

# Organuntreue durch Spenden und prospektiv kompensationslose Anerkennung

Von Privatdozent Dr. Mark Deiters,  
Düsseldorf/Münster\*

## I. Einführung

Nach Auffassung des 3. Strafsenats beim BGH gehört das Gebot, alle Maßnahmen zu unterlassen, die den Eintritt eines sicheren Vermögensschadens zur Folge haben, zu den selbstverständlichen Treuepflichten der Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft.<sup>1</sup> Aus diesem Grundsatz hat er in seiner Entscheidung zum Fall „Mannesmann“ abgeleitet, dass Anerkennungsprämien an Vorstandsmitglieder nicht nur, wie schon das LG Düsseldorf<sup>2</sup> befunden hatte, aktienrechtlich unzulässig sind, sondern darüber hinaus den objektiven Tatbestand der Untreue verwirklichen, wenn sie in einer Situation gewährt werden, in der wegen einer bevorstehenden Übernahme des Unternehmens nach Einschätzung des Gerichts kein ökonomisches Interesse mehr an solchen Zahlungen bestehen kann.<sup>3</sup>

Diese Bewertung prospektiv kompensationsloser Anerkennungsprämien rückt auch das im Zentrum dieses Vortrags stehende gemeinnützige Engagement von Unternehmen ins Zwielficht. Wer spendet, nimmt naturgemäß einen sicheren Vermögensnachteil in Kauf, und es ist nicht ohne weiteres einzusehen, warum es dem Aufsichtsrat im Rahmen der ihm bei der Bestimmung der Vorstandsbezüge obliegenden Geschäftsführungskompetenz verboten sein soll, an Vorstandsmitglieder „Geschenke“ zu verteilen, obschon sich der Vorstand nach heute einhelliger Ansicht zumindest gegenüber der Allgemeinheit gönnerhaft geben darf.

Gewiss: Gemeinnütziges Engagement von Unternehmen kann sich als eine mögliche Form öffentlichkeitswirksamer Werbung wirtschaftlich durchaus rechnen. Soweit als Beispiel das Sponsoring von professionellen Sportvereinen genannt wird,<sup>4</sup> lassen sich solche Ausgaben richtigerweise aber kaum als gemeinnützig begreifen. Wenn beispielsweise die Deutsche Telekom dem FC Bayern München nicht unerhebliche Summen dafür überweist, dass deren Spieler jeden Samstag mit dem Schriftzug von „T-Mobile“ auf dem Rasen ihren schweißtreibenden Dienst verrichten, sind dies Aufwendungen für Werbung und keine Wohltaten. Eine Straf-

barkeit wegen Untreue kommt allenfalls unter dem Gesichtspunkt des Risikogeschäftes in Betracht.

Zumindest teilweise anders dürfte es zu bewerten sein, wenn das an der Düsseldorfer Juristischen Fakultät ansässige Institut für Informationsrecht<sup>5</sup> von demselben Unternehmen eine vielleicht nicht ganz so hohe, aber immer noch ansehnliche finanzielle Unterstützung erhält. Natürlich fördert solche Gemeinnützigkeit das Unternehmensimage und ist deshalb mittelbar auch von wirtschaftlichem Nutzen. Darüber hinaus mag der Drittmittelgeber gelegentlich direkt von dem am Institut zutage geförderten Erkenntnissen oder den dort ausgebildeten Juristen profitieren. Und trotzdem rechtfertigt sich ein solches Engagement nicht mit der Rentabilität des eingesetzten Kapitals.<sup>6</sup> Selbst wenn die Direktoren des Instituts mit dem Schriftzug von „T-Mobile“ im Hörsaal aufliefen: Die finanziellen Mittel sind weniger wegen ihrer ökonomischen, denn wegen ihrer wissenschaftlichen Dividende gut angelegtes Geld.

Als besonders problematisch erweisen sich bei einer rein ökonomischen Betrachtung schließlich gemeinnützige Spenden. Die Annahme des 1. Strafsenates, demzufolge es bei solcher Freigiebigkeit an einem Vermögensschaden fehlen soll, weil ein möglicher Prestigegewinn des Unternehmens dessen wirtschaftliche Ertragslage bessern könne,<sup>7</sup> erklärt sich wohl vor allem dadurch, dass die Rechtsprechung im Ergebnis kein Verbot solcher Spenden befürworten möchte, ohne die viele Aktivitäten sozialer und Veranstaltungen kultureller Art finanziell nicht realisierbar wären.<sup>8</sup> Der verdünnte Nutzen, der in der Darstellung des Unternehmens als good corporate citizen bestehen soll,<sup>9</sup> kann bei einer ernst gemeinten wirtschaftlichen Betrachtungsweise kaum als Äquivalent angesehen werden. Wäre es deshalb nicht richtig, allein den Gesellschaftern einer GmbH und den Anteilseignern einer Aktiengesellschaft die Entscheidung zu überlassen, ob der erwirtschaftete Gewinn teilweise für gemeinnützige Zwecke eingesetzt werden soll?

Auf den ersten Blick ist eine solche Sichtweise plausibel. Bei eigentümergeführten Unternehmen entscheidet sich der Vermögensinhaber selbst dafür, den Vermögensverlust in Kauf zu nehmen, während über die Spende der Kapitalgesellschaft eine Unternehmensleitung befindet, deren Aufgabe es ist, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen. Wohingegen es selbstverständlich ist, dass man sich zum Nachteil des eigenen Vermögens als Gönner gerieren darf, erscheint die entsprechende Freigiebigkeit des Treuhänders – zurückhaltend formuliert – nicht unproblematisch.<sup>10</sup>

\* Bei dem Beitrag handelt es sich um den Habilitationsvortrag, den der Verf. am 17.1.2006 vor dem Habilitationsausschuss der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf gehalten hat. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

<sup>1</sup> BGH NJW 2006, 522 (523).

<sup>2</sup> LG Düsseldorf 2004, 3275 (3276 ff., 3284 ff.).

<sup>3</sup> BGH (Fn. 1), S. 10/11; ebenso: *Käpplinger*, NZG 2003, 573 (574); *Brauer*, NZG 2004, 502 (507); dagegen will die wohl herrschende Auffassung im Aktienrecht ein solches Verbot der prospektiv kompensationslosen Anerkennungsprämien nicht anerkennen: *Semler*, FS Budde, 1995, S. 599 (606); *Fonk*, in: *Semler* (Hrsg.), *Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder*, 1999, Rn. I 120; *Hüffer*, Beilage BB 2003, 1 (20); *Fonk*, NZG 2005, 248 (249, 252); *Hoffmann-Becking*, ZHR 169 (2005), 155 (161 f.); *Kort*, NJW 2005, 333 (335); *Baums*, *Anerkennungsprämien für Vorstandsmitglieder*, Frankfurt am Main 2005, S. 5 f., 18 ff.

<sup>4</sup> BGHSt 47, 187 (194).

<sup>5</sup> Für nähere Informationen über das an der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität ansässige Zentrum für Informationsrecht siehe <http://www.jura.uni-duesseldorf.de/informationsrecht>, 13.2. 2006.

<sup>6</sup> Vgl. *Fleischer*, AG 2001, 171 (173 f.).

<sup>7</sup> BGHSt 47, 187, 194 f.

<sup>8</sup> *Gehrlein*, NZG 2002, 463 (464).

<sup>9</sup> *Rönnau/Hohn*, NSStZ 2004, 113 (120).

<sup>10</sup> Diese These wird auf den ersten Blick durch die verbreitete Behauptung gestützt, die geschäftsführenden Organe von Kapitalgesellschaften müssten bei der Wahrung von Vermögensinteressen der Gesellschaft strengeren Sorgfaltsmaßstäben als denen eines ordentlichen Kaufmanns genügen (OLG Koblenz GmbH 1991, 416, 417 = ZIP 1991, 871 f.; *Achil-*

Die heute ganz herrschende Auffassung teilt diese Sichtweise im Fall der Unternehmensspende allerdings nicht: Die geschäftsführenden Organe von Kapitalgesellschaften sollen grundsätzlich – unabhängig vom Satzungszweck<sup>11</sup> – gemeinnützig agieren dürfen.<sup>12</sup> Diese Ansicht hat sich mit der auch im Aktienrecht als grundlegend angesehenen Entscheidung des 1. Strafsenates im Fall mehrerer Spenden der Südwestdeutschen Verkehrs AG an den Fußballverein „SSV Reutlingen“<sup>13</sup> auch in der Praxis durchgesetzt. Ihr ist, worauf ich sogleich im ersten, primär gesellschaftsrechtlichen Teil meines Vortrages näher eingehen möchte, im Ergebnis, nicht aber in der Begründung beizupflichten.

Eine darüber hinausgehende, aber erst nach Klärung der gesellschaftsrechtlichen Bewertung sinnvolle Fragestellung ist, ob die im Einzelfall gleichwohl mögliche gesellschaftsrechtliche Unzulässigkeit einer Spendenentscheidung zugleich auch die Pflichtwidrigkeit im Sinne des Untreuetatbestandes begründet. Der 1. Strafsenat hat dies im Hinblick auf Unternehmensspenden verneint und eine gravierende Pflichtverletzung verlangt.<sup>14</sup> Dieses Kriterium ist beim 3. Strafsenat in seiner Entscheidung zur nachträglichen Gewährung vertraglich nicht vereinbarter Anerkennungsprämien auf Ableh-

---

*les/Ensthaler/Schmidt*, Kommentar zum GmbH-Gesetz [2005], § 43 Rn. 12; *Hefermehl/Spindler*, in: Münchner Kommentar zum AktG, 2. Aufl. [2004], § 93 Rn. 22; OLG Bremen GmbHR 1964, 8; RGZ 64, 257). Bei näherer Betrachtung geht es aber wohl mehr um einen Perspektivenwechsel: Die Sorgfalt, die der ordentliche Kaufmann im Hinblick auf die übernommenen Vertragspflichten dem Rechtsverkehr schuldet, müssen die Organe von Kapitalgesellschaften hinsichtlich der ihnen obliegenden Pflichten gegenüber der Gesellschaft beachten.

<sup>11</sup> Wo der Satzungszweck einer Gesellschaft die Förderung gemeinnütziger Zwecke ausdrücklich vorsieht, besteht bei der Vergabe von Spenden kein Problem; dazu *Fleischer*, AG 2001, 171 (173) mit Beispielen.

<sup>12</sup> BGHSt 47, 187 (192); *Fleischer*, AG 2001, 171, 181; *Mertens*, AG 2000, 157, 158; anders *Philipp*, AG 2000, 64 f.

<sup>13</sup> BGHSt 47, 187.

<sup>14</sup> BGHSt 47, 187/188; grundsätzlich zustimmend *Lüderssen*, FS Lampe, 2003, S. 727 (729); *Braum*, KritV 2004, 67 (73 f.); *Wollburg*, ZIP 2004, 646 (656 f.); *Arnold*, Jura 2005, 844 (847). Fraglich ist allerdings, ob die Entscheidung desselben Senates im Fall „Kinowelt“ (BGH NJW 2006, 453 [454] als Abkehr von diesem Kriterium gedeutet werden muss. Dort führt der 1. Senat unter Bezug auf die Entscheidung BGHSt 47, 187 aus, dass die Überschreitung der „äußersten Grenzen unternehmerischer Entscheidungsfreiheit“ eine Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten darstelle, „die so gravierend ist, dass sie zugleich eine Pflichtwidrigkeit im Sinne von § 266 StGB begründet“. Die Formulierung kann so verstanden werden, dass die Überschreitung des zivilrechtlichen Spielraumes stets zugleich auch die strafrechtliche Pflichtwidrigkeit begründen soll. Ebenso gut ist es aber möglich, den Hinweis auf die „äußersten Grenzen unternehmerischer Entscheidungsfreiheit“ als Bestätigung des Kriteriums einer sich von der bloßen Gesellschaftsrechtswidrigkeit abhebenden gravierenden Pflichtwidrigkeit zu deuten.

nung gestoßen, wobei sich dieser – offenbar zur Vermeidung einer Divergenz-Vorlage – sogar darum bemüht, die meines Erachtens in der Formulierung doch recht klare Entscheidung des 1. Strafsenates dahingehend zu interpretieren, dass auch nach ihr eine gravierende Verletzung der Vermögensfürsorgepflicht gar nicht vorausgesetzt wird.<sup>15</sup> Ungeachtet der Frage, welcher Deutung der Vorzug gebührt, erscheint es aber, wie ich im zweiten Teil meiner Ausführungen näher darlegen will, sachgerecht, die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes der Untreue von einer strafrechtsspezifischen Pflichtverletzung abhängig zu machen.

## II. Gesellschaftsrechtliche Bewertung der Spendenvergabe

### 1. Spenden und Unternehmensinteresse

#### a) Unternehmerische Freiheit als Sachgrund der Zulässigkeit von Spenden

Nach Ansicht des 1. Strafsenates folgt die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit von Unternehmensspenden aus dem Umstand, dass Unternehmen für ein dauerhaft erfolgreiches Wirtschaften auf den Rückhalt „aller Bezugsgruppen“ angewiesen seien.<sup>16</sup> Zwischen einem „rein altruistischen und einem – langfristig – egoistischen Verhalten“, werde sich bei gemeinnützigem Handeln von Unternehmen „kaum je eine scharfe Unterscheidung treffen lassen“. Es sei deshalb mit den Verhaltenspflichten des Vorstandes einer Aktiengesellschaft – ergänzend sei angemerkt: für den Geschäftsführer einer GmbH muss Entsprechendes gelten – vereinbar, unentgeltliche Zuwendungen allein mit dem Ziel vorzunehmen, die soziale Akzeptanz des Unternehmens zu verbessern, wodurch indirekt das wirtschaftliche Fortkommen der Gesellschaft befördert werde.<sup>17</sup>

Ich habe bereits eingangs deutlich gemacht, dass mich diese Überlegungen nicht überzeugen. Schon ihre Prämisse ist problematisch. Unternehmen sind in einem globalisierten Marktumfeld nicht so sehr auf gesellschaftlichen Rückhalt, als vielmehr darauf angewiesen, dass ihre Produkte weltweit konkurrenzfähig sind. Die Konvergenz von egoistischem und altruistischem Unternehmenshandeln scheint da mehr Wunschdenken, denn Realität. Indem der Senat die gemeinnützige Spende praktisch zum Risikogeschäft erklärt, dessen Ergebnis wegen eines nur mittelbaren wirtschaftlichen Nutzens selbst ex post von niemandem verlässlich beurteilt werden kann, wird seine Behauptung überdies zu einer empirisch nicht überprüfbaren Größe.

Näher liegend scheint mir deshalb eine Sichtweise, die zum Nachweis der Zulässigkeit von Unternehmensspenden formal auf die rechtliche Stellung der Organe von Kapitalgesellschaften verweist. So leitet der Vorstand einer Aktiengesellschaft das Unternehmen, wie es in § 76 Abs. 1 AktG

---

<sup>15</sup> BGH NJW 2006, 522 (526). Die Kinowelt-Entscheidung des 1. Senates (BGH NJW 2006, 453), aus der sich möglicherweise eine solche Sichtweise ableiten ließe (siehe Fn. 14), findet im Urteil des 3. Senats zum Fall „Mannesmann“ keine Erwähnung.

<sup>16</sup> BGHSt 47, 187 (195); ebenso *Fleischer*, AG 2001, 171 (175 ff.).

<sup>17</sup> BGH, a.a.O.

heißt, in eigener Verantwortung und tritt damit partiell in die Position des Prinzipals ein.<sup>18</sup> Bei der GmbH fehlt zwar eine entsprechende Vorschrift. Doch vermag selbst die Weisungsbefugnis der Gesellschafter (§ 37 GmbHG) nichts daran zu ändern, dass auch der Geschäftsführer einer GmbH im Rahmen seiner Kompetenzen von Gesetzes wegen unternehmerische Freiheit genießt, solange diese nicht durch entgegenstehende Weisungen der Gesellschafter begrenzt wird. Den mit der Geschäftsführung von Kapitalgesellschaften betrauten Organen kommt deshalb im Grundsatz zunächst einmal das gleiche Maß an Freiheit zu wie es der Unternehmer, der selbst Vermögensinhaber ist, bei der Führung seiner Geschäfte ganz selbstverständlich genießt.

Nun kommt niemand auf den Gedanken, es dem unternehmensleitenden Prinzipal zu verwehren, einen Teil des erwirtschafteten Vermögens für gemeinnützige Zwecke einzusetzen. Die vielleicht zunächst nahe liegende Erwägung, seine Spende müsse als private Entnahme aus dem Betriebsvermögen gewertet werden, wird durch § 10b EStG widerlegt. Dort wird die steuerliche Absetzbarkeit von Spenden – in sachlicher Übereinstimmung mit der für die Kapitalgesellschaften gelten Regelung des § 9 Abs. 1 S. 2 KStG – auf „5 vom Hundert des Gesamtbetrages der Einkünfte oder 2 vom Tausend der gesamten Summe der Umsätze und der im Kalenderjahr aufgewendeten Löhne und Gehälter“ begrenzt. Der zuletzt genannte Maßstab setzt als selbstverständlich voraus, dass es auch beim Einzelkaufmann unternehmensbezogene Spenden gibt.

Aus dem Umstand, dass die Organe von Kapitalgesellschaften einer fremdnützigen Vermögensbetreuungspflicht unterliegen, folgt nun aber nicht zwangsläufig, dass sie im Gegensatz zum Vermögensinhaber dem Verbot der kompensationslosen Minderung dieses Vermögens unterliegen.<sup>19</sup> Die für den Treuhänder geltende Zweckbindung kann je nach dem Willen des Vermögensinhabers auch altruistisch sein oder altruistische Zwecke mitumfassen. Wem fremdes Vermögen anvertraut wird, damit er es gemeinnützig einsetzt, unterliegt bei ökonomischer Betrachtung gerade nicht dem Verbot, sondern dem Gebot der Schädigung dieses Vermögens. Deshalb ist die Annahme des 3. Senats, die Organe von Kapitalgesellschaften unterlägen schon allein deshalb, weil sie fremdes Vermögen zu verwalten hätten, dem Gebot, alles zu unterlassen, was den Eintritt eines sicheren Vermögensschadens bei der Gesellschaft zur Folge hat,<sup>20</sup> nicht nur nicht selbstverständlich, sondern in dieser Allgemeinheit auch unzutreffend.

#### *b) Unternehmensinteresse als Begrenzung unternehmerischer Freiheit*

Allerdings sind die Organe von Kapitalgesellschaften, sofern diese Träger eines Wirtschaftsunternehmens sind, – und nur darum ging es im Fall „Mannesmann“ – nicht zum Altruismus, sondern zur Leitung des Unternehmens verpflichtet. Aber auch diese Bindung der Organe an das Unternehmensinteresse rechtfertigt es nicht, der hier in Rede stehenden

Vermögensbetreuungspflicht ein Verbot der kompensationslosen Minderung des anvertrauten Vermögens zu entnehmen. Entgegen der Auffassung des 3. Senats eignet sich dieses der Treuhand zugrundeliegende Interesse schon deshalb nicht zur Begründung eines ökonomischen Maßstabes, weil es – worauf der 3. Senat nicht näher eingeht – nicht ausschließlich das Rentabilitätsinteresse, sondern beispielsweise auch die Interessen der Mitarbeiter, der Gläubiger und der Allgemeinheit mitumfassen soll.<sup>21</sup> Schließlich muss dieser Begriff in seiner Funktion der Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis aber ohnedies von begrenzter Wirkung bleiben, weil das Interesse eines Unternehmens naturgemäß durch die strategischen Entscheidungen derjenigen Organe geprägt wird, die man zugleich an dieses Interesse binden will.

Das bedeutet nicht, dass die Bindung an das Unternehmensinteresse völlig wertlos wäre. Die Verfügung über das Gesellschaftsvermögen lässt sich aufgrund der Fremdnützigkeit der Organschaft nur dann als pflichtgemäß ansehen, wenn sie – mit rechtsgeschäftlicher Wirksamkeit im Außenverhältnis – im Namen des Unternehmens erfolgt. An dieser Voraussetzung fehlt es zunächst bei einer nicht durch gesonderte Einwilligung gedeckten eigennützigen Verfügung. Hier will das Organ gar nicht für das Unternehmen handeln und eine Schutzbedürftigkeit des Rechtsverkehrs besteht selbst dann nicht, wenn die äußeren Formen gewahrt werden, weil es vollständig am Außenbezug der Handlung fehlt.

Der Vorstand, der sich selbst durch den Griff in die Unternehmenskasse eine Gehaltserhöhung genehmigt, handelt deshalb ebenso wenig für das Unternehmen wie der Vormund, der sich auf Kosten des ihm anvertrauten Vermögens einen besseren Lebensstandard genehmigt, für sein Mündel auftritt. Entsprechendes gilt, wenn der Vorstand einer Aktiengesellschaft seinem besten Freund, seiner Ehefrau oder der Geliebten „Spenden“ zu deren Lebensunterhalt zukommen lässt. Auch diese Verfügung erfolgt regelmäßig nicht im Namen des Unternehmens; und soweit dies ausnahmsweise einmal doch der Fall sein sollte, wird sie von dem Empfänger der Zuwendung nicht als solche verstanden, so dass ein Missbrauch der Vertretungsmacht vorliegt, der nach allgemeinen zivilrechtlichen Regeln<sup>22</sup> bereits die Wirksamkeit der Vertretung entfallen lässt.

Wer als Organ einer Kapitalgesellschaft unter eigenem Namen, aber für Rechnung der Gesellschaft spendet, handelt deshalb stets pflichtwidrig. Sein Verhalten ist nicht anders zu bewerten als der Fall der eigennützigen Verfügung. Sobald die Spende hingegen im Namen des Unternehmens erfolgt, kann trotz fehlender ökonomischer Kompensation nicht der Einwand erhoben werden, sie erfolge nicht im Interesse des Unternehmens. Jenseits des stets schon beim Handeln im Namen des Unternehmens anzunehmenden Erfordernisses eines objektiven Unternehmensbezuges ist dieser Begriff zu diffus, um die Befugnisse der geschäftsführenden Organe sachgerecht zu begrenzen. Dabei ist die Unschärfe des Begriffs kein behebbarer Mangel. Sie ist dem Umstand geschuldet, dass es zwangsläufig dem Unternehmer – und im Fall der Kapitalgesellschaft: den unternehmerisch handelnden Orga-

<sup>18</sup> Fleischer, ZIP 2003, 1 (2/3).

<sup>19</sup> So aber dezidiert BGH NJW 2006, 522 (523); Jakobs, NSStZ 2005, 276 (277).

<sup>20</sup> BGH NJW 2006, 523.

<sup>21</sup> Vgl. statt vieler Baums (Fn. 3), S. 10.

<sup>22</sup> Siehe dazu etwa Schramm, in: Münchner Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2001, § 164 Rn. 107.

nen – zukommt, die im konkreten Einzelfall bestehenden Interessen des Unternehmens zu definieren.<sup>23</sup>

## 2. Sorgfalt des ordentlichen Geschäftsmannes

Das bedeutet selbstverständlich nicht, dass der Vorstand einer Aktiengesellschaft oder der keinen rechtsgeschäftlichen Weisungen unterliegende Geschäftsführer einer GmbH keinen weitergehenden gesellschaftsrechtlichen Grenzen bei der Vergabe von Spenden aus dem Gesellschaftsvermögen unterliegt. Ihre Befugnisse werden vom Gesetz jenseits des Erfordernisses eines unternehmensbezogenen Handelns insoweit limitiert, als der Geschäftsführer einer GmbH die „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes“ (§ 43 Abs. 1 GmbHG) und der Vorstand einer Aktiengesellschaft „die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters“ (§ 93 Abs. 1 S. 1 AktG) walten lassen muss. Beide treten damit zwar einerseits – ich greife eine im Fall „Mannesmann“ gern gebrauchte Terminologie<sup>24</sup> auf – partiell in die Stellung des „Gutsherren“ ein. Als „Gutsverwalter“ dürfen sie diese Macht aber nur in dem Umfang gebrauchen, wie sie auch ein wirtschaftlich „besonnener Gutsherr“ ausüben würde.

Gegenüber der Gesellschaft handelt das Organ damit gesellschaftsrechtlich pflichtwidrig, wenn ein hinreichend befähigter Vorstand oder Geschäftsführer in derselben Situation die entsprechende Entscheidung mit Sicherheit nicht getroffen haben würde.<sup>25</sup> Nach Einschätzung des 1. Strafsenats im Fall „SSV Reutlingen“ sollen dabei im Kontext von Unternehmensspenden folgende Kriterien die Pflichtwidrigkeit indizieren: Erstens die fehlende Nähe der Spende zum Unternehmensgegenstand, zweitens ihre Unangemessenheit im Hinblick auf die Ertrags- und Vermögenslage der Gesellschaft, drittens die fehlende innerbetriebliche Transparenz und viertens das Vorliegen sachwidriger Motive, namentlich die Verfolgung persönlicher Präferenzen.<sup>26</sup>

Bei näherem Zusehen weisen nur die beiden zuerst genannten Kriterien der fehlenden Nähe zum Unternehmensgegenstand und der Unangemessenheit im Hinblick auf die Ertragslage einen möglichen Bezug zur Pflichtwidrigkeit der Spendenentscheidung auf. Die im Übrigen genannten Gesichtspunkte kommen – solange sie nicht ausnahmsweise bereits den Unternehmensbezug in Frage stellen – allenfalls als Indizien für das individuelle Verschulden des handelnden Organs in Betracht. Angesichts des objektivierten Fahrlässigkeitsmaßstabes im Zivilrecht ist diese Frage vorliegend jedoch von untergeordneter Bedeutung.

Weil der 1. Strafsenat den Eindruck erweckt, aus der Verfolgung sachwidriger Motive und der Vernachlässigung innerbetrieblicher Transparenz könne zugleich die Unvertretbarkeit der Spendenvergabe gefolgert werden, wird seine

Entscheidung gelegentlich als Hinweis gedeutet, die Rechtsprechung wolle auf materielle Kriterien bei der Beurteilung der Pflichtwidrigkeit einer Unternehmensentscheidung verzichten und stattdessen die Nichteinhaltung von Verfahrensregeln als ausschlaggebend ansehen.<sup>27</sup> Ungeachtet der Frage, ob der 1. Strafsenat im Ergebnis tatsächlich so verstanden werden muss,<sup>28</sup> kann ein entsprechender Maßstab jedenfalls nicht überzeugen:<sup>29</sup> So mag der egozentrische Vorstandsvorsitzende einer Aktiengesellschaft allein zur Befriedigung der eigenen Eitelkeit ehrgeizige Expansionspläne vorantreiben. Sollten sie sich im Nachhinein als wirtschaftlich desaströs erweisen, kann ein Gericht der Gesellschaft gleichwohl nur dann Schadensersatz zusprechen, wenn auch objektiv eine unvertretbare Unternehmensentscheidung vorlag. Anderenfalls fehlt bereits der Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverstoß und Schaden.<sup>30</sup>

Dasselbe gilt für den Gesichtspunkt der mangelhaften innerbetrieblichen Transparenz. Natürlich liegt der Verdacht nahe, dass jemand, der im Verborgenen agiert, auch etwas zu verbergen hat. Aber so wie eine offen zutage liegende Unternehmensentscheidung völlig unvertretbar sein kann, mag eine intransparent getroffene Entscheidung durchaus dem Unternehmenswohle dienen. Die Fehlerhaftigkeit der Entscheidungsfindung ist deshalb weder im Falle des bei sachwidriger Motivation vorliegenden Ermessensfehlergebrauchs noch beim Verstoß gegen Transparenzvorschriften eine taugliche Begründung für die Pflichtwidrigkeit der Entscheidung.<sup>31</sup>

<sup>27</sup> So etwa *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 635, 674 ff. für die Frage der Strafbarkeit wegen Untreue; dagegen mit Recht *Kubiciel*, NSTZ 2005, 353 (356); *Saliger*, HRRS 2006, 10 (20).

<sup>28</sup> Anders *Rönnau/Hohn*, NSTZ 2004, 113 (115): Nur Indiz für objektive Pflichtverletzung; zustimmend *Kubiciel*, NSTZ 2005, 353 (356).

<sup>29</sup> Vgl. dazu auch *Samson*, in: Walz u.a. (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook, 2004, 233 (238 ff.).

<sup>30</sup> In der Sache wie hier für den Fall des Verstoßes gegen formelle Verfahrensnormen bei der Fassung von Organbeschlüssen am Beispiel Mannesmann: *Rönnau/Hohn*, NSTZ 2004, 113 (115).

<sup>31</sup> Umgekehrt kann die Fehlerfreiheit der Entscheidungsfreiheit aber geeignet sein, eine fehlende Pflichtwidrigkeit zu begründen, weil sie in der Praxis zumeist ein unwiderlegliches Indiz dafür sein wird, dass den handelnden Organen eine möglicherweise gegebene objektive Fehlentscheidung zumindest nicht als eigenes Fehlverhalten zugerechnet werden kann. Insoweit können auf die Entscheidungsfindung bezogene Kriterien, wie sie insbesondere der US-amerikanischen Business Judgement Rule zugrunde liegen – dazu etwa *Feddersen*, FS Laufs, 2006, 1169 (1177 f.) –, durchaus praktische Bedeutung erlangen. Davon ging auch der Gesetzgeber aus, als er durch das am 1.11.2005 in Kraft getretene Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) im neu eingefügten § 93 Abs. 1 S. 2 AktG klarstellte, dass eine Pflichtverletzung nicht vorliege, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der

<sup>23</sup> Skepsis ist deshalb angebracht, wenn *Kubiciel*, NSTZ 2005, 353 (360) offenbar auch jenseits der Fälle eines fehlenden Unternehmensbezuges eine Strafbarkeit wegen Untreue davon abhängig machen will, ob eine Entscheidung noch als eine den Vermögensinhaber vertretende Maßnahme gedacht werden kann.

<sup>24</sup> Vgl. nur *Jahn*, Manager im Raumschiff, in: F.A.Z. Nr. 299 vom 23.12.2005, S. 3.

<sup>25</sup> *Hüffer*, Aktiengesetz, 6. Aufl. 2004, § 93 Rn. 3.

<sup>26</sup> BGHSt 47, 187/188.

Für die gesellschaftsrechtliche Beurteilung der Spendenpraxis von Kapitalgesellschaften bleiben damit als mögliche Kriterien die vorhandene oder fehlende Nähe der Spende zum Unternehmensgegenstand und die Maßstäblichkeit der Spendensumme im Verhältnis zur Ertragslage des Unternehmens. Ersterer Gesichtspunkt kann nur Berücksichtigung finden, soweit man die Zulässigkeit gemeinnützigen Handelns von Kapitalgesellschaften mit möglichen ökonomischen Vorteilen einer entsprechenden Freigiebigkeit begründet. Rechtfertigt man solches Engagement dagegen mit der Überlegung, dass die geschäftsführenden Organe unter dem Vorbehalt wirtschaftlicher Besonnenheit im Grundsatz die gleiche unternehmerische Freiheit genießen wie sie auch dem Unternehmer, der selbst Vermögensinhaber ist, zukommt, so ist auch dieses Kriterium nicht sachgerecht.

Es hat nur insofern Bedeutung, als ein vermeintlich gemeinnütziges Engagement, das in Wahrheit in der Absicht der Gewinnerzielung vorgenommen wird – wie etwa der Fall des professionellen Sportsponsorings – kein Problem der Spendenuntreue, sondern ein solches des Risikogeschäftes ist. Drittmittel für unternehmensnahe Forschungen können insoweit teils Risikogeschäft und teils gemeinnütziges Handeln darstellen. Die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit von ausschließlich gemeinnützigem Engagement hängt dagegen richtigerweise nur von einem einzigen Kriterium ab: der Angemessenheit der Zuwendung im Hinblick auf die Ertragslage des Unternehmens. Auf dieser Grundlage stellt sich nunmehr die Frage, ob jede unangemessene Spendenvergabe in objektiver Hinsicht zugleich den Tatbestand der Untreue verwirklicht:

### III. Strafrechtliche Bewertung der Vergabe von Spenden

#### 1. Kriterium der gravierenden Pflichtverletzung

Der 1. Strafsenat geht davon aus, dass hierfür nicht jeder Verstoß gegen eine gesellschaftsrechtliche Pflicht ausreichen kann. Diese Erwägung entspricht im Ausgangspunkt der allgemeinen Meinung. Sie hat, jedenfalls im Hinblick auf die Treuebruchsalternative der Untreue, ihren Niederschlag darin gefunden, dass nicht jede Verpflichtung, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, als Vermögensbetreuungspflicht i.S.d. § 266 Abs. 1, 2. Alt. Anerkennung findet, sondern nur eine solche, die erstens als Hauptpflicht geschuldet wird und sich zweitens durch eine hinreichend gewichtige Verantwortung gegenüber dem betreuten Vermögen auszeichnet.<sup>32</sup>

Dieses Verständnis der Beziehung zwischen Täter und Vermögen prägt, seit der BGH auch für die Verwirklichung

der Missbrauchsalternative die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht verlangt,<sup>33</sup> in der Praxis den gesamten Tatbestand des § 266 StGB. Die gesetzliche Differenzierung zwischen dem Missbrauch eingeräumter Rechtsmacht und der Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht spielt in der Praxis keine Rolle mehr.<sup>34</sup>

Bei der Frage, welche Qualität der deshalb stets erforderliche Verstoß gegen die Vermögensbetreuungspflicht haben muss, werden herkömmlich keine weitergehenden Anforderungen postuliert.<sup>35</sup> Von dieser Prämisse ist der 1. Strafsenat für die Beurteilung von Unternehmensspenden abgewichen, wobei er sich an seinen eigenen Grundsätzen zur Frage einer Strafbarkeit wegen Untreue durch die Vergabe risikobehafteter Kredite<sup>36</sup> orientiert hat. Aus der allgemein für richtig gehaltenen Erwägung, wonach nicht jede gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung eine Untreue zu begründen vermag, folgert er nicht nur, dass die Verletzung einer gesellschaftsrechtlich begründeten Vermögensbetreuungspflicht erforderlich sei, sondern zusätzlich das Erfordernis eines gravierenden Pflichtverstoßes.<sup>37</sup> Dem liegt erkennbar die Erwägung zugrunde, risikobehaftetes unternehmerisches Handeln so weit wie möglich von einem strafrechtlichen Haftungsrisiko zu befreien. Die Vergabe von Spenden wird dabei – auf der Grundlage der vom 1. Senat angenommenen ökonomischen Legitimation gemeinnützigen Handelns durchaus folgerichtig – wie ein Risikogeschäft behandelt.

<sup>33</sup> BGHSt 24, 386; 33, 244 (250); 35, 224 ff.; dagegen insbesondere *Schünemann* (Fn. 32), § 266 Rn 11; *ders.*, Organuntreue, Das Mannesmann-Verfahren als Exempel, Berlin 2004, S. 11 f.; *ders.*, NSTZ 2004, 473, 474. Die Frage muss im hiesigen Kontext nicht entschieden werden, da den geschäftsführenden Organen von Kapitalgesellschaften ohne Weiteres eine entsprechende Vermögensbetreuungspflicht obliegt.

<sup>34</sup> Vgl. nur BGH NJW 2005, 453 (454).

<sup>35</sup> *Kindhäuser* (Fn. 32), § 266 Rn. 63 f.; *Samson/Günther* (Fn. 32), § 266 Rn. 38; *Schünemann* (Fn. 32), § 266 Rn. 89; *Lenckner/Perron* (Fn. 32), § 266 Rn 35 f.; *Tröndle/Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 53. Aufl. 2006, § 266 Rn. 13; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 25. Aufl. 2004, § 266 Rn. 15.

<sup>36</sup> BGHSt 47, 148.

<sup>37</sup> Nicht zutreffend scheint es mir in diesem Zusammenhang, wenn *Rönnau/Hohn*, NSTZ 2004, 113 (118) die Entscheidung des 1. Strafsenats zur Spendenuntreue (BGHSt 47, 148) für ihre Auffassung in Anspruch nehmen, gesellschaftsrechtliche Haftung und strafrechtliche Verantwortlichkeit nach § 266 StGB verlangten in gleicher Weise eine gravierende Pflichtverletzung. Vielmehr gibt der Senat schon im Leitsatz der Entscheidung zu erkennen, dass die Unternehmensentscheidung zunächst einmal gesellschaftsrechtlich pflichtwidrig sein müsse und sodann die gesteigerten Voraussetzungen einer gravierenden Pflichtverletzung i.S.d. § 266 StGB erfüllen müsse (ebenso *Schünemann* [Fn.33], S. 27, der der Entscheidung insoweit allerdings nicht zustimmen will, *ders.*, NSTZ 2005, 473, 475). Zu der deutungs-offenen Formulierung des 1. Senats in der sog. „Kinowelt“-Entscheidung siehe oben Fn. 14.

Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.

<sup>32</sup> Vgl. etwa *Kubiciel*, NSTZ 2005, 353 (354 f.). Näher zu den im Einzelnen problematischen und teilweise umstrittenen Voraussetzungen der Vermögensbetreuungspflicht *Kindhäuser*, in: *Nomos-Kommentar zum StGB*, 2. Aufl. 2005, § 266 Rn. 43 ff.; *Samson/Günther* in *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5. Aufl., 39. Lieferung, Stand: Dezember 1996, § 266 Rn. 24 ff.; *Schünemann*, in: *Leipziger Kommentar, StGB*, 11. Aufl. 1998, § 266 Rn. 74; *Lenckner/Perron*, in: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 25. Aufl. 2001, § 266 Rn. 23 ff.

2. Kritik

a) Der Fall »Mannesmann« als Stein des Anstoßes

Diese in den Fällen der Unternehmensspenden und der Kreditvergabe bislang im Ergebnis nicht in Frage gestellte Privilegierung unternehmerischen Handelns geriet in die Kritik, als das LG Düsseldorf im Fall „Mannesmann“ die auf eine Entscheidung des Aufsichtsrates zurückgehende Gewährung vertraglich nicht vereinbarter Anerkennungsprämien in diesem Sinne zwar gesellschaftsrechtlich als pflichtwidrig, aber mit Ausnahme der an den damaligen Aufsichtsratsvorsitzenden *Funk* gewährten Zuwendungen u.a. deshalb nicht als gravierende Pflichtverletzung im Sinne des Untreuetatbestandes ansehen wollte, weil die Ertragslage der Gesellschaft im Zeitpunkt der fehlerhaften Entscheidung des Aufsichtsrates so glänzend war, dass die Prämien nicht sonderlich ins Gewicht fielen.<sup>38</sup>

Der Rekurs auf das Gewicht des Vermögensverlustes ist, wie insbesondere *Schünemann* dargelegt hat, doppelt problematisch: Erstens scheint daraus die Notwendigkeit zu folgen, im Kontext unternehmerischen Handelns Untreue erst ab einer bestimmten Schadenshöhe in Betracht zu ziehen. Und zweitens ist es zumindest auf den ersten Blick wenig konsistent, den Vorstand nur dann wegen Untreue zu bestrafen, wenn er sich eine gravierende Pflichtverletzung zum Nachteil des Gesellschaftsvermögens hat zuschulden kommen lassen, während der Arbeitnehmer, der sich Gegenstände von geringfügigstem Wert aus dem Gesellschaftsvermögen zueignet, ganz selbstverständlich den Tatbestand der Unterschlagung, gegebenenfalls sogar den der veruntreuenden Unterschlagung verwirklicht.<sup>39</sup>

b) Straflosigkeit der (relativ) geringwertigen Untreue?

Zum ersten Einwand: Eine Deutung des Merkmals der gravierenden Pflichtverletzung, die zur Konsequenz hätte, dass eine geringfügige Untreue stets straflos bliebe, wäre mit dem Gesetz schon deshalb nicht vereinbar, weil dieses die Strafbarkeit der geringfügigen Untreue als selbstverständlich voraussetzt und lediglich die Strafverfolgung bei Fehlen eines besonderen öffentlichen Interesses von einem Strafantrag abhängig macht (§§ 266 Abs. 2, 248a StGB).<sup>40</sup> Allerdings verbleibt auch nach der Begründung der Düsseldorfer Richter im Fall „Mannesmann“ Raum für eine geringfügige Untreue – solange nur der Geschädigte nicht über zu viel Geld verfügt. Das Problem der Entscheidung besteht deshalb nicht darin, die Möglichkeit einer Untreue mit nur geringem Schadensvolumen – contra legem – zu leugnen. Abzulehnen ist sie deshalb, weil in ihr de facto die zweifelhafte Maxime aufgestellt wird, dass der Treugeber dem reichen Treuehmer einen besonders schweren Schaden zufügen muss, um sich wegen Untreue strafbar zu machen.

Das alles ist indes kein Argument gegen das Kriterium der gravierenden Pflichtverletzung, weil das LG Düsseldorf die Rechtsprechung des 1. Senats in diesem einen (!) Punkte missverstanden hat. Zwar ist richtig, dass der 1. Strafsenat – wie dargelegt – die Zulässigkeit von Unternehmensspenden in Relation zur Ertragslage des Unternehmens beurteilen will.

Doch ist dies nur deshalb der Fall, weil auch die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit der Spendenentscheidung von der Vermögenssituation des Unternehmens abhängt. Die vertraglich nicht vereinbarten Prämienzahlungen an Vorstandsmitglieder sollten aber nach der Auffassung der Düsseldorfer Strafkammer wegen der bevorstehenden Übernahme des Unternehmens unabhängig von der Angemessenheit ihrer Höhe unzulässig sein.<sup>41</sup> Das Vorliegen einer gravierenden Pflichtverletzung i.S.d. Rechtsprechung des 1. Strafsenates ist in einem solchen Fall entgegen der Interpretation des LG Düsseldorf nicht von der Ertragslage des Unternehmens abhängig.

c) Klassenstrafrecht?

Es bleibt der Einwand, das im Kontext des § 266 StGB mit der Intention der Privilegierung unternehmerischen Handelns vom 1. Senat eingeführte Kriterium der gravierenden Pflichtverletzung führe zu Wertungswidersprüchen, weil damit im Vergleich zu den Eigentumsdelikten die Messlatte der Strafbarkeit zu hoch angelegt werde. Insoweit wendet *Schünemann* beispielhaft ein, es könne doch nicht richtig sein, den mit dem Ausschütten von Champagner bei einer Feier beauftragten Aushilfskellner wegen Unterschlagung zur Verantwortung zu ziehen, wenn er seiner nicht geladenen Freundin unerlaubt von dem beliebten Nass ausschenke, während der Vorstand, der pflichtwidrig für eine ihm eng befreundete Künstlerin im Wege des Sponsorings eben diese Party ausrichte, sich nicht wegen Untreue strafbar mache, solange sein Pflichtverstoß nicht gravierend sei.<sup>42</sup>

Das Beispiel führt eindrucksvoll den Wertungswiderspruch vor Augen, der besteht, wenn man die Strafbarkeit wegen Untreue – wie es die vom 1. Strafsenat gewählte Begrifflichkeit nahe legt – im Kontext unternehmerischen Handelns generell von einer besonders gewichtigen Pflichtverletzung abhängig machen wollte. Und trotzdem sind die beiden hier verglichenen Fälle zu verschieden, als dass sie sich über einen Kamm scheren ließen. Während der Kellner die klare Anweisung hat, den Champagner nur an geladene Gäste auszuschütten, steht die Ausrichtung von Veranstaltungen im Rahmen des Sponsorings grundsätzlich im Ermessen des Vorstandes, mag dieser den ihm eingeräumten Spielraum im konkreten Fall auch überschritten haben. Diese Differenz in der Bestimmtheit der jeweils in Rede stehenden Verhaltensgebote rechtfertigt es, den Fall des Vorstandes anders zu behandeln als den des Kellners. Dass es dabei nicht um eine ungerechtfertigte Privilegierung bestimmter Gesellschaftsschichten geht, weshalb der von *Schünemann* erhobene Einwand des „Klassenstrafrechts“<sup>43</sup> fehlgeht, mag eine Abwandlung seines Beispiels belegen:

Man stelle sich vor, die Kellner erhielten vor der Veranstaltung die Erlaubnis, Champagner in „angemessenem Umfang“ auch an ihre anwesenden Freundinnen zu verteilen. Wenn nun unser Vergleichskellner – obschon auf der Veranstaltung eher zurückhaltend getrunken wird – zwei ganze Flaschen an seine Freundin ausschenkt, mag man das als Schlechterfüllung seiner arbeitsrechtlichen Pflichten ansehen.

<sup>38</sup> LG Düsseldorf NJW 2004, 3275 (3281).

<sup>39</sup> *Schünemann*, Organuntreue (Fn. 33), S. 29.

<sup>40</sup> *Schünemann*, NSStZ 2005, 473 (475).

<sup>41</sup> Siehe oben Fn. 2.

<sup>42</sup> Vgl. *Schünemann*, Organuntreue (Fn. 33), S. 29.

<sup>43</sup> *Schünemann*, NSStZ 2005, 475 (476).

Meines Erachtens ist es aber schwerlich möglich, zugleich eine Strafbarkeit wegen Unterschlagung zu bejahen. Zwar ließe sich daran denken, eine Einwilligung in die Drittzueignung des Champagners nur in dem Umfang anzunehmen, wie dies auch nach zivilrechtlichen Maßstäben angemessen ist. Nur hinge die Bestrafung damit im Ergebnis allein von der Beurteilung der Angemessenheit der ausgesetzten Champagnermenge ab, so dass das strafgesetzliche Bestimmtheitsgebot über die Vagheit der konkret erteilten Einwilligung ausgehebelt würde. Eine entsprechende Deutung der Reichweite der Einwilligung ist deshalb abzulehnen. Weil sich die Pflichtwidrigkeit der Entscheidung des Vorstands nun aber stets aus der Fehlerhaftigkeit einer Ermessensentscheidung ergibt, gerät auch hier das strafgesetzliche Bestimmtheitsgebot ins Wanken, sobald die Gesellschaftsrechtswidrigkeit einer Spende hinreicht, den objektiven Tatbestand der Untreue zu bejahen.

Will man trotzdem die vorsätzliche Schädigung durch pflichtwidrigen Ermessensgebrauch im Umgang mit fremdem Vermögen als strafbare Untreue ahnden,<sup>44</sup> führt dies unter Berücksichtigung der Gefahr einer im Ergebnis unberechtigten Strafverfolgung zu einer zweifelhaften Risikoverteilung zwischen Treugeber und Treunehmer. Dabei ist zu beachten, dass entsprechend der im Strafrecht heute im Grundsatz unbestrittenen Schuldtheorie für den Vorsatz schon die Kenntnis der Umstände ausreicht, die den Pflichtenverstoß begründen.<sup>45</sup> Das Bewusstsein, etwas Unrechtes zu tun, ist nicht erforderlich.

Selbst wenn man im Kontext des § 266 StGB der gegen teiligen Auffassung zuneigen sollte und die Kenntnis der verletzten Pflicht für den Untreuevorsatz als konstitutiv ansähe,<sup>46</sup> zeigt gerade die Begründung des 3. Strafsenates im Fall „Mannesmann“ erneut deutlich, wie groß die Gefahr ist, diese Kenntnis beim Beschuldigten aus der eigenen Rechtsüberzeugung abzuleiten.<sup>47</sup> So schließt das Revisionsgericht im Fall „Mannesmann“ – wohlgemerkt: ohne eigene Anschauung von der Beweisaufnahme – aus der seines Erachtens kaum in Zweifel zu ziehenden Kenntnis von der ökonomischen Nutzlosigkeit der appreciation awards ohne weiteres auf die Kenntnis der Pflichtverletzung – schließlich sei es selbstverständlich, dass der Vermögensverwalter keine sichere Einbuße zum Nachteil des von ihm betreuten Vermögens in Kauf nehmen dürfe.<sup>48</sup>

<sup>44</sup> Dagegen erreicht solches Verhalten nach *Schünemann*, NSStZ 2005, 473, 475 „ohne weiteres die Höhenmarke strafrechtlichen Unrechts“.

<sup>45</sup> Etwa *Kindhäuser* (Fn. 32), § 266 Rn. 122.

<sup>46</sup> Dafür *Arzt/Weber*, Strafrecht Besonderer Teil, Bielefeld 2000, § 22 Rn. 69; *Jakobs*, NSStZ 2005, 276 (277 f.); *Jakobs*, FS Dahs, 2005, S. 49 (57, 59); im Ergebnis ebenso *Ulsenheimer*, MedR 2005, 622 (627); dagegen *Kindhäuser* (Fn. 32), § 266 Rn. 122; *Schünemann* (Fn. 32), § 266 Rn. 153.

<sup>47</sup> Grundsätzlich kritisch hinsichtlich einer im Rahmen der subjektiven Tatseite vorgenommenen Restriktion des allgemein als zu weit empfundenen Tatbestandes der Untreue *Dierlamm*, NSStZ 1997, 534 (535); *Kubiciel*, NSStZ 2005, 353 (356).

<sup>48</sup> So will der 3. Senat im Fall „Mannesmann“ aus der Kenntnis der Nutzlosigkeit von Anerkennungsprämien folgern,

Die Gefahr einer unberechtigten Strafverfolgung ist vor diesem Hintergrund gerade im Bereich von Unternehmensentscheidungen besonders hoch, ohne dass die handelnden Organe sie verlässlich minimieren könnten. Dagegen haben es sowohl der Treugeber bei rechtsgeschäftlich begründeter als auch der Gesetzgeber bei gesetzlich begründeter Vermögensbetreuungspflicht in der Hand, klare Grenzen zu definieren. Wo davon abgesehen wird, ist zumindest die Möglichkeit des – unverschuldet – pflichtwidrigen Ermessensgebrauchs die notwendige Kehrseite der gewünschten Entscheidungsfreiheit des Treunehmers. Dann aber ist es nicht angemessen, dem Treugeber den strafrechtlichen Schutz des Untreuetatbestandes zum Nachteil des Treunehmers aufzubürden, der infolgedessen bei jeder unternehmerischen Fehlentscheidung allzu leicht in den Verdacht der Untreuestrafbarkeit gerät, ohne dass das Vorsatzerfordernis hiergegen hinreichenden Schutz böte.

#### d) Zwischenergebnis

Dem Erfordernis der gravierenden Pflichtverletzung wird deshalb zu Recht die Funktion zuerkannt, die Strafbarkeit auf evidente Fälle der Ermessensüberschreitung zu beschränken.<sup>49</sup> Es geht nicht darum, erst ein besonders gewichtiges Untreueunrecht für die Tatbestandsverwirklichung ausreichen zu lassen. Vielmehr soll die Tatbestandsverwirklichung im Fall der Unbestimmtheit der den Treuhänder bindenden zivilrechtlichen Regeln – wie sie typischerweise für den Handlungsrahmen von Unternehmensorganen kennzeichnend ist<sup>50</sup> – eine auf der Hand liegende Pflichtverletzung voraussetzen, die zwar stets, aber eben nicht ausnahmslos bei gewichtigem Unrecht vorliegen dürfte. Unter diesem Gesichtspunkt ist es in der Konstellation der Spendenvergabe prima facie durchaus plausibel, mit dem 1. Strafsenat eine Pflichtverletzung i.S.d. § 266 StGB jedenfalls dann anzunehmen, wenn nicht nur die Spendenentscheidung selbst pflichtwidrig war, weil sie außer Verhältnis zur Ertragslage des Unternehmens stand, sondern auch die Entscheidungsfindung wegen des Mangels

---

dass dem Aufsichtsrat die mit der Gewährung dieser Zuwendungen nach seiner Ansicht einhergehende Pflichtverletzung ebenfalls bewusst war, weil das Verbot, alles das Vermögen des Betreuten sicher und ausnahmslos Schädigende zu unterlassen, zentraler Bestandteil der Vermögensfürsorgepflicht sei. Abgesehen davon, dass Letzteres – wie dargelegt – für den Fall der treuhänderischen Unternehmensleitung gerade zweifelhaft ist, wird hier aus der ebenfalls als selbstverständlich angesehenen Kenntnis der Umstände auf die selbstverständliche Kenntnis des Verbots geschlossen; BGH NJW 2006, 522 (531).

<sup>49</sup> *Wessing*, EWiR 2002, 305 (306); *Otto*, FS Kohlmann, 2003, S. 187, 202/203; *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 635 (642/643); *Dierlamm*, StraFo 2005, 397 (402); *Saliger*, HRRS 2006, 10 (20); *Feddersen*, FS Laufs, 2006, S. 1169 (1190); für eine solche Begrenzung auf „eindeutige Fallkonstellationen“ bereits vor dem Urteil des 1. Strafsenates in BGHSt 47, 187; *Tiedemann*, FS Tröndle, 1989, S. 319 (328).

<sup>50</sup> *Nelles*, Untreue zum Nachteil von Gesellschaften, Berlin 1991, S. 68; *Kubiciel*, NSStZ 2005, 353 (354 f.).

an unternehmensinterner Transparenz und der Orientierung an sachwidrigen Motiven erhebliche Mängel aufwies.

### 3. Erfordernis einer untreuespezifischen Pflichtverletzung

Dem Sinn des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebotes lässt sich dadurch allerdings nicht vollständig Rechnung tragen. Dieses soll nicht nur die Vorhersehbarkeit der staatlichen Strafanwendung sicherstellen, die sich durch die Beschränkung auf evidente Pflichtverletzungen möglicherweise erreichen ließe, sondern zusätzlich gewährleisten, dass die Entscheidung über die Strafwürdigkeit eines Verhaltens in nüchterner Abwägung getroffen wird.<sup>51</sup> Das ist grundsätzlich nur möglich, indem man sie dem Gesetzgeber überantwortet, dessen Entscheidung wegen des Rückwirkungsverbot keine Auswirkung auf in der Vergangenheit liegende Fälle haben kann, während die Gerichte retrospektiv über den möglicherweise besonders schlimm erscheinenden und infolgedessen den Blick trübenden Einzelfall zu entscheiden haben.<sup>52</sup> Weil die Strafbarkeit wegen Untreue regelmäßig akzessorisch aus der Verletzung einer zivilrechtlichen Pflicht folgt, lässt sich diese Funktion des Bestimmtheitsgebotes nur wahren, wenn auch die zivilrechtliche Pflicht, deren Verletzung in Rede steht, hinreichend bestimmt ist.<sup>53</sup>

Dabei besteht die Besonderheit des Untreuetatbestandes darin, dass er in der Sache ein Blankett darstellt,<sup>54</sup> das nicht nur auf gesetzlich geregelte, sondern auch auf rechtsgeschäftlich vereinbarte Verbote im Umgang mit fremdem Vermögen Bezug nimmt. Schon deshalb ist es nicht möglich, gesetzlich vorab festzulegen, welche konkreten Pflichtverletzungen den Tatbestand der Untreue verwirklichen können. Im Übrigen ist auch bei den gesetzlichen Pflichtenbeschreibungen zu beachten, dass sie keineswegs im Hinblick auf den Tatbestand der Untreue eingeführt wurden.

Man wird deshalb den Tatbestand der Untreue, der naturgemäß auf diese „Vielgestaltigkeit“ Bezug nehmen muss,

<sup>51</sup> Die Gründe, wegen derer gerade auch in Wirtschaftsstrafverfahren mit besonderem Medieninteresse eine erhebliche Gefahr besteht, diesen Maßstab zu verfehlen, fasst *Braum*, KritV 2004, 67/68, prägnant zusammen.

<sup>52</sup> *Grünwald*, ZStW 76 (1964), 1 (14).

<sup>53</sup> Die „Vielgestaltigkeit“ des § 266 StGB führt damit entgegen *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634 (646) zugleich zur potenziellen Unbestimmtheit der materiellen Strafnorm. Die selbstverständliche Bestimmtheit des Blanketts reicht allein nicht aus; ebenso *Dierlamm*, StraFo 2005, 397 (402).

<sup>54</sup> Wie hier *Nelles* (Fn. 50), S. 505; *Dierlamm*, StraFo, 2005, 397 (401 f.); anders etwa *Kubicjel*, NStZ 2005, 353 (357) sowie *Schünemann*, (Fn. 33), S. 21 ff., die eine zivilrechtsakzessorische Begründung des Untreueunrechts ablehnen und stattdessen davon ausgehen, dass der Tatbestand der Untreue selbst die wesentliche Beschreibung des verbotenen Verhaltens darstellt. Dabei sieht *Kubicjel* freilich im Unterschied zu *Schünemann* den notwendigen Ausgangspunkt doch in der außerstrafrechtlichen Pflichtbeschreibung, die allerdings zusätzlich „strafrechtlich gewürdigt“ werden müsse (a.a.O., S. 357). Das entspricht – trotz abweichender terminologischer Einordnung – in der Sache dem auch hier gewählten methodischen Ansatz.

nicht wegen gesetzlicher Unbestimmtheit als verfassungswidrig ansehen dürfen.<sup>55</sup> Zugleich ist jedoch darauf zu achten, dass trotz der Offenheit des Blanketts die sachliche Funktion des gesetzlichen Bestimmtheitsgebotes gewahrt bleibt und die Gerichte nicht de facto retrospektiv über die Strafwürdigkeit statt über die Strafbarkeit eines Verhaltens befinden. Es bleibt keine andere Möglichkeit, als § 266 StGB einschränkend zu interpretieren und nur die Verletzung einer hinreichend bestimmten Vermögensbetreuungspflicht ausreichen zu lassen.<sup>56</sup> Im Ergebnis kommt eine Strafbarkeit wegen Untreue dann nicht in Betracht, wenn die gesetzliche oder vertragliche Pflicht, deren Verletzung in Rede steht, den Maßstäben strafrechtlicher Bestimmtheit nicht genügt.

Zusammenfassend kann das Unrecht der Untreue nicht schon darin gesehen werden, dass der Treuhänder eine Handlung vornimmt, die einen sicheren Schaden des ihm anvertrauten Vermögens zur Folge hat. Sein Verhalten muss vielmehr zugleich gegen ein für die jeweilige Vermögensbetreuungspflicht konstitutives und nach strafrechtlichen Maßstäben hinreichend bestimmtes Verbot im Umgang mit dem anvertrauten Vermögen verstoßen. Die sich aus § 93 Abs. 1 AktG und § 43 Abs. 1 GmbHG ergebenden Verbote, Handlungen vorzunehmen, die nicht der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes oder -leiters genügen, erfüllen diese Voraussetzungen nicht, weil sie im Ergebnis auf den diffusen Begriff des Unternehmensinteresses Bezug nehmen. Daraus folgt für die Frage der Untreue durch Unternehmensspenden:

### 4. Ergebnisse

Ist das Unternehmen in der Rechtsform der GmbH organisiert, erfüllt der Geschäftsführer nur dann den objektiven Tatbestand des § 266 StGB, wenn er einer gesetzlichen oder

<sup>55</sup> *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634 (646); im Ergebnis wohl ebenso *Saliger*, ZStW 112 (200), 563: „im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz und das Analogieverbot gemäß Art. 103 Abs. 2 GG nahe an der Grenze zur Verfassungswidrigkeit“; für die Verfassungswidrigkeit des Treuebruchtatbestandes dagegen *Kargl*, ZStW 113 (2001), 565 (576); *Labsch*, Untreue (§ 266 StGB), Möglichkeiten und Grenzen einer neuen Deutung, Lübeck 1983, S. 177 ff.

<sup>56</sup> Dagegen scheint mir die Ansicht *Kubicjels* (NStZ 2005, 353 [360]), der eine gesellschaftsrechtliche Pflichtwidrigkeit als strafrechtlich gravierend ansehen möchte, wenn sie nicht mehr als eine den Vermögensinhaber vertretende Entscheidung gedacht werden kann, gerade unter dem Gesichtspunkt strafgesetzlicher Bestimmtheit, um deren Wahrung es auch ihm geht, problematisch. Nur in dem Umfang, in dem nach den Grundsätzen des Missbrauchs der Vertretungsmacht schon kein Handeln in fremden Namen vorliegt, ist dieser Gedanke m.E. zur Konturierung des Untreueunrechts sachgerecht (dazu oben S. 154, re. Sp.). Entsprechendes gilt im Ergebnis für die Überlegung *Dierlamms* (StraFo 2005, 397 [400]), der im Fall der Unbestimmtheit der gesellschaftsrechtlichen Regeln schon jede vertretbare Auslegung für die strafrechtliche Bewertung als verbindlich ansehen möchte. Eine solche Sichtweise führt weniger zur Bestimmtheit der gesetzlichen Regelung, denn zur Beliebigkeit ihrer Handhabung.

rechtsgeschäftlichen Weisung zuwiderhandelt, die ihm solches Verhalten hinreichend bestimmt untersagt. Anderenfalls mag die Gesellschaft bei unangemessener Spendenvergabe zwar aus § 43 Abs. 2 GmbHG einen Schadensersatzanspruch gegen ihn haben. Eine Strafbarkeit wegen Untreue kann jedoch nicht angenommen werden. Im Ausgangspunkt gilt Entsprechendes bei der Spendenvergabe durch den Vorstand einer Aktiengesellschaft. Hier besteht allerdings die Besonderheit, dass die Anteilseigner de lege lata keine Möglichkeit haben, dem Vorstand bei der Unternehmensführung Weisungen zu erteilen. Ob diese Regelung sachgerecht ist, steht nicht zur Diskussion. Jedenfalls ist es nicht Aufgabe des Strafrechts, einer daraus möglicherweise resultierenden Gefahr fragwürdiger Vorstandsentscheidungen zu begegnen, indem der bloße Ermessensmissbrauch als strafbare Untreue eingestuft wird.

Der Klarstellung halber sei angemerkt: Die fehlende Möglichkeit der Weisungserteilung bedeutet nicht, dass die Vorstände von Aktiengesellschaften faktisch vom Straftatbestand der Untreue dispensiert wären. Zunächst kennt das Aktiengesetz in § 93 Abs. 3 durchaus hinreichend bestimmte Grenzen des Vorstandsermessens, deren Überschreitung nicht nur eine zivilrechtliche, sondern auch eine untreuespezifische Pflichtverletzung begründet. Darüber hinaus gilt für den Vorstand einer Aktiengesellschaft selbstverständlich das einer jeden fremdnützigen treuhänderischen Geschäftsbesorgung zugrunde liegende Verbot der Verfügung im eigenen Namen, das allerdings in der hier diskutierten Konstellation der sachwidrigen Vergabe von Unternehmensspenden keine Rolle spielt.

#### IV. Ausblick: Beurteilung von Anerkennungsprämien

Die hiesige Betrachtungsweise der Beurteilung eines gemeinnützigen Engagements von Unternehmen führt notwendig auch zu einem veränderten Blickwinkel auf die Beurteilung nachträglicher Anerkennungsprämien, wie sie dem Fall „Mannesmann“ zugrunde lagen. Ich beschränke mich auf die Mitteilung des Ergebnisses: § 87 Abs. 1 AktG weist die Festlegung der Bezüge von Vorstandsmitgliedern der Kompetenz des Aufsichtsrates zu. Sie müssen mit Blick auf die Aufgaben des jeweiligen Vorstandes und unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft angemessen sein. Gelangt der Aufsichtsrat zu dem Ergebnis, die vertraglich bereits geleisteten Bezüge seien aufgrund außerordentlicher Leistungen eines Vorstandsmitgliedes in der Rückschau nicht angemessen entlohnt worden, steht es ihm nach dieser Regelung grundsätzlich frei, Anerkennungsprämien zu zahlen.<sup>57</sup> Das ist im Grundsatz auch die Haltung, die der 3. Strafsenat einnimmt. Anders als dieser meint, gilt das aber auch dann, wenn die Prämien infolge einer bevorstehenden Übernahme des Unternehmens oder noch zugespitzter: im Falle der bevorstehenden Liquidation der Gesellschaft im Einzelfall ökonomisch zweifelhaft erscheinen.

Weil der Aufsichtsrat im Hinblick auf die Festlegung der Vorstandsbezüge partiell in die Stellung des unternehmensleitenden Prinzipals eintritt,<sup>58</sup> kann es ihm – wohlgemerkt in den Grenzen der Angemessenheit<sup>59</sup> – nicht verwehrt werden, die Arbeit des Managements zu würdigen, obwohl dies für das Rentabilitätsinteresse des Unternehmens ohne Bedeutung ist. Wenn man dagegen die der Entscheidung des 3. Senats implizit zugrunde liegende gegenteilige Prämisse akzeptiert und die Vergütungsentscheidung des Aufsichtsrates strikt an das Rentabilitätsinteresse bindet, gelangt man zu dem seltsamen Ergebnis, dass zwar im konkreten Fall eine strafbare Untreue vorliegt, die Zulässigkeit solcher Prämien für die Zukunft aber schlicht davon abhängt, ob sie vertraglich vorbehalten sind.<sup>60</sup> Dann nämlich könnte sich der Aufsichtsrat auch im Falle der sicher bevorstehenden Übernahme darauf berufen, dass die Zahlungen im Rentabilitätsinteresse des Unternehmens liegen, weil durch sie eine möglicherweise kostspielige gerichtliche Auseinandersetzung mit dem ausscheidenden Vorstand verhindert wird.

Nach der hier vertretenen Ansicht besteht dagegen auch ohne den vertraglichen Vorbehalt im Fall fehlender Angemessenheit der nachträglichen Zusatzentlohnung lediglich ein aus §§ 116 S. 1, 93 Abs. 2 AktG begründeter Anspruch auf Schadensersatz, während mangels eines hinreichend bestimmten Verbots zur Leistung solcher Zahlungen der Tatbestand der Untreue nicht verwirklicht wird. Wer das, wie der 3. Strafsenat, anders sieht, müsste eine Untreue konsequent auch bei der Vergabe von Unternehmensspenden annehmen. Das gilt jedenfalls dann, wenn man sich ehrlich eingesteht, dass ein wirtschaftliches Äquivalent für das gemeinnützige Engagement von Kapitalgesellschaften in vielen Fällen nicht nur nicht nachweisbar, sondern noch nicht einmal möglich erscheint. Deshalb ist die vom 3. Strafsenat angedeutete Lösung, die Annahme einer strafbaren Untreue bei der Unternehmensspende am fehlenden Nachweis fehlender Kompensation scheitern zu lassen,<sup>61</sup> nicht überzeugend. Auch wenn man gemeinnützigen Spenden mit Recht einen verdünnten wirtschaftlichen Nutzen zuerkennt: Sie bedeuten eine – freilich um diesen minderen Nutzen gemilderte – sichere Vermögenseinbuße, weshalb dem Tatrichter in aller Regel die Anwendung der Grundsatzes „in dubio pro reo“ verwehrt sein wird.

<sup>58</sup> Hoffmann-Becking, ZHR 169 (2005), 155 (162).

<sup>59</sup> In der aktienrechtlichen Literatur wird denn in dieser Frage bisweilen auch das eigentliche Problem der causa „Mannesmann“ gesehen: Baums (Fn. 3), S. 20; Kort, NJW 2005, 333 (336).

<sup>60</sup> Ebenso Baums (Fn. 3), S. 20.

<sup>61</sup> BGH NJW 2006, 522 (526) unter Verweis auf Samson, in: Walz u. a. (Hrsg.), Non Profit Law Yearbook, 2004, S. 233 (241).

<sup>57</sup> Anders Brauer, NZG 2004, 502 (507).