

Schriften zum Strafrecht

Band 295

**Strafrechtliche Pflicht
der Mitglieder des Aufsichtsrats einer
Aktiengesellschaft zur Verhinderung
von Vorstandsstraftaten**

Von

Max Schwerdtfeger



Duncker & Humblot · Berlin

MAX SCHWERDTFEGER

Strafrechtliche Pflicht der Mitglieder des Aufsichtsrats
einer Aktiengesellschaft zur Verhinderung
von Vorstandsstraftaten

Schriften zum Strafrecht

Band 295

Strafrechtliche Pflicht der Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft zur Verhinderung von Vorstandsstraftaten

Von

Max Schwerdtfeger



Duncker & Humblot · Berlin

Die Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft Hamburg
hat diese Arbeit im Jahre 2015 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2016 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany
ISSN 0558-9126
ISBN 978-3-428-14844-8 (Print)
ISBN 978-3-428-54844-6 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84844-7 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist als Dissertation an der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft – im Juli 2015 zur Promotion angenommen worden. Am 08.10.2015 fand die mündliche Prüfung statt. Rechtsprechung und Literatur sind auf dem Stand der Einreichung der Dissertation (Mai 2013).

Für Hilfe und Anregungen auf dem Weg zu dem heute vorliegenden Buch bin ich vielen Personen zum Dank verpflichtet. An erster Stelle danke ich Herrn Professor Dr. Frank Saliger herzlich für die Betreuung und Erstbegutachtung der Arbeit sowie den stets sehr förderlichen Meinungsaustausch. Das Zweitgutachten wurde von Herrn Professor Dr. Thomas Rönnau erstattet, dem ich hierfür danke.

Den Anstoß zu meinem Dissertationsthema lieferte eine Diskussion zwischen Frau Rechtsanwältin Dr. Imme Roxin, Herrn Rechtsanwalt Michael Reinhart und Herrn Rechtsanwalt Alexander Schemmel auf dem Flur der Kanzlei Roxin Rechtsanwälte LLP in München im Jahr 2009. Für die Eindrücke des damaligen Praktikums danke ich herzlich, da sie meinen Werdegang bis heute prägen.

Danken möchte ich ferner meinen Freunden und Kollegen Karsten Alex, Pia-Franziska Graf, Katharina Jarasch, meiner Schwester Paula Schwerdtfeger und meinem Cousin Jakob Schwerdtfeger sowie meiner Freundin Maren Eschricht für Diskussionen, Meinungsaustausch und eine kritische Durchsicht meiner hier niedergelegten Überlegungen.

Gewidmet ist die Arbeit meinen Eltern, die mich während meiner gesamten Ausbildungszeit stets bedingungslos unterstützt haben.

Düsseldorf, im Mai 2016

Max Schwerdtfeger

Inhaltsübersicht

Kapitel 1

Einführung in die Thematik	27
A. Der Aufsichtsrat als Zielgruppe strafrechtlicher Ermittlungen, Gerichtsverfahren und wissenschaftlicher Abhandlungen	27
B. Abgrenzung von möglichen anderen Konstellationen, Benennung und Kategorisierung denkbarer Vorstandsstraftaten	31
C. Eigene Strafbarkeit des Aufsichtsrats	41
D. Beiträge der Rechtsprechung	43
E. Diskussionsstand in der Literatur	46
F. Zusammenfassung und Ausblick auf die Arbeit	53

Kapitel 2

Die Vermögensbetreuungspflicht des § 266 StGB als besondere Ausprägung der Beschützergarantenstellung für das Gesellschaftsvermögen – Untreue durch eine aktienrechtliche Pflichtverletzung bei Nichtverhinderung einer Vorstandsstraftat

	56
A. Vorüberlegungen	56
B. Die Missbrauchsvariante, § 266 Abs. 1 Var. 1 StGB	63
C. Die Treubruchsvariante, § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB	65
D. Ergebnis für Kapitel 2	157

Kapitel 3

Allgemeine Unterlassensstrafbarkeit: Konkretes Vorstandsdelikt i.V.m. § 13 Abs. 1 StGB als Straftat des Aufsichtsrats

	158
A. Grundlagen der Unterlassensstrafbarkeit	159
B. Der Aufsichtsrat als mittelbarer Täter durch Unterlassen kraft Organisationsherrschaft	171
C. Der Aufsichtsrat als Überwachergarant des Vorstands	178

D. Der Aufsichtsrat als Beschützergarant	205
E. Die konkrete Strafbarkeit des Aufsichtsrats	213

Kapitel 4

(Konkurrenz-)Verhältnis von Untreue und allgemeiner Unterlassensstrafbarkeit	251
A. Übersicht	252
B. Keine Überschneidung	253
C. Überschneidungen	255
D. Kritikwürdige Aspekte einer Strafbarkeit gem. § 266 Abs. 1 StGB nach Kapitel 2	262
E. Ergebnis	264

Kapitel 5

Zusammenfassung der Ergebnisse und Empfehlung an Aufsichtsräte	266
A. Der Aufsichtsrat als Täter einer Untreue	266
B. Der Aufsichtsrat ist einzig Beschützergarant der Gesellschaftsgüter	267
C. Aufsichtsratsstrafbarkeit nach der allgemeinen Unterlassensstrafbarkeit	268
D. Verhältnis der beiden Anknüpfungsalternativen zueinander	269
E. Beteiligungsform des Aufsichtsrats	270
F. Empfehlung an Aufsichtsräte	270
Literaturverzeichnis	271
Stichwortverzeichnis	286

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1

Einführung in die Thematik 27

A. Der Aufsichtsrat als Zielgruppe strafrechtlicher Ermittlungen, Gerichtsverfahren und wissenschaftlicher Abhandlungen	27
I. Die Aktiengesellschaft und ihre Organe (Überblick)	27
II. Strafrechtliche Dimension der Aufsichtsrats Tätigkeit	28
B. Abgrenzung von möglichen anderen Konstellationen, Benennung und Kategorisierung denkbarer Vorstandsstraftaten	31
I. Abgrenzung von möglichen anderen Konstellationen	31
1. Konkrete Straftat des Vorstands als Anknüpfungs- und Bezugspunkt ...	31
a) Untreue gem. § 266 StGB durch die unterlassene Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen	31
b) Untreue gem. § 266 StGB durch die unterlassene Einrichtung eines „Compliancesystems“	32
c) Aufklärungspflicht des Aufsichtsrats bei Verdacht der Begehung von Straftaten	32
d) Zusammenfassung	32
2. Abgrenzung zu Anstiftung und Beihilfe durch aktives Tun	33
II. Denkbare Straftaten des Vorstands und Kategorisierung	33
1. Vorstand als Anknüpfungs- und Bezugspunkt einer Aufsichtsratsstrafbarkeit	33
2. Mögliche Vorstandsstraftaten	34
3. Kategorisierung von konkreten Vorstandsstraftaten	35
a) Kategorie A: Straftaten, die keinen Gesellschafts-/Vermögensbezug aufweisen	36
b) Kategorie B: Straftaten, die mittelbar zu Schäden der Gesellschaft und ihres Vermögens führen (können)	36
c) Kategorie C: Straftaten, die sich unmittelbar gegen die Rechtsgüter der Gesellschaft richten bzw. zu unmittelbaren Schäden des Gesellschaftsvermögens führen	37
aa) Unterkategorie I: Straftaten, die sich unmittelbar gegen die Rechtsgüter der Gesellschaft richten	37
bb) Unterkategorie II: Straftaten, die unmittelbar zu Schäden des Gesellschaftsvermögens führen	39

(1) Rechtlicher Schutz des Gesellschaftsvermögens	39
(2) Faktischer Schutz des Gesellschaftsvermögens	40
(3) Ergebnis für Unterkategorie II	41
d) Zusammenfassung	41
C. Eigene Strafbarkeit des Aufsichtsrats	41
I. Untreue, § 266 StGB	42
II. Strafbarkeit nach konkretem Vorstandsdelikt in Verbindung mit § 13 Abs. 1 StGB	42
D. Beiträge der Rechtsprechung	43
I. Reichsgerichtliche Rechtsprechung	43
II. BGH, Urteil vom 6.12.2001 – 1 StR 215/01 („SSV Reutlingen“)	44
III. OLG Braunschweig, Beschluss vom 14.06.2012 – Ws 44/12 + 45/12	45
IV. Weitere Rechtsprechung, Zusammenfassung	45
E. Diskussionsstand in der Literatur	46
I. Der strafrechtliche Anknüpfungspunkt der Aufsichtsratsstrafbarkeit	48
1. Untreue gemäß § 266 Abs. 1 StGB des Aufsichtsrats als Anknüpfungspunkt	48
2. Konkrete Vorstandsstraftat in Verbindung mit § 13 Abs. 1 StGB als Anknüpfungspunkt einer Aufsichtsratsstrafbarkeit	49
II. Garantenstellung des Aufsichtsrats	49
1. Umfassende Garantenstellung (Beschützergarant für die Gesellschaft/ihr Vermögen und Überwachergarant des Vorstands)	50
2. Eingeschränkte Garantenstellung (Beschützergarant für Gesellschaft/ihr Vermögen)	51
III. Beteiligungsform	51
IV. Klärungsbedürftige Fragen	51
1. Strafrechtlicher Anknüpfungspunkt der Aufsichtsratsstrafbarkeit	52
2. Genaue Analyse einer Untreuestrafbarkeit	52
3. Garantenstellung des Aufsichtsrats	52
4. Fehlende Ausführungen bzgl. konkreter Straftaten, die der Aufsichtsrat durch Unterlassen begehen kann	53
5. Beteiligungsform des Aufsichtsrats	53
F. Zusammenfassung und Ausblick auf die Arbeit	53
I. Zusammenfassung der Einführung	53
II. Ziel der Arbeit	54
III. Vorgehensweise	54
IV. Einschränkung der Untersuchung	55

Kapitel 2

**Die Vermögensbetreuungspflicht des § 266 StGB als besondere Ausprägung
der Beschützergarantenstellung für das Gesellschaftsvermögen –
Untreue durch eine aktienrechtliche Pflichtverletzung
bei Nichtverhinderung einer Vorstandsstrafat**

	56
A. Vorüberlegungen	56
I. Indizwirkung für eine Strafbarkeit nach § 266 StGB durch § 294 Abs. 1 AktG a. F.?	57
II. Verfassungsmäßigkeit des § 266 StGB und Konsequenzen für die vorlie- gende Konstellation	58
1. Kritik der Literatur an dem Tatbestand des § 266 StGB vor den Be- schlüssen des Bundesverfassungsgerichts	58
2. Bundesverfassungsgerichtsbeschlüsse	59
a) BVerfG, Beschluss vom 10.03.2009 – 2 BvR 1980/07	60
b) BVerfG, Beschluss vom 23.06.2010 – 2 BvR 2559/08 u. a.	60
c) BVerfG, Beschluss vom 01.11.2012 – 2 BvR 1235/11	62
3. Kurze Analyse der Beschlüsse sowie Folgen für die vorliegende Diskus- sion	62
III. Ergebnis	63
B. Die Missbrauchsvariante, § 266 Abs. 1 Var. 1 StGB	63
C. Die Treubruchsvariante, § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB	65
I. Vermögensbetreuungspflicht des Aufsichtsratsmitglieds	65
1. Allgemeine Anforderungen für das Vorliegen einer Vermögensbetreu- ungspflicht	66
a) Fremde Vermögensinteressen	66
b) Hauptpflicht des Geschäftsbesorgungsverhältnisses	67
c) Selbständigkeit, Verantwortung und Bewegungsfreiheit	67
d) Weitere Aspekte	68
2. Vorliegen der Anforderungen beim Aufsichtsrat der AG	68
a) Vorliegen der allg. Anforderungen	69
b) Konkretisierung der Vermögensbetreuungspflicht des Aufsichtsrats- mitglieds für die vorliegende Konstellation (Vermögensbetreuungs- pflicht auch im Rahmen der Überwachungsaufgabe)	71
aa) Leitungsaufgabe	71
bb) Überwachungsaufgabe	72
3. Konsequenz der Vermögensbetreuung: Beschränkung der möglichen Untreuestrafbarkeit auf Straftaten z. N. des Vermögens der AG	73
a) Inhalt des Vermögensschutzes: Die Beschützergarantenstellung für das Vermögen (der AG)	73

b) Andere Beschützergarantenstellungen im Rahmen von § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB	75
aa) Aktionäre/Gesellschafter	75
bb) Gesellschaft	77
cc) Gläubiger	77
dd) Allgemeinheit/Dritte („Normalbürger“)	78
c) Überwachergarantenstellung i. R. d. Untreue gem. § 266 Abs. 1 2. Var. StGB	78
d) Konsequenzen	79
II. Pflichtwidrige Handlung	79
1. Allgemeine Anforderungen	80
2. Aktienrechtliche Pflicht zur Abwendung von Vorstandsstraftaten für den Aufsichtsrat und ihr Umfang	81
a) Kontrollpflicht des Aufsichtsrats	81
b) Pflicht zur Abwendung von bevorstehenden Straftaten	82
aa) § 111 Abs. 1 AktG als rechtliche Grundlage der Pflicht	83
(1) Der Wortlaut „Überwachung“ als Argument für eine Straftatverhinderungspflicht	83
(2) Telos und Systematik als Argumente für eine Straftatverhinderungspflicht	84
(3) Zusammenfassung	86
bb) Einschränkung der Reichweite auf „betriebsbezogene“ Straftaten?	86
cc) Einschränkung der Reichweite durch den Wortlaut des § 111 Abs. 1 AktG: Sachlich-inhaltliche Bedeutung der „Geschäftsführung“ („Geschäftsführungsbezogenheit“ der Straftat)	86
(1) Keine umfassende Überwachungspflicht	87
(2) Umfang der eingeschränkten Überwachungspflicht	87
(3) Anpassung der h. M. an die vorliegende Konstellation	88
(4) Umfang und Bedeutung der punktuell „weiten“ Interpretation des Geschäftsführungsbegriffs in § 111 Abs. 1 AktG	89
(5) Erfassung privater Straftaten?	90
(6) „Geschäftsführungsbezogenheit“ der Straftat	92
dd) Teleologische Beschränkung auf Straftaten, die das Unternehmensinteresse berühren?	92
ee) Teleologische Beschränkung der Pflicht auf nur „schwerwiegende“ Straftaten?	93
ff) Teleologischer Ausschluss der Pflicht bei Straftaten „zum Wohle“ der Aktiengesellschaft?	95
gg) Ausnahme bei Bagatellfällen	95
hh) Zusammenfassend: „Geschäftsführungsbezogenheit“ der Straftat	97
3. Maßnahmen für die Durchsetzung der Pflicht	97

a) Tatsächliche Verhinderungsmittel	98
b) Gesellschaftsrechtliche Mittel	99
aa) Instrumente mit einwirkendem Charakter	99
bb) Einwirkungsmittel	100
(1) Erlass einer Geschäftsordnung für den Vorstand, § 77 Abs. 2 Satz 1 AktG	100
(2) Einberufung einer Hauptversammlung, § 111 Abs. 3 AktG ..	101
(3) Abberufung des Vorstands gem. § 84 Abs. 3 AktG	101
(a) Bevorstehende Straftat als Abberufungsgrund i. S. d. § 84 Abs. 3 AktG	102
(b) Ermessensreduzierung auf null: Pflicht für die Abberufung bei bevorstehenden Vorstandsstraftaten	103
(4) Zeitweilige Suspendierung des Vorstands	104
(a) Zulässigkeit der zeitweiligen Suspendierung	104
(b) Ausgestaltung und Rechtsfolge der zeitweiligen Suspendierung	105
(5) Weisungsrecht des Aufsichtsrats gegenüber dem Vorstand ..	106
(a) Kein Weisungsrecht des Aufsichtsrats gegenüber dem Vorstand	106
(b) Sonderweisungsrecht bei bevorstehenden Straftaten? ...	106
(c) Ablehnung eines Sonderweisungsrechts bei bevorstehenden Vorstandsstraftaten	107
(d) Sonderweisungsrecht gegenüber Angestellten bei Vorstandsstraftaten im Zusammenhang mit der Vorstandsvergütung?	108
(e) Ergebnis	109
(6) Zustimmungsvorbehalt gem. § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG	110
(a) Der Zustimmungsvorbehalt und seine tatbestandlichen Voraussetzungen	110
(b) Ad-hoc Zustimmungsvorbehalte für Einzelmaßnahmen .	111
(c) Rechtsfolge des Zustimmungsvorbehalts und der verweigerten Zustimmung	112
(7) Interorganklagen	113
cc) Sonstige Mittel	114
dd) Ergebnis	115
c) Strafprozessuale Maßnahme der Strafanzeige	115
aa) (Strafrechtliche) Pflicht zur Strafanzeige grundsätzlich nur in Ausnahmefällen	116
bb) Fehlende Berechtigung zur allgemeinen Erstattung von Strafanzeigen	116
cc) Ausnahme: Straftat nach § 138 StGB?	117
(1) Entfall der Anzeigepflicht bei Beteiligung an der Straftat ..	117

(2) Garantienstellung und Untreuestrafbarkeit des Aufsichtsrats bei relevanten Katalogtaten des § 138 Abs. 1 StGB	118
(3) Ausnahmsweise: Berechtigung zur Strafanzeige in den Fällen des § 138 StGB	119
dd) Ergebnis: Keine Pflicht zur Strafanzeige	120
d) Zusammenfassung	120
4. Ermessen	120
a) Entschließungsermessen	121
b) Auswahlermessen	121
aa) Möglichkeiten des Zurückgreifens auf mildere Maßnahmen	121
bb) Keine Auswirkung der „Schwere der Tat“ auf das Ermessen	122
cc) Taugliche Maßnahme(n) im konkreten Fall	122
c) Auswirkungen der Business-Judgement-Rule (§ 116 Satz 1 AktG i. V.m. § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG)	122
d) Konkrete Handlungspflicht	123
5. Notwendige und mögliche Vorschläge zur Einschränkung der Reichweite der Pflicht aufgrund restriktiver Anwendung der Untreuestrafbarkeit	123
a) Auswirkungen des „AUB-Beschlusses“	124
aa) Inhalt des „AUB-Beschlusses“	124
bb) Folgen der Übertragung des Inhalts des „AUB-Beschlusses“ auf die vorliegende Konstellation	125
(1) § 111 Abs. 1 AktG als vermögensschützende Norm	125
(2) Position Brand/Petermanns	125
(a) Kritik und Ablehnung einer Übertragung der „AUB-Rechtsprechung“ im Sinne Brand/Petermanns	126
(aa) Aktive Beteiligung des Aufsichtsrats an Vorstandsstraftat	126
(bb) Unterlassen der Abwendung der Vorstandsstraftat durch den Aufsichtsrat	127
cc) Ergebnis	128
b) Gravierende Pflichtverletzung	128
aa) Anwendung des Merkmals „gravierend“ auf Überwachungsaufgabe	129
bb) Inhalt der „gravierenden“ Pflichtverletzung	130
(1) Strafrechtsautonome Bestimmung	131
(2) Zivilrechtsakzessorische Bestimmung	131
(3) Nicht starr indizienbasierte strafrechtsautonome Schwere-theorie	131
cc) Vorliegen einer gravierenden Pflichtverletzung in der hier diskutierten Konstellation	132
c) Ergebnis	133

6. Keine Pflicht zur Verhinderung von Straftaten Angestellter durch Aufsichtsrat	133
7. Einverständnis	134
8. Zusammenfassung und Ergebnis für die pflichtwidrige Handlung	135
III. Vermögensnachteil	135
1. Vermögensnachteil und schadensgleiche Vermögensgefährdung	136
2. Vermögensnachteil durch Straftaten der Kategorie A (private Straftaten)	138
3. Vermögensnachteil durch Straftaten der Kategorie B (mittelbar schadende Straftaten)	138
a) Grundlage der Problematik	139
b) Vorfragen	140
aa) Allenfalls schadensgleiche Vermögensgefährdung auch bei durchgesetztem Schadensersatzanspruch/beglichener Sanktion (ex-ante Beurteilung)	140
bb) Frage der objektiven Zurechnung oder eines allgemeinen Unmittelbarkeitserfordernisses?	141
c) Streitstand bezüglich Einbeziehung mittelbarer Tatfolgen	141
aa) Standpunkt der Rechtsprechung	141
bb) Grundsätzlich schadensverneinende Stimmen	143
cc) Differenzierende Ansätze	143
(1) Beschränkung der mittelbaren Folgen auf „materiell self-executing“ Sanktionen	143
(2) Ermessensberücksichtigung bei der Figur des eigenverantwortlich dazwischentretenden Dritten	144
(3) Zurechnung bei pflicht- oder sonst sachgemäßen Verhaltens des Dritten	145
dd) Prognosebasierende Literaturansätze	145
d) „Möglichkeit“ und „Gewissheit“ als leitende Vorgaben der Einbeziehung mittelbarer Folgen	146
aa) Subsumtion unter die Voraussetzungen der schadensgleichen Vermögensgefährdung	146
bb) Verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer tatbestandlichen Restriktion der Untreue	147
cc) Systematische Notwendigkeit einer tatbestandlichen Restriktion der Untreue	148
dd) Zusammenfassung der bisherigen Ausführungen und Auseinandersetzung mit den oben aufgeführten Meinungen	148
ee) Folgen für Schadensersatz/Sanktion als Nachteil i. S. e. schadensgleichen Vermögensgefährdung	149
(1) Schadensersatzansprüche	149
(2) Sanktionen	150
(a) Derzeitige Sanktionsmöglichkeiten im deutschen und europäischen Recht	150

(b) Schadensgleiche Vermögensgefährdung durch „materiell self-executing“-Normen	151
ff) Ergebnis	152
e) Ergebnis für die Straftaten der Kategorie B	152
4. Vermögensnachteil durch Straftaten der Kategorie C	152
a) Vermögensnachteil durch Straftaten der Unterkategorie I (Straftaten gegen die Gesellschaft)	152
b) Vermögensnachteil durch Straftaten der Unterkategorie II (unmittelbar schadende Straftaten)	153
aa) Straftaten mit rechtlichem Schutz des Gesellschaftsvermögens ..	153
bb) Straftaten, die faktisch den Schutz des Gesellschaftsvermögens bewirken	153
5. Ergebnis für das Tatbestandsmerkmal des Vermögensnachteils	154
IV. Kausalität und objektive Zurechnung bei Beschlüssen	155
V. Bestrafung als Täter	155
VI. Ergebnis für die Treubruchsvariante	156
D. Ergebnis für Kapitel 2	157

Kapitel 3

Allgemeine Unterlassensstrafbarkeit: Konkretes Vorstandsdelikt i.V.m. § 13 Abs. 1 StGB als Straftat des Aufsichtsrats	158
A. Grundlagen der Unterlassensstrafbarkeit	159
I. Dogmatische Grundlage der Garantenstellung	159
1. Formaler Ansatz (Rechtspflichtlehre) und Ablehnung desselbigen	160
2. Materieller Ansatz (Zweiteilungslehre)	161
3. Folgen der Zweiteilungslehre für die vorliegende Arbeit	163
II. Strafbarkeit des Unterlassenden: Täter oder Teilnehmer?	164
1. Denkbare Beteiligungsformen durch Unterlassen	164
2. Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassen: Streitstand, Diskussion, Streitentscheidung und Folgen für die Arbeit	165
a) Pflichtdeliktstheorie (Prinzipielle Bejahung von Täterschaft)	165
b) Theorie der Einheitsbeihilfe (Grundsätzliche Annahme von Beihilfe)	166
c) Tatherrschaftslehre	166
d) Unterscheidung nach Art der Pflichtenstellung	167
e) Subjektive Theorie (Rechtsprechung)	167
f) Diskussion, Streitentscheidung und praktischer Ansatz der Arbeit ...	168
B. Der Aufsichtsrat als mittelbarer Täter durch Unterlassen kraft Organisationsherrschaft	171

I.	Existenz und Anerkennung der Figur der mittelbaren Täterschaft durch Unterlassen kraft Organisationsherrschaft	172
1.	Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft	172
a)	Grundlage, Entwicklung und Kritik	172
b)	Anwendung auf Wirtschaftsunternehmen	174
2.	Begehung durch Unterlassen	175
3.	Ergebnis	175
II.	Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft durch Unterlassen kraft Organisationsherrschaft nach der Rechtsprechung	176
III.	Der Aufsichtsrat als mittelbarer Täter durch Unterlassen kraft Organisationsherrschaft?	177
IV.	Ergebnis	178
C.	Der Aufsichtsrat als Überwachergarant des Vorstands	178
I.	Voraussetzungen einer Überwachergarantenstellung nach dem Herrschaftsprinzip	179
1.	„Gefahrenquelle“ im vorliegenden Fall	180
2.	Exklusive rechtliche Befugnis zur Einwirkung auf die Gefahrenquelle ..	180
II.	Existenz und Begründung einer Überwachergarantenstellung des „Geschäftsherrn“ zur Abwendung von Straftaten Unternehmensangehöriger unter Beachtung des Herrschaftsprinzips	180
1.	Streitstand in Literatur und Rechtsprechung	181
2.	Existenz und Begründung unter Beachtung des Herrschaftsprinzips ...	183
a)	§ 357 Abs. 1 3. Alt. StGB, § 130 OWiG, § 41 WStG etc. als Argumente für und wider die Geschäftsherrenhaftung	183
b)	Das Prinzip der Eigenverantwortlichkeit und die Geschäftsherrenhaftung	184
c)	Garantenstellung aus „Herrschaft über Untergebene“ oder aus „Haftung für den Gefahrenherd Betrieb“?	186
aa)	„Herrschaft über Untergebene aufgrund einer Befehlsgewalt“ ..	186
bb)	Verantwortung für die „Gefahrenquelle Betrieb“	187
(1)	Erste Voraussetzung: Herrschaft über die Gefahrenquelle ..	188
(2)	Zweite Voraussetzung: Organisationsmacht im Betrieb	188
cc)	„Kehrseitenargument“	190
dd)	Grundlage der Garantenstellung aufgrund des Herrschaftsprinzips	191
ee)	Folgen für aktuelle Fragen in Wissenschaft und Praxis	192
III.	Reichweite und notwendige Einschränkung der Überwachergarantenstellung des Geschäftsherrn („Betriebsbezogenheit“)	193
1.	Beschränkung auf extern wirkende Straftaten?	193
a)	Betriebsangehörige als „Außenstehende“	193
b)	Unternehmenseigene Rechtsgüter?	194

c) Ergebnis	194
2. „Betriebsbezogenheit“ der zu verhindernden strafbaren Handlung	194
a) Rückgriff auf die Inhaberplichten des § 130 Abs. 1 OWiG	195
b) Handeln im eigenen oder im Betriebsinteresse	195
c) Ausnutzung der tatsächlichen oder rechtlichen Wirkungsmöglichkeiten des Betriebs	195
d) Innerer Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit des Begehungstäters oder mit der Art des Betriebs	196
e) Ergebnis	198
IV. Das Aufsichtsratsmitglied als Überwachergarant	198
1. Herrschaft des Aufsichtsrats über den Vorstand	199
a) Sonderweisungsbefugnis des Aufsichtsrats bei bevorstehenden Straftaten des Vorstands?	199
b) Zustimmungsvorbehalt gem. § 111 Abs. 4 AktG und Abberufungsrecht gem. § 84 Abs. 3 AktG	199
c) Organstellung des Aufsichtsrats innerhalb der Aktiengesellschaft – Verhältnis zum Vorstand	200
aa) Überblick: Organisationsverfassung und Aufgaben der Organe innerhalb der AG	200
bb) Herrschaftsstellung des Aufsichtsrats?	201
cc) Rechtswirklichkeit	202
(1) Grundsatz: Nichtverantwortung trotz faktisch gesteigerten Einflusses	203
(2) Aufsichtsrat als „faktischer Geschäftsführer“?	203
dd) Ergebnis	203
d) Ergebnis	204
2. Organisationsverantwortung des Aufsichtsrats	204
3. Ergebnis	204
V. Ergebnis	205
D. Der Aufsichtsrat als Beschützergarant	205
I. Voraussetzungen der Beschützergarantenstellung nach dem Herrschaftsprinzip	206
1. Hilflosigkeit des Schutzobjektes („Grund des Erfolges“)	206
2. Herrschaftsähnliche Obhutsbeziehung	207
II. Beschützergarantenstellungen des Aufsichtsrats unter Zugrundelegung des Herrschaftsprinzips	207
1. Der Aufsichtsrat als Beschützergarant des Gesellschaftsvermögens	207
2. Der Aufsichtsrat als Beschützergarant sonstiger Rechtsgüter der Gesellschaft	209
3. Der Aufsichtsrat als Beschützergarant der Aktionäre?	210
4. Der Aufsichtsrat als Beschützergarant der Unternehmensmitarbeiter? ..	211

5. Der Aufsichtsrat als Beschützergarant der Gläubiger der Aktiengesellschaft?	211
6. Der Aufsichtsrat als Beschützergarant der Allgemeinheit/Dritter („Normalbürger“)?	212
III. Zusammenfassung	213
E. Die konkrete Strafbarkeit des Aufsichtsrats	213
I. Allgemeines	214
1. Beschränkung auf Begehungsdelikte	214
a) Denkbare Unterlassungskonstellationen des Vorstands	215
b) Beschränkung der Verhinderungsmöglichkeiten des Aufsichtsrats auf Begehungsstraftaten	215
c) Keine Verhinderungsmöglichkeit des Taterfolgs des Vorstandsunterlassens	215
aa) Zu erstens: Unterlassungstat des Vorstands, die selbst zu einem Taterfolg führt	216
bb) Zu zweitens: Unterlassungstat des Vorstands, der Begehungstat eines Angestellten nicht verhindert	216
d) Risikoverringerung als Rettungsmaßnahme ausreichend?	216
e) Ergebnis	217
2. Anstiftung/Beihilfe des Vorstands	217
a) Anstiftung eines Dritten durch den Vorstand	218
b) Beihilfe zu einer Dritttat durch den Vorstand	218
aa) Relevante Konstellation	218
bb) Tatverhinderungspflicht	218
cc) Beteiligungsform des Aufsichtsrats	219
II. Straftaten der Kategorie A – Keine Pflicht zur Abwendung privater Vorstandsstraftaten	219
III. Straftaten der Kategorie B – Beschützergarantenstellung des Aufsichtsrats zur Abwendung mittelbar dem Gesellschaftsvermögen schadender Vorstandsstraftaten?	220
1. Berücksichtigung nichttatbestandlicher Tatfolgen im Unterlassungsbereich	221
2. Behandlung mittelbarer Vermögensschäden bei der Untreue gem. § 266 Abs. 1 StGB	222
3. Mittelbare Vermögensschädigungen als Teil der Beschützergarantenstellung des Aufsichtsrats zu Gunsten des Gesellschaftsvermögens? ...	222
a) Verstoß gegen den Wortlaut des § 13 Abs. 1 StGB?	223
aa) Vermögensschädigung der eigenen Gesellschaft als „Erfolg“ i. S. d. § 13 Abs. 1 StGB?	223
bb) Vermögensschädigung der Bank als „Erfolg“ i. S. d. § 13 Abs. 1 StGB	224
cc) Ergebnis	224

b)	Restriktive Auslegung des „Rechtlichen-Einstehen-Müssens“ i. S. d. § 13 Abs. 1 2. Hs. StGB als Argument gegen eine Einbeziehung mittelbarer Vermögensschädigungen in die Beschützergarantenstellung zu Gunsten des Vermögens	224
aa)	Notwendigkeit einer restriktiven Auslegung des § 13 Abs. 1 StGB	225
bb)	Folgen für die Reichweite des Vermögensschutzes – keine Einbeziehung mittelbarer Vermögensschädigungen	225
cc)	Ergebnis	226
c)	Widerspruch zu Ausführungen im Zusammenhang mit der Untreue?	226
4.	Ergebnis	227
IV.	Straftaten der Kategorie C	227
1.	Straftaten der Unterkategorie I: Straftaten z.N. der Aktiengesellschaft, die Nichtvermögensrechtsgüter betreffen	228
a)	Schutz des Geheimnisbereichs: § 17 UWG (Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen) und § 404 AktG (Verletzung der Geheimhaltungspflicht)	228
aa)	Begehung durch Unterlassen	228
bb)	Verhinderungsmöglichkeiten	229
cc)	Mögliche Beteiligungsform	229
(1)	Pflichtdeliktstheorie	229
(2)	Subjektive Theorie der Rechtsprechung	230
b)	Schutz vor den Folgen unrichtiger Darstellung: § 400 AktG (Unrichtige Darstellung)	230
aa)	Begehung durch Unterlassen	230
bb)	Verhinderungsmöglichkeiten	231
cc)	Mögliche Beteiligungsform	231
(1)	Pflichtdeliktstheorie	231
(2)	Subjektive Theorie der Rechtsprechung	231
c)	Schutz des Interesses an der Nichtverfälschung von Abstimmungsergebnissen: § 402 AktG (Falsche Ausstellung von Berechtigungsscheinen)	232
aa)	Begehung durch Unterlassen	232
bb)	Verhinderungsmöglichkeiten	232
cc)	Mögliche Beteiligungsformen	232
d)	Eigentumsschützende Delikte	233
aa)	Diebstahl (§ 242 StGB)	233
bb)	Unterschlagung (§ 246 StGB)	233
cc)	Raub (§ 249 StGB)	234
dd)	Sachbeschädigung (§ 303 StGB), Brandstiftung (§ 306 StGB) ..	235
ee)	Ergebnis	235

e)	Schutz der Ehre der Gesellschaft: Beleidigung, etc. (§§ 185 ff. StGB)	235
aa)	Begehung durch Unterlassen	236
bb)	Verhinderungsmöglichkeiten	236
f)	Ergebnis für Straftaten der Unterkategorie I	236
2.	Unterkategorie II: Straftaten z. N. des Gesellschaftsvermögens	236
a)	Rechtlicher Schutz des Gesellschaftsvermögens	237
aa)	Erpressung (§ 253 StGB)	237
bb)	Betrug (§ 263 StGB)	237
(1)	Begehung durch Unterlassen	237
(2)	Verhinderungsmöglichkeiten	238
(3)	Mögliche Beteiligungsformen	240
cc)	Computerbetrug (§ 263a StGB)	240
dd)	Untreue (§ 266 StGB)	241
(1)	Anwendung des § 13 Abs. 1 StGB auf die Untreue gem. § 266 Abs. 1 StGB	242
(a)	Heute befürwortende Stimmen einer Anwendung des § 13 Abs. 1 StGB auf die Untreue	242
(b)	Ablehnende Stimmen einer Anwendung des § 13 Abs. 1 StGB auf die Untreue	243
(c)	Stellungnahme	243
(aa)	Reichweite von Vermögensbetreuungspflicht und Beschützergarantenstellung zu Gunsten des Vermö- gens im Vergleich	244
(bb)	Unterlassungshandlung und Taterfolg	245
(cc)	Ergebnis	245
(d)	Ergebnis	246
(2)	Verhinderungsmöglichkeiten	246
(a)	Geldtransfer innerhalb der Unternehmensgruppe	246
(b)	Verstoß gg. DCGK	247
(c)	Sponsoring	247
(d)	Bildung „Schwarzer Kassen“	247
(e)	Kick-Back-Zahlungen an den Vorstand	248
(f)	Risikogeschäfte	248
(3)	Mögliche Beteiligungsform	248
ee)	Ergebnis	248
b)	Faktischer Schutz des Gesellschaftsvermögens	248
c)	Ergebnis	249
3.	Ergebnis	249
V.	Ergebnis	250

*Kapitel 4***(Konkurrenz-)Verhältnis von Untreue
und allgemeiner Unterlassensstrafbarkeit** 251

A. Übersicht	252
B. Keine Überschneidung	253
I. Ausschließliche Untreuestrafbarkeit nach Kapitel 2	253
II. Ausschließliche Strafbarkeit nach dem konkreten Delikt i.V.m. § 13 Abs. 1 StGB	253
1. Nichtvermögensrechtsgüter	253
2. Versuchsstrafbarkeit	254
III. Ergebnis	254
C. Überschneidungen	255
I. Begriffliche Klärung und Anknüpfungspunkt(e) für die Abgrenzung von außergesetzlicher Gesetzeseinheit zu Tateinheit nach § 52 Abs. 1 StGB ...	256
II. Überschneidung bei Eigentumsdelikten	257
1. Verhältnis der Untreue gem. Kapitel 2 zur allgemeinen Unterlassungsstrafbarkeit nach Kapitel 3 im Fall des Diebstahls gem. § 242 StGB ...	257
2. Verhältnis der Untreue gem. Kapitel 2 zur allgemeinen Unterlassungsstrafbarkeit nach Kapitel 3 im Fall der Unterschlagung gem. § 246 StGB	257
3. Verhältnis der Untreue gem. Kapitel 2 zur allgemeinen Unterlassungsstrafbarkeit nach Kapitel 3 im Fall der Sachbeschädigung gem. § 303 StGB	258
4. Verhältnis der Untreue gem. Kapitel 2 zur allgemeinen Unterlassungsstrafbarkeit nach Kapitel 3 im Fall der Brandstiftung gem. § 306 StGB	259
III. Überschneidung bei rechtlichen Verletzungen des Gesellschaftsvermögens	259
1. Verhältnis der Untreue gem. Kapitel 2 zur allgemeinen Unterlassungsstrafbarkeit nach Kapitel 3 im Fall des Betrugs gem. § 263 StGB	259
2. Verhältnis der Untreue gem. Kapitel 2 zur allgemeinen Unterlassungsstrafbarkeit nach Kapitel 3 im Fall des Computerbetrugs gem. § 263a StGB	260
3. Verhältnis der Untreue gem. Kapitel 2 zur allgemeinen Unterlassungsstrafbarkeit nach Kapitel 3 im Fall der Untreue gem. § 266 StGB	261
IV. Ergebnis	261
D. Kritikwürdige Aspekte einer Strafbarkeit gem. § 266 Abs. 1 StGB nach Kapitel 2	262
I. Unterschiedliche Strafraumen	262
II. Keine Prüfung spezieller Tatbestandsvoraussetzungen	263
III. Täterschaftliche Untreue des Aufsichtsrats bei Beihilfehandlung des Vorstands	264
E. Ergebnis	264

Kapitel 5

Zusammenfassung der Ergebnisse und Empfehlung an Aufsichtsräte	266
A. Der Aufsichtsrat als Täter einer Untreue	266
B. Der Aufsichtsrat ist einzig Beschützergarant der Gesellschaftsgüter ..	267
C. Aufsichtsratsstrafbarkeit nach der allgemeinen Unterlassungsstrafbarkeit	268
D. Verhältnis der beiden Anknüpfungsalternativen zueinander	269
E. Beteiligungsform des Aufsichtsrats	270
F. Empfehlung an Aufsichtsräte	270
Literaturverzeichnis	271
Stichwortverzeichnis	286

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Auffassung
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft (=Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landgericht
BB	Betriebs-Berater
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BJagdG	Bundesjagdgesetz
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BLJ	Bucerius Law Journal
BT-Drs.	Deutscher Bundestag Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
DB	Der Betrieb
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	derselbe
dies.	dieselben
DStR	Das Deutsche Steuerrecht
EUR	Euro
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote

GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
gem.	gemäß
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GrS	Großer Senat
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
HRRS	HöchstRichterliche Rechtsprechung im Strafrecht
Hs.	Halbsatz
i. d. R.	in der Regel
insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
i. R. d.	im Rahmen der
i. S. d.	im Sinne des/der
i. S. e.	im Sinne einer
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JURA	Juristische Ausbildung
JVA	Justizvollzugsanstalt
JZ	JuristenZeitung
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
LG	Landgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungs-Report
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZWSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht
o. ä.	oder ähnlich
OLG	Oberlandesgericht
OwiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PartG	Gesetz über die politischen Parteien

RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
Rn.	Randnummer
S.	Seite
sog.	sogenannt
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StV	Strafverteidiger
SubvG	Gesetz über die missbräuchliche Inanspruchnahme von Subventionen
TransPuG	Transparenz- und Publizitätsgesetz
u. a.	unter anderem (= und andere)
USA	United States of America
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
Var.	Variante
vgl.	vergleiche
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WM	Wertpapier-Mitteilungen
z. B.	zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
z. N.	zum Nachteil
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Kapitel 1

Einführung in die Thematik

Der vorliegenden Arbeit liegt eine simple Grundkonstellation zugrunde, welche die Strafbarkeit von Aufsichtsratsmitgliedern einer Aktiengesellschaft in einer besonderen Konstellation betrifft: Der Aufsichtsrat weiß von bevorstehenden oder andauernden Straftaten des Vorstands. Er schreitet nicht ein. Macht er sich hierbei durch das Unterlassen der Erfolgsabwendung strafbar und wenn ja, nach welcher Vorschrift?

Diese Fragestellung gilt nach wie vor als weitgehend ungeklärt.¹ Die Dissertationsschrift soll Licht in die bisher ungeklärten Bereiche bringen. Im Kapitel 1 wird dafür zunächst die Struktur der Aktiengesellschaft dargestellt und aufgezeigt, dass der Aufsichtsrat inzwischen des Öfteren Gegenstand strafrechtlicher Ermittlungen und wissenschaftlicher Abhandlungen ist, die seine Strafbarkeit betreffen, A. Sodann wird die zu klärende Situation herausgearbeitet, B. Nach einer kurzen Benennung der möglichen Aufsichtsratsstrafbarkeit (C.) werden Beiträge der Rechtsprechung (D.) und der Literatur (E.) analysiert. Ausgehend von dieser Analyse werden offene Rechtsprobleme in der vorliegenden Konstellation offenbar, E. IV. Diese zu klären, ebenso wie schon behandelte, aber gegebenenfalls nicht zufriedenstellend gelöste Probleme, ist Aufgabe der Arbeit.

A. Der Aufsichtsrat als Zielgruppe strafrechtlicher Ermittlungen, Gerichtsverfahren und wissenschaftlicher Abhandlungen

I. Die Aktiengesellschaft und ihre Organe (Überblick)

Der Aufsichtsrat ist Organ der Aktiengesellschaft. Die Aktiengesellschaft als solche findet ihren Ursprung im Beginn der Neuzeit.² Das heutige Aktiengesetz

¹ *Krause*, NSTZ 2011, 57, 60, linke Spalte oben. *Schilha*, S. 150 spricht von „sehr spärlicher Rechtsprechung und wissenschaftlicher Literatur“ in Bezug auf eine mögliche Überwachergarantenstellung. Ferner *Cramer*, FS-Stree/Wessels, S. 564 und aus aktienrechtlicher Sicht *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 15, Rn. 101 „Diskussion zu diesem Thema steht noch am Anfang“. Vgl. auch *Momsen*, in: Momsen/Grützner, Wirtschaftsstrafrecht, S. 81 speziell zur Verhinderung der Tat durch eine Strafanzeige.

² *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 26, II. 1. a); *Windbichler*, Gesellschaftsrecht, § 25, Rn. 26, beide mit Historie und Entwicklung der AG.

(AktG) geht auf die Aktienrechtsreform von 1965 zurück³, wobei auch die Vorläufer wesentliche Teile des heutigen Gesetzes entsprechend regelten.⁴ Seit 1965 hat es im Aktiengesetz eine Vielzahl von zum Teil wesentlichen Änderungen gegeben, auf die hier aber mangels Relevanz nicht näher eingegangen wird.⁵ Die Anzahl der Aktiengesellschaften hat sich im Laufe der Jahre ebenfalls gewandelt. Gab es 1925 noch etwa 13.000 Aktiengesellschaften, so waren es 1983 nur noch 2.120.⁶ Inzwischen ist die Zahl der Aktiengesellschaften wieder stark gestiegen und betrug im Jahr 2011 etwa 12.500.⁷

Die Aktiengesellschaft ist eine juristische Person mit eigener Rechtspersönlichkeit (§ 1 Abs. 1 AktG). Sie bedarf, um intern einen Willen bilden zu können und zu der Verwirklichung desselbigen nach außen,⁸ bestimmter Organe.⁹ Dies sind nach dem Aktiengesetz der Vorstand (§§ 76 ff. AktG), der Aufsichtsrat (§§ 95 ff. AktG) und die Hauptversammlung (§§ 118 ff. AktG). Es wird an dieser Stelle nicht auf das Verhältnis der Organe zueinander eingegangen, da dies wesentlicher Bestandteil der Diskussion in Kapitel 3 C. IV. 1. c) ist. Allerdings lassen sich schon dem Gesetzestext unterschiedliche Aufgaben entnehmen. So liegt die Leitung und Geschäftsführung der Gesellschaft bei dem Vorstand (§§ 76 Abs. 1, 77 AktG). Der Aufsichtsrat ist das Kontrollorgan des Vorstands¹⁰ und hat die Geschäftsführung zu überwachen (§ 111 Abs. 1 AktG). Die Hauptversammlung dient der Ausübung der Rechte der Aktionäre (§ 118 Abs. 1 AktG).

Die vorliegende Arbeit widmet sich also der eigenen Strafbarkeit der Mitglieder des *Kontrollorgans* (Aufsichtsrat) bei strafbaren Handlungen der Mitglieder des von ihm zu überwachenden *Leitungsorgans* (Vorstand), die das *Kontrollorgan* trotz Kenntnis geschehen lässt.

II. Strafrechtliche Dimension der Aufsichtsratstätigkeit

Nicht erst seit der Wirtschaftskrise, die im Jahr 2008 ihren Ausgang genommen hat und sich nach einer kurzen Erholungsphase als Banken- und Staatsfinanzenkrise weiter fortsetzt, steht der Aufsichtsrat im Blickpunkt strafrechtlicher Verfahren.¹¹ Höchststrichterliche Urteile gegen Aufsichtsräte sind etwa in den

³ *Windbichler*; Gesellschaftsrecht, § 25, Rn. 31.

⁴ Vgl. zur Entwicklung *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 26, II. 2.; *Windbichler*; Gesellschaftsrecht, § 25, Rn. 26 ff.

⁵ Vgl. dazu *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 26, II. 2. f) ff.; *Windbichler*; Gesellschaftsrecht, § 25, Rn. 33 ff.

⁶ *Windbichler*; Gesellschaftsrecht, § 25, Rn. 24, allerdings mit KGaA.

⁷ *Windbichler*; Gesellschaftsrecht, § 25, Rn. 24, allerdings mit KGaA.

⁸ *Windbichler*; Gesellschaftsrecht, § 25, Rn. 10.

⁹ *Windbichler*; Gesellschaftsrecht, § 25, Rn. 10.

¹⁰ Andere Angestellte sind vom Aufsichtsrat nicht zu überwachen (streitig, vgl. unten Kapitel 1. B. II. 1.).

strafrechtlichen Fällen „SSV Reutlingen“¹² (2001), „Mannesmann/Vodafone“¹³ (2005), „I. FC Kaiserslautern“¹⁴ (2006) und „Volkert/Gebauer“¹⁵ (2009) sowie in der (zivilrechtlichen) „ARAG/Garmenbeck“-Entscheidung¹⁶ (1997) ergangen. Diese Fälle widmen sich allerdings Verfehlungen, die mit der vorliegenden Konstellation nicht in einem näheren Zusammenhang stehen,¹⁷ sondern beziehen sich auf Fälle aktiven Tuns des Aufsichtsrats etwa bei Fragen der Vorstandsvergütung,¹⁸ bei Scheingeschäften mit der Folge einer Steuerhinterziehung¹⁹ oder durch Zuwendungen an Betriebsräte.²⁰ Auch aktuell²¹ laufen Ermittlungs- und Gerichtsverfahren gegen Aufsichtsräte von Aktiengesellschaften: Etwa gegen ein Aufsichtsratsmitglied der Hess AG (wegen Beihilfe zu Bilanzmanipulation, Kapitalanlagebetrug und Insolvenzverschleppung)²² und mehrere Aufsichtsratsmitglieder der Nordzucker AG (dazu sogleich unten Kapitel 1 D. III.).

Außerdem hat der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft inzwischen seinen sicheren Platz in der strafrechtlichen Literatur gefunden.²³ Neben einer Vielzahl von Aufsätzen²⁴ und Festschriftbeiträgen²⁵, die sich dem Aufsichtsrat als straf-

¹¹ Anders noch die Einschätzung im Jahr 1997 von *Poseck*, S. 18 f. Vgl. aber schon im Jahr 2000 *Kau/Kukat*, BB 2000, 1045 später (2003) dann *Lüderssen*, FS-Lampe, S. 727 und im Jahr 2009 *Brammsen*, ZIP 2009, 1504 („Die Aufsichtsratsuntreue ist binnen weniger Jahre von einer kaum existenten zu einer praktisch wie rechtstheoretisch aktuellen Thematik geworden“). Aktuell *Mittelsdorf*, ZIS 2011,123 („zahllose Ermittlungsverfahren gegen Aufsichtsräte“) und *Krause*, NStZ 2012, 57.

¹² BGH, Urteil vom 06.12.2001 – 1 StR 215/01 = BGHSt 47, 187 = NJW 2002, 1585 („SSV Reutlingen“).

¹³ BGH, Urteil vom 21.12.2005 – 3 StR 470/04 = BGHSt 50, 331 = NJW 2006, 522 („Mannesmann/Vodafone“).

¹⁴ BGH, Urteil vom 07. 11. 2006 – 5 StR 164/06 = NStZ-RR 2007, 345 („I. FC Kaiserslautern“).

¹⁵ BGH, Urteil vom 17.09.2009 – 5 Str 521/08 = BGHSt 54, 148 = NJW 2010, 92 („Volkert/Gebauer“).

¹⁶ BGH, Urteil vom 21.04.1997 – II ZR 175/95 = BGHZ 135, 244 = NJW 1997, 1926 („ARAG/Garmenbeck“).

¹⁷ Vgl. zum Fall BGH, Urteil vom 06.12.2001 – 1 StR 215/01 = BGHSt 47, 187 = NJW 2002, 1585 („SSV Reutlingen“) aber die Ausführungen unter Kapitel 1 D. II.

¹⁸ BGH, Urteil vom 21.12.2005 – 3 StR 470/04 = BGHSt 50, 331 = NJW 2006, 522 („Mannesmann/Vodafone“).

¹⁹ BGH, Urteil vom 7. 11. 2006 – 5 StR 164/06 = NStZ-RR 2007, 345 („I. FC Kaiserslautern“).

²⁰ BGH, Urteil vom 17.09.2009 – 5 Str 521/08 = BGHSt 54, 148 = NJW 2010, 92 („Volkert/Gebauer“).

²¹ Stand April 2013.

²² <http://www.suedkurier.de/region/schwarzwald-baar-heuberg/villingen-schwenningen/Maulwurf-und-weitere-Entlassungen-bei-der-Hess-AG;art372541,5952934>, abgerufen am 09.04.2013.

²³ Auch hier anders noch im Jahr 1997 *Poseck*, S. 18 f.

²⁴ Etwa: *Krause*, NStZ 2011, 57 („Strafrechtliche Haftung des Aufsichtsrates“); *Brammsen*, ZIP 2009, 1504 („Aufsichtsratsuntreue“); *Beukelmann*, NJW-Spezial 2009,