



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

Gliederung

Abkürzungsverzeichnis	XXI
------------------------------------	-----

Literaturverzeichnis	XXV
-----------------------------------	-----

A. Einleitung	1
----------------------------	---

I. Einführung.....	1
II. Problemstellung und Untersuchungsgegenstand	7
III. Untersuchungsrelevanter Adressatenkreis	7
IV. Gang der Untersuchung.....	9

B. Grundlagen	11
----------------------------	----

I. Die <i>Business Judgement Rule</i>	11
1. US-amerikanische Herkunft der <i>Business Judgement Rule</i>	11
2. Grundlage der <i>Business Judgement Rule</i> im deutschen Richterrecht	16
a) BGHZ 135, 244 ff. (ARAG/Garmenbeck-Entscheidung).....	17
aa) Sachverhalt.....	17
bb) Maßgebliche Entscheidungsgründe	17
b) Schlussfolgerung	19
3. Die Aufnahme der <i>Business Judgement Rule</i> in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG.....	20
a) Hintergrund.....	20
b) Einsetzung einer Regierungskommission	21
aa) Empfehlungen bezüglich der Einrichtung einer Corporate Governance Codex-Kommission	21
bb) Empfehlungen an den parlamentarischen Gesetzgeber	22
c) Gesetzgeberische Intention	23
d) Tatbestandsmerkmale des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG.....	25
aa) Unternehmerische Entscheidung	26
bb) Vernünftige Annahme, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln	28
(1) Allgemeines	28
(2) Eingehung existenzgefährdender Risiken.....	30
(a) Literaturansichten	30

(b)	Stellungnahme.....	31
(3)	Gutgläubigkeit als gesonderter Prüfungspunkt?	32
cc)	Vernünftige Annahme, auf Basis angemessener Information zu handeln	35
dd)	Freiheit von Interessenskonflikten.....	37
(1)	Allgemeines	37
(2)	Objektive Voraussetzung?.....	38
(a)	Literaturansichten.....	38
(b)	Stellungnahme.....	39
(3)	Eigennützige Entscheidungen	40
(4)	Gremienentscheidungen.....	41
(a)	Literaturansichten.....	42
(b)	Stellungnahme.....	44
ee)	Kein Eingehen „übergroßer“ Risiken.....	45
4.	Zwischenergebnis.....	46
II.	Die Untreue	46
1.	Der Untreuetatbestand.....	47
2.	Möglichkeit einer Relevanzentfaltung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG innerhalb der Tatbestandsalternativen des § 266 Abs. 1 StGB.....	52
a)	§ 266 Abs. 1 1. Alt. StGB (Missbrauchstatbestand)	52
b)	§ 266 Abs. 1 2. Alt. StGB (Treubruchstatbestand)	54
3.	Zwischenergebnis.....	57
C.	Mögliche Formen der Relevanz.....	59
I.	Entlastende (strafausschließende) Relevanz	59
1.	Unmittelbar entlastende Relevanz.....	59
2.	Mittelbar entlastende Relevanz	62
a)	Die Ausführungen <i>Adicks</i>	62
b)	Kritik.....	63
c)	Zwischenergebnis.....	65
3.	Zwischenergebnis.....	65
II.	Belastende (strafbegründende) Relevanz	65
1.	Unmittelbar belastende Relevanz	66
a)	Tauglichkeit des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG zur unmittelbaren Begründung einer Vermögensbetreuungspflichtverletzung im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB	66
aa)	Wortlaut	67
(1)	Negativformulierung.....	67

(2)	Vergleich mit BGHZ 135, 244 ff. (ARAG/ Garmenbeck-Entscheidung)	69
(3)	Auseinandersetzung mit den Ausführungen <i>Feddersens</i> in der Festschrift für Adolf Laufs	73
(a)	Das Überschreiten der „Grenzen der <i>Business Judgement Rule</i> “	74
(b)	Der Vorschlag einer Aufnahme der <i>Business</i> <i>Judgement Rule</i> in § 266 StGB	76
(c)	Zwischenergebnis.....	77
(4)	Auseinandersetzung mit den Ausführungen <i>Winnens</i>	77
(5)	Vergleich mit BGHZ 175, 365 ff. (UMTS-Entscheidung)	79
(a)	Sachverhalt.....	79
(b)	In diesem Zusammenhang maßgebliche Entscheidungsgründe.....	79
(c)	Schlussfolgerung	80
(6)	Zwischenergebnis.....	81
(7)	Blankett oder normatives Tatbestandsmerkmal?	82
(8)	Schlussfolgerung	84
(9)	Zwischenergebnis.....	86
bb)	<i>Telos</i>	86
(a)	Ein rettender Hafen („ <i>safe harbour</i> “) für das Vorstandsmitglied versus Vermögensschutz zugunsten der Gesellschaft	87
(b)	Intention einer effektiven Konfliktlösung im Rahmen des Aktienrechts	88
(c)	Die Rechtsnatur des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG.....	91
(aa)	§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG als unwiderlegbare Rechtsvermutung	92
(bb)	§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG als Konkretisierung von Sorgfaltspflichten.....	92
(cc)	§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG als Tatbestandsausschlussgrund.....	92
(dd)	Stellungnahme.....	93
(d)	Zwischenergebnis.....	98
cc)	Systematik.....	98
(1)	Berücksichtigung des § 93 Abs. 2 S. 2 AktG.....	98
(2)	Subjektivierung in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG	100
(3)	Zwischenergebnis.....	101
dd)	Zwischenergebnis.....	101
b)	Das Prinzip der asymmetrischen Akzessorietät	101
aa)	Akzessorietät zwischen Straf- und Zivilrecht.....	102
(1)	Strafbarkeitsausschließende Akzessorietät	102
(2)	Strafbarkeitsbegründende Akzessorietät	102
(a)	Ausgangspunkt.....	103
(b)	Einschränkung: Asymmetrie der Akzessorietät	104

bb)	Anwendung auf § 93 Abs. 1 S. 2 AktG	106
cc)	Zwischenergebnis.....	107
2.	Mittelbar belastende Relevanz	107
a)	In Betracht kommende Ansätze.....	107
aa)	Die <i>Business Judgement Rule</i> als strafrechtsautonom auszulegendes Prinzip?	108
bb)	Indizielle Bedeutung der Aufnahme der <i>Business Judgement Rule</i> in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, vgl. BGHSt 50, 331 ff. (Mannesmann-Entscheidung)	109
(1)	Sachverhalt.....	109
(2)	In diesem Zusammenhang maßgebliche Entscheidungsgründe.....	110
(3)	Adressatenkreis	112
(4)	Kritik an diesem Ansatz.....	112
cc)	Vorliegen einer Pflichtverletzung nach § 266 Abs. 1 StGB bei kumulativem Verstoß gegen mehrere Voraussetzungen der <i>Business Judgement Rule</i> („zwei bzw. drei aus vier“)	113
(1)	Grundüberlegung	113
(a)	Vergleich mit BGHSt 47, 187 ff. (SSV Reutlingen-Entscheidung)	115
(aa)	Sachverhalt.....	115
(bb)	In diesem Zusammenhang maßgebliche Entscheidungsgründe.....	116
(b)	Schlussfolgerung	117
(2)	Kritische Würdigung des Vorschlags	118
dd)	Zwischenergebnis.....	121
ee)	Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflichtverletzung bei Nichterfüllung einzelner Tatbestandsmerkmale des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG?.....	121
ff)	Zwischenergebnis.....	122
b)	Einfluss der Nichterfüllung einzelner Tatbestandsmerkmale des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG auf das Vorliegen einer Pflichtverletzung gemäß § 266 Abs. 1 StGB.....	122
aa)	Das Verhältnis zwischen Gesellschaftsrecht und Strafrecht.....	123
(1)	Subsidiaritätsgrundsatz.....	123
(2)	Zulässigkeit einer systematischen Abweichung vom Subsidiaritätsgrundsatz im Wirtschaftsstrafrecht?.....	125
(3)	Rechtssoziologischer Ansatz	126
(4)	Ineffektivität eines „überholenden Strafrechts“	130
(5)	Zwischenergebnis.....	136
bb)	Auswirkungen auf die Pflichtverletzung als zentrales Merkmal des Untreuetatbestands.....	137

(1)	Grundsatz: Berücksichtigung eines weiten Beurteilungsspielraums bei unternehmerischen Entscheidungen	138
(2)	Vermeidung einer „Tatbestandsverschleifung“	139
cc)	Restriktionsbemühungen.....	140
(1)	Gesteigerte Anforderungen an die Pflichtverletzung.....	142
(a)	Erfordernis einer „gravierenden“ Pflichtverletzung.....	142
(aa)	BGHSt 47, 148 ff. (Zweite Kreditvergabe-Entscheidung).....	143
(i)	Sachverhalt.....	143
(ii)	In diesem Zusammenhang maßgebliche Entscheidungsgründe.....	144
(bb)	BGHSt 47, 187 ff. (SSV Reutlingen-Entscheidung).....	144
(i)	Sachverhalt.....	144
(ii)	In diesem Zusammenhang maßgebliche Entscheidungsgründe.....	144
(cc)	Abkehr von dem Erfordernis einer „gravierenden“ Pflichtverletzung in BGH NJW 2006, 453 ff. (Kinowelt-Entscheidung)?	145
(i)	Sachverhalt.....	145
(ii)	In diesem Zusammenhang maßgebliche Entscheidungsgründe.....	145
(dd)	Aufgabe des Erfordernisses einer „gravierenden“ Pflichtverletzung in BGHSt 50, 331 ff. (Mannesmann-Entscheidung)?.....	146
(i)	Sachverhalt.....	147
(ii)	In diesem Zusammenhang relevante Feststellungen des Gerichts.....	147
(ee)	Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 23. Juni 2010.....	149
(ff)	<i>Conclusio</i>	150
(gg)	Zwischenergebnis.....	159
(hh)	Rückschlüsse auf die Ermittlung einer Vermögensbetreuungspflichtverletzung anhand der aufgezeigten Judikatur.....	159
(i)	Strafrechtsautonome Ermittlung anhand von Indizien	160
(ii)	Strafrechtsautonome Ermittlung unabhängig von Indizien.....	161
(iii)	Zivilrechtsakzessorische Ermittlung	161
(iv)	Stellungnahme.....	161
(v)	Zwischenergebnis.....	165
(b)	Vermögensbetreuungspflichtverletzung bei Überschreitung des „erlaubten Risikos“.....	165
(c)	Vermögensbetreuungspflichtverletzung bei evidentem Pflichtverstoß im Sinne einer Unvertretbarkeit der Entscheidung.....	167
(d)	Zwischenergebnis.....	169

(2)	Vorschläge gesteigerter Anforderungen im Rahmen des subjektiven Tatbestands.....	170
(a)	Gesteigerte Anforderungen an die Vorsatzform.....	170
(b)	Einfügung des subjektiven Merkmals der Bereicherungsabsicht.....	172
(c)	Zwischenergebnis.....	174
dd)	Weitere Orientierungsbemühungen.....	174
(1)	Fallgruppenbildung durch die Rechtsprechung	174
(2)	Kritik.....	175
(3)	Zwischenergebnis.....	176
ee)	Zwischenergebnis.....	176
ff)	Vor diesem Hintergrund: Möglichkeiten eines mittelbar strafbegründenden Einflusses der <i>Business Judgement Rule</i>	176
(1)	Tauglichkeit eines Verstoßes gegen einzelne Merkmale des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG zur Begründung einer Pflichtverletzung gemäß § 266 Abs. 1 StGB	177
(a)	Vernünftige Annahme, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln	177
(aa)	Unternehmenswohl als zentraler Orientierungsmaßstab	177
(bb)	Problem einer subjektiven <i>ex ante</i> -Betrachtung im Strafrecht.....	178
(i)	Die Entscheidung erfolgte allein aus subjektiver <i>ex ante</i> -Sicht nicht im Unternehmensinteresse.....	181
(ii)	Die Entscheidung entsprach sowohl aus subjektiver als auch aus objektiver <i>ex ante</i> -Sicht nicht dem Unternehmensinteresse	182
(iii)	Relevanz unter Berücksichtigung der „Vernunft“ als Objektivitätskriterium?	183
(iv)	Zwischenergebnis.....	185
(b)	Vernünftige Annahme, auf der Grundlage angemessener Information gehandelt zu haben.....	186
(c)	Freiheit der Entscheidung von Interessenkonflikten	186
(d)	Zwischenergebnis.....	186
(2)	§ 93 Abs. 1 S. 1 AktG zuzüglich des strafrechtlichen Evidenzerfordernisses als Maßstab für die Prüfung einer Vermögensbetreuungspflichtverletzung	187
(a)	Beurteilung des Evidenzkriteriums anhand eines subjektiven <i>ex ante</i> -Maßstabs?.....	191
(b)	Beurteilung des Evidenzkriteriums anhand einer objektiven <i>ex ante</i> - oder einer <i>ex post</i> -Betrachtung?	191
(c)	Konsequenz: Berücksichtigung von Fahrlässigkeiten?	194
(d)	Zwischenergebnis.....	195
(e)	Ermittlung des evidenten Sorgfaltspflichtverstoßes anhand einer branchenspezifischen Gesamtschau	195

(3)	Verbleibender Relevanzgehalt des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG:	
	Indizwirkung	199
(4)	Zwischenergebnis.....	204
3.	Praktische Relevanz im Rahmen der Strafverfolgung	204
4.	Zwischenergebnis.....	208
D.	Fazit	209