

**Gemeinwohl im Wirtschaftsstrafrecht**

**ILFS**

# **Institute for Law and Finance Series**



Edited by  
Theodor Baums  
Andreas Cahn

## **Band 14**

# **Gemeinwohl im Wirtschaftsstrafrecht**



Herausgegeben von  
Eberhard Kempf  
Klaus Lüderssen  
Klaus Volk

**DE GRUYTER**

ISBN 978-3-11-031568-4  
e-ISBN 978-3-11-031585-1

**Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

© 2013 Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston  
Einbandabbildung: Medioimages/Photodisc  
Datenkonvertierung/Satz: Werksatz Schmidt & Schulz GmbH, Gräfenhainichen  
Druck und Bindung: Hubert & Co. GmbH & Co. KG, Göttingen  
♻ Gedruckt auf säurefreiem Papier  
Printed in Germany

[www.degruyter.com](http://www.degruyter.com)



# Vorwort

Vor knapp fünf Jahren haben wir gerade dann begonnen, die erste unserer Tagungen vorzubereiten, als die *Finanzkrise* allmählich ins allgemeine Bewusstsein trat. Die in den Mittelpunkt gerückte „Freiheit des Unternehmers“, gedacht als das *noli me tangere* für das Strafrecht, war nun auch aus ökonomischer Sicht bedroht. Die Parolen über „too big to fail“ rührten an die *Eigenverantwortlichkeit*, die gleichwohl erfolgenden Zusammenbrüche an die *Handlungsfähigkeit* der Unternehmen. Folgerichtig machten wir die Finanzkrise zum Hauptthema der zweiten Konferenz, und daraus ging – für die dritte Konferenz – wiederum eine noch weitergehende Verallgemeinerung hervor, indem wir uns das Verhältnis von Ökonomie und Recht im Finanzmarkt *prinzipiell* vornahmen. Jeweils natürlich immer mit den gebotenen pragmatischen Exemplifizierungen.

Mit einer gewissen natürlichen Konsequenz geriet dann auch das Unternehmen ins Zentrum unseres Interesses, und wir haben wohl mit der vierten, diesem Thema speziell gewidmeten Konferenz und der Veröffentlichung der Referate eine für die allgemeine Diskussion nicht ganz unverbindliche Zwischenbilanz erreicht. Soll das Unternehmen *als Ganzes haften*? Womöglich deshalb, weil es auch *für* das *Ganze* (mit)verantwortlich ist. Das bleibt die offene Frage.

Welche Bezüge dabei auftauchen, signalisiert der Begriff „Gemeinwohl“, und so wurde er zum Thema der fünften Konferenz.

Wir haben die größeren Zusammenhänge stets nicht nur unter dem Aspekt gesucht, welche grundlegenden Disziplinen zu beteiligen sind, wie Ökonomie, Soziologie, Politikwissenschaft, Psychologie und Philosophie, sondern auch mit Blick darauf, wie das Verhältnis des Strafrechts zu den anderen juristischen Fächern, insbesondere Zivilrecht und Öffentliches Recht, sich darstellt – eine scheinbar viel einfachere, aber merkwürdigerweise selbst im Wirtschaftsstrafrecht immer noch nicht genügend beachtete Frage.

Halt machen wir dabei vor der Einbeziehung dessen, was man – inzwischen etwas zaghaft, weil das Wort quälende *déjà vu*-Assoziationen auslöst – Kapitalismus-Kritik nennt, und was gelegentlich auch (um der Sache das handfest Marxistische zu nehmen) als kulturalistische Kapitalismuskritik apostrophiert wird. *Wir* haben diese Perspektiven nur aus einer gewissen Entfernung eingenommen, in der Überzeugung, dass unser Wirtschaftsstrafrecht, wie es auch im Einzelnen gestaltet sei, eine freiheitliche *Wirtschaftsverfassung* zur Voraussetzung hat.

Diese Position ist aber nicht mehr ganz unangefochten; es mehren sich Tendenzen, ein *politisches* Wirtschaftsstrafrecht zu fordern, auf der Basis eines generellen Misstrauens gegen das freie Wirtschaften überhaupt, bis hin zu Identifizierungen großer Teile des Wirtschaftslebens mit organisierter Kriminalität. Das

geschieht erstens durch bloße *Quantifizierungen*, eine Art massenhafter Fixierung von Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates auf diesem Gebiet, mit sehr viel psychologisierenden Vorurteilen und wenig Empirie. Es gibt – zweitens – aber auch eine *qualitative* Annäherung, die für die Wirtschaftskriminalität eine Parallele zur Staatskriminalität aufmacht.

Wir glauben nicht, dass sich die Strafjustiz mit diesen beiden Vorstößen ernsthaft auseinandersetzen muss; sie scheitern eigentlich schon im Handwerklichen, bei den Anforderungen an eine rechtsstaatlich konzipierte Tatherrschaftslehre, bloße Kausalität genügt eben nicht, auch nicht bei der Untreue.

Indessen müssen sich angesichts so weit gehender Infragestellungen des kapitalistischen Betriebes *Wirtschaftsethik* und speziell *Unternehmensethik* herausgefordert fühlen.

Diese Fachgebiete sind äußerlich zwar sehr präsent, und – natürlich – fehlt es auch nicht an Argumenten; wir haben sie im Laufe unserer Tagungen immer wieder gehört. Sie vermitteln bei den Fragen nach einer unternehmensbezogenen Verantwortungsethik durchaus zwischen der Kasuistik und den Grundlagen. Aber die Grundlagen selbst bleiben schemenhaft. Entweder werden tradierte Modelle unkritisch zum Ausgangspunkt gewählt, oder neue Ansätze wie etwa die Institutionenökonomie lediglich global beschworen.

Das reicht aber nicht aus, um mit ökonomischen Begründungen den politisierenden Tendenzen im Wirtschaftsstrafrecht wirksam entgegenzutreten und das diesen Tendenzen zugrunde liegende Feindbild des kapitalistischen Systems durch ein realistisches zu ersetzen. Was in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur fehlt, ist der Versuch, die Krisenphänomene der letzten fünf bis vielleicht zehn Jahre in Beziehung zu setzen zu den makroökonomischen Theorien, das heißt, die neuen Probleme entweder dort zu integrieren oder aber sich darum zu bemühen, insoweit auch neue *makroökonomische* Einsichten zu gewinnen und rezipierbar zu machen.

Die sich alljährlich im Rahmen des ECLE-Projekts versammelnden Fachleute verschiedenster Provenienz können das – bei aller ökonomischen Bildung in Verbindung mit Prozess- und Geschäftserfahrungen – am Ende nicht leisten. Aber sie können vielleicht die Provokation gegenüber der Ökonomie, sich endlich zu Wort zu melden, sachverständig anreizen. Wenn weiterhin nichts geschieht, werden wir erleben, dass die Feuilletons der großen Tageszeitungen diese Leeräume füllen, und wir bekommen ein Gentlemen-Movement gegen das Kapital, vergleichbar dem Gentlemen-Movement von *Law and Literature* gegen *Law and Economics* in den USA. Das wäre intellektuell sicherlich sehr interessant, aber keine Lösung.

Das Strafrecht, um dessen Aufgaben für das Wirtschaftsleben wir uns hier bemühen, kann freilich nicht auf die ausstehenden, ersehnten ökonomischen

Weisheiten warten, muss insofern ungeachtet aller interdisziplinären Orientierung seinen eigenen Weg gehen.

Er ist, obwohl unter den Verfassungsrechtlern insofern viel Indolenz herrscht, durch das Grundgesetz vorgezeichnet. Das heißt, über alle kontroversen Details hinweg: rechtstaatliche Bestimmtheit und säkularisierte Zweckrationalität. Diese Grundätze begrenzen vor allem die Justiziabilität des ökonomischen, des geschäftlichen *Risikos*. Darauf konzentriert und *reduziert* sich zugleich die das ECLE-Projekt prägende Strafrechtsskepsis.

Die Schranken, die hier dem Strafrecht gezogen sind, dürfen nicht überspielt werden durch die Fokussierung auf *Verhaltensregeln*, deren Verletzung strafrechtliche Sanktionen auch dann auslösen soll, wenn sie folgenlos bleibt, das heißt, der Nachweis nicht erbracht werden kann, dass sie ursächlich ist für bestimmte Schäden. Man kann das rechtfertigen, indem man die Aufgabe des Strafrechts nicht im Schutz von Rechtsgütern, sondern in der Ahndung des bloßen Normungehorsams sieht. Welten trennen diese beiden Konzepte. Das „Verbrechen als Pflichtverletzung“ ist historisch so diskreditiert, dass man diese Variante wirklich nicht mehr wählen sollte. Wer trotzdem die Unlösbarkeit der Kausalitätsprobleme nicht zu Lasten des staatlichen Strafanspruchs gehen lassen möchte, muss sich auf die Konzeption des abstrakten Gefährdungsdelikt zurückziehen und damit ebenfalls schwere Legitimationsdefizite in Kauf nehmen.

Wenn man diese Vorsicht gegenüber dem Strafrecht missbilligt, weil damit vielleicht wichtige *Steuerungsfunktionen* des Rechts ungenutzt bleiben, muss die Vorfrage nach der milderen Alternative gestellt werden. Wir haben das auf unseren Tagungen im allgemeinen wie auch bei bestimmten Delikten, sei es Insiderhandel oder Bestechung im Geschäftsverkehr, oder eben auch Untreue, immer getan. Nie ist dabei die Rechnung einseitig *zugunsten* des Strafrechts aufgegangen. Ob es überhaupt eine Steuerungsaufgabe hat in unserem Rechtssystem, ist sehr zweifelhaft. Wenn man das dennoch fordert, wird man registrieren müssen, dass die Steuerung unwirksam und mit Zielkonflikten belastet ist.

Es ist die Betriebswirtschaftslehre, die auf diesem Gebiet zusammen vor allem mit dem Gesellschaftsrecht der gesamten Rechtsordnung gute Dienste leistet, indem sie die Kultur der Selbstregulierung entwickelt hat. *Deren* Regulierung ist es, die aus der ökonomischen Sachlogik folgt, die hier – unerachtet aller epistemologischen Bedenken – doch ins Spiel kommen muss. Die wechselseitige Anerkennung der Nutzenmaximierung impliziert mehr Gemeinwohlbezüge als externe Gebots- und Verbotsnormen das vermögen, und ganz gewiss vermag das nicht das Strafrecht.

Wir haben dies alles im Laufe der Jahre mit wechselnden Referenten, aber einem relativ gleichbleibenden Teilnehmerkreis immer wieder kreuz und quer und in verschiedenen Rollen diskutiert – etwa des Richters auf der einen Seite

und des Verteidigers auf der anderen Seite, und dazwischen die Wissenschaft – in einem Klima großer intellektueller Redlichkeit und auch wachsender Vertrautheit, die wir – mit stärkerer internationaler Ausweitung – auch für die Zukunft erwarten.

Die Herausgeber

Frankfurt am Main und München, im August 2013

# Inhaltsverzeichnis

**Vorwort — V**

**Die Autoren und die Herausgeber — XIII**

## **Einführung**

Andreas Cahn

**Das Gemeinwohl – ein Rückblick — 3**

## **Der politisch-gesellschaftliche Rahmen**

Kurt Biedenkopf

**Unternehmensführung und Gemeinwohl — 11**

Gunnar Folke Schuppert

**Das Gemeinwohl – Von den Tücken eines für sich einnehmenden Begriffs — 21**

## **Zentrale ökonomische europa- und verfassungsrechtliche Fragen**

Josef Wieland

**Governancestrukturen des Gemeinwohls – Eine wirtschaftsethische Skizze — 45**

Stefan Kadelbach

**Europäische Vorgaben für die Gemeinwohlorientierung im Widerstreit mit nationalen Verfassungen — 65**

Anne van Aaken

**Die „Definitionsmacht“ über das Gemeinwohl in der Globalisierung: Markt, Staat und Institutionen — 77**

Klaus Lüderssen

**Demokratie und Gemeinwohl im Wirtschaftsstrafrecht – Strukturen der Argumentation — 101**

## **Gemeinwohl im materiellen Wirtschaftsstrafrecht**

Johannes Kaspar

**Gemeinwohl und Strafzwecke — 139**

Bernd Müssig

**Rechtsgüter und Gemeinwohl — 149**

Frank Scholderer

**Institutionalisierte Verantwortung und Gemeinwohl – Corporate Governance, Organhaftung und Organuntreue im Aufsichtsrat — 177**

## **Der Gemeinwohlbezug einzelner Wirtschaftsdelikte**

Marie Luise Graf-Schlicker

**Insolvenzdelikte — 207**

Mark A. Zöller

**Bestechlichkeit und Bestechung im Geschäftsverkehr — 217**

Petra Mennicke

**Insider-Delikte — 229**

Klaus Bernsmann

**„Untreue und Gemeinwohl“ – Eine Skizze — 249**

Klaus Lüderssen

**Grenzen der Kriminalisierung gemeinwohlrisikanten unternehmerischen Handelns im Rahmen regulierter Selbstregulierungen — 259**

## **Gemeinwohl und Wirtschaftsstrafverfahren**

Michael Lindemann

**Das Gemeinwohl als ambivalente Zielvorgabe für ein funktionstüchtiges Verfahren in Wirtschaftsstrafsachen — 279**

Armin Engländer

**Gemeinwohl und Urteilsabsprachen in Wirtschaftsstrafverfahren — 303**

## **Schlussakkord**

Reinhard Müller

**Gemeinwohl als Gemeinheit — 319**

Lorenz Schulz

**Riskante Gemeinwohlbezüge.**

**Ein Diskussionsbericht — 325**

**Teilnehmer des 5. ECLE Symposiums 16./17. November 2012 — 339**



---

## **Die Autoren und die Herausgeber**



### **Prof. Dr. Anne van Aaken**

Prof. Dr. iur et lic. rer. pol. Anne van Aaken ist Professorin für Law and Economics, Rechtstheorie, Völker- und Europarecht an der Universität St. Gallen. Zuvor war sie wissenschaftliche Referentin am Max Planck Institut für Gemeinschaftsgüter in Bonn und am Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg, wiss. Mitarbeiterin an der Humboldt Universität zu Berlin und an der Universität Fribourg. Prof. van Aaken hat das erste juristische Staatsexamen in Bayern gemacht und ist als Rechtsanwältin in Deutschland zugelassen. Promoviert hat sie an der Europa Universität Viadrina, habilitiert an der Universität Osnabrück. Sie verfügt ebenfalls über einen Master der Volkswirtschaftslehre der Universität Fribourg (CH) und ein Diplom in Journalistik derselben Universität. Sie war Visiting Scholar an den Universitäten Berkeley und Yale. Prof. van Aaken hat Lehraufträge im europäischen Ausland, Asien, Afrika und Lateinamerika wahrgenommen. Für das Herbstsemester 2016 hat sie eine Einladung von der New York University Law School als Global Law Professor (Gastprofessur) angenommen. Im akademischen Jahr 2010/11 forschte sie als Fellow am Wissenschaftskolleg zu Berlin.

Prof. van Aaken ist Vize-Präsidentin der European Association of Law and Economics, Chair des Programmatic Steering Boards des Hague Institute for the Internationalisation of Law, Mitglied des Executive Boards der European Society of International Law und Mitglied des Committee on Non-State Actors der International Law Association. Sie war Consultant für die Weltbank, die OECD und die UNCTAD. Sie ist Non-Executive Director der Kleinwort Benson Group, einer UK Merchant Bank.

Jüngste Forschungsaktivitäten und Publikationen von Prof. van Aaken haben sich v.a. mit folgenden Themen befasst: Internationales Investitionsschutzrecht und die Interaktion mit allgemeinem Völkerrecht, Völkerrecht in der Wirtschaftskrise, Theorien des internationalen Rechts, politische Korruption und Methodenlehre von Law and Economics, behavioral law and economics und die Regulierung von Finanzmärkten als Teil des globalen Verwaltungsrechts. Ihr aktuelles Forschungsprojekt konzentriert sich auf Staatshaftung und Gewährleistung in einem kooperierenden und privatisierenden Staat.

### **Prof. Dr. iur. Klaus Bernsmann**

Geb. 1947; Studium – Rechtswissenschaften/Medizin – in Bochum; Promotion 1978; Assistent bei Prof. Dr. iur. Gerd Geilen; Habilitation 1987 (Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie); 1987: Professur Bochum; 1989: Ruf an die Universität zu Köln; 1993/1994: Ruf an die Universität Basel – Ordinariat Strafrecht; 1994: Lehrstuhl für Straf- und Strafprozessrecht und geschäftsführender Direktor des Kriminalwissenschaftlichen Instituts der Universität zu Köln; seit 2002: Lehr-

stuhl für Straf- und Strafprozessrecht an der Ruhr-Universität Bochum; seit 1987 Prüfer und seit 1994 Kommissionsvorsitzender der Justizprüfungsämter bei den Oberlandesgerichten Düsseldorf, Hamm und Köln; Arbeitsschwerpunkte: Wirtschaftsstrafrecht, Strafprozessrecht, Strafverteidigung; regelmäßig Übernahme von Verteidigungsmandaten.

### **Prof. Dr. Kurt Biedenkopf**

Prof. Dr. jur. Kurt Biedenkopf wurde am 28. Januar 1930 in Ludwigshafen (Rhein) geboren.

Nach Abitur und Studium der Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre in den USA sowie in München und Frankfurt mit Promotion und Habilitation wurde er 1964 als Ordinarius für Handels-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht an die Ruhr-Universität Bochum berufen. Im Herbst 1970 wechselte Kurt Biedenkopf als Mitglied der zentralen Geschäftsführung des Düsseldorfer Chemiekonzerns Henkel in die Wirtschaft.

Im Frühjahr 1973 wurde er zum Generalsekretär der CDU gewählt.

1976 wurde Kurt Biedenkopf erstmals in den Deutschen Bundestag gewählt. Dort übernahm er das Amt des wirtschaftspolitischen Sprechers der CDU/CSU-Fraktion. Nach dem Fall der Berliner Mauer am 9. November 1989 engagierte sich Kurt Biedenkopf im Prozess der Wiedervereinigung Deutschlands.

Im Januar 1990 wurde er von der damaligen Karl-Marx-Universität in Leipzig auf eine Gastprofessur für Wirtschaftspolitik berufen.

Der Sächsische Landtag wählte Kurt Biedenkopf im Oktober 1990 zum ersten Ministerpräsidenten des Freistaates. Fast zwölf Jahre lang, bis zum 17. April 2002, diente er Sachsen in diesem Amt.

Seit 2003 ist er als Vorsitzender, seit 2010 als Ehrenvorsitzender des Kuratoriums der Hertie School of Governance am Aufbau dieser ersten deutschen Professional School for Public Policy in Berlin engagiert. Außerdem ist er Gründungspräsident und inzwischen Ehrenpräsident der Dresden International University. Im Jahr 2011 übernahm Kurt Biedenkopf eine Forschungsprofessur am Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung zum Thema „Demokratie als Entwurf und kulturelle Leistung“. Darüber hinaus wird er sich in den nächsten Jahren vor allem literarischen Werken widmen.

### **Prof. Dr. Andreas Cahn**

Andreas Cahn hat Rechtswissenschaft an der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt a.M. und an der University of California at Berkeley studiert, wo er den Grad eines Master of Laws (LL.M.) erworben hat. Anschließend war er für sechs Jahre wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Prof. Dr. H.-J. Mertens an der Universität Frankfurt. Während dieser Zeit verfasste er seine Dissertation zum Thema

„Vergleichsverbote im Gesellschaftsrecht“ und seine Habilitationsschrift mit dem Titel „Kapitalerhaltung im Konzern“. Von 1996 bis 2002 war er Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht an der Universität Mannheim. Seit 2002 ist er geschäftsführender Direktor des Institute for Law and Finance an der Universität Frankfurt. Seine gegenwärtigen Arbeitsschwerpunkte liegen im Aktien- und Konzernrecht, im Recht der Unternehmensfinanzierung, dem Kapitalmarktrecht und der Rechtsvergleichung. Er ist Mitherausgeber der Zeitschriften „Der Konzern“ und „Corporate Finance law“, der Institute for Law and Finance Series sowie Mitglied des wissenschaftlichen Beirats der Zeitschrift „European Company Law“.

### **Prof. Dr. Armin Engländer**

Geboren am 25.01.1969 in Frankfurt am Main. Abitur 1988 an der Altkönigschule Kronberg im Taunus. Studium der Rechtswissenschaften an der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt am Main. Erstes juristisches Staatsexamen 1996. Zweites juristisches Staatsexamen 1999. Promotion 2002 an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg. Habilitation 2008 am Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz. Rufe auf die Lehrstühle für Strafrecht und Strafprozessrecht an den Universitäten Passau und Trier 2008. Annahme des Rufes nach Passau. Seit Sommersemester 2009 Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Passau.

### **Marie Luise Graf-Schlicker**

Marie Luise Graf-Schlicker besuchte von 1959 bis 1971 die Grundschule und das Gymnasium. Das Studium der Rechtswissenschaft schloss sie 1976 ab. Nach ihrem Referendardienst war sie von 1979 bis 1992 als Richterin beim Landgericht Essen, beim Amtsgericht Gelsenkirchen und beim Oberlandesgericht Hamm tätig. Von 1989 bis 1992 erfolgte eine Abordnung an das Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen, wo sie Leiterin des Referats für Familien- und Erbrecht war. Als Ministerialrätin im Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen war sie bis 1999 Leiterin des Referats für Handels-, Gesellschafts-, und sonstiges privates Wirtschaftsrecht sowie der Projektgruppe zur Umsetzung der Insolvenzordnung. Hieran schloss sich die Tätigkeit als Leiterin der Gruppe für das gesamte Zivilrecht im Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen an (bis 2002, seit 2000 als Leitende Ministerialrätin). Von 2002 bis 2007 war Marie Luise Graf-Schlicker Präsidentin des Landgerichts Bochum, seit Juni 2007 ist sie Leiterin der Abteilung Rechtspflege im Bundesministerium der Justiz.

**Prof. Dr. Stefan Kadelbach**

Geboren 1959; 1979–84 Studium zunächst der Literatur-, dann der Rechtswissenschaft in Tübingen und Frankfurt am Main; 1984–87 Referendariat; 1986 Hague Academy of International Law Den Haag; Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer. 1987/88 LL.M.-Studium mit den Schwerpunkten Völkerrecht und internationale Beziehungen an der University of Virginia, Charlottesville, LL.M.; 1991 Dr. jur. (Thema der Dissertation: „Zwingendes Völkerrecht“, betreut von Richter am EuGH Prof. Dr. Manfred Zuleeg); 1996 Habilitation in Frankfurt (Thema der Habilitationsschrift: „Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss“, betreut von Prof. Dr. Ingolf Pernice); 1997–2004 o. Professor für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht an der Universität Münster; seit 2004 an der Goethe-Universität Frankfurt. Gastprofessuren bzw. Vorlesungstätigkeit u.a. an der University of Virginia (1999), am Europäischen Hochschulinstitut Florenz (2000), am Institut für Staat und Recht der Russischen Akademie der Wissenschaften Moskau (2002/03) und an der Chuo-Universität Tokio (2004). Seit 1.10.2004 o. Professor für Öffentliches Recht, Europarecht und Völkerrecht und Direktor des Wilhelm-Merton-Zentrums für Europäische Integration und Weltwirtschaftsordnung an der Universität Frankfurt am Main. Seit 2007 Mitglied des Direktoriums und Koordinator des Forschungsfelds III des Exzellenzclusters 243 (Herausbildung normativer Ordnungen).

**Prof. Dr. Johannes Kaspar**

Geb. 1976 in Ravensburg. 1996–2001 Studium der Rechtswissenschaft in München. 2004 Promotion an der LMU München bei Professor Dr. Heinz Schöch, Thema der Dissertation: „Wiedergutmachung und Mediation im Strafrecht“. 2011 Habilitation an der LMU München mit einer Arbeit über „Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht“ (erscheint 2014). Erteilung der Lehrbefähigung für die Fächer Strafrecht einschließlich Wirtschaftsstrafrecht, Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug und außergerichtliche Streitbeilegung. Seit 1.5.2012 Inhaber eines Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Sanktionenrecht an der Universität Augsburg (Nachfolge Prof. Dr. Bottke). Mitglied der Schriftleitung und Mitherausgeber der „Neuen Kriminalpolitik“.

Interessens- und Arbeitsschwerpunkte: materielles Strafrecht einschließlich Wirtschaftsstrafrecht; Straf- und Kriminalitätstheorien; verfassungsrechtliche Bezüge des Strafrechts; Wiedergutmachung und Mediation im Strafrecht; empirische Sanktionsforschung

**Eberhard Kempf**

Eberhard Kempf, Rechtsanwalt, Jahrgang 1943, geb. in Lahr/Schwarzwald, Studium in Heidelberg, Berlin, Freiburg und Paris. Rechtsanwalt seit 1971, seit 1977 in Frankfurt am Main.

Rechtsanwalt Kempf ist seit 1990 bis heute Mitglied und war von 1996 bis 2005 Vorsitzender des Strafrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins und ständiger Gast des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer. Er hat eine umfangreiche Veröffentlichungs- und Vortragspraxis und ist mehrfach als Sachverständiger durch den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages gehört worden.

Rechtsanwalt Eberhard Kempf war aktiv an der Gründung des Barreau Pénal International/International Criminal Bar (ICB-BPI) beteiligt, einer Vereinigung von Rechtsanwälten am Internationalen Strafgerichtshof in Den Haag. Er war von 2003 bis 2005 Vizepräsident und von 2005 bis 2007 Co-Präsident des ICB-BPI. Seit 2012 ist er Vorsitzender des Disciplinary Board for the International Criminal Court in Den Haag.

**Dr. Michael Lindemann**

Geboren 1975 in Nordhorn. Von 1994 bis 1999 Studium der Rechtswissenschaft in Bielefeld. Nach der ersten juristischen Staatsprüfung im Juni 1999 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Anwalts- und Notarrecht sowie am Lehrstuhl für Straf- und Strafprozessrecht an der Universität Bielefeld (Prof. Dr. Stephan Barton). Ab April 2002 Referendariat am LG Wuppertal mit Stationen in Düsseldorf und 's-Hertogenbosch/Niederlande; daneben wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Straf- und Strafprozessrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf (Prof. Dr. Helmut Frister) und anschließend am dortigen Institut für Rechtsfragen der Medizin. Im Dezember 2003 Promotion durch die Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld. Nach der zweiten juristischen Staatsprüfung von Juli 2004 bis Januar 2006 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Rechtstatsachenforschung und Kriminalpolitik der Universität Bielefeld im Projekt „Staatsanwaltschaftliche und polizeiliche Ermittlungstätigkeit in Wirtschaftsstrafverfahren“. Von Januar 2006 bis Februar 2008 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Bundesverfassungsgericht im Dezernat von Richterin des BVerfG Prof. Dr. Gertrude Lübke-Wolff. Von März 2008 bis November 2012 Akademischer Rat a.Z. am Lehrstuhl für Straf- und Strafprozessrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf (Prof. Dr. Helmut Frister). Im Januar 2012 Habilitation und Erteilung der Lehrbefugnis für die Fächer Strafrecht, insbesondere Wirtschaftsstrafrecht und Medizinstrafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Strafvollzugsrecht. Von April bis November 2012 Vertreter der Professur für Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Völkerstrafrecht an der Universität

Augsburg. Seit Dezember 2012 Universitätsprofessor und Inhaber der Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Umweltstrafrecht an der Universität Augsburg.

**Prof. Dr. Klaus Lüderssen**

Professor Dr. Klaus Lüderssen, Jg. 1932, ist seit 1971 ordentlicher Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main. Mit dem Wirtschaftsstrafrecht beschäftigt sich schon eine frühere Arbeit über kartellrechtliche Probleme. Später folgten Arbeiten über Irrtumsprobleme im Steuerstrafrecht, ferner über Subventions- und Submissionsbetrug, Konkursprobleme im GmbH-Strafrecht, missbräuchliche aktienrechtliche Anfechtungsklagen und Strafrecht, Anti-Korruptionsgesetze und Drittmittelforschung, ökonomische Analyse des Strafrechts, Korruption und strafrechtliche Untreue, gesellschaftsrechtliche Grenzen der strafrechtlichen Haftung des Aufsichtsrats, Aktienrecht und strafrechtliche Untreue und Glücksspielstrafrecht. Einige dieser Abhandlungen sind zusammengefasst in den Bänden „Entkriminalisierung des Wirtschaftsrechts“ I 1998 und II 2007. Neuere einschlägige Veröffentlichungen sind die in Anknüpfung an die bisherigen ECLE-Symposien gemeinsam mit Eberhard Kempf und Klaus Volk herausgegebenen Bücher „Die Handlungsfreiheit des Unternehmers – wirtschaftliche Perspektiven, strafrechtliche und ethische Schranken“ (2009), „Die Finanzkrise, das Wirtschaftsstrafrecht und die Moral“ (2010) und „Ökonomie versus Recht im Finanzmarkt?“ (2011), sowie die Beiträge in den Festschriften für Knut Amelung, „Systemtheorie und Wirtschaftsstrafrecht“, 2009, S. 67–80, und für Klaus Volk, „Risikomanagement und „Risikoerhöhungstheorie“ – auf der Suche nach Alternativen zu § 266 StGB, 2009, S. 345–363. „Muss Strafe sein? Das Strafrecht auf dem Weg in die Zivilgesellschaft“, in Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, und „Strafbefreiender Rücktritt vom fahrlässigen Delikt?“ in Festschrift für Erich Samson, 2010 sowie „Rechtsfreie Räume?“, 2012. Mit der Rechtsanwaltskanzlei Dr. Wolf-Dietrich Schiller und Kollegen in Frankfurt am Main gibt es eine ständige Kooperation.

**Dr. Petra R. Mennicke**

Nach der Ausbildung zur Bankkauffrau bei der Dresdner Bank AG Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Göttingen. Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Fritz Loos. Promotion 1995 an der Universität Göttingen (s.c.l.) mit einer Dissertation über „Sanktionen gegen Insiderhandel“. 1996 Master of Laws (L.L.M.) an der Universität Cambridge. Rechtsanwältin seit 1996 in der Sozietät Hengeler Mueller, spezialisiert auf das Aktien- und Konzernrecht mit dem Schwerpunkt in der Prozessführung. Neben einer Reihe von Veröffentli-

chungen Mitautorin des WpHG-Kommentars von Fuchs (2009) und des Kommentars zum UmwG von Lutter (4. Aufl. 2009).

### **Dr. Reinhard Müller**

Reinhard Müller wurde am 1. April 1968 im niedersächsischen Walsrode geboren. Sein Vater stammt aus Landsberg an der Warthe, die Mutter aus Danzig. Nach dem Abitur 1987 Wehrdienst bei der Feldjägertruppe in Celle, Sonthofen und Münster, anschließend Reserveoffizierslaufbahn. Von 1988 an Studium der Rechtswissenschaften, seit 1990 auch der Geschichte in Münster. Ein Semester verbrachte er als Erasmus-Student in Nijmegen, wo er sich vor allem mit Völker- und Europarecht befasste. 1993 erstes juristisches Staatsexamen. Von 1994 an wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht der Technischen Universität Dresden. 1996 Promotion über den Zwei-plus-vier-Vertrag und das Selbstbestimmungsrecht der Völker. Als Rechtsreferendar arbeitete er unter anderem in der Abteilung für DDR-Unrecht bei der Staatsanwaltschaft Dresden, in der Pressestelle des sächsischen Innenministeriums, an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer sowie in der Zentrale der Vereinten Nationen in New York. Nach dem zweiten juristischen Staatsexamen Eintritt in die politische Redaktion der Frankfurter Allgemeinen Zeitung im Januar 1998. Beschäftigt sich mit „allem, was Recht ist“ und mit Innenpolitik. Verantwortlich für die Seite „Staat und Recht“ und für „Zeitgeschehen“.

### **Prof. Dr. Bernd Müssig**

Wurde 1961 in München geboren. Nach dem Studium der Rechtswissenschaften, Theaterwissenschaften und Philosophie in Bonn und München Promotion 1993 und Habilitation 2001 an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät in Bonn (Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie). Seit 2001 als Strafverteidiger in der Sozietät Redeker, Sellner und Dahs, Bonn.

### **Dr. Frank Scholderer**

Dr. Frank Scholderer ist seit 1999 Partner im Frankfurter Büro von Clifford Chance. Er ist auf den Gebieten des Kapital- und Personengesellschaftsrechts tätig. Schwerpunkte seiner Beratungstätigkeit liegen auf Fragen der Organkompetenzen (Corporate Governance), Kapitalmaßnahmen, Sanierungs- und Kapitalerhaltungsfragen, öffentlichen Übernahmeangeboten, Squeeze-out, Umstrukturierungen und Umwandlungsmaßnahmen (Verschmelzung, Spaltung, Formwechsel).

Er ist auch in der Fortbildung von Aufsichtsratsmitgliedern beim Deutschen Aktieninstitut (DAI) und als Dozent für Corporate Governance-Themen bei der Frankfurt School of Finance & Management tätig.

**Prof. Dr. Lorenz Schulz, M. A.**

Geb. 1956 in München, nahm 1977 das Studium der Rechtswissenschaft, Philosophie und Amerikanistik in München auf. Nach dem ersten juristischen Staatsexamen im Jahr 1982 folgte ein akademisches Auslandsjahr an der Harvard Universität, 1984 der Magister Artium in Philosophie und 1988 wiederum in München das zweite juristische Staatsexamen und die juristische Promotion mit einer Arbeit zum Zusammenhang von philosophischem Pragmatismus und Recht. Dem folgte bis zur Habilitation 1997 an der Goethe-Universität Frankfurt a.M. ein Jahrzehnt als wissenschaftlicher Assistent bei Arthur Kaufmann (München), Jürgen Wolter (Regensburg) und seit 1992 bei Klaus Lüderssen (Frankfurt a.M.). Neben Arbeiten zum Allgemeinen und Besonderen Teil des Strafrechts entstanden hat Herr Schulz zahlreiche Beiträge im Bereich der juristischen Grundlagen, insbesondere der Rechtsphilosophie publiziert. Die *venia legendi* für die Fächer „Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Rechtsphilosophie“ erlangte Lorenz Schulz mit einer Arbeit zum strafprozessualen Begriff des Verdachts (Normiertes Misstrauen, Frankfurt a.M. 2001). Daran schlossen sich zahlreiche Vertretungsprofessuren an den Universitäten Frankfurt a.M., Frankfurt (Oder), München, Gießen und Dresden an. 2002 folgte die Ernennung zum außerplanmäßigen Professor der Goethe-Universität Frankfurt a.M. und der Beginn der Tätigkeit als Rechtsanwalt (Kanzlei Roxin Rechtsanwälte, LLP, München). Herr Schulz lehrt an der Goethe-Universität und ist zugleich Lehrbeauftragter an der Bucerius Law School und an der Ludwig-Maximilians-Universität München sowie an der Faculté Libre du Droit Paris. Im Bereich der Rechtsphilosophie ist er Generalsekretär der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) sowie Vizepräsident der European Association for the Teaching of Legal Theory (AEETD).

**Prof. Dr. Gunnar Folke Schuppert**

Prof. Dr. Gunnar Folke Schuppert war bis zum 30.09.2011 Forschungsprofessor für „Neue Formen von Governance“ am Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung und leitete dort das WZB-Rule of Law-Center. Bis zum 30.9.2008 war er Inhaber eines Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht, insbesondere Staats- und Verwaltungswissenschaft an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin. Daneben lehrt er als „adjunct-professor“ an der Hertie School of Governance.

**Prof. Dr. Dr. h.c. Klaus Volk**

Geboren 1944 in Coburg, Studium der Rechtswissenschaften in München. Erstes Juristisches Staatsexamen 1968, Zweites 1974. Wissenschaftlicher Assistent am Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften Universität München (Lehrstuhl Prof. Bockelmann). Promotion 1970, Habilitation für die Fächer Strafrecht,

Strafprozessrecht, Rechtstheorie und Kriminologie 1978. Lehrstuhlvertretung 1977 in Kiel, Prof. 1978 in Erlangen, Ordinarius 1978 in Konstanz, seit 1980 in München, em. 2010. Visiting Research Fellow 1992/3 Law School Ann Arbor, Michigan. Zahlreiche Gastprofessuren in Italien. 2003 Dr. h.c. Universität Urbino.

Veröffentlichungen insbesondere zum Wirtschaftsstrafrecht und zum Strafprozessrecht (Literaturverzeichnis verlinkt auf [www.klaus-volk.de](http://www.klaus-volk.de)). Unter anderem: Herausgeber des Münchener Anwaltshandbuchs Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen (2. Aufl. im Erscheinen). Seit 1982 als Verteidiger in Wirtschaftsstrafverfahren tätig. Zulassung als Rechtsanwalt 2013.

### **Prof. Dr. habil. Josef Wieland**

Prof. Dr. habil. Josef Wieland hat seit März 2013 an der Zeppelin Universität Friedrichshafen eine Stiftungsprofessur am Lehrstuhl für Institutional Economics – Organisational Governance, Integrity Management & Transcultural Leadership inne und ist Direktor des Leadership Excellence Institute Zeppelin (LEIZ). Von 1995 bis Februar 2013 war er Professor für Allgemeine BWL mit Schwerpunkt Wirtschafts- und Unternehmensethik an der Hochschule Konstanz für Technik, Wirtschaft und Gestaltung (HTWG). Promotion an der Universität Wuppertal 1998; Habilitation an der Universität Witten/Herdecke 1994.

Er ist u.a. Direktor des Konstanz Instituts für WerteManagement (KIeM) – Institut für Interkulturelles Management, Werte und Kommunikation, Direktor des Kooperativen Promotionskollegs der HTWG, wissenschaftlicher Direktor des Zentrums für Wirtschaftsethik (ZfW), Gründer und Vorsitzender des Forum Compliance & Integrity – Anwenderrat für Wertemanagement ZfW. Er berät seit über 20 Jahren zahlreiche namhafte Unternehmen zu wirtschaftsethischen Fragen, ist Compliance Monitor u.a. für die Weltbank und bildet Manager im In- und Ausland aus. So ist er u.a. Leiter des EMBA Studiengangs Corporate Governance & Compliance (HTWG; FH Ingolstadt, Beijing Institute of Technology), für chinesische Topmanager der Daimler AG sowie des EMBA Studiengangs Corporate Governance & Compliance (HTWG, Universität St. Gallen, Warwick Business School). Er ist Mitglied im CSR-Forum des BMAS.

### **Prof. Dr. Mark A. Zöllner**

Prof. Dr. Mark A. Zöllner ist Jahrgang 1973. Nach dem Abitur am Leininger Gymnasium Grünstadt (Pfalz) im Jahr 1993 und dem sich anschließenden Zivildienst studierte er von 1994 bis 1998 Rechtswissenschaft an der Universität Mannheim. Nach dem ersten juristischen Staatsexamen folgten eine Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Jürgen Wolter an der Universität Mannheim und die Promotion mit einer Dissertation zum Thema „Informationssysteme und Vorfeldmaßnahmen von Polizei, Staatsanwaltschaft und

Nachrichtendiensten“ (summa cum laude). Nach dem Referendardienst im Bezirk des Pfälzischen Oberlandesgerichts Zweibrücken (2001–2003) und dem zweiten juristischen Staatsexamen kehrte er 2003 als wissenschaftlicher Assistent an die Universität Mannheim zurück. Mit seinem Habilitationsprojekt wurde er im Jahr 2005 in das Eliteprogramm für Postdoktoranden des Landes Baden-Württemberg aufgenommen. Nach erfolgreichem Abschluss des Habilitationsverfahrens wurde ihm 2008 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Mannheim die Lehrbefugnis für die Fächer „Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht“ verliehen. Seine Habilitationsschrift „Terrorismusstrafrecht“ erschien 2009. Nach einer Lehrstuhlvertretung an der Friedrich-Schiller-Universität Jena im Sommersemester 2008 folgten noch im gleichen Jahr die Berufung zum W3-Professor an die Universität Trier sowie die Bestellung zum Direktor des dortigen Instituts für Deutsches und Europäisches Strafprozessrecht und Polizeirecht (ISP). Einen Ruf an die Universität Jena lehnte er im 2013 ab.

Prof. Zöller ist Autor zahlreicher Fachpublikationen mit Schwerpunkten im Besonderen Teil des Strafrechts und Wirtschaftsstrafrecht, dem Strafprozess- und Nachrichtendienstrecht sowie dem europäischen und internationalen Strafrecht. Darüber hinaus ist er Redaktionsmitglied der Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS), Redaktionsmitglied und Mitherausgeber der Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS), Ständiger Mitarbeiter von Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA) und Mitherausgeber der „Schriften zum Wirtschaftsstrafrecht“ im Verlag C.F. Müller (Heidelberg).

---

## **Einführung**



Andreas Cahn

## Das Gemeinwohl – ein Rückblick

Im Namen des Vorstands des Institute for Law and Finance begrüße ich Sie sehr herzlich zum diesjährigen Symposium „Economy, Criminal Law, Ethics“, das wiederum unter der bewährten Regie der Organisatoren Kempf, Lüderssen und Volk stattfindet. Wir feiern mit dieser 5. Tagung der Veranstaltungsreihe ein kleines Jubiläum; und ich möchte diese Gelegenheit nutzen, um im Namen des ILF, aber sicher auch für alle am Thema Interessierten, Herrn Kempf, Herrn Lüderssen und Herrn Volk, von denen die Idee zu der Veranstaltungsreihe stammt und die sie inhaltlich gestaltet haben, für ihre Initiative sehr herzlich danken.

Die Reihe hat 2008 begonnen mit der Tagung zum Thema „Die Handlungsfreiheit des Unternehmers – wirtschaftliche Perspektiven, strafrechtliche und ethische Schranken“. 2009 und 2010 folgten „Die Finanzkrise, das Wirtschaftsstrafrecht und die Moral“ und „Ökonomie versus Recht im Finanzmarkt“; im vergangenen Jahr schließlich ging es ums „Unternehmensstrafrecht“. In den ersten Jahren lag der Schwerpunkt also vor allem im Grenzbereich zwischen Ökonomie und Rechtswissenschaft, im vergangenen Jahr auf genuin strafrechtlichen Fragestellungen. „Gemeinwohl im Wirtschaftsstrafrecht“, das Oberthema der diesjährigen Veranstaltung, hat natürlich wiederum einen starken strafrechtlichen Bezug. Die entsprechenden Themen sind Gegenstand des heutigen Nachmittags und der morgigen Referate. Sieht man das Strafrecht nicht als ein beliebig verfügbares Werkzeug im Regulierungsbaukasten, sondern nur als letztes Mittel, dessen Einsatz immer einer besonderen Rechtfertigung bedarf, so gilt das gerade für wirtschaftsrechtliche Deliktstatbestände mit Gemeinwohlbezug, wie etwa die heute Nachmittag behandelten Insolvenz- und Insider-Delikte. Die Gemeinwohlbasierung der Straftatbestände beruht hier gerade darauf, dass sich individuelle Rechtsgüter einzelner Personen häufig nur schwer identifizieren lassen. Intuitiv könnte man zwar meinen, dass die Verletzung von Allgemeininteressen gerade deswegen besonders strafwürdig ist, weil eine große Zahl von Personen betroffen ist, die schon aufgrund von Kollektivhandlungsproblemen erhebliche Schwierigkeiten haben, ihre Interessen effektiv wahrzunehmen. Man kann sich aber auch fragen, ob es nicht vorzugswürdig und geboten wäre, Schwierigkeiten der Sanktionierung im Wirtschaftsrecht selbst anzugehen und dort nach innovativen Lösungen zu suchen, statt sehr abstrakte Schutzgüter wie etwa das Vertrauen in die Integrität des Kapitalmarkts oder die Gleichbehandlung von Gläubigern zum Gegenstand strafrechtlicher Sanktionen zu erheben. Anders gewendet: Mangelnder Einfallsreichtum bei der Entwicklung zivilrechtlicher Sanktionen und Verfahren ist keine hinreichende Rechtfertigung für den Einsatz des Strafrechts.

Die Veranstalter haben mir aufgetragen, im Rahmen meiner Begrüßung ein paar Worte zu der Rolle zu sagen, die der Gemeinwohltopos in der Geschichte des Wirtschaftsrechts gespielt hat. Da mir hierfür nur einige Minuten zur Verfügung stehen, will ich mich auf einen Bereich konzentrieren, der mir recht gut zum heutigen Tagungsthema zu passen scheint, nämlich die Bedeutung von Gemeinwohlerwägungen im Aktienrecht.

Die Aktiengesellschaft war ursprünglich – nicht anders als eine Personengesellschaft – als private Veranstaltung der Gesellschafter konzipiert, die dementsprechend auch die Geschäftsführung entsprechend ihren eigenen Interessen lenken konnten und durften. *Rathenau* war einer der ersten, der 1918 den Gedanken einer gesamtwirtschaftlichen Verantwortung aufbrachte und von einer „bewußten Einordnung in die Wirtschaft der Gesamtheit“, von der „Durchdringung mit dem Geiste der Gemeinverantwortlichkeit“<sup>1</sup> sprach. Die durch solche Überlegungen angestoßene Diskussion um das „Wesen“ der Aktiengesellschaft blieb aber zunächst akademisch. Eine grundsätzliche Änderung des geltenden Rechts erfolgte erst durch das AktG 1937. Der Begriff „Gemeinwohl“ tauchte hier gleich in drei Zusammenhängen auf.

So führte § 288 AktG 1937 unter der Überschrift „Wahrung des Gemeinwohls durch den Staat“ die Möglichkeit ein, eine Aktiengesellschaft wegen Gefährdung des Gemeinwohls auf Antrag des Reichswirtschaftsministers aufzulösen. Der Auflösungsgrund der Gemeinwohlgefährdung findet sich noch heute in § 396 AktG. Soweit ersichtlich, hat aber weder diese Bestimmung noch ihre Vorgängerin praktische Bedeutung erlangt.

Darüber hinaus fand das „Gemeinwohl“ als Tatbestandsmerkmal Eingang in die sog. Sozialklauseln der §§ 77 Abs. 3, 98 Abs. 4 AktG 1937. Danach mussten etwaige Gewinnbeteiligungen der Mitglieder von Vorstand oder Aufsichtsrat in einem angemessenen Verhältnis stehen zu den Aufwendungen zugunsten der Gefolgschaft oder von Einrichtungen, die dem gemeinen Wohle dienten. Für die Einhaltung dieser Vorgaben war im Hinblick auf die Vorstandsvergütung der Aufsichtsrat verantwortlich, im Hinblick auf die Vorstandsvergütung die Staatsanwaltschaft.

Neu war aber vor allem die Aufnahme des Gemeinwohls als Bezugspunkt von Vorstandspflichten. Nach § 70 AktG 1937 hatte der Vorstand unter eigener Verantwortung die Gesellschaft so zu leiten *wie das Wohl des Betriebs und seiner Gefolgschaft und der gemeine Nutzen von Volk und Reich* es forderte. Zum Ausgleich dafür, dass er nun nicht mehr Weisungen unterworfen war und nur aus wichtigem Grund aus dem Amt entlassen werden konnte, hatte der Vorstand die

---

1 *Rathenau* Vom Aktienwesen – eine geschäftliche Betrachtung, 1918, S. 62.

alleinige Verantwortung für die Geschäftsführung, für die ihm das Gesetz eine Reihe von Vorgaben machte. In der Begründung zu § 70 AktG 1937 heißt es: „... Die Wahrung dieser Richtlinien gehört zu den Grundsätzen einer verantwortungsbewussten Wirtschaftsführung“.<sup>2</sup>

Unter dem nationalsozialistischen Regime wurde die Bestimmung teilweise i.S.d Maxime „Gemeinnutz geht vor Eigennutz“ dahin interpretiert, im Konfliktfall beanspruchten die Interessen der Allgemeinheit Vorrang vor denen der Aktionäre<sup>3</sup>, und noch im Jahr 1973 wurde nach der Streichung der Gemeinwohlklausel die Auffassung vertreten, die Belange der Allgemeinheit seinen vorrangig gegenüber denen der Aktionäre, der Arbeitnehmer oder des Unternehmens selbst.<sup>4</sup>

Für unser vorliegendes Thema liefert der Rückblick einige interessante Erkenntnisse:

1. Die Definitionen des Gemeinwohlbegriffs blieben und bleiben stets vage. Mustert man die ältere Literatur durch, findet man etwa folgende Umschreibungen:

- Gemeinwohl ist ein erhebliches allgemeines Interesse der Volkswirtschaft, nicht dagegen der Interessen einzelner oder begrenzter Wirtschaftskreise.<sup>5</sup>
- Gemeinwohl bezeichnet ein erhebliches allgemeines Interesse der Volkswirtschaft, aber auch sonstige wichtige öffentliche Interessen.<sup>6</sup>
- Gemeinwohl umfasst sowohl das öffentliche Interesse als auch die Gesamtheit der Einzelinteressen der einzelnen.<sup>7</sup>
- Gemeinwohl wird durch erhebliche Interessen der Volksgemeinschaft konstituiert, nicht aber durch die Summe von Einzelinteressen.<sup>8</sup>

Immerhin lässt sich der Definition des § 70 AktG 1937 entnehmen, dass nach der Vorstellung der Gesetzesverfasser die im Zusammenhang mit dem Betrieb genannten Arbeitnehmerinteressen nicht als Teil des Gemeinwohls, sondern als davon zu unterscheidende Größe verstanden wurden.

An der geringen Aussagekraft der Gemeinwohldefinitionen hat sich übrigens bis heute nichts geändert. So heißt es etwa in der neuesten Auflage eines aktienrechtlichen Standardkommentars: „Gemeinwohl bezeichnet das Interesse der

<sup>2</sup> Begründung zu §§ 70, 71 AktG bei *Klausing* Aktiengesetz, 1937, S. 59.

<sup>3</sup> *Schlegelberger/Quassowski* AktG 1939, § 70 Anm. 5.

<sup>4</sup> *GroßkommAktG/Meyer-Landrut* 3. Aufl., 1973, § 76 Anm. 9.

<sup>5</sup> *GroßkommAktG/Klug* 3. Aufl., 1973, § 396 Anm. 8.

<sup>6</sup> *Baumbach/Hueck*, AktG, 13. Aufl., 1968, § 396 Rn. 6.

<sup>7</sup> Vgl. *Godin/Wilhelmi* AktG, 3. Aufl., 1967, § 396 Anm. 3.

<sup>8</sup> *Eberhard Schmidt* in *Gadow-Heinichen*, AktG, 1940, § 288 Anm. 10.

Öffentlichkeit insgesamt oder jedenfalls breiter Verkehrskreise; Interessen der Aktionäre oder der Gesellschaftsgläubiger genügen nicht“.<sup>9</sup>

Eine weiter gehende Konkretisierung des Gemeinwohlbegriffs wurde als schwierig, wenn nicht unmöglich, angesehen.<sup>10</sup> Genannt wurden etwa Belange und Interessen der Volkswirtschaft wie Reinerhaltung von Luft und Wasser, Förderung der Wissenschaft, Rücksichtnahme auf konjunkturpolitische Erfordernisse.<sup>11</sup>

2. Obwohl § 70 AktG 1937 eine Pflicht des Vorstands und damit eine Einschränkung seines Geschäftsführungsermessens zu normieren schien, wurden aus dieser vagen Zielbestimmung gerade keine Pflichten des Vorstands abgeleitet.<sup>12</sup> Die Gemeinwohlklausel hat vielmehr den Entscheidungsspielraum der Unternehmensleitung erweitert, und zwar auch mit Wirkung für das Strafrecht. Solange nämlich die Gesellschaft ausschließlich als Veranstaltung der Aktionäre und der Vorstand als deren Treuhänder angesehen wurde, lief er Gefahr, sich durch soziale oder gemeinnützige Aufwendungen, die nicht ersichtlich dem Erwerbszweck der Gesellschaft dienten, schadensersatzpflichtig und unter Umständen sogar wegen Untreue strafbar zu machen. Diese Gefahr hat die Gemeinwohlklausel zumindest reduziert. Im Gegensatz zum öffentlichen Recht, wo Gemeinwohlerwägungen in der Regel dazu dienen, dem Gebrauch von Freiheitsrechten Grenzen zu ziehen, erweitert die Berücksichtigung des Gemeinwohls im Aktienrecht den Handlungsspielraum der Verwaltung. Das ist übrigens auch in Rechtsordnungen zu beobachten, die traditionell Kapitalgesellschaften als rein privatnützige Veranstaltungen der Anteilseigner verstehen und dementsprechend von einer Verpflichtung des Managements auf den *shareholder value* ausgehen. So ist etwa im Vereinigten Königreich die Rücksichtnahme auf Gemeinwohlbelange seit 2006 sogar im Companies Act als Teil der Pflichtbindungen der Unternehmensleitung festgeschrieben.<sup>13</sup>

Für die These, dass die Funktion der Gemeinwohlklausel nicht in einer Inpflichtnahme der Unternehmensleitung, sondern vor allem in der Eröffnung eines Ermessensspielraums für soziale und gemeinnützige Aufwendungen bestand, sprechen auch die gesetzlichen Mechanismen zur Sanktionierung von Pflichtverletzungen. In erster Linie schuldeten und schulden die Organmitglieder Schadensersatz, § 93 AktG, früher § 84 AktG 1937. Wenn die mangelnde Berück-

<sup>9</sup> Hüffer AktG, 10. Aufl. 2012, § 396 Rn. 3

<sup>10</sup> GroßkommAktG/Meyer-Landrut 3. Aufl., 1973, § 76 Anm. 9.

<sup>11</sup> GroßkommAktG/Meyer-Landrut 3. Aufl., 1973, § 76 Anm. 9.

<sup>12</sup> Vgl. Rittner FS Geßler 1971, S. 139, 148 f.

<sup>13</sup> Vgl. Section § 172 (1) CA 2006.

sichtigung von Gemeinwohlbelangen zu Vermögenseinbußen der Gesellschaft führen würde, bedürfte es des Rückgriffs auf die Gemeinwohlbindung nicht, um den Vorstand in die Pflicht zu nehmen; es bestünde vielmehr ein Gleichlauf von Allgemeininteresse und einem als Interesse am wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft verstandenen Unternehmensinteresse. Auch die Möglichkeit der Abberufung von Vorstandsmitgliedern aus wichtigem Grund wäre kein geeignetes Instrument gewesen, um für die Einhaltung von Gemeinwohlbelangen zu sorgen, die nicht mit den wirtschaftlichen Interessen der Gesellschaft übereinstimmen, denn die Entscheidung über die Abberufung lag nach § 75 AktG 1937 beim Aufsichtsrat, dessen Mitglieder gemäß § 87 AktG 1937 von den Aktionären gewählt wurden.

Trotz der teilweise sehr weit gehenden Lippenbekenntnisse bestand doch in der Sache auch unter Geltung des AktG 1937 Einigkeit darüber, dass erwerbswirtschaftlich tätige Aktiengesellschaften nicht etwa gemeinnützige Einrichtungen seien und ihre Verwaltung in erster Linie auf den geschäftlichen Erfolg zu achten hätte.<sup>14</sup> Der Vorstand durfte sich daher nicht etwa unter Berufung auf die Gemeinwohlklausel auf Kosten der Gesellschaft als Wohltäter aufspielen. Zum selben Ergebnis gelangt man heute unter Rückgriff auf Art. 14 Abs. 2 GG und die Überlegung, dass soziales und gemeinnütziges Engagement heutzutage Voraussetzung für die soziale Akzeptanz und für positive Außenwirkung einer Gesellschaft ist.<sup>15</sup>

3. Die beiden ersten Teile des Symposions sind wiederum in bewährter Weise allgemeinen Grundlagen des Oberthemas gewidmet, nämlich dem politisch-gesellschaftlichen Rahmen und ökonomischen, europarechtlichen und verfassungsrechtlichen Frage. Es folgen drei strafrechtliche Blöcke, und zwar zunächst ein Teil zu allgemeinen Fragen des Gemeinwohls im Wirtschaftsstrafrecht, bevor es mit den Blöcken zum Gemeinwohlbezug einzelner Wirtschaftsdelikte und zu Gemeinwohl und Wirtschaftsstrafverfahren in den besonderen Teil und das Verfahrensrecht geht.

Den Initiatoren ist es auch diesmal wieder gelungen, eine Reihe hochkarätiger Referenten zu gewinnen. Wir können uns also auf eine spannende Tagung freuen.

---

<sup>14</sup> Vgl. *Klausing* Einleitung zum AktG 1937, Rn. 91.

<sup>15</sup> Vgl. aus dem älteren Schrifttum zum AktG 1965 etwa *Rittner* FS Geßler, 1970, S. 139, 153 ff.; *ders.* AG 1973, 113, 119; aus der heutigen Literatur *KölnKommAktG/Mertens/Cahn* 3. Aufl., 2010, § 76 Rn. 33 ff.





## **Der politisch-gesellschaftliche Rahmen**



Kurt Biedenkopf

## Unternehmensführung und Gemeinwohl

Zum Verhältnis von Gemeinwohl und Gerechtigkeit eingangs eine Bemerkung: Wir haben schon gehört, dass es fast ausgeschlossen ist, den Begriff inhaltlich zu definieren, ohne Bezug zu nehmen auf den Sachverhalt, mit dem er definiert wird. Das erscheint mir als die erste wichtige Einschränkung. Es bedeutet aber auch: weil die Sachverhalte sich ändern, ändert sich auch der Inhalt des Gemeinwohls. So könnte ich mir zum Beispiel folgenden Sachverhalt vorstellen, der zudem die letzten 40, 50 Jahre prägte: die Wirtschaft und damit das BIP wachsen ständig und nachhaltig. Damit wächst auch die Verteilungsmasse. Sie wird weiter verstärkt durch eine wachsende Staatsverschuldung. Werden wir dann das Gemeinwohl anders definieren als im Falle einer Rezession? Oder wenn die politischen Handlungsspielräume deutlich enger werden: werden damit auch die Allgemeinwohl-Aspekte in der Debatte an Bedeutung gewinnen, weil sich Allgemeinwohl oder Gemeinwohl sichtbarer mit Gerechtigkeit verbinden? Mehr noch, wenn der Begriff Gerechtigkeit ebenfalls eine Verengung erfährt durch den Begriff Soziale Gerechtigkeit.

Die soziale Gerechtigkeit ist ebenso wenig definierbar wie das Gemeinwohl oder das Allgemeinwohl, obwohl das letztere in Artikel 14 des Grundgesetzes als Sollbindung des Eigentums genannt wird, nicht als Pflichtbindung des Eigentums. Zeigt sich, dass man die genannten Begriffe nur im Zusammenhang mit einem konkreten Gemeinwesen und dessen Gemeinwohl- und Gerechtigkeitsvorstellungen mit Inhalt ausfüllen kann, dann bedeutet dies, dass es auch auf die Ordnung ankommt, die sich das Gemeinwesen gegeben hat. Herr Kollege Cahn hat Belege aus dem Aktienrecht von 1937 zitiert. Hinter den zitierten Texten, vor allem hinter der Beschreibung der Vorstandsfunktion, steht das Führerprinzip, also eine ideologische Definition. Gleichwohl haben Nikisch und andere Arbeitsrechtler nach dem Zweiten Weltkrieg in ihren Kommentaren die betriebswirtschaftliche und sozialverbandsorientierte Definition des Unternehmens beibehalten, etwa in der Fürsorgepflicht des Unternehmers.

Ohne diese Hinweise zu vertiefen, kommt es mir vor allem auf die Feststellung an: man kann, wenn es um die inhaltliche Definition des Gemeinwohls geht, sowohl die deutschen wie die europäischen oder die globalen Verhältnisse zu Grunde legen und die Gemeinwohlbildung entsprechend begreifen. Dazu drei Beispiele:

Das erste betrifft die Ordnung des eigenen Landes, die Wirtschaftsverfassung und die Wirtschaftsordnung. Bis zum Ende der Weimarer Republik war die deutsche Wirtschaft hochgradig kartelliert. Das heißt: die Machtbildung war weder

illegal noch überhaupt beanstandet; sie stimmte mit dem Gemeinwohl überein. Das Reichsgericht hat 1897 Kartelle zugelassen trotz der 1869 verkündeten Gewerbefreiheit mit der Begründung, es sei eine Ausübung der Vertragsfreiheit und die Zerstörung eines Außenseiters sei nur dann sittenwidrig, wenn dem Außenseiter vorher die Mitgliedschaft im Kartell angeboten worden sei. Diese Entscheidung macht deutlich, woran man sich damals orientiert hat. Die Folge waren eine völlige Durchkartellierung der Wirtschaft und ihre damit verbundene Vermachtung. Man war der Meinung, das sei mit dem Gemeinwohl kompatibel.

In der Weimarer Republik zeigte sich dann, dass die privatwirtschaftlich organisierte Planwirtschaft auch als Basis für die von den Nationalsozialisten betriebene Wiederaufrüstung missbraucht werden konnte. Selbst dieses extreme Beispiel für die Gefährdungen, die von der Vermarktung der Wirtschaft durch privatrechtliche Vereinbarungen ausgehen können, reichte jedoch nicht aus, um wichtige Bereiche der Wirtschaft nach dem Kriege von den Gefahren einer Kartellpolitik zu überzeugen. Ohne den Druck der Alliierten, vor allen Dingen der Amerikaner, die eine dem amerikanischen Antitrustrecht entsprechende deutsche Gesetzgebung verlangten, wäre es wohl auch Ludwig Erhard nicht gelungen, eine Neuordnung der Wirtschaftsverfassung herbeizuführen.

Das Ergebnis waren die soziale Marktwirtschaft und ihre im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen festgeschriebenen ordnungspolitischen Grundlagen. Sein Kernstück, das Verbot der Kartellbildung und die Kontrolle wirtschaftlicher Macht, wurde auch 1957 noch von Teilen der Wirtschaft bekämpft, die sich dabei auf die Unterstützung durch hochrangige, um nicht zu sagen, hochkarätige Staatsrechtslehrer stützen konnten. Sie vertraten die Auffassung, das Kartellrecht sei verfassungswidrig, weil es durch das Verbot der Kartellbildung die Vertragsfreiheit verletze. Es dauerte lang, bis die Idee einer Wirtschaftsverfassung allgemein akzeptiert wurde, die auf dem Schutz der Freiheit vor Wirtschaftsmacht gründet, und dass dieser Schutz der wirtschaftlichen Freiheit dem Allgemeinwohl entsprach.

Das zweite Beispiel stammt aus der wirtschaftlichen Praxis. Nehmen wir an, wir leiten ein Unternehmen, das neben dem deutschen Markt eine Reihe von Exportmärkten bedient. Dabei stellen wir fest, dass die Löhne in Deutschland für eine ganze Reihe unserer Exportmärkte zu hoch sind. Wir entschließen uns deshalb, einen Teil der Produktion nach Griechenland oder Portugal, jedenfalls in Länder mit deutlich niedrigerem Lohnniveau zu verlegen.

Aus deutscher Sicht, jedenfalls aus Sicht der Betroffenen, ist das keine das Gemeinwohl fördernde Maßnahme. Aus der Sicht der Griechen oder der Portugiesen ist es sehr wohl eine. Gäbe es jetzt einen europäischen Gemeinwohlbegriff, dann müsste man auf dieser Ebene abwägen, welche der beiden Maßnahmen eher dem europäischen Gemeinwohl entspräche. Handelte es sich um Portugal

oder Griechenland, wäre man wohl eher der Ansicht, dass diese Maßnahmen trotz ihrer nachteiligen Wirkungen in Deutschland dem europäischen Gemeinwohl entsprächen.

Das dritte Beispiel führt uns zurück nach Deutschland. Es entstammt der besonderen Situation im Osten Deutschlands nach der Wiedervereinigung und besitzt zusätzlich eine strafrechtliche Dimension. Als wir in Sachsen in den Jahren nach 1990, also während meiner Amtszeit, Versuche unternahmen, Chip-Fabrikationen nach Dresden zu bringen, standen wir vor der Frage, was wir tun können, um die Ansiedlung dieser Produktion durch die Bereitstellung von Facharbeitern zu erleichtern. In der damaligen Chip-Produktion der DDR gab es Facharbeiter. Die Produktion musste jedoch stillgelegt werden. Sie war aus offensichtlichen Gründen nicht wettbewerbsfähig.

Wir entschieden uns deshalb, diese Facharbeiter zum Zwecke der Aus- und Weiterbildung – es waren ungefähr 200 Personen – mit europäischen Mitteln zu finanzieren. Die Aus- und Weiterbildung fand solange am bisherigen Arbeitsplatz der Facharbeiter statt, bis sie in die Neuinvestition von Siemens übernommen werden konnten. Diese Maßnahme wurde später unter strafrechtlichen Gesichtspunkten als Untreue bewertet. Die Zuweisung der europäischen Mittel sei für die Ausbildung, aber nicht für die Vorbereitung einer neuen Investition gewährt worden. Aus unserer Sicht war unsere Maßnahme dagegen eine absolut sinnvolle, das Gemeinwohl fördernde Maßnahme. Aus der Sicht von Brüssel war es eine Verletzung der Zweckbestimmung. Die deutsche Staatsanwaltschaft machte sich die Brüsseler Sicht zu Eigen.

Was heißt das? Es kommt nicht nur auf die Ordnung an, in der wir die Frage nach der Gemeinwohlverträglichkeit zu entscheiden haben, sondern auch auf die ganz konkreten Sachverhalte. Erst ihre Bewertung erlaubt ihre Beurteilung nach Gesichtspunkten des Allgemeinwohls. Die Folge ist, ähnlich wie bei der Anwendung des Begriffes Soziale Gerechtigkeit, eine erhebliche Ambivalenz der Bewertung. Im Grunde ist es in derartigen Fällen nicht möglich, über ihre Gemeinwohlverträglichkeit im Voraus, das heißt abstrakt zu befinden. Das wirft enorme Probleme vor allem dann auf, wenn Gesichtspunkte des Allgemeinwohls in die strafrechtliche Bewertung der Tatbestände einfließen, der Täter sich von Gesichtspunkten des Gemeinwohls leiten lässt und nicht weiß, dass er sich dabei einem Strafvorwurf aussetzt. Ob eine derartige Konstellation noch mit dem Grundsatz vereinbar ist, dass eine Bestrafung ohne gesetzliches Verbot unzulässig ist, weiß ich nicht. Ich bin kein Strafrechtler.

Kehren wir im Folgenden zurück zu Fragen der Unternehmensführung. Dabei gehe ich davon aus, dass wir diese Fragen nicht in Bezug auf den größten Teil mittelständischer Unternehmen stellen. Sie sind relativ klein, privat organisiert und haben als mittelständische Unternehmen eine Außenwirkung, die – von