Zeitpunkt der Erklärungsabgabe die Absicht haben, die Kodexbestimmungen in Zukunft einzuhalten. Liegt eine solche Absicht nicht vor, wird aber dennoch erklärt, liegt stets eine Verletzung des § 161 AktG vor. Die rechtswidrige Handlung liegt dann aber schon in der Lüge im Rahmen der Erklärung. Liegt die erklärte Absicht hingegen tatsächlich vor und ändert sie sich später, kann man kaum davon sprechen, dass der Kapitalmarkt mit Fehlinformationen versorgt wurde. Vielmehr handelt es sich bei der geänderten Absicht um eine neue, bei Abgabe der Erklärung noch nicht vorhandene, innere Tatsache. Die Frage ist also nur, ob, wann und wie die neuen Tatsachen dem Kapitalmarkt bekannt gemacht werden müssen. Natürlich liegt, wenn die Organmitglieder ihrer eigenen Entsprechenserklärung zuwiderhandeln, ein gewisses Informationsdefizit vor. Nach zutreffender Ansicht ist dies aber nicht dadurch zu verhindern, dass die Organmitglieder die entsprechenden kodexwidrigen Handlungen nicht vornehmen dürfen, sondern dadurch, dass die Entsprechenserklärung geändert werden muss (dazu unten Kapitel 4 C).

Gegen eine Bindungswirkung spricht neben den bereits aufgeführten Gründen ganz entscheidend ihre Unzweckmäßigkeit. Denn sie behindert die Unternehmensführung in erheblichem Maße. Notwendige Änderungen in der Unternehmensführung könnten nicht vorgenommen werden, solange die Entsprechenserklärung in der Welt ist. Dies widerspricht dem Interesse der Aktionäre in größerem Maße als die Tatsache, nicht mit der Einhaltung der Entsprechenserklärung rechnen zu können.¹²⁸⁶ So kann es zum Beispiel erforderlich sein, die Einstellungspolitik der Gesellschaft kurzfristig dahingehend zu ändern, dass Abfindungs-Caps nicht vereinbart werden, etwa weil ein bestimmter Kandidat für den Vorstand unbedingt für die Gesellschaft gewonnen werden soll, dieser aber nicht zu einer solchen Vereinbarung bereit ist. Des Weiteren könnte es sich für ein Unternehmen nach Abgabe einer insoweit positiven Entsprechenserklärung als unzweckmäßig erweisen, dass der Aufsichtsrat die Berichtspflichten für den Vorstand entsprechend den Kodexanforderungen näher festlegt, etwa weil eine solche Vorgehensweise zu aufwändig und starr ist. In solchen Fällen wäre es für eine gute und anpassungsfähige Unternehmensführung sehr hinderlich, wenn die Organmitglieder zunächst die positive Entsprechenserklärung aus der Welt schaffen müssten, zumal dies wiederum eine gesonderte Beschlussfassung und die entsprechenden Publikationsakte erfordert. Deshalb erscheint eine bloße Pflicht zur Aktualisierung der Entsprechenserklärung anstelle einer Bindungswirkung den Interessen von potenziellen Anlegern, aktuellen Aktionären, Organmitgliedern und der Gesellschaft selbst insgesamt am besten zu dienen.¹²⁸⁷

¹²⁸⁶Vgl. *Seibt*, AG 2002, S. 249 (251), der hieraus allerdings den Schluss zieht, die Entsprechenserklärung habe überhaupt keinen Zukunftsbezug.

¹²⁸⁷Gegen das Erstarken von Kodexanforderungen zu internen Pflichten durch eine positive Entsprechenserklärung spricht noch ein Weiteres: Wäre Anknüpfungspunkt für einen Vorwurf der

Diese Sichtweise deckt sich auch mit der bisherigen einschlägigen Rechtsprechung. So stützte der BGH im zuvor angesprochenen Fall Kirch/Deutsche Bank sein Pflichtwidrigkeitsurteil nicht darauf, dass entgegen Ziffer 5.5.3 S. 1 DCGK der Interessenkonflikt von *Breuer* verschwiegen wurde, sondern darauf, dass die in Bezug auf diese Bestimmung positive Entsprechenserklärung nicht umgehend korrigiert wurde.¹²⁸⁸ Dies entspricht auch der Linie der Rechtsprechung in den übrigen bisher aufgetauchten Fällen, denn auch hier wurde stets betont, dass die pflichtwidrige Handlung nicht die Abweichung von den angenommenen Kodexbestimmungen ist, sondern die Nichtkorrektur der Entsprechenserklärung.¹²⁸⁹

Eine aus § 161 AktG folgende Pflicht zur Einhaltung der eigenen Entsprechenserklärung existiert somit nicht. Damit ist eine Befolgungspflicht aber noch nicht gänzlich ausgeschlossen. Verkompliziert wird die Beantwortung der Frage der Bindungswirkung nämlich durch das sog. allgemeine Schädigungsverbot. Die Bejahung einer internen Pflicht, Empfehlungen, die man per Entsprechenserklärung angenommen hat, auch zu befolgen, wird nämlich des Öfteren auf folgende Überlegung gestützt: Die Sorgfalt des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters wird, wie bereits festgestellt wurde, dahingehend verstanden, dass Organmitglieder den Vorteil der Gesellschaft wahren und Schaden von ihr abwenden müssen. Es könne der Gesellschaft aber leicht zum Nachteil gereichen, wenn nach außen hin eine Entsprechenserklärung abgegeben, in der Gesellschaft aber tatsächlich die Umsetzung der entsprechenden Kodexinhalte nicht sichergestellt wird. Insbesondere sei ein Verhalten, „bei dem im äußersten Fall die ausnahmslose Befolgung, sämtlicher Kodex-Empfehlungen erklärt, tatsächlich jedoch keine einzige Empfehlung befolgt wird“, geeignet, zu einem „hohen Ansehensverlust“ der Gesellschaft zu führen. Daher führe die Entsprechenserklärung zu einer internen Pflicht, die Empfehlungen auch zu befolgen und sogar zu einer Pflicht, interne Organisations- und Überwachungsmaßnahmen zur Sicherstellung der Befolgung zu ergreifen.¹²⁹⁰

Hierzu ist wie folgt Stellung zu nehmen: Es ist richtig, dass das Auseinanderfallen von Entsprechenserklärung und tatsächlichem Verhalten in Bezug auf Kodexempfehlungen der Gesellschaft zum Schaden gereichen kann. Dass die

Pflichtverletzung wirklich das dem Kodex widersprechende Verhalten, wäre auch nicht ganz einzusehen, warum man diesem Vorwurf durch Korrektur der Entsprechenserklärung soll entgehen können. Es wird allgemein für zulässig gehalten, die Entsprechenserklärung (teilweise) zu widerrufen und dann von den entsprechenden Kodexempfehlungen abzuweichen. Es ist aber schwierig nachzuvollziehen, wie sich die Organmitglieder durch eine Korrekturerklärung von Pflichten lösen können sollen, die sie gegenüber der Gesellschaft übernommen haben.

¹²⁸⁸Urteil des BGH vom 16.2.2009 - II ZR 185/07= BB 2009, S. 796 (798).

¹²⁸⁹Siehe etwa OLG München, Urteil vom 6.8.2008 - 7 U 5628/07=NZG 2009, S. 508 (509 f.); LG München I, Urteil vom 22. 11. 2007 - 5 HKO 10614/07=NZG 2008, S. 150 (151); Urteil des LG Krefeld vom 20. 12. 2006 - 11 O 70/06.

¹²⁹⁰Siehe zum Ganzen *Lutter*, ZHR 166 (2002), S. 523 (540).

Organmitglieder derartige Schäden grundsätzlich abzuwenden verpflichtet sind, ist ebenfalls nicht zu bestreiten. Allerdings ist zweifelhaft, ob dies wirklich dazu führt, dass die Organmitglieder intern an die Kodexempfehlungen gebunden sind. Dies lässt sich vor allem mit dem Rekurren auf einen der Gesellschaft drohenden Ansehensverlust untermauern: Der Ansehensverlust resultiert nicht aus der Nichtbefolgung der Kodexempfehlungen. Wäre dies der Fall, müsste auch eine negative Entsprechenserklärung unterbleiben. Vielmehr liegt der Grund für den Ansehensverlust im „Entsprechenserklärungsverhalten“ der Gesellschaft. Es ist unmittelbar einsichtig, warum bei insoweit falscher Entsprechenserklärung ein Ansehensverlust eintritt: Eine falsche Entsprechenserklärung lässt grundlegende Zweifel an der Lauterkeit und Transparenz eines Unternehmens entstehen. Der Grund für einen Ansehensverlust liegt also darin, dass die Entsprechenserklärung nicht korrigiert wurde, obwohl eine Maßnahme vorgenommen wurde, die den Empfehlungen des Kodex widerspricht und nicht in der Vornahme der Maßnahme an sich.

Gegen die Folgerung der Pflichtwidrigkeit erklärungswidrigen Verhaltens aus einem etwaigen Schaden spricht noch ein weiteres. Stützt man die Aussage, eine Abweichung von der eigenen Entsprechenserklärung sei eine Pflichtverletzung, auf das allgemeine Schädigungsverbot, verschweigt man damit eine wichtige Einschränkung dieses Verbots. Es wurde zuvor herausgearbeitet, dass es ein allgemeines Schädigungsverbot als solches nicht gibt, da dies den unternehmerischen Beurteilungs- und Ermessensspielraum der Organmitglieder konterkarieren würde. Vielmehr ist es nur verboten, eine Handlung vorzunehmen, die entweder gegen eine Rechtsnorm verstößt oder die unternehmerisch gebotene Risikobereitschaft in unvertretbarem Maße überspannt. Ist man der Auffassung, eine Pflicht zum erklärungskonformen Verhalten ergebe sich nicht aus § 161 AktG, sondern müsse aus einem allgemeinen Schädigungsverbot gefolgert werden, liegt ein Verstoß gegen eine Spezialnorm nicht vor. Somit müsste der Verstoß gegen die eigene Entsprechenserklärung derart riskant sein, dass er sich als Überschreitung der weit zu ziehenden Grenzen unternehmerisch gebotener Risikobereitschaft darstellt. Dies dürfte jedoch schwierig zu begründen sein. Denn die Vornahme einer dem Kodex und somit der Entsprechenserklärung widersprechenden Maßnahme kann auch Vorteile mit sich bringen. In den zuvor erörterten Beispielen für eine kurzfristige Änderung der Unternehmensführung könnte ein Vorteil darin bestehen, durch das Verzichten auf ein Abfindungs-Cap einen besonders hochqualifizierten Manager für den Vorstand zu gewinnen oder durch das Verzichten auf die Festlegung von Berichtspflichten die Vorstandsarbeit effizienter zu gestalten. Solche Vorteile müssten im Rahmen einer Abwägung daraufhin überprüft werden, ob sie das durch die Abweichung von der Erklärung entstehende Risiko von Image- oder Haftungsschäden zumindest teilweise aufwiegen. Bei einer solchen Abwägung ist der unternehmerische Beurteilungs- und Ermessensspielraum zu berücksichtigen und den Organmitgliedern insofern eine Einschätzungsprärogative einzuräumen.

Keinesfalls darf vorschnell aus der Tatsache, dass das Abweichen von der Entsprechenserklärung Schäden verursachen könnte, eine Pflichtwidrigkeit geschlossen werden.¹²⁹¹

Die Abweichung von der eigenen Entsprechenserklärung verletzt also weder § 161 AktG noch die aus den §§ 93 Abs. 1 S. 1, 116 S. 1 AktG folgende Pflicht, Schädigungen des Gesellschaftsvermögens zu verhindern. Das Abweichen vom Kodex ist also auch dann kein tauglicher Anknüpfungspunkt für eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue, wenn aus der Entsprechenserklärung die Absicht hervorgeht, ihn einzuhalten.¹²⁹² Das sagt jedoch nichts darüber aus, inwiefern es pflichtwidrig ist, in einem solchen Falle die Entsprechenserklärung nicht zu korrigieren. In diesem noch zu erörternden Fall geht es aber um die strafrechtliche Bewertung des Entsprechenserklärungsverhaltens und nicht um Handlungen im Rahmen der Unternehmensführung, die den Anforderungen des Kodex widersprechen. Letztere sind auch dann keine Pflichtverletzungen, wenn nach § 161 AktG erklärt wurde, den Kodex einhalten zu wollen. Es ergeben sich also keine Unterschiede zu Fallgruppe 1.

¹²⁹¹Hieran zeigt sich, in welche Schwierigkeiten die Gegenauffassung dadurch geraten kann, dass sie einerseits Spezialnormen, die nicht den Zweck haben, das Vermögen der AG zu schützen, für irrelevant hält und andererseits den Rückgriff auf ein allgemeines Schädigungsverbot zulässt, um dann doch die Pflichtwidrigkeit zu begründen. Denn die Tatsache, dass letzteres stets unter dem Vorbehalt des unternehmerischen Beurteilungs- und Ermessensspielraums steht, zwingt die Vertreter der hier abgelehnten Auffassung dazu, Mutmaßungen darüber anzustellen, wie hoch etwaige Schäden ausfallen könnten, wie wahrscheinlich ihr Eintritt ist und in welchem Umfang sie durch Vorteile der in Frage stehenden Handlung kompensiert werden.

¹²⁹²Teilweise wird behauptet, die Organmitglieder seien bei positiver Entsprechenserklärung sogar verpflichtet, dafür zu sorgen, dass die entsprechenden Kodexbestimmungen auch umgesetzt werden, andernfalls sie gegen die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Organmitglieds verstoßen. Siehe etwa *Becker*, Haftung (2005), S. 43; *Semler/Wagner*, NZG 2003, S. 553 (557). Dies ist nach der hier vertretenen Ansicht nicht möglich. Da keine Pflicht besteht, sich an die Entsprechenserklärung zu halten, kann erst recht keine Pflicht vorliegen, die Einhaltung der Erklärung durch andere zu sichern. Es kann höchstens die Pflicht der Organmitglieder sein, auf die Korrektur der Erklärung hinzuwirken.

C) Fallgruppe 3: Das Abweichen von gesellschaftsintern transformierten Bestimmungen

Die Abgabe positiver und negativer Entsprechenserklärungen ist nicht die einzig mögliche Reaktion der Organmitglieder einer AG auf den Kodex. Die Bestimmungen des Kodex können auch in gesellschaftsinterne Regeln transformiert werden.¹²⁹³ Mit gesellschaftsinternen Regeln sind solche Regeln gemeint, die in der Satzung der Gesellschaft, den Geschäftsordnungen der Organe und den Anstellungsverträgen der Vorstandsmitglieder niedergelegt sind. Solche Regeln sind für die Organmitglieder der Aktiengesellschaft grundsätzlich bindend. In Bezug auf die Gesellschaftssatzung und die Geschäftsordnungen der Organe ergibt sich dies für den Vorstand schon aus der bereits erörterten Vorschrift des § 82 Abs. 2 AktG, der zufolge die Vorstandsmitglieder verpflichtet sind, in der Satzung und den Geschäftsordnungen niedergelegte Beschränkungen ihrer Geschäftsführungsbefugnis einzuhalten, andernfalls sie ihre Organpflichten verletzen.¹²⁹⁴ In Bezug auf Anstellungsverträge ergibt sich die Verbindlichkeit daraus, dass Verträge eben einzuhalten sind. Aber auch Aufsichtsratsmitglieder sind verpflichtet, alle Beschränkungen, die wirksam in die Satzung oder die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats aufgenommen wurden, einzuhalten.

Es vermag daher nicht zu verwundern, dass zutreffender Weise mit einiger Selbstverständlichkeit davon ausgegangen wird, dass wirksam in gesellschaftsinterne Regeln transformierte Kodexbestimmungen, seien es Empfehlungen oder Anregungen, zwingend eingehalten werden müssen, auch wenn der Kodex an sich nicht verbindlich ist. Durch die Transformation erhalten die an sich unverbindlichen Bestimmungen des Kodex eine neue Qualität und teilen dann den Charakter der sonstigen in Satzung und Geschäftsordnungen niedergelegten Regeln, so dass sie letztlich den Sorgfaltsmaßstab des ordentlichen und gewissenhaften Organmitglieds konkretisieren.¹²⁹⁵ Wird gegen derart transformierte Kodexbestimmungen verstoßen, liegt nach der hier vertretenen Ansicht stets eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue vor, da die entsprechenden Handlungen sich stets als Ausübung der Organposition denken lassen und somit ein Funktionalzusammenhang zwischen Vermögensbetreuungspflicht und Pflichtverletzung gegeben ist, während es auf den Schutzzweck der verletzten Verhaltensnorm oder ihren objektiven

¹²⁹³Siehe *Hanfland*, Haftungsrisiken (2006), S. 131 ff.; *Lutter/Ringleb*, in: *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, Rn. 1542 ff.; *Schlösser/Dörfler*, *wistra* 2007, S. 326 (327).

¹²⁹⁴Siehe *Seibt*, in: *Schmidt/Lutter*, § 82 Rn. 19 m.w.N.

¹²⁹⁵*Ettlinger/Grützdieck*, AG 2003, S. 353 (355); *Hanfland*, Haftungsrisiken (2006), S. 131 ff.; *Heck*, Haftungsrisiken (2006), S. 43; *Lutter*, ZHR 166 (2002), S. 523 (536); *Ringleb*, in: *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, Rn. 1551; *Schlösser/Dörfler*, *wistra* 2007, S. 326 (327); *Vetter*, NZG 2008, S. 121 (123).

Bezug zum Gesellschaftsvermögen nicht ankommt.¹²⁹⁶ Dies liegt an der internen Pflichtenbindung der Organmitglieder als Teil der hier vertretenen umfassend untreuebewehrten Legalitätspflicht. Es ist also nicht zweifelhaft, dass Zuwiderhandlungen gegen wirksam transformierte Kodexbestimmungen Pflichtverletzungen im Sinne der Untreue sind. Es fragt sich nur, welche Kodexbestimmungen sich für eine solche Transformation eignen und was hierzu unternommen werden muss.

Ob eine solche Transformation erfolgt, ist im Übrigen eine reine Zweckmäßigkeitentscheidung.¹²⁹⁷ Weder aus § 161 AktG noch aus dem Kodex ergibt sich

¹²⁹⁶Innerhalb dieser Fallgruppe dürften die Meinungsunterschiede zwischen der hier vertretenen Auffassung und den Gegenauffassungen im Übrigen kaum zum Tragen kommen. Das liegt daran, dass im strafrechtlichen Schrifttum weitgehend Einigkeit darüber herrscht, dass eine Zuwiderhandlung gegen konkrete Vorgaben des Vermögensinhabers stets Pflichtverletzungen im Sinne der Untreue sind. Die Dispositionsbefugnis des Vermögensinhabers führt dazu, dass sich Schutzzweckerwägungen erübrigen. Es kommt nur auf seinen Willen an. Das Erfordernis, dass eine verletzte Verhaltensnorm, den Zweck haben muss, das Vermögen der AG zu schützen, gilt nur für Fälle, in denen die Verhaltensnorm sich direkt aus dem Gesetz ergibt. Siehe etwa *Kubiciel*, NStZ 2005, S. 353 (358); *Ransiek*, ZStW 116 (2004), S. 634 (672); *Rönnau*, ZStW 119 (2007), S. 887 (907, 908). Anders nur *Schünemann*, NStZ 2008, S. 430 (433), der selbst bei expliziten Angaben für den Umgang mit dem fremden Vermögen einen solchen Schutzzweckbezug verlangt. So liege etwa in dem Anlegen und Verwalten einer schwarzen Kasse zu gesetzwidrigen, aber profitablen Zwecken (Korruption) auch dann keine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue, wenn die Geschäftsleitung derartiges Verhalten durch unternehmensinterne Compliance Regeln ausdrücklich untersagt hat. So ist wohl auch *Bernsmann*, GA 2009, S. 296 (307) zu verstehen. Da die in diesem Kapitel behandelten gesellschaftsinternen Regeln konkrete Angaben der AG über den Umgang mit ihrem Vermögen darstellen, dürften also auch die meisten Vertreter der einen Schutzzweckbezug fordernden Meinungsgruppe die Abweichung von in solche Regeln transformierten Kodexbestimmungen für Pflichtverletzungen im Sinne der Untreue halten.

¹²⁹⁷Siehe *Lutter/Ringleb*, in: *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, Rn. 1542; *Semler*, in: *MüKo-AktG*, § 161 Rn. 100. A.A. *Hanfland*, *Haftungsrisiken* (2006), S. 136 ff., der davon ausgeht, dass bestimmte Kodexbestimmungen, soweit eine positive Entsprechenserklärung erfolgt, in gesellschaftsinterne Regelungen, insbesondere in Satzungsregelungen, transformiert werden müssen. Das basiert auf der Erwägung, dass einige Bestimmungen sich auf Fragen beziehen, die nur in der Satzung geregelt werden können. Die Empfehlung in Ziffer 4.2.1, der zufolge der Vorstand aus mehreren Personen bestehen soll, gehört zu diesen Kodexbestimmungen, da nach § 23 Abs. 3 Nr. 6 AktG die Satzung Bestimmungen über die Anzahl der Vorstandsmitglieder oder wenigstens über die Regeln, nach denen diese Zahl festgelegt wird, zwingend enthalten muss. Das ist jedoch nicht überzeugend. Die Empfehlung richtet sich, wie oben bereits erörtert wurde (Siehe oben Kap. 2 D II 4 a) an den Aufsichtsrat und konkretisiert seine Pflicht zur ordnungsgemäßen Vorstandsbestellung. Da der Aufsichtsrat aber wiederum an die Satzung gebunden ist, kann er nur im Rahmen der Satzung darauf hinwirken, dass der Vorstand aus mehreren Personen besteht. Besteht laut Satzung eine Mindestanzahl von zwei oder mehr Personen, darf der Aufsichtsrat eine positive Entsprechenserklärung schon dann abgeben, wenn er nicht vorhat, der Hauptversammlung die Änderung in Richtung eines einköpfigen Vorstands vorzuschlagen. Dasselbe gilt, wenn die Satzung eine ganz bestimmte Zahl von Vorstandsmitgliedern vorsieht. Sieht die Satzung vor, dass der Vorstand aus genau einer Person besteht, darf der Aufsichtsrat dennoch eine positive Entsprechenserklärung abgeben, solange er nur vorhat, der Hauptversammlung vorzuschlagen, die Satzung entsprechend zu ändern. Sieht die Satzung lediglich vor, dass über die Anzahl der Vorstandsmitglieder der Aufsichtsrat durch Beschluss entscheidet, was nicht gegen § 23 Abs. 2 Nr. 6 verstößt, dürfen Aufsichtsratsmitglieder eine positive

eine Pflicht hierzu. Der Kodex enthält noch nicht einmal eine entsprechende Empfehlung oder Anregung. Allerdings kann eine solche Übernahme den für die Gesellschaft vorteilhaften Eindruck erzeugen, ihre Organmitglieder mäßen den entsprechenden Bestimmungen besondere Bedeutung für die Corporate Governance im Unternehmen zu und hegen vor allem die Absicht, sie langfristig einzuhalten.¹²⁹⁸ Denn die Installation der Kodexbestimmungen im gesellschaftsinternen Regelwerk kann zwar wieder rückgängig gemacht werden. Aber dies erfordert, wie auch schon die Installation selbst, einen nicht unerheblichen Verwaltungsaufwand, womit zugleich der Nachteil einer Transformation des Kodex angesprochen ist.¹²⁹⁹ Es will wohl überlegt sein, ob eine solche Vorgehensweise sich wirklich anbietet, zumal der Kodex sich unter Umständen mehrmals im Jahr ändern kann. Dennoch sollen im Folgenden die entsprechenden Möglichkeiten aufgezeigt werden.

I. Das Abweichen von in die Gesellschaftssatzung aufgenommenen Kodexbestimmungen

1. Allgemeine Grundsätze der Satzungsgestaltung

Zunächst ist auf die Möglichkeiten der Transformation in Satzungsbestimmungen einzugehen. Die Satzung ist neben dem Aktiengesetz selbst die wichtigste Quelle für Regelungen der Aktiengesellschaftsverfassung. Da die Errichtung einer Aktiengesellschaft nach § 2 AktG stets die Feststellung der Satzung und nach § 37 Abs. 4 Nr. 1 AktG die Einreichung der Satzung zum Handelsregister erfordert, ist eine Aktiengesellschaft ohne eine solche Satzung nicht denkbar. Die Satzung ist weder ein rein schuldrechtlicher Vertrag noch ein reiner Akt der körperschaftlichen Privatautonomie, sondern ein Rechtsgeschäft sui generis und enthält nicht nur subjektive Rechte und Pflichten der Gründer, sondern objektive Normen, die zwar im Rang hinter den Regelungen des Aktiengesetzes zurückstehen, sich aber

Entsprechenserklärung abgeben, wenn sie vorhaben, einen entsprechenden Beschluss zu fassen. Somit muss die Empfehlung nicht zwingend in eine Satzungsbestimmung transformiert werden. Weitere Empfehlungen, die *Hanfland* zufolge transformiert werden müssen, sind diejenigen in Ziffer 5.4.2 S. 3 und 4 DCGK, denen zufolge dem Aufsichtsrat nicht mehr als zwei ehemalige Vorstandsmitglieder und keine Personen angehören sollen, die Organfunktionen oder Beratungsaufgaben bei wesentlichen Wettbewerbern des Unternehmens ausüben. Auch dies ist jedoch nicht zutreffend. Wie sich aus dem Zusammenspiel mit Ziffer 5.4.1 ergibt, handelt es sich auch hier um Empfehlungen an den Aufsichtsrat. Ziffer 5.4.1 S. 1 fordert indes nur, dass bei Vorschlägen zur Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern auf die näher spezifizierten Kriterien geachtet werden soll. Die Empfehlungen in Ziffer 5.4.2 S. 2 und 3 schreiben dem Aufsichtsrat also vor, auf die angesprochenen Kriterien zu achten, wenn er der Hauptversammlung Vorschläge zur Aufsichtsratswahl unterbreitet. Es darf also schon dann eine positive Entsprechenserklärung abgeben werden, wenn beabsichtigt ist, Vorschläge zu machen, die dem Kodex entsprechen. Eine Transformation ist daher nicht zwingend erforderlich.

¹²⁹⁸Lutter/Ringleb, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 1542.

¹²⁹⁹Lutter/Ringleb, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 1543.

qualitativ nicht von ihnen unterscheiden. Man spricht auch von einem Organisationsvertrag.¹³⁰⁰

Bestimmte Angaben muss die Satzung kraft Gesetzes enthalten, vgl. §§ 23 Abs. 2, 3 und 4 AktG. Hierzu zählen z.B. Angaben über die Höhe des Grundkapitals, die Firma und den Sitz der AG. Neben diesen Pflichtangaben kann die Satzung weitere Regelungen enthalten, was sich aus § 23 Abs. 5 AktG ergibt.¹³⁰¹ Zuständig zur Änderung der Satzung ist nach § 119 Abs. 1 Nr. 5 AktG die Hauptversammlung, da es sich dabei um eine Strukturmaßnahme handelt.¹³⁰² Die Hauptversammlung ist, was sich aus dem Zusammenspiel der §§ 119 Abs. 1 und 2, 23 Abs. 5 und 76 AktG ergibt, aber grundsätzlich nicht befugt, durch Beschluss über Einzelfragen der Wirtschaftstätigkeit der Gesellschaft zu entscheiden. Dieser Grundsatz stellt einen wichtigen Eckpfeiler der Aktiengesellschaftsverfassung dar und bedeutet nicht weniger als die Absage des Aktienrechts an die Vorstellung, die Hauptversammlung sei das oberste Gesellschaftsorgan unter gleichzeitiger Unterstreichung der umfassenden Leitungskompetenz des Vorstands.¹³⁰³ Aus diesem Grund ist die Kompetenz zur Satzungsänderung eine der wenigen Möglichkeiten der Aktionäre, wirklich effektiv Einfluss auszuüben. Dennoch wirken Vorstand und Aufsichtsrat in erheblichem Maße an solchen Satzungsänderungen mit. Nach § 124 Abs. 3 S. 1 AktG sind zu allen Tagesordnungspunkten einer Hauptversammlung Vorschläge seitens des Aufsichtsrats und des Vorstands zu machen. In der Praxis werden sich die Aktionäre in der Hauptversammlung im Zweifel häufig an diese Vorschläge halten, so dass den Organen hier eine wichtige Einflussmöglichkeit gegeben ist.

Bei Satzungsänderungen sind der Hauptversammlung durch das Aktienrecht enge Grenzen gesetzt. Das ergibt sich aus der sog. Satzungsstrenge: Die Satzung darf nach § 23 Abs. 5 S. 1 AktG keine Regelungen enthalten, die vom Aktiengesetz abweichen, es sei denn dies ist ausdrücklich zugelassen. Ferner kann die Satzung das Gesetz nach § 23 Abs. 5 S. 2 AktG nur ergänzen, soweit dieses nicht abschließend ist. Zu den zwingenden Vorschriften, welche nach § 23 Abs. 5 S. 1

¹³⁰⁰*Seibt*, in: Schmidt/Lutter, § 23 Rn. 3 m.w.N. Siehe auch *Hüffer*, § 23 Rn. 7.

¹³⁰¹In inhaltlicher Hinsicht ist zwischen verschiedenen Arten von in Satzungen enthaltenen Bestimmungen zu differenzieren und zwar zwischen materiellen und lediglich formellen Satzungsbestandteilen. *Grunevald*, 2 C Rn. 13; *Hüffer*, § 23 Rn. 4; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter, § 23 Rn. 4 ff. Erstere sind diejenigen, die entweder als Satzungsbestandteile vorgeschrieben sind oder nur als Organisationsregeln möglich sind. Letztere hingegen betreffen individuelle Vereinbarungen der Gesellschafter untereinander oder zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern und sind zwar, formal betrachtet, Satzungsbestandteile, enthalten aber Regelungen, die auch außerhalb der Satzung wirksam vereinbart werden könnten. Man spricht auch von nicht korporativen Bestimmungen. *Grunevald*, 2. C. Rn. 13; *Hüffer*, § 23 Rn. 4; *Pentz*, in: MüKo-AktG, § 23 Rn. 41; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter, § 23 Rn. 6. Diese Differenzierung ist jedoch für die hier verfolgten Zwecke nicht entscheidend, da sie vor allem für die Frage wichtig ist, ob Satzungsbestimmungen nach den §§ 133, 157 BGB oder rein objektiv auszulegen sind.

¹³⁰²Siehe dazu *Spindler*, in: Schmidt/Lutter, § 119 Rn. 10.

¹³⁰³*Hüffer*, § 118 Rn. 4; *Spindler*, in: Schmidt/Lutter, § 119 Rn. 1.

AktG einer anderweitigen Satzungsregelung entgegenstehen, gehören vor allem solche, die den inneren Aufbau der Gesellschaft und insbesondere die Zuständigkeitsverteilung zwischen den Organen regeln.¹³⁰⁴ Aber nicht nur das Verhältnis der Organe zueinander, sondern auch die Zusammensetzung und die innere Organisation der einzelnen Organe sind einer Satzungsregelung grundsätzlich verschlossen.¹³⁰⁵ Insbesondere dürfen keine Regelungen aufgenommen werden, die die Autonomie des Aufsichtsrats einschränken.¹³⁰⁶ Das gilt vor allem für die Selbstorganisationsbefugnis des Aufsichtsrats, so dass ihm durch Satzungsbestimmungen nicht etwa die Bildung bestimmter Ausschüsse vorgeschrieben werden kann.¹³⁰⁷

Das Gesetz ergänzende Regelungen i.S.v. § 23 Abs. 5 S. 2 AktG sind nur möglich, soweit das Gesetz nicht abschließend ist, soweit also eine Regelungslücke vorliegt, was von Fall zu Fall durch Auslegung unter besonderer Berücksichtigung des Gesetzeszwecks zu ermitteln ist; im Zweifel ist, der Formulierung des § 23 Abs. 5 S. 2 („...es sei denn...“) entsprechend, von einer abschließenden Regelung auszugehen.¹³⁰⁸ Derartige Lücken liegen zum Beispiel in Bezug auf die persönlichen Mindestvoraussetzungen für die Wahrnehmung des Vorstandsamtes vor.¹³⁰⁹ Auch die Frage der Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder kann beispielsweise durch die Satzung geregelt werden, vgl. § 113 Abs. 1 S. 2 AktG.¹³¹⁰ Die wichtigste Grenze für eine Satzungsregelung stellt der Grundsatz der eigenverantwortlichen Gesellschaftsleitung durch den Vorstand dar. Sie verbietet es der Hauptversammlung, die Geschäftsleitung im Einzelnen durch die Satzung vorzuzeichnen. Insofern ist die Hauptversammlung darauf beschränkt, nach § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG den Unternehmensgegenstand festzulegen. Dass die Überschreitung dieses Gegenstands stets eine Pflichtverletzung ist, wurde bereits erörtert (siehe oben Kap. 1 C I 2 a aa). Weitere Vorgaben über die Unternehmensführung, die Organisation und die Planung kann die Hauptversammlung dem Vorstand in der Satzung nicht machen.¹³¹¹

¹³⁰⁴ Grunewald, 2. C. Rn. 17; Hüfner, § 23 Rn. 35 f.; Seibt, in: Schmidt/Lutter, § 23 Rn. 55.

¹³⁰⁵ Hüfner, § 23 Rn. 36; Seibt, in: Schmidt/Lutter, § 23 Rn. 55.

¹³⁰⁶ Hüfner, § 107 Rn. 23.

¹³⁰⁷ BGHZ 83, 106 (115).

¹³⁰⁸ Hüfner, § 23 Rn. 37; Pentz, in: MüKo-AktG, § 23 Rn. 157; Seibt, in: Schmidt/Lutter, § 23 Rn. 57.

¹³⁰⁹ Hüfner, § 23 Rn. 38; Pentz, in: MüKo-AktG, § 23 Rn. 161; Seibt, in: Schmidt/Lutter, § 23 Rn. 57. Allerdings ist bei der Aufnahme diese Voraussetzungen regelnder Bestimmungen wiederum darauf zu achten, dass sie das Auswahlrecht des Aufsichtsrats, der die Personalkompetenz innehat, nicht über Gebühr einschränken, da sonst wiederum ein Verstoß gegen zwingendes Aktienrecht vorliegt, der die Satzungsbestimmungen nichtig werden lässt.

¹³¹⁰ Röbriht, in: Großkomm.-AktG, § 23 Rn. 188; Seibt, in: Schmidt/Lutter, § 23 Rn. 57.

¹³¹¹ Pentz, in: MüKo-AktG, § 23 Rn. 161.

2. Möglichkeiten und Grenzen der Transformation von Kodex- in Satzungsbestimmungen

Wendet man diese Grundsätze auf die Transformation der Kodexbestimmungen an, scheidet eine Verpflichtung der Organmitglieder durch die Hauptversammlung, den Kodex insgesamt einzuhalten, aus.¹³¹² Denn hierin läge sowohl eine nach § 23 Abs. 5 S. 1 AktG verbotene Abweichung vom zwingenden Recht als auch eine nach S. 2 derselben Vorschrift verbotene Ergänzung abschließenden Rechts. Der Kodex enthält zahlreiche Bestimmungen über die innere Organisation der Organe, die Art und Weise der Wahrnehmung ihrer genuinen Aufgaben und insbesondere konkrete Anweisungen an den Vorstand, seine Leitungsbefugnis in einer bestimmten Weise auszuüben. Somit kann es stets nur um die Transformation bestimmter einzelner Kodexbestimmungen gehen. Auch eine solche ist aber nur in sehr engen Grenzen möglich. Man kann sagen, dass die meisten Kodexbestimmungen einer Aufnahme in die Satzung nicht fähig sind. In Bezug auf die wichtigsten Bestimmungen soll im Folgenden kurz aufgezeigt werden, ob sie transformationsfähig sind oder nicht.¹³¹³

In Satzungsbestimmungen transformierbar sind zunächst die fünf Empfehlungen und drei Anregungen im Abschnitt „Aktionäre und Hauptversammlung“, die den Aktionären die Wahrnehmung ihrer Rechte und insbesondere die Nutzung einer Stimmrechtsvertretung erleichtern sollen.¹³¹⁴ Zwar betreffen diese Bestimmungen die Geschäftsleitungsaufgabe des Vorstands. Aber der vierte Abschnitt des vierten Teils des Aktiengesetzes, der die Hauptversammlung im Blick hat, enthält unter anderem in den §§ 118 Abs. 1 S. 2, Abs. 2, Abs. 3 S. 2, Abs. 4, 121 Abs. 5, Abs. 7 S. 4, 122 Abs. 1 S. 2, 123 Abs. 2 und 3, 125 Abs. 2 derart weitreichende Ermächtigungen zu vom Gesetz abweichenden und dieses ergänzenden Satzungsregelungen, dass die im Kodex enthaltenen diesbezüglichen Regelungen nach § 23 Abs. 5 AktG unproblematisch zulässig sind.

Auch Ziffer 3.4 Abs. 3 S. 1 DCGK, wonach der Aufsichtsrat die Informations- und Berichtspflichten des Vorstands näher festlegen soll, ist einer solchen Transformation zugänglich.¹³¹⁵ Zwar geht es hier um die Art und Weise, in der der Aufsichtsrat seiner Überwachungsaufgabe nachzukommen hat, so dass dessen Autonomie berührt ist. Aber § 77 Abs. 2 S. 2 AktG sieht ausdrücklich vor, dass die Satzung Einzelfragen der für den Vorstand zu erlassenden Geschäftsordnung bindend regeln kann. Das wird allgemein so verstanden, dass sogar die Grundzüge der zu erlassenden Geschäftsordnung bereits in der Satzung vorgezeichnet werden

¹³¹²Bertrams, Haftung (2003), S. 95; Ibrig/Wagner, BB 2002, S. 789 (790); Krieger, in: FS-Ulmer (2003), S. 365 (378); Semler, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 101; Ulmer, ZHR 166 (2002), S. 150 (174 f.).

¹³¹³Für alle Kodexbestimmungen kann dies hier nicht geleistet werden. Siehe hierzu umfassend Hanfland, Haftungsrisiken (2006), S. 136 ff.

¹³¹⁴Bachmann, WM 2002, S. 2137 (2139); Hanfland, Haftungsrisiken (2006), S. 140; Krieger, in: FS-Ulmer (2003), S. 365 (378); Spindler, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 48; Ulmer, ZHR 166 (2002), S. 150 (175).

¹³¹⁵Hanfland, Haftungsrisiken (2006), S. 143.

können, solange die Kompetenz von Aufsichtsrat und Vorstand nicht ausgeschaltet wird.¹³¹⁶ Daher dürfte es erst recht zulässig sein, in der Satzung nur zu bestimmen, dass der Aufsichtsrat die Informations- und Berichtspflichten des Vorstands näher festlegen muss.

Die auf den nach § 289a HGB zu erstellenden Corporate Governance Bericht bezogenen Kodexbestimmungen in Ziffer 3.10 DCGK sind einer Transformation ebenfalls zugänglich, da sie lediglich den Inhalt dieses Berichts erweitern.¹³¹⁷ Das ergibt sich daraus, dass § 289a HGB den Inhalt des Berichts nicht abschließend festlegt, sondern nur Mindestangaben vorschreibt und daraus, dass das Aufstellen zusätzlicher Publizitätspflichten der Gesellschaft in der Satzung grundsätzlich zulässig ist¹³¹⁸. Zwar handelt es sich um eine Konkretisierung der Unternehmensführungspflicht. Aber eine bloße Zielvorgabe in Sachen Publizität stellt keinen unzulässigen Eingriff in die Leitungskompetenz des Vorstands dar.¹³¹⁹

Nicht in die Satzung aufgenommen werden kann die besonders wichtige Empfehlung zur Vereinbarung eines Selbstbehalts bei D&O Versicherungen für Aufsichtsratsmitglieder in Ziffer 3.8 Abs. 2 S. 2 DCK.¹³²⁰ Teilweise wird zwar vertreten, dass D&O Versicherungen ganz überwiegend im Interesse der Aufsichtsratsmitglieder und nicht im Interesse der Gesellschaft abgeschlossen werden, so dass es sich bei der Frage nach dem Selbstbehalt um eine Frage der Aufsichtsratsvergütung handelt, die nach § 113 Abs. 1 S. 2 AktG in den Zuständigkeitsbereich der Hauptversammlung fällt.¹³²¹ Wertet man die Versicherungsprämie jedoch richtiger Weise nicht als Teil der Aufsichtsratsvergütung¹³²², fallen der Abschluss der D&O Versicherung für die Aufsichtsratsmitglieder und die Vereinbarung des Selbstbehalts in den Zuständigkeitsbereich des Vorstands. Eine Regelung dieser Frage in der Satzung verstieße gegen den Grundsatz der eigenverantwortlichen Leitung nach § 76 AktG.

Zu den transformierbaren Vorschriften des Kodex gehört diejenige der Ziffer 4.2.1 S. 1 DCGK, der zufolge der Vorstand aus mehreren Personen bestehen soll.¹³²³ Das liegt an der zuvor bereits erwähnten Vorschrift des § 23 Abs. 3 Nr. 6 AktG, die sogar erlaubt, durch Satzungsbestimmungen die genaue Anzahl der

¹³¹⁶Siehe *Mertens/Cahn*, in: Köln. Komm.-AktG, § 77 Rn. 61. Vgl. auch *Seibt*, in: Schmidt/Lutter, § 77 Rn. 27. Siehe auch *Hüffer*, § 77 Rn. 20; *Kort*, in: Großkomm.-AktG, § 77 Rn. 72; *Spindler*, in: MüKo-AktG, § 77 Rn. 52.

¹³¹⁷Siehe *Hanfland*, Haftungsrisiken (2006), S. 144.

¹³¹⁸*Pentz*, in: MüKo-AktG, § 23 Rn. 161; *Röbriht*, in: Großkomm.-AktG, § 23 Rn. 190.

¹³¹⁹Siehe *Hanfland*, Haftungsrisiken (2006), S. 144.

¹³²⁰*Hanfland*, Haftungsrisiken (2006), S. 175.

¹³²¹*Drygala*, in: Schmidt/Lutter, § 113 Rn. 12. Differenzierend *Kalls*, in: MüKo-AktG, § 113 Rn. 66; *Spindler*, in: Spindler/Stilz, § 113 Rn. 16 ff.

¹³²²*Hopt/Roth*, in: Großkomm.-AktG, § 113 Rn. 53.

¹³²³*Krieger*, in: FS-Ulmer (2003), S. 365 (378); *Lutter*, ZHR 166 (2002), S. 523 (538); *Ringleb*, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 1550.

Vorstandsmittglieder festzulegen, so dass eine Mindestgrenze von zwei oder mehreren Personen erst recht zulässig ist.

Fraglich ist, ob auch die im selben Satz enthaltene Empfehlung, wonach der Vorstand einen Vorsitzenden oder Sprecher haben soll, transformiert werden kann. Hieran könnte man angesichts der Vorschrift des § 84 Abs. 2 AktG zweifeln, welche die Kompetenz zur Ernennung des Vorstandsvorsitzenden, wie bereits erörtert, dem Aufsichtsrat zuweist, so dass durch eine Transformation seine Aufgabe der ordnungsgemäßen Vorstandsbestellung berührt ist. Dementsprechend herrscht im Schrifttum auch weitgehende Einigkeit darüber, dass die Hauptversammlung die Ernennung eines Vorstandsvorsitzenden durch eine Satzungsbestimmung weder vorschreiben noch verbieten kann.¹³²⁴ Dieser Ansicht ist zu folgen. Zwar darf nach § 77 Abs. 2 S. 2 AktG die Satzung Einzelfragen der Geschäftsordnung des Vorstands regeln. Vorzuschreiben, dass der Vorstand einen Vorsitzenden haben soll, greift jedoch zu stark in die Kompetenzen des Aufsichtsrats ein. Denn es geht nicht lediglich um eine Geschäftsverteilungsfrage, die nach § 77 Abs. 2 S. 2 AktG unbedenklich durch die Hauptversammlung beantwortet werden könnte, sondern um eine unternehmenspolitische Entscheidung, die unter Berücksichtigung des zur Verfügung stehenden Personals und der Zusammensetzung des Vorstands getroffen werden muss.¹³²⁵ Daher kann diese Empfehlung nicht in eine Satzungsbestimmung transformiert werden.¹³²⁶

Dasselbe gilt für die alternativ empfohlene Ernennung eines Vorstandssprechers, da eine Entscheidung der Hauptversammlung hierüber die Selbstorganisationskompetenz des Vorstands in gleichem Maße einschränken würde. Zweifelhaft ist auch die Transformationsfähigkeit der Empfehlung in Ziffer 4.2.1 S. 2 DCGK, der zufolge eine Geschäftsordnung die Arbeit des Vorstands, insbesondere die Ressortzuständigkeiten, die dem Gesamtvorstand vorbehaltenen Angelegenheiten und die erforderliche Beschlussmehrheit regeln soll. Fraglich ist erstens, ob eine Satzungsbestimmung vorschreiben kann, dass überhaupt eine Geschäftsordnung erlassen wird und zweitens ob die Bestimmung vorsehen kann, dass die in Ziffer 4.2.1 S. 2 DCGK genannten Materien durch die Geschäftsordnung geregelt werden. Dies wird man angesichts der zuvor erläuterten Vorschrift des § 77 Abs. 2 S. 2 AktG bejahen müssen.¹³²⁷ Da nach dieser Vorschrift sogar Einzelfragen der noch zu erlassenden Geschäftsordnung geregelt werden dürfen, muss die Hauptversammlung erst recht bestimmen können, dass eine Geschäftsordnung überhaupt erlassen wird. Was den in Ziffer 4.2.1 S. 2 DCGK angesprochenen Inhalt angeht, ist eine Transformation ebenfalls möglich. Zu den in § 77 Abs. 2 S. 2

¹³²⁴Fleischer, in: Spindler/Stilz, § 84 Rn. 86; Mertens/Cahn, in: Köln. Komm.-AktG, § 84 Rn. 101;

Spindler, in: MüKo-AktG, § 84 Rn. 100; Wiesner, in: Münchener Handbuch AG, § 24 Rn. 2; a.A.

Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten, Rn. 440, denen zufolge die Hauptversammlung nur keine bestimmte Person zur Besetzung der Position bestimmen kann.

¹³²⁵Mertens/Cahn, in: Köln. Komm.-AktG, § 84 Rn. 101.

¹³²⁶A.A. Hanfland, Haftungsrisiken (2006), S. 145.

¹³²⁷So auch Hanfland, Haftungsrisiken (2006), S. 145 f.

AktG angesprochenen Einzelfragen der Geschäftsordnung gehört auch die Frage, was hierin geregelt werden soll. Die Hauptversammlung kann also bestimmen, dass die Ressortverteilung, die Zuständigkeit des Gesamtvorstands und die Frage der notwendigen Beschlussmehrheit in der Geschäftsordnung geregelt werden, wie es der Kodex verlangt, wenn sie auch nicht im Einzelnen bestimmen kann, welche Regelungen letztlich getroffen werden. Zum Inhalt der Regelungen enthält der Kodex aber auch keine Aussage. Eine Transformation ist somit möglich.

Einer Transformation in Satzungsbestimmungen nicht zugänglich sind allerdings die Vorschriften des Kodex, welche die Festlegung der Vorstandsvergütung betreffen. Nicht möglich ist insbesondere die Transformation der Empfehlung in Ziffer 4.2.2 DCGK, die dem Aufsichtsratsplenum gebietet, das Vergütungssystem für den Vorstand zu beschließen und regelmäßig zu überprüfen.¹³²⁸ Ob ein solches Vergütungssystem wirklich zu installieren ist, ist eine die Personalkompetenz des Aufsichtsrats wesentlich prägende Entscheidung, die von komplexen Kosten-Nutzen-Abwägungen abhängt. Es kann durchaus zweckmäßig sein, ein System, wie es der Kodex-Kommission vorschwebt, nicht einzuführen. Hierüber muss der Aufsichtsrat autonom entscheiden.

Dasselbe gilt erst recht für die Ziffer 4.2.2 DCGK konkretisierenden Empfehlungen in Ziffer 4.2.3 Abs. 2 und 3 DCGK, da hierin detaillierte Vorgaben für die Zusammensetzung der Vorstandsvergütung und die Ausgestaltung der variablen Vergütungsbestandteile enthalten sind. Die besonders wichtige und unpopuläre Empfehlung eines Abfindungs-Caps in Ziffer 4.2.3 Abs. 4 DCGK ist einer Transformation in eine Satzungsbestimmung aus den zuvor genannten Gründen ebenfalls nicht zugänglich. Ob beim Abschluss eines Anstellungsvertrages derartige Caps vereinbart werden, ist eine Entscheidung, die in den Kernbereich der Personalkompetenz des Aufsichtsrats fällt. Dasselbe gilt für die Empfehlung der Ziffer 4.2.3 Abs. 5 DCGK, die vorsieht, dass Leistungen aus Anlass der vorzeitigen Beendigung der Vorstandstätigkeit infolge Kontrollwechsels 150% des Abfindungscaps nicht übersteigen sollen. In Bezug auf die Vorstandsvergütung sind lediglich die formalen Bestimmungen des Kodex transformationsfähig. So kann z.B. die Empfehlung der Ziffer 4.2.5 DCGK, der zufolge die Offenlegung der Organvergütung zum Teil des Corporate Governance Berichts nach § 289a HGB und Ziffer 3.10 DCGK gemacht werden soll, durchaus in eine Satzungsbestimmung transformiert werden. Denn hierbei handelt es sich lediglich um eine Publizitätspflicht, deren Statuierung die aktienrechtliche Kompetenzverteilung nicht entgegensteht.

Einer Transformation zugänglich sind des Weiteren die besonders untreuerelevanten Kodexbestimmungen zur Vermeidung und Offenlegung von Interessenkonflikten der Vorstandsmitglieder in den Ziffern 4.3.1 bis 4.3.5 DCGK. Das gilt zunächst für die in Ziffer 4.3.4 S. 1 DCGK enthaltene Pflicht der

¹³²⁸Vgl. *Hanfland*, Haftungsrisiken (2006), S. 176.

Organmitglieder, Interessenkonflikte unverzüglich offenzulegen.¹³²⁹ Zwar wird hiermit dem Vorstand durch die Satzung vorgeschrieben, dass eine bestimmte Handlung in einer bestimmten Situation vorzunehmen ist. Aber dennoch wird hierdurch die Leitungsverantwortung des Vorstands nicht in unzulässiger Weise eingeschränkt. Satzungsbestimmungen, die dem Vorstand, abgesehen vom Unternehmensgegenstand, vorschreiben, wie das Unternehmen zu führen ist, sind zwar, wie bereits erörtert, unzulässig. Aber eine solche Vorgabe stellt die Verpflichtung zur Offenlegung von Interessenkonflikten nicht dar. Bestimmte wirtschaftliche Entscheidungen werden dem Vorstand hierdurch weder vorgeschrieben noch verboten, da er einen bestehenden Interessenkonflikt nur offen legen muss. Die weiteren Konsequenzen, wie etwa die zwingende Enthaltung bei einer Beschlussfassung, stellen zwar Einschränkungen der Leitungsbefugnis dar, folgen aber nur mittelbar aus der Pflicht zur Offenlegung.

Ebenfalls transformierbar ist die Bestimmung in Ziffer 4.3.4 S. 3 DCGK, die vorschreibt, dass wesentliche Eigengeschäfte des Vorstands einem Zustimmungsvorbehalt unterliegen sollen.¹³³⁰ Aus § 111 Abs. 4 S. 2 AktG folgt, dass die Satzung oder der Aufsichtsrat bestimmen müssen, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden dürfen. Hierin liegt also eine Kompetenzzuweisung an die Hauptversammlung. Da allerdings auch dem Aufsichtsrat die Kompetenz zur Einführung von Zustimmungsvorbehalten eingeräumt wird, liegt insoweit ein Konkurrenzverhältnis vor.¹³³¹ Die Hauptversammlung kann keine abschließende Aufzählung von zustimmungspflichtigen Geschäften vornehmen. Der Aufsichtsrat muss sich aber an die Vorgaben der Satzung halten, wenn er sie auch ergänzen kann. Da in § 111 Abs. 4 S. 2 AktG von „bestimmten Arten von Geschäften“ die Rede ist, reicht es aus, dass die Satzung allgemeine Merkmale enthält, bei deren Vorliegen eine Zustimmung erforderlich sein soll.¹³³² Der Kodex sieht vor, dass wesentliche Geschäfte zwischen dem Unternehmen einerseits und den Vorstandsmitgliedern und ihnen nahe stehenden Personen oder Unternehmungen andererseits einem solchen Zustimmungsvorbehalt unterliegen sollen. Diese Merkmale sind hinreichend konkret für eine Übernahme in die Satzung, so dass die Satzung bestimmen kann, dass ein Geschäft, das diese Merkmale aufweist, zustimmungsbedürftig ist.

Problematisch ist jedoch die Empfehlung in Ziffer 4.3.5 DCGK. Ihr zufolge sollen Vorstandsmitglieder Nebentätigkeiten, insbesondere Aufsichtsratsmandate außerhalb des Unternehmens nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats übernehmen. Es scheint also auch hier um einen Zustimmungsvorbehalt im Sinne von § 111 Abs. 4 S. 2 AktG zu gehen. Dass die Aufnahme von Nebentätigkeiten einem sol-

¹³²⁹Hanfland, Haftungsrisiken (2006), S. 147.

¹³³⁰Bertrams, Haftung (2003), S. 96; Hanfland, Haftungsrisiken (2006), S. 147; Ihrig/Wagner, BB 2002, S. 789 (790); Krieger, in: FS-Ulmer, S. 365 (378).

¹³³¹Siehe zum Ganzen, Drygala, in: Schmidt/Lutter, § 111 Rn. 41.

¹³³²Drygala, in: Schmidt/Lutter, § 111 Rn. 45.

chen Vorbehalt unterworfen werden kann, entspricht der ganz überwiegenden Meinung.¹³³³ Somit könnte man der Ansicht sein, die Kodexbestimmung sei in eine Satzungsbestimmung transformierbar.

Dies trifft aber nicht zu. Denn mit der Kodexbestimmung werden nicht die Hauptversammlung und der Aufsichtsrat dazu aufgefordert, einen solchen Zustimmungsvorbehalt einzuführen. Vielmehr adressiert die Vorschrift die Vorstandsmitglieder selbst und verbietet ihnen, ohne Zustimmung des Aufsichtsrats Nebentätigkeiten aufzunehmen. Das ergibt sich schon aus dem Vergleich mit der unmittelbar vorstehenden Empfehlung in Ziffer 4.3.4 S. 3 DCGK, wo es wörtlich heißt: „Wesentliche Geschäfte sollen der Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen.“ Demgegenüber heißt es in Ziffer 4.3.5 DCGK wörtlich: „Vorstandsmitglieder sollen Nebentätigkeiten...nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats übernehmen.“ Der enge räumliche Zusammenhang der Vorschriften lässt sich nur damit erklären, dass beide der Vermeidung von Interessenkonflikten dienen. Funktional betrachtet, unterscheiden sie sich jedoch erheblich. Ziffer 4.3.5 enthält im Gegensatz zu Ziffer 4.3.4 S. 3 DCGK eine der wenigen Bestimmungen, die unmittelbar einzelne Organmitglieder ansprechen und ihnen Verhaltenspflichten auferlegen.

Die Verpflichtung der Organmitglieder, die Aufnahme von Nebentätigkeiten zu unterlassen, kann jedoch nicht in die Satzung aufgenommen, die Kodexbestimmung also nicht in Satzungsrecht transformiert werden. Selbst wenn die Aufnahme von Nebentätigkeiten einem Zustimmungsvorbehalt unterworfen werden kann, was hier bestritten wird, kann die Hauptversammlung über einen solchen Zustimmungsvorbehalt nicht entscheiden.¹³³⁴ Das liegt daran, dass das Erlauben und Verboten von Nebentätigkeiten in die Personalkompetenz des Aufsichtsrats fällt, welche insoweit als abschließend anzusehen ist. Ob und in welchem Umfang Nebentätigkeiten erlaubt werden, ist eine komplexe Frage, deren Beantwortung nicht zuletzt von der Leistungsfähigkeit der Vorstandsmitglieder abhängt, welche am besten einzelfallbezogen vom Aufsichtsrat und nicht abstrakt von der Hauptversammlung beurteilt werden kann. Eine Transformation

¹³³³Siehe etwa *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, § 88 Rn. 25; *Mertens/Cahn*, in: Köln. Komm.-AktG, § 88 Rn. 2; *Spindler*, in: MüKo-AktG, § 88 Rn. 5. Diese Auffassung ist zweifelhaft. Da der Zustimmungsvorbehalt ein Instrument zur Wahrnehmung der Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats ist, welche sich nur auf Maßnahmen der Unternehmensleitung bezieht, können nur solche Handlungen einem Zustimmungsvorbehalt unterworfen werden, die sich als bedeutsame Maßnahmen und Entscheidungen im Rahmen der Unternehmensleitung und -planung darstellen. (Allgemeine Meinung. Siehe etwa *Drygala*, in: Schmidt/Lutter, § 111 Rn. 46; *Hoffmann-Becking*, in: Münchener Handbuch AG, § 29 Rn. 43; *Hopt/Roth*, in: Großkomm.-AktG, § 111 Rn. 641; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten, Rn. 112.) Dies trifft für die Aufnahme einer Nebenbeschäftigung nach der hier vertretenen Ansicht aber nicht zu. Sie kann sich zwar sehr negativ auf die Leitung der Aktiengesellschaft auswirken, etwa dadurch, dass das entsprechende Vorstandsmitglied nicht die gebotene Arbeitskraft für seine Haupttätigkeit aufbringt. Aber deshalb handelt es sich nicht um eine Maßnahme der Unternehmensleitung.

¹³³⁴*Mertens/Cahn*, in: Köln. Komm.-AktG, § 84 Rn. 51; *Semler*, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 398. A.A. *Hanfland*, Haftungsrisiken (2006), S. 148.

kann höchstens durch Aufnahme in einen Anstellungsvertrag erfolgen (dazu unten Kap. 3 C III).

Nicht transformationsfähig ist ferner die Empfehlung der Ziffer 5.1.2 Abs. 2 S. 2 DCGK, der zufolge die Wiederbestellung eines Vorstandsmitglieds vor Ablauf eines Jahres vor Ende der Bestelldauer bei gleichzeitiger Aufhebung der laufenden Bestellung grundsätzlich nicht erfolgen soll.¹³³⁵ Ob diese aktienrechtlich zulässige, vom Kodex aber abgelehnte Vorgehensweise zweckmäßig ist, hat allein der Aufsichtsrat zu entscheiden. Einer Regelung im Rahmen der Satzung steht seine Personalkompetenz entgegen.

Die Empfehlung in Ziffer 5.4.2 S. 3 DCGK, dass dem Aufsichtsrat nicht mehr als zwei ehemalige Vorstandsmitglieder angehören sollen, kann die Hauptversammlung hingegen zum Bestandteil der Satzung machen.¹³³⁶ Da es sich um eine Regelung der persönlichen Voraussetzungen für die Wahrnehmung des Aufsichtsratsamtes handelt, welche im Aktienrecht nicht abschließend geregelt sind, verstößt eine solche Transformation nicht gegen den Grundsatz der Satzungsstrenge. Das ergibt sich auch aus der Existenz des § 100 Abs. 4 AktG, der die Festsetzung solcher persönlichen Voraussetzungen grundsätzlich zulässt, wenn er sie auch gewissen Einschränkungen unterwirft. Transformationsfähig sind auch die Empfehlungen über die Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder in Ziffer 5.4.6 DCGK. Dass die Hauptversammlung für Fragen der Aufsichtsratsvergütung zuständig ist, ergibt sich unmittelbar aus § 113 Abs. 1 S. 2 AktG. Aktienrechtliche Kompetenzgrenzen stehen der Transformation nicht entgegen.

Transformierbar ist ferner die Empfehlung der Ziffer 5.5.2 DCGK, welche die Aufsichtsratsmitglieder zur Offenlegung von Interessenkonflikten zwingt.¹³³⁷ Das liegt daran, dass die Regelung des § 107 AktG, welche die innere Ordnung des Aufsichtsrats betrifft, nicht als abschließend anzusehen ist¹³³⁸ und somit Raum für Regelungen im Rahmen der Satzung lässt, und dass die Offenlegung von Interessenkonflikten als Frage der inneren Ordnung des Organs verstanden werden kann. Denn die Offenlegung dient vor allem dem Ziel, den Aufsichtsrat durch Information in die Lage zu versetzen, den Interessenkonflikt bei der Arbeit des Aufsichtsrats und insbesondere bei der Beschlussfassung angemessen zu berücksichtigen.

Ebenso unproblematisch transformiert werden kann die Empfehlung der Ziffer 5.5.3 S. 1 DCGK, der zufolge der Aufsichtsrat die Hauptversammlung über aufgetretene Interessenkonflikte informieren soll.¹³³⁹ Denn die Berichtspflichten des Aufsichtsrats an die Hauptversammlung sind im Aktienrecht nicht abschlie-

¹³³⁵Hanfland, Haftungsrisiken (2006), S. 167.

¹³³⁶Krieger, in: FS-Ulmer (2003), S. 365 (368).

¹³³⁷Hanfland, Haftungsrisiken (2006), S. 154. A.A. Semler, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 455.

¹³³⁸Habersack, in: MüKo-AktG, § 107 Rn. 1; Hopt/Roth, in: Großkomm.-AktG, § 107 Rn. 6; Spindler, in: Spindler/Stülz, § 107 Rn. 4.

¹³³⁹Hanfland, Haftungsrisiken (2006), S. 155.

ßend geregelt und ein Bericht über Interessenkonflikte, der der Schaffung einer angemessenen Informationsgrundlage für die Entlastung des Aufsichtsrats nach § 119 AktG dienen soll¹³⁴⁰, schränkt die Selbstorganisationsbefugnis des Aufsichtsrats nicht ein, sondern bedeutet für ihn nur eine weitere Zielvorgabe, die zulässiger Weise in die Satzung aufgenommen werden kann.

Auf die weiteren Kodexbestimmungen soll an dieser Stelle nicht eingegangen werden. An den sehr verschiedenen Antworten auf die Frage der Transformationsfähigkeit erkennt man, dass es vom Regelungszweck und der Regeldichte der einzelnen Kodexbestimmungen abhängt, ob sie in die Satzung aufgenommen werden können. Der Vorteil einer solchen Aufnahme liegt eindeutig in der hiermit verbundenen Rechtssicherheit. Es mag für die Organmitglieder im Einzelfall zweifelhaft sein, ob der Kodex wirklich völlig unverbindlich ist und sie jederzeit von ihm abweichen dürfen. Werden die entsprechenden Bestimmungen in die Satzung aufgenommen, stellen sie für die Organmitglieder ein verbindliches Programm dar. Es ist aber auch zu berücksichtigen, dass eine solche Aufnahme das Haftungsrisiko der Organmitglieder erweitert. Auch in Bezug auf eine mögliche Strafbarkeit wegen Untreue ist eine weitgehende Transformation der Bestimmungen des Kodex in Satzungsrecht für die Organmitglieder nachteilhaft, da jede Abweichung von der Satzung eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue darstellt. Dies ist von den Aktionären in der Hauptversammlung und von den Organen selbst, wenn sie die entsprechenden Beschlussvorschläge vorbringen, stets zu bedenken.

II. Das Abweichen von in die Geschäftsordnungen der Organe aufgenommenen Kodexbestimmungen

1. Die Aufnahme der Kodexbestimmungen in die Geschäftsordnung des Vorstands

Eine weitere Möglichkeit der unternehmensinternen Transformation des Kodex stellt die Aufnahme in die Geschäftsordnung des Vorstands dar. Nach § 77 Abs. 2 S. 1 AktG kann der Aufsichtsrat eine Geschäftsordnung für den Vorstand erlassen. Der Vorstand selbst kann dies nur, sofern der Aufsichtsrat von dieser Kompetenz keinen Gebrauch macht und die Satzung keine entgegenstehende Regelung enthält. In der Möglichkeit, eine Geschäftsordnung zu erlassen, liegt also die wichtigste Einflussmöglichkeit des Aufsichtsrats in Bezug auf die Einhaltung der Kodexbestimmungen durch den Vorstand¹³⁴¹, zumal eine durch den Aufsichtsrat erlassene Geschäftsordnung gegenüber entsprechenden Maßnahmen des Vor-

¹³⁴⁰Kremer, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 1138.

¹³⁴¹Inwiefern die Abweichung von Kodexbestimmungen einem Zustimmungsvorbehalt nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG unterworfen werden kann, was ebenfalls ein wichtiges Kontrollmittel darstellt, ist sehr umstritten. Selbstverständlich kann hierdurch kein komplett kodexkonformes Verhalten des Vorstands erzwungen werden, da dies die Kompetenzordnung des Aktiengesellschaftsrechts unterlaufen würde. Auf weitere Einzelheiten kann hier jedoch nicht eingegangen werden. Siehe dazu umfassend *Bertrams*, Haftung (2003), S. 102 ff.

stands eine Sperrwirkung entfaltet. Der Vorstand kann sich selbst keine Geschäftsordnung geben, wenn der Aufsichtsrat dies bereits getan hat und eine bereits erlassene Geschäftsordnung verliert ihre Wirkung.¹³⁴² Lassen Hauptversammlung und Aufsichtsrat jedoch zu, dass sich der Vorstand selbst eine Geschäftsordnung gibt, haben auch die Mitglieder des Vorstands die Möglichkeit, Kodexbestimmungen, die sie für besonders sinnvoll und wichtig halten und an die sie sich langfristig binden wollen, in Geschäftsordnungsbestimmungen zu transformieren. Es wurde bereits erörtert, dass eine Geschäftsordnung des Vorstands nicht zwingend vorliegen muss, auch wenn der Kodex dies empfiehlt. Soweit eine solche jedoch vorliegt, ist ihr Erlass, ihre Änderung und ihre Aufhebung durch den Vorstand nur durch einstimmigen Beschluss möglich, auch wenn im Vorstand ansonsten das Mehrheitsprinzip gilt, § 77 Abs. 2 S. 3 AktG. Daher erfordert eine solche Verankerung von Empfehlungen und Anregungen einen völligen Konsens der Organmitglieder über die Zweckmäßigkeit der im Kodex empfohlenen Verhaltensweisen.

Der Regelung durch die Geschäftsordnung sind generell nur Fragen der Binnenorganisation und Geschäftsverteilung des Vorstands zugänglich, die nicht bereits durch zwingendes Recht beantwortet sind.¹³⁴³ Regelungen, die der Satzung vorbehalten sind, können nicht in die Geschäftsordnung aufgenommen werden.¹³⁴⁴ Da die Geschäftsordnung nur ein Mittel der Organisation des Vorstands sein soll, können materielle Richtlinien, die die Wahrnehmung der Geschäftsaufgaben betreffen, ebenfalls nicht aufgenommen werden.¹³⁴⁵ Das beschränkt die Geschäftsordnung letztlich auf Fragen der Aufgabenverteilung, der Form der Zusammenarbeit der Organmitglieder und der Zusammenarbeit des Vorstands mit dem Aufsichtsrat.¹³⁴⁶ Vor allem die Grundsätze der horizontalen und vertikalen Delegation können, in den bereits angesprochenen Grenzen, zum Gegenstand der Geschäftsordnung gemacht werden. Daher hat die Geschäftsordnung häufig den Charakter eines Geschäftsverteilungsplans.

Die Grenzen der Gestaltung der Geschäftsordnung schränken die Möglichkeit, Kodexbestimmungen zu transformieren, erheblich ein, so dass deutlich weniger Bestimmungen einer solchen Transformation zugänglich sind als dies in Bezug auf die Satzung der Fall ist. Generell können nur Kodexvorschriften über die Vorstandsorganisation, die Zusammenarbeit mit dem Aufsichtsrat und bestimmte Informationsabläufe aufgenommen werden. Die Kodexbestimmungen, die inhaltliche Entscheidungen des Vorstands betreffen, können nicht Gegenstand der Geschäftsordnung sein. Das schließt z.B. die Übernahme der Kodexregelungen

¹³⁴²Hüffer, § 77 Rn. 22; Kort, in: Großkomm.-AktG, § 77 Rn. 70; Seibt, in: Schmidt/Lutter, § 77 Rn. 26.

¹³⁴³Seibt, in: Schmidt/Lutter, § 77 Rn. 24. Vgl. auch Fleischer, in: Spindler/Stilz, § 77 Rn. 59.

¹³⁴⁴Mertens/Cahn, in: Köln. Komm.-AktG, § 77 Rn. 51.

¹³⁴⁵Fleischer, in: Spindler/Stilz, § 77 Rn. 59; Mertens/Cahn, in: Köln. Komm.-AktG, § 77 Rn. 51.

¹³⁴⁶Mertens/Cahn, in: Köln. Komm.-AktG, § 77 Rn. 51.

im Abschnitt „Aktionäre und Hauptversammlung“ aus. Zwar handelt es sich um an den Vorstand gerichtete Empfehlungen und Anregungen. Aber diese können nicht in die Geschäftsordnung integriert werden, da sie sich nicht als Regelung der Binnenorganisation des Vorstands begreifen lassen. Vielmehr enthalten sie materielle Vorgaben für die Wahrnehmung der Leitungsaufgabe. Werden sie dennoch in die Geschäftsordnung aufgenommen, ist letztere insoweit nichtig.

Auch die Empfehlung der Ziffer 3.8 Abs. 2 S. 2 DCGK, welche zur Vereinbarung eines Selbstbehalts bei D&O Versicherungen für den Aufsichtsrat zwingt, ist aus denselben Gründen nicht in die Geschäftsordnung integrierbar. Auch hier handelt es sich um eine materielle Vorgabe für die Geschäftsleitung. Aufnahmefähig sind hingegen die Bestimmungen zur Vermeidung und Offenlegung von Interessenkonflikten in den Ziffern 4.3.1 bis 4.3.5 DCGK.¹³⁴⁷ Wie im Falle der Interessenkonflikte von Aufsichtsratsmitgliedern gilt auch hier, dass die Offenlegungspflicht der Information des Gesamtgorgans dient und ihm ermöglichen soll, auf den Interessenkonflikt in angemessener Weise zu reagieren. Daher kann die Empfehlung als Organisationsvorschrift begriffen werden und ist somit transformationsfähig. Dasselbe gilt für Ziffer 4.2.1 S. 1 DCGK, die empfiehlt, dass der Vorstand einen Sprecher haben soll.

Weitere relevante Bestimmungen kommen für eine Transformation kaum in Betracht. Das liegt vor allem an der Struktur des Kodex. Soweit es um die Kontrolle und Überwachung des Vorstands geht, nimmt der Kodex zumeist den Aufsichtsrat in die Pflicht und empfiehlt ihm, in einer bestimmten Weise von seinen Aufsichtsrechten Gebrauch zu machen. Zur Organisation des Vorstands selbst enthält der Kodex kaum Zweckmäßigkeitentscheidungen. Insbesondere zur Frage, welche Ressortaufteilung zweckmäßig ist, also zu der für die Geschäftsordnung des Vorstands wichtigsten Frage, liefert der Kodex keine Antworten, sondern beschränkt sich auf die Empfehlung, dass eine Ressortaufteilung überhaupt stattfinden soll. Der Fokus des Kodex liegt eindeutig auf der Verbesserung der Aufsichtsratsstätigkeit und daher richten sich die meisten Empfehlungen und Anregungen an ihn. Außerdem wird die Transformationsfähigkeit dadurch eingeschränkt, dass die Geschäftsordnung gegenüber der Satzung subsidiär ist. Vielfach können Kodexbestimmungen nicht in die Geschäftsordnung integriert werden, weil sie in die Satzung aufgenommen werden können. Daher ist dieses Organisationsinstrument zur Effektivierung des an sich unverbindlichen Kodex relativ schlecht geeignet. Soweit eine Transformation jedoch erfolgt, ist eine Zuwiderhandlung allein schon wegen der Existenz des § 82 Abs. 2 AktG nach der hier vertretenen Auffassung stets eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue.

¹³⁴⁷Bachmann, WM 2002, S. 2138 (2139).

2. Die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats

Auch in die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats können Bestimmungen des Kodex aufgenommen werden. Für ihren Erlass ist der Aufsichtsrat selbst zuständig. Das ergibt sich zwar nicht ausdrücklich aus dem Aktiengesetz, aber daraus, dass der Aufsichtsrat eigenverantwortlich für seine Organisation zu sorgen hat und dass die Geschäftsordnung ein Instrument der Selbstorganisation darstellt.¹³⁴⁸ Der Erlass der Geschäftsordnung erfolgt, wie ihre Änderung oder Aufhebung, durch Beschluss nach § 108 Abs. 1 AktG, für den lediglich eine einfache Mehrheit erforderlich ist, da die in Bezug auf die Geschäftsordnung des Vorstands Einstimmigkeit erfordernde Vorschrift des § 77 Abs. 2 S. 3 AktG nicht entsprechend anzuwenden ist.¹³⁴⁹

Der Erlass einer Geschäftsordnung ist auch für den Aufsichtsrat keine Pflicht, auch wenn der Kodex ihn in Ziffer 5.1.3 empfiehlt. Die besondere Bedeutung einer solchen Geschäftsordnung ergibt sich daraus, dass einerseits das Gesetz nur wenige Regelungen für die Organisation des Aufsichtsrats bereithält, dass aber andererseits der Aufsichtsrat die Pflicht hat, sich selbst derart zu organisieren, dass er seine Aufgaben ordnungsgemäß wahrnehmen kann.¹³⁵⁰ Daran wird deutlich, dass es sich auch bei der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats um ein reines Instrument der Organisation handelt. Geregelt werden können also nur die Arbeitsweise des Aufsichtsrats und seine innere Ordnung als solche.¹³⁵¹

Die Besonderheit gegenüber der Geschäftsordnung des Vorstands besteht darin, dass dem Aufsichtsrat gegenüber der Hauptversammlung eine weitgehende Satzungsautonomie zukommt. Eine § 77 Abs. 2 S. 2 AktG entsprechende Vorschrift, der zufolge die Hauptversammlung Einzelfragen der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats regeln könnte, existiert nicht. Dies bedeutet im Zusammenspiel mit § 23 Abs. 5 AktG, dass die Organisationsautonomie des Aufsichtsrats eine Grenze für die Aufnahme von Satzungsbestimmungen markiert.¹³⁵² So ist es zum Beispiel unzulässig, dem Aufsichtsrat durch die Satzung die Errichtung bestimmter Ausschüsse vorzuschreiben.¹³⁵³ Zwar verdrängt eine zulässige Satzungsregelung die entsprechende Bestimmung in der Geschäftsordnung, wie es auch in Bezug auf die Geschäftsordnung des Vorstands der Fall ist.¹³⁵⁴ Aber das Spektrum wirksamer Satzungsbestimmungen ist stark eingeschränkt.

¹³⁴⁸Hüffer, § 107 Rn. 23; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten, Rn. 533.

¹³⁴⁹Hopt/Roth, in: Köln. Komm.-AktG, § 107 Rn. 209; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten, Rn. 533; Spindler, in: Spindler/Stilz, § 107 Rn. 13.

¹³⁵⁰Hopt/Roth, in: Großkomm.-AktG, § 107 Rn. 203; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten, Rn. 534; Spindler, in: Spindler/Stilz, § 107 Rn. 9.

¹³⁵¹Hopt/Roth, in: Großkomm.-AktG, § 107 Rn. 217; Spindler, in: Spindler/Stilz, § 107 Rn. 12.

¹³⁵²Hopt/Roth, in: Großkomm.-AktG, § 107 Rn. 205; Spindler, in: Spindler/Stilz, § 107 Rn. 10.

¹³⁵³BGHZ 83, 106 (115); Hopt/Roth, in: Großkomm.-AktG, § 107 Rn. 205; Spindler, in: Spindler/Stilz, § 107 Rn. 10.

¹³⁵⁴Spindler, in: Spindler/Stilz, § 107 Rn. 10.

Aus der Funktion der Geschäftsordnung als Organisationsinstrument folgt auch hier eine starke Eingrenzung der Transformationsfähigkeit der Kodexbestimmungen. Es können nur solche Empfehlungen und Anregungen aufgenommen werden, die als Normen der Binnenorganisation gedacht werden können. Dazu zählt beispielsweise die Empfehlung in Ziffer 3.4 Abs. 3 S. 1 DCGK, die Berichtspflichten des Vorstands näher festzulegen. Die Berichtspflichten als solche sind dann jedoch in die Geschäftsordnung des Vorstands aufzunehmen. Transformationsfähig sind ferner Ziffer 3.6 S. 1 DCGK, wonach in mitbestimmten Aufsichtsräten die Aktionärsvertreter und die Arbeitnehmervertreter Aufsichtsratssitzungen jeweils gesondert und ggf. mit Mitgliedern des Vorstands vorbereiten sollen und Ziffer 3.6 S. 2, wonach der Aufsichtsrat bei Bedarf ohne den Vorstand tagen soll. Auch die besonders wichtige Empfehlung in Ziffer 4.2.2 S. 1 DCGK, das Aufsichtsratsplenum solle ein Vergütungssystem für den Vorstand beschließen und regelmäßig prüfen, ist zumindest teilweise transformationsfähig. Dass ein solches System installiert wird, ist zwar eine materielle Vorgabe für die Wahrnehmung der Personalkompetenz, die nicht aufnahmefähig ist.¹³⁵⁵ Aber die regelmäßige Überprüfung kann im Einzelnen durch die Geschäftsordnung vorgeschrieben werden. Nicht transformationsfähig ist Ziffer 5.1.2 Abs. 2 S. 2 DCGK, die in der zuvor bereits geschilderten Weise Neubestellungen der Vorstandsmitglieder vor Ablauf der Amtszeit einschränkt. Denn hierbei handelt es sich um eine materielle Vorgabe für die Wahrnehmung der Personalkompetenz. Einer Aufnahme in die Geschäftsordnung fähig sind hingegen die meisten den Aufsichtsratsvorsitzenden als solchen betreffenden Bestimmungen. So können Ziffer 5.2 Abs. 2 S. 1 DCGK, wonach der Aufsichtsratsvorsitzende zugleich Vorsitzender der für die Vorstandsvergütung zuständigen Ausschüsse sein soll und Ziffer 5.2 Abs. 2 S. 2 DCGK, wonach er nicht Vorsitzender des Audit Committee sein soll, unproblematisch transformiert werden, weil es sich um Vorschriften der Binnenorganisation handelt.¹³⁵⁶ Dasselbe gilt für Abs. 3 S. 1 derselben Ziffer, die den regelmäßigen Kontakt des Vorsitzenden mit dem Vorstand vorschreibt und S. 3 desselben Absatzes, dem zufolge er bei wichtigen Ereignissen den Gesamtaufsichtsrat unterrichten und ggf. eine außerordentliche Sitzung einberufen soll.

Geradezu prädestiniert für die Aufnahme in die Geschäftsordnung sind die Bestimmungen zur Bildung von Ausschüssen. Die Ziffern 5.3.1 bis 5.3.5 DCGK können somit allesamt übernommen werden, da sie Vorgaben darüber enthalten, welche Ausschüsse zu bilden sind (Audit Committee nach Ziffer 5.3.2 und Nominierungsausschuss nach Ziffer 5.3.3 DCGK) und wie die Arbeit in den Ausschüssen abzulaufen hat. Somit kann zwar nicht die Hauptversammlung, aber der Auf-

¹³⁵⁵Somit scheidet auch die Übernahme der Vorgaben für das Vergütungssystem liefernden Empfehlungen in Ziffer 4.2.3 DCGK und vor allem die hierin enthaltene Empfehlung des Abfindungs-Caps aus.

¹³⁵⁶Siehe zum Ganzen *Becker*, Haftung (2005), S. 42; *Hanfland*, Haftungsrisiken (2006), S. 183.

sichtsrat selbst die vom Kodex als besonders wichtig angesehene Einrichtung eines Audit Committee erzwingen.¹³⁵⁷

Auch die Offenlegung von Interessenkonflikten, die Ziffer 5.5.2 DCGK verlangt, kann den Aufsichtsratsmitgliedern in der Geschäftsordnung vorgeschrieben werden¹³⁵⁸, da die Frage, inwiefern solche Konflikte aufzudecken sind, wie bereits erörtert, trotz des individuellen Einschlags eine Frage der Aufsichtsratsorganisation ist.

Die Möglichkeiten der Aufnahme in die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats sind also vielfältig, was an seiner weitgehenden Organisationsautonomie und der Konzentration des Kodex auf den Aufsichtsrat liegt. Da zur Änderung der Geschäftsordnung stets ein gesonderter Beschluss erforderlich ist, muss allerdings sorgfältig geprüft werden, ob sich eine Übernahme anbietet. Denn hierdurch verlieren die Kodexbestimmungen ihren unverbindlichen Charakter. Der Verstoß gegen die Geschäftsordnung ist stets eine Verletzung der Sorgfalt des ordentlichen und gewissenhaften Aufsichtsratsmitglieds und nach der hier vertretene Auffassung auch stets eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue, wenn auch in vielen Fällen des Verstoßes kein Schaden eintreten wird. Durch eine weitgehende Transformation wird der Handlungsspielraum der Aufsichtsratsmitglieder also enorm eingeschränkt. Sollten sich viele Aufsichtsräte börsennotierter Aktiengesellschaften für eine solche Vorgehensweise entscheiden, wäre fraglich, ob das Ziel des Gesetzgebers, der Regierung und der Kodex-Kommission, die Corporate Governance nicht nur zu verbessern, sondern auch zu flexibilisieren, durch den Kodex wirklich erreicht wird.

III. Das Abweichen von in die Anstellungsverträge der Vorstandsmitglieder aufgenommenen Kodexbestimmungen

Die letzte Transformationsmöglichkeit, die hier angesprochen werden soll, ist die Aufnahme in die Anstellungsverträge der Vorstandsmitglieder.¹³⁵⁹ Dass auch vertragliche Pflichten untreuerelevant sein können, ergibt sich bereits ausdrücklich aus § 266 StGB. Vorstandsmitglieder erhalten ihren aktienrechtlichen Status zwar durch Bestellung, vgl. § 84 AktG. Diese besteht aus einem Bestellungsbeschluss

¹³⁵⁷Spindler, in: Spindler/Stilz, § 107 Rn. 9. Vgl. auch Hopt/Roth, in: Großkomm.-AktG, § 107 Rn. 221.

¹³⁵⁸Vgl. Hopt/Roth, in: Großkomm.-AktG, § 107 Rn. 221.

¹³⁵⁹Für die Untreuestrafbarkeit von Aufsichtsratsmitgliedern sind vertragliche Regelungen hingegen irrelevant. Das Verhältnis zwischen Aufsichtsratsmitglied und Gesellschaft ist ein korporationsrechtliches Verhältnis, das durch die Amtsannahme entsteht und den kraft Gesetzes geltenden Regeln für die Aufsichtsratsstätigkeit unterliegt, ohne dass daneben noch ein eigenes Anstellungsverhältnis existiert. Siehe etwa Habersack, in: MüKo-AktG, § 101 Rn. 67; Hopt/Roth, in: Großkomm.-AktG, § 101 Rn. 92; Spindler, in: Schmidt/Lutter, § 101 Rn. 8, die hierfür vor allem anführen, dass das Aktienrecht keine dem § 84 AktG entsprechende Bestimmung enthält, welche den Abschluss eines Aufsichtsratsvertrages regelt und dass es kein gegenüber dem Aufsichtsrat vertretungsberechtigtes Organ gibt.

des Aufsichtsrats, einer Bestellungserklärung gegenüber der zu bestellenden Person und der Annahme durch dieselbe und stellt eine mitwirkungsbedürftige Maßnahme der organschaftlichen Selbstverwaltung dar.¹³⁶⁰ Neben die Bestellung, durch die kraft Gesetzes die aktienrechtlichen Rechte und Pflichten eines Vorstandsmitglieds in der Person des Bestellten entstehen, tritt allerdings ein Anstellungsvertrag, genauer gesagt ein Geschäftsbesorgungsvertrag als besondere Form des Dienstvertrags, der diese Rechte und Pflichten um solche ergänzt, die sich nicht aus dem Aktienrecht ergeben bzw. sie konkretisiert und der vor allem die für die Tätigkeit zu gewährenden Bezüge regelt.¹³⁶¹

Eine isolierte Betrachtung von Anstellungsvertrag und Bestellung ist zwar nicht möglich, da sie häufig uno actu begründet werden und der Vertrag ohne die Bestellung gegenstandslos ist und inhaltlich an sie angepasst werden muss.¹³⁶² Aber dennoch handelt es sich bei dem Vertragsverhältnis um ein eigenes Rechtsverhältnis, was sich zum Beispiel daran zeigt, dass ein Vorstandsmitglied bei Widerruf seiner Bestellung nicht notwendiger Weise der Ansprüche aus dem Vertrag verlustig geht.¹³⁶³

Wie bereits dargestellt wurde, schließt der Aufsichtsrat die Anstellungsverträge der Vorstandsmitglieder im Namen der Gesellschaft ab. Der Aufsichtsrat hat insofern die Personalkompetenz inne, §§ 84 Abs. 2, 112 AktG. Er kann also darauf hinwirken, dass Kodexbestimmungen umsetzende Klauseln in den Arbeitsvertrag (ggf. auch nachträglich durch Vertragsänderung) aufgenommen werden.¹³⁶⁴

In inhaltlicher Hinsicht dient der Anstellungsvertrag zumindest zu einem wesentlichen Teil, wenn nicht gar überwiegend dazu, den Vorstandsmitgliedern Rechte einzuräumen, die sich nicht aus dem Aktienrecht selbst ergeben wie etwa Rechte auf Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall oder Altersbezüge. Aber auch bestimmte Pflichten können den Vorstandsmitgliedern durch den Vertrag auferlegt werden. Wichtig ist zunächst, dass sämtliche Pflichten eines Organmitglieds, also die bereits erörterten Sorgfalts-, Treue- und Verschwiegenheitspflichten in ihren einzelnen Facetten durch Abschluss des Vertrages auch zu vertraglichen Pflichten erstarken.¹³⁶⁵ Da dies auch für die Pflicht aus § 82 Abs. 2 AktG gilt, die in der Satzung und den Geschäftsordnungen enthaltenen Beschränkungen zu respektieren, gelten die in der zuvor erörterten Weise transformierten Kodexbestimmungen auch stets im Rahmen des Anstellungsvertrags, so dass eine Zuwiderhandlung gegen transformierte Bestimmungen insoweit stets auch eine

¹³⁶⁰Fleischer, in: Spindler/Stilz, § 84 Rn. 5 ff.; Seibt, in: Schmidt/Lutter, § 84 Rn. 6 ff.; Spindler, in: MüKo-AktG, § 84 Rn. 8 ff.

¹³⁶¹Fleischer, in: Spindler/Stilz, § 84 Rn. 7; Seibt, in: Schmidt/Lutter, § 84 Rn. 23; Spindler, in: MüKo-AktG, § 84 Rn. 10.

¹³⁶²Fleischer, in: Spindler/Stilz, § 84 Rn. 8; Spindler, in: MüKo-AktG, § 84 Rn. 10.

¹³⁶³Spindler, in: MüKo-AktG, § 84 Rn. 10.

¹³⁶⁴Becker, Haftung (2005), S. 42.

¹³⁶⁵Fleischer, in: Spindler/Stilz, § 84 Rn. 75; Spindler, in: MüKo-AktG, § 84 Rn. 93.

Vertragsverletzung ist. Sind Empfehlungen und Anregungen wirksam in Bestimmungen der Satzung oder der Geschäftsordnungen transformiert worden, brauchen sie daher nicht eigens in den Anstellungsvertrag aufgenommen zu werden. Dies kann aber aus Gründen der Rechtsklarheit und -sicherheit dennoch zweckmäßig sein und bleibt dem Aufsichtsrat unbenommen. Im Übrigen gibt es Kodexpassagen, die aus den zuvor genannten Gründen weder einer Übernahme in die Satzung noch einer Inkorporation in die Geschäftsordnungen zugänglich sind, die aber in den Anstellungsvertrag aufgenommen werden können, so dass dieser Form der Transformation eine wichtige Auffangfunktion zukommt.

In der Sache handelt es sich bei der Transformation in Vertragsklauseln um eine Veränderung des in § 93 Abs. 1 S. 1 AktG enthaltenen Maßstabs des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters. Zwar kann die zivilrechtliche Haftung für die Verletzung dieses Maßstabs weder abgemildert, noch (etwa in Richtung einer Erfolgshaftung) verschärft werden. Aber die vertragliche Statuierung zusätzlicher einzelner Verhaltenspflichten und die (quantitative) Erweiterung der bereits vorhandenen Pflichten ist zulässig, auch wenn zwingendes Recht insoweit eine Grenze darstellt.¹³⁶⁶ Für die Untreuestrafbarkeit sind solche zusätzlichen Pflichten grundsätzlich relevant. Sie führen zu einer Verschärfung des strafrechtlich sanktionierten Verhaltensprogramms. Jeder Verstoß gegen wirksam vereinbarte Vertragsklauseln, die sich als Regelung der Organtätigkeit begreifen lassen und somit in funktionalem Zusammenhang mit der Vermögensbetreuungspflicht stehen, ist eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue.¹³⁶⁷

Aufgenommen werden können jedoch naturgemäß nur diejenigen Kodexbestimmungen, die Verhaltenspflichten der Vorstandsmitglieder vorsehen.¹³⁶⁸ Dazu gehören zunächst die Empfehlungen und Anregungen des Abschnitts „Aktionäre und Hauptversammlung“, da sie Pflichten des Vorstands statuieren, die der besseren Information der Aktionäre und der effizienteren Vorbereitung und Durchführung der Hauptversammlung dienen.¹³⁶⁹ Da jedoch der Vorstand als Gesamtorgan tätig werden muss, kann im Vertrag nur vereinbart werden, dass ein Vorstandsmitglied sich bei den entsprechenden Beschlussfassungen für die Einhaltung des Kodex ausspricht, da es nicht dafür garantieren kann, dass die Kollegen sich ebenso verhalten.

Fraglich ist, ob die besonders untreuerelevante Empfehlung der Vereinbarung eines bestimmten Selbstbehalts beim Abschluss von D&O Versicherungen für Aufsichtsratsmitglieder in Ziffer 3. 8 Abs. 2 S. 2 DCGK einer Transformation in

¹³⁶⁶Fleischer, in: Spindler/Stilz, § 93 Rn. 5; Spindler, in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 27 jeweils m.w.N.

¹³⁶⁷Da solche Regeln innerhalb eines Vertrages als konkrete Anweisungen des Vermögensinhabers für den Umgang mit seinem Vermögen angesehen werden können, dürfte es nicht darauf ankommen, ob sie jeweils dazu bestimmt sind, das Vermögen des Treugebers zu schützen. Es wurde bereits darauf eingegangen, dass selbst die einen solchen Schutzzweckbezug generell fördernde Meinungsgruppe im Falle konkreter Handlungsanweisungen weniger strenge Anforderungen stellt.

¹³⁶⁸Hanfland, Haftungsrisiken (2006), S. 185.

¹³⁶⁹Vgl. Hanfland, Haftungsrisiken (2006), S. 186.

eine Vertragsklausel zugänglich ist. Denkbar wäre etwa die Aufnahme einer Klausel, der zufolge bei Abschluss solcher Versicherungsverträge, soweit irgend möglich, ein dem Kodex entsprechender Selbstbehalt zu vereinbaren ist. Problematisch könnte allerdings sein, dass hierin eine relativ konkrete materielle Handlungsanweisung für die Wahrnehmung der Leitungsaufgabe des Vorstands liegt. Es ist zu berücksichtigen, dass die Möglichkeit, einzelne Verhaltenspflichten des Vorstands kraft Vertrages zu statuieren, sich in gewissen Grenzen halten muss.¹³⁷⁰ Klauseln, die die aktienrechtliche Kräfteverteilung zwischen den Organen zu stark ändern, sind nach § 134 BGB nichtig, da sie gegen zwingendes Aktienrecht verstoßen. Allerdings ist die Abgrenzung zwischen noch zulässiger Pflichtenerweiterung und unzulässiger Kompetenzveränderung kaum klar zu ziehen. So wäre etwa eine Vertragsbestimmung, der zufolge das Vorstandsmitglied zu allen über den Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs hinausgehenden Maßnahmen die Erlaubnis des Aufsichtsrats einholen müsste, nichtig.¹³⁷¹ Letztlich wird man darauf abstellen müssen, ob eine vertragliche Vereinbarung dazu führt, dass der Ermessensspielraum des Vorstandsmitglieds allgemein und nicht nur im Hinblick auf den Abschluss ganz bestimmter Geschäfte erheblich eingeschränkt wird, da nur dann eine Verletzung des aktienrechtlichen Kompetenzgefüges vorliegt. Zu berücksichtigen ist dann aber auch die Gesamtheit der vertraglichen Regelungen, da sich auch aus der reinen Anzahl im Vertrag zusätzlich statuerter Verhaltenspflichten eine unzulässige Einschränkung der Vorstandskompetenz ergeben kann. Nach alledem erscheint es zulässig, eine Klausel in den Vertrag aufzunehmen, die Ziffer 3.8 Abs. 2 S. 2 DCGK entspricht. Da eine Aufnahme in die Satzung und die Geschäftsordnungen nicht möglich ist, stellt dies die einzig mögliche Form der Transformation dar.

Den zuvor gemachten Ausführungen zufolge transformierbar ist auch die Pflichten in Bezug auf den nach § 289a HGB geschuldeten Corporate Governance Bericht statuierende Ziffer 3.10 DCGK.¹³⁷² Zur Transformation geeignet sind ferner die Empfehlung, Interessenkonflikte unverzüglich offenzulegen (Ziffer 4.3.4 S. 1 DCGK)¹³⁷³ und diejenige, Nebentätigkeiten nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats zu übernehmen (Ziffer 4.3.5 DCGK)¹³⁷⁴. Auch die im

¹³⁷⁰Siehe zum Ganzen *Hopt*, in: Großkomm.-AktG, § 93 Rn. 228.

¹³⁷¹OLG Stuttgart, DB 1979, S. 884 (885); *Hopt*, in: Großkomm.-AktG, § 93 Rn. 228.

¹³⁷²Vgl. *Hanfland*, Haftungsrisiken (2006), S. 186.

¹³⁷³*Bachmann*, WM 2002, S. 2138 (2139); *Becker*, Haftung (2005), S. 42; *Bertrams*, Haftung (2003), S. 100; *Ettlinger/Grützdieck*, AG 2003, S. 353 (356); *Hanfland*, Haftungsrisiken (2006), S. 186; *Krieger*, in: FS-Ulmer (2003), S. 365 (374); *Lutter*, ZHR 166 (2002), S. 523 (536); *Semler/Wagner*, NZG 2003, S. 553 (558); *Ulmer*, ZHR 166 (2002), S. 150 (173).

¹³⁷⁴*Ettlinger/Grützdieck*, AG 2003, S. 353 (356). Fraglich ist jedoch, ob im Fall des Zuwiderhandelns gegen die transformierte Empfehlung, Nebentätigkeiten nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats aufzunehmen, tatsächlich eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue vorliegt. Fehlen könnte es am Funktionalzusammenhang zwischen verletzter Verhaltenspflicht und Vermögensbetreuungspflicht. Denn es ist zweifelhaft, ob man die Aufnahme einer Nebenbeschäftigung als in Ausübung der Organstellung vorgenommene Handlung begreifen kann. Hiergegen könnte sprechen, dass die Auf-

Abschnitt „Transparenz“ niedergelegten Bestimmungen eignen sich für eine Transformation, da sie sich an den Vorstand richten und ihre Aufnahme im Anstellungsvertrag den unternehmerischen Beurteilungs- und Ermessensspielraum nicht in unzulässiger Weise einschränkt. So kann zum Beispiel die Verpflichtung zur Offenlegung von Aktienbesitz in Ziffer 6.6 DCGK in einen Vertrag aufgenommen werden.¹³⁷⁵

nahme der Nebenbeschäftigung zwar zeitlich mit dem Vorstandsamt zusammenfällt, dass sie aber in keinem sachlichen Zusammenhang mit diesem zu stehen scheint. Dennoch kann diese Unterlassungspflicht letztlich als zur Wahrnehmung der Organaufgabe gehörende Pflicht gewertet werden. Das liegt daran, dass es sich um eine spezielle Treuepflicht handelt, die auf der Erwägung beruht, dass das Vorstandsmitglied der Gesellschaft seine Arbeitskraft vollumfänglich zur Verfügung zu stellen hat. Die Aufnahme einer Nebentätigkeit raubt der Gesellschaft diese Arbeitskraft. Die Unterlassung einer solchen Aufnahme kann als Organpflicht begriffen werden, weil das Vorstandsmitglied kraft seines Amtes dazu verpflichtet ist, dafür zu sorgen, dass es „diensttauglich bleibt“. Daher liegt der nötige Funktionalzusammenhang vor. Die Zuwiderhandlung stellt eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue dar.

¹³⁷⁵Hanfland, Haftungsrisiken (2006), S. 186; Krieger, in: FS-Ulmer (2003), S. 365 (374).

Zwischenergebnis zu Kapitel 3

Es kann festgehalten werden, dass Abweichungen vom Deutschen Corporate Governance Kodex Pflichtverletzungen im Sinne der Untreue darstellen können, dass es dazu jedoch eines speziellen Geltungsgrundes bedarf. Ohne einen solchen kann die Abweichung vom Kodex nicht unter das Tatbestandsmerkmal Pflichtverletzung subsumiert werden. Abweichungen von nicht nach § 161 AktG angenommenen Empfehlungen und Anregungen des Kodex sind grundsätzlich keine Pflichtverletzungen im Sinne der Untreue. Das liegt daran, dass die Bestimmungen des Kodex keine Rechtsnormen sind, an die die Organmitglieder im Rahmen des Legalitätsgebots gebunden wären. Kodexverstöße kommen als Pflichtverletzungen im Sinne der Untreue ungeachtet einer Entsprechenserklärung oder gesellschafts-internen Transformation nur insoweit in Frage, als sie sich auf Empfehlungen beziehen, die ohnehin der Sorgfalt des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters zugehörige Mindeststandards sind, welche durch den Kodex lediglich schriftlich fixiert wurden. Nach dem hier zugrunde liegenden Erkenntnisstand kann eine solche Qualität allerdings nur den Empfehlungen der Ziffern 4.3.4 S. 1 (Offenlegung von Interessenkonflikten durch Vorstandsmitglieder), 5.2 Abs. 3 S. 1 (regelmäßiger Kontakt des Aufsichtsratsvorsitzenden mit dem Vorstand) und 5.5.2 DCGK (Offenlegung von Interessenkonflikten durch Aufsichtsratsmitglieder) beigemessen werden, da nur diese eine derart verbreitete und allgemein erwartete Übung darstellen, dass der Kodex als Mindestvorgabe anzusehen ist. Zuwiderhandlungen gegen diese Empfehlungen stellen stets eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue dar. Auf die Frage, ob eine verletzte Verhaltensnorm unmittelbar dem Schutz des Vermögens des Treugebers dienen muss, damit ihre Verletzung als untreuerelevant angesehen werden kann, kommt es bei diesen Empfehlungen nicht an. Denn sie haben allesamt die geforderte Qualität. Zudem liegt der notwendige Funktionalzusammenhang zwischen Vermögensbetreuungspflicht und Verhaltenspflicht vor. Die entsprechenden Empfehlungen sind insoweit aber nur Quellen der Rechtserkenntnis, so dass der Kodex insofern die Untreuestrafbarkeit nicht erweitert, sondern lediglich klarstellt.

Soweit die Bestimmungen des Kodex über ohnehin geltende Standards hinausgehen, was für alle übrigen Empfehlungen und alle Anregungen gilt, stellen sie weder Handelsbräuche noch Schutzgesetze noch Verkehrspflichten dar, welche als Anknüpfungspunkt für eine Untreuestrafbarkeit dienen könnten, und wirken sich insoweit nicht auf die Untreuestrafbarkeit aus. Soweit man eine solche Kategorie anerkennt, stellen die Kodexbestimmungen lediglich sog. „sekundäre Rechtsquellen“ dar, was im Ergebnis dazu führt, dass Gerichte gezwungen sind, sich wenigstens mit ihnen zu befassen. Eine freiwillige Selbstbindung der Gerichte, wie sie etwa in Bezug auf DIN-Normen oder die FIS-Regeln für Skifahrer verbreitet ist, kommt allerdings nicht in Frage, da es insoweit wegen der Komple-

xität der Unternehmensführung an der Vergleichbarkeit fehlt. Auch kommt dem Kodex keine Vermutungswirkung zu, wonach bei Einhaltung des Kodex ein pflichtgemäßes oder gar bei Abweichung ein pflichtwidriges Verhalten vermutet werden kann.

Seine Bestimmungen können lediglich in die Beurteilung von Rechtsfragen einfließen. Ist im Einzelfall fraglich, was die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Organmitglieds für eine bestimmte Situation gebietet, können die Kodexbestimmungen einen rechtlichen Anhaltspunkt bieten. Dasselbe gilt für die Auslegung anderer unbestimmter Rechtsbegriffe des Aktienrechts, die durch die Bestimmungen des Kodex inhaltlich konkretisiert werden. Dabei ist Kodexkonformität größeres Gewicht beizumessen als Kodexwidrigkeit und Empfehlungen fallen stärker ins Gewicht als Anregungen. Stets sind die Bestimmungen des Kodex aber lediglich in einen Gesamtabwägungsvorgang einzubetten und andere Rechtserkenntnisquellen ebenfalls einzubeziehen. Ist Resultat eines solchen Gesamtbewertungsvorgangs letztlich die Annahme einer Pflichtverletzung, kann man davon sprechen, dass eine Abweichung vom Kodex pflichtwidrig i.S.d. § 266 StGB ist. Zwar basiert in diesem Fall der Vorwurf der Pflichtverletzung nicht allein auf der Kodexabweichung. Aber zumindest sind dann auch die Kodexbestimmungen Träger des Pflichtwidrigkeitsurteils.

An der insoweit zu diagnostizierenden Unverbindlichkeit des Kodex ändert auch die Tatsache, dass die Organmitglieder verpflichtet sind, die Gesellschaft vor Schäden zu bewahren, nichts. Zwar ist es denkbar, dass das Abweichen vom Kodex zu Vermögensnachteilen führt, etwa indem sich Kredite verteuern. Aber aus der empirisch kaum nachweisbaren Abschreckungswirkung von Kodexabweichungen eine Befolgungspflicht zu folgern, widerspräche dem Willen des Gesetzgebers, der Kodex solle unverbindlich sein und zu einer Flexibilisierung der Corporate Governance führen.

An dieser Unverbindlichkeit ändert auch eine positive Entsprechenserklärung nichts. Sie stellt also keinen Geltungsgrund dar. Handlungen, die Empfehlungen und Anregungen des Kodex widersprechen, denen zu entsprechen die Organmitglieder in der Erklärung nach § 161 AktG angekündigt haben, sind nicht deshalb Pflichtverletzungen, weil sie von der Erklärung abweichen. Durch die Entsprechenserklärung kommt den Kodexbestimmungen keine Einflusswirkung auf den Sorgfaltsmaßstab der Organmitglieder zu, die diese nicht auch ohnehin haben. Hierzu gelten die in Kapitel 1 herausgearbeiteten Ergebnisse. Die Entsprechenserklärung ist von ihrer Äußerungs- und Schutzrichtung her nicht darauf angelegt, das Pflichtenprogramm der Organmitglieder gegenüber der AG zu beeinflussen und kann auch nicht als freiwillige Selbstbindung gewertet werden. Entspricht die Erklärung nicht dem tatsächlichen Corporate Governance Verhalten der Organmitglieder, kann eine Pflichtverletzung grundsätzlich nur im Erklärungsverhalten liegen. Etwas anderes kann auch nicht aus einem allgemeinen Schädigungsverbot folgert werden. Die Abweichung von der eigenen Erklärung

mag schadensträchtig sein. Hieraus aber eine Bindung an die Entsprechenserklärung herzuleiten, widerspricht den Interessen der Gesellschaft und der Aktionäre an einer flexiblen und reaktionsfähigen Unternehmensführung. Ein Widerspruch zwischen Entsprechenserklärung und tatsächlicher Unternehmensführung ist nicht durch ein der Erklärung angepasstes Verhalten im Rahmen der Unternehmensführung, sondern durch eine der Unternehmensführung angepasste Entsprechenserklärung aufzulösen.

Wird nicht nur eine Entsprechenserklärung abgegeben, sondern werden die Kodexbestimmungen darüber hinaus in gesellschaftsinterne Regeln transformiert, stellt sich die Lage allerdings völlig anders dar. Die Bindung der Organmitglieder an das gesellschaftsinterne Regelwerk ist also ein Geltungsgrund, der jedes Abweichen von wirksam transformierten Empfehlungen und Anregungen zur Pflichtverletzung im Sinne der Untreue werden lässt. Von diesen Bestimmungen abweichende Handlungen stehen stets im für einen Pflichtverletzungsvorwurf erforderlichen Funktionalzusammenhang mit der Vermögensbetreuungspflicht. Auf den Zweck der verletzten Bestimmung kommt es nicht an, da ein Verstoß gegen konkrete Anweisungen des Vermögensinhabers zum Umgang mit seinem Vermögen ungeachtet ihres Zwecks stets pflichtwidrig ist und transformierte Kodexbestimmungen als derartige Anweisungen begriffen werden können.

Transformiert werden können Kodexbestimmungen in Regelungen der Gesellschaftssatzung, der Geschäftsordnungen der Organe und in Klauseln der Anstellungsverträge von Vorstandsmitgliedern. Begrenzt wird die Transformationsmöglichkeit jedoch von der Satzungsstrenge, dem Charakter der Geschäftsordnungen als Instrument der Binnenorganisation und der weitgehend zwingenden Natur des aktienrechtlichen Kompetenzgefüges. Die Möglichkeiten zur Transformation in Satzungsbestimmungen sind vor allem dadurch eingeschränkt, dass die in der für Satzungsänderungen zuständigen Hauptversammlung vertretenen Aktionäre den Wertungen des Aktienrechts zufolge weder in die Selbstverwaltung der Organe hineinregieren noch den Organmitgliedern inhaltliche Vorgaben für die Wahrnehmung ihrer genuinen Aufgaben machen dürfen. Die meisten Kodexbestimmungen sind daher einer solchen Transformation nicht fähig. Die begrenzte Möglichkeit der Inkorporation von Kodexbestimmungen in die Geschäftsordnungen beruht darauf, dass diese nur Organisationsrecht enthalten dürfen, während materielle Vorgaben als unzulässige Einschränkung der Eigenverantwortlichkeit der Organmitglieder in ihrem Rahmen nicht wirksam erteilt werden können. Da der Fokus des Kodex auf der Tätigkeit des Aufsichtsrats liegt, kann eine Vielzahl seiner Bestimmungen in dessen Geschäftsordnung aufgenommen werden, während die Geschäftsordnung des Vorstands sich für eine Transformation nur sehr beschränkt eignet. Allerdings besteht für den Vorstand betreffende Empfehlungen und Anregungen die zusätzliche Möglichkeit der Transformation in Vertragsbestimmungen, da Vorstandsmitglieder im Gegensatz zu Aufsichtsratsmitgliedern auch durch einen Vertrag mit der AG verbunden sind und

ihnen in einem bestimmten Rahmen vertraglich einzelne Verhaltenspflichten auferlegt werden können, solange hierdurch der Grundsatz der eigenverantwortlichen Wahrnehmung der Leitungsaufgaben nicht über Gebühr eingeschränkt wird.

Kapitel 4: Ist das Abweichen von § 161 AktG eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue?

Nachdem im vorigen Kapitel Abweichungen vom Kodex auf ihre Untreuerrelevanz hin untersucht wurden, kann der Blick nun Abweichungen von § 161 AktG zugewandt werden. Es wurde bereits erörtert, dass bei der Subsumtion der im Rahmen dieser Untersuchung relevanten Verhaltensweisen unter das Tatbestandsmerkmal Pflichtverletzung zwischen dem Corporate Governance Verhalten der Organmitglieder im Rahmen der Unternehmensführung und ihrem Entsprechenserklärungsverhalten streng unterschieden werden muss. Im vorigen Kapitel wurde Ersteres an den Bestimmungen des Kodex gemessen und seine Subsumierbarkeit unter das Merkmal Pflichtverletzung bei jeweils unterschiedlichem „Geltungsgrund“ der Kodexbestimmungen untersucht. In diesem Kapitel geht es hingegen ausschließlich um das Entsprechenserklärungsverhalten. Dieses wird am Maßstab des § 161 AktG gemessen, welcher wegen der Akzessorietät des § 266 StGB indirekt entscheidend für die Pflichtwidrigkeit im Sinne der Untreue ist. Da die Organmitglieder im Rahmen der internen Pflichtenbindung als Ausprägung des umfassenden Legalitätsgebots auch die Erklärungspflicht aus § 161 AktG einzuhalten haben, ist jedes Zurückbleiben hinter den Anforderungen dieser

Norm eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue.¹³⁷⁶ Denn der Verstoß gegen das Legalitätsverbot reicht als Anknüpfungspunkt für einen strafrechtlichen Pflichtverletzungsvorwurf aus, solange die entsprechende Handlung in einem Funktionalzusammenhang mit der Vermögensbetreuungspflicht steht. Ein solcher liegt aber bei Erklärungspflichtverletzungen stets vor, weil die Entsprechenserklärung in Ausübung der Organstellung abgegeben wird. Schließlich können nur Organmitglieder die Erklärung nach § 161 AktG abgeben.

Dass die Verletzung der Erklärungspflicht aus § 161 AktG eine Organpflichtverletzung im Sinne der §§ 93 Abs. 1 S. 1, 116 S. 1 AktG darstellt, ist vor diesem Hintergrund unproblematisch. Insofern vermag es auch nicht zu verwundern, dass in Rechtsprechung und Schrifttum Erklärungspflichtverletzungen einhellig als zivilrechtliche Pflichtverletzungen angesehen werden¹³⁷⁷. Dass fehlerhafte Entsprechenserklärungen Organpflichtverletzungen in diesem Sinne sind, entspricht auch der (bisher seltenen) höchstrichterlichen Rechtsprechung zu § 161 AktG. Im bereits erwähnten Urteil des zweiten Zivilsenats des BGH zum Prozessgeflecht Kirch/Deutsche Bank betonte das Gericht in einem Leitsatz ausdrücklich, dass die Abgabe einer unrichtigen Entsprechenserklärung eine Verlet-

¹³⁷⁶Lehnt man die hier vertretene Auffassung ab und meint, dass eine Verhaltensnormverletzung nur für die Untreue relevant ist, wenn die Verhaltensnorm dazu bestimmt ist, das Vermögen der AG zu schützen, kann an eine Verletzung der Pflichten aus § 161 AktG keine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue angeknüpft werden. Denn § 161 AktG hat nicht den Zweck, das Vermögen der AG zu schützen, sondern dient ausschließlich der Information Dritter. Zu einer Pflichtverletzung im Sinne der Untreue können die einen Schutzzweckbezug verlangenden Autoren nur kommen, indem sie ein allgemeines Schädigungsverbot anerkennen und dann auf die Schadensträchtigkeit falscher Entsprechenserklärungen (insbesondere wegen der Gefahr der Inanspruchnahme der Gesellschaft durch Dritte) abstellen. Fordert man einen bloß objektiven Vermögensbezug der verletzten Einzelnorm, kommt es für die Pflichtwidrigkeit im Sinne der Untreue ebenfalls darauf an, ob der Gesellschaft bei Erklärungspflichtverletzungen Sanktionen, Schadensersatzansprüche Dritter oder andere Rechtsreflexe wie etwa finanziell spürbare Imageeinbußen entstehen können. Die Haftung der Gesellschaft für Verstöße gegen § 161 AktG ist im Schrifttum sehr umstritten. Diskutiert werden etwa Ansprüche aus § 280 Abs. 1 BGB (Verletzung von Nebenpflichten des Kaufvertrags über die Aktien), aus § 44 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BörsG (Prospekthaftung) und aus §§ 37b und 37c WpHG (wegen unwahrer bzw. unterlassener Insiderinformation), Verkompliziert wird das Haftungsproblem dadurch, dass über § 31 BGB die Gesellschaft auch für in Ausführung der Organtätigkeit vorgenommene deliktische Handlungen der Organmitglieder gegenüber Dritten haftet. Auf die Außenhaftung der Aktiengesellschaft kann hier allerdings nicht weiter eingegangen werden, zumal es nach der hier vertretenen Auffassung auf sie für die Pflichtverletzung nicht ankommt. Siehe zu den Haftungsrisiken umfassend *Becker*, Haftung (2005); *Bertrams*, Haftung (2003); *Hanfland*, Haftungsrisiken (2006); *Heck*, Haftungsrisiken (2006).

¹³⁷⁷BGH, Urteil vom 16.2.2009 - II ZR 185/07=BB 2009, S. 796 Leitsatz 3; OLG München, Urteil vom 6.8.2008 - 7 U 5628/07=NZG 2009, S. 508 ff.; OLG München, Urteil vom 23. 1. 2008 - 7 U 3668/07=NZG 2008, S. 337 ff.; LG München, Urteil vom 31.1.2008 - 5 HK O 15082/07=NZG 2008, S. 350 ff. Siehe auch *Bachmann*, WM 2002, S. 2137 (2142); *Bertrams*, Haftung (2003), S. 83; *Semler*, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 197 ff.; *Sester*, in: Spindler/Stilz, § 161 Rn. 57 ff.; *Spindler*, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 64.

zung der Organpflichten darstellt, soweit die Organmitglieder die Unrichtigkeit der Erklärung kennen oder kennen müssen.¹³⁷⁸

Die Problematik der hier vorzunehmenden Untersuchung liegt also nicht in der Frage, ob die Abweichung von § 161 AktG einem Organmitglied verboten ist. Es muss nur im Einzelnen dargestellt werden, welche Abweichungen denkbar sind und was die betreffenden Mitglieder leisten müssen, um einem Vorwurf der Organpflichtverletzung und damit auch einem Vorwurf der Pflichtverletzung im Sinne der Untreue zu entgehen. Im Folgenden werden zu diesem Zweck fünf Fallgruppen potenziell untreuerelevanten Entsprechenserklärungsverhaltens in den Blick genommen. Zunächst wird das Herbeiführen falscher Entsprechenserklärungen untersucht, wobei zwischen der zukunfts- und der vergangenheitsbezogenen Komponente unterschieden wird. Dann wird das Unterlassen der zuvor bereits angesprochenen Korrektur der Entsprechenserklärung erörtert. Auch das völlige Fehlen der Entsprechenserklärung wird untersucht. Als letztes soll auf die Abgabe einer völlig korrekten Erklärung eingegangen werden.

¹³⁷⁸BGH, Urteil vom 16.2.2009 - II ZR 185/07=BB 2009, S. 796 Leitsatz 3.

A) Fallgruppe 4: Das Herbeiführen einer im Hinblick auf die Zukunft falschen Entsprechenserklärung

Eine Entsprechenserklärung, aus welcher sich die Absicht, bestimmte Empfehlungen oder Anregungen des Kodex zu befolgen, ergibt, obwohl diese tatsächlich nicht vorliegt, führt die Kapitalmarktteilnehmer in die Irre und beraubt sie der Informationsgrundlage für ihre Anlegerentscheidungen, die § 161 AktG ihnen gewähren soll. Sie widerspricht also dem Wortsinn und dem Zweck dieser Vorschrift und ist somit rechtswidrig. Wegen der umfassenden Legalitätspflicht der Organmitglieder verletzt eine solche Erklärung nicht nur die Interessen der (potenziellen) Anleger, sondern bleibt auch hinter dem für die Organmitglieder geltenden Sorgfaltsprogramm zurück. Aus der Perspektive der Untreue betrachtet, stellt die unzutreffende Erklärung gewissermaßen einen Zwischenerfolg dar. Der tatbestandsmäßige Erfolg ist ein Vermögensnachteil, auf dessen Herbeiführung durch eine falsche Entsprechenserklärung hier nicht näher eingegangen werden soll.¹³⁷⁹ Die Entäußerung einer unwahren Entsprechenserklärung in Richtung des Kapitalmarktes liegt im Vorfeld eines solchen Vermögensnachteils. Aber auch bei ihr handelt es sich in der Sache um einen Erfolg. Eingetreten ist er, sobald die Entsprechenserklärung den unternehmensinternen Bereich verlässt und vom Kapitalmarkt wahrgenommen werden kann. Da das Recht aber niemals einen Erfolg verbieten kann, sondern nur eine in Richtung dieses Erfolges zielende Verhaltensweise, kann es in diesem Abschnitt nur um Handlungen gehen, die im Vorfeld dieses Zwischenerfolges liegen. Weil der Erklärungsprozess sich, wie zuvor dargestellt (siehe oben Kap. 2 E V), in die drei Stufen „Beschlussfassung über die Entsprechenserklärung“, „gesellschaftsinterne Abgabe der Organerklärung“ und „Publikation“ untergliedern lässt, können auf den rechtswidrigen Zwischenerfolg „unwahre Entsprechenserklärung“ gerichtete Handlungen auf allen drei Ebenen vorkommen.

¹³⁷⁹Denkbar ist, wie bereits angedeutet, ein Haftungsschaden der AG durch Inanspruchnahme durch Dritte oder ein auf einen Imageverlust zurückgehender Schaden. Letzterer kann entstehen, wenn die Tatsache, dass die Entsprechenserklärung nicht der Wahrheit entspricht, bekannt wird. Hierdurch kann es zu einem Vertrauensverlust gegenüber der Gesellschaft kommen, der sich zum Beispiel in der Verteuerung von Krediten niederschlagen kann. Ein bloßer Kursverlust der Aktien der Gesellschaft ist allerdings kein Vermögensschaden der AG, sondern nur der Aktionäre.

I. Das Herbeiführen einer unwahren Entsprechenserklärung im Rahmen der Beschlussfassung

Es wurde bereits erörtert, dass die Entscheidung, inwiefern eine positive Entsprechenserklärung abgegeben werden soll, was die zukunftsgerichtete Komponente anbelangt, letztlich von demjenigen Organ zu fällen ist, das nach der aktienrechtlichen Kompetenzordnung darüber entscheiden kann, welche Vorgehensweise im Rahmen der Unternehmensführung zweckmäßig ist, dass also die Erklärungsbefugnis der Entscheidungsbefugnis folgt (siehe oben Kap. 2 E V 1 b). Das letztentscheidungs befugte Organ muss wahrheitsgemäß erklären, ob es in Zukunft für eine Vorgehensweise des Gesamtorgans sorgen will, die dem Kodex entspricht. Dasselbe gilt in Fällen, in denen keines der beiden Organe letztentscheidungs befugt ist. Ist nur das jeweils andere Organ befugt, über die Entsprechenserklärung zu entscheiden, liegt letztlich nur eine Beratungspflicht vor, bei der Pflichtverletzungen nur auftreten können, wenn dem anderen Organ zur Abgabe einer falschen Erklärung geraten wird.

1. Herbeiführen einer falschen Entsprechenserklärung durch Täuschung der übrigen Organmitglieder

Der Einzelne kann zwar beeinflussen, aber nicht bestimmen, wie sich die anderen Organmitglieder in Zukunft verhalten werden. Er kann und muss nur antizipieren, welche Vorgehensweise er selbst bei den zukünftigen Beschlussfassungen vorschlägt. Eine in Richtung des Zwischenerfolgs „unwahre Entsprechenserklärung“ zielende Handlung liegt also vor, wenn ein Organmitglied für eine positive Entsprechenserklärung votiert, obwohl es nicht vorhat, bei den zukünftigen Beschlussfassungen auf ein kodexkonformes Organverhalten hinzuwirken. Schon in einer solchen Lüge bei der Beschlussfassung liegt eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue und zwar unabhängig davon, ob die anderen Organmitglieder ebenfalls positiv oder negativ votieren und unabhängig davon, ob sie selbst ihre Absichten wahrheitsgemäß erklären.¹³⁸⁰

Ob es letztlich zum Zwischenerfolg der unwahren Entsprechenserklärung kommt, ist für die Pflichtwidrigkeit des Beschlussverhaltens des Einzelnen irrelevant. Es kann natürlich vorkommen, dass der Einzelne überstimmt wird und es somit letztlich doch zu einer negativen Erklärung kommt. Das ändert aber nichts daran, dass das Organmitglied seine Pflicht zur Mitwirkung an der Herbeiführung einer wahrheitsgemäßen Erklärung verletzt hat. Denn für eine § 161 AktG gerecht werdende interne Willensbildung ist das Gesamtorgan darauf angewiesen, verlässliche Informationen über die Absichten der einzelnen Organmitglieder zu erhalten.

¹³⁸⁰Vgl. *Bertrams*, Haftung (2003), S. 164.

Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass ein Organmitglied sich nicht darauf berufen kann, es habe eine unwahre Entsprechenserklärung für wirtschaftlich sinnvoll gehalten. Ob eine wahrheitsgemäße Erklärung erfolgen soll, ist mit anderen Worten keine unternehmerische Entscheidung im Sinne der Business-Judgement-Rule. Denn es greift insoweit der zuvor erläuterte Grundsatz, dass illegales Verhalten niemals vom unternehmerischen Beurteilungs- und Ermessensspielraum gedeckt ist, dass also „nützliche Pflichtverletzungen“ nicht zur Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Organmitglieds gehören (siehe oben Kap. 1 C I 4 b aa). Es mag sein, dass eine unwahre Entsprechenserklärung finanzielle Vorteile für die Gesellschaft mit sich bringt, die das mit ihr verbundene Risiko wirtschaftlich rechtfertigen. Das ändert aber nichts an der Pflichtwidrigkeit einer auf eine unwahre Erklärung gerichteten Handlung. Ob es letztlich zu einem Vermögensnachteil kommt, steht auf einem anderen Blatt.

Keine zusätzlichen Schwierigkeiten bereiten die Empfehlungen, die von den Organmitgliedern lediglich eine Empfehlung an die Hauptversammlung verlangen, weil über die im Kodex empfohlene Maßnahme letztlich nur die Aktionäre entscheiden können. Denn auch hier setzt die Entsprechenserklärung eine Beschlussfassung über das zukünftige Verhalten des Gesamtorgans voraus. Welcher Vorschlag der Hauptversammlung im Hinblick auf die entsprechende Kodexbestimmung gemacht wird, muss durch Beschluss entschieden werden. Der hiervon zu trennende Beschluss über die Entsprechenserklärung setzt die Offenlegung der Absichten der einzelnen Organmitglieder im Hinblick auf diesen späteren Empfehlungsbeschluss voraus. Gibt ein Organmitglied eine positive Erklärung ab, obwohl es vorhat, für einen Beschluss zu stimmen, der der Hauptversammlung eine dem Kodex widersprechende Vorgehensweise empfiehlt, liegt eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue vor. Ob die Hauptversammlung dem Beschluss letztlich folgt, ist irrelevant. Denn das Organmitglied hat eine Handlung vorgenommen, die dazu geführt hat, dass eine Entsprechenserklärung erfolgt, welche das zukünftige Empfehlungsverhalten des Gesamtorgans unzutreffend wiedergibt.

Auch in Bezug auf Kodexbestimmungen, die Individualpflichten der Organmitglieder begründen, wie etwa die Pflicht, Interessenkonflikte offenzulegen oder die Aufnahme einer Nebenbeschäftigung zu unterlassen, ergeben sich keine Schwierigkeiten. Dass, wie zuvor erörtert wurde, die einzelnen Mitglieder in Bezug auf diese speziellen Empfehlungen nicht per Mehrheitsbeschluss gezwungen werden können, eine positive Entsprechenserklärung abzugeben, steht der Pflichtwidrigkeit einer unwahren Absichtsbekundung nicht entgegen, sondern fördert sie sogar. Hier ist das Gesamtorgan in ganz besonderem Maße darauf angewiesen, das wahre Vorhaben des einzelnen Mitglieds zu erfahren, da die Entsprechenserklärung nur von diesem abhängt.

Somit liegt eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue vor, wenn die Absicht bekundet wird, die Individualempfehlungen einzuhalten, obwohl diese tatsächlich nicht vorliegt.¹³⁸¹

Aus der umfassenden Vermögensschutzpflicht der Organmitglieder und der Gesamtverantwortung der Kollegialorgane ergibt sich allerdings noch ein weiterer Anknüpfungspunkt für eine Untreuestrafbarkeit. Im Rahmen der Beschlussfassung sind die Mitglieder nicht nur verpflichtet ihre eigenen Absichten korrekt anzugeben, sondern darüber hinaus auch angehalten, aktiv zu werden, falls ihnen auffällt, dass die Kollegen sich wahrheitswidrig äußern. Zwar kommt ihnen hierbei der Vertrauensgrundsatz zugute. Sie können also davon ausgehen, dass die anderen die Wahrheit sagen. Ergeben sich jedoch Anhaltspunkte für das Gegenteil, sind sie verpflichtet, dem Widerspruch nachzugehen, entsprechende Fragen zu stellen und ggf. die anderen Organmitglieder, den Vorsitzenden und evtl. sogar das jeweils andere Organ hierin in Kenntnis zu setzen. Bleiben sie untätig, liegt eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue durch Unterlassen vor.

2. Herbeiführen einer falschen Entsprechenserklärung durch kollusives Zusammenwirken

Eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue kann, wie bereits angedeutet, aber nicht nur in der Verschleierung der eigenen Absichten liegen. Vielmehr ist auch ein kollusives Verhalten aller oder mehrerer Organmitglieder möglich. Es ist denkbar, dass die Organmitglieder ihre jeweiligen Absichten den anderen offenbaren, aber eine Übereinkunft treffen, dass trotz mangelnder Absicht, den Kodex in der Zukunft zu befolgen, eine positive Entsprechenserklärung abgegeben werden soll. Unproblematisch ist, dass jeder der bei einer solchen Beschlussfassung positiv votiert, eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue begeht.¹³⁸² Fraglich ist aber, ob der Einzelne einem Pflichtverletzungsvorwurf durch eine Enthaltung oder jedenfalls dadurch entgehen kann, dass er negativ votiert. Ersteres wird man verneinen müssen. Weiß der betreffende von dem Plan seiner Kollegen, den Kapitalmarkt durch kollusives Zusammenwirken zu täuschen, ist er kraft seiner Organpflichten gegenüber der Gesellschaft angehalten, den rechtswidrigen Beschluss zu verhindern und negativ zu votieren. Fraglich ist lediglich, ob das negative Abstimmen ausreicht oder ob vom Einzelnen noch weitere Schritte verlangt werden können. Es erscheint eine Strafbarkeit wegen Untreue durch

¹³⁸¹Vgl. *Bertrams*, Haftung (2003), S. 164.

¹³⁸²Problematisch könnte allerdings die Zurechnung des in einem Vermögensnachteil bestehenden tatbestandsmäßigen Erfolges sein. Denn, soweit das Mehrheitsprinzip gilt, können hier die dogmatisch nicht abschließend geklärten Fragen der Erfolgszurechnung bei Gremienentscheidungen auftreten. So könnte ein Mitglied das positiv votiert hat, unter Umständen einwenden, es wäre ohnehin überstimmt worden. Auf diese Probleme kann hier allerdings nicht weiter eingegangen werden.

Unterlassen denkbar, wenn ein Organmitglied sich darauf beschränkt, negativ zu votieren und keine weiteren Maßnahmen ergreift.¹³⁸³ Man wird verlangen müssen, dass zunächst versucht wird, die Kollegen von dem rechtswidrigen Verhalten abzubringen. Es kann wenigstens verlangt werden, dass das Organmitglied versucht, die anderen zu überreden und dass es den (nicht eingeweihten) Organvorsitzenden informiert. Des Weiteren ist es zumutbar, das jeweils andere Organ über die Machenschaften des eigenen zu informieren, damit jedenfalls dieses gegen die Rechtsbrüche vorgehen kann. Da der Aufsichtsrat ohnehin vorwiegend zur Überwachung des Vorstands berufen ist, muss dieser also informiert werden, falls der Vorstand einen solchen Plan zur Täuschung des Kapitalmarktes fasst. Er kann und muss dann den Sachverhalt genau erforschen und ggf. von seinen üblichen Kontrollinstrumenten, insbesondere von seiner Personal- und Klagekompetenz gegenüber dem Vorstand Gebrauch machen. Da der Vorstand verpflichtet ist, für legales Verhalten sämtlicher Unternehmensangehöriger zu sorgen, muss auch er über entsprechende Pläne im Aufsichtsrat informiert werden und ist dann ebenfalls zum Handeln verpflichtet. Beschränkt ein Organmitglied sich im Rahmen der Beschlussfassung darauf, einer kollusiven Täuschung des Kapitalmarkts bloß zu widersprechen und unterlässt die zuvor geschilderten Maßnahmen, liegt eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue durch Unterlassen vor.

Wegen der Gleichstellung von Tun und Unterlassen bei der Untreue und ihres Pflichtdeliktscharakters lassen sich noch weitere Konstellationen täterschaftlicher Untreue bilden. Erfährt beispielsweise der Aufsichtsrat durch ein pflichtbewusstes Vorstandsmitglied vom Vorhaben des Vorstands, den Kapitalmarkt zu täuschen und unternimmt nichts, liegt hierin wiederum eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue. Entsprechendes gilt für mangelndes Einschreiten des Vorstands gegen entsprechende Pläne im Aufsichtsrat. Und selbst das einzelne Mitglied des insofern untätigen Organs kann wiederum eine Pflichtverletzung begehen, wenn es nicht aktiv gegen das Nichtstun seiner Kollegen einschreitet. Dass die Summe der Verhaltenspflichten im ersten Moment überwältigend und angesichts des Ultima-Ratio-Prinzips bedenklich erscheint, wird allerdings durch den Vertrauensgrundsatz, das Erfordernis eines Vermögensnachteils, das Vorsatzerfordernis und die mangelnde Versuchsstrafbarkeit bei der Untreue relativiert. Dass es letztlich zu einer Strafbarkeit kommt, dürfte eine Seltenheit sein. Die Fülle der möglichen Pflichtverletzungen ist jedoch zugegebener Maßen enorm.

Um einem Pflichtverletzungsvorwurf zu entgehen, müssen die Organmitglieder bei der Beschlussfassung wahrheitsgetreu und umfassend über alle mit den Kodexbestimmungen in Zusammenhang stehenden Absichten Auskunft

¹³⁸³Siehe BGHSt 37, 106 (125) („Lederspray-Entscheidung“).

geben, allen Anhaltspunkten für die Wahrheitswidrigkeit der Absichtsbekundungen ihrer Kollegen nachgehen und ggf. Widersprüche ausräumen bzw. aufdecken und allen Anhaltspunkten für wahrheitswidrige Absichtsbekundungen im jeweils anderen Organ nachgehen. Erst wenn diese Pflichten erfüllt sind, kann von einem § 161 AktG entsprechenden Verhalten gesprochen und ein Pflichtverletzungsvorwurf berechtigter Weise nicht erhoben werden.

II. Das Herbeiführen einer unwahren Entsprechenserklärung im Rahmen des gesellschaftsinternen Erklärungsprozesses

Ist die Beschlussfassung abgeschlossen, muss eine Entsprechenserklärung gesellschaftsintern vorbereitet werden. Das bedeutet für den Aufsichtsrat, dass er die Ergebnisse der Beschlussfassung an den für die endgültige Publikation zuständigen Vorstand weiterleiten muss. Dies kann letztlich durch ein einzelnes Mitglied des Aufsichtsrats oder den Vorsitzenden erfolgen. Dabei ist selbstverständlich das Ergebnis der Beschlussfassung wahrheitsgemäß wiederzugeben. Das beauftragte Aufsichtsratsmitglied dient nur als Sprachrohr des Gesamtorgans bzw. als Bote, da die interne Willensbildung abgeschlossen ist. Wird bei der Übermittlung angegeben, dass bestimmte Kodexempfehlungen in der Zukunft befolgt werden sollen, obwohl nach dem Beschluss das Gegenteil der Fall ist, kann es zu einer im Ergebnis unwahren Erklärung kommen. Diese Verfälschung bei der Weitergabe ist eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue. Für das Unterlassen des Einschreitens gegen eine solche Verfälschung gelten die zuvor erläuterten Grundsätze. Nichts anderes gilt für den Vorstand. Zwar muss hier keine Übermittlung stattfinden, da der Vorstand selbst die Entsprechenserklärung publiziert. Aber die Beschlussfassung muss in einer Weise protokolliert werden, die eine spätere Publikation ohne weitere inhaltliche Fragen ermöglicht. Auch diese Aufgabe wird in der Regel ein einzelnes Vorstandsmitglied oder der Vorsitzende übernehmen. Setzt er die Ergebnisse der Beschlussfassung nicht originalgetreu um, kann auch hierdurch eine letztlich unwahre Entsprechenserklärung entstehen. Wird protokolliert, dass bestimmte Empfehlungen in Zukunft eingehalten werden sollen, obwohl die Beschlussfassung zu einem anderen Ergebnis geführt hat, liegt darin eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue.

III. Das Herbeiführen einer unwahren Entsprechenserklärung im Rahmen der Publikation

Die letzte Stufe, auf der die Entsprechenserklärung verfälscht werden kann, ist die Stufe der Publikation durch den Vorstand. Hierbei handelt es sich um eine nach allgemeinen Grundsätzen an Ausschüsse oder Einzelne delegierbare Pflicht des Gesamtorgans. Die bisher nur gesellschaftsinternen

Erklärungen müssen ohne weitere Veränderung auf der Internetseite der Gesellschaft veröffentlicht werden. Wird hierbei eigenmächtig der Inhalt der Erklärung dahingehend verändert, dass erklärt wird, bestimmte Kodexbestimmungen in Zukunft einhalten zu wollen, ist die Erklärung falsch und es liegt eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue vor. Zur Unterlassung des Einschreitens gegen derartige Maßnahmen gelten die zuvor gemachten Ausführungen. Insbesondere wird der Aufsichtsrat von seiner Verantwortung für die Entsprechenserklärung nicht völlig frei, nur weil er die Erklärung in Richtung des Vorstands entäußert hat. Denn im Rahmen der Überwachungspflicht hat er darauf zu achten, dass der Vorstand seine Publikationspflichten nicht verletzt.

Solche Pflichtverletzungen können etwa motiviert sein durch die Erwägung des Vorstands, die Erklärungen enthielten zu viele offengelegte Abweichungen von Kodexbestimmungen und könnten somit die Kapitalmarktteilnehmer abschrecken. Um die Unternehmensführung „besser“ oder zumindest stärker dem Kodex angepasst erscheinen zu lassen, als sie es tatsächlich ist, könnte der für die Publikation Verantwortliche sich eigenmächtig über die Organbeschlüsse hinwegsetzen. Auch hier gilt, dass derartiges Verhalten keinesfalls vom unternehmerischen Beurteilungs- und Ermessensspielraum gedeckt ist, nur weil es wirtschaftlich zweckmäßig sein kann. Die Legalitätspflicht der Organmitglieder erlaubt eine solche Zweckmäßigeitsentscheidung nicht und die umfassende Untreuebewehrung dieser Legalitätspflicht lässt sie zur strafrechtlichen Pflichtverletzung im Sinne des § 266 StGB werden.

B) Fallgruppe 5: Herbeiführen einer im Hinblick auf die Vergangenheit falschen Entsprechenserklärung

Auch eine Entsprechenserklärung, aus der folgt, dass bestimmte Empfehlungen und Anregungen in der Vergangenheit eingehalten wurden, obwohl dies tatsächlich nicht der Fall ist, führt die Kapitalmarktteilnehmer in die Irre. Denn auch die Information über das vergangene Verhalten soll die (potenziellen) Anleger in die Lage versetzen, ihre Entscheidungen von der Einhaltung des Kodex abhängig zu machen. In Bezug auf die Legalitätspflicht der Organmitglieder und die Untreuebewehrung derselben gelten die zuvor erläuterten Grundsätze. Die Unwahrheit des retrospektiven Teils wird zumeist auf mangelhafter Ermittlung der tatsächlichen Praxis beruhen.¹³⁸⁴ Natürlich ist es aber auch möglich, dass in kollusivem Zusammenwirken sehenden Auges eine fehlerhafte Erklärung abgegeben wird.

¹³⁸⁴Becker, Haftung (2005), S. 162.

Unterschiede im Vergleich zur in Bezug auf die Zukunft falschen Entsprechenserklärung ergeben sich nur im Rahmen der Beschlussfassung, nicht hingegen im Rahmen der gesellschaftsinternen Erklärung oder der Publikation. Es wurde bereits angesprochen, dass sich jedes Organmitglied wahrheitsgemäß darüber zu äußern hat, ob es selbst die Kodexbestimmungen in der Vergangenheit eingehalten hat und auch darüber, ob es Abweichungen der übrigen Organmitglieder wahrgenommen hat. Die Erteilung einer insofern falschen Auskunft kann letztlich zu einer fehlerhaften Entsprechenserklärung führen, so dass hierin eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue liegt. Der Unterschied zur vorherigen Fallgruppe liegt lediglich darin, dass die Organmitglieder kein zukünftiges Verhalten antizipieren, sondern sich lediglich über in der Vergangenheit liegende Fakten erklären müssen. Daher ist die Wahrheit der Bekundungen leichter überprüfbar. Dem Gesamtorgan werden häufig die entsprechenden Informationen über das vergangene Verhalten bei der Unternehmensführung vorliegen. Dementsprechend wird hier auch deutlich leichter ein Konsens über die Entsprechenserklärung zu erzielen sein. Auch hier gilt jedoch der Vertrauensgrundsatz, so dass grundsätzlich von der Wahrheit der Bekundungen der Kollegen ausgegangen werden kann, solange keine entgegenstehenden Anhaltspunkte ersichtlich sind. Vor allem der Aufsichtsrat kann wegen seiner Überwachungspflicht aber zu Nachforschungen verpflichtet sein. Werden sie unterlassen und wird stattdessen eine positive Erklärung „ins Blaue hinein“ abgegeben, liegt eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue vor.

Ein weiterer Unterschied zur vorherigen Fallgruppe liegt darin, dass es in Bezug auf die vergangenheitsbezogene Komponente keinen Entscheidungsvorrang gibt, da die Erklärung insoweit die zukünftige Unternehmensführung nicht präjudiziert. Das bedeutet, dass die Erklärung alle Bestimmungen des Kodex umfassen muss. Zudem besteht für wahrheitswidrige Entsprechenserklärungen in Bezug auf die Vergangenheit ein größerer Anreiz. Das liegt daran, dass die Behauptung, man habe die Bestimmungen des Kodex in der Vergangenheit eingehalten, mit keinem weiteren Aufwand verbunden ist. Erklärt man, der Kodex solle in der Zukunft eingehalten werden, sind hiermit die Anstrengungen verbunden, die nötig sind, um dem Kodex gerecht zu werden, auch wenn die Entsprechenserklärung die Organe nicht wirksam bindet (siehe oben Kap. 3 B). Die Vorteile, die mit einer in Bezug auf die Vergangenheit wahrheitswidrigen Erklärung verbunden sind, können, gemessen am relativ geringen Aufwand, enorm sein. Zwar wird die Kursrelevanz der Abweichung vom Kodex teils bezweifelt. Sollte sie aber dennoch vorliegen, ist es vorstellbar, dass eine in retrospektiver Hinsicht vollständig positive Entsprechenserklärung gegenüber einer eingeschränkten Erklärung große wirtschaftliche Vorteile mit sich bringt. Dies könnte die Organmitglieder dazu veranlassen, die Corporate Governance des Unternehmens wenigstens in Bezug auf die Vergangenheit falsch darzustellen. Für ein solches kollusives Täuschen des Kapitalmarkts und für das mangelnde Einschreiten gegen entsprechende Maßnahmen

gilt nichts anderes als in Bezug auf die zukunftsbezogene Erklärungskomponente. Solche Verhaltensweisen begründen einen Vorwurf der Pflichtverletzung im Sinne der Untreue.

C) Fallgruppe 6: Unterlassen der Korrektur einer falschen Entsprechenserklärung

In den zuvor erörterten Fallgruppen 4 und 5 basierte der den Organmitgliedern zu machende Pflichtverletzungsvorwurf darauf, dass sie vorsätzlich zum Zustandekommen einer schon bei Abgabe falschen Entsprechenserklärung beigetragen haben. Derartige Konstellationen mögen in theoretischer Hinsicht interessant sein. In praktischer Hinsicht dürften sie allerdings eine absolute Seltenheit darstellen. Von großer praktischer Relevanz sind hingegen die nun zu erörternden Fälle der unterlassenen Korrektur einer falschen Entsprechenserklärung. Denn versehentlich fehlerhafte Erklärungen und im Nachhinein auftretende Absichtsänderungen sind um einiges wahrscheinlicher als vorsätzlich wahrheitswidrige Erklärungen. Nachträglich auftretende Absichtsänderungen lassen den zukunftsbezogenen Teil der Entsprechenserklärung insofern unwahr werden, als die Absicht, bestimmte Kodexbestimmungen zu befolgen, aus der Erklärung hervorgeht, obwohl sie tatsächlich nicht mehr vorliegt. Die Kapitalmarktteilnehmer sind somit nicht über die aktuelle Absicht der entsprechenden Organmitglieder im Bilde. Das versehentliche Abgeben einer fehlerhaften Erklärung, was die retrospektive Komponente der Erklärung betrifft, zeichnet ein verzerrtes Bild von den tatsächlichen Anstrengungen der Organmitglieder im Bereich Corporate Governance in der Vergangenheit.

Dass eine Korrektur der Entsprechenserklärung generell erlaubt ist, ist unstrittig.¹³⁸⁵ Hierfür spricht zunächst der Zweck des § 161 AktG.¹³⁸⁶ Denn eine Änderung der Erklärung führt dazu, dass der Kapitalmarkt über die aktuellen Absichten der Organmitglieder in Sachen Corporate Governance im Bilde ist. Ebenso entspricht eine Korrekturmöglichkeit dem Willen des Gesetzgebers.¹³⁸⁷ Denn er ist stets von einer abänderbaren und insofern unverbindlichen Erklärung ausgegangen. Es ist jedoch fraglich, ob auch eine Verpflichtung zu einer solchen Korrektur besteht und was im Einzelnen von den Organmitgliedern zu verlangen ist, wenn die entsprechende Befolungsabsicht sich ändert bzw. die Fehlerhaftigkeit der

¹³⁸⁵Siehe LG München I, Urteil vom 22.11.2007 - 5 HKO 10614/07=NZG 2008, S. 150 (151). Siehe auch *Becker*, Haftung (2005), S. 44; *Bertrams*, Haftung (2003), S. 89; *Ibrig/Wagner*, BB 2002, S. 789 (791); *Lutter*, in: FS-Huber (2006), S. 871 (873); *ders.*, ZHR 166 (2002), S. 523 (532).

¹³⁸⁶*Becker*, Haftung (2005), S. 44; *Lutter*, ZHR 166 (2002), S. 523 (532 ff.).

¹³⁸⁷BT-Drucks. 14/8769, S. 22.

Erklärung sich herausstellt. Welche untreuebewehrten Verhaltenspflichten insofern bestehen, soll in diesem Abschnitt erörtert werden.

Zunächst sind Fälle zu behandeln, in denen im Rahmen der Entsprechenserklärung die Befolgung einer Vorschrift in der Zukunft angekündigt wurde und sich die Absicht, sie zu befolgen, ändert. Es wurde zuvor festgestellt, dass das von der entsprechenden Kodexbestimmung abweichende Verhalten dann nicht selbst wegen einer etwaigen Bindungswirkung der Entsprechenserklärung pflichtwidrig ist. Anknüpfungspunkt des möglichen Pflichtverletzungsvorwurfs ist somit nicht die dem Kodex widersprechende Maßnahme selbst, sondern das Unterlassen der „Warnung“ des Kapitalmarktes oder, anders ausgedrückt, die Unterlassung des „Widerrufs“ oder der „Aktualisierung“ der Entsprechenserklärung.¹³⁸⁸ Zweitens soll auf die strukturell ähnlichen Fälle eingegangen werden, in denen der vergangenheitsbezogene Teil der Erklärung zwar schon bei Abgabe falsch war, weil bestimmte Empfehlungen oder Anregungen entgegen der Erklärung nicht eingehalten worden waren, in denen dies aber erst nach der Publikation der Erklärung aufgefallen ist. Da alle etwaigen vorherigen Verletzungen der Erklärungs-pflicht hier schon mangels Vorsatzes keine Untreue darstellen können, kann ein strafrechtlicher Vorwurf nur die Unterlassung der Korrektur betreffen. Drittens soll kurz darauf eingegangen werden, welche Konsequenzen für die Erklärungs-pflicht nach § 161 AktG sich aus einer unterjährigen Änderung des Kodex selbst ergeben.

I. Korrekturpflicht bei Absichtsänderung?

Ob eine Pflicht besteht, die Entsprechenserklärung im Falle der Absichtsänderung unterjährig zu korrigieren, ist eine der umstrittensten und ältesten Rechtsfragen im Kontext des § 161 AktG. Von Teilen des Schrifttums wird eine solche Korrekturpflicht vehement bestritten¹³⁸⁹, während der überwiegende Teil sie befürwortet.¹³⁹⁰

¹³⁸⁸Nicht gemeint sind Fälle, in denen der zukunftsbezogene Teil der Entsprechenserklärung schon bei Abgabe falsch war, weil der Erklärende schon im Zeitpunkt der Abgabe der Entsprechenserklärungen nicht vorhatte, sich an alle Empfehlungen zu halten. Zwar kann in solchen Fällen auch eine Aktualisierungspflicht bestehen, aber die evtl. pflichtwidrige Handlung besteht dann schon im vorangegangenen aktiven Tun und strafrechtliche und zivilrechtliche Haftung sind hieran und nicht an das Unterlassen zu knüpfen. Bewusst machen muss man sich außerdem, dass eine Aktualisierungspflicht in dem hier gemeinten Sinne gegenstandslos ist, wenn man schon die Zukunftsbezogenheit der Entsprechenserklärung ablehnt, wie es einige Autoren tun (Siehe oben Kap. 2 E II 2).

¹³⁸⁹*Liebscher*, in: Beck Handbuch AG, § 6 Rn. 106; *Schiippen*, ZIP 2002, S. 1269 (1273); *Seibt*, AG 2002, S. 249 (254); *Theusinger/Liese*, DB 2008, S. 1419 (1421).

¹³⁹⁰*Abram*, ZBB 2003, S. 41 (43); *Becker*, Haftung (2005), S. 165; *Buchta*, DStR 2003, S. 740 (741); *Buchta/van Kann*, DStR 2003, S. 1665 (1668); *Ettlinger/Grützdielke*, AG 2003, S. 353 (354); *Gelhausen/Hönsch*, AG 2002, S. 529 (534); *dies.*, AG 2003, S. 367 (368); *Heck*, Haftungsrisiken (2006), S. 30 f.; *Hüjfer*, § 161 Rn. 20; *Ibrig*, ZIP 2009, S. 853 (854); *Ibrig/Wagner*, BB 2003, S. 1625 (1627); *dies.*, BB 2002, S. 789 (791 f.); *dies.*, BB 2002, S. 2509 (2510); *Kiethe*, NZG 2003, S. 559 (564); *Lutter*, ZfR 166 (2002), S. 523 (534); *Peltzer*, NZG 2002, S. 593 (595); *Ringleb*, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder,

Die schon vereinzelt mit der Frage befasste Rechtsprechung hat sie bisher positiv beantwortet.¹³⁹¹

Gegen eine solche Pflicht wird von ihren Gegnern zunächst einmal angeführt, sie lasse sich nicht dem Wortsinn des § 161 AktG entnehmen.¹³⁹² Denn in § 161 AktG heißt es: „...erklären jährlich...“. Argumentiert wird, es hätte nahe gelegen, im Gesetz eine Formulierung wie „...erklären wenigstens einmal pro Jahr...“ aufzunehmen, wenn eine Aktualisierungspflicht wirklich gewollt wäre.¹³⁹³ Auch hätte es keine besonderen Schwierigkeiten bereitet, für den Fall der Absichtsänderung eine Aktualisierungspflicht ausdrücklich vorzusehen. Diese Argumentation überzeugt nicht. Die Aufnahme des Wortes „jährlich“ soll, wie bereits erörtert, lediglich sicherstellen, dass zwischen zwei Entsprechenserklärungen kein Zeitraum von mehr als einem Jahr liegt. Geregelt sind in § 161 AktG also nur Fälle, in denen sich die Absichten der Organmitglieder während dieses Jahres nicht ändern. Selbst dann, wenn „alles beim Alten“ bleibt, muss nach einem Jahr stets eine neue Erklärung erfolgen. Dass der Gesetzgeber keine Aussage über eine Aktualisierung gemacht hat, obwohl ihm, wie aus den Gesetzgebungsmaterialien deutlich wird, das Problem der Absichtsänderung bekannt war, spricht nicht gegen eine Aktualisierungspflicht, sondern zeigt, dass er die Klärung der Frage Rechtsprechung und Schrifttum überlassen wollte. Aus dem Wortsinn des § 161 AktG kann daher weder ein für noch ein gegen eine Aktualisierungspflicht sprechendes Argument hergeleitet werden.

Vorgebracht wird gegen eine Aktualisierungspflicht allerdings auch, der Begründung zum Gesetzesentwurf¹³⁹⁴ sei lediglich zu entnehmen, dass die Organmitglieder die Möglichkeit zu einer Anpassung der Entsprechenserklärung haben sollen, aber nicht, dass eine entsprechende Pflicht bestehen soll.¹³⁹⁵ Der Wille des Gesetzgebers spreche auch insofern gegen eine Aktualisierungspflicht, als der jährliche Turnus der Erklärung nur dazu führen solle, dass die Organmitglieder sich wenigstens einmal jährlich kritisch mit der hauseigenen Corporate Governance befassen¹³⁹⁶ (zu dieser Reflexionsfunktion siehe Kap. 2 D I). Der Gesetzgeber habe nicht gewollt, dass die Organmitglieder sich bei jeder Änderung

Rn. 1579; *Seibert*, BB 2002, S. 581 (583); *Semler*, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 117; *Semler/Wagner*, NZG 2003, S. 553 (556); *Sester*, in: Spindler/Stilz, § 161 Rn. 37; *Spindler*, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 43; *Ulmer*, ZHR 166 (2002), S. 150 (165, 170); *Vetter*, DNotZ, S. 748 (758); *ders.*, NZG 2008, S. 121 (122).

¹³⁹¹Siehe BGH, Urteil vom 16.2.2009 - II ZR 185/07=BB 2009, S. 796 (798); OLG München, Urteil vom 6.8.2008- 7 U 5628/07=NZG 2009, S. 508 ff. Zweifelnd allerdings LG München I, Urteil vom 22.11.2007 - 5 HKO 10614/07=NZG 2008, S. 150 (152).

¹³⁹²*Theusinger/Liese*, DB 2008, S. 1419 (1421). Dies räumen auch *Heck*, Haftungsrisiken (2006), S. 30 und *Sester*, in: Spindler/Stilz, § 161 Rn. 35 ein.

¹³⁹³*Theusinger/Liese*, DB 2008, S. 1419 (1421).

¹³⁹⁴BT-Drucks. 14/8769 S. 22.

¹³⁹⁵*Theusinger/Liese*, DB 2008, S. 1419 (1421).

¹³⁹⁶BT-Drucks. 14/8769, S. 21: „...jährlich wiederkehrend...“.

der Unternehmensführung von Neuem mit dem Kodex befassen.¹³⁹⁷ Auch dies ist jedoch nicht überzeugend. Dass die Verpflichtung zur jährlichen Erklärung zu einer regelmäßigen Reflexion über die unternehmenseigene Corporate Governance führen soll, ist zwar richtig. Daraus lässt sich aber nicht herleiten, dass der Gesetzgeber keine häufigere Befassung mit dem Kodex und mit der Corporate Governance im Unternehmen gewollt hat. Vielmehr ist es nahe liegend, dass die Beschränkung auf eine Pflicht, „nur“ einmal im Jahr eine Erklärung abzugeben, vor allem auf Zumutbarkeitserwägungen zurückzuführen ist. So könnte etwa eine Pflicht, jeden Monat eine neue Erklärung abzugeben, angesichts des zuvor dargestellten, mit der Erklärung verbundenen, hohen Verwaltungsaufwands eine unverhältnismäßige Belastung der Organe und der Gesellschaft darstellen. Diese Erwägung trägt aber vor allem dann, wenn sich die Befolgungsabsicht nicht ändert, da es sich bei einer Verpflichtung zu einer immer wiederkehrenden Erklärung gleichen Inhalts dann um einen überflüssigen Formalismus handeln würde. Im Falle der Absichtsänderung greift ein auf die Reflexionsfunktion gestütztes Argument hingegen nicht durch, da die Absichtsänderung an sich einen hinreichenden Anlass darstellt, sich erneut mit den Anforderungen des Kodex und der unternehmenseigenen Corporate Governance zu befassen.

Entscheidend für eine Aktualisierungspflicht spricht letztlich der mit § 161 AktG verfolgte Zweck, (potenzielle) Anleger durch Publizität bezüglich der Einhaltung des Kodex in die Lage zu versetzen, eine informierte Anlegerentscheidung treffen zu können.¹³⁹⁸ § 161 AktG dient gerade der Offenlegung der Corporate Governance Standards einer Gesellschaft. Dieser Zweck wäre kaum erreicht, wenn die Organmitglieder die Anleger nach Abgabe einer positiven Entsprechenserklärung über ihre hiervon abweichenden Ansichten über einen Zeitraum von bis zu einem Jahr hinweg im Ungewissen lassen dürften. Der Zweck des § 161 AktG würde geradezu in sein Gegenteil verkehrt, da die Entsprechenserklärung in diesem Fall die Corporate Governance Standards im Unternehmen geradezu verschleierte, so dass die Anleger ohne die Erklärung nach § 161 AktG besser dastünden als mit ihr.¹³⁹⁹ Hierfür spricht auch die aus § 161 Abs. 2 AktG folgende Pflicht, die Erklärung auf der Internetseite der Gesellschaft dauerhaft zugänglich zu machen, da der Gesetzgeber kaum ein Interesse daran gehabt haben kann, nicht mehr zutreffende und somit irreführende Erklärungen in dieser Weise zu perpetuieren.¹⁴⁰⁰ Dass die Entsprechenserklärung nach § 161 AktG den (potenziellen) Anlegern dauerhaft zugänglich gemacht werden muss,

¹³⁹⁷Theusinger/Läese, DB 2008, S. 1419 (1421).

¹³⁹⁸Semler, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 117; Spindler, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 43. Siehe auch Lutter, ZHR 166 (2002), S. 523 (534).

¹³⁹⁹Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 30; Lutter, ZHR 166 (2002), S. 523 (534): „Gebot der aus § 161 AktG fließenden Wahrheitspflicht“; Semler, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 117; Sester, in: Spindler/Stilz, § 161 Rn. 35.

¹⁴⁰⁰Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 31; Lutter, ZHR 166 (2002), S. 523 (534); Semler, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 117.

unterscheidet sie insbesondere von Jahresabschlussunterlagen, die nicht aktualisiert werden müssen.¹⁴⁰¹ Insofern vermag eine Argumentation, die sich auf die nicht vorhandene Pflicht, derartige Unterlagen zu aktualisieren, stützt¹⁴⁰², auch nicht zu überzeugen.

Diese teleologisch-kapitalmarktbezogene Argumentation wird teilweise allerdings mit folgenden Überlegungen angezweifelt: Der Kapitalmarkt werde gar nicht in die Irre geführt, wenn der zukunftsbezogene Teil der Entsprechenserklärung nicht aktualisiert wird, weil die Erklärung stichtagsbezogen sei und nur die am Tag der Abgabe vorliegenden Absichten der Organmitglieder wiedergebe. Somit könne der Anleger nur darauf vertrauen, dass die Erklärung in diesem Zeitpunkt richtig ist.¹⁴⁰³ Ein etwaiger Vertrauenstatbestand wird dieser Ansicht zufolge nur bezogen auf die erklärte Absicht im Zeitpunkt der Erklärung geschaffen. In der Sache schränkt sie also bereits den Inhalt der Entsprechenserklärung und nicht lediglich die Aktualisierungspflicht deutlich ein. Ihr ist entschieden zu widersprechen: Sicherlich ist sie in sich schlüssig, weil eine Irreführung durch unterlassene Aktualisierung ausscheidet, wenn die Erklärung stichtagsbezogen nur die Absichten in diesem Zeitpunkt wiedergibt. Indes sind die Prämissen dieser Argumentationslinie zweifelhaft. Der Ausgangspunkt, die Entsprechenserklärung gebe nur die Absichten der Organmitglieder im Zeitpunkt der Entsprechenserklärung wieder, ist natürlich richtig, weil man keine Absichten erklären kann, die man in der Zukunft haben wird. Allerdings ist es falsch, hieraus den Schluss zu ziehen, der Anleger könne nur darauf vertrauen, dass die Erklärung in diesem Zeitpunkt richtig ist. Dass der Anleger vielmehr darauf vertrauen kann, dass es bei diesen Absichten bleibt, ist leicht nachvollziehbar, wenn man die Interessenlage der Anleger und den Telos des § 161 AktG berücksichtigt: Es wäre niemandem damit gedient, nur zu wissen, dass an einem ganz bestimmten Tag die Organmitglieder einer AG die Absicht hatten, die Empfehlungen des Kodex einzuhalten und keinerlei Vertrauen darin haben zu dürfen, dass diese Absichten so bleiben, falls nichts anderes erklärt wird. Als Grundlage für eine sinnvolle Anlegerentscheidung wäre eine solche Erkenntnis wertlos. Außerdem wären mit einer solchen Einschränkung des Erklärungsgehalts weitreichende Missbrauchsmöglichkeiten verbunden. Man könnte, um die Attraktivität der AG am Kapitalmarkt zu steigern, zunächst eine vollständige Entsprechenserklärung abgeben und später den Kodexempfehlungen zuwiderhandeln.¹⁴⁰⁴ Solche Missbrauchsmöglichkeiten entwerten die Erklärungspflicht als Instrument zur Sicherstellung von Publizität in Bezug auf die Corporate Governance börsennotierter Aktiengesellschaften.

¹⁴⁰¹ *Semler*, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 115 ff.

¹⁴⁰² *Seibt*, AG 2002, S. 249 (253).

¹⁴⁰³ *Seibt*, AG 2002, S. 249 (254); *Theusinger/Liese*, DB 2008, S. 1419 (1421, 1422).

¹⁴⁰⁴ Sicherlich kann hier im Einzelfall oft darauf zurückgeschlossen werden, dass schon am Stichtag nicht die Absicht vorlag, sich an die Entsprechenserklärung zu halten. Aber dies wird sich nur schwer beweisen lassen.

Die vorstehende Argumentation lässt sich auch durch einen Seitenblick auf die vergangenheitsbezogene Komponente der Entsprechenserklärung entkräften. Hätte die zukunftsbezogene Komponente nur den Inhalt, dass im Zeitpunkt der Abgabe eine Befolungsabsicht besteht, könnte im Grunde auf sie verzichtet werden, weil schon aus dem früheren Verhalten die grundsätzliche Haltung zu den Empfehlungen deutlich wird. Wenn man sich nicht darauf verlassen können soll, dass die Absicht, Empfehlungen einzuhalten, auch in Zukunft fortbestehen wird, ist mit der zukunftsbezogenen Komponente kein Erkenntnisgewinn verbunden.

Soweit vorgebracht wird, die Entsprechenserklärung könne nicht als Garantie dafür aufgefasst werden, dass die Organmitglieder die Empfehlungen des Kodex, denen zu entsprechen sie erklärt haben, im kommenden Geschäftsjahr einhalten werden¹⁴⁰⁵, überzeugt auch dies nicht. Zur Unterstützung dieser These wird ein Vergleich zu einer anderen Situation gezogen, nämlich zur unterjährigen Korrektur des Kodex durch die Kommission, in der nach richtiger Ansicht keine Aktualisierung vorzunehmen ist (dazu sogleich). Das Gleiche müsse gelten, wenn sich zwar nicht der Kodex, aber die Intention der Organmitglieder ändert. Begründet wird diese Gleichbehandlung damit, dass, wenn die Informiertheit des Marktes entscheidend ist, kein Grund bestehe, nicht auch im Falle der Kodexänderung eine Aktualisierungspflicht anzunehmen, weil ja auch bei einer Kodexänderung in Verbindung mit der noch zur alten Kodexversion abgegebenen Entsprechenserklärung eine Fehlinformation vorliege.

Zuzugeben ist, dass eine Kodexänderung sich auf die Informiertheit des Kapitalmarktes ähnlich negativ auswirkt wie die Änderung der Intentionen der Organmitglieder. Allerdings gibt es sehr wohl Gründe für eine Ungleichbehandlung der beiden Situationen. Zum Einen erhalten die Aktionäre im Falle einer Kodexänderung durch die Entsprechenserklärung zumindest eine Information über die Intentionen der Organmitglieder im Hinblick auf die Bestimmungen des mittlerweile geänderten Kodex, so dass eine informierte Anlegerentscheidung sich wenigstens an den Standards des Kodex in der Form vor seiner Änderung orientieren kann. Dies ist nicht der Fall, wenn der Entsprechenserklärung keine Aussage über das zukünftige Verhalten der Organmitglieder beigemessen wird. Zudem erhalten die Anleger im Falle der Kodexänderung schon durch die Publikation durch die Kodex-Kommission und durch die Verlautbarung im elektronischen Bundesanzeiger ein entsprechendes Warnsignal. Des Weiteren beruht die mangelnde Aktualisierungspflicht bei Änderung des Kodex darauf, dass die Änderung einen Umstand darstellt, der außerhalb des Organisations- und Machtbereiches der Gesellschaft liegt, was bei Änderungen der Intentionen der Organmitglieder nicht der Fall ist.

Es kann also festgehalten werden, dass im Falle der Absichtsänderung eine Pflicht zur Aktualisierung der Entsprechenserklärung besteht. Wie zuvor bereits

¹⁴⁰⁵Theusinger/Liese, DB 2008, S. 1419 (1422).

erörtert wurde (Kapitel 3 B), ist das Abweichen vom Kodex zwar auch nach Abgabe einer positiven Entsprechenserklärung nicht pflichtwidrig, es ist aber auch nicht folgenlos, sondern wirkt auf die aus § 161 AktG folgenden Erklärungspflichten zurück.¹⁴⁰⁶ Hierin liegt ein sachgerechter, die Interessen des Kapitalmarkts an zutreffender Information und diejenigen der Organmitglieder an Flexibilität der Unternehmensführung in angemessener Weise zum Ausgleich bringender Mittelweg zwischen einer Bindungswirkung der Entsprechenserklärung und einer völligen Folgenlosigkeit des Abweichens von derselben.¹⁴⁰⁷

II. Pflicht zur Korrektur der retrospektiven Aussage?

Auch der retrospektive Teil einer Entsprechenserklärung kann sich als fehlerhaft herausstellen. Die Erklärung war dann bereits im Zeitpunkt der Abgabe unzutreffend. Kommt dies später zum Vorschein, gilt nichts anderes als im Falle der Absichtsänderung.¹⁴⁰⁸ Denn die zuvor erläuterten Schutzzweckerwägungen greifen auch bei einer insofern falschen Entsprechenserklärung. Durch falsche Informationen über die Einhaltung des Kodex in der Vergangenheit wird ein verzerrtes Bild der Corporate Governance Standards im Unternehmen gezeichnet, was dem Sinn des § 161 AktG widerspricht. (Potenzielle) Anleger sollen ihre Entscheidungen auch von der Einhaltung des Kodex in der Vergangenheit abhängig machen können, nicht zuletzt indem sie von der Praxis in der Vergangenheit auf die zukünftige Übung schließen. Zugegebener Maßen kann das Image der Gesellschaft unter einer solchen Korrektur leiden. Es ist durchaus denkbar, dass der Kapitalmarkt negativ darauf reagiert, dass in der Vergangenheit versehentlich unwahre Entsprechenserklärungen publiziert wurden. Das ändert allerdings nichts an der Korrekturpflicht. Insbesondere stellt die Entscheidung, ob ihr nachgekommen

¹⁴⁰⁶Lutter, ZHR 166 (2002), S. 523 (534).

¹⁴⁰⁷Teilweise wird die Auffassung vertreten, eine Aktualisierung der zuvor erläuterten Art habe nur zu erfolgen, wenn sich die generelle Absicht, die entsprechenden Kodexbestimmungen zu befolgen, ändert und nicht schon, wenn ein einmaliges Abweichen im Raum steht. Siehe etwa Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 30; Ihrig/Wagner, BB 2002, S. 2509 (2511); Seibt, AG 2002, S. 249 (252); Semler/Wagner, NZG 2003, S. 553 (556). Hierfür wird im Wesentlichen angeführt, ein einmaliger Verstoß müsse ohnehin im Rahmen des retrospektiven Teils der nächsten Entsprechenserklärung erwähnt werden und, falls mit weiteren Verstößen nicht zu rechnen sei, habe sich die Absichtserklärung nicht als falsch herausgestellt, weil die Absicht, den Kodex einzuhalten, an sich noch vorhanden sei. Dem ist entschieden zu widersprechen. Ein einmaliges Abweichen von einer angenommenen Kodexbestimmung ist ein gewichtiges Indiz für die Absicht, sich auch in Zukunft nicht an sie zu halten. Angesichts des Zwecks von § 161 AktG Publizität bezüglich der Einhaltung des Kodex zu erzeugen, damit die (potenziellen) Anleger die Corporate Governance in einem Unternehmen selbst bewerten können, muss es ihnen selbst überlassen werden, welche Schlüsse sie aus einem einmaligen Abweichen ziehen. Beraubt man sie der Informationsgrundlage für diese Entscheidung, ist dem Gesetzeszweck nicht Genüge getan. Dies deckt sich mit der bisherigen Linie der Rechtsprechung. Siehe BGH, Urteil vom 16.2.2009 - II ZR 185/07=BB 2009, S. 796 (798); OLG München, Urteil vom 6.8.2008 - 7 U 5628/07=NZG 2009, S. 508 ff.

¹⁴⁰⁸Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 33. Vgl. auch Ringleb, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 1571.

wird, keine unternehmerische Entscheidung dar. Da das Unterlassen der Korrektur gegen § 161 AktG verstößt, besteht kein unternehmerischer Beurteilungs- und Ermessensspielraum, da „nützliche Pflichtverletzungen“ den Organmitgliedern verwehrt sind. Im Übrigen ist es alles andere als ausgemacht, dass eine Korrekturerklärung zu einem Vertrauensverlust am Kapitalmarkt führt. Im Gegenteil kann die Tatsache, dass die Organmitglieder in der Vergangenheit gemachte Fehler einräumen und umfassender Transparenz den Vorzug vor Imagepflege geben, sogar zu einem Vertrauensgewinn führen.

III. Korrekturpflicht bei Kodexänderung?

Wie bereits angedeutet, stellt sich die Situation der unterjährigen Änderung des Kodex jedoch anders dar. Zwar stimmt auch hier die aus der Erklärung hervorgehende Unternehmenspraxis nicht mehr mit den Grundsätzen des Kodex überein. Zu einer Aktualisierungspflicht führt dies jedoch nicht.¹⁴⁰⁹ Zwar lässt sich auch insofern aus dem Wortsinn des § 161 AktG nichts herleiten¹⁴¹⁰ und teleologische Gesichtspunkte sprächen für eine solche Pflicht, da der Kapitalmarkt in die Lage versetzt werden soll, den Kodex als Benchmark zu nutzen. Aber dennoch kann in diesem Fall nicht von einer Aktualisierungspflicht ausgegangen werden. Das ergibt sich zum einen daraus, dass die sich auf den Kodex in seiner Form vor der Änderung beziehende Erklärung für den Kapitalmarkt keinesfalls völlig nutzlos ist. Denn es wurde zumindest umfassend Auskunft darüber gegeben, ob die mittlerweile teilweise überholten Grundsätze des Kodex eingehalten wurden und eingehalten werden sollen, so dass eine informierte Anlegerentscheidung sich wenigstens an den Standards des Kodex vor seiner Änderung orientieren kann. Zum anderen sprechen Gesichtspunkte der Zumutbarkeit entscheidend gegen eine Korrekturpflicht. Die ohnehin umfangreichen Erklärungspflichten der Organmitglieder dürfen nicht durch Umstände erweitert werden, die außerhalb ihres Organisations- und Machtbereiches liegen.¹⁴¹¹ Dies entspricht dem Willen des Gesetzgebers. Denn die Möglichkeit einer unterjährigen Änderung des Kodex war ihm bei Schaffung des § 161 AktG, der eine jährliche Erklärung ausreichen lässt, bewusst. Es wäre ihm möglich gewesen, in § 161 AktG eine Pflicht zur Erklärung zum Kodex in seiner jeweils aktuellen Fassung zu statuieren. Dass er hierauf verzichtet hat, verbietet eine Auslegung, die zu einer Korrekturpflicht führt.¹⁴¹² Selbstverständlich bleibt es den Organmitgliedern unbenommen, im Falle der

¹⁴⁰⁹Gelhausen/Hönsch, AG 2003, S. 367 (368 f.); Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 27; Ibrüg, ZIP 2009, S. 853 (854); Ringleb, in: Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, Rn. 1510; Seibt, AG 2003, S. 465 (477); Spindler, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 40.

¹⁴¹⁰A.A. Gelhausen/Hönsch, AG 2003, S. 367 (369); Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 28.

¹⁴¹¹Siehe Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 28.

¹⁴¹²Siehe Seibt, AG 2003, S. 465 (477).

Kodexänderung freiwillig eine klarstellende Erklärung abzugeben.¹⁴¹³ Verpflichtet sind sie hierzu jedoch nicht.

IV. Die aus der Aktualisierungspflicht im Einzelnen folgenden Verhaltenspflichten

Die bei Absichtsänderungen oder Bekanntwerden von Fehlern vorzunehmende Aktualisierung erfolgt entweder durch Bekanntgabe der einzelnen betroffenen Kodexbestimmungen oder durch Abgabe einer neuen Entsprechenserklärung.¹⁴¹⁴ Somit bestehen grundsätzlich dieselben Verhaltenspflichten wie bei einer turnusmäßigen Erklärung. Insbesondere ist ein neuer Beschluss erforderlich. Wird kein Aktualisierungsbeschluss gefasst, obwohl bekannt ist, dass nunmehr eine vom Kodex abweichende Vorgehensweise beabsichtigt ist, liegt hierin wiederum ein rechtswidriger Zwischenerfolg. Das einzelne Organmitglied muss also darauf hinwirken, dass ein solcher Beschluss gefasst wird. Werden alle oder mehrere Organmitglieder sich darüber einig, dass die Absichtsänderung verschwiegen werden soll, liegt wiederum eine kollusive Täuschung des Kapitalmarkts vor. Es gelten die vorigen Ausführungen.

Fraglich ist, wann die Aktualisierung erfolgen muss. Hier kommen folgende Möglichkeiten in Betracht. Es erscheint denkbar, dass die Erklärung unverzüglich nach der Absichtsänderung erfolgen muss, unter Umständen also schon, bevor die der Erklärung widersprechende Handlung vorgenommen wird. Teilweise wird auch die Ansicht vertreten, dass die Erklärung spätestens gleichzeitig mit einer solchen Handlung zu erfolgen hat.¹⁴¹⁵ In Betracht kommt weiter, dass die Erklärung spätestens gleichzeitig mit einer solchen Handlung zu erfolgen hat.¹⁴¹⁶ Es könnte allerdings auch ausreichen, dass die Aktualisierung unverzüglich nach einer solchen Handlung erfolgt. Weitgehende Zustimmung wird die Prämisse finden, dass eine möglichst frühe Aktualisierung im Interesse der Anleger ist.¹⁴¹⁷ Im Ergebnis wird man daher verlangen können, dass die Aktualisierung grundsätzlich unverzüglich nach Absichtsänderung erfolgt.¹⁴¹⁸ In der Regel bedeutet das, dass man die Absichtserklärung aktualisieren muss, bevor man eine Maßnahme vornimmt, die den Anforderungen des Kodex widerspricht.¹⁴¹⁹ Allerdings kann es im

¹⁴¹³Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 28.

¹⁴¹⁴Vgl. *Ettinger/Grützgediek*, AG 2003, S. 353 (354); *Hüffer*, § 161 Rn. 20; *Ibrig/Wagner*, BB 2002, S. 2509 (2510); *Semler/Wagner*, NZG 2003, S. 553 (556); *Ulmer*, ZHR 166 (2002), S. 150, 171; *Vetter*, NZG 2008, S. 121 (122).

¹⁴¹⁵Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 32; *Lutter*, ZHR 166 (2002), S. 523 (534); *Ulmer*, ZHR 166 (2002), S. 150 (171).

¹⁴¹⁶OLG München, Urteil vom 6.8.2008 - 7 U 5628/07=NZG 2009, S. 508 (511 f.).

¹⁴¹⁷Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 31.

¹⁴¹⁸*Bertrams*, Haftung (2003), S. 150; *Seibert*, BB 2002, S. 581 (583) („umgehend“); *Semler*, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 121; *Sester*, in: Spindler/Stilz, § 161 Rn. 35; *Ulmer*, ZHR 166 (2002), S. 150 (171).

¹⁴¹⁹Allerdings muss hier nochmals betont werden, dass es nicht um eine Bindungswirkung der Entsprechenserklärung geht, sondern nur um eine zusätzliche Erklärungspflicht. Das Abweichen

Einzelfall, vor allem bei außergewöhnlichen und nicht vorhersehbaren Ereignissen, geboten sein, rasch zu handeln und es können aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalls Maßnahmen nötig werden, die der bisherigen Entsprechenserklärung widersprechen. Da es nicht im Interesse der Anleger ist, dass durch die Erklärungspflicht nach § 161 AktG zwingend erforderliche Maßnahmen der Unternehmensführung unterbleiben und dies auch der Gesellschaft nicht zugemutet werden kann, wird man es in solchen Ausnahmefällen ausreichen lassen müssen, dass die Erklärung unverzüglich nach der Vornahme der entsprechenden Handlung erfolgt.¹⁴²⁰ Alles andere käme der zuvor in Einklang mit der ganz überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum abgelehnten Bindungswirkung der Entsprechenserklärung gleich.

vom Kodex ist nicht der Anknüpfungspunkt für eine mögliche Strafbarkeit, sondern das Unterlassen einer korrigierenden Erklärung.

¹⁴²⁰Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 32; Lutter, ZHR 166 (2002), S. 523 (535); Ulmer, ZHR 166 (2002), S. 150 (171). A.A. Kirschbaum, ZIP 2007, S. 2362 (2363); Vetter, NZG 2008, S. 121 (123).

D) Fallgruppe 7: Völliges Fehlen einer Entsprechenserklärung

Bisher wurden Fälle von Erklärungsverhalten in den Blick genommen, die sich dadurch auszeichneten, dass zu irgendeinem Zeitpunkt stets eine Entsprechenserklärung unwahren Inhalts in der Welt war und zwar entweder im Hinblick auf die Einhaltung des Kodex in der Zukunft oder in der Vergangenheit. Der Normzweck von § 161 AktG, die Information der Kapitalmarktteilnehmer über die Corporate Governance in einer AG sicherzustellen, war hierbei stets in sein Gegenteil verkehrt. Denn es lag stets eine Fehlinformation vor. Anders verhält es sich jedoch, wenn überhaupt keine Entsprechenserklärung abgegeben wird. Hier wird der Kapitalmarkt nicht in die Irre geführt, sondern erhält überhaupt keine Information. Dass dies § 161 AktG und somit aufgrund der internen Pflichtenbindung letztlich auch den §§ 93 Abs. 1 S. 1, 116 S. 1 AktG widerspricht, bedarf keiner weiteren Erörterung. Dementsprechend hat die mit solchen Konstellationen befasste Rechtsprechung stets einen Verstoß gegen die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Organmitglieds angenommen³⁷ und ist somit der einhelligen Ansicht in der Literatur³⁸ gefolgt. Obwohl solche Fälle tatsächlich bereits vorgekommen sind, dürften sie angesichts der für die Organmitglieder offensichtlichen Gefahr eines Ansehensverlusts der Gesellschaft eher die Ausnahme sein, zumal, abgesehen von der Ersparnis an Verwaltungsaufwand, kaum Vorteile eines solchen Verhaltens denkbar sind.³⁹ Das ändert jedoch nichts daran, dass ein Verhalten, welches dazu führt, dass letztlich überhaupt keine Entsprechenserklärung abgegeben wird, stets eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue ist.⁴⁰ Ob letztlich ein Vermögensnachteil hinzutritt, ist eine andere Frage.⁴¹

³⁷OLG München, Urteil vom 23. 1. 2008 - 7 U 3668/07=NZG 2008, S. 337; LG München I, Urteil vom 31.01.2008 - 5 HK O 15082/07=NZG 2008, S. 350.

³⁸Becker, Haftung (2005), S. 152; Berg/Stöcker, WM 2002, S. 1569 (1577) Bertrams, Haftung (2003), S. 124; Eittinger/Grützgediek, AG 2003, S. 353 f.; Heck, Haftungsrisiken (2006), S. 61; Kiethe, NZG 2003, S. 559 (562 f.); Lutter, ZHR 166 (2002), S. 523 (527); Schüppen, ZIP 2002, S. 1269 (1272); Semler, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 197; Ulmer, ZHR 166 (2002), S. 150 (165); ders., AcP 202 (2002), S. 143 (171).

³⁹Kiethe, NZG 2003, S. 559 (562).

⁴⁰Es muss nach der hier vertretenen Auffassung nicht danach gefragt werden, welchen Zweck § 161 AktG verfolgt. Auch kann dahinstehen, inwiefern Schadensersatzansprüche Dritter auf das völlige Unterlassen einer Entsprechenserklärung gestützt werden können. Auf ein allgemeines Schädigungsverbot braucht nach dem hier vertretenen Ansatz auch nicht zurückgegriffen zu werden, weil gegen eine spezielle Verhaltensnorm verstoßen wurde und allein deshalb schon ein Verstoß gegen die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters bejaht werden muss. Insbesondere erübrigt sich nach diesem Konzept die höchst spekulative Frage, inwiefern das völlige Unterlassen

Handlungen, die zum Fehlen einer Entsprechenserklärung führen, können auf der Ebene der Beschlussfassung, der Ebene der gesellschaftsinternen Erklärung oder derjenigen der Publikation vorkommen. Sind die Mitglieder eines Organs sich darüber einig, dass keine Entsprechenserklärung abgegeben werden soll und bleiben untätig, begeht jedes einzelne Organmitglied eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue.⁴² Das Gleiche gilt für denjenigen, der gegen die Untätigkeit der Kollegen nicht vorgeht. Hierbei sind an den Einzelnen grundsätzlich dieselben Anforderungen zu stellen wie im Falle der kollusiven Täuschung des Kapitalmarkts. Das völlige Unterlassen einer Entsprechenserklärung mag zwar im Unrechtsgehalt hinter einer solchen Täuschung zurückbleiben. Da es aber ebenfalls rechtswidrig ist, verletzt es die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Organmitglieds. Daher ist jedes Organmitglied verpflichtet, gegen ein solches Verhalten der Kollegen einzuschreiten.

Auch auf der Ebene der gesellschaftsinternen Erklärung können Handlungen vorgenommen werden, die letztlich zum völligen Fehlen einer Entsprechenserklärung führen. So kann der Beauftragte es zum Beispiel schlicht unterlassen, die Erklärung weiterzuleiten, so dass der Vorstand sie nicht rechtzeitig publizieren kann. Und auch bei der Publikation können insofern pflichtwidrige Handlungen vorkommen. So könnte beispielsweise der Vorstand die Publikation der Entsprechenserklärung schlicht unterlassen. Auch hierin liegt eine Pflichtverletzung im Sinne des § 266 StGB.⁴³ Letztlich sind alle auf den Zwischenerfolg „Fehlen der Entsprechenserklärung“ gerichteten Handlungen Pflichtverletzungen im Sinne der Untreue. Die Gleichstellung von Tun und Unterlassen im Rahmen der Untreue führt im Zusammenspiel mit ihrem Pflichtdeliktcharakter auch hier dazu, dass komplizierte Haftungsszenarien denkbar sind. So handelt beispielsweise

einer Entsprechenserklärung schadensträchtig ist. Verlangt man einen Vermögensschutzzweckbezug der verletzten Primärnorm und lehnt gleichzeitig ein allgemeines Schädigungsverbot ab, ist das völlige Unterlassen der Erklärung keine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue, da die verletzte Norm § 161 AktG nicht den Zweck hat, das Vermögen der AG zu schützen. Soll die AG in den Genuss des Schutzes durch § 266 StGB kommen, muss also gesellschaftsintern eine Verhaltensnorm aufgestellt werden, die das Unterlassen der Entsprechenserklärung verbietet. Dass die AG der Erwartung, ihre Organmitglieder werden bei der Unternehmensführung sämtliche und nicht nur das Vermögen der AG zu schützen bestimmte Rechtsnormen einhalten, durch eine pauschale interne Anordnung der Einhaltung aller Gesetze Ausdruck verleihen und die Legalitätspflicht dadurch zur gesellschaftsinternen Regel machen kann, zeigt, wie gekünstelt die Differenzierung zwischen Normen mit und ohne Vermögensschutzzweckbezug ist.

⁴¹Aus der Inanspruchnahme durch Dritte folgende Haftungsschäden der Gesellschaft sind in dieser Fallgruppe eher fern liegend, wenn auch nicht ausgeschlossen. Denkbar sind aber auch hier die bereits angedeuteten Imageeinbußen. Dass die Organmitglieder einer Gesellschaft dem Kapitalmarkt die Entsprechenserklärung schuldig bleiben, dürfte häufig als Indiz für erhebliche Missstände in der Unternehmensführung angesehen werden. Hierauf basierende Vermögenseinbußen, z.B. in Form einer Verteuerung von Krediten, sind ohne weiteres vorstellbar.

⁴²Die zivilrechtliche Pflichtwidrigkeit bejahend *Semler*, in: MüKo-AktG, § 161 Rn. 197; *Spindler*, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 64.

⁴³Die zivilrechtliche Pflichtwidrigkeit bejahend *Spindler*, in: Schmidt/Lutter, § 161 Rn. 64.

jedes Aufsichtsratsmitglied pflichtwidrig im Sinne der Untreue, wenn es untätig bleibt, obwohl der Vorstand seiner Publikationspflicht nicht nachkommt. Die Verhinderung des völligen Fehlens einer Entsprechenserklärung unterscheidet sich insofern nicht von der Verhinderung einer unwahren Erklärung.

E) Fallgruppe 8: Das Herbeiführen einer wahrheitsgemäßen Entsprechenserklärung

Nachdem feststeht, dass die Abgabe einer fehlerhaften Entsprechenserklärung ebenso wie das Unterlassen der Korrektur einer inkorrekten Erklärung und das völlige Unterlassen einer Erklärung eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue ist, bleibt zu klären, ob auch die Abgabe einer wahrheitsgemäßen Erklärung eine Pflichtverletzung darstellt. Zwar ist dies nicht sonderlich nahe liegend, da die Erklärenden in solchen Fällen ihrer Pflicht nach § 161 AktG nachkommen. Aber die möglichen negativen Konsequenzen einer ablehnenden Entsprechenserklärung, wie z.B. ablehnende Reaktionen des Kapitalmarkts, zeigen, dass auch eine wahrheitsgemäße Erklärung durchaus schadensträchtig ist und die bisherige Untersuchung hat verdeutlicht, dass die Schadensträchtigkeit eines Verhaltens unter bestimmten Voraussetzungen seine Pflichtwidrigkeit begründen kann.

I. Die Legalisierung durch § 161 AktG als Grenze des allgemeinen Schädigungsverbots

Letztlich scheidet ein Pflichtverletzungsvorwurf im Falle der Abgabe von wahrheitsgemäßen, aber ablehnenden Entsprechenserklärungen allerdings schon auf der Primärebene an der Legalisierung durch § 161 AktG. Da die Organmitglieder der Aktiengesellschaft bei Abgabe einer korrekten Entsprechenserklärung den aus § 161 AktG folgenden Pflichten nachkommen und diese Norm somit als Anknüpfungspunkt für einen Pflichtverletzungsvorwurf in dieser Fallgruppe nicht zur Verfügung steht, könnte sich die Pflichtwidrigkeit der Abgabe einer ablehnenden, aber wahrheitsgemäßen Entsprechenserklärung nur aus dem bereits erörterten allgemeinen Schädigungsverbot ergeben. Wie zuvor festgestellt wurde, kommt es auf ein unmittelbar aus § 266 StGB folgendes allgemeines Schädigungsverbot nicht an, da ein solches für die Organmitglieder von Aktiengesellschaften schon auf der Primärebene vorhanden ist und zur Sorgfalt des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gehört.

Es greift, wenn eine schadensträchtige Handlung in Rede steht, die nicht ausdrücklich legalisiert und auch nicht vom unternehmerischen Beurteilungs- und Ermessensspielraum gedeckt ist. Knüpft man die Pflichtverletzungsprüfung nun aber bei einer negativen und wahrheitsgemäßen Entsprechenserklärung an das Erklärungsverhalten, kann sie für eine wahrheitsgemäße Erklärung nicht positiv

ausfallen. Zwar ist die Offenlegung einer (geplanten) weitgehenden Abweichung vom Kodex durchaus geeignet, einen Vermögensnachteil für die AG herbeizuführen. Aber das allgemeine Schädigungsverbot kann eine Pflichtverletzung nur begründen, wenn keine Spezialnorm vorliegt, die das schadensträchtige Verhalten legalisiert. § 161 AktG erlaubt aber gerade eine wahrheitsgemäße Entsprechenserklärung, weshalb hierin nie eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue liegen kann.

Nichts anderes gilt für das Beschlussverhalten der Organmitglieder bei der als Vorstufe zur Entsprechenserklärung vorzunehmenden organinternen Entscheidung über die Abgabe der Entsprechenserklärung. In Bezug auf den retrospektiven Teil der Erklärung ist es nie pflichtwidrig, für die Aufdeckung von Kodexabweichungen zu stimmen, wenn diese tatsächlich geschehen sind. In Bezug auf den in die Zukunft gerichteten Teil der Entsprechenserklärung muss ein Organmitglied bei den entsprechenden Beratungen nur seine eigenen Absichten in Bezug auf die Kodexeinhaltung äußern. Stellt es diese wahrheitsgemäß dar, kann darin keine Pflichtverletzung liegen, selbst wenn es hierdurch zu einer negativen Entsprechenserklärung kommt, die der Gesellschaft zum Nachteil gereichen kann.

Ein zu einer wahrheitsgemäßen Entsprechenserklärung führendes Verhalten als Pflichtverletzung im Sinne der Untreue zu werten, liefe dem zuvor erhobenen Befund der negativen Akzessorietät des Pflichtverletzungsmerkmals zuwider und verstieße somit gegen das Prinzip der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung. Außerdem würde hierdurch die eigenständige Bedeutung des Tatbestandsmerkmals Pflichtverletzung gegenüber demjenigen des Vermögensnachteils aufgehoben und die Entscheidung des Gesetzgebers, die Kodexeinhaltung gerade nicht gesetzlich vorzuschreiben, unterlaufen.

II. Klarstellende Abgrenzung zu Fallgruppe 1

Aus diesem Grund kann die Anknüpfung eines Pflichtverletzungsvorwurfs an eine wahrheitsgemäße Entsprechenserklärung nur auf einem Abstellen auf die falsche Tathandlung beruhen. Dass zwischen dem Erklärungsverhalten einerseits und dem Corporate Governance Verhalten andererseits streng unterschieden werden muss, ist bereits deutlich geworden. Es ist möglich, dass in der Nichtbefolgung von Kodexbestimmungen eine Pflichtverletzung zu sehen ist, sei es, weil einige Bestimmungen ohnehin geltende, lediglich erstmals schriftlich fixierte Sorgfaltsanforderungen sind und gerade von diesen offen abgewichen wird, sei es, weil eine vom Kodex abweichende Handlung letztlich als Pflichtverletzung gewertet wurde und der Kodex als Anhaltspunkt zur Beantwortung der entsprechenden Rechtsfrage diene. In diesen Fällen, liegt aber die Pflichtverletzung keinesfalls in der Erklärung nach § 161 AktG, also der Offenlegung der Abweichungen. Vielmehr können nur die vom Kodex offen abweichenden Maßnahmen der Unternehmensführung selbst pflichtwidrig sein.

So wenig eine wahrheitsgemäße Entsprechenserklärung pflichtwidrig sein kann, so wenig sagt dies darüber aus, ob es pflichtwidrig ist, im Rahmen der Unternehmensführung von nicht nach § 161 AktG angenommenen Kodexbestimmungen abzuweichen. Dass vom Kodex abweichende Unternehmensführungsmaßnahmen unter Umständen als Pflichtverletzung im Sinne der Untreue gewertet werden können, widerspricht weder dem gesetzgeberischen Willen, noch dem Grundsatz der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung und führt auch nicht zur Einebnung des Unterschieds zwischen Pflichtverletzung und Vermögensnachteil.

Denn der normative Einfluss der Kodexbestimmungen auf die Bewertung von Verhaltensweisen im Rahmen der Unternehmensführung als Pflichtverletzung beschränkt sich darauf, dass die Wertungen des Kodex bei der Beantwortung von Rechtsfragen als Anhaltspunkt berücksichtigt werden können. Dass hierdurch die Eigenständigkeit des Pflichtverletzungsmerkmals gegenüber dem Vermögensnachteilsmerkmal nicht aufgehoben wird, ergibt sich daraus, dass dieser normative Einfluss der Kodexbestimmungen unabhängig von einem allgemeinen Schädigungsverbot ist. Denn die Pflichtwidrigkeit muss hier gerade nicht aus einem etwaigen Schaden rückgeschlossen werden, der durch die negative Reaktion des Kapitalmarktes auf die Ablehnung des Kodex entsteht. Die (sehr eingeschränkte) Geltungskraft des Kodex basiert nämlich nach der hier vertretenen Auffassung nicht auf der empirisch bisher nicht nachgewiesenen Annahme, der Kapitalmarkt werde auf die Ablehnung des Kodex negativ reagieren. Die normative Kraft beruht vielmehr auf einer (eingeschränkten und relativ leicht zu widerlegenden) Richtigkeitsvermutung, die sich in erster Linie auf die fachliche Kompetenz der Kodexkommission stützt.

Dass der Grundsatz der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung hierdurch nicht verletzt wird, ergibt sich daraus, dass § 161 AktG keine Legalisierung sämtlicher vom Kodex abweichender Verhaltensweisen im Rahmen der Unternehmensführung immanent ist. Zwar wollte der Gesetzgeber die Organmitglieder angesichts des ohnehin engmaschigen Regelungsgeflechts des Aktienrechts nicht mit zusätzlichen Gesetzesbestimmungen belasten und ihnen durch die Abweichungsmöglichkeit nach § 161 AktG einen gewissen Freiraum zur Schaffung eines alternativen Corporate Governance Modells gewähren. Aber das bedeutet nicht, dass ihnen damit die Erlaubnis erteilt werden sollte, sämtliche im Kodex zum Ausdruck gekommenen Verhaltensanweisungen zu missachten. Dafür spricht schon, dass einige Kodexbestimmungen ohnehin geltende Sorgfaltsanforderungen für den ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiter lediglich erstmals schriftlich fixieren. Diese aufzuheben, war ersichtlich nicht im Sinne des Gesetzgebers. Die Senkung von Sorgfaltsanforderungen war vielmehr überhaupt nicht seine Absicht.

Untersuchungsergebnis

Als Ergebnis der Untersuchung kann festgehalten werden, dass sowohl Abweichungen vom Deutschen Corporate Governance Kodex als auch solche von § 161 AktG als Pflichtverletzungen im Sinne der Untreue in Betracht kommen.

In Bezug auf Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder börsennotierter Aktiengesellschaften, welche stets vermögensbetreuungspflichtig und damit taugliche Täter der Untreue nach § 266 StGB sind, kann von einer Pflichtverletzung im Sinne der Untreue immer dann gesprochen werden, wenn sie eine Handlung vornehmen, die mit der Stellung als Vermögensbetreuer in einem funktionalen Zusammenhang steht und gegen eine auf Primärebene vorhandene Verhaltensnorm verstößt. Liegt keine spezielle Verhaltensnorm vor, kommt den Organmitgliedern ein unternehmerischer Beurteilungs- und Ermessensspielraum zugute, der sie vor einem Pflichtverletzungsvorwurf auch bei Eintritt eines Schadens schützt, solange sie die unternehmerisch gebotene Risikobereitschaft nicht in unverantwortlicher Weise überspannen. Verletzen sie jedoch eine Verhaltensnorm, ist es unerheblich, ob diese den Zweck hat, das Vermögen der Aktiengesellschaft zu schützen oder ob sie einen objektiven Vermögensbezug aufweist. Vielmehr ist die auch für die Untreue maßgebliche Sorgfalt des ordentlichen und gewissenhaften Organmitglieds schon dann verletzt, wenn in Ausführung der Organaufgaben irgendeine rechtswidrige Handlung vorgenommen wird. „Nützliche Pflichtverletzungen“ und Verstöße gegen eher formal geprägte Rechtsvorschriften bleiben hinter dem für

Organmitglieder geltenden Verhaltensprogramm zurück und sind zugleich Pflichtverletzungen im Sinne der Untreue.

Insofern verhält sich das Tatbestandsmerkmal der Pflichtverletzung im Sinne des § 266 StGB zumindest im Bereich der hier allein interessierenden Organuntreue strikt akzessorisch zum Zivilrecht. Darin kommt der akzessorische Charakter des Strafrechts und somit die Tatsache, dass das Strafrecht eine Sekundärrechtsordnung darstellt, die Verbote nicht aufstellt, sondern lediglich an sie anknüpft, besonders deutlich zum Ausdruck. Die zutreffende Prämisse, dass alleiniges Schutzgut der Untreue das Vermögen ist, wird hierdurch nicht in Frage gestellt und die Untreue auch nicht zu einem Delikt des Dispositionsschutzes umgemünzt. Welcher Umgang mit dem Vermögen des Treugebers als unerlaubt riskant gilt, hängt von dessen Vorgaben ab. Jede diesen Vorgaben widersprechende Disposition über das fremde Vermögen kann als zweckwidrige Ausübung und somit als Pervertierung der anvertrauten Machtstellung begriffen werden und entspricht somit dem deliktstypischen Angriffsweg der Schädigung „von innen heraus“. Die Erwartung, die Organmitglieder werden sich wie ein ordentlicher und gewissenhafter Vertreter ihrer Zunft verhalten und somit sämtliche Rechtsnormen befolgen, kann als eine solche Vorgabe begriffen werden. Durch eine derart umfassende Legalitätspflicht wird auch nicht gegen das Bestimmtheitsgebot verstoßen. Denn das Übertreten einer Primärverhaltensnorm ist ein hinreichendes Warnsignal für eine drohende Strafbarkeit. Dass eine Pflichtverletzung zusätzlich gravierend oder evident ist, ist nicht erforderlich. Der hiermit zumeist gemeinte unternehmerische Beurteilungs- und Ermessensspielraum muss durch das Strafrecht nicht eigens gewährt, sondern nur respektiert werden, da er, soweit er reicht, schon die zivilrechtliche Pflichtwidrigkeit entfallen lässt.

Für die Beurteilung der Pflichtwidrigkeit der hier erörterten Abweichungen vom Kodex und von § 161 AktG mussten der Hintergrund und die Zielrichtung der Corporate Governance im Allgemeinen und der Arbeit der Kodex-Kommission im Besonderen eingehend untersucht werden. Hierbei hat sich herausgestellt, dass deutliche Parallelen zwischen den Präventionsinstrumenten der Corporate Governance und dem Repressionsinstrument Untreuetatbestand bestehen, da hier wie dort die Frage im Mittelpunkt steht, wie der Principal-Agent-Problematik, also dem Auseinanderfallen von Vermögensinhaberschaft und Vermögensverwaltung, zu begegnen ist. Des Weiteren hat sich herausgestellt, dass die von der Bundesregierung beauftragte Kodex-Kommission eine nicht hoheitlich tätige und von der Beeinflussung durch den Staat freie Expertengruppe ist, deren großer Einfluss zum großen Teil auf rein fachlicher Autorität beruht. Es ist deutlich geworden, dass der von ihr ausgearbeitete und durch § 161 AktG flankierte Kodex der Verbesserung der deutschen Corporate Governance und der Kommunikation der Grundsätze der deutschen Unternehmensverfassung dienen soll und dass er in inhaltlicher Hinsicht vor allem die Aufsichtsratsstätigkeit in den Blick nimmt. Als entscheidend für die hier aufgeworfenen Fragen hat sich die Erkennt-

nis herausgestellt, dass die inhaltlichen Anforderungen des Kodex ganz überwiegend nicht etwa nur dasjenige widerspiegeln, was ohnehin zum Mindeststandard unternehmerischer Sorgfalt gehört, sondern nach Ansicht der Kodex-Kommission optimale Verhaltensweisen im Rahmen der Unternehmensführung propagieren.

Aus dieser Tatsache und aus dem klaren Befund, dass Kodexbestimmungen mangels einer eindeutigen Geltungsanordnung keine Rechtsnormen sind, konnte die Schlussfolgerung gezogen werden, dass das Abweichen von nicht im Rahmen der Erklärung nach § 161 AktG angenommenen Bestimmungen des Kodex nicht gegen die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Organmitglieds verstößt und somit auch keine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue darstellt, dass der Kodex insofern also unverbindlich ist. Hierzu musste klargestellt werden, dass ein gewisser faktischer Befolgungsdruck zwar aus dem Zusammenspiel von Erklärungspflicht und möglicher negativer Reaktion des Kapitalmarkts auf Kodexabweichungen folgen kann, dass die Organmitglieder, die sich einem solchen faktischen Druck widersetzen, aber selbst dann nicht pflichtwidrig handeln, wenn der AG hieraus ein Schaden entsteht. Dieses Ergebnis konnte aus der Verknüpfung des allgemeinen Schädigungsverbots mit dem unternehmerischen Beurteilungs- und Ermessensspielraum gewonnen werden. Denn es wurde festgestellt, dass Letzterer den Vorwurf der pflichtwidrigen Vermögensschädigung verbietet, soweit weder ein Verstoß gegen eine Spezialnorm noch eine Überspannung der gebotenen Risikobereitschaft zu verzeichnen ist und dass das Abweichen vom Kodex weder gegen § 161 AktG verstößt noch diese Risikobereitschaft überspannt.

Des Weiteren wurde herausgearbeitet, dass die Bestimmungen des Kodex mangels freiwilliger, auf verbreiteter Überzeugung beruhender und vor allem langfristiger Übung keine Handelsbräuche darstellen und dass sie weder Schutzgesetze noch Verkehrspflichten sind. Ob die die hergebrachte Dichotomie von Rechtsquelle und Rechtserkenntnisquellen aufhebende Kategorie der „sekundären Rechtsquellen“, zu denen der Kodex ihrer Definition zufolge gehört, anzuerkennen ist, konnte nicht abschließend geklärt werden. Es kann nur festgehalten werden, dass bei einer solchen Anerkennung eine Pflicht der Gerichte bestünde, sich mit den Bestimmungen des Kodex wenigstens zu befassen. Zudem wurde die entscheidende Erkenntnis gewonnen, dass eine freiwillige Selbstbindung der Gerichte an von privaten Gremien aufgestellte Verhaltensstandards, wie sie etwa in Bezug auf DIN-Normen oder die FIS-Regeln für das Verhalten von Ski- und Snowboardfahrern üblich ist, für die Kodexbestimmungen nicht in Frage kommt. Dieser Befund wurde vor allem auf die Tatsache gestützt, dass die Unternehmensführung aufgrund ihrer Vielgestaltigkeit und der erheblichen Unterschiede zwischen den einzelnen Unternehmen einer Normung weitgehend unzugänglich ist und es insofern an der Vergleichbarkeit mit technischen Standards fehlt. Aus ähnlichen Gründen musste eine Vermutungswirkung der Kodexbestimmungen abgelehnt werden. Dass die Organmitglieder bei Einhaltung der Kodexbestimmungen

die Vermutung pflichtgemäßen Verhaltens auf ihrer Seite haben, konnte insofern nicht bestätigt werden, zumal Gesetzgeber und Kodex-Kommission sich ebenso wie die Baums-Kommission, welche den entscheidenden Anstoß zur Entstehung des Kodex gegeben hat, gegen eine solche Wirkung ausgesprochen hatten. Als einzige normative Wirkung der Kodexbestimmungen wurde letztlich eine Anhaltspunktwirkung herausgearbeitet. Bei der Beantwortung von Rechtsfragen, insbesondere der Frage, was die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Organmitglieds im Einzelnen erfordert, dürfen die Wertungen des Kodex im Rahmen einer Gesamtabwägung herangezogen werden. Da sie keine Mindeststandards, sondern Höchstanforderungen enthalten, ist der Kodexkonformität eines Verhaltens dabei größeres Gewicht beizumessen als der Kodexwidrigkeit und da Anregungen sich durch eine geringere Akzeptanz als optimale Vorgabe auszeichnen, ist ihnen wiederum ein geringeres Gewicht beizumessen als Empfehlungen.

Nichts anderes gilt nach der hier vertretenen Auffassung für das Abweichen von nach § 161 AktG angenommenen Empfehlungen. Es konnte festgestellt werden, dass die Entsprechenserklärung keine Bindungswirkung zeitigt, die es den Organmitgliedern verbieten würde, nach Abgabe einer positiven Entsprechenserklärung von den Bestimmungen des Kodex abzuweichen. Das beruht auf der Erwägung, dass die Entsprechenserklärung angesichts ihrer Äußerungsrichtung nicht geeignet ist, zusätzliche Pflichten der Organmitglieder gegenüber der Gesellschaft zu erzeugen und dass eine Bindungswirkung die zum Wohl der Gesellschaft erforderliche Beweglichkeit der Unternehmensführung verhindert, was letztlich auch nicht im Interesse von Aktionären sein kann.

Dennoch hat sich herausgestellt, dass Abweichungen vom Kodex sehr wohl Pflichtverletzungen im Sinne der Untreue sein können. Dazu bedarf es jedoch der gesellschaftsinternen Transformation, also der Übernahme der Bestimmungen in die Satzung der Gesellschaft, die Geschäftsordnungen der Organe oder die Anstellungsverträge der Vorstandsmitglieder. Soweit eine solche Transformation wirksam erfolgt, sind Zuwiderhandlungen stets Pflichtverletzungen im Sinne der Untreue. Geltungsgrund ist hier allerdings weder die fachliche Autorität der Kodex-Kommission noch eine Bindungswirkung der Entsprechenserklärung, sondern die Satzungs-, Geschäftsordnungs- und Vertragsautonomie innerhalb der Gesellschaft. Inwieweit hiervon Gebrauch gemacht wird, ist eine reine Zweckmäßigkeitentscheidung, bei welcher der hiermit verbundene Verwaltungsaufwand in Ansatz zu bringen ist. Es muss vor allem bedacht werden, dass solche Transformationen nicht ohne Weiteres rückgängig gemacht werden können. Außerdem sind die Transformationsmöglichkeiten durch die Satzungsstrenge, die Organisationsautonomie der Organe und das weitgehend zwingende aktienrechtliche Kompetenzgefüge begrenzt. Die besten Möglichkeiten bieten insoweit die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats und die Anstellungsverträge der Vorstandsmitglieder. Wird von sämtlichen Transformationsmöglichkeiten Gebrauch gemacht, sind die

Organmitglieder weitgehend an den Kodex gebunden. Auf die Untreuestrafbarkeit wirkt sich der Kodex in diesem Falle nicht anders aus als ein formelles Gesetz.

Die Erkenntnisse zur umfassend untreuebewehrten Legalitätspflicht der Organmitglieder konnten zur Beantwortung der Frage, ob Abweichungen von § 161 AktG Pflichtverletzungen im Sinne der Untreue darstellen, fruchtbar gemacht werden. Es hat sich herausgestellt, dass jede Verletzung der aus dieser Norm folgenden Erklärungspflichten zugleich eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue ist. Das gilt für eine in Bezug auf die Zukunft wahrheitswidrige Erklärung ebenso wie für eine Erklärung, deren retrospektive Komponente unzutreffend ist. Auch die nicht vorgenommene Aktualisierung einer mittlerweile falschen Entsprechenserklärung hat sich als tauglicher Anknüpfungspunkt für einen Pflichtverletzungsvorwurf herausgestellt. Und selbst das völlige Fehlen einer Entsprechenserklärung kann einen solchen Vorwurf begründen. Pflichtwidrige Handlungen können hierbei im Rahmen der organinternen Willensbildung über die Entsprechenserklärung, im Rahmen der gesellschaftsinternen Erklärungsabgabe und im Rahmen der Publikation auftreten. Durch das Zusammentreffen von umfassender Legalitätspflicht, Gleichstellung von Tun und Unterlassen und Irrelevanz von Kriterien der Tatherrschaft im natürlichen Sinne im Rahmen der Untreue ergeben sich unzählige Anknüpfungspunkte für die Bejahung einer Pflichtverletzung im Sinne der Untreue, mag auch der Eintritt eines Schadens im Einzelfall höchst unwahrscheinlich sein und eine Strafbarkeit daher im Endeffekt scheitern. Um sich § 161 AktG entsprechend zu verhalten, müssen die Erklärungspflichtigen sowohl ihr am Kodex zu messendes Verhalten in der Vergangenheit als auch ihre Absichten, soweit der Kodex für sie relevant ist, wahrheitsgetreu bekunden. Des Weiteren müssen sie Anhaltspunkten für wahrheitswidrige Äußerungen ihrer Kollegen und der Mitglieder des jeweils anderen Organs nachgehen und sind gegebenenfalls zum Einschreiten verpflichtet. Das gilt erst recht für ein kollusives Vorgehen mehrerer oder aller Organmitglieder zur Täuschung des Kapitalmarkts durch eine falsche Entsprechenserklärung. Jede Mitwirkung hieran ist eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue. Den Organmitgliedern kommt zwar der Vertrauensgrundsatz zugute, so dass sie sich mangels entgegenstehender Anhaltspunkte darauf verlassen dürfen, dass ihre Kollegen sich pflichtgemäß verhalten. Erlangen sie jedoch Kenntnis von § 161 AktG widersprechenden Aktivitäten innerhalb der Organe Aufsichtsrat und Vorstand, reicht bloße Untätigkeit nicht aus, um dem Vorwurf der Pflichtverletzung zu entgehen.

All diese Erkenntnisse müssen, wie zuvor angedeutet, stets vor dem Hintergrund betrachtet werden, dass die Untreuestrafbarkeit den Eintritt eines Vermögensnachteils und Vorsatz in Bezug auf die Verwirklichung des Handlungs- und des Erfolgswerts voraussetzt. Vor allem die Kausalität einer Erklärungspflichtverletzung für einen Vermögensnachteil dürfte im Einzelfall schwer zu beweisen sein. Dasselbe gilt für das Fehlen der Befolungsabsicht bei Abgabe einer positiven Entsprechenserklärung. Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass

bisher kein Strafgericht mit der Frage befasst war, ob das Abweichen vom Deutschen Corporate Governance Kodex oder von § 161 AktG als Untreue strafbar ist. Mag es auch am Vorliegen der übrigen Tatbestandsmerkmale fehlen, so ist das Vorliegen einer Pflichtverletzung und somit des Handlungsunwerts der Untreue nach der hier vertretenen Ansicht bei Abweichungen von § 161 AktG und im Falle der gesellschaftsinternen Transformation auch bei Abweichungen vom Kodex jedoch unproblematisch gegeben. Ein über diese Erkenntnis hinausgehender Beitrag zur wissenschaftlichen Diskussion konnte und sollte im Rahmen dieser Arbeit nicht geleistet werden.

Literaturverzeichnis

Abram, Nils: Ansprüche von Anlegern wegen Verstoßes gegen § 161 AktG oder den Deutschen Corporate Governance Kodex - ein Literaturbericht, in: ZBB 2003, S. 41-58.

Abram, Nils: Ansprüche von Anlegern wegen Verstoßes gegen § 161 AktG oder den Deutschen Corporate Governance Kodex - ein Literaturbericht, in: ZBB 2003, S. 41-58.

Achenbach, Hans/ Ransiek, Andreas (Hrsg.): Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2008.

Adick, Markus: Zum Gefährdungsschaden und zum Eventualvorsatz bei der Untreue, in: HRR Strafrecht 2008, S. 460-464.

Altmeyden, Holger: Der Prüfungsausschuss – Arbeitsalltag im Aufsichtsrat, in: ZGR 2004, S. 390-415.

Arzt, Gunther: Zur Untreue durch befugtes Handeln, in: Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, Köln 1978, S. 365-383.

Arzt, Gunther/ Weber, Ulrich/ Heinrich, Bernd/ Hilgendorf, Eric: Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., Bielefeld 2009.

Assmann, Heinz-Dieter/ Schütze, Rolf A. (Hrsg.): Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Aufl., München 2007.

Bachmann, Gregor/Priifer, Ralf: Korruptionsprävention und Corporate Governance, in: ZRP 2005, S. 109.

Bachmann, Gregor: Der „Deutsche Corporate Governance Kodex“: Rechtswirkungen und Haftungsrisiken, in: WM 2002, S. 2137-2143.

Backberms, Johannes: Das DIN Deutsches Institut für Normung e.V. als Beliehener, Köln 1978.

Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, §§ 611-1296, AGG, ErbbauVO, WEG, 2. Aufl. München 2008.

Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert (Hrsg.): Beck'scher Onlinekommentar BGB, Edition 16, 2010.

Bauer, Jobst-Hubertus/Arnold, Christian: Sind Abfindungs-Caps in Vorstandsverträgen wirklich zu empfehlen?, in: BB 2008, S. 1692-1697.

Baumann, Horst: Aktienrechtliche Managerhaftung, D&O-Versicherung und „angemessener Selbstbehalt“, in: VersR 2006, S. 455-464.

Baumbach, Adolf (Begr.)/Hopt, Klaus J./Merkel, Hanno (Hrsg.): Handelsgesetzbuch, 34. Aufl., München 2010.

Baums, Theodor (Hrsg.): Bericht der Regierungskommission Corporate Governance: Unternehmensführung, Unternehmenskontrolle, Modernisierung des Aktienrechts, Köln 2001.

Baums, Theodor: Der Aufsichtsrat - Aufgaben und Reformfragen, in: ZIP 1995, S. 11-18.

Becker, Christian: Paradigmenwechsel in der Schadensdogmatik oder „Viel Lärm um nichts“?, in: HRR Strafrecht 2009, S. 334-360.

Becker, Thorsten: Die Haftung für den deutschen Corporate Governance Kodex, Diss. Mainz 2005, Baden-Baden 2005.

Bender, Christian/Vater, Hendrik: Lückenhaft und unverbindlich – Der Deutsche Corporate Governance Kodex lässt auch nach der Überarbeitung wichtige Kernprobleme der Unternehmensführung ungelöst, in: DStR 2003, S. 1807-1812.

Berg, Stefan/ Stöcker, Mathias: Anwendungs- und Haftungsfragen zum Deutschen Corporate Governance Kodex, in: WM 2002, S. 1569-1582.

Bernhardt, Wolfgang: Sechs Jahre Deutscher Corporate Governance Kodex - Eine Erfolgsgeschichte?, in: BB 2008, S. 1686-1692.

Bernsmann, Klaus: Untreue und Korruption - der BGH auf Abwegen, in: GA 2009, S. 296-313.

Berrar, Carsten: Zur Reform des AR nach den Vorschlägen der Regierungskommission „Corporate Governance“, in: NZG 2001, S. 1113-1122.

Bertrams, Helge: Die Haftung des Aufsichtsrats im Zusammenhang mit dem Deutschen Corporate Governance Kodex und § 161 AktG, Diss. Augsburg 2003, Berlin 2004.

Beulke, Werner: Wirtschaftslenkung im Zeichen des Untreuetatbestands, in: Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag, München 2009, S. 245-269.

Binding, Karl: Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Bd. II !!!

Binding, Karl: Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, Bd. I, Handbuch des Strafrechts, Leipzig 1885.

Bittmann, Folker: Strafrecht und Gesellschaftsrecht, in: ZGR 2009, S. 932-979.

Bittmann, Folker: Das Ende der Interessentheorie - Folgen auch für § 266 StGB?, in: wistra 2010, S. 8-10.

Bock, Dennis: Strafrechtliche Aspekte der Compliance-Diskussion – § 130 OWiG als zentrale Norm der Criminal Compliance, in: ZIS 2009, S. 68-81.

Borges, Georg: Selbstregulierung im Gesellschaftsrecht - Zur Bindung an Corporate Governance-Kodizes, in: ZGR 2003, S. 508-540.

Born, Felix: Urteilsanmerkung zum Urteil des OLG München vom 23. 01. 2008 - 7 U 3668/07, in: BB 2008, S. 692-693.

Bosch, Nikolaus/ Lange, Knut Werner: Unternehmerischer Handlungsspielraum des Vorstands zwischen zivilrechtlicher Verantwortung und strafrechtlicher Sanktion, in: JZ 2009, S. 225-237.

Brammsen, Joerg: Vorstandsuntreue, in: wistra 2009, S. 85-91.

Brammsen, Joerg: Aufsichtsratsuntreue, in: ZIP 2009, S. 1504-1511.

Brömmelmeyer, Christoph: Neue Regeln für die Binnenhaftung des Vorstands – Ein Beitrag zur Konkretisierung der Business-Judgement-Rule, in: WM 2005, S. 2065-2070.

Buchta, Jens: Die Haftung des Vorstands einer Aktiengesellschaft - aktuelle Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung (Teil I), in: DStR 2003, S. 694-699.

Buchta, Jens: Die Haftung des Vorstands einer Aktiengesellschaft - aktuelle Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung (Teil II), in: DStR 2003, S. 740-745.

Buchta, Jens/ van Kann, Jürgen: Die Haftung des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft - aktuelle Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung, in: DStR 2003, S. 1665-1670.

Burkhardt, Björn: Zu einer restriktiven Interpretation der Treubruchshandlung, in: NJW 1973, S. 2190-2191.

Busch, Dirk: Konzernuntreue, Diss. Marburg 2004, Frankfurt a.M. 2004.

Canaris, Claus-Wilhelm: Handelsrecht, 24. Aufl., München 2006.

Claussen, Carsten Peter/ Bröcker, Norbert: Corporate Governance Grundsätze in Deutschland - nützliche Orientierungshilfe oder regulatorisches Übermaß?, in: AG 2000, S. 481-491.

Claussen, Carsten Peter/ Bröcker, Norbert: Der Corporate Governance-Kodex aus der Perspektive der kleinen und mittleren Börsen AG, in: DB 2002, S. 1199-1205.

Cromme, Gerhard: Corporate Governance Report 2003: Vorträge und Diskussionen der 2. Konferenz Deutscher Corporate Governance Kodex, Stuttgart 2003.

Cromme, Gerhard: Deutscher Corporate Governance Kodex, in: ZIP 2002, S. 452-456.

Deiters Mark: Organuntreue durch Spenden und prospektiv kompensationslose Anerkennung, in: ZIS 2006, S. 152-160.

Denninger, Erhard: Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Normsetzung im Umwelt- und Technikrecht, 1. Aufl., Baden-Baden 1990.

Deutsch, Erwin: Strafrechtsnormen als Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, in: Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2003, S. 43-54.

DAV-Handelsrechtsausschuss: zum RefE Transparenz- und Publizitätsgesetz, in: ZIP 2002, S.186-188.

Dierlamm, Alfred: Neue Entwicklungen bei der Untreue - Loslösung des Tatbestandes von zivilrechtlichen Kategorien?, in: StraFo 2005, S. 397-404.

Dittrich, Elisabeth: Die Untreuestrafbarkeit von Aufsichtsratsmitgliedern bei der Festsetzung überhöhter Vorstandsvergütungen, Diss. Tübingen 2005-2006, Berlin 2007.

Erhardt, Olaf/Nowak, Emil: Die Durchsetzung von Corporate-Governance Regeln, in: AG 2002, S. 336-345.

Ettinger, Jochen/ Grützdielek, Elke: Haftungsrisiken im Zusammenhang mit der Abgabe der Corporate Governance Entsprechenserklärung gemäß § 161 AktG, in: AG 2003, S. 353-366.

v. Falkenhausen, Joachim/ Kocher, Dirk: Die Begründungspflicht für Abweichungen vom Deutschen Corporate Governance Kodex, in: ZIP 2009, S. 1149-1151.

Feddersen, Dieter: Der Antagonismus zwischen der Business-Judgement-Rule des Gesellschaftsrechts und der Anwendung des § 266 StGB durch Strafverfolgungsbehörden und Gerichte, in: Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag, Berlin 2006, S. 1170-1185.

Feigen, Hanns W.: Untreue durch Kreditvergabe, in: Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, München 2004, S. 445-462.

Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 57. Aufl., München 2010.

Fleischer, Holger: Zur Leitungsaufgabe des Vorstands im Aktienrecht, in: ZIP 2003, S. 1-14.

Fleischer, Holger: Kartellrechtsverstöße und Vorstandsrecht, in: BB 2008, S. 1070-1076.

Fleischer, Holger: Das Vorstandsvergütungs-Offenlegungsgesetz, in: DB 2005, S. 1611-1617.

Fleischer, Holger: Aktienrechtliche Legalitätspflicht und „nützliche“ Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern, in: ZIP 2005, S. 141-152.

Fleischer, Holger: Zur organschaftlichen Treuepflicht der Geschäftsleiter im Aktien- und GmbH-Recht, in: WM 2003, S. 1045-1058.

Fleischer, Holger (Hrsg.): Handbuch des Vorstandsrechts, München 2006.

Gelhausen, Hans Friedrich/ Hönsch, Henning: Deutscher Corporate Governance Kodex und Abschlussprüfung, in: AG 2002, S. 529-535.

Gelhausen, Hans Friedrich/ Hönsch, Henning: Folgen der Änderung des Deutschen Corporate Governance Kodex für die Entsprechenserklärung, AG 2003, S. 367-371.

Gerkau, Frank H.: Untreue und objektive Zurechnung: eine Untersuchung zur Restriktion der Untreuestrafbarkeit auf der Ebene des objektiven Tatbestandes, Diss. Bochum 2007, Hamburg 2008.

Goette, Wulf/ Habersack, Mathias (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, §§ 1-75, 3. Aufl., München 2008.

Goette, Wulf/ Habersack, Mathias (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2, §§ 76-117, MitbestG, DrittelbG, 3. Aufl., München 2008.

Goette, Wulf: Leitung, Aufsicht, Haftung - zur Rolle der Rechtsprechung bei der Sicherung einer modernen Unternehmensführung, in: Festschrift aus Anlass des

fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, Köln 2000, S. 123-142.

Grunewald, Barbara: Gesellschaftsrecht, 7. Aufl., Tübingen 2008.

Günther, Hans-Ludwig: Die Untreue im Wirtschaftsrecht, in: Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, Bielefeld 2004, S. 311-317.

Hanfland, Philipp: Haftungsrisiken im Zusammenhang mit § 161 AktG und dem Deutschen Corporate Governance Kodex: zugleich ein Beitrag zur Haftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformation, Diss. Heidelberg 2006, Baden-Baden 2007.

Happ, Wilhelm (Hrsg.): Aktienrecht: Handbuch, Mustertexte, Kommentar, 2. Auflage, Köln 2004.

Hassemer, Winfried: Die Basis des Wirtschaftsstrafrechts, in: wistra 2009, S. 169-174.

Hausebka, Christoph E. (Hrsg.): Corporate Compliance: Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen, München 2007.

Heck, Carlo: Haftungsrisiken im Zusammenhang mit der Entsprechenserklärung zum Deutschen Corporate Governance Kodex gem. § 161 AktG, Diss. Freiburg 2006, Hamburg 2006.

Heermann, Peter W./Götze, Stephan: Modifizierte Anwendung der FIS-Regeln infolge technischer und räumlicher Neurungen im Wintersport, in: NJW 2003, S. 3253-3255.

Hefendehl, Roland: Außerstrafrechtliche und strafrechtliche Instrumentarien zur Eindämmung der Wirtschaftskriminalität, in: ZStW 119 (2007), S. 816–847.

Hefendehl, Roland: Corporate Governance und Business Ethics: Scheinberuhigung oder Alternativen bei der Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, in: JZ 2006, S. 119-125.

v. Heintschel-Heinegg, Bernd (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, §§ 1-51 StGB, München 2003.

v. Heintschel-Heinegg, Bernd (Hrsg.): Beck'scher Onlinekommentar StGB, 9. Edition, München 2009.

Heintzen, Markus: Der Deutsche Corporate Governance Kodex aus der Sicht des deutschen Verfassungsrechts, in: ZIP 2004, S. 1933-1938.

Hellmann, Uwe: Risikogeschäfte und Untreuestrafbarkeit, in: ZIS 2007, S. 433-443.

Hillenkamp, Thomas: Risikogeschäft und Untreue, in: NStZ 1981, S. 161-168.

Hirte, Heribert/v. Bülow, Christoph (Hrsg.): Kölner Kommentar zum WpÜG, Köln 2003.

Hirte, Heribert (Hrsg.): Das Transparenz- und Publizitätsgesetz: einführende Gesamtdarstellung, 1. Auflage, München 2003.

Hoffmann-Becking, Michael: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4 Aktiengesellschaft, 3. Aufl., München 2007.

Hohn, Kristian: Die „äußersten“ Grenzen des erlaubten Risikos bei Entscheidungen über die Verwendung von Gesellschaftsvermögen, in: wistra 2006, S. 161-164.

Holtz, Günter: Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, in: MDR 1978, S. 623-627.

Hommelhoff, Peter/Hopt, Klaus J./v. Werder, Axel: Handbuch Corporate governance, 1. Aufl., Köln 2003.

Hopt, Klaus J./Wiedemann, Heribert (Hrsg.): Aktiengesetz: Großkommentar, Bd. 1: §§ 1-53, 4. Aufl., Berlin 2004.

Hopt, Klaus J./Wiedemann, Herbert (Hrsg.): Aktiengesetz: Großkommentar, Bd. 3: §§ 76-94, 4. Aufl., Berlin 2008.

Hopt, Klaus J.: ECLR Interessenwahrung und Interessenkonflikte im Aktien-, Bank- und Berufsrecht, in: ZGR 2004, S. 1-52.

Hopt, Klaus J.: Aktionärskreis und Vorstandsneutralität, in: ZGR 1993, S. 535-566.

Hopt, Klaus J./Wiedemann, Heribert: Aktiengesetz: Großkommentar, Bd. 4: § 95-117, 4. Aufl., Berlin 2006.

Hüffer, Uwe: Aktiengesetz, 8. Auflage, München 2008.

Ignor, Alexander/Sättele, Alexander: Pflichtwidrigkeit und Vorsatz bei der Untreue (§ 266 StGB) am Beispiel der sog. Kredituntreue, in: Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag, Berlin 2008, S. 211-225

Ibrig, Hans-Christoph/Wagner, Jens: Die Reform geht weiter: Das Transparenz- und Publizitätsgesetz kommt, in: BB 2002, S. 789-!!!

Ibrig, Hans-Christoph/Wagner, Jens: Corporate Governance: Kodex-Erklärung und ihre unterjährige Korrektur, in: BB 2002, S. 2509-2514.

Ibrig, Hans-Christoph/Wagner, Jens: Reaktion börsennotierter Unternehmen auf die Änderung des „Deutschen Corporate Governance Kodex“, in: BB 2003, S. 1625.

Ibrig, Hans-Christoph: Reformbedarf beim Haftungstatbestand des § 93 AktG, in: WM 2004, S. 2098-2107.

Ibrig, Hans-Christoph: Pflicht zur umgehenden Abgabe einer Entsprechenserklärung mit Inkrafttreten des BilMoG?, in: ZIP 2009, S. 853-854.

Jäger, Christian: Untreue durch Auslösung von Schadensersatzpflichten und Sanktionen, in: Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag, Berlin 2008, S. 593-608.

Jähnke, Burkhard/ Laufhütte, Heinrich Wilhelm/ Odersky, Walter: Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, Band 7, §§ 264–302, 11. Auflage, Berlin 2005

Jakobs, Günther: Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Berlin 1991.

Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. Berlin 1996.

Joecks, Wolfgang/ Miebach, Klaus (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 4, §§ 263 –358 StGB, §§ 1–8, 105, 106 JGG, 1. Aufl., München 2006.

Kargl, Walter: Die Missbrauchskonzeption der Untreue, in: ZStW 113 (2001), S. 565-596.

Kaufmann, Jochen: Organuntreue zum Nachteil von Kapitalgesellschaften, Diss. Greifswald 1997, Frankfurt a.M. 1999.

Kiethe, Kurt: Falsche Erklärung nach § 161 AktG - Haftungsverschärfung für Vorstand und Aufsichtsrat?, in: NZG 2003, S. 559-567.

Kindhäuser, Urs/ Neumann, Ulfrid/ Paeffgen, Hans-Ulrich (Hrsg.): Strafgesetzbuch Band 2, 3. Aufl., Baden-Baden 2010.

Kirschbaum, Tom: Entsprechenserklärungen zum englischen Combined Code und zum Deutschen Corporate Governance Kodex, Diss. Bonn 2005, Köln 2006.

Kirschbaum, Tom: Anmerkung zum Urteil des LG München I vom 22. 11. 2007 - 5 HK O 10614/07, in: ZIP 2007, S. 2360.

Kirschbaum, Tom/ Wittmann, Martin: Selbstregulierung im Gesellschaftsrecht: Der Deutsche Corporate Governance Kodex, in: JuS 2005, S. 1062-1067.

Kloepfer, Michael (Hrsg.): Selbst-Beherrschung im technischen und ökologischen Bereich, Berlin 1998.

Knauer, Christoph: Die Strafbarkeit der Bankvorstände für missbräuchliche Kreditgewährung, in: NStZ 2002, S. 399-403.

Knigge, Dagmar: Änderungen des Aktienrechts durch das Transparenz- und Publizitätsgesetz, in: WM 2002, S. 1729-1737.

Kocher, Dirk/ Bedkowski, Dorothea: Anmerkung zum Urteil des OLG München vom 06. 08. 2008 - 7 U 5628/07, in: BB 2009, S. 232-235.

Kölbel, Ralph: Über die Wirkung außerstrafrechtlicher Normen auf die Strafrechtsauslegung, in: GA 2002, S. 403-423.

Körner, Marita: Comply or disclose: Erklärung nach § 161 AktG und Außenhaftung des Vorstands, in: NZG 2004, S. 1148-1151.

Kort, Michael: Verhaltensstandardisierung durch Corporate Compliance, in: NZG 2008, S. 80-86.

Kort, Michael: Die Außenhaftung des Vorstands bei der Abgabe von Erklärungen nach § 161 AktG, in: Festschrift für Thomas Raiser zum 70. Geburtstag, Berlin 2005, S. !!!

Krieger, Gerd: Interne Voraussetzungen für die Abgabe der Entsprechenserklärung nach § 161 AktG, in: Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag, Berlin 2003.

Kropff, Bruno/ Semler, Johannes (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 5/1, §§ 148–151, 161–178 AktG, §§ 238–264c, 342, 342a HGB, 2. Aufl., München 2003.

Kropff, Bruno, in: NZG 2003, S. 346!!!

Kubiciel, Michael: Gesellschaftsrechtliche Pflichtwidrigkeit und Untreuestrafbarkeit, in: NSTZ 2005, S. 353-361.

Kühl, Kristian: Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl., München 2007.

Kubner, Christoph: Unternehmensinteresse vs. Shareholder Value als Leitmaxime kapitalmarktorientierter Aktiengesellschaften, in: ZGR 2004, S. 244-279.

Labsch, Karl Heinz: Untreue (§ 266 StGB), Diss. Bayreuth 1982, Lübeck 1983.

Labsch, Karl Heinz: Der Kreditkartenmißbrauch und das Untreuestrafrecht, in: NJW 1986, S. 104-110.

Labsch, Karl Heinz: Grundprobleme des Mißbrauchstatbestands der Untreue, in: Jura 1987, S. 343-352.

Langenbacher, Katja: Aktien- und Kapitalmarktrecht, München 2008.

Lassmann, Tom: Stiftungsuntreue, Diss. Hamburg 2007, Berlin 2008.

Lesch, Heiko: Zweckwidrige Verwendung von Fraktionszuschüssen als Untreue?, in: ZRP 2002, S. 159-164.

Loeck, Henning: Strafbarkeit des Vorstands der Aktiengesellschaft wegen Untreue, Diss. Berlin 2006, Frankfurt a. M. 2006.

Lüderssen, Klaus: Primäre oder sekundäre Zuständigkeit des Strafrechts?, in: Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 163-180.

Lüderssen, Klaus: Zur Konkretisierung der Vermögensbetreuungspflicht in § 266 Strafgesetzbuch durch § 87 Abs. 1 Satz 1 Aktiengesetz, in: Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2007, S. 569-577.

Luthmann, Walter: Zur Frage der Untreue im Rahmen rechts- oder sittenwidriger Abmachungen, in: NJW 1960, S. 419-420.

Lutter, Marcus: Defizite für eine effiziente Aufsichtsratsstätigkeit und gesetzliche Möglichkeiten der Verbesserung, in: ZHR 159 (1995), S. 287-309.

Lutter, Marcus: Vergleichende Corporate Governance - Die deutsche Sicht, in: ZGR 2001, S. 224-237.

Lutter, Marcus: Die Erklärung zum Corporate Governance Kodex gemäß § 161 AktG - Pflichtverstöße und Binnenhaftung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern, in: ZHR 166 (2002), S. 523-543.

Lutter, Marcus: Corporate Governance und ihre aktuellen Probleme, vor allem: Vorstandsvergütung und ihre Schranken, in: ZIP 2003, S. 737-743.

Lutter, Marcus: Deutscher Corporate Governance Kodex und die Erklärung nach § 161 AktG, in: Festschrift für Ulrich Huber zum 70. Geburtstag, Tübingen 2006, S. 871-883.

Lutter, Marcus: Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl., Köln 2006.

Lutter, Marcus: Die Business-Judgement-Rule und ihre praktische Anwendung, in: ZIP 2007, S. 841-848.

Lutter, Marcus/Krieger, Gerd: Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl., Köln 2002.

Mablknecht, Michael: Islamic Finance, Berlin 2008.

Marburger, Peter: Die Regeln der Technik im Recht, Habil. Göttingen 1977-1978, Köln 1979.

Matt, Holger: Missverständnisse zur Untreue - Eine Betrachtung auch zum Verhältnis von (Straf-)Recht und Moral, in: NJW 2005, S. 389-392.

Maurach, Reinhart/ Schroeder, Friedrich-Christian/ Maimald, Manfred: Strafrecht Besonderer Teil, Band 1, 10. Aufl., Heidelberg 2009.

Maurach, Reinhart: Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Karlsruhe 1971.

Medicus, Dieter: Bürgerliches Recht, 21. Aufl., Köln 2007.

Merkel, Adolf: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Stuttgart 1889.

Mitsch, Wolfgang: Strafrecht Besonderer Teil 2, Vermögensdelikte, Berlin 1998.

Möllers, Thomas M. J.: Sekundäre Rechtsquellen. Eine Skizze zur Vermutungswirkung und zum Vertrauensschutz bei Urteilen, Verwaltungsvorschriften und privater Normsetzung, in: Festschrift für Herbert Buchner zum 70. Geburtstag, München 2009, S. 649-666.

Möller, Thomas: Untreuestrafbarkeit von Anlageberatern unter spezieller Betrachtung der Vermögensbetreuungspflicht, in: wistra 2010, S. 53.

Mosiek, Marcus: Risikosteuerung im Unternehmen und Untreue, in: wistra 2003, S. 370-375.

Möslein, Florian: Contract Governance und Corporate Governance im Zusammenspiel, in: JZ 2010, S. 72-80.

Müller, Welf/ Rödder, Thomas: Beck'sches Handbuch der AG. Gesellschaftsrecht–Steuerrecht–Börsenrecht–mit KGaA, 2. Auflage, München 2009.

Murmann, Uwe: Untreue (§ 266 StGB) und Risikogeschäfte, demnächst in: Jura.

Murmann, Uwe: Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, Habil. Freiburg 2003, Berlin 2005.

Mutter, Stefan: Pflicht zur umgehenden Abgabe einer Entsprechenserklärung mit Inkrafttreten des BilMoG - eine versteckte Konsequenz der Entscheidung des BGH vom 16. Februar 2009?, in: ZIP 2009, S. 750-751.

Mutter, Stefan: Das Abfindungs-Cap nach dem Deutschen Corporate Governance Kodex, in: AG 2009, S. 401-403.

Mutter, Stefan: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 16. 02. 2009 - II ZR 185/07, in: ZIP 2009, S. 460.

Nack, Armin: Bedingter Vorsatz beim Gefährdungsschaden - ein „doppelter Konjunktiv“?, in: StraFo 2008, S. 277-281.

Nelles, Ursula: Untreue zum Nachteil von Personengesellschaften, Habil. Münster 1990, Berlin 1991.

Ngassa Djomo, Arnaud Lionel: Die Corporate Governance aus Sicht der Rechtsvergleichung zwischen Deutschland und Kamerun, Diss. Göttingen 2008, Frankfurt a. M. 2009.

Nowak, Eric/ Rott, Roland/Mahr, Till G.: Wer den Kodex nicht einhält, den bestraft der Kapitalmarkt?, in: ZGR 2005, S. 252-279.

Otto, Harro: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 5. 7. 1984 - 4 StR 255/84, in: JR 1985, S. 28-30.

Otto, Harro: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 4. 11. 1998 - 1 StR 480/88, in: JR 1989, S. 207-210.

Otto, Harro: Die neuere Rechtsprechung zu den Vermögensdelikten, in: JZ 1985, S. 73-77.

Otto, Harro: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 13. 6. 1985 - 4 StR 213/85, in: JZ 1985, S. 1005-1010.

Otto, Harro: Untreue durch Vertretungsorgane von Kapitalgesellschaften durch Vergabe von Spenden, in: Festschrift für Günther Kohlmann zum 70. Geburtstag, Köln 2003, S. 187-205.

Paefgen, Walter G.: Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, Habil. Tübingen (2001-2002), Köln 2002.

Palandt, Otto (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Aufl., München 2010.

Peltzer, Martin: Corporate Governance Codices als zusätzliche Pflichtenbestimmung für den Aufsichtsrat, in: NZG 2002, S: 10-16.

Peltzer, Martin: Handlungsbedarf in Sachen Corporate Governance, in: NZG 2002, S. 593-599.

Peltzer, Martin/v. Werder, Axel: Der „German Code of Corporate Governance“ des Berliner Initiativkreises, in: AG 2001, S. 1-15.

Perron, Walter: Probleme und Perspektiven des Untreuetatbestandes, in: GA 2009, S. 219-234.

Pfützer, Norbert/ Oser, Peter/Orth, Christian: Zur Reform des Aktienrechts, der Rechnungslegung und Prüfung durch das TransPubG, in: DB 2002, S. 157-165.

Pfützer, Norbert/ Oser, Peter/ Wader, Dominic: Die Entsprechens-Erklärung nach § 161 AktG - Checkliste für Vorstände und Aufsichtsräte zur Einhaltung der Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex, in: DB 2002, S. 1120-1123.

Poseck, Roman: Die strafrechtliche Haftung der Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft, Diss. Gießen 1997, Baden-Baden 1997.

Radke, Christoph: Die Entsprechenserklärung zum Deutschen Corporate Governance Kodex nach § 161 AktG: Grundlagen und Haftungsfragen, Diss. Bayreuth 2004, Frankfurt a. M. 2004.

Raiser, Thomas/ Veil, Rüdiger: Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Aufl., München 2010.

Ransiek, Andreas: Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue, in: ZStW 116 (2004), S. 634-679.

Rawls, John: Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1. Aufl., Frankfurt a.M. 1975.

Rengier, Rudolf: Strafrecht Allgemeiner Teil, München 2009.

Rengier, Rudolf: Strafrecht Besonderer Teil I, 11. Aufl., München 2009.

Ringleb, Henrik-Michael/ Kremer, Thomas/ Lutter, Marcus/ v. Werder, Axel: Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex, 3. Auflage, München 2008.

Röhl, Klaus F./ Röhl, Hans Christian: Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., Köln 2008.

Rönnaun, Thomas/ Hohn, Kristian: Die Festsetzung (zu) hoher Vorstandsvergütungen durch den Aufsichtsrat - ein Fall für den Staatsanwalt?, in: NStZ 2004, S. 113-123.

Rönnaun, Thomas: Untreue als Wirtschaftsdelikt, in: ZStW 119 (2007), S. 887-926.

Rosengarten, Joachim/ Schneider, Sven H.: Die „jährliche“ Abgabe der Entsprechenserklärung nach § 161 AktG, in: ZIP 2009, S. 1837-1844.

Roxin, Claus: Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl., Berlin 2006.

Roxin, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, München 2006.

Rudolph, Hans-Joachim/*Horn*, Eckhard/*Samson*, Erich/*Güntber*, Hans-Ludwig/*Hoyer*, Andreas/*Rogall*, Klaus/*Schall*, Hero/*Sinn*, Arndt/*Stein*, Ulrich/*Wolter*, Jürgen/*Wolters*, Gereon (Hrsg.): Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Teil 2 Besonderer Teil, § 201-266b, München 2009.

Saliger, Frank: Wider die Ausweitung des Untreuetatbestandes, in: ZStW 112 (2000) S. 563-613.

Saliger, Frank: Parteiengesetz und Strafrecht, Habil. Frankfurt a. M. 2003, Tübingen 2005.

Saliger, Frank: Gibt es eine Untreuemode? Die neuere Untreuedebatte und Möglichkeiten einer restriktiven Auslegung, in: HRR Strafrecht 2006, S. 10-23.

Saliger, Frank: Rechtsprobleme des Untreuetatbestandes, in: JA 2007, S. 326-334.

Samson in: Walz (Hrsg.) Non Profit Law Yearbook (2004), S. 233 (238 ff.): !!!

Satzger, Helmut/*Schmitt*, Bertram/*Widmaier*, Gunther (Hrsg.): Strafgesetzbuch: StGB, Köln 2009.

Sax, Walter: Überlegungen zum Treubruchstatbestand des § 266 StGB, in: JZ 1977, S. 663-667.

Schilba, Ralph: Die Aufsichtsratsstätigkeit in der Aktiengesellschaft im Spiegel strafrechtlicher Verantwortung, Diss. Heidelberg 2007-2008, Berlin 2008.

Schlitt, Christian: Die strafrechtliche Relevanz des Corporate Governance Kodexes, in: DB 2007, S. 326-330.

Schlösser, Jan/*Dörfler*, Roman: Strafrechtliche Folgen eines Verstoßes gegen den Deutschen Corporate Governance Kodex, in: wistra 2007, S. 326-333.

Schmidt, Karsten: Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Köln 2002.

Schmidt, Karsten (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Buch 3: Handelsbücher, §§ 238-342e HGB, 2. Aufl., München 2008.

Schmidt, Karsten/*Lutter*, Marcus (Hrsg.): Aktiengesetz Kommentar, I. Band, §§ 1-149, Köln 2008.

Schmidt, Karsten/Lutter, Marcus: Aktiengesetz Kommentar, II. Band, §§ 150-410, Köln 2008.

Schneider, Uwe H./Strenger, Christian: Die „Corporate Governance Grundsätze“ der Grundsatzkommission Corporate Governance, in: AG 2000, S. 106-113.

Schönke, Adolf/ Schröder, Horst: Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., München 2006.

Schünemann, Bernd: Die „gravierende Pflichtverletzung“ bei der Untreue: dogmatischer Zauberhut oder taube Nuss?, in: NStZ 2005, S. 473-476.

Schünemann, Bernd: Der Bundesgerichtshof im Gestrüpp des Untreuetatbestandes, in: NStZ 2006, S. 196-203.

Schünemann, Bernd: Zur Quadratur des Kreises in der Dogmatik des Gefährdungsschadens, in: NStZ 2008, S. 430-435.

Schünemann, Bernd: Organuntreue - Das Mannesmann-Verfahren als Exempel?, Berlin 2004.

Schüppen, Matthias: To comply or not to comply – that’s the question! „Existenzfragen“ des Transparenz- und Publizitätsgesetzes im magischen Dreieck kapitalmarktorientierter Unternehmensführung, in: ZIP 2002, S. 1269-1279.

Schwind, Joachim: Zur Strafbarkeit der Entgegennahme von anonymen Parteispenden als Untreue (§ 266 StGB) - dargestellt am Fall Dr. Helmut Kohl, in: NStZ 2001, S. 349-354.

Schwinge, Erich/ Siebert, Wolfgang: Das neue Untreuestrafrecht, Berlin 1933.

Siebert, Ulrich: Im Blickpunkt: Der Deutsche Corporate Governance Kodex ist da, in: BB 2002, S. 581-584.

Siebert, Ulrich: Das 10-Punkte-Programm „Unternehmensintegrität und Anleger-schutz“, in: BB 2003, S. 693-698.

Seibt, Christoph H.: Deutscher Corporate Governance Kodex und Entsprechens-Erklärung (§ 161 AktG-E), in: AG 2002, S. 249-259.

Seibt, Christoph H.: Deutscher Corporate Governance Kodex: Antworten auf Zwei-felsfragen der Praxis, in: AG 2003, S. 465-477.

Seidel, Wolfgang: Der Deutsche Corporate Governance Kodex - eine private oder doch eine staatliche Regelung?, in: ZIP 2004, S. 285-294.

Seidel, Wolfgang: Kodex ohne Rechtsgrundlage, in: NZG 2004, S. 1095-1096.

Semler, Johannes: Die Effizienzprüfung des Aufsichtsrats, in: Festschrift für Thomas Raiser zum 70. Geburtstag, Berlin 2005, S. 399-419.

Semler, Johannes/ Wagner, Elisabeth: Deutscher Corporate Governance Kodex - Die Entsprechenserklärung und Fragen der gesellschaftsinternen Umsetzung, in: NZG 2003, S. 553-558.

Semler, Johannes: Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, Diss. Bochum 1980; 2. Aufl., Köln 1996.

Spindler, Gerald/ Stilz, Eberhard: Aktiengesetz, Kommentar, Band 1, §§ 1-178, 1. Auflage, München 2007.

Spindler, Gerald/ Stilz, Eberhard: Aktiengesetz, Kommentar, Band 2, §§ 179-410, SpruchG, SE-VO, München 2007.

Spindler, Gerald: Haftung und Aktionärsklage nach dem UMAG, in: NZG 2005, S. 865-871.

Spindler, Gerald: Vorstandsvergütungen und -abfindungen auf dem aktien- und strafrechtlichen Prüfstand - Das Mannesmann-Urteil des BGH, in: ZIP 2006, S. 349-355.

Spindler, Gerald: Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat für fehlerhafte Auslegung, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band II, München 2007.

Strieder, Thomas: Deutscher Corporate Governance Kodex Praxiskommentar, 1. Auflage, Berlin 2005.

Teubner, Gunther: Standards und Direktiven in Generalklauseln, Diss. Tübingen 1970, Frankfurt a. M. 1971.

Theusinger, Ingo/ Liese, Jens: Rechtliche Risiken der Corporate Governance Erklärung, in: DB 2008, S. 1419-1423.

Tiedemann, Klaus: Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Köln 2007.

Tiedemann, Klaus: Untreue bei Interessenkonflikten, in: Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag, Berlin 1989, S. 319-335.

Tiedemann, Klaus: Handhabung und Kritik des neuen Wirtschaftsstrafrechts, in: Festschrift für Hanns Dünnebieber zum 75. Geburtstag, S. 519-540.

Tiedemann, Klaus: Der Untreuetatbestand - Ein Mittel zur Begrenzung von Managerbezügen?, in: Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, Bielefeld 2004, S. 319-331

Theusinger, Ingo/ Liese, Jens: Rechtliche Risiken der Corporate Governance Erklärung, in: DB 2008, S. 1419-1423.

Thole, Christoph: Managerhaftung für Gesetzesverstöße, in: ZHR 173 (2009), S. 504-535.

Thomas, Sven: Das allgemeine Schädigungsverbot des § 266 Abs. 1 StGB, in: Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag, Berlin 2008, S. 767-782.

Thomas, Sven: Untreue in der Wirtschaft, in: Festschrift für Peter Riess zum 70. Geburtstag, Berlin 2002, S. 795-809.

Thümmel, Roderich C.: Anmerkung zum Urteil des LG München I vom 22. 11. 2007 - 5 HK O 10614/07, in: BB 2008, S. 10-13.

Tödttmann, Ulrich/ Schauer, Michael: Der Corporate Governance Kodex zieht scharf, in: ZIP 2009, S. 995-1000.

Ulmer, Peter: Der Deutsche Corporate Governance Kodex - ein neues Regulierungsinstrument für börsennotierte Aktiengesellschaften, in: ZHR 166 (2002), S. 150-181.

Ulmer, Peter: Aktienrecht im Wandel, in: AcP 202 (2002), S. 143-178

Vetter, Eberhard: Deutscher Corporate Governance Kodex, in: DNotZ 2003, S. 748-763.

Vetter, Eberhard: Der Deutsche Corporate Governance Kodex nur ein zahnlöser Tiger? – Zur Bedeutung von § 161 AktG für Beschlüsse der Hauptversammlung, in: NZG 2008, S. 121-126.

Vetter, Eberhard: Der Tiger zeigt die Zähne - Anmerkungen zum Urteil des BGH im Fall Leo Kirch/Deutsche Bank, in: NZG 2009, S. 561-567.

Vogel, Joachim/Hocke, Peter: Anmerkungen zum Urteil des BGH vom 21.12.2005 – 3 StR 470/04 (LG) Düsseldorf, in: JZ 2006, S. 568-571

Volbard, Rüdiger: Die Untreuemode, in: Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 2002, S. 673-682.

Waßmer, Martin Paul: Untreue bei Risikogeschäften, Diss. Heidelberg 1996, Heidelberg 1997.

v. Werder, Axel: Der Deutsche Corporate Governance Kodex - Grundlagen und Einzelbestimmungen, in: DB 2002, S. 801-810.

v. Werder, Axel/Talauicar, Till: Kodex-Report 2009: Die Akzeptanz der Empfehlungen und Anregungen des Deutschen Corporate Governance Kodex, in: DB 2009, S. 689-696.

Wessels, Johannes/ Hillenkamp, Thomas: Strafrecht Besonderer Teil/2, Straftaten gegen Vermögenswerte, 31. Aufl., Heidelberg 2008.

Wolf, Martin: Der Import angelsächsischer „Self-Regulation“ im Widerstreit zum deutschen Parlamentsvorbehalt, in: ZRP 2002, S. 59-60.

Wollburg, Ralph: Unternehmensinteresse bei Vergütungsentscheidungen, in: ZIP 2004, S. 646-658.

Zech, Susanne: Untreue durch Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft, Diss. Passau 2006, Frankfurt a.M. 2007.

Zöllner, Wolfgang/Noack, Ulrich (Hrsg.): Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2/1, §§ 76-94 AktG, 3. Aufl. Köln 2010.

Zöllner, Wolfgang: Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, Habil. München 1963, München 1963.

Die Arbeit befasst sich mit Abweichungen vom Deutschen Corporate Governance Kodex und von § 161 AktG als Pflichtverletzung im Sinne der Untreue und soll insbesondere zur Klärung der Rechtsnatur dieses aktiengesellschaftsrechtlichen Regulierungsinstruments, welches in unserer Rechtsordnung seinesgleichen sucht, beitragen. Aus strafrechtlicher Perspektive ganz in den Mittelpunkt gerückt wird hierbei das Pflichtverletzungsmerkmal des § 266 StGB im Kontext der Organuntreue, welche Rechtsprechung und Wissenschaft zunehmend beschäftigt. Vertieft nachgegangen wird dabei der Frage, inwieweit der Untreuetatbestand zivilrechtsakzessorisch ist. Außerdem wird untersucht, ob jeder Verstoß gegen die aus §§ 93 Abs. 1 S. 1, 116 S. 1 AktG folgende Legalitätspflicht der Organmitglieder von Aktiengesellschaften auch eine Pflichtverletzung im Sinne der Untreue darstellt.