

Hans-Christian Keßler

Strafrechtliche Aspekte von Corporate Governance

Eine Untersuchung der Strafbarkeit im Zusammenhang
mit der gesetzlichen Corporate Governance Publizität
nach § 161 AktG und § 289a HGB sowie dem Deutschen
Corporate Governance Kodex



BWV • BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG

INHALTSVERZEICHNIS

Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Einführung.....	1
A. Einleitung	1
B. Ziel und Fokus der Arbeit.....	4
C. Gang der Darstellung.....	5
Erstes Kapitel Einführung in die Corporate Governance.....	8
A. Die Bedeutung von Corporate Governance	8
I. Begriff der Corporate Governance.....	8
II. Verschiedene Ansätze von Corporate Governance	10
1. Externe Corporate Governance	10
a) Shareholder-Ansatz	10
b) Stakeholder-Ansatz	12
2. Interne Corporate Governance	13
3. Corporate Governance Begriff der vorliegenden Arbeit	15
B. Entstehung spezifisch deutscher Corporate Governance	16
Kodizes	16
I. Ausstrahlung angloamerikanischer Rechtstradition.....	16
1. Das angloamerikanische Board-System	16
2. Corporate Governance als Anliegen des Kapitalmarktes	17
II. Übernahme in das deutsche Gesellschaftsrecht	19
III. Kodexentwürfe privater Initiativen	22
1. Frankfurter Code of Best Practice	22
2. German Code of Corporate Governance	23
3. Sonstige Corporate Governance Vorhaben	24
4. Die Empfehlungen der Baums-Kommission	25
5. Kodex-Kommission	28
IV. Gesetzlicher Rahmen des Kodex	32
1. KonTraG	32
2. TransPuG	34
3. UMAG	36

4. BilMoG	37
C. Ausblick und Bewertung der Entwicklung	40
I. Bedenken gegen die Änderungen des Kodex	40
II. Bedenken gegen die Änderung der § 161 AktG	43
III. Fazit	43
Zweites Kapitel Gesellschaftsrechtliche und strafrechtliche Grundlagen	45
Erster Unterabschnitt Wirtschaftsstrafrecht und der DCGK	45
A. Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht	46
I. Begriff des Wirtschaftsstrafrechts	46
1. Kriminologische Sichtweise	46
2. Strafprozessuale Sichtweise	47
3. Rechtsdogmatische Sichtweise	48
II. Das Erscheinungsbild des Wirtschaftsstrafrechts	49
1. Akzessorische Straftatbestände	49
a) Art und Weise der Verweisung	50
b) Typus der in Bezug genommen Rechtsquelle	51
2. Autonome Straftatbestände	51
3. Akzessorietät des Strafrechts zum Deutschen Corporate Governance Kodex	52
4. Verwendung von Blankettnormen	52
a) Vorschriften des Kodex als Ausfüllungsnormen von Blankettnormen?	53
b) Abgrenzung von normativen Tatbestandsmerkmalen	55
III. Verfassungsrechtliche Anforderungen an das Wirtschaftsstrafrecht	55
1. Gesetzlichkeitsprinzip	56
a) Anforderungen an unechte Blankettnormen	57
b) Anforderungen an echte Blankettnormen	57
2. Berechenbarkeit von Blankettnormen	58
a) Verwendung von unechten Blankettnormen	59
aa) Gesetzespraxis	59
bb) Keine verfassungsrechtlichen Bedenken	60
cc) Inhaltliche Anforderungen an die Blankett- und Ausfüllungsnorm	60
dd) Anforderungen an die Verweisungstechnik	62
b) Verwendung von echten Blankettnormen	62

aa) Inhaltliche Anforderungen an die Blankettnorm.....	63
bb) Anforderungen an die Verweisungstechnik.....	64
cc) Verbleibende kriminalpolitische Bedenken	64
IV. Verhältnis des Strafrechts zum Wirtschaftsrecht	65
1. Normambivalenz, Einheit der Rechtsordnung und Gesetzesauslegung im Wirtschaftsstrafrecht	66
2. Limitierte Akzessorietät des Strafrechts	68
3. Folgen für die Relevanz des Kodex im Strafrecht.....	70
V. Aufgabe des Strafrechts im System der Wirtschaft.....	71
1. Rechtsgüterschutz und Lenkungsfunktion des Strafrechts	71
a) Strafrecht als Ultima-ratio des Rechts	72
b) Gefahr des symbolischen Strafrechts	73
c) Zweifel an der Wirksamkeit des Strafrechts im System der Wirtschaft.....	73
2. Lenkung durch Selbstregulierung?	74
a) Erfordernis von Absicherungsmechanismen	75
aa) Rechtliche Absicherung	76
(1.) Zentrale Rolle des Schadensersatzrechts	76
(2.) Sonstige rechtliche Absicherungsinstrumente	77
bb) Absicherung durch die Märkte	78
b) Fazit.....	79
3. Legitime Funktion des Strafrechts im System der Wirtschaft....	79
B. Der Deutsche Corporate Governance Kodex	82
I. Wesen des Kodex	82
1. Doppelte Zielsetzung des Kodex	82
a) Kommunikations- und Informationsfunktion.....	83
b) Ordnungs- und Regulierungsfunktion.....	83
2. Methodische Umsetzung	84
a) Gesetzeswiederholungen	85
b) Empfehlungen	86
c) Anregungen	86
II. Inhaltsübersicht und Aufbau des Kodex	88
1. Inhaltsübersicht.....	88
2. Aufbau des Kodex	89
III. Adressatenkreis des Kodex	89
1. Börsennotierte und nicht börsennotierte Unternehmen	89
a) Börsennotierte Gesellschaften	89
aa) Besonderheit der KGaA	90
bb) Besonderheit der SE.....	91
b) Nicht börsennotierte Gesellschaften.....	92
2. Differenzierung nach den Adressaten der einzelnen Vorschriften	93

a) Vorstand und Aufsichtsrat als Kollektiv	94
b) Einzelne Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat.....	95
3. Adressaten der Corporate Governance-Informationen.....	96
IV. Rechtsqualität des Kodex und verfassungsrechtliche Bedenken ..	96
1. Rechtsqualität des Kodex	97
a) Kodex als staatliches Regelwerk	98
aa) Parlamentsgesetz	98
bb) Rechtsverordnung	98
cc) Schlicht hoheitliches Verwaltungshandeln	99
dd) Sonstiger Akt staatlicher Rechtsetzung	100
(1.) Kommissionsmitglieder als Träger eines öffentlichen Amtes	100
(2.) Veröffentlichung und Prüfung des Kodex durch das Bundesministerium der Justiz	103
(3.) Herausgehobene Stellung des Kodex.....	104
(4.) Zusammenfassung.....	105
b) Mittlere Regelungsebene.....	105
c) Kodex als private Regelung.....	107
aa) Kodex als reine Informationsgrundlage	107
bb) Vergleich mit anderen Selbstregulierungsinstrumenten ..	107
cc) Kodex als Handelsbrauch i.S.d. § 346 HGB	110
(1.) Der Kodex als zusammenhängendes Regelwerk	111
(a.) Möglichkeit der Abweichung	111
(b.) Konzeptionelle Ausrichtung des Kodex	112
(2.) Einzelne Vorschriften des Kodex	113
(3.) Ergebnis	114
dd) Gewohnheitsrecht	114
ee) Fachnormen	114
ff) Vergleich mit den Rechnungslegungsstandards des § 342 HGB	118
d) Fazit: Rechtliche Unverbindlichkeit und faktische Verbindlichkeit, Kodex als Auslegungshilfe	120
aa) Rechtliche Unverbindlichkeit.....	120
bb) Faktische Verbindlichkeit	121
cc) Kodex als Auslegungshilfe.....	124
2. Verfassungsrechtliche Bedenken.....	124
a) Meinungsstand.....	125
aa) Verfassungswidrigkeit.....	125
bb) Verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit	126
b) Beurteilung	127
aa) Betroffene Grundrechte	127
bb) Art des Grundrechtseingriff	128
cc) Anwendung auf den Kodex	128

(1.) Faktische Verbindlichkeit	129
(2.) Kodex als Auslegungshilfe	130
(3.) Ergebnis	132
c) Ergebnis	132
V. Inhaltliche Reichweite des Kodex	133
1. Auslegungskompetenz	134
2. Faktoren bei der Auslegung des Kodex	136
VI. Deutscher Corporate Governance Kodex bislang ein Erfolg?	137
VII. Corporate Governance als Mittel zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität	140

Zweiter Unterabschnitt Strafrechtlich relevante Corporate Governance Publizität

143

A. Entsprechenserklärung nach § 161 AktG

145

I. Grundlagen	145
1. Doppelcharakter der Erklärung	145
a) Vergangenheitsbezogene Komponente - Wissenserklärung	146
b) Zukunftsbezogene Komponente - Absichtserklärung	146
2. Rechtsnatur der Entsprechenserklärung	148
a) Organschaftliche Beschlussfassung im Innenverhältnis	149
b) Außenverhältnis	150
aa) Vergangenheitsbezogene Erklärung	150
bb) Zukunftsbezogene Erklärung	151
c) Ergebnis	154
3. Verfassungsmäßigkeit des § 161 AktG	155
a) Grundrechtseinschränkung durch die Pflicht zur Abgabe der Entsprechenserklärung	155
b) Grundrechtseinschränkung durch faktische Zwangswirkung des Kodex	155
aa) Bedeutung des Demokratieprinzips und des Gesetzesvorbehalts bei privater Regelung	156
bb) Übertragung auf § 161 AktG	157
c) Ergebnis	160
4. Zwischenergebnis	161
II. Formelle Anforderungen	161
1. Zuständigkeit	161
a) Reichweite der Erklärungspflicht	161
aa) Verpflichtungssubjekt des § 161 AktG	162
bb) Kreis der erfassten Gesellschaften	163
(1.) Börsennotierung	163
(a.) Entsprechenserklärung in der Aktiengesellschaft..	164

(b.) Entsprechenserklärung in der KGaA.....	165
(c.) Entsprechenserklärung in der SE.....	166
(2.) Nicht börsennotierte Gesellschaften	167
(3.) Auswirkungen des Rückzugs von der Börse auf die Erklärungspflicht	168
(a.) Delisting.....	168
(b.) Squeeze out.....	169
(4.) Entsprechenserklärung in der Insolvenz	170
(5.) Kapitalmarktorientierung nach § 161 Abs. 1 S. 2 AktG	172
(6.) Entsprechenserklärung im Konzern	175
(7.) Ausländische Gesellschaften	176
cc) Zwischenergebnis	177
b) Gesellschaftsinterne Zuständigkeit	177
aa) Erklärungszuständigkeit im Außenverhältnis - Verhältnis der Organe zueinander.....	178
bb) Entscheidungszuständigkeit im Innenverhältnis.....	180
(1.) Vergangenheitsbezogene Erklärung	182
(2.) Zukunftsbezogene Erklärung	183
(a.) Aufsichtsrat.....	185
(b.) Vorstand	186
(c.) Gemeinsame Entscheidungszuständigkeit.....	188
(d.) Rolle der Hauptversammlung.....	188
(e.) Zwischenergebnis	190
2. Verfahren	190
a) Beschlussfassung.....	190
aa) Vorstand	191
bb) Aufsichtsrat	194
cc) Wechsel von Organmitgliedern.....	196
(1.) Ausgeschiedene Organmitglieder	196
(2.) Neu hinzutretende Organmitglieder.....	197
b) Redaktion der Erklärung und Corporate Governance- Beauftragter.....	199
3. Form	201
a) Adressaten der Erklärung	201
b) Form der Erklärung im engeren Sinne	202
c) Veröffentlichung.....	203
aa) Zuständigkeit	203
bb) Publizität im elektronischen Bundesanzeiger	204
cc) „Dauerhaft öffentlich zugänglich“	205
dd) Weitere Publizität	206
(1.) Anhangsangaben	206
(2.) Veröffentlichung der Erklärung im Geschäftsbericht 208	

(3.) Erklärung zur Unternehmensführung	208
(4.) Ad-hoc-Publizität	209
(5.) Auskunftsrecht der Aktionäre	213
4. Zeitliche Bezüge der Erklärung	214
a) Erklärungsstichtag	214
b) Erklärungssturnus	215
aa) Kalenderjahr oder Geschäftsjahr	215
bb) Abstand der einzelnen Erklärung zueinander	216
cc) Gleichlauf mit den Fristen zur Aufstellung des Jahresabschluss	218
c) Unterjährige Korrekturpflicht	220
aa) Anfängliche Unrichtigkeit	220
bb) Nachträgliche Unrichtigkeit	221
(1.) Änderung des Kodex	221
(a.) Dynamische oder statische Verweisung	221
(b.) Korrektur- oder Aktualisierungspflicht	222
(c.) Freiwillige Aktualisierung der Entsprechenserklärung	224
(2.) Änderung des Gesetzes	225
(3.) Änderung der Befolungspraxis	225
(4.) Zwischenergebnis	230
cc) Zeitpunkt der Korrekturerklärung	230
dd) Mögliche Ad-hoc Publizität	231
d) Bezugszeitraum der Entsprechenserklärung	232
aa) Vergangenheitsbezogene Wissenserklärung	232
bb) Zukunftsbezogene Absichtserklärung	234
III. Materielle bzw. inhaltliche Anforderungen	236
1. Prinzipien der Erklärungsabgabe	236
a) Primat der Wahrheit	236
b) Primat der Unabhängigkeit	239
2. Entscheidungsmaßstab der Organe	240
a) Unternehmerisches Ermessen im Allgemeinen	240
b) Ausübung des unternehmerischen Ermessens im Zusammenhang mit § 161 AktG	243
c) Ermessensreduzierung	246
3. Eckpunkte der Entsprechenserklärung	248
a) Empfehlungen	248
b) Zusätzliche Angaben	249
aa) Anregungen und Gesetzeswiederholungen	249
bb) Ergänzende Erläuterungen	250
c) Anwendbare Kodexfassung	252
4. Begründungspflicht	256
a) Begründungspflicht in zeitlicher Hinsicht	257

b) Verschiedene Kommentierungsbegriffe.....	258
aa) Benennung.....	258
bb) Beschreibung	258
cc) Begründung	259
c) Umfang der gesetzlichen Begründungspflicht	260
5. Modelle der Entsprechenserklärung	263
a) Uneingeschränkte Positiverklärung.....	264
b) Eingeschränkte Positiverklärung.....	265
c) Negativerklärung	267
d) Alternative Standards	268
B. Erklärung zur Unternehmensführung nach § 289a HGB	272
I. Grundlagen	272
1. Charakter der Erklärung	272
2. Verhältnis zum Corporate Governance Bericht	275
3. Verfassungsmäßigkeit des § 289a HGB	277
II. Anwendungsbereich und Zuständigkeiten.....	278
1. Erfasste Gesellschaften.....	278
2. Erklärungszuständigkeit	280
III. Inhalt der Erklärung.....	283
1. Erklärung nach § 161 AktG.....	284
2. Angaben zu Unternehmensführungspraktiken	284
a) Unternehmensführung	285
b) Einschränkung der Berichtspflicht	286
aa) Relevanz	286
bb) „über die gesetzlichen Anforderungen hinaus“	287
c) Stellungnahme zu Kodex-Standards.....	288
d) Hinweispflicht.....	290
e) Entscheidung des Vorstandes	291
3. Arbeitsweise von Vorstand, Aufsichtsrat und Ausschüsse	291
a) Zusammensetzung von Vorstand und Aufsichtsrat.....	291
b) Arbeitsweise von Vorstand und Aufsichtsrat.....	293
c) Zusammensetzung und Arbeitsweise der Ausschüsse	296
aa) Zusammensetzung der Ausschüsse	296
bb) Arbeitsweise der Ausschüsse.....	298
4. Umgang mit Doppelangaben	299
IV. Abgabe der Erklärung	301
1. Form der Erklärung (i.w.S.)	301
a) Ort der Veröffentlichung	301
aa) Aufnahme in den Lagebericht	301
bb) Veröffentlichung im Internet	303
b) Form der Erklärung (i.e.S.)	305
2. Unterzeichnung.....	306

V. Zeitliche Aspekte	307
1. Abgabezeitpunkt	307
2. Erklärungsturnus und Aktualisierungspflicht	311
C. Strafrechtliche Relevanz der Erklärungen	316
Drittes Kapitel Strafrechtliche Risiken im Einzelnen	321
A. Abgabe einer falschen Erklärung oder Unterlassen einer unterjährigen Aktualisierung	323
I. Betrug nach § 263 Abs. 1 StGB	324
1. Konstellationen	325
2. Objektiver Tatbestand	327
a) Täuschung über Tatsachen	327
aa) Tatsachen	327
bb) Täuschungshandlung	328
b) Irrtum	331
c) Vermögensverfügung	333
d) Vermögensschaden	335
aa) Aktienerwerb als betrugsrelevanter Vermögensschaden	336
bb) Später eintretende Kursverluste	337
cc) Schadensgleiche Vermögensgefährdung	338
(1.) Vorliegen einer Vermögensgefährdung	340
(2.) Schadensgleichheit der Vermögensgefährdung	341
dd) Vermögensschaden seitens eines Bieters oder einer Bank	343
3. Subjektiver Tatbestand	344
4. Ergebnis	345
II. Kapitalanlagebetrug nach § 264a StGB	345
1. Voraussetzungen	346
a) Tathandlung	346
b) Zusammenhang mit dem Vertrieb oder einem Erhöhungsangebot	348
c) Verwendung von Werbeträgern	350
aa) Prospekte	350
bb) Darstellungen oder Übersichten	352
d) Vorsatz	354
2. Ergebnis	354
III. Unrichtige Darstellung	354
1. § 331 Nr. 1 HGB	355
a) Voraussetzungen	355
aa) Tatmittel	355

bb) Tatgegenstand	356
cc) Tathandlungen	358
dd) Vorsatz	359
b) Ergebnis	360
2. § 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG	360
a) Voraussetzungen	361
aa) Tatmittel	361
bb) Tatgegenstand	363
cc) Tathandlung	364
dd) Vorsatz	364
b) Ergebnis	365
IV. Strafbare irreführende Werbung nach § 16 Abs. 1 UWG	365
1. Objektive Voraussetzungen	365
a) Öffentlichen Bekanntmachungen oder Mitteilungen	366
b) Unwahre Angaben	367
c) Irreführende Werbung	368
aa) Werbung	368
bb) Irreführend	370
2. Subjektive Voraussetzungen	371
3. Ergebnis	372
V. Bußgeldvorschrift des § 334 Abs. 1 Nr. 1 lit. (d), Nr. 2 lit. (f) und Nr. 3 HGB	372
1. Tatbestand	372
a) Abs. 1 Nr. 1 lit. (d)	372
b) Abs. 1 Nr. 2 lit. (f)	373
c) Abs. 1 Nr. 3	373
d) Vorsatz	373
2. Subsidiarität	374
3. Ergebnis	374
 B. Sonstige Erklärungen zur Corporate Governance der Gesellschaft	 375
I. Betrug nach § 263 StGB und Kapitalanlagebetrug nach § 264a StGB	 376
II. Kreditbetrug nach § 265b StGB	377
1. Objektive Voraussetzungen	377
a) Sachlicher Anwendungsbereich	378
b) Tathandlung	379
aa) Täuschungsgegenstand	379
bb) Schriftliche Falschangaben (§ 265b Abs. 1 Nr. 1 StGB)	 380

cc) Nichtmitteilung von Verschlechterungen (§ 265b Abs. 1 Nr. 2 StGB).....	381
c) Erheblichkeit.....	382
2. Subjektive Voraussetzungen	384
3. Ergebnis	384
III. Insiderstraftaten nach § 38 Abs. 1 Nr. 2 WpHG	385
1. Objektive Voraussetzungen	386
a) Täterkreis.....	386
b) Handlungsalternativen.....	390
aa) Verstoß gegen das Weitergabeverbot.....	390
bb) Verstoß gegen das Empfehlungsverbot	394
2. Subjektive Voraussetzungen	395
3. Besonderheiten bei der Strafverfolgung	395
4. Ergebnis	396
IV. Strafbare Marktmanipulation nach § 38 Abs. 2 WpHG.....	396
1. Objektiver Tatbestand	397
a) Anwendungsbereich	397
aa) Sachlicher Anwendungsbereich	397
bb) Räumlicher Anwendungsbereich	398
c) Handlungsalternativen.....	399
aa) Unrichtige und irreführende Angaben.....	399
bb) Verschweigen bewertungserheblicher Umstände	400
d) Bewertungserhebliche Umstände	403
aa) Verfassungsrechtliche Bedenken	403
bb) Bewertungserhebliche Umstände im Einzelnen	404
e) Preiseinwirkungseignung	405
f) Taterfolg.....	406
2. Subjektive Voraussetzungen	407
3. Safe Harbor Regelung	408
4. Ergebnis	408
V. Bußgeldvorschrift des § 39 WpHG in Verbindung mit § 15 WpHG	409
1. Voraussetzungen.....	410
a) Objektive Voraussetzungen.....	410
b) Subjektive Voraussetzungen	412
2. Adressat der Sanktion.....	413
3. Ergebnis	414
C. Nichteinhaltung der Wohlverhaltensregeln des Kodex	415
I. Kodex als Konkretisierung des organschaftlichen Sorgfaltsmaßstabs	415
1. Aufnahme in das gesellschaftsinterne Regelwerk	417

2. Erweiterter Sorgfaltsmaßstab aufgrund positiver Entsprechenserklärung.....	419
3. Erweiterter Sorgfaltsmaßstab infolge der allgemeinen Regeln.....	421
II. Verfassungsrechtliche Bedenken.....	424
III. Untreue gemäß § 266 StGB.....	429
1. Objektiver Tatbestand.....	430
a) Vermögensbetreuungspflicht.....	431
aa) Vermögensbetreuungspflicht von Vorstand und Aufsichtsrat.....	432
bb) Eignung des Kodex zur Ausformung der Vermögensbetreuungspflicht.....	434
cc) Ausformung im Einzelnen.....	437
(1.) Pflichtenstellung losgelöst von einer konkreten Verhaltensregel.....	437
(2.) Einzelne Kodexbestimmungen.....	439
(a.) Compliance (Ziffer 3.4, 4.1.3, 5.2 und 5.3.2).....	439
(b.) Risikomanagement (Ziffer 3.4, 4.1.4, 5.2 und Ziffer 5.3.2 a.F).....	443
(c.) Vergütung des Vorstandes (Ziffer 4.2.2 und 4.2.3).....	446
(d.) Vergütung des Aufsichtsrates (Ziffer 5.4.6).....	448
(e.) D&O Versicherung (Ziffer 3.8).....	448
(f.) Effizienzprüfung (Ziffer 5.6).....	449
(g.) Interessenkonflikte (Ziffer 4.3.4 und 5.5.2).....	449
b) Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht.....	450
c) Vermögensnachteil.....	452
aa) Originärer Schaden.....	453
bb) Schaden infolge der Inanspruchnahme durch Dritte.....	454
d) Zurechnungszusammenhang.....	455
2. Vorsatz.....	456
IV. Ergebnis.....	456
Literaturverzeichnis.....	457