

Die untreuespezifische Pflichtwidrigkeit bei unternehmerischen Entscheidungen

Die Akzessorietät des § 266 StGB zu gesellschaftsrechtlichen Haftungsmaßstäben und insbesondere zur Business Judgement Rule*

Von Prof. Dr. Aristomenis Tzannetis, Athen**

Der folgende Beitrag beschäftigt sich mit der strafrechtlichen Bewertung von fehlerhaften unternehmerischen Entscheidungen im Hinblick auf den Untreuetatbestand. Im Vordergrund stehen die Anforderungen, die an die Vermögensbetreuungspflichtverletzung von Unternehmensleitern zu stellen sind. Dreh- und Angelpunkt der Ausführungen ist die Akzessorietät des Untreuetatbestandes zum Gesellschaftsrecht, welche den Vergleich der zivilrechtlichen Geschäftsführerhaftung mit der strafrechtlich relevanten Pflichtwidrigkeit i.S.d. § 266 StGB nach sich zieht. Es geht konkret um die Kardinalfrage, inwieweit die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Kriterien der „gravierenden“ bzw. „evidenten“ Pflichtverletzung geeignet sind, die strafrechtliche Verantwortlichkeit wegen Untreue einzugrenzen und ob sie sich mit dem Ermessensspielraum des Geschäftsführers und der Geltung der Business Judgement Rule vereinbaren lassen.

I. Problemstellung

Die Entscheidungen von Unternehmensleitern erweisen sich manchmal als nachteilig für das Gesellschaftsvermögen. Die Strafgerichte haben sich im Laufe der letzten Jahrzehnte mit der strafrechtlichen Beurteilung von fehlerhaften unternehmerischen Entscheidungen unter dem Blickwinkel der Untreuestrafnorm intensiv beschäftigt. Die zu beurteilenden Sachverhaltskonstellationen, die oft zu Vermögensschäden großen Ausmaßes geführt haben, sind so umfangreich und vielseitig, dass die Aussage über die „Hochkonjunktur“¹ der Untreue keinesfalls realitätsfern ist: Kreditvergaben, Sponsoringgeschäfte, Managervergütungen, Sanierungs- bzw. Investitionsprojekte, Unternehmensakquisitionen sind nur einige der wirtschaftlichen Tätigkeiten, die nicht nur Anlass zu öffentlichen Debatten (zuweilen mit politischen Auswirkungen) gaben, sondern darüber hinaus spektakuläre Strafverfahren nicht selten gegen prominente Beschuldigte ausgelöst haben. Die zunehmende Bedeutung der sog. Managerhaftung hängt eng mit dem Auseinanderfallen zwischen Vermögensinhaber und Vermögensverwalter zusammen, das prägendes Charakteristikum des modernen Wirtschaftslebens ist.² Die immer wieder auftretenden Fälle, bei denen Leitungsorgane (z.B. AG-Vorstandsmitglieder oder GmbH-Geschäftsführer) als Vermögensbetreuer unter pflichtwidriger Ausübung der ihnen eingeräumten Dispositionsmacht das der juristischen Person angehörige Vermögen schädigen, haben zur Entwick-

lung der sog. Organuntreue³ als eigenständige Untreuefallgruppe geführt.

Der Begriff der unternehmerischen Entscheidung ist bisher nicht in allen Einzelheiten geklärt. Einigkeit besteht allenfalls darüber, dass unternehmerische Entscheidungen auf der Basis mehrerer (mindestens zwei) rechtlich zulässiger Handlungsalternativen unter Zukunftsbezogenheit und Unsicherheit und durch Abwägung von Risiken und Chancen von den Führungsorganen einer Gesellschaft getroffen werden.⁴ Handlungen der Geschäftsleitung, die ohne Ermessensspielraum an Gesetz, Satzung oder Anstellungsvertrag gebunden sind, sind aus der Fallgruppe der unternehmerischen Entscheidungen herauszunehmen.⁵ Im Hinblick darauf, dass jedes unternehmerische Handeln seiner Natur nach risikobehaftet ist, weisen unternehmerische Entscheidungen deutliche Parallelen zur Konstellation der sog. „Risikogeschäfte“ auf.⁶ Letztere zeichnen sich dadurch aus, dass das endgültige wirtschaftliche Ergebnis mit einem gewissen Maß an Ungewissheit belastet wird⁷ oder – einer weiteren Auslegung zufolge – schlicht die Möglichkeit eines Fehlschlags eröffnet wird.⁸ Allen Fallgestaltungen, die zu den Risikogeschäften gehören (z.B. Kreditgewährung, Spekulations- und Investitionsfälle),⁹ ist gemeinsam, dass ein zeitlicher Abstand zwischen Vertragsabschluss und Zielerreichung vorliegt (Zukunftsbezogenheit).¹⁰

Geht man davon aus, dass unternehmerische Tätigkeit ohne Risikoübernahme kaum denkbar ist, stehen Unternehmensleiter vor einem schwer zu lösendem Dilemma: Einer-

³ Dazu *Saliger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 266, Rn. 111; *Schünemann*, Organuntreue, Das Mannesmann-Verfahren als Exempel?, 2004, S. 18 ff.

⁴ *Spindler*, in: Goette/Habersack/Kalss (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 2, 5. Aufl. 2019, § 93 Rn. 41, 35; *Bosch/Lange*, JZ 2009, 225 (230); *Esser*, NZWiSt 2018, 201 (202).

⁵ *Ibold*, Unternehmerische Entscheidungen als pflichtwidrige Untreuehandlungen, 2011, S. 148; *Bosch/Lange*, JZ 2009, 225 (230); *Kocher*, CCZ 2009, 215 (216); *Seibt/Schwarz*, Die Aktiengesellschaft 2010, 301 (305); *Bachmann*, in: Habersack/Huber/Spindler (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Stitz zum 65. Geburtstag, 2014, S. 25 (26).

⁶ *Ibold* (Fn. 5), S. 41; *Bosch/Lange*, JZ 2009, 225 (230); *Esser*, NZWiSt 2018, 201 (202).

⁷ *Waßmer*, Untreue bei Risikogeschäften, 1997, S. 10; *Hellmann*, ZIS 2007, 433 (434); *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 266 Rn. 20; *Saliger* (Fn. 3), § 266 Rn. 61.

⁸ So *Hillenkamp*, NSTZ 1981, 161.

⁹ Einen Überblick über die einzelnen Typen von Risikogeschäften gibt *Hellmann*, ZIS 2007, 433 (434).

¹⁰ *Schünemann*, in: Lauffhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 266 Rn. 134; *Rose*, wistra 2005, 281 (282).

* Der Aufsatz ist eine erweiterte Fassung des demnächst in Griechenland erscheinenden Beitrags des *Verfassers* zur Gedächtnisschrift für Prof. Nikolaos Androulakis.

** Der *Verfasser* ist Ass. Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Athen.

¹ *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887 (888).

² *Beulke* in: Müller/Sander/Válková (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag, 2009, S. 245; *Murmann*, JURA 2010, 561; *Leite*, GA 2018, 580 (591).

seits dürfen sie ein Risiko eingehen, um die Gewinnmaximierung des Unternehmens anzustreben;¹¹ andererseits sind sie der Gefahr ausgesetzt, dass im Fall von Misserfolg ihre Entscheidungen nachträglich als pflichtwidrig und nachteilig i.S.d. § 266 StGB bewertet werden können. Die Angst vor dem scharfen Schwert der strafrechtlichen Untreueverantwortlichkeit löst oft eine risikoaverse Geschäftsführung aus, die sich letztendlich gegen die Unternehmensinteressen nach Gewinnerzielung richtet. Vor diesem Hintergrund untersucht der vorliegende Beitrag die Frage, wo die Trennlinie zwischen unternehmerischer Handlungsfreiheit und strafrechtlicher Haftung wegen Untreue zu ziehen ist oder m.a.W. wie sich pflichtwidrige und pflichtgemäße Vermögensverwaltung im Unternehmensmilieu voneinander unterscheiden lassen.

II. Die restriktive Auslegung des Pflichtwidrigkeitsmerkmals

1. Erste Restriktion auf qualifizierte Pflichten

Die weite Fassung der Untreuestrafnorm gab sehr früh Anlass zu erheblichen Zweifeln an ihrer Verfassungsmäßigkeit im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot (Art 103 GG). Das zentrale Tatbestandsmerkmal der Untreue ist die Pflichtwidrigkeit, die in § 266 StGB mit der Verletzung der „Pflicht fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen“ beschrieben wird. Darunter lassen sich zahllose Verhaltensweisen subsumieren, sodass dem ersten Anschein nach die Verletzung jedweder Pflicht unter den Untreuetatbestand fällt. Extensivfähig ist zudem das zweite Tatbestandsmerkmal des Vermögensnachteils, insbesondere durch die Konstruktion der „schadensgleichen Vermögensgefährdung“.¹²

Die aufgezeigte Offenheit beider Komponenten des Untreuetatbestandes begünstigt die flexible Anpassung des § 266 StGB auf die verschiedenartigen Geschäftstätigkeiten und am gewichtigsten die Instrumentalisierung der strafrechtlichen Vorwürfe wegen Untreue zur Durchsetzung von Moral- bzw. Verkehrsanschauungen bezüglich der Angemessenheit der Vermögensbetreuung.¹³ Wie *Ransiek* es auf den Punkt bringt: § 266 StGB passt immer.¹⁴ Aus den vorstehenden Gründen bezweifelt niemand die Notwendigkeit, der übermäßigen Ausweitung und der damit verbundenen Unsicherheit in der Anwendung des § 266 StGB durch die restriktive und verfassungskonforme Auslegung der Tatbestandselemente entgegenzuwirken.

Die Pflichtwidrigkeit setzt das Vorhandensein einer Vermögensbetreuungspflicht voraus, welche die besondere Position des Täters bezüglich des anvertrauten Vermögens zum Ausdruck bringt.¹⁵ Ein erster Schritt zur Begrenzung des

Kreises potenzieller Untreuetäter geht somit dahin, besondere Anforderungen an die zu erhaltende Betreuungspflicht zu stellen. Hinzuweisen ist auf die in Rechtsprechung¹⁶ und Literatur¹⁷ einhellig vertretene Ansicht, dass die im Rahmen des § 266 StGB relevanten Vermögensbetreuungspflichten auf solche reduziert werden müssen, die den Hauptgegenstand einer Rechtsbeziehung bilden (Hauptpflichten) und durch Selbständigkeit, Eigenverantwortlichkeit und Fremdnützigkeit gekennzeichnet sind. Dadurch wird eine Sonderbeziehung zum fremden Vermögen hergestellt, die zur Einschränkung des Täterkreises beiträgt.¹⁸ Diesbezüglich einen Schritt weiter geht die Auffassung, die zwischen der Vermögensbetreuungspflicht und der Pflichtwidrigkeit einen funktionalen Zusammenhang dahingehend verlangt, dass der Untreuetäter seine Betreuungspflichten nicht nur bei Gelegenheit, sondern in Ausübung seiner eigenverantwortlichen Machtposition verletzt.¹⁹ Die in Rede stehenden Restriktionen sind allerdings bezüglich der Fallgruppe der Organuntreue, worauf sich der vorliegende Aufsatz konzentriert, praktisch unbeachtlich, weil den Organen juristischer Personen in aller Regel die erforderliche qualifizierte Pflichtenstellung zukommt.²⁰

2. Zweite Restriktion auf vermögensbezogene Pflichten

Es ist allgemein anerkannt, dass § 266 StGB ausschließlich das Vermögen, nicht aber zugleich die Dispositionsfreiheit des Treugebers schützt.²¹ Die Angriffsrichtung der Untreue liegt nämlich darin, dass der Täter in das anvertraute Vermögen durch den Fehlgebrauch der ihm eingeräumten Verfügungsmacht „von innen heraus“ eingreift.²² Um den Schutzzweck des § 266 StGB aufrechtzuerhalten, ist es plausibel anzunehmen, dass für die Erfüllung des Pflichtwidrigkeitsmerkmals die Verletzung irgendwelcher Betreuungspflichten nicht ausreicht, sondern der Untreuetäter gegen Pflichten, welche einen gewissen Bezug zum betreuten Vermögen auf-

Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht bei der Untreue, 2020, S. 82.

¹⁶ RGSt 69, 58 (61); BGHSt 1, 186 (188), 5, 187 (188); 22, 190 (191).

¹⁷ *Perron* (Fn. 7), § 266 Rn. 24; *Schünemann* (Fn. 10), § 266 Rn. 121, *Wachter*, ZStW 131 (2019), 286 (297, 298).

¹⁸ *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 266 Rn. 37; *Schünemann* (Fn. 10), § 266 Rn. 59.

¹⁹ *Martin*, *Bankuntreue*, 2000, S. 136; *Saliger* (Fn. 3), § 266 Rn. 46; *Kubiciel*, NStZ 2005, 353 (355); *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887 (916); *Kraatz*, ZStW 123 (2011), 447 (472).

²⁰ *Schünemann*, NStZ 2006, 196; *Seibt/Schwarz*, *Die Aktiengesellschaft* 2010, 301 (302).

²¹ *Dierlamm*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 266 Rn. 1; *Saliger* (Fn. 3), § 266 Rn. 111; *Brammsen*, *wistra* 2009, 85 (86); *Kraatz*, ZStW 123 (2011), 447 (453); BGHSt 50, 331 (342); BGH NJW 2000, 154 (155).

²² *Kindhäuser* (Fn. 18), § 266 Rn. 31; *Satzger*, HRRS 2006, 17; *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887 (890).

¹¹ Statt vieler *Hellmann*, ZIS 2011, 433 (435).

¹² Dazu *Saliger*, HRRS 2006, 10 (12). Zum Begriff klarstellend *Rotsch*, ZStW 117 (2005), 577 (584 ff.).

¹³ *Matt*, NJW 2005, 389; *Seibt/Schwarz*, *Die Aktiengesellschaft* 2010, 301 (302); *Theile*, ZIS 2011, 616 (618); *Merkt*, ZGR 2016, 201 (208).

¹⁴ *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634.

¹⁵ Dass die Untreue ein Sonderdelikt ist, steht außer Zweifel, siehe statt vieler *Saliger* (Fn. 3), § 266 Rn. 10; *Ginou*, Die

weisen, verstoßen muss.²³ Zu demselben Ergebnis gelangt der Standpunkt, dass zwischen Risikoschaffung und Vermögensschaden ein Schutzzweckzusammenhang dergestalt bestehen soll, dass die in Betracht zu ziehenden Pflichten dem Schutz des anvertrauten Vermögens dienen.²⁴ Nach alledem lässt sich festhalten, dass Verstöße gegen nicht vermögensbezogene Pflichten (etwa diejenigen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb oder des Parteiengesetzes) sich nicht mit der Schutzrichtung des Untreuedelikts vereinbaren ließen und folglich aus dem Anwendungsbereich des § 266 StGB ausgeklammert werden sollen.²⁵

Obwohl die Ansicht zur Vermögensbezogenheit der verletzten Pflicht breite Zustimmung erfährt, wird die Frage nicht einhellig beantwortet, ob darüberhinausgehende Anforderungen an die verletzte Vermögensbetreuungspflicht zu stellen sind. Während nach der h.A. der Verstoß gegen eine zumindest mittelbar dem Vermögensschutz dienende Pflicht ausreicht,²⁶ wird eine tiefgreifendere Restriktion durch die Forderung erreicht, dass die verletzte Pflicht einen unmittelbaren Vermögensbezug aufweisen muss.²⁷ Die nähere Beschäftigung mit dieser kontrovers diskutierten Problematik kann jedoch im vorliegenden Zusammenhang dahingestellt bleiben, weil sie den Rahmen der vorliegenden Arbeit überschreiten würde.

3. Restriktion auf subjektiver Ebene?

Anders als in ausländischen Rechtsordnungen, in denen die Untreuetatbestände explizit auf Fälle absichtlicher oder wissentlicher Tatbegehung beschränkt werden,²⁸ ergibt sich aus

dem Wortlaut des § 266 StGB eindeutig, dass für die Erfüllung der subjektiven Seite des Tatbestandes bedingter Vorsatz genügt und keine Bereicherungsabsicht erforderlich ist.²⁹ Trotzdem hat die Rechtsprechung es unternommen, die anzustrebende Restriktion des weit gefassten § 266 StGB durch gesteigerte Anforderungen an die Feststellung des Untreuevorsatzes zu erreichen, vor allem dann, wenn der Täter nur mit bedingtem Vorsatz und nicht eigensüchtig gehandelt hat.³⁰ Dieser Restriktionsansatz ist vereinzelt auch im Schrifttum befürwortet worden.³¹ Die „Vorsatzlösung“ ist vor allem in systematischer Hinsicht abzulehnen. Abgesehen davon, dass der Nachweis des Vorsatzes eine Tatfrage ist, die keine Allgemeingültigkeit oder Rechtssicherheit gewährleistet, wäre es dogmatisch nicht haltbar, die Restriktion des § 266 StGB vom objektiven in den subjektiven Untreuetatbestand zu verschieben.³²

III. Die Abhängigkeit der Pflichtwidrigkeit von außerstrafrechtlichen Vorgaben

1. Der Vorrang des Innenverhältnisses

Dem Untreuetatbestand sind weder der genaue Inhalt der verletzten Pflichten noch die jeweiligen Eigenschaften der treupflichtigen Personen zu entnehmen.³³ Die einzuhaltenden Vermögensbetreuungspflichten ergeben sich aus dem zugrunde liegenden Innenverhältnis zwischen Vermögensinhaber und Vermögensbetreuungspflichtigen, anhand dessen die Grenzen des rechtlichen Dürfens und der Umfang der eingeräumten Dispositionsbefugnisse bestimmt werden.³⁴ Die vorrangige Bedeutung des konkreten Innenverhältnisses zur Feststellung der Pflichtwidrigkeit i.S.d. § 266 StGB ergibt sich daraus, dass die Zwecke, die der Vermögensinhaber mit der Übertragung der Dispositionsmacht verfolgt, nicht abs-

²³ Hillenkamp, NSTZ 1981, 161 (166); Martin (Fn. 19), S. 140; Knauer, NSTZ 2002, 399 (401); Bernsmann, GA 2009, 296 (307), Schünemann, NSTZ 2006, 196 (198); Ransiek, ZStW 116 (2004), 634 (672); Günther, in: Heinrich/Hilgendorf/Mitsch/Sternberg-Lieben (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, 2004, S. 311 (316); Perron, ZGR 2016, 187 (196).

²⁴ Saliger, HRRS 2006, 10 (22); Kubiciel, NSTZ 2005, 353 (360); Perron, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag, 2019, S. 765 (766); Schünemann (Fn. 10), § 266 Rn. 114, Kraatz, ZStW 123 (2011), 447 (481); Wachter, ZStW 131 (2019), 286 (307).

²⁵ Kubiciel, NSTZ 2005, 353 (359); Perron (Fn. 24), S. 771. Zur Anwendung des § 266 StGB auf compliancewidrige Handlungen siehe die Monografie von Falk, Die Untreuerelevanz von Verstößen gegen Compliance-Regelungen, 2020.

²⁶ Saliger, HRRS 2006, 10 (22); Schünemann, NSTZ 2006, 196 (198); Rönnau, in: Sieber/Dannecker/Kindhäuser/Vogel/Walter (Hrsg.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 713 (722).

²⁷ So Brammsen, wistra 2009, 85 (87); Günther (Fn. 23), S. 311 (316).

²⁸ Als Beispiel dienen die Untreuenormen im österreichischen (§ 153 öStGB) und griechischen Recht (Art 390 grStGB). Beide Vorschriften verlangen, dass der Täter wissentlich (d.h. zumindest mit dolus directus zweiten Grades) den Vermögensschaden durch die Treupflichtverletzung herbeiführt.

²⁹ Perron (Fn. 7), § 266 Rn. 49; Schünemann (Fn. 10), § 266 Rn. 242.

³⁰ RGSt 68, 371 (374); 76, 115 (116); BGHSt 3, 23 (25); 46, 30 (35); 47, 295 (302); BGH NJW 1975, 1234; BGH NJW 1983, 461.

³¹ Ignor/Sättele, in: Michalke/Köberer/Pauly/Kirsch (Hrsg.), Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februar 2008, 2008, S. 211 (220).

³² Schünemann (Fn. 10), § 266 Rn. 243; Kubiciel, NSTZ 2005, 353 (356); Saliger, HRRS 2006, 10 (23); Martin (Fn. 19), S. 46; Gerkau, Untreue und objektive Zurechnung, 2008, S. 45; Stenzel, Risikogeschäfte und strafbare Untreue, 2016, S. 245.

³³ Ibold (Fn. 5), S. 90; Kubiciel, NSTZ 2005, 353 (354); Ginou (Fn. 15), S. 51.

³⁴ Ibold (Fn. 5), S. 128; Kindhäuser, in: Dölling (Hrsg.), Jus humanum, Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, S. 709 (712); Murmann, JURA 2010, 561 (564); Stam, JR 2017, 439 (440); Ginou (Fn. 15), S. 105. Die Maßgeblichkeit des Innenverhältnisses wird oft als „innerer Zusammenhang“ zwischen der Vermögensbetreuungspflicht und der Pflichtverletzung beschrieben, siehe Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 69. Aufl. 2022, § 266 Rn. 50.

trakt und losgelöst von der Treueabrede ermittelt werden können.³⁵

Das Innenverhältnis wird durch vertragliche Pflichten und gesetzliche Vorschriften flankiert.³⁶ In erster Linie wird der Raum der erlaubten Vermögensverfügung durch die individuellen Vorgaben des Vermögensinhabers abgesteckt, soweit sie den gesetzlichen Regelungen nicht widersprechen.³⁷ Aus dem Verstoß gegen explizite und konkrete Vorgaben des Vermögensinhabers in Form von Vertrag, Satzung oder Einzelanweisung, lässt sich auf die Pflichtwidrigkeit schließen, die darin liegt, dass sich der Untreuetäter die ihm eingeräumte Dispositionsmacht bestimmungswidrig und gegen den Willen des Vermögensinhabers anmaßt.³⁸ Hält sich dagegen der Treuenehmer an die Vorgaben des Innenverhältnisses, liegt ein Einverständnis des Vermögensinhabers vor, welche die Pflichtwidrigkeit ausschließt.³⁹

Fehlt es an konkreten individuellen Vorgaben, kommt es subsidiär auf den mutmaßlichen Willen des Vermögensinhabers an,⁴⁰ andernfalls sind die außerstrafrechtlichen Normen, denen das Innenverhältnis unterliegt, heranzuziehen.⁴¹ Üblicherweise gehört die Einhaltung der einschlägigen Normvorschriften konkludent zum Inhalt der Treueabrede.⁴² Es gibt verschiedenartige außerstrafrechtliche Pflichten, die im Rahmen der unternehmerischen Tätigkeit einzuhalten sind, wie z.B. Bilanz-, Wettbewerbs-, Steuer-, Umwelt- und Versicherungsvorschriften.⁴³ Der Verstoß gegen gesetzliche Pflichten, welche die Dispositionsbefugnis unabhängig vom Willen des Vermögensinhabers unmittelbar einschränken (dies geschieht vornehmlich im Familien- und Erbrecht), begründet die untreuerelevante Pflichtwidrigkeit mit dem selbstverständlichen

Vorbehalt, dass die verletzten Vorschriften dem Vermögensschutz dienen.⁴⁴

Ähnlich verhält es sich mit der Bestimmung des Pflichtwidrigkeitsmaßstabs bei Risikogeschäften, bei denen ebenfalls das Innenverhältnis zwischen Vermögensinhaber und Treupflichtigen maßgeblich ist. Der Wille des Vermögensinhabers, wie er sich in den festgesetzten risikopolitischen Vorgaben manifestiert oder unter Berücksichtigung der Gesamtumstände zu ermitteln ist, entscheidet nämlich darüber, inwieweit der Treuenehmer befugt ist, auf riskante Geschäfte einzugehen.⁴⁵ Stimmt der Vermögensinhaber einem Risikogeschäft zu, handelt es sich um ein konsentiertes Risiko, welches die Pflichtwidrigkeit der Vermögensbetreuung ausschließt, selbst wenn übermäßige Verlustgefahren übernommen sind oder das Geschäft nachteilig ausgeht.⁴⁶ Missachtet dagegen der Vermögensbetreuer die konkrete Anweisung des Vermögensinhabers, von riskanten Geschäften abzusehen, ist der risikohafte Umgang mit dem fremden Vermögen ohne Weiteres als pflichtwidrig zu bewerten.⁴⁷

2. Negative und limitierte Akzessorietät

Mit dem pauschalen Verweis auf Gesetz, behördlichen Auftrag und Rechtsgeschäft als Quellen des Pflichtverhältnisses im Rahmen des § 266 StGB wird akzessorisch an die vorgelegte Gesamtrechtsordnung (Zivil, Gesellschafts- und Öffentliches Recht) angeknüpft.⁴⁸ Der unvermeidbare Rückgriff auf außerstrafrechtliche Regelungen für die inhaltliche Ausführung der Pflichtverletzung wird zu Recht als die Hauptursache für die mangelnde Bestimmtheit des Untreuetatbestandes bemängelt.⁴⁹ Die Schlüsselfrage lautet: Ab welchem Grad des Verstoßes gegen außerstrafrechtliche Pflichten kann das Verhalten zu einem pflichtwidrigen i.S.d § 266 StGB heraufgestuft werden?

Einigkeit besteht darüber, dass ein zivil- oder öffentlich-rechtlich zulässiges Verhalten keine untreuerelevante Pflichtverletzung begründen kann.⁵⁰ Diese sog. negative Akzessori-

³⁵ *Ibold* (Fn. 5), S. 143.

³⁶ *Rönnau/Hohn*, NStZ 2004, 113 (114); *Stam*, JR 2017, 439 (440).

³⁷ Einhellige Meinung, *Hillenkamp*, NStZ 1981, 161 (164); *Knauer*, NStZ 2002, 399 (401); *Ransiek*, ZStW 117 (2004), 671; *Kubiciel*, NStZ 2005, 353 (358); *Kraatz*, ZStW 123 (2011), 447 (474); *Ginou* (Fn. 15), S. 83.

³⁸ *Knauer*, NStZ 2002, 399; *Kubiciel*, NStZ 2005, 353 (358); *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887 (907); *Beulke* (Fn. 2), S. 251; *Leite*, GA 2018, 580 (581); *Wachter*, ZStW 131 (2019), 286 (309).

³⁹ *Radtke/Hoffman*, GA 2008, 535 (538); *Kraatz*, ZStW 123 (2011), 447 (468); *Wachter*, ZStW 131 (2019), 286 (310).

⁴⁰ *Hillenkamp*, NStZ 1981, 167; *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634 (671); *Feigen*, in: Rogall/Puppe/Stein/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 445 (448); *Hellmann*, ZIS 2017, 433 (437); *Ginou* (Fn. 15), S. 84.

⁴¹ *Waßmer* (Fn. 7), S. 52, 58; *Kubiciel*, NStZ 2005, 353 (359); *Ibold* (Fn. 5), S. 130.

⁴² *Stam*, JR 2017, 439 (440); *Ibold* (Fn. 5), S. 131.

⁴³ Zur Unterscheidung zwischen internen Pflichten, die vorrangig am Gesellschaftsinteresse ausgerichtet sind und externen Pflichten, die allgemeinen Interessen dienen, siehe *Ibold* (Fn. 5), S. 148; *Holle*, AG 2011, 778 (784); *Höhme*, Untreuerelevante Pflichtwidrigkeit bei Risikogeschäften, 2019, S. 41 ff.

⁴⁴ *Kraatz*, ZStW 123 (2011), 447 (469); *Leite*, GA 2018, 580 (583).

⁴⁵ *Hellmann*, ZIS 2007, 433 (435, 438); *Radtke/Hoffman*, GA 2008, 535 (538); *Gerkau* (Fn. 32), S. 177; *Stenzel* (Fn. 32), S. 83.

⁴⁶ *Hillenkamp*, NStZ 1981, 161 (166); *Waßmer* (Fn. 7), S. 28; *Feigen* (Fn. 40), S. 447; *Esser*, NZWiSt 2018, 201 (204); *Höhme* (Fn. 43), S. 75.

⁴⁷ *Schünemann* (Fn. 10), § 266 Rn. 135; *Hillenkamp*, NStZ 1981, 161 (166); *Murmann*, JURA 2010, 561 (564).

⁴⁸ *Schünemann* (Fn. 10), § 266 Rn. 110; *Ransiek*, ZStW 117 (2004), 634 (644); *Kubiciel*, NStZ 2005, 353 (354); *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887 (906); *Beulke* (Fn. 2), S. 245 (250); *Brammsen*, wistra 2009, 85 (86); *Seibt/Schwarz*, Die Aktiengesellschaft 2010, 301 (304).

⁴⁹ *Ransiek*, ZStW 117 (2004), 634 (641); *Kubiciel*, NStZ 2005, 353 (354); *Saliger*, HRRS 2006, 10 (12); *Höhme* (Fn. 43), S. 61.

⁵⁰ *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887 (906); *Beulke* (Fn. 2), S. 251; *Spindler*, ZIP 2006, 349 (350); *Seibt/Schwarz*, Die

etät ist Ausfluss des sekundären Charakters des Strafrechts, das bekanntermaßen an Verbote der jeweiligen Rechtsordnung anknüpft: Sollte außerstrafrechtlich erlaubtes Verhalten mit Strafe geahndet werden, stünde dieses Ergebnis kaum mit der Einheit der Rechtsordnung im Einklang.⁵¹ Es fragt sich nunmehr, ob umgekehrt ein Verhalten, das gegen außerstrafrechtliche Pflichten verstößt, notwendigerweise als pflichtwidrig i.S.d. § 266 StGB einzustufen ist, oder ob für die Erfüllung des Untreuetatbestandes eine darüberhinausgehende zusätzliche Prüfung der Pflichtwidrigkeit anhand genuiner strafrechtlicher Kriterien notwendig ist.

Dem Bedürfnis, das Pflichtwidrigkeitsmerkmal unter strafrechtsspezifischen Gesichtspunkten einschränkend zu bestimmen, trägt die sog. limitierte (oder asymmetrische) Akzessorietät des Untreuetatbestandes Rechnung, wonach aus dem Verstoß gegen außerstrafrechtliche Pflichten nicht ohne Weiteres auf die Pflichtwidrigkeit i.S.d. § 266 StGB geschlossen werden kann.⁵² Anders ausgedrückt: Primärrechtlich verbotenes Verhalten wird als eine notwendige, nicht aber als hinreichende Bedingung der Untreuestrafbarkeit begriffen und bildet die Untergrenze der untreuerelevanten Pflichtwidrigkeit.⁵³ Diese Erkenntnis lässt sich auch damit begründen, dass das Strafrecht als letztes Mittel nur insoweit eingreift, als die außerstrafrechtlichen (zivil- oder öffentlich-rechtlichen) Regelungen für den Schutz vor verwerflichem und sozialschädlichem Verhalten nicht ausreichen (Ultima-ratio-Prinzip).⁵⁴ Mit der limitierten Akzessorietät geht eine zweistufige Bewertung der Pflichtwidrigkeit einher, wobei in einem ersten Schritt der Verstoß gegen außerstrafrechtliche Pflichten festgestellt wird und anschließend in einem zweiten Schritt die Pflichtwidrigkeit i.S.d. § 266 StGB anhand strafrechtsautonomer Kriterien geprüft wird.⁵⁵ Dadurch wird ein strafrechtlicher Filter eingerichtet, mithilfe dessen aus der Gesamtheit der (vermögensbezogenen) Pflichtverstöße die besonders schwerwiegenden ausgesondert wer-

den, welche die Strafbarkeit nach § 266 StGB tragen können.⁵⁶

3. Gesellschaftsrechtliche Sorgfaltsmaßstäbe bei unternehmerischen Entscheidungen

Bevor näher darauf eingegangen wird, welche strafrechtsspezifischen Anhaltspunkte für die Bestimmung des Pflichtwidrigkeitsmerkmals bei unternehmerischen Entscheidungen hinzutreten dürfen, ist es vor dem Hintergrund der limitierten Akzessorietät angebracht, den auf die Unternehmensleiter anzuwendenden gesellschaftsrechtlichen Haftungsmaßstab festzulegen.

Die zivilrechtliche Haftung des Vermögensbetreuungs-pflichtigen ergibt sich grundsätzlich aus der schuldhaften (und zwar auch aus leichter Fahrlässigkeit heraus) Verletzung der durch Gesetz, Satzung, Geschäftsordnung oder Anstellungsvertrag auferlegten Verhaltenspflichten.⁵⁷ Mangelt es an genauen gesetzlichen oder vertraglichen Verhaltensvorgaben, ist der Haftungsmaßstab des Unternehmensleiters positiv am Maßstab der Generalklauseln von §§ 76 Abs. 1 und 93 Abs. 1 S. 1 AktG zu messen; der AG-Vorstand leitet nämlich die Gesellschaft unter eigener Verantwortung (§ 76 Abs. 1 AktG) und hat dabei die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsmanns einzuhalten (§ 93 Abs. 1 S. 1 AktG).⁵⁸ Dieser allgemeine Haftungsmaßstab ändert allerdings nichts an der Tatsache, dass die Unternehmensleiter grundsätzlich verpflichtet sind, sich an die individuellen Verhaltensanweisungen des Geschäftsherrn sowie an die konkreten gesetzlichen Pflichten zu halten.⁵⁹ Von unternehmerischen Fehlentscheidungen, welche den allgemeinen Sorgfaltspflichtmaßstab von §§ 76 Abs. 1 und 93 Abs. 1 S. 1 AktG i.d.S. verletzen, dass sie ein vernünftiger Geschäftsleiter nicht getroffen hätte, rühren Ansprüche der Gesellschaft auf Schadensersatz für auftretende Vermögensnachteile her.⁶⁰

Vor dem Hintergrund der bereits angesprochenen Unwägbarkeit und Zukunftsbezogenheit unternehmerischen Handelns ist es geboten, den Geschäftsführern einen relativ weiten und gerichtlich nicht überprüfbaren Ermessensfreiraum zuzubilligen, sodass sie nicht durch strenge Haftungsmaßstäbe vom Eingehen geschäftlicher Risiken abgehalten werden.⁶¹ Diese Notwendigkeit wurde in der grundlegenden (zivilrechtlichen) ARAG/Garmenbeck-Entscheidung vom 21. April 1997

Aktiengesellschaft 2010, 301 (304); *Wachter*, ZStW 131 (2019), 286 (307); *Höhme* (Fn. 43), S. 129.

⁵¹ *Lüderssen*, in: *Dölling* (Fn. 34), S. 727 (728); *Schünemann*, NSStZ 2005, 473 (474); *Murmann*, JURA 2010, 561 (564); *Brammsen*, wistra 2009, 85 (87); *Kraatz*, ZStW 123 (2011), 447 (449).

⁵² *Waßmer* (Fn. 7), S. 73; *Günther* (Fn. 23), S. 314; *Ibold* (Fn. 5), S. 94; *Bosch/Lange*, JZ 2009, 225 (227); *Perron*, ZGR 2016, 187 (196). Im Sinne der limitierten Akzessorietät bilden die Verletzung außerstrafrechtlicher Pflichten und die untreuerelevante Pflichtverletzung zwei konzentrische Kreise, bei denen die Anwendung des § 266 StGB im inneren Kreis abgebildet wird. Siehe dazu *Brammsen*, wistra 2009, 85 (87).

⁵³ *Lüderssen* (Fn. 51), S. 729; *Günther* (Fn. 23), S. 314; *Matt*, NJW 2005, 389 (390); *Seibt/Schwarz*, Die Aktiengesellschaft 2010, 301 (310); *Wagner*, ZStW 131 (2019), 319 (353).

⁵⁴ *Dierlamm*, StraFo 2005, 397 (398); *Brammsen*, wistra 2009, 85 (87); *Kraatz*, ZStW 123 (2011), 447 (449).

⁵⁵ *Baur/Holle*, ZIP 2017, 555 (556); *Beulke* (Fn. 2), S. 252; *Dierlamm*, StraFo 2005, 397 (398).

⁵⁶ *Tiedemann* in: *Hanack/Rieß/Wendisch* (Hrsg.), Festschrift für Hans Dünnebier zum 75. Geburtstag am 12. Juni 1982, 1982, S. 519 (533).

⁵⁷ *Spindler* (Fn. 4), § 93 Rn. 145; *ders.*, Die Aktiengesellschaft 2013, 889; *Fleischer*, NJW 2009, 2337.

⁵⁸ *Bosch/Lange*, JZ 2009, 225 (226); *Leite*, GA 2018, 580 (581); *Stenzel* (Fn. 32), 90; *Höhme* (Fn. 43), S. 82.

⁵⁹ *Ibold* (Fn. 5), S. 150, 168; *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 671; *Kubiciel*, NSStZ 2005, 353 (360); *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 908; *Seibt/Schwarz*, Die Aktiengesellschaft 2010, 301 (305).

⁶⁰ *Bosch/Lange*, JZ 2009, 225.

⁶¹ *Bosch/Lange*, JZ 2009, 225 (228); *Spindler*, Die Aktiengesellschaft 2013, 889 (890); *Stam*, JR 2017, 439 (440); *Ibold* (Fn. 5), S. 183; *Kindhäuser* (Fn. 18), § 266 Rn. 75a; *Höhme* (Fn. 43), S. 46.

anerkannt.⁶² So heißt es in dieser Entscheidung, dass „dem Vorstand bei der Leitung der Geschäfte des Gesellschaftsunternehmens ein weiter Handlungsspielraum zugebilligt werden muss, ohne den eine unternehmerische Tätigkeit schlechterdings nicht denkbar ist“ und dass dazu „auch die Gefahr von Fehlbeurteilungen und Fehleinschätzungen“ gehört. Einigkeit besteht darüber, dass die Sicht des Entscheidungsträgers zum Zeitpunkt der unternehmerischen Entscheidung (ex ante-Betrachtung) maßgebend ist, ungeachtet ob die Entscheidung sich im Nachhinein (ex post) als nachteilig herausstellt.⁶³ Mit der ex ante-Sichtweise wird der Gefahr des sog. Rückschaufehlers („hindsight bias“) vorgebeugt,⁶⁴ sodass aus der Risikoverwirklichung keine Rückschlüsse auf die Pflichtwidrigkeit erfolgen.⁶⁵

Als Gegengewicht zur strengen Schadensersatzpflicht der Geschäftsleiter für jeden schuldhaften Fehlgebrauch des gewährten Ermessensspielraums fungiert die aus dem US-amerikanischen Recht stammende sog. Business Judgement Rule, die einen der inhaltlichen (gerichtlichen) Überprüfung entzogenen Haftungsfreiraum der Unternehmensleitung schafft.⁶⁶ In der oben erwähnten ARAG/Garmenbeck-Entscheidung hat der BGH klargestellt, dass eine aktienrechtliche Haftung des Vorstandes einer AG für Unternehmensentscheidungen erst dann in Betracht kommt „wenn die Grenzen, in denen sich von Verantwortungsbewusstsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältige 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“.⁶⁷ Die in der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung aufgestellten Kriterien dienten als Vorbild für die Kodifizierung der Business Judgement Rule im deutschen Recht. Durch das am 1.11.2005 in Kraft getretene „Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts“ (UMAG) wurde § 93 Abs. 1 AktG um den folgenden Satz ergänzt: „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“ (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG). Die Business Judgement Rule stellt ein Haftungsprivileg in Form eines „sicheren Hafens“ („safe harbour“) dar, das dem Umstand Rechnung trägt, dass das Eingehen von Risiken im freien Ermessen der Un-

ternehmensleitung liegt und die Richtigkeit einer unternehmerischen Entscheidung im Nachhinein nicht mit Sicherheit eingeschätzt werden kann.⁶⁸

Soweit die Business Judgement Rule sich nur auf unternehmerische Entscheidungen mit Handlungsspielräumen bezieht, ist sie nicht auf die sog. „gebundenen“ Entscheidungen anwendbar.⁶⁹ Aus § 93 Abs. 1 S. 2 AktG ergeben sich für den Vorstand folgende Sorgfaltsanforderungen: Eine unternehmerische Entscheidung soll auf der vernünftigen⁷⁰ Annahme beruhen, dass sie a) am Wohl der Gesellschaft (m.a.W. am Unternehmensinteresse) ausgerichtet ist und b) auf der Grundlage angemessener Information getroffen wird.⁷¹ Als ungeschriebene Voraussetzung für die Einhaltung der Business Judgement Rule wird die Freiheit von Interessenkonflikten, die ohnehin zentrales Element der amerikanischen Business Judgement Rule ist, verlangt.⁷² Auf eine erschöpfende Behandlung der einzelnen Tatbestandsmerkmale der Business Judgement Rule soll an dieser Stelle verzichtet werden.⁷³

Ungeachtet dessen, ob § 93 Abs. 1 S. 2 AktG dogmatisch als gesetzliche Konkretisierung des allgemeinen Sorgfaltsmaßstabs des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG („ordentlicher und gewissenhafter Kaufmann“)⁷⁴ oder als Haftungsausschlussgrund⁷⁵ eingeordnet werden muss, ist es im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum weitgehend anerkannt, dass erst dann eine zivilrechtliche Pflichtwidrigkeit in Betracht kommt, wenn eine schlechthin unvertretbare oder ganz unvernünftige bzw. unverantwortliche Unternehmensentscheidung getroffen wurde, deren Fehlerhaftigkeit derart evident ist, dass sich das Vorliegen eines Fehlers förmlich aufdrängt.⁷⁶ Auf diese Weise wird der Inhalt einer unternehmerischen Entscheidung einer eingeschränkten gerichtlichen Vertretbarkeitskontrolle unterzogen.⁷⁷ Im Hinblick darauf, dass es die eine einzig richtige Entscheidung, welche den Anforderungen der ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleitung genügt,

⁶² BGHZ 135, 244 = NJW 1997, 1926.

⁶³ *Bosch/Lange*, JZ 2009, 225 (231); *Schünemann* (Fn. 10), § 266 Rn. 135.

⁶⁴ Dazu *Kudlich*, in: Safferling/Kett-Straub/Jäger/Kudlich (Hrsg.), Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag, 2017, S. 63 (68); *Kocher*, CCZ 2009, 215 (216).

⁶⁵ *Leite*, GA 2018, 580 (581).

⁶⁶ Zur Entstehungsgeschichte und Hintergründe der BJR siehe *Schmidt*, Die Relevanz der Business Judgement Rule (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG) für die Vorstandsuntreue, 2015, S. 11 ff.

⁶⁷ BGHZ 135, 244 (253).

⁶⁸ *Kocher*, CCZ 2009, 215 (216); *Seibt/Schwarz*, Die Aktiengesellschaft 2010, 301 (305).

⁶⁹ *Holle*, AG 2011, 779; *Spindler*, Die Aktiengesellschaft 2013, 889 (892). Bei derartigen gebundenen Entscheidungen ohne Ermessensspielraum bestimmt sich die Pflichtwidrigkeit nach der Grundregel des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG.

⁷⁰ „Vernünftigerweise“ bedeutet, dass der Unternehmensführung eine intersubjektiv nachvollziehbare rationale Entscheidung zugrunde liegt. Dazu *Schmidt* (Fn. 66), S. 35 ff.

⁷¹ *Seibt/Schwarz*, AG 2010, 301 (305).

⁷² *Bachmann* (Fn. 5), S. 26.

⁷³ Ein Einblick in die einzelnen Voraussetzungen des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG unter Verweis auf die aktienrechtlichen Vorgaben findet sich bei *Schmidt* (Fn. 66), S. 25 ff. m.w.N.

⁷⁴ In diese Richtung *Spindler* (Fn. 4), § 93 Rn. 46; *Paeffgen*, NZG 2009, 891 (892); *Kocher*, CCZ 2009, 215 (216); *Scholz*, AG 2018, 173 (182).

⁷⁵ *Adick*, Organuntreue (§ 266 StGB) und Business Judgement, 2010, S. 72; *Schmidt* (Fn. 66), S. 96, 97.

⁷⁶ *Spindler* (Fn. 4), § 93 Rn. 65; *Eibach/Scholz*, ZStW 133 (2021), 685 (698).

⁷⁷ *Scholz*, AG 2018, 173 (177).

kaum gibt, ist es dem Gericht verwehrt, seine eigenen Vorstellungen an die Stelle der getroffenen Entscheidung zu setzen.⁷⁸ Die unbegrenzte justizielle Prüfung unternehmerischer Entscheidungen würde praktisch auf die Wirtschaftslenkung über die Anwendung des § 266 StGB hinauslaufen.⁷⁹

Wird bei einer Fehlentscheidung den Vorgaben des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG Genüge getan, ist die unternehmerische Entscheidung pflichtgemäß und zieht mithin aktienrechtlich keine Schadenersatzansprüche gegenüber der Gesellschaft nach sich.⁸⁰ Liegen dagegen die Voraussetzungen der Business Judgement Rule nicht vor, d.h. bei unvertretbaren bzw. unvernünftigen Entscheidungen, wird der Haftungsmaßstab des Geschäftsleiters in der aktienrechtlichen Literatur uneinheitlich diskutiert. Die h.A. verlangt bei Verstößen gegen die Business Judgement Rule, dass die Pflichtwidrigkeit des Vorstandes in einem zweiten Schritt positiv am allgemeinen Sorgfaltsmaßstab des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (§ 93 Abs. 1 S. 1 AktG) zu messen ist;⁸¹ nach anderer Ansicht verletzen unternehmerische Entscheidungen, welche den Vorgaben der Business Judgement Rule nicht gerecht werden, stets den allgemeinen Pflichtenmaßstab des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG und begründen infolgedessen ohne Weiteres die aktienrechtliche Haftung des Vorstandes.⁸²

IV. Der Restriktionsansatz der „gravierenden Pflichtverletzung“ in der höchstrichterlichen Rechtsprechung

1. Entstehung: Die Kreditvergabe-Urteile

Die höchstrichterliche Rechtsprechung des vorherigen Jahrzehnts hat es unternommen, den Untreuetatbestand speziell bei risikobehafteten Unternehmensentscheidungen durch ungeschriebene Merkmale und zwar dahingehend einzuschränken, dass die Pflichtwidrigkeit i.S.d. § 266 StGB „gravierend“ sein muss.

Die Gewährung von Krediten stellt die erste Fallgruppe dar, wobei die höchstrichterliche Rechtsprechung das Erfordernis der „gravierenden Pflichtwidrigkeit“ eingeführt hat. Ausgangspunkt war die Entscheidung des *1. Strafsenats* vom 6.4.2000 (1 StR 280/99),⁸³ welcher die Erhöhung des Kreditlimits unter Verletzung der sich aus § 18 S. 1 KWG ergebenden Pflicht zur Offenlegung der wirtschaftlichen Lage des

Kreditnehmers zugrunde lag. Der BGH hat angenommen, dass für die Bejahung der untreuerelevanten Pflichtverletzung eine allenfalls geringfügige Verletzung des § 18 S. 1 KWG nicht ausreiche. Die sorgfältige Abwägung von Risiken gegen Chancen auf der Grundlage umfassender Information schließt die Pflichtverletzung i.S.d. § 266 StGB aus, auch wenn das Engagement später notleitend wird. Die Entscheidung nennt verschiedenartige Anhaltspunkte, die auf eine pflichtwidrige Risikoprüfung hinweisen, wie die Vernachlässigung der Informationspflicht, die fehlende Befugnis zur Kreditvergabe, die Einreichung unrichtiger oder unvollständiger Angaben, die Missachtung der vorgegebenen Zwecke, die Überschreitung der Höchstkreditgrenzen und die Eigennützigkeit des Entscheidungsträgers. Der *Senat* stellt ferner klar, dass der Untreuetatbestand nur dann erfüllt wird, wenn der eingetretene Vermögensnachteil auf die Pflichtwidrigkeit zurückzuführen ist; an diesem notwendigen Zusammenhang fehlt es aber etwa, wenn die Bonität des Kreditnehmers außer Zweifel steht.

Das Kriterium der „gravierenden Pflichtverletzung“ bei der Kreditvergabe wurde erstmals ausdrücklich in der nachfolgenden Entscheidung des *1. Strafsenats* vom 15.11.2001⁸⁴ statuiert, die sich als Fortführung von BGHSt 46, 30 bezeichnet. Der *1. Senat* führt nochmals aus – ohne jedoch auf spezielle Pflichtwidrigkeitsanhaltspunkte zurückzugreifen –, dass eine Pflichtverletzung i.S.d. § 266 StGB nur dann vorliegt, wenn der Entscheidungsträger die in § 18 S. 1 KWG normierte Informations- und Prüfungspflicht, welche Ausfluss der anerkannten bankkaufmännischen Grundsätze ist, gravierend verletzt hat.

2. Konsolidierung: Das Sponsoring-Urteil (SSV Reutlingen)

Die Entscheidung des *1. Strafsenats* vom 6.12.2001 (1 StrR 215/01)⁸⁵ hat die Reichweite des Kriteriums der „gravierenden Pflichtverletzung“ auf unentgeltliche Zuwendungen an Dritte (Sponsoring) ausgedehnt. Der BGH bestätigte die Verurteilung wegen Untreue des Vorstandsvorsitzenden der Südwestdeutschen Verkehrs AG, der aus dem Vermögen der AG insgesamt 50.000 DM als Spende an den Fußballverein SSV Reutlingen, in dem er zugleich als Präsident tätig war, ohne Verbuchung übergab. Unter Rückgriff auf die grundlegende ARAG/Garmenbeck-Entscheidung führt der *Senat* aus, dass der Vorstand bei der Leitung der Aktiengesellschaft über einen weiten Handlungsspielraum verfügt, ohne den keine unternehmerische Tätigkeit denkbar wäre. Dem Ermessen des Vorstands wird als äußere Grenze die Verfolgung des Unternehmensinteresses gesetzt; Spenden zur Förderung von Kunst, Wissenschaft, Sozialzwecken oder Sport sind mit dem allgemeinen Sorgfaltsmaßstab des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG nur dann vereinbar, wenn sie auf die Verbesserung der sozialen Akzeptanz der Gesellschaft abzielen und keine Privatbelange verfolgen. Die Entscheidung bestätigt nochmals, dass die untreuerelevante Pflichtwidrigkeit eine gravierende Pflichtverletzung voraussetzt, welche sich anhand einer Gesamtschau gesellschaftsrechtlicher Kriterien bestimmt, wie die

⁷⁸ *Waßmer* (Fn. 7), 72; *Beulke* (Fn. 2), S. 254; *Scholz*, AG 2018, 173 (178); *Eibach/Scholz*, ZStW 133 (2021), 685 (697).

⁷⁹ Instruktiv dazu *Beulke* (Fn. 2), S. 247.

⁸⁰ *Bosch/Lange*, JZ 2009, 225 (232); *Esser*, NZWiSt 2018, 201 (206); *Stam*, JR 2017, 439 (441); *Höhme* (Fn. 43), S. 46.

⁸¹ *Spindler* (Fn. 4), § 93 Rn. 47; *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Aktiengesetz, Stand: 1.9.2021, § 93 Rn. 82; *Hopt/Roth*, in: *Hopt/Wiedemann*, Aktiengesetz, Großkommentar, Bd. 4/2, 5. Aufl. 2015, § 93 Rn. 67, 95; *Bachmann* (Fn. 5), S. 26.

⁸² *Scholz*, Die Aktiengesellschaft 2015, 222 (223); *ders.*, Die Aktiengesellschaft 2018, 173 (182), aufbauend auf der Prämisse, dass die Business Judgement Rule den allgemeinen Sorgfaltsmaßstab des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG nicht verschärft, sondern lediglich konkretisiert.

⁸³ BGHSt 46, 30 = NSStZ 2000, 655 = NJW 2000, 2364.

⁸⁴ BGHSt 47, 148 = NSStZ 2002, 262 = NJW 2002, 1211.

⁸⁵ BGHSt 47, 187 = NSStZ 2002, 322 = NJW 2002, 1585.

fehlende Nähe zum Unternehmensgegenstand, die Unangemessenheit im Hinblick auf die Vermögenslage, die fehlende innerbetriebliche Transparenz und die sachwidrige Verfolgung rein persönlicher Präferenzen. Jedenfalls dann, wenn sämtliche dieser Kriterien vorliegen, dient die Spendenvergabe nicht dem Unternehmensinteresse und ist infolgedessen als pflichtwidrig i.S.d. § 266 StGB anzusehen.

3. Abkehr: Das Anerkennungsprämien-Urteil (Mannesmann)

Das sog. „Mannesmann-Verfahren“ ist einer der spektakulärsten Strafprozesse der 2000er Jahre in Deutschland. Den Mitgliedern des Aufsichtsrates der Mannesmann AG wurde vorgeworfen, dass sie durch die Gewährung von hohen kompensationslosen Anerkennungsprämien („appreciation awards“) an Vorstandsmitglieder treuwidrig das Gesellschaftsvermögen geschädigt haben. Als außerstrafrechtlicher Anknüpfungspunkt wurde § 87 Abs. 1 S. 1 AktG herangezogen, wonach die Vorstandsbezüge in einem angemessenen Verhältnis zur Aufgabe und Leistung des Vorstands und der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen müssen. Das LG Düsseldorf⁸⁶ sprach die Angeklagten vom Vorwurf der Untreue mit der Begründung frei, dass bei einer Gesamtschau der maßgeblichen Umstände selbst dann keine gravierende Pflichtverletzung vorliege, wenn man davon ausgehe, dass die Angeklagten aktienrechtlich gegen § 87 Abs. 1 S. 1 AktG verstoßen haben, indem sie Anerkennungsprämien bewilligt hatten, die keinesfalls dem Interesse der Mannesmann AG dienen.

Der 3. Strafsenat hob mit dem Urteil vom 21.12.2005 (3 StR 470/04)⁸⁷ den erstinstanzlichen Freispruch auf. Die Entscheidung geht davon aus, dass das in den vorangegangenen Urteilen des 1. Strafsenats (BGHSt 47, 148 und BGHSt 47, 187) aufgestellte Kriterium der „gravierenden Pflichtverletzung“ nicht auf den Bereich der Anerkennungsprämienvergabe übertragbar ist. Dies wird damit begründet, dass das Merkmal „gravierend“ in BGHSt 47, 148 auf die Verletzung der Informations- und Prüfungspflicht bei Kreditvergaben bezogen ist, während in BGHSt 47, 187 auf die wirtschaftlichen Besonderheiten der Unternehmensspenden abgestellt wird. Anders als bei den Fallgestaltungen der Kredit- bzw. Spendenvergaben, die risikobehaftet sind und einem weiten Handlungs- und Ermessensspielraum unterliegen, wirkt sich die Prämienzuerkennung von vornherein nachteilig für das Unternehmensvermögen aus, sodass den Vorstandsmitgliedern kein Handlungsspielraum diesbezüglich eröffnet wird. Die Entscheidung distanziert sich also von dem restriktiven Kriterium der „gravierenden Pflichtverletzung“ und beschränkt dessen Gültigkeit nur auf risikobehaftete Prognoseentscheidungen.

4. Relativierung

a) Bei Überschreitungen des Ermessensspielraums (Kinowelt-Urteil)

Die Entscheidung vom 22.11.2005 (sog. Kinowelt-Urteil)⁸⁸ hat das Kriterium der „gravierenden“ Pflichtwidrigkeit in

Zusammenhang mit dem bei unternehmerischen Entscheidungen in Betracht zu ziehenden Ermessensspielraum gestellt. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Vorstandsvorsitzende der Kinowelt Holding Gesellschaft veranlasste, trotz des Scheiterns eines Sanierungskonzepts, den Kapitaltransfer von ca. einer Millionen Euro an die der Unternehmensgruppe angehörige Sportwelt GmbH. Der BGH bestätigte die Verurteilung wegen Untreue mit folgender Begründung: Unternehmerische Entscheidungen des AG-Vorstandes dürfen gesellschaftsrechtlich in eigener Verantwortung (§ 76 Abs. 1 AktG) und mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (§ 93 Abs. 1 S. 1 AktG) innerhalb eines weiten Ermessensspielraums getroffen werden. Wird aber die äußerste Grenze unternehmerischer Entscheidungsfreiheit überschritten und damit eine Hauptpflicht gegenüber dem Unternehmen verletzt, so liegt eine Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten vor, die so gravierend ist, dass sie stets eine Pflichtwidrigkeit i.S.d. § 266 StGB begründet.⁸⁹ In dem zu beurteilenden Fall lag die Schwere der Pflichtverletzung darin, dass der Kapitaltransfer an die Sportwelt unvertretbar und keineswegs mit dem Unternehmensinteresse vereinbar war. Entgegen der verbreiteten Annahme, dass die Kinowelt-Entscheidung das Gravitätskriterium aufgegeben habe,⁹⁰ sprechen die besten Gründe dafür, dass nunmehr die Gravität der Pflichtverletzung ohne Bezugnahme auf starre fallspezifische Kriterien mit der Überschreitung des Ermessensspielraums gleichgesetzt wird.

b) Bei Verletzungen der „Business Judgement Rule“ (Nürburgring- und HSH Nordbank-Urteile)

Im Fokus der darauffolgenden Entscheidung des BGH vom 26.11.2015 (3 StR 17/15),⁹¹ welche die Affäre um das Investitionsprojekt „Nürburgring“ betraf, lag die Relevanz der in § 93 Abs. 1 S. 1 AktG kodifizierten Business Judgement Rule bei der Prüfung der Gravität der Pflichtverletzung. Der Entscheidung lag folgender vereinfacht dargestellter Sachverhalt zugrunde: Der Geschäftsführer der staatlichen Nürburgring GmbH veranlasste die sofortige Provisionsbezahlung von vier Millionen Euro an einen Investor, ohne vorher die Deckung des von ihm eingereichten Schecks zu überprüfen. Der 3. Strafsenat verdeutlicht unter Rückgriff auf die Prämissen der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung, dass die Business Judgement Rule den Maßstab für das Vorliegen einer Pflichtverletzung i.S.d. § 266 StGB liefert; im vorliegenden Fall lag der Abschluss der Vorauszahlungsvereinbarung außerhalb des freien unternehmerischen Gestaltungsspielraums, denn die Wahrscheinlichkeit, dass der eingereichte Scheck nicht

⁸⁹ Das Einfügen des Wortes „damit“ macht die Ausführungen der Kinowelt-Entscheidung mehrdeutig: Die Verletzung der Hauptpflicht kann entweder konsekutiv als unmittelbare Folge oder konditionell als Bedingung des Ermessensmissbrauchs angesehen werden. Siehe dazu die Ausführungen von *Schünemann*, NStZ 2006, 196 (198).

⁹⁰ So aber die h.A., siehe *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887 (911); *Kutzner*, NJW 2006, 3541 (3542); *Schünemann*, NStZ 2006, 196 (198).

⁹¹ BGHSt 61, 48 = NJW 2016, 2585.

gedeckt sein könnte, war evident hoch. Die Entscheidung stimmt mit dem vorherigen Kinowelt-Urteil insoweit überein, als sie ebenfalls davon ausgeht, dass die „gravierende Pflichtverletzung“ die Überschreitung des weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraums des Entscheidungsträgers bei unternehmerischer Tätigkeit widerspiegelt.

In der nachfolgenden Entscheidung im Fall HSH Nordbank ergriff der BGH die Gelegenheit, den Zusammenhang der Pflichtverletzung mit dem allgemeinen Sorgfaltsmaßstab des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG und der Business Judgement Rule zu beleuchten. Um die Eigenkapitalquoten der Bank zu verbessern und die Herabstufung ihrer Kreditwürdigkeit zu verhindern, schloss der Vorstand der HSH Nordbank mit der französischen BNP Paribas die sog. Omega 55-Transaktion ab; demgemäß übertrug die HSH Nordbank in Form eines „Überkreuzgeschäfts“ ein Portfolio von Kreditforderungen an BNP Paribas und übernahm als Gegenleistung die Finanzierung eines anderen Produkts. Weil die Transaktion gewichtige Verluste für die HSH Nordbank zur Folge hatte, wurde den Mitgliedern des Bankvorstands Untreue vorgeworfen. In der ersten Instanz hat das LG Hamburg eine zweistufige Prüfung vorgenommen, aufgrund derer die Pflichtwidrigkeit auf der ersten Stufe anhand gesellschaftsrechtlicher Kriterien und auf der zweiten Stufe strafrechtsautonom bewertet wurde und sprach die Angeklagten mit der Begründung frei, dass die Verletzung der aktienrechtlichen Informationspflicht nicht „offensichtlich“ oder „gravierend“ war.

Der 5. *Strafsenat* des BGH hob mit der Entscheidung vom 12.10.2016 (5 StR 134/15)⁹² den Freispruch auf, weil das LG rechtsfehlerhaft in einem zweiten Schritt geprüft hatte, ob die Angeklagten ihre Pflichten „gravierend“ verletzt haben. In Anlehnung an das Kinowelt-Urteil verdeutlicht die Entscheidung, dass bei Verletzung des generellen Sorgfaltsmaßstabs des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG (ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter) die Pflichtwidrigkeit stets als gravierend anzusehen ist. Einen zusätzlichen Maßstab für das Vorliegen einer untreuerelevanten Pflichtverletzung bei unternehmerischen Entscheidungen liefert die in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG kodifizierte Business Judgement Rule, welche die äußersten Grenzen unternehmerischen Ermessens markiert; überschreitet der Geschäftsleiter diese Grenzen, liegt eine Verletzung einer gesellschaftsrechtlichen Hauptpflicht vor, die automatisch so „gravierend“ ist, dass für eine gesonderte strafrechtspezifische Prüfung kein Raum bleibt. Der 5. *Strafsenat* beanstandet die zweistufige Vorgehensweise des LG Hamburg mit der Erwägung, dass in der zweiten Prüfungsstufe Gesichtspunkte herangezogen worden sind, die bereits im Rahmen der Prüfung der gesellschaftsrechtlichen Pflichtwidrigkeit zu würdigen gewesen wären. Der 5. *Strafsenat* nimmt ferner an, dass die Einhaltung der Voraussetzungen der Business Judgement Rule eine untreuerelevante Pflichtverletzung zwar ausschließt, allein der Verstoß gegen die Business Judgement Rule jedoch nicht begründet, sondern schlicht indiziert, dass der Entscheidungsträger den allgemeinen Sorgfaltsanforderungen des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (§ 93 Abs. 1 S. 1 AktG) nicht gerecht ge-

worden ist. Der Sorgfaltspflichtmaßstab des § 93 Abs 1 S. 1 AktG ist erst dann verletzt, wenn das Vorstandshandeln „schlechthin unvertretbar“ ist und sich der Fehler der unternehmerischen Entscheidung einem Außenstehenden förmlich aufdrängt.

5. Absegnung durch das BVerfG

Das BVerfG hat in seiner schwerwiegenden Entscheidung vom 23.6.2010 (sog. Juni-Beschluss)⁹³ festgestellt, dass der Untreuetatbestand trotz seiner Weite durch restriktive Auslegung noch als verfassungsgemäß angesehen werden kann; um einen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot zu vermeiden, sind „die Anwendung des Untreuetatbestands auf Fälle klarer und deutlicher (evidenter) Fälle pflichtwidrigen Handels zu beschränken, Wertungswidersprüche zur Ausgestaltung spezifischer Sanktionsregelungen zu vermeiden und der Charakter des Untreuetatbestands als eines Vermögensdelikts zu bewahren“. Vor diesem Hintergrund hat das BVerfG dem in der BGH-Rechtsprechung (unter Verweis auf die Urteile SSV Reutlingen, Kinowelt und Mannesmann) entwickelten Kriterium der „gravierenden Pflichtverletzung“ vollumfänglich zugestimmt.

6. Aktuelle Entwicklungen

Der BGH befasste sich im vorigen Jahr 2021 nochmals mit der immer wiederkehrenden Problematik der durch die Gewährung von Krediten und Spenden begangenen Untreue.

a) Kredituntreue

Die These des BGH in der HSH Nordbank-Entscheidung, dass nur vertretbare unternehmerische Entscheidungen den Sorgfaltsanforderungen des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters genügen, wurde in der jüngsten BGH-Entscheidung vom 27.1.2021 (3 StR 628/19)⁹⁴ mit den notwendigen Anpassungen an die Besonderheit der Kreditvergabe-tätigkeit bestätigt und weiterentwickelt. Den Vorstandsmitgliedern einer Sparkasse wurde zur Last gelegt, dass sie angesichts der Sanierung einer GmbH wegen ausstehender Kredite in Höhe von 6,7 Millionen Euro, einen nicht völlig durch Bürgschaften besicherten Kontokorrentkredit in Höhe von 600.000 Euro gewährten. Die Angeklagten wurden erstinstanzlich vom Vorwurf der Untreue mit der Begründung freigesprochen, dass trotz des Scheiterns des Sanierungsplans die Kreditvergabe kaufmännisch gut vertretbar war und es infolgedessen an einer Pflichtverletzung des Sparkassenvorstands fehle. Dem 3. *Strafsenat* zufolge hält jedoch der Freispruch rechtlicher Überprüfung nicht stand. Die Entscheidung geht davon aus, dass eine Vermögensbetreuungspflichtverletzung erst dann vorliegt, wenn die Vorstandsmitglieder die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters nicht anwenden, die in der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung festgelegten äußersten Grenzen des Beurteilungsspielraums überschreiten oder gegen interne Kompetenzregeln, die zumindest auch zum Schutz des Vermögens

⁹³ BVerfGE 126, 170 (210) = NJW 2010, 3209.

⁹⁴ BGH BeckRS 2021, 7195 = NSTZ 2021, 738 m. Anm. *Schwerdfeger*.

⁹² BGH NJW 2017, 578 = HRRS 2017, Nr. 34.

des Kreditinstituts dienen, verstoßen (z.B. festgelegte Kreditgrenzen, vorgeschriebene Sicherheiten, mangelnde Zustimmung eines anderen Gremiums); nur wenn keine detaillierten Vorgaben für die Kreditvergabe bestehen, ist eine Pflichtverletzung grundsätzlich dann zu bejahen, wenn bei einer Gesamtschau aller relevanten Umstände das Handeln sich als unvertretbar darstellt und der Leitungsfehler evident ist. Insbesondere der Missachtung formeller Pflichten (z.B. Informations- und Prüfungspflichten, Nachverfolgung der Verwendung von Krediten oder Einschätzung der Chancen und Risiken) kommt eine besondere (indizielle) Bedeutung zu, sodass schwerwiegende Verstöße gegen die zu beachtenden Sorgfaltspflichten für sich gesehen zu einer Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht führen. An diesen Maßstäben gemessen bewertet der 3. Strafsenat die Kreditgewährung als ersichtlich unvertretbar, soweit nur ein Sechstel des Darlehens durch persönliche Bürgschaften gesichert, die Rückzahlung des Darlehens aus eigenen Mitteln durch die Schuldnerin kaum zu erwarten war und die vage Erwartung auf die Rückzahlung die lückenhaften Sicherheiten nicht zu ersetzen vermag.

b) Spendenuntreue

In der Entscheidung des 1. Strafsenats vom 18.5.2021 (1 StR 144/20)⁹⁵ wurde nochmals die Problematik der Pflichtwidrigkeit bei der Spendenvergabe aufgeworfen. Dem Vorstandsvorsitzenden einer öffentlich-rechtlichen Kreissparkasse wurden übermäßige Ausgaben in Form von Spenden, Geburtstagsfeier- und Abendessenkosten sowie Geschenken zur Last gelegt. Nach Ansicht des BGH hält die Verurteilung rechtlicher Prüfung nicht stand. Die Entscheidung wiederholt wortgleich die in der grundlegenden Entscheidung BGHSt 47, 192 herangezogenen Gesichtspunkte (fehlende Nähe, Unangemessenheit usw.), deren Gesamtschau und Abwägung die Feststellung ermöglicht, ob durch eine Spende die Vermögensbetreuungspflicht gravierend verletzt worden ist. Im vorliegenden Fall hat der Angeklagte die ihm obliegende Vermögensbetreuungspflicht nicht verletzt, indem er kein besonderes persönliches Interesse hatte, sondern einer schon bestehenden Übung folgte.

7. Überblick

Die Entwicklung der Rechtsprechung lässt sich folgendermaßen zusammenfassen: Die Forderung der „gravierenden Pflichtverletzung“ wurde ursprünglich vom 1. Strafsenat des BGH speziell für die Kredit- und Spendenuntreue eingeführt. Die Entscheidungen BGHSt 46, 30 (Kreditvergabe I-Entscheidung) und BGHSt 47, 187 (SSV Reutlingen-Entscheidung) haben eine indizienbasierte Schweretheorie⁹⁶ entfaltet, die zur Feststellung der Gravität der Pflichtverletzung auf die Gesamtwürdigung verschiedener fallbezogener Kriterien Bezug nimmt: Die Verletzung der Informationspflicht, die fehlende Zuständigkeit, die Berücksichtigung unrichtiger Angaben, die Missachtung des Kreditzwecks, die Überschreitung der Höchstkreditgrenzen und die Eigennüt-

zigkeit des Kreditgebers indizieren die gravierende Pflichtwidrigkeit der Kreditgewährung, während der fehlenden Nähe zum Unternehmensgegenstand, der Unangemessenheit, der fehlenden Transparenz oder der Sachwidrigkeit der Motive eine Indizwirkung für die Pflichtwidrigkeit der Kreditvergabe zugeschrieben wird. Die höchstrichterliche Rechtsprechung verarbeitet die Kriterien der „gravierenden Pflichtverletzung“ nicht auf der Grundlage eines einheitlichen Ansatzpunktes, sondern kasuistisch in Bezug auf einzelne Fallgruppen unternehmerischer Tätigkeit. Auf diese Fallbezogenheit lassen sich die Divergenzen zwischen den Entscheidungen der verschiedenen BGH-Strafsenate zurückführen.⁹⁷ Methodisch gesehen stehen hinter dem Erfordernis der gravierenden Pflichtverletzung die Vorstellungen der limitierten Akzessorität, soweit davon ausgegangen wird, dass nicht jeder Sorgfaltspflichtverstoß als untreuestrafrechtswidrig zu bewerten ist.⁹⁸

Vom Gravitätserfordernis hat der BGH in der Mannesmann-Entscheidung mit der Begründung Abstand genommen, dass die Gewährung von Anerkennungsprämien an den Vorstandsvorsitzenden anders als die Kredit- oder Spendenvergabe gesetzlich vorgezeichnet ist.⁹⁹ Demgegenüber haben die Kinowelt- und Nürburgring-Entscheidungen die untreurelevante gravierende Pflichtwidrigkeit in Zusammenhang mit der Überschreitung der in § 93 Abs.1 AktG normierten äußersten Grenzen unternehmerischen Ermessens gesetzt.¹⁰⁰ Die HSH Nordbank-Entscheidung hat schließlich klargestellt, dass die Nichtbeachtung der Business Judgement Rule den Verstoß gegen die allgemeine Sorgfaltspflicht des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsmannes indiziert.¹⁰¹

V. Stellungnahmen im Schrifttum

Die Bemühungen der Rechtsprechung, das Pflichtwidrigkeitsmerkmal mithilfe der „gravierenden Pflichtverletzung“ deutlicher zu konturieren, wurden im Schrifttum teils zustimmend und teils ablehnend aufgenommen. Die Befürworter des Gravitätserfordernisses halten es nicht nur für geboten, sondern vielmehr für selbstverständlich, dass die untreurelevante Pflichtwidrigkeit nicht mit der Verletzung einer außerstrafrechtlichen Pflicht zusammenfällt, sondern einer darüber hinausgehenden eigenständigen strafrechtsspezifischen Prüfung unterliegt.¹⁰² Sie gehen nämlich davon aus, dass der Restriktionsansatz der „gravierenden Pflichtverletzung“ zum einen im Einklang mit dem Ultima-ratio-Prinzip steht und zum anderen die „Höhenmarke“¹⁰³ darstellt, ab der die Schwelle der Pflichtwidrigkeit i.S.d. § 266 StGB über-

⁹⁷ Schünemann, NStZ 2006, 196 (197).

⁹⁸ Kubiciel, NStZ 2005, 353 (357); Leite, GA 2018, 580 (583); Wagner, ZStW 131 (2019), 319 (345).

⁹⁹ Radtke/Hoffmann, GA 2008, 540; Rönnau, NStZ 2006, 218.

¹⁰⁰ Ginou (Fn. 15), S. 135; Knieler, HRRS 2020, 401 (402).

¹⁰¹ Kubiciel, JZ 2017, 585 (588); Rönnau/Becker, JR 2017, 204 (209).

¹⁰² So charakteristisch Dierlamm, StraFo 2005, 397; ders. (Fn. 21), § 266 Rn. 175 f.

¹⁰³ Schünemann (Fn. 10), § 266 Rn. 108, 111.

⁹⁵ BGH HRRS 2021, Nr. 781.

⁹⁶ Saliger (Fn. 3), § 266 Rn. 49.

schritten wird.¹⁰⁴ Für die Einrichtung eines eigenständigen Strafrechtsfilters sprechen zudem die unterschiedlichen Funktionen, die die zivilrechtlichen Haftungsregeln und die Strafnormen erfüllen.¹⁰⁵ Die Schwere der Pflichtverletzung wird meistens durch die Gesamtabwägung der in den Kredit- bzw. Spendenvergabe-Urteilen des BGH aufgestellten Kriterien ermittelt.¹⁰⁶

Der h.A. steht eine Mindermeinung gegenüber, nach welcher die Pflichtwidrigkeit streng akzessorisch allein anhand der primärrechtlichen Normen bestimmt werden soll i.d.S., dass der Verstoß gegen außerstrafrechtliche Pflichten ohne Weiteres („eins zu eins“) eine untreuerelevante Pflichtverletzung ausmacht.¹⁰⁷ Zur Begründung führen die Vertreter dieser Ansicht an, dass vor allem bei Unternehmensentscheidungen, deren Inhalt außerstrafrechtlich determiniert wird, es methodisch richtiger wäre, die untreuerelevante Pflichtwidrigkeit an die jeweilige Primärordnung anzubinden, weil das Strafrecht in diesem Bereich keine originären Wertungen treffen kann.¹⁰⁸

Die inzwischen vorherrschende Ansicht, die sich als „nicht starr indizienbasierte strafrechtsautonome Schwere theorie“¹⁰⁹ bezeichnet, nimmt eine vermittelnde Stellung zwischen den zwei dargestellten Extrempositionen ein. Gegen die indizienbezogene Sichtweise der Rechtsprechung wird vorgebracht, dass zur Bestimmung der gravierenden Pflichtverletzung hauptsächlich gesellschaftsrechtliche Kriterien herangezogen werden, welche allerdings äußerst vage, fragwürdig und willkürlich sind.¹¹⁰ Im Übrigen gehen die Vertreter der h.A. von der Prämisse aus, dass die Untreuepflichtwidrigkeit zwar einer eigenständigen strafrechtlichen Bewertung bedürftig ist, die aber anhand der „Evidenz“ anstatt der „Gravität“ der Pflichtverletzung vollzogen werden muss. Demnach ist ein treuwidriges Verhalten nur dann anzunehmen, wenn es aus Sicht des Vermögensinhabers wirtschaftlich als evident (eindeutig) unvertretbar bzw. willkürlich zu bewerten ist.¹¹¹ Die strafrechtliche Dimension des

Evidenzkriteriums zeigt sich daran, dass dadurch der Untreuetatbestand auf einen Kernbereich grober Verstöße gegen Vermögensbetreuungspflichten eingeschränkt wird.¹¹² Weil maßgeblicher Bezugspunkt für die Vertretbarkeit einer unternehmerischen Entscheidung das Unternehmensinteresse ist, ist die Pflichtverletzung als evident anzusehen, wenn die Entscheidung unter keinem Gesichtspunkt dem Unternehmensinteresse dient.¹¹³ Einige Vertreter der h.A. versuchen den spezifisch strafrechtlichen Gehalt der Pflichtverletzung anhand festerer Anhaltspunkte zu konkretisieren: Dass der Vermögensbetreuungspflichtige sein eigenes Interesse oder das Interesse Dritter verfolgt,¹¹⁴ dass der Vermögensinhaber in der konkreten Situation das Verhalten des Entscheidungsträgers nicht als Ausübung seiner eigenen Freiheit toleriert hätte,¹¹⁵ dass die Vermögensverwaltung jeglichen Sinns entbehrt,¹¹⁶ dass die Pflichtverletzung für den Vermögensinhaber unerträglich ist,¹¹⁷ oder dass § 266 StGB nur bei groben (im Gegensatz zu leichten) Pflichtverletzungen eingreift,¹¹⁸ sind einige Vorschläge zur näheren Bestimmung der Unvertretbarkeit der getroffenen Entscheidung bzw. der Evidenz der Pflichtverletzung.

VI. Kritische Würdigung des Gravitätserfordernisses

1. Strenge versus limitierte Akzessorietät

Es wurde schon darauf hingewiesen, dass als Gegenstück zu der limitierten Akzessorietät die sog. strenge Akzessorietät in Betracht kommt. Gegen die streng akzessorische Lesart des Pflichtwidrigkeitsmerkmals wird eingewandt, dass sie der Subsidiarität des Strafrechts nicht gerecht wird und die Untreuestrafbarkeit den zuweilen strafrechtsfremden Wertungen des Primärrechts überlässt.¹¹⁹ Obwohl dieser Einwand auf den ersten Blick plausibel klingt, darf die strengakzessorische Erfassung der Pflichtwidrigkeit nicht von vornherein als inkompatibel mit dem Ultima-ratio-Prinzip zurückgewiesen werden. Wie bereits angesprochen unterliegt die Betreuung fremden Vermögens zuerst den gesetzlichen (außerstrafrechtlichen) oder individuellen Vorgaben des Vermögensinhabers.

¹⁰⁴ *Beulke* (Fn. 2), S. 252; *Kubicjel*, NStZ 2005, 353 (357); *Kutzner*, NJW 2006, 3541 (3543); *Theile*, ZIS 2011, 616 (625).

¹⁰⁵ *Kutzner*, NJW 2006, 3541 (3543).

¹⁰⁶ *Beulke* (Fn. 2), S. 254; *Lüderssen* (Fn. 51), S. 729; *Günther* (Fn. 23), S. 314.

¹⁰⁷ *Murmann*, JURA 2010, 561 (565); *Rose*, wistra 2005, 281 (289); *Falk* (Fn. 25), S. 138, 139. Bei dieser Betrachtungsweise formen außerstrafrechtliche und untreuerelevante Pflichtverletzungen zwei deckungsgleiche Kreise, siehe *Brammsen*, wistra 2009, 85 (87).

¹⁰⁸ *Radtke/Hofmann*, GA 2008, 535 (544); *Murmann*, JURA 2010, 561 (565).

¹⁰⁹ So die Bezeichnung von *Saliger* (Fn. 3), § 266 Rn. 50.

¹¹⁰ *Kubicjel*, NStZ 2005, 353 (357); *Saliger*, HRRS 2006, 10 (19); *Rönnau*, NStZ 2006, 218 (220).

¹¹¹ *Saliger*, HRRS 2006, 10 (20); *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887 (917); *ders.*, NStZ 2006, 218 (219); *Rönnau/Hohn*, NStZ 2004, 113 (114); *Theile*, ZIS 2011, 616 (626); *Tiedemann*, in: *Jescheck/Vogler* (Hrsg.), *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989, 1989*, S. 319 (328);

Bosch/Lange, JZ 2009, 225 (233); *Waßmer* (Fn. 7), S. 74; *Höhme* (Fn. 43), S. 141. Es ist erwähnenswert, dass die „Unvertretbarkeit“ der Untreuehandlung in dem neuen § 153 Abs. 2 öStGB nunmehr als geschriebenes Tatbestandsmerkmal vorgesehen ist: „Seine Befugnis missbraucht, wer in unvertretbarer Weise gegen solche Pflichten verstößt, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen“.

¹¹² *Tiedemann* (Fn. 56), S. 533.

¹¹³ *Bosch/Lange*, JZ 2009, 225 (236); *Theile*, ZIS 2011, 616 (626).

¹¹⁴ *Wagner*, ZStW 131 (2019), 319 (358)

¹¹⁵ *Kubicjel*, NStZ 2005, 353 (360).

¹¹⁶ *Leite*, GA 2018, 580 (593).

¹¹⁷ *Ginou* (Fn. 15), S. 238.

¹¹⁸ *Seibt/Schwarz*, AG 2010, 301 (314); *Knieler*, HRRS 2020, 401 (408 f.); *Kraatz*, ZStW 123 (2011), 447 (449).

¹¹⁹ *Saliger* (Fn. 3), § 266 Rn. 50; *Kutzner*, NJW 2006, 3541 (3543).

Dies bedeutet, dass je genauer die Vermögensbetreuung im Innenverhältnis durch gesetzliche oder vertragliche Vorgaben bzw. durch konkrete Einzelanweisungen des Treugebers abgesteckt wird, umso weniger Raum steht für eine strafrechtsautonome Bewertung der Schwere der Pflichtverletzung zur Verfügung. In diesen Fällen muss davon ausgegangen werden, dass der Verstoß gegen außerstrafrechtliche Pflichten grundsätzlich eine untreuerelevante Pflichtverletzung darstellt, mit der selbstverständlichen Einschränkung, dass es sich um vermögensbezogene Pflichten handelt.¹²⁰ In solchen Fällen verhält sich der Untreuetatbestand streng akzessorisch zu außerstrafrechtlichen Pflichtverletzungen, welche also mit der untreuespezifischen Pflichtwidrigkeit gleichgesetzt werden. Eine derartige streng akzessorische Bestimmung der Pflichtwidrigkeit wurde in der Mannesmann-Entscheidung zugrunde gelegt, wobei der BGH von der gesellschaftsrechtlich verbotenen Gewährung von Anerkennungsprämien auf die untreuerelevante Pflichtwidrigkeit ohne darüber hinausgehende strafrechtliche Wertungen geschlossen hat. Der Vermögensbezug der verletzten Treuepflicht räumt den oft gegen die strenge Akzessorietät vorgebrachten Einwand aus, dass dadurch der Untreuetatbestand bei Verstößen gegen Pflichten, die über den Vermögensschutz hinausgehen, zum Einsatz kommt.¹²¹ Aus den vorstehenden Überlegungen ergibt sich, dass die strenge Akzessorietät entgegen dem ersten Anschein den Vorzug aufweist, dass sie dem Wortlaut des § 266 StGB entspricht und besser als die limitierte Akzessorietät zu den sog. gebundenen Entscheidungen passt, die einen großen Anteil der unter § 266 StGB fallenden Materie bilden.¹²²

Die streng akzessorische Sichtweise eignet sich zwar für gebundene Entscheidungen, greift jedoch zu kurz bei unternehmerischen Entscheidungen, die innerhalb der Bandbreite mehrerer (vertretbarer) Alternativmöglichkeiten getroffen sind. Dabei ist, wie bereits gezeigt, der Sorgfaltsmaßstab des „ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ anzuwenden, der wiederum höchst unbestimmt ist und je nach Branche oder wirtschaftlicher Lage des jeweiligen Unternehmens variiert.¹²³ Diese Unbestimmtheit ist zwar im Gesellschaftsrecht zulässig und sachgerecht, soweit sie die Anpassungsbedürftigkeit der anzuwendenden Norm ermöglicht, ist aber nicht erträglich im Rahmen des § 266 StGB im Hinblick auf die strikte Auslegung der Strafnormen. Festzuhalten bleibt also, dass die akzessorische Anknüpfung an die generalklauselartigen Vorgaben des § 93 Abs. 1 AktG insoweit bedenklich ist, als dadurch die Unbestimmtheit des Pflichtverletzungsmerkmals verschärft wird.¹²⁴

Unproblematisch ist dagegen die strafrechtliche Bewertung unternehmerischer Entscheidungen, die den Vorgaben der Business Judgement Rule genügen. Unter Zugrundelegung der negativen Akzessorietät (keine Pflichtwidrigkeit bei Einhaltung außerstrafrechtlicher Pflichten) sind derartige Entscheidungen eindeutig gesellschaftsrechtlich pflichtgemäß, auch wenn sie wirtschaftlich scheitern und infolgedessen eine untreuespezifische Pflichtwidrigkeit i.S.d. § 266 StGB zwangsläufig ausscheidet.¹²⁵ Schwierigkeiten tauchen erst auf, wenn eine oder mehrere Voraussetzungen der Business Judgement Rule nicht erfüllt sind. Dann taucht die Frage auf, ob die gesellschaftsrechtlichen Prämissen den kriminalpolitischen Zielen des Untreuetatbestandes im Bereich der unternehmerischen Tätigkeit gerecht werden oder eine darüber hinausgehende strafrechtsspezifische Korrektur vorgenommen werden muss.

Wie bereits festgestellt, haben die Rechtsprechung und die hierauf bezugnehmende Literatur anfangs versucht, den limitiert akzessorischen Gedanken durch die Einführung der „gravierenden“ Pflichtverletzung umzusetzen. Es ist jedoch höchst fragwürdig, ob die vorgeschlagenen Kriterien der gravierenden bzw. evidenten Pflichtverletzung diese Aufgabe zumindest bei unternehmerischen Entscheidungen erfüllen können. Zwei Vorbehalte sind im Voraus diesbezüglich anzumerken: Der erste hat mit der Eignung der „Gravität“ der Pflichtverletzung zur sinnvollen und leistungsfähigen Restriktion des Untreuetatbestandes zu tun. Der zweite (und wichtigere) lautet, dass die Prüfung der untreuespezifischen Pflichtwidrigkeit auf einer zweiten eigenständigen und strafrechtsspezifischen Ebene begriffslogisch nur dann standhalten kann, wenn die außerstrafrechtliche Pflichtwidrigkeit derart ausgestaltet ist, dass sie überhaupt einer darüber hinausgehenden strafrechtsautonomen Bewertung zugänglich ist. Beide Aspekte werden im Folgenden näher beleuchtet.

2. Die Unbestimmtheit des Gravitätskriteriums

Das Erfordernis der „gravierenden Pflichtverletzung“, mithilfe dessen die h.A. dem § 266 StGB festere Konturen zu verleihen versucht, ist nicht hinreichend bestimmt und mit Unklarheiten behaftet. Die Abstufung zwischen „gravierenden“ und „weniger gravierenden“ bzw. „geringfügigen“ Verstößen ist nicht nur inhaltlich vage,¹²⁶ sondern darüber hinaus begriffslogisch im Hinblick darauf verfehlt, dass die Pflichtwidrigkeit eine Frage von Sein oder Nicht-Sein ist.¹²⁷ Darüber hinaus verstößt dieses einschränkende Kriterium gegen den Wortlaut des § 266 StGB und mündet in die Ungleichbehandlung der Untreue im Vergleich zu anderen Vermögensdelik-

¹²⁰ Kubiciel, NStZ 2005, 353 (358); Rönnau, ZStW 119 (2007), 887 (907); Höhme (Fn. 43), S. 132.

¹²¹ Siehe die einschlägige Kritik von Brammsen, wistra 2009, 85 (87); Kubiciel, JZ 2017, 585 (587).

¹²² Ähnlich auch Falk (Fn. 25), S. 139.

¹²³ Kubiciel, NStZ 2005, 353 (355); Brammsen, wistra 2009, 85 (87); Stam, JR 2017, 439 (440); Esser, NZWiSt 2018, 201 (206); Höhme (Fn. 43), S. 83.

¹²⁴ Kubiciel, NStZ 2005, 353 (354); Brammsen, wistra 2009, 85 (87); Rönnau, ZStW 119 (2007), 887 (909); Ginou (Fn. 15),

S. 191; Esser, NZWiSt 2018, 201 (206). So auch Schmidt, (Fn. 66), S. 7, der die „Doppelung normativer Unbestimmtheit“ hervorhebt.

¹²⁵ Schmidt (Fn. 66), S. 61; Fleischer, NJW 2005, 3525 (3528); Bosch/Lange, JZ 2009, 225 (232); Seibt/Schwarz, Die Aktiengesellschaft 2010, 301 (306).

¹²⁶ Schmidt (Fn. 66), S. 155; Ransiek, ZStW 116 (2004), 634 (671).

¹²⁷ Kubiciel, JZ 2017, 585 (587); Leite, GA 2018, 580 (584); Ginou (Fn. 15), S. 181.

ten (z.B. Betrug), bei denen keine Gravität der Tathandlung verlangt wird, ein.¹²⁸ Abgesehen davon haben Rechtsprechung und h.L. bisher nicht verdeutlicht, ob die Verletzung einer gravierenden Pflicht oder die gravierende Verletzung einer Pflicht gemeint ist.¹²⁹ In der ersten Variante wird die „Gravität“ des Verstoßes gegen die Primärnorm auf außerstrafrechtlicher Ebene vorgelagert, während in der zweiten die bereits vorliegende zivilrechtliche Pflichtverletzung einer nachfolgenden und eigenständigen genuinen strafrechtlichen Intensitätsprüfung unterliegt. Deshalb handelt es sich bei der „gravierenden Pflichtverletzung“ um ein „Pseudokriterium“,¹³⁰ das zur Eingrenzung des Anwendungsbereichs des § 266 StGB kaum geeignet ist.

Die vom BVerfG befürwortete Gleichsetzung von „gravierenden“ und „evidenten“ Pflichtverletzungen vermag wiederum nicht die festgestellte Unklarheit auszuräumen. Ungeachtet dessen, ob die ungeschriebenen Prädikate „gravierend“ und „evident“ tatsächlich als synonyme Umschreibungen der untreuerelevanten Pflichtwidrigkeit begriffen werden könnten,¹³¹ liefern weder der BGH noch das BVerfG hinreichend konkrete und greifbare Maßstäbe für die Feststellung der Gravität bzw. der Evidenz der Pflichtverletzung.¹³² Es ist allerdings richtig, dass die „Evidenz“ im Vergleich zur „Gravität“ der Pflichtverletzung den Vorzug aufweist, dass sie die Untreuestrafbarkeit auf ein unzweifelhaftes Mindestmaß eindeutig erkennbaren Fehlverhaltens begrenzt und darüber hinaus den Willen des Vermögensinhabers in den Vordergrund rückt.¹³³ Dies gilt umso mehr gerade bei unternehmerischen Entscheidungen, die wegen ihrer Komplexität mehrdeutigen Bewertungen unterliegen und in einer Brandbreite vertretbarer Gestaltungen vorstellbar sind.

Die Einführung der „gravierenden Pflichtverletzung“ speziell bei Kredit- bzw. Spendenuntreue lässt sich damit erklären, dass einerseits die Kreditgewährung ihrer Natur nach risikobehaftet und abwägungsbedürftig ist, andererseits die Spendenvergabe zwar nicht generell verboten ist, aber keinen festen zivilrechtlichen Regeln unterliegt.¹³⁴ Die in der SSV Reutlingen-Entscheidung aufgestellten Kriterien (finanzielle Größe, Nähe zum Unternehmensgegenstand, Fehlen innenbetrieblicher Transparenz) sind weder genuin strafrechtlich noch allgemeingültig und entsprechen denen, die vorher im gesell-

schaftsrechtlichen Bereich in Betracht kommen.¹³⁵ Sind aber die maßgeblichen Kriterien notwendige Bestandteile des Primärverstoßes, ist es wenig einsichtig, wie dieselben den besonderen strafrechtlichen Unwert der Pflichtverletzung i.S.v. § 266 StGB angeben können. Ebenso wenig strafrechtlicher Natur ist das im Schrifttum vorgeschlagene Evidenzkriterium, welches nichts anderes als den Verstoß gegen den Kernbereich der außerstrafrechtlichen Norm beschreibt.¹³⁶ Wie unten zu zeigen sein wird, ist dieses einschränkende Kriterium schon in der zivilrechtlichen Pflichtverletzung angelegt.

Darüber hinaus bleibt unklar, welche Kriterien in die indizienbasierte Gesamtabwägung einzubeziehen sind und wie die herangezogenen Kriterien untereinander gewichtet werden sollen.¹³⁷ Vor allem das Kriterium der „Unangemessenheit hinsichtlich der Vermögenslage“ ist zum einen auf die Besonderheiten der Spendenvergabe zugeschnitten und folglich auf andere unternehmerische Bereiche nicht übertragbar, zum anderen läuft es darauf hinaus, die Pflichtwidrigkeit bei prosperierenden Unternehmen abzulehnen.¹³⁸ Bedenklich ist zudem die These des BGH, dass irgendeines der angeführten Kriterien für sich allein die Pflichtwidrigkeit der unternehmerischen Entscheidung nicht begründet. Dass dies offensichtlich falsch ist, lässt sich daran zeigen, dass ansonsten eine transparente, aber nicht auf die Unternehmensinteressen ausgerichtete Entscheidung pflichtgemäß wäre.¹³⁹

Abschließend soll beachtet werden, dass sich der höchstrichterlichen Rechtsprechung die Tendenz entnehmen lässt, die „gravierende Pflichtverletzung“ an formalisierte Verstöße (Verletzungen der Informationspflicht, Kompetenzüberschreitungen, Intransparenz usw.) anzulehnen. Obwohl diese „prozedurale Lösung“¹⁴⁰ die Feststellung der Pflichtwidrigkeit i.S.d. § 266 StGB erheblich erleichtert,¹⁴¹ lässt sie sich nicht dahingehend verstehen, dass die Einhaltung von „Spielregeln“ jede inhaltliche Kontrolle von unternehmerischen Entscheidungen ausschließt.¹⁴² Die Unregelmäßigkeit des Verfahrens belegt keineswegs, sondern indiziert lediglich die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens, genauso wie die Einhaltung

¹²⁸ *Schünemann*, NStZ 2005, 473 (475); *Saliger*, HRRS 2006, 10 (19); *Leite*, GA 2018, 580 (585); *Ginou* (Fn. 15), S. 180.

¹²⁹ *Rönnau*, NStZ 2006, 218 (220).

¹³⁰ So *Schünemann* (Fn. 10), § 266 Rn. 117.

¹³¹ So auch *Safferling*, NStZ 2011, 376 (377); *Kraatz*, JR 2011, 434 (436). Dies soll jedoch bezweifelt werden. *Ginou* (Fn. 15), S. 60, weist zu Recht darauf hin, dass mit der Evidenz die zweifellose Erkennbarkeit für Jedermann gemeint ist, die Gravität aber auf die Schwere der Pflichtverletzung hindeutet.

¹³² *Schünemann*, ZIS 2012, 183 (193); *Safferling*, NStZ 2011, 376 (377); *Leite*, GA 2018, 580 (584); *Ginou* (Fn. 15), S. 160; *Stenzel* (Fn. 32), S. 59.

¹³³ In diese Richtung *Ignor/Sättele* (Fn. 31), S. 220.

¹³⁴ *Beckemper*, NStZ 2002, 324 (326).

¹³⁵ *Sauer*, wistra 2002, 465; *Leite*, GA 2018, 580 (585); *Ginou* (Fn. 15), S. 133.

¹³⁶ *Tiedemann* (Fn. 56), S. 532.

¹³⁷ *Beckemper*, NStZ 2002, 324 (326); *Rönnau*, NStZ 2006, 218 (220); *Leite*, GA 2018, 580 (584); *Ginou* (Fn. 15), S. 155.

¹³⁸ *Saliger*, HRRS 2006, 10 (19); *Schünemann*, NStZ 2005, 473 (476); *Brammsen*, wistra 2009, 85 (88).

¹³⁹ *Samson*, Non Profit Law Yearbook 2004, 233 (238), verweist auf die Konstellation eines Vorstandsvorsitzenden, der nach Information der übrigen Vorstandsmitglieder seinem notleitenden Bruder aus der Kasse der AG Geld zuwendet.

¹⁴⁰ *Leite*, GA 2018, 580 (586).

¹⁴¹ *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634 (675), spricht von „Entlastung des § 266 StGB von inhaltlichen Fragen“.

¹⁴² Zur Unterscheidung zwischen formellen Pflichten, welche die Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens betreffen und materiellen Pflichten, die mit dem Inhalt der Entscheidung zu tun haben, siehe statt vieler *Brammsen*, wistra 2009, 85 (90); *Ginou* (Fn. 15), S. 85 ff.

einer formellen Pflicht nicht zwangsläufig die inhaltliche Richtigkeit einer Entscheidung sicherstellt.¹⁴³

3. Der Gleichlauf mit den außerstrafrechtlichen Haftungsmaßstäben

Die Ausrichtung der strafrechtlichen Pflichtverletzung an der Business Judgement Rule lässt mehrere Fragen offen: Wie verhalten sich die Business Judgement Rule und der allgemeine gesellschaftsrechtliche Maßstab des „ordentlichen und gewissenhaften Kaufmanns“ zueinander? Welcher Zusammenhang besteht zwischen der Business Judgement Rule und der „gravierenden Pflichtverletzung“? Gibt es überhaupt Raum für weitere spezifisch strafrechtliche Kriterien, die über den in § 93 Abs. 1 AktG zugrundeliegenden Verantwortungsmaßstab hinausgehen? Diesen Fragen soll im Folgenden nachgegangen werden.

Es soll zuerst hierauf Rücksicht genommen werden, dass die Rechtsfiguren der Business Judgement Rule einerseits und der „Gravität“ der Pflichtverletzung andererseits, obwohl sie aus verschiedenen Rechtsbereichen stammen, das gemeinsame Ziel verfolgen, die zivil- bzw. strafrechtliche Haftung für Pflichtverletzungen von Organen einer juristischen Person aufzuheben bzw. einzuschränken. Der Unterschied liegt allerdings darin, dass bei Erfüllung der Voraussetzungen der Business Judgement Rule stets die zivilrechtliche (und reflexartig auch die strafrechtliche) Pflichtwidrigkeit ausscheidet, wohingegen die „gravierende Pflichtverletzung“ erst dann in Betracht kommt, wenn die primärrechtliche Pflichtwidrigkeit schon auf der ersten Prüfungsstufe bejaht worden ist.

Wichtiger ist allenfalls der Hinweis darauf, dass die limitierte Akzessorietät nicht dahingehend missverstanden werden darf, dass jede außerstrafrechtliche Pflichtverletzung notwendigerweise einer aufeinanderfolgenden divergierenden strafrechtlichen Bewertung zugänglich ist, welche durch zusätzliche Bedingungen aufgefüllt werden muss. Die mit der asymmetrischen Akzessorietät einhergehende zweigliedrige Prüfung der Pflichtwidrigkeit soll der Schutzrichtung des § 266 StGB treu bleiben. Obwohl eine unternehmerische Entscheidung, welche den Vorgaben der Business Judgement Rule nicht gerecht wird, theoretisch in der zweiten Stufe als nicht gravierend pflichtwidrig beurteilt werden kann, versperren die Kinowelt- und die Nürburgring-Urteile des BGH diese nachfolgende Prüfung, indem beide die Verletzung der Business Judgement Rule mit der „gravierenden Pflichtverletzung“ gleichsetzen. Im Gegensatz dazu hat die HSH-Nordbank-Entscheidung einen komplizierten Sonderweg beschritten, indem sie unter Rückgriff auf entsprechende Stellungnahmen im Schrifttum¹⁴⁴ die Verletzung der Business

Judgement Rule nur als Indiz der gesellschaftsrechtlichen Pflichtwidrigkeit ansieht, die anschließend unter dem Blickwinkel des allgemeinen Maßstabs des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG positiv auf der Basis der „Vertretbarkeit“ der unternehmerischen Entscheidung festgelegt werden soll. Hierdurch wird bei genauerem Hinsehen deutlich, dass der BGH nunmehr, obwohl er verbal auf die „Gravität“ der Pflichtverletzung besteht, praktisch die zweistufige Prüfung der Pflichtwidrigkeit insoweit aufgibt, als er jeden Verstoß gegen den generellen Sorgfaltsmaßstab des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG für unvertretbar hält.¹⁴⁵

Die These des HSH Nordbank-Urteils, dass notwendigerweise nur der Verstoß gegen § 93 Abs. 1 S. 1 AktG, nicht aber die Nichtbeachtung der Business Judgement Rule, gravierend ist, lässt sich damit begründen, dass § 93 Abs. 1 S. 2 AktG einen Pflichtwidrigkeitsausschlussgrund enthält, der entlastend wirkt und mithin keine positive Begründung der Untreuestrafbarkeit gestattet.¹⁴⁶ Der gesellschaftsrechtliche positive Pflichtenmaßstab schlägt sich einzig in § 93 Abs. 1 S. 1 AktG in der abstrakten Figur des „ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsmanns“ nieder. Dies bedeutet zweierlei: Erstens, dass die im Einklang mit der Business Judgement Rule getroffene unternehmerische Entscheidung nicht auf ihre Vereinbarkeit mit dem allgemeinen Sorgfaltsmaßstab des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG hin zu überprüfen ist;¹⁴⁷ und zweitens, dass nur dann, wenn die Voraussetzungen der Business Judgement Rule nicht vorliegen, sich fragen lässt, ob der Entscheidungsträger den Vorgaben des „ordentlichen und gewissenhaften Kaufmanns“ gerecht wird.¹⁴⁸

Abgesehen davon, dass in der gesellschaftsrechtlichen Diskussion, wie bereits gezeigt,¹⁴⁹ umstritten ist, ob der Verstoß gegen die Business Judgement Rule mit einer Verletzung der allgemeinen Sorgfaltspflicht gem. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG gleichgesetzt werden soll, ist auf jeden Fall die Annahme der HSH Nordbank-Entscheidung, dass es unternehmerische Entscheidungen gibt, die trotz der Nichtbeachtung der Business Judgement Rule dem allgemeinen Haftungsmaßstab des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG gerecht werden können, zwar denklogisch möglich, aber nicht zugleich praktisch durchführbar. Es ist freilich schwer vorstellbar, Entscheidungen, die ohne angemessene Informationen oder nicht zum Wohle der Gesellschaft getroffen sind, als vereinbar mit der

1 S. 1 AktG geprüft werden soll. Vgl. dazu *Saliger* (Fn. 3), § 266 Rn. 47.

¹⁴⁵ *Kubiciel*, JZ 2017, 585 (587); *Esser*, NZWiSt 2018, 201 (205). Genauer ausgedrückt: Das HSH Nordbank-Urteil nimmt zum ersten Mal eine zweistufige Prüfung der gesellschaftsrechtlichen Haftung vor, wobei die erste Stufe die Einhaltung der Business Judgement Rule betrifft und auf der zweiten Stufe die (indizierte) Verletzung des allgemeinen Sorgfaltspflichtmaßstabs des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG geprüft wird.

¹⁴⁶ *Schmidt* (Fn. 66), S. 88.

¹⁴⁷ *Fleischer*, NJW 2005, 3525 (3528).

¹⁴⁸ *Schmidt* (Fn. 66), S. 94, 95

¹⁴⁹ Siehe oben III. 3.

¹⁴³ *Rönnau/Hahn*, NStZ 2004, 113 (115); *Kubiciel*, NStZ 2005, 353 (356); *Brammsen*, wistra 2009, 85 (90); *Kraatz*, ZStW 123 (2011), 447 (479); *Leite*, GA 2018, 580 (586).

¹⁴⁴ *Spindler* (Fn. 4), § 93 Rn. 47; *Habersack*, ZHR 177 (2013), 782 (798); *Schmidt* (Fn. 66), S. 94, 95. Wie aber bereits dargestellt, ist im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum umstritten, inwieweit bei Verletzungen der Business Judgement Rule die Einhaltung des allgemeinen Sorgfaltsmaßstabs des § 93 Abs.

Figur des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzusehen.¹⁵⁰

Der ausschlaggebende Einwand bezüglich der zusätzlichen strafrechtlichen Bewertung der Nichteinhaltung der Business Judgement Rule unter dem Blickwinkel der „gravierenden bzw. evidenten Pflichtverletzung“ hängt mit folgender Überlegung zusammen: Stellt man sich auf den Standpunkt, dass die äußersten Grenzen unternehmerischen Handelns auf gesellschaftsrechtlicher Ebene erst bei evident bzw. erheblich falschen Unternehmensentscheidungen überschritten werden (so auch die grundlegende ARAG/Garmenbeck-Entscheidung), leuchtet es nicht ein, welchen Sinn ein darüber hinausgehender zweiter strafrechtlicher Filter haben sollte, der tautologisch nach evident pflichtwidrigem Verhalten sucht.¹⁵¹ Wegen des Gleichlaufs von zivilrechtlichen und strafrechtlichen Sorgfaltsmaßstäben wird praktisch der zweistufigen Bewertung der Pflichtwidrigkeit bei unternehmerischen Entscheidungen der Boden entzogen.¹⁵² Das Aktienrecht gewährt den Vorstandsmitgliedern einen großzügigen Entscheidungsspielraum, dessen Überschreitung stets unvertretbar bzw. gravierend ist, sodass diese Qualifizierung im Rahmen einer nachfolgenden strafrechtlichen Prüfung nicht? steigerungsfähig ist. Demzufolge ist die Behauptung, dass die zu fordernde gravierende Pflichtverletzung in Wahrheit nichts anderes als die Überschreitung der äußersten Grenzen des Ermessensspielraums umschreibt,¹⁵³ treffend und verdient Zustimmung.

Die Gegenansicht,¹⁵⁴ wonach aus Restriktionsgesichtspunkten die Pflichtverletzung i.S.v. § 266 StGB notwendigerweise strengeren Voraussetzungen als der zugrundeliegende gesellschaftsrechtliche Haftungsmaßstab unterliegt, mit der Folge, dass bei evidenten (bzw. erheblichen) außerstrafrechtlichen Pflichtverstößen die Untreuestrafbarkeit nur bei in keiner auch nur denkbar anerkannten Weise als vertretbar erscheint, vermag kaum zu überzeugen. Hierbei wird verkannt, dass die Unterscheidung zwischen schlicht unvertretbaren und in keiner Weise vertretbaren unternehmerischen Entscheidungen zufällig und kaum durchführbar ist.¹⁵⁵ Dass die außerstrafrechtliche Haftung die Untergrenze der strafrechtlichen Verantwortlichkeit darstellt, bedeutet nicht, dass die letzte gegenüber der ersten unbedingt strenger sein muss.

¹⁵⁰ *Stam*, JR 2017, 439 (441); *Eibach/Scholz*, ZStW 133 (2021), 685 (700).

¹⁵¹ *Becker*, NStZ 2017, 233; *Rönnau/Becker*, JR 2017, 204 (209); *Eibach/Scholz*, ZStW 133 (2021), 685 (697).

¹⁵² Im Ergebnis zustimmend *Esser*, NZWiSt 2018, 201 (205), mit dem Vorbehalt, dass der BGH konzeptionell die Möglichkeit einer genuinen strafrechtlichen Prüfung der Pflichtwidrigkeit eröffnen hätte sollen.

¹⁵³ *Schünemann*, NStZ 2005, 473 (475); *Kutzner*, NJW 2006, 3541 (3542); *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887 (917); *Seibt/Schwarz*, AG 2010, 301 (311); *Kraatz*, ZStW 123 (2011), 447 (451).

¹⁵⁴ *Baur/Holle*, ZIP 2017, 555 (557); *Schmidt* (Fn. 66), S. 168.

¹⁵⁵ *Ibold* (Fn. 5), S. 189; *Scholz*, Die Aktiengesellschaft 2018, 173 (181).

VII. Weiterreichende Restriktionsansätze unter Zugrundelegung der objektiven Zurechnungslehre

1. Rechtliche Relevanz

Selbst im Lager der Autoren, die der in der Rechtsprechung entwickelten restriktiven Auslegung des § 266 StGB eher skeptisch gegenüber stehen, findet sich die Aussage, dass im ungeschriebenen Erfordernis der „gravierenden Pflichtverletzung“ dogmatisch eine unvollkommene Verweisung auf die Regeln der objektiven Zurechnung zwischen Pflichtwidrigkeit und Schaden zu erblicken ist.¹⁵⁶ Obwohl die objektive Zurechnungslehre im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte entwickelt worden ist, wird sie in den letzten Jahren als Auslegungsinstrument für die Einengung des Untreuetatbestandes zunehmend dahingehend ausgenutzt, dass zwischen der Untreuehandlung (Pflichtverletzung) und dem Untreueerfolg (Vermögensschaden) ein spezifischer Zurechnungszusammenhang bestehen muss, der über den bloßen Kausalzusammenhang i.S.d. der Äquivalenztheorie hinausgeht.¹⁵⁷ Für die Übertragbarkeit der objektiven Zurechnungslehre auf § 266 StGB spricht vor allem der Umstand, dass das Untreue- und das Fahrlässigkeitsdelikt die Gemeinsamkeit aufweisen, dass beide auf die Verletzung von Sorgfaltspflichten Bezug nehmen.

Nach der Grundformel der objektiven Zurechnungslehre sind dem Täter nur solche Erfolge zurechenbar, in denen eine rechtlich relevante (unerlaubte) Gefahr realisiert wird, die wiederum vom Schutzzweck der übertretenen Norm erfasst ist.¹⁵⁸ Als Beispiel wird oft der sog. Fahrradbeleuchtungsfall angeführt: Der Fahrer, der die Beleuchtung seines Fahrrads unterlässt und dadurch den vorderen Fahrradfahrer nicht sichtbar macht mit der Folge, dass der Letzte von einem entgegenkommenden Autofahrer getötet wird, erfüllt nicht den Tatbestand des § 222 StGB, weil die verletzte Beleuchtungspflicht nur die Sichtbarkeit des eigenen Fahrrads bezweckt.

Soweit man die Grundsätze der objektiven Zurechnung auf § 266 StGB anzuwenden bereit ist, ergeben sich daraus mehrere Restriktionsansätze, zu denen u.a. die eingangs dargestellten funktionalen und die Schutzzweckzusammenhänge¹⁵⁹ gehören. Diese Anhaltspunkte entfalten indes kein selbständiges Restriktionspotenzial, soweit beide zu den gleichen Ergebnissen gelangen, die bereits aus der restriktiven Auslegung des Pflichtwidrigkeitsmerkmals ohne Rückgriff auf die objektive Zurechnungslehre gewonnen worden wären.

Es stellt sich nun die Frage, ob das in der Rechtsprechung entwickelte Kriterium der „gravierenden Pflichtverletzung“ als Ausprägung der (untreue-)relevanten Gefahr im Rahmen der objektiven Zurechnung angesehen werden könnte. Diesbezüglich ist gelegentlich im Schrifttum die Ansicht vertreten worden, dass im Rahmen des § 266 StGB der Vermögens-

¹⁵⁶ So *Schünemann*, NStZ 2005, 473 (476).

¹⁵⁷ Siehe insbesondere die Ausführungen von *Saliger*, HRRS 2006, 10 (22); *Kindhäuser* (Fn. 34), S. 724; *Perron* (Fn. 24), S. 765.

¹⁵⁸ *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), Vor § 13 Rn. 95 m.w.N.

¹⁵⁹ Siehe dazu oben II. 1. und 2.

schaden auf ein unerlaubtes Risiko zurückzuführen ist, das erst dann zustande kommt, wenn die in der Rechtsprechung zur gravierenden Pflichtverletzung aufgestellten Kriterien nicht eingehalten wurden.¹⁶⁰ Diese Auffassung lässt indes außer Acht, dass über die dogmatische Verortung der „gravierenden Pflichtverletzung“ auf der Ebene der objektiven Zurechnung weder die Unbestimmtheit noch die Deckungsgleichheit dieses Kriteriums mit den aktienrechtlichen Haftungsvorgaben beseitigt werden können, mit der Folge, dass keine nennenswerte präzisierende Klarstellung gewonnen wird.

2. Pflichtwidrigkeitszusammenhang und Risikoverringering

Nachdem nun feststeht, dass sich der Gesichtspunkt der rechtlichen Relevanz für die gebotene restriktive Auslegung des § 266 StGB als wenig hilfreich erweist, stellt sich die Frage, ob andere Aspekte der objektiven Zurechnungslehre in Erwägung gezogen werden können, die geeignet sind, zur weiterreichenden Einschränkung des Pflichtwidrigkeitsmerkmals beizutragen.

Nach der objektiven Zurechnungslehre muss sich die vom Täter geschaffene rechtlich relevante Gefahr im eingetretenen Erfolg niederschlagen; diese Risikoverwirklichung scheidet aus, wenn derselbe Erfolg auch bei rechtmäßigem Verhalten des Täters nicht vermeidbar gewesen wäre.¹⁶¹ Die Anwendung dieser Grundformel auf die Untreue führt dazu, dass zwischen Pflichtverletzung und Vermögensnachteil ein Pflichtwidrigkeitszusammenhang bestehen muss: Damit ist gemeint, dass der Vermögensnachteil der Pflichtverletzung nicht zugerechnet werden kann, wenn er auch bei pflichtgemäßem Alternativverhalten mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eingetreten wäre.¹⁶² Als Beispiel lässt sich der Fall anführen, dass ein Geschäftsführer Aktien der notleidenden Gesellschaft A statt Aktien der vermeintlich prosperierenden Gesellschaft B kauft und im Nachhinein enthüllt sich, dass die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft B in Wirklichkeit gleichermaßen schief war.¹⁶³ Der Sichtweise zum pflichtgemäßen Alternativverhalten hat sich das erste Kreditvergabe-Urteil des BGH vom 6.4.2002 mit der Annahme angeschlossen, dass die Verletzung der in § 18 KWG verankerten Informationspflicht für die Erfüllung des Untreueatbestandes nicht ausreicht, wenn die Kreditwürdigkeit aus anderen Gründen unzweifelhaft ist.¹⁶⁴

Ein weiterer wichtiger Teilaspekt der objektiven Zurechnungslehre liegt darin, dass keine rechtlich relevante Gefahr schafft, wer in einen bereits in Gang gesetzten Kausalverlauf in der Weise eingreift, dass er einen drohenden schwereren Erfolg abwendet und stattdessen einen abgeschwächten Scha-

den herbeiführt (sog. Risikoverringering).¹⁶⁵ Wendet man die Risikoverringering Lehre auf die Untreuekonstellationen an, kommt man zum Schluss, dass unternehmerische Entscheidungen, aufgrund deren die schon vorhandene Gefahr eines Vermögensnachteils verringert wird, als pflichtgemäß anzusehen sind.¹⁶⁶ Diese Formel schränkt die strafrechtliche Haftung bei der Behandlung von Finanzkrisen ein, falls der eingetretene Vermögensschaden nicht auf vorherige pflichtwidrige Verhaltensweisen zurückzuführen ist. Zu dieser Fallgruppe gehören z.B. die Folgekredite, die im Rahmen eines wirtschaftlich vernünftigen Sanierungsgesamtplans vergeben werden und darauf abzielen, dem drohenden Vermögensnachteil, der sich aus einem notleitenden Gesamtengagement ergibt, entgegenzuwirken. Um einen solchen Fall handelte es sich in der HSH Nordbank-Entscheidung, wobei die Angeklagten nicht selbst die Vermögensgefahr, welche schon vorher aufgrund spekulativer Geschäfte existierte, geschaffen, sondern diese Gefahr abzuwenden versucht haben.¹⁶⁷

VIII. Schlussbemerkung

Aus den vorstehenden Ausführungen lässt sich herleiten, dass die Pflichtwidrigkeit bei unternehmerischen Entscheidungen keiner originären strafrechtlichen Bewertung zugänglich ist. Dies liegt an der Eigenartigkeit des anzulegenden Haftungsmaßstabs der Geschäftsleiter, der durch das zusätzliche Erfordernis der „Evidenz“ bzw. der „Vertretbarkeit“ bereits auf gesellschaftsrechtlicher Ebene beschränkt wird. Dieser Befund soll weder als vorbehaltloser Anschluss an die strenge Akzessorietät noch als Absage an die herrschende limitierte Akzessorietät aufgefasst werden. Es steht außer Zweifel, dass die gebotene Restriktion schon auf außerstrafrechtlicher Ebene oder bei der darauffolgenden strafrechtlichen Prüfung vorgenommen werden soll, ist von untergeordneter Bedeutung. Die Subsidiarität des Strafrechts lässt lediglich den Schluss zu, dass die strafrechtliche Pflichtwidrigkeit nicht unter der Grenze der außerstrafrechtlichen Pflichtverletzung liegen kann.¹⁶⁸ Daraus lässt sich indes nicht ableiten, dass es von vornherein verboten ist, die strafrechtliche Pflichtwidrigkeit am Maßstab des Zivilrechts auszurichten. Die Deckungsgleichheit von strafrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Haftungsmaßstäben auf objektiver Ebene ist allenfalls zulässig, soweit für eine divergierende Betrachtungsweise in beiden Rechtsbereichen kein Raum eröffnet wird. Das ist gerade bei unternehmerischen Fehlentscheidungen der Fall.

Nach alledem bleibt noch die Frage ungeklärt, ob dem Gedanken der limitierten Akzessorietät in den restlichen Fällen der sog. gebundenen Entscheidungen überhaupt irgendein Restriktionspotenzial zugeschrieben werden kann. Dass der Restriktionsansatz der „gravierenden Pflichtverletzung“ sich

¹⁶⁰ Stenzel (Fn. 32), S. 258.

¹⁶¹ Eisele (Fn. 158), § 13 Rn. 99 m.w.N.

¹⁶² Hillenkamp, NStZ 1981, 161 (166); Saliger, HRRS 2006, 10 (22); Kraatz, ZStW 123 (2011), 447 (480); Kindhäuser (Fn. 34), S. 724; Schönemann (Fn. 10), § 266 Rn. 113; Perron (Fn. 24), S. 774.

¹⁶³ Vereinfachte Abwandlung des von Saliger, HRRS 2006, 10 (22), angeführten Beispiels.

¹⁶⁴ Vgl. Knauer, NStZ 2002, 399 (402).

¹⁶⁵ Eisele (Fn. 158), Vor § 13 Rn. 94.

¹⁶⁶ Leite, GA 2018, 580 (592, 593), anhand des Umkehrschlusses, dass, wenn die Existenzbedrohung pflichtwidrig ist, Maßnahmen, die dieser Gefahr entgegenwirken, als pflichtgemäß anzusehen sind.

¹⁶⁷ Kubiciel, JZ 2017, 585 (586); Leite, GA 2018, 580 (594).

¹⁶⁸ Seibt/Schwarz, Die Aktiengesellschaft 2010, 301 (304).

als verfehlt erwiesen hat, ändert nichts an der Notwendigkeit, die Pflichtwidrigkeit i.S.d. § 266 StGB untreuespezifisch auszulegen. Die Untersuchung hat ergeben, dass es andere strafrechtsspezifische Anhaltspunkte (z.B. der Vermögensbezug der verletzten Betreuungspflicht oder der Abschluss von risikoverringenden Geschäften) gibt, welche zum einen die Besonderheit des Untreueunrechts im Vergleich zur gesellschaftsrechtlichen Pflichtwidrigkeit zum Ausdruck bringen und zum anderen geeignet sind, das Pflichtwidrigkeitsmerkmal sinnvoll und wirksam einzuengen.