



Philip Peter Schmidt

**Die Relevanz der *Business
Judgement Rule* (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG)
für die Vorstandsuntreue**

Unter Rückschluss auf die Handhabung
des Untreuetatbestands bei der Beurteilung
unternehmerischer Vorstandsentscheidungen

A. Einleitung

I. Einführung

Wohl kein Tatbestand im Strafgesetzbuch (StGB) unterliegt dauerhaft einer derart massiven Kritik wie der Untreuetatbestand (§ 266 Abs. 1 StGB).¹ Anknüpfungspunkt des vorgebrachten Missfallens ist insbesondere die große Unbestimmtheit des Tatbestands.² Diese Unbestimmtheit hat zweierlei Ursachen: Zum einen ist § 266 Abs. 1 StGB arm an Tatbestandsmerkmalen, was einer Unbestimmtheit der Norm für sich gesehen bereits Vorschub leistet.³ Zum anderen ist die Pflichtverletzung im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB als zentrales Tatbestandsmerkmal neben dem Erfordernis eines Vermögensschadens höchst unbestimmt, was sich auf den gesamten Tatbestand auswirkt. Dies führt zu eklatanten Auslegungs- und Anwendungsproblemen in der Praxis von Strafverfolgungsbehörden und Gerichten sowie einer daraus resultierenden Rechtsunsicherheit bei potentiellen Untreuetätern. Teile des juristischen Schrifttums sahen sich vor diesem Hintergrund bereits veranlasst, von einer „Norm-Ruine“ und „Ruine des Rechtsstaats“⁴ auszugehen, den Anwendungsbereich des § 266 Abs. 1 StGB als „Gestrüpp“⁵ zu titulieren, in Bezug auf seine Anwendung eine „Untreuemode“⁶ auszumachen sowie zu attestieren, dass ohnehin außerhalb der „klassischen“ Untreuefälle „kein Gericht und keine Anklagebehörde“ wisse, „ob § 266 [StGB] vorliegt oder nicht.“⁷

1 Vgl. *Schünemann*, in: LK StGB, § 266 Rn. 3 m.w.N.; zu vorgebrachten Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit des Tatbestands siehe B.II.1.

2 Dazu statt vieler *Dierlamm*, in: MK StGB, § 266 Rn. 3 f.

3 Auf die geringe Anzahl der Tatbestandsmerkmale des Treubruchtatbestands verweisen *Samson*, in: *Gesellschaftsrecht in der Diskussion* 2004, 2005, S. 109 (111); *Saliger*, ZStW 112 (2000), 563 (563); vgl. ebenfalls *Schünemann*, in: LK StGB, § 266 Rn. 24.

4 *P.-A. Albrecht*, in: FS Hamm, 2008, S. 1 (1, 7).

5 So *Schünemann*, NStZ 2006, 196 (196); nach *dems.* „galt die Untreue lange als das dunkelste und verworrenste Kapitel des Besonderen Teils“, vgl. *dens.*, in: LK StGB, § 266 Rn. 1, wobei diese Feststellung in der vorigen 11. Auflage aus dem Jahr 1998 in Rn. 1 der Kommentierung des Autors zu § 266 StGB noch im Präsens formuliert war.

6 *Volhard*, in: FS Lüderssen, 2002, S. 673 (673).

7 *H. Mayer*, in: *Materialien zur Strafrechtsreform*, 1. Band, 1954, S. 333 (337).

Sowohl die strafgerichtliche Rechtsprechung als auch die Lehre versuchen seit langem, der Rechtsunsicherheit durch das Vorantreiben restriktiver Auslegungsansätze in Bezug auf das Merkmal der untreuerelevanten Pflichtverletzung entgegenzuwirken.⁸ Daraus hervorgegangene Vorschläge, wie etwa die Forderung nach einer Pflichtverletzung, welche speziell „gravierend“ sein muss, vermochten jedoch bis heute zu keinem nennenswerten Fortschritt bei der Handhabung des Untreueparagrafen beizutragen.⁹

Die angesichts der Anwendung des § 266 Abs. 1 StGB bestehenden Unwägbarkeiten werden bei der strafrechtlichen Beurteilung riskanter wirtschaftlicher Vorgänge besonders deutlich. Namentlich geht es hierbei um die Frage nach einer Untreuestrafbarkeit durch fehlerhafte unternehmerische Entscheidungen und Risikogeschäfte. Die ohnehin unsteten und starker Fluktuation diverser interdependenter Faktoren unterworfenen Vorgänge in Wirtschaftsunternehmen und Banken bilden hierfür allzu oft den Gegenstand der Prüfung.¹⁰ Es zeigt sich,

8 Dazu C.II.2.b)cc).

9 Vgl. zu dem Erfordernis einer „gravierenden“ Pflichtverletzung ausführlich C.II.2.b)cc)(1)(a).

10 Am 1. Januar 2012 titelte die Frankfurter Allgemeine Zeitung „Vorwurf der Untreue, Anklage gegen frühere Vorstände der HSH Nordbank“, vgl. die Onlineausgabe der Zeitung unter <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirtschaftspolitik/vorwurf-der-untreue-anklage-gegen-fruehere-vorstaende-der-hsh-nordbank-11587587.html> sowie ein darauf bezogenes Interview mit dem zwischenzeitlich nachgefolgten damaligen Vorstandsvorsitzenden der HSH Nordbank Paul Lerbinger vom 6. Januar 2012 unter <http://www.faz.net/frankfurter-allgemeine-zeitung/hsh-nordbank-chef-paul-lerbinger-mir-liegt-sehr-an-einer-zuegigen-aufklaerung-11595642.html> (jeweils zuletzt abgerufen am 22. Oktober 2014); zu den Ermittlungen der Staatsanwaltschaft München gegen den früheren Vorstandsvorsitzenden der Hypo Real Estate wegen des Verdachts der Untreue vgl. „Ex-Chef der Hypo Real unter Untreue-Verdacht“, Die Welt (Onlineausgabe) vom 24. Februar 2010, abrufbar unter <http://www.welt.de/wirtschaft/article6532143/Ex-Chef-der-Hypo-Real-unter-Untreue-Verdacht.html> (zuletzt abgerufen am 22. Oktober 2014); der frühere Vorstandsvorsitzende der WestLB hatte sich seit 2007 in einem medienwirksamen Verfahren wegen des Vorwurfs der Untreue vor Gericht zu verantworten, dazu der Artikel „Anklage gegen den früheren WestLB-Chef“ vom 25. Juni 2007 in der Online-Ausgabe der FAZ unter <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/vorwurf-der-untreue-anklage-gegen-den-frueheren-westlb-chef-1434182.html>, zur Aufhebung des in diesem Zusammenhang erstinstanzlich ergangenen Freispruchs des Landgerichts Düsseldorf durch den Bundesgerichtshof der Artikel „Untreuevorwurf, Ex-WestLB-Chef muss erneut vor Gericht“ vom 13. August 2009 bei Spiegel Online unter <http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,642244,00.html> sowie nach sechs Jahre andauerndem Verfahren zur

dass die Grenzen legalen Wirtschaftens durch die Mitglieder des Vorstands einer Aktiengesellschaft in diesem Bereich bereits aktienrechtlich nicht eindeutig flankiert sind, was einer strafrechtlichen Überprüfung von riskanten unternehmerischen Entscheidungen anhand des Untreuetatbestands erhebliche Brisanz verleiht.¹¹

Einerseits ist weitgehend anerkannt, dass ein erfolgreiches wirtschaftliches Handeln ohne das Eingehen gewisser Risiken schlicht unmöglich ist.¹² Andererseits hat die Rechtsprechung bereits in der Vergangenheit klargestellt, dass es sich auch bei den obersten Organen einer juristischen Person lediglich um Treuhänder des fremden Gesellschaftsvermögens handelt.¹³

Als Basis für verantwortungsvolles unternehmerisches Handeln sind in diesem Spannungsfeld die grundlegenden kaufmännischen Maximen von Sorgfalt

Einstellung gegen Geldauflage im Jahr 2013 der Artikel „Untreue-Verfahren gegen Geldspende eingestellt“ vom 18. Februar 2013 in der Online-Ausgabe des Handelsblatts unter <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/management/koepfe/exwestlb-chef-senegra-untreue-verfahren-gegen-geldspende-eingestellt/7800534.html> (jeweils zuletzt abgerufen am 22. Oktober 2014).

- 11 Zudem führt eine bisher eher zurückhaltende Geltendmachung von Innenhaftungsansprüchen zwischen Vorständen und Aufsichtsräten in vielen Fällen zu einem tatsächlichen Anwendungs- und Vollzugsdefizit auf zivilrechtlicher Ebene, so dass die Strafgerichte ohne ein zugrunde liegendes, und gegebenenfalls orientierungstiftendes, zivilgerichtliches Urteil bezüglich der Pflichtwidrigkeit der unternehmerischen Entscheidung tätig werden müssen, vgl. in diesem Zusammenhang *Fedderson*, in: FS Laufs, 2006, S. 1169 (1170–1172); *Theile*, ZIS 2011, 616 (620); der insgesamt mangelhaften Durchsetzung von Haftungsansprüchen gegen die Unternehmensführung wollte der Gesetzgeber durch die Regelung des *Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG)* gerade Abhilfe schaffen, indem er den rechtlich bedingten Teil des Vollzugsdefizits durch Regelungen zugunsten einer erleichterten Klagedurchsetzung von Aktionärsminderheiten zu beheben suchte, vgl. dazu ausführlich B.I.3.a) und B.I.3.c).
- 12 Vgl. nur BGHZ 135, 244 (253), wobei sich der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs konsequenterweise für einen weiten Handlungs- und Ermessensspielraum zugunsten der Unternehmensführung ausspricht; darauf bezieht sich auch der Gesetzgeber des UMAG, vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zum UMAG (BegrRegE UMAG), BT-Drucks. 15/5092, S. 11; ebenfalls in diesem Sinne *Brüning/Samson*, ZIP 2009, 1089 (1091); *Lutter*, ZIP 1995, 441 (441); vgl. zur Risikoimmanenz unternehmerischer Entscheidungen und dem Beurteilungsspielraum des Vorstands außerdem *Semler*, in: FS Ulmer, 2003, S. 627 (627–629); dies erkennen freilich auch die Strafgerichte an, vgl. BGHSt 47, 187 (192); 50, 331 (336); zustimmend insoweit *Hopt/Roth*, in: GK AktG, § 93 Abs. 1 S. 2, 4 n.F. Rn. 64.
- 13 BGHSt 50, 331 (338 f.).

und Gewissenhaftigkeit zu erachten, wie sie bereits *Johann Buddenbrook* in dem eingangs angeführten Zitat aus *Thomas Manns* Werk seinem Sohn zu vermitteln sucht. Diese haben im Grundsatz bis heute Bestand und stellen sowohl für einen Einzelkaufmann als auch für das Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft zentrale Handlungsprämissen dar, die ebenfalls Niederschlag in den Normen des Handels- und Gesellschaftsrechts gefunden haben.¹⁴

Im Rahmen der strafrechtlichen Bewertung unternehmerischer Entscheidungen spielt deshalb die Akzessorietät des Untreuetatbestands eine exponierte Rolle.¹⁵ So ist bei der Beurteilung einer Pflichtverletzung im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB durch treunehmerisches Handeln stets im Ausgangspunkt auf die außerstrafrechtliche Materie zurückzugreifen, die den Pflichtenumfang des potentiellen Untreuetäters umschreibt.¹⁶ Nach § 93 Abs. 1 S. 1 Aktiengesetz (AktG) hat ein Mitglied des Vorstands einer Aktiengesellschaft bei seiner „Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden.“ Den Rechtsanwender des § 266 Abs. 1 StGB vermag diese Formulierung eines allgemeinen Sorgfaltsmaßstabs jedoch – auch bei Anwendung einer strafrechtlich gebotenen, restriktiven Auslegungsweise – kaum darüber aufzuklären, ab wann die Schwelle untreuerelevanten Handelns als überschritten angesehen werden muss. Vielmehr handelt es sich bei § 93 Abs. 1 S. 1 AktG um eine ihrerseits eklatant unbestimmte Norm, welche die Unbestimmtheit des § 266 Abs. 1 StGB eher verschärft, als ihr Abhilfe zu schaffen.¹⁷

Auf diese Problemlage bezog sich auch explizit der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts, als er in seinem Beschluss vom 23. Juni 2010 zu der Verfassungsmäßigkeit des § 266 StGB Stellung nahm.¹⁸ Das Gericht führt in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal der Pflichtverletzung in § 266 Abs. 1 StGB aus: „Die resultierenden Auslegungsschwierigkeiten erhöhen sich, wenn dem Verpflichteten (...) eigene Entscheidungsspielräume mit abstrakt schwer zu bestimmenden

14 Vgl. nur § 93 Abs. 1 S. 1 AktG; § 43 Abs. 1 GmbHG; § 347 Abs. 1 HGB.

15 Dazu statt vieler *Saliger*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, StGB, § 266 Rn. 4, 31.

16 *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887 (906).

17 So macht *Tiedemann* darauf aufmerksam, dass sich „im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG bedenklich weit gefasste, strafrechtliche und gesellschaftsrechtliche Vorschriften (...) bei einer Strafbarkeit wegen Untreue potenzieren“, vgl. *dens.*, in: *FS Tröndle*, 1989, S. 319 (328).

18 BVerfGE 126, 170–233; ausführlich hierzu C.II.2.b)cc)(1)(a)(ee).

Grenzen eingeräumt werden (...).¹⁹ In einem Klammerzusatz verweist das Gericht in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf § 93 Abs. 1 S. 1 und 2 AktG.²⁰

Die Bezugnahme des Bundesverfassungsgerichts auf § 93 Abs. 1 S. 2 AktG verdient dabei besondere Beachtung. Sie betrifft die durch das *Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG)* vom 22. September 2005²¹ in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG aufgenommene *Business Judgment*²² *Rule*. Diese hat sowohl vor als auch nach ihrer Kodifizierung erhebliche Aufmerksamkeit durch das gesellschaftsrechtliche Schrifttum erfahren.²³ Es verwundert, dass die strafrechtswissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Relevanz dieser Norm für das Risiko einer Untreuestrafbarkeit ungeachtet der Problematisierung durch das Bundesverfassungsgericht recht überschaubar ausfällt. Die Beiträge des wirtschaftsstrafrechtlichen Schrifttums erschöpfen

19 BVerfGE 126, 170 (205).

20 BVerfGE 126, 170 (205); bezüglich des Einflusses von § 93 Abs. 1 S. 1 AktG auf den Umfang der Vermögensbetreuungspflicht zuvor bereits *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887 (908); vgl. außerdem *Kubiciel*, NStZ 2005, 353 (355); *Ignor/Sättle*, in: FS Hamm, 2008, S. 211 (211).

21 BGBl. 2005, Teil I Nr. 60, S. 2802–2808.

22 Im Folgenden wird der britischen Schreibweise des Wortes „*judgement*“ gefolgt, die sich von der amerikanischen Schreibweise „*judgment*“ geringfügig unterscheidet – soweit die amerikanische Schreibweise vereinzelt vorkommt, liegt dies an der in zitierten Beiträgen verwandten Form.

23 Bei weitem nicht abschließend *Lutter*, ZIP 2009, 197 (197–201); *Hauschka*, GmbHR 2007, 11 (11–16); *Lutter*, ZIP 2007, 841 (841–848); *Hoffmann-Becking*, NZG 2006, 127 (127–131); *Fleischer*, NJW 2005, 3525 (3525–3530); *Schäfer*, ZIP 2005, 1253 (1253–1259); *Brömmelmeyer*, WM 2005, 2065 (2065–2070); *Weiss/Buchner*, WM 2005, 162 (162–171); *Spindler*, NZG 2005, 865 (865–872); *Grundeil/v. Werder*, AG 2005, 825 (825–834); *S. H. Schneider*, DB 2005, 707 (707–712); *Fleischer*, ZIP 2004, 685 (685–692); *Seibert/Schütz*, ZIP 2004, 252 (252–258); *Ihrig*, WM 2004, 2098 (2098–2107); *Kock/Dinkel*, NZG 2004, 441 (441–448); *Paefgen*, AG 2004, 245 (245–261); *Hauschka*, ZRP 2004, 65 (65–71); *Jungmann*, in: FS K. Schmidt, 2009, S. 831 (831–855); *Semler*, in: FS Ulmer, 2003, S. 627 (627–642); *Fleischer*, in: FS Wiedemann, 2002, S. 827 (827–849); *Schlimm*, Das Geschäftsleiterermessen des Vorstands einer Aktiengesellschaft, 2009; *Winnen*, Die Innenhaftung des Vorstandes nach dem UMAG, 2009; *Oltmanns*, Geschäftsleiterhaftung und unternehmerisches Ermessen, 2001; wegbereitend für die Kodifikation auch *Ulmer*, ZHR 163 (1999), 290 (290–342).

sich bisher vielmehr in generellen²⁴ bzw. fragwürdigen²⁵ Ausführungen oder beschränken sich auf die pauschal entlastende Feststellung, dass ein Handeln unter Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG keine Untreuestrafbarkeit nach sich ziehen kann.²⁶

Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist deshalb eine detaillierte Untersuchung der Relevanz der in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG verankerten *Business Judgment Rule* für die Strafbarkeit des Vorstandsmitglieds einer Aktiengesellschaft nach § 266 Abs. 1 StGB.²⁷

24 *Große Vorholt*, Wirtschaftsstrafrecht, Rn. 404–407; *Feddersen*, in: FS Laufs, 2006, S. 1169 (1191); *Schünemann*, in: LK StGB, § 266 Rn. 97 (Fußnote 400), 117; auch *Nattkemper* kommt in diesem Zusammenhang zu keinem klaren Ergebnis, vgl. *dies.*, Die Untreuestrafbarkeit des Vorstands einer Aktiengesellschaft, 2013, S. 108–146 – *dies.* verlagert ihre Untersuchungen vielmehr auf die generalisierend angelegte Frage einer monistischen oder pluralistischen Ausrichtung der §§ 76, 93 AktG sowie des Aktienrechts im Allgemeinen, vgl. *dies.*, Die Untreuestrafbarkeit des Vorstands einer Aktiengesellschaft, 2013, S. 146–297.

25 *Schmid*, in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, § 31 Rn. 167a; *Verjans*, in: Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis, Kapitel 4 Rn. 178; *Bosch/Lange*, JZ 2009, 225 (234–237); *Dreher*, AG 2006, 213 (220); zweifelhaft erscheint auch die Übertragung des bei *Hopt/Roth* zum Ausdruck kommenden Verständnisses der Regelung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG als Konkretisierung von aktienrechtlichen Sorgfaltspflichten auf die strafrechtliche Wertungsebene, welche die Autoren offensichtlich dazu führt, unmittelbar außerhalb des Anwendungsbereichs der *Business Judgment Rule* eine Untreuestrafbarkeit annehmen zu wollen, vgl. *dies.*, in: GK AktG, § 93 Abs. 1 S. 2, 4 n.F. Rn. 12, 64.

26 So zutreffend *Saliger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 266 Rn. 91; *Große Vorholt*, Wirtschaftsstrafrecht, Rn. 404; *Brüning/Samson* unter Bezugnahme auf die Frage einer untreuelevanten Pflichtverletzung durch Bankvorstände rund um die Auslösung der Bankenkrise, vgl. *dies.*, ZIP 2009, 1089 (1092); *Adick*, Organuntreue und Business Judgment, 2010, S. 80; *Bunz*, Der Schutz unternehmerischer Entscheidungen durch das Geschäftsleiterermessen, 2011, S. 256 f.; im Ergebnis auch lediglich *Brammsen*, wistra 2009, 85 (90 m.w.N.).

27 Soweit sich in dieser Arbeit nichts Abweichendes aus dem unmittelbaren Zusammenhang ergibt, ist mit der Bezeichnung „*Business Judgment Rule*“ stets die Regelung in der Form ihrer gesetzlichen Normierung in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG gemeint; Abweichendes gilt insbesondere für die Schilderung des US-amerikanischen Hintergrunds der Regelung unter B.I.1 und die Prüfung eines, der Regelung innewohnenden, strafrechtsautonom auszulegenden Prinzips, dazu C.II.2.a)aa).

II. Problemstellung und Untersuchungsgegenstand

Die zentrale Problemstellung bei der Untersuchung der Relevanz des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG für die Untreuestrafbarkeit des Vorstandsmitglieds einer Aktiengesellschaft wurde bereits in der einführenden Bezugnahme auf die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zu § 266 StGB angedeutet: Das großen Auslegungsschwierigkeiten unterworfenen Tatbestandsmerkmal der Pflichtverletzung gemäß § 266 Abs. 1 StGB ist bezüglich der an einen Vorstand zu richtenden Sorgfaltsanforderungen akzessorietätsbedingt inhaltlich durch die ihrerseits hoch unbestimmte und generalklauselartige Norm des § 93 Abs. 1 S. 1 und 2 AktG zu konkretisieren.²⁸

Aus dieser Doppelung normativer Unbestimmtheit ergibt sich eine besondere Rechtsunsicherheit. Diesbezügliche Abhilfe kann nicht etwa durch den vagen Verweis auf eine allgemeine Geltung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG in allen Bereichen wirtschaftlichen Entscheidens erreicht werden.²⁹ Ein solcher Verweis würde außer Acht lassen, dass eine Heranziehung der Norm im Rahmen der Prüfung des akzessorischen Untreuetatbestands gewisse Anforderungen an die außerstrafrechtliche Bezugsnorm mit sich bringt. Die Anforderungen unterscheiden sich danach, ob die Bezugsnorm einerseits zur Begründung von Strafbarkeit oder andererseits zu deren Ausschluss herangezogen werden soll. Eine dezidierte Untersuchung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG in Bezug auf seine Relevanz für die Prüfung einer Untreuestrafbarkeit hat jedoch bis jetzt, soweit ersichtlich, nicht stattgefunden.

III. Untersuchungsrelevanter Adressatenkreis

Unternehmerische Entscheidungen werden von nahezu allen eigenverantwortlichen Teilnehmern am Wirtschaftsleben getroffen. Dieser Befund ist unabhängig von Gesellschafts- und Organisationsformen. Die Frage nach der strafrechtlichen Bewertung der Ausübung von Geschäftsleiterermessen betrifft damit einen breiten Adressatenkreis, dessen erschöpfende Behandlung den angestrebten Umfang dieser Arbeit jedoch sprengen würde.

Eine adressatenbezogene Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands erweist sich aus zweierlei Gründen als schwierig:

²⁸ In diesem Sinne BVerfGE 126, 170 (205).

²⁹ Vgl. BegrRegE UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 12, allerdings ohne jede Bezugnahme auf eine etwaige strafrechtliche Relevanz der Norm.

Einerseits kann eine Eingrenzung des untersuchungsrelevanten Adressatenkreises nicht unter argumentativer Heranziehung des Sonderdeliktscharakters von § 266 Abs. 1 StGB vorgenommen werden, weil sämtliche potentiell in Bezug zu nehmende leitende Wirtschaftsteilnehmer eine Vermögensbetreuungspflicht trifft. So sind nicht allein Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft gegenüber dem Vermögen ihrer Gesellschaft vermögensbetreuungspflichtig, sondern in gleicher Weise viele weitere Führungs- und Kontrollorgane in juristischen Personen und Personengesellschaften.³⁰ Andererseits erleichtert auch die auf ihre Tauglichkeit zur Bestimmung einer untreuerelevanten Vermögensbetreuungspflichtverletzung zu untersuchende Norm des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG eine Eingrenzung des Adressatenkreises nicht, denn in den Gesetzgebungsmaterialien zum UMAG, durch das die *Business Judgement Rule* im Aktiengesetz kodifiziert wurde, findet sich folgende Klarstellung des parlamentarischen Gesetzgebers:

„Der Grundgedanke eines Geschäftsleiterermessens im Bereich unternehmerischer Entscheidungen ist nicht auf den Haftungstatbestand des § 93 AktG und nicht auf die Aktiengesellschaft beschränkt, sondern findet sich auch ohne positivrechtliche Regelung in allen Formen unternehmerischer Betätigung.“³¹

Die Regelung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG entfaltet also nach dem Willen des Gesetzgebers grundsätzlich gegenüber einem weiten Kreis von Adressaten ihre Wirkung. Dennoch beschränkt sich diese Arbeit auf die Erörterung der Relevanz des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG für die Untreuestrafbarkeit des Vorstandsmitglieds einer Aktiengesellschaft.

30 Exemplarisch haben auch die Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) sowie Vorstände einer Genossenschaft das Vermögen der Gesellschaft in einer für § 266 Abs. 1 StGB relevanten Weise zu betreuen, vgl. nur *Saliger*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, StGB, § 266 Rn. 15 m.w.N.; zu den Kriterien für das Bestehen einer Vermögensbetreuungspflicht an späterer Stelle dieser Arbeit B.II.2.b); ausführlicher zur Natur der Untreue als Sonderdelikt und der Vermögensbetreuungspflicht eines Vorstandsmitglieds sogleich B.II.1 und B.II.2.b).

31 *BegrRegE UMAG*, BT-Drucks. 15/5092, S. 12; dies stößt auch in der Literatur auf weitgehende Zustimmung, vgl. nur *Schünemann*, in: *LK StGB*, § 266 Rn. 97 (dort Fußnote 400 m.w.N.) und *Große Vorholt*, *Wirtschaftsstrafrecht*, Rn. 405, beide allerdings ohne auf den expliziten Willen des Gesetzgebers Rekurs zu nehmen; restriktiver in Bezug auf das GmbH-Recht indes *K. Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*, § 36 II. 4. a) sowie unter Bezugnahme darauf *Jungmann*, in: *FS K. Schmidt*, 2009, S. 831 (832 f., 850 f.).

Dafür spricht, dass die *Business Judgement Rule* unmittelbar in § 93 Abs. 1 AktG, und damit in die aktienrechtliche Beschreibung der Sorgfaltsanforderungen an ein Vorstandsmitglied, eingefügt wurde. Damit liegt eine Auseinandersetzung mit der Relevanz der Regelung für eine mögliche Untreuestrafbarkeit eben dieser Organe besonders nahe. Gleichzeitig hatte auch die maßgebliche Judikatur zum Merkmal der Pflichtverletzung im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB in der jüngeren Vergangenheit schwerpunktmäßig die Rechtmäßigkeit des Handelns von Vorstands- (und Aufsichtsrats-) mitgliedern in Aktiengesellschaften zum Gegenstand, weswegen sich die vorgenommene thematische Eingrenzung ebenfalls in besonderer Weise anbietet.³²

Die Begrenzung des Untersuchungsgegenstands der vorliegenden Arbeit soll indes keine negative Aussage hinsichtlich der Frage nach einer möglichen Übertragbarkeit der zu erzielenden Ergebnisse auf die strafrechtliche Würdigung des Handelns anderer Führungsorgane auch in abweichenden Gesellschaftsformen treffen. Vielmehr werden sich die Aussagen großteils zumindest in entsprechender Weise übertragen lassen.³³

IV. Gang der Untersuchung

Zunächst sollen im Folgenden unter B. die Grundlagen für die Untersuchung der Relevanz des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG im Hinblick auf die Untreuestrafbarkeit des Vorstandsmitglieds einer Aktiengesellschaft dargestellt werden. Dies betrifft zum einen die *Business Judgement Rule* als Rechtsinstitut sowie insbesondere ihre Kodifikation in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG unter Darstellung der einzelnen

32 Vgl. nur BGHSt 50, 331 ff.; 47, 187 ff.; 148 ff.; NJW 2006, 453 ff.

33 Dies gilt ob des Verweises in § 116 AktG insbesondere für das Risiko einer Untreuestrafbarkeit von Mitgliedern des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft, da die Regelung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG generell ebenfalls auf die Bewertung ihrer unternehmerischen Entscheidungen anwendbar ist, dazu statt vieler *Drygala*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 116 Rn. 11 m.w.N.; gleichzeitig wird bei der Übertragung der hier zu erzielenden Ergebnisse zu berücksichtigen sein, dass sich der konkrete Pflichtenkreis eines Vorstandsmitglieds von dem eines Aufsichtsratsmitglieds erheblich unterscheidet, vgl. *Dierlamm*, StraFo 2005, 397 (399); auch von einer zumindest in weiten Teilen entsprechenden Anwendbarkeit der zu treffenden Feststellungen auf den Geschäftsführer einer GmbH ist auszugehen, vgl. *Lutter*, ZIP 2007, 841 (847 f.), der jedoch in diesem Zusammenhang auch auf typische Ausschlussgründe einer entsprechenden Anwendbarkeit des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG in Bezug auf den GmbH-Geschäftsführer hinweist; ebenso bezogen auf den Referentenentwurf zum UMAG bereits *Fleischer*, ZIP 2004, 685 (692).

Tatbestandsvoraussetzungen, vgl. hierzu B.I. Zum anderen bedarf es einer Skizzierung des Untreuetatbestands, um anschließend zu untersuchen, an welchen Stellen im Deliktsaufbau die Frage nach der Relevanz des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG aufkommt, dazu B.II.

Auf Basis dieser Grundlagen sollen unter C. die möglichen Formen der Relevanz des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG für die Untreuestrafbarkeit des Vorstandsmitglieds einer Aktiengesellschaft beleuchtet werden. In diesem Zusammenhang wird zwischen der Untersuchung einer entlastenden bzw. strafausschließenden Relevanz, dazu C.I., und einer belastenden bzw. strafbegründenden Relevanz, hierzu C.II., differenziert. Im Rahmen der Untersuchung dieser beiden Formen der Relevanz wird wiederum jeweils zwischen einer unmittelbaren und einer mittelbaren Relevanz für die Strafbarkeit unterschieden.

Schließlich werden die erzielten Untersuchungsergebnisse unter D. in einem Fazit zusammengefasst.