

2 Rechtslage in Deutschland

Ausgangspunkt dieses deskriptiven Kapitels ist das rechtliche Umfeld, in dem sich Vorstand und Aufsichtsrat einer deutschen Aktiengesellschaft bei unternehmerischen Entscheidungen bewegen. Nach einer Einführung in die Struktur der Aktiengesellschaft und einer Erörterung der relevanten Bestimmungen wird zu prüfen sein, an welchen Maßstäben die entscheidungsberufenen Organe ihre Entscheidungen über Unternehmensspenden zu messen haben.

Das Gesellschaftsrecht ist wie kaum ein anderes zivilrechtliches Rechtsgebiet einem stetigen und raschen Wandel unterworfen.¹⁰⁰ Manche sprechen hier bereits von einer „Aktienrechtsreform in Permanenz“.¹⁰¹ Dies betrifft u.a. auch den Bereich der Unternehmensspenden bzw. *Corporate Social Responsibility*.

Im Folgenden soll zunächst der Frage der generellen Zulässigkeit von Unternehmensspenden (des „Ob“) nachgegangen werden, bevor – sofern diese bejaht wird – die aktienrechtlichen Grenzen (das „Wie“) untersucht werden.

I. Die aktienrechtliche Zulässigkeit von Unternehmensspenden

Wesensmerkmal der Kapitalgesellschaft ist der Zusammenschluss von Personen zu einer Gesellschaft mit einem bestimmten Zweck. Dieser Zweck soll dann durch das Vertretungsorgan verfolgt werden. Das Aktienrecht geht dabei idealtypisch von einer Trennung zwischen Eigentum und Verfügungsgewalt aus.¹⁰² Es gilt damit das im Rahmen der Neuen Institutionenökonomie¹⁰³ entwickelte sog. Prinzipal-Agent-Verhältnis (auch: *agency theory*¹⁰⁴ oder *fiduciary relationship*¹⁰⁵).¹⁰⁶ Bei der Beziehung zwischen Anteilseignern und Managern handelt es sich vom Grundsatz her um eine volkswirtschaftlich effiziente Form der (treu-

100 Timm, ZIP 2010, 2125, 2125.

101 Priester, DNotZ 2006, 403, 404; Noack, NZG 2008, 441, 446; vgl. auch Götze/Nartowska, NZG 2015, 298, 306: „Die Aktienrechtsnovelle 2011ff., die mittlerweile de facto zu einer Aktienrechtsnovelle 2015 geworden ist, läuft zunehmend Gefahr, die vielzitierte ‚Aktienrechtsreform in Permanenz‘ in einen ‚Aktienrechtsreformversuch in Permanenz‘ zu verwandeln.“.

102 Gedanke von Schreyögg, AG 2009, 758, 763.

103 Vgl. hierzu eingehend Thommen/Achleitner, 861ff.; Welge/Al-Laham, 43ff.

104 Nicolaysen, 85.

105 Vgl. Zöllner, AG 2003, 1, 10; ähnlich auch Hopt, ZGR 1993, 536, 540: Der Vorstand als „Fremdinteressenwahrnehmer“.

106 Müller-Michaels/Ringel, AG 2011, 101, 108 m w. N.

händerischen¹⁰⁷) Arbeitsteilung¹⁰⁸ Die Kapitalgeber überlassen ihre Mittel professionellen Managern mit spezifischen unternehmerischen Fähigkeiten mit dem Auftrag, das Kapital gegen Zahlung eines Entgeltes im Interesse der Kapitalgeber einzusetzen. Die Beauftragung eines Agenten zur Führung der Geschäfte wird durch die darin liegende Trennung zwischen der operativen Führung und der Kapitalanlage den Möglichkeiten und Intentionen der Kapitalgeber besser gerecht als die Selbstführung der Geschäfte. Damit sinnvolle unternehmerische Tätigkeiten ermöglicht werden, müssen die Anteilseigner als Auftraggeber (*principals*) den Managern als ihren Beauftragten (*agents*) einen verhältnismäßig weiten Entscheidungsspielraum einräumen, um im jeweiligen Einzelfall schnell und effizient entscheiden zu können. Die Kapitalgeber als Eigentümer agieren demnach nicht mehr als Entscheidungsträger. Vielmehr üben an ihrer Stelle die angestellten Manager relativ autonom die Verfügungsgewalt über die Produktionsmittel aus.¹⁰⁹

Die Theorie stützt sich weiterhin auf die Annahme, wonach die Akteure vor dem Hintergrund der asymmetrischen Informationsverteilung stets „eigennutzorientiert“ handeln.¹¹⁰ Dies eröffnet jedoch die Möglichkeit, dass die Agenten von der zum Funktionieren des Marktes notwendigen Voraussetzung der Gewinnmaximierung abweichen und eigene diskretionäre Zielsetzungen in den Entscheidungsprozess einfließen lassen:

„If both parties to the relationship are utility maximisers there is good reason to believe that the agent will not always act in the best interest of the principal.“¹¹¹

Der Agent wird dementsprechend nur dann den Auftrag des Prinzipals erfüllen, wenn sich die Interessen beider Akteure decken.¹¹²

Die Gefahr, dass der Vorstand seinen Entscheidungsspielraum zum eigenen Nutzen anstatt im Interesse der wirtschaftlichen Eigentümer ausfüllt¹¹³, besteht

107 Vgl. BGH v. 26. 4. 2004 – II ZR 155/02, NJW 2004, 1860, 1863 (Gelatine) – hierzu eingehend *Drygala/Staake/Szalai*, § 21 Rn. 202ff; BGH v. 0.02.1995 – II ZR 143/93, BGHZ 129, 30, 34: „selbstständige treuhänderische Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen.“; aus der Literatur Hensler/Strohn/*Dauner-Lieb*, § 93 AktG Rn 7; Münch Komm AktG/*Spindler*, § 93 Rn 25.

108 *Ruffner*, 131; *Fleischer*, ZGR 2001, 1, 8.

109 Vgl. *Nicolaysen*, 85ff.

110 *Welge/Al-Laham*, 51.

111 *Jensen/Meckling*, 3 J. Fin. Econ. 305, 308 (1976); ähnlich *Butler/McChesney*, 84 Cornell L. Rev. 1195, 1198f. (1999): „Non-owner managers may be tempted to maximise their own welfare rather than the profits of the firm that employ them, preferring themselves over the shareholders... Managers should act as agents of the firm, but they have some incentive to maximise their own utility at the expense of firm profits.“

112 *Welge/Al-Laham*, 51.

113 *Empt*, 165; Henke, EuR 2010, 118.

auch bei den hier relevanten sozialen Aufwendungen ohne Gegenleistung, da eine „Erfolgskontrolle“ in praxi kaum erfolgen kann.¹¹⁴ Den durch derartige Interessendifferenz entstehenden Verlust sowie die Kontrollkosten fasst man gemeinhin unter dem Begriff der „*Agency Costs*“ zusammen.¹¹⁵ Diese möglichst niedrig zu halten, sollte ein Anliegen eines effizienten Gesellschaftsrechts darstellen.¹¹⁶

1. Aktienrechtliche Rahmenbedingungen gemeinwohlorientierten Handelns

Im deutschen Kapitalgesellschaftsrecht gilt die verfassungsrechtlich verbürgte Vertragsfreiheit. Dies bedeutet, dass zunächst die satzungsrechtlichen Vorgaben (vgl. §§ 76, 93 AktG – unter besonderer Berücksichtigung des § 87 AktG) zu beachten sind (soweit sie nicht gegen zwingendes Recht verstößen).¹¹⁷ Diese Festlegungen bestimmen, woran sich das Handeln der Unternehmensführung nach dem Willen der Satzungsgabe zu orientieren hat. Ein Handeln außerhalb dieser Grenzen hat für das Management schwerwiegende (haftungsrechtliche) Folgen (in concreto vor allem nach § 93 Abs. 2 AktG).¹¹⁸

a) Prinzip der Satzungsstrenge

Die Vertragsfreiheit wird im Bereich der Unternehmensverfassung der AG jedoch vom Prinzip der Satzungsstrenge (§ 23 Abs. 5 AktG)¹¹⁹ überlagert.¹²⁰ Das

¹¹⁴ Müller-Michaels/Ringel, AG 2011, 101, 107.

¹¹⁵ Easterbrook/Fischel, 10.

¹¹⁶ Ruffner, 132; Millon, 1990, Duke L. J. 201, 230.

¹¹⁷ Großmann, 61ff.; ähnlich Brinkmann, 23ff. Die Ermessensausübung findet nach ganz h.M. eine weitere Schranke in der Pflicht des Vorstands, für den Bestand des Unternehmens und damit für dauerhafte Rentabilität – der Begriff wird vom Gesetzgeber selbst, wie gesehen, in § 92 Abs. 1 Nr. 2 AktG verwendet – zu sorgen (OLG Hamm v. 10.05. 1995 – 8 U 59/94, AG 1995, 512, 514 zur erbotene Einlagenrückgewähr durch Gewährung eines ungesicherten Darlehens an den Mehrheitsaktionär); Jürgenmeyer, 103; Empt, 120). Die Bestandserhaltung wird dabei nicht selten als a priori vorgegebene Verbandszielsetzung angesehen, deren Berechtigung sich bereits aus der Natur der Sache, d.h. der Entstehung und Existenz eines Verbandes ergebe: Kuhner, ZGR 1994, 244, 252.

¹¹⁸ Vgl. eingehend Hommelhoff/Hopt/v. Werder/Goette, 713ff.

¹¹⁹ Der 67. Deutsche Juristentag (DJT) in Erfurt hat eine Lockerung der Satzungsstrenge sowohl für börsennotierte wie für nicht börsennotierte Gesellschaften explizit abgelehnt: Ständige Deputation des DJT, Verhandlungen des 67. DJT (2008), Bd. II/2, S. N 239, veröffentlicht etwa in ZIP 2008, 1896.

¹²⁰ In den USA ergeben sich demgegenüber infolge der recht allgemein gehaltenen und in der Regel abdingbaren gesetzlichen Grundlagen Erkenntnisse über die auf ein Unternehmen zutreffenden Grundsätze der Unternehmensführung regelmäßig erst aus dem Regelwerk der jeweiligen Gesellschaft.

Rechts- und Pflichtenregime der Organe Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung sowie die Rechtsbeziehungen zwischen der Gesellschaft und ihren Aktionären werden hiernach ganz überwiegend durch zwingendes Aktienrecht geprägt.¹²¹ Für individuelle Satzungsregeln – außerhalb der qua definitionem „ausfüllungsbedürftigen“ Bereiche wie etwa der Festlegung des Unternehmenszwecks oder Satzungssitzes – bleibt daher faktisch nur ein kleiner Spielraum.¹²²

b) Dualistisches System

In Deutschland ist darüber hinaus das duale Führungssystem zu beachten, wonach mit dem Vorstand und dem Aufsichtsrat zwei Organe für die Unternehmensführung vorgesehen sind.¹²³ Dieses sog. „dualistische Modell“ (*Two-Tier-System*) folgt dem Gedanken der organisatorischen Trennung von Leitung und Überwachung und entspricht damit dem Konzept der Fremdkontrolle.¹²⁴ Bei der monistischen Lösung, dem sog. *Board*-System – vor allem für die Verfassung angelsächsischer Unternehmen charakteristisch –, ist demgegenüber nur ein einziges Organ – der *Board of Directors* – sowohl für die Leitung als auch für die Überwachung der Gesellschaft zuständig. Es gilt insoweit weitgehend das Prinzip der Selbstkontrolle. Über Art. 38 SE-VO wurde dieses System für die Societas Europaea in das deutsche Recht eingeführt. Für die Aktiengesellschaft selbst kann es nicht – auch nicht über eine entsprechende Satzungsänderung – eingeführt werden.¹²⁵

c) Kompetenzverteilung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat

Nach § 76 Abs. 1 AktG hat der Vorstand unter eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten. Die Entscheidung über die Unternehmenspolitik liegt damit regelmäßig in seiner ausschließlichen Kompetenz (und nicht der Aktionäre als „Eigentümer“ der Aktiengesellschaft). Eine Grenze findet die Kompetenz des Vorstandes in den gesetzlich vorgesehenen Kompetenzfeldern der Aktionäre (vgl. §§ 119, 179 AktG) bzw. in den „besonders wichtigen Entscheidungen“ entsprechend der Vorgaben der Holzmüller-Entscheidung des Bundesgerichtshofes.¹²⁶

121 Kritisch hierzu etwa Zöllner, AG 2003, 1m 9: „Auch da Aktienrecht ist erstarrt und bedarf größerer Satzungsfreiheit“.

122 Dabei wird zum Teil noch zwischen börsennotierten und nichtbörsennotierten Aktiengesellschaften differenziert: vgl. eingehend *Bayer*, NZG 2013, 1, 2.

123 *Ries/Eickelberg*, 126.

124 Ringleb//Kremer/Lutter/v. Werder/v. Werder, Präambel Rn 93.

125 Henssler/Strohn/*Henssler*, § 111 AktG Rn 2.

126 Grundlegend BGH v. 25.02.1982 – II ZR 174/80, NJW 1982, 1703 und BGH v. 26.04.2004 – II ZR 155/02, BGHZ 159, 30. Hieraus ergibt sich insbesondere, dass der Vorstand seine Sorgfaltspflichten verletzt, wenn er bei Entscheidungen, durch die massiv in

Der Aufsichtsrat besitzt, wie die nicht abschließende¹²⁷ Aufzählung in § 111 Abs. 1 AktG verdeutlicht, in erster Linie Kontroll- und Überwachungsfunktionen gegenüber dem Vorstand.¹²⁸ Er muss dabei den Ermessensspielraum des Vorstandes respektieren.¹²⁹ Der Aufsichtsrat muss jedoch dann aktiv eingreifen, wenn er Kenntnis von pflichtwidrigem Verhalten seitens der Vorstandsmitglieder erlangt.¹³⁰ Korrespondierend dazu stehen die umfassenden Informationspflichten des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat. Geschäfte grundlegender Bedeutung unterliegen zudem einem Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrates.¹³¹ Unter die zu überwachenden Leitungsmaßnahmen fallen neben den Führungsentscheidungen auch die wesentlichen Einzelmaßnahmen – mit anderen Worten: alle für die Lage und die Entwicklung des Unternehmens bedeutsamen Akte der Geschäftsführung.¹³² Die konkrete Kontrolldichte ist abhängig von der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens.¹³³

§ 111 Abs. 4 AktG bestimmt zwar ausdrücklich, dass Maßnahmen der Geschäftsführung dem Aufsichtsrat nicht übertragen werden können. Die Satzung oder der Aufsichtsrat kann jedoch bestimmen, dass einzelne Geschäfte von herausragender Bedeutung für die Gesellschaft unter Zustimmungsvorbehalt gestellt werden.¹³⁴ Dies darf jedoch nicht allgemein auf Maßnahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs ausgedehnt werden. Dem Zustimmungsvorbehalt dürfen

die Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre eingegriffen werden, die Hauptversammlung nicht nach § 119 Abs. 2 AktG beteiligt (*MünchKomm AktG/Spindler*, § 93 Rn 26).

127 Henssler/Strohn/*Henssler*, § 111 AktG Rn 1.

128 Hölters/*Hölters*, § 93 AktG, Rn 20; *Grunewald*, 269ff. In § 111 Abs. 2 AktG sind so dann Einzelkompetenzen geregelt, die der effektiven Wahrnehmung der Überwachungsaufgabe dienen. Die in der Praxis bedeutsamste Kompetenz zur Bestellung und Abberufung des Vorstands mit der Annexkompetenz zu Abschluss und Beendigung des Anstellungsvertrages, findet sich in § 84 AktG. Überdies ist der Aufsichtsrat etwa dafür zuständig, eine Geschäftsordnung für den Vorstand zu erlassen (§ 77 Abs. 2 S. 1 AktG), er besitzt weitgehende Informationsrechte einschließlich des Rechts zur Anforderung und Entgegennahme von Vorstandsberichten (§§ 90, 107 Abs. 2 S. 4, 170 Abs. 3 AktG) und vertritt die AG gegenüber den Vorstandsmitgliedern (§ 112 AktG). Der Aufsichtsrat prüft die Rechnungslegung und den Gewinnverwendungsvorschlag (§ 171 AktG) und stellt gemeinsam mit dem Vorstand den Jahresabschluss fest (§ 172 AktG). Weitere Kompetenzen bestehen bei Kapitalmaßnahmen (§ 204 Abs. 1 S. 2 AktG) und bei der Prüfung des Abhängigkeitsberichts (§ 314 AktG).

129 Goette, FS BGH, 123, 129.

130 Hüffer/Koch, § 111 Rn 5 m.w.N.

131 Zu beachten ist, dass die Satzung die Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates weder ergänzen noch einschränken kann: Henssler/Strohn/*Henssler*, § 111 AktG Rn 1.

132 Henssler/Strohn/*Henssler*, § 111 AktG Rn 8.

133 Vgl. BGH v. 2. 4. 2007 – II ZR 325/05, WM 2007, 1025, 1029.

134 *MünchKomm AktG/Habersack* § 111 Rn 106.

vielmehr nur solche – durch Satzung oder Aufsichtsratsbeschluss zu konkretisierende – Maßnahmen unterstellt werden, die für die Gesellschaft von grundlegender Bedeutung sind, insbesondere weil sie die Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage des Unternehmens grundlegend verändern.¹³⁵

Verweigert der Aufsichtsrat seine Zustimmung, kann der Vorstand verlangen, dass die Hauptversammlung über die Zustimmung beschließt. Der Beschluss, durch den die Hauptversammlung zustimmt, bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Viertel der abgegebenen Stimmen umfasst. Es hat sich jedoch die Überzeugung durchgesetzt, dass eine rein retrospektiv wirkende Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats ineffektiv und ineffizient ist.¹³⁶ Dem Aufsichtsrat kommt daher zunehmend auch eine Beratungsfunktion im Rahmen der zukunftsorientierten Gestaltung der Leitlinien der Geschäftspolitik gemeinsam mit dem Vorstand zu, er begleitet also die Unternehmensleitung des Vorstands im Sinne einer präventiven Kontrolle.¹³⁷ Wie weit die Zusammenarbeit und Teilhabe des Aufsichtsrates reicht, kann, wie gesehen, die Satzung oder der Aufsichtsrat selbst nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG durch einen entsprechenden Zustimmungsvorbehalt festlegen. Dieser wirkt damit als Instrument präventiver Kontrolle, um irreversible Maßnahmen des Vorstandes von vornherein zu unterbinden.¹³⁸ Welche konkreten Entscheidungen dabei unter den vorgenannten Bedingungen von einem solchen Zustimmungserfordernis erfasst sein sollen, entscheidet der Satzungsgeber bzw. der Aufsichtsrat nach seinem pflichtgemäßem Ermessen.¹³⁹ Die Pflicht zur Festlegung der zustimmungspflichtigen Geschäfte trifft nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG konkurrierend sowohl die Hauptversammlung als auch den Aufsichtsrat.¹⁴⁰ Ein Verstoß gegen das Zustimmungserfordernis tangiert grundsätzlich nur das Innenverhältnis, Rechtsgeschäfte mit Dritten bleiben folglich wirksam.¹⁴¹

Nach § 111 Abs. 3 S. 1 ist der Aufsichtsrat schließlich dazu verpflichtet, die Hauptversammlung einzuberufen, wenn dies zum Wohl der Gesellschaft geboten ist. Es ist zu beachten ist, dass in diesen Fällen nach §§ 121 Abs. 2 S. 1, 175 AktG bereits der Vorstand dazu verpflichtet ist, die Hauptversammlung einzuberufen. Hier wird es also zumeist um Konstellationen gehen, in denen der Vorstand seine Pflicht zur Einberufung der Hauptversammlung (und eventuell wie-

135 Grootenhuis, NZG 201, 921.

136 Vgl. BGH NJW 1997, 1926; Roth, ZGR 2012, 343.

137 Grundlegend BGH v. 21.04.1997 – II ZR 175/95, DStR 1997, 880 mit Anm. Goette.

138 BGH v. 11.12.2006 - II ZR 243/05, NZG 2007, 187, 188.

139 Henssler/Strohn/Henssler, § 111 AktG Rn 18; zu der ausnahmsweise möglichen Ermessensreduzierung auf Null vgl. BGH v. 15.11.1993 – II ZR 235/92, NJW 1994, 520 (gesetzeswidriges Verhalten kann anders nicht mehr verhindert werden).

140 Henssler/Strohn/Henssler, § 111 AktG Rn 19.

141 Zu den Ausnahmen vgl. Henssler/Strohn/Henssler, § 111 AktG Rn 23a.

tere Pflichten) verletzt hat (und ihm ggf. nach § 84 Abs. 3 AktG das Vertrauen entzogen werden soll). Da die Hauptversammlung nicht zu Fragen der Geschäftsführung entscheidet, kommt ihre Einberufung mit dem Ziel der (allgemeinen) Erörterung der Geschäftspolitik nach ganz h.M. nicht in Betracht.¹⁴²

d) Pflichten des Vorstands

Gemäß der zwingenden¹⁴³, jedoch nicht abschließenden¹⁴⁴ Vorschrift des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG haben die Vorstandsmitglieder bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden.¹⁴⁵ Sie sind damit zur Wahrung des Vorteils der Gesellschaft und zur Abwehr von Schäden verpflichtet.¹⁴⁶ Dies bedeutet zunächst im Sinne einer allgemeinen Legalitätspflicht, dass jedes Vorstandsmitglied die in den gesetzlichen Vorschriften, insbesondere im AktG und zusätzlich in der Satzung und der Geschäftsordnung niedergelegten Organpflichten zu erfüllen hat.¹⁴⁷ Insbesondere hat sich der Vorstand hierbei an die Satzungsbestimmungen über den Unternehmensgegenstand zu halten,¹⁴⁸ diese stecken quasi den Bereich des „rechtlichen Dürfens“ im Innenverhältnis verbindlich ab.

Aufgrund der Sorgfaltspflicht im engeren Sinne muss das Vorstandsmitglied den ihm gegebenen Pflichtenrahmen umfänglich beachten und sein Amt mit der erforderlichen Sorgfalt wahrnehmen. Schließlich müssen nachgeordnete Unternehmensangehörige angemessen überwacht und betreut werden (Überwachungspflicht).

142 Hessler/Strohn/*Hessler*, § 111 AktG Rn 16 m.w.N.

143 Nach ganz hM kann von dem Pflichtenprogramm des § 93 AktG weder durch Satzung (vgl. § 23 Abs. 5 S. 1 AktG) noch durch Anstellungsvertrag abgewichen werden: Hölters/*Hölters*, § 93 AktG Rn 8; MünchKomm AktG/*Spindler*, § 93 Rn 11; *Hopt*, ZIP 2013, 1793, 1800 m.w.N.; a.A. zum Teil die neuere Literatur, vgl. Nachweise bei *Hoffmann*, NJW 2012, 1393, 1395.

144 Weitere Pflichten sind in einzelnen aktienrechtlichen Tatbeständen konkretisiert, so z.B. in §§ 80, 81, 83, 33, 90, 91, 15a AktG. Auch aus der Satzung und dem Anstellungsvertrag könne sich besondere Pflichten erheben, die sich jedoch im Rahmen der Vorschriften der AG halten müssen und nicht gegen zwingende Grundsätze verstößen dürfen (MünchKomm AktG/*Spindler*, § 93 Rn 21); im Übrigen ergeben sich die allgemeinen Pflichten aus § 93 Abs. 1 S. 1 AktG.

145 Vgl. allgemein *Klunzinger*, 175.

146 Spindler/Stilz/*Fleischer*, § 93 AktG, Rn 11.

147 BGH v. 3. 9. 2010 – 1 StR 220/09, NJW 2011, 88 (Siemens/AUB); BGH v. 10.7. 2012 – VI ZR 341/10, NJW 2012, 3439 (Keine Garantenpflicht von Vorstandsmitgliedern oder Geschäftsführern gegenüber Dritten zur Verhinderung von Vermögensschäden); OLG Karlsruhe v. 31.07.2013 – 7 U 184/12, ZIP 2013, 1768, 1769; OLG Köln v. 28.02.2013 – 18 U 298/11, AG 2013, 570, 571.

148 Hüffer/Koch, § 82 AktG Rn 9 m.w.N.

e) Ermessensspielraum des Vorstandes, insbesondere *Business Judgement Rule*

Bei der Wahrnehmung der Leitungsaufgaben steht dem Vorstand ein weiter unternehmerischer Ermessensspielraum zu, ohne den eine unternehmerische Tätigkeit schlechterdings nicht denkbar wäre.¹⁴⁹ Es soll damit ein Freiraum gelassen werden, in dem auch (wirtschaftliche) Wagnisse eingegangen werden können.¹⁵⁰ Dies soll einer übertriebenen Risikoscheu bzw. -aversität der Organmitglieder entgegenwirken, die den Interessen der Aktionäre zuwiderliefert und auch volkswirtschaftlich schädlich wäre.¹⁵¹ Überdies berücksichtigt die Anerkennung eines weiten Ermessensspielraumes die ökonomischen Faktizitäten – dass etwa unternehmerische Entscheidungen zumeist als Entscheidungen unter Unsicherheit anzusehen sind, prognostische Elemente enthalten und nicht selten unter großem Zeitdruck gefällt werden (müssen).¹⁵² Schließlich führt das Zugeständnis eines weiten Geschäftsleiterermessens auch zu einer Abwehr der sog. *Hindsight Bias*¹⁵³ dahingehend, dass die Gerichte sonst in (nachträglicher) Kenntnis der später eingetretenen Tatsachen überzogene Anforderungen an die organschaftliche Sorgfaltspflicht stellen (können).¹⁵⁴ Spätere Rückschaufehler sind schließlich oftmals nur vor dem Hintergrund der komplexen Entscheidungssituation in dem betreffenden Zeitpunkt nachvollziehbar.¹⁵⁵ Es geht darum, bloße Misserfolge und diejenigen Fälle, in denen positive Prognosen nicht Wirklichkeit geworden sind, weil sich das typische unternehmerische Risiko realisiert hat, ausdrücklich aus dem Bereich haftungsrelevanter Sorgfaltspflichtverletzungen auszuklammern; den Vorstand soll schließlich gerade keine Erfolgshaftung treffen.¹⁵⁶

149 Grundlegend BGH v. 21.04.1997 – II ZR 175/95 (ARAG/Garmenbeck), NJW 1997, 1926; weiterhin BGH v. 23.06.1997 – II ZR 132/93, BGHZ 136, 133, 139 (Siemens/Nold); OLG Koblenz v. 12. 5. 1999 – 1 U 1649/97, NJW-RR 2000, 483; OLG Jena v. 08.08.2000 – 8 U 1387/98, NZG 2001, 86, 87; LG Düsseldorf v. 27.05.2005 – 39 O 73/04, GmbHR 2005, 1298, 1299; vgl. auch *Müller-Michaels/Ringel*, AG 2011, 101, 109.

150 Goette, FS BGH, 123, 126; BGH v. 4.02.1997 – II ZB 11/96, BGHZ 134, 392, 398f.

151 Fleischer, ZIP 2004, 685.

152 Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 AktG Rn 60.

153 Ausdrücklich erwähnt in re: Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation 964 A. 2d 106, 124 (Del. Ch. 2009), hierzu Fleischer, RIW 2010, 137. Allgemein MünchKomm AktG/Spindler, § 93 Rn 41.

154 Schäfer, ZIP 2005, 1253.

155 Hüffer/Koch, § 93 AktG Rn 8.

156 Henssler/Strohn/Dauner-Lieb, § 93 AktG Rn 18; MünchKomm AktG/Spindler, § 93 Rn 2; kritisch zu dem „Trend zur persönlichen Haftung“ in Rn 4.

Dieser Grundsatz des Geschäftsleiterermessens wurde in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG in Anlehnung¹⁵⁷ an die *Business Judgement Rule*¹⁵⁸ festgeschrieben.¹⁵⁹ Hiernach verstößt ein Vorstandsmitglied nicht gegen seine Sorgfaltspflicht, wenn es bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Der Gesetzgeber schafft damit für den Vorstand einen „Safe Harbour“¹⁶⁰, dogmatisch ein Tatbestandsausschlussgrund¹⁶¹, und legt im Vorhinein verbindlich fest, unter welchen Voraussetzungen auch bei einer „falschen“ Entscheidung keine Pflichtverletzung vorliegt.¹⁶² Die *Business Judgement Rule* legt damit verbindlich den Handlungsrahmen fest, in dem sich jede unternehmerische Entscheidung des Vorstandes bewegen muss und ist somit auch maßgeblich für die Frage, ob bzw. unter welchen Bedingungen Unternehmensspenden zulässig sein können.¹⁶³

Dieser „Safe Harbour“ des Vorstands gilt indes nicht unbeschränkt; es sind vielmehr zahlreiche Grenzen der unternehmerischen Aktivität zu beachten:

So wird das Ermessen des Vorstandes durch die Pflicht, nur rechtmäßige Entscheidung zu treffen¹⁶⁴ und für den Bestand des Unternehmens und damit für die dauerhafte Rentabilität der Gesellschaft zu sorgen, beschnitten.¹⁶⁵ Dies verbietet etwa auch Maßnahmen, die in einem unangemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit des Unternehmens liegen („.... wenn der Bestand der Gesellschaft gefährdet wird oder sich die Leistungen als unangemessen darstellen“).¹⁶⁶ Weiterhin ist der Vorstand, wie gesehen, an den satzungsmäßigen Unterneh-

157 Es erfolgte hierbei jedoch keine Übernahme der *Business Judgement Rule*, worauf Koch (in Hüffer, § 93 AktG Rn 9) zu recht hinweist. Tatsächlich handelt es sich um eine „abwandelnde Einpassung in die Haftungskonzeption des § 93 AktG“ (Koch a.a.O.).

158 Wiersch, NZG 2013, 1206, 1207; BGH v. 21.04.1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135, 244, 253; vgl. hierzu eingehend 3, III.

159 Vgl. Roth/Kindler, 101.

160 Zustimmend hierzu auch DAV-Handelsrechtsausschuss, NZG 2005, 388.

161 hM: Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 AktG Rn. 64f.; vgl. auch Hüffer/Koch, § 93 AktG Rn 12 m.w.N.; a.A.: gesetzliche Konkretisierung der dem Vorstand abverlangten objektiven Pflichten: MünchKomm AktG/Spindler, § 93 Rn 39 m.w.N.

162 Schäfer, ZIP 20065, 1253, 1255.

163 Vgl. MünchKomm AktG/Spindler § 93 Rn 43.

164 „Für illegales Verhalten (gibt es...) keinen sicheren Hafen“: Begr. RegE BT-Drucks 15/5092, 11.

165 OLG Hamm v. 10.5.1995 – 8 U 59/94 AG 1995, 512, 514; Müller-Michaels/Ringel, AG 2011, 101, 110. Bedeutsam ist hier, dass auf den jeweiligen Zustand der Gesellschaft abzustellen ist. Ein Unternehmen in angespannter Finanzlage ist hier anders zu beurteilen als ein solches mit einer ausreichend ausgestatteten Finanzdecke.

166 MünchKomm AktG/Spindler, § 76 Rn 77.

mensgegenstand¹⁶⁷ ebenso gebunden wie an rechtmäßige Entscheidungen der Hauptversammlung und des Aufsichtsrats.¹⁶⁸

Eine (ungeschriebene) Voraussetzung ist hierbei, dass das Vorstandsmitglied sich bei seiner Entscheidungsfindung nur von den Interessen der Gesellschaft leiten lassen soll¹⁶⁹, dementsprechend frei von Fremdeinflüssen und (auch mittelbaren)¹⁷⁰ Interessenkonflikten¹⁷¹ und ohne unmittelbaren Eigennutz handelt.¹⁷² Dieses Kriterium stellt eine Ausprägung der allgemeinen Treuepflicht dar.¹⁷³ Sie soll nach der Regierungsbegründung zumindest stillschweigend mitverklärt sein: Nur der dürfe annehmen, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln, der sich in seiner Entscheidung frei von solchen Einflüssen wisse.¹⁷⁴

Schließlich ist Grundvoraussetzung eines jeglichen Handelns des Vorstandes, dass dieses zum „Wohle der Gesellschaft“ vorgenommen wird. Dieses Kriterium konkretisiert im Ergebnis die allgemeine Sorgfaltspflicht des § 93 Abs. 1 AktG.¹⁷⁵ In concreto bedeutet dies: Nur wenn eine Maßnahme dem „Wohle der Gesellschaft“ dient, kann sich der Vorstand auf die *Business Judgement Rule* berufen.¹⁷⁶

¹⁶⁷ Baums, ZGR 2011, 218, 231f.; Schäfer, ZIP 2005, 1253, 1256; Henssler/Strohn/Dauner-Lieb, § 93 AktG Rn 20; vgl. Goette, FS BGH 123, 127.

¹⁶⁸ Spindler/Stilz/Fleischer § 76 Rn. 60.

¹⁶⁹ MünchKomm AktG/Spindler § 93 Rn 60.

¹⁷⁰ Vgl. die klarstellenden Ausführungen (für eine GmbH) aus der Praxis: „Eine Gewährung von Vorteilen an eine Person kann auch dann unzulässig sein, wenn sie nur indirekt dieser Person einen Vorteil gewährt; ein solcher indirekter Vorteil kann etwa bei einer Leistung an einen Angehörigen dieser Person vorliegen oder bei Leistungen (z.B. Spenden) an sonstige Dritte, durch die diese Person einen Vorteil etwa in Form einer Verbesserung ihrer sozialen oder politischen Stellung erhält.“ (Voith GmbH, Verhaltenskodex, 6).

¹⁷¹ Vgl. aus der Praxis etwa die Daimler AG: „Persönliche oder eigene finanzielle Interessen dürfen geschäftliche Entscheidungen nicht beeinflussen, denn sie können mit Geschäftsinteressen in Konflikt geraten.“ (Daimler AG, Richtlinie für integres Verhalten, 18) oder die Deutsche Bahn AG: „Wir vermeiden Situationen, in denen persönliche oder eigene finanzielle Interessen mit den Interessen des DB-Konzerns oder unserer Geschäftspartner kollidieren. In Konfliktsituationen dürfen die Interessen des DB-Konzerns nicht beeinträchtigt werden.“ (Deutsche Bahn, Konzerngrundsätze Ethik, 3).

¹⁷² Vgl. BGH v. 21.04.1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135, 244, 253; vgl. zu diesem Kriterium auch Goette, FS BGH, 123, 135.

¹⁷³ MünchKomm AktG/Spindler, § 93 Rn 108.

¹⁷⁴ BegrRegE, BR-Drucks 3/05, 20.

¹⁷⁵ Hölters/Hölters § 93 AktG Rn 23.

¹⁷⁶ Vgl. Kort, NJW 2005, 333, 334: „Bei dieser Erkenntnisgewinnung haben sie einen Ermessens- und Beurteilungsspielraum im Sinne der business judgment rule, dessen Grenze wiederum der seinerseits sehr unbestimmte Begriff des Unternehmensinteresses ist.“

2. Aktienrechtlicher Ausgangspunkt bei Unternehmensspenden: Handeln zum „Wohl der Gesellschaft“ (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG)

Damit stellt sich die Frage, ob ein Vorstand durch die Gewährung von Unternehmensspenden gegen ebendiese Pflicht, nur zum „Wohle der Gesellschaft“ zu handeln, verstößt.¹⁷⁷ Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass hierunter ein Handeln zur „langfristigen Ertragssteigerung und Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens“¹⁷⁸ verstehen ist. Die nähere Ausgestaltung dieses Begriffes überließ der Gesetzgeber dem Schrifttum und der Rechtsprechung.

Die Maßgeblichkeit des Handelns zum „Wohle der Gesellschaft“ wird z.T. auch unter dem Begriff des „Unternehmensinteresses“¹⁷⁹ und/oder des „Gesell-

177 Vgl. Hommelhoff, ZGR 2001, 238, 250f.; Schilling, BB 1997, 373, 377.

178 Begr. RegE UAG, BT-Drucks. 15/5092, 11.

179 So etwa Hessler/Strohn/Dauner-Lieb, § 93 AktG Rn 23: „Der Begriff des Gesellschaftswohls ist mit dem Begriff des Unternehmensinteresses gleichzusetzen“; vgl. kritisch Marsch-Barner/Schäfer/Marsch-Barner, § 2 Rn 7 zu dem „Unternehmensinteresse“: „Dieser Begriff ist so offen und unpräzise, dass er als Orientierungshilfe für Leitungssentscheidungen wenig hergibt.“ Vgl. zu diesem schillernden Begriff noch einmal eingehend Mülbert, ZGR 1997, 129, 142: „Vorstand und Eigentümer haben neben den im Geschäftsinteresse aggregierten Anteilseignerinteressen (zumindest) auch Arbeitnehmer- und Allgemeininteressen als gleichwertige Entscheidungsfaktoren zu berücksichtigen. Die im Einzelfall erforderliche Ausformung des Unternehmensinteresse im Wege des Abgleiches dieser gleichrangigen Belange bleibt in das weite Ermessen des Vorstandes bzw. Aufsichtsrats gestellt.“ m.w.N. Mülbert (a.a.O., 156) selbst spricht sich indes dafür aus, dass „Vorstand und Aufsichtsrat bei Ihrer Tätigkeit allein dem Verbundszweck und damit typischerweise dem Formalziel Gewinnmaximierung verpflichtet sind, nicht aber einem wie auch immer zu bestimmenden Unternehmensinteresse.“ Das LG Düsseldorf hat in der bekannten (strafrechtlichen) „Mannesmann/Vodafone-Entscheidung“ (v. 22.7.2004 – XIV 5/03, NJW 2004, 3275) unmittelbar Bezug auf das Unternehmensinteresse genommen: Eine Untreue liege dann nicht vor, „wenn nach umfassender Gesamtschau insbesondere der am Unternehmensinteresse orientierten Kriterien eine vermögensbezogene gravierende Pflichtverletzung zu verneinen ist.“ Bei der „Bei der Bestimmung der i.S. des § 87 Abs. 1 S. 1 AktG angemessenen (Gesamt-)Vergütung hat sich der Aufsichtsrat angesichts des ihm obliegenden Sorgfaltsmäßigstabs – wie bei jeder seiner Entscheidungen – ausschließlich am Unternehmenswohl zu orientieren und eine Entscheidung im Unternehmensinteresse zu treffen“ (a.a.O., 3277), wobei „bei der Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffs des Unternehmensinteresses (...) ihm (dem Aufsichtsrat bzw. Präsidium, der Verf.) ein Beurteilungsspielraum zur Seite, der je nach den tatsächlichen Voraussetzungen durchaus zu einer zeitweisen Bevorzugung einer der im Unternehmensinteresse unstreitig gebündelten Partikularinteressen führen kann“. Ähnlich auch anschließend der BGH v. 21.12.2005 – 3 StR 470/04, NStZ 2005, 214: „Nach den Vorgaben des Aktienrechts müssen sie (die Mitglieder des Präsidiums) bei allen Vergütungsentscheidungen im Unternehmensinteresse (...) handeln, insbesondere

schaftsinteresses“¹⁸⁰ diskutiert¹⁸¹ und als abbrevierter Funktionsbegriff verstanden (vgl. auch § 3 Abs. 3 WpÜG).¹⁸² Die Rechtsprechung verwendet den Begriff ebenfalls uneinheitlich: So wurde in einer Reihe von Entscheidungen auf das „Interesse“¹⁸³ bzw. das „Wohl“¹⁸⁴ des Unternehmens abgestellt. In Urteilen jüngeren Datums wird wiederum wahlweise auf das „Unternehmensinteresse“, das „Wohl der Gesellschaft“ und/oder das „Gesellschaftsinteresse“ abgestellt.¹⁸⁵ Die Begrifflichkeiten werden dabei weitgehend synonym verwendet.¹⁸⁶ Ihnen ist gemein¹⁸⁷, dass sie den „äußersten Rahmen“ des zulässigen Vorstandshandeln abstecken, indem aufgezeigt wird, welche Interessen bei unternehmerischen Entscheidungen maßgeblich sein dürfen.¹⁸⁸ Ebendies ist für die Frage der Zulässigkeit von Unternehmensspenden von größter Bedeutung, werden diese doch gerade (auch) in der Erwägung getätigt, hiermit einen Dienst an der Allgemeinheit zu tätigen.

a) Ansatz: *Shareholder- oder Stakeholder-Value?*

Fraglich ist, von welchen Maßstäben und „Richtwerten“ sich der Vorstand bei der Führung des Unternehmens leiten lässt. Hier stehen sich seit jeher zwei

den Vorteil der Gesellschaft wahren und Nachteile von ihr abwenden.“ Vgl. eingehend hierzu *Ransiek*, NJW 2006, 814 und *Götz*, NJW 2007, 419.

¹⁸⁰ Vgl. Hüffer/Koch, § 93 AktG Rn 4 m.w.N.

¹⁸¹ Henssler/Strohn/*Dauner-Lieb*, § 93 Rn 23 m.w.N. Zu dem ebenfalls schillernden, vorliegend indes nicht relevanten Begriff des „Unternehmens an sich“ vgl. etwa *Zöllner*, AG 2003, 1; *Hopt*, ZGR 1993, 534, 535ff.; *Kuhner*, ZGR 1994, 244, 248.

¹⁸² Vgl. nur *Goette*, FS BGH, 123, 127; eingehende Nachweise bei *Klöhn*, ZGR 2008, 110, 118 (Fn. 47).

¹⁸³ BGH v. 05.06.1975 – II ZR 156/73, BGHZ 64, 325, 331; BGH v. 28.11.1988 – II ZR 57/88, BGHZ 106, 54, 65; überdies im strafrechtlichen Kontext LG Düsseldorf v. 22.7.2004 – XIV 5/03, NJW 2004, 3275 und BGH v. 21.12.2005 – 3 StR 470/04, NStZ 2005, 214 (beide Mannesmann/Vodafone).

¹⁸⁴ BGH v. 13.10.1977 – II ZR 123/76, BGHZ 69, 334, 339; BGH v. 21.04.1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135, 253.

¹⁸⁵ Vgl. BGH v. 07.03.1994 – II ZR 52/93, BGHZ 125, 239, 241, 243f. m.w.N.

¹⁸⁶ Henssler/Strohn/*Dauner-Lieb*, § 93 AktG Rn 23; eingehend *Schäfer*, ZIP 2005, 1253 m.w.N.

¹⁸⁷ Aufschlussreich zu der Vernachlässigung der begrifflichen Unterscheidung durch den BGH die Ausführungen des Richters am Bundesgerichtshof *Henze*, BB 2000, 209, 212, wonach „sich der BGH in seiner Beurteilung nicht mit der Wertung abstrahierender Begriffe oder abstrakter Institutionen aufhält, sondern sofort die Interessen und Interessenten in den Blick nimmt, die von den jeweiligen Maßnahmen betroffen sind oder – entfernt – berührt werden.“

¹⁸⁸ Vgl. Hüffer/Koch § 93 AktG Rn 23.

Handlungsmaximen gegenüber: der *Shareholder*¹⁸⁹ und der *Stakeholder Value*.¹⁹⁰ Die h.M. geht von einem „bedeutungsoffenen“ Verständnis des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG aus, die gewählte Formulierung trifft mit anderen Worten gerade keine Vorentscheidung für einen der beiden Ansätze.¹⁹¹

aa) Shareholder-Value-Ansatz

Der sog. *Shareholder-Value*-Ansatz möchte – vereinfacht gesprochen – den Vorstand bei seinen Entscheidungen vorrangig auf das Ziel der Ertragssteigerung festlegen, um dadurch den Vermögenswert der AG und damit auch das Vermögen der Aktionäre zu mehren.¹⁹² Die Interessen der Aktionäre sollen also Vorrang vor denjenigen der anderen sog. *Stakeholder* (hierzu sogleich) eingeräumt werden (auch: *Shareholder Primacy*).¹⁹³ Es handelt sich damit um ein interessenmonistisches Konzept.¹⁹⁴ Die Schwierigkeiten bei der Aggregation der Gruppenpräferenzen wird dadurch, dass ein Interesse – dasjenige der Aktionäre – in den Vordergrund gerückt wird, umgangen. Oberstes Ziel der Unternehmensführung liegt darin, den Marktwert des Unternehmens zu stärken; für (börsen-

189 Auch „Value-Management, Wertmanagement oder Wertsteigerungsmanagement“: eingehend *Mülbert*, ZGR 1997, 129, 131 m.w.N. in Fn 11.

190 Vgl. etwa die Begriffsklärung bei *Ries*, Rpfleger-Studienhefte 2013, 143; *Groh*, DB 2000, 2153; grundlegend *Rappaport*, Creating Shareholder Value (1986). Zum Teil auch als „Anspruchsgruppenmanagement“ (*Oehlrich*, 478) und „Harmoniemodell“ (Wöhe/Döring, 51) bezeichnet.

191 Vgl. explizit etwa *Ulmer*, AcP 202 (2002), 143, 159: „Die Offenheit der maßgebenden aktienrechtlichen Vorschriften für unterschiedliche, vom Vorstand mit Rückendeckung des Aufsichtsrates verfolgte Zielsetzungen im breiten Spektrum zwischen Shareholder und Stakeholder Value (...).“

192 *Berle/Means*, 17ff.; vgl. auch *Friedman*, New York Times Magazine vom 13.09.1970, 33; *Mülbert*, ZGR 1997, 132; *von Werder*, ZGR 1998, 69, 71f. Anschaulich *Welge/Al-Laham*, 225: „Die Anweisung an die Unternehmensleitung lautet daher also: Handle so, dass der Kurswert des Aktienvermögens deiner Gesellschaft maximiert wird.“ In der Betriebswirtschaft besitzt der Begriff überdies eine „buchhalterische Dimension“ und wird verwendet zur Kennzeichnung einer neuen, auf die zukünftigen Zahlungsströme (Cash Flow) abstellenden Methode der Unternehmensbewertung bzw. um Verfahren der dynamischen Investitionsrechnung, deren Besonderheit in ihrer Verbindung mit der modernen Kapitalmarkttheorie liegt; vgl. *Busse von Colbe*, ZGR 1997, 272; *von Werder*, ZGR 1998, 69, 71; *Mülbert*, ZGR 1997, 129, 130; *Kuhner*, ZGR 1994, 244, 258.

193 *Adams*, AG 1990, 243, 246f.; *Wackerbarth*, WM 2001, 1741, 1744. Prägnante Zusammenfassung bei *Tricker/Tricker*, 54: „On one side, are those, who still argue (...) that a company has one and only objective: to make long-term sustainable profits for the benefit of its owners by satisfying customers, while staying within the law. This is the Shareholder model.“

194 *Kuhner*, ZGR 1994, 244, 258.

notierte) Aktiengesellschaften übersetzt sich dieses Ziel in die Forderung, einen möglichst hohen Aktienkurs zu erzielen.¹⁹⁵ Das Kernstück des *Shareholder-Value*-Konzepts bildet damit die Orientierung der unternehmerischen Entscheidungen am Ziel der Marktwertmaximierung der Anteilseigner. Dieses wiederum ergibt sich aus den parallelen individuellen Interessen der Aktionäre, die als Anleger die Ertrags-Risiko-Beziehung ihres individuellen risikooptimalen Portefeuilles zu maximieren suchen.¹⁹⁶

Unternehmensspenden stellen insoweit – insbesondere auf der Grundlage der neoklassischen Theorie – auf den ersten Blick eine Verschwendug von Gesellschaftsvermögen zu Lasten der Shareholder dar und sind grundsätzlich als unzulässig anzusehen.¹⁹⁷

„A rule allowing disbursement of corporate funds irrespective of corporate benefit can never truly be reconciled with profit maximization.“¹⁹⁸

Sehr anschaulich wird dies auch durch den amerikanischen Nobelpreisträger Milton Friedman ausgedrückt:

„The social responsibility of business is to increase its profits.“¹⁹⁹

Begründet wird die Priorität der Anteilseignerinteressen durch die Annahme, dass Anteilseigner am wirtschaftlichen Erfolg ohnehin nur als Restbetragsbeteiligte (Residualgläubiger) partizipieren.²⁰⁰ Ihnen komme der finanzielle Überschuss aus der Geschäftstätigkeit des Unternehmens zu, der erst nach Bedienung der vertraglichen Ansprüche aller anderen Gruppen verbleibe. Ihre materiellen Interessen seien daher mit dem finanziellen Schicksal des Unternehmens eng

195 Mülbert, ZGR 1997, 129, 132.

196 Mülbert, ZGR 1997, 129, 171. Vgl. zu dem Grundsatz der Shareholder primacy die zahlreichen Entscheidungen aus den USA *United States vs. AT & T*, 552 F. Supp. 131 (1982), 205; *aff'd mem. sub. nom. Maryland vs. United States*, 460 U. S. 1001 (1983); *Great W. Producers Co-op. vs. Great W. United Corp.*, 613 P.2d 873, 875 (Colo. 1980); *A. P. Smith Manufacturing Co. vs. Barlow*, 98 A. 2d 681 (N.J. 1953); auch die englische Rechtsprechung definiert als Bezugspunkt der Organpflichten eines director grundsätzlich die Interessen der Company und versteht hierunter das Gesellschaftsinteresse: *Winkeworth vs. Edward Baron Development Co. Ltd.* (1987) 1 All ER 114, 118; *Lonroh Ltd. vs. Shell Petroleum Co. Ltd.* (1980) 1 WLR 627, 634; *Greenhalgh vs. Arderne Cinemas Ltd.* (1951) Ch. 286, 291; *Parke vs. Daily News Ltd.* (1962) Ch. 927, 963.

197 Vgl. Fleischer, AG 2001, 171, 176; so auch Wackerbarth, WM 2001, 1741, 1744 („außer den Aktionärsinteressen keine anderen Interessen zu wahren“); ähnlich Groh, DB 2000, 2153, 2156ff.

198 Balotti/Hanks, 54 Bus. Law. 965 (1999).

199 Friedman, New York Times, 13.09.1970, 32.

200 Müller-Michaels/Ringel, AG 2011, 101, 107; Ruffner, 166; Spindler/Stilz/Fleischer, § 76 AktG Rn 33.

verbunden. Demgegenüber seien vor allem die internen Anspruchsgruppen als Festbetragsbeteiligte einzuordnen, weil sie ihre Ansprüche gegen das Unternehmen bereits im Voraus und in spezifischer Form vertraglich absichern könnten bzw. eine solche Absicherung von flankierenden Rechtsregeln (etwa im Deliktsrecht, Arbeitsrecht und Gläubigerschutzrecht) gewährleistet werde.²⁰¹

Das *Shareholder-Value*-Konzept macht sich zudem auch die vorgenannten Gesichtspunkte des Prinzipal-Agenten-Phänomens zu Nutze.²⁰² Gäbe es viele unterschiedliche Auftraggeber mit unterschiedlichen Zielfunktionen (wie bei dem nacherläuterten *Stakeholder-Value*-Ansatz), ist also der Agent verschiedenen Personengruppen mit hinreichend heterogenen Interessen²⁰³ gleichermaßen verpflichtet, so erweise sich die Maximierung der Zielfunktion schon aus logischen Erwägungen als ein „Ding der Unmöglichkeit“.²⁰⁴ Es sei bereits faktisch undenkbar, gleichzeitig zwei unterschiedliche Zielgrößen zu maximieren, die sich in ihrem Erfüllungsgrad negativ beeinflussen (etwa: Unternehmensspende ohne Gegenleistung und maximaler Jahresüberschuss).²⁰⁵ Die effiziente Unternehmensleitung im Sinne des *Shareholder Value* setze aus Sicht der Prinzipal-Agenten-Theorie gerade die Vorgabe eindeutiger und verlässlicher quantifizierbarer Ziele voraus.²⁰⁶ Dies sei durch die Interessenmonopolisierung erfolgt. Insbesondere die – für die Zulässigkeit von Unternehmenspenden denknotwendig erforderliche – Befugnis (bzw. Verpflichtung) zur Wahrung von Allgemeininteressen erweiterte den Kreis grundsätzlich zulässiger Erwägungen dramatisch, da es eine fast unbegrenzte Anzahl öffentlicher Belange gebe,²⁰⁷ denn:

„Legt man die Elle der Gewinn- und Verlustrechnung zur Seite, so wird sich für fast jedes Verhalten eine plausible Begründung finden lassen.“²⁰⁸

Mit anderen Worten: Mangels einer klaren Zielfunktion eröffneten sich dem Vorstand kaum kontrollierbare Handlungsspielräume.²⁰⁹ Als Diener vieler Herren

201 Ballwieser, FS Moxter, 1377, 1390; Kuhner, ZGR 1994, 244, 259..

202 Vgl. Ausführungen in Kapitel 2, I., 1.

203 Vgl. anschaulich Tricker/Tricker, 54f.: „A company cannot optimize the benefits for each of its Stakeholders: customers would want lower prices, better service, higher quality; employees would welcome higher wages, better pensions, improved conditions; suppliers would like higher prices, more orders, less exacting standards; communities would appreciate corporate spending on their needs.“

204 Kuhner, ZGR 1994, 244, 253f.

205 Easterbrook/Fischel, 38.

206 Kuhner, ZGR 1994, 244, 259.

207 Ruder, 114 U. Pa. L. Rev. 209, 226 (1965).

208 Wiedemann, ZGR 1980, 147, 163.

209 Müller-Michaels/Ringel, AG 2011, 101, 108.

(„*too many masters*“) sei er am Ende aller ledig und keinem mehr verantwortlich.²¹⁰

„A manager told to serve two masters (a little for the equity holder, a little for the community) has been freed of both and is answerable to neither. Faced with a demand from either group, the manager can appeal to the interest of the other. Agency costs rise and social wealth falls.“²¹¹

Es bestehet die Möglichkeit (und Gefahr), *Stakeholder* gegen *Shareholder* auszuspielen (und ggf. eigene Interessen zu schützen), ohne Ersatzansprüche wegen Pflichtverletzungen befürchten zu müssen.²¹² Die Wahrnehmung sozialer Belange diene dem Vorstand dabei in concreto als „*carte blanche*“²¹³, als „Trumfkarte“²¹⁴ zur Legitimation beliebigen Vorstandshandeln.²¹⁵

Aus juristischer Perspektive lässt sich der Ansatz des *Shareholder-Value* schließlich durch den typisierten Gewinnerzielungszweck der Aktiengesellschaft begründen, den der Vorstand (nach h.M.) bei Fehlen abweichender Satzungsgestaltung zu verfolgen habe.²¹⁶ Die Aktiengesellschaft sei, so die Argumentation, als Publikumsgesellschaft als Kapitalsammelbecken konzipiert.²¹⁷ Ziel einer *Shareholder-Value*-orientierten Unternehmenspolitik ist – wie gesehen – in Übereinstimmung hiermit die Maximierung des Unternehmenswertes/Marktwertes des Unternehmens (verstanden als Wert des Eigenkapitals). Das Kernstück des *Shareholder-Value*-Konzepts bildet damit die Orientierung der unternehmerischen Investitions- und Desinvestitionsentscheidungen am Ziel der Marktwertmaximierung im Interesse der Anteilseigner.²¹⁸

Der Begriff des *Shareholder Value* hat als Schlagwort für vermeintliche wie tatsächliche Exzesse und Skandale mittlerweile einen Bedeutungswandel vom Mode- zum Reizwort erfahren.²¹⁹ Kritisiert wird etwa, dass sich dieser vor allem

210 Fleischer, AG 2001, 171 177; Ruffner, 166; Zöllner, AG 2003, 2, 8.

211 Easterbrook/Fischel, structure, 138.

212 Bainbridge, 50 Wash. & Lee. L. Rev. 1423, 1438 (1993).

213 Mülbert, AG 2009, 766, 771.

214 Empt, 171.

215 Spindler/Stilz/Fleischer § 76 AktG Rn 34.

216 So etwa Groh, DB 2000, 2156; Mülbert, ZGR 1997, 140, 155, 171f.; Busse von Colbe, ZGR 1997, 289f.; Zöllner, AG 2000, 145, 146f.; Wymeersch, ZGR 2001, 303, jeweils m.w.N.

217 Hölters/Weber § 76 AktG Rn 22; Saenger, 269.

218 Mülbert, ZGR 1997, 129, 170.

219 Vgl. zugespitzt Dunsch, FAZ v. 1.04.2004, S. 11: „Der Shareholder Value ist zu Recht auf dem Müll gelandet – aber nicht deswegen, weil das Konzept falsch war. Nicht das Prinzip war fehlerhaft, sondern die Verbiegung zur Ideologie und zur engstirnigen Ausrichtung am Börsenerfolg. (...) Alle hatten von der Steigerung des Unternehmenserfolges gesprochen, fälschlicherweise die Börsenkurse gemeint und die Nachhaltigkeit vergessen.“

in kurzfristigen Aktienausschlägen manifestiere und unter Inkaufnahme langfristiger Risiken oder nicht vorhersehbarer Entwicklungen auf kurzfristige Gewinne bzw. Aktienkurssteigerungen ausgerichtet sei; das *Shareholder-Value*-Konzept begünstige also ein Wirtschaften in kurzen Zeithorizonten.²²⁰ Bei den gängigen Investitionskalkülen würden damit langfristig wirksame bzw. wirkende und nicht in *Cash-Flow*-Größen quantifizierbare Faktoren regelmäßig vernachlässigt. Auch reagiere die Börse immer wieder „kurzsichtig“, indem kurzfristige (vermeintliche) Erfolgsfaktoren wie Quartalsergebnisse und die Entscheidung von Massenentlassungen gegenüber langfristig wirkenden Effekten systematisch übergewichtet würden.²²¹ Andere führen an, etwa bei dem Verhältnis zwischen Aktiengesellschaft und der Gesellschaft an sich besteh eine Austauschbeziehung zwischen Marktakteuren, welche gerade nicht auf einer einklagbaren Vertragsgrundlage beruhten (auch: Prinzip der impliziten Verträge).²²² Diese Anspruchsgruppen seien daher mindestens ebenso schutzwürdig wie die Aktionäre.

bb) Stakeholder-Value-Ansatz

Nach dem von *Richard Freeman* entwickelten *Stakeholder-Value*-Ansatz müssen Manager nicht nur die Interessen der Anteilseigner²²³, sondern einer Reihe weiterer Bezugsgruppen, sog. *Stakeholder*, mitberücksichtigen.²²⁴ Als *Stakeholder* werden vorliegend entsprechend der (klassische) Definition nach Freeman verstanden

„any group or individual that can affect or is affected by the achievement of a corporation’s purpose.“²²⁵

220 Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder/Ringleb, Rn 608.

221 Vgl. die Ausführungen bei Kuhner, ZGR 2004, 244, 261.

222 Kuhner, ZGR 2004, 240, 260.

223 Götz, NJW 2007, 419, 421: „(...) ist darauf hinzuweisen, dass der Vorstand ausschließlich den Interessen seines Unternehmens zu dienen hat und die der Aktionäre als einer von mehreren Trägern des Unternehmensinteresses – die übrigen sind die Arbeitnehmer und die Allgemeinheit – nur mittelbar insoweit Berücksichtigung finden, als sie sich mit jenen des Unternehmens decken.“

224 Freeman, 16ff. Vgl. auch Küpper, 126ff. m.w.N.

225 Freeman, ZfWU 2004, 228, 229. Andere definieren *stakeholder* als alle Individuen, die an ein Unternehmen einen materiellen oder immateriellen Anspruch haben (vgl. Schaltegger/Burritt/Petersen, S. 36f.; Thommen/Achleitner, S. 57; vgl. Chen/Roberts, JBEth 2010, S. 651.). Vgl. aus der Praxis etwa das Interview von Breuer (Deutsche Bank) in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung (Nr. 273 v. 23.11.2000), der von einem „Vierklang der Interessen von Aktionären, Mitarbeitern, Kunden und Öffentlichkeit“ spricht und solchermaßen etwa (die damalige) finanzielle Unterstützung für den Fußballverein Eintracht Frankfurt oder zur Sanierung des New Yorker Stadtteils Bronx rechtfertigt.

Es gibt interne (z.B. die Belegschaft) und externe *Stakeholder* (z.B. Investoren, Kunden, Zulieferer, die Nachbarschaft, Politik, Medien oder die Allgemeinheit bzw. Öffentlichkeit, aber auch die Anteilseigner, die insoweit sowohl einen *Shareholder-* wie *Stakeholder*-Status besitzen).²²⁶ Die Aktiengesellschaft wird hiernach als Träger eines Unternehmens verstanden, in dem „persönliche und sachliche Werte zu einer Sozial- und Wirtschaftseinheit integriert sind.“²²⁷ Dabei besteht die ökonomische Grundüberzeugung, dass ein Unternehmen erst durch die vorgenannten verschiedenen Anspruchsgruppen – sog. *Stakeholder* – konstituiert wird.²²⁸ Die Interessen der drei Gruppen „Kapital“ – insbesondere Aktionäre, Gläubiger (etwa Zulieferer, aber auch Kunden und finanzierende Banken) –, „Arbeit“ – Arbeitnehmer – und „Gemeinwohl“²²⁹ müssten damit zu einem sachgerechten Ausgleich geführt werden, wobei als Minimalziel (oder auch „Nebenbedingung“²³⁰) die Bestandserhaltung des Unternehmens und die dauerhafte Rentabilität zu verfolgen sei.²³¹

Begründet wird dies zunächst damit, dass die Unternehmen in der Realität durch ihr wirtschaftliches Tätigwerden bereits rein faktisch einen großen Einfluss auf das Leben zahlreicher Anspruchsgruppen, der genannten *Stakeholder*, nehmen.²³² Dies bedeute spiegelbildlich auch eine besondere Verantwortung der Unternehmen gegenüber diesen Gruppen.²³³ Ein sozial verantwortliches Handeln sei dabei letztlich die Voraussetzung für die legitime Ausübung von (wirtschaftlicher) Macht.²³⁴

226 Europäische Kommission KOM (2001) 366, 30; vgl. auch Verhaltenskodex E. Eingehend zu den verschiedenen *Stakeholder*-Modellen aus betriebswirtschaftlicher Sicht etwa *Buchholtz/Carroll*, 8ff. und *Hennigfeld/Pohl/Tolhurst/Matten*, 16. Vgl. auch Jahresbericht CSR-Preis der Bundesregierung 2014, 39: „Stakeholder sind Personen, Gruppen oder Organisationen, die mit dem Unternehmen in Verbindung stehen, mit dem Unternehmen kooperieren, Erwartungen an das Unternehmen haben oder von seinen Handlungen betroffen sind. Stakeholder können somit unterschiedlichste Akteure aus den Bereichen Politik, Gesellschaft und Wirtschaft sein. Auch die Mitarbeiter/innen des Unternehmens bzw. deren Vertreter/innen zählen zu den Stakeholdern eines Unternehmens.“

227 *Müller-Michaels/Ringel*, AG 2011, 101, 106.

228 Vgl. *Wöhe*, 76ff.

229 *Mülbert*, AG 2009, 766, 770.

230 *Mülbert*, AG 2009, 766, 771.

231 Hüffer/Koch, § 76 AktG Rn 12f. Vgl. aus der Praxis ThyssenKrupp AG, Geschäftsbericht 2013/2014, III: „Und deshalb werden wir auch jetzt in unserer Weiterentwicklung nicht nachlassen, ThyssenKrupp wieder zu einem profitabel wachsenden Unternehmen zu machen, das nachhaltig den Interessen aller Stakeholder gerecht wird.“

232 *Tricker/Tricker*, 55: „Companies affect the interests of others and should accept a responsibility towards them.“

233 *Dodd*, HarvLRev 45 (1932), 1145.

234 Vgl. *Parkinson*, 10.

Ein solches Handeln in Verantwortung für andere Interessengruppen sei überdies in der Lage, das Ansehen und die Akzeptanz²³⁵ des Unternehmers bei den relevanten *Stakeholdern* zu erhöhen.²³⁶ In einer Umfrage des *Economist* aus dem Jahr 2008 gaben denn auch deutlich über 50% der befragten Vorstände global wie national agierender Unternehmen an, der Hauptgrund für ihr CSR-Engagement liege darin, dass dies eine „*better brand reputation*“ zur Folge habe.²³⁷ Überdies führe gemeinwohlorientiertes Handeln u.a. dazu, dass sich neben den „üblichen Verdächtigen“ auch Investoren für das Unternehmen interessierten, die besondere soziale, ökologische o.ä. Ziele verfolgten.²³⁸ Einigkeit bestand (und besteht) jedoch dahingehend, dass die in Rede stehenden CSR-Maßnahmen die originäre Profitabilität des Unternehmens nicht gefährden dürfen.²³⁹

Dem Argument, die Aktionäre seien bloße Residualgläubiger, wird von den Vertretern dieser Ansicht wie folgt begegnet: Insbesondere in großen Publikumsgesellschaften könnten Aktionäre ihre Anlageinteressen durch Portfolio-Management diversifizieren. Andere Interessengruppen (wie die betroffenen Arbeitnehmer) erbrächten demgegenüber eine hohe unternehmensspezifische Investition.²⁴⁰ Unternehmerische Entscheidungen wirkten sich mithin deutlich stärker auf diese Personengruppen aus als auf die Aktionäre und Fremd- und Eigenkapitalgeber.²⁴¹ Durch hybride Finanzinstrumente glichen sich die Positionen der Fremd- und Eigenkapitalgeber schließlich ohnehin immer näher an.²⁴²

Auch dieser Ansatz hat jedoch mannigfaltige Kritik erfahren. So führen manche aus, eine Bindung an die unterschiedlichen Interessen verbiete sich schon deshalb, weil es nicht möglich sei, diese Interessen konsistent zu bestimmen.²⁴³ Des Weiteren wird argumentiert, die Unternehmensleitung sei überfordert, wenn sie mehreren Interessen dienen oder zwischen diesen den Ausgleich

235 Vgl. aus der Praxis expressis verbis die BASF SE, Nachhaltigkeitsbericht 2014, 31: „Durch den kontinuierlichen Austausch mit unseren Stakeholdern entlang der gesamten Wertschöpfungskette wollen wir die gesellschaftliche Akzeptanz unseres Handelns sicherstellen.“ und die E.ON SE, <http://www.eon.com/de/nachhaltigkeit/soziales/gesellschaftliches-wirken.html>: „Dieser wichtigen Rolle wollen wir auch unter den veränderten Rahmenbedingungen der heutigen Energiewelten gerecht werden und uns dafür langfristig die Akzeptanz unserer Anspruchsgruppen (Stakeholder) sichern.“

236 Dies wurde jüngst noch einmal bestätigt: *Schreyögg*, AG 2009, 765 m.w.N.; allgemein *Tully*, 21.

237 Aus: *Crane/Matten*, 51.

238 *Parkinson*, 261, 271; *Dignam*, 356.

239 Vgl. nur *Tully*, 122.

240 *Kübler*, FS Zöllner, 321, 325, 327; *Müller-Michaels/Ringel*, AG 2011, 101, 107.

241 *Kuhner*, ZGR 2004, 244, 260f.

242 *Müller-Michaels/Ringel*, AG 2011, 101, 107.

243 Vgl. *Zöllner*, AG 2003, 1, 7.

suchen solle.²⁴⁴ Schließlich wird kritisiert, der *Stakeholder-Value*-Ansatz ermögliche die Umverteilung von Gesellschaftsvermögen zu Lasten der Aktionäre, ohne dass eine wirksame Kontrolle möglich sei.²⁴⁵ Es seien indes gerade die Aktionäre, von deren Kontrollmacht die ökonomisch besten Reize ausgingen.²⁴⁶

Der erläuterte Streit wirkt sich unmittelbar auf die hier relevante Fragestellung aus: Unternehmensspenden können nur dann zum „Wohl der Gesellschaft“ im Sinne des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG erfolgen, wenn nicht nur die unmittelbaren monetären Interessen der *Shareholder*, sondern auch die Interessen weiterer *Stakeholder* – in concreto: der Allgemeinheit – berücksichtigt werden können.

In die Diskussion um die Zulässigkeit von Unternehmensspenden wirken dabei noch weitere Überlegungen hinein:

b) Historisches Argument: Gesetzgebungsgeschichte

Die Gesetzgebungsgeschichte der hier relevanten Normen könnte für die Maßgeblichkeit des *Stakeholder-Value*-Ansatzes sprechen²⁴⁷. So war in § 70 AktG (1937) ausdrücklich aufgenommen worden, dass der Vorstand

„zum Wohl der Gesellschaft und ihrer Arbeitnehmer und zum Wohl der Gemeinschaft und des Reiches“

agieren müsse.²⁴⁸ Diese Formulierung ist dann 1965 zwar nicht in das AktG aufgenommen worden, dies hatte nach h.M. allerdings nur terminologische, nicht inhaltliche Gründe.²⁴⁹ Die „immanente Geltung“ des § 70 AktG (1937) bedeute, dass auch heute noch weitere Anspruchsgruppen (insbesondere die Allgemeinheit) als die Aktionäre bei den Unternehmensentscheidungen zu berücksichtigen seien.

Andere vertreten die entgegengesetzte Meinung: Der Gesetzgeber habe sich durch die Weigerung der Aufnahme einer solchen Allgemeinklausel schließlich ganz bewusst gegen die Fortgeltung der Gemeinwohlbindung ausgesprochen,²⁵⁰

²⁴⁴ Vgl. *Ruffner*, 166.

²⁴⁵ *Zöllner*, AG 2003, 1, 8.

²⁴⁶ *Zöllner*, AG 2003, 1, 8.

²⁴⁷ Kritisch demgegenüber *Zöllner*, AG 2003, 1, 7.

²⁴⁸ Vgl. hierzu eingehend *Schmidt-Leithoff*, 9ff.; zu der umfangreich im Schrifttum geführten Debatte um die (mittelbare) Weitergeltung der Norm vgl. *Mülbert*, ZGR 1997, 129, 147ff.

²⁴⁹ So die Vertreter der sog. Konkordanztheorie, etwa GroßkommAktG/*Hopt*, § 93 AktG Rn. 151; KölnKomm/*Mertens*, § 76 AktG Rn 19; *Hüffer/Koch*, § 76 AktG Rn 12; *Laske*, ZGR 1979, 173; *Rittner*, JZ 1980, 113; dazu *Hommelhoff*, ZGR 2001, 238, 250; von *Werder*, ZGR 1998, 74, 89; ähnlich *Kind*, NZG 2000, 567, 568; zweifelnd *Hopt*, ZGR 1993, 534, 536; a.A. etwa *Mülbert*, ZGR 1997, 147, 148.

²⁵⁰ *Rittner*, FS Geßler, 139, 142f.; ähnlich *Mülbert*, AG 2009, 766, 770.

die Gesetzgebungsgeschichte spreche dementsprechend nicht für, sondern gegen den *Stakeholder-Value-Ansatz*.

Eine dritte Meinung in der Literatur führt schließlich angesichts der Ungewissheiten konsterniert aus,

„auf derart unsicherem Grund (ließe) sich keine verbindliche Direktive oder wenigstens eine Kompetenz zur Ausreichung von Unternehmensspende abstützen.“²⁵¹

Tatsächlich sprechen die besseren Argumente für die erste Ansicht: So lässt sich in den Materialien des Regierungsentwurfes des § 76 AktG der aufschlussreiche Hinweis finden, dass es „selbstverständlich“ sei, dass der Vorstand Arbeitnehmerinteressen und „Interessen der Allgemeinheit“ mit zu berücksichtigen habe.²⁵² Tatsächlich stand bei den Beratungen im Rechts- und Wirtschaftsausschuss denn auch die Mehrheit auf dem Standpunkt, dass die Aufnahme einer Gemeinwohlklausel in das Gesetz überflüssig sei, weil in einem sozialen Rechtsstaat gem. Art. 20, 28 GG die Berücksichtigung der drei Faktoren Kapital, Arbeit und öffentliches Interesse eine selbstverständliche Pflicht sei.²⁵³ Die konkrete Streichung der (entnazifizierten) Fassung des § 70 AktG (1937) wurde schließlich von der Erwägung getragen, es bestehe sonst die Gefahr, dass aus der Reihenfolge der Aufzählung weitergehende Schlüsse auf eine Vorrangstellung bestimmter Interessen gezogen werden könne.²⁵⁴

Auch spätere Gesetzesänderungen, wie etwa das KonTraG 1998²⁵⁵ verdeutlichen, dass der Gesetzgeber zunehmend von der Fokussierung auf die Interessen der Aktionäre Abstand genommen hat und damit zunehmend Gedanken des *Stakeholder-Value-Ansatz* Einzug in das Aktienrecht genommen haben.²⁵⁶

Es bleibt jedoch festzuhalten: Diese – umstrittenen – historischen Argumente allein können das Fehlen einer ohne weiteres möglichen ausdrücklichen gesetzlichen Festlegung in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG nicht wettmachen.

251 Fleischer, AG 2001, 171, 175 m.w.N. kritisch auch Philipp, AG 2000, 62, 63.

252 Zitiert bei Kropff, AktG, Regierungsbegründung zu § 76; Korte, NZG 2012, 926; vgl. auch Empt, 119; Korte, FS Lutter, 1421, 1435; MünchKomm AktG/Spindler § 93 Rn 22; Kuhner, ZGR 1994, 244, 248.

253 Ausschussbericht bei Kropff, 97, 98.

254 Nachweise bei Müller-Michaels/Ringel, AG 2011, 101, 106.

255 Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) vom 27. April 1998 (BGBl. I S. 786).

256 Vgl. allgemein Goette, FS BGH, 123, 123ff. Deutlich wird dies etwa durch die erleichterte Gewährung von Aktienoptionen als Anreiz für Führungskräfte und die Zulassung des Rückwerbs eigener Aktien in § 71 AktG als (indirektes) Mittel zur Desinvestition von Eigenkapital und zur Börsenkurssteigerung, vgl. allgemein Ulmer, AcP 202 (2002), 143, 158f.

Die Gesetzgebungs geschichte spricht damit zwar für die (zunehmende) Maßgeblichkeit des *Stakeholder-Value*-Ansatzes, dies kann jedoch – bereits methodisch – angesichts der weiterhin bestehenden Unsicherheiten nicht allein ausschlaggebend für die Frage sein kann, von welchen Interessen sich der Vorstand bei seinen unternehmerischen Entscheidungen leiten lassen darf.

c) Systematisches Argument AktG: Mitbestimmungsrecht und § 396 AktG

Die Vertreter der beiden Theorien berufen sich auch auf systematische Erwägungen:

So argumentieren die Vertreter des *Shareholder-Value*-Ansatzes, dass der Gesetzgeber den Interessen der vorgenannten *Stakeholder* sachgerecht auf andere Weise, nämlich außerhalb des Aktienrechts, Rechnung trägt bzw. tragen kann. So würden die Belange der Arbeitnehmer etwa im Rahmen des kollektiven Arbeitsrechts verwirklicht. Dies verdeutlicht z.B. das MitbestG von 1976²⁵⁷, das als wesentliches Ziel auf indirektem Wege, also über die Beteiligung der Arbeitnehmer und die Einbringung ihrer Interessen in den Aufsichtsrat, dafür sorge, dass die Interessen der Arbeitnehmer bei Unternehmensentscheidungen berücksichtigt würden. Hierdurch werde vom Gesetzgeber ein Gegengewicht gegenüber der einseitigen Verfolgung von Anteilseignerinteressen durch den Vorstand geschaffen.²⁵⁸ Dies wäre nicht erforderlich gewesen, wären diese Interessen ohnehin als Bestandteil des *Stakeholder-Value*-Ansatzes vom Vorstand zu beachten gewesen.²⁵⁹ Es stellte sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob der *Stakeholder-Value*-Ansatz nicht die Interessen der Arbeitnehmer überspannt, die ohnehin durch das kollektive Arbeitsrecht geschützt werden.²⁶⁰ Der Vorstand sei ohnehin an die Belange externer *Stakeholder* gebunden – jedoch eben nur in dem Rahmen, den der Gesetzgeber selbst vorgegeben habe.²⁶¹

Hiergegen wird wiederum vorgebracht, dass umgekehrt die (reine) Lehre des *Shareholder-Value*-Ansatzes mit einer Unternehmensverfassung, die als Organ der Aktiengesellschaft einen quasiparitätisch mitbestimmten Aufsichtsrat

257 Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Mitbestimmungsgesetz – MitbestG) vom 4. Mai 1976 (BGBl. I S. 1153).

258 Begr. RegE MitBestG BT-Drucks. 7/2172, 17.

259 Vgl. KölnKom/Mertens/Cahn, § 76 AktG Rn 16.

260 Vgl. etwa Mülbert, ZGR 1997, 129, 150 Fn. 78, nach dessen Meinung der Vorstand sich auf den Standpunkt stellen muss, Arbeitnehmer- und Allgemeininteressen sei durch strikte Befolgung der Gesetze hinreichend Rechnung getragen, sofern weitergehende Leistungen der Gesellschaft nicht durch das langfristige Gewinnmaximierungsinteresse zu rechtfertigen seien.

261 Vgl. eingehend Empt, 131ff.

kennt²⁶², nicht vereinbar sei; der Gesetzgeber mache hiermit schließlich selbst deutlich, dass nicht nur die Interessen der Aktionäre maßgeblich seien, sondern auch weiterer Anspruchsgruppen.²⁶³ Dem wird entgegnet, dass die mitbestimmungsrechtliche Komponente nur einen der zahlreichen *Stakeholder*-Gruppen in die Entscheidungen der Aktiengesellschaft einbeziehe und daher gerade nicht verallgemeinerungsfähig sei.²⁶⁴ Zudem handele es sich hier nicht um die Besetzung des zur Entscheidung berufenen Vorstandes, sondern „nur“ des Aufsichtsrates als Kontrollorgan. Schließlich divergiere die Intensität der Mitbestimmung in Abhängigkeit von Beschäftigtenzahl und Branche der betroffenen Gesellschaft massiv (Drittel-/Quasi-/Vollparität).²⁶⁵ Das Mitbestimmungsgesetz enthalte schließlich keine Regelung hinsichtlich der hier relevanten materiellen Zielbestimmung des Vorstandshandelns, sondern beschränke sich auf die organisationsrechtliche Anordnung der Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat.²⁶⁶

Das zweite systematische Argument bezieht sich auf § 396 AktG. Nach dieser Bestimmung können Aktiengesellschaften aufgelöst werden, die das Gemeinwohl gefährden. Durch diese Bezugnahme auf das Allgemeinwohl, so eine denkbare Argumentation, mache der Gesetzgeber selbst deutlich, dass nicht nur auf die Interessen der Aktionäre abzustellen sei, sondern stets auch Allgemeinwohlaspekte zu berücksichtigen seien. Dieses Argument verfängt jedoch offensichtlich nicht.²⁶⁷ Der (Umkehr-) Schluss aus § 396 AktG scheitert bereits daran, dass die ebenda genannte Möglichkeit nur bei gesetzeswidrigen Verhalten greife und dem Vorstand gerade keine Kompetenz zu einer bestimmten Verhalten vermittelt.²⁶⁸ Zuletzt ist auch zu berücksichtigen, dass die gerichtliche Auflösung nach § 396 AktG – ebenso wie diejenige nach den Parallelvorschriften der §§ 81 GmbHG, 81 GenG und 43f. BGB – keine praktische Bedeutung erlangt haben; seit 1945 ist kein derartiges Verfahren bekannt geworden.²⁶⁹

(Auch) Dieser systematische Gesichtspunkt bietet damit keine schlüssige Begründung für den *Stakeholder*- bzw. *Shareholder-Value*-Ansatz.

d) Systematisches Argument: Art. 14 Abs. 2 S. 2 GG

Vertreter des *Stakeholder-Value*-Ansatzes (und damit der Zulässigkeit von Unternehmenspenden) stellen auch auf das Verfassungsrecht ab. Da die Aktiengesellschaften

262 Vgl. auch die Erwägungen zu Kapitel 2, I., 1., b).

263 Hopt, ZGR 1993, 534, 536.

264 Empt, 132.

265 Zum Ganzen eingehend Mülbert, AG 2009, 766, 771.

266 Empt, 132.

267 Schmidt-Leithoff, 34.

268 Vgl. Empt, 128.

269 So MünchKomm AktG/Schürnbrand § 396 Rn 2 m.w.N. in Fn. 3.

sellschaft als juristische Person nicht nur als Wirtschafts-, sondern auch als „Sozialgesellschaft“ am täglichen Leben teilnehme, unterliege sie auch der Sozialpflichtigkeit des Eigentums nach Art. 14 Abs. 2 S. 2 GG.²⁷⁰ Hieraus erwachse die Erwartung an die AG, sich nach Möglichkeit (auch) um das gesellschaftliche Gemeinwohl²⁷¹ zu kümmern und sein Eigentum sozial orientiert zu gebrauchen.²⁷²

Dieser Ansatz kann bereits deshalb nicht überzeugen, weil etwaige, im Einzelfall aus der Sozialpflichtigkeit des Eigentums abgeleitete Schranken rechtsformunabhängig zu beachten sind.²⁷³ Aus der Sozialpflichtigkeit des Eigentums lassen sich zudem keine konkreten Pflichten zu aktivem Tun für die Aktiengesellschaft ableiten.²⁷⁴ Dies gilt umso mehr, als Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG primär einen Auftrag an den Gesetzgeber – und nicht an juristische Personen des Privatrechts – darstellt.²⁷⁵ Dies wird auch vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich betont:

„Die soziale Bindung des Eigentums i. S. d. Art. 14 Abs. 2 GG (...) bestimmt der Gesetzgeber im Rahmen des ihm nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG obliegenden Regierungsauftrag generell und abstrakt (...) Eine solche Befugnis steht weder der Gemeinde noch staatlichen Behörden zu.“²⁷⁶

Würde Art. 14 Abs. 2 GG stattdessen als unmittelbarer Gestaltungsauftrag (auch) für die Gerichten und juristischen Personen der Privatrechts interpretiert, ebnete dies letztlich den Weg zu einer das Gesetzesrecht überlagernden und verdrängenden extralegalen Rechtsordnung.²⁷⁷

270 Vgl. *Laub*, AG 2002, 308, 309; *Baas*, 81; *Rittner*, JZ 1980, 114; vgl. auch *Raiser/Veil*, § 14 Rn 72: „Sie (die Spenden, der Verf.) können auch durch die verfassungsrechtliche Sozialbindung gedeckt sein.“.

271 Vgl. etwa Daimler AG: „Wir sind uns bewusst, dass wir als Unternehmen auch Verantwortung für das Gemeinwohl tragen. (...) Unsre Wirtschaften und unsere Produkte sollen dem Wohl der Menschen und ihren Bedürfnissen dienen.“ (Daimler AG, Richtlinie für integres Verhalten, 6).

272 Vgl. *Kind*, NZG 2000, 567, 568.

273 *Ulmer*, AcP 202 (2002), 143, 157f.; vgl. demgegenüber *Rittner*, FS Geßler, 139, 14; *Schmidt-Leithoff*, 157.

274 Vgl. *Westermann*, ZIP 1990, 771, 773; *Mülbert*, ZGR 1997, 129, 149f.; *Vorderwüllbecke*, BB 1989, 505, 507; prägnant *Fleischer*, AG 2001, 171, 175: „Die Münze des Verfassungsrechts wird ihren hohen Wert nur dann bewahren können, wenn man ihre Ausgabe- und Umlauffähigkeit knapp hält.“

275 *Müller-Michaels/Ringel*, AG 2011, 101, 106; *Jarass/Pieroth*, Art. 14 GG Rn 50.

276 BVerfG v. 10.03.1981 – 1 BvR 96/71, BVerfGE 56, 249, 260.

277 *Mülbert*, AG 2009, 766, 770.

Da der Vorstand schließlich auch das Eigentum der Aktionäre (und damit ebenfalls ein Grundrecht aus Art. 14 GG)²⁷⁸ verwaltet, kann der Rekurs auf die Sozialpflichtigkeit des Art. 14 Abs. 2 GG nicht überzeugen.²⁷⁹

e) Systematisches Argument: Soft Law

Immer wieder werden auch Regelungen außerhalb der formellen Gesetze für die Frage, welche Interessen bei unternehmerischen Entscheidungen berücksichtigt werden können, herangezogen.²⁸⁰ Gemeint sich Bestimmungen des sog. „soft law“²⁸¹ Diese können Anhaltspunkte zur Bestimmung der Zulässigkeit von Unternehmenspenden bieten.²⁸²

Soft law wird allgemein definiert als freiwillige bindende Regelungen.²⁸³ Die Bindung gilt jedoch nur, wenn und solange es generell respektiert wird.²⁸⁴ Freiwillige Selbstverpflichtungen können innerbetrieblich oder durch überbetriebliche Institutionen und Regelungswerke umgesetzt werden.²⁸⁵

Die Einhaltung freiwilliger Verhaltensregeln und Kodizes²⁸⁶ wird generell als Bestandteil des Bereiches *Compliance* eines Unternehmens angesehen.²⁸⁷

aa) Relevante Regelungswerke

In dem hier betroffenen Bereich sind insbesondere der Corporate Governance Kodex und der Nachhaltigkeitskodex zu beachten:

(1) *Corporate Governance Kodex*: Unter Corporate Governance versteht man allgemeine Grundsätze guter Unternehmensführung, genauer den Mechanismus der Führung und Überwachung der Aktiengesellschaft einschließlich der Beziehungen zwischen den Leitungsorganen, den Aktionären und weiteren Akteuren.²⁸⁸

278 Vgl. Pieroth/Schlink, 240.

279 So zu recht kritisch (in concreto zu Parteispenden) *Vorderwülbecke*, BB 1989, 505, 507 und Müller-Michaels/Ringel, AG 2011, 101, 106.

280 Vgl. nur Hölters/Hölters, § 93 AktG Rn 23; *Ulmer*, AcP 202 (2002) 143, 166ff., beide m.w.N.

281 Zu dem Begriff *Lutter*, ZGR 2000, 1, 18; *Hommelhoff*, ZGR 2001, 246.

282 Eingehend zu den (Ethik-)Kodizes als unternehmensexistisches Implementierungsinstrument *Talaulicar*, 115ff.

283 *Kocher*, GRUR 2005, 647, 648; allgemein *Ehricke*, NJW 1989, 1907.

284 Begriffsdefinition bei *Bergmann*, „Soft Law.“

285 *Birk*, GRUR 2011, 196.

286 Zu den Funktionen unternehmerischer Kodizes zur Etablierung einer Unternehmensethik vgl. *Talaulicar*, 121ff.

287 *Becker*, ZUM 2012, 1.

288 *Bayer*, NZG 2013, 1, 2.

In Ergänzung und Konkretisierung der aktienrechtlichen *Corporate Governance*-Regulierung erhielten im Herbst 2001 die Mitglieder einer Kommission (sog. Kodex-Kommission) den Auftrag, einen Deutschen *Corporate Governance* Kodex (DCGK) auszuarbeiten.²⁸⁹ Vorbild für diese Empfehlung war der englische „Combined Code“.²⁹⁰ Ziel war es, „die Qualität der Corporate Governance deutscher Unternehmen (weiter) zu verbessern“²⁹¹. Dies sollte im Wege der Selbstregulierung erfolgen, also ohne Bemühung des Gesetzgebers.²⁹² Der *Corporate Governance* Kodex sollte dafür eine breite Akzeptanz in der deutschen Wirtschaft finden²⁹³ und gleichzeitig der nationalen und internationalen *Business Community* zeigen, dass in Deutschland gute Unternehmensleitung und -überwachung gelebt wird, die den internationalen Vergleich nicht zu scheuen braucht.²⁹⁴

Der Kodex darf sich dabei nur im Rahmen des zwingenden Aktien- und Kapitalmarktrechts bewegen, kann somit (nur) die gesetzlichen Spielräume ausfüllen²⁹⁵ oder auch ergänzen.²⁹⁶ Auf diese Weise kann der Kodex vor allem die aktuelle *Best Practice* vermitteln.²⁹⁷ Aufgabe des Regelungswerkes sollte es indes nicht sein, unmittelbar geltendes Recht zu setzen oder geltendes Gesetzesrecht weiterzuentwickeln. Es sollte erreicht werden, die im Rahmen des gelgenden Rechts eröffneten Handlungsspielräume zu konkretisieren und Vorschläge zu ihrer Ausfüllung zu machen. Die Unternehmen könnten dann entscheiden, ob

289 Nähere Einzelheiten Wilsing/*von der Linden*, Präambel Rn. 7. Dieses Vorgehen wirft im Rahmen des Demokratiegebotes und der Legitimation staatlichen Handelns nicht unerhebliche (Zweifels-)Fragen auf: *Habersack*, E 54 und Empfehlung 5.

290 Davies, ZGR 2001, 270: Von der grundsätzlichen Anerkennung dieses Codes macht die Londoner Börse die Zulassung der betreffenden Gesellschaft – insoweit anders als bei dem (unverbindlichen Charakter des) DCGK – abhängig.

291 Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder/*v. Werder*, Vorbemerkung, Rn. 61.

292 Kölner Komm/Lutter, § 161 AktG Rn. 8.

293 Vgl. hierzu die empirischen Erhebungen der DAX 50, MDAX 50 und SDAX 50 in den einzelnen Kodex-Reports DB 2008, 825 (Kodex Report 2008), DB 2009, 689 (Kodex Report 2009), DB 2010, 953 (Kodex Report 2010), DB 2011, 1285 (Kodex Report 2011), DB 2012, 869 (Kodex Report 2012) und DB 2013, 885 (Kodex Report 2013). Die Berechtigung des Kodex wird hiernach von der Mehrheit der betroffenen Unternehmen nicht grundsätzlich in Frage gestellt (vgl. im Einzelnen Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder/Ringleb, Vorbemerkung, Rn 25).

294 Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder/*Ringleb*, Vorbemerkung, Rn. 25; Peltzer, NZG 2011, 281.

295 Beispiel: Nr. 4.2.1. S. 1 DCGK empfiehlt einen Mehrpersonen-Vorstand mit einem Vorsitzenden oder Sprecher und konkretisiert daher § 76 Abs. 2 S. 1 AktG.

296 Beispiel: Nr. 5.6. DCGK empfiehlt die – gesetzlich nicht geregelte – Selbstevaluation des Aufsichtsrats.

297 Bayer, NZG 2013, 1, 3.

diese Vorschläge angenommen werden und müssen diese Entscheidung offenlegen (hierzu sogleich). Der Kodex verbindet damit die Prinzipien der Flexibilität und Freiwilligkeit einerseits mit dem Grundsatz der Transparenz und des „mittelbaren Erörterungs- und Befolgungsdrucks“ andererseits.²⁹⁸

Inhaltlich-methodisch werden im Rahmen des Kodex – der kontinental-europäischen Rechtstradition folgend – allgemeine Grundsätze guter Unternehmensführung aufgeführt. In Ziff. 3.8 findet sich etwa eine den Kerngedanken des § 93 AktG widerspiegelnde Regelung.²⁹⁹ Auch die in § 111 AktG normierten Aufsichtsratspflichten werden in verschiedenen Bestimmungen des Kodex angesprochen, wobei es sich größtenteils um bloße Wiederholungen des Gesetzes ohne Konkretisierungseffekt handelt (Ziff. 3.1-3.5, 5.1.1, 5.1.2 und Ziff 7.2.2).³⁰⁰ Das Regelungswerk nimmt dabei in mehreren Bestimmungen auf den Begriff der „Nachhaltigkeit“ und das „Unternehmensinteresse“ Bezug. So findet sich in der Präambel und in den Regelungen 4.1.1 und 4.2.3 der Hinweis auf

„eine nachhaltige Wertschöpfung in eigener Verantwortung und im Unternehmensinteresse, also *unter Berücksichtigung der Belange der Aktionäre, seiner Arbeitnehmer und der sonstigen dem Unternehmen verbundenen Gruppen.*“ (Hervorhebung durch den Verf.)

In der Präambel ist zudem eine Legaldefinition aufgenommen worden, wonach Vorstand und Aufsichtsrat

„im Einklang mit den Prinzipien der sozialen Marktwirtschaft für den Bestand des Unternehmens uns seine nachhaltige Wertschöpfung zu sorgen haben (Unternehmensinteresse)“.³⁰¹

Diese beiden Regelungen zeigen, dass sich die Verfasser des Kodex eindeutig zu einem *Stakeholder-Value-Ansatz* bekennen.³⁰²

(2) *Nachhaltigkeitskodex*: Im Februar 2001 benannte Bundeskanzler Gerhard Schröder 15 Mitglieder des „nationalen Rates für nachhaltige Entwicklung“ (RNE).³⁰³ Am 13.10.2011 beschloss der RNE einstimmig den Deutschen Nachhaltigkeitskodex³⁰⁴ (DNK), nachdem der erste Entwurf vom November 2010 zu zahlreiche Stellungnahmen in der Dialogphase, einer Praxisphase und einem

298 Vgl. auch Gehling, ZIP 2011, 1181, 1182.

299 Hölters/Hölters, § 93 AktG Rn 15; MünchKomm AktG/Spindler, § 93 Rn 1.

300 Henssler/Strohn/Henssler, § 111 AktG Rn 6.

301 Zu der historischen Herleitung des Begriffes vgl. nur Zöllner, AG 2003, 1, 4ff.

302 Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder/Ringleb Rn. 608.

303 Leuering, NJW-Spezial 2011, 719.

304 abrufbar unter: http://www.nachhaltigkeitsrat.de/uploads/media/RNE_Der_Deutsche_Nachhaltigkeitskodex_DNK_texte_Nr_41_Januar_2012.pdf (abgerufen am 30.6.2015); hierzu etwa Hecker/Peters, NZG 2012, 55.

Multistakeholderforum geführt hatte.³⁰⁵ Der Entstehungsprozess geht dabei konkret auf die Finanz- und Wirtschaftskrise des Jahres 2008 zurück.³⁰⁶ Ziel dieses Kodex ist es, für die Investoren und Akteure am Kapitalmarkt die Unternehmensperformance im Hinblick auf nicht-finanzielle Indikatoren (wie Umwelt und gesellschaftliches Verhalten) messbar zu machen.³⁰⁷ Unter Nachhaltigkeit versteht der Kodex in Übereinstimmung mit der Brundtland-Kommission³⁰⁸ die gleichrangige Berücksichtigung von ökonomischen, ökologischen und sozialen Gesichtspunkten mit dem Ziel, die Umwelt und den gesellschaftlichen Zusammenhalt zu erhalten und so die wirtschaftliche Entwicklung in Deutschland zu fördern.³⁰⁹ Inhaltlich orientiert sich der Kodex an Prinzipien des UN Global Compact, den OECD-Guidelines für multinationale Unternehmen sowie dem Leitfaden ISO 26000.³¹⁰

In einer Entsprechenserklärung zum Deutschen Nachhaltigkeitskodex sollen die betroffenen Unternehmen berichten, ob bzw. wie sie den in dem Kodex festgelegten Kriterien entsprechen. Betrachtet wird der gesamte in den Konzernabschluss einzubeziehenden Konsolidierungskreis, ggf. sogar darüberhinausgehend der Liefer- oder Wertschöpfungskette.³¹¹ Zugrunde gelegt werden insgesamt 20 Nachhaltigkeitskriterien der Bereiche „Strategie“, „Prozessmanagement“, „Umwelt“ und „Gesellschaft“. Kriterium 18 („Gesellschaft“) bestimmt dazu:

„Das Unternehmen legt offen, wie es zum Gemeinwesen in den Regionen beiträgt, in denen es wesentliche Geschäftstätigkeiten ausübt.“

Der Begriff „Gemeinwesen“ wird im Glossar wie folgt definiert:

„Unter Gemeinwesen werden im Rahmen des Deutschen Nachhaltigkeitskodex Gruppen von Personen oder auch Gebietskörperschaften verstanden, die regional oder durch bestimmte Eigenschaften, insbesondere Verwandtschafts- oder Rechtsbeziehungen, miteinander verbunden sind.“³¹²

305 Eingehend zur Geschichte des DNK *Hecker/Peters*, NZG 2012, 55.

306 *Leuering*, NJW-Spezial 2011, 719.

307 Vgl. allgemein zu der Nachhaltigkeitsberichterstattung Dobersalske/Seeger/Willing/*Kirchhoff*, 327.

308 Vgl. auch die Ausführungen in Kapitel 1, II., 2.

309 Auf dem Weg zu einem deutschen Nachhaltigkeitskodex, September 2011, www.nachhaltigkeitsrat.de.

310 *Leuering*, NJW-Spezial 2011, 719.

311 DNK, 13.

312 Für eine vereinfachte Abgabe der DNK-Entsprechenserklärung stellt der RNE Templates zur Verfügung. Neben diesen 20 originären Nachhaltigkeitsindikatoren werden im DNK auch Leistungsindikatoren (*Key Performance Indicators [KPI]*) aufgeführt. Diese haben zum Ziel, eine Vergleichbarkeit der Erfüllung der vom RNE festgelegten Kriterien sowie der Quantifizierbarkeit sicherzustellen. Als Leistungsindikator für das o.g. Kriterium

(Auch) Der Deutsche Nachhaltigkeitskodex geht damit (inzidenter) von der Möglichkeit einer Berücksichtigung der Interessen externer *Stakeholder* – wie der Allgemeinheit – aus.

bb) Bindungswirkung/Qualifikation

Beide vorgestellten *soft law* Instrumente sprechen sich damit für die Maßgeblichkeit des *Stakeholder-Value*-Ansatzes aus. Die Frage bleibt, welche Bedeutung diese Festlegung im hier relevanten aktienrechtlichen Kontext besitzt. Um dies zu beantworten, bedarf es zunächst einer Untersuchung der konkreten Rechtswirkungen der genannten beiden *Soft Law*-Instrumente.

(1) *Corporate Governance Kodex*: Ursprünglich folgte der Kodex dem sog. „*comply or disclosure*“ Prinzip. So war in § 161 AktG lediglich eine Erklärungspflicht statuiert, inwieweit den Empfehlungen des Kodex Folge geleistet wird oder nicht, hingegen keine Pflicht, die Befolgung oder Nichtbefolgung zu begründen.³¹³ Durch das BilMoG³¹⁴ wurden dann in § 161 AktG die Worte „und warum nicht“ eingefügt, so dass nun der Grundsatz des sog. „*comply or explain*“ gilt.³¹⁵ Hiernach sind Vorstand und Aufsichtsrat der börsennotierten Gesellschaft jährlich dazu verpflichtet, zu erklären, dass dem DCGK entsprochen wurde und wird oder welche Empfehlungen nicht angewendet wurden oder werden und warum nicht.³¹⁶ Gleiches gilt für Vorstand und Aufsichtsrat einer Gesellschaft, die ausschließlich andere Wertpapiere als Aktien zum Handel an einem organi-

wird dabei festgelegt: „G4-EC1: Direkt erwirtschafteter und verteilter wirtschaftlicher Wert.“.

313 *Bayer*, NZG 2013, 1.

314 Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz – BilMoG) v. 25. 5. 2009, BGBl I, 2009, 1102.

315 Als Normzweck von § 161 AktG wird die Information der Kapitalmarktteilnehmer darüber angesehen, ob sich das Unternehmen an die Verhaltensstandards des DCGK zu Unternehmensleitung und -kontrolle hält (Begr. RegE BT-Dr 14/8769, 21; hierzu Münch Komm-AktG/*Semmler*, § 161 Rn 5; Spindler/Stilz/Sester, § 161 Rn 8f.). Gleichzeitig sollen Effizienz, Transparenz und Glaubwürdigkeit der Unternehmensführung und -überwachung verbessert werden (MünchKomm-AktG/*Semmler*, § 161 Rn 4). Erhebungen legen indes nahe, dass die Unternehmen auch bereits vor Einführung des BilMoG Abweichungen von den Empfehlungen des Kodex in ihren Entsprechenserklärungen freiwillig kommentierten (v. *Werder/Talaulicar/Pissarczyk*, AG 2010, 62, 67). Die Begründungsqualität und -quantität unterscheidet sich zwischen den einzelnen Unternehmen zum Teil beträchtlich (v. *Werder/Talaulicar/Pissarczyk*, AG 2010, 62, 71f.).

316 Kritisch hierzu *Spindler*, NZG 2011, 1007: „Eines der Grundprobleme bleibt aber die alleinige Pflicht der Verwaltungsorgane, sich zur Corporate Governance der AG zu erklären – an Stelle der Aktionäre, die eigentlich im Sinne der Strukturangelegenheiten einer Gesellschaft hierfür zuständig sein sollten.“

sierten Markt im Sinn des § 2 Abs. 5 WpHG ausgegeben hat und deren ausgegebene Aktien auf eigene Veranlassung über ein multilaterales Handelssystem im Sinn des § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 WpHG gehandelt werden.³¹⁷ Die Erklärung ist auf der Internetseite der Gesellschaft dauerhaft öffentlich zugänglich zu machen.

Das Akzeptanzniveau des DCGK liegt seit Jahren konstant über 85% bei allen betroffenen Unternehmen und bei über 95% bei den Aktiengesellschaften im Dax.³¹⁸ Durchschnittlich werden pro Unternehmen (nur) 3,75 Soll-Bestimmungen nicht befolgt.³¹⁹ Die Praxis beklagt sogar zum Teil einen „faktischen Befolgungsdruck“, weil die Nichtbefolgung des Kodex regelmäßig negativ bewertet werde.³²⁰ Der aufgezeigte *comply or explain*-Mechanismus entfaltet seine „explosive“ Wirkung indes erst dann, wenn das betroffene Unternehmen seiner Pflicht nicht bzw. nicht ordnungsgemäß nachkommt.³²¹ Die ganz h.M. geht schließlich davon aus, dass die Abgabe fehlerhafter Entsprechenserklärungen zur Anfechtbarkeit wegen Verletzung der §§ 243, 161 AktG³²² führen kann.³²³

317 Vgl. OLG München v. 21. 5. 2008 – 31 Wx 62/07, NZG 2008, 755.

318 v. Werder/Böhme DB 2011, 1285, 1345ff.; v. Werder/Talaulicar, DB 2010, 853; dies., DB 2009, 689, 691; v. Werder/Talaulicar/Pissarcyk, AG 2010, 62, 63. So wurden etwa 2020 von den 82 Empfehlungen und den 16 Anregungen nur eine Soll- und zwei Soll-Regelungen mehrheitlich abgelehnt. Hierbei handelt es sich um den für den Aufsichtsrat empfohlenen Selbstbehalt in D & O Versicherungen (Akzeptanz 43,5%) und die Anregung, die Hauptversammlung über moderne Kommunikationsmittel zu übertragen (28,2%) und die erfolgsorientierte Aufsichtsrat-Vergütung auch auf den langfristigen Unternehmenserfolg zu beziehen (39,0%); Angaben aus v. Werder/Talaulicar, DB 2010, 853, 861.

319 v. Werder/Talaulicar, DB 2009, 689, 691.

320 Wernsmann/Gatzka, NZG 2011, 1001, 1006f.; vgl. auch Hoffmann-Becking, ZIP 2011, 1173; Sünder, AG 2012, 265; Ederle, NZG 2010, 655, 658; vgl. auch Goslar/von der Linden, NZG 2009, 1337: „Selbstbindung als reputationsbasierter Sanktionsmechanismus“; als insgesamt gelungen sieht diese Vorgehensweise indes Habersack, E 54f. m.w.N. und Empfehlung 5, an; dem Vorschlag folgend Beschluss Nr. 6a (73/0/6) des 69. DJT; Rechtsausschuss, BT-Drucks. 17/6506, 4; v. Werder/Bartz, DB 2012, 869. Zu der Transformation von „soft law“ in „hard law“ qua Wettbewerbsrecht Kocher, GRUR 2005, 647 und Birk, GRUR 2011, 196.

321 Timm ZIP 2010, 2125, 2129.

322 BGH v. 16. 2. 2009 – II ZR 185/07, NZG 2009, 324 (Rn. 19) – Kirch/Deutsche-Bank mit Anm. Kuthe CCZ 2009, 197; NZG 2009, 1270; BGH v. 21. 9. 2009 – II ZR 174/08, NZG 2009, 1270 (Rn. 16ff.); kritisch etwa Timm ZIP 2010, 2125, 2129; Goslar/von der Linden, NZG 2009, 1337.

323 Aus der Literatur Vetter, NZG 2009, 561; Bayer, NZG 2013, 1, 14; Kiefner, NZG 2011, 201; Kocher/Lönnér, CCZ 2010, 183; Goslar/von der Linden, NZG 2009, 1337, 1339 jeweils m.w.N. Allgemein zur Anfechtbarkeit von Entlastungsbeschlüssen Litzenberger, NZG 2010, 854.

Dies erscheint folgerichtig, schließlich kann eine fehlerhafte Entsprechenserklärung als pflichtwidrige Informationserteilung gegenüber der Hauptversammlung angesehen werden. Noch weitergehend möchte die instanzgerichtliche Rechtsprechung in einem solchen Fall zum Teil sogar die Wahlbeschlüsse der Hauptversammlung anfechtbar machen.³²⁴

Auch generell ist der Gedanke einer kontrollierten Selbstregulierung der Wirtschaft in Gestalt des *Corporate Governance* Kodex alles andere als unumstritten.³²⁵ Es finden sich zahlreiche Kritikpunkte, die von der „zunehmende Verkoppelung mit der Rechtspolitik“³²⁶ und die faktische Gesetzeswirkung³²⁷ über die zu weitreichende Verfestigung umstrittener Bereiche (wie etwa Diversität³²⁸ oder Frauenbeteiligung in den Organen³²⁹), die Vernachlässigung anderer wesentlicher Bereiche wie denjenigen der unternehmerischen Mitbestimmung³³⁰ bis zu den (verfassungs-) rechtlichen Grundlagen der Kommission selbst reicht.³³¹ Schließlich wird die Zentrierung der Aufmerksamkeit auf den Aufsichtsrat – statt auf den Vorstand – kritisiert.³³²

Umstritten ist überdies, ob die Bestimmungen des DCGK auch auf die Auslegung des § 93 Abs. 1 AktG einwirken. Die h.M. lehnt dies aufgrund des unver-

324 LG Hannover v. 17. 3. 2010 – 23 O 124/09, NZG 2010, 744; vgl. Kocher, GWR 2013, 509. Dies erscheint jedoch aus hiesiger Sicht nicht unproblematisch. Schließlich verwendet der Kodex an zahlreichen Stellen aufgrund der hiermit einhergehenden Flexibilität unbestimmte Rechtsbegriffe und Verfahrensempfehlungen, die von den Unternehmen entsprechend mit Leben gefüllt werden sollen (bzw. müssen). Wenn diese Begriffe nun retrospektiv von den Gerichten restriktiver ausgelegt werden, besteht die Gefahr, dass gerade die als Stärke des Kodex empfundene Flexibilität sich als Bumerang für die Unternehmen herausstellen könnte. Durch eine derartige Rechtsprechung gewinnt überdies die problematische fehlende unmittelbare demokratische Legitimation des Kodex weiter an Gewicht.

325 Unter anderem Jahn in: FAZ v. 24. 2. 2011: „Pause für den Kodex“; Jahn in: FAZ v. 23. 2. 2011: „Debatte um Auflösung der Kodexkommission“; Fockenbrock in: Handelsblatt v. 20.1.2011: „Keine weiteren Zumutungen für Manager“; Hoffmann-Becking, ZIP 2011, 1173; krit. etwa zu den Vergütungsempfehlungen des Kodex Timm, ZIP 2010, 2125 (2129ff.).

326 Ausdruck von Spindler, NZG 2011, 1007; vgl. zu der Frauenquote im Aufsichtsrat etwa Kocher/Lönnér, CCZ 2010, 183.

327 Vgl. Peltzer, NZG 2011, 281: „Der ‚Gesetzgeber‘ (...) blickt natürlich auf die Arbeit der Kommission und flugs werden einzelne Vorschläge in Gesetzesform gegossen.“

328 Vgl. hierzu eingehend Weber-Rey/Handt, NZG 2011, 1.

329 Vgl. Mülbert, AG 2009, 766; Möllers/Hailer, JZ 2012, 847.

330 Peltzer, NZG 2011, 281.

331 Hoffmann-Becking, ZIP 2011, 1173.

332 Peltzer, NZG 2011, 281; vgl. Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder/Ringleb, Rn. 900: „Im Zentrum des Kodex‘ steht der Aufsichtsrat.“

bindlichen Charakters des Kodex ab.³³³ Die Gegenansicht geht demgegenüber davon aus, dass die Verhaltensregeln nach dem Vorbild der DIN-Normen die organschaftlichen Sorgfaltsanforderungen konkretisieren (können).³³⁴ Richtigerweise sollte hier differenziert werden: Wie bereits oben geäußert, besitzt der DCGK aufgrund der gesetzlichen *Comply or explain*-Regelung in § 161 AktG – insbesondere unter Berücksichtigung der Rechtsprechung zur Anfechtbarkeit von unrichtigen Entsprechensklauseln – tatsächlich einen zumindest mittelbaren Einfluss auf die Sorgfaltspflichten des Vorstandes nach § 93 Abs. 1 AktG, da Vorstandsmitglieder, die entgegen § 161 AktG keine Entsprechenserklärung abgeben oder falsche Angaben machen, pflichtwidrig handeln und ihrer Gesellschaft nach Maßgabe des § 93 Abs. 2 AktG zum Schadensersatz verpflichtet sind. Weitergehende haftungsverschärfende Folgen können jedoch bereits aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken nicht zuerkannt werden.³³⁵

(2) *Nachhaltigkeitskodex*: Der deutsche Nachhaltigkeitskodex unterscheidet sich insoweit von dem *Corporate Governance* Kodex, als die dortigen Empfehlungen nicht – auch nicht mittelbar – bindend sind, wenn ein Unternehmen sich ihnen nicht freiwillig unterwirft. Es ist keine „*comply or explain*“-Regelung vorgesehen.³³⁶ Im Rahmen der Beratungen über den Kodex wurde innerhalb des RNE die allgemeine Befürchtung erkennbar, dass die Einbeziehung gesellschaftlicher und ökologischer Kriterien, deren Berücksichtigung in besonderem Maße einschätzungsgebunden ist, in die Entsprechendserklärung nach § 161 AktG ein neues, fruchtbare Betätigungsfeld für Anfechtungskläger eröffnen könnte.³³⁷ Außerdem wäre die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten auf börsennotierte Gesellschaften beschränkt worden. Da nachhaltiges Wirtschaften aber eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe darstelle, entschied die Kommission, an dieser – entscheidenden – Stelle von dem System des *Corporate Governance* Kodex abzuweichen.³³⁸ Die Einhaltung des Deutschen Nachhaltigkeitskodex

³³³ Vgl. Hüffer/Koch § 161 Rn 27; MünchKommAktG/Spindler Rn. 31, 32; MünchKomm AktG/Semler § 161 AktG Rn 193.

³³⁴ Vgl Buchta, DStR 2003, 694, 695; Schüppen ZIP 2002, 1269, 1271; Seidel ZIP 2004, 285, 290f.; sowie OLG Schleswig v. 19. 9. 2002 – 5 U 164/01, NZG 2003, 176, 179 (MobilCom), wonach der Kodex allgemein auf die Interpretation aktienrechtlicher Vorschriften zurückwirkt.

³³⁵ So zu Recht MünchKomm AktG/Spindler, § 93 Rn 32.

³³⁶ Die während des Multistakeholderforums im Rahmen der Diskussion rund um den DNK vorgestellten Implementierungsvarianten sind abrufbar unter: http://www.nachhaltigkeitsrat.de/fileadmin/user_upload/dokumente/termine/2011/26-09_multiStakeholderforum_dnk/RNE_DNK_Implmentierungsvarianten.pdf.

³³⁷ Vgl. eingehend Ulmer, AcP 202 (2002), 146, 171ff.; kritisch Gehling, ZIP 2011, 1181.

³³⁸ Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder/ v. Werder, Vorbemerkung, Rn. 34.

braucht daher – wie in den USA³³⁹ und anders als etwa in Frankreich³⁴⁰ – weder zum Thema des Lageberichts gemacht zu werden, noch sind im Hinblick auf den Deutschen Nachhaltigkeitskodex Pflichten in Anlehnung an § 312 AktG oder an § 161 AktG etabliert worden. Insgesamt handelt es sich damit um ein Regelungswerk, dem sich Unternehmen freiwillig unterwerfen können und das auf eine unmittelbare Anknüpfung an ein Gesetz verzichtet.

Die freiwillige Möglichkeit der Nachhaltigkeitsberichterstattung wird in der wirtschaftlichen Realität nur sehr zurückhaltend in Anspruch genommen. Von den insgesamt rund drei Millionen deutschen Unternehmen berichten nur 39 Unternehmen entsprechend dem Nachhaltigkeitskodex; häufiger werden nachhaltigkeitsbezogene Themen in anderen Berichten „mitbehandelt“.³⁴¹

cc) Ergebnis

Während der DCGK damit zumindest faktisch einen prägenden Einfluss auf das formelle Aktienrecht besitzt und als allgemein anerkannt angesehen werden kann, kann dies für den Nachhaltigkeitskodex derzeit (noch) nicht festgestellt werden. Die dortigen Festlegungen sollen u.a. dabei helfen, die gesetzlichen Spielräume – wie bei der Auslegung des Begriffes „Wohl der Gesellschaft“, auszufüllen. Zumindest die in dem DCGK normierten Feststellungen – auch und gerade zu der Maßgeblichkeit der *Stakeholder*-Interessen – können bei der hier zu untersuchenden Frage herangezogen werden.

339 Eingehend Keltsch, 53ff.

340 In Frankreich bestimmt der im Jahr 2001 eingeführte Art. L 225-102-1 des Code de Commerce für den Geschäftsbericht: „*Il comprend également des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité ainsi que sur ses engagements sociétaux en faveur du développement durable et en faveur de la lutte contre les discriminations et de la promotion des diversités. Un décret en Conseil d'Etat établit deux listes précisant les informations visées au présent alinéa ainsi que les modalités de leur présentation, de façon à permettre une comparaison des données, selon que la société est ou non admise aux négociations sur un marché réglementé.*“ Vgl. hierzu Dogge, 21 Ariz. J. Int'l & Comp. L. 441 (2004).

341 Rat für Nachhaltige Entwicklung, Deutscher Nachhaltigkeitskodex, www.nachhaltigkeitsrat.de/projekte/eigene-projekte/deutscher-nachhaltigkeitskodex/?blstr=0. Vgl. aus der Praxis die Angaben der ThyssenKrupp AG: „ThyssenKrupp berichtet über seine Nachhaltigkeitsperformance kontinuierlich und vollständig integriert in die Corporate-Website sowie in die jährliche Geschäftsberichterstattung. Dabei werden formatübergreifend und integriert die internationalen Standards der Global Reporting Initiative (GRI) und des Global Compacts angewendet. Auf einen gedruckten Nachhaltigkeitsbericht sowie einen eigenständigen Online-Bericht wird bewusst verzichtet.“ (<https://www.thyssenkrupp.com/de/nachhaltigkeit/>).

f) „Soziologisches“ Argument: „Good Corporate Citizen“

Ein weiteres Argument für die Anwendung des *Stakeholder-Value*-Ansatzes – und damit der Zulässigkeit gemeinwohlorientierter Zuwendungen – kommt in „soziologisch eingefärbtem Gewande“³⁴² daher. Die Aktiengesellschaft könne und dürfe demnach als „*Good Corporate Citizen*“³⁴³ ihre gesellschaftliche Akzeptanz³⁴⁴ durch mildtätige, politische und kulturelle Zuwendungen ebenso fördern, wie dies etwa bei (eingetragenen) Kaufleuten der Fall sei.³⁴⁵ Die Grundlage dieses Begriffes kann in Deutschland historisch zurückgeführt werden auf den Terminus des „ehrbaren Kaufmannes“.³⁴⁶ Dieser sah sich – wie etwa die Fugger in Augsburg – nicht nur dem Unternehmens-, sondern auch dem Ge-

342 Fleischer, AG 2001, 171, 175,

343 Kuhner, ZGR 1994, 244, 250; Fleischer, AG 2001, 171, 175; Müller-Michaels/Ringel, AG 2011, 101, 105; Ransiek, AG 2009, 782, 783; Säcker, BB 2009, 282, 285; aus der Praxis vgl. Hochtief AG: „Das Unternehmen versteht sich als Teil der Gesellschaft und übernimmt als Corporate Citizen dort, wo es tätig ist und Projekte realisiert, auch gesellschaftliche Verantwortung.“ (Konzernbericht 2014, 152); vgl. auch Siemens AG (Vision 2010, 23): „Im Berichtsjahr haben wir rund 27,4 Mio. € für Corporate-Citizenship-Aktivitäten gespendet, davon 15,6 Mio. € für Bildung und Wissenschaft sowie 0,2 Mio. € für Umweltaktivitäten.“ Sehr weitreichend Buchholtz/Carroll, 61: „*Corporate citizenship has been defined as serving a variety of Stakeholders well.*“ Für ein weiteres Verständnis sprechen sich auch Maak/Ulrich, 31, aus: „Corporate Citizenship steht für das Selbstverständnis eines Unternehmens, das dieses als Mitglied eines ‚bürgerlichen‘ Gemeinwesens hat, und die daraus abgeleitete Verantwortung im Hinblick auf das Wohlergehen dieser Gemeinschaft und ihrer Anspruchsgruppen sowie die Erwartung, die in diesem Zusammenhang an ein Unternehmen gerichtet werden“. Einen historischen Überblick über die Begriffsbildung bieten Jonker/Witte/Birch/Jonker, 16ff.

344 Vgl. aus der Praxis RWE AG, Nachhaltigkeitsbericht 2014, 50: „Dafür benötigen wir Vertrauen und Akzeptanz – auf internationaler, nationaler, regionaler und lokaler Ebene, insbesondere im Umfeld unserer Standorte.“

345 Mertens, FS Goerdeler (1987), 349, 353; Schmidt-Lehnhoff, 230; Hueck/Lutter Zoellner/Semler, Rn 56; Westermann, ZIP 1990, 771, 774; in der betriebswirtschaftlichen Literatur existiert hierfür auch der Begriff des „sozialen Unternehmers“, vgl. Robbins/Coulter/Fischer, 153 m.w.N. Aus der Praxis Lanxess AG, Nachhaltigkeitsbericht 2014, 41: „Als Unternehmen profitieren wir in vielfacher Hinsicht von der Gesellschaft – von gut ausgebildeten Mitarbeitern, zufriedenen Kunden, rechtlicher und politischer Stabilität oder einer hervorragenden Infrastruktur. Es ist für uns selbstverständlich, im Sinne von Corporate Citizenship Verantwortung zu übernehmen und auch auf diese Weise zur Entwicklung der Gesellschaft beizutragen.“

346 Vgl. Schneider/Schmidpeter/Schwalbach/Klink, 177: „Der ehrbare Kaufmann als individuelle Verantwortungskategorie der CSR-Forschung“ und Schneider/Schmidpeter/Beschorner/Hajduk, 269: „Der ehrbare Kaufmann und creating shared value.“

meinwohl verpflichtet.³⁴⁷ Nach dieser Ansicht ist die Aktiengesellschaft selbst als Bestandteil des Sozialgefüges anzusehen³⁴⁸, d.h. sie

„dankt und grüßt, sie feiert Jubiläen und gratuliert anderen, sie äußert sich zu Plänen der Stadtgemeinde und zu Vorhaben staatlicher Instanzen, sie beteiligt sich an öffentlichen Sammlungen, an gemeinschaftlichen Bildungsprojekten u.a.m. – im Großen und Ganzen nicht anders als etwa der Einzelunternehmer.“³⁴⁹

Als solcher Teilnehmer am Rechts- und Sozialleben sei die Aktiengesellschaft damit auch auf die Erhaltung ihres sozialen Ansehens angewiesen.³⁵⁰ Nur durch die Wahrung und Verbesserung dieser sozialen Akzeptanz³⁵¹ und Integration sei die wirtschaftlich erfolgreiche Verfolgung des Unternehmensgegenstandes auf Dauer gesichert.³⁵²

Auch wenn eine solche Argumentation im Ergebnis weitgehend mit der Realität übereinstimmen mag, ist ihr entgegenzuhalten, dass die Kapitalgesellschaften im Generellen und die Aktiengesellschaft im Speziellen per definitio-nem gerade keine menschliche Persönlichkeit³⁵³ und keine inhärente Moral³⁵⁴ bzw. ein originäres Gewissen³⁵⁵ besitzen. Es ist vielmehr (nur) der Verbandszweck, der das konstitutive Merkmal aller privaten Zweckverbände darstellt.³⁵⁶ Die Anerkennung einer Privatsphäre der Gesellschaft jenseits dieses Verbandszwecks ist mit dessen mitgliedschaftlicher Schutzfunktion nicht vereinbar. Eine eigene freie Entscheidung, ethisch und moralisch zu handeln, steht Kapitalgesellschaften damit grade nicht zu. Als juristische Person kann auch das Prinzip des „Good“ bzw. „Responsible Corporate Citizen“ nicht eins zu eins auf sie angewendet werden.³⁵⁷ Es handelt sich ohnehin nur um eine vorläufige, anthropomorphisierende Beschreibung der juristischen Person, die in aktienrechtliche Kategorien übersetzt und dogmatisch stabilisiert werden muss.³⁵⁸ Auch wenn diese Argumentation damit eine nachvollziehbare Parallele zwischen den verschiedenen Formen wirtschaftlicher Betätigung ermöglicht und die Lebensrealität der Aktiengesellschaften realistisch abbildet, kann sie aufgrund der obigen

347 Vgl. Korte, NZG 2012, 926, 928.

348 Kind, NZG 2000, 567, 568.

349 Rittner, FS Geßler (1970), 139, 152.

350 Kohlmann/Felix, DB 1983, 1059, 1060.

351 Begriff von Mertens, FS Goerdeler, 349, 353.

352 Westermann, ZIP 1990, 771, 774.

353 Vgl. eingehend Fifka, „Das Unternehmen als ‚Bürger‘?“, 36.

354 A.A. etwa Jonker/Witte/Birch/Jonker, 22f. zur „moralischen Dimension“ der CSR.

355 Mülbert, AG 2009, 766, 769.

356 K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 4 Abs. 1 a, Abs. 2 2 a und 3 a.

357 So zu Recht Mülbert, AG 2009, 766, 769.

358 Fleischer, AG 2001, 171, 175.

Argumentation nicht allein zur Begründung des *Stakeholder-Value*-Ansatzes herangezogen werden.

Ähnliches gilt auch für die Argumentation, Unternehmen seien dazu verpflichtet, soziale Verantwortung zu tragen – und korrespondierend die Interessen der Allgemeinheit zu berücksichtigen –, da sie Kosten, welche der Allgemeinheit durch die Produktion ihrer Güter bzw. das Angebot ihrer Dienstleistung entstehen (insb. Umweltkosten) systematisch auf Dritte, z.B. künftige Generationen oder die Natur, externalisieren und derart aufgrund eines partiellen Marktversagens als „*free rider*“ agieren.³⁵⁹

„Harmful consequences for the environment are caused by (...) market failure. Economists talk of external costs (i. e. externalities) that are not paid for either by the businesses that cause the costs or by the beneficiaries that buy business products and services. People who benefit in this way are called ‚free riders‘. External costs and free riders lead to overuse of free public goods, such as air and water, that are available at no specific cost for the individual.“³⁶⁰

Diese betriebs- bzw. volkswirtschaftliche Argumentation ist – ausdrücklich unabhängig davon, ob sie inhaltlich geteilt wird – offensichtlich nicht mit dem gesetzlichen Anknüpfungspunkt des „Wohl(es) der Gesellschaft“ zu vereinbaren. Deren Vertreter sprechen sich vielmehr aus ökonomischer Sicht für eine Neugewichtung externalisierter Kosten aus. Dieser Gedanke kann dementsprechend als politisches Argument insbesondere für eine stärkere allgemeine Belastung aller betroffenen Unternehmen qua Steuern oder Abgaben Verwendung finden; für das jeweilige Unternehmen und dessen Vorstand fehlt es jedoch nach derzeitiger Rechtslage an einem Anknüpfungspunkt zu § 93 Abs. 1 S. 2 AktG. Auf der Ebene des einzelnen Unternehmens besitzt diese Argumentation vor allem eine „moralische“ Komponente: Sofern schließlich die rechtliche Zulässigkeit von Unternehmensspenden bejaht wird, kann dieser Gedanke im Wege der intrinsischen Motivation ohne weiteres ein moralisch begründetes Motiv für den Vorstand darstellen, (erneut: im Rahmen des rechtlich Zulässigen) Unternehmensspenden zum Ausgleich der Externalisierung der Kosten zu leisten:

„Environmental protection measures that do not save costs or establish any additional value for business customers are introduced only because of a moral obligation to society and the environment.“³⁶¹ bzw. „Where environmental issues are important to a critical group of stakeholders a business may take voluntary action to curb environmental costs.“³⁶²

359 Vgl. FÖS, Studie, 3ff.

360 Schaltegger/Burritt/Petersen, 66.

361 Schaltegger/Burritt/Petersen, 66.

362 Schaltegger/Burritt/Petersen, 140.

g) Gegenargument: Zuständigkeit der Hauptversammlung nach § 58 Abs. 3 S. 2, Abs. 4 AktG

Gegen eine Berücksichtigung der Interessen externer Stakeholder im allgemeinen und speziell gegen die Befugnis des Vorstandes, eigenständig über gemeinnützige Spenden zu entscheiden, könnte § 58 Abs. 3 S. 2 und Abs. 4 AktG sprechen.³⁶³ Diese Regelungen legen den Anspruch der Aktionäre auf den Bilanzgewinn und die Kompetenz der Hauptversammlung, den Gewinn auch Dritten zuzuordnen, verbindlich fest.³⁶⁴ Unternehmensspenden könnten dabei generell als vorweggenommene Ausschüttung des Bilanzgewinns an Dritte anzusehen sein, die nach § 119 Abs. 1 S. 2 AktG nur der Hauptversammlung zusteht.³⁶⁵

Dieser Einwand kann bereits systematisch nicht überzeugen.³⁶⁶ Die o.g. Bestimmungen setzen schließlich gerade keine geborene Kompetenz der Hauptversammlung voraus.³⁶⁷ Vielmehr wird für einen derartigen Gewinnverwendungsbeschluss auch eine spezifische Ermächtigung in der Satzung vorausgesetzt.³⁶⁸ Solche Ermächtigungen sind in der Praxis jedoch sehr selten.³⁶⁹ Daher bedürfte es schon der Behauptung einer ungeschriebenen satzungsunabhängigen Kompetenz der Hauptversammlung zur Beschlussfassung über bestimmte soziale Aktivitäten, wenn man nicht die Möglichkeit solcher Aktivitäten zur Disposition des Satzungsgebers stellen und von dessen positiver Entschließung abhängig machen wollte.³⁷⁰

Außerdem verfügt der Vorstand im Hinblick auf die Auswirkungen der Spenden in aller Regel über eine größere Sachnähe, einen besseren Gesamtüberblick und eine schnellere Reaktionsmöglichkeiten als die Hauptversammlung.³⁷¹ Die Hauptversammlung ist institutionell nicht für die sachgerechte Entschei-

363 Vgl. für Spenden an politische Parteien etwa *Meilicke*, NJW 1959, 409, 410f.; *Kulitz*, 166f.; für alle nicht steuerlich abzugsfähige Spenden *Philipp*, AG 2000, 62, 66; *Vorderwülbecke*, BB 1989, 505, 509f.

364 Vgl. *Kulitz*, 168.

365 Vgl. *Kulitz*, 167ff.

366 *Müller-Michaels/Ringel*, AG 2011, 101, 112.

367 *Mertens*, AG 2000, 157, 160.

368 *Fleischer*, AG 2001, 171, 177; *Philipp*, AG 2000, 62, 66.

369 *Kind*, NZG 2000, 567, 571. Sofern eine solche Ermächtigung nachträglich in die Satzung eingefügt werden sollte, ist umstritten, ob dies mit einer Dreiviertelmehrheit des bei Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals nach § 179 Abs. 2 AktG erfolgen kann oder ob wegen der damit verbundenen Änderung des Charakters der Aktiengesellschaft unter analoger Anwendung des § 33 Abs. 1 S. 2 BGB aus Gründen des Minderheitsschutzes Einstimmigkeit verlangt werden muss (*Philipp*, AG 2000, 62, 66; *Kulitz*, 167 m.w.N.). Vgl. auch die Ausführungen in Kapitel 5, I.

370 *Mertens*, FS Goerdeler, 349, 358.

371 *Fleischer*, AG 2000, 171, 177.

dungsfindung über konkrete soziale Aktivitäten konzipiert.³⁷² Dies macht auch die Rechtsprechung deutlich:³⁷³

„Eine Entscheidung über jede Spende durch die Hauptversammlung ist schon aus praktischen Gründen nicht möglich, weil die Gewinnverteilung nur einmal im Jahr stattfindet und Spenden dann gewährt werden müssen, wenn sie gebraucht werden.“

Vor allem aber wird hier eine unzulässige Verbindung zwischen dem Anspruch der Aktionäre auf den Bilanzgewinn und der Geschäftsführungskompetenz des Vorstandes vorgenommen.³⁷⁴ Der Wortlaut des § 58 Abs. 4 AktG macht deutlich, dass der Anspruch auf den Bilanzgewinn gerade unter dem Vorbehalt steht, nicht anderweitig verwandt worden zu sein.³⁷⁵ Inhalt des Anspruchs ist daher nicht der gesamte Bilanzgewinn, sondern nur der Teil, der den Aktionären zusteht.³⁷⁶ Die Aktionäre besitzen im Übrigen gerade keinen Anspruch auf die Erzielung eines bestimmten Gewinnes.³⁷⁷ Es gibt in der Aktiengesellschaft damit auch kein Gewinnmaximierungsgebot.³⁷⁸ Aus § 58 Abs. 4 AktG kann somit gerade nicht gefolgert werden, dass dem Vorstand im Geschäftsbetrieb Maßnahmen verboten seien, die den Bilanzgewinn betreffen.³⁷⁹ Bei § 58 Abs. 3 S. 2 AktG wiederum handelt es sich (nur) um eine Regelung eines potentiellen Verteilungskonflikts zwischen Aktionären, welche keinen Rückschluss auf die andersartige Konfliktlage bei der Spendenvergabe durch den Vorstand erlaubt.³⁸⁰ § 58 AktG bestimmt damit auch nicht die Kompetenzabgrenzung zwischen Vorstand und Hauptversammlung in Bezug auf wirtschaftliche Vorgänge der Geschäftstätigkeit, sondern regelt (nur) die Verteilungskompetenzen bezüglich des Bilanzgewinns.³⁸¹ Die sozialen Aufwendungen als sonstige Aufwendungen unterfielen damit – ihre Zulässigkeit unterstellt – dem Bereich der vom Vorstand nach § 76 Abs. 1 AktG eigenverantwortlich auszuübenden Leitung des Unternehmens.³⁸² Da es sich bei den hier relevanten Normen um solche der abstrakten Kompetenzabgrenzung handelt, ändert auch die Höhe der Unternehmensspende

372 *Mertens*, AG 2000, 157, 161; *ders.*, FS Goerdeler, 349, 359.

373 OLG Hamburg v. 19.09.1963 – 3 U 128/62, AG 1964, 48.

374 So zu Recht *Laub*, AG 2002, 308, 309.

375 Vgl. *Philipp*, AG 2000, 63, 64.

376 Hüffer/Koch, § 58 AktG Rn 26 m.w.N.

377 *Laub*, AG 2002, 308, 309.

378 *Mertens*, FS Goerdeler, 349, 353.

379 *Fleischer*, AG 2001, 171, 177.

380 *Mülbert*, AG 2009, 766, 772.

381 *Mertens*, AG 2002, 62, 65; *ders.*, FS Goerdeler, 349, 358f.

382 *Mertens*, FS Goerdeler, 349, 352.

hieran nichts.³⁸³ Dementsprechend ergibt sich auch keine Kompetenz der Hauptversammlung für Unternehmensspenden nach § 58 Abs. 3 S. 2 AktG, da sich diese Kompetenz allein auf den bilanziell ausgewiesenen Gewinn bezieht, nicht aber auf Spenden als vorab gewinnmindernde Aufwendungen.³⁸⁴

h) Gegenargument: Zuständigkeit der Hauptversammlung nach §§ 119 Abs. 1

Nr. 5, 179 Abs. 1 S. 1 AktG (analog) bzw. nach der Holzmüller et. al.

Rechtsprechung

Die ausschließlich Zuständigkeit der Hauptversammlung könnte sich auch noch aus einem anderen Gedanken ergeben: Schließlich ist diese, und nicht der Vorstand, für alle „grundsätzliche Fragen“ der AG zuständig. Dies umfasst insbesondere die Änderung der Satzung. Es dürfte sich zwar – auch bei Spenden in umfangreicher Höhe – kaum um eine förmliche Satzungsänderung handeln; denkbar wäre jedoch das Vorliegen einer tatsächlichen Satzungsänderung im Hinblick auf den Unternehmensgegenstand.

In diesem Fall könnte sich die Zuständigkeit der Hauptversammlung zunächst aus einer analogen Anwendung der nach §§ 119 Abs 1 Nr. 5, 179 Abs. 1 S. 1 AktG ergeben.³⁸⁵ Ohne die Details dieser noch immer nicht vollständig geklärten ungeschriebenen Kompetenz festlegen zu müssen, ist vorliegend festzuhalten, dass die Gesellschaft in der Regel neben ihrer Spendenpraxis ihren bisherigen Unternehmensgegenstand weiterverfolgen wird. Die Spende wird – bereits qua ihrer im Verhältnis zur gesamten wirtschaftlichen Tätigkeit der Gesellschaft geringen Bedeutung – den Unternehmensgegenstand (also die „Haupttätigkeit“ des Unternehmens) damit nicht verändern.³⁸⁶ Dies wäre nur dann der Fall, wenn eine grundlegende Änderung oder Aufgabe der wirtschaftlichen Betätigung (und damit des Unternehmensgegenstandes) erfolgt, die nach § 179 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG eines Beschlusses der Hauptversammlung bedarf.³⁸⁷ Spenden unterfallen aber gerade nicht der wirtschaftlichen Betätigung der Gesellschaft.³⁸⁸

Die ungeschriebenen Mitspracherechte der Hauptversammlung über den gesetzlichen Kompetenzkatalog des § 199 AktG hinaus³⁸⁹, die sich aus der Holzmüller-Entscheidung und den nachfolgenden Urteilen ergeben, dürften bei Spen-

³⁸³ A.A.: *Philipp*, AG 2000, 62, 65.

³⁸⁴ *Laub*, AG 2002, 308, 309.

³⁸⁵ Zu der Analogie vgl. GroßKomm/Mülbert, § 119 AktG Rn 23 m.w.N.

³⁸⁶ Vgl. *Fleischer*, AG 2001, 171, 180.

³⁸⁷ *Kessler*, AG 1995, 61, 68.

³⁸⁸ *Laub*, AG 2002, 308, 310.

³⁸⁹ Vgl. hierzu etwa *Ulmer*, AcP 202 (2002) 143, 149.

denaktivitäten ebenfalls bereits aufgrund ihres Umfanges ausfallen.³⁹⁰ Erforderlich sind schließlich gewichtige Eingriffe in die Rechte und Interessen der Aktionäre, die einer Satzungsänderung zumindest nahe kommen.³⁹¹ Es muss mithin in den „Kernbereich der Unternehmenstätigkeit“³⁹² eingegriffen werden. Derartige Fälle sind allenfalls dann denkbar, wenn aufgrund von CSR-Erwägungen eine grundlegende Änderung der gesamten Geschäftspolitik erfolgt und dies damit eine „herausragende Bedeutung für Gesellschaft und Anteilseigner“ besitzt.³⁹³ Dies wird bei der hier zu prüfenden „normalen“ Unternehmensspende jedoch gerade nicht der Fall sein.

Eine Zuständigkeit der Hauptversammlung aufgrund der o.g. Erwägungen scheidet damit aus.

i) Gegenargument: Erfordernis einer „Gemeinwohlklausel“ in der Satzung

Im Schrifttum wird weiterhin vertreten, der Vorstand könne nur dann *Stakeholder*-Interessen berücksichtigen und als treuhänderischer Vermögensverwalter Unternehmensspenden vornehmen, wenn er dazu durch die Satzung ermächtigt sei.³⁹⁴ Dies ergebe sich daraus, dass das Gesetz es allein der Satzung überlasse, durch die Festlegung des Unternehmensgegenstandes Inhalt und Grenzen zulässigen unternehmerischen Handelns zu bestimmen.³⁹⁵

In praxi stellt die geforderte „Satzungsregelung“ zur Gemeinwohlbindung indes die absolute Ausnahme dar, was zur Folge hätte, dass die Mehrzahl der Unternehmen bereits aus diesem „formalen Grund“ keine Spenden vornehmen dürften. Die geschilderte Mindermeinung geht dieser Problematik dann auch selbst aus dem Wege, indem sie ausführt, es genüge,

390 Dies ergibt sich daraus, dass diese grundsätzlich aufgrund ihres Umfanges keine außerordentliche Bedeutung für die Gesellschaft haben werden: so *Müller-Michaels/Ringel*, AG 2011, 101, 113; lapidar auch Hölters/*Hölters*, § 93 AktG Rn 162: „Eine Vorlagepflicht an die Hauptversammlung besteht nicht.“ Dies trifft spätestens seit der reduzierenden Auslegung der Holzmüller-Entscheidung durch das Gelatine-Urteil zu: BGH v. 26.4.2004 – II ZR 155/02, NJW 2004, 1860. Eine solche kann auch nicht aufgrund der grundrechtlichen Reflexwirkung für Parteispenden angenommen werden: *Fleischer*, AG 2001, 171, 180.

391 Hölters/*Weber*, § 76 AktG Rn 41.

392 *Müller-Michaels/Ringel*, AG 2011, 101, 113.

393 Angedeutet etwa von *Philipp*, AG 2000, 62, 66.

394 *Säcker*, BB 2009, 282, 282.

395 Die h.M. geht demgegenüber davon aus, es bedürfe keiner gesellschaftsrechtlich besonders verankerten Gemeinwohlbindung: BGH v. 24.01.1957 – II ZR 208/55, BGHZ 23, 150, 157; BGH v. 13.10.1977 – II ZR 123/76, BGHZ 69, 334, 339; KölnKomm/*Zöllner*, § 76 AktG Rn. 32.

„wenn sich aus ungeschriebenem bzw. (präziser) stillschweigend-impliziert kraft Natur der Sache oder kraft Sachzusammenhangs mitgeschriebenem Satzungsrecht eine solche Ermächtigung ergibt. Eine solche ungeschriebene Legitimation besteht (...) im Rahmen der durch den Unternehmensgegenstand inhaltlich festgelegten Leitungsverantwortung, die den Vorstand berechtigt, nach sachlichen Kriterien im Unternehmensinteresse Mittel für soziale, umweltpolitische oder wissenschaftlich-kulturelle Zwecke einzusetzen, sofern sich die eingesetzten Mittel nach Größenordnung und finanzieller Situation als angemessen darstellen.“³⁹⁶

Im Ergebnis widerspricht diese Meinung vor allem dem eindeutigen Gesetzeswortlaut des § 93 AktG, der das Handeln des Vorstandes nicht ausschließlich an den Satzungsbestimmungen, sondern an dem abstrakten Begriff des „Wohles der Gesellschaft“ orientieren will. Dies ergibt indes nur dann (gesetzgeberischen) Sinn, wenn auch weitere Aspekte und Interessen berücksichtigt werden können/müssen, als die Satzung selbst vorsieht.

j) Gegenargument: Fehlende demokratische Legitimation des Vorstandes zur Wahrnehmung öffentlicher Interessen

Schließlich wird die „mangelnde Befähigung“³⁹⁷ und demokratische Legitimation³⁹⁸ der Unternehmensleitung zur Identifikation relevanter Gemeinwohlinteressen hervorgehoben. Die professionellen Manager verfügten schließlich über keine besondere Expertise zur Verfolgung von Allgemeininteressen; auf den Punkt gebracht:³⁹⁹

„If businessman do have a social responsibility other than making maximum profits for stockholders, how are they to know what it is?“

Für die Unterstützung anderer Interessengruppen als der *Shareholder* müssten vielmehr Steuergelder mithilfe der demokratisch legitimierten Institutionen aufgewendet werden. Wenn die Unternehmen selbst an die Stelle der Wohlfahrtsadressaten treten, verlöre die Allgemeinheit hierdurch sogar eigene Steuereinnahmen, die zur Unterstützung der *Stakeholder* verwendet werden könnten.⁴⁰⁰

Mit derselben Argumentation könnten auch Privatpersonen eine Spenden-tätigkeit verboten werden. Die Zuständigkeit des Staates für gemeinwohlorien-

396 Säcker, BB 2009, 282, 283 m.w.N.

397 Davis, 13 Can-U.S. L. J. 7, 16 (1988); Manne, 62 Colum. L. Rev. 399, 414 (1962); Fischel, 35 and. L. Rev. 1259, 1285 (1982).

398 Vgl. Wiedemann, ZGR 1980, 147, 163; Friedman, 133f. Tricker/Tricker, 54: „Business leaders do not have a mandate to make such choices. Let the politicians and lawmakers, who do have a mandate, decide (...).“

399 Friedman, 133.

400 Vgl. Tully, 23.

tieretes Handeln ist keine ausschließliche, sondern lässt auch das Engagement Dritter zu.

3. Diskussion

Auch wenn der „offene“ Wortlaut des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG sowohl die Maßgeblichkeit des *Shareholder*- wie des *Stakeholder-Value*-Ansatzes zulässt, sprechen die besseren Argumente für einen interessenpluralistischen Ansatz.⁴⁰¹ Dies ergibt sich aus einer Gesamtschau der untersuchten Gesichtspunkte: Neben der Gesetzgebungsgeschichte, den – wenn auch schwachen – verfassungsrechtlichen Aspekten, den übertragenen soziologischen Erwägungen und den Maßstäben, die sich aus dem DCGK ergeben, ist vor allem die Einbindung der Aktiengesellschaft in das (gesamtwirtschaftliche) Umfeld zu berücksichtigen. Überdies hat der Vorstand ausschließlich den „Interessen seines Unternehmens“ bzw. dem „Wohl der Gesellschaft“ zu dienen; die Interessender Aktionäre als einer von mehreren Trägern des Unternehmensinteresses dürfen nur insoweit Berücksichtigung finden, als sie sich im Einzelfall mit denjenigen des Unternehmens decken.⁴⁰² Der Vorstand als Träger der Unternehmerfunktion hat bei seinen Entscheidungen, welche Maßnahmen dem „Wohl der Gesellschaft“ bzw. dem „Unternehmensinteresse“ dienen, zu berücksichtigen, dass die Aktiengesellschaft für ein dauerhaft erfolgreiches Wirtschaften auf den Rückhalt aller Bezugsgruppen angewiesen ist.⁴⁰³ Der gute Ruf eines Unternehmens und seine Akzeptanz bei den relevanten Anspruchsgruppen ist dabei von entscheidender Bedeutung für den Erfolg eines Unternehmens.⁴⁰⁴ Bei der Frage, auf welche Weise das Unternehmen die Loyalität der einzelnen Anspruchsgruppen zu gewinnen trachtet, muss dem für die Spendentätigkeit zuständigen Vorstand dabei, wie gesehen⁴⁰⁵, ein breiter Spielraum unternehmerischen Ermessens gewährt werden.⁴⁰⁶ Der Vorstand muss daher die vorgenannten Einzelinteressen im Einzelfall auch dergestalt gewichten können, dass dem Interesse der Aktionäre an einer (bloßen) kurzfristigen Gewinnmaximierung nicht der Vorrang eingeräumt wird.⁴⁰⁷ Er kann damit ebenso zusätzliche (nicht von Gesetz vorgesehene) Sozialleistungen zum Zwecke der Motivation und Betriebstreue der Mitarbeiter vereinbaren wie

⁴⁰¹ Kuhner, ZGR 1994, 244, 251; Müller-Michaels/Ringel, AG 2011, 101, 106.

⁴⁰² So zu Recht Götz, NJW 2007, 419, 421.

⁴⁰³ Fleischer, AG 2001, 171, 175; Müller-Michaels/Ringel, AG 2011, 101, 103.

⁴⁰⁴ Vgl. Wüst/Kreutzer/Hermann, 126ff.

⁴⁰⁵ Vgl. die Ausführungen in Kapitel 2, I., 1. e).

⁴⁰⁶ Westermann, ZIP 1990, 771, 776; Goette, FS BGH, 123, 128.

⁴⁰⁷ Goette, FS BGH, 123, 127.

– etwa zur Unterstützung sozialer oder kultureller Einrichtungen – Unternehmenspenden tätigen, um das „soziale Ansehen“ des Unternehmens zu steigern.⁴⁰⁸

Das von der Gesellschaft betriebene Unternehmen, in dem persönliche und sachliche Werte zu einer sozialen und wirtschaftlichen Einheit integriert sind, ist per se ein interessenpluralistischer Organismus, in den außer den Interessen der Anteilseigner auch die Interessen der im Unternehmen Tätigen, der Organmitglieder und der Arbeitnehmer, sowie im Hinblick auf Gegenstand und Größe des Unternehmens auch die Interessen der Allgemeinheit einbezogen werden.⁴⁰⁹ Da die Gesellschaften eine „unleugbar integraler Bestandteil eines Sozialgefüges“⁴¹⁰ sind, muss es dem Vorstand daher grundsätzlich auch aufgrund dieser Erwägung erlaubt sein, ihre gesellschaftliche Akzeptanz und Integration durch mildtätige Zuwendungen zu fördern, wenn dies positive Wirkungen zeitigen kann, mithin zielgerichtet zum „Wohl der Gesellschaft“ erfolgt bzw. dem wohlverstandenen „Unternehmensinteresse“ entspricht.⁴¹¹

Der Vorstand kann im Rahmen seines Leitungsermessens damit die Interessen aller *Stakeholder* (insb. Aktionäre, Arbeitnehmer, Gläubiger, Öffentlichkeit) berücksichtigen,⁴¹² ohne dass eine Gruppe das Präjudiz hätte.⁴¹³ Als verbindende Klammer der unterschiedlichen Interessen am und im Unternehmen – und als „äußerste Grenze“ jeglichen philanthropischen Handelns – wird dabei die nachhaltige Bestands- und Ertragsfähigkeit der Gesellschaft angesehen (vgl. § 87 Abs. 1 S. 2 und 3 AktG).⁴¹⁴ (Die Förderung des) Gemeinwohls wird damit zu einem maßgeblichen „Teilaspekt bei der Konkretisierung des Unternehmensinteresses an einer langfristigen Rentabilität“.⁴¹⁵

408 Vgl. auch Rittner, FS Geßler, 139, 158: „Das Unternehmen – zumal das der Aktiengesellschaft – ist seit langem zu einer sozialen Veranstaltung ersten Ranges geworden.“

409 MünchKomm AktG/*Spindler* § 76 Rn 62.

410 MünchKomm AktG/*Spindler* § 76 Rn 87.

411 *Fleischer*, AG 2001, 171, 175.

412 BGH v. 06.12.2001 – 1 StR 215/01, BGHSt 47, 187, 194f.; BGH v. 14.10.2008 – 1 StR 260/08, NJW 2008, 3580; Hüffer/Koch, § 76 AktG Rn 12; Hessler/Strohn/*Dauner-Lieb*, § 76 AktG Rn 10; KölnKom/*Mertens/Cahn* § 76 AktG Rn. 15ff., beide m.w.N.; *Kind*, NZG 2000, 567, 568; zurückhaltend *Wiedemann* ZGR 2011, 183, 193ff.

413 Vgl. grundlegend BGH v. 5.6.1975 – II ZR 156/73, NJW 1975, 1412; *Hopt*, ZGR 1993, 534, 536; ders. ZGR 2002, 333, 360; grundlegende Kritik hiergegen von *Kuhner* ZGR 2004, 244, 252 ff.

414 *Windbichler*, 347.

415 *Kind*, NZG 2000, 567, 568; anschaulich Hölters/*Hölters*, § 93 AktG Rn 37: „Letztlich besteht auch bei den unterschiedlichsten Gewichtungen Einigkeit darin, dass das Unternehmensinteresse in der Sicherung des Bestandes und der dauerhaften Rentabilität und Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens liegt.“.

Im Sinne eines Integrationsmodells⁴¹⁶ bedarf es damit einer „Aggregation“⁴¹⁷ der einzelnen widerstreitenden Interessen im Wege der praktischen Konkordanz.⁴¹⁸ Letzteres bedeutet dabei ein Verfahren, das einerseits die Abwägung einzelner (Grund-) Rechtspositionen, die in Konflikt zueinander stehen, andererseits die Abwägung von (Grund-)Rechtspositionen und (grund-) rechtsbegrenzenden Rechtsgütern zum Inhalt hat.⁴¹⁹ Dies gilt als hergestellt, wenn alle betroffenen Rechtsgüter bzw. vorliegend: Anspruchsgruppeninteressen „zur optimalen Wirksamkeit gelangen können.“⁴²⁰ Es handelt sich dabei nicht um ein „starres Vorgehen“ mit dem immer gleichen Ergebnis. Das *Stakeholder*-Management ist vielmehr als konstante und dauerhafte anspruchsvolle Aufgabe des Managements anzusehen, da es im Verlauf der Zeit zu beachtlichen Verschiebungen hinsichtlich der Bedeutung und der Einflussmöglichkeiten der einzelnen *Stakeholder* kommen kann.⁴²¹

Der hier vertretene (modifizierte) *Stakeholder-Value*-Ansatz deckt sich mit der ganz h.M. in der Literatur, die Unternehmensspenden unter den vorgenannten Bedingungen für zulässig erachtet.⁴²² Die Einschätzung wird auch von der Rechtsprechung geteilt, die die generelle aktienrechtliche Zulässigkeit von Unternehmensspenden ebenfalls bejaht.⁴²³ Der Bundesgerichtshof äußerte sich wie folgt:

„So schließt einerseits die Verpflichtung der Gesellschaftsorgane auf das Wohl des Unternehmens es nicht aus, daß sie bei ihren Entscheidungen gesamtwirt-

416 Ausdruck von *Hopt*, ZGR 1993, 534, 536. Vgl. auch aus der betriebswirtschaftlichen Literatur *Robbins/Coulter/Fischer*, 36: „Für ein Unternehmen bedeutet Nachhaltigkeit die Fähigkeit, die Unternehmensziele zu erreichen und dabei den langfristigen Shareholder Value zu steigern, indem wirtschaftliche, die Umwelt betreffende und soziale Chancen in die Unternehmensstrategie integriert werden.“; vgl. auch die grundlegenden Überlegungen von *Smith*, Harv. Bus. Rev. 71 (1994), 105.

417 *Kuhner*, ZGR 1994, 244, 255.

418 KölnKomm/*Mertens/Cahn*, § 76 AktG Rn 19; vgl. *Hopt*, ZGR 1993, 534, 536; *ders.*, ZGR 2002, 333, 360; vgl. auch *Windbichler*, 347: Es handle sich um einen „breiten Korridor harmonisierender Interessen“.

419 *Kuhner*, ZGR 1994, 244, 255.

420 *Hesse*, 28f., 142f.

421 *Hungenberg*, 426.

422 BGH v. 24. 1. 1957 – II ZR 208/55, NJW 1957, 588; Hüffer/Koch, § 76 AktG Rn 14; GroßKom/*Hopt*, § 93 AktG Rn 120; *Fleischer*, AG 2001, 171, 175; KölnKomm/*Mertens*, § 76 AktG Rn 32; *Laub*, AG 2002, 308, 309; *Mertens*, AG 2000, 157; *Kind*, NZG 2000, 567; *Westermann*, ZIP 1990, 771; *Vörderwülbecke*, BB 1989, 505 jeweils m.w.N.

423 Vgl. bereits BGH v. 24.1.1957 – II ZR 208/55, BGHZ 23, 150, 157 („Sozialpolitische und gemeinnützige Zuwendungen fallen in den Aufgabenbereich des Vorstandes“); BGH v. 30.3.1967 – II ZR 245/63, NJW 1967, 1462; OLG Hamburg v. 19.9.1963 – 3 U 1128/62, AG 1964, 45, 48.

schaftliche Gesichtspunkte und das Allgemeinwohl im Rahmen ihrer Verantwortlichkeit (§§ 93, 116 AktG) und der satzungsmäßigen Unternehmensziele angemessen mitberücksichtigen.“⁴²⁴

In diesem Kontext sind dann auch die Ausführungen des Bundesgerichtshofs zu dem Begriff „*good corporate citizen*“ im Kapitalgesellschaftsrecht zu verstehen:⁴²⁵

„Es ist mit den Verhaltenspflichten des Vorstands als eines ordentlichen Geschäftsführers daher durchaus vereinbar, dass er unentgeltliche Zuwendungen allein mit dem Ziel ausreicht, die soziale Akzeptanz der Aktiengesellschaft zu verbessern, sie als ‚*good corporate citizen*‘ darzustellen und dadurch indirekt ihr wirtschaftliches Fortkommen zu verbessern.“

Ähnlich argumentiert auch das OLG Hamm:

„Die Generalklausel hinsichtlich der Leitungsfunktion des Vorstands in § 76 Abs. 1 AktG besagt, daß der Vorstand nach seinem eigenen Ermessen die in der Gesellschaft zusammentreffenden Interessen der Aktionäre, der Arbeitnehmer und des Gemeinwohls sachgerecht wahrzunehmen hat, wobei die Wahrung dieser Interessen in der Pflicht des Vorstands eine Grenze findet, für den Bestand des Unternehmens und eine dauerhafte Rentabilität zu sorgen.“⁴²⁶

Gleichwohl stehen der Gegenansicht eine Reihe von (vor allem betriebswirtschaftlich) überzeugenden Argumenten zu. Die Geltung des *Stakeholder-Value*-Ansatzes ist – unabhängig von seiner weitreichenden Akzeptanz in der wirtschaftlichen Praxis wie in der (rechtswissenschaftlichen) Theorie –angesichts des offenen Gesetzeswortlauts alles andere als zwingend und sollte dementsprechend von Vorstand und Aufsichtsrat auch nicht als „*gottgegeben*“ angesehen werden. Die Berücksichtigung der Interessen externer wie interner *Stakeholder* ergibt sich, wie die hierüber erfolgte Untersuchung veranschaulicht, schließlich gerade nicht aus einem „*Machtwort des Gesetzgebers*“, sondern ist auf die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe in § 76 AktG und § 93 AktG angewiesen. Eine Unternehmensspende ist daher immer nur dann als zulässig anzusehen, wenn sie auch (zumindest theoretisch) dazu in der Lage ist, vor allem durch eine entsprechende Steigerung der Akzeptanz und des Ansehens des Unternehmens eine positive Wirkung für das Unternehmen zu zeitigen, mithin dem „*Wohl der Gesellschaft*“ bzw. dem „*Unternehmensinteresse*“ dient.

424 BGH v. 13. 10. 1977 – II ZR 123/76, NJW 1978, 104; vgl. zudem BGH v. 5. 6. 1975 – II ZR 156/73, NJW 1975, 1412; BGH v. 28.11.1998 – II ZR 57/88, NJW 1989, 979; BGH v. 23. 6. 1997 – II ZR 132/93, DNotZ 1998, 958; BGH v. 21.02.1983 – II ZR 183/82, ZIP 1983, 689.

425 BGH v. 6. 12. 2001 – 1 StR 215/01, NJW 2002, 1985, 1986.

426 OLG Hamm v. 10.5.1995 – 8 U 59/94 AG 1995, 512, 514.

4. Besonderheit: Parteispenden (?)

Einen Sonderfall im Rahmen dieser Betrachtungen bilden Parteispenden.⁴²⁷ Sie stellen schließlich ein bedeutendes Mittel der politischen Willensbildung (und -beeinflussung) dar. Überdies ist ihr Konfliktpotential innerhalb der Aktiengesellschaft auf Grund der meist verschiedenen politischen Überzeugungen der Gesellschafter besonders hoch.⁴²⁸

Eine Mindermeinung verneint denn auch die Zulässigkeit von Parteispenden durch Aktiengesellschaften aufgrund der Erwägung, dass derartige Zuwendungen im Gegensatz zu Spenden an gemeinnützige Vereinigungen keiner sozialpolitischen Erwartung der Allgemeinheit entsprächen.⁴²⁹ Andere argumentieren, die Aktiengesellschaften seien per se zu parteipolitischer Neutralität verpflichtet.⁴³⁰ Parteispenden lösten schließlich, so eine weitere Argumentation, eher Unbehagen als soziale Akzeptanz bei den sonstigen *Stakeholdern* (wie den *Shareholdern*) aus und könnten daher vom Vorstand nicht unter Berufung auf Gemeinwohlbelange vergeben werden.⁴³¹

Andere wiederum wollen Parteispenden (nur) der Kompetenz des Vorstandes entziehen.⁴³² Die Spendenentscheidung sei bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen beim einzelnen Aktionär zu belassen (und stünde damit in der Kompetenz der Hauptversammlung), so dass die Parteispende durch den Vorstand als Gewinnverwendung (auch: verdeckte Gewinnausschüttung⁴³³) anzusehen sei.⁴³⁴ Diese Argumentation überzeugt indes nicht; bis zu dem Gewinnverwendungsbeschluss haben die Aktionäre schließlich, wie erörtert⁴³⁵, noch keinen Anspruch auf eine Beteiligung am Bilanzgewinn, so dass aus den Vorschriften über deren Verwendung

⁴²⁷ Vgl. etwa LG Bonn v. 28.2.2001 – 27 AR 2/01, NStZ 2001, 426 (Untreue zum Nachteil der CDU durch Dr. Helmut Kohl – wobei hier die Strafbarkeit der Annahme und nicht der Vergabe von Spenden in Rede stand).

⁴²⁸ *Kind*, NZG 2000, 567, 567.

⁴²⁹ Insb. *Kulitz*, 166.

⁴³⁰ *Meilicke*, NJW 1959, 409, 411.

⁴³¹ Das Bundesland Hessen hat Ende der 50er Jahre einmal als Gesetzesvorschlag in den Bundesrat eingebracht, Parteispenden durch juristische Personen generell zu verbieten: vgl. 210. Sitzung des Bundesrates vom 23.10.1959, 173 und 178 des Sitzungsprotokolls, BT-Drucks. 249/2/59. Ein solches dürfte indes gegen Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art 19 Abs. 3 GG verstößen: *Dübber*, 54f.; BVerfG v. 14.7.1986 – 2 BvE 2/84, 2 BvR 442/84, BVerfGE 73, 40, 49f.

⁴³² *Kulitz*, 165ff.

⁴³³ *Vorderwülbecke*, BB 1989, 505, 506.

⁴³⁴ Vgl. *Meilicke*, NJW 1959, 409, 412; vgl. hierzu auch die Erwägungen unter Kapitel 2, I., 2. g.).

⁴³⁵ Vgl. die Ausführungen in Kapitel 2, I., 2., g).

keine Rückschlüsse auf die Kompetenz des Vorstandes gezogen werden können.⁴³⁶ Dies gilt für „allgemeine“ Spenden ebenso wie für solche an Parteien.

Nach überzeugender h.M. ist der Vorstand demgegenüber dazu befugt, auch politische Spenden als Mittel politischer Einflussnahme zu vergeben.⁴³⁷ Diese sind schließlich ebenfalls als Ausdruck der Integration der AG in ihr soziales – und hier: politisches – Umfeld anzusehen und besitzen damit auch einen hinreichenden Gemeinwohlbezug.⁴³⁸ Überdies fördert das Unternehmen durch Parteispenden einen im Sinne der Parteidemokratie des Grundgesetzes staatspolitischen Zweck und damit das gemeine Wohl.⁴³⁹ Die Parteispenden sind an dieser Stelle damit nach hiesiger Ansicht nicht anders zu behandeln als sonstige Unternehmensspenden.

II. Grenzen zulässiger Unternehmensspenden

Die vorstehenden Erwägungen gilt es zu berücksichtigen, wenn im Folgenden die Frage nach den Grenzen des unternehmerischen Ermessens bei Unternehmensspenden untersucht wird, also nicht (mehr) das „Ob“, sondern das „Wie“ der Zuwendung.⁴⁴⁰ Sofern derartige Grenzen bestehen, muss der Vorstand diese zur Vermeidung einer Schadensersatzpflicht beachten.⁴⁴¹

Zu der Frage, welche Grenzen des unternehmerischen Ermessens speziell bei Unternehmensspenden zu beachten sind, haben sich in der Literatur verschiedene Fallgruppen gebildet:

436 KölnKom/*Mertens/Cahn* § 76 AktG Rn 39; GroßKom/*Kort* § 76 AktG Rn 70.

437 Hölters/*Hölters*, § 93 AktG Rn 164; GroßKom/*Hopt*, § 93 Rn 121; MünchKomm AktG/*Spindler* § 93 Rn 62 m.w.N.

438 KölnKom/*Mertens/Cahn* § 76 AktG Rn. 37.

439 *Mertens*, FS Goerdeler, 349, 354.

440 *Laub*, AG 2002, 308.

441 Vgl. die Ausführungen in Kapitel 2, I., 1. Ob dies in concreto geschehen ist, könnte von der Hauptversammlung – zum mindest theoretisch – auch noch nachträglich durch die Bestellung eines Sonderprüfers nach § 142 Abs. 1 AktG überprüft werden (hierauf weist *Philipp*, AG 2000, 62, 66 im Zusammenhang mit den Entschädigungszahlungen für Zwangsarbeiterin, ausdrücklich hin), da unter der dort genannten Geschäftsführung der gesamte Verantwortungsbereich des Vorstandes fällt, d.h. jedwede tatsächliche oder rechtliche Tätigkeit für die Aktiengesellschaft (*Hüffer/Koch*, § 142 AktG Rn 4) – und damit auch die Spendenvergabe an gemeinnützige Organisationen (*Kind*, NZG 2000, 567, 570).

1. (mindestens) mittelbarer Vorteil für Gesellschaft

Zahlreiche Literaturstimmen führen aus, dass die Unternehmensspende (aus einer ex-ante Sicht) zu einem „Vorteil für die Gesellschaft“ führen müsse.⁴⁴²

a) Notwendigkeit eines wirtschaftlich messbaren Nutzens

Was dies konkret für die Praxis bedeutet und vor allem wie dieser Vorteil zu messen ist, ist wiederum umstritten: Einerseits wird konkret auf den (messbaren) wirtschaftlichen Nutzen der unentgeltlichen Zuwendungen abgestellt:⁴⁴³ Die Spendentätigkeit müsse stets einen „positiven Barwert“ für das Unternehmen ergeben.⁴⁴⁴ Andere formulieren etwas zurückhaltender, die sozialen Aufwendungen müssten stets eine „positive Wirkung“ für die Aktiengesellschaft entfalten.⁴⁴⁵ Diese könne auch darin liegen, dass die „soziale Akzeptanz“ des Unternehmens durch Stärkung des unternehmerischen *Good-Wills* gefördert werde.⁴⁴⁶ Andere führen aus, Spenden seien von der Geschäftsführung des Vorstandes ausgeschlossen, wenn von ihnen keinerlei „Werbeeffekt“ ausgehe.⁴⁴⁷ Es bedürfe mithin stets eines konkreten Bezuges der Spende zur Förderung des individuellen Unternehmenserfolges.⁴⁴⁸ Sofern sich der Vorstand bei seiner Unternehmensspende von seinen privaten Präferenzen leiten lässt (sog. „*pet charities*“⁴⁴⁹), ist nach dieser Ansicht zu differenzieren: Stellt diese nur einen Nebeneffekt einer im übrigen im (mittelbaren) Interesse des Unternehmens liegenden Maßnahme dar, ist die Zulässigkeit ohne weiteres gegeben⁴⁵⁰; ist dies nicht der Fall, darf die Zuwendung nicht unternommen werden.⁴⁵¹

⁴⁴² Ries, Rpfleger-Studienhefte 2013, 143; zu den steuerlichen Implikationen eingehend Hüttemann, AG 2009, 774, 780f. (insbesondere hinsichtlich der Frage des „betrieblichen Zusammenhangs“ einer Unternehmensspende).

⁴⁴³ Mülbert, AG 2009, 771; vgl. auch Müller-Michaels/Ringel, AG 2011, 101, 101.

⁴⁴⁴ Mülbert, AG 2009, 766, 773.

⁴⁴⁵ Hölters/Hölters, § 93 AktG Rn 162; vgl. insgesamt Table 5.1 „Motives for Adressing CSR“ in Hond/Bakker/Neergard/Pedersen/Neergaard, 81.

⁴⁴⁶ Hölters/Hölters, § 93 AktG Rn 162 unter Rekurs auf BGH v. 6. 12. 2001 – 1 StR 215/01, NJW 2002, 1585 (vgl. die Ausführungen in Kapitel 2, I., 2. f.).

⁴⁴⁷ Kind, NZG 2000, 567, 569. Bei derartigen Zuwendungen handele es sich um eine Gewinnverwendung, die der Vorstand nicht tägnen dürfe: Vorderwüllbecke, BB 1989, 505, 509.

⁴⁴⁸ KölnKomm/Zöllner, § 76 AktG Rn 32.

⁴⁴⁹ Vgl. Fleischer, AG 2001, 171, 179.

⁴⁵⁰ Müller-Michaels/Ringel, AG 2011, 101, 110f.; a.A.: Mülbert, AG 2009, 774, der verlangt, dass der Vorstand seine Eigeninteressen ausblenden müsse.

⁴⁵¹ MünchKomm AktG/Spindler, § 76 Rn. 89 m.w.N. Kritisch hierzu (aus betriebswirtschaftlicher Sicht): Müller-Christ, 101: „Die Managementherausforderung lautet nicht: Gewinn und Umweltschutz und Sozialverantwortung. Sie lautet vielmehr: Gewinn und

b) Diskussion

Das Erfordernis des mindestens mittelbaren finanziellen Vorteils für die Gesellschaft kann aufgrund seiner Unbestimmtheit in der Praxis kaum zu einer Unterscheidung zwischen zulässigem und unzulässigem CSR-Handeln führen.⁴⁵² Ein messbarer monetärer Mehrwert einer Spende für das Unternehmen lässt sich in der Realität schließlich kaum adäquat-kausal nachweisen,⁴⁵³ finanzielle Auswirkungen derartiger, nicht unmittelbar synallagmatischer Maßnahmen sind per se quantitativ kaum erfassbar.⁴⁵⁴ Zwar gibt es mittlerweile „schmale empirische Untersuchungen“⁴⁵⁵, die auf eine positive Korrelation zwischen korporativer Freigiebigkeit und finanziellen Erfolgsgrößen hinweisen.⁴⁵⁶ Einige empirische Untersuchungen haben etwa gezeigt, dass gesellschaftlich verantwortlich geführte Unternehmen z.T. höhere Rentabilitäten erzielen können.⁴⁵⁷ Die Mehrzahl der Studien haben bislang jedoch keine belastbare Antwort geben können auf die Frage einer etwaigen Korrelation zwischen Spendenverhalten und finanziellem Unternehmenserfolg.⁴⁵⁸ Für eine solche – ohne Frage erstrebenswerte – Sicherheit besteht „bestenfalls ein vager Hoffnungsschimmer“.⁴⁵⁹

Es ist gleichwohl allgemein anerkannt, dass die Unternehmensspenden zwar kurzfristig die ausschüttbare Dividende (rechnerisch) schmälern, langfristig aber, sofern die Spendentätigkeit entsprechend kommuniziert wird, u.a. zu einer stärkeren Kundenbindung⁴⁶⁰, einer erhöhten Attraktivität des Unternehmens für

Umweltschutz und Sozialverantwortung.“ Anders ist dies selbstverständlich bei privaten Spendern, wie etwa das Engagement von Dietmar Hopp und Hasso Plattner verdeutlicht: vgl. Deutschlandradio Kultur – Politisches Feuilleton, „Mäzenatentum in Deutschland“ v. 07.07.2006.

452 Vgl. Müller-Michaels/Ringel, AG 2011, 101, 104; ähnlich auch Easterbrook/Fischel, 26 J. L. & Econ. 395, 405 (1983).

453 Fleischer, AG 2001, 171, 174; vgl. allgemein zu dieser Thematik Corsten/Roth/FIGGE, 242ff.

454 Mülbert, AG 2009, 766, 773.

455 Begriff von Fleischer, AG 2001, 171, 176.

456 Vgl. die Nachweise bei Abzug/Webb, 41 N. Y. L. Sch. Rev. 1035, 1040 (1997).

457 Becker, Marketing-Konzeption, 30.

458 Vgl. Abzug/Weber, 41 N.Y.L. Sch. L. Rev. (1997), 1035, 1040; Fisch, 41 N. Y. L. Sch. Rev. (1997), 1091, 1097; Kahn, 44 UCLA L. Rev. (1997) 579, 671; vgl. insbesondere die Zahlen bei Heusser/Wittig/Stahl, 6ff.; aus dem deutschen Schrifttum Schreyögg, AG 2009, 759, 766; Empt, 35; Müller-Michaels/Ringel, AG 2011, 101, 104.

459 Mülbert, AG 2009, 766, 768.

460 Zu dem Zusammenhang zwischen Reputation und Kundenbindung eingehend Helm, 219ff. Zu dem Reputationszuwachs durch CSR-Maßnahmen Wüst/Kreutzer/Hermann, 121ff. Allgemein zum Customer Relationship Marketing: Bruhn, RM, 146ff.

(potentielle) Mitarbeiter⁴⁶¹, der Erschließung neuer Kundenkreise und einer generellen Verbesserung des „sozialen Ansehens“ des Unternehmens führen.⁴⁶² Maßnahmen im Bereich des „*corporate citizenship*“ haben zudem kurzfristige Imagegewinne zur Folge⁴⁶³, was sich dann auch langfristig in einer Profiterhöhung („*ethics pays*“⁴⁶⁴) niederschlagen kann.⁴⁶⁵

All diesen positiven Aspekten zum Trotz: Würden unentgeltliche Zuwendungen ausschließlich wegen ihrer direkt gewinnsteigernden Zielsetzung zugelassen, so stünde der Vorstand vor dem Dilemma, dass sich eine solche finanzielle (Werbe-) Wirkung keineswegs immer in quantitativ beziffern und schon gar nicht bilanziell abbilden lässt.⁴⁶⁶ Das Erfordernis der „sich rechnenden Zuwendung“ würde den Vorstand gleichwohl dazu nötigen, bei der Vergabe sozialer Zuwendungen eine betriebswirtschaftliche Prüfung vorzunehmen, inwieweit die betreffende Aufwendung konkret geeignet ist, den Gewinn der Gesellschaft zumindest langfristig zu sichern bzw. zu steigern.⁴⁶⁷ Um einer Schadens-

461 Vgl. *Lis*, 245, die in ihrer empirischen Arbeit zu dem eindeutigen Ergebnis kommt: „Die Korrelationsmatrix zur Prüfung der generellen CSR-Orientierung zeigt höchst signifikante Korrelationen zwischen der generellen CSR-Orientierung und der organisationalen Attraktivität sowie dem Externen Prestige.“; vgl. auch *Crane/Matten*, 51.

462 *Fleischer*, AG 2001, 171, 173.

463 Auf den Werbeeffekt stellt etwa *Rittner*, FS Knur, 205, 227ff. ab. Ähnlich auch *Roth*, 112: „Soziale Aufwendungen dürften darüber hinaus bereits dann unverantwortlich sein, wenn (...) der Aufwendung kein nennenswerter Werbewert gegenübersteht“. Vgl. auch die Erkenntnisse der PWC-Studie, 21, wonach 75% der befragten Unternehmen das Motiv „unser Unternehmensimage verbessern“ als wichtig oder sehr wichtig für ihr soziales Engagement ansahen.

464 *Müller-Michaels/Ringel*, AG 2011, 101, 103.

465 Vgl. *Schreyögg*, AG 2009, 758, 758; ähnlich *Kind*, NZG 2000, 567, 568; aus der betriebswirtschaftlichen Literatur eingehend *Hennigfeld/Pohl/Tolhurst/Matten*, 3ff.: „*Why do companies engage in corporate social responsibility? Background, reasons and basic concepts*.“ Vgl. auch den Fall „*Nike*“: Hier hat das Unternehmen an seinen Produktionsstandorten in Übersee höhere Löhne als das jeweilige Marktniveau gezahlt und dies sodann durch entsprechende Marketingmaßnahmen publik gemacht. Vgl. zu diesem Fall *Williams*, 35 U. C. Davis L. Rev. (2002), 705, 736f. Bemerkenswert ist auch das Beispiel des Pharmakonzerns Merck, der in den neunziger Jahren zweistellige Millionensummen in die Entwicklung des Mittels Mectizan gegen die vorwiegend in Afrika grassierende Flussblindheit investiert hatte. Nach dessen Serienreife entschloss sich das Management dann dazu, das teure Medikament an alle Bedürftigen zu verschenken und sogar für dessen Verteilung in entlegenen Regionen Afrikas zu sorgen; vgl. hierzu *Dunfee*, 62 Law & Contemp. Probs. 129, 132f. (1990); allg. zu Spenden in der pharmazeutischen Industrie *Hauschka/Leipold*, § 38 Rn 39.

466 *Fleischer*, AG 2001, 171, 174.

467 *Müller-Michaels/Ringel*, AG 2011, 101, 103.

ersatzhaftung oder gar dem Vorwurf der Untreue⁴⁶⁸ zu entgehen, müsste der Vorstand in jedem Einzelfall⁴⁶⁹ eine Beurteilung vornehmen, die in der Praxis kaum möglich sein wird.⁴⁷⁰ Moralisches Handeln stellt eben kein instrumentell-strategisches Handeln dar, dessen Parameter sich stets durch eine betriebswirtschaftliche Analyse bestimmen lassen.⁴⁷¹ Das Erfordernis der finanziellen Auswirkungen führt zu einer nicht hinnehmbaren Erhöhung des Haftungsrisikos für den Vorstand, der folgerichtig eine (weder gesellschaftlich noch betriebswirtschaftlich gewollte) größere Zurückhaltung bei der Spendenpraxis üben würde.

c) Ansatzpunkt: Positive (Reflex-) Wirkung für konkretes Unternehmen

Die Vertreter des „positiven Barwertes der Investition“ räumen zum Teil selbst relativierend ein, dass sich dieser auch daraus ergeben könne, dass die Gesellschaft „positive Schlagzeilen produziert“.⁴⁷² Dem ist im Ergebnis zuzustimmen. Wie die obige Untersuchung gezeigt hat, lässt sich die Spendenbefugnis des Vorstandes – und damit die Berücksichtigung der *Stakeholder*-Interessen – in erster Linie dadurch begründen, dass die Aktiengesellschaft für ein dauerhaft erfolgreiches Wirtschaften auf den Rückhalt aller Bezugsgruppen (*Stakeholder*) angewiesen ist; die Spende liegt damit im ureigenen „Interesse des Unternehmens“ bzw. dient dem originären „Gesellschaftswohl“. Dem liegt die Erkenntnis zugrunde, dass auch die Aktiengesellschaft keine Insel, sondern von den sie umgebenden *Stakeholdern* abhängig ist, mithin deren Akzeptanz und Wohlwollen anstreben sollte. Aufgrund dieser Zielrichtung dienen die Unternehmensspenden dann auch dem wohlverstandenen „Wohl der Gesellschaft“ bzw. dem „Unternehmensinteresse“. Es muss für die Zulässigkeit einer unentgeltlichen Zuwendung damit ausreichend sein, sie allein mit dem Ziel vorzunehmen, die soziale Akzeptanz der Aktiengesellschaft zu verbessern und sie als „*good corporate citizen*“ darzustellen. Es ist hierbei nicht danach zu differenzieren, ob diese auch – als Reflex⁴⁷³ – unmittelbare Auswirkungen auf den Profit des Unternehmens

468 Vgl. Ausführungen in Kapitel 2, III.

469 Daher zu Recht *Laub*, AG 2002, 309, 311: „schwierig festzustellende Wirkung der Spende in der Öffentlichkeit“; vgl. zu der Komplexität dieser Frage *Buchholtz Carroll*, 67ff. („*Social Performance and Financial Performance Relationship*“); auch die Ausführungen von *Maak/Ulrich*, 57ff. zu der Fragestellung „Corporate Citizenship als ‚lohrende‘ Investition?“.

470 *Laub*, AG 2002, 308, 309.

471 *Schreyögg*, AG 2009, 758, 766.

472 *Mülbert*, AG 2009, 766, 773.

473 Etwa durch den sog. „Halo-Effekt“, also die Assoziation des eigenen Namens mit einem sozialen Zweck, vgl. *Fisch*, 41 N. Y. L. Sch. Rev. (1997), 1091, 1101; *Eisenberg*, 28 Stetson L. Rev. (1998) 1, 14f. spricht hier auch von dem „*Sheep Clothing Principle*“, da die Unternehmensführer die „wahren“ Absichten der philanthropischen Vorgehens der

zeitigen können. In der Praxis wird sich schließlich auf lange Sicht eine jegliche Beteiligung der Aktiengesellschaft an dem öffentlichen Leben durch Unternehmensspenden auszahlen⁴⁷⁴ – zum einen in der monetär nicht unmittelbar messbaren Steigerung der Bekanntheit und positiveren Wahrnehmung des Unternehmens durch die Gesellschaft⁴⁷⁵ und der Erhöhung der Unternehmensreputation⁴⁷⁶, zum anderen in der größeren Zufriedenheit und Motivation der Arbeitnehmer⁴⁷⁷, der höheren Attraktivität des Unternehmens für (potentielle neue) Mitarbeiter⁴⁷⁸, der Pflege von Marken⁴⁷⁹, der leichteren Beziehungspflege zu den *Stakeholdern*, der Festigung bestehender und Erschließung neuer Kundenkreise,⁴⁸⁰ der Steigerung der Glaubwürdigkeit des Unternehmens, der Verbesserung der Investor Relations⁴⁸¹ und der Erhöhung der Akzeptanz bei den Entscheidungsträgern in Politik und Verwaltung.⁴⁸²

d) Schlussfolgerung: Notwendigkeit eines betrieblichen Bezugs der Unternehmensspende/Nähe zum Unternehmensgegenstand

Stellt man auf die vorgenannten Effekte der Unternehmensspenden für das jeweilige (Einzel-)Unternehmen ab, trifft den Vorstand bei der Auswahl der zu för-

Öffentlichkeit gegenüber oftmals verschweigen bzw. kleinreden. Vgl. auch *PWC-Studie*, 9: „Die Impulswirkungen von Corporate Citizenship, wie bspw. Mitarbeitermotivation und Steigerung der Arbeitgeberattraktivität führen zu einem echten Mehrwert für die Gesellschaft und die Unternehmen (...).“

474 Westermann, ZIP 1990, 770, 774; aus dem betriebswirtschaftlichen Schrifttum Hennigfeld/Pohl/Tolhurst/Matten, 9 („*Economic Drivers of CSR: The Business Case*“).

475 Vgl. Müller-Michaels/Ringel, AG 2011, 101, 103.

476 Vgl. Harms/Hansen/Schaltegger, CSR & EM 20/4, 205; Meyer/Fend/Specht/Blümelhuber/Specht, 147.

477 Vgl. Oehlrich, 480; vgl. auch die *PWC-Studie*, 21, nach der 54% der befragten Unternehmen als Motiv für ihr soziales Engagement die Steigerung der Attraktivität als Arbeitgeber angaben. Ähnlich auch die Auswertung des Förderprogramms „gesellschaftliche Verantwortung im Mittelstand“, wonach 53,9 der befragten Unternehmen Bedarfe aufweisen, die dem CSR zuzurechnen sind. Hierzu „gehören vor allem die Steigerung der Mitarbeiterzufriedenheit, die Erhöhung der gesellschaftlichen Akzeptanz und die Reputationssteigerung“: EY, Evaluation, 179. Im Bereich Mitarbeiterzufriedenheit konnten große Fortschritte durch die subventionierten Maßnahmen verzeichnet werden (a.a.O., 180)

478 Hennigfeld/Pohl/Tolhurst/Matten, 9; vgl. zu dem Einfluss der CSR-Maßnahmen auf potentielle Arbeitnehmer eingehend Lis, 207ff. Allgemein zu der Wirkung des Sponsoring auf eingeführte Marken Baumgarth, 288.

479 Vgl. Bruhn, 236; Esch, 242ff.

480 Buchholtz/Carroll, 61 („*Benefits of Corporate Citizenship*“).

481 Buchholtz/Carroll, 61 („*Benefits of Corporate Citizenship*“).

482 Eingehend etwa zur Unternehmensreputation und Stakeholder-Loyalität Helm, 219ff.

dernden Projekte/gemeinnützigen Organisationen die Pflicht, dafür Sorge zu tragen, dass diese auch dazu geeignet sind, von den betroffenen *Stakeholdern* entsprechend wahrgenommen zu werden. Dies können sie insbesondere dann, wenn sie einen betrieblichen Bezug aufweisen.⁴⁸³ Auf diesem Wege können nicht nur die unternehmenseigenen Kernkompetenzen und die besondere Expertise des betreffenden Unternehmens in den jeweiligen Bereichen bei der Auswahl und/oder Unterstützung gemeinwohlorientierter Aktivitäten genutzt werden; es kann auch eine (mindestens mittelbare) Verbindung der Aktivität des Unternehmens mit dem Unternehmen selbst hergestellt werden. Dies wiederum kann dann zu den o.g. positiven Auswirkungen für die spendende Aktiengesellschaft führen.⁴⁸⁴ Deutlich wird das etwa an dem Unternehmen „Lebensbaum“, das Tee, Kaffee und Gewürze in Bioqualität herstellt und – über die Gründung der „Lebensbaum-Stiftung“ insbesondere Projekte aus dem Bereich Umweltschutz und Ernährung unterstützt (und hierfür nominiert wurde für den CSR-Preis der Bundesregierung 2014).⁴⁸⁵ Ähnliches gilt auch für das Unternehmen Alnatura, welches mit Bio-Lebensmitteln, Naturtextilien und Naturkosmetik handelt und Naturschutzprojekte förderte.⁴⁸⁶

In concreto sollte hierbei eine Orientierung an dem Unternehmensgegenstand und den strategisch bedeutsamen (wirtschaftlichen) Aktivitäten erfolgen.⁴⁸⁷ Erhebungen haben schließlich ergeben, dass

483 Hölters/*Hölters*, § 93 AktG Rn 162; vgl. auch Adidas AG, Corporate Giving Guidelines: „Das gemeinnützige Engagement ist ein wichtiger Bestandteil der Geschäftstätigkeit der adidas group“ (Hervorhebung durch Verf.).

484 Manche führen weiterhin aus, die Spenden sollten überdies immer möglichst effizient gestreut werden (GroßKomm AktG/*Hopt* § 93 Rn 120; KölnKomm/*Mertens/Cahn* § 93 AktG Rn 88). Dies mag zwar (nicht allein aus rechtlichen wie wirtschaftlichen Erwägungen) grundsätzlich erstrebenswert sein, ist aber einer richterlichen Würdigung nur schwer zugänglich (vgl. MünchKomm AktG/*Spindler*, § 93 Rn 71).

485 Jahresbericht CSR-Preis der Bundesregierung 2014, 23.

486 Jahresbericht CSR-Preis der Bundesregierung 2014, 18, 28.

487 Grundlegend *Smith*, Harv. Bus. Rev. 71 (1994), 105; vgl. aus der Praxis auch die Adidas AG: „Bereiche unseres Engagements: (...) Sport im sozialen Kontext, Kinder und Jugend (...)“, Corporate Giving Guidelines; sehr weitgehend Hapag-Lloyd AG: „Aufgrund ihrer gesellschaftlichen Verpflichtung gewährt Hapag-Lloyd Geld- und Sachspenden zur Förderung von Wissenschaft und Forschung, für Kunst, Kultur und Sport und für soziale und karitative Aufgaben.“ (Globale Ethikrichtlinie, 9); ähnlich auch Volkswagen AG: „Danach gewähren wir Geld- und Sachspenden für Aktivitäten und Projekte mit den Schwerpunkten Wissenschaft und Bildung, Kultur und Sport sowie soziale Anliegen. Die Volkswagen AG engagiert sich in den Bereichen Wissenschaft und Forschung, Ausbildung, karitative Zwecke, Sport, Kultur, allgemeine humane sowie sonstige Zwecke, Kirchen, kirchliche Vereine, Akademien.“ (Nachhaltigkeitsbericht 2103, 76); vgl. auch die Daimler AG: „Als weltweit führendes Unternehmen unterstützt der Daimler Konzern

„ein Abgleich der eigenen Unternehmensaktivität und der damit verbundenen gesellschaftlichen Herausforderungen (...) nicht nur den Ertrag für alle Beteiligten erhöht), sondern (...) sich auch positiv auf die interne und externe Glaubwürdigkeit aus(wirkt).“⁴⁸⁸

Hiermit wird auch dem allgemeinen, o.g.⁴⁸⁹ Erfordernis des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, das Handeln des Vorstandes müsse sich stets am Unternehmensgegenstand orientieren, genügt. Anschaulich zeigt dies etwa⁴⁹⁰ die Hochtief AG:

„Der Schwerpunkt der Aktivitäten liegt dabei auf zwei Themenbereichen: Bildung und Nachwuchsförderung sowie der Gestaltung und Erhaltung von Lebensräumen. Sie stehen in einem besonderen Verhältnis zum Unternehmen und zur Geschäftstätigkeit und wirken nachhaltig.“⁴⁹¹,

die Linde AG:

„Wir engagieren uns weltweit mit einer Vielzahl von Projekten. Dabei konzentrieren wir uns auf Regionen und Initiativen, die im Zusammenhang mit unserer Geschäftstätigkeit stehen.“⁴⁹²

Ähnlich deutlich gibt sich auch die Siemens AG:

„Wir konzentrieren unsere Corporate-Citizenship-Aktivitäten unter einem strategischen Blickwinkel auf die Bereiche, in denen unsere Kompetenzen, Ressourcen und freiwilligen Mitarbeitereinsätze (Volunteering) unter Anwendung hoher Ma-

an seinen Standorten Institutionen, Projekte oder Veranstaltungen aus dem Sozialen, der Bildung und Wissenschaft, der Kunst und Kultur sowie dem Sport, um damit gesellschaftlichen Nutzen zu stiften. Darüber hinaus engagiert sich der Daimler Konzern in der internationalen Katastrophenhilfe.“ (Daimler AG, Richtlinie für integres Verhalten, 21); ähnlich weit die TUI AG: „Aufgrund unserer gesellschaftlichen Verpflichtung gewährt TUI Geld- und Sachspenden zur Förderung von Wissenschaft und Forschung, für Kunst, Kultur und Sport und für soziale und karitative Aufgaben.“ (TUI AG Verhaltenskodex, 6). Etwas enger die Deutsche Bahn: „Der DB-Konzern fördert primär Maßnahmen in den Bereichen Bildung und Kultur, Integration und Fürsorge, Klima- und Naturschutz sowie humanitäre Hilfe.“ (Deutsche Bahn, Konzerngrundsätze Ethik, 4) und die Continental AG: „Schwerpunkte des gesellschaftlichen Engagements waren wiederum die Bereiche Soziales und Verkehrssicherheit, Bildung und Wissenschaft sowie Sport.“ (Geschäftsbericht 2014).

488 PWC-Studie, 19.

489 Vgl. die Ausführungen in Kapitel 2, I., 1., e).

490 Vgl. auch die Munich Re AG, Corporate Responsibility – Kurzbericht 2013/14, 2: „Zivilgesellschaft. In Form von Spenden, Sozialsponsoring und Corporate Volunteering unterstützen wir bevorzugt Projekte mit Bezug zu geschäftsnahen Themen (...).“

491 Hochtief, Konzernbericht 2014, 152; vgl. dort auch S. 154: „Unsere Konzernrichtlinie Spenden und Sponsoring definiert die Themenschwerpunkte der Aktivitäten, die Verantwortlichen und regelt die Berichtsprozesse und -pflichten.“

492 Linde AG, Nachhaltigkeitsbericht 2014, 70.

nagementstandards einen wirksamen Beitrag leisten können: Bildung und Wissenschaft: Wir streben einen kontinuierlichen Dialog mit jungen Menschen an und identifizieren und fördern Talent schon in frühen Jahren. Wir unterstützen Bildungs- und Forschungsaktivitäten, insbesondere in den Natur- und Ingenieurwissenschaften sowie im Gesundheitswesen. (...)"⁴⁹³

und die Lanxess AG:

„Im Zentrum unseres gemeinnützigen Handelns steht die Förderung der naturwissenschaftlichen Bildung an Schulen, denn qualifizierte Mitarbeiter sind überall auf der Welt die Grundvoraussetzung für den nachhaltigen Erfolg unseres Unternehmens.“⁴⁹⁴

und die Fresenius Medical Care AG:

„Bei Fresenius Medical Care verpflichten wir uns zu unternehmensbürgerschaftlichem Engagement und unterstützen die Nutzung unserer Ressourcen für Fortschritte in der Gesundheitsversorgung und für weitere gemeinnützige Zwecke. Wir leisten Spenden für wohltätige Zwecke, insbesondere zugunsten von Nierenpatienten.“⁴⁹⁵

In diesen Bereichen können die betroffenen Unternehmen auch ihre spezifischen Kenntnisse und komparativen Vorteile besonders effizient und effektiv für die Allgemeinheit einsetzen. Dies zeigt sich etwa bei der Deutschen Telekom AG:

„Mit der Lehrer- und Schülerinitiative „Teachtoday“ fördern wir Medienkompetenz, indem wir Lehrkräfte, Schulleitungen und Schulsozialarbeiter, aber auch Eltern und Schüler mit praxis- und alltagsnahen Tipps und Ressourcen zum Lernen mit digitalen Medien unterstützen. Gleichzeitig stellen wir mit der Initiative „Telekom@School“ die technische Infrastruktur bundesweit kostenlos an 34 000 allgemein- und berufsbildenden Schulen zur Verfügung.“⁴⁹⁶,

493 Siemens AG, Lagebericht 2014, 232; nicht eindeutig demgegenüber die Allianz SE (Nachhaltigkeitsbericht 2014, 38): „Wir spenden Geld, um Themen im Bereich Soziales, Umwelt und Kultur zu adressieren, die für die Allianz und die Gemeinschaften, in denen wir tätig sind, Relevanz haben.“ und die BMW AG (Sustainable Value Report 2014, 136ff.): „Deshalb werden wir unsere Schwerpunkte interkulturelle Innovation und soziale Inklusion sowie Ressourceneffizienz mit einem besonderen Fokus auf das Thema Wissenstransfer inhaltlich vertiefen und weiter ausgestalten.“

494 Lanxess AG, Nachhaltigkeitsbericht 2014, 41; vgl. auch SAP SE, Integrierter Bericht 2014: „Schwerpunkt unserer Initiativen waren auch 2014 zwei Bereiche, die sowohl für uns als Unternehmen als auch für die Gesellschaft von entscheidender Bedeutung sind. (<http://sapintegratedreport.com/2014/de/unternehmensleistung/gesellschaftliche-leistung/mitarbeiter-und-gesellschaftliches-engagement.html>).“

495 Fresenius MedicalCare AG & Co. KGaA, Ethik- und Verhaltenskodex, 27.

496 Deutsche Telekom AG, Corporate Responsibility Bericht 2014, 20; ähnlich auch Merck KGaA, Nachhaltigkeitsbericht 60ff., deren Engagement vor allem auf „philanthropische Gesundheitsprojekte“ fokussiert ist.

und der SAP SE:

„1.100 gemeinnützige Organisationen erhielten Softwarespenden. Dazu zählten eine umfassende SAP-Business-One-Implementierung für das Unternehmen Specialisterne, das eng mit der SAP zusammenarbeitet und Menschen aus dem autistischen Spektrum beschäftigt und vermittelt, sowie eine Spende für die Arbeitsvermittlungsagentur Emprego Ligado, die mit einer Online-Jobbörse ungelernten brasilianischen Arbeitskräften zu einer Stelle verhilft. (...) Zudem gingen wir eine innovative Partnerschaft ein, in deren Rahmen die SAP eine High School mit Technologieschwerpunkt in New York City, mitgründete.“⁴⁹⁷

Im Einzelfall kann die Grenzziehung indes schwierig sein, wie der – nicht im Aktienrecht angesiedelte – Fall „Wella/Suhrkamp“ illustriert. Während des Suhrkamp-Insolvenzverfahrens zahlte das Ehepaar Ströher, das durch den Verkauf des Wella-Unternehmens an Procter & Gamble im Jahr 2003 zu erheblichem Reichtum gekommen war, über eine eigens zu diesem Zwecke gegründete GmbH die Honorare der Autoren.⁴⁹⁸ Es wurde zugesichert, dass der Verlag diese Zwischenfinanzierung an die Familie Ströher zurückerstattet werde, sobald es das Verfahren zulasse.⁴⁹⁹ Welche Interessen die Wella-Erben hiermit verfolgten, blieb unklar. Während manche ihnen ein (monetäres) Interesse am Einstieg in den Verlag unterstellten⁵⁰⁰, hielten andere die „Leidenschaft für Kultur“ für ausschlaggebend.⁵⁰¹

e) Folgerung: Erfordernis einer transparenten, zweckgerichteten, sparsamen und wirtschaftlichen Mittelverwendung

Die spendende Aktiengesellschaft sollte also, wenn sie mit den „sozialen Aufwendungen“ in Verbindung gebracht werden möchte bzw. an deren positiven Außenwirkung „partizipieren“ möchte, sicherstellen, dass die Unternehmensspenden auch transparent, zweckgerichtet, sparsam und wirtschaftlich effektiv für den geförderten Zweck verwendet werden.⁵⁰² Ein Verstoß gegen diese (im Übrigen ohnehin aufgrund betriebswirtschaftlicher und steuerlicher weitgehend selbstverständliche) Vorgaben könnte dazu führen, dass die gewünschten o.g. Effekte aufgrund einer negativen *Publicity* und/oder eines geringeren Wirkungs-

497 SAP SE, Integrierter Bericht 2014, <http://sapintegratedreport.com/2014/de/unternehmensleistung/gesellschaftliche-leistung/mitarbeiter-und-gesellschaftliches-engagement.html>.

498 Frankfurter Allgemeine Zeitung „Die verschwiegenen Suhrkamp-Retter aus Darmstadt“ v. 15.08.2013.

499 DER SPIEGEL „Wella-Erben strecken Autorenhonorare vor“ v. 12.08.2013.

500 Rheinische Post „Milliardenschwerer Wella-Clan hilft Suhrkamp“ v. 22.08.2013.

501 Frankfurter Allgemeine Zeitung „Die verschwiegenen Suhrkamp-Retter aus Darmstadt“ v. 15.08.2013.

502 Hölters/Hölters, § 93 AktG Rn 164.

grades der Spende nicht erreicht werden. Wie bereits erörtert, setzt ein Handeln des Vorstandes, das den Erfordernissen des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG genügen soll, das Vorliegen von angemessenen Informationen voraus.⁵⁰³ Zu der Frage der effektiven Mittelverwendung sollten daher im Vorfeld ausreichende (und mit Dokumenten belegte) Informationen abgefragt bzw. vorgelegt werden.⁵⁰⁴

f) Folgerung: Verbot des Mäzenatentums

Das Erfordernis der Steigerung der Akzeptanz der Aktiengesellschaft stellt nicht nur ein hinreichendes, sondern auch ein erforderliches Kriterium dar. Dies bedeutet dann: Da in Fällen des Mäzenatentum per definitionem keine Verbindung zwischen der Gesellschaft und der Spende hergestellt werden kann⁵⁰⁵, diese also auch keine positiven Effekte auf das Unternehmen zeitigen kann⁵⁰⁶, sollten solche Spenden von der Unternehmensführung grundsätzlich nicht getätigt werden.⁵⁰⁷ Es ist auch nicht erkennbar, wie eine nicht auf das spendende Unternehmen zurückführbare Spende dem „Wohl der Gesellschaft“ bzw. dem „Unternehmensinteresse“ dienen sollte. In Zeiten des erkennbaren Bedeutungszuwachses der Transparenz⁵⁰⁸ ist schließlich ohnehin nicht erkennbar, welche Gründe für die Geheimhaltung einer Unternehmensspende sprechen können.⁵⁰⁹

g) Zusammenfassung

Nach dem oben Gesagten bleibt damit festzuhalten: Der Vorstand darf auch solche Aufwendungen tätigen, die nicht unmittelbar eine Gewinnmaximierung mit

503 Vgl. die Ausführungen in Kapitel 2, I., 1. e).

504 Vgl. zu der Umsetzung in der Praxis die Ausführungen in Kapitel 5, V.

505 Vgl. *Balotti/Hanks*, 54 Bus. Law. (1999), 965, 967; vgl. auch *Minow*, 54 Bus. Law. (1999), 997, 999.

506 Vgl. *Mülbert*, AG 2009, 773; *Spindler/Stilz/Fleischer*, § 76 AktG, Rn. 45.

507 Vgl. *Säcker*, BB 2009, 282, 284.

508 Vgl. etwa Daimler AG: „Wir achten auf Transparenz und Verhältnismäßigkeit. Verantwortungsbewusstes Miteinander setzt Entscheidungen voraus, die transparent und nachvollziehbar sind.“ (Daimler, Richtlinie für integres Verhalten, 13); Allianz SE (Nachhaltigkeitsbericht 2014, 62): „Wir achten darauf, dass unsere Spenden unter transparenten Bedingungen erfolgen und auf einheitlichen Grundsätzen basieren.“; Merck KGaA, Nachhaltigkeitsbericht 2014, 81: „Im Rahmen der Selbstverpflichtungen, die wir über unsere Mitgliedschaft in verschiedenen Verbänden eingegangen sind, berichten wir darüber hinaus transparent über unsere Unterstützungsleistungen.“; ähnlich auch TÜV Nord AG, Verhaltenskodex, 6; TUI AG, Verhaltenskodex, 6; Voith GmbH, Nachhaltigkeitsbericht 2013, 12; Lanxess AG, Nachhaltigkeitsbericht 2014, 15. Vgl. im Kontext der Grundsätze nachhaltiger Unternehmensführung auch Günther/Ruter/Bassen/Gödker/Senk, 196ff.

509 Ähnlich *Säcker*, BB 2009, 282, 284, der zudem anführt, nur so könne sich „ungeschriebenes positives Satzungsrecht bilden.“

sich bringen,⁵¹⁰ denn eine Anknüpfung an eine positive wirtschaftliche Rückwirkung ist bereits mit dem Charakter sozialer Zuwendungen nur schwer in Einklang zu bringen.⁵¹¹ Generell ist davon auszugehen, dass ein von sozialer Verantwortung getragenes Handeln des Vorstandes auch günstig auf das Unternehmen zurückwirkt – sofern dieses auf das Unternehmen „zurückverfolgt“ werden kann, was mit den o.g. zusätzlichen Erfordernissen abgesichert werden kann – und seine Produktionskraft und seine Wirkungsmöglichkeiten sowie seine Geltung und seinen Einfluss steigern.⁵¹² Langfristiges Gewinnstreben und Freigiebigkeit stellen vor dem Hintergrund dieser Erwägungen keine sich widersprechende, sondern komplementäre Ziele dar.⁵¹³

2. Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit

Eine weitere Grenze wird zumeist in dem Kriterium der „Angemessenheit“ bzw. der „Verhältnismäßigkeit“ der Spende gesehen.

a) Meinungsstand

Zahlreiche Stimmen im Schrifttum führen aus, CSR-Maßnahmen im generellen und Unternehmenspenden im Speziellen seien nur dann zulässig, wenn sie selbst „angemessen“⁵¹⁴ und „verhältnismäßig“⁵¹⁵ sind.⁵¹⁶ Andere argumentieren ähnlich,: Spenden sollten „der Höhe nach, bezogen auf die Unternehmensverhältnisse vertretbar“⁵¹⁷ sein oder dem „üblichen Rahmen“⁵¹⁸ bzw. einem „vernünftigen Rahmen“⁵¹⁹ bei einer AG entsprechen. Zum Teil wird auch ausge-

510 Ähnlich *Fleischer*, AG 2001, 171, 174.

511 *Schreyögg*, AG 2009, 758, 766; *Müller-Michaels/Ringel*, AG 2011, 101, 109f.; a.A.: *Mülbert*, AG 2009, 766, 772f.

512 MünchKomm AktG/*Spindler*, § 76 Rn 87; widersprüchlich dann aber in Rn. 93: „Maßnahmen, die dem Allgemeininteresse dienen, müssen stets irgendwie (sic!) auch für das Unternehmen sinnvoll sein.“.

513 MünchKomm AktG/*Spindler* § 76 Rn 88.

514 *Vorderwülbecke*, BB 1989, 505, 508; *Mertens*, FS Goerdeler, 349, 360.

515 Roth, 111 sieht die Grenze des unternehmerischen Ermessens verletzt, wenn die soziale Aufwendung „grob unverhältnismäßig“ ist.

516 *Mülbert-Michaels*, AG 2011, 110; *Kind*, NZG 2000, 567, 568; *Mülbert*, AG 2009, 773; *Westermann*, ZIP 1990, 771, 775; *Kohlmann/Felix*, DB 1982, 1059, 1060; *Schneider*, AG 1983, 205, 214.

517 *Kohlmann/Felix*, DB 1982, 1059, 1060.

518 *Marsch*, 54.

519 *Fleischer*, AG 2001, 171, 177 in Anlehnung an den *reasonableness*-Test des Delaware Supreme Court in der Entscheidung *Theodora Holding Corp. vs. Henderson* 257 A.2d

führt, dass Spenden der Höhe nach „vertretbar“ sein müssten im Verhältnis zum Gewinn, zur Kapitalausstattung, zur Finanzierung und Ertragslage sowie den Zukunftsaussichten des Unternehmens⁵²⁰ oder im „vernünftigen Verhältnis“ zu den Gesamtaufwendungen der Gesellschaft stehen müssten.⁵²¹

Andere weisen auf die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles und die Schwierigkeiten der Konkretisierung der vorgenannten unbestimmten Rechtsbegriffe hin und wollen daher generell keine quantitative Grenze ziehen.⁵²²

b) Praxisrelevanz

Diese Frage ist etwa bei den (sofern man diese unter den Begriff „Spende“ subsumiert) Zuwendungen an die Stiftungsinitiative der Deutschen Wirtschaft erstmals virulent geworden.⁵²³ So zahlte etwa die Deutsche Telekom AG, die zum damaligen Zeitpunkt einen Konzernüberschuss von 3 Mrd. DM ausgewiesen hat, im Oktober 2009 einen Betrag von 100 Mio. DM, also 3,3% des letzten Konzernüberschusses.⁵²⁴ In der Vergangenheit wurde ebenfalls die *Publicity*-wirksame Gründung der „Allianz Umweltstiftung“ diskutiert, die von der (damaligen) Allianz AG im Jahr 1990 anlässlich ihres hundertjährigen Bestehens errichtet und mit einem Stiftungskapital von 100 Mio. DM (1 Mio. DM pro Jahr des Bestehens) ausgestattet wurde.⁵²⁵

Die Spendenetats großer Aktiengesellschaften weisen auch heute noch zum Teil einen erheblichen Umfang auf: So verwendet etwa die Daimler AG ausweislich ihres Nachhaltigkeitsberichts 2013 in den letzten Jahren jeweils rd. 60 Mio. EUR p.a.⁵²⁶ und die BASF SE 2014 rd. 45 Mio. EUR⁵²⁷ (beide) für „Spenden an gemeinnützige Einrichtungen und in Sponsorings für gesellschaftliche Projekte“, die Deutsche Bank AG wiederum engagierte sich 2014 gar mit

398, 405 (Del. Ch. 1969); *Raiser/Veil*, § 14 Rn 72; ähnlich *Vorderwülbecke*, BB 1989, 505, 508: „in einem vernünftigen Verhältnis zu den Gesamtaufwendungen.“

520 *Schneider*, AG 1983, 205, 213f.

521 *GroßKom/Barz*, 3. Aufl. (1973), § 58 AktG Anm. 24/25.

522 Vgl. *Vorderwülbecke*, BB 1989, 505, 508: „Grenzziehung in quantitativer Hinsicht ... unmöglich.“ m.w.N.

523 Wolfgang Gibowski, Sprecher einer Stiftungsinitiative der deutschen Wirtschaft sprach in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung v. 3.11.1999 von einer „freiwilligen symbolischen Geste der Industrie“.

524 Nachweise bei *Laub*, AG 2002, 308.

525 *Mülbert*, AG 2009, 766, 774.

526 Nachhaltigkeitsbericht der Daimler AG 2014, S. 2, 32. Nicht einberechnet sind hierbei Stiftungsaktivitäten sowie *Corporate-Volunteering*-Einsätze und von dem Konzern selbst initiierte Projekte.

527 BASF SE, Nachhaltigkeitsbericht 2014, 47; 32% davon wurden gespendet.

80,5 Mio. EUR in diesem Bereich,⁵²⁸ die Allianz SE 2014 in Höhe 20,9 Mio. EUR⁵²⁹. Die SAP SE spendete 2014 22 Mio. EUR an staatliche und nichtstaatliche Organisationen.⁵³⁰ Die für diesen Bereich zur Verfügung gestellten Beträge variieren jedoch zwischen den Unternehmen ganz erheblich – wobei bei manchen frei zugänglichen Zahlen unklar bleibt, ob es sich „nur“ um Spenden oder auch um Sponsoring-Maßnahmen handelt. Während die Volkswagen AG „nur“ 19 Mio. EUR p.a.⁵³¹, die Deutsche Post AG 2014 20 Mio. EUR⁵³², die BMW AG in demselben Jahr 10,19 Mio. EUR⁵³³, die Munich Re AG 2013 rd. 9 Mio. EUR⁵³⁴ und das DAX-Unternehmen Linde AG 2014 sogar nur 2,8 Mio. EUR in diesem Bereich ausweist⁵³⁵, berichten die Bayer AG 2014 von rd. 49 Mio. EUR⁵³⁶ und die Siemens AG von 27,4 Mio. EUR⁵³⁷ für gemeinnützige Investitionen. Die Hochtief AG wiederum verwendete im Vergleich 2014 6,4 Mio. EUR für Spenden (und Sponsoring),⁵³⁸ die RWE AG 2014 5,4 Mio. EUR⁵³⁹, die Commerzbank AG über die verschiedenen Stiftungen 2014 2,6 Mio. EUR⁵⁴⁰, die ebenfalls DAX notierte K + S AG⁵⁴¹ ebenso wie die Lanxess AG⁵⁴² und die Infi-

528 Deutsche Bank AG, Lagebericht 2014.

529 Allianz SE, Nachhaltigkeitsbericht 2014, 3.

530 SAP SE, Integrierter Bericht 2014, <http://sapintegratedreport.com/2014/de/unternehmensleistung/gesellschaftliche-leistung/mitarbeiter-und-gesellschaftliches-engagement.html>.

531 Volkswagen AG, Nachhaltigkeitsbericht 2013, 76.

532 Deutsche Post AG, Geschäftsbericht 2014, 161.

533 BMW AG, Sustainable Value Report 2014, 15 (bei einem Gesamtvolumen für gesellschaftliches Engagement iHv 35,4 Mio. EUR).

534 Munich Re, Corporate Responsibility – Kurzbericht 2013/14, 14. Beachte: Laut den Angaben in dem Bericht setzt sich dieser Betrag zusammen aus den „Spenden, Sponsorings, Mitgliedschaften für Wissenschaft/Bildung, Soziales, Gesundheit, Kultur, demografischer Wandel, Umwelt und Naturkatastrophen sowie Sachspenden, politische Zuwendungen, Corporate Volunteering, Stiftungen eRGO, Stiftungen Munich Re“.

535 Linde AG, Nachhaltigkeitsbericht 2014, 9. Insgesamt förderte Linde im Jahr 2014 weltweit Projekte und Initiativen mit mehr als 6,6 Mio. EUR, rund 2,8 Mio. EUR davon wurden gespendet (a.a.O., 70).

536 Untergliedert in „Bildung und Wissenschaft“ (13 Mio.), „Gesundheit und Soziales“ (17 Mio.) und „Sport und Kultur“ (19 Mio.); entnommen aus dem zusammengefassten Lagebericht, S. 145.

537 Siemens AG, Vision 2020, 18.

538 Hochtief AG, Konzernbericht 2014, 154.

539 RWE AG, Nachhaltigkeitsbericht 2014, 50.

540 Commerzbank AG, Nachhaltigkeitsbericht 2014, 17.

541 K + S AG, Nachhaltigkeitsbericht 2014, 15.

542 Lanxess AG, Nachhaltigkeitsbericht 2014, 42.

neon Technologies AG⁵⁴³ rund 1 Mio. EUR und die TÜV Nord AG 2014 2 Mio. EUR.⁵⁴⁴

c) Stellungnahme und Konkretisierung im Einzelfall

Wie erörtert, dient die Spendentätigkeit des Vorstandes in erster Linie dem *Stakeholder-Involvement* und führt (idealiter) zu den o.g. positiven Reflexwirkungen. Diese Aktivitäten verfolgen gleichwohl im Verhältnis zu der „primären Zielsetzung“ der Aktiengesellschaft, Gewinne zu erwirtschaften und eine langfristige Rentabilität des Unternehmens zu sichern, nur einen Nebenzweck. Dies muss sich auch im Umfang der Aktivitäten in diesem Bereich widerspiegeln. Hinsichtlich des Spendenvolumens muss daher das allgemeine Gebot der Angemessenheit gelten;⁵⁴⁵ dies ergibt sich nicht zuletzt aus den Erfordernissen, denen jegliches Vorstandshandeln zu genügen hat und die in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG fixiert wurden.⁵⁴⁶

Fraglich ist dann jedoch, wie dieser unbestimmte Rechtsbegriff in praxi ausformuliert werden kann; hierzu werden verschiedene Lösungen vorgeschlagen:

So wird zum Teil dazu geraten, auf Kriterien aus dem Steuerrecht zurückzugreifen.⁵⁴⁷ So solle die steuerliche Absetzbarkeit nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 KStG die „absolute Obergrenze“⁵⁴⁸ freiwilliger Zuwendungen darstellen; alles, was hierüber hinausgehe, sei rechtlich Gewinnverwendung und nicht mehr bloßer (bilanzieller) Aufwand.⁵⁴⁹ Argumentiert wird hierbei, die steuerlichen Abzugsvorschriften spiegelten die Ansicht des Gesetzgebers wider, „in welchem Umfang der Vorstand einer Aktiengesellschaft gemeinnützige Zuwendungen zu fördern berechtigt ist.“⁵⁵⁰ Überdies ergebe sich dies auch aus betriebswirtschaftlichen Erwägungen, da die Überschreitung der steuerlichen Abzugsmöglichkeiten automatisch – als Folge der hohen Steuersätze – das Volumen der zugesagten Zahlungen für die Unternehmen mehr als verdoppeln würde.⁵⁵¹

Gegen eine derartige Festlegung spricht allerdings, dass das Steuerrecht einen fiskalischen Regelungszweck besitzt: die Generierung von Mitteln zum

543 Infineon Technologies AG, Geschäftsbericht 2014, 95.

544 TÜV Nord AG, Geschäftsbericht 2014, 79.

545 Vgl. BGH v. 6. 12. 2001 – 1 StR 215/01, NJW 2002, 1585, 1587.

546 Vgl. die Ausführungen in Kapitel 2, I., 1., e).

547 GK AktG/Hopt § 93 AktG Rn 120.

548 Formulierung von Philipp, AG 2000, 62, 65.

549 Philipp, AG 2000, 62, 65 ebenfalls im Zusammenhang mit den Entschädigungszahlungen einer Aktiengesellschaft an ehemalige Zwangsarbeiter; vgl. auch Roth, 110; vgl. auch Kind, NZG 2000, 567, 569.

550 Baas, 173; ähnlich Ebenroth, 113f.

551 Philipp, AG 2000, 62, 65.

Zwecke der staatlichen Aufgabenerfüllung.⁵⁵² Durch solche Regelungen kann daher keine Aussagen über die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit einzelner Maßnahmen des Vorstandes getroffen werden.⁵⁵³ Dies schließt indes nicht aus, dass die konkrete Prüfung, ob die Spende auch tatsächlich im Unternehmensinteresse liegt, dann besonders sorgfältig zu erfolgen hat, wenn sie steuerlich nicht absetzbar ist.⁵⁵⁴

Andere wiederum möchten die (maximale) Spendenhöhe in eine feste Relation zum Bilanzgewinn der AG stellen.⁵⁵⁵ So könne als verhältnismäßig die Vergabe von Spenden durch den Vorstand bis zu einem Betrag von maximal 1% des Bilanzgewinnes anzusehen sein.⁵⁵⁶ Andere hegen keine gesellschaftsrechtlichen Bedenken, sofern die Spenden „unter 5% des ausgeschütteten Gewinnes nach Steuern liegen“.⁵⁵⁷

Eine solch eindeutige quantitative Festlegung besitzt ohne Frage den Charme der Rechtsklarheit und Berechenbarkeit. Tatsächlich geht die Heranziehung „gegriffener Größen“ jedoch an der Realität und Vielgestaltigkeit sowohl von Unternehmensstrukturen als auch Erscheinungsformen sozialen Engagements vorbei.⁵⁵⁸ Dies wird auch darin deutlich, dass selbst die Vertreter solcher „starrer Grenzen“ noch eine Abwägung hinsichtlich der Angemessenheit der konkreten „Einzelspende“ vornehmen möchten.⁵⁵⁹ Schließlich kann eine Spende, die für das eine Unternehmen unangemessen erscheint, für ein Unternehmen in einer anderen Branche ohne weiteres als verhältnismäßig und sinnvoll angesehen werden, etwa, weil in der betroffenen Branche eine solche Praxis üblich ist oder die Besonderheiten der konkreten Situation des Unternehmens – bisheriges Verhalten, Bedeutung des *Stakeholder-Involvements*, politisches oder gesellschaftliches Umfeld – ein derartiges Vorgehen nahelegen. Der Vorstand

552 Spindler/Stilz/Fleischer, § 76 AktG, Rn. 47; Mertens, FS Goerdeler, 349, 354, Fn. 12; Müller-Michaels/Ringel, AG 2011, 101, 110.

553 Kind, NZG 2000, 567, 569; Kulitz, 160; Vorderwülbecke, BB 1989, 505, 507; allg. Lutter/Hommelhoff, NJW 1988, 1240f.

554 Schneider, AG 1983, 205, 214; ähnlich Roth, 112: „Genau zu prüfen sind auch steuerlich nicht absetzbare betriebliche Zuwendungen.“

555 Anders Laub, AG 2002, 309, 313: „... (es kann) die gleiche Spende für ein Unternehmen aus verschiedenen Erwägungen angemessen sein, während sie für ein anderes Unternehmen unangemessen ist. Die Spendenkompetenz an festen Bezugsgrößen, wie Bilanzsumme oder -gewinn festzumachen, führt damit nicht weiter.“

556 So auch Kind, NZG 2000, 567, 569; das Verhältnis zwischen der Spendensumme und dem Gewinn nach Steuern wird in der Praxis nur sehr selten angegeben. Eine Ausnahme macht etwa die Siemens AG (Vision 2020, 18; in concreto: Spendenvolumen iHv 27,4 Mio. EUR in 2014, was einem Anteil von 0,5 des Unternehmensgewinn entspricht).

557 Säcker, BB 2009, 282, 284.

558 Müller-Michaels/Ringel, AG 2011, 101, 110; Laub, AG 2002, 308, 312.

559 Ransiek, AG 2009, 782, 786.

muss daher die Angemessenheit stets anhand des jeweiligen Einzelfalles prüfen. Es wird hierbei etwa die konkrete (finanzielle) Situation des Unternehmens am Markt und in der Wahrnehmung der Öffentlichkeit bei der Entscheidung zu berücksichtigen sein; dieses Momentum ließ sich etwa bei der VW AG beobachten, bei der bereits nach kurzer Zeit nach Bekanntwerden der Täuschungen bei den Dieselfahrzeugen die Frage laut wurde, ob die neuen finanziellen Rahmenbedingungen (und Risiken) Auswirkungen auf das Engagement der AG im Bereich des Gemeinwohls (und die Sponsoringaktivitäten etwa für den FC Wolfsburg) zeitigen könnten/sollten.⁵⁶⁰ Als weitere maßgebliche Kriterien sind die Kennzahlen Umsatz, Gewinn, wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, Ausrichtung des Unternehmens im Markt und nicht zuletzt die Verkehrsüblichkeit von Unternehmensspenden in der konkreten Branche heranziehen.⁵⁶¹ Die (deutsche) „*Business Judgement Rule*“ nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG findet bei der o.g. Abwägung zugunsten des Vorstandes Anwendung.

Der hiermit einhergehende Rekurs auf unbestimmte Rechtsbegriffe ist angesichts der Komplexität und Vielschichtigkeit der in Betracht kommenden Sachverhalte hinnehmbar und dem Aktienrecht auch nicht fremd (vgl. nur § 93 Abs. 1 S. 2 AktG: „*vernünftigerweise* annehmen“; § 304 AktG: „Ein Gewinnabführungsvertrag muss einen *angemessenen* Ausgleich für die außenstehenden Aktionäre durch eine auf die Anteile am Grundkapital bezogene wiederkehrende Geldleistung (Ausgleichszahlung) vorsehen“; § 243 Abs. 2 S. 3 AktG: „Dies gilt nicht, wenn der Beschluss den anderen Aktionären einen *angemessenen* Ausgleich für ihren Schaden gewährt.“; § 87 Abs. 1 S. 1 AktG: „Der Aufsichtsrat hat bei der Festsetzung der Gesamtbezüge des einzelnen Vorstandsmitglieds dafür zu sorgen, dass diese in einem *angemessenen* Verhältnis zu den Aufgaben und Leistungen des Vorstandsmitglieds sowie zur Lage der Gesellschaft stehen und die übliche Vergütung nicht ohne besondere Gründe übersteigen“ – alle Hervorhebungen durch Verf.).

3. Verbot von Interessenkollisionen

Schließlich wird vorgebracht, die Befugnis des Vorstands zur Vergabe von Unternehmensspenden ende, wenn seine Auswahlentscheidung sachwidrig durch persönliche Präferenzen beeinflusst wird.⁵⁶² Dies sei etwa dann der Fall, wenn Vorstandsmitglieder oder deren nahe Familienangehörige eine enge Verbindung

560 Vgl. <http://www.faz.net/aktuell/sport/fussball/bundesliga/vw-skandal-auswirkungen-auf-vfl-wolfsburg-nicht-absehbar-13821404.html>.

561 Müller-Michaels/Ringel, AG 2011, 101, 110; Vorderwülbecke, BB 1989, 505, 508.

562 Rittner, FS Geßner, 139, 156; Westermann, ZIP 1990, 771, 1775; Mertens, FS Goerdeker, 349, 357.

zu der unterstützten Einrichtung pflegen; in diesen Konstellationen liege ein Interessenkonflikt vor, der nicht hinzunehmen sei.⁵⁶³

Eine derartige Grenze erscheint vor dem Hintergrund der organschaftlichen Pflichten des Vorstandes aus § 93 AktG zur Vermeidung von Interessenkollisionen⁵⁶⁴ als selbstverständlich.⁵⁶⁵ Beredten Ausdruck findet dies auch in Ziff 4.3 DCGK, der die einschlägigen Fragen unter der Zwischenüberschrift „Interessenkonflikte“ behandelt.

Diese Grenze gilt es umso mehr bei Unternehmensspenden zu beachten, als, wie gesehen⁵⁶⁶, in diesem Bereich die zusätzliche Herausforderung besteht, dass der (monetäre) „Erfolg“ der Spende, anders als bei anderen unternehmerischen Aktivitäten, kaum mess- und überprüfbar ist, was eine gewisse Versuchung zur Folge haben kann, die anvertrauten Mittel für persönliche Interessen einzusetzen.⁵⁶⁷ Letztendlich handelt es sich bei dem Problem damit um einen besonderen Unterfall des vorgenannten⁵⁶⁸ Prinzipal-Agent-Konflikts.⁵⁶⁹ Die für das Privatrecht ungewöhnliche Befugnis, als Treuhänder für Dritte Geld ausgeben zu dürfen, ohne dass dies (unmittelbare) finanzielle Vorteile für den Treugeber zeitigen muss, beinhaltet die besondere Gefahr, dass persönliche Präferenzen und Interessenlagen verfolgt werden. Derartige *Agency Costs*⁵⁷⁰ gilt es, möglichst zu vermeiden. Der Vorstand darf sich daher „nicht sachwidrig“⁵⁷¹ von persönlichen Präferenzen beeinflussen lassen oder privaten Präferenzen einen „unangemessenen Raum“⁵⁷² geben oder gar „willkürlich“⁵⁷³ mit Gesellschaftsmitteln persönliche Überzeugungen oder private Liebhaberei verfolgen.

4. (Erneut:) Besonderheiten bei Parteispenden (?)

Besondere Grenzen sollen nach einzelnen Autoren zusätzlich bei Parteispenden gezogen werden. So dürften diese etwa nicht zu einer politischen Einflussnahme führen, die das soziale Ansehen des Unternehmens schädige.⁵⁷⁴ Auch dürfen

563 Fleischer, AG 2001, 171, 178.

564 Spindler/Stilz/Fleischer § 93 AktG Rn 122 m.w.N.

565 Vgl. eingehend zu den verschiedenen Konstellationen Schneider, NZG 2009, 1413.

566 Vgl. die Ausführungen in Kapitel 1, III.

567 Empt, 210.

568 Vgl. die Ausführungen in Kapitel 2, I. 1.

569 Müller-Michaels/Ringel, AG 2011, 101, 110.

570 Vgl. Ausführungen in Kapitel 2, I., 1.

571 Fleischer, AG 2001, 171, 178.

572 KölnKomm/Mertens, § 76 AktG Rn 32.

573 Westermann, ZIP 1990, 771, 75.

574 KölnKom/Mertens/Cahn § 76 AktG Rn 41; Kind, NZG 2000, 567, 570.

Spenden nicht aufgrund persönlicher Präferenzen vergeben werden.⁵⁷⁵ Andere wiederum differenzieren zwischen politischen Spenden aus konkret betriebsbezogenen Gründen und solchen zur allgemeinen Förderung einer Partei:⁵⁷⁶ Nur zur Ersteren soll der Vorstand aufgrund des engen Bezuges zur Gesellschaft berechtigt sein.⁵⁷⁷ Das Ermessen des Vorstandes beziehe sich damit nur auf die unmittelbar an die Partei fließenden Spende zu speziellen, betriebsbezogenen Zwecken, welche dem Unternehmen in bestimmter Weise nutzen sollen.⁵⁷⁸

Andere Autoren möchten stattdessen auf das Bild des Unternehmens in der Öffentlichkeit abstellen, das durch die unbedachte Verteilung der Spenden Schaden nehmen könne. Beim Umgang mit Parteispenden sei aus diesem Grund im Interesse des Unternehmens größere Zurückhaltung geboten als bei Spenden in anderen, weniger sensiblen, weil allgemein anerkannten Bereichen.⁵⁷⁹ Als unbedenklich seien vor diesem Hintergrund einzig Spenden anzusehen, bei denen eine Verteilung des vorhandenen Geldes auf verschiedene Parteien entsprechend deren politischen Gewicht auf der jeweils maßgeblichen kommunalen, Landes- oder Bundebene erfolge, da hierdurch lediglich die Unterstützung der Parteien (und damit der Demokratie) an sich zum Ausdruck gebracht würden.⁵⁸⁰ An diesem „Vorschlag“ orientieren sich zahlreiche Großunternehmen.⁵⁸¹ Andere wie-

575 *Westermann*, ZIP 1990, 771, 775; *Kind*, NZG 2000, 567, 569; *Schmidt-Leithoff*, 435; *Kulitz*, 160.

576 *Kind*, NZG 2000, 567, 569.

577 *Kulitz*, 160, 167.

578 *Rittner*, FS Knur, 205, 207.

579 *Mertens*, FS Goerdeler (1987), 350, 357.

580 *Kind*, NZG 2000, 567, 570.

581 Vgl. etwa Daimler AG, Nachhaltigkeitsbericht 2014, 66. Vgl. auch die Ausführungen der Allianz SE (Nachhaltigkeitsbericht 2014, 59): „2014, wie auch in früheren Jahren, spendeten wir Beträge in gleicher Höhe an eine Reihe deutscher politischer Parteien. Im Einzelnen waren das: Bündnis 90/Die Grünen, CDU, CSU, FDP und SPD. Zur Unterstützung ihrer Aktivitäten während der Wahlen zum Europäischen Parlament im Mai 2014 erhielten diese Parteien eine Spende von je 20.000 Euro. Eine weitere Spende über je 10.000 Euro ging an die Juniororganisationen der Grünen (Grüne Jugend), der CDU und der CSU (Junge Union Deutschland), der FDP (JuLis) und der SPD (Jusos).“ Unklar die BMW AG (Sustainable Value Report, 22): „So unterstützt die BMW Group seit dem Jahr 2014 die gesellschaftspolitische Arbeit der demokratischen Parteien in Deutschland nur noch durch themenbezogene Kooperationen. Durch diese Änderung will die BMW Group ihr Engagement inhaltlich fokussieren, zum Beispiel durch die finanzielle Unterstützung öffentlicher Diskussionsforen und Dialogformate.“ und „Das Unternehmen beteiligt sich am allgemeinen politischen Prozess im US-Bundesstaat South Carolina mit der Förderung von Aktivitäten der beiden führenden politischen Parteien, der Demokraten und der Republikaner. Es erfolgt jedoch keine Unterstützung für Wahlkämpfe oder einzelne Kandidaten.“ Die Ausgaben für internationale politische Spenden im Jahr 2014 betrugen etwa 0,6% (Vorjahr: 0,9%) der gesamten Ausgaben für Spenden im Ausland.

derum verzichten – ohne nähere Begründung – ganz auf Zuwendungen an politische Parteien⁵⁸² oder überlassen es ausdrücklich ihren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, sich parteipolitisch zu engagieren.⁵⁸³

Diese Fragestellung lässt sich indes – ohne, dass es einer „Ausnahmeregelung“ für Parteispenden bedürfte – ohne weiteres zufriedenstellend anhand der vorliegend erarbeiteten Kriterien lösen: Wenn man auf die positiven (Reflex-) Wirkungen der Unternehmensspenden für die konkrete Aktiengesellschaft abstellt und dem Vorstand bei seiner Beurteilung im Einzelfall einen weiten Ermessensspielraum zubilligt, steht diesem ein tauglicher Orientierungs- und Handlungsrahmen für Parteispenden – wie bei Spenden an andere (gemeinnützigen) Organisationen auch – zur Verfügung, anhand dessen zu entscheiden, ob, in welchem Umfang und anhand welcher Kriterien Zuwendungen zu erfolgen sind. Er kann sich dabei ohne weiteres dafür entscheiden, dass Parteispenden per se keine positive Außenwirkung für die Gesellschaft zeitigen können und daher nicht vorzunehmen sind. Dies ist jedoch nicht zwingend. Die Parteispenden sind schließlich, wie gesehen⁵⁸⁴ ebenfalls als Ausdruck der Integration der AG in ihr soziales – und hier: politisches – Umfeld anzusehen und besitzen aufgrund des im Sinne der Parteidemokratie des Grundgesetzes geförderten staatspolitischen Zweck auch den hinreichenden Gemeinwohlbezug. Die Forderung nach strikter parteipolitischer Neutralität der Aktiengesellschaft ist folglich mit ihrer Teilnahme am Sozialleben und damit – längerfristig – mit ihren erwerbswirtschaftlichen Interessen nicht vereinbar.⁵⁸⁵ Sofern die Akzeptanz und das Ansehen des Unternehmens durch eine konkrete Parteispendenpraxis nicht gefördert,

Die Gesamtsumme der Spenden an Parteien wurde hier von 603.145 EUR in 2010 auf 31.499 EUR in 2014 verringert.

582 Adidas AG (Corporate Giving Guidelines, „Beschränkungen“); Volkswagen AG (Nachhaltigkeitsbericht 2013, 23); Deutsche Bahn (Konzerngrundsätze Ethik, 04); Hochtief AG (Konzernbericht 2014, 154); TÜV Nord AG (Verhaltenskodex, 6); Bayer AG (Geschäftsbericht 2014, 85); Linde AG (Nachhaltigkeitsbericht 2014, 23); K + S AG (Nachhaltigkeitsbericht 2014, 15); E.ON SE (Nachhaltigkeitsbericht 2014, 191).

583 Vgl. BASF SE, Nachhaltigkeitsbericht 2014, 31: „BASF unterstützt grundsätzlich keine politischen Parteien. In den USA haben Mitarbeiter das „BASF Corporation Employees Political Action Committee“ gegründet – eine unabhängige, staatlich registrierte Vereinigung von Mitarbeitern, die Mitarbeiterspenden für politische Zwecke sammelt und über deren Verwendung eigenständig entscheidet.“

584 Vgl. die Ausführungen in Kapitel 2, I., 4.

585 Vgl. auch BVerfG v. 14.07.1986 – 2 BvE 2/84 u.a., NJW 1986, 2487: Auch juristische Personen wird das Recht zur politischen Einflussnahme durch Spenden zuerkannt. vgl. auch Kriterium 19 des DNK: „Alle wesentlichen Eingaben bei Gesetzgebungsverfahren, alle Einträge in Lobbylisten, alle wesentlichen Zahlungen von Mitgliedsbeiträgen, alle Zuwendungen an Regierungen sowie alle Spenden an Parteien und Politiker sollen nach Ländern differenziert offengelegt werden.“

sondern gar geschädigt wird, liegt diese folgerichtig nicht mehr im Unternehmensinteresse bzw. dient nicht mehr dem Wohl der Gesellschaft und verstößt damit gegen § 93 Abs. 1 AktG. Wann dieser Grenze überschritten ist, kann indes nur in dem jeweiligen Einzelfall anhand der erläuterten Kriterien entschieden werden.

III. Einflüsse strafrechtlicher Rechtsprechung

Nach der Erarbeitung der zivilrechtlichen „Rahmenbedingungen“ für Unternehmensspenden lohnt sich abschließend ein (erster) Blick über den Tellerrand, konkret in das verwandte Rechtsgebiet des Strafrechts. Auch dort werden die hier diskutierten Fragestellungen relevant, wenn auch aus dem Blickwinkel, ob eine Unternehmensspende *strafrechtliche Relevanz*, zumeist im Kontext des Untreuetatbestandes, § 266 StGB⁵⁸⁶, besitzt. Da die Gerichte hier häufig auch Ausführungen mit Ausstrahlungswirkung für das Zivilrecht tätigen,⁵⁸⁷ lohnt es sich, diese Betrachtung in die Untersuchung aufzunehmen.

Die „Leitentscheidung“ des BGH zu dieser Frage datiert vom 6.12.2001⁵⁸⁸. Es ging hier u.a. um den Untreuevorwurf eines Vorstandsvorsitzenden und des Vorsitzenden des Aufsichtsrates einer Aktiengesellschaft, deren alleiniger Aktionär das Land Baden-Württemberg war. Der Aufsichtsratsvorsitzende war zudem Präsident eines Sportvereins. In Rede standen nun zahlreiche Spenden der Aktiengesellschaft an diesen Verein.

1. (strafrechtliche) Zulässigkeit von Unternehmensspenden

Das Gericht beschreibt bei der Untersuchung der Strafbarkeit des Vorstandsvorsitzenden zunächst eingehend die vorerwähnten⁵⁸⁹, sich aus §§ 76, 93 AktG ergebenden gesellschaftsrechtlichen (internen) Pflichten. Der hierbei zu beachtende weite Handlungsspielraum gelte grundsätzlich auch dann, wenn der Vorstand als Ganzes oder einzelne seiner Mitglieder Zuwendungen leisten zur Förderung von Kunst, Wissenschaft, Sozialwesen und Sport.⁵⁹⁰ Das Gericht führt

586 Vgl. hierzu etwa OLG München v. 14.11.2000 – 9 U 4279/97, NZG 2001, 412 (Untreue im Falle der Forderungsabtretung des Alleingeschäftsführers an sich selbst in der Krise der Gesellschaft).

587 Vgl. *Ransiek*, AG 2009, 782, 783ff.

588 NJW 2002, 1585.

589 Vgl. die Ausführungen in Kapitel 2, I., 1.

590 Vgl. *Gehrlein*, NZG 2002, 463, 464 mit dem Hinweis, dass viele Aktivitäten sozialer und Veranstaltungen kultureller Art ohne Unternehmensspenden heute schlichtweg nicht realisierbar wären.

sodann – wie gesehen zu Recht⁵⁹¹ – aus, dass eine Beteiligung am Sozialleben durch mildtätige, politische, kulturelle oder an den Sport gerichtete Zuwendungen auch für Aktiengesellschaften im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit gesellschaftsrechtlich grundsätzlich zulässig seien.⁵⁹² Auch solche Zuwendungen, die nicht offen zu Werbezwecken eingesetzt werden, könnten als sog. „verdecktes Sponsoring“ den *Public Relations* der Gesellschaft dienen, wenn sie nach dem Grundsatz eingesetzt würden „Tue Gutes und rede darüber“.⁵⁹³ Von besonderer Bedeutung sind sodann die Ausführungen zu dem „good corporate citizen“ (die sich weitgehend mit den obigen Erkenntnissen⁵⁹⁴ decken):

„Darüber hinaus kann und darf sich der Vorstand als Träger der Unternehmensfunktion nicht der Einsicht verschließen, dass die Aktiengesellschaft für ein dauerhaft erfolgreiches Wirtschaften auf den Rückhalt aller Bezugsgruppen angewiesen ist. Zwischen einem rein altruistischen und einem – langfristig – egoistischen Verhalten, das auf eine für den Erfolg des Unternehmens wesentliche Umweltstabilisierung – ‚good will-Verfestigung‘ – zielt, wird sich daher kaum je eine scharfe Unterscheidung treffen lassen. Es ist mit den Verhaltenspflichten des Vorstands als eines ordentlichen Geschäftsleiters daher durchaus vereinbar, dass er unentgeltliche Zuwendungen allein mit dem Ziel ausreicht, die soziale Akzeptanz der Aktiengesellschaft zu verbessern, sie als ‚good corporate citizen‘ darzustellen und dadurch indirekt ihr wirtschaftliches Fortkommen zu verbessern. (...) Dem Vorstand ist damit in der Frage, welchen Aufwand er für soziale Zwecke treibt, auf welche Gewinne er aus ethischen Gründen verzichtet und für welche sozialen, politischen und kulturellen Zwecke er Mittel der Gesellschaft einsetzt, ein breiter Ermessensspielraum zuzuerkennen.“⁵⁹⁵

Der BGH sieht also eine Beteiligung von Unternehmen am öffentlichen Sozialleben durch mildtätige Zuwendungen durchaus als wünschenswert und daher als (aktienrechtlich wie auch) strafrechtlich grundsätzlich zulässig an.

2. (strafrechtliche) Grenzen zulässiger Unternehmensspenden

Die Kompetenz des Vorstands zur Gewährung von Unternehmensspenden könne nach Ansicht des BGH jedoch nicht grenzenlos gewährt werden. Der breite Er-

591 Vgl. die Ausführungen in Kapitel 2, I. 3.

592 Vom BGH werden zitiert: BGH v. 24.1.1957 – II ZR 208/55, NJW 1957, 588; Hüffer/Koch, § 76 AktG Rn 14; Hopt, in: Großkomm/Hopt, § 93 Rn 120; Mertens, in: KK-AktG/Mertens, § 76 AktG Rn 32; Fleischer, AG 2001, 175; Mertens, AG 2000, 157, Kind, NZG 2000, 567, jeweils m.w.N.

593 Entnommen aus Kind NZG 2000, 567, 581 und Müller-Michaels/Ringel, AG 2011, 101, 103.

594 Vgl. die Ausführungen in Kapitel 2, I., 3.

595 BGH v. 6. 12. 2001 – 1 StR 215/01, NJW 2002, 1585, 1586.

messensspielraum⁵⁹⁶ finde seine Beschränkung in der Erfordernis, alle Entscheidungen mit der Sorgfalt eines pflichtbewussten Unternehmers zu treffen und Vermögensopfer mit der Sorgfalt eines Treuhänders zu erbringen.⁵⁹⁷ Insbesondere dürften private Präferenzen kein unangemessener Raum gegeben werden⁵⁹⁸, jede Entscheidung müsse schließlich jeweils in Abwägung der ihm obliegenden Verantwortung für den Unternehmenserfolg getroffen werden.⁵⁹⁹ Der Vorstand habe dabei in concreto die folgenden „Leitplanken“ zu beachten⁶⁰⁰:

a) Unternehmensgegenstand

Je weiter der Vorstand sich mit der Zuwendung von dem Unternehmensgegenstand entfernt, desto enger werde dessen Handlungsspielraum.⁶⁰¹ Dies bedeute umgekehrt: je enger diese Verbindungslien, desto weiter reiche der Handlungsspielraum des Vorstandes.⁶⁰² Konkret führt das Gericht hier aus:

„Je loser die Verbindung zwischen dem Geförderten und dem Unternehmensgegenstand, desto enger ist der Handlungsspielraum des Vorstands und desto größer sind die Anforderungen an die interne Publizität. Bei unentgeltlichen, nicht erkennbar mit dem Unternehmensgegenstand zusammenhängenden Zuwendungen an Dritte muss sich der Vorstand an dem möglichen Nutzen orientieren, den ein solches Verhalten der sozialen Akzeptanz – dem ‚standing‘ – des Unternehmens in der allgemeinen oder auch nur in der interessierten Öffentlichkeit sowie dem Ansehen der Unternehmensleitung bei der Belegschaft und dergleichen bringt.“⁶⁰³

b) Verfahrensrechtliche Komponente

Bestehen bei bedeutsameren Zuwendungen Zweifel, ob sie im vorerläuterten Interesse des Unternehmens liegen, oder erfüllt das einzelne Vorstandsmitglied damit seine ganz persönlichen Vorlieben oder Interessen, so darf nach Auffassung des BGH das betroffene Vorstandsmitglied die Entscheidung nicht allein treffen, auch wenn es nach der internen Geschäftsverteilung für die Vergabe von

596 So auch Hölters/*Hölters*, § 93 AktG Rn 162: Entscheidungen über soziale Aufwendungen liegen „im Leitungsermessen des Vorstandes“; allgemein *Kuhner*, ZGR 1994, 244, 250; *Mülbert*, ZGR 1997, 129, 143ff.

597 Aus dem hieraus ableitbaren Legalitätserfordernis ergibt sich auch die Pflicht, dass eine Spende niemals gegen Gesetze verstößen dürfen: MünchKomm AktG/*Spindler*, § 93 Rn 71.

598 Sog. „pet charities“, vgl. *Fleischer*, AG 2001, 171, 179.

599 Vgl. BGH v. 21.04.1997 – II ZR 175/95, NJW 1997, 1926 (ARAG/Garmenbeck).

600 Vgl. *Gehrlein*, NZG 2002, 463, 464.

601 Vgl. auch MünchKomm AktG/*Spindler*, § 93 Rn 71.

602 So (bereits vor der Entscheidung des BGH etwa *Fleischer*, AG 2001, 171, 178.

603 BGH v. 6.12.2001 – 1 StR 215/01, NJW 2002, 1585, 1587.

Fördermitteln zuständig wäre.⁶⁰⁴ Dies folge auch aus dem sich aus § 77 AktG ergebenden Prinzip der Gesamtverantwortung des Vorstands für die Geschäftsführung und der nicht delegierbaren Pflicht des Gesamtorgans zur Selbstkontrolle.⁶⁰⁵ Die in § 93 Abs. 1 AktG normierte organschaftliche Treuepflicht⁶⁰⁶ suche schließlich vor allem das Bestehen von Interessenkonflikten der Vorstandsmitglieder zur unterbinden,⁶⁰⁷ etwa, indem kein Vorstandsmitglied aus seiner fiduziarischen Stellung persönliche Vorteile ziehen dürfe.⁶⁰⁸ Es bedarf somit in den o.g. Fällen einer Beschäftigung des Gesamtvorstandes.⁶⁰⁹

c) Wirtschaftliche Lage/Angemessenheit

Überdies müsse sich das Spendenvolumen an dem allgemeinen Gebot der Angemessenheit⁶¹⁰ orientieren⁶¹¹: Die korporative Freigebigkeit müsse sich insgesamt im Rahmen dessen halten, was nach der Größenordnung und der finanziellen Situation des Unternehmens als angemessen angesehen werden könne.⁶¹² Dafür böten der Zuschnitt und die Ertragslage der Aktiengesellschaft wichtige Anhaltspunkte.⁶¹³ Besondere Beurteilungsschwierigkeiten ergäben sich schließlich bei einer angespannten Finanzlage; hier sei eine besonders sorgfältige Prü-

604 BGH v. 6.12.2001 – 1 StR 215/01, NJW 2002, 1585, 1587; vgl. auch *Laub*, AG 2002, 309, 312.

605 Vgl. *Hüffer/Koch*, § 77 AktG, Rn 15, 18; *Hölters/Hölters*, § 93 AktG Rn 162 m.w.N.

606 Vgl. hierzu eingehend *Spindler/Stilz/Fleischer*, § 93 AktG, Rn 122ff. m.w.N.

607 *Fleischer*, WM 2003, 1045, 1049; vgl. eingehend *Wittmann*, 19ff.

608 Auch Ziff. 4.3.4 DCGK bestimmt (nach hiesiger Ansicht zu Unrecht als Soll-Vorschrift ausgestaltet (so auch MünchKomm AktG/*Spindler*, § 93 Rn 61)), dass das einzelne Vorstandsmitglied in einer Interessenkollision dies den anderen Vorstandsmitgliedern offenzulegen hat. Nach h.M. sollte der vom Interessenkonflikt Betroffene dabei nicht nur von der eigentlichen Entscheidung auszuschließen, sondern auch von der Beratung und der Diskussion (vgl. allgemein *Bunz*, NZG 2011, 1294, 1296; *Spindler/Stilz/Fleischer* § 93 AktG Rn 72).

609 MünchKomm AktG/*Spindler* § 93 Rn 62. Nach einer noch weitergehenden Meinung sollte der Vorstand in derartigen Konstellationen den Aufsichtsrat unterrichten, auch wenn es sich nicht um eine zustimmungsbedürftige Geschäftsführungsmaßnahme handelt und eine Kenntnisnahme durch den Aufsichtsrat den Vorstand nicht entlastet (*Hölters/Hölters*, § 93 AktG Rn 163). Es darf nach h.M. indes nicht jede Interessenkollision relevant sein, sondern nur solche mit dem entsprechend gewichtigen Potential zur Beeinflussung der unternehmerischen Entscheidung – unbedeutende Eigeninteressen schaden damit nicht; so *Fleischer*, AG 2001, 171, 178.

610 Vgl. die Ausführungen in Kapitel 2, II., 2.

611 Vgl. hierzu auch *Philipp*, AG 2000, 63, 64.

612 Vgl. nur *Mertens*, AG 2000, 157, 162, Fußnote 28.

613 Bereits zuvor *Fleischer*, AG 2001, 171, 178.

fung der Spendenpraxis unter dem Gesichtspunkt des „Unternehmensinteresses“ erforderlich.⁶¹⁴

3. Strafrechtliche Verantwortlichkeit

Nach den vorstehenden „ur-zivilrechtlichen“ Erwägungen kommt das Gericht auf die strafrechtliche Fragestellung zu sprechen. Es erklärt, dass

„für die Annahme einer Pflichtwidrigkeit im Sinne des Untreuetatbestands des § 266 StGB nicht jede gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung (genüge); diese muss vielmehr gravierend sein. Ob eine Pflichtverletzung gravierend ist, bestimmt sich auf Grund einer Gesamtschau insbesondere der gesellschaftsrechtlichen Kriterien. Bedeutsam sind dabei: fehlende Nähe zum Unternehmensgegenstand, Unangemessenheit im Hinblick auf die Ertrags- und Vermögenslage, fehlende innerbetriebliche Transparenz sowie Vorliegen sachwidriger Motive, namentlich Verfolgung rein persönlicher Präferenzen. Jedenfalls dann, wenn bei der Vergabe sämtliche dieser Kriterien erfüllt sind, liegt eine Pflichtverletzung i.S. des § 266 StGB vor.“⁶¹⁵

Es ist unklar, ob mit dem Kriterium der „gravierenden“ gesellschaftsrechtlichen Pflichtverletzung ein zusätzliches Kriterium eingeführt wurde oder ob es sich um eine Umschreibung des ohnehin bestehenden gesellschaftsrechtlichen Ermessenspielraumes handelt⁶¹⁶, der dem Vorstand bei der Öffentlichkeitsarbeit durch Unternehmensspenden nach §§ 76, 93 AktG ausdrücklich zugebilligt wird.⁶¹⁷ Auf gesellschaftsrechtlicher Ebene ist die „gravierende“ Pflichtverletzung in jedem Fall nicht zu berücksichtigen, da § 93 AktG eine solche (weitere) tatbestandliche Begrenzung nicht erkennen lässt.⁶¹⁸

614 Vgl. etwa das prominente Beispiel des Flugzeugherstellers Boeing, der im Geschäftsjahr 1997 einen Verlust von 178 Mio. \$ US erwirtschaftete und 48.000 Mitarbeiter entließ, gleichzeitig aber 51 Mio. \$ US für philanthropische Zwecke ausgab; vgl. hierzu das Zitat von Jennings/Canton, Wall Street Journal, 22.12.1998, A 18: „*Apparently for Boeing charity does not begin at home.*“; vgl. auch das Zitat „Gute Taten trotz schlechter Zahlen“ (S. Blaha, Börsen-Zeitung v. 23.6.2009, Nr. 116, S. 8) über die CSR-Aktivitäten der drei Großbanken Goldman Sachs, Citigroup und Deutsche Bank AG im Verlustjahr 2008.

615 BGH v. 6.12.2001 – 1 StR 215/01, NJW 2002, 1585, 1587 (zugleich der Ls.).

616 Schünemann, NStZ 2005, 473, 476; vgl. LG Düsseldorf v. 22. 7. 2004 – XIV 5/03, NJW 2004, 3275, 3277, 3280 (Mannesmann).

617 Vgl. Westermann, ZIP 1990, 771, 776; Säcker, BB 2009, 282, 284.

618 MünchKomm AktG/Spindler, § 93 Rn 71.

4. Ergebnis

Der Bundesgerichtshof zieht damit in seiner Entscheidung (unbewusst?) Vorgaben heran, die später in dem der *Business Judgement Rule*⁶¹⁹ nachgebildeten § 93 Abs. 1 S. 2 AktG (teilweise) kodifiziert wurden (insb.: Erfordernis des Handelns zum Wohle der Gesellschaft, des Handelns ohne Sonderinteressen und sachfremde Einflüsse und des Verbotes der Verschwendungen von Gesellschaftsvermögen bei unverhältnismäßigen Unternehmensspenden (*corporate waste*)).⁶²⁰ Er verzichtet auf jede starre Begrenzung der Vorstandskompetenz und jede Verlagerung dieser Kompetenz auf andere Organe. Die Lösung passt sich damit in die Kompetenzverteilung des AktG ein und belässt dem (Gesamt-) Vorstand die Spendenkompetenz in vollem Umfang⁶²¹ – ohne jedoch auf Grenzen im Einzelfall zu verzichten.

619 Vgl. die Ausführungen in Kapitel 1, I., 1., e).

620 Spindler/Stilz/Fleischer, § 93 AktG Rn 91; MünchKomm AktG/Spindler § 93 Rn 70.

621 Laub, AG 2002, 309, 312.