

Inhaltsverzeichnis

Einführung	21
Gang der Untersuchung	25

Erster Teil

Die unternehmerische Entscheidung des Geschäftsführers	27
A. Das unternehmerische Handeln als unabdingbares Element der Betriebs- und Volkswirtschaft und seine Anerkennung in der Rechtswissenschaft	27
B. Die unternehmerische Entscheidung im Rechtssinne	28
I. Die unternehmerische Entscheidung im Gesellschaftsrecht – Typisierung schützenswerten Geschäftsführerhandelns	29
1. Zukunftsbezogenheit und Risiko als konstitutive Elemente der unternehmerischen Entscheidung im Rechtssinne	30
a) Inhalt der Zukunftsbezogenheit	32
b) Unsicherheit und das Risiko negativen Ausgangs	34
2. Tatsächliche versus normative Unsicherheit	35
a) Externer Gesetzesverstoß als Risikoverwirklichung	35
aa) Die Notwendigkeit des Zulassens einer Abwägung mit dem Legalitätsprinzip bei unklarer Rechtslage	36
bb) Inhalt der Abwägung	38
cc) Insbesondere: unternehmerische Entscheidung und unbestimmter Rechtsbegriff	40
(1) Unklare Rechtsnormen ohne gesetzlich intendierten Beurteilungsspielraum	40
(2) Existieren rechtsökonomische oder teleologische Gründe für eine Nichtanwendbarkeit des safe harbour bei Beurteilungsspielräumen mit verbindlichem Pflichtenrahmen? – insbesondere: Risikomanagement	41
b) Problem: Abgrenzung zwischen klaren Pflichten und solchen, welche die Anwendung des safe harbour rechtfertigen	45
3. Der Begriff der unternehmerischen Entscheidung in der Diskussion um die Finanzmarktkrise	45
a) Das Investment in strukturierte Wertpapiere als klassischer Anwendungsfall des safe harbour	45
b) Safe harbour und Unternehmensgegenstand	45

aa)	Der Fall IKB Deutsche Industriebank AG	46
(1)	Der Beschluss des OLG Düsseldorf	46
(2)	Analyse	48
bb)	Satzungsinhalt und öffentlicher Zweck – Wertpapiereigenhandel und Gewinnerzielung in staatlich kontrollierten Banken	50
cc)	Wertpapiereigenhandel in Sparkassen	52
c)	Unternehmerische Entscheidung und Risikomanagement	54
4.	Zusammenfassung	56
II.	Die unternehmerische Entscheidung im Strafrecht	57
1.	Das strafrechtliche Risikogeschäft und strafrechtliche Ansätze zur Bestimmung der Grenze erlaubten Geschäftsleiterhandelns	57
2.	Die potenzielle Bedeutung der gesellschaftsrechtlichen Begriffsbestim- mung für das Strafrecht	59
III.	Zwischenergebnis	60

Zweiter Teil

Geschäftsleiterhandeln im akzessorischen Untreuetatbestand 62

A.	Geschäftsleiterhandeln und untreu strafrechtliche Vermögensverantwor- tung	62
B.	Akzessorietät – das Verhältnis gesellschaftsrechtlicher Sorgfaltsanfor- derungen zum Pflichtverletzungsmerkmal im Untreuetatbestand	64
I.	Das Verhältnis des Strafrechts zu anderen Rechtsgebieten, ultima-ratio- Grundsatz und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung	64
II.	Ausfüllung des Untreuetatbestandes – die Pflichtverletzung als akzesso- rische Anknüpfung	65
III.	Gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung als Mindestvoraussetzung der Untreuestrafbarkeit	66
IV.	Die Sorgfaltsgeneralklauseln des Gesellschaftsrechts als Untergrenze der Strafbarkeit	67
1.	Raum für selbständiges Strafrecht im Bereich des Geschäftsleiterhand- delns? – die rechtsgebietsübergreifende Bedeutung von Anwendungsb- ereichen	67
2.	Die Sorgfaltsgeneralklauseln als besonderes Problem akzessorischer Rechtsanwendung	68
a)	Unternehmerisches Handeln, Unterregulierung und das Verhältnis von Bestimmtheitsgebot zum ultima-ratio-Prinzip	68
b)	Das Bestimmtheitsgebot in der Anwendung der Sorgfaltsgeneral- klauseln durch das Strafrecht	70
3.	Die Sorgfaltsgeneralklausel als abschließender Pflichtenmaßstab gegen- über dem objektiven Tatbestand des § 266 Abs. 1 StGB	72

a)	Untreuetatbestand und Sorgfaltsgeneralklausel vor dem Hintergrund von Spezialität und Subsidiarität infolge erschöpfender Regelung ..	72
b)	Ausgleichs- versus Verhaltenssteuerungsfunktion	75
c)	Zur Schutzzweckkonformität von Sorgfaltsgeneralklausel und Untreuetatbestand	77
aa)	Konformität persönlicher Schutzbereiche	77
bb)	Zusammenhang zwischen Organstellung und pflichtverletzender Handlung	78
cc)	Schutzzweckrelevanz der verletzten Pflichtennorm	79
(1)	Im Allgemeinen: Zur Erforderlichkeit eines Fremdvermögensbezugs	79
(2)	Im Allgemeinen: Zur Erforderlichkeit einer Ergebnisrelevanz	81
d)	Analyse der Bedeutung der Sorgfaltsgeneralklauseln für den Untreuetatbestand	83
aa)	Fremdvermögensbezug	83
bb)	Bestimmtheit und Legalitätspflicht	84
cc)	Insbesondere: unternehmerisches Handeln und Ergebnisrelevanz	85
dd)	Konsequenz: Abschaffung des Risikogeschäftes als eigenständiger strafrechtlicher Kategorie	86
ee)	Gemeinsamkeit Evidenzkontrolle?	89
4.	Zusammenfassung	91
V.	Vollständige Kongruenz gesellschaftsrechtlicher und untreuestrafrechtlicher Sorgfaltsmaßstäbe?	92
1.	Limitierte Akzessorietät	92
2.	Limitierte Akzessorietät und der Begriff der gravierenden Pflichtverletzung im Tatbestand des § 266 Abs. 1 StGB	93
a)	„Strafrechtliche Höhenstufe“?	94
b)	Gravierende Pflichtverletzung als Lösung für Unbestimmtheit und mangelnde Schutzzweckrelevanz?	95
3.	Geschäftsleiterhandeln und strenge Akzessorietät	97
C.	Akzessorietät in der strafgerichtlichen Rechtsanwendung	98
I.	Die abweichende Rechtsauffassung – das Beispiel des Mannesmann-Verfahrens	98
II.	Die Bedeutung des Bestimmtheitsgebots in der Rechtsanwendung durch die Strafgerichte	100
III.	Analyse	100
1.	Die Bedeutung des § 262 Abs. 1 StPO	101
2.	Die strafgerichtliche Interpretation unter Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Vorgaben	102

*Dritter Teil***Anknüpfungspunkte pflichtverletzenden Verhaltens
beim Investment in subprime-Papiere**

104

A. Problemaufriss: Die Bedeutung des Aufsichtsrechts bei der gesellschaftsrechtlichen und strafrechtlichen Aufarbeitung der Finanzmarktkrise	104
B. Das Verhältnis der Generalklauseln zu konkretisierenden Pflichtennormen im Allgemeinen	106
C. Die Ursachen des Zusammenbruchs des Finanzmarktes im Jahre 2008 und Geschäftsleiteruntreue – Überblick über tatsächliche Vorgänge und rechtliche Rahmenbedingungen	107
I. Tatsächlicher Hintergrund – das Investment in mit Hypotheken- und anderen Verbraucherkrediten unterlegte strukturierte Wertpapiere	109
II. Überblick über die rechtlichen Rahmenbedingungen vor der Krise	111
1. Anforderungen an die Eigenkapitalausstattung	112
2. Anforderungen an die Liquidität	115
3. Vorschriften über die Vergabe von Großkrediten	116
4. Rechtsrahmen für externe Ratings	118
III. Konsequenz: Risikomanagement als Fokus der Diskussion um Geschäftsleiterverantwortung	120
D. Veränderte Blickrichtung: Entlastung von Geschäftsleitern durch Einhaltung aufsichtsrechtlicher Vorgaben?	121
I. Risikomanagement im Finanz- und Bankensektor	123
1. Value at risk	123
2. Die einzelne Investmententscheidung in Abgrenzung zum Verlustrisikomanagement auf Unternehmensgesamtebene	126
II. Kategorischer Ausschluss einer abschließenden Determination gesellschaftsrechtlicher Sorgfaltsmaßstäbe durch öffentlich-rechtliche Standards?	127
1. Relevanz öffentlich-rechtlicher Sorgfaltsbeschreibungen für privatrechtliche Sorgfaltsmaßstäbe im Allgemeinen	128
2. Beispielsweise: DIN-Vorschriften und DCGK	130
3. Zwischenergebnis	132
III. Juristische Rezeption betriebswirtschaftlicher Grundsätze im Bereich des Risikomanagements	132
IV. Aufsichtliche Billigung und die vernünftige Annahme, auf angemessener Informationsgrundlage zu handeln	134
V. Modernes Bankaufsichtsrecht und seine Bedeutung für das Gesellschaftsrecht	135
VI. Zur abschließenden Funktion bankaufsichtsrechtlicher Risikomanagementvorschriften gegenüber den Sorgfaltsgeneralklauseln des Gesellschaftsrechts	137

1. Das Verhältnis von § 91 Abs. 2 zu § 93 Abs. 1 AktG	137
2. Das Verhältnis von § 25a KWG zu den gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltsanforderungen	137
a) Überblick über den Regelungsinhalt von § 25a KWG	138
b) § 25a KWG im System der Generalklausel	140
c) § 25a KWG und limitierte Akzessorität gegenüber der Generalklausel	141
aa) Schutzzweckgesichtspunkte	144
(1) Bezug zum Vermögen des Treugebers	144
(2) Insbesondere: Ergebnisrelevanz	146
(3) Zwischenergebnis	147
bb) Intention der umfassenden Regelung des Risikomanagements ..	147
(1) Gesetzgeberischer Wille nach der Gesetzesbegründung	147
(2) § 25a KWG zwischen anlassorientierter Detailliertheit und gesamtkonzeptioneller Prägung	148
(3) Die Bedeutung der MaRisk	149
(a) Eigenschaft als normenkonkretisierende Verwaltungsvorschriften	150
(b) MaRisk als Mindestvorgaben	151
d) Zwischenergebnis	152
3. Weitere relevante Normen des Kreditwesengesetzes	153
a) Die Haftungsrelevanz des § 18 KWG	153
b) Die Haftungsrelevanz der §§ 10 ff., 11 und 13 ff. KWG	155
4. Zwischenergebnis	155
5. Entlastungswirkung regelbasierter aufsichtsrechtsrechtlicher Vorgaben?	156
a) LG Köln – Die STRABAG-Entscheidung	156
b) Der Fall Corealcredit Bank AG	157
E. Konsequenzen: die Reichweite aufsichtsrechtlicher und aufsichtlicher Vorgaben zum Risikomanagement vor dem Hintergrund einer Haftung wegen des Investments in <i>subprime</i>-Wertpapiere im Vorfeld der Finanzmarktkrise	159
I. Standort in der Generalklausel	160
II. Die Verwendung von value-at-risk-Modellen	160
III. Szenariobetrachtungen	163
IV. Konzentrationsrisiken („Klumpenrisiken“)	165
V. Risikomanagement auf Gruppenebene	166
VI. Heranziehen externer Ratings	167
VII. Zwischenergebnis	169
VIII. Insbesondere: die Pflichtgemäßheit des Eingehens „existenzieller Risiken“	169

1. Das Verbot des Eingehens existenzieller Risiken in gesellschaftsrechtlicher Literatur und Rechtsprechung	170
2. Insbesondere: das Eingehen von Klumpenrisiken	171
3. Die Erlaubtheit existenzgefährdenden Handelns vor dem Hintergrund von Risikobereitschaft und Risikoeinsicht	172
a) Risikoeinsicht	172
b) Risikobereitschaft	174
aa) Klumpenrisiken	174
bb) Value at risk und Konfidenzniveau	176
c) Relevanz der Dogmatik zum existenzvernichtenden Eingriff	177
d) Zwischenergebnis	178
4. „Too big to fail“ – Systemrelevanz als Anknüpfungspunkt für erhöhte Sorgfaltspflichten?	179
IX. Die Bedeutung der Branchenüblichkeit für den Sorgfalthmaßstab für Geschäftsleiter	180
1. Branchenüblichkeit und Geschäftsleitersorgfalt in Rechtsprechung und Literatur	181
2. Der safe harbour als Einfallstor für das Faktische	182
3. Konsequenzen	183
4. Insbesondere: die branchenweite Verwendung externer Ratings	184
a) Externe Ratings als ausschließliche und unabhängige Informationsquelle	184
b) Verständnis der Information	186
F. Ausblick: Die Vorschriften der §§ 18a, 18b KWG als Reaktion auf die Krise und ihre Bedeutung für die Geschäftsleiterhaftung	187
G. Zusammenfassung	190

Vierter Teil

Weitere Aspekte der Untreuestrafbarkeit aufgrund des Erwerbs von subprime-Wertpapieren 192

A. Risikomanagement und Untreue	193
I. Die Bedeutung des Risikomanagements als Prüfungsgegenstand einer untreuestrafrechtlichen Aufarbeitung der Krise	193
II. Risikomanagement als strafrechtliche Bewertungseinheit	195
III. § 91 Abs. 2 AktG – Verpflichtung zur Einrichtung eines Risikomanagements als untreuerelevante Grundpflicht?	197
IV. Bedeutung aufsichtsrechtlicher Risikomanagementvorschriften im Strafrecht – insbesondere: Kreditwesengesetz	199
1. Der Fremdvermögensbezug des Kreditwesengesetzes in Literatur und Rechtsprechung	199

2.	Verlagerung auf die Unternehmensebene: strafrechtliche Probleme einer Gesamtbetrachtung	201
a)	Existenzgefährdung als untreuerelevantes Schadensereignis?	201
b)	Insbesondere: die Bedeutung des § 25a KWG für die Untreue	202
c)	Bedeutung der MaRisk	204
V.	Risikomanagement und Risikoerhöhungslehre	205
1.	Risikoerhöhungsansätze im strafrechtlichen Umgang mit dem KWG ..	205
2.	Betriebswirtschaftliche Risikobewertungsverfahren, Risikobegriff und Untreue – Strafrechtsrelevanz des value at risk?	207
a)	Problemaufriss	207
b)	Analyse	209
3.	Kreditwesengesetz, Risikoerhöhung und gravierende Pflichtverletzung	211
VI.	Risikomanagement als Paradigma prozeduralisierten Strafrechts	213
1.	Strafbarkeitsbeschränkende Prozeduralisierung	214
2.	Strafbarkeitserweiternde Prozeduralisierung	215
VII.	Risikomanagement, Vermögensnachteil und die „Verschleifung“ von Pflichtverletzung und Schaden	218
VIII.	Zusammenfassung	220
B.	Inhalt und Grenzen risikopolitischer Disposition aus strafrechtlicher Sicht	222
I.	Relevanz der strafrechtlichen Dogmatik zum existenzvernichtenden Eingriff	222
II.	Innenverhältnis und Risikopolitik	224
C.	Risikopolitik in Sparkassen	227
D.	Subjektive Aspekte der Untreuestrafbarkeit bei unternehmerischem Handeln im Allgemeinen und hinsichtlich <i>subprime</i>-Investments im Besonderen	228
I.	Untreuevorsatz und unternehmerisches Handeln im Allgemeinen	229
1.	Die Entwicklung des Untreuevorsatzes beim Risikogeschäft	229
2.	Duty of loyalty versus duty of care – Beschränkung der Geschäftsleiteruntreue auf Verletzung organschaftlicher Treuepflichten?	231
II.	Vorsatzfragen hinsichtlich der Vorgänge um <i>subprime</i> -Investments	234
1.	Anknüpfungspunkte subjektiver Vorwerfbarkeit	234
2.	Existenzgefährdende Schäden als tatbestandlicher Erfolg und die Feststellung des <i>dolus eventualis</i>	235
a)	Existenzgefahr und Vorsatz in der Rechtspraxis und die Gefahr des <i>hindsight bias</i>	235
b)	Versuch einer Subsumtion	237
aa)	Überlegungen zum kognitiven Element	238
bb)	Überlegungen zum voluntativen Element	239
3.	Insbesondere: Boni als Indiz für eine „Billigung im Rechtssinne“?	241
a)	Anreizstrukturen variabler Vergütung	242

b) Vergütungsvereinbarungen als Einverständnis in einen erleichterten Sorgfaltsmaßstab?	244
c) Fälschliche Annahme der Übereinstimmung hinsichtlich des Ziels langfristiger Wertsteigerung?	246
d) Zusammenfassung	248
III. Irrtum und unternehmerisches Handeln im Untreuetatbestand	248
1. Der Irrtum über die Pflichtwidrigkeit und seine Rechtsfolgen in Rechtsprechung und Literatur	248
2. Relevanz des strafrechtlichen Umgangs mit Fehlvorstellungen für Geschäftsleitertätigkeit	251
3. Abgrenzung von § 16 zu § 17 StGB vor dem Hintergrund des Leitbilds geschäftsleitender Tätigkeit	253
IV. Zusammenfassung	256

Fünfter Teil

Subprime-Investments und Untreuestrafbarkeit vor kriminalpolitischem Hintergrund

	257
A. Aufarbeitung mit einem Zerrbild der Untreue?	258
B. Komplexität und Systemverantwortung als Ausflucht?	259
I. Komplexität, objektive und subjektive Zurechnung	260
II. Die Rolle von behavioural finance – natürlicher Feind des Schuldstrafrechts?	262
III. Zusammenfassung	263
C. Strafrecht als primäres Mittel der Steuerung von Geschäftsleiterverhalten?	264
I. Gewinn durch untreuestrafrechtliche Steuerung?	264
II. Strafrechtliche Steuerung de lege ferenda	267
1. Bestandsgefährdung systemrelevanter Kreditinstitute als eigener Straftatbestand?	267
2. Lösung durch Prozeduralisierung?	269
3. Kurze Betrachtung der Untreue zum Nachteil von Gesellschaften im Ausland	270
4. Shareholder value versus stakeholder value – der Begriff des Unternehmensinteresses als Anwendungsfall für die gravierende Pflichtverletzung?	272
5. Gesetzesvorschlag: Koppelung der Organuntreue an die unternehmerische Entscheidung im Rechtssinne	274
D. Faktische Auslegung im Wirtschafts(straf-)recht als Einfallstor und helfende Hand der „Unsitte“	276
E. § 266 StGB als „generelle Umgehungsklausel“?	278

Sechster Teil

Zusammenfassung der wichtigsten Thesen	282
A. Thesen des Ersten Teils	282
B. Thesen des Zweiten Teils	282
C. Thesen des Dritten Teils	284
D. Thesen des Vierten Teils	285
E. Thesen des Fünften Teils	286
Literaturverzeichnis	288
Sachwortverzeichnis	308