

SONDERDRUCK AUS
Unternehmensstrafrecht

FESTSCHRIFT FÜR
JÜRGEN WESSING
ZUM 65. GEBURTSTAG

Herausgegeben von
Heiko Ahlbrecht
Matthias Dann
Helga Wessing
Helmut Frister
Dennis Bock

2015



Die asymmetrische Akzessorietät der Untreue

Vorstandshandeln ist in den vergangenen Jahren verstärkt in den Mittelpunkt spektakulärer Prozesse gerückt.¹ Dies gilt nicht nur für die zuletzt bekannt gewordenen zivilrechtlichen Rechtsstreitigkeiten mit teilweise erheblichen Schadensersatzforderungen,² sondern ebenso für die strafrechtliche Verfolgung.³ Für den Vorstand, der unternehmerische Entscheidungen stets unter mehr oder weniger konkret bestimmbareren Annahmen und Prognosen vornimmt, ist die potentielle zivilrechtliche Haftung und/oder strafrechtliche Verantwortlichkeit misslich. Kann der Unternehmensleiter nicht verlässlich einschätzen, ob er sich durch sein Handeln schadensersatzpflichtig oder gar strafbar macht, so nimmt er zu seinem eigenen Schutz eine risikoaverse Haltung ein.⁴ Dies ist nicht nur für das betroffene Unternehmen nachteilig, sondern auch für die gesamte Wirtschaft:⁵ Notwendige, möglicherweise mit einem Risiko behaftete Geschäfte unterbleiben, der Unternehmenserfolg wird gefährdet, Arbeitsplätze gehen verloren. Der Gesetzgeber hat die Notwendigkeit eines unternehmerischen Freiraums erkannt, der nicht gerichtlicher Kontrolle unterliegen soll. Mit § 93 Abs. 1 S. 2 AktG wurde die aus dem anglo-amerikanischen Rechtssystem bekannte *business judgement rule* (im Folgenden: BJR) 2005 (jedenfalls teilweise) kodifiziert.⁶ Sie soll dem Vorstand als „sicherer Hafen“ dienen.

Dieser Beitrag soll zeigen, dass die BJR – entgegen verbreiteter Skepsis –⁷ den Vorstand nicht nur vor zivilrechtlicher Inanspruchnahme schützt,⁸ sondern auch in gewissem Umfang vor strafrechtlicher Verfolgung. Dies trifft jedenfalls in Bezug auf die Strafbarkeit wegen Untreue (§ 266 StGB) zu, die heute als „Grunddelikt“ des Wirtschaftsstrafrechts gilt.⁹

¹ Vgl. *Bachmann WM* 2015, 105 (105).

² Siehe nur beispielhaft LG München BeckRS 2014, 01998 – Siemens/Neubürger; LAG Düsseldorf BeckRS 2015, 65418 – Thyssen Krupp/Sehlbach.

³ Siehe nur beispielhaft in jüngster Zeit LG Hamburg Urt. v. 20.4.2015 – 630 KLS 1/14 (n. rkr.) – Schulte/Wölbern Invest; LG München BeckRS 2013, 07994 – Gribkowsky/BayernLB; LG Essen Urt. v. 14.11.2014 – 35 KLS 14/13 (n. rkr.) – Middelhoff/Arcandor.

⁴ MüKoAktG/*Spindler*, 4. Aufl. 2015, § 93 Rn. 36.

⁵ *Spindler/Stilz/Fleischer*, 3. Aufl. 2015, AktG § 93 Rn. 60.

⁶ Freilich hatte bereits der BGH mit seiner ARAG/Garmenbeck-Entscheidung Unternehmensleitern einen Ermessensspielraum zugestanden, BGHZ 135, 244 = NJW 1997, 1926. Dafür, dass die anglo-amerikanische Regel Pate für die deutsche Vorschrift stand, siehe die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 15/5092, 11: „Entspricht Vorbildern der Business Judgment Rule aus dem angelsächsischen Rechtskreis“ und etwa MüKoAktG/*Spindler* § 93 Rn. 37.

⁷ Siehe statt aller *Haarmann/Weiß* BB 2014, 2115 (2121), die die BJR als „Luftschloss“ bezeichnen.

⁸ *Bachmann WM* 2015, 105 (105) sieht sie als „vielleicht effektivstes Instrument der Haftungsbegrenzung“.

⁹ *Brammsen wistra* 2009, 85 (85); vgl. auch *Seibt/Schwarz* AG 2010, 301 (301), die in § 266 StGB die „Zentralnorm des unternehmensbezogenen Strafrechts“ sehen.

I. Die Tathandlung des Treubruchtatbestandes

Seit der Grundlagenentscheidung des BGH im „Scheckkartenurteil“¹⁰ hat die Unterscheidung zwischen der Missbrauchsuntreue (§ 266 Abs. 1 Var. 1 StGB) und der Treubruchsuntreue (§ 266 Abs. 1 Var. 2 StGB) ihre Bedeutung verloren. Nach ganz herrschender Rechtsprechung und Lehre ist die Missbrauchsvariante lediglich ein Spezialfall des allgemeineren Treubruchs,¹¹ sodass heute beide übereinstimmend einen Verstoß gegen Vermögensbetreuungspflichten erfordern.¹² Diese Vermögensbetreuungspflicht soll als Fürsorgepflicht für fremde Vermögensinteressen bestehen, wenn sie hinreichende Bedeutung hat, durch Selbstständigkeit des Verpflichteten charakterisiert ist und eine vertragliche Hauptpflicht ausmacht.¹³

1. Die Gesetzesakzessorietät

Nur die in dieser Weise definierten Vermögensbetreuungspflichten erkennt die Rechtsprechung als taugliche Pflichten iSd § 266 Abs. 1 StGB an, damit nicht jede beliebige Verletzung vertraglicher Verpflichtungen zur Rücksichtnahme auf die (Vermögens-)Interessen anderer strafbar ist.¹⁴ Ob aber eine solche Pflicht besteht, lässt sich nur durch außerstrafrechtliche Normen ermitteln.¹⁵ Nach dem Wortlaut des § 266 Abs. 1 StGB kann einem potentiellen Täter die Pflicht „kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses“ obliegen. Die dem Vorstand einer Aktiengesellschaft gemäß §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 S. 1 AktG zugewiesenen Befugnisse und (Sorgfalts-)Pflichten begründen ohne Weiteres eine Vermögensbetreuungspflicht iSd § 266 Abs. 1 StGB.¹⁶ Um festzustellen, ob der Vorstand seine Betreuungspflicht verletzt hat, ist es ebenfalls erforderlich, die Ebene des Strafrechts zu verlassen und stattdessen die Vorschriften, die diese Pflicht begründen, zu untersuchen.¹⁷ Durch diese gesetzestechnische Verknüpfung mit außerstrafrechtlichen Normen ist der Untreuetatbestand

¹⁰ BGHSt 24, 386 = NJW 1972, 1904.

¹¹ Siehe stellvertretend für die hM nur MüKoStGB/Dierlamm, 2. Aufl. 2014, § 266 Rn. 24 ff. mwN und für die Gegenansicht Schönke/Schröder/Perron, 29. Aufl. 2014, StGB § 266 Rn. 2 mwN.

¹² Die folgenden Ausführungen beschränken sich aus diesem Grund auf § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB.

¹³ Siehe nur MüKoStGB/Dierlamm § 266 Rn. 45 mit umfangreichen Rechtsprechungsnachweisen; NK-StGB/Kindhäuser, 4. Aufl. 2013, § 266 Rn. 32; Seibt/Schwarz AG 2010, 301 (302).

¹⁴ Vgl. BGH NJW 1985, 2280 (2282). Diese restriktive Bestimmung dient auch dazu, der rechtsstaatlich bedenklichen Weite der Vorschrift entgegenzuwirken, NK-StGB/Kindhäuser, § 266 Rn. 32; vgl. dazu auch Wessing/Krawczyk NZG 2010, 1121 (1122).

¹⁵ MüKoStGB/Dierlamm § 266 Rn. 173; Brammsen wistra 2009, 85 (86); Seibt/Schwarz AG 2010, 301 (304); Wessing/Krawczyk NZG 2010, 1121 (1122).

¹⁶ Auf § 93 Abs. 1 abstellend: MüKoStGB/Dierlamm § 266 Rn. 95, 170; Schönke/Schröder/Perron StGB § 266 Rn. 19b; Wessing/Krawczyk NZG 2010, 1121 (1122). Auf § 76 Abs. 1 abstellend: Brammsen wistra 2009, 85 (86); Seibt/Schwarz AG 2010, 301 (304). Auf beide Vorschriften abstellend: NK-StGB/Kindhäuser § 266 Rn. 58.

¹⁷ MüKoStGB/Dierlamm § 266 Rn. 173; Wessing/Krawczyk NZG 2010, 1121 (1122).

zur Gesamtrechtsordnung jedenfalls insoweit akzessorisch.¹⁸ Es gilt: Das Zivil- oder öffentliche Recht führt, das Strafrecht nimmt lediglich die dort getroffenen Vorgaben auf. Wenn also jemand innerhalb der Grenzen seines zivil- oder öffentlich-rechtlichen Pflichtenkreises handelt, kann er sich nie wegen Untreue strafbar machen.¹⁹

2. Die Auslegungsakzessorietät

Darf aber deshalb ein Vorstand auch darauf vertrauen, sich schon dann nicht strafbar zu machen, wenn er sich noch innerhalb der durch die zivilrechtliche Rechtsprechung und Literatur anerkannten Auslegung einer Rechtspflicht bewegt, oder muss er stattdessen damit rechnen, dass ein Strafrichter die entsprechende Norm ganz anders interpretiert? Gibt also das Zivilrecht zwar aufgrund der Gesetzesakzessorietät die groben Grenzen vor, aber darf die konkrete Pflicht strafrechtlich-originär ausgelegt werden? Zur dieser letztgenannten Situation führt im Ergebnis das gerade auch deshalb scharf kritisierte „Mannesmann/Vodafone-Urteil“ des BGH.²⁰ Dort stand die Strafbarkeit von Aufsichtsratsmitgliedern aufgrund der Gewährung sogenannter nachträglicher Anerkennungsprämien an Vorstände in Rede, obwohl diese nach überwiegender Ansicht in der Literatur nicht ohne Weiteres unzulässig waren. Der Senat stellte fest, dass eine solche Prämie „bereits dem Grunde nach unzulässig“ sei und die aktienrechtliche Literatur insofern nicht zu überzeugen vermochte.²¹ Dies ist mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) bedenklich.²² Denn danach darf eine Handlung nur dann bestraft werden, wenn sie gegen Maßgaben verstößt, die bereits zum Zeitpunkt des Handelns erkennbar waren.²³ Insbesondere bei unbestimmten Generalklauseln hat das Strafrecht als *ultima ratio* zurückzustehen, wenn der Normadressat im Widerspruch zum Bestimmtheitsgebot das Risiko strafbaren Verhaltens nicht verlässlich erkennen kann.²⁴ Eine solche Sichtweise stünde auch in krassem Gegensatz zum Ziel einer widerspruchsfreien Rechtsordnung, nach der strafrechtlich nicht verboten sein kann, was zivilrechtlich erlaubt ist.²⁵ Aus diesen Gründen setzt sich zunehmend die Ansicht durch, dass ein Unternehmensleiter darauf vertrauen darf, sich nicht strafbar zu machen, wenn seine Handlung im Rahmen einer nicht bloß vereinzelt Auslegung noch als pflichtgemäß angesehen wird.²⁶ Als Untreue kann für den Vorstand nur straf-

¹⁸ Schönke/Schröder/Perron StGB § 266 Rn. 18; Wessing/Krawczyk NZG 2010, 1121 (1122).

¹⁹ MüKoStGB/Dierlamm § 266 Rn. 173; Brammsen wistra 2009, 85 (87 f.); Seibt/Schwarz AG 2010, 301 (304).

²⁰ BGHSt 50, 331 – Mannesmann/Vodafone = NStZ 2006, 214 mit Anmerkung und dies begrüßend Rönau.

²¹ BGHSt 50, 331 = NJW 2006, 522 Rz. 19 ff.

²² Ebenso Seibt/Schwarz AG 2010, 301 (309).

²³ Schönke/Schröder/Perron StGB § 266 Rn. 19b.

²⁴ Brammsen wistra 2009, 85 (87); Seibt/Schwarz AG 2010, 301 (308 f.). In diese Richtung auch Wessing/Krawczyk NZG 2010, 1121 (1122 f.). Vgl. auch MüKoStGB/Dierlamm § 266 Rn. 173: „Was zivilrechtlich vertretbar ist, kann nicht zugleich strafbar sein“.

²⁵ Siehe dazu Lutter NZG 2010, 601. Ebenso MüKoStGB/Dierlamm § 266 Rn. 173; Seibt/Schwarz AG 2010, 301 (304); Wessing/Krawczyk NZG 2010, 1121 (1122 f.).

²⁶ Seibt/Schwarz AG 2010, 301 (308).

bar sein, was klar, eindeutig und vorhersehbar eine Sorgfaltspflicht aus § 93 Abs. 1 S. 1 AktG verletzt.²⁷ Der (objektiv) erkennbare zivilrechtliche Pflichtenkanon bildet die Untergrenze für das nach § 266 Abs. 1 StGB strafwürdige Verhalten.²⁸

II. Die Grenzen der business judgement rule

Aus diesem Grund sind die Grenzen der BJR näher zu betrachten. Wenn und weil die durch das Zivilrecht aufgestellten Pflichten die Untergrenze für ein strafwürdiges Verhalten darstellen, bietet die BJR dem Vorstand in doppelter Hinsicht einen „sicheren Hafen“: Bewegt er sich in dem von § 93 Abs. 1 S. 2 AktG aufgestellten Rahmen, so kann er sicher sein, sich weder zivilrechtlich noch strafrechtlich verantworten zu müssen. Dies steht auch in Einklang mit der Zielrichtung, die der Einführung der BJR zugrunde liegt: Sie soll die Entscheidungsfreudigkeit von Unternehmensleitern stärken und als Haftungsprivilegierung für komplexe Entscheidungen des Vorstandes wirken, die trotz gegebener Unsicherheit erforderlich sind.²⁹

3. Überblick über die Voraussetzungen der BJR

§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG bestimmt, dass eine Pflichtverletzung dann nicht vorliegt, wenn das Vorstandsmitglied eine unternehmerische Entscheidung trifft, dabei auf angemessene Information zurückgreift und die Maßnahme zum Wohle der Gesellschaft erfolgt. Zusätzlich fordert die Rechtspraxis eine Entscheidung, die frei von Sonderinteressen ist und im guten Glauben erfolgt.³⁰

Das Erfordernis einer unternehmerischen Entscheidung betrifft Vorstandshandlungen mit Ermessensspielraum und soll diese gegenüber gebundenen Entscheidungen abgrenzen.³¹ Denn ist der Vorstand an gesetzliche Pflichten einschließlich von Treuepflichten gebunden, soll er nicht in den Genuss der Privilegierung des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG kommen.³²

Frei von Sonderinteressen ist der Vorstand dann, wenn er sich bei der Entscheidungsfindung nur von den Interessen der Gesellschaft leiten lässt und keine Kollision mit eigenen Interessen vorliegt, die geeignet wäre, die unternehmerische Entscheidung zu beeinflussen.³³

Dem (ungeschriebenen) Merkmal der Gutgläubigkeit wird zum Teil keine eigenständige Bedeutung beigemessen;³⁴ jedenfalls ist der erörterte Anwendungsbereich äußerst klein.³⁵

²⁷ Siehe nur MüKoStGB/Dierlamm § 266 Rn. 173; Schönke/Schröder/Perron StGB § 266 Rn. 19b; Wessing/Krawczyk NZG 2010, 1121 (1122 f.) jeweils mwN.

²⁸ MüKoStGB/Dierlamm § 266 Rn. 174.

²⁹ Spindler/Stilz/Fleischer AktG § 93 Rn. 60; Hüffer/Koch, 11. Aufl. 2014, AktG § 93 Rn. 8.

³⁰ Siehe statt aller Spindler/Stilz/Fleischer AktG § 93 Rn. 66 ff.

³¹ Spindler/Stilz/Fleischer AktG § 93 Rn. 67.

³² MüKoAktG/Spindler § 93 Rn. 45.

³³ MüKoAktG/Spindler § 93 Rn. 60, 62.

³⁴ Bachmann FS Stilz, 2014, 25 (27).

³⁵ MüKoAktG/Spindler § 93 Rn. 66.

III. Haftung nur bei evidenten Fehlern

Die Anwendung der BJR setzt voraus, dass das Vorstandsmitglied „vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln“. Gerade hinsichtlich dieser Merkmale bereitet § 93 Abs. 1 S. 2 AktG der Rechtspraxis seit der Einführung der Vorschrift Probleme.³⁶

Insbesondere in letzter Zeit wurden Stimmen laut, die die BJR für überflüssig halten und ihr einen eigenen Anwendungsbereich absprechen.³⁷ Dies beruht vor allem auf dem Verständnis des für die Voraussetzungen „auf der Grundlage angemessener Information“ und „zum Wohle der Gesellschaft“ vorangestellten Merkmals „vernünftigerweise annehmen durfte“. Versteht man dies als eine Art Fahrlässigkeitsmaßstab, so kommt es nicht mehr darauf an, ob sich der Vorstand innerhalb oder außerhalb der BJR bewegt.³⁸ Denn auch nach dem allgemeinen Sorgfaltsmaßstab des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG schuldet der Vorstand die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters.³⁹

Gegen diese Lesart, die dafür sorgen würde, dass der „sichere Hafen“ zur Trivialität verkäme, wendet sich überzeugend *Bachmann*.⁴⁰ Nach seiner Auslegung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG verlässt ein Vorstand die Grenzen der BJR (bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen der BJR) und verstößt damit gegen seine Pflichten erst dann, wenn es sich um *evidente* Fehler handelt.⁴¹ Ähnliche Beschreibungen des anzuwendenden Maßstabs hatte zuvor bereits die Kommentarliteratur verwendet,⁴² ohne jedoch die konkrete Folge zu benennen. *Bachmann* zufolge legt das Merkmal „vernünftigerweise annehmen durfte“ nur den Maßstab der groben, nicht aber der einfachen Fahrlässigkeit an das Vorstandshandeln an.⁴³ Die richterliche Prüfung beschränkt sich auf eine Evidenzkontrolle; für leichte Fehler oder Irrtümer soll der Vorstand nicht einstehen.⁴⁴ Diese Sichtweise lässt sich insbesondere darauf stützen, dass mit der BJR die Grundsätze der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung kodifiziert werden sollten.⁴⁵ Der BGH führte damals aus, dass eine „Schadensersatzpflicht des Vorstands [...] erst in Betracht kommen [kann], wenn die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewußtsein getragenes, aus-

³⁶ *Bachmann* FS Stilz, 25 (27).

³⁷ So etwa *Haarmann/Weiß* BB 2014, 2115 (2121), die die BJR als „Luftschloss“ bezeichnen. Siehe ansonsten stellvertretend *MüKoAktG/Spindler* § 93 Rn. 40 mwN.

³⁸ So etwa *Löbbe/Fischbach* AG 2014, 717 (721). Siehe zu weiteren Nachweisen *Bachmann* FS Stilz, 25 (28).

³⁹ In diese Richtung *MüKoAktG/Spindler* § 93 Rn. 40 mwN.

⁴⁰ *Bachmann* FS Stilz, 25; *Bachmann*, WM 2015, 105.

⁴¹ *Bachmann* WM 2015, 105 (106).

⁴² Siehe nur beispielhaft *MüKoAktG/Spindler* § 93 Rn. 56: „schlechthin unvertretbares Vorstandshandeln“, „Leitungsfehler, der auch für einen Außenstehenden derart evident ist, dass sich das Vorliegen eines Fehlers förmlich aufdrängt“. Für weitere Nachweise siehe *Bachmann* FS Stilz, 25 (30 Fn. 33).

⁴³ *Bachmann* WM 2015, 105 (106 f.).

⁴⁴ *Bachmann* FS Stilz, 25 (34 f.).

⁴⁵ *Bachmann* FS Stilz, 25 (33); *Bachmann*, WM 2015, 105 (106).

schließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muß, *deutlich überschritten* sind, die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, *in unverantwortlicher Weise überspannt* worden ist oder das Verhalten des Vorstands aus anderen Gründen als pflichtwidrig gelten muß“.⁴⁶ Die Absicht des Gesetzgebers zielte darauf ab, mit § 93 Abs. 1 S. 2 AktG eine Haftungsprivilegierung in diesem Sinne fortzuschreiben.⁴⁷ Neben diesem sowohl historischen als auch teleologischen Argument spricht auch die systematische Auslegung für eine solche Deutung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG. Bereits die Wendung „annehmen durfte“ stellt die allgemeine Sorgfaltspflicht des Vorstands auf. Der Zusatz „vernünftigerweise“ muss deshalb noch darüber hinausgehen, d.h. eine Entschärfung des Sorgfaltsmaßstabs bewirken.⁴⁸ Der Wortlaut der Vorschrift liefert kein derart klares Argument, steht der Deutung *Bachmanns* aber auch nicht entgegen.⁴⁹ Er zeigt aber durch die vorangestellte Wendung, dass sich der (in der beschriebenen Weise konkretisierte) Sorgfaltsmaßstab sowohl auf das „Unternehmenswohl“, als auch auf die „angemessene Informationsgrundlage“ bezieht. Zwar hatte der BGH in seiner früheren Rechtsprechung gefordert, ein Vorstand habe sämtliche verfügbaren Informationsquellen auszuschöpfen.⁵⁰ Setzte man diesen Maßstab an, so bliebe für eine Beschränkung des Merkmals der angemessenen Informationsgrundlage auf grob fahrlässiges Verhalten kein Raum. Denn der Vorstand haftete auch dann, wenn er nur eine der verfügbaren Informationsquellen nicht beachtet, ihm also allenfalls leichte Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist. Doch stieß diese Voraussetzung bereits damals allgemein auf Ablehnung.⁵¹ Die Rechtsprechung fordert sie auch heute nicht mehr. In einem nachfolgenden Urteil legte der BGH diesen Maßstab bereits nicht mehr an.⁵² Das OLG Frankfurt befand sogar ausdrücklich, dass dem Vorstand hinsichtlich des Informationsbedarfs ein Entscheidungsspielraum zukomme: „Ein objektiv richtiges Maß der Informationsbeschaffung gibt es nicht. Erforderlich ist vielmehr, dass die Entscheidung des Vorstands, auf welche Informationen er sich bei seiner unternehmerischen Entscheidung stützt, und seine Gewichtung und Bewertung der zur Verfügung stehenden Informationen vertretbar und nachvollziehbar ist.“⁵³

Selbst wenn man der Auslegung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG nach *Bachmann*, nur bei grober Fahrlässigkeit liege ein Pflichtverstoß vor, nicht folgt, kann sich ein Vorstandsmitglied auf dieses Verständnis verlassen. Denn diese These ist (auch unter Berücksichtigung der Kommentarliteratur)⁵⁴ jedenfalls (gut) vertretbar. Ein Vorstandsmitglied, das sich bei einer unternehmerischen Entscheidung auf dieses

⁴⁶ BGHZ 135, 244 = NJW 1997, 1926 (1928), Hervorhebungen durch den Verfasser.

⁴⁷ *Bachmann* WM 2015, 105 (106).

⁴⁸ *Bachmann* FS Stilz, 25 (31).

⁴⁹ Siehe zur Begründung bereits *Bachmann* FS Stilz, 25 (31), sodass an dieser Stelle auf eine Wiederholung der Argumente verzichtet wird.

⁵⁰ BGH NJW 2008, 3361 (erster Ls.) zum GmbH-Geschäftsführer.

⁵¹ *Bachmann* FS Stilz, 25 (40) mwN.

⁵² BGH NJW-RR 2009, 332.

⁵³ OLG Frankfurt BeckRS 2011, 17042 unter II.1.c)aa).

⁵⁴ Siehe dazu oben Fn. 42.

Verständnis der Vorschrift verlässt, muss deshalb nach dem zuvor Gesagten darauf vertrauen dürfen, dass sein Verhalten noch pflichtgemäß ist und es sich somit nicht strafbar macht.⁵⁵

IV. Die Erforderlichkeit eines gravierenden Pflichtverstoßes

Daraus folgt indes nicht umgekehrt, jede zivilrechtliche Pflichtverletzung eines Vorstands sei stets wegen Untreue strafbar. Für die Verwirklichung des § 266 StGB fordert die Rechtsprechung nämlich einen *gravierenden* Pflichtverstoß durch das Vorstandshandeln.⁵⁶ Dies dient der verfassungskonformen Restriktion des (zu) weit gefassten Untreuetatbestandes.⁵⁷

1. Ausdruck der asymmetrischen Gesetzesakzessorietät

Das Postulat des gravierenden Pflichtverstoßes, aus der Spruchpraxis des 1. Strafsenats des BGH,⁵⁸ lässt sich zweistufig verstehen: Danach ist der zivilrechtliche Pflichtverstoß zwar eine notwendige, aber für sich allein genommen keine hinreichende Bedingung für strafbare Untreue.⁵⁹ Ist auf der 1. Stufe die zivilrechtliche Pflichtverletzung festgestellt (siehe oben unter I.) so ist in 2. Stufe eine originär strafrechtliche Maßstabkontrolle anzuwenden.⁶⁰ Dies hebt die Akzessorietät des Untreuetatbestandes einseitig auf. Zwar ist für eine Bestrafung wegen Untreue stets eine zivil- oder öffentlich-rechtliche Pflichtverletzung erforderlich, sodass das Strafrecht insoweit von außerstrafrechtlichen Normen abhängig ist. Doch entfällt diese Abhängigkeit *zu Gunsten* des Täters, indem für strafbewehrtes Handeln auf der (unmittelbaren) Ebene des Strafrechts ein *gravierender* Pflichtverstoß als weitere Voraussetzung gefordert wird.⁶¹ Dies lässt sich als „asymmetrische Gesetzesakzessorietät“ beschreiben.

2. Ausdruck der asymmetrischen Auslegungsakzessorietät

Der 3. Strafsenat des BGH wendet sich in seinem „Mannesmann/Vodafone-Urteil“⁶² ausdrücklich gegen das Erfordernis eines gravierenden Pflichtenverstoßes als *strafrechtlich-originäre* Voraussetzung. Vielmehr deutet er die Rechtsprechung des 1. Strafsenats derart, dass der „gravierende Verstoß“ lediglich den bereits aktienrechtlich bestehenden weiten Ermessensspielraum des Vorstands widerspiegele.⁶³ Damit lehnt er das zweistufige Prüfungsverfahren ab und sieht vielmehr

⁵⁵ Vgl. dazu oben unter I.2.

⁵⁶ Siehe die Rechtsprechungsnachweise bei MüKoStGB/*Dierlamm* § 266 Rn. 175 f.

⁵⁷ MüKoStGB/*Dierlamm* § 266 Rn. 176 mwN.

⁵⁸ Grundlegend BGH NJW 2002, 1211 (1213 f.).

⁵⁹ MüKoStGB/*Dierlamm* § 266 Rn. 175; *Brammsen wistra* 2009, 85 (91); *Seibt/Schwarz AG* 2010, 301 (310).

⁶⁰ Siehe für die Kriterien zur Bewertung, ob ein gravierender Pflichtverstoß vorliegt MüKoStGB/*Dierlamm* § 266 Rn. 176.

⁶¹ Siehe zu Nachweisen kritischer Stimmen hierzu MüKoStGB/*Dierlamm* § 266 Rn. 182.

⁶² BGHSt 50, 331 – Mannesmann/Vodafone = NJW 2006, 522.

⁶³ BGHSt 50, 331 – Mannesmann/Vodafone = NJW 2006, 522 (526) Rz. 35 f.

die Voraussetzung eines evidenten Verstoßes als dem Aktienrecht immanent an.⁶⁴ Dies vertrat er bereits, als – anders als heute durch *Bachmann* –⁶⁵ die aktienrechtliche Literatur noch keinen evidenten Verstoß gegen das Aktienrecht forderte. Auf diese Weise erscheint die Rechtsprechung des 3. Strafsenats als „asymmetrischen Auslegungsakzessorietät“: Ein Vorstand darf zunächst darauf vertrauen, sich nicht strafbar zu machen, wenn sein Handeln nach einer (nicht bloß vereinzelter) zivilrechtlichen Auffassung in Literatur und Rechtsprechung (noch) als pflichtgemäß angesehen wird.⁶⁶ Die strafrechtliche Rechtsprechung kann aber auch darüber hinausgehend *zu Gunsten* des potentiellen Täters den im Zivilrecht beschriebenen Pflichtenkanon anders auslegen. Es findet so eine einseitige (d.h. täterbegünstigende) Entkoppelung (nur) hinsichtlich der *Auslegung* zivilrechtlicher, pflichtenbeschreibender Normen statt. Einer zweiten echten Prüfungsstufe auf der Ebene des Strafrechts bedarf es hiernach nicht.

V. Ergebnis

Unabhängig davon, ob man mit dem 1. Strafsenat ein zweistufiges Prüfungssystem befürwortet, oder dem 3. Strafsenat in seiner asymmetrischen Auslegungsakzessorietät folgt, stellen sich der zivil- bzw. öffentlich-rechtliche und der von § 266 Abs. 1 StGB erfasste Pflichtenmaßstab wie zwei Kreise dar, die nicht nur eine gemeinsame Schnittmenge haben, sondern konzentrisch sind.⁶⁷ Dabei können sie allenfalls kongruent sein, in der Regel wird jedoch der „strafrechtliche“ Kreis – sei es durch das zusätzliche Erfordernis eines gravierenden Pflichtenverstoßes, sei es aufgrund einer tätergünstigeren Auslegung der zivil- oder öffentlich-rechtlichen Pflichten – kleiner sein. Der Vorstand ist in jedem Fall auf der sicheren Seite, wenn er sich im Rahmen der von der BJR gesetzten Grenzen bewegt. Diese sind nach der zutreffenden Auffassung von *Bachmann* erst dann verletzt, wenn der Vorstand in grob fahrlässiger Weise ohne angemessene Informationsgrundlage oder aber grob fahrlässig gegen das Unternehmenswohl handelt. Kann man ihm weder das eine noch das andere vorwerfen, so hat er weder strafrechtliche Verfolgung noch (unter den weiteren Voraussetzungen der BJR) zivilrechtliche Haftung zu befürchten.

⁶⁴ Vgl. *Seibt/Schwarz* AG 2010, 301 (311).

⁶⁵ Siehe oben unter II.

⁶⁶ Siehe dazu oben unter I.2.

⁶⁷ Vgl. *Brammsen* wistra 2009, 85 (87).