



RA Prof. Dr. Olaf Müller-Michaels / Wiebke Ringel, Düsseldorf*

Muss sich Ethik lohnen?

Wider die ökonomistische Rechtfertigung von Corporate Social Responsibility

Unter dem Stichwort Corporate Social Responsibility (CSR) engagieren sich etliche Unternehmen durch eine erhebliche finanzielle Förderung für vielfältige soziale Zwecke. Der Vorstand einer Aktiengesellschaft steht dabei vor der Entscheidung, inwieweit er soziale und ethische Erwägungen im Rahmen der Unternehmensleitung berücksichtigt, auch wenn hierdurch der zu erwartende Gewinn geschmälert wird. Der Beitrag bewertet die Zulässigkeit solcher sozialer Aufwendungen aus gesellschaftsrechtlicher Sicht und hinterfragt herkömmliche Begründungsansätze. Der Schwerpunkt liegt in der kritischen Auseinandersetzung mit ökonomischen Bewertungsmodellen für soziale Aufwendungen sowie der Herleitung einer von ökonomischen Zwängen losgelösten Vorstandskompetenz und ihrer Absicherung durch eine entsprechende Satzungsänderung.

I. Einleitung

Die Mehrzahl der Aktiengesellschaften in Deutschland dient wirtschaftlichen Zwecken, indem sie als Träger eines Unternehmens fungiert. Die Reduzierung der Aktiengesellschaft auf ihr wirtschaftliches Wirken greift indes zu kurz. Die Aktiengesellschaft ist längst nicht mehr nur ein erwerbswirtschaftliches Interessengebilde, sondern in gewissem Maße auch eine soziale Veranstaltung geworden:¹ „Sie dankt und grüßt, sie feiert Jubiläen und gratuliert anderen, [...] sie beteiligt sich an öffentlichen Sammlungen, an gemeinschaftlichen Bildungsprojekten“.² Die Übernahme gesellschaftlicher Verantwortung durch Unternehmen ist heute keine Seltenheit mehr. Moderne Großunternehmen engagieren sich durch eine erhebliche

finanzielle Förderung für vielfältige soziale und politische Zwecke.³ Angesichts begrenzter staatlicher Mittel ist die Verwirklichung sozialer Projekte auch in hohem Maße auf diese Unterstützung von privater Seite angewiesen.⁴

In der Aktiengesellschaft selbst wird die Entscheidung über soziales Engagement in der Regel vom Vorstand getroffen. Dies entspricht der Stellung des Vorstands als zentrales Leitungs- und Geschäftsführungsorgan. Allerdings tätigt der Vorstand soziale Aufwendungen nicht aus seinem eigenen Vermögen, sondern verfügt über das Vermögen der Aktiengesellschaft und schmälert so deren Gewinn. Es stellt sich deshalb die Frage, wo die Grenzen solcher Maßnahmen liegen.

Die aktienrechtliche Bewertung sozial motivierter Vorstandsentscheidungen in Rechtsprechung und Lehre erfolgt zunehmend durch Betrachtung des wirtschaftlichen Nutzens für die Gesellschaft.⁵ Diese Ökonomisierung sozialer Aufwendungen im Dienste der Aktiengesellschaft ist nicht unbedenklich. Zweifelhaft ist zunächst die Vereinbarkeit einer ökonomischen Betrachtungsweise mit dem altruistischen Charakter sozialer Aufwendungen. Schlägt die Rechtfertigung sozialer Aufwendungen über vermeintlich positive wirtschaftliche Rückwirkungen fehl, müsste zudem ein Großteil des materiellen Aufwands für soziale Aktivitäten in der Unternehmenspraxis für illegal erklärt werden.⁶ Den Vorstand trifft dann die Haftung aus § 93 AktG und unter Umständen sogar eine Strafbarkeit nach § 266 StGB.

Im Folgenden wird zunächst der Charakter sozialer Aufwendungen erläutert (II.) und anschließend der herkömmliche Begründungsansatz zur Zulässigkeit sozialer Auf-

* Prof. Dr. Olaf Müller-Michaels ist Rechtsanwalt im Düsseldorfer Büro von Orrick Hölters & Elsing und Professor für Wirtschaftsrecht an der FOM Hochschule für Oekonomie & Management in Essen. Wiebke Ringel ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin bei Orrick Hölters & Elsing.

1 Mertens in FS Goerdeler, 1991, S. 349 (356).

2 Rittner in FS Geßler, 1971, S. 139 (152).

3 Hopt, ZGR 1993, 534 (540).

4 Gehrlein, NZG 2002, 463 f.

5 Vgl. exemplarisch BGH v. 6.12.2001 – 1 StR 215/01, BGHSt 47, 187; Müllert, AG 2009, 771.

6 Hopt, ZGR 1993, 534 (540).



wendungen durch den Vorstand einer kritischen Hinterfragung unterzogen (III.). Danach wird auf Grundlage der gesellschaftsrechtlichen Dogmatik untersucht, ob eine ökonomische Betrachtung für die Beurteilung sozialer Vorstandsentscheidungen tatsächlich zwingend ist (IV.). Im Wesentlichen geht es dabei um eine Auseinandersetzung mit dem Shareholder Value Gedanken. Außerdem sollen die Grenzen einer etwaigen Vorstandskompetenz für soziales Handeln (V.) sowie die Möglichkeit einer entsprechenden Satzungsermächtigung (VI.) aufgezeigt werden. Zum Abschluss wird die Frage nach einer Hauptversammlungszuständigkeit für soziale Aufwendungen gestellt (VII.).

II. Soziale Aufwendungen im Allgemeinen

1. Arten von sozialen Aufwendungen

Soziale Aufwendungen lassen sich einteilen in interne Maßnahmen wie Vergünstigungen für die Belegschaft und externe Maßnahmen, bei denen der Zuwendungsempfänger außerhalb der Unternehmensstruktur steht.⁷ Extern wirkende Freigebigkeit manifestiert sich häufig in Form von Unternehmensspenden in den Bereichen Wissenschaft, Kunst, Kultur, Sozialwesen oder Sport.⁸ Hierzu zählen ebenso Hilfeleistungen bei Naturkatastrophen und Unglücksfällen im In- und Ausland sowie Beteiligungen an Stiftungsinitiativen.⁹ Teilweise werden weitere Unterteilungen nach Art der Zuwendung vorgenommen: Neben der (steuerlich absetzbaren) klassischen Spende werden das Sponsoring einerseits sowie das Mäzenatentum andererseits als eigene Kategorie begriffen.¹⁰ Sponsoring bedeutet die finanzielle Förderung von Veranstaltungen, Verbänden oder auch Einzelpersonen, wobei es dem Sponsor gerade darauf ankommt, als Förderer nach außen in Erscheinung zu treten, um einen werbewirksamen Effekt als Teil seiner Öffentlichkeitsarbeit zu erzielen.¹¹ Demgegenüber steht das Mäzenatentum, welches traditionell im Bereich der Kunstförderung anzutreffen ist. Der Mäzen erwartet nicht nur keine Gegenleistung für sein Engagement, sondern verzichtet darüber hinaus oftmals gänzlich darauf, als Wohltäter in der Öffentlichkeit aufzutreten.¹²

2. Konsequenzen für die rechtliche Bewertung

Die genannten Beispiele verdeutlichen die Vielfältigkeit sozialer Aufwendungen, wobei Unterschiede in der Ausgestaltung von Zuwendungen durchaus auch zu Unterschieden bei der rechtlichen Bewertung führen. Beim Sponsoring steht der Charakter als Werbemaßnahme im Vordergrund. Aufgrund des engen Bezugs zur erwerbswirt-

schaftlichen Tätigkeit des Unternehmens sind Sponsoringmaßnahmen unter gesellschaftsrechtlichen Gesichtspunkten eher unproblematisch.¹³ Zugleich ist Sponsoring stark von eigennützigen Motiven geprägt ist, so dass bereits zweifelhaft scheint, inwieweit derartige Maßnahmen überhaupt noch als soziale Aufwendung im eigentlichen Sinne zu qualifizieren sind.

Das (künstlerische) Mäzenatentum steht am anderen Ende des Spektrums. Die Förderung erfolgt im Stillen, ohne das sich der Mäzen eine Gegenleistung erhofft oder von den Früchten seiner Förderung in der Öffentlichkeit profitieren möchte. Somit ist ein finaler Zusammenhang mit den Unternehmenszielen der Aktiengesellschaft nicht auszumachen.¹⁴ Die Frage der gesellschaftsrechtlichen Zulässigkeit stellt sich bei dieser Art der Förderung daher umso mehr.

Zugegebenermaßen ist in der Realität eine trennscharfe Einordnung von Maßnahmen korporativer Freigebigkeit als Spende, Sponsoring oder Mäzenatentum nicht immer möglich. Zudem decken diese Begrifflichkeiten regelmäßig nur extern wirkenden Aufwendungen ab, tragen aber wenig zur Einordnung interner Maßnahmen wie Zuwendungen an die Belegschaft bei. Daher hat eine juristische Bewertung sozialer Aktivitäten nicht anhand von Begrifflichkeiten, sondern anhand des materiellen Gehalts der fraglichen Maßnahme zu erfolgen.

3. Echte soziale Aufwendungen

Unter rechtlichen Gesichtspunkten spannend und Ausgangspunkt der Untersuchung sind Zuwendungen, von denen kein direkter Vorteil wie beispielsweise ein messbarer Werbeeffect für die Gesellschaft ausgeht. Solche echten sozialen Aufwendungen lassen sich auf zwei prägende Elemente zurückführen: Freiwilligkeit und Altruismus.¹⁵

a) Freiwilligkeit

Das erste Element, Freiwilligkeit, liegt vor, wenn keine gesetzliche Verpflichtung der Aktiengesellschaft besteht, die betreffende Maßnahme vorzunehmen.¹⁶ Die Freiwilligkeit fehlt beispielsweise bei Leistungen, die aufgrund arbeitsrechtlicher Bestimmungen an Arbeitnehmer erbracht werden. Zuwendungen dieser Art mögen zwar einen sozialen Hintergrund haben, sie sind jedoch kein Ausdruck korporativer Freigebigkeit, sondern der Legalitätspflicht, der der Vorstand bei der Leitung der Geschäfte unterliegt.¹⁷ Im Übrigen ist das Merkmal der Freiwilligkeit relativ unproblematisch, da in den klassischen Feldern sozialen Engagements wie der Spendentätigkeit ohnehin kein gesetzlicher Zwang existiert.

⁷ Hüttemann, AG 2009, 774 (778 f.); Müllert, AG 2009, 766 (767 f.).

⁸ Weber in Hölters, 2010, § 76 AktG Rz. 31.

⁹ Spindler in MünchKomm/AktG, 3. Aufl. 2008, § 76 AktG Rz. 87; Seibt in K. Schmidt/Lutter, 2. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 13.

¹⁰ BGH v. 6.12.2001 – 1 StR 215/01, BGHSt 47, 187 (193) = AG 2002, 347; Fleischer in Spindler/Stütz, 2. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 45.

¹¹ Spindler in MünchKomm/AktG, 3. Aufl. 2008, § 76 AktG Rz. 87.

¹² Wolff, Die aktienrechtliche Zulässigkeit von Sponsoringaktivitäten, 2003, S. 1; Gehrlein, NZG 2002, 463.

¹³ Westermann, ZIP 1990, 771 (773 f.).

¹⁴ Säcker, BB 2009, 282.

¹⁵ Empt, Corporate Social Responsibility, 2004, S. 24.

¹⁶ Empt, Corporate Social Responsibility, 2004, S. 24; Kind, NZG 2000, 567.

¹⁷ Weber in Hölters, 2010, § 76 AktG Rz. 25; Hüffer, 9. Aufl. 2010, § 93 AktG Rz. 4; Liebscher in BeckHdb/AG, 2. Aufl. 2009, § 6 Rz. 5.

b) Altruismus

Als zweites Element kennzeichnet echte soziale Aufwendungen eine altruistische Komponente.¹⁸ Die Zuwendung muss von uneigennützigter Natur sein. Altruismus setzt voraus, dass der Zuwendung keine gleichwertige Gegenleistung des Zuwendungsempfängers und auch sonst kein messbarer wirtschaftlicher Vorteil gegenübersteht.¹⁹ Maßnahmen, die langfristige Profitsteigerung als Folge konkret erwarten lassen, gehören damit nicht zu sozialen Zuwendungen im eigentlichen Sinne.²⁰ Zwar wäre es übertrieben, sozialen Aufwendungen das altruistische Element bereits bei jeder vagen Aussicht der Gesellschaft auf eine positive Honorierung abzusprechen. Jedenfalls aber Zuwendungen, die Bestandteil einer kalkulierten Werbe- und Marketingstrategie sind, sind von echten altruistischen Zuwendungen abzugrenzen.²¹ Demnach gehört insbesondere mit Werbung verbundenes Sponsoring nicht zum Kreis der echten sozialen Aufwendungen.²² Echte soziale Aufwendungen liegen nämlich nur vor, wenn das freiwillige und das altruistische Element kumulativ gegeben sind.

III. Soziale Aufwendungen aus aktienrechtlicher Sicht

1. Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur

Die ganz überwiegend Auffassung in Rechtsprechung²³ und Schrifttum²⁴ hält soziale Zuwendungen als Teil der Geschäftsführung durch den Vorstand für zulässig. Der Vorstand nehme in der Aktiengesellschaft die Unternehmerfunktion wahr²⁵ und bestimme im Rahmen seines weiten unternehmerischen Ermessens auch über die Teilhabe der Aktiengesellschaft am gesellschaftlichen Leben.²⁶ Vor diesem Hintergrund dürfe der Vorstand soziale Aufwendungen aus dem Vermögen der Aktiengesellschaft tätigen. Die Grenze seines Ermessens sei dort erreicht, wo der dauerhafte Bestand des Unternehmens gefährdet ist²⁷ bzw. das Gebot der Angemessenheit²⁸ angesichts der tatsächlichen Leistungsfähigkeit der Aktiengesellschaft überschritten wird.

18 *Empt*, Corporate Social Responsibility, 2004, S. 24; *Kind*, NZG 2000, 567 (569).

19 *Laub*, AG 2002, 308.

20 *Empt*, Corporate Social Responsibility, 2004, S. 27.

21 *Säcker*, BB 2009, 282 (283).

22 *Laub*, AG 2002, 308; *Wolff*, Die aktienrechtliche Zulässigkeit von Sponsoringaktivitäten, 2003, S. 32 f.

23 BGH v. 24.1.1957 – II ZR 208/55, BGHZ 23, 150 (157); v. 13.10.1977 – II ZR 123/76, BGHZ 69, 334 (339); v. 6.12.2001 – I StR 215/01, BGHSt 47, 187 (192 f.) = AG 2002, 347.

24 *Weber* in Hölters, 2010, § 76 AktG Rz. 31; *Seibt* in K. Schmidt/Lut- ter, 2. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 13 m.w.N.

25 *Hüffer*, 9. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 8; *Mertens*, AG 2000, 157 (161); *Goette* in FS 50 Jahre BGH, 2000, S. 123 (125).

26 BGH v. 24.1.1957 – II ZR 208/55, BGHZ 23, 150 (157); *Spindler* in MünchKomm/AktG, 3. Aufl. 2008, § 76 AktG Rz. 86 f.; *Kind*, NZG 2000, 567 (568).

27 *Hüffer*, 9. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 13 f.; *Fleischer*, AG 2001, 171 (173).

28 *Weber* in Hölters, 2010, § 76 AktG Rz. 32; *Seibt* in K. Schmidt/Lut- ter, 2. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 13; *Fleischer* in Spindler/Stilz, 2. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 47.

Zentrales Argument im Begründungsstrang für die Zulässigkeit sozialer Aufwendungen ist dabei die Annahme, dass sich ethisches Handeln für die Aktiengesellschaft in wirtschaftlicher Hinsicht lohne, kurz: Ethik zahlt sich aus („ethics pay“)²⁹. Erfahrungsgemäß wirke ein von sozialer Verantwortung getragenes Handeln des Vorstands günstig auf das Unternehmen, seine Produktionskraft und seine Wirkungsmöglichkeiten zurück.³⁰ Erst die Beteiligung an politischen, kulturellen und sozialen Aktivitäten qualifiziere die Aktiengesellschaft als „Good Corporate Citizen“.³¹ Diese soziale Akzeptanz sichere maßgeblich den wirtschaftlichen Erfolg der Aktiengesellschaft, da ein erfolgreiches Wirtschaften ohne gefestigten Goodwill und den Rückhalt aller Bezugsgruppen auf Dauer gar nicht möglich sei.³² Soziale Aktivitäten und erwerbswirtschaftliche Ambitionen der Aktiengesellschaft werden somit als untrennbar miteinander verknüpfte, komplementäre Ziele angesehen.³³ Wesentlicher Aspekt der angeblich positiven Wirkung sozialer Aufwendungen für die unternehmerischen Ziele der Gesellschaft ist dabei die Öffentlichkeitswirksamkeit gemäß der Prämisse „Tue Gutes und rede darüber“.³⁴

Zusammenfassend tragen Spenden und vergleichbare Aktivitäten nach überwiegender Auffassung zum Ansehen der Aktiengesellschaft in der Öffentlichkeit bei und führen dadurch langfristig zu einer erhöhten Rentabilität.³⁵

2. Kritik am herkömmlichen Begründungsansatz

Der Ansatz, wonach soziales Handeln und erwerbswirtschaftliches Fortkommen sich gegenseitig ergänzen, ja sogar bedingen, hat auf den ersten Blick viel Gewinnendes für sich. Der vermeintliche Konflikt zwischen wirtschaftlicher Gewinnmaximierung und sozialer Verantwortung wird entschärft und durch ein Verhältnis praktischer Konkordanz ersetzt.³⁶ Die Allgemeinheit profitiert durch Teilhabe am wirtschaftlichen Erfolg der Aktiengesellschaft, welche wiederum durch die Festigung ihres sozialen Ansehens langfristig ihre Rentabilität steigert.

Die Verknüpfung sozialer Aufwendungen mit den erwerbswirtschaftlichen Zielen der Gesellschaft zwingt den Vorstand allerdings bei der Vergabe sozialer Zuwendungen zu einer betriebswirtschaftlichen Prüfung, inwieweit die betreffende Aufwendung konkret geeignet ist, den Gewinn der Gesellschaft zumindest langfristig zu steigern.

29 *Schreyögg*, AG 2009, 758.

30 *Spindler* in MünchKomm/AktG, 3. Aufl. 2008, § 76 AktG Rz. 86.

31 *Westermann*, ZIP 1990, 771 (774); *Laub*, AG 2002, 308 (309).

32 BGH v. 6.12.2001 – I StR 215/01, BGHSt 47, 187 (194 f.) = AG 2002, 347; *Weber* in Hölters, 2010, § 76 AktG Rz. 31; *Fleischer* in *Fleischer*, Hdb. Vorstandsrecht, 2006, § 1 Rz. 36; *Mertens/Cahn* in KölnKomm/AktG, 3. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 19.

33 BGH v. 6.12.2001 – I StR 215/01, BGHSt 47, 187 (194) = AG 2002, 347; *Kind*, NZG 2000, 567 (568).

34 BGH v. 6.12.2001 – I StR 215/01, BGHSt 47, 187 (194) = AG 2002, 347; *Mülbert*, AG 2009, 766 (773); *Säcker*, BB 2009, 282 (284); *Rittner* in FS Geßler, 1971, S. 139 (155).

35 *Oltmanns* in *Heidel*, Aktien- und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl. 2007, § 76 AktG Rz. 8.

36 *Mertens* in FS Goerdeler, 1991, S. 349 (357); *Mertens/Cahn* in KölnKomm/AktG, 3. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 19.

Wenn soziales Vorstandshandeln zulässig ist, weil sich ethisches Handeln auszahlt, bedeutet dies umgekehrt, ethisches Handeln muss sich für die Aktiengesellschaft auszahlen, ansonsten handelt der Vorstand pflichtwidrig. Überspitzt formuliert ist nach der herkömmlichen Betrachtungsweise soziales Vorstandshandeln dann, aber eben auch nur dann zulässig, wenn es sich für die Gesellschaft lohnt. Ethisch motiviertes Engagement des Vorstands, welches über das hinaus geht, was dem wirtschaftlichen Fortkommen der Aktiengesellschaft zuträglich ist, wäre demnach unzulässig. Dieses Ergebnis ist in mehrerer Hinsicht fragwürdig.

a) Zweifel an einer Rentabilitätssteigerung

Zunächst ist bedenklich, dass es sich bei der Annahme, sozial verantwortliches Handeln mache sich im Regelfall durch eine Verfestigung des unternehmerischen Goodwill bezahlt, um eine bloße Behauptung handelt. Schlüssige empirische Nachweise dafür, dass ethisches Handeln sich tatsächlich langfristig in einer gesteigerten Rentabilität niederschlägt, existieren in dieser Allgemeinheit bislang nicht.³⁷ Insbesondere in Marktsegmenten ohne Beteiligung von Endverbrauchern, etwa beim Handeln mit Produkten wie Beton oder Stahl zur industriellen Weiterverarbeitung, ist nicht einsichtig, inwieweit aus der Unterstützung sozialer Zwecke ein nennenswerter finanzieller Vorteil erwachsen soll.³⁸ Zudem ist das klassische Mäzenatentum gerade geprägt durch den Verzicht des Mäzens, seine Förderung publik zu machen.³⁹ Ebenso wie bei anonymen Spenden ist ein Imagegewinn daher kaum zu erwarten. Der überwiegend als selbstverständlich vorausgesetzte Wirkungszusammenhang zwischen sozialen Aktivitäten und langfristiger Steigerung der Unternehmensrentabilität erweist sich bei Lichte betrachtet mithin als fadenscheiniges Argument. Tatsächlich besteht für rentabilitätssteigernde Effekte oft „bestenfalls ein vager Hoffnungsschimmer“.⁴⁰

b) Fehlender Altruismus

Durch die Fokussierung auf den wirtschaftlichen Nutzen sozial-ethischen Vorstandshandelns bleibt zudem der altruistische Gedanke als Wesensmerkmal sozialer Aufwendungen auf der Strecke. Die Idee sozialer Verantwortlichkeit von Unternehmen (Corporate Social Responsibility) baut auf die Integration sozialer Erwägungen in die Unternehmensleitung.⁴¹ Das Vorstandshandeln soll neben der Ausrichtung auf Gewinnmaximierung ethische Erwägungen berücksichtigen. Für ein derartiges Nebeneinander sozialer und wirtschaftlicher Orientierung bleibt jedoch wenig Raum, wenn gefordert wird, Mittel für philanthropische Zwecke müssten gewinnsteigernd und effizi-

ent eingesetzt werden,⁴² wobei der Barwert der erwarteten Zahlungsüberschüsse aus der Investition deren Opportunitätskosten übersteigen müsse.⁴³

Soziales Engagement wird so auf eine besonders geschickte Form der Gewinnmaximierung reduziert. Wer den Vorstand zwingt, bei der Entscheidung über soziale Aktivitäten in erster Linie auf die betriebswirtschaftlichen Auswirkungen abzustellen, gestattet gerade kein originär altruistisches Engagement, sondern rückt eigennützige Gesichtspunkte in den Vordergrund. Diesem Bild entspricht es, wenn „Corporate Social Responsibility“ zunehmend als Instrument der Unternehmenskommunikation verstanden wird, um durch soziales Engagement im eigenen Interesse das Ansehen des Unternehmens bei Geschäftspartnern und Kunden zu sichern oder gar zu verbessern.⁴⁴

Mit der Übernahme ethischer Verantwortung haben derartige „soziale“ Aufwendungen nicht mehr viel zu tun. Die vermeintliche Motivation, etwas Gutes zu tun, wird durch eine betriebswirtschaftliche Kosten-Nutzen-Rechnung überlagert. Die betreffenden Aktivitäten sind dann kein Ausdruck ethisch-moralischer Intentionen, sondern Ergebnis einer rational-ökonomischen Kalkulation, die soziale Interessen nicht um ihrer selbst willen, sondern bloß reflexartig als Mittel zum Zweck anerkennt.⁴⁵ Dabei wird verkannt, dass moralisches Handeln eben kein instrumentell-strategisches Handeln darstellt, dessen Parameter sich durch eine betriebswirtschaftliche Analyse bestimmen lassen.⁴⁶

c) Bedeutung für das Vorstandshandeln

Die Ökonomisierung der Maßstäbe für Vorstandshandeln im sozialen Bereich führt im Ergebnis dazu, dass der Handlungsspielraum des Vorstands im Rahmen der Teilhabe der Aktiengesellschaft am Sozialgefüge in hohem Maße eingengt wird. Würde man die Prämisse, soziales Engagement des Vorstands sei zulässig, soweit es sich rentiere, ernst nehmen, würden sich Vorstände in weiten Bereichen der gängigen Praxis korporativer Freigebigkeit schadenersatzpflichtig (§ 93 Abs. 2 Satz 1 AktG) oder strafbar (§ 266 StGB) machen.

Der Verweis auf den weiten Handlungsspielraum des Vorstands im Rahmen seines unternehmerischen Ermessens⁴⁷ hilft in diesem Zusammenhang nicht weiter. Die Grenze des Vorstandsermessens soll nämlich dort erreicht sein, wo der mögliche Nutzen einer Spende, zumindest die soziale Akzeptanz des Unternehmens in der interessierten Öffentlichkeit zu fördern, nicht ersichtlich ist.⁴⁸ Die Reputation der Gesellschaft sei kein Selbstzweck, entscheidend für das Wohl der Gesellschaft i.S.v. § 93 Abs. 1 Satz 2

37 Schreyögg, AG 2009, 759 (766); Spindler in MünchKomm/AktG, 3. Aufl. 2008, § 93 AktG Rz. 61; Empt, Corporate Social Responsibility, 2004, S. 35.

38 Empt, Corporate Social Responsibility, 2004, S. 36.

39 Kort in Großkomm/AktG, 4. Aufl. 2008, Stand 1.12.2002, § 76 AktG Rz. 66; Fleischer, AG 2001, 171 (174).

40 Mühlert, AG 2009, 766 (768).

41 KOM (2002) 347, 3.

42 Fleischer, AG 2001, 171 (179).

43 Mühlert, AG 2009, 766 (773).

44 Hüttemann, AG 2009, 774 (776).

45 Empt, Corporate Social Responsibility, 2004, S. 34.

46 Schreyögg, AG 2009, 758 (766).

47 Spindler in MünchKomm/AktG, 3. Aufl. 2008, § 93 AktG Rz. 61.

48 BGH v. 6.12.2001 – 1 StR 215/01, BGHSt 47, 187 (196) = AG 2002, 347.

AktG seien vielmehr die wirtschaftlichen Auswirkungen sozialer Aktivitäten.⁴⁹

Die Übernahme sozialer Verantwortung durch Unternehmen wäre unter diesen Gesichtspunkten allenfalls bei tatsächlichem Gleichklang sozialer und wirtschaftlicher Zielsetzungen möglich, was regelmäßig nur bei Public Relations-Maßnahmen der Fall ist. Für stilles Mäzenatentum und andere echte soziale Aufwendungen, die ohne Bezug zur Imageverbesserung oder Profitabilitätssteigerung erfolgen, bliebe dagegen nahezu kein Raum.⁵⁰ Auf Grundlage ökonomischer Rechtfertigungsmodelle müsste der materielle Aufwand, mit dem Großunternehmen soziale Zwecke fördern, daher in weiten Teilen für illegal erklärt werden.⁵¹ Es wird nun untersucht, ob dieser Befund aus gesellschaftsrechtlicher Sicht tatsächlich zwingend ist oder ob nicht nur der klassische „ökonomistische“ Rechtfertigungsversuch falsch ist.

IV. Gesellschaftsinteresse als Grundlage sozialer Aufwendungen

1. Die Leitungsverantwortung des Vorstands

a) Vorüberlegungen

Ausgangspunkt für die Herleitung einer Vorstandskompetenz für soziale Aufwendungen ist § 76 AktG als Zentralnorm des Vorstandshandelns. Danach leitet der Vorstand die Gesellschaft unter eigener Verantwortung. Anders ausgedrückt trifft der Vorstand Leitentscheidungen nach eigenem Ermessen.⁵² Dabei hat er sich gem. § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG am Wohle der Gesellschaft zu orientieren. Verletzt der Vorstand die ihm im Rahmen seines Leitungsermessens obliegenden Pflichten, ist er der Gesellschaft zum Schadensersatz verpflichtet (§ 93 Abs. 2 Satz 1 AktG).

Die Frage, welche inhaltlichen Vorgaben der Vorstand bei der Ausübung seines Ermessens zu berücksichtigen hat bzw. berücksichtigen darf, ist seit jeher Gegenstand rechtsdogmatischer Diskussion.⁵³ Die verschiedenen Begründungsansätze kreisen um die Konkretisierung des sog. Gesellschaftsinteresses als Maßstab des Vorstandshandelns i.S.v. §§ 76 und 93 AktG.⁵⁴ Mit Blick auf die Zulässigkeit sozialer Aufwendungen kommt es im Wesentlichen darauf an, ob das Gesellschaftsinteresse allein an die Zielvorgabe der Gewinnmaximierung im Aktionärsinteresse anknüpft, oder ob der Vorstand seine Ermessens-

ausübung auch auf andere Belange wie Arbeitnehmerinteressen oder Gemeinwohlerwägungen stützen darf. Die weiteren Ausführungen werden demzufolge die einzelnen dogmatischen Positionen nicht umfassend wiedergeben,⁵⁵ sondern sich auf diese Kernfrage konzentrieren.

b) Shareholder Value

In der Literatur gibt es eine Reihe von Stimmen, die bei der Konkretisierung des Gesellschaftsinteresses den Shareholder Value zugrunde legen wollen.⁵⁶ Soweit die Satzung nichts anderes vorsieht, sei die Aktiengesellschaft als Publikumsgesellschaft mit der Funktion eines Kapitalsammelbeckens konzipiert.⁵⁷ Die Verwaltung der so erlangten Mittel müsse zugunsten der Kapitalgeber erfolgen, weshalb der Vorstand seine Ermessensausübung vorrangig am Aktionärsinteresse auszurichten habe.⁵⁸ Oberstes Ziel der Unternehmensführung ist danach die Maximierung des Marktwerts des Unternehmens, verstanden als Wert des Eigenkapitals (Shareholder Value).⁵⁹

Zwar wird jedenfalls von Vertretern eines moderaten Shareholder Value Ansatzes anerkannt, dass der Vorstand Stakeholder Interessen durchaus über das gesetzliche Mindestmaß hinaus und auch unter Inkaufnahme einer kurzfristigen Schmälerung des ausschüttungsfähigen Gewinns berücksichtigen darf.⁶⁰ Das Auftreten der Aktiengesellschaft als Good Corporate Citizen entspräche nämlich der gesellschaftlichen Erwartung und damit letztlich auch dem Aktionärsinteresse, da ein dauerhafter, wirtschaftlicher Erfolg bei kontinuierlicher Missachtung sozialer Belange von Arbeitnehmern oder der Öffentlichkeit kaum zu erwarten sei.⁶¹ Korporative Freigebigkeit wird also mit dem Ziel des erwerbswirtschaftlichen Fortkommens der Gesellschaft verknüpft. Hieran offenbart sich aber gerade die aufgezeigte Problematik: Eine ex-ante-Prognose, inwieweit soziales Engagement dem Marktwert des Unternehmens zuträglich ist, ist vom Vorstand in der Praxis kaum zu leisten. Um einer Schadensersatzhaftung oder gar dem Vorwurf der Untreue zu entgehen, müsste der Vorstand eine Beurteilung vornehmen, die ihm nicht immer möglich ist.⁶² „Echte“ Philanthropie ohne rentabilitätssteigernde Wirkung hat damit im Shareholder Value Modell von vorneherein kein Platz.⁶³ Es kann daher festgehalten werden, dass bei einer am Shareholder Value orientierten Auslegung des § 76 AktG das Bedürfnis nach einer ökonomischen Beurteilung sozialer Aktivitäten des Vorstands besteht.

49 Weber in Hölters, 2010, § 76 AktG Rz. 31; Mülberr, AG 2009, 766 (773).

50 Mülberr, AG 2009, 766 (773); Säcker, BB 2009, 282 (284).

51 Hopt, ZGR 1993, 534 (540).

52 Hüffer, 9. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 12; Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Aufl. 2010, § 14 Rz. 14.

53 Fleischer in Spindler/Stilz, 2. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 24.

54 Weber in Hölters, 2010, § 76 AktG Rz. 19. Die Rechtsprechung verwendet teilweise den Begriff Unternehmensinteresse, ohne das eine inhaltliche Differenzierung ersichtlich ist, vgl. BGH v. 5.6.1975 – II ZR 156/73, BGHZ 64, 325 (331); v. 7.3.1994 – II ZR 52/93, BGHZ 125, 239 (243 f.) = AG 1994, 276 einerseits und BGH v. 13.3.1978 – II ZR 142/76, BGHZ 71, 40 (44); v. 7.3.1994 – II ZR 52/93, BGHZ 125, 239 (241) = AG 1994, 276; v. 23.6.1997 – II ZR 132/93, BGHZ 136, 133 (138 ff.) = AG 1997, 465 andererseits.

55 Hierzu Klöhn, ZGR 2008, 110; Mülberr ZGR 1997, 129.

56 Fleischer in Spindler/Stilz, 2. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 34; Mülberr, ZGR 1997, 129 (147 ff.); Empt, Corporate Social Responsibility, 2004, S. 126 ff.

57 Weber in Hölters, 2010, § 76 AktG Rz. 22.

58 Fleischer in Fleischer, Hdb. Vorstandsrecht, 2006, § 1 Rz. 30.

59 Weber in Hölters, 2010, § 76 AktG Rz. 20; Kort in Großkomm/AktG, 4. Aufl. 2008, Stand 1.12.2002, § 76 AktG Rz. 54.

60 Seibt in K. Schmidt/Lutter, 2. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 12; Fleischer in Spindler/Stilz, 2. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 38.

61 Weber in Hölters, 2010, § 76 AktG Rz. 22; Mülberr, ZGR 1997, 129 (158).

62 Laub, AG 2002, 308 (309).

63 Ulmer, AcP 202 (2002), 141 (156); Empt, Corporate Social Responsibility, 2004, S. 201.

c) Stakeholder Value

Als Gegenentwurf zum Shareholder Value Ansatz ist das Stakeholder Value Modell zu verstehen, welches eine interessenpluralistische Zielkonzeption verfolgt.⁶⁴ Die Leitungsausübung durch den Vorstand hat unter sachgerechter Wahrnehmung der in der Aktiengesellschaft und ihrem Unternehmen zusammentreffenden Interessen zu erfolgen.⁶⁵ Zwar ist die Aktiengesellschaft ein Verband von Aktionären, deren Interessen als Kapitalgeber naturgemäß Berücksichtigung finden müssen. Eine zwingende Orientierung an kurz- oder langfristiger Gewinnmaximierung wird jedoch ausdrücklich abgelehnt.⁶⁶ Die Aktiengesellschaft wird als Träger eines Unternehmens verstanden, in dem persönliche und sachliche Werte zu einer Sozial- und Wirtschaftseinheit integriert sind. Neben der Wahrung der Interessen der Arbeitnehmer und in beschränktem Maße auch der Allgemeinheit. Die verschiedenen Anspruchsgruppen, die im von der Aktiengesellschaft betriebenen Unternehmen aufeinander treffen, werden dabei als Stakeholder bezeichnet.⁶⁷ Darf also der Vorstand, wie von Ziff. 4.1.1 DCGK vorausgesetzt, die Ausübung seines Leitungsermessens an den verschiedenen, den Stakeholder Value konstituierenden Bezugsgruppen ausrichten, ist er nicht gehindert, sozialen Belangen Rechnung zu tragen.⁶⁸ In diese Richtung geht auch der vom Rat für Nachhaltige Entwicklung in Anlehnung an den Deutschen Corporate Governance Kodex konzipierte Entwurf für einen Deutschen Nachhaltigkeitskodex (DNK). Nach Ziff. C. 18 DNK-E werden Unternehmen ausdrücklich dazu angehalten, als Good Corporate Citizen zur Steigerung des Gemeinwohls in ihrem regionalen Umfeld beizutragen.

Zusammenfassend lassen sich soziale Aufwendungen somit ohne weiteres in eine am Stakeholder Value orientierte Unternehmensleitung einfügen. Anders als nach Maßgabe des Shareholder Value Ansatzes wären soziale Aktivitäten demzufolge im Grundsatz zulässig, selbst wenn der Aktiengesellschaft daraus kein messbarer wirtschaftlicher Vorteil in Form einer wie auch immer zu bestimmenden Rentabilitätssteigerung erwächst.

2. Hinterfragung eines nicht-ökonomistischen ethischen Ansatzes

Fraglich ist deshalb, ob Bedenken, die gegen echte, von ökonomischen Motiven unabhängige, sozial-ethische Aufwendungen vorgebracht werden, tatsächlich durchschlagen.

64 Hüffer, 9. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 12.

65 Hüffer, 9. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 12; Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Aufl. 2010, § 14 Rz. 12.

66 Mertens/Cahn in KölnKomm/AktG, 3. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 10; Goette in FS 50 Jahre BGH, 2000, S. 123 (127).

67 Ziff. 4.1.1 DCGK.

68 Spindler in MünchKomm/AktG, 3. Aufl. 2008, § 76 AktG Rz. 82.

a) Verfassungsrechtliche Wertungen

Sofern in der Diskussion um soziale Aufwendungen auf verfassungsrechtliche Wertungen wie Art. 14 GG abgestellt wird, ist Vorsicht geboten. Erstens ist die Berufung auf Art. 14 GG ambivalent. Die Eigentumsgarantie aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG schützt einerseits das Anteiligentum der Aktionäre,⁶⁹ andererseits normiert Art. 14 Abs. 2 GG den Grundsatz der Sozialbindung. Die Wertungen aus Art. 14 GG lassen sich daher sowohl für⁷⁰ als auch gegen⁷¹ eine vorrangige Bindung an Aktionärsinteressen ins Feld führen und helfen damit im Ergebnis wenig weiter.⁷² Zweitens ist zu beachten, dass insbesondere Art. 14 Abs. 2 GG einen an den Gesetzgeber adressierten Regelungsauftrag darstellt, aus dem sich regelmäßig keine konkreten Rechte und Pflichten für die Unternehmensleitung durch den Vorstand herleiten lassen.⁷³ Eine Lösung ist demzufolge auf einfachgesetzlicher Ebene zu suchen.

b) Entstehungsgeschichte und einfachgesetzliche Wertungen

Für die Auslegung des § 76 AktG ist zunächst die Entstehungsgeschichte der Norm von Bedeutung. § 70 AktG von 1937 enthielt eine Gemeinwohlklausel, wonach der Vorstand die Gesellschaft so zu leiten habe, wie das Wohl des Betriebes und seiner Gefolgschaft und der gemeine Nutzen von Volk und Reich es fordern. Bei der Neuordnung des Aktienrechts 1965 lehnte der Gesetzgeber dagegen die Aufnahme einer (entnazifizierten) Gemeinwohlklausel, die den Vorstand zur Berücksichtigung der Arbeitnehmer, der Aktionäre und der Allgemeinheit verpflichten sollte, ausdrücklich ab.⁷⁴ Teilweise wird hieraus der Schluss gezogen, der Gesetzgeber habe sich bewusst gegen die Fortgeltung der Gemeinwohlbindung entschieden.⁷⁵

Dem ist entgegen zu halten, dass die Begründung zum Regierungsentwurf darauf abgestellt, es verstehe sich von selbst, dass der Vorstand die Belange der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie auch der Allgemeinheit zu berücksichtigen habe.⁷⁶ Die Streichung einer entsprechenden Bestimmung wurde von der Erwägung getragen, es bestehe die Gefahr, dass aus der Reihenfolge der Aufzählung weitergehende Schlüsse auf eine Vorrangstellung bestimmter Interessen gezogen werden.⁷⁷ Ein derartiges Primat des einen oder anderen Interesses wollte der Gesetz-

69 BVerfG v. 7.8.1962 – 1 BvL 16/60, BVerfGE 14, 263 (276 ff.); v. 27.4.1999 – 1 BvR 1613/94, BVerfGE 100, 289 (301) = AG 1999, 566 m. Anm. Vetter; Vorderwülbecke, BB 1989, 505 (507).

70 Philipp, AG 2000, 62 (66).

71 Spindler in MünchKomm/AktG, 3. Aufl. 2008, § 76 AktG Rz. 68; Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Aufl. 2010, § 14 Rz. 72; Rittner in FS Knur, 1972, S. 205 (211).

72 Westermann, ZIP 1990, 771 (773); Empt, Corporate Social Responsibility, 2004, S. 140.

73 Weber in Hölters, 2010, § 76 AktG Rz. 22; Hüffer, 9. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 12b.

74 Kropff, AktG, 1965, Ausschussbericht zu § 76.

75 Rittner in FS Geßler, 1971, S. 139 (142 f.).

76 Kropff, AktG, 1965, Reg.-Begr. zu § 76; Hefermehl in G/H/E/K, 1973/74, § 76 AktG Rz. 19.

77 Kropff, AktG, 1965, Ausschussbericht zu § 76.

geber nicht vorgeben.⁷⁸ Die Streichung der Gemeinwohlklausel sollte also im Ergebnis keine materielle Änderung der Gemeinwohlbindung des Vorstands bewirken.⁷⁹

Dennoch mehren sich Stimmen, die Zweifel an der Aussagekraft der Entstehungsgeschichte des § 76 AktG für die Konkretisierung des Vorstandsermessens anmelden.⁸⁰ Insbesondere sei die entstehungsgeschichtliche Argumentation durch jüngere gesetzgeberische Reformen überholt, der Wille des historischen Gesetzgebers von 1965 insoweit verblasst.⁸¹ Ein Beispiel sei das KonTraG, welches durch die erleichterte Möglichkeit des Rückerwerbs eigener Aktien (§ 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG) sowie der Einräumung von Aktienoptionen für Führungskräfte (§ 192 Abs. 2 Nr. 3 AktG) den Shareholder Value Gedanken bekräftige.⁸²

Gegen diese These, de lege lata sei der Vorstand auf das Aktionärsinteresse verpflichtet, wird allerdings der mitbestimmte Aufsichtsrat als weiteres Organ der Aktiengesellschaft angeführt.⁸³ Die Repräsentation von Arbeitnehmern in einem Verwaltungsorgan zeigt, dass es sich bei der Aktiengesellschaft nicht nur um eine reine Veranstaltung der Aktionäre handelt.⁸⁴ Daran haben auch die Erleichterung einer aktienkursorientierten Vergütung durch das KonTraG und die damit verbundenen Anreize für den Vorstand, das Unternehmen im Aktionärsinteresse zu führen, nichts geändert.⁸⁵ Insbesondere stellen solche gesetzlichen Anreize noch keine Verpflichtung des Vorstands dar, Aktionärsinteressen tatsächlich vorrangig zu berücksichtigen.

Jedenfalls aber lässt sich festhalten, dass § 76 AktG wertungs offen konzipiert wurde und keine zwingende Bindung des Vorstands an Aktionärsinteressen vorsieht. Der Ausgleich widerstreitender Interessen bei der Leitung der Aktiengesellschaft wurde bewusst in das Ermessen des Vorstandes gestellt. Punktueller Reformen des Aktienrechts etwa durch das KonTraG lassen keine eindeutige Abkehr von dieser Konzeption erkennen. Im Gegenteil schließt die weite Fassung des § 76 AktG eine Berücksichtigung von sozialen Belangen als Unterfall von Stakeholder Interessen gerade nicht aus.⁸⁶

78 Spindler, Unternehmensinteresse als Leitlinie des Vorstandshandelns – Berücksichtigung von Arbeitnehmerinteressen und Shareholder Value, Gutachten im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung, 2008, S. 8.

79 Kort in Großkomm/AktG, 4. Aufl. 2008, Stand 1.12.2002, § 76 AktG Rz. 60.

80 Spindler in MünchKomm/AktG, 3. Aufl. 2008, § 76 AktG Rz. 66; Fleischer, AG 2001, 171 (175); Zöllner, AG 2003, 2 (7).

81 Mülbart, ZGR 1997, 129 (148 f.); Fleischer in Fleischer, Hdb. Vorstandsrecht, 2006, § 1 Rz. 20.

82 Fleischer in Fleischer, Hdb. Vorstandsrecht, 2006, § 1 Rz. 29; Fleischer in Hommelhoff/Hopt/v. Werder, Hdb. Corporate Governance, 2. Aufl. 2009, S. 185, 195.

83 Mertens/Cahn in KölnKomm/AktG, 3. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 16.

84 Hopt, ZGR 1993, 534 (536).

85 Mertens/Cahn in KölnKomm/AktG, 3. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 16; Ulmer, AcP 202 (2002), 143 (158 f.).

86 So auch Ziff. 4.1.1 DCGK; ferner Spindler in MünchKomm/AktG, 3. Aufl. 2008, § 76 AktG Rz. 77; Ulmer, AcP 202 (2002), 143 (159).

c) Aktionäre als Residualgläubiger

Die Vorrangstellung der Aktionäre wird ferner mit dem Hinweis auf ihrer Stellung als Residualgläubiger begründet.⁸⁷ Danach tragen Eigenkapitalgeber gegenüber Inhabern von Festbetragsansprüchen wie Lieferanten oder Arbeitnehmer ein größeres Risiko. Als Eigenkapitalgeber steht ihnen nur dasjenige zu, was nach Erfüllung der vorrangigen, fixen Ansprüche übrig bleibt. Da Aktionäre demnach das größte Investitionsrisiko tragen, sei die vorrangig Berücksichtigung ihrer Interessen sachgerecht.⁸⁸

Dagegen steht der Gedanke, dass gerade in großen Publikumsgesellschaften Aktionäre ihre Anlageinteressen durch Portfolio-Management diversifizieren können, während andere Interessengruppen wie Arbeitnehmer regelmäßig eine hohe unternehmensspezifische Investition erbringen.⁸⁹ Unternehmerische Entscheidungen können sich daher im Einzelfall sehr viel stärker auf die Interessen der Arbeitnehmer als auf die der Aktionäre auswirken.⁹⁰ Darüber hinaus führt die Verbreitung von hybriden Finanzinstrumenten zu einer Angleichung der Stellung von Fremd- und Eigenkapitalgebern.⁹¹ Vor diesem Hintergrund lässt sich die Vorrangstellung der Aktionäre nicht pauschal aus ihrer Stellung als Residualgläubiger herleiten.

d) Prinzipal-Agent-Konflikt

Die Diskussion um soziale Aufwendungen in der Aktiengesellschaft kreist auch um das Prinzipal-Agent-Problem, welches der Shareholder Value Ansatz zu vermeiden sucht.⁹² Bei der als Publikumsgesellschaft konzipierten Aktiengesellschaft fallen Anteilseigentum in der Person der Aktionäre (Prinzipal) und die operative Entscheidungsbefugnis des Vorstands (Agent) typischerweise auseinander. Für den Vorstand besteht bei der Wahrnehmung fremder Interessen kein vollkommener Anreiz zur Anwendung der aus Anlegerperspektive optimalen Sorgfalt und Anstrengung.⁹³ Es besteht daher stets die Gefahr, dass der Vorstand seinen Handlungsspielraum zum eigenen Nutzen anstatt im Interesse der wirtschaftlichen Eigentümer, der Aktionäre, ausfüllt.⁹⁴ Diese Gefahr soll bei sozialen Aufwendungen, denen typischerweise keine angemessene Gegenleistung an die Gesellschaft gegenübersteht, besonders groß sein.

87 Zöllner, AG 2003, 2 (8); Ruffner, Die ökonomischen Grundlagen eines Rechts der Publikumsgesellschaft, 2000, S. 166; Fleischer in Spindler/Stilz, 2. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 33.

88 Fleischer in Spindler/Stilz, 2. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 33.

89 Mertens/Cahn in KölnKomm/AktG, 3. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 16; Kübler in FS Zöllner, 1998, S. 321 (325, 327).

90 Kuhner, ZGR 2004, 244 (260 f.).

91 Mertens/Cahn in KölnKomm/AktG, 3. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 16.

92 Fleischer in Fleischer, Hdb. Vorstand, 2006, § 1 Rz. 30; Fleischer in Spindler/Stilz, 2. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 34.

93 Ruffner, Die ökonomischen Grundlagen eines Rechts der Publikumsgesellschaft, 2000, S. 216.

94 Empt, Corporate Social Responsibility, 2004, S. 165.



aa) Auflösung der Vorstandsverantwortung

Der interessenpluralistischen Strömung wird von Vertretern des Shareholder Value Gedankens vorgeworfen, durch den Verweis auf Stakeholder Belange die Verantwortung des Vorstands nahezu aufzulösen.⁹⁵ Mangels einer klaren Zielfunktion würden dem Vorstand kaum kontrollierbare Handlungsspielräume eröffnet: Als Diener vieler Herren sei er am Ende aller ledig und niemandem mehr verantwortlich („too many masters“).⁹⁶ Die Wahrnehmung sozialer Belange diene der Verwaltung somit als „carte blanche“,⁹⁷ als „Trumpfkarte“⁹⁸ zur Legitimation beliebigen Vorstandshandelns.⁹⁹ Demgegenüber erleichtere die Ausrichtung des Vorstandshandelns an einer konsequenten Marktwertmaximierung die Messbarkeit des Erfolgs und gebe dem Vorstand eindeutige Handlungsanleitungen für die Ausübung der Unternehmerfunktion an die Hand.¹⁰⁰

Allerdings müssen selbst Vertreter des Shareholder Value Ansatzes zugestehen, dass die tatsächlichen (mitunter divergierenden oder nicht feststellbaren) Interessen und Wünsche der im Zeitpunkt der Vorstandsentscheidung vorhandenen Anteilseigner nicht als normative Leitlinie taugen. An realen Kapitalmärkten sind die Aktionäre keine homogene Gruppe mit gleichlaufenden Interessen.¹⁰¹ Die wirklichen Interessen der Anteilseigner werden deshalb allenfalls reflexartig berücksichtigt, indem das überindividuelle Ziel der Ertragsmaximierung als mit dem Vermögensinteressen aller Aktionäre übereinstimmend postuliert wird.¹⁰² Davon abgesehen ist die Eignung des Shareholder Value als sicherer Maßstab für die Beurteilung des Vorstandshandelns nicht über jeden Zweifel erhaben. Oft wird sich bezogen auf die Lebensdauer der Gesellschaft gar nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit feststellen lassen, ob eine Maßnahme ex ante geeignet war, den langfristigen Gesamtwert des Unternehmens zu steigern.¹⁰³ Dies gilt umso mehr, da das Shareholder Value Konzept den Vorstand keineswegs völlig von der Berücksichtigung von Nichtaktionärsinteressen bei der Festlegung der Unternehmensstrategie entbindet.¹⁰⁴ Der Einfluss beispielsweise der Stabilität von Vertragsbeziehungen oder der Berücksichtigung von Belegschaftsinteressen auf den Marktwert wird einerseits anerkannt.¹⁰⁵ Andererseits

entziehen sich diese sog. weichen Faktoren regelmäßig einer konkreten Erfassung im Rahmen von Investitionsrechnungen.¹⁰⁶ Das Konzept der Marktwertmaximierung stößt mithin seinerseits an Grenzen, sofern es um die Festlegung eindeutiger Handlungsrichtlinien für unternehmerische Prognoseentscheidungen geht.¹⁰⁷

Der tatsächliche Zuwachs an Kontrolle und Rechtssicherheit durch die Verpflichtung des Vorstands auf den Shareholder Value dürfte daher sehr viel geringer sein als allgemein angenommen. In einem ökonomischen Modell mag die Festlegung auf den Shareholder Value zu eindeutigen Ergebnissen führen, bei einer Übertragung auf die Lebenswirklichkeit geht diese rechnerische Exaktheit jedoch schnell verloren.¹⁰⁸ Des Weiteren ist die Behauptung, interessenpluralistische Zielvorgaben würden beliebiges Vorstandshandeln legitimieren, übertrieben. Auch unter Anerkennung von Stakeholder Interessen ist die Orientierung des Vorstands an sozialen Erwägungen nicht grenzenlos möglich, sondern unterliegt ihrerseits Grenzen, die Aktionärsinteressen angemessen Rechnung tragen.¹⁰⁹

bb) Kontrollkosten

Ziel einer effizienten Handhabung des Prinzipal-Agent-Konflikts ist es, die Kontrollkosten zur Vermeidung von Verlusten aufgrund der Interessendivergenz zwischen Vorstand und Aktionären auf ein Minimum zu reduzieren. In diesem Zusammenhang wird vertreten, das Shareholder Value Modell bewirke über eindeutige und verlässliche Maßstäbe beträchtliche Kontrollkostenvorteile.¹¹⁰ Angesichts des Umstands, dass die Orientierung an einer Marktwertmaximierung wie gezeigt nur vermeintlich zur Festlegung eindeutiger Handlungsmaximen beiträgt, kann der tatsächliche Umfang von Kontrollkostenvorteilen allerdings bezweifelt werden.

cc) Treuhandverhältnis

Weiterhin ergibt sich aber aus dem Prinzipal-Agent-Verhältnis die Stellung des Vorstands als Wahrer fremder Interessen. Der Vorstand verwaltet bei der Entscheidung für oder gegen soziale Aktivitäten fremde Mittel.¹¹¹ Die Bindung an den Shareholder Value soll hierbei einer Umverteilung von Gesellschaftsvermögen zu Lasten der Aktionäre unter dem Vorwand sozialen Engagements entgegensteuern.¹¹²

95 *Empt*, Corporate Social Responsibility, 2004, S. 170.

96 *Fleischer*, AG 2001, 171 (177); *Zöllner*, AG 2003, 2 (8); *Ruffner*, Die ökonomischen Grundlagen eines Rechts der Publikumsgesellschaft, 2000, S. 166.

97 *Mülbert*, AG 2009, 766 (771).

98 *Empt*, Corporate Social Responsibility, 2004, S. 171.

99 *Fleischer* in Spindler/Stilz, 2. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 34.

100 *Fleischer* in Spindler/Stilz, 2. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 34; *Kuhner*, ZGR 2004, 244 (254 f.).

101 *Weber* in Hölters, 2010, § 76 AktG Rz. 19; *Mülbert* in Großkomm/AktG, 4. Aufl. 2008, Stand 1.9.1999, Vor §§ 118–147 AktG Rz. 194; *Empt*, Corporate Social Responsibility, 2004, S. 168.

102 *Mülbert*, ZGR 1997, 129 (158).

103 *Mertens/Cahn* in KölnKomm/AktG, 3. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 17; *Wolff*, Die aktienrechtliche Zulässigkeit von Sponsoringaktivitäten, 2003, S. 77.

104 *Fleischer* in Spindler/Stilz, 2. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 38.

105 *Spindler* in MünchKomm/AktG, 3. Aufl. 2008, § 76 AktG Rz. 78; *Mülbert*, ZGR 1997, 129 (158).

106 *Spindler* in MünchKomm/AktG, 3. Aufl. 2008, § 76 AktG Rz. 78; *Wolff*, Die aktienrechtliche Zulässigkeit von Sponsoringaktivitäten, 2003, S. 76.

107 *Mertens/Cahn* in KölnKomm/AktG, 3. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 17; *Spindler* in MünchKomm/AktG, 3. Aufl. 2008, § 76 AktG Rz. 81.

108 *Spindler* in MünchKomm/AktG, 3. Aufl. 2008, § 76 AktG Rz. 78.

109 S. hierzu V.

110 *Fleischer* in Spindler/Stilz, 2. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 34; *Fleischer* in Hommelhoff/Hopt/v. Werder, Hdb. Corporate Governance, 2. Aufl. 2009, S. 185, 193; *Kuhner*, ZGR 2004, 244 (254 f.); *Zöllner*, AG 2003, 2 (10).

111 *Westermann*, ZIP 1990, 771 (775); *Säcker*, BB 2009, 282.

112 *Fleischer* in Spindler/Stilz, 2. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 34; *Zöllner*, AG 2003, 2 (8).

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Treuepflicht des Vorstands unmittelbar nur ggü. der Gesellschaft besteht,¹¹³ die Annahme eines direkten Treuhandverhältnisses zwischen Vorstand und Aktionären ist daher bereits problematisch.¹¹⁴ Darüber hinaus berücksichtigt der Shareholder Value Ansatz keineswegs die tatsächlichen Interessen der als Treugeber vorhandenen Anteilseigner, sondern orientiert sich an einem normativ bestimmten, hypothetischen Aktionärsinteresse.¹¹⁵ Die Förderung der wirklichen Treugeberinteressen ist damit auch durch den Shareholder Value Ansatz nicht unbedingt gewährleistet.

Weiterhin entspricht die gesetzliche Ausgestaltung der Organstellung des Vorstands nicht der eines klassischen Treuhänders. Der Vorstand leitet die Gesellschaft gem. § 76 AktG in eigener Verantwortung, er unterliegt nicht den Weisungen der Aktionäre.¹¹⁶ Die darin zum Ausdruck kommende Leitungsverantwortung enthält zugleich eine Absage an ein Mandatsverhältnis zwischen Aktionären und Vorstand.¹¹⁷ Die Eigenverantwortlichkeit des Vorstands betrifft dabei gerade auch Fragen der Vermögensverwendung. So ist auf Grundlage von § 58 Abs. 4 AktG anerkannt, dass die Aktionäre keinen Anspruch auf die Erwirtschaftung eines bestimmten Gewinns haben.¹¹⁸

Die gesetzliche Konzeption der Aktiengesellschaft sieht folglich keine strikte treuhänderische Bindung an Aktionärsinteressen vor, sondern gesteht dem Vorstand bei der Wahrnehmung der Unternehmerfunktion eine umfangreiche, unabhängige und unabdingbare Leitungsmacht zu.¹¹⁹ In dieses Modell fügt sich eine interessenpluralistische Ausrichtung des Vorstandsermessens an Stakeholder Belange und damit die Zulässigkeit von sozialen, wenn auch gewinnschmälernden Aufwendungen ohne weiteres ein.

3. Ergebnis

Die Zentralnorm des Vorstandshandeln, § 76 AktG, ist nach Wortlaut und Entstehungsgeschichte weit und offen konzipiert. Angesichts dessen ist eine Berücksichtigung von sozialen Belangen bei der Unternehmensführung grundsätzlich zulässig. Der Vorstand kann insbesondere eine Gewinnschmälerung durch die Förderung sozialer Anliegen in Kauf nehmen, selbst wenn hiervon keine konkreten positiven Auswirkungen auf die wirtschaftliche Situation der Aktiengesellschaft zu erwarten sind. Dies entspricht der interessenpluralistischen Zielkonzeption des Stakeholder Value Ansatzes.

113 BGH v. 25.2.1987 – II ZR 174/80, BGHZ 83, 122 (134); v. 12.3.1990 – II ZR 179/89, BGHZ 110, 323 (334); Müllbert in Großkomm/AktG, 4. Aufl. 2008, Stand 1.9.1999, Vor §§ 118–147 AktG Rz. 194.

114 Mertens/Cahn in KölnKomm/AktG, 3. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 16.

115 Müllbert in Großkomm/AktG, 4. Aufl. 2008, Stand 1.9.1999, Vor §§ 118–147 AktG Rz. 194; Müllbert, ZGR 1997, 129 (158).

116 Weber in Hölters, 2010, § 76 AktG Rz. 35; Liebscher in BeckHdb/AG, 2. Aufl. 2009, § 6 Rz. 15.

117 Hüffer, 9. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 12a.

118 Laub, AG 2002, 308 (309); Mertens/Cahn in KölnKomm/AktG, 3. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 39; Mertens in FS Goerdeler, 1991, S. 349 (358).

119 Hopt, ZGR 1993, 534 (538).

Bedenken wie die Auflösung der Vorstandsverantwortlichkeit oder die Verschärfung des Prinzipal-Agent-Konflikts schlagen nicht durch. Auch durch eine Orientierung am Shareholder Value lassen sich weder verlässliche und eindeutige Handlungsmaßstäbe gewinnen, noch spürbar Kontrollkosten senken. Die Reduzierung des Vorstands auf eine reine Treuhänderposition ist zudem mit seiner eigenverantwortlichen Stellung nicht vereinbar. Eine einseitige Festlegung auf den Vorrang von Aktionärsinteressen im Sinne einer Gewinnmaximierung greift deshalb zu kurz und misst den treuhänderischen Elementen des Vorstandsermessens eine überproportionale Bedeutung zu, die so im Gesetz nicht angelegt ist.

Somit darf der Vorstand im Rahmen seiner Ermessensausübung durchaus gewinnschmälernde Gemeinwohlbelange berücksichtigen, ohne nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG zum Schadensersatz verpflichtet zu sein.¹²⁰ Dieser Befund entspricht der Lebenswirklichkeit. Die Lösung von ökonomistischen Rechtfertigungsmodellen und die Verankerung beim Stakeholder Ansatz entbindet das soziale Engagement vieler Unternehmen von dem latenten Vorwurf der Illegalität und stellt die finanzielle Förderung sozialer Zwecke auf eine dogmatisch verlässliche Grundlage.¹²¹

V. Grenzen des Vorstandsermessens

Geht man also bei der Bewertung sozialer Aufwendungen von dem Stakeholder Value Ansatz aus, stellt sich die Frage, welche Maßgaben und Bindungen der Vorstand im Einzelfall zu beachten hat. So sind Aktionärsinteressen bei der Entscheidung des Vorstands über altruistische Zuwendungen keineswegs unbeachtlich. Die Anteilseigner stellen ihrerseits eine Gruppe von Stakeholdern, deren Interessen der Vorstand bei der Ausübung seiner Leitungsmacht Rechnung zu tragen hat. Im Bereich korporativer Freigebigkeit unterliegt das Handeln des Vorstands deshalb auch auf Grundlage des Stakeholder Values Grenzen, die nicht zuletzt dem Interesse der Aktionäre an einem wirtschaftlichen Umgang mit dem Vermögen der Aktiengesellschaft dienen.

1. Unternehmensbestand und dauerhafte Rentabilität

Das Interesse der Aktionäre wird bei der Entscheidung über soziale Aufwendungen insbesondere durch das Erfordernis dauerhafter Rentabilität, welches wie gezeigt gerade nicht mit Gewinnmaximierung gleichzusetzen ist,¹²² gewahrt.¹²³ Die Ermessenentscheidung für soziale Aufwendungen hat in Abwägung mit der dem Vorstand obliegenden Verantwortung für den Unternehmenserfolg

120 So auch Spindler, Unternehmensinteresse als Leitlinie des Vorstandshandeln – Berücksichtigung von Arbeitnehmerinteressen und Shareholder Value, Gutachten im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung, 2008, S. 19.

121 Hopt, ZGR 1993, 534 (540).

122 Spindler in MünchKomm/AktG, 3. Aufl. 2008, § 76 AktG Rz. 74 f.; Hüffer, 9. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 14; Wolff, Die aktienrechtliche Zulässigkeit von Sponsoringaktivitäten, 2003, S. 70.

123 Mertens/Cahn in KölnKomm/AktG, 3. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 21.



zu erfolgen.¹²⁴ Der Vorstand darf also nicht durch exzessive unentgeltliche Zuwendungen den Bestand des Unternehmens gefährden,¹²⁵ sondern ist bei sozialen Entscheidungen weiterhin an die Sorgfalt eines pflichtbewussten Unternehmers gebunden.¹²⁶

2. Gebot der Angemessenheit

Auch unterhalb der Schwelle, bei der Bestand und Rentabilität des Unternehmens gefährdet sind, sind dem Vorstand bei Entscheidungen über soziales Engagement Grenzen gesetzt. Dabei werden unterschiedliche Kriterien diskutiert.

Nach einer Auffassung soll die Höchstgrenze zulässiger sozialer Aufwendungen durch die das Kriterium der steuerlichen Absetzbarkeit festgelegt werden.¹²⁷ Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass steuerrechtlichen Regelungen ganz andere Wertungen zugrunde liegen, die sich nicht ohne weiteres auf die Frage der gesellschaftlichen Zulässigkeit übertragen lassen.¹²⁸ Das Steuerrecht dient der Mittelbeschaffung zur Erfüllung von Staatsaufgaben sowie der Verwirklichung politischer Ziele.¹²⁹ Eine Übernahme staatspolitischer oder fiskalischer Zweckmäßigkeitserwägungen ist dem Gesellschaftsrecht als Teil des Privatrechts fremd.¹³⁰

Des Weiteren wird vertreten, die Vergabe gemeinnütziger Aufwendungen unterliege fixen gesellschaftsrechtlichen Grenzen, beispielsweise 1 % des Bilanzgewinns.¹³¹ Einer derartigen Fixierung fester Größenordnungen steht aber die Vielgestaltigkeit sowohl von Unternehmensstrukturen als auch Erscheinungsformen sozialen Engagements entgegen. Eine einmalige Spende größeren Umfangs mag ebenso sachgerecht erscheinen wie regelmäßige soziale Aufwendungen über einen längeren Zeitraum hinweg. Was bei einer leistungsstarken Aktiengesellschaft zulässig ist, kann bei einem Unternehmen, das gerade erst eine schwere Krise überwunden hat, auf Bedenken stoßen. Jeder Versuch der abstrakten Begrenzung der Vorstandskompetenz für soziale Aufwendungen geht mithin an der Realität vorbei.¹³² Anstatt auf fixe Grenzen abzustellen, muss es darauf ankommen, im konkreten Einzelfall eine

angemessen Abwägung vorzunehmen.¹³³ Ein unbilliges Maß an Rechtsunsicherheit ist damit nicht verbunden. Der Jurist ist es gewohnt, unbestimmte Rechtsbegriffe durch die anerkannten Auslegungsmethoden zu konkretisieren und für die Praxis handhabbar zu machen.

Zutreffend ist somit, dass soziale Aufwendungen dem Gebot der Angemessenheit unterliegen, dessen Konkretisierung unter Betrachtung der Umstände des Einzelfalls erfolgt.¹³⁴ Anhaltspunkte sind der Zuschnitt des Unternehmens, insbesondere seine strategische Ausrichtung, das Branchenumfeld sowie die soziale und gesamtwirtschaftliche Rolle des Unternehmens.¹³⁵ Auch die Verkehrsüblichkeit kann in die Bewertung mit einfließen.¹³⁶ Ferner ist die Leistungsfähigkeit und die finanzielle Situation der Gesellschaft zu berücksichtigen.¹³⁷ Die Ausgaben für soziale Zwecke müssen deshalb in einem angemessenen wirtschaftlichen Verhältnis zur Bilanzsumme und Ertragslage stehen.¹³⁸

3. Persönliche Präferenzen

Problematisch ist, inwieweit sich der Vorstand bei der Vergabe gemeinnütziger Aufwendungen von persönlichen Vorlieben leiten lassen darf. Spricht man dem Vorstand die Befugnis zu, Zuwendungen im sozialen Bereich zu tätigen, ohne dass unmittelbar messbare finanziellen Vorteile nachgewiesen werden müssen, besteht für den Vorstand eine gewisse Versuchung, die ihm anvertrauten Mittel für persönliche Interessen einzusetzen.¹³⁹ Der Vorstand könnte geneigt sein, sich durch verstärkte Zuwendungen an sog. *Pet Charities* als großzügiger Gönner zu Lasten der Aktiengesellschaft zu profilieren, um das eigene Prestige zu steigern. Letztlich handelt es sich bei dem Problem um einen Unterfall des Prinzipal-Agent-Konflikts.¹⁴⁰

Teilweise wird die Berücksichtigung persönlicher Präferenzen generell für unzulässig gehalten.¹⁴¹ Es ist jedoch in Rechnung zu stellen, dass bei der Entscheidung über soziale Aufwendungen notwendig eine Auswahl aus einer Vielzahl von Möglichkeiten sozialen Engagements zu treffen ist. Dass sich der Vorstand bei der Entscheidung zwischen mehreren gleichermaßen geeignet oder förderungswürdig erscheinenden Projekten für dasjenige entscheidet, welches ihm persönlich besonders am Herzen liegt, ist daher im Grundsatz nicht zu beanstanden.¹⁴²

124 BGH v. 6.12.2001 – 1 StR 215/01, BGHSt 47, 187 (195) = AG 2002, 347.

125 *Goette* in FS 50 Jahre BGH, 2000, S. 123 (127); *Spindler*, Unternehmensinteresse als Leitlinie des Vorstandshandelns – Berücksichtigung von Arbeitnehmerinteressen und Shareholder Value, Gutachten im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung, 2008, S. 17.

126 *Mertens/Cahn* in KölnKomm/AktG, 3. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 34.

127 *Philipp*, AG 2000, 62 (65); *Baas*, Leitungsmacht und Gemeinwohlbindung der AG, 1976, S. 172 ff.; *Ebenroth*, Das Auskunftsrecht des Aktionärs und seine Durchsetzung im Prozess, 1970, S. 113 f.

128 *Mertens/Cahn* in KölnKomm/AktG, 3. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 35; *Vorderwülbecke*, BB 1989, 505 (508).

129 *Schmidt-Leithoff*, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 1989, S. 426.

130 *Fleischer*, AG 2001, 171 (178); *Schmidt-Leithoff*, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 1989, S. 426.

131 *Kind*, NZG 2000, 567 (569); vgl. *Uwe H. Schneider* in Scholz, 10. Aufl. 2007, § 43 GmbHG Rz. 72: 2 % des Bilanzgewinns für die GmbH.

132 *Laub*, AG 2002, 308 (312).

133 *Ransiek*, AG 2009, 782 (786).

134 *Kort* in Großkomm/AktG, 4. Aufl. 2008, Stand 1.12.2002, § 76 AktG Rz. 67; *Laub*, AG 2002, 308 (312).

135 *Weber* in Hölters, 2010, § 76 AktG Rz. 32.

136 *Hefermehl* in G/H/E/K, 1973/74, § 76 AktG Rz. 27; *Fleischer*, AG 2001, 171 (178).

137 *Hopt* in Großkomm/AktG, 4. Aufl. 2008, Stand 1.1.1999, § 93 AktG Rz. 120; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Aufl. 2010, § 14 Rz. 72.

138 *Weber* in Hölters, 2010, § 76 AktG Rz. 32; *Ransiek*, AG 2009, 782 (784); *Kort* in Großkomm/AktG, 4. Aufl. 2008, Stand 1.12.2002, § 76 AktG Rz. 67.

139 *Fleischer* in Spindler/Stilz, 2. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 48; *Empt*, Corporate Social Responsibility, 2004, S. 210.

140 *Empt*, Corporate Social Responsibility, 2004, S. 210.

141 *Schmidt-Leithoff*, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 1989, S. 435; *Rittner* in FS Geßler, 1971, S. 139 (156).

142 *Fleischer* in *Fleischer*, Hdb. Vorstandsrecht, 2006, § 1 Rz. 39;

Pflichtwidrig handelt der Vorstand erst, wenn er privaten Präferenzen unangemessenen Raum gibt¹⁴³ oder willkürlich eigennützige Ziele bzw. private Liebhaberei verfolgt.¹⁴⁴

4. Gesellschaftsinterne Transparenz

Um dem Vorwurf pflichtwidrigen Handelns vorzubeugen, empfiehlt es sich im Hinblick auf soziale Entscheidungen ein gewisses Maß an gesellschaftsinterne Transparenz und Publizität einzuhalten. Auch für die Beurteilung einer möglichen Untreuestrafbarkeit wird das Fehlen gesellschaftsinterne Transparenz als ein maßgebliches Kriterium herangezogen.¹⁴⁵

Spielen bei der Vergabe von Fördermitteln private Vorlieben des nach der internen Geschäftsverteilung (§ 77 Abs. 1 Satz 2 AktG) zuständigen Vorstandsmitglieds eine Rolle, soll der Vorgang nach der Rechtsprechung des BGH ggü. dem Gesamtvorstand offen gelegt werden, um eine vorstandsinterne Kontrolle zu ermöglichen.¹⁴⁶ Hierdurch wird zwar die Möglichkeit einer Geschäftsverteilung für die Entscheidung über soziale Aufwendungen eingeschränkt,¹⁴⁷ andererseits kann sich das betreffende Vorstandsmitglied so gegen den Vorwurf pflichtwidrigen Handelns absichern. Um die Kontroll- und Rügemöglichkeiten des Aufsichtsrats zu wahren, sollte außerdem bei bedeutsamen Vorhaben rechtzeitig von der Berichtspflicht ggü. dem Aufsichtsratsvorsitzenden gem. § 90 Abs. 1 Satz 3 AktG Gebrauch gemacht werden.¹⁴⁸

Eine Einzelaufschlüsselung sozialer Aktivitäten im Jahresabschluss ist de lege lata nicht erforderlich. Unentgeltliche Zuwendungen wie Unternehmensspenden können geschlossen in den Sammelposten „sonstige betriebliche Aufwendungen“ gem. § 275 Abs. 2 Nr. 8 HGB eingestellt werden.¹⁴⁹ In der Hauptversammlung kann jeder Aktionär im Rahmen seines Auskunftsanspruchs nach § 131 AktG Aufklärung über das Gesamtaufkommen an Spenden verlangen.¹⁵⁰ Sofern dieser Gesamtbetrag die Schwelle der Angemessenheit nicht überschreitet, kann allerdings eine Einzelaufschlüsselung nicht verlangen werden, da dann eine Beurteilungsrelevanz i.S.d. § 131 Abs. 1 Satz 1 AktG nicht vorliegt.¹⁵¹

Mertens/Cahn in KölnKomm/AktG, 3. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 36; *Empt*, Corporate Social Responsibility, 2004, S. 210 f.

143 BGH v. 6.12.2001 – 1 StR 215/01, BGHSt 47, 187 (195) = AG 2002, 347; *Weber* in Hölters, 2010, § 76 AktG Rz. 32; *Kort* in Großkomm/AktG, 4. Aufl. 2008, Stand 1.12.2002, § 76 AktG Rz. 74.

144 *Westermann*, ZIP, 1990, 771 (775); *Fleischer* in Spindler/Stilz, 2. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 48; zum Sonderproblem der Zuwendungen an politische Parteien vgl. *Fleischer*, AG 2001, 171 (179) m.w.N.

145 BGH v. 6.12.2001 – 1 StR 215/01, BGHSt 47, 187 (197) = AG 2002, 347; *Ransiek*, AG 2009, 782 (784); *Gehrlein*, NZG 2002, 463 (464).

146 BGH v. 6.12.2001 – 1 StR 215/01, BGHSt 47, 187 (196) = AG 2002, 347; *Westermann*, ZIP 1990, 771 (776); *Gehrlein*, NZG 2002, 463 (464).

147 *Mertens/Cahn* in KölnKomm/AktG, 3. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 36.

148 *Säcker*, BB 2009, 282 (284 f.); *Laub*, AG 2002, 308 (312).

149 *Fleischer*, AG 2001, 171 (179).

150 *Kubis* in MünchKomm/AktG, 2. Aufl. 2004, § 131 AktG Rz. 205.

VI. Gemeinwohlklausel in der Satzung

Die Satzung der Aktiengesellschaft kann den Vorstand ausdrücklich zu sozialen Aktivitäten ermächtigen. Zwar ist nach der hier vertretenen Auffassung eine derartige Klausel zur Begründung der Vorstandskompetenz für soziale Aufwendungen ohne konkreten wirtschaftlichen Nutzen nicht erforderlich. Liegt eine Gemeinwohlklausel vor, ist jedoch die Zulässigkeit sozialen Engagements im Rahmen der Unternehmensleitung allgemein anerkannt.¹⁵² Somit ist eine ausdrückliche Ermächtigung aus Sicht des Vorstands zur Vermeidung von Haftungsrisiken interessant. Die nachträgliche Einführung einer solchen Gemeinwohlklausel bedarf als Satzungsänderung der Zustimmung der Hauptversammlung. Die Beschlussfassung der Hauptversammlung hat dabei gem. § 179 Abs. 2 Satz 1 AktG grundsätzlich mit Drei-Viertel-Mehrheit zu erfolgen.

Nach einer Auffassung bedarf die Einführung einer Gemeinwohlklausel darüber hinaus der Zustimmung sämtlicher Aktionäre.¹⁵³ Zur Begründung wird auf eine Analogie zu § 33 Abs. 1 Satz 2 BGB verwiesen, wonach die Änderung des Gesellschaftszwecks die Zustimmung aller Gesellschafter voraussetzt.¹⁵⁴ Eine Änderung des Gesellschaftszwecks ist anzunehmen bei einer Umgestaltung der faktischen Geschäftsgrundlage des Zusammenschlusses der Gesellschafter.¹⁵⁵ Hierzu gehört insbesondere der Umstand, ob die Aktiengesellschaft erwerbswirtschaftlich oder karitativ tätig werden soll.¹⁵⁶ Eine Änderung des Gesellschaftszwecks wird deshalb teilweise schon bei jeder Einschränkung der Gewinnerzielung bejaht.¹⁵⁷ Vor diesem Hintergrund soll die Einführung einer Gemeinwohlklausel das Einstimmigkeitserfordernis des § 33 Abs. 1 Satz 2 BGB analog auslösen.

Allerdings ist zweifelhaft, inwieweit soziale Aufwendungen, die die aufgezeigten Grenzen der Angemessenheit einhalten, die erwerbswirtschaftliche Ausrichtung der Aktiengesellschaft überhaupt in Frage stellen. Nach dem Gebot der Angemessenheit müssen soziale Aufwendungen in einem vernünftigen Verhältnis zur Ertragslage bzw. zur Finanzverfassung der Aktiengesellschaft stehen. Bei objektiver Betrachtung liegt deshalb eine Verlagerung des Gesellschaftszwecks im Sinne einer Abkehr von der bisherigen erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit durch die Einführung einer Gemeinwohlklausel gar nicht vor. Hauptziel

151 OLG Frankfurt v. 4.8.1993 – 20 W 295/90, AG 1994, 39 (40); *Hüffer*, 9. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 18; *Kubis* in MünchKomm/AktG, 2. Aufl. 2004, § 131 AktG Rz. 205.

152 *Fleischer*, AG 2001, 171 (173).

153 *Mülbert*, AG 2009, 766 (772).

154 *Haberstock/Greitemann* in Hölters, 2010, § 179 AktG Rz. 19; *Mülbert*, AG 2009, 766 (772); vgl. auch *Kind*, NZG 2000, 567 (571); *Philipp*, AG 2000, 62 (66) zu § 58 Abs. 3 Satz 2 AktG.

155 KG v. 3.9.2004 – 14 U 333/02, NZG 2005, 88 (89) = AG 2005, 90.

156 *Pentz* in MünchKomm/AktG, 3. Aufl. 2008, § 23 AktG Rz. 77; *Hüffer*, 9. Aufl. 2010, § 179 AktG Rz. 33; *Kind*, NZG 2000, 567 (571).

157 *Pentz* in MünchKomm/AktG, 3. Aufl. 2008, § 23 AktG Rz. 76; *Röhrich* in Großkomm/AktG, 4. Aufl. 2004, Stand 1.8.1996, § 23 AktG Rz. 103; *Zöllner* in KölnKomm/AktG, 2. Aufl. 1995, § 179 AktG Rz. 114 m.w.N.



der Aktiengesellschaft bleibt nach wie vor die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit. Zwar schmälern soziale Aufwendungen den Gewinn. Jedoch ist auch die erwerbswirtschaftlich tätige Aktiengesellschaft wie gezeigt nicht allein an der bloßen Gewinnmaximierung orientiert.¹⁵⁸ Die Bewertung der Gemeinwohlklausel als Zweckänderung ist deshalb abzulehnen. Anders fällt die Beurteilung allenfalls dann aus, wenn die fragliche Gemeinwohlklausel den Vorstand zu sozialen Aufwendungen ermächtigt, die das verkehrübliche Maß deutlich überschreiten. Dann mag in der Tat eine Änderung der faktischen Geschäftsgrundlage der Gesellschaft vorliegen, mit der die Aktionäre als Anteilseigner nicht rechnen konnten. Dieser Fall dürfte angesichts des tatsächlichen Umfangs sozialen Engagements in der Unternehmenspraxis allerdings eher unwahrscheinlich sein.

Darüber hinaus wird auch der Unternehmensgegenstand durch die Satzungsermächtigung zu sozialen Aufwendungen regelmäßig nicht in einem Maße beeinträchtigt, dass die analoge Anwendung des unflexiblen Einstimmigkeitserfordernisses des § 33 Abs. 1 Satz 2 BGB rechtfertigen würde. Wie sich aus § 179 Abs. 2 Satz 2 AktG ergibt, unterliegt eine Änderung des Unternehmensgegenstandes im gesetzlichen Regelfall ohnehin nur der normalen Drei-Viertel-Mehrheit.¹⁵⁹ Eine analoge Anwendung des § 33 Abs. 1 Satz 2 BGB kommt daher wenn überhaupt bei einer grundlegenden Umwandlung des Unternehmensgegenstandes in Betracht.¹⁶⁰ Soziale Aufwendungen erreichen in der Praxis aber kaum Größenordnungen, in denen ein faktischer Austausch des Unternehmensgegenstandes diskutiert werden könnte.¹⁶¹

Es lässt sich also festhalten, dass weder Gesellschaftszweck noch Unternehmensgegenstand durch eine Satzungsermächtigung zu sozialen Aufwendungen so gravierend beeinträchtigt werden, dass eine analoge Anwendung des § 33 Abs. 2 Satz 1 BGB sachgemäß wäre. Demzufolge kann die Satzungsänderung mit einer Drei-Viertel-Mehrheit des in der Hauptversammlung vertretenen Grundkapitals vorgenommen werden (§ 179 Abs. 2 Satz 1 AktG). Die Zustimmung sämtlicher Aktionäre ist dagegen nicht erforderlich.

VII. Beteiligung der Hauptversammlung

In der Diskussion um soziale Aufwendungen in der Aktiengesellschaft wird schließlich unter unterschiedlichen Gesichtspunkten die Frage nach einer Beteiligung der Hauptversammlung aufgeworfen.

1. Soziale Aufwendungen als Gewinnverwendung

Eine Entscheidungskompetenz der Hauptversammlung wird zunächst mit dem Argument begründet, echte gemeinnützige Zuwendungen ohne Beitrag zur Renditestei-

gerung seien eine Form der Gewinnverwendung.¹⁶² Da hierdurch das Gewinnbezugsrecht der Anteilseigner berührt werde, sei eine ausschließliche Zuständigkeit der Hauptversammlung gegeben.¹⁶³ Dabei wird auch auf § 58 Abs. 3 Satz 2 AktG verwiesen,¹⁶⁴ wonach die Hauptversammlung mit einfacher Mehrheit über eine andere Gewinnverwendung – ausweislich der Gesetzesbegründung v.a. die Förderung gemeinnütziger Zwecke¹⁶⁵ – beschließen kann.

Allerdings verfängt der Hinweis auf § 58 Abs. 3 Satz 2 AktG bereits aus systematischer Sicht nicht. Die Vorschrift knüpft die Zulässigkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses an eine Satzungsermächtigung¹⁶⁶ und enthält damit gerade keine originäre Zuständigkeitsregel zugunsten der Hauptversammlung in Sachen Gemeinwohlförderung.¹⁶⁷ Zudem würde sich eine etwaige Kompetenz der Hauptversammlung nur auf den bilanziell ausgewiesenen Gewinn beziehen.¹⁶⁸ Soziale Aufwendungen durch den Vorstand stellen jedoch bilanziell betrachtet betrieblichen Aufwand dar,¹⁶⁹ welcher dem Gewinn vorgeordnet ist.¹⁷⁰ Darüber hinaus ergibt sich aus § 58 Abs. 4 AktG, dass die Aktionäre ohnehin keinen Anspruch auf die Erzielung eines bestimmten Gewinns haben.¹⁷¹ Ebenso haben die Aktionäre keinen Anspruch auf die Vermeidung einer bestimmten Gewinnschmälerung.¹⁷² Ferner betreffen die Gewinnverwendungsregeln des Aktienrechts nur das Verhältnis der Aktionäre untereinander, nicht dagegen das Verhältnis zwischen Vorstand und Aktionären.¹⁷³ Schließlich widerspräche die Festlegung auf ein spezifisches Gewinnziel der eigenverantwortlichen Stellung des Vorstands¹⁷⁴ und wäre mit der interessenpluralistischen Zielkonzeption des Stakeholder Value Ansatzes nicht vereinbar. Somit wird das Gewinnbezugsrecht der Anteilseigner durch die Vergabe gemeinnütziger Zuwendungen nicht verletzt, so dass sich unter diesem Gesichtspunkt eine Hauptversammlungs Zuständigkeit nicht begründen lässt.

162 *Vorderwülbecke*, BB 1989, 505 (509); *Meilicke*, NJW 1959, 409 (412).

163 *Kulitz*, *Unternehmenspenden an politische Parteien*, 1983, S. 166; *Vorderwülbecke*, BB 1989, 505 (509).

164 *Kulitz*, *Unternehmenspenden an politische Parteien*, 1983, S. 166.

165 *Kropff*, AktG, 1965, Reg.-Begr. zu § 58; *Hüffer*, 9. Aufl. 2010, § 58 AktG Rz. 25; *Cahn/v. Spannenberg* in *Spindler/Stilz*, 2. Aufl. 2010, § 58 AktG Rz. 86.

166 *Waclawik* in *Hölters*, 2010, § 58 AktG Rz. 23; *Philipp*, AG 2000, 62 (65 f.); *Kind*, NZG 2000, 567 (571).

167 *Fleischer*, AG 2001, 171 (177).

168 *Laub*, AG 2002, 308 (309).

169 *Cahn/v. Spannenberg* in *Spindler/Stilz*, 2. Aufl. 2010, § 58 AktG Rz. 86; *Hüttemann*, AG 2009, 774 (775).

170 *Barz* in *Großkomm*, AktG, 4. Aufl. 2008, Stand 1.3.2000, § 58 Rz. 81; *Fleischer*, AG 2001, 171 (177).

171 *Laub*, AG 2002, 308 (309); *Mertens/Cahn* in *KölnKomm/AktG*, 3. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 39; *Mertens* in *FS Goerdeler*, 1991, S. 349 (358).

172 *Mertens*, AG 2000, 157 (160).

173 *Mülbert*, AG 2009, 766 (772); *Grossmann*, *Unternehmensziele im Aktienrecht*, 1980, S. 65.

174 *Westermann*, ZIP, 1990, 771 (776).

158 *Spindler* in *MünchKomm/AktG*, 3. Aufl. 2008, § 76 AktG Rz. 75.

159 *Hüffer*, 9. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 34.

160 *Pentz* in *MünchKomm/AktG*, 3. Aufl. 2008, § 23 AktG Rz. 77.

161 *Laub*, AG 2002, 308 (310).

2. Ungeschriebene Hauptversammlungs-kompetenz

Des Weiteren wird eine ungeschriebene Hauptversammlungskompetenz für die Entscheidung über soziale Aufwendungen befürwortet.¹⁷⁵ Gegen die Annahme einer solchen ungeschriebenen Kompetenz sprechen allerdings bereits systematische Gesichtspunkte. Der Gesetzgeber hat die Entscheidungsfindung der Hauptversammlung über Gemeinwohlbelange in § 58 Abs. 3 Satz 2 AktG an eine Satzungsermächtigung geknüpft. Liegt eine Satzungsermächtigung und damit eine gesetzliche Zuständigkeitszuweisung über § 58 AktG nicht vor, ist eine ungeschriebene Hauptversammlungskompetenz erst recht abzulehnen.¹⁷⁶

Außerdem ist die Unternehmerfunktion in der Aktiengesellschaft über § 76 Abs. 1 AktG dem Vorstand zugewiesen.¹⁷⁷ Im Anschluss an die sog. Holzmüller-Entscheidung hat der BGH dementsprechend an die Annahme einer ungeschriebenen Hauptversammlungszuständigkeit sehr hohe Anforderungen gestellt und deren Ausnahmecharakter betont.¹⁷⁸ Erforderlich ist ein schwerwiegender Eingriff in die Rechte und Interessen der Aktionäre, der einer Satzungsänderung zumindest nahe kommt.¹⁷⁹ Dies ist der Fall bei grundlegenden Entscheidungen, die in den Kernbereich der Unternehmenstätigkeit eingreifen.¹⁸⁰ Ein solcher Entscheidungsgegenstand ist bei sozialem Engagement regelmäßig nicht gegeben. Angemessene soziale Aufwendungen lassen im Zweifel sowohl Unternehmensgegenstand als auch Gesellschaftszweck unberührt.¹⁸¹ Wird die Grenze der Angemessenheit überschritten, sind die betreffenden Aufwendungen ohnehin unzulässig. Ein Eingriff in die Kernkompetenz der Hauptversammlung ist darin nicht zu sehen.

Letztendlich ist die Hauptversammlung auch institutionell nicht für eine sachgerechte Entscheidungsfindung über konkrete soziale Aktivitäten konzipiert.¹⁸² Eine Ent-

scheidung der Hauptversammlung etwa über jede Spende wäre zeitaufwendig und unflexibel, so dass Spenden oft nicht dann gewährt werden könnten, wenn sie gebraucht werden.¹⁸³ Angesichts der komplexen Zielsetzung vieler sozialer Aufwendungen wäre eine Aufteilung der Entscheidungsfindung zwischen Vorstand und Hauptversammlung zudem unpraktikabel.¹⁸⁴ Auch ist nicht ersichtlich, wie eine Teilkompetenz der Hauptversammlung ggü. der Zuständigkeit des Vorstands für soziale Aufwendungen sinnvoll abgegrenzt werden kann.¹⁸⁵ In Anbetracht dessen ist eine ungeschriebene Hauptversammlungskompetenz für soziale Aufwendungen im Ergebnis abzulehnen.

VIII. Fazit

Der Rückgriff auf ökonomistische Maßstäbe für die Beurteilung sozialer Aufwendungen in Rechtsprechung und Lehre erfolgt ohne Not. Auf Grundlage des Stakeholder Value Ansatzes lässt sich die Berücksichtigung von sozialen Belangen bei der Ausübung des Leitungsermessens durch den Vorstand auch dann rechtfertigen, wenn konkret keine positiven Rückwirkungen auf Gewinnerzielung und Aktionärsinteressen nachgewiesen werden können. Voraussetzung ist allerdings, dass die dauerhafte Rentabilität des Unternehmens nicht tangiert sowie das Gebot der Angemessenheit gewahrt wird.

Soziale Aufwendungen fallen als Geschäftsführungsmaßnahme in die alleinige Kompetenz des Vorstands. Zur Absicherung des Vorstands gegen Haftungsrisiken ist die Aufnahme einer Gemeinwohlklausel in die Satzung empfehlenswert, die die Befugnis des Vorstands zur Wahrnehmung sozialer Belange unmissverständlich klarstellt. Nach der hier vertretenen Auffassung ist eine Satzungsermächtigung zur Legitimierung sozialen Vorstandshandelns zwar nicht zwingend erforderlich. Angesichts des umfangreichen Meinungsbilds in der Literatur und der an wirtschaftlichen Gesichtspunkten orientierten Rechtsprechung zur Untreuestrafbarkeit verschafft eine Satzungsermächtigung jedoch eine rechtssichere Grundlage für die Förderung sozialer Belange. Die nachträgliche Einführung einer solchen Klausel ist im Wege der Satzungsänderung mit Drei-Viertel-Mehrheit möglich. Der Zustimmung sämtlicher Aktionäre bedarf es hierzu nicht.

175 Mülberr, AG 2009, 766 (774).

176 Mertens/Cahn in KölnKomm/AktG, 3. Aufl. 2010, § 76 AktG Rz. 39.

177 Weber in Hölters, 2010, § 76 AktG Rz. 18; Liebscher in BeckHdb/AG, 2. Aufl. 2009, § 6 Rz. 2; Mertens, AG 2000, 157 (161).

178 BGH v. 25.2.1982 – II ZR 174/80, BGHZ 83, 122 = AG 1982, 158 – Holzmüller; v. 26.4.2004 – II ZR 155/02, BGHZ 159, 30 = AG 2004, 384 – Gelatine I.

179 Weber in Hölters, 2010, § 76 AktG Rz. 41; Liebscher in BeckHdb/AG, 2. Aufl. 2009, § 6 Rz. 7.

180 BGH v. 26.4.2004 – II ZR 155/02, BGHZ 159, 30 = AG 2004, 384 – Gelatine I.

181 Laub, AG 2002, 308 (310).

182 Mertens, AG 2000, 157 (161); Mertens in FS Goerdeler, 1991, S. 349 (359); Fleischer, AG 2001, 171 (177).

183 OLG Hamburg v. 19.9.1963 – 3 U 128/62, AG 1964, 45 (48).

184 Westermann, ZIP 1990, 771 (776).

185 Mertens in FS Goerdeler, 1991, S. 349 (359).