



ISSN 2192 - 6115

Jahrbuch des  
Kriminalwissenschaftlichen Instituts  
der Leibniz Universität Hannover

Band 2 - 2012

Sebastian Eckardt

# **Strafrechtliche Haftung von Aufsichtsräten**



Jahrbuch des Kriminalwissenschaftlichen Instituts der Leibniz Universität Hannover

Sebastian Eckardt

**Strafrechtliche Haftung  
von Aufsichtsräten**

---

**2012**

Publikationsreihe des  
**Kriminalwissenschaftlichen Instituts der  
Leibniz Universität Hannover**

**Herbst 2012**

**Impressum**

**Jahrbuch des Kriminalwissenschaftlichen Instituts**

<http://www.jura.uni-hannover.de/jahrbuch>

ISSN 2192-6115 (Print-Ausgabe)

Alle Rechte vorbehalten

© 2012 Leibniz Universität Hannover

Printauflage: 40 Exemplare

Druckfassung auf chlorfrei gebleichtem Papier  
nach ISO 9706

Herausgeber:

Kriminalwissenschaftliches Institut der  
Leibniz Universität Hannover

Vorstand:

Professor Dr. Bernd-Dieter Meier (geschf. und V.i.S.d.P.)

Professor Dr. Henning Radtke

Professor Dr. Carsten Momsen

stud.iur. Tobias Schild (Redaktion)

Königsworther Platz 1

30167 Hannover

Tel.: 0511 – 762-8261

Fax: 0511 – 762-8263

Für unverlangt eingesandte Manuskripte wird keine Haftung übernommen. Rücksendung nur gegen eingereichtes Rückporto.  
Beiträge dieses Bandes genießen urheberrechtlichen Schutz. Reproduktion oder Übertragung in jedweder Form sind außerhalb  
der Grenzen des Urheberrechts unzulässig.

Umschlaggestaltung: Arnd Hüneke 2011

Druck: Norbert Vogel

Für unverlangt eingesandte Manuskripte wird keine Haftung übernommen. Rücksendung nur gegen eingereichtes Rückporto.  
Beiträge dieses Bandes genießen urheberrechtlichen Schutz. Reproduktion oder Übertragung in jedweder Form sind außerhalb  
der Grenzen des Urheberrechts unzulässig.

Dieser Titel darf von Ihnen unter den Bedingungen der folgenden Creative Commons Lizenz genutzt und weitergegeben werden:  
CC - Namensnennung - Nicht-kommerziell - keine Bearbeitung Deutschland 3.0



Link zur Zusammenfassung und zum rechtsverbindlichen Lizenztext:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/de/>



# Vorwort der Herausgeber

Mit der Schriftenreihe „Jahrbuch des Kriminalwissenschaftlichen Instituts der Leibniz Universität Hannover“ verbindet sich das Ziel, die Tätigkeit des Instituts transparent zu machen und die Ergebnisse seiner Arbeit der interessierten Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen. Das Institut ist im Jahr 2006 gegründet worden, um die Aktivitäten in Forschung, Lehre und Weiterbildung zu kriminalwissenschaftlichen Fragestellungen zu bündeln und ihnen dadurch eine größere Aufmerksamkeit zu sichern. Inhaltlich geht es um ein breites Spektrum an Themen, die sich nicht nur mit dem Strafrecht und dem Strafprozessrecht, sondern auch mit den grenzüberschreitenden Problemen des europäischen und internationalen Strafrechts, den komplexen Wirkungszusammenhängen des Wirtschaftsstrafrechts und der sozialwissenschaftlich geprägten Außenperspektive auf das Recht durch die Kriminologie verbinden.

Am Kriminalwissenschaftlichen Institut entsteht eine große Zahl von Arbeiten, an deren Kenntnisnahme ein übergreifendes Interesse besteht, obwohl die Arbeiten von ihrer Qualität und ihrem wissenschaftlichen Anspruch her in den meisten Fällen nicht das Niveau einer publikationsfähigen Leistung erreichen. Im Wesentlichen geht es dabei um drei Kategorien von Texten. Zunächst geht es um Qualifikationsarbeiten, die von Studierenden im Rahmen ihres Schwerpunktstudiums angefertigt werden. Bisweilen gelingt es Studierenden, innerhalb der vorgegebenen Sechswochenfrist eine Leistung zu erbringen, die aufgrund ihrer Selbstständigkeit, ihrer Methodik oder ihrer Bearbeitungstiefe beeindruckt und die es deshalb verdient, als Muster für andere Arbeiten herangezogen zu werden. In das „Jahrbuch“ sollen solche Studienarbeiten aufgenommen werden, die von den Studierenden des hannoverschen Schwerpunkts „Strafverfolgung und Strafverteidigung“ angefertigt und von einem Professor des Kriminalwissenschaftlichen Instituts mit „sehr gut“ bewertet worden sind. Zum zweiten geht es um Magister- und Masterarbeiten, die im Rahmen des Ergänzungsstudiengangs „Europäische Rechtspraxis“ oder eines der in Hannover angebotenen postgradualen Studiengänge erstellt und von einem Professor des Instituts betreut worden sind. Die von den Studierenden in diesen Arbeiten zusammengetragenen rechtsvergleichenden Erkenntnisse sind bei aktuellen Fragestellungen oder Themen mit rechtspolitischem Bezug vielfach auch außerhalb der engen Grenzen des Prüfungsverfahrens von Interesse. Mit „summa“ oder in Einzelfällen auch mit „magna cum laude“ bewertete Magister- und Masterarbeiten sollen ihren Platz daher ebenfalls im „Jahrbuch“ haben. Zum dritten versteht sich die Schriftenreihe als Plattform für die Veröffentlichung von Vorträgen, Diskussionsbeiträgen und Tagungsberichten, die im Zusammenhang mit öffentlichen Veranstaltungen des Instituts stehen. Eine dieser Veranstaltungsreihen ist das „StPO-Symposium“, das das Kriminalwissenschaftliche Institut regelmäßig zusammen mit dem Institut für Prozess- und Anwaltsrechts sowie mit Unterstützung durch die niedersächsische Justiz und die Anwaltschaft organisiert. Die hier von meist

profilieren Rednern zu aktuellen rechtspolitischen Fragen gehaltenen Vorträge verdienen es häufig gleichfalls, einer breiteren Öffentlichkeit bekannt gemacht zu werden.

Die vorliegende Arbeit aus dem Studienjahr 2011/12 beschäftigt sich mit den Risiken und Grenzen strafrechtlicher Haftung im Rahmen der Aufsichtsratsstätigkeit in der Aktiengesellschaft. Die Aufgabe stammt aus dem Bereich Wirtschaftsstrafrecht und betrifft eine aktuell diskutierte Thematik. Der Bearbeiter sollte primär eine dogmatische Aufarbeitung möglicher Haftungstatbestände leisten. Hierfür waren insbesondere die Aufgaben des Aufsichtsrats trennscharf zu definieren. Unter Berücksichtigung der Pflichtenstellungen anderer Organe der Gesellschaft waren dann die mit der Aufsichtsratsstätigkeit verbundenen strafrechtlichen Risiken zu diskutieren.

Prof. Dr. Bernd-Dieter Meier

Prof. Dr. Carsten Momsen

RiOLG Prof. Dr. Henning Radtke

## **Aufgabenstellung**

---

Analysieren Sie die strafrechtliche Haftung von Aufsichtsräten.

Als Literaturhinweis zum Einstieg wurde vorgeschlagen:

*Krause, Daniel M.: Strafrechtliche Haftung des Aufsichtsrates, NStZ 2011, 57-65.*





# Inhalt

---

A.	Einleitung.....	1
B.	Hauptteil.....	2
I.	Die Funktion des Aufsichtsrats und das Verhältnis vom Aktienrecht zum Strafrecht .....	2
1)	Die Stellung des Aufsichtsrats nach dem Aktiengesetz .....	2
2)	Strafrechtlicher Anknüpfungspunkt.....	3
a)	Das Verhältnis des Strafrechts zu außerstrafrechtlichen Normen.....	3
b)	Aktienrechtliche Vorgaben für das Strafrecht .....	4
II.	Strafbarkeit aufgrund untreuerelevanter Pflichtverletzungen .....	5
1)	Die gesetzlichen Untreuealternativen .....	5
2)	Die Vermögensbetreuungspflicht des Aufsichtsrats.....	5
3)	Verletzung einer aktienrechtlichen Pflicht als untreuenspezifische Pflichtverletzung .....	6
a)	Formelle Pflichten .....	6
b)	Materielle Pflichten .....	7
c)	Anforderungen an eine Pflichtverletzung .....	8
aa)	Haftungsbefreiung des § 93 I 2 AktG .....	8
bb)	Erfordernis einer gravierenden Pflichtverletzung.....	9
4)	Beispiele für untreuerelevante Handlungen von Aufsichtsräten .....	10
a)	Die Verwirklichung des Missbrauchstatbestands durch Aufsichtsräte.....	10
aa)	Die Vertretung der AG gegenüber dem Vorstand.....	10
bb)	Untreue durch Festsetzung der Vorstandsvergütung.....	11
cc)	Untreue im Rahmen der Personalkompetenz .....	12
b)	Die Verwirklichung des Treuebruchtatbestands durch Aufsichtsräte .....	13
aa)	Untreue bei unzureichender Überwachung des Vorstands.....	14
bb)	Untreue durch Verletzung der Verschwiegenheitspflicht .....	15
cc)	Verletzung von Loyalitäts- und Treuepflichten bei Interessenkonflikten.....	16
dd)	Unterlassene Geltendmachung von Ersatzansprüchen.....	17
5)	Tatbestandsausschließendes Einverständnis.....	18
6)	Irrtum über die Pflichtwidrigkeit.....	19
7)	Täterschaft bei Pflicht- und Sonderdelikten.....	20
III.	Die Möglichkeit der Unterlassungsstrafbarkeit von Aufsichtsräten .....	20
1)	Beschützergarantenstellung gegenüber Dritten.....	20
a)	Garantenstellung gegenüber Aktionären .....	21
b)	Garantenstellung gegenüber Gläubigern der Gesellschaft.....	21
c)	Garantenstellung gegenüber Mitarbeitern der AG und „Normalbürgern“ .....	22
2)	Überwachungsgarantenstellung gegenüber Dritten.....	22

a)	Garantenstellung aus Verantwortlichkeit für den Vorstand .....	22
b)	Überwachungsgarantenstellung aus Ingerenz.....	24
3)	Garantenstellung gegenüber der Gesellschaft .....	25
IV.	Die Individuelle Haftung der Aufsichtsratsmitglieder .....	25
1)	Strafrechtliche Probleme bei Gremienentscheidungen .....	25
a)	Kausalität rechtswidrigen Stimmverhaltens .....	26
b)	Kausalität rechtmäßigen Stimmverhaltens .....	27
c)	Kausalität bei Stimmenthaltung.....	28
d)	Teilnahme an Abstimmung als strafrechtlicher Anknüpfungspunkt .....	29
e)	Tatbeteiligung bei der Ausführung von Beschlüssen.....	30
f)	Verletzung der Initiativpflicht .....	30
2)	Delegation von Aufgaben in Ausschüsse .....	31
V.	Sondertatbestände des Aktienrechts und weitere Nebenstrafnormen.....	31
1)	Falsche Angaben, § 399 AktG .....	32
2)	Unrichtige Darstellung,§ 400 I Nr. 1 AktG.....	33
3)	Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht, § 404 AktG.....	33
4)	§§ 38 I Nr. 2, 14 I Nr. 2 WpHG.....	34
C.	Wesentliche Ergebnisse der Untersuchung.....	35

## Literaturverzeichnis

---

- Achenbach, Hans;  
Ransiek, Andreas                      Handbuch Wirtschaftsstrafrechts, 2. Auflage, Heidelberg 2004  
(zit.: Bearb., in Achenbach/Ransiek, HWSt)
- Arzt, Gunther;  
Weber, Ulrich  
Heinrich Bernd  
Hilgendorf, Eric                      Strafrecht, besonderer Teil: Lehrbuch, 2. Auflage, Bielefeld 2009  
(zit.: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, BT)
- Assmann, Heinz-Dieter;  
Schneider, Uwe H.                      Wertpapierhandelsgesetz: Kommentar, 5. Auflage, Köln 2009  
(zit.: Bearb., in Assmann/Schneider, WpHG)
- Brammsen, Joerg                      Aufsichtsratsuntreue, ZIP 2009, S. 1504-1511  
(zit.: Brammsen, ZIP 2009)
- Bürgers, Tobias;  
Körper, Torsten                      Aktiengesetz, 2. Auflage, Heidelberg 2011  
(zit.: Bearb., in Bürgers/Körper, AktG)
- Cramer, Peter                      Rechtspflicht des Aufsichtsrats zur Vermeidung unternehmensbezogener strafbarer  
Handlungen und Ordnungswidrigkeiten, in: Beiträge zur Rechtswissenschaft, Fest-  
schrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, Hrsg: Wilfried  
Küper / Jürgen Welp, S. 563-586, Heidelberg 1993  
(zit.: Cramer, in: FS Stree/Wessels)
- Dierlamm, Alfred                      Neue Entwicklungen bei der Untreue - Loslösung des Tatbestandes von zivilrechtli-  
chen Kategorien?, StraFo 2005, S. 397-404  
(zit.: Dierlamm, StraFo 2005)
- Dittrich, Elisabeth                      Die Untreuestrafbarkeit von Aufsichtsratsmitgliedern bei der Festsetzung überhöhter  
Vorstandsvergütung : Zugleich ein Beitrag zur rechtlichen Behandlung von Vor-  
standsvergütungen in deutschen Aktiengesellschaften, Berlin 2007  
(zit.: Dittrich, Die Untreuestrafbarkeit bei überhöhter Vorstandsvergütung)
- Dreher, Meinrad                      Interessenkonflikte bei Aufsichtsratsmitgliedern von Aktiengesellschaften,  
JZ 1990, S. 896-904  
(zit.: Dreher, JZ 1990)
- Fischer, Thomas                      Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 59. Auflage, München 2012  
(zit.: Fischer, StGB)
- Graf, Jürgen;  
Jäger, Markus;  
Wittig, Petra                      Wirtschafts- und Steuerstrafrecht: Kommentar, München 2011  
(zit.: Bearb., in Graf/Jäger/Wittig)
- Hanft, Christian                      Bewilligung kompensationsloser Anerkennungsprämien durch den Aufsichtsrat einer  
Aktiengesellschaft als Untreue - Fall Mannesmann, Jura 2007, S. 58-61  
(zit.: Hanft, Jura 2007)
- Heermann, Peter W.                      Wie weit reicht die Pflicht des Aufsichtsrats zur Geltendmachung von Schadenser-  
satzansprüchen gegen Mitglieder des Vorstands?, AG 1998, S. 201-211  
(zit.: Heermann, AG 1998)
- Hellmann, Uw;  
Beckemper, Katharina                      Wirtschaftsstrafrecht, 3. Auflage, Stuttgart 2010  
(zit.: Hellmann/Beckemper, WStR)
- Hopt, Klaus J.;  
Merkt, Hanno;  
Roth, Markus                      Handelsgesetzbuch, mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht,  
Transportrecht (ohne Seerecht), 35. Auflage, München 2012  
(zit.: Bearb., Hopt/Merkt/Roth)

- 
- Hüffer, Uwe                      Aktiengesetz, 9. Auflage, München 2010  
(zit.: Hüffer, AktG)
- Jacobs, Günther                Anmerkung zu LG Düsseldorf, Urt. v. 22.7.2004 – XIV 5/03, NSTz 2005, S. 276-278  
(zit.: Jacobs, NSTz 2005)
- Kindhäuser, Urs                Strafrecht : Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Baden-Baden, 2011  
(zit.: Kindhäuser, AT)
- Kindhäuser, Urs;  
Neumann, Ulfrid;  
Paeffgen, Hans-Ullrich        Strafgesetzbuch, Band 1: §§ 1 – 145d, 3. Auflage, Baden-Baden 2010  
(zit.: Bearb., in NK)
- Strafgesetzbuch, Band 2: §§ 146 – 358, 3. Auflage, Baden-Baden 2010
- Knauer, Christoph            Die Kollegialentscheidung im Strafrecht : Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von  
Kausalität und Mittäterschaft, München 2001  
(zit.: Knauer, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht)
- Krause, Daniel M.              Strafrechtliche Haftung des Aufsichtsrates, NSTz 2011, S. 57-65  
(zit.: Krause, NSTz 2011)
- Krey, Volker                    Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil : Studienbuch in systematischer-induktiver  
Darstellung, 4. Auflage, Stuttgart 2011  
(zit.: Krey, AT)
- Kropff, Bruno                 Informationsbeschaffungspflichten des Aufsichtsrats, in: Festschrift für Thomas  
Raiser zum 70. Geburtstag, Hrsg: Damm, Reinhard, S. 225-246, Berlin 2005
- Kudlich, Hans;  
Oğlakcioğlu, Mustafa  
Temmuz                         Wirtschaftsstrafrecht, Heidelberg 2011  
(zit.: Kudlich/Oğlakcioğlu, Wirtschaftsstrafrecht)
- Kühl, Kristian                 Strafrecht, allgemeiner Teil, 6. Auflage, München 2008  
(zit.: Kühl, AT)
- Lackner, Karl;  
Kühl, Kristian                 Strafgesetzbuch : Kommentar, 27. Auflage, München 2011  
(zit.: Lackner/Kühl)
- Langenbucher, Katja         Aktien- und Kapitalmarktrecht: Ein Studienbuch, 2. Auflage, München 2011  
(zit.: Langenbucher, Aktien- und Kapitalmarktrecht)
- Leipziger Kommentar         Strafgesetzbuch, Band I, Einleitung. §§ 1-31, 12. Auflage, Berlin 2007  
(zit.: Bearb., in LK)
- Lüderssen, Klaus             Gesellschaftsrechtliche Grenzen der strafrechtlichen Haftung des Aufsichtsrats, in:  
Jus humanum: Grundlagen des Rechts und Strafrechts; Festschrift für Ernst-  
Joachim Lampe, zum 70. Geburtstag, Hrsg: Dieter Dölling, S. 727-742, Berlin 2003  
(zit.: Lüderssen, in: FS Lampe)
- ders.                              Primäre oder sekundäre Zuständigkeit des Strafrechts?, in: Menschengerechtes  
Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, Hrsg.: Jörg Arnold / Björn  
Burkhardt / Walter Gropp / Günter Heine / Hans Georg-Koch / Otto Lagodny / Wal-  
ter Perron / Susanne Walther, S. 163-180, München 2005  
(zit.: Lüddersen, in: FS Eser)
- Lutter, Marcus;  
Krieger, Gerd                 Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 5. Auflage, Köln 2008  
(zit.: Lutter/Krieger)

- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz      Band 2: §§ 76–117, MitbestG, DrittelbG, 3. Auflage, München 2008 (zit.: Bearb., in MK AktG)
- Band 6: §§ 329 – 410, WpÜG, Österreichisches Übernahmerecht, 3. Auflage, München 2011
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch      Band 4: §§ 263 – 358, §§ 1 – 8, 105, 106 JGG, München 2006 (zit.: Bearb., in MK StGB)
- Neudecker, Gabriele      Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen, dargestellt am Beispiel der Geschäftsleitungsgremien von Wirtschaftsunternehmen, Frankfurt am Main 1995 (zit.: Neudecker, Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit)
- Poseck, Roman      Die strafrechtliche Haftung der Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft, Baden-Baden 1997 (zit.: Poseck, Strafrechtliche Haftung des Aufsichtsrats)
- Puppe, Ingeborg      Zur Kausalitätsproblematik bei der strafrechtlichen Produkthaftung, JR 1992, S. 30–34 (zit.: Puppe, JR 1992)
- Ransiek, Andreas      Strafrecht im Unternehmen und Konzern, ZGR 1999, S. 613–658 (zit.: Ransiek, ZGR 1999)
- Ransiek, Andreas      Anerkennungsprämien und Untreue – Das Mannesmann-Urteil des BGH, NJW 2006, S. 814–816 (zit.: Ransiek, NJW 2006)
- Rengier, Rudolf      Strafrecht, allgemeiner Teil, 3. Auflage, München 2011 (zit.: Rengier, AT)
- Roxin, Claus      Strafrecht : Allgemeiner Teil, Bd. 1: Grundlagen – der Aufbau der Verbrechenslehre, München 2006 (zit.: Roxin, AT)
- ders.      Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2: Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München 2003 (zit.: Roxin, AT II)
- Rönnau, Thomas      Untreue und Vorteilsnahme durch Einwebung von Drittmitteln? – BGH NJW 2002, 2801, JuS 2003, S. 232–237 (zit.: Rönnau, JuS 2003)
- ders.;  
Hohn, Kristian      Die Festsetzung (zu) hoher Vorstandsvergütungen durch den Aufsichtsrat – Ein Fall für den Staatsanwalt?, NStZ 2004, S. 113–123 (zit.: Rönnau/Hohn, NStZ 2004)
- Rudolphi, Hans-Joachim      Probleme der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Amtsträgern für Gewässerunreinigungen, in: Festschrift für Hanns Dünnebier zu 75. Geburtstag am 12. Juni 1982, Hrsg.: Ernst-Walter Hanack / Peter Rieß / Günter Wendisch, S. 561–582, Berlin 1982 (zit.: Rudolphi, in: FS Dünnebier)
- Saliger, Frank;  
Gaede, Karsten      Rückwirkende Ächtung der Auslandskorruption und Untreue als Korruptionsdelikt – Der Fall Siemens als Startschuss in ein entgrenztes internationalisiertes Wirtschaftsstrafrecht?, HRRS 2008, S. 57–76 (zit.: Saliger/Gaede, HRRS 2008)
- Satzger, Helmut;  
Schmitt, Bertram;  
Widmaier, Gunter      StGB : Strafgesetzbuch ; Kommentar, Köln 2009 (zit.: Bearb., in inSatzger/Schmitt/Widmaier)

- 
- Schilha, Ralph Die Aufsichtsratsstätigkeit in der Aktiengesellschaft im Spiegel strafrechtlicher Verantwortung, Berlin 2008  
(zit.: Schilha, Die Aufsichtsratsstätigkeit)
- Schönke Adolf;  
Schröder, Horst Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Auflage, München 2010  
(zit.: Bearb., in Schönke/Schröder)
- Schünemann, Bernd Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte – Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre, Göttingen 1971  
(zit.: Schünemann, Unterlassungsdelikte)
- ders. Organuntreue – Das Mannesmann-Verfahren als Exempel?, Berlin 2004  
(zit.: Schünemann, Organuntreue)
- Seibert Ulrich;  
Schütz, Carsten Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts – UMAG, ZIP 2004, S. 252–258  
(zit.: Seibert/Schütz, ZIP 2004)
- Semler, Johannes Ausschüsse des Aufsichtsrats, AG 1988, S. 60–67  
(zit.: Semler, AG 1988)
- Systematischer Kommentar  
zum Strafgesetzbuch Band 1: Allgemeiner Teil, §§ 1–37 StGB, Frankfurt am Main 1981  
(zit.: Bearb., in SK)
- Tiedemann, Klaus Untreue bei Interessenkonflikten am Beispiel der Aufsichtsratsstätigkeit, in: Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989, Hrsg: Jescheck, Hans-Heinrich / Vogler, Theo, S. 319–336 Berlin 1989  
(zit.: Tiedemann, in: FS Tröndle)
- Vogel, Joachim Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, Berlin 1993  
(zit.: Vogel, Norm und Pflicht)
- Wellkamp, Ludger Organtuntreue zum Nachteil von GmbH-Konzernen und Aktiengesellschaften, NSTZ 2001, S. 113–120  
(zit.: Wellkamp, NSTZ 2001)
- Wittig, Petra Wirtschaftsstrafrecht, mit Fällen und Aufbauschemata, 2. Auflage, München 2011  
(zit.: Wittig, Wirtschaftsstrafrecht)

## A. Einleitung

Die strafrechtliche Verantwortung von Aufsichtsratsmitgliedern ist bereits vielfach in Rechtsprechung und Literatur thematisiert worden. Nicht zuletzt große Wirtschaftsprozesse wie beispielsweise der Fall Mannesmann<sup>1</sup> geben Anlass, das Thema genauer zu beleuchten und den Rahmen strafrechtlicher Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern zu untersuchen. In den vergangenen Jahren ist die Thematik auch zunehmend in den Mittelpunkt des medialen Interesses getreten. Vor dem Hintergrund der anhaltenden Finanzkrise und dem damit einhergehenden Unmut über Wirtschaftsunternehmen und Finanzmarktpolitik entfachen Diskussionen über originär juristische Fragestellungen wie die Angemessenheit von Vorstandsgehältern oder die Haftung für delinquentes Verhalten in Führungsetagen auch in der breiten Gesellschaft.

Diese Arbeit soll die einschlägigen Rechte und Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder in der Aktiengesellschaft einer strafrechtlichen Betrachtung unterziehen. Dabei ist es zunächst erforderlich, die Wirkungsweise aktienrechtlicher Vorgaben auf die relevanten Strafnormen zu untersuchen.

Der bisherige Stand der Diskussion in Rechtsprechung und Literatur zeigt eine herausragende Bedeutung des Untreuetatbestands im Rahmen der Aufsichtsratsstätigkeit. Anhand der verschiedenen Rechte und Pflichten des Aktiengesetzes soll exemplarisch die Möglichkeit einer Untreuestrafbarkeit dargestellt werden. Zudem ist zu untersuchen, inwiefern den Aufsichtsrat Garantenpflichten gegenüber der Aktiengesellschaft und Dritten treffen.

Mit der Organisation des Aufsichtsrats geht auch die Fragestellung einher, wie sich das auf der Schuld des Einzelnen basierende Strafrecht auf die Mitglieder eines Gremiums übertragen lässt. Dabei geht es vor allem um die individuelle Zurechnung im Rahmen einer Gremienentscheidung.

Zuletzt verschafft die Arbeit einen Überblick über die wesentlichen spezialgesetzlichen Strafnormen, die neben den Vorschriften des StGB eine Strafbarkeit der Aufsichtsratsmitglieder begründen können.

---

<sup>1</sup>BGH, NJW 2006, 522 ff.

## **B. Hauptteil**

### **I. Die Funktion des Aufsichtsrats und das Verhältnis vom Aktienrecht zum Strafrecht**

Eine Strafrechtliche Haftung des Aufsichtsrats ist eng mit den Pflichten des Aktienrechts verknüpft. Aus diesem Grund ist vorab ein Überblick über die Pflichten des Aufsichtsrats unerlässlich. Ebenso bedeutend ist die Wirkung, die diese Pflichten im strafrechtlichen Kontext entwickeln.

#### **1) Die Stellung des Aufsichtsrats nach dem Aktiengesetz<sup>2</sup>**

Im Mittelpunkt der Aufsichtsrats Tätigkeit steht die Überwachung der Geschäftsführung nach § 111 AktG.<sup>3</sup> Diese beinhaltet auch die Schaffung eines leistungsfähigen Vorstands.<sup>4</sup> Zur Wahrnehmung dieser Aufgabe stehen dem Aufsichtsrat verschiedene Pflichten und Kompetenzen zu. Neben der Personalkompetenz über den Vorstand (§ 84 AktG) ist der Aufsichtsrat gem. § 111 IV 2 AktG verpflichtet, Zustimmungsvorbehalte für gewisse Geschäfte einzuführen. Die Art der Geschäfte kann in der Satzung der Gesellschaft oder durch den Aufsichtsrat selbst vorgegeben sein.<sup>5</sup> Da sich der Zustimmungsvorbehalt wie ein Vetorecht auswirkt, hat eine zustimmungsbedürftige Handlung zu unterbleiben, wenn der Aufsichtsrat seine Zustimmung verweigert. Im umgekehrten Fall ist der Aufsichtsrat jedoch nicht befugt, die Vornahme einer bestimmten Handlung anzuordnen.<sup>6</sup>

Neben den überwachenden Tätigkeiten sieht das AktG geschäftsführende Tätigkeiten des Aufsichtsrats vor. Von besonderer Bedeutung für die nachfolgenden Untersuchungen ist die Vertretung der Gesellschaft gegenüber dem Vorstand (§ 112 AktG) in allen Rechtsgeschäften sowie Rechtsstreitigkeiten. Beispielhaft seien etwa die Festlegung der Vorstandsvergütung (§ 87 AktG), die Personalkompetenz (§ 84 AktG) sowie die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen den Vorstand<sup>7</sup> genannt.

Schließlich treffen den Aufsichtsrat allgemeine Verhaltenspflichten, namentlich die Verschwiegenheitspflicht, Wahrheitspflicht sowie Loyalitäts- und Treuepflichten. Die Verschwiegenheitspflicht ist in § 116 S. 2 AktG verankert und dient sowohl dem Schutz der Gesellschaft als auch der effektiven Wahrnehmung der Überwachungs- und Beratungspflichten.<sup>8</sup> Gem. § 404 AktG wird die Verletzung dieser Pflicht unter Strafe gestellt. Darüber hinaus bestehen für jedes Aufsichtsratsmitglied kraft seiner organschaftlichen

---

<sup>2</sup> Im Folgenden AktG.

<sup>3</sup> Schilha, Die Aufsichtsrats Tätigkeit, S. 42.

<sup>4</sup> Krause, NStZ 2011, 57 (57).

<sup>5</sup> Langenbucher, Aktien- und Kapitalmarktrecht, § 5 Rn. 59.

<sup>6</sup> dies., Aktien- und Kapitalmarktrecht, § 5 Rn. 58.

<sup>7</sup> Krause, NStZ 2011, 57 (57).

<sup>8</sup> Krause, NStZ 2011, 57 (63).



Stellung ungeschriebene Loyalitäts- und Treuepflichten gegenüber der Gesellschaft.<sup>9</sup> Diese wirken sowohl innerhalb also auch außerhalb seines Amtes, wobei die Anforderungen jeweils unterschiedlich streng sind.<sup>10</sup>

Die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber der AG bestimmt sich nach §§ 116 S. 1, 93 II 1 AktG. Die in § 93 AktG für den Vorstand geregelte Sorgfaltspflicht eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsherrn gilt sinngemäß für den Aufsichtsrat, § 116 AktG. Jedes Aufsichtsratsmitglied hat sich demnach bei Ausführung seiner Aufgaben ausschließlich am Wohl der Gesellschaft zu orientieren.<sup>11</sup> Fehlende Kenntnisse und Fähigkeiten muss sich ein Aufsichtsratsmitglied aneignen, sofern die Organtätigkeit dies erfordert.<sup>12</sup>

## 2) Strafrechtlicher Anknüpfungspunkt

Bereits die Sanktionen des AktG (§§ 399 ff. AktG) zeigen, dass sich aus der organschaftlichen Stellung des Aufsichtsrats eine strafrechtliche Verantwortung ergeben kann. Im Folgenden ist zu untersuchen, welche Auswirkung die aktienrechtliche Pflichtenstellung auf das Strafrecht hat.

### a) Das Verhältnis des Strafrechts zu außerstrafrechtlichen Normen

Es herrscht bis heute Uneinigkeit über das Verhältnis des Strafrechts zu den außerstrafrechtlichen Normen.<sup>13</sup> Frühere Ansätze sahen das Strafrecht etwa streng akzessorisch zu den außerstrafrechtlichen Normen, oder losgelöst von eben diesen als autonomes Rechtsgebiet.<sup>14</sup> Für eine der Gegenwart entsprechende Bewertung kommt es jedoch maßgeblich auf Erwägungen des Rechtsgüter- und Opferschutzes an.<sup>15</sup> Unmoralische oder verpönte Verhaltensweisen begründen insofern keinen Strafanspruch, solange durch sie nicht gesetzlich geschützte Rechtsgüter verletzt werden.<sup>16</sup>

Zwar werden auch in privatrechtlichen Normen Ge- und Verbote ausgestaltet sowie Rechtsfolgen bei deren Nichtbeachtung festgelegt; die strafrechtliche Sanktionierung darf jedoch als äußerstes Mittel erst Anwendung finden, wenn ein Verhalten in besonderer Weise sozialschädlich ist und seine Verhinderung als besonders dringlich anzusehen ist.<sup>17</sup> Strafrechtliche Sanktionen kommen daher nur in Betracht, wenn

---

<sup>9</sup> Habersack, in MK AktG, § 116 Rn. 43.

<sup>10</sup> ders., in MK AktG, § 116 Rn. 46 f.

<sup>11</sup> Krause, NStZ 2011, 57 (58).

<sup>12</sup> Langenbucher, Aktien- und Kapitalmarktrecht, § 5 Rn. 90.

<sup>13</sup> Dierlamm, StraFo 2005, S. 397 (397).

<sup>14</sup> Dierlamm, StraFo 2005, S. 397 (397 f.).

<sup>15</sup> Lüderssen: in FS Eser, 163 (167).

<sup>16</sup> Schilha, Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 38.

<sup>17</sup> BVerfG, NJW 1975, 573 (576).

dies neben den Rechtsfolgen der außerstrafrechtlichen Regelungen zusätzlich geboten scheint.<sup>18</sup> Sie sind daher als sog. sekundäre Normen anzusehen, die regelmäßig an Wertungen der primären Gesetzesmaterie anknüpfen.<sup>19</sup>

## **b) Aktienrechtliche Vorgaben für das Strafrecht**

Strafrechtsfremde Rechtssätze können für die strafrechtlichen Ge- und Verbote richtungsweisenden Charakter haben.<sup>20</sup> Bestimmungen des Aktienrechts können demnach auch im Rahmen einer strafrechtlichen Betrachtung Pflichten begründen, deren Verstoß mitunter einen Straftatbestand erfüllt.

Bedeutsam ist in diesem Zusammenhang das Gebot der Einheit der Rechtsordnung und der Widerspruchsfreiheit von Normen.<sup>21</sup> Daraus ergeben sich zwei wesentliche Bedingungen, die bei der Frage nach der Strafwürdigkeit einer Handlung zu beachten sind. Die strafrechtliche Pflicht kann nicht weitergehend sein als die primärrechtlichen Pflichten.<sup>22</sup> Außerdem kann umgekehrt nicht strafrechtlich geboten sein, was nach dem jeweiligen anderen Recht ausdrücklich verboten ist.<sup>23</sup> Letzteres gilt jedoch nur dem Grundsatz nach. Denkbar ist nämlich, dass die Pflicht zur Verschwiegenheit eines Aufsichtsratsmitgliedes nach § 116 S. 2 AktG mit der Pflicht zur Anzeige einer Straftat nach § 138 StGB kollidiert.

Hierdurch wird eine grundsätzliche Eigenständigkeit hinsichtlich der Beurteilung strafrechtlich einschlägiger Verhaltensweisen jedenfalls nicht verdrängt.<sup>24</sup> Die Verhaltensnormen dürfen jedoch keine grundsätzlich voneinander abweichenden Rechte und Pflichten statuieren. Gleichwohl kann die Reaktion auf die Verletzung von Verhaltensnormen unterschiedlich sein. Konkret bedeutet das: Ein aktienrechtlicher Pflichtverstoß kann unter Umständen das Vorliegen einer Straftat begründen, muss dies aber nicht. Was hingegen nach dem AktG erlaubt ist, kann nicht strafrechtlich sanktioniert werden. Ein aktienrechtliches Verbot ist somit notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzung eines strafrechtlichen Verbots.<sup>25</sup> Im Verhältnis zum Gesellschaftsrecht spricht man daher von einer asymmetrischen Akzessorität des Strafrechts.<sup>26</sup>

---

<sup>18</sup>Schilha, Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 38.

<sup>19</sup>Lüderssen: in FS Eser, S. 169.

<sup>20</sup>Schilha, Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 40.

<sup>21</sup>ders., Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 41.

<sup>22</sup>Rudolphi, in: FS Dünnebier, S. 581.

<sup>23</sup>Vogel, Norm und Pflicht, S. 325.

<sup>24</sup>Schilha, Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 40 f.

<sup>25</sup>Lüderssen, in: FS Lampe, S. 727 (729).

<sup>26</sup>Dierlamm, StraFo 2005, S. 397 (398).

## II. Strafbarkeit aufgrund untreuerelevanter Pflichtverletzungen

Die fehlerhafte Kontrolle im Rahmen der Aufsichtsratsstätigkeit steht im engen Zusammenhang mit der Vermögenssituation der Gesellschaft.<sup>27</sup> Eine wesentliche Bedeutung kommt daher der Frage zu, inwieweit sich Aufsichtsräte bei Verletzung der ihnen obliegenden Pflichten gem. § 266 StGB strafbar machen können. Auch die bisherige Rechtsprechung verdeutlicht die zentrale Bedeutung des Untreuetatbestands bei Pflichtverletzungen durch Führungskräfte.<sup>28</sup>

### 1) Die gesetzlichen Untreuealternativen

Im Rahmen von § 266 StGB werden zwei Handlungsalternativen erfasst, die Missbrauchs- und die Treuebruchsalternative.<sup>29</sup> Die Missbrauchsuntreue unterscheidet dadurch vom Treubruch, dass sie nur rechtsgeschäftliches Handeln erfasst.<sup>30</sup> Der Täter muss sein rechtliches Dürfen im Innenverhältnis im Rahmen seines rechtlichen Könnens nach außen überschreiten.<sup>31</sup> Die zweite Alternative setzt lediglich die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht voraus<sup>32</sup>, sodass hierfür auch rein tatsächliches Handeln genügt.<sup>33</sup> Es ist also danach zu unterscheiden, ob durch das Handeln des Täters der Geschäftsherr nach außen rechtswirksam gebunden wird.<sup>34</sup>

### 2) Die Vermögensbetreuungspflicht des Aufsichtsrats

Täter des § 266 StGB müssen einer besonderen Pflicht zur Besorgung fremder Vermögensangelegenheiten unterliegen.<sup>35</sup> Eine solche Vermögensbetreuungspflicht kann sich aus Gesetz, behördlichem Auftrag oder Rechtsgeschäft ergeben.<sup>36</sup> Für den Aufsichtsrat kommen neben den aktienrechtlichen Normen daher auch die Satzung der Gesellschaft, die GO des Gremiums sowie im Einzelfall individuelle Vereinbarungen im Anstellungsvertrag in Betracht.<sup>37</sup> Im Folgenden geht es lediglich um die Pflichten, die sich aus dem AktG ergeben und für alle Aufsichtsräte einer AG gelten.

---

<sup>27</sup>Poseck, Die Strafrechtliche Haftung des Aufsichtsrats, S. 61.

<sup>28</sup>BGH, NJW 2006, 522 ff. (Mannesmann); NJW 2011, 88 ff. (Siemens/AUB).

<sup>29</sup>Dierlamm, in MK-StGB, Rn. 13 zu § 266.

<sup>30</sup>Lackner/Kühl, Rn. 6 zu § 266.

<sup>31</sup>Lenckner/Perron, in Schönke/Schröber, Rn. 17 zu § 266.

<sup>32</sup>Brammsen, ZIP 2009, 1504 (1505).

<sup>33</sup>Fischer, Rn. 33 zu § 266.

<sup>34</sup>Lenckner/Perron, in Schönke/Schröber, Rn. 17 zu § 266.

<sup>35</sup>Rönnau, JuS 2003, 232 (233); ders./Hohn, NStZ 2004, 113 (114).

<sup>36</sup>Dierlamm, in MK StGB, Rn. 143 zu § 266.

<sup>37</sup>Schilha, Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 245.

Die Vermögensbetreuungspflicht dient der Einschränkung des Tatbestands und gilt sowohl für den Treuebruch- als auch für den Missbrauchstatbestand. Für letzteren reicht es daher nicht aus, dass eine Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen, missbraucht wird und hieraus ein Vermögensschaden resultiert. Es ist zudem erforderlich, dass der Täter einer Vermögensbetreuungspflicht unterlag und eben diese durch den Missbrauch verletzt hat.<sup>38</sup>

Es ist anerkannt, dass den auf Dauer tätigen Sachwalter eines fremden Vermögens eine Vermögensbetreuungspflicht trifft.<sup>39</sup> Einen solchen Sachwalter stellen Aufsichtsratsmitglieder regelmäßig dar.<sup>40</sup> Im Rahmen seiner Kernaufgabe, in dem sich die Tätigkeit auf die Überwachungsfunktion beschränkt, besteht eine Vermögensbetreuungspflicht.<sup>41</sup> Auch bei gestaltenden Geschäftsführungsbefugnissen trifft ihn eine solche Pflicht.<sup>42</sup> Hier wird wegen des rechtsgeschäftlichen Charakters der Tätigkeit häufig die Missbrauchsalternative einschlägig sein.

### 3) Verletzung einer aktienrechtlichen Pflicht als untreuenspezifische Pflichtverletzung

Unstreitig ist, dass nicht jede Pflicht aus dem Aktienrecht für eine Pflichtverletzung i.S.d. § 266 StGB in Betracht kommen kann.<sup>43</sup> Vielmehr kann es nur um solche Pflichten gehen, die mit der Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen in einem funktionalen Zusammenhang stehen<sup>44</sup> und die typischerweise nur der Treuehmer selbst verletzen kann.<sup>45</sup> Nach neuerer Rechtsprechung muss eine verletzte Norm wenigstens mittelbar das Vermögen des Treugebers schützen.<sup>46</sup> Es reicht nicht aus, dass durch eine Handlung ein zivilrechtlicher Schadensersatzanspruch entsteht.<sup>47</sup>

Für die Beurteilung sind zunächst zwei Arten von Pflichten zu unterscheiden.

#### a) Formelle Pflichten

Das AktG legt eine Reihe von formellen Pflichten für den Aufsichtsrat fest. Beispielhaft seien etwa die innere Ordnung des Aufsichtsrats (§ 107 AktG), die Voraussetzung der Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats (§ 108 II AktG) oder die Unvereinbarkeit der Zugehörigkeit zum Vorstand und zum Aufsichtsrat (§

---

<sup>38</sup>Dierlamm, in MK StGB, Rn. 30 zu § 266.

<sup>39</sup>Dittrich, Die Untreuestrafbarkeit bei überhöhter Vorstandsvergütung, S. 188.

<sup>40</sup> ebd.

<sup>41</sup> Tiedemann, in: FS Tröndle, 319 (322).

<sup>42</sup> BGHZ 135, 244 (253 f.).

<sup>43</sup>Rönnau/Hohn, NStZ 2004, 113 (114).

<sup>44</sup> Lenckner/Perron, in Schönke/Schröder, Rn. 23 zu § 266.

<sup>45</sup>Rönnau/Hohn, NStZ 2004, 113 (114).

<sup>46</sup> BGH, NJW 2001, 88 (91).

<sup>47</sup> ebd.

105 AktG) genannt. Eine Untreue kann ein Verstoß gegen diese Pflichten jedoch nicht begründen. Das liegt zum einen daran, dass ihnen kein unmittelbar vermögensschützender Charakter zukommt.<sup>48</sup> Denn auch bei Einhaltung dieser Pflichten ist nicht garantiert, dass eine Maßnahme keine wirtschaftlichen Vermögenseinbußen der AG nach sich zieht.

Jedoch kann Missachtung formeller Pflichten den Eintritt eines Vermögensschadens begünstigen. Werden etwa ineffiziente Organisations- und Kommunikationsstrukturen geschaffen, kann sich dies auf die inhaltlichen Ausmaße der Tätigkeit niederschlagen.<sup>49</sup> Ein Vermögensnachteil ist jedoch stets auf die inhaltliche Fehlerhaftigkeit einer Maßnahme zurückzuführen. Daher fehlt ein Zusammenhang zwischen formeller Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil.<sup>50</sup>

Eine Pflichtverletzung i.S.d. § 266 StGB kann somit nicht durch die Verletzung einer formellen Pflicht begründet werden. Dessen ungeachtet kann hiervon aber ein Indiz auf eine untreuenspezifische Handlung ausgehen.<sup>51</sup>

## **b) Materielle Pflichten**

Den Inhalt der Aufsichtsratsstätigkeit regeln die materiellen Pflichten.<sup>52</sup> Diese umfassen beispielsweise die Überwachungsaufgabe nach § 111 AktG. Sie sind nicht so umfangreich positiviert wie die formellen Pflichten<sup>53</sup> und haben zum Teil generalklauselartigen Charakter. Dies verdeutlicht der Verweis in § 116 AktG auf den Sorgfaltsmaßstab des § 93 AktG. Auch die Formulierung des § 87 AktG lässt einen weiten Beurteilungsspielraum zu.

Gleichwohl kommt diesen Pflichten ein vermögensschützender Charakter zu. Dieser ergibt sich daraus, dass sie unter dem Gesichtspunkt der Wahrung und Mehrung des Gesellschaftsvermögens Vorgaben und Leitlinien für die Aufsichtsratsstätigkeit aufstellen.<sup>54</sup> Er tritt am deutlichsten in den durch § 87 AktG geregelten Vorgaben zur Festsetzung der Vorstandsvergütung hervor.

Aufgrund dieses Vermögensbezugs können materielle Pflichten für die Pflichtwidrigkeit nach § 266 StGB bedeutsam sein.

---

<sup>48</sup>Rönnau./Hohn, NStZ 2004, 113 (115).

<sup>49</sup>Schilha, Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 254.

<sup>50</sup>ders., Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 254.

<sup>51</sup>BGHSt 47, 187 (197).

<sup>52</sup>Rönnau./Hohn, NStZ 2004, 113 (115).

<sup>53</sup>Schilha, Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 255.

<sup>54</sup> ebd.

### c) Anforderungen an eine Pflichtverletzung

Erforderlich ist zunächst ein Pflichtverstoß auf der Primärebene.<sup>55</sup> Dabei sind die bereits erwähnten Grundsätze zur Akzessorietät des Strafrechts zu beachten. Was zivilrechtlich erlaubt ist, kann keine strafrechtliche Pflichtwidrigkeit i.S.d. § 266 StGB begründen. Dies muss auch dort gelten, wo nach den zivilrechtlichen Vorgaben nicht nur ein Verhalten als eindeutig rechtmäßig anzusehen ist, sondern es mehrere vertretbare Handlungsalternative gibt.<sup>56</sup> Das ist von besonderer Bedeutung, weil die aktienrechtlichen Normen dem Aufsichtsrat weitgehend Ermessen bei seinen Entscheidungen einräumen. Ein Ermessensspielraum der Verwaltungsorgane wurde bereits höchstrichterlich in der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung des BGH ausgeformt.<sup>57</sup>

Positivrechtlicher Anknüpfungspunkt sind die §§ 93, 116 AktG. Nach § 93 I 2 AktG liegt eine Pflichtverletzung nicht vor, sofern ein Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Diese Regelung ist eine Kodifizierung der sog. Business JudgementRule.<sup>58</sup> Gem. § 116 gilt dieser Sorgfaltsmaßstab sinngemäß für Aufsichtsratsmitglieder. Insofern bedarf es auch keiner genauen Untersuchung, inwiefern man die Tätigkeit des Aufsichtsrats unter die unternehmerische Entscheidung i.S.d. § 93 I 2 AktG subsumieren kann.<sup>59</sup> Die Formulierung des § 116 AktG stellt klar, dass für den Aufsichtsrat die Überwachungsfunktion in den Vordergrund tritt. Die Leitfigur des ordentlichen Geschäftsleiters wird gegen die des ordentlichen Aufsichtsratsmitglieds ausgetauscht.<sup>60</sup> Aufgrund der unterschiedlichen Kompetenzen der Aufsichtsrats kann der Ermessensspielraum im Einzelfall unterschiedlich weit sein.

#### aa) Haftungsbefreiung des § 93 I 2 AktG

Eine haftungsbegründende Pflichtverletzung kann auf zweierlei Weisen begründet werden. Der Verstoß liegt entweder darin, dass auf Grundlage unzureichender Information, oder dass nicht zum Wohle der Gesellschaft gehandelt wurde.<sup>61</sup> Hinsichtlich dieser beiden Voraussetzungen genügt Gutgläubigkeit der Aufsichtsratsmitglieder.<sup>62</sup> Demnach ist auf das Kriterium der Vertretbarkeit einer Entscheidung abzustellen.

---

<sup>55</sup>Dierlamm, StraFo 2005, 397 (398).

<sup>56</sup>ders., in MK StGB, Rn. 152 zu § 266.

<sup>57</sup>BGH, ZIP 1997, 883 (885 f.).

<sup>58</sup>Seibert/Schütz, ZIP 2004, 252 (254).

<sup>59</sup>so etwa Schilha, Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 270 ff.

<sup>60</sup>Hüffer, AktG, Rn. 2 zu § 116.

<sup>61</sup>Schilha, Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 275.

<sup>62</sup>Hüffer, AktG, Rn. 4e zu § 93.

Ob das Handeln dem Wohle der Gesellschaft dient, bestimmt sich danach, ob es dem Unternehmensinteresse entspricht. Nach dem Zweck der materiellen Pflichten ist also danach zu fragen, ob ein Handeln dem Bestand und der dauerhaften Rentabilität des Unternehmens dient.

Unter angemessenen Informationen sind solche zu verstehen, die in einer konkreten Entscheidungssituation als angemessen erscheinen können, wobei es auf die Beurteilung des Entscheidenden ankommt und dessen Beurteilung bei nachträglicher Überprüfung noch als nachvollziehbar einzustufen ist.<sup>63</sup> Beispielsweise kann den Aufsichtsrat die Pflicht treffen, im Vorfeld einer Entscheidung Rechtsrat einzuholen.

Ergibt sich nach Überprüfung einer Entscheidung des Aufsichtsrats, dass eine der beiden Voraussetzungen nicht vorliegt und der Aufsichtsrat dies auch nicht gutgläubig annehmen konnte, ist eine Pflichtverletzung gegeben.

#### **bb) Erfordernis einer gravierenden Pflichtverletzung**

Ist eine Pflichtverletzung festgestellt, ist zu fragen, ob dies für den Untreuetatbestand ausreichend ist. In Literatur und Rechtsprechung wird gefordert, dass eine Pflichtverletzung gravierend sein müsse, um den Tatbestand des § 266 StGB zu verwirklichen.<sup>64</sup> Es ist jedoch nicht geklärt, ob es sich hierbei um das Gewicht der verletzten Pflicht oder um Art und Ausmaß der Pflichtverletzung handeln soll.<sup>65</sup>

Vom BGH wurde das Merkmal der gravierenden Pflichtverletzung bereits für risikobehaftete unternehmerische Entscheidungen anerkannt.<sup>66</sup> Die Aufsichtsratsstätigkeit ist jedoch nur begrenzt mit den Geschäftsführungsmaßnahmen vergleichbar. So wird man insbesondere für die Überwachungstätigkeit ein entsprechendes Risiko verneinen müssen. Kennzeichnend hierfür ist gerade, dass der Aufsichtsrat keine eigenen Entscheidungen trifft, sondern lediglich fremde Entscheidungen nachvollzieht.<sup>67</sup> Auch die Geschäftsführungsbefugnisse des Aufsichtsrats sind nicht im selben Maße risikobehaftet wie die des Vorstands.<sup>68</sup>

Die Konsequenz kann aber nicht sein, dass im Umkehrschluss jede Pflichtverletzung des Aufsichtsrats den Tatbestand der Untreue erfüllt. Stattdessen wird vorgeschlagen, dass eine Pflichtverletzung evident unvertretbar sein müsse.<sup>69</sup> Dies soll im Einzelfall auf Basis einer Gesamtwürdigung aller Umstände ermittelt werden. Die Pflichtverletzung wird daher einer eigenen strafrechtlichen Bewertung unterzogen.

---

<sup>63</sup>ders., AktG, Rn. 4f zu § 93.

<sup>64</sup>BGH, NJW 2002 1585 (15859; Dierlamm, in MK StGB, Rn. 153 zu § 266; ders., StraFo 2005 (403f.).

<sup>65</sup>Saliger, in Satzger/Schmitt/Widmaier, Rn. 40 ff. zu § 266.

<sup>66</sup>BGH NJW 2006, 453 (454 f.).

<sup>67</sup>Krause, NStZ 2011, 57 (59).

<sup>68</sup>der., NStZ 2011, 57 (63).

<sup>69</sup>ebd.

Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Ungeachtet der Übertragbarkeit des Merkmals „gravierend“ auf die Aufsichtsratsstätigkeit ist dieses bereits zu unbestimmt. Das Ausmaß der Pflichtverletzung kann nicht als strafrechtliches Bewertungskriterium dienen. Man müsste je nach Unternehmenslage bzw. -größe sowie dem Ausmaß des Schadens und der Relation zum Umsatz verschiedene Bewertungen vornehmen. Dies würde zu einer Privilegierung der Untreue gegenüber den Außenschädigungsdelikten führen.<sup>70</sup>

Die Bewertung der Evidenz darf jedoch nicht lediglich darauf abstellen, ob die Pflichtverletzung für ein Aufsichtsratsmitglied in der Situation ersichtlich war. So würdne Fragen des subjektiven Tatbestands vorgegriffen. Vielmehr muss bei objektiver Beobachtung deutlich werden, dass der Beurteilungsspielraum in der konkreten Situation in unvertretbarer Weise überschritten wurde und die Pflichtwidrigkeit aus einer ex-ante Betrachtung ohne weiteres erkennbar ist. Für die untreuenspezifische Pflichtverletzung gelten somit strengere Kriterien als für eine haftungsbegründende Pflichtverletzung im Aktienrecht.

#### **4) Beispiele für untreuerelevante Handlungen von Aufsichtsräten**

In Literatur und Rechtsprechung haben sich in den letzten Jahren Fälle herausgearbeitet, die besonders relevant sind im Lichte des Untreuetatbestands. Nicht zuletzt auch aus gesellschaftlichem Interesse ist unter anderem die Festsetzung überhöhter Vorstandsgehälter ein häufiges Thema. Neben dieser Kompetenz sollen im Folgenden einige Pflichten des Aufsichtsrats genauer betrachtet werden.

##### **a) Die Verwirklichung des Missbrauchstatbestands durch Aufsichtsräte**

Zunächst stellt sich die Frage nach der Untreuestrafbarkeit im Rahmen des Missbrauchstatbestands. Da hier nur rechtsgeschäftliches Handeln in Frage kommt, ist danach zu differenzieren, ob die AG durch die Aufsichtsrats handeln nach außen wirksam gebunden wird.

##### **aa) Die Vertretung der AG gegenüber dem Vorstand**

Der Aufsichtsrat vertritt die AG gem. § 112 AktG gegenüber dem Vorstand. Ihn trifft daher auch die Pflicht, Ansprüche der AG gegenüber den Vorstandsmitgliedern geltend zu machen. Es lassen sich zwei Fallgruppen unterscheiden, die in der Verfolgungspraxis der Ermittlungsbehörden präsent sind.<sup>71</sup> Zum einen das Unterlassen einer Geltendmachung von Ersatzforderungen gegen Vorstandsmitglieder, zum anderen die aussichtslose Geltendmachung von Ansprüchen. Bei der ersten Konstellation drängt sich zunächst die Frage auf, ob der Missbrauchstatbestand auch durch ein Unterlassen verwirklicht werden kann.

---

<sup>70</sup>Schilha, Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 285.

<sup>71</sup>Krause, NStZ 2011, 57 (62).



Einem Unterlassen kann zwar rechtsgeschäftliche Bedeutung zukommen.<sup>72</sup> Dies ist etwa bei den §§ 362, 383 HGB der Fall, wenn dem Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben ein rechtsgeschäftlicher Erklärungswert zukommt.<sup>73</sup> Dem bloßen Nichterheben eines Anspruchs kommt jedoch zunächst keine rechtsgeschäftliche Bedeutung zu, da der Anspruch auch in diesem Fall weiterbesteht. Etwasige Einreden gegen den Anspruchsinhaber hindern nicht das Bestehen des Anspruchs, sondern stellen lediglich Gegenrechte dar.<sup>74</sup>

Gleichwohl subsumiert Poseck die unterlassene Geltendmachung von Ersatzansprüchen unter den Missbrauchstatbestand.<sup>75</sup> Die Nichtausübung einer Befugnis, die als Kehrseite der mit ihr verbundenen Möglichkeit ebenso eine Art des Gebrauchs einer Befugnis darstellt, ist hiernach als Missbrauch anzusehen.<sup>76</sup> Zudem sei das Ausweichen auf den unbestimmten Treuebruchtatbestand eine dogmatisch unsaubere Lösung. Die Ansicht ist jedoch widersprüchlich. Ihr ist zwar zuzugeben, dass der Missbrauchstatbestand eine präzisere Regelung in Form des Missbrauchs einer rechtsgeschäftlichen Befugnis hat. Auf der anderen Seite weicht sie diese Regelung auf, indem sie tatsächliches Verhalten als bloße Kehrseite rechtsgeschäftlichen Handelns unter die Tatbestandsalternative fasst. Das Unterlassen der Geltendmachung eines Ersatzanspruchs ist demnach nicht von der Missbrauchsalternative erfasst.

Anders verhält es sich hingegen mit der aussichtslosen Geltendmachung eines Anspruchs gegen ein Vorstandsmitglied. Hier kann aufgrund des Prozessrisikos und dem damit verbundenen Vermögensnachteil ein Untreuevorwurf begründet sein.<sup>77</sup> Es liegt auch rechtsgeschäftliches Handeln vor, da die AG nach außen wirksam gebunden wird und möglicherweise die Prozesskosten zu tragen hat.

Es kommen jedoch nur Fälle in Betracht, in denen die Geltendmachung eines Anspruchs offensichtlich zwecklos ist. Es ist also zu prüfen, ob ein Anspruch überhaupt besteht. Doch auch bei Bestehen eines Anspruchs kann etwa aufgrund einer bekannten Zahlungsunfähigkeit des Vorstandsmitglieds eine Geltendmachung zwecklos sein. Im Zweifel hat der Aufsichtsrat zu solchen Fragen Rechtsrat einzuholen.

#### **bb) Untreue durch Festsetzung der Vorstandsvergütung**

Ein wichtige Aufgabe der Aufsichtsratsstätigkeit ist die Festsetzung der Vorstandsvergütung. Dabei handelt es sich jeweils um eine unternehmerische Entscheidung mit einem entsprechendem Ermessensspiel-

---

<sup>72</sup> Lenckner/Perron, in Schönke/Schröder, Rn. 16 zu § 266.

<sup>73</sup> Dierlamm, in MK StGB, Rn. 123 zu § 266.

<sup>74</sup> Brammsen, in ZIP 2009, 1504 (1507).

<sup>75</sup> Poseck, Die Strafrechtliche Haftung des Aufsichtsrats, S. 74 ff.

<sup>76</sup> der., Die Strafrechtliche Haftung des Aufsichtsrats, S. 75 f.

<sup>77</sup> Krause, NStZ 2011, 57 (62).

raum.<sup>78</sup> Dieser wird durch das in § 87 I 1 AktG normierte Merkmal der Angemessenheit eingeschränkt. Das Merkmal bezieht sich auf das Verhältnis der Vergütung zu den Aufgaben des Vorstandmitglieds, der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens sowie den branchen- und landesüblichen Bestimmungen, § 87 I 1 AktG. Es dient dem Schutz des Gesellschaftsvermögens vor ungerechtfertigten Vorstandsbezügen.<sup>79</sup> Eine Beurteilung muss dabei stets unter Berücksichtigung der Unternehmensgröße, der Qualifikation des Vorstandmitglieds und seinem Marktwert erfolgen.<sup>80</sup> Seit 2009 ist die Vergütungsstruktur bei börsennotierten Gesellschaften gem. § 87 I 2 AktG zudem auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung auszurichten.<sup>81</sup>

Auch die Lage des Unternehmens ist zu berücksichtigen, § 87 I 1 AktG. Das bedeutet jedoch nicht, dass bei schlechter Lage grundsätzlich nur niedrige Bezüge festgesetzt werden dürfen.<sup>82</sup> Eine hohe Vergütung kann auch bei schlechter Unternehmenslage gerechtfertigt sein, wenn eine bestimmte Person aufgrund ihrer Qualifikation besonders geeignet ist, eine bestimmte Aufgabe zu übernehmen, und diese Person bei günstigerer Vergütung nicht zu haben ist.<sup>83</sup> Dies entspricht auch der Ausrichtung an einer nachhaltigen Unternehmensentwicklung, sofern die Personalentscheidung existenzielle Bedeutung für die AG hat und eine andere Person nicht geeignet wäre, eine Unternehmenskrise abzuwenden.

Eine Allgemeinformel für die Bestimmung der Angemessenheit einer Vergütung kann es somit nicht geben. Eine schlechte Finanzlage ist nicht zwingend ein Grund für niedrige Vorstandsgehälter ebenso wie der Marktwert einer Person allein nicht ausschlaggebend für seine Bezüge sein kann. Zwischen den in § 87 I 1 AktG genannten Kriterien hat also im Einzelfall eine Abwägung stattzufinden. Insofern ist auch die Ansicht Brammsens verfehlt, die Ermessensschränke des § 87 I 1 AktG mache das Vorliegen einer evidenten Pflichtverletzung überflüssig.<sup>84</sup> Auch für die Entscheidungen im Rahmen der Vergütung muss die Haftungsbefreiung nach den §§ 93 I 2, 116 AktG beachtet werden.

Unabhängig davon besteht eine Pflichtverletzung aber dort, wo überhaupt kein Ermessenspielraum besteht, da eine Vergütung im Aktienrecht überhaupt nicht vorgesehen ist. Dies betrifft Zahlungen, die lediglich belohnenden Charakter haben und durch die dem Unternehmen keinerlei Gegenwert zufließt.<sup>85</sup>

### cc) Untreue im Rahmen der Personalkompetenz

---

<sup>78</sup> Semler, in MK AktG, Rn. 4 zu § 116.

<sup>79</sup> Brammsen, ZIP 2009, 1504 (1508).

<sup>80</sup> ebd.

<sup>81</sup> VorstAG, BGBl. I 2009, 2509.

<sup>82</sup> Brammsen, ZIP 2009, 1504 (1508).

<sup>83</sup> Poseck, Die Strafrechtliche Haftung des Aufsichtsrats, S. 68.

<sup>84</sup> vgl. Brammsen, ZIP 2009, 1504 (1508).

<sup>85</sup> BGHSt 50, 331 (337 ff.) .

Es soll auch eine Untreue in Betracht kommen, wenn ein Aufsichtsrat vorzeitig Verträge mit einem beschuldigten Organwalter verlängert.<sup>86</sup> Die Gefahr einer solchen Verlängerung liegt, dass die Gesellschaft im Falle einer Verurteilung mit einer Zäsur in der unternehmerischen Personalplanung konfrontiert ist.<sup>87</sup>

Es sind jedoch auch Gründe dafür ersichtlich, an einer Vertragsbeziehung zu einem Vorstandsmitglied festzuhalten. Die vorfristige Verlängerung kann sich beispielsweise daraus ergeben, dass aus strategischen Erwägungen eine Treuebekundung dafür spricht oder die infrage stehende Person für das Unternehmen unentbehrlich ist.<sup>88</sup> Es ist also danach zu fragen, ob die Verlängerung eines Vertrags im Interesse der AG erfolgt. Brammsen lehnt dies mit der Begründung ab, es handele sich um sachfremde Erwägungen.<sup>89</sup> Die Bestimmung des Unternehmensinteresses kann jedoch nicht allgemein erfolgen, da sich je nach Einzelfall Unterschiede ergeben. Zudem fehlt es an einer konkreten Benennung der Kriterien, ab wann der Vertrag eines beschuldigten Vorstandsmitglieds nicht zu verlängern ist. Ob nach der Art und Schwere der Anschuldigung Differenzierungen vorzunehmen sind und ob es sich nur um Anschuldigungen handeln darf, die mit der Ausübung der Organtätigkeit im Zusammenhang stehen, ist nicht geklärt.

Fragwürdig ist auch, ob durch die Vertragsverlängerung ein Schaden für das Unternehmen entsteht. Zu denken ist etwa an einen Verlust des Marktwertes und einen Imageschaden infolge einer Verurteilung.<sup>90</sup> Es ist jedoch schwer zu begründen, dass dieser Schaden sich aus der Verlängerung des Vertrags ergeben hat und somit der erforderliche Pflichtwidrigkeitszusammenhang besteht. Es ist genauso gut anzunehmen, dass durch das Bekanntwerden von Ermittlungen ein solcher Schaden eintritt oder gerade die Verlängerung als Treue bekundende Maßnahme nach außen eine positive Wirkung entfaltet. Angesichts dieser Unklarheiten ist eine Untreuestrafbarkeit aufgrund vorfristiger Verlängerung von Verträgen kritisch zu sehen.

Ebenso verhält es sich bei der Anstellung inkompetenter Vorstandsmitglieder. Die Anstellung ermöglicht zunächst nur die Möglichkeit, die Organfunktion wahrzunehmen und kann somit noch keinen Vermögensschaden für die AG darstellen.

## **b) Die Verwirklichung des Treuebruchtatbestands durch Aufsichtsräte**

Des Weiteren besteht die Möglichkeit, dass der Aufsichtsrat den Treuebruchtatbestand verwirklicht, wenn er sich im Rahmen seiner Tätigkeit in einer Weise verhält, die den Vermögensinteressen der AG zuwiderläuft und dieser hierdurch ein Nachteil entsteht.

---

<sup>86</sup> Krause, NStZ 2011, 57 (62).

<sup>87</sup> Brammsen, ZIP 2009, 1504 (1509).

<sup>88</sup> ebd.

<sup>89</sup> ebd.

<sup>90</sup> vgl. Brammsen, ZIP 2009, 1504 (1509).

## aa) Untreue bei unzureichender Überwachung des Vorstands

Die Kontrollaufgabe gem. § 111 I AktG gilt als die wesentliche Funktion des Aufsichtsrats.<sup>91</sup> Die Möglichkeit einer Untreuestrafbarkeit aufgrund mangelnder Überwachung bestimmt sich nach den Aufgaben der Überwachung und den zur Verfügung stehenden Einwirkungsmitteln.<sup>92</sup>

Gesetzlich ist die Überwachungsfunktion nicht näher umschrieben. Ihr materieller Gehalt erschließt sich daher erst durch systematische Auslegung der Norm.<sup>93</sup> Aus § 111 AktG ergibt sich zunächst, dass die Überwachungsfunktion sowohl die laufende, als auch die vergangene Geschäftsführung umfasst. Zudem ist die Überwachung auf bedeutende Geschäfte und Leitungsmaßnahmen des Vorstands zu beziehen.<sup>94</sup> Kommt einem Einzelgeschäft eine besonders hohe Bedeutung zu, ergibt sich hieraus auch eine vermögensbezogene Überwachungspflicht des Vorstands.<sup>95</sup> Dies gilt insbesondere dann, wenn für dieses Geschäft ein Zustimmungserfordernis gem. § 111 IV 2 statuiert ist.

Die Möglichkeit, Zustimmungserfordernisse einzurichten und eine Zustimmung zu erteilen oder zu verweigern, stellt hier einen wichtigen Anknüpfungspunkt für die Pflichtverletzung dar. Eine Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht kann vorliegen, wenn der Aufsichtsrat seine Zustimmung zu einem Geschäft des Vorstands erteilt, obwohl dieses rechtswidrig oder im Hinblick auf den Vermögensstand der Gesellschaft unvertretbar ist.<sup>96</sup> In Extremfällen kann der Aufsichtsrat auch verpflichtet sein, einen Zustimmungsvorbehalt ad hoc zu erlassen und gleichzeitig die Zustimmung zu verweigern.<sup>97</sup> Zwar besteht auch hier grundsätzlich ein Ermessen im Rahmen des Sorgfaltsmaßstabs der §§ 93, 116 AktG. Dieses kann im konkreten Fall jedoch auf Null reduziert sein.<sup>98</sup>

Handelt der Vorstand nach erfolgter Zustimmung seinerseits im Rahmen des Ermessens und tritt dennoch ein Schaden ein, kann auch die Zustimmung des Aufsichtsrats grundsätzlich nicht pflichtwidrig sein.

Ein weiteres Mittel der Einwirkung ist die Möglichkeit der Stellungnahme durch den Aufsichtsrat. Gesetzlich ist diese Maßnahme nicht erfasst. Sie ergibt sich jedoch aus der allgemeinen Stellung des Aufsichtsrats und der Regelung des § 90 AktG.<sup>99</sup> Gegen eine Untreuerelevanz sprechen jedoch zwei Argumente. Zum einen fehlt es an einer Rechtsbindung des Vorstands durch eine Stellungnahme. Zwar kann von

---

<sup>91</sup> Krause, NStZ 2011, 57 (58).

<sup>92</sup> Poseck, Die Strafrechtliche Haftung des Aufsichtsrats, S. 83.

<sup>93</sup> Schilha, Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 256.

<sup>94</sup> Lutter/Krieger, § 3 Rn. 63.

<sup>95</sup> ebd.

<sup>96</sup> Poseck, Die Strafrechtliche Haftung des Aufsichtsrats, S. 84.

<sup>97</sup> Lutter/Krieger, § 3 Rn. 108.

<sup>98</sup> dies., § 3 Rn. 116.

<sup>99</sup> Poseck, Die Strafrechtliche Haftung des Aufsichtsrats, S. 43.

einer Beanstandung eine präventive Wirkung ausgehen<sup>100</sup>, letztlich bleibt die endgültige Entscheidung jedoch dem Vorstand überlassen. Zweitens ist fraglich, ob sich die Nichtabgabe einer Stellungnahme in einem Vermögensschaden niederschlagen kann. Da wie bereits erwähnt der Vorstand letzte Entscheidungsinstanz ist, ist dies zu verneinen. Auch hier bleibt dem Aufsichtsrat weiterhin die Maßnahme eines ad hoc erlassenen Zustimmungsvorbehalts.

Nicht zutreffend ist auch die Annahme, dass im Rahmen der Überwachungsaufgabe ein strengerer Maßstab an die Sorgfaltspflicht angelegt wird als bei den geschäftsführenden Aufgaben.<sup>101</sup> Diese Ansicht übersieht, dass im Rahmen der Überwachung eine fremde Entscheidung lediglich nachvollzogen wird.<sup>102</sup> Der Aufsichtsrat kann demnach nur verpflichtet sein, im Rahmen seiner Möglichkeiten und unter Berücksichtigung der ihm zur Verfügung stehenden Informationen zu überprüfen, ob der Vorstand seine Tätigkeit im Rahmen pflichtgemäßen unternehmerischen Ermessens ausübt.

#### **bb) Untreue durch Verletzung der Verschwiegenheitspflicht**

Auch die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht kann Anknüpfungspunkt der Untreue sein. Diese ist zwar bereits nach § 404 AktG unter Strafe gestellt, zu § 266 StGB besteht jedoch Idealkonkurrenz.<sup>103</sup> Das folgt daraus, dass § 266 StGB als vermögensschützendes Delikt im Gegensatz zu § 404 AktG zusätzlich den Eintritt eines Vermögensschadens verlangt.<sup>104</sup> Zu beachten ist ferner, dass § 404 AktG gem. § 404 III AktG nur auf Antrag verfolgt wird. Eine Organuntreue stellt hingegen regelmäßig ein Officialdelikt dar.

Die Pflicht, Geheimnisse und vertrauliche Angaben der Gesellschaft zu wahren, folgt für die Aufsichtsräte aus §§ 93 I 2 i.V.m. 116 AktG.<sup>105</sup> Die Reichweite dieser Pflicht umfasst eine Vielzahl von Informationen. Neben solchen, die der Aufsichtsrat durch seine Informationsrechte erhält, sind auch Beratungen im Gremium sowie mit dem Vorstand erfasst.<sup>106</sup> Ausgenommen hiervon sind jedoch Informationen, von denen der Aufsichtsrat vor seiner Wahl Kenntnis erlangt hat.<sup>107</sup> Gleichwohl kann der AG auch durch die Preisgabe solcher Informationen ein Nachteil entstehen. Somit sind auch diese Informationen unter dem Gesichtspunkt der Loyalitäts- und Treuepflichten zu wahren.

Im Fall eines Verstoßes gegen die Verschwiegenheitspflicht ist die Vermögensbetreuungspflicht nicht bereits dadurch verletzt, dass der Tatbestand des § 404 AktG verwirklicht ist. Darüber hinaus muss der

---

<sup>100</sup> vgl. ders., Die Strafrechtliche Haftung des Aufsichtsrats, S. 84.

<sup>101</sup> so aber Brammsen, ZIP 2009, 1504 (1508).

<sup>102</sup> Krause, NStZ 2011, 57 (59).

<sup>103</sup> Temming, in Graf/Jäger/Wittig, Rn. 25 zu § 404 AktG.

<sup>104</sup> Poseck, Die Strafrechtliche Haftung des Aufsichtsrats, S. 86.

<sup>105</sup> Lutter/Krieger, § 6 Rn. 254.

<sup>106</sup> Krause, NStZ 2011, 57 (64).

<sup>107</sup> Otto, in Großkommentar AktG, Rn. 9 zu § 404.

Gesellschaft durch die Preisgabe der Informationen ein Nachteil zugefügt werden.<sup>108</sup> Ein Beispiel für einen verwirklichten Treuebruch durch die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht ist der Verrat von Erfindungen oder Innovationen an die Konkurrenz.<sup>109</sup> Treten die weiteren Voraussetzungen des § 266 StGB hinzu, ist eine Untreuestrafbarkeit gegeben.

### cc) Verletzung von Loyalitäts- und Treuepflichten bei Interessenkonflikten

Neben den kodifizierten Pflichten unterliegen Aufsichtsratsmitglieder ungeschriebenen Verhaltenspflichten, aufgrund derer sie gehalten sind, das Unternehmensinteresse zu wahren und diesem Vorrang gegenüber kollidierenden Fremd- oder Eigeninteressen zu geben.<sup>110</sup> Die Tätigkeit des Aufsichtsrats versteht sich jedoch grundsätzlich als nebenamtliche Tätigkeit.<sup>111</sup> Ein Aufsichtsratsmitglied kann zum Beispiel Teil der Geschäftsführung eines anderen Unternehmens sein.<sup>112</sup>

Insofern kann es bei der Ausübung der Tätigkeit zu Interessenkonflikten kommen. Es ist also zu klären, welche Handlungsmöglichkeiten bei einem Interessenkonflikt zur Verfügung stehen beziehungsweise, welches Interesse in einer bestimmten Situation Vorrang hat. Dabei ist zwischen der Pflicht im Rahmen seiner Amtsausübung und außerhalb des Amtes zu unterscheiden.

Im ersten Fall fällt die Antwort vergleichsweise leicht. Innerhalb der Tätigkeit für die Gesellschaft gebührt dem Interesse des Unternehmens der alleinige Vorrang. Kollidierende Interessen aus einem anderen Amt oder der Privatsphäre müssen zurückgestellt werden.<sup>113</sup> Gibt ein Aufsichtsratsmitglied einem solchen Fremdinteresse den Vorrang, kann es sich bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen der Untreue strafbar machen. Eine Berufung auf die Interessenkollision wirkt strafrechtlich nicht entlastend.<sup>114</sup>

Außerhalb der Tätigkeit als Aufsichtsrat sind die Anforderungen weniger streng. Es besteht kein absoluter Vorrang für das Unternehmensinteresse.<sup>115</sup> Gleichwohl gilt im Rahmen des Rücksichtnahmegebots das Verbot, aktiv entgegen dem Unternehmensinteresse zu handeln.<sup>116</sup> Verdichtet sich ein Interessenkonflikt

---

<sup>108</sup>Dierlamm, in MK StGB, Rn. 177 zu § 266.

<sup>109</sup>Poseck, Die Strafrechtliche Haftung des Aufsichtsrats, S. 86.

<sup>110</sup>BGH, ZIP 2006, 72 (73); Habersack, in MK AktG, Rn. 46 zu § 116.

<sup>111</sup>Dreher, JZ 1990, 896 (897).

<sup>112</sup>Poseck, Die Strafrechtliche Haftung des Aufsichtsrats, S. 90.

<sup>113</sup>Habersack, in MK AktG, Rn. 46 zu § 116.

<sup>114</sup>Tiedemann, in: FS Tröndle, 319 (324).

<sup>115</sup>Habersack, in MK AktG, Rn. 47 zu § 116; Hüffer, AktG, Rn. 5 zu § 116.

<sup>116</sup>Habersack, in MK AktG, Rn. 47 zu § 116.

zu einem andauernden Pflichtenstreit, kann ein Aufsichtsratsmitglied gehalten sein, eines der kollidierenden Ämter niederzulegen.<sup>117</sup>

Fraglich ist hierbei aber, wie sich diese Konsequenzen auf die strafrechtliche Pflichtverletzung übertragen lassen. Eine Pflichtverletzung liegt zwar vor, wenn außerhalb des Amtes aktiv gegen das Unternehmensinteresse gehandelt wird. Aber insbesondere im Bereich der widerstreitenden Interessen bei verschiedenen Ämtern ist die Begründung einer Pflichtverletzung (bereits auf aktienrechtlicher Ebene) schwierig. Zwar besteht die Möglichkeit, eines der Ämter niederzulegen; eine Strafbarkeit lässt sich jedoch nicht begründen, wenn dies ausbleibt. Die Möglichkeit der Ausübung von bis zu zehn Aufsichtsratsmandaten gem. § 100 II Nr. 1 AktG verdeutlicht vielmehr, dass der Gesetzgeber sich der Möglichkeit von Interessenkonflikten bewusst ist. Unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung ist zu bezweifeln, dass bei solchen Interessenkonflikten die Möglichkeit strafrechtlicher Sanktionen eröffnet werden kann.

Problematisch ist zudem, dass es sich bei den Loyalitäts- und Treuepflichten um ungeschriebene Pflichten handelt. Die genaue Benennung einer Pflichtverletzung ist daher schwieriger als bei der Überwachungsaufgabe oder der Vorstandsvergütung und kann somit aus strafrechtlicher Sicht kaum erfolgen. Eine Strafbarkeit kommt also nur dann in Betracht, wenn ein Aufsichtsratsmitglied aktiv gegen das Unternehmensinteresse handelt oder im Rahmen seiner Tätigkeit Fremdinteressen den Vorrang gewährt.

#### **dd) Unterlassene Geltendmachung von Ersatzansprüchen**

Eine Pflicht zur Geltendmachung von Ansprüchen gegen Vorstandsmitglieder wurde bereits durch die ARAG/Garmenbeck-Entscheidung des BGH festgestellt.<sup>118</sup> Bei der ersten Stufe, also der Feststellung, ob ein Anspruch vorliegt, hat der Aufsichtsrat kein Ermessen.<sup>119</sup> Ergibt sich aus dieser Prüfung, dass ein Anspruch vorliegt, muss dieser grundsätzlich geltend gemacht werden. Dies folgt aus der Orientierung am Unternehmensinteresse. Eine Ausnahme soll nur gegeben sein, sofern übergeordnete Gründe des Unternehmenswohls einer Geltendmachung entgegenstehen.<sup>120</sup>

In Betracht kommt z.B. das Verhältnis zum betroffenen Vorstandsmitglied. Ein in Anspruch genommenes Vorstandsmitglied wird kaum im Unternehmen zu halten sein, sodass mit dem personellen Wechsel verbundene Probleme auftreten. Zudem kann mit der Geltendmachung ein Reputationsverlust einhergehen, sofern die Öffentlichkeit davon erfährt.

---

<sup>117</sup> Hüffer, AktG, Rn. 5 zu § 116.

<sup>118</sup> BGH, ZIP 1997, 883 (886).

<sup>119</sup> Heermann, AG 1998, 201 (204).

<sup>120</sup> Brammsen, ZIP 2009, 1504 (1510).

Der Aufsichtsrat darf als Verwalter fremden Vermögens jedoch nicht einfach auf Restitutionsansprüche verzichten.<sup>121</sup> Im Zweifel wird sich der Aufsichtsrat für eine Geltendmachung entscheiden müssen, es sei denn, die damit einhergehenden Nachteile übersteigen offensichtlich den Wert des Ersatzanspruchs. Ein Verzicht aus Gründen des Verhältnisses zum Vorstand käme entgegen den aktienrechtlichen Vorgaben einem Freibrief für pflichtwidriges Vorstandshandeln gleich.

Auch die Regelung des § 93 IV AktG spricht dafür, dem Aufsichtsrat grundsätzlich kein Ermessen einzuräumen. Denn es obliegt der Hauptversammlung, über einen Verzicht oder Vergleich zu entscheiden. Dadurch soll gerade verhindert werden, dass der Aufsichtsrat als Vertreter der AG über Ansprüche gegen den Vorstand disponiert.<sup>122</sup>

Es stellt sich hier auch die Frage nach dem Schaden, da die Forderung weiterbesteht, auch wenn der Aufsichtsrat sie nicht geltend macht. Dies schließt einen Schaden jedoch nicht aus. Tritt Verjährung ein oder verschlechtert sich die Beweislage, kann der Anspruch möglicherweise nicht geltend gemacht werden. In dem Fall ist das Vermögen des Unternehmens um die Forderung gemindert.<sup>123</sup> Eine darin begründete Pflichtwidrigkeit des Aufsichtsrats kann nur entfallen, wenn die Hauptversammlung gem. § 93 IV AktG von der Geltendmachung abgesehen hat.

## 5) Tatbestandsausschließendes Einverständnis

An diesen Gedanken schließt sich die Frage an, ob bei der Organuntreue ein tatbestandsausschließendes Einverständnis möglich ist. In der Literatur wird diskutiert, ob ein Beschluss der Hauptversammlung ein Einverständnis für schädigendes Verhalten des Vorstands darstellt. Befürworter argumentieren damit, dass die Hauptversammlung wegen der mittelbaren Eigentümerstellung der Aktionäre als der eigentliche Vermögensträger anzusehen sei.<sup>124</sup> Nach gegenteiliger Ansicht besteht ein Eigeninteresse der AG, welches das Vermögen auch vor Zugriffen durch die Gesellschafter schützen soll.<sup>125</sup> Ein Eigeninteresse der AG ist zwar nicht zu verneinen. Die Ansicht verkennt jedoch, dass der Wille der Aktionäre ungeachtet der aktienrechtlichen Vorschriften die Vermögensbindung der AG maßgeblich beeinflussen kann.<sup>126</sup> Es stellt mithin auch keine Untreue dar, wenn die Hauptversammlung als oberstes Willensorgan beschließt, das Vermögen der AG zu schmälern.<sup>127</sup> Ein Einverständnis durch die Hauptversammlung ist somit grundsätz-

---

<sup>121</sup> Poseck, Strafrechtliche Haftung des Aufsichtsrats, S. 72.

<sup>122</sup> Hüffer, AktG, Rn. 28 zu § 93.

<sup>123</sup> Kindhäuser, in NK-StGB, Rn. 101 zu § 266.

<sup>124</sup> Lenckner/Perrson, in Schönke/Schröder, Rn. 21b f. zu § 266.

<sup>125</sup> Wellkamp, NStZ 2001, 113 (119).

<sup>126</sup> Dittrich, Die Untreuestrafbarkeit bei überhöhter Vorstandsvergütung, S. 228.

<sup>127</sup> Lenckner/Perrson, in Schönke/Schröder, Rn. 21 zu § 266.



lich möglich. Es soll jedoch nur in den Fällen gelten, in denen der Hauptversammlung auch eine eigene Entscheidungskompetenz zukommt.<sup>128</sup>

Diese Grundsätze müssen der Tätigkeit des Aufsichtsrats entsprechend angepasst werden. Eine Entscheidungsbefugnis steht der Hauptversammlung beispielsweise in Bezug auf Ersatzansprüche zu, § 93 IV 2 AktG. Zudem wurde auch vom BGH bereits die Möglichkeit eines Einverständnisses in Bezug auf Vergütungsentscheidungen bejaht.<sup>129</sup> Ein Einverständnis soll vorliegen, wenn entweder ein Alleinaktionär oder die Gesamtheit der Aktionäre durch einen Beschluss der Hauptversammlung einer Vergütungsentscheidung zustimmt und dabei nicht gegen Rechtsvorschriften verstößt. Es bleibt aber zu beachten, dass weiterhin ein Eigeninteresse der AG sowie eine Schutzwirkung gegenüber Gesellschaftsgläubigern besteht. Ein Einverständnis durch die Hauptversammlung ist daher ausgeschlossen, wenn hierdurch die Existenz oder das Grundkapital der AG bedroht wird.<sup>130</sup>

Die Anforderungen an ein Einverständnis richten sich nach der rechtlichen Organisation und Willensbildung des Geschäftsherrn.<sup>131</sup> Neben dem Einverständnis eines Alleinaktionärs kommt daher vor allem ein Beschluss der Hauptversammlung in Betracht. Das formlose Einverständnis einer Mehrheit der Aktionäre reicht demnach nicht aus.<sup>132</sup>

## 6) Irrtum über die Pflichtwidrigkeit

Es stellt sich auch die Frage, welche Bedeutung Irrtümer über die Pflichtwidrigkeit haben. Ordnet man die Pflichtwidrigkeit als normatives Tatbestandsmerkmal ein<sup>133</sup>, ist es erforderlich, dass der Täter dieses Merkmal zwar nicht rechtlich bewertet, aber sein Handeln zumindest laienhaft als pflichtwidrig erkennen muss.<sup>134</sup> Macht sich ein Aufsichtsratsmitglied keine Gedanken über die Pflichtwidrigkeit seines Handelns, weil er sie nicht erkannt hat, so entfällt der Vorsatz gem. § 16 I StGB.<sup>135</sup> Gleiches liegt vor, wenn der Täter annimmt, er handele pflichtgemäß, da er über den sozialen Sinngehalt des Merkmals der Pflichtwidrigkeit irrt.<sup>136</sup>

Es ist jedoch fraglich, ob dies für die Aufsichtsrats Tätigkeit von praktischer Relevanz ist. Die hohen Anforderungen, die an die Pflichtverletzung gestellt werden, lassen es fernliegend erscheinen, dass ein Irr-

---

<sup>128</sup> Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, § 20 Rn. 76.

<sup>129</sup> BGH, NJW 2006, 522 (525).

<sup>130</sup> Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, § 20 Rn. 75.

<sup>131</sup> Saliger/Gaede, HRRS 2008, S. 57 (69).

<sup>132</sup> BGH, NJW 2006, 522 (526).

<sup>133</sup> Dittrich, Die Untreuestrafbarkeit bei überhöhter Vorstandsvergütung, S. 208.

<sup>134</sup> Ransiek, NJW 2006, 814 (816).

<sup>135</sup> Jacobs, NStZ 2005, 276. (277).

<sup>136</sup> Dittrich, Die Untreuestrafbarkeit bei überhöhter Vorstandsvergütung, S. 239.

tum hierüber entstehen kann. Die Vorstellung, dass eine Pflichtverletzung auf der einen Seite evident ist und ein eingeräumter Ermessensspielraum in unvertretbarer Weise überschritten wurde, lassen wenig Raum für einen Irrtum. In der Regel wird daher nur der „aktienrechtlich Rechtsblinde“<sup>137</sup> straffrei in Bezug auf § 266 StGB ausgehen.

### **7) Täterschaft bei Pflicht- und Sonderdelikten**

Durch die Überwachungs- und Kontrollaufgabe des Aufsichtsrats gegenüber dem Vorstand ist ein Fehlverhalten der Aufsichtsratsglieder häufig eng mit dem des Vorstands verbunden. Zu denken ist etwa an die Zustimmung zu einem Geschäft, welches einen Untreuevorwurf gegen den Vorstand begründet. Da der Aufsichtsrat den Vorstand hier zunächst unterstützt, liegt nach den grundsätzlichen Kriterien zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme die Annahme einer Teilnehmerstrafbarkeit nahe.<sup>138</sup> Auf diese Abgrenzung kommt es hier aber insoweit nicht an, als es hier nicht um die Tatherrschaft als täterschaftsbegründendes Merkmal geht. Im Rahmen des § 266 StGB als Sonderdelikt kommt es für die Begründung einer Täterschaft allein auf die Vermögensbetreuungspflicht an.<sup>139</sup> Der Aufsichtsrat verletzt in diesem Zusammenhang eine eigene Vermögensbetreuungspflicht, die sich von der des Vorstands unterscheidet.

Aufsichtsratsmitglieder sind somit nicht als Gehilfen zu bestrafen, wenn sie eine Untreue des Vorstands gegenüber der Gesellschaft unterstützen. Es kann unabhängig von der Straftat des Vorstands eine Untreue des Aufsichtsrats vorliegen kann.

## **III. Die Möglichkeit der Unterlassungsstrafbarkeit von Aufsichtsräten**

Neben der dargestellten Möglichkeit einer Untreuestrafbarkeit des Aufsichtsrats stellt sich auch die Frage, ob eine strafrechtliche Verantwortlichkeit im Rahmen eines Unterlassens bestehen kann. Aufgrund seiner organschaftlichen Stellung geht es hierbei um Konstellationen, in denen es der Aufsichtsrat unterlässt, gegen strafbares Verhalten des Vorstands vorzugehen. Eine Pflicht hierzu setzt zunächst das Bestehen einer Garantenstellung gegenüber fremden Rechtsgütern voraus, § 13 I StGB.

### **1) Beschützergarantenstellung gegenüber Dritten**

Eine Beschützergarantenstellung kann sich aus der vertraglichen Übernahme von Schutzpflichten oder aus dem Gesetz ergeben. Den Beschützergaranten treffen besondere Obhutspflichten für ein bestimmtes Rechtsgut, das er gegen Gefahren schützen muss.<sup>140</sup> Die Annahme, eine Garantenstellung des Aufsichtsrats gegenüber Dritten ergebe sich aus dem Anstellungsvertrag, ist nicht zielführend, da gesellschafts-

---

<sup>137</sup> Schünemann, Organuntreue, S. 68.

<sup>138</sup> Poseck, Strafrechtliche Haftung des Aufsichtsrats, S. 100.

<sup>139</sup> Heine, in Schönke/Schröder, Vor 84 zu §§ 25 ff.

<sup>140</sup> Rengier., AT, § 50 Rn. 4.

rechtliche Verträge keine Pflichten gegenüber der Allgemeinheit begründen.<sup>141</sup> Dies entspräche der Haftung eines Compliance Officers, der eigens dazu bestellt ist, Rechtsverstöße aus dem Unternehmen heraus zu verhindern.<sup>142</sup> Eine Garantenstellung könnte sich jedoch aus der Überwachungsfunktion nach § 111 I AktG ergeben.

#### a) Garantenstellung gegenüber Aktionären

In Betracht kommt eine Schutzpflicht gegenüber Aktionären der Gesellschaft. Zu beachten ist jedoch, dass sich aus dem AktG keine Pflicht ergibt, nach denen der Aufsichtsrat im Interesse der Aktionäre zu handeln hätte. Zwar ist die Befolgung des Gesellschaftsinteresses nicht dem Grunde nach von dem Vermögensinteresse seiner Anteilseigner verschieden. Daraus lässt sich jedoch allenfalls ein Schutz gegenüber dem in den Aktien verbrieften Anteil am Gesellschaftsvermögen herleiten.<sup>143</sup> Eine Beschützergarantenstellung gegenüber den Aktionären scheidet demnach aus.

#### b) Garantenstellung gegenüber Gläubigern der Gesellschaft

Es könnte jedoch eine Beschützergarantenstellung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern aus den Pflichten des Aufsichtsrats erwachsen. Im Gegensatz zu unbeteiligten Dritten stehen diese in einer spezifischen Geschäftsbeziehung zur Gesellschaft,<sup>144</sup> aus der sich unter Umständen weitergehende Pflichten für die Organe der Gesellschaft ergeben können. Es existieren jedoch einschlägige Vorschriften, die gezielt den Schutz von Gläubigern bezwecken. Dieser wird beispielsweise durch die aktienrechtliche Insolvenzanzeigepflicht nach § 92 I AktG<sup>145</sup> oder die Kapitalerhaltungspflichten nach §§ 57, 62 II, 71 AktG<sup>146</sup> sichergestellt. Zudem hat der Aufsichtsrat am Jahresabschluss mitzuwirken (§§ 264, 326 HGB), welcher zum Schutz der Gläubigerinteressen ein der Wahrheit entsprechendes Bild der Unternehmenslage zeigen soll.<sup>147</sup> Die Frage, ob sich aus diesen Schutzvorschriften auf eine Pflicht des Aufsichtsrats schließen lässt, im Rahmen seiner Überwachungsaufgabe zudem die Vermögensinteressen der Gläubiger zu schützen, lässt sich dennoch verneinen. Diese können zwar im Interesse des Unternehmens liegen, da sich dieses stets aus einer Abwägung verschiedener Individualinteressen ergibt.<sup>148</sup> Die einzelnen Interessen der am Unternehmen interessierten Gruppen sind jedoch regelmäßig im Rahmen einzelner Geschäftsvorgänge zu

---

<sup>141</sup> Neudecker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 89.

<sup>142</sup> Krause, NStZ 2011, 57 (60).

<sup>143</sup> Schilha, Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 132.

<sup>144</sup> ders., Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 129.

<sup>145</sup> Hüffer, AktG, Rn. 16 zu § 92.

<sup>146</sup> ders., AktG, Rn. 1 zu § 57.

<sup>147</sup> Merkt, in Hopt/Merkt/Roth, Einl. 37 v. § 238; Rn. 9 zu § 264.

<sup>148</sup> BGH NJW 1979, 1823 (1826).

berücksichtigen.<sup>149</sup> Diese fallen von daher in den Aufgabenbereich des Vorstands. Der Aufsichtsrat ist in seiner Funktion als Überwachungsorgan lediglich für den Schutz des Unternehmensinteresses an sich verpflichtet.<sup>150</sup>

### **c) Garantstellung gegenüber Mitarbeitern der AG und „Normalbürgern“**

Mitarbeiter genießen aktienrechtlich keinen speziellen Schutz.<sup>151</sup> Vielmehr müssen ihre Interessen im Zweifelsfall hinter den Interessen der AG zurücktreten. Beispielsweise kann dies im Rahmen von gebotenen Rationalisierungsmaßnahmen der Fall sein, die zur Erzielung nachhaltiger Rentabilität und Sicherung des Unternehmensbestandes durchgeführt werden.<sup>152</sup>

Auch eine Beschützergarantstellung gegenüber „Normalbürgern“ scheidet aus, da im Gegensatz zu den zuvor genannten Gruppen zwischen ihnen und der AG keinerlei Verbindung besteht.

## **2) Überwachungsgarantstellung gegenüber Dritten**

Da eine Beschützergarantstellung gegenüber Dritten ausscheidet, ist in Betracht zu ziehen, ob eine Überwachungsgarantstellung gegeben ist. Diese kann sich aus der Verantwortlichkeit für Sachen als Gefahrenquellen, für Personen oder für eine durch vorangegangenes Tun geschaffene Gefahrenquelle (Ingerenz) ergeben.<sup>153</sup>

### **a) Garantstellung aus Verantwortlichkeit für den Vorstand**

Der Aufsichtsrat könnte zunächst als Garant für Straftaten durch den Vorstand verantwortlich sein. Im Grundsatz ist eine Verantwortlichkeit für andere Personen aufgrund des Prinzips der Eigenverantwortung zu verneinen.<sup>154</sup> Im Rahmen von Delikten aus Unternehmen heraus wurden jedoch Grundsätze entwickelt, nach denen eine Verantwortlichkeit für andere Personen begründet werden kann. Dies ist etwa bei der Geschäftsherrenhaftung der Fall. Nach der h.M. ergibt sich eine solche aus der betrieblichen Organisationsherrschaft und dem Weisungsrecht des Geschäftsherrn.<sup>155</sup> Sie erstreckt sich auf unternehmensbezogene Straftaten und beinhaltet die Überwachung von verantwortlichen Vertretern und Beauftragten des Geschäftsherrn.<sup>156</sup>

---

<sup>149</sup>Schilha, Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 131.

<sup>150</sup>Lutter/Krieger, § 12 Rn. 893.

<sup>151</sup>Schilha, Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 131.

<sup>152</sup> ebd.

<sup>153</sup> Rengier, AT, § 50 Rn. 42.

<sup>154</sup> ders., AT, § 50 Rn. 62.

<sup>155</sup> ders., AT, § 50 Rn. 68.

<sup>156</sup> ebd.

Ob und inwiefern sich dieser Gedanke auf die Funktion des Aufsichtsrats übertragen lässt, bestimmt sich danach, wie weit die gesellschaftsrechtliche Pflicht zur Überwachung der Rechtmäßigkeit der Geschäftsführung nach § 111 I AktG reicht und welche Möglichkeit zur Verhinderung dem Aufsichtsrat zur Verfügung stehen.

Es bedarf zuerst einer Pflicht, eine andere Person so zu beaufsichtigen, dass sie Dritten keinen Schaden zufügt und deshalb für ihr rechtswidriges Verhalten die strafrechtliche Verantwortung übertragen wird.<sup>157</sup> Für die Geschäftsherrenhaftung ist daher eine Kompetenz des Herrschaftsinhabers erforderlich, im Vorfeld der Deliktsbegehung über fremdes menschliches Verhalten bestimmen und seinen auf Schadensabwendung gerichteten Willen mittels einer rechtlich eingeräumten Einwirkungsbefugnis wirksam durchsetzen zu können.<sup>158</sup>

In der AG herrscht jedoch ein horizontales Verhältnis der Organe. Eine sachliche Herrschaft des Aufsichtsrats über den Vorstand besteht daher nicht.<sup>159</sup> Gleichwohl kann der Aufsichtsrat aber nach § 111 IV 2 AktG Geschäftsführungsmaßnahmen unter den Vorbehalt seiner Zustimmung stellen. Zwar kann der Aufsichtsrat keinen allumfassenden Zustimmungsvorbehalt für das operative Tagesgeschäft formulieren oder alle Geschäfte im strafrechtlich relevanten Bereich generalklauselartig unter seinen Zustimmungsvorbehalt stellen.<sup>160</sup> Es steht ihm aber zu, bei Kenntniserlangung rechtswidriger Vorhaben des Vorstands mittels ad hoc-Zustimmungsvorbehalten und der gleichzeitigen Verweigerung der Zustimmung des Geschäfts gem. § 111 IV 3 AktG eine Maßnahme zu unterbinden. Dieses Vorgehen verdeutlicht den eingegrenzten Kompetenzbereich des Aufsichtsrats, der auf diese Weise nur gegen die Vornahme rechtswidriger Geschäftsführungshandlungen einschreiten kann. Die Vornahme einer Handlung durch den Vorstand kann somit nicht erwirkt werden.<sup>161</sup>

Zudem ist zu beachten, dass das Amt des Aufsichtsrats als Nebenamt zu verstehen ist. Es fehlt gerade die Möglichkeit, jede Maßnahme der Geschäftsführung zu überprüfen. Zudem erfasst die Überwachungsfunktion neben den laufenden auch die bisherigen Vorstandshandlungen.<sup>162</sup> Würde man vom Aufsichtsrat verlangen, für sämtliche Handlungen (strafrechtlich) als Garant für den Vorstand einzustehen, wäre die vergangene Geschäftsführungsüberwachung im Grunde überflüssig, da sie durch eine permanente Kontrolle ersetzt werden müsste. Diese Pflicht ergibt sich nicht aus der Überwachungsfunktion und ist auch nicht mit dem Nebenamt eines Aufsichtsratsmitglieds vereinbar. Dies wird besonders deutlich,

---

<sup>157</sup> Kühl, AT, § 18 Rn. 116; Stree, in Schönke/Schröder, Rn. 51 zu § 13.

<sup>158</sup> Schilha, Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 165.

<sup>159</sup> ders., Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 168.

<sup>160</sup> ders., Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 171.

<sup>161</sup> Krause, NStZ 2011, 57 (60).

<sup>162</sup> Lutter/Krieger, § 34 Rn. 70.

wenn man sich vor Augen führt, dass bis zu zehn Mandate neben der eigentlichen Berufstätigkeit zulässig sind, § 100 II Nr. 1 AktG. Eine Verantwortlichkeit aus personaler Herrschaft scheidet mithin aus.

## b) Überwachungsgarantenstellung aus Ingerenz

Zuletzt kommt eine Garantienstellung aus Ingerenz in Betracht. In der Regel wird diese durch ein pflichtwidriges Vorverhalten ausgelöst.<sup>163</sup> Von der h.M. wird diese sog. objektive Pflichtverletzung als Voraussetzung für die Ingerenzhaftung angesehen.<sup>164</sup> Eine Ausnahme kann jedoch vorliegen, wenn durch zunächst rechtmäßiges Verhalten ein Zustand geschaffen wird, dessen Rechtmäßigkeit später entfällt.<sup>165</sup> Einer solcher Fall ist denkbar, wenn der Aufsichtsrat fahrlässig eine deliktische Geschäftsführungsmaßnahme unterstützt und trotz späterer Kenntniserlangung der Rechtswidrigkeit untätig bleibt. Um solche Konstellationen geht es im Folgenden. Unterstützt der Aufsichtsrat hingegen wissentlich eine strafbare Handlung des Vorstand, liegt die Annahme einer Teilnehmerstrafbarkeit nahe.<sup>166</sup>

Anknüpfungspunkt ist somit die Zustimmung des Aufsichtsrats nach § 111 IV 2 AktG zu einer rechtswidrigen Geschäftsführungshandlung. Die objektive Pflichtwidrigkeit folgt aus einem Verstoß gegen das Gebot der Rechtmäßigkeit in den §§ 93, 116 AktG.<sup>167</sup> Entscheidend ist jedoch, dass die Pflichtwidrigkeit der Zustimmung bereits im Vorfeld erkennbar ist, dem Aufsichtsrat mithin also ein Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht werden kann.<sup>168</sup> Dies wird nur im Einzelfall möglich sein. Zudem ist zu beachten, dass beim Aufsichtsrat ein weniger strenger Maßstab als beim Vorstand anzusetzen ist, da der Aufsichtsrat nicht so intensiv mit der Sache befasst ist wie die Geschäftsführung.

Erforderlich für die Ingerenzhaftung ist darüber hinaus die Schaffung einer nahen Gefahr.<sup>169</sup> Diese könnte aufgrund der Eigenverantwortlichkeit des Vorstands entfallen, dessen Entscheidung noch zwischen Zustimmung und Handlung geschaltet ist. Eine Zustimmung des Aufsichtsrats wird jedoch regelmäßig eine rechtswidrige Handlung des Vorstands bestärken, da dieser die Zustimmung einholen muss und sie in seine Bewertungen einfließen lässt.<sup>170</sup> Daher kann von einer nahen Gefahr ausgegangen werden.

Zuletzt stellt sich die Frage, welche Handlungspflicht besteht, wenn eine Garantienstellung aus Ingerenz begründet ist. Da das pflichtwidrige Vorverhalten hier in der Zustimmung liegt, ist der Aufsichtsrat dazu

---

<sup>163</sup> Rudolphi., in SK-StGB, Rn. 39 zu § 13.

<sup>164</sup> Rengier, AT, § 50 Rn. 70.

<sup>165</sup> Kühl, AT, § 18 Rn. 103; Rudolphi, in SK-StGB, Rn. 40a zu § 13.

<sup>166</sup> Poseck, Die strafrechtliche Haftung des Aufsichtsrats, S. 131.

<sup>167</sup> Schilha., Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 141.

<sup>168</sup> Poseck, Die strafrechtliche Haftung des Aufsichtsrats, S. 133 f.

<sup>169</sup> Stree, in Schönke/Schröder, Rn. 32 f. zu § 13.

<sup>170</sup> Poseck, Die strafrechtliche Haftung des Aufsichtsrats, S. 138.

verpflichtet, die Zustimmung als „actus contrarius“ wieder zurückzunehmen.<sup>171</sup> Es besteht somit eine rettungstaugliche Handlungsmöglichkeit, welche gesellschaftsrechtlichen Vorgaben nicht widerspricht. Sie besteht jedoch nur, solange die Maßnahme noch nicht ausgeführt worden ist.

### 3) Garantienstellung gegenüber der Gesellschaft

Weniger kompliziert ist die Begründung einer Garantienpflicht gegenüber der AG. Im Rahmen der Untreue ergibt sich eine Beschützergarantienstellung des Aufsichtsrats bereits daraus, dass er in den Kreis der Sonderpflichtigen fällt.<sup>172</sup> Ihm obliegt die Pflicht, die Vermögensinteressen der AG wahrzunehmen, da diese als juristische Person nicht im Stande ist, ihre Rechtsgüter vor Schädigungen zu bewahren.<sup>173</sup>

Die primärrechtliche Grundlage ist die Überwachungsfunktion nach § 111 I AktG, wonach der Aufsichtsrat verpflichtet ist, Schäden durch Vorstandshandeln von der AG abzuwenden.<sup>174</sup> Diese Pflicht besteht, soweit das AktG Handlungsmöglichkeiten für den Aufsichtsrat eröffnet und ist daher nur auf Handlungen des Vorstands bezogen.

Ob es auf eine solche Garantienstellung in der Praxis ankommt, ist jedoch fraglich. Verletzt der Aufsichtsrat seine Pflicht, Schäden von der Gesellschaft abzuwenden, liegt regelmäßig eine Untreue vor. Diese ist nach h.L.<sup>175</sup> eine Kombination aus Begehungs- und echtem Unterlassungsdelikt. Es bedarf somit keines Rückgriffs auf § 13 I StGB.<sup>176</sup>

## IV. Die Individuelle Haftung der Aufsichtsratsmitglieder

Da es sich bei Aufsichtsräten um Gremien handelt, stellt sich die Frage, inwiefern das einzelne Aufsichtsratsmitglied strafrechtlich haftet. Grundlage der folgenden Ausführungen ist die Kollegialentscheidung im Aufsichtsrat. Außerdem ist die Frage zu klären, ob sich einzelne Mitglieder durch Übertragung von Aufgaben von der Haftung befreien können.

### 1) Strafrechtliche Probleme bei Gremienentscheidungen

Eine umfassende Haftung für Kollegialdelikte, die eine zwingende Haftung aller Organmitglieder vorsieht, gibt es im deutschen Strafrecht nicht.<sup>177</sup> Das auf individuelle Schuld und Fehlverhalten des einzelnen ausgerichtete Strafrecht muss daher auf ein kollegial organisiertes Gremium mit mehreren Mitgliedern

<sup>171</sup>ders., Die strafrechtliche Haftung des Aufsichtsrats, S. 140.

<sup>172</sup>Seier, in Achenbach/Ransiek, S. 315.

<sup>173</sup>Roxin, AT II, § 32 Rn. 77.

<sup>174</sup>a.A. Schilha, Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 146, der die §§ 93, 116 AktG als Grundlage sieht.

<sup>175</sup>Arzt/Weber, BT § 22 Rn. 41, Lenckner/Perron, in Schönke/Schröder, Rn. 35 zu § 266.

<sup>176</sup>Seier, in Achenbach/Ransiek, S. 346.

<sup>177</sup>Poseck, Strafrechtliche Haftung des Aufsichtsrats, S. 143.

angewendet werden. Der Aufsichtsrat trifft Entscheidungen durch Beschluss, § 108 I AktG. Es geht also zunächst um das Abstimmungsverhalten einzelner Mitglieder.

#### a) Kausalität rechtswidrigen Stimmverhaltens

Rechtswidriges Stimmverhalten liegt vor, wenn ein Aufsichtsrat für eine Maßnahme stimmt, deren Umsetzung einen Straftatbestand verwirklicht. Probleme treten in diesem Zusammenhang vor allem im Rahmen der Kausalität auf.<sup>178</sup> Es ist zu untersuchen, inwieweit eine einzelne Stimme für die Mehrheitsentscheidung ursächlich geworden ist.

Unproblematisch sind solche Konstellationen, in denen es um einstimmige Beschlüsse oder Beschlüsse mit einer Mehrheit von einer Stimme geht. In diesen Fällen liegt kumulative Kausalität vor, da der Erfolg entfiel, würde man eine Stimme hinwegdenken.<sup>179</sup> Probleme treten auf, wenn eine Mehrheit von zwei oder mehr Stimmen besteht. Da die *conditio-sine-qua-non*-Formel hier nicht weiterhilft, wurden mehrere Theorien entwickelt, um einen Kausalitätszusammenhang zu begründen.

Teils wird angenommen, dass bei Gremienentscheidungen dem Einzelnen als Mittäter das Stimmverhalten der anderen gem. § 25 II StGB zugerechnet wird.<sup>180</sup> Insofern ist es nicht erforderlich, dass die einzelne Stimme *conditio sine qua non* für den Erfolg ist. Dem wird jedoch entgegengehalten, dass es sich um einen Zirkelschluss handele, da auch die Mittäterschaft voraussetze, dass ein ursächlicher Tatbeitrag geleistet wird.<sup>181</sup> Ursächlichkeit im Rahmen der Mittäterschaft liegt jedoch bereits vor, wenn der Tatentschluss für die Handlung des Einzelnen ursächlich ist.<sup>182</sup> Erforderlich ist also, dass die Gremienmitglieder ausdrücklich oder schlüssig übereinkommen, in bestimmter Weise zu stimmen.

Teile der Literatur sehen in Gremienentscheidungen Fälle der alternativen Kausalität.<sup>183</sup> Man könne zwar eine Stimme hinwegdenken, nicht aber zwei oder mehrere, ohne dass der Erfolg entfiel.<sup>184</sup> Kennzeichnend für die alternative Kausalität ist aber, dass zwei Handlungen nebeneinander wirken und zur selben Zeit je für sich den tatbestandlichen Erfolg herbeiführen.<sup>185</sup> Dies liegt bei der Gremienentscheidung nicht vor, da nicht jede Stimme für sich den Erfolg herbeiführt kann.

---

<sup>178</sup> Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, § 6 Rn. 46.

<sup>179</sup> ebd.

<sup>180</sup> BGHSt 37, 106 (129); Knauer, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, S. 133 ff.; Krause, NStZ 2011, 57 (65).

<sup>181</sup> Puppe, NK-StGB, Vor. 107 zu § 13.

<sup>182</sup> Walter, in LK, Rn. 82 zu § 13.

<sup>183</sup> Kindhäuser, AT, § 10 Rn. 41; Krey, AT I, Rn. 279.

<sup>184</sup> Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, § 6 Rn. 47.

<sup>185</sup> Kudlich/Oğlakcioğlu, Wirtschaftsstrafrecht, Rn. 137.



Einigkeit über die Begründung besteht ferner bei Roxin<sup>186</sup> und Puppe<sup>187</sup>, wengleich beide eine andere Art von Kausalität darin sehen. Danach kommt es darauf an, dass das Abstimmungsverhalten des Einzelnen zusammen mit den weiteren für die Mehrheit erforderlichen Stimmen ursächlich für den Erfolg ist.<sup>188</sup> Dabei ist es irrelevant, welche der einzelnen Stimmen mit den darüber hinaus erforderlichen Stimmen ursächlich war. Roxin sieht darin einen Fall der kumulativen Kausalität, Puppe hingegen die Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung.<sup>189</sup> Einleuchtend erscheint die Ansicht, hierin eine Kombination der alternativen und kumulativen Kausalität zu sehen.<sup>190</sup> Kumulative Kausalität besteht zwischen der Anzahl der Stimmen, welche allein nicht die Mehrheit ausmachen, und der einen Stimme, welche die Mehrheit herbeiführt. Welche der einzelnen Stimmen letztlich ursächlich wird, ist hingegen ein Fall der alternativen Kausalität, da es gleichgültig ist, um welche Stimme es sich genau handelt.

Im Ergebnis ist der letztgenannten Ansicht zuzustimmen, unabhängig davon, wie man die Figur nennen mag. Die „nur“ alternative Kausalität ist abzulehnen, da gerade nicht jede Stimme den Erfolg herbeiführen kann. Auch gegenüber der mittäterschaftlichen Lösung bestehen Zweifel. Zum einen ist zunächst ein gemeinsamer Tatentschluss erforderlich. Fehlt dieser, können die Stimmen nicht wechselseitig zugerechnet werden.<sup>191</sup> Zum anderen besteht Uneinigkeit darüber, ob die Möglichkeit der Mittäterschaft auch bei fahrlässigen Delikten möglich ist.<sup>192</sup>

Für den Aufsichtsrat sind beide Einwände zwar von geringer Bedeutung, da meist ein gemeinsamer Tatentschluss in den Absprachen und Diskussionen vor der Abstimmung zu sehen ist. Darüber hinaus ergibt sich aus der bisherigen Untersuchung, dass angesichts der herausragenden praktischen Bedeutung der Untreue eine Verwirklichung von Fahrlässigkeitsdelikten durch Aufsichtsratsstätigkeit fernliegend ist. Gleichwohl ist das mittäterschaftliche Modell aus dogmatischer Sicht keine saubere Lösung.

Eine Lösung, die neben der Aufsichtsratsstätigkeit für sämtliche Gremienentscheidung befriedigende Ergebnisse erzielt, ist somit die letztgenannte Form der Kombination kumulativer und alternativer Kausalität.

## **b) Kausalität rechtmäßigen Stimmverhaltens**

Die Frage der Strafbarkeit bei rechtmäßigem Stimmverhalten eines Mitglieds ist weniger schwierig zu beantworten. Im Grundsatz gilt, dass die Votierung gegen ein strafrechtlich einschlägiges Verhalten von

---

<sup>186</sup> Roxin, AT I, § 11 Rn. 19.

<sup>187</sup> Puppe, NK-StGB, Vor. 107 zu § 13.

<sup>188</sup> Roxin, AT I, § 11 Rn. 19.

<sup>189</sup> Puppe, JR 1992, 30 (32).

<sup>190</sup> Kudlich/Oğlakcioğlu, Wirtschaftsstrafrecht, Rn. 140.

<sup>191</sup> Walter, in LK, Rn. 82 zu § 13.

<sup>192</sup> Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, § 6 Rn. 47, 65.

der Haftung befreit.<sup>193</sup> Dabei ist jedoch die Abgabe der Stimme streng von der Teilnahme an der Abstimmung zu trennen. Diese kann möglicherweise dann eine Rolle spielen, wenn durch sie erst das notwendige Quorum erreicht wird, das zur Abstimmung erforderlich ist. Die Votierung gegen einen Rechtsverstoß kann jedoch nicht Anknüpfungspunkt strafrechtlicher Verantwortung sein.

### c) Kausalität bei Stimmenthaltung

Problematischer ist wiederum die Frage, wie eine Stimmenthaltung zu werten ist. Im Mannesmann-Fall wurde beispielsweise auch für eine Stimmenthaltung Kausalität für den Erfolg angenommen und somit eine Strafbarkeit begründet.<sup>194</sup> Ob über diesen Einzelfall hinaus allerdings Kausalität bei Stimmenthaltungen vorliegt, ist fraglich.

Zum einen wird eine Kausalität angenommen, wenn eine Gegenstimme des Enthaltenden den Beschluss verhindert hätte.<sup>195</sup> Die Enthaltung wird dann als Unterlassen aufgefasst, das bei Möglichkeit der Erfolgsabwendung kausal für den Erfolg ist.<sup>196</sup> Es stellt sich aber die Frage, wie eine Pflicht zur Gegenstimme herzuleiten ist. Zwar lässt sich an die Vermögensbetreuungspflicht denken. Diese käme aber nur für den Untreuetatbestand in Betracht.

Zudem entstehen Probleme bei geheimen Abstimmungen, da gar nicht erkennbar ist, ob die eigene Stimme einen Beschluss verhindern kann. Es zeigt sich also, dass auch diese Theorie Schwächen hat und nicht für sämtliche Gremienentscheidungen gelten kann.

Der BGH hatte bei seiner Entscheidung darauf abgestellt, dass die Stimmenthaltung im konkreten Fall in objektiver und subjektiver Hinsicht einer Ja-Stimme gleichstand.<sup>197</sup> Der BGH stellt jedoch auch auf die Motivation des Abstimmenden ab, da es in dem Fall zu Absprachen im Vorfeld der Abstimmung gekommen war. Somit ist zweifelhaft, ob die Entscheidung über den Einzelfall hinaus Bedeutung hat.<sup>198</sup>

Vor allem ist sie aber deshalb abzulehnen, da die Kausalität nicht zwischen Stimmenthaltung und Erfolg liegt. Die Enthaltung lässt zunächst überhaupt keine Motivation des Täters erkennen. Ursächlich für den Beschluss ist vielmehr die Teilnahme an der Abstimmung, sofern diese das erforderliche Quorum schafft. Insofern kann eine Stimmenthaltung nicht zur strafrechtlichen Haftung eines Aufsichtsratsmitglieds führen.

---

<sup>193</sup> Krause, NStZ 2011, 57 (65).

<sup>194</sup> BGH, NJW 2006, 522 (527).

<sup>195</sup> Hanft, Jura 2007, 58 (61).

<sup>196</sup> Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, § 6 Rn. 48.

<sup>197</sup> BGH, NJW 2006, 522 (527).

<sup>198</sup> Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, § 6 Rn. 48.

#### d) Teilnahme an Abstimmung als strafrechtlicher Anknüpfungspunkt

Letztlich kommt neben rechtswidrigem Stimmverhalten nur die Teilnahme an der Abstimmung als Tat handlung in Betracht. Dabei ist es für die Kausalität unerheblich, ob sich ein Aufsichtsratsmitglied ent hält oder gegen den rechtswidrigen Beschluss votiert.

Hier kann eine dogmatisch tragfähige Lösung erneut unter Anwendung der kombinierten Formel hergeleitet werden. Erfordert eine Abstimmung im Aufsichtsrat eine bestimmte Anzahl an Anwesenden, stellt sich dies wie folgt dar: Kausalität besteht durch die Teilnahme der Mitglieder, deren Anzahl gerade noch nicht für das Quorum ausreicht, und der Teilnahme des Mitglieds, welches das erforderliche Quorum herbeiführt. Um welches Mitglied es sich dabei handelt, ist wiederum unbedeutend. Sofern eine strafbare Maßnahme jedoch mit einer Mehrheit beschlossen wird, die für sich schon das nötige Quorum ausmacht, ist die Teilnahme derer, die rechtmäßig abstimmen oder sich enthalten, nicht kausal. Denkt man sie hin weg, ändert sich am Ergebnis der Abstimmung nichts.

In der Literatur wird zudem bemerkt, dass eine Strafbarkeit ausscheidet, sofern ein Aufsichtsratsmitglied alles Mögliche und Zumutbare getan hat, um eine Rechtsverletzung zu verhindern.<sup>199</sup> Daraus soll sich im Einzelfall die Pflicht ergeben, der Abstimmung fernzubleiben.<sup>200</sup> Dem kann jedoch nicht zugestimmt werden. Ist bislang zwar festgestellt, dass eine Teilnahme an der Abstimmung zwar kausal für den Eintritt eines tatbestandlichen Erfolges sein kann, reicht dies allein für eine strafrechtliche Haftung eines Auf sichtsratsmitglieds noch nicht aus. Die Teilnahme an Sitzungen gehört zu den Pflichten der Organtätig keit und stellt mithin eine sozialadäquate Handlung dar. Mit dem Grundsatz der Einheit der Rechtsord nung ist es unvereinbar, an eine solche Handlung eine strafrechtliche Haftung anzuknüpfen.

An dieser Stelle muss also doch auf das Verhalten des Aufsichtsrats zurückgegriffen werden. Man muss von dem rechtmäßig votierenden Aufsichtsratsmitglied verlangen, dass es sich im Rahmen der aktien rechtlich zulässigen Möglichkeiten bemüht, einen rechtswidrigen Beschluss zu verhindern. Dies ist mög lich durch eine Einwirkung im Vorfeld der Abstimmung. Im Nachhinein bleibt die gerichtliche Überprü fung, die nach einer Abwägung der Vor- und Nachteile auch zu erfolgen hat. Ein Fernbleiben der Ab stimmung kann nur im äußersten Fall verlangt werden, etwa dann, wenn ersichtlich ist, dass gerade die eigene Teilnahme das erforderliche Quorum ausmacht und das Stimmergebnis im Vorfeld eindeutig ist.

Bei der Stimmenthaltung ergibt sich der Unterschied dadurch, dass nach außen keine Motivation des Abstimmenden erkennbar wird. Hier wird man im Einzelfall feststellen müssen, welche Intention das Aufsichtsratsmitglied hatte. War es wie im Mannesmann-Fall mit dem Beschluss einverstanden<sup>201</sup>, be steht kein Grund, eine strafrechtliche Haftung zu verneinen.

---

<sup>199</sup>Ransiek, ZGR 1999, 613 (648) - bezieht allerdings nur Fälle ein, in denen zweifelsfrei ein Straftatbestands ver wirklicht wird.

<sup>200</sup>Krause, NStZ 2011, 57 (65).

<sup>201</sup>BGH, NJW 2006, 522 (527).

Es zeigt sich jedoch, dass sich rechtmäßiges Stimmverhalten sowie Stimmenthaltungen einer pauschalen Beurteilung entziehen und jeweils eine Einzelfallbetrachtung notwendig ist.

#### **e) Tatbeteiligung bei der Ausführung von Beschlüssen**

Berücksichtigung muss die Zurechnung des Stimmverhaltens auch bei der Ausführung des Beschlusses finden. Die Tat kann nicht allein dem zugerechnet werden, der einen Beschluss ausführt, nur weil er für die Ausführung zuständig ist. Bei wertender Betrachtung muss eine Tatvorbereitung wie die kollegiale Beschlussfassung einem Tatbeitrag im Ausführungsstadium gleichgestellt werden.<sup>202</sup> Sie bindet das beauftragte Mitglied inhaltlich und wirkt folglich in der Ausführung weiter.

Bei Ausführung eines Beschlusses ist ein Aufsichtsratsmitglied unabhängig von seiner Stimmabgabe haftbar, sodass sich auch der zunächst rechtmäßig Votierende aufgrund seiner Beteiligung an der Ausführung nicht exkulpieren kann. Anders verhält es sich nur bei einem Beschluss, der das Unterlassen bestimmter Handlungen vorsieht und eine weitere Ausführung nicht erforderlich ist. Im Ergebnis besteht Einigkeit darüber, dass Kausalität vorliegt, wenn die Stimmabgabe kausal für den Unterlassungsbeschluss ist.<sup>203</sup> Hier kann daher auch der rechtmäßig Abstimmende zur Verantwortung gezogen werden, wenn er nach der Abstimmung untätig bleibt.

#### **f) Verletzung der Initiativpflicht**

Als Anknüpfungspunkt kommt auch die Initiativpflicht der Aufsichtsratsmitglieder in Betracht. Ihre Nichtbeachtung soll nach Poseck als untreuerelevante Pflichtverletzung angesehen werden.<sup>204</sup> Bei der Initiativpflicht handelt es sich jedoch um eine formelle Pflicht, deren Verletzung keine Pflichtwidrigkeit i.S.d. § 266 StGB darstellt. Als Pflichtverletzung kommt daher nur das Unterlassen in Betracht, das mit der Verletzung der Initiativpflicht einhergehen kann.

Dennoch kann die Initiativpflicht Bedeutung für die individuelle Haftung erlangen, da häufig gerade ein Beschluss den Schaden abwenden würde. Sie ist somit als erster Teil der Erfolgsabwendung anzusehen.<sup>205</sup> Jedes Mitglied muss daher die Einberufung einer Sitzung (§ 110 I 1 AktG) verlangen bzw. selbst eine Sitzung einberufen (§ 110 II AktG), sofern es Kenntnis von Tatsachen erlangt, die eine Befassung mit der Sache im Gremium nötig erscheinen lassen. Der Einwand, eine erfolgsabwendende Beschlussfassung sei nicht gesichert, kann die Geltungskraft des Initiierungsgebots nicht in Frage stellen.<sup>206</sup> Es ist nicht davon auszugehen, dass rechtswidriges Aufsichtsrats Handeln die Regel ist. Der notwendige Kausalzu-

---

<sup>202</sup>Schilha., Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 141.

<sup>203</sup>Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, § 6 Rn. 49.

<sup>204</sup>Poseck, Strafrechtliche Haftung des Aufsichtsrats, S. 164.

<sup>205</sup>Schilha, Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 378.

<sup>206</sup>ebd.

sammenhang zwischen Erfolg und Verletzung der Initiativpflicht ist darin begründet, dass ein gesetzmäßiger Zusammenhang besteht beziehungsweise bei Hinzudenken der Einberufung des Organs der Schadenseintritt hätte verhindert werden können.

## 2) Delegation von Aufgaben in Ausschüsse

Für die individuelle Verantwortlichkeit ist auch entscheidend, inwiefern Aufsichtsratsmitglieder sich durch die Delegation von Aufgaben von der strafrechtlichen Haftung befreien können. Dem kommt vor allem eine praktische Bedeutung zu, da in den meisten deutschen Aktiengesellschaften ein bedeutender Teil der Aufsichtsratsarbeit in Ausschüssen stattfindet.<sup>207</sup> Diese sind lediglich Untergliederungen des Aufsichtsrats und daher keine eigenen Organe.<sup>208</sup>

Gesetzlich werden Ausschüsse in § 107 III AktG erwähnt. Dabei ist zu beachten, dass die Ausschüsse nur aus Mitgliedern des Aufsichtsrats bestehen dürfen, § 107 III 1 AktG. Die Zuständigkeiten von Ausschüssen beschreibt § 107 III 2 AktG. Eine Übertragung der Überwachung des Vorstands als Hauptpflicht des Aufsichtsrats ist allerdings nicht möglich.<sup>209</sup> Es ist aber anerkannt, dass die Delegation von Aufgaben in Ausschüsse zur Entlastung der nicht befassten Aufsichtsratsmitglieder führen kann.<sup>210</sup> Ihnen kommt dann eine Überwachungsaufgabe gegenüber den jeweiligen Ausschüssen zu.<sup>211</sup> Sie dürfen bei normalem Geschäftsgang auf die Sorgfältigkeit der Ausschussmitglieder vertrauen und sind darüber hinaus nur in besonderen Situationen dazu verpflichtet, als gesamtes Organ zu handeln.

Für die strafrechtliche Haftung ist also anhand der Kriterien des § 107 III AktG zu prüfen, ob ein Aufsichtsratsmitglied im Falle einer schädigenden Handlung durch einen Ausschuss von der aktienrechtlichen Haftung befreit ist. Ist dies der Fall, kann auch kein strafbares Verhalten vorliegen. Ergibt sich jedoch, dass die Kontroll- und Überwachungspflichten verletzt wurden, kommt eine Strafbarkeit in Betracht. Dann ist jedoch auch erforderlich, dass die oben erarbeiteten Kriterien zur Pflichtverletzung Berücksichtigung finden. Es muss also evident sein, dass das Handeln des Ausschusses schädigend war und zudem, dass für eine solche Aufgabe das Handeln des gesamten Organs erforderlich gewesen wäre.

## V. Sondertatbestände des Aktienrechts und weitere Nebenstrafnormen

Die bisherige Untersuchung hatte ihren Schwerpunkt bei Normen des StGB. Im Rahmen strafrechtlicher Handlungen des Aufsichtsrats können jedoch auch einige Tatbestände des Aktienrechts sowie andere Nebenstrafgesetze einschlägig sein. Hierzu soll im Folgenden ein Überblick verschafft werden.

---

<sup>207</sup> Krause, NStZ 2011, 57 (65).

<sup>208</sup> Semler, AG 1988, 60 (61).

<sup>209</sup> Krause, NStZ 2011, 57 (65).

<sup>210</sup> ebd.

<sup>211</sup> ebd.

Die Vorschriften der §§ 399 ff. AktG haben den Zweck, die Schutzbestimmungen des AktG durch die Pönalisierung bestimmter Verhaltensweisen zu verstärken.<sup>212</sup> Sie sind leichter zu handhaben als die komplexeren Vorschriften des StGB. Zum einen wird der Aufsichtsrat bei den einschlägigen Delikten explizit in den Täterkreis aufgenommen. Zum anderen konzentrieren sich die Strafvorschriften des AktG auf bestimmte Verhaltensweisen, welche ausdrücklich genannt sind.<sup>213</sup>

Es fällt allerdings auf, dass der Aufsichtsrat dem Vorstand in vielen Tatbeständen des Aktienstrafrechts gleichgeordnet ist. Das ist insofern verwunderlich, als der Aufsichtsrat mit den sanktionierten Handlungen nicht in demselben Maße befasst ist, wie der Vorstand.<sup>214</sup> Dies betrifft beispielsweise den Bereich der Kapitalerhöhung (§ 399 I Nr. 4 AktG) oder die Auskunft vor der Hauptversammlung (§ 400 I 1 AktG).<sup>215</sup>

### 1) Falsche Angaben, § 399 AktG

§ 399 AktG bestraft die Abgabe bestimmter wahrheitswidriger Erklärungen zum Zwecke der Eintragung der Gründung oder der Kapitalerhöhung bei einer Aktiengesellschaft ins Handelsregister oder in Berichten über die Gründung oder Kapitalerhöhung. Dadurch soll verhindert werden, dass Aktien in Umlauf geraten, die lediglich Scheinwerte darstellen.<sup>216</sup> Ziel ist es, insbesondere den sog. Gründungsschwindel zu bekämpfen.<sup>217</sup> Neben der Abgabe falscher Angaben erfasst § 399 AktG auch das Verschweigen von erheblichen Umständen.<sup>218</sup>

Geschütztes Rechtsgut ist nach h.M. das Vertrauen von Gesellschaftsgläubigern und sonstigen interessierten Personen in die Korrektheit von Handelsregistereintragungen und deren Grundlagen sowie der Angaben in öffentlichen Ankündigungen.<sup>219</sup> Darüber hinaus sind auch Personen geschützt, die in einem vertraglichen Verhältnis zur AG stehen.<sup>220</sup>

Für die Verwirklichung des subjektiven Tatbestands muss der Täter zumindest bedingt vorsätzlich handeln und die Absicht haben, durch die falschen Angaben eine Eintragung herbeizuführen.<sup>221</sup>

---

<sup>212</sup>Schaakl, in MK AktG, Vor 18 zu § 399 ff.

<sup>213</sup>Poseck, Strafrechtliche Haftung des Aufsichtsrats, S. 169.

<sup>214</sup>ders., Strafrechtliche Haftung des Aufsichtsrats, S. 196.

<sup>215</sup> ebd.

<sup>216</sup> Pelz, in Bürgers/Körper, AktG, Rn. 1 zu § 399.

<sup>217</sup> Krause, NStZ 2011, 57 (64).

<sup>218</sup> Hellmann/Beckemper, WStR, Rn. 423.

<sup>219</sup> Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, § 28 Rn. 4.

<sup>220</sup> Pelz, in Bürgers/Körper, AktG, Rn. 1 zu § 399.

<sup>221</sup> Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, § 28 Rn. 20, 25.

Es handelt sich bei § 399 AktG um ein Sonderdelikt, wobei die Sondereigenschaft gleichzeitig ein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 StGB darstellt.<sup>222</sup> Die Vertretungsregel des § 14 StGB ist für § 399 AktG unbedeutend.<sup>223</sup>

## 2) Unrichtige Darstellung, § 400 I Nr. 1 AktG

Nach § 400 I Nr. 1 AktG wird die unrichtige Darstellung der Verhältnisse der AG bezüglich der Vermögenslage gegenüber der Hauptversammlung unter Strafe gestellt. Die Tathandlungen, unrichtige Wiedergabe und Verschleiern, entsprechen denen des § 331 I Nr. 1 HGB. § 400 I Nr. 1 AktG ist zwar ausdrücklich subsidiär gegenüber § 331 Nr. 1, 1a HGB. Eine Bilanzstraftat nach § 331 HGB durch den Aufsichtsrat liegt jedoch selten vor.<sup>224</sup> Im Zuge der Finanzkrise wurde zwar diskutiert, ob die unterlassene Konsolidierung von Tochterunternehmen einen strafrechtlichen Vorwurf gegenüber Aufsichtsräten begründen kann. Dem wird jedoch die hohe Komplexität der Bilanzierung entgegengehalten.<sup>225</sup>

Der Anwendungsbereich des § 400 I Nr. 1 AktG ist allerdings weiter als der des § 331 Nr. 1, 1a HGB.<sup>226</sup> Insofern besteht die Möglichkeit einer Strafbarkeit nach § 400 I 1 AktG bei einschlägigem Tatverhalten gegenüber der Hauptversammlung.

## 3) Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht, § 404 AktG

Die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht wird gem. § 404 AktG bestraft. Gemeint ist die unbefugte Offenbarung von Geheimnissen der Gesellschaft.<sup>227</sup> Unbefugt ist die Offenbarung, wenn sich ein Aufsichtsratsmitglied nicht auf eine gesetzliche Pflicht oder die Erlaubnis durch den gesamten Aufsichtsrat berufen kann.<sup>228</sup> Insbesondere das Vorliegen von Interessenkonflikten berechtigt nicht zur Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen. Auch die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht zum Zwecke einer Strafanzeige wird außerhalb des Bereichs des § 138 StGB bezweifelt.<sup>229</sup>

Das geschützte Rechtsgut sind die Interessen der Gesellschaft und ihrer Aktionäre an der Bewahrung der Geheimnisse des Unternehmens.<sup>230</sup> Entsteht der AG durch die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht

---

<sup>222</sup> Schaal, in MK AktG, Rn. 12 zu § 399.

<sup>223</sup> ebd.

<sup>224</sup> Ransiek, in Achenbach/Ransiek, HWSt, VIII Rn. 19.

<sup>225</sup> Krause, NStZ 2011, 57 (63).

<sup>226</sup> Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, § 28 Rn. 34.

<sup>227</sup> Krause, NStZ 2011, 57 (64).

<sup>228</sup> ebd.

<sup>229</sup> ebd.

<sup>230</sup> Schaal, in MK AktG, Rn. 3 zu § 404.

ein Vermögensschaden, kann auch eine Untreuestrafbarkeit vorliegen, die dann in Idealkonkurrenz zu § 404 AktG steht.<sup>231</sup>

#### **4) §§ 38 I Nr. 2, 14 I Nr. 2 WpHG**

Eng mit der Verletzung der Verschwiegenheitspflicht verknüpft ist die Möglichkeit einer Strafbarkeit eines Aufsichtsratsmitglieds nach §§ 38 I Nr. 2, 14 I Nr. 2 WpHG. Diese kommt dann in Betracht, wenn es sich um die Offenbarung von Geheimnissen handelt, die Kursrelevanz aufweisen.<sup>232</sup>

Aufsichtsräte sind durch ihre Stellung Primärinsider i.S.d. §§ 38 I Nr. 2, 14 I Nr. 2 WpHG.<sup>233</sup> Ist von einer Kursrelevanz des Geheimnisses auszugehen, ist vor allem der wesentlich höhere Strafrahmen der §§ 38 I Nr. 2, 14 I Nr. 2 WpHG bedeutsam. Im Falle einer Verurteilung drohen bis zu fünf Jahre Freiheitsstrafe. Zudem liegt ein Officialdelikt vor, wohingegen § 404 AktG nur auf Antrag verfolgt wird, § 404 III 1 AktG.

---

<sup>231</sup> s.o., S. 18.

<sup>232</sup> Krause, NStZ 2011, 57 (64).

<sup>233</sup> Vogel, in Assmann/Schneider, WpHG, Rn. 13 zu § 38.



## C. Wesentliche Ergebnisse der Untersuchung

Die Arbeit bestätigt die hohe Relevanz der Untreue für die Tätigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern. Diese resultiert aus der Überwachungsaufgabe als Kern der Aufsichtsratsstätigkeit. Auch die wenigen gestaltenden Befugnisse weisen jeweils einen Vermögensbezug auf, sodass auch hier die Möglichkeit einer Untreue naheliegt. Eine strafrechtlich relevante Pflichtenposition im Rahmen des § 266 StGB können jedoch nur die materiellen Ge- und Verbote des AktG begründen.

Eine wichtige Erkenntnis ist zudem, dass die Einheit der Rechtsordnung eine zentrale Rolle für die Beurteilung strafbaren Verhaltens spielt. Durch das Erfordernis einer aktienrechtlichen Pflichtverletzung als Grundvoraussetzung für eine Strafbarkeit ist auch die asymmetrische Akzessorietät des Strafrechts entscheidend. Dabei ist vor allem der weite Ermessensspielraum, den das AktG dem Aufsichtsrat bei seiner Tätigkeit eröffnet, für die strafrechtliche Bewertung zu beachten.

Bedeutend ist das Gebot der Einheit der Rechtsordnung auch für die individuelle Haftung der Aufsichtsratsmitglieder. Neben den rechtswidrig stimmenden Mitgliedern kann nur haften, wer die Handlungsmöglichkeiten zur Abwehr von Rechtsverstößen nicht ausschöpft. Es ist daher nicht von vornherein einem strafrechtlichen Risiko ausgesetzt, wer an einer Abstimmung teilnimmt, deren Beschluss möglicherweise einen rechtswidrigen Zustand schafft oder fördert.

Ebenso entscheidend wie die Einheit der Rechtsordnung ist die Berücksichtigung des ultimaratio-Gedankens des Strafrechts. Neben der aktienrechtlichen Pflichtverletzung als Grundvoraussetzung ist daher stets das Merkmal der Evidenz für die Begründung einer strafrechtsspezifischen Handlung zu verlangen.

Von geringer praktischer Relevanz ist für Aufsichtsratsmitglieder die Unterlassungsstrafbarkeit. Eine strafrechtliche Haftung gegenüber Dritten besteht nur im Rahmen der Ingerenz und auch dann nur, soweit die begrenzten Handlungsmöglichkeiten zur Abwehr nicht ausgenutzt werden. Aufgrund der Vermögensbetreuungspflicht der Aufsichtsratsmitglieder und der Möglichkeit einer Untreue durch Unterlassen ist die Verwirklichung von unechten Unterlassungsdelikten gegenüber der AG fernliegend.