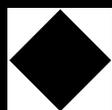


Alexander Mezari

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Organmitglieder mit Kontrollbefugnissen einer Aktiengesellschaft

Eine Untersuchung des deutschen und griechischen Rechts



Nomos

DIKE 

Schriften zum Internationalen und
Europäischen Strafrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Martin Heger, Humboldt-Universität zu Berlin

Professor Dr. Florian Jeßberger, Humboldt-Universität zu Berlin

Professor Dr. Frank Neubacher, M.A., Universität zu Köln

Professor Dr. Helmut Satzger, LMU München

Professor Dr. Gerhard Werle, Humboldt-Universität zu Berlin

Band 63

Alexander Mezari

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Organmitglieder mit Kontrollbefugnissen einer Aktiengesellschaft

Eine Untersuchung des deutschen und griechischen Rechts



Nomos

DIKE 

supported by

ONASSIS FOUNDATION

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

Zugl.: Berlin, HU, Diss., 2021

ISBN (Print) 978-3-8487-8528-5 (Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden)

ISBN (ePDF) 978-3-7489-2889-8 (Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden)

ISBN (Print) 978-3-03891-448-8 (Dike Verlag, Zürich/St. Gallen)



Onlineversion
Nomos eLibrary

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2021 von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen. Sie befindet sich auf dem Stand des Monats Oktober 2021.

Viele Menschen haben meine akademische Laufbahn seit Beginn meines Studiums begleitet. Besonders dankbar bin ich in erster Linie meinem Doktorvater, *Prof. Dr. Martin Heger*, der mich immer unermüdlich unterstützt hat. Er hat nicht nur das Thema angeregt, sondern auch die Arbeit in fachlicher und menschlicher Hinsicht hervorragend betreut. Die konstruktiven und motivierenden Gespräche mit ihm und sein Vertrauen haben erheblich zum Erfolg der Arbeit beigetragen. Meinen herzlichen Dank möchte ich auch *Prof. Dr. Tatjana Hörnle* für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und die wertvollen Diskussionen aussprechen.

In herzlicher Dankbarkeit verbunden bin ich zudem der *Alexander S. Onassis Public Benefit Foundation* für die finanzielle Förderung durch ein Promotionsstipendium und die Bewilligung eines Druckkostenzuschusses.

Die Teilnahme am Promotionskolleg „Einheit und Differenz im Europäischen Rechtsraum“ der Humboldt European Law School war eine wertvolle Erfahrung. Weiterhin danke ich den Herausgebern der Schriftenreihe zum „Internationalen und Europäischen Strafrecht“ für die freundliche Aufnahme in diese Schriftenreihe.

Auch meinen akademischen Lehrern an der Juristischen Fakultät der Nationalen und Kapodistrias Universität Athen, die den Grundstein für meine wissenschaftliche Entwicklung gelegt haben, habe ich viel zu verdanken.

Darüber hinaus gilt meinen guten Freunden, *Dr. Alexandros Rokas*, *Philippos Siaplaouras*, Research Fellow am Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law, und *Philippos-Georgios Kotsalis*, Doktorand an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, für ihre tiefe Freundschaft und ihre moralische Unterstützung mein herzlichster Dank.

Das Entstehen der vorliegenden Arbeit wäre ohne die liebevolle und bedingungslose Unterstützung meiner Familie nicht möglich gewesen. Meine Schwester *Lauren Mezari*, meine Cousine *Lara Mezari* und meine Großmütter, *Rita Mezari* und *Irini Angelidou*, haben mich immer ermutigend begleitet.

Vorwort

Mein größter Dank gilt schließlich meinen Eltern, *Pierre* und *Maria-Alexandra Mezari*, die mir stets und in jeder Hinsicht zur Seite gestanden haben. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Berlin, im Oktober 2021

Alexander Mezari

Inhaltsverzeichnis

Einführung und Grundlagen	29
A. Zur Themenstellung	29
B. Die Strafbarkeit von Aufsichtsratsmitgliedern im Spektrum der (Straf-) Rechtswissenschaft und ihrer Herausforderungen	31
I. Das „systematische Rechtsdenken“ als Grundlage	31
II. Das Verhältnis zwischen Strafrecht und Gesellschaftsrecht	32
1. Rechtsgeschichtliche Entwicklung	32
2. Der aktuelle Streit – Am Beispiel des Untreuetatbestands	34
a) Streit über die Akzessorietät in § 266 StGB	34
b) Das Problem der Auslegungskompetenz des Strafrichters in Bezug auf Fragen des Gesellschaftsrechts	36
c) Möglichkeit eigenständiger Lösungen im Strafrecht?	39
III. Internationale und europäische Aspekte	40
IV. Gegenstand und Gang der Untersuchung	42
Erster Teil: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft in Deutschland	47
§ 1 Die Aufgaben und Rechte des Aufsichtsrats als Organ der Aktiengesellschaft	47
A. Das dualistische System der Unternehmensverfassung in Deutschland	47
B. Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats	49
I. Überblick: § 111 AktG und allgemeine Grundsätze der Überwachung	49
1. § 111 AktG: „Aufgaben und Rechte des Aufsichtsrats“	49
2. Allgemeine Grundsätze der Überwachung	50
a) Ziel und Umfang der Überwachung	50

b) Die Verpflichtung auf das Unternehmensinteresse	51
II. Gegenstand der Überwachung	53
1. Die „Geschäftsführung“ als Gegenstand der Überwachung	53
2. Gesetzliche Anhaltspunkte zur Konkretisierung der Überwachungsaufgabe	55
III. Zu überwachender Personenkreis	55
IV. Überwachungsmaßstäbe	57
1. Rechtmäßigkeit	57
2. Ordnungsmäßigkeit	60
3. „Compliance“ als aktuelles Problem	61
a) Der Begriff „Compliance“ und die Legalitätspflicht als Ausgangspunkt	61
b) Aufteilung der Compliance Verantwortung im Einzelnen	62
aa) Die Compliance Verantwortung des Vorstands als Ausgangspunkt	62
bb) Die Compliance Verantwortung des Aufsichtsrats	64
4. Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit	65
a) Wirtschaftlichkeit	66
b) Zweckmäßigkeit	66
V. Informationsversorgung als Voraussetzung zur Erfüllung der Überwachungsaufgabe	67
1. Grundlagen	67
2. Die Vorstandsberichte (§ 90 AktG) als Informationsquelle	68
3. Das Einsichts- und Prüfungsrecht des Aufsichtsrats	69
4. Befragung von Angestellten des Unternehmens	71
VI. Einwirkungsmittel des Aufsichtsrats	72
1. Stellungnahmen und Beanstandungen	73
2. Erlass einer Geschäftsordnung für den Vorstand	74
3. Zustimmungsvorbehalte nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG	74
a) Geschäftsführungsverbot und Zustimmungsvorbehalte	74
b) Einrichtung und Reichweite des Zustimmungsvorhalts	75
c) Erteilung und Verweigerung der Zustimmung	77

4. Zustimmungsvorbehalt in Bezug auf Geschäfte mit nahestehenden Personen	79
a) Der Begriff der „Geschäfte mit nahestehenden Personen“	79
b) Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats bei Geschäften mit nahestehenden Personen	83
5. Einberufung der Hauptversammlung	86
6. Ausübung der Personalkompetenz des Aufsichtsrats	87
a) Bestellung und Anstellung der Vorstandsmitglieder	87
aa) Bestellung und Wiederbestellung der Vorstandsmitglieder	87
bb) Das Anstellungsverhältnis	89
b) Widerruf der Bestellung und Kündigung des Anstellungsvertrags	89
aa) Widerruf der Bestellung und Suspendierung	89
bb) Abberufungspflicht bei groben Pflichtverletzungen und bevorstehenden Pflichtverletzungen oder Straftaten	91
cc) Kündigung des Anstellungsverhältnisses	92
7. Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft gegen Vorstandsmitglieder	93
a) Überblick	93
b) Die ARAG/Garmenbeck-Entscheidung des BGH	93
c) Die Würdigung der ARAG/Garmenbeck- Doktrin im neueren Schrifttum	95
d) Die Bedeutung des Streits für die strafrechtliche Prüfung und aktuelle Tendenzen	97
VII. Abschließende Anmerkung – Die Rolle des Aufsichtsrats in Sonderlagen und Krisensituationen	99
§ 2 Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder wegen Straftaten zu Lasten der Aktiengesellschaft	102
§ 2.1 Die Untreuestrafbarkeit der Aufsichtsratsmitglieder einer deutschen Aktiengesellschaft	102
A. Grundlagen	102
I. Die kriminalpolitische Bedeutung des Untreuetatbestands in der modernen Gesellschaft und seine hohe praktische Relevanz für Aufsichtsratsmitglieder	102

II. Die Entstehung des § 266 StGB	104
1. Die Entwicklung bis 1933 – Der grundlegende Theorienstreit zu § 266 a.F.	104
2. Die aktuelle Vorschrift: § 266 StGB n. F.	106
III. Verfassungsrechtliche Probleme der aktuellen Vorschrift	106
1. Die Kritik am Untreuetatbestand	106
2. Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu § 266 StGB	108
a) Beschluss der zweiten Kammer des zweiten Senats vom 10.03.2009	108
b) Beschluss des zweiten Senats des BVerfG vom 23.06.2010	109
c) Beschluss der ersten Kammer des zweiten Senats vom 01.11.2012	110
B. Probleme der Organuntreue mit Blick auf die Aufsichtsratsstätigkeit	110
I. Die gesetzlichen Untreuealternativen im Überblick und ihre Bedeutung für den Aufsichtsrat	110
1. Die tatbestandliche Struktur – Das Verhältnis der Untreuealternativen	110
2. Der Missbrauchtatbestand und seine Bedeutung für den Aufsichtsrat	113
3. Der Treubruchtatbestand und seine Bedeutung für den Aufsichtsrat	114
4. Aktives Tun oder Unterlassen	115
5. Zusammenfassung	116
II. Allgemeine Voraussetzungen der Untreuestrafbarkeit von Aufsichtsratsmitgliedern	117
1. Das Vermögen der AG als Tatobjekt	117
2. Die Vermögensbetreuungspflicht der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber der Gesellschaft	117
a) Allgemeine Kriterien für die Bestimmung der Vermögensbetreuungspflicht	117
b) Erfüllung der allgemeinen Voraussetzungen durch den Aufsichtsrat	119
c) Die Konkretisierung der Vermögensbetreuungspflicht der Aufsichtsratsmitglieder in der höchstrichterlichen Rechtsprechung	122

d) Vermögensbetreuungspflicht auch direkt gegenüber den Aktionären?	124
3. Pflichtverletzung im Innenverhältnis	125
a) Einführung	125
b) Maßstäbe zur Feststellung einer Pflichtverletzung auf der aktienrechtlichen Primärebene	125
aa) § 116 S. 1 AktG i.V.m. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG: Die Sorgfalt eines „ordentlichen und gewissenhaften“ Aufsichtsratsmitglieds	125
bb) § 116 S. 1 AktG i.V.m. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG: „Business Judgment Rule“ und Haftungsfreiraum für unternehmerische Entscheidungen	128
(1) Normzweck und Entstehungsgeschichte	129
(2) Tatbestandsvoraussetzungen der Business Judgment Rule nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG	132
(a) Unternehmerische Entscheidung	132
(b) Handeln aufgrund angemessener Information	136
(c) Handeln zum Wohle der Gesellschaft	141
(d) Handeln ohne Sonderinteressen und sachfremde Einflüsse	144
(e) Gutgläubigkeit	145
(3) Rechtsfolgen bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen der Business Judgment Rule	146
c) Spezifische strafrechtliche Anforderungen an die Prüfung einer Pflichtwidrigkeit i.S.d. § 266 StGB	147
aa) Der erforderliche Vermögensbezug der verletzten Norm	147
(1) Verletzung materieller Pflichten	149
(2) Verletzung formeller Pflichten	152
bb) Der innere Zusammenhang zwischen der verletzten Pflicht und dem Pflichtenkreis der Aufsichtsratsmitglieder	155
(1) Innerer und funktionaler Zusammenhang?	155

(2) Erläuterung der Problematik am Beispiel der Tätigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern	157
cc) Das Erfordernis einer aus strafrechtlicher Sicht gravierenden bzw. evidenten Pflichtverletzung	166
(1) Die Entwicklung des Meinungsstands	166
(2) Stellungnahme	170
(3) Theorie der „aktienrechtsspezifischen Akzessorietät“ als Grundlage für die Bejahung einer zusätzlichen „Höhenmarke“?	174
(4) Ergebnis	175
d) Tatbestandsausschließendes Einverständnis	175
aa) Vorbemerkung: Das tatbestandsausschließende Einverständnis in der GmbH	176
bb) Relevanz des tatbestandsausschließenden Einverständnisses für die Organmitglieder einer Aktiengesellschaft	178
(1) Die Rechtsprechung	178
(2) Der Meinungsstand im Schrifttum	180
(3) Die Beachtung der aktienrechtlichen Maßstäbe als wesentliches Element einer sachgerechten Lösung	182
(4) Strafrechtlich erhebliches Einverständnis bei formloser Zustimmung der Gesamtheit der Aktionäre bzw. des Alleinaktionärs?	188
4. Nachteilszufügung	191
a) Die Nachteilszufügung als selbstständiges Tatbestandsmerkmal	191
b) Der Begriff des Nachteils in § 266 StGB – Gesamtsaldierung und pflichtwidrig unterlassene Vermögensmehrung als Nachteil	191
c) Gefährdungsschaden	193
d) Kompensation	199

e) Das spezielle Problem der „Unmittelbarkeit des Nachteils“ bzw. des „Unmittelbarkeitszusammenhangs zwischen Pflichtverletzung und Nachteil“ und seine Bedeutung für die Aufsichtsratsuntreue	200
5. Vorsatz und Irrtumsfragen	208
a) Allgemeines	208
b) Spezielle Vorsatzprobleme in Bezug auf Aufsichtsratsmitglieder	209
aa) Bedingter Vorsatz und Überwachungstätigkeit	209
bb) Vorsatz bei risikobehafteten unternehmerischen Entscheidungen	213
c) Irrtumsfragen	216
aa) Abgrenzung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum bei der Pflichtwidrigkeit	216
bb) Irrtum bezüglich der Nachteilszufügung	218
6. Täterschaft der Aufsichtsratsmitglieder	218
C. Fallkonstellationen	222
I. Untreue im Rahmen der Überwachungsaufgabe	222
1. Verletzung der Überwachungspflicht (§ 111 Abs. 1 AktG)	222
2. Nicht-Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder	225
II. Untreue im Rahmen der Personalkompetenz	228
1. Bestellung und Abberufung der Vorstandsmitglieder	228
2. Der Anstellungsvertrag und die Problematik der Vorstandsvergütung	229
a) Einführung	229
b) Festsetzung der Vorstandsvergütung nach § 87 Abs. 1 AktG	231
aa) Festsetzung der Vorstandsbezüge nach § 87 Abs. 1 S. 1 AktG	231
(1) Aufgaben des Vorstandsmitglieds	231
(2) Leistungen des Vorstandsmitglieds	232
(3) Lage der Gesellschaft	233
(4) Üblichkeit der Vergütung	233

bb) Das Gebot der Nachhaltigkeit und Langfristigkeit und die mehrjährige Bemessungsgrundlage variabler Vergütungsbestandteile (§ 87 Abs. 1 S. 2 und 3 AktG)	235
cc) Verletzung des § 87 Abs. 1 AktG: Probleme der Pflichtwidrigkeit und des Schadens im Hinblick auf § 266 StGB	237
(1) Unangemessene Vorstandsvergütung	237
(2) Pflichtwidrigkeit unabhängig von der Unangemessenheit?	239
c) Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats wegen unterlassener Herabsetzung der Vorstandsbezüge	246
aa) Untreuestrafrechtliche Relevanz der Herabsetzung der Vorstandsbezüge nach § 87 Abs. 2 S. 1 AktG	246
bb) Untreuestrafrechtliche Relevanz des durch das VorstAG eingefügten § 87 Abs. 2 S. 2 AktG	248
d) Vergütungssystem börsennotierter Gesellschaften	249
3. Übernahme von Geldstrafen, Geldbußen oder Geldauflagen gegen Vorstandsmitglieder sowie entstandener Verfahrenskosten	253
III. Untreue im Rahmen der Kreditgewährungskompetenz	257
§ 2.2 Die Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder bei einer Verletzung der Rechtsgüter der Aktiengesellschaft nach anderen Straftatbeständen	259
A. Vorbemerkung – Aktives Tun oder Unterlassen	259
B. Die Konkretisierung der Unterlassungsstrafbarkeit	261
§ 3 Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder bei der Verletzung gesellschaftsfremder Rechtsgüter	265
A. Vorbemerkungen und Grundlagen – Aktives Tun oder Unterlassen	265

B. Die Unterlassungsstrafbarkeit der Aufsichtsratsmitglieder	269
I. Überwachungsgarantenstellung aufgrund einer Aufsichtspflicht bzw. Verantwortung für rechtswidriges Verhalten des Vorstands	269
1. Der gegenwärtige Stand der Lehre von der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung	271
a) Die Bedeutung von spezialgesetzlichen Regelungen wie § 357 StGB, § 41 WStG und § 130 OWiG	271
b) Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung nach den Regeln der Unterlassungsdogmatik	273
aa) Die ablehnende Ansicht	273
bb) Die befürwortende Ansicht – Zugleich Stellungnahme	274
c) Exkurs: Abweichende Meinung in der zivilrechtlichen Rechtsprechung und Literatur	277
2. Die Überwachungsgarantenstellung der Aufsichtsratsmitglieder	281
a) Anerkennung einer Überwachungsgarantenstellung der Aufsichtsratsmitglieder	281
b) Reichweite der Garantienpflicht	287
II. Überwachungsgarantenstellung aus Ingerenz	289
III. Form der Tatbeteiligung	290
§ 4 Nebenstrafrecht	293
A. Einführung	293
B. Falsche Angaben – § 399 AktG	294
I. Allgemeines	294
II. Tatbestand	295
1. Gründungsschwindel durch unrichtige Anmeldung (§ 399 Abs. 1 Nr. 1 AktG)	295
a) Tathandlungen	295
b) Bezugsgegenstand der falschen Angaben	297
aa) Die Übernahme der Aktien	297
bb) Die Einzahlung auf Aktien	298
(1) Bareinlagen	298
(2) Verdeckte Sacheinlagen	299
(3) Hin- und Herzahlen	301
cc) Die Verwendung eingezahlter Beträge	302
dd) Der Ausgabebetrag der Aktien	304

ee) Sondervorteile und Gründungsaufwand („Qualifizierte Gründung“)	305
ff) Sacheinlagen und Sachübernahmen („Qualifizierte Gründung“)	306
(1) Aktienrechtliche Vorgaben im Überblick	306
(2) Falsche Angaben	307
gg) Die nach § 37a Abs. 2 AktG, auch in Verbindung mit § 52 Absatz 6 Satz 3 AktG, abzugebende Versicherung	308
2. Gründungsschwindel durch unrichtige Berichte (§ 399 Abs. 1 Nr. 2 AktG)	309
a) Aufsichtsratsmitglieder als taugliche Täter	309
b) Tathandlung	310
c) Berichtigungspflicht	310
3. Der Kapitalerhöhungsschwindel (§ 399 Abs. 1 Nr. 4 AktG)	311
a) Allgemeines	311
b) Täterkreis	312
c) Bezugsgegenstände	312
4. Schwindel bei der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln	314
a) Täterkreis	315
b) Tathandlung	315
III. Subjektiver Tatbestand	316
C. Unrichtige Darstellung – § 331 Nr. 1 HGB und § 400 AktG	316
I. Allgemeines	316
II. § 331 Nr. 1 HGB	317
1. Die Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft als taugliche Täter	318
2. Tathandlungen	319
a) Unrichtige Wiedergabe der Verhältnisse der Gesellschaft	320
b) Verschleierung der Verhältnisse der Gesellschaft	321
c) Das restriktive Erfordernis der Erheblichkeit	321
d) Unterlassen	322
3. Subjektiver Tatbestand	322

III. § 400 AktG	323
1. Unrichtige Wiedergabe oder Verschleierung von Gesellschaftsverhältnissen – § 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG	323
a) Tathandlungen	323
aa) Unrichtige Wiedergabe	323
bb) Verschleierung	324
cc) Funktionaler Zusammenhang zwischen der Erklärung und der Organstellung	324
b) Tatgegenstand	325
c) Tatmittel	326
aa) Vergütungsbericht nach § 162 Abs. 1 oder 2 AktG	326
(1) Zuständigkeit zur Erstellung des einheitlichen Vergütungsberichts nach § 162 AktG	327
(2) Umfang der Berichtspflicht	328
(3) Beispiele unrichtiger Angaben im Vergütungsbericht	330
(4) Schweigerechte und Schweigepflichten	331
(5) Übergangsregelungen	332
bb) Darstellungen oder Übersichten über den Vermögensstand	333
(1) Übersichten	333
(2) Darstellungen	333
(3) „Über den Vermögensstand“	334
cc) Vorträge oder Auskünfte in der Hauptversammlung	335
(1) Vorträge in der Hauptversammlung	335
(2) Auskünfte in der Hauptversammlung	335
d) Unterlassen	336
2. Falsche Angaben gegenüber Prüfern – § 400 Abs. 1 Nr. 2 AktG	336
3. Subjektiver Tatbestand und Irrtum	337
D. Verletzung der Pflichten bei Abschlussprüfungen – § 404a AktG	337
I. Allgemeines	337
II. Die Bedeutung der EU-Abschlussprüfungsreform 2014 für die Strafbarkeit von Aufsichtsratsmitgliedern einer Aktiengesellschaft	339

III. Der neue Tatbestand des § 404a AktG	341
1. Beschränkter Täterkreis	342
2. Tathandlung	343
a) § 404a Abs. 1 AktG	344
aa) § 404a Abs. 1 Nr. 1 AktG	344
(1) Begehung der Ordnungswidrigkeit des § 405 Abs. 3b AktG	344
(2) Handeln für einen Vermögensvorteil	346
bb) § 404a Abs. 1 Nr. 2 AktG	348
b) § 404a Abs. 2 AktG	348
aa) § 404a Abs. 2 Nr. 1 AktG	348
(1) Begehung des § 405 Abs. 3c AktG	349
(2) Handeln für einen Vermögensvorteil	349
bb) § 404a Abs. 2 Nr. 2 AktG	349
3. Subjektiver Tatbestand	350
E. Verletzung der Geheimhaltungspflicht – § 404 AktG	350
I. Allgemeines	350
II. Unbefugtes Offenbaren eines Geheimnisses der Gesellschaft – § 404 Abs. 1 AktG	351
1. Aufsichtsratsmitglieder als taugliche Täter	351
2. Geheimnis als Gegenstand der Tathandlung	351
3. Offenbarung des Geheimnisses als Tathandlung	352
4. Subjektiver Tatbestand	353
5. Rechtswidrigkeit	354
III. § 404 Abs. 2 AktG	355
IV. Verhältnis zu § 119 Abs. 3 WpHG (strafbarer Insiderhandel)	356
F. Insolvenzverschleppung	356
I. Vorbemerkung: Die Bedeutung der Insolvenzdelikte für die Aufsichtsratsmitglieder	356
1. Insolvenzdelikte des StGB	357
2. Nebenstrafrecht	358
II. Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft wegen Insolvenzverschleppung nach § 15a Abs. 4, 5 i.V.m. Abs. 3 InsO	359
1. Insolvenzantragspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern	359
a) Objektive Voraussetzungen	360
aa) Führungslosigkeit	360

bb) Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung	361
(1) Zahlungsunfähigkeit	361
(2) Überschuldung	363
b) Subjektive Voraussetzungen	365
2. Die Strafbarkeit der Aufsichtsratsmitglieder wegen Insolvenzverschleppung	365
a) Täterschaftliche Verantwortlichkeit	365
aa) Vorsätzliche Insolvenzverschleppung (§ 15a Abs. 4 InsO)	365
bb) Fahrlässige Insolvenzverschleppung (§ 15a Abs. 5 InsO)	368
b) Verantwortlichkeit als Teilnehmer	368
§ 5 Der Aufsichtsrat als Gremium – Grundsätze zur Begründung der individuellen Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder	370
A. Einführung	370
B. Beschluss zum Tätigwerden	370
I. Individuelle Pflichtverletzung und Kausalität bei rechtswidrigem Stimmverhalten	371
1. Rechtswidriges Votum und Ausführungsbedürftigkeit des Beschlusses	371
2. Kausalitätsfragen	372
II. Individuelle Pflichtverletzung bei rechtmäßigem Stimmverhalten	375
1. Teilnahme an der Abstimmung	375
2. Nichtverhinderung der Umsetzung eines rechtswidrigen Beschlusses	376
3. Mitwirkung an der Umsetzung eines rechtswidrigen Beschlusses	376
C. Unterlassen der notwendigen Maßnahmen durch den Aufsichtsrat	377
I. Beschluss zum Unterlassen	377
II. Verletzung der Initiativpflicht	378
D. Das besondere Problem der Stimmenthaltung	379
E. Ausschussbildung und Aufgabendelegation	381

Zweiter Teil: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von „vorrangig überwachungsverantwortlichen“ Verwaltungsratsmitgliedern in Griechenland	383
§ 1 Der Verwaltungsrat einer griechischen Aktiengesellschaft	383
A. Grundlagen	383
I. Entwicklung des griechischen Aktienrechts im Überblick: Vom Code de Commerce zum geltenden Gesetz Nr. 4548/2018	383
II. Die gesetzliche Festlegung des monistischen Systems – Die Aufgaben des Verwaltungsrats im Allgemeinen	384
III. Zusammensetzung, Bestellung und Abberufung	385
1. Zusammensetzung	385
2. Bestellung und Abberufung	386
a) Bestellung	386
b) Abberufung	387
c) Unterscheidung der Bestellung/Abberufung vom schuldrechtlichen Verhältnis	388
IV. Organschaftliche Pflichten der Verwaltungsratsmitglieder im Allgemeinen	388
1. Gesellschaftsrechtliche Sorgfaltspflicht	389
a) Der allgemeine Maßstab: Die Sorgfalt eines „ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsmanns“	389
b) Legalitäts-, Organisations- und Überwachungspflicht	389
c) Das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime	390
d) Weitere Pflichten	391
2. Organschaftliche Treuepflicht	392
B. Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugnis des einheitlichen Verwaltungsrats, kollegiales Handeln und Möglichkeit einer Kompetenzverteilung	392
I. Unterscheidung zwischen Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugnis	392
1. Vertretungsmacht	392
2. Geschäftsführungsbefugnis	393
II. Kollegiales Handeln und Aufgabenübertragung	394
1. Handeln „als Kollegialorgan“	394

2. Übertragung der Geschäftsführungsbefugnis und der Vertretungsmacht an „Ersatzorgane“ nach Art. 87 Abs. 1 G. 4548/2018	394
C. Die Unterscheidung zwischen geschäftsführenden und nicht geschäftsführenden Verwaltungsratsmitgliedern	398
I. Grundlagen: Die „Wurzeln“ der Unterscheidung in der Praxis und das Gesetz über die Corporate Governance	398
1. Die „Wurzeln“ der Unterscheidung in der Praxis	398
2. Das ältere Gesetz Nr. 3016/2002 über die Corporate Governance	399
3. Das neue Gesetz Nr. 4706/2020 über die Corporate Governance	400
II. Die Stellung der nicht geschäftsführenden Verwaltungsratsmitglieder	403
1. Überblick	403
2. Konkretisierung der Aufgaben der nicht geschäftsführenden Verwaltungsratsmitglieder	404
a) Strategische Rolle der nicht geschäftsführenden Verwaltungsratsmitglieder	404
b) Die Überwachungsaufgabe der nicht geschäftsführenden Verwaltungsratsmitglieder	405
aa) Allgemeines	405
bb) Zu überwachender Personenkreis	406
cc) Ausprägungen der Überwachungspflicht	407
(1) Informationspflicht	407
(2) Pflicht, gegen Gesetzesverletzungen und Unregelmäßigkeiten einzuschreiten	408
dd) Ausmaß der Überwachungspflicht	411
3. „Einfache“ Verwaltungsratsmitglieder von nicht börsennotierten Gesellschaften	412
§ 2 Die Untreuestrafbarkeit der nicht geschäftsführenden Verwaltungsratsmitglieder	413
A. Einführung	413

B. Allgemeine Probleme der Untreuedogmatik in Griechenland am Beispiel der Tätigkeit von nicht geschäftsführenden Verwaltungsratsmitgliedern	415
I. Der Objektive Tatbestand	415
1. Die nicht geschäftsführenden Verwaltungsratsmitglieder als Mitverwalter fremden Vermögens	415
2. Tathandlung	416
a) Untreuetheorien in Griechenland	416
aa) Die Anlehnung an die Missbrauchstheorie	416
bb) Der Anwendungsbereich des griechischen Untreuetatbestands	417
cc) Handeln ohne Vertretungsmacht	419
b) Verstoß gegen die Regeln einer sorgfältigen Verwaltung	421
aa) Gesellschaftsrechtlicher Prüfungsmaßstab	421
bb) Zusätzliche strafrechtliche Anforderungen	424
cc) Tatbestandsausschließendes Einverständnis	425
3. Taterfolg: Nachteil	428
II. Vorsatz	429
III. Strafbarer Untreueversuch	431
C. Untreurelevante Fallkonstellationen – Zugleich: Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme nach griechischem Strafrecht	432
I. Grundformen der Beteiligung in Griechenland – Allgemeine Regeln	432
1. Restriktiver Täterbegriff	432
2. Abgrenzung von (Mit-)Täterschaft und Teilnahme	433
a) Die Rechtslage unter dem grStGB a.F. (bis den 30.06.2019)	434
b) Die Abgrenzung nach dem geltenden grStGB	436
3. Der „unmittelbare“ Gehilfe – Unterscheidung vom „einfachen“ Gehilfen	437
a) Die Unterscheidung im grStGB a.F.	438
b) Die Teilnahmeform der Beihilfe im neuen grStGB	439
4. Konstellationen der mittelbaren Täterschaft im Überblick	442

II.	Die Konkretisierung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von nicht geschäftsführenden Verwaltungsratsmitgliedern – Die wichtigsten Fallkonstellationen	446
1.	Entscheidungen des Verwaltungsrats als Anknüpfungspunkt einer Untreuestrafbarkeit seiner Mitglieder	447
a)	Billigung untreuerelevanter Geschäfte der Gesellschaft mit Dritten	447
b)	Entscheidungen des Verwaltungsrats, die das Verhältnis der Gesellschaft mit Verwaltungsratsmitgliedern oder Direktoren betreffen	450
2.	Missbrauch durch Unterlassen	452
a)	Untreuerelevante Fallkonstellationen	452
b)	Beschluss zum Unterlassen und schlichtes Unterlassen	454
aa)	Beschluss zum Unterlassen	454
bb)	Schlichtes Unterlassen	454
c)	Verletzung der Überwachungspflicht durch Unterlassen in anderen Fallkonstellationen	458
3.	Aktive Teilnahme an Untreuehandlungen der geschäftsführenden Verwaltungsratsmitglieder oder Direktoren	460
4.	Berücksichtigung der besonderen Eigenschaften und Verhältnisse (Art. 49 Abs. 1 S. 1 grStGB)	461
III.	Besondere Probleme bei Kollegialentscheidungen	462
1.	Stellvertretung	463
2.	Das Problem der Haftung eines überstimmten nicht geschäftsführenden Verwaltungsratsmitglieds	464
D.	Antragserfordernis in bestimmten Fällen	465
§ 3	Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei der Verletzung gesellschaftsfremder Rechtsgüter	468
A.	Einführung in die Problematik – Das Problem der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Leitungspersonen eines wirtschaftlichen Unternehmens im Allgemeinen	468
I.	Lösungsansätze in Deutschland	469
II.	Lösungsansätze in Griechenland	472

B. Die Möglichkeit einer Unterlassungsstrafbarkeit der Verwaltungsratsmitglieder nach griechischem Strafrecht	475
I. Besondere Rechtspflichten der Verwaltungsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft in Bezug auf gesellschaftsfremde Rechtsgüter	475
1. Besondere Rechtspflichten im Überblick	475
2. Aufgabenverteilung und Konkretisierung der Handlungspflichten	479
II. Spezialvorschriften	482
1. Umweltstrafrecht	482
2. Strafrechtlicher Schutz der Wettbewerbswirtschaft	486
§ 4 Blick ins griechische Nebenstrafrecht	488
A. Tatbestände, deren Täter auch die nicht geschäftsführenden Verwaltungsratsmitglieder sein können	488
I. Das griechische Aktienstrafrecht	488
1. Art. 176 G. 4548/2018: Falsche oder irreführende Erklärungen gegenüber der Öffentlichkeit	488
2. Art. 177 G. 4548/2018: Gesetzesverletzungen der Verwaltungsratsmitglieder	489
3. Art. 179 G. 4548/2018: Verstöße gegen den reibungslosen Ablauf des Geschäftsbetriebs	491
4. Art. 180 G. 4548/2018: Verstöße betreffend die Einberufung und Beschlussfassung der Hauptversammlung	492
II. Das griechische Insolvenzstrafrecht	492
1. Bankrott	492
2. Die Verwaltungsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft als taugliche Täter eines Bankrotts nach griechischem Strafrecht	495
B. Tatbestände, die nur bestimmte Verwaltungsratsmitglieder als taugliche Täter nennen	498
Dritter Teil: Gesamtbetrachtung und wesentliche Ergebnisse	501
A. Konvergenz und Unterschiede der Corporate Governance- Systeme	501
I. Die historischen Wurzeln des Aufsichtsratssystems	501
II. Die Entwicklung des Aufsichtsratssystems	502

III. Konvergenz und Unterschiede der Corporate Governance-Systeme	506
1. Konvergenz	506
2. Unterschiede	508
B. Das Strafrecht als „Schlusstein der Kontrolle“ von Inhabern der Entscheidungs- oder Kontrollmacht in einem Unternehmen	509
I. Schutz des Vermögens der Gesellschaft	509
II. Unterlassungsdelikte	515
III. Das Nebenstrafrecht	517
IV. Die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung – Dargestellt am Beispiel des Insolvenzstrafrechts	520
V. Schluss	522
Literaturverzeichnis	523

Einführung und Grundlagen

A. Zur Themenstellung

Zahlreiche Unternehmenskrisen machen deutlich, dass es innerhalb von Großunternehmen immer wieder zu Straftaten kommt, die für das Unternehmen, seine Mitarbeiter und Gläubiger sowie die gesamte Gesellschaft grundlegende Folgen haben können. Dabei stellt sich die Frage nach der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Führungspersonen, die entweder durch aktives Tun oder durch Unterlassen einen Straftatbestand verwirklicht haben. Die vorliegende Arbeit befasst sich mit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der „Organmitglieder mit Kontrollbefugnissen“ einer Aktiengesellschaft. Dieser Begriff bezieht sich im Rahmen der vorliegenden Untersuchung aus deutscher Sicht auf die *Aufsichtsratsmitglieder* einer Aktiengesellschaft. Er knüpft an Art. 6 RL 2008/99/EG¹ sowie Art. 6 RL (EU) 2017/1371² an, wonach zu den Führungspersonen eines Unternehmens auch diejenigen gehören, die eine Führungsposition innerhalb der juristischen Person *aufgrund einer Kontrollbefugnis* innehaben. Diese Terminologie geht zurück auf Art. 3 Abs. 1 des Zweiten Protokolls zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und wurde auch dem § 30 Abs. 1 Nr. 5 OWiG zugrunde gelegt. In der Begründung zum Gesetz zur Ausführung des Zweiten Protokolls vom 19. Juni 1997 zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften heißt es:³

„Zu den Personen mit Kontrollbefugnissen in führender Position nach Artikel 3 Abs. 1 des Zweiten Protokolls gehören auch die Mit-

1 Richtlinie 2008/99/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt.

2 Richtlinie (EU) 2017/1371 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug.

3 BT-Drucks. 14/8998, S. 10 (Hervorhebung durch den Verf.); s. dazu auch *Rogall*, in: KK-OWiG, § 30 Rn. 84; s. ähnlich zu § 74e S. 1 Nr. 5 StGB *Heger*, in: Lackner/Kühl, § 74e Rn. 2: „Mitglieder des Aufsichtsrats“; vgl. ferner auch RegE zum Gesetz zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, S. 75. – Zur Erfassung von „Personen mit Kontrollbefugnissen“ vgl. auch *Tiedemann*, in: FS f. Nishihara, S. 496, 506 f. sowie Art. 15 der sog. „Europa-Delikte“.

glieder eines leitenden Aufsichts- oder Kontrollgremiums (vgl. Erläuternder Bericht, a.a.O., S. 11, linke Spalte), nach deutschem Recht also insbesondere die *Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft* (...).“

Zu den „Personen mit Kontrollbefugnissen“ in einem Unternehmen zählen freilich auch weitere Personen mit spezifischen Kontrollbefugnissen in einzelnen Bereichen (z.B. Finanzkontrolle oder Rechnungsprüfung),⁴ der „mit Leitungsbefugnissen ausgestattete Umweltbeauftragte“ sowie der sog. Compliance-Beauftragte und der Geldwäsche-Beauftragte,⁵ jedoch sind diese Personen keine *Organmitglieder* der Aktiengesellschaft – ihre strafrechtliche Verantwortlichkeit wird nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sein. Ferner ist zwar allgemein zu beachten, dass auch den Vorstand eine Pflicht zur Überwachung der Unternehmensmitarbeiter trifft,⁶ jedoch wird sich die vorliegende Arbeit nicht unmittelbar mit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Mitglieder des Leitungsorgans der Aktiengesellschaft befassen. Vielmehr wird aus deutscher Sicht die strafrechtliche Verantwortlichkeit der *Mitglieder des Aufsichtsrats* im Mittelpunkt stehen, dessen *hauptsächliche Aufgabe* darin besteht, *die Geschäftsführung zu überwachen* (§ 111 Abs. 1 AktG). Insbesondere seit der Finanz- und Wirtschaftskrise ab 2007, die erneut Zweifel an der Qualität der Aufsichtsrats-tätigkeit auslöste, hat diese Problematik, wie auch *Hopt/Roth* bemerken, ganz deutlich an Bedeutung und praktischer Relevanz zugenommen:⁷

„Die Anforderungen, die an die einzelnen Aufsichtsratsmitglieder gestellt werden, sind in den letzten Jahren enorm gestiegen. Von den Aufsichtsratsmitgliedern erwartet man eine umfassende Überwachung und zunehmend eine unternehmerische Beratung und Mitverantwortung. Die Zahl der einschlägigen höchstrichterlichen Judikate ist bis heute ganz erheblich angewachsen. Die Rechtsprechung und die Öffentlichkeit nehmen heute den Aufsichtsrat, seinen Vorsitzenden und auch die einzelnen Aufsichtsratsmitglieder zunehmend in die Pflicht und sanktionieren Fehlverhalten mit Kritik und Vertrauensentzug bis hin zu einer zivil- und strafrechtlichen Haftung, wie sie früher nicht vorstellbar gewesen wäre.“

4 S. auch BT-Drucks. 14/8998, S. 10; *Heger*, in: Lackner/Kühl, § 74e Rn. 2.

5 *Rogall*, in: KK-OWiG, § 30 Rn. 84.

6 S. nur BGHSt 61, 48, 63 f.

7 *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, Vorwort zu Band 5 (§§ 95-116), 5. Auflage, 2019.

Gerade in wirtschaftlichen Krisensituationen, die auch im Zuge der globalen Corona-Pandemie zu erwarten sind, kommt der Aufsichtsratsstätigkeit eine erhebliche Bedeutung zu. Es bestehen gesteigerte Überwachungspflichten und erweiterte Mitentscheidungsbefugnisse für den Aufsichtsrat. Aus diesen Gründen ist eine umfassende Untersuchung der Voraussetzungen und Grenzen einer strafrechtlichen Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern heute mehr denn je erforderlich und aktuell. Dabei beschränkt sich die vorliegende Arbeit nicht auf die deutsche Perspektive, sondern nimmt auch rechtsvergleichende Aspekte und internationale Entwicklungen in den Blick.

*B. Die Strafbarkeit von Aufsichtsratsmitgliedern im Spektrum der (Straf-)
Rechtswissenschaft und ihrer Herausforderungen*

I. Das „systematische Rechtsdenken“ als Grundlage

Eine derartige Thematik, die inhaltlich zwischen dem Strafrecht und dem Gesellschaftsrecht liegt, verlangt vom Rechtswissenschaftler die Erweiterung seines Blickfeldes über die „Grenzen“ jedes einzelnen Rechtsgebiets hinaus.⁸ Die einzelnen Probleme sind also nicht isoliert voneinander, sondern unter dem Aspekt eines „systematischen Rechtsdenkens“ zu betrachten,⁹ wonach sich die Lösungen nicht lediglich im Rahmen eines Rechtsgebiets, sondern innerhalb der Rechtsordnung „als Ganzes“¹⁰ harmonisch und widerspruchsfrei eingliedern lassen müssen. Wegweisend ist in diesem Zusammenhang bereits *Kants* Lehre vom Wissenschaftsbegriff gewesen:¹¹

„Eine jede Lehre, wenn sie ein System, das heißt ein nach Prinzipien geordnetes Ganze der Erkenntnis sein soll, heißt Wissenschaft (...) und, wenn die Verknüpfung der Erkenntnis in diesem System ein

8 Vgl. *Schilba*, Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 37; s. allg. zur Erforderlichkeit einer Erweiterung der Betrachtungsperspektive des Strafrechtswissenschaftlers *Hörnle*, in: Erinnerung an J. Vogel, S. 289, 295.

9 Dazu *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, S. 11 ff.

10 Zur Unterscheidung der „Rechtswissenschaft als Ganzes“ und „der einzelnen juristischen Teilgebiete“ s. *Hörnle*, in: FS 200 Jahre Juristische Fakultät der HU, S. 1265, 1267; vgl. *A. Rokas*, Insolvenzprophylaxe, S. 21 ff.

11 *Kant*, Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft – Vorrede, S. IV; s. dazu aus strafrechtlicher Sicht *Schünemann*, ZIS 2016, 654, 655 (insb. dort in Fn. 11).

Zusammenhang von Gründen und Folgen ist, so gar rationale Wissenschaft.“

II. Das Verhältnis zwischen Strafrecht und Gesellschaftsrecht

Nähert man sich der spezifischen Frage nach dem Verhältnis zwischen Strafrecht und Gesellschaftsrecht, so tritt die bis heute ungebrochene Bedeutung und Aktualität der systematischen Herangehensweise besonders deutlich zutage. In den letzten Jahren wird mehrfach die Besorgnis geäußert, dass die Wertungen des einen Rechtsgebiets von den Anwendern des jeweils anderen nicht hinreichend berücksichtigt, ja sogar in einigen Fällen missachtet werden.¹² Unter dem Aspekt eines systematischen Rechtsdenkens besteht das Bedürfnis, eventuelle Spannungsfelder zwischen den Rechtsgebieten aufzulösen, um das Prinzip der Wertungskonsistenz sicherzustellen. Ebenso wichtig ist es aber auch, den „qualitativen Unterschied“¹³ der Rechtsgebiete und insbesondere die im Strafrecht geltenden rechtsstaatlichen Prinzipien zu beachten.

1. Rechtsgeschichtliche Entwicklung

Ein derartiges Vorhaben ist historisch nicht immer erwünscht und jedenfalls nicht selbstverständlich gewesen. Selbst ein kurzer Einblick in die rechtsgeschichtliche Entwicklung des Verhältnisses zwischen Strafrecht und Zivil- bzw. Gesellschaftsrecht bestätigt diesen Befund, prallen doch fundamental unterschiedliche Auffassungen aufeinander:¹⁴

Relativ früh erschien zwar zur Beschreibung der Beziehung des Strafrechts zu anderen Rechtsgebieten der auf *Binding* zurückgehende Begriff

12 Vgl. zu dieser Besorgnis aus gesellschaftsrechtlicher Sicht *Bachmann*, in: FS f. Beulke, S. 1259, 1262; *Hopt*, ZIP 2013, 1793, 1804 f.; *Lutter*, NZG 2010, 601 ff.; *Merkt*, ZGR 2016, 201 ff.: „Befürchtung einer Überformung bzw. Verfremdung des Gesellschaftsrechts“.

13 *Hirsch*, in: FS f. Engisch, S. 304, 315. – Zur qualitativen Besonderheit des Strafrechts s. zutr. *Heger*, ZevKR 61 (2016), S. 109: „Vielmehr gehört zum Wesen der Strafe die Zufügung eines Übels verbunden mit der sozialetischen Missbilligung des bestraften Verhaltens.“ Dazu auch *Kühl*, in: FS f. Eser, S. 149 ff.

14 Zur folgenden Darstellung der historischen Entwicklung vgl. schon *Lüderssen*, in: FS f. Eser, S. 163, 164 ff.; *Schilba*, Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 37 ff.; *M. Wagner*, Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts, S. 57 ff.

der „Akzessorietät“ des Strafrechts,¹⁵ dessen Inhalt aber – wie *Kühl* zutreffend anmerkt – jahrelang unklar geblieben ist.¹⁶ In entgegengesetzter Richtung lag der Ansatz von *Robert von Hippel*. Er bezeichnete das Strafrecht als „grundlegend wichtigen“, „gleichberechtigten Teil der Rechtsordnung“ und wies nachdrücklich auf seine „Selbständigkeit“ hin.¹⁷ Die These von der absoluten Selbständigkeit des Strafrechts erreichte später ihren – aus rechtsstaatlicher Sicht verhängnisvollen – Höhepunkt in der Zeit des Nationalsozialismus. Schon im Jahre 1936 verkündete *R. Freisler* emphatisch die damals angestrebte „Befreiung aus den Ketten der überkommenen zivilistisch ausgerichteten Denkweise.“¹⁸ Mithin verwundert es nicht, dass nur zwei Jahre später *H. J. Bruns* für „die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken“ plädierte und eine „selbständige, spezifisch strafrechtliche Auslegungs- und Begriffsbildungsmethodik“ unter Berücksichtigung des „gesunden Volksempfindens“ forderte.¹⁹

Eine absolute Absonderung des Strafrechts von der übrigen Rechtsordnung hat sich jedoch in der neueren Rechtsdogmatik zu Recht nicht durchsetzen können. Maßgebend ist die *K. Engisch*²⁰ zu verdankende Formulierung des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung gewesen. Danach werden widersprüchliche Urteile zwischen den unterschiedlichen Rechtsgebieten über die Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit desselben Verhaltens als unzulässig bewertet, was durchaus überzeugt, weil sonst das verfassungsrechtliche Gebot der Rechtssicherheit²¹ sowie das Vertrauen des Bürgers in die „Vernünftigkeit“ und „Folgerichtigkeit“ des Rechtssystems stark erschüttert worden wären.²² Nach *Canaris* würden Verstöße gegen das „Gebot wertungsmäßiger Folgerichtigkeit“ sogar die Rechtsidee selbst verletzen.²³ Deshalb ist zu Recht anerkannt, dass die „zivilrechtliche

15 *Binding*, Handbuch des Strafrechts, S. 9 f.: „accessorischer Rechtsteil“ – „das Strafrecht darf nicht isoliert betrachtet werden“.

16 Dazu *Kühl*, in: FS f. Lackner, S. 815, 826: „Trotz seiner Gebräuchlichkeit ist der Begriff aber in besonderem Maße missverständlich geblieben.“

17 *von Hippel*, Deutsches Strafrecht, Bd. 1, S. 31 f.

18 *Freisler*, DJ 1936, 1568, 1574; dagegen *Hoyer*, in: FS f. Kreuzt, S. 691 ff.

19 *Bruns*, Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken, 1938. Dagegen *Lüderssen*, in: FS f. Hanack, S. 487 ff.; *Hoyer*, in: FS f. Kreuzt, S. 691 ff.

20 *Grundlegend Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935.

21 Dazu *Bub*, in: FS f. Gauweiler, S. 577, 578 ff.

22 Vgl. *Cramer*, Vermögensbegriff, S. 112 f.; (in Bezug auf die Strafbarkeit von Aufsichtsratsmitgliedern) zust. *Poseck*, Die strafrechtliche Haftung, S. 22 ff.; *Schilba*, Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 41; allg. *M. Wagner*, Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts, S. 43 ff.

23 *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, S. 16 ff.

Vorförmung“ vom Strafrecht beachtet werden muss.²⁴ Dieser Standpunkt entspricht der heute absolut herrschenden Meinung, die zutreffend betont, dass ein zivilrechtlich zulässiges Verhalten keinesfalls strafbar sein kann.²⁵

2. Der aktuelle Streit – Am Beispiel des Untreuetatbestands

Jenseits dieses elementaren Grundsatzes besteht jedoch, was das Verhältnis zwischen Strafrecht und Zivilrecht anbelangt, immer noch keine Einigkeit:

a) Streit über die Akzessorietät in § 266 StGB

Das wird insbesondere bei der Auslegung des Untreuetatbestands (§ 266 StGB) deutlich:

Eine verbreitete Ansicht geht unter Berufung auf das Subsidiaritätsprinzip²⁶ und die Funktion des Strafrechts als „ultima ratio des Rechtsgüterschutzes“²⁷ von einer „asymmetrischen“ bzw. „limitierten“ Akzessorietät des Strafrechts aus:²⁸ Während ein zivilrechtlich erlaubtes Verhalten keinesfalls strafbar sein könne, begründe ein zivilrechtlich verbotenes Verhalten keinesfalls automatisch die strafrechtliche Verantwortlichkeit, denn für

24 So Cramer, Vermögensbegriff, S. 132; zust. Hirsch, ZStW 81 (1969), 917, 947 f. und 953, der sich gegen die „verbreitete Neigung, die übrige Rechtsordnung, namentlich das Zivilrecht, souverän zu ignorieren“ ausspricht; vgl. auch Ransiek/Hüls, ZGR 2009, 157, 162.

25 BVerfGE 126, 170, 204; Bachmann, in: FS f. Beulke, S. 1259, 1263; Dierlamm, StraFo 2005, 397, 398; Hoyer, in: FS f. Kreuzt, S. 691, 692; Kraatz, ZStW 123 (2011), 447, 449 f.; Lüderssen, in: FS f. Lampe, S. 727, 728 f.; ders., in: FS f. Eser, S. 163, 170; Lutter, NZG 2010, 601, 603; Saliger, HRRS 2006, 10, 14; Schünemann, NSStZ 2005, 473, 474; Volk, in: FS f. Hamm, S. 803, 804 f. – Vgl. Art. 14 schwStGB: „Wer handelt, wie es das Gesetz gebietet oder erlaubt, verhält sich rechtmäßig, auch wenn die Tat nach diesem oder einem andern Gesetz mit Strafe bedroht ist.“

26 Dazu allg. Köhl, in: FS f. Stöckel, S. 117, 118 und 132.

27 Dazu allg. Köhl, in: Lackner/Kühl, vor § 13 Rn. 3 f.; Roxin/Greco, AT I, § 2 Rn. 97.

28 S. etwa Lüderssen, in: FS f. Lampe, S. 727, 728 f.; ders., in: FS f. Eser, S. 163, 170; ebenso Beulke, in: FS f. Eisenberg, S. 245, 252 f.; Günther, in: FS f. Weber, S. 311, 314; Dierlamm, in: MüKo-StGB, § 266 Rn. 14 und 173 f.; ders., StraFo 2005, 397, 398; Dittrich, Untreuestrafbarkeit, S. 35; Saliger, in: SSW-StGB, § 266 Rn. 33; Schilba, Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 42; kritisch aber gegenüber der Akzessorietätsthese Greco, GA 2019, 684, 695 ff.

die Letztere sei eine zusätzliche strafrechtliche Prüfung anhand eigenständiger restriktiver Kriterien erforderlich.

Schünemann bevorzugt stattdessen eine „Zivilrechtsaffinität“ des Strafrechts.²⁹ Auch er erkennt den Grundsatz an, dass ein zivilrechtlich zulässiges Verhalten nicht bestraft werden kann. Allerdings hält *Schünemann* es für verfehlt, bei der Prüfung der Untreuestrafbarkeit nach § 266 StGB die primäre zivilrechtliche Pflichtverletzung als Ausgangspunkt zu setzen und anschließend für das Strafrecht noch einmal „draufzusatteln“, also auf einer zweiten Stufe eine besondere „Höhenmarke“ (im Sinne einer strafrechtlich „gravierenden Pflichtverletzung“) zu verlangen. Vielmehr sei direkt auf die „Unrechtsmaterie“ des Untreuetatbestands, d.h. „die vorsätzliche Schädigung anvertrauten fremden Vermögens“, abzustellen. Eine zivilrechtliche Erlaubnis wirke im Strafrecht allgemein als Rechtfertigungsgrund bzw. speziell bei § 266 StGB als Tatbestandsausschlussgrund.

Richtigerweise ist von einer Akzessorietät des Untreuetatbestands auszugehen, denn das Merkmal der Pflichtverletzung knüpft an außerstrafrechtliche Normen bzw. Normkomplexe und Wertungen an.³⁰ Verhaltenspflichten, die vom Zivilrecht bzw. Gesellschaftsrecht geregelt werden, dürfen dabei nicht im Rahmen des § 266 StGB ausgeweitet oder zu Lasten des Bürgers autonom modifiziert werden.³¹ Aus dem strafrechtlichen Tatbestand, aus seinem Schutzzweck oder aus grundlegenden rechtsstaatlichen Prinzipien, wie dem Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG), können sich jedoch zusätzliche Voraussetzungen für die Begründung der Strafbarkeit ergeben.³² Die Frage, ob und inwiefern als einschränkendes Erfordernis auch das Merkmal der aus strafrechtlicher Sicht „gravierenden Pflichtverletzung“ in § 266 StGB zu verlangen ist, wie die Anhänger der These von der „asymmetrischen“ Akzessorietät meinen, soll an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden. Es handelt sich um eine spezifische Frage der Untreuedogmatik, die später³³ zusammen mit den anderen dogmatischen Problemen des § 266 StGB eingehend zu analysieren ist.

29 *Schünemann*, in: LPK-Untreue, Rn. 109 f., dort auch zum folgenden Text.

30 BVerfGE 126, 170, 204; s. auch *Ransiek/Hüls*, ZGR 2009, 157, 161 ff.; *Tiedemann*, in: FS f. Tröndle, S. 319, 326. Kritisch zur Terminologie („Akzessorietät“) *Krell*, in: FS f. Rengier, S. 261, 269.

31 Vgl. *Schramm*, Untreue und Konsens, S. 122.

32 Vgl. *Hoffmann*, Untreue und Unternehmensinteresse, S. 33.

33 S. ausführlich unten Teil 1, § 2.1, B., II., 3., c), cc).

b) Das Problem der Auslegungskompetenz des Strafrichters in Bezug auf Fragen des Gesellschaftsrechts

Wer aber meinte, die bereits aufgezeigten Probleme in Bezug auf das Verhältnis zwischen dem Strafrecht und dem Gesellschaftsrecht seien die einzigen, die aus systematischer Sicht auftreten, wird sich doch mit weiteren Schwierigkeiten konfrontieren müssen. Auch wenn Einigkeit zumindest über die Grundformel besteht, dass ein zivilrechtlich erlaubtes Verhalten nicht strafbar sein kann, stellt sich ferner die Frage, inwiefern der Strafrichter, soweit es im Rahmen einer strafrechtlichen Prüfung auf die Auslegung von Normen des Zivilrechts ankommt, von der dafür entwickelten zivilrechtlichen Rechtsprechung abweichen, also eine eigene Auslegung dieser Normen bevorzugen darf.³⁴ Darüber hinaus kommen Fälle vor, in denen gesellschaftsrechtlich ungeklärte Fragen zum ersten Mal im Rahmen eines Strafprozesses gerichtlich zu beantworten sind.³⁵ Ein anschauliches Beispiel dafür ist der Fall „*Mannesmann*“³⁶ gewesen, in dem der 3. Strafsenat des BGH die damals vom Aufsichtsrat der Mannesmann AG freiwillig bewilligten nachträglichen Anerkennungsprämien an Vorstandsmitglieder als „dem Grunde nach unzulässig“ bewertete, obwohl die Frage nach der Zulässigkeit derartiger Anerkennungsprämien in der gesellschaftsrechtlichen Rechtsprechung des BGH bis zu diesem Zeitpunkt noch unentschieden war und solche Prämien nach einer im aktienrechtlichen Schrifttum stark vertretenen Ansicht im Prinzip – bei Einhaltung der Angemessenheitsgrenze (§ 87 AktG) – als zulässig eingestuft wurden.³⁷

Den richtigen Ausgangspunkt zur Beantwortung dieser Frage stellt die Auslegungs- und Entscheidungskompetenz des Strafrichters nach § 262 Abs. 1 StPO dar: Hängt die Strafbarkeit einer Handlung von der Beurteilung eines bürgerlichen Rechtsverhältnisses ab, so entscheidet das Strafgericht auch über dieses nach den für das Verfahren und den Beweis in

34 Vgl. zur Problematik bereits *Dreher*, AG 2006, 213 ff.; *Hopt*, ZIP 2013, 1793, 1805; *Merkt*, ZGR 2016, 201, 202 ff. – Vgl. ferner auch *Jahn/Ziemann*, in: *Leitner/Rosenau*, § 266 StGB Rn. 15 ff.: „normative Ambivalenzen der zu bewertenden unternehmerischen Entscheidung“ wegen der „Komplexität“, der „interpretativen Offenheit“ und der „Unvollständigkeit des außerstrafrechtlichen Primärrechts“.

35 Dazu *Merkt*, ZGR 2016, 201, 202; *Perron*, GA 2009, 219, 226; *ders.*, ZGR 2016, 187, 199; *Theile*, ZIS 2011, 616, 620.

36 BGHSt 50, 331 ff.

37 Vgl. dazu *Bachmann*, in: FS f. Beulke, S. 1259, 1262 f. und 1270; *Dauner-Lieb*, in: FS f. Binz, S. 152, 154 ff.; *Loos*, in: FS f. Wessing, S. 275, 277; *Seibt/Schwarz*, AG 2010, 301, 308 f.; *Theile*, ZIS 2011, 616, 620.

Strafsachen geltenden Vorschriften. Eine Meinung³⁸ schließt sogar daraus, dass der Strafrichter völlig frei sei, auch entgegen der zivilrechtlichen Rechtsprechung und Literatur zu entscheiden, soweit er seine abweichende Auffassung begründe; es bestehe nämlich nur eine *Zivilrechts-*, nicht aber eine *Zivilgerichts-* bzw. *Zivilrechtlerakzessorietät*.³⁹ Ebenso wenig sei nach dieser Ansicht der Strafrichter gehalten, die günstigste Auslegung für den Angeklagten zu bevorzugen, da der Grundsatz „*in dubio pro reo*“ in Rechtsfragen keine Anwendung finde.

Obwohl es natürlich zutrifft, dass der Strafrichter im Rahmen des Strafverfahrens zur Auslegung des Zivilrechts befugt ist, darf nicht in Vergessenheit geraten, dass bei der Beantwortung von komplexen⁴⁰ ungeklärten Fragen des Gesellschaftsrechts dem verfassungsrechtlich verankerten Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) eine besondere Bedeutung zukommt. Zugleich darf nicht verkannt werden, dass die Bestimmtheit des Untreuetatbestands durch die Anknüpfung des Merkmals der Pflichtwidrigkeit an erheblich unbestimmte Generalklauseln des Gesellschaftsrechts ins Wanken geraten kann.⁴¹ Der Strafrichter muss deshalb im Rahmen der Prüfung, ob eine untreuerelevante Pflichtverletzung vorliegt, unbestimmte Begriffe und Generalklauseln des Gesellschaftsrechts, z.B. „die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften“ Aufsichtsratsmitglieds oder das „Wohl der Gesellschaft“ (vgl. §§ 116, 93 Abs. 1 AktG), – wie auch das BVerfG⁴² zu Recht betont – durch *restriktive* Auslegung in einer dem Bestimmtheitsgrundsatz Rechnung tragenden Weise konkretisieren.⁴³ Dabei ist das Gebot der Erkennbarkeit und der Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit nicht erst auf subjektiver (d.h. auf Irrtumsebene), sondern *bereits auf objektiver* Ebene zu beachten.⁴⁴ Nur *evident unvertretbare* Handlungen dürfen

38 So etwa *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887, 913 ff.; ebenso *Jahn/Ziemann*, ZIS 2016, 552, 553 und 556 ff.; vgl. auch *Woblers*, ZStW 123 (2011), 791, 802 ff.

39 *Samson*, in: Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2004, S. 109, 112; ihm zust. *Saliger*, in: SSW-StGB, § 266 Rn. 34.

40 Zur „Komplexität“ im Wirtschaftsstrafrecht s. allg. *Jahn/Ziemann*, ZIS 2016, 552, 555; *Ransiek/Hüls*, ZGR 2009, 157, 162; *Volk*, in: FS f. Hamm, S. 803, 804. – Vgl. ferner zur Komplexität der Sachverhalte *Lindemann*, Voraussetzungen und Grenzen, S. 11 ff.

41 Vgl. BVerfGE 126, 170, 204 f.; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, Rn. 253 ff.

42 BVerfG 126, 170, 198 f.

43 S. auch *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, Rn. 258; *ders.*, in: FS f. Weber, S. 319, 325 f.

44 Zutr. *Tiedemann*, ZIP 2004, 2056; *ders.*, Wirtschaftsstrafrecht, Rn. 253 ff. (insb. Rn. 258); ebenso (mit Blick auf das *ultima ratio* Prinzip) *Beulke*, in: FS f.

die Strafbarkeit begründen.⁴⁵ Diese Grundsätze gelten übrigens nicht nur bei der Auslegung des Untreuetatbestands, sondern auch im Nebenstrafrecht.⁴⁶ Insgesamt hat *Tiedemann* den Standpunkt formuliert, dass zum einen im Falle unternehmerischer Entscheidungen „jedes wirtschaftlich irgendwie sinnvolle oder vertretbare Ziel (...) als legitim (nicht pflichtwidrig) hingenommen werden muss“ und zum anderen „ungesicherte Rechtsentwicklungen und vorläufige Übergangszonen des Zivil- und Wirtschaftsrechts als (noch) nicht strafbar zu behandeln sind.“⁴⁷ Dadurch wird der zutreffende Gedanke zum Ausdruck gebracht, dass der Strafrichter die aus *ex ante* Sicht rechtliche Vertretbarkeit der vom Bürger präferierten Sichtweise nicht übersehen darf – vielmehr ist in solchen Fällen von einem objektiv (noch) pflichtgemäßen Verhalten auszugehen.⁴⁸

Gleichwohl darf dies nicht zu einem Automatismus derart führen, dass jede einzelne beliebige Mindermeinung im Gesellschaftsrecht über die Zulässigkeit des Verhaltens zum Freispruch führen müsste.⁴⁹ Vertritt man diesen Standpunkt oder die Ansicht, dass der Strafrichter im Falle unklarer Rechtsfragen des Gesellschaftsrechts auf eine eigene Entscheidung völlig verzichten sollte,⁵⁰ würde der strafrechtliche Schutz der Rechtsgüter sehr oft ins Leere laufen.⁵¹ Überzeugender ist es, für die Bejahung einer objektiven „Unvertretbarkeit“ zwar *keinen einheitlichen*, zumindest aber *einen überwiegenden Konsens* der im Gesellschaftsrecht Sachkundigen zu verlan-

Eisenberg, S. 245, 251 f.; zust. *Bachmann*, in: FS f. Beulke, S. 1259, 1269 f.; *Loos*, in: FS f. Wessing, S. 275, 277 f.; *Seibt/Schwarz*, AG 2010, 301, 308 f.

45 BVerfG 126, 170, 204 f. und 210; ebenso *Perron*, in: Schönke/Schröder, § 266 Rn. 19b; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, Rn. 256 ff.

46 Vgl. *Tiedemann*, in: FS f. Dünnebier, S. 519, 531 ff.; *ders.*, Wirtschaftsstrafrecht, Rn. 253 ff.

47 *Tiedemann*, in: FS f. Tröndle, S. 319, 328; zust. *Schilha*, Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 283; skeptisch *Bosch/Lange*, JZ 2009, 225, 235 f.

48 So auch *Bachmann*, in: FS f. Beulke, S. 1259, 1269 f.; *Beulke*, in: FS f. Eisenberg, S. 245, 251 f.; *Dierlamm*, StraFo 2005, 397, 400; *ders.*, in: MüKo-StGB, § 266 Rn. 173; *Seibt/Schwarz*, AG 2010, 301, 308 f.; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, Rn. 262; *Wessing/Krawczyk*, NZG 2010, 1121, 1122 f.

49 Wie hier zutr. *Bachmann*, in: FS f. Beulke, S. 1259, 1270; *Loos*, in: FS f. Wessing, S. 275, 277 im Anschluss an *Seibt/Schwarz*, AG 2010, 301, 308 („nicht bloß vereinzelte“ Auslegung). Vgl. aber *Otto*, in: FS f. Kohlmann, S. 187, 202 und *Zech*, Untreue, S. 216 ff., die einen „einheitlichen Konsens“ über die Unvertretbarkeit verlangen.

50 Zu Recht ablehnend *Jahn/Ziemann*, in: Leitner/Rosenau, § 266 StGB Rn. 27.

51 Insoweit zutr. *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887, 915; *Schilha*, Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 283; *Wohlens*, ZStW 123 (2011), 791, 802 f.; *Eibach/Scholz*, ZStW 133 (2021), 685, 712.

gen.⁵² Gerade hier erweist sich die Unentbehrlichkeit einer die einzelnen Fachgebiete überschreitenden Rechtsdogmatik, die nicht nur „intellektuelle Kontrolle“ auf die „von Richtern gefällten Entscheidungen“ ausüben muss,⁵³ sondern auch in systematisch konsequenter Weise diejenigen Fälle aufzuzeigen hat, in denen ein derartiger Konsens vorliegt.

c) Möglichkeit eigenständiger Lösungen im Strafrecht?

Bezogen auf die Strafbarkeit von Aufsichtsratsmitgliedern taucht die Frage nach dem Verhältnis zwischen dem Strafrecht und dem Gesellschaftsrecht jedoch nicht nur im Bereich der Untreuedogmatik auf.⁵⁴ So stellt sich neben der praktisch sehr wichtigen Problematik der Untreuestrafbarkeit von Aufsichtsratsmitgliedern auch die Frage nach ihrer Unterlassungsstrafbarkeit, insbesondere in den Fällen, in denen sie betriebsbezogene Straftaten des Vorstands, die aus dem Unternehmen heraus zu Lasten Dritter begangen werden, nicht verhindern.⁵⁵ Das Problem der Garantenstellung von Organmitgliedern ist freilich insbesondere im Gesellschaftsrecht allgemein sehr umstritten und wird teilweise anders als im Strafrecht beantwortet.⁵⁶ Sofern es sich um Fragen handelt, die zivilrechtlich nicht abschließend geregelt werden, ist zu beachten, dass dem Strafrecht Raum für einen eigenständigen Schutz der Rechtsgüter verbleibt.⁵⁷ So ist – wie noch gezeigt werden soll – eine strafrechtlich weitgehend anerkannte und gut begründete individuelle Überwachungsgarantenstellung der Organmitglieder einer juristischen Person auch im Zivilrecht über § 823 Abs. 2 BGB grundsätzlich zu beachten.⁵⁸

52 Vgl. *Dittrich*, Untreuestrafbarkeit, S. 212; *Schilba*, Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 283; *Schramm*, Untreue und Konsens, S. 140.

53 So zutr. in Bezug auf die Strafrechtswissenschaft *Schünemann*, ZIS 2016, 654, 664.

54 Vgl. weitere Beispiele bei *Merkt*, ZGR 2016, 201, 217 f.

55 Dazu ausführlich unten Teil 1, § 3, B., I., 2.

56 Vgl. *Kuhlen*, NZWiSt 2015, 161 ff.; *Merkt*, ZGR 2016, 201, 204. Näher dazu unten Teil 1, § 3, B., I., 1., c).

57 Vgl. *Schilba*, Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 39 f.

58 S. zu diesem Problem eingehend unten Teil 1, § 3, B., I., 1., c).

III. Internationale und europäische Aspekte

Eine weitere Herausforderung ist die starke *Internationalisierung* und *Europäisierung* des Rechts, die – heutzutage unumgänglich – sowohl das Gesellschaftsrecht als auch das Wirtschaftsstrafrecht betrifft.⁵⁹ In einem europaweit „homogenen Wirtschaftsraum“ ist der Blick des (Wirtschafts-)Strafrechtswissenschaftlers nicht nur über die Grenzen des eigenen Rechtsgebiets, sondern auch über die Grenzen des nationalen Rechtsraums von vordringlicher Bedeutung.⁶⁰ Es stellt sich dabei stets die Frage, ob die nationalen Lösungen gemessen an den Problemstellungen und Maßstäben der anderen Rechtsordnungen wirklich sachgerecht sind, ebenso wie die Frage, ob Verbesserungsmöglichkeiten für das nationale Recht bestehen.⁶¹ Darüber hinaus ist die Strafrechtsvergleichung „in einem Europa heutigen Zuschnitts, in dem sich zunehmend eine europäische Strafrechtswissenschaft und eine transnationale Strafrechtsdiskussion herausbildet“⁶² eine unverzichtbare Methode zur Formulierung von allgemeinen Prinzipien und zur Weiterentwicklung des (Wirtschafts-)Strafrechts auf EU-Ebene.⁶³

Das gilt auch in Bezug auf die Problematik der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Aufsichtsratsmitgliedern einer Aktiengesellschaft. Richtet man den Blick ins Ausland, so fällt auf, dass – im Gegensatz zum deutschen „dualistischen“ *Corporate-Governance*-System, das durch die zwingende Trennung zwischen einerseits dem Vorstand als Leitungs-, Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan der Aktiengesellschaft (§§ 76 ff. AktG) und andererseits dem Aufsichtsrat als Überwachungsorgan (§ 111 AktG) gekennzeichnet wird – zahlreiche ausländische Rechtsordnungen diese Trennung zwischen den beiden Organen nicht kennen. Nach dem international vorherrschenden „One-Tier“ bzw. „monistischen“ System, das in vielen anderen Ländern – vor allem in *Großbritannien*, aber auch in *Belgien*, *Griechenland*, der *Schweiz* und *Spanien* – gilt,⁶⁴ hat die Aktiengesellschaft nur ein einheitliches Verwaltungsorgan („Board“ oder „Verwal-

59 Vgl. *Beckemper*, ZStW 131 (2019), 1105, 1109 ff.

60 S. auch *Tiedemann*, in: Strafrecht und Rechtsstaat, S. 69, 71; vgl. *Heger*, Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts, S. 63 ff.

61 Vgl. *Satzger*, in: Erinnerung an J. Vogel, S. 277, 283.

62 *Satzger*, in: Erinnerung an J. Vogel, S. 277, 280; vgl. schon *Heger*, Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts, S. 7: „rechtsvergleichend angelegte europäische Strafrechtsdogmatik“.

63 S. auch *Tiedemann*, in: Strafrecht und Rechtsstaat, S. 69, 78; vgl. *Vogel*, JZ 2012, 25, 29 f.; *Hörnle*, in: Erinnerung an J. Vogel, S. 289, 303 ff.

64 *Hopt*, EuZW 2016, 201 f.

tungsrat“).⁶⁵ Allerdings besteht nach internationalem Vorbild zumindest bei börsennotierten Gesellschaften eine interne Unterscheidung zwischen geschäftsführenden und nicht geschäftsführenden Mitgliedern des einheitlichen Verwaltungsorgans, wobei sich die geschäftsführenden aktiv mit der Geschäftsführung beschäftigen, während die nicht geschäftsführenden vorrangig Überwachungsaufgaben wahrnehmen und verschiedenen Ausschüssen (z.B. *Audit Committee*, *Nomination Committee*) angehören.⁶⁶ Üblich ist im monistischen System ferner, dass Manager oder ein exekutiver Ausschuss die laufende Geschäftsführung übernehmen – der Board bzw. der Verwaltungsrat bleibt aber für die Oberleitung der Gesellschaft und die Überwachung dieser Personen verantwortlich.⁶⁷

In vielen Ländern besteht heutzutage die Möglichkeit zur Wahl zwischen den beiden Systemen. So wurde z.B. in *Frankreich*, wo zunächst nur das monistische System galt und in der Praxis immer noch vorherrscht, schon im Jahre 1966 das dualistische System als alternative Form der Organisationsverfassung eingeführt.⁶⁸ Ein Wahlrecht sehen ferner *Italien*, *Litauen*, *Luxemburg*, die *Niederlande*, *Portugal* sowie *Slowenien* vor und auch auf EU-Ebene ist das Wahlrecht zwischen den beiden Systemen bei der *Societas Europaea* zwingend vorgesehen.⁶⁹

Eigentlich verfolgen beide *Corporate Governance*-Modelle dasselbe Ziel, nämlich die Sicherstellung einer möglichst effektiven Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft.⁷⁰ Die konkrete Verwaltungsstruktur der Aktiengesellschaft kann jedoch eine wichtige Rolle für die Bestimmung der Rechte und Pflichten sowie der Haftungsrisiken der Organmitglieder spielen,⁷¹ was natürlich auch im Rahmen einer strafrechtlichen Prüfung nicht unberücksichtigt bleiben darf. Unter diesem Aspekt soll in der vorliegenden Arbeit die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder einer deutschen Aktiengesellschaft mit der strafrechtlichen Ver-

65 S. nur *Kort*, in: Großkomm. AktG⁵, vor § 76 Rn. 2.

66 *Kort*, in: Großkomm. AktG⁵, vor § 76 Rn. 2; *Leyens*, Information des Aufsichtsrats, S. 51 f.

67 Vgl. *Hopt*, ZGR 2019, 507, 516 f.; *Kort*, in: Großkomm. AktG⁵, vor § 76 Rn. 2.

68 Dazu *Teichmann*, ZGR 2001, 645, 663 f.

69 *Hopt*, EuZW 2016, S. 201. Vgl. die Zusammenstellung des in jedem EU-Land geltenden Systems in einer Untersuchung für die Europäische Kommission bei *Gerner-Beuerle/Paech/Schuster*, Study on Directors's Duties and Liability, 2013.

70 Vgl. *Leyens*, Information des Aufsichtsrats, S. 1.

71 Vgl. *Gerner-Beuerle/Paech/Schuster*, Study on Directors's Duties and Liability, S. 3.

antwortlichkeit der „vorrangig überwachungsverantwortlichen“⁷² nicht geschäftsführenden Verwaltungsratsmitglieder einer nach dem monistischen Modell organisierten Aktiengesellschaft verglichen werden. Dabei wird als Vergleichsmaßstab das griechische Recht herangezogen. Da in Griechenland, was das Gesellschaftsrecht anbelangt, traditionell dem monistischen Verwaltungsratsmodell gefolgt wird,⁷³ zugleich aber die griechische Strafrechtswissenschaft mit der deutschen eng verbunden ist,⁷⁴ wird die Untersuchung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verwaltungsratsmitglieder in Griechenland letztlich zeigen, wie sich ein dem deutschen verwandtes Strafrechtssystem mit dem monistischen Verwaltungsratsmodell auseinandersetzen kann. Bemerkenswert ist, dass in Griechenland im Jahre 2019 sowohl ein neues Aktiengesetz als auch ein neues Strafgesetzbuch in Kraft getreten sind; beide werden in der vorliegenden Arbeit berücksichtigt. Seit dem 17.07.2021 gilt zudem in Griechenland für börsennotierte Aktiengesellschaften ein neues Gesetz über die Corporate Governance. Aus der rechtsvergleichenden Untersuchung sind schließlich allgemeine Schlüsse über die wichtigsten Grundsätze und die aktuellen Entwicklungen im Bereich der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Aufsichtsrats- und Verwaltungsratsmitgliedern einer Aktiengesellschaft zu ziehen.

IV. Gegenstand und Gang der Untersuchung

Die bisherige Einführung liefert erste Ansätze über die Herausforderungen, die für den Strafrechtswissenschaftler bei der Untersuchung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft bestehen. In den folgenden Kapiteln sollen die einzelnen Probleme analysiert werden. *Tiedemann* hat bereits in seiner grundlegenden

72 S. zu diesem Begriff mit Blick auf das englische Board-Modell *Leyens*, Information des Aufsichtsrats, S. 51.

73 *N. Rokas*, Handelsgesellschaften, § 32 Rn. 2.

74 Vorbild des nach der Errichtung des neugriechischen Staates verfassten (bis Ende 1950 geltenden) griechischen Strafgesetzes aus dem Jahre 1834 – ein Werk des deutschen *Georg Ludwig von Maurer* – sind das bayerische StGB von 1813 und die bayerischen Entwürfe von 1822, 1827 und 1831 gewesen, s. *Mangakis*, in: Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, S. 255, 261 f. Das ist der wichtigste rechtshistorische Grund der traditionell engen Beziehung zwischen der griechischen und der deutschen Strafrechtswissenschaft gewesen, die im Laufe der Zeit aufrechterhalten geblieben ist, vgl. *Philippides*, ZStW 70 (1958), 291 ff.; *Androulakis*, AT I, S. 87 ff.

Arbeit⁷⁵ aus dem Jahre 1989 zur strafrechtlichen Haftung der Aufsichtsratsmitglieder in Deutschland aufgezeigt, dass vor allem die Möglichkeit einer Untreuestrafbarkeit sowie die Frage nach der Garantenstellung (§ 13 StGB) und der Unterlassungsstrafbarkeit der Aufsichtsratsmitglieder von besonderer Bedeutung sind. Neben diesen Themenbereichen hat *Poseck* in seiner Dissertation⁷⁶ aus dem Jahre 1997 die Straftatbestände des Aktiengesetzes als weitere relevante Quelle hinzugefügt. Diese drei zentralen Themenkreise (Untreuestrafbarkeit, Unterlassungsstrafbarkeit, Nebenstrafrecht) werden Gegenstand auch der vorliegenden strafrechtlichen Untersuchung sein. Dabei ist zu beachten, dass „das Aktienrecht und vor allem auch das Aufsichtsratsrecht in einer ‚Reform in Permanenz‘ begriffen (sind)“⁷⁷, was zuletzt durch das Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II)⁷⁸ und des Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (FISG)⁷⁹ bestätigt worden ist. Gleichzeitig hat sich auch das Wirtschaftsstrafrecht in den letzten Jahren weiterentwickelt. Die vorliegende Arbeit berücksichtigt die umfangreiche aktienrechtliche und strafrechtliche Rechtsprechung und Literatur und legt besonderes Augenmerk auf die neueren Entwicklungen.

Der erste Teil der Arbeit enthält eine umfassende Analyse der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft aus deutscher Perspektive. Die Untersuchung setzt sich ausschließlich mit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder einer *Aktiengesellschaft* auseinander. Aktiengesellschaften müssen in Deutschland einen Aufsichtsrat haben (§§ 95 ff. AktG). Dagegen ist der Aufsichtsrat bei einer Gesellschaft mbH ein fakultatives Organ (§ 52 GmbHG) – nur ausnahmsweise ist der GmbH-Aufsichtsrat als Pflichtorgan vorgesehen, etwa nach § 18 Abs. 2 KAGB sowie nach den Mitbestimmungsgesetzen.⁸⁰ Die Prüfung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Mitglieder eines GmbH-Aufsichtsrats setzt allerdings die Berücksichtigung von Besonderheiten voraus, die hinsichtlich der Rechte und Pflichten

75 *Tiedemann*, in: FS f. Tröndle, S. 319 ff.

76 *Poseck*, Die strafrechtliche Haftung der Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft.

77 *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG⁵, Vorwort zu Band 5 (§§ 95-116).

78 Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II) vom 12.12.2019, BGBl. 2019 I, 2637.

79 Gesetz zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (FISG) vom 03.06.2021, BGBl. 2021 I, 1534.

80 S. dazu aus gesellschaftsrechtlicher Sicht ausführlich *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten, § 15 und § 16.

dieses Organs in der GmbH bestehen,⁸¹ und wird nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sein. Letzteres gilt auch für den Aufsichtsrat in der Genossenschaft und in der KGaA sowie für andere Gremien (z.B. Beiräte, die lediglich Beratungsaufgaben haben).⁸²

Im ersten Teil der Arbeit wird zunächst die aktienrechtliche Stellung der Aufsichtsratsmitglieder dargestellt. Konzernrechtliche Fragen werden allerdings nicht behandelt.⁸³ Es folgt eine detaillierte Auseinandersetzung mit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder wegen Straftaten, die sich gegen Rechtsgüter der Aktiengesellschaft richten. Dabei steht der deutsche Untreuetatbestand (§ 266 StGB) unter Hervorhebung seiner Relevanz für die Aufsichtsratsmitglieder im Mittelpunkt der Analyse; darüber hinaus wird aber auch die Möglichkeit einer Strafbarkeit der Aufsichtsratsmitglieder nach den allgemeinen Regeln wegen anderer Straftaten zu Lasten der Aktiengesellschaft in Betracht gezogen. In einem weiteren Kapitel wird die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder wegen Straftaten, die sich gegen gesellschaftsfremde Rechtsgüter richten, geprüft; insbesondere wird die umstrittene Frage behandelt, ob und inwieweit eine Garantenpflicht zur Verhinderung von Straftaten, die aus dem Unternehmen heraus begangen werden, besteht. Das Nebenstrafrecht wird in einem gesonderten Kapitel betrachtet; dort werden auch Spezialtatbestände berücksichtigt, die erst in den letzten Jahren eingeführt worden sind und unmittelbar den Aufsichtsrat betreffen (z.B. der modifizierte § 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG, der neue § 404a AktG sowie § 15a Abs. 4 i.V.m. Abs. 3 InsO). Abschließend wird das klassische Problem der individuellen Verantwortlichkeit jedes Organmitglieds bei Gremienentscheidungen kurz in den Blick genommen.

Im zweiten Teil der Arbeit wird die Rechtslage in Griechenland näher betrachtet. Hierbei ist zuerst eine Darstellung der gesellschaftsrechtlichen Stellung des Verwaltungsrats und seiner Mitglieder nach dem monistischen *Corporate-Governance*-System erforderlich. Es folgt die strafrechtliche Analyse. Diese bezieht sich sowohl auf das Kern- als auch auf das Nebenstrafrecht und hebt gleichzeitig die wichtigsten Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen den zwei Ländern hervor.

81 S. Nachw. in der vorigen Fn.

82 S. dazu aus gesellschaftsrechtlicher Sicht ausführlich *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten, § 17 und § 18.

83 Vgl. zum „Konzernstrafrecht“ ausführlich *Minkoff/Sahan/Wittig* (Hrsg.), Konzernstrafrecht, 2020.

Im dritten Teil der Arbeit wird zunächst das Verhältnis der *Corporate-Governance-Systeme* zueinander rechtsvergleichend dargestellt. Anschließend soll aufgezeigt werden, dass sich auch im Bereich der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Organmitglieder einer Aktiengesellschaft allgemeine Grundsätze und Entwicklungslinien formulieren lassen.

Erster Teil: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft in Deutschland

§ 1 Die Aufgaben und Rechte des Aufsichtsrats als Organ der Aktiengesellschaft

Die Prüfung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder setzt nach dem bisher Gesagten zunächst die Beleuchtung ihrer gesellschaftsrechtlichen Stellung sowie ihrer Rechte und Pflichten voraus.⁸⁴

A. Das dualistische System der Unternehmensverfassung in Deutschland

Der deutschen Unternehmensverfassung liegt eine „Zweiteilung der Verwaltungsorgane“⁸⁵ zugrunde, die das Organisationsgefüge jeder deutschen Aktiengesellschaft prägt. Nach dem in Deutschland zwingend geltenden dualistischen System bestehen nämlich neben der Hauptversammlung zwei weitere – gleichberechtigte und im Verhältnis miteinander weisungsfreie –⁸⁶ Organe: der Vorstand und der Aufsichtsrat. Während § 120 Abs. 2 S. 1 AktG von einer „Verwaltung der Gesellschaft durch die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats“ spricht, ergibt sich aus der näheren Betrachtung des AktG, dass das Verhältnis der beiden Organe durch eine Kompetenzverteilung gekennzeichnet ist, die der Funktion von internen Kontrollmechanismen („*checks and balances*“) dient.⁸⁷ Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten (§ 76 Abs. 1 AktG), führt die Geschäfte (§ 77 AktG) und vertritt die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich (§ 78 AktG). Dem Aufsichtsrat obliegt es, den Vor-

84 Für diese Vorgehensweise auch *Poseck*, Die strafrechtliche Haftung, S. 25 ff.; *Schilba*, Die Aufsichtsrats Tätigkeit, S. 42 ff.

85 *Kort*, in: Großkomm. AktG⁵, vor § 76 Rn. 2.

86 *Spindler*, in: MüKo-AktG, vor § 76 Rn. 47 f.; vgl. *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG⁵, § 111 Rn. 606; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten, § 3 Rn. 62; *Semler*, Leitung und Überwachung, Rn. 223 ff.

87 *Windbichler*, Gesellschaftsrecht, § 25 Rn. 10; ebenso *Huthmacher*, Pflichten und Haftung, S. 20.

stand zu bestellen und abzuberaufen (§ 84 AktG), die Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern zu vertreten (§ 112 AktG) und hauptsächlich die Geschäftsführung zu überwachen (§ 111 AktG).⁸⁸

Für diese Kompetenzabgrenzung ist § 111 Abs. 4 S. 1 AktG, wonach Maßnahmen der Geschäftsführung dem Aufsichtsrat nicht übertragen werden können, von maßgeblicher Bedeutung.⁸⁹ Insbesondere steht dem Aufsichtsrat kein Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand zu.⁹⁰ Allerdings muss beachtet werden, dass die ältere Betrachtung des Aufsichtsrats als „reines Kontrollorgan“ sowohl von der Rechtsprechung⁹¹ als auch von der Literatur⁹² – nicht zuletzt aufgrund von zahlreichen Gesetzesänderungen und der „Offenheit des Gesetzes“⁹³ – aufgegeben wurde. Obwohl die Trennung zwischen einem Leitungsorgan (Vorstand) und einem Überwachungsorgan (Aufsichtsrat) nach deutschem Gesellschaftsrecht zwingend ist und für den Aufsichtsrat das Geschäftsführungsverbot gilt, hat sich die Rolle des Aufsichtsrats im Laufe der Zeit „gewandelt“. ⁹⁴ So spricht man heute von einem „mitunternehmerischen“ bzw. „mitverantwortlichen“ Organ der Gesellschaft,⁹⁵ das eine stärkere Rolle und eine höhere Verantwortung in der Aktiengesellschaft besitzt.⁹⁶ Die folgenden Ausführungen widmen sich der gesellschaftsrechtlichen Stellung des Aufsichtsrats als Pflichtorgan jeder deutschen Aktiengesellschaft. Dabei ist insbesondere die Überwachungskompetenz des Aufsichtsrats hervorzuheben, ohne aber die Bedeutung der übrigen Aufgaben des Organs und seine Rolle als „mitverantwortliches Organ“ zu vernachlässigen.

88 S. zur Kompetenzverteilung auch *Windbichler*, Gesellschaftsrecht, § 25 Rn. 11 f.

89 *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG⁵, § 111 Rn. 25; s. auch *Grunewald*, ZIP 2016, 2009 ff.;

90 S. nur *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG⁵, § 111 Rn. 87.

91 Vgl. BGHZ 114, 127, 130; BGHZ 135, 244, 255.

92 Vgl. *Drygala*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 111 Rn. 4 f.; *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG⁵, § 111 Rn. 25 f.

93 Dazu *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG⁵, § 111 Rn. 85.

94 Instruktiv zur „gewandelten Rolle“ des Aufsichtsrats *Börsig/Löbke*, in: FS f. Hoffmann-Becking, S. 125 ff.; *U. H. Schneider/S. H. Schneider*, AG 2015, 621 ff.; vgl. auch *Vetter*, in: 50 Jahre AktG, S. 103 ff.

95 So *Drygala*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 111 Rn. 5; *Habersack*, in: MüKo-AktG, § 111 Rn. 13; *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG⁵, § 111 Rn. 45 ff. und 83 ff.; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten, § 2 Rn. 57 ff.; *Vetter*, in: 50 Jahre AktG, S. 103, 120 und 124. Zurückhaltender aber *Kort*, in: Großkomm. AktG⁵, vor § 76 Rn. 3; *Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 111 Rn. 14.

96 Ebenso *Haarmann*, in: FS f. Hüffer, S. 243 f.; ähnlich *Bachmann*, in: FS f. Hopt Bd. I, S. 337 f.

B. Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats

I. Überblick: § 111 AktG und allgemeine Grundsätze der Überwachung

1. § 111 AktG: „Aufgaben und Rechte des Aufsichtsrats“

Die zutreffend als „wichtigste, ständige und unabdingbare“⁹⁷ bezeichnete Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats wird in § 111 Abs. 1 AktG statuiert. Adressat dieser gesetzlichen Kompetenz – und zugleich Pflicht – ist der Gesamtaufsichtsrat als Kollegialorgan.⁹⁸ Ferner werden in § 111 AktG konkretere Rechte und Aufgaben des Aufsichtsrats genannt, wie z.B. das Einsichts- und Prüfungsrecht sowie die Beauftragung des Abschlussprüfers (§ 111 Abs. 2 AktG), die Einberufung der Hauptversammlung (§ 111 Abs. 3 AktG) und – als „wichtigste(s) Recht zur Teilhabe an der Geschäftsführung“⁹⁹ – die Festlegung von Zustimmungsvorbehalten (§ 111 Abs. 4 S. 2 AktG).

Obwohl § 111 AktG den allgemeinen Übertitel „Aufgaben und Rechte des Aufsichtsrats“ trägt, regelt diese Norm die Aufgaben des Aufsichtsrats nicht erschöpfend,¹⁰⁰ sind doch im Aktiengesetz zahlreiche weitere Aufgaben und Rechte des Aufsichtsrats vorgesehen: Insbesondere sind die bereits erwähnte Kompetenz zur Bestellung und Abberufung des Vorstands nach § 84 AktG, die Zuständigkeit für die Erteilung der Zustimmung betreffend zustimmungsbedürftige Geschäfte börsennotierter Gesellschaften mit nahestehenden Personen nach §§ 111a und 111b AktG, die Vertretung der AG gegenüber Vorstandsmitgliedern nach § 112 AktG, die Anforderung und Entgegennahme von Vorstandsberichten nach § 90 AktG, die Zustimmung zur Kreditgewährung an Vorstands- sowie Aufsichtsratsmitglieder und bestimmte leitende Angestellte nach §§ 89 und 115 AktG, die Zustimmung in Bezug auf Verträge der Gesellschaft mit Aufsichtsratsmitgliedern nach § 114 AktG, die Prüfung von Jahresabschluss, Lagebericht, Konzernabschluss und Konzernlagebericht nach § 171 AktG, die Mitwirkung bei der Feststellung des Jahresabschlusses nach § 172 AktG sowie die Mitwir-

97 So *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten, § 3 Rn. 61; vgl. *Drygala*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 111 Rn. 1: „vornehmlichste Aufgabe“.

98 *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG⁵, § 111 Rn. 59; *Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 111 Rn. 13.

99 So *Habersack*, in: MüKo-AktG, § 111 Rn. 14.

100 Vgl. *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG⁵, § 111 Rn. 17 ff.; *Drygala*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 111 Rn. 2; *Hambloch-Gesinn/Gesinn*, in: Hölterers AktG, § 111 Rn. 1 f.

kung an der Erklärung bezüglich der Einhaltung des DCGK bei börsennotierten Gesellschaften nach § 161 AktG zu nennen.¹⁰¹

2. Allgemeine Grundsätze der Überwachung

a) Ziel und Umfang der Überwachung

Die Überwachung durch den Aufsichtsrat nach § 111 AktG muss ebenso wie die Leitung der Gesellschaft durch den Vorstand stets dem Unternehmensinteresse dienen, wobei der angemessenen Gewinnerzielung im Rahmen des Unternehmensgegenstandes als Unternehmensziel eine besondere Bedeutung zukommt.¹⁰²

Als weitgehend anerkannt gilt, dass sich die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats heutzutage nicht nur auf eine nachträgliche Kontrolle bezieht, sondern vielmehr auch eine zukunftsorientierte bzw. präventive Überwachung¹⁰³ sowie die *Beratung* des Vorstands in Bezug auf die Leitung der Gesellschaft als unverzichtbares Element zur effektiven Überwachung umfasst.¹⁰⁴ Diese zutreffende These findet ihre gesetzliche Bestätigung in § 90 AktG,¹⁰⁵ in dem die Berichtspflichten des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat in Bezug auf die beabsichtigte Geschäftspolitik und andere grundsätzliche Fragen der Unternehmensplanung (§ 90 Abs. 1

101 Vgl. *Drygala*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 111 Rn. 2; *Windbichler*, Gesellschaftsrecht, § 28 Rn. 34.

102 Näher *Semler*, Leitung und Überwachung, Rn. 31 ff., 85; *Schilba*, Die Aufsichtsrats Tätigkeit, S. 51 ff.

103 BGH AG 2018, 436, 438. Hierzu werden verschiedene Ausdrücke verwendet, wie z.B.: „Aufsichtsrat als institutioneller Ratgeber und Gesprächspartner des Vorstands“, „vorbeugende Überwachung“, „strukturell vorausschauende und begleitende Kontrolle“, „in Zukunft gerichtete Kontrolle“, „ständige Diskussion“ und „laufende Beratung“, s. zur verwendeten Terminologie *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten, § 3 Rn. 103 m.w.N.

104 BGHZ 114, 127, 130; BGHZ 126, 340, 344 f.; *Boujong*, AG 1995, 203, 205; *Habersack*, in: MüKo-AktG, § 111 Rn. 12 und 50 ff.; *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG³, § 111 Rn. 47 ff.; *Huthmacher*, Pflichten und Haftung, S. 21 f. und 32 f.; *Koch*, in: Hüffer/Koch AktG, § 111 Rn. 28; *Lutter/Kremer*, ZGR 1992, 87 ff.; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten, § 3 Rn. 103 ff.; *Vetter*, in: 50 Jahre AktG, S. 103, 113 ff.; *Windbichler*, Gesellschaftsrecht, § 28 Rn. 32. Gegen die Beratung als Aufsichtsratsaufgabe *Steinmann/Klaus*, AG 1987, 29, 30 f.; kritisch auch *Theisen*, AG 1995, 193, 199 f.

105 Vgl. *Boujong*, AG 1995, 203, 205; *Lutter/Kremer*, ZGR 1992, 87, 89; *Semler*, Leitung und Überwachung, Rn. 253; *Schilba*, Die Aufsichtsrats Tätigkeit, S. 75.

S. 1 Nr. 1 AktG), die Rentabilität der Gesellschaft (§ 90 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AktG), den Gang der Geschäfte, insbesondere den Umsatz, und die Lage der Gesellschaft (§ 90 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AktG) sowie Geschäfte, die für die Rentabilität oder Liquidität der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sein können (§ 90 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 AktG), vorgesehen sind. Daneben bildet die Zustimmungskompetenz nach § 111 Abs. 4 S. 2 oder § 111b AktG erst recht ein starkes Mittel präventiver Überwachung.¹⁰⁶ Auf diese Weise wird die Rolle des modernen Aufsichtsrats nicht auf die Beurteilung bzw. Sanktionierung auf Grund von „*faits accomplis*“ beschränkt, sondern dahingehend erweitert, dass er seine Einwirkungsmöglichkeiten – soweit erforderlich – auch präventiv ausüben kann (und muss), um Fehlentwicklungen und eventuelle Unternehmenskrisen vorzubeugen.¹⁰⁷

b) Die Verpflichtung auf das Unternehmensinteresse

Der Aufsichtsrat ist sowohl im Rahmen seiner nachträglichen als auch bei der zukunftsorientierten Überwachung sowie allgemein bei der Erfüllung seiner Aufgaben verpflichtet, das *Unternehmensinteresse* zu wahren.¹⁰⁸ Diese Verhaltensmaxime gilt nach einhelliger Auffassung allgemein für die Verwaltungsorgane der Aktiengesellschaft (Vorstand und Aufsichtsrat) und dementsprechend auch für den Aufsichtsrat.¹⁰⁹ Das ergibt sich für jedes Aufsichtsratsmitglied ausdrücklich aus § 116 AktG i.V.m. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG. Der dort genutzte Begriff „Wohl der Gesellschaft“ wird traditionell inhaltsgleich mit dem „Unternehmensinteresse“ verwendet.¹¹⁰

Eine bestimmte Definition des Unternehmensinteresses gibt allerdings weder das Gesetz noch die Rechtsprechung an die Hand. Die Verwaltungsorgane müssen im Einzelfall den Inhalt des Unternehmensinteresses stets

106 *Habersack*, in: MüKo-AktG, § 111 Rn. 12.

107 Vgl. BGHZ 179, 71 (MPS).

108 *Habersack*, in: MüKo-AktG, § 111 Rn. 17 und 58; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten, § 12 Rn. 893; *Schilba*, Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 54.

109 Vgl. aus der strafrechtlichen Rspr. BGHSt 47, 187, 196 f. (SSV Reutlingen); BGH NStZ 2006, 221, 222 (Kinowelt); BGHSt 50, 331, 338 f. (Mannesmann); BGH NJW 2016, 2585, 2591, 2596 ff. (Nürburgring – insoweit in BGHSt 61, 48 nicht abgedruckt). Aus der Literatur *Henze*, BB 2000, 209, 212; *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG⁵, § 111 Rn. 78; *Semler*, Leitung und Überwachung, Rn. 49 ff.

110 *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten, § 12 Rn. 893; vgl. auch *Henze*, BB 2000, 209, 212 und im Anschluss daran *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG⁵, § 111 Rn. 81.

erneut ermitteln; dabei ist anerkannt, dass insbesondere drei Leitlinien zu beachten sind: die Erhaltung des Bestandes des Unternehmens, die Förderung seiner Ertragskraft und die Abwendung eines Schadens von der Gesellschaft.¹¹¹ Über diesen allgemeinen Befund hinaus steht jedoch der konkrete Inhalt des Unternehmensinteresses im Mittelpunkt eines langjährigen wissenschaftlichen Streits.¹¹² Im Anschluss an die heute herrschende Ansicht im Gesellschaftsrecht ist davon auszugehen, dass das Unternehmensinteresse nicht mit den Interessen einer der betroffenen Bezugsgruppen (Aktionäre, Arbeitnehmer, Kunden, Kreditgeber, Lieferanten, Öffentlichkeit) identisch ist; vielmehr ergibt es sich grundsätzlich aus der Abwägung der einzelnen Interessen der Bezugsgruppen.¹¹³ Heranzuziehen sind also angesichts der Bedeutung des Unternehmens für verschiedene Personengruppen die Interessen sowohl der Anteilseigner (sog. *Shareholder Value*¹¹⁴) als auch die weiterer Bezugsgruppen (Arbeitnehmer, Kunden, Kreditgeber, Lieferanten, Öffentlichkeit – sog. *Stakeholder Value*).¹¹⁵ Gleichwohl wird zu Recht darauf hingewiesen, dass nicht unbedingt allen Interessen das gleiche Gewicht beizumessen ist.¹¹⁶ Da das Hauptziel jeder Aktiengesellschaft die „angemessene Gewinnerzielung“ ist, können – insbesondere bei den börsennotierten Gesellschaften – die Interessen der Aktionäre das erstrangige Kriterium für die Abwägung darstellen, sofern auch die übrigen Interessen – vor allem, aber nicht ausschließlich, die

111 *Semler*, Leitung und Überwachung, Rn. 51; *ders.*, in: FSf. Ulmer, S. 627, 635 f.; vgl. dazu *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG⁵, § 111 Rn. 78.

112 Dazu *Hoffmann*, Untreue und Unternehmensinteresse, S. 216 ff.; s. schon *Zöllner*, AG 2003, 2 ff.;

113 So zutr. *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten, § 12 Rn. 893; vgl. auch *Henze*, BB 2000, 209, 212; *Mertens*, ZGR 1977, 270, 276: „Integrationsprozess“ und „Interessenausgleich“; *Semler*, Leitung und Überwachung, Rn. 51; *Schilha*, Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 54 f. Für eine enge Abwägung *Steinbeck*, Überwachungspflicht, S. 46 ff.: „die Interessen der Anteilseigner und der Arbeitnehmer“.

114 Zur Unterscheidung zwischen dem *Shareholder* und dem *Stakeholder* Ansatz s. *Fleischer*, in: beck-online-Großkomm. AktG, § 76 Rn. 29 ff., der für eine verstärkte *Shareholder*-Orientierung plädiert; vgl. *Werder*, ZGR 1998, 69, 89, der eine *ausschließliche* Orientierung am *Shareholder* Ansatz ablehnt.

115 *Henze*, BB 2000, 209, 212; *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG⁵, § 111 Rn. 78 f. Auch der BGHSt 50, 331, 341 (Mannesmann) berücksichtigte die Interessen aller Bezugsgruppen, um die „kompensationslosen“ Anerkennungsprämien als pflichtwidrig einzustufen.

116 *Henze*, BB 2000, 209, 212.

Interessen der unmittelbar am Unternehmen beteiligten Arbeitnehmer – berücksichtigt werden.¹¹⁷

Aus strafrechtlicher Sicht darf sich die erhebliche Unklarheit über den Inhalt des Unternehmensinteresses jedenfalls nicht zu Lasten des Angeklagten auswirken. Weil die Arbeitnehmerinteressen und die Interessen der Öffentlichkeit vom Unternehmensinteresse umfasst werden, dürfen die Organmitglieder diese Interessen nach eigenem Ermessen bis zu einem gewissen Grad verfolgen. Mit Blick auf den Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG) ist es hingegen sehr problematisch, den unbestimmten Begriff des „Wohls des Gesellschaft“ bzw. des „Unternehmensinteresses“ im Strafrecht so auszulegen, dass man eine strafbewehrte Pflicht der Organmitglieder zum Bevorzugen von Arbeitnehmerinteressen bzw. Interessen der Allgemeinheit gegenüber den Interessen der Aktionäre annimmt.¹¹⁸ Auf jeden Fall muss aber die langfristige Unternehmensrentabilität gewährleistet werden.¹¹⁹

II. Gegenstand der Überwachung

1. Die „Geschäftsführung“ als Gegenstand der Überwachung

Der Aufsichtsrat hat nach § 111 Abs. 1 AktG „die Geschäftsführung“ zu überwachen. Nach der herrschenden Ansicht soll jedoch der Terminus der „Geschäftsführung“ in § 111 AktG mit dem Begriff der Geschäftsführung in § 77 AktG nicht identisch sein.¹²⁰ Die Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats bezieht sich – „jedenfalls in der Tendenz“¹²¹ – eher auf die Leitung der Gesellschaft,¹²² also auf einen „besonders hervorgehobenen“ Teil der Geschäftsführung.¹²³ Zwar sollte es allgemein keine „von vorn-

117 Vgl. *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG⁵, § 111 Rn. 79 f.; s. auch *Henze*, BB 2000, 209, 212; *Semler*, in: FS f. Ulmer, S. 627, 636.

118 Vgl. *Hoffmann*, Untreue und Unternehmensinteresse, S. 235; *Schüppen*, in: FS f. Tiedemann, S. 749, 761 ff.

119 *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten, § 12 Rn. 893; *Schilha*, Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 56.

120 *Koch*, in: Hüffer/Koch AktG, § 111 Rn. 2.

121 So *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG⁵, § 111 Rn. 112.

122 *Hoffmann-Becking*, in: MünchHdB AG IV, § 29 Rn. 28 f.; *Huthmacher*, Pflichten und Haftung, S. 24 f.; *Spindler*, in: beck-online-Großkomm. AktG, § 111 Rn. 8.

123 *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG⁵, § 111 Rn. 111 ff.; *Schilha*, Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 43.

herein überwachungsfreien Räume“ geben,¹²⁴ doch sei hier, jedenfalls was die Überwachungspflicht des Aufsichtsrats betreffe,¹²⁵ eine restriktive Auslegung angezeigt, so dass grundsätzlich nur Leitungsmaßnahmen und Einzelvorgänge von wesentlicher Bedeutung zu überwachen seien.¹²⁶ Ausgenommen wird hingegen die Kontrolle der Erledigung des laufenden Tagesgeschäfts.¹²⁷ Für diese Auslegung sprechen in der Tat überzeugende Argumente: Zum einen würde sich eine ständige und detaillierte Kontrolle des Tagesgeschäfts sehr schwer mit dem Grundsatz der Leitungsautonomie des Vorstands (§ 76 Abs. 1 AktG) vereinbaren lassen.¹²⁸ Zum anderen würde eine dermaßen weite Kontrolle unter Berücksichtigung der Ausgestaltung des Aufsichtsratsamts als Nebenamt¹²⁹ den Aufsichtsrat überfordern.¹³⁰ Schließlich wird diese Argumentation auch durch eine historische Betrachtung bestätigt: Während nach Art. 225 ADHGB 1884 sowie nach § 246 HGB 1897 der Aufsichtsrat die Geschäftsführung „in allen Zweigen der Verwaltung“ zu überwachen hatte, ist seit dem AktG 1937 diese Formulierung gestrichen worden, so dass es naheliegend erscheint, dass auch der historische Gesetzgeber eine ständige Überwachung in allen Einzelheiten abgelehnt hat.¹³¹

Gleichzeitig muss jedoch heutzutage beachtet werden, dass die Notwendigkeit einer *effektiven* – insbesondere auch *präventiven* – Überwachung durch den Aufsichtsrat jedenfalls nach der Finanzkrise stärker betont wird, wobei die zunehmende *Professionalisierung*¹³² zu höheren Qualifikationsan-

124 *Spindler*, in: beck-online-Großkomm. AktG, § 111 Rn. 9; ebenso *Koch*, in: Hüfner/Koch AktG, § 111 Rn. 4.

125 Zur Unterscheidung zwischen der Überwachungspflicht und dem weitergehenden Überwachungsrecht des Aufsichtsrats *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG⁵, § 111 Rn. 113; *Spindler*, in: beck-online-Großkomm. AktG, § 111 Rn. 9.

126 *Spindler*, in: beck-online-Großkomm. AktG, § 111 Rn. 9.

127 Vgl. OLG Stuttgart AG 2012, 762, 763; *Drygala*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 111 Rn. 11, 13; *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG⁵, § 111 Rn. 112, 249; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten, § 3 Rn. 68.

128 So auch *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG⁵, § 111 Rn. 249; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten, § 3 Rn. 67 f.; *Spindler*, in: beck-online-Großkomm. AktG, § 111 Rn. 9.

129 Zum Aufsichtsratsamt als „Nebenamt“ *Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 111 Rn. 40; *Lutter*, in: FS f. Canaris Bd. II, S. 245, 252.

130 *Habersack*, in: MüKo-AktG, § 111 Rn. 19; *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG⁵, § 111 Rn. 249.

131 *Habersack*, in: MüKo-AktG, § 111 Rn. 19; *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG⁵, § 111 Rn. 111, 249.

132 Dazu *Bachmann*, in: FS f. Hopt Bd. I, S. 337; *Hommelhoff*, in: 50 Jahre AktG, S. 13, 17 f. – Zu den heutzutage gesteigerten Anforderungen insb. an den

forderungen¹³³ und zu einer stärkeren Verantwortung des Aufsichtsrats führt. Hat der Aufsichtsrat Kenntnis von einem eindeutig rechtswidrigen Vorstandshandeln, muss er auf jeden Fall einschreiten.¹³⁴

2. Gesetzliche Anhaltspunkte zur Konkretisierung der Überwachungsaufgabe

Einen guten Anhaltspunkt zur Konkretisierung des Überwachungsgegenstands liefert insbesondere § 90 AktG,¹³⁵ der die Berichtspflichten des Vorstands regelt. Alles was dem Aufsichtsrat zu berichten ist, gehört zwangsläufig zum Überwachungsgegenstand.¹³⁶ Daneben kommt § 171 Abs. 1 AktG (Pflicht zur Prüfung des Jahresabschlusses, des Lageberichts und des Vorschlags für die Verwendung des Bilanzgewinns, des Konzernabschlusses und des Konzernlageberichts) und § 314 Abs. 1 AktG (Pflicht zur Prüfung des Abhängigkeitsberichts) eine ähnliche Konkretisierungskraft zu.¹³⁷

III. Zu überwachender Personenkreis

Der Vorstand als Leitungsorgan der Aktiengesellschaft (§ 76 AktG) unterliegt zweifellos der Überwachung durch den Aufsichtsrat.¹³⁸ Dabei ist zu Recht anerkannt, dass zunächst der Vorstand als Gesamtorgan, darüber hi-

Aufsichtsratsvorsitzenden, s. *Börsig/Löbbe*, in: FSf. Hoffmann-Becking, S. 125, 143 ff., wonach die erweiterten Überwachungspflichten und die zunehmende „Professionalisierung“ der Aufsichtsratsstätigkeit zu einer Distanzierung von der Konzeption des „bloßen Nebenamtes“ führen; vgl. *U. Schneider/S. Schneider*, AG 2015, 621, 626. – Skeptisch gegenüber der Idee eines hauptberuflichen Aufsichtsrats bzw. Aufsichtsratsvorsitzenden *Vetter*, in: 50 Jahre AktG, S. 103, 144 ff.

133 Zur erforderlichen Mindestqualifikation von Aufsichtsratsmitgliedern s. schon BGHZ 85, 293, 295 (Hertie).

134 S. dazu unten Teil 1, § 1, B., IV., 1.; vgl. auch *Habersack*, NZG 2020, 881, 887.

135 *Habersack*, in: MüKo-AktG, § 111 Rn. 22; *Koch*, in: Hüffer/Koch AktG, § 111 Rn. 3; *Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 111 Rn. 18, 35; *Schilba*, Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 49.

136 *Drygala*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 111 Rn. 12; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten, § 3 Rn. 66; *Semler*, Leitung und Überwachung, Rn. 103.

137 *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten, § 3 Rn. 66.

138 S. statt vieler *Winter*, in: FSf. Hüffer, S. 1103, 1109.

naus aber auch die einzelnen Vorstandsmitglieder, zu überwachen sind.¹³⁹ Als Anknüpfungspunkt kommt nicht nur ein aktives Tun, sondern auch ein pflichtwidriges Unterlassen des Vorstands in Betracht.¹⁴⁰

Angesichts der weiten Formulierung („Geschäftsführung“) in § 111 AktG ist lebhaft umstritten, ob sich die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats auch auf die Tätigkeit von leitenden Angestellten erstreckt. Beachtliche Stimmen plädieren für eine direkte Überwachung von leitenden Angestellten durch den Aufsichtsrat mit dem Argument, dass dies nicht nur mit dem Wortlaut des § 111 AktG in Einklang stehe, sondern unter Berücksichtigung des Normzwecks jedenfalls im Falle einer Delegation von wichtigen Geschäftsführungsaufgaben an Angestellte auch geboten sei.¹⁴¹ Demgegenüber lehnt die überwiegende Meinung eine unmittelbare Überwachung der Angestellten aufgrund der zwingenden Kompetenzverteilung zwischen dem Vorstand und dem Aufsichtsrat ab.¹⁴²

Im Ergebnis ist jedoch die praktische Relevanz des Streits nicht erheblich, weil es generell anerkannt ist, dass „überwachungsfreie Räume“ nicht entstehen sollen.¹⁴³ Auch im Falle der Delegation von Aufgaben an Angestellte trägt der Vorstand die Gesamtverantwortung für die Geschäftsführung der Gesellschaft.¹⁴⁴ Der Aufsichtsrat ist verpflichtet, zu prüfen, ob der Vorstand seine Leitungsaufgabe ordnungsgemäß ausübt, ob die Delegation von Aufgaben *in concreto* zulässig war und die Angestellten zur Erfüllung der delegierten Aufgaben geeignet sind.¹⁴⁵ Bei Hinweisen für ein Fehlverhalten von leitenden Angestellten muss der Aufsichtsrat – wie auch der 3. Strafsenat in seinem *Nürburgring*-Urteil klargestellt hat – die-

139 *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG⁵, § 111 Rn. 234 ff.; *Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 111 Rn. 24; *Spindler*, in: beck-online-Großkomm. AktG, § 111 Rn. 10.

140 *Semler*, Leitung und Überwachung, Rn. 178; ebenso *Schilha*, Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 48; *Spindler*, in: MüKo-AktG, vor § 76 Rn. 50.

141 *Drygala*, in: Schmidt/Lutter AktG, § 111 Rn. 13; *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG⁵, § 111 Rn. 238 ff.; *U. H. Schneider*, BB 1981, 249, 252; vgl. *Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 111 Rn. 26.

142 So im Grundsatz *Habersack*, in: MüKo-AktG, § 111 Rn. 21, 25; *Hambloch-Gesinn/Gesinn*, in: Hölters AktG, § 111 Rn. 22; *Hoffmann-Becking*, in: MünchHdB AG IV, § 29 Rn. 31; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten, § 3 Rn. 70 f.; *Semler*, Leitung und Überwachung, Rn. 115 ff.; *Schilha*, Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 45 f.

143 Wie hier *Koch*, in: Hüffer/Koch AktG, § 111 Rn. 4.

144 *Schilha*, Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 45 f.

145 *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten, § 3 Rn. 70 f.; *Poseck*, Die strafrechtliche Haftung, S. 26; *Schilha*, Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 45 f.

sen nachgehen und prüfen, „ob die Geschäftsführung ihrer Organisations- und Überwachungspflicht nachgekommen ist.“¹⁴⁶ Gelangt er zu einem negativen Ergebnis, so ist er zum Einschreiten verpflichtet. Somit wird aber die Gefahr, dass sich der Vorstand durch Delegation von Aufgaben an Angestellte der Kontrolle des Aufsichtsrats entzieht, im Wesentlichen beseitigt, weshalb eine unmittelbare Überwachung von Angestellten in der Tat entbehrlich erscheint.¹⁴⁷

IV. Überwachungsmaßstäbe

Der Aufsichtsrat muss prüfen, ob die Geschäftsführung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters nach § 93 Abs. 1 AktG entspricht.¹⁴⁸ Eine effektive Überwachung setzt die Bestimmung von Prüfungsmaßstäben voraus. Es entspricht gefestigter Auffassung, dass die Überwachungsaufgabe einen vielseitigen Charakter hat. Zu kontrollieren ist die Rechtmäßigkeit, die Ordnungsmäßigkeit, die Wirtschaftlichkeit und die Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung.¹⁴⁹

1. Rechtmäßigkeit

Die Prüfung der Rechtmäßigkeit des Vorstandshandelns stellt ein unerlässliches Element der Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats dar. Das Aufsichtsorgan hat stets zu kontrollieren, ob sich die Vorstandsmitglieder in formeller und materieller Hinsicht rechtmäßig verhalten, mit anderen Worten, ob sie die Bestimmungen des Gesetzes, der Satzung der Gesellschaft, der Geschäftsordnung und des Anstellungsvertrags einhalten.¹⁵⁰

146 BGHSt 61, 48, 63 f. im Anschluss an *Habersack*, in: MüKo-AktG, § 111 Rn. 21, 25.

147 Vgl. *Habersack*, in: MüKo-AktG, § 111 Rn. 21, 25.

148 *Habersack*, in: MüKo-AktG, § 111 Rn. 53; *Semler*, Leitung und Überwachung, Rn. 181.

149 BGHZ 114, 127, 129 f.; BGH AG 2018, 436, 438; *Habersack*, in: MüKo-AktG, § 111 Rn. 53 f.; *Hoffmann-Becking*, in: MünchHdB AG IV, § 29 Rn. 33; *Koch*, in: Hüffer/Koch AktG, § 111 Rn. 29; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten, § 3 Rn. 73 ff.; *Mertens/Cahn*, in: Kölner Komm. AktG, § 111 Rn. 14 f.; *Windbichler*, Gesellschaftsrecht, § 28 Rn. 33.

150 *Schilba*, Die Aufsichtsratsstätigkeit, S. 57; ebenso *Huthmacher*, Pflichten und Haftung, S. 57.

Dabei wird unter dem Begriff „Gesetz“ nicht nur das AktG, sondern jede rechtliche Vorschrift, die das unternehmerische Handeln betrifft, wie z.B. das Kartellrecht, das Wettbewerbsrecht, das Steuerrecht, das Umweltrecht, das Vergaberecht und das Strafrecht, verstanden.¹⁵¹ Erlangt der Aufsichtsrat Kenntnis von einem rechtswidrigen Handeln der Geschäftsführung oder bestehen Verdachtsmomente hierfür, so darf er nicht untätig bleiben. Er ist vielmehr verpflichtet, gegen Rechtsverstöße des Vorstands einzuschreiten,¹⁵² wobei als Einwirkungsmöglichkeiten insbesondere die Festlegung eines *ad hoc*-Zustimmungsvorbehalts¹⁵³ nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG sowie erforderlichenfalls die Abberufung eines ihm unzuverlässig erscheinenden Vorstands nach § 84 Abs. 4 AktG in Betracht kommen.¹⁵⁴

Gleichwohl wird von Teilen der Literatur angenommen, dass sich die Überwachungspflicht nicht auf die Verhinderung aller möglichen Verstöße erstrecke. Der Aufsichtsrat müsse nur dafür sorgen, dass Gesetze befolgt werden, die das Unternehmen *unmittelbar* betreffen; andere Normen seien nur dann zu beachten, wenn es sich um schwerwiegende Verstöße handle, oder wenn die Normverletzung für die Aktiengesellschaft ein hohes Risiko aufweise.¹⁵⁵ Das wird mit dem Argument begründet, dass eine allgemeine Pflicht zur Rechtmäßigkeitskontrolle zur „Überforderung“ des Aufsichtsrats führen würde.¹⁵⁶

Dieser im Gesetz nicht vorgesehenen Relativierung der Überwachungspflicht ist zu widersprechen: Mit Recht wird darauf hingewiesen, dass es „gerade die dem Aufsichtsrat qua Gesetz zugewiesene Rolle ist, dafür zu sorgen, dass keine rechtswidrigen Maßnahmen vom Vorstand durchgeführt werden und dass das Unternehmen *alle* seinen Bestand und seine

151 Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten, § 3 Rn. 74; ebenso Huthmacher, Pflichten und Haftung, S. 57; Lutter, AG 2006, 517, 519.

152 BGH AG 2011, 876, 878; BGH NZG 2018, 1301, 1303; Spindler, in: beck-online-Großkomm. AktG, § 111 Rn. 16.

153 Dazu BGHZ 124, 111, 127; OLG Karlsruhe AG 2008, 900, 902; OLG Braunschweig NJW 2012, 3798, 3800.

154 BGH AG 2007, 167, 168; BGH AG 2009, 404, 405; BGH AG 2010, 785 ff. (Doberlug); Habersack, in: MüKo-AktG, § 111 Rn. 53 f.; Hambloch-Gesinn/Gesinn, in: Hölters AktG, § 111 Rn. 9; Mertens/Cahn, in: Kölner Komm. AktG, § 111 Rn. 14; Schwerdtfeger, Strafrechtliche Pflicht, S. 103 f.; vgl. (zum Verwaltungsrat von Sparkassen) Cahn/Müchler, in: FS f. U. H. Schneider, S. 197, 220 f.

155 So Semler, Leitung und Überwachung, Rn. 187; ähnlich Hopt/Roth, in: Großkomm. AktG³, § 111 Rn. 289 f.; Raiser, ZGR 1989, 44, 64 f.

156 So Hopt/Roth, in: Großkomm. AktG⁵, § 111 Rn. 290; Raiser, ZGR 1989, 44, 64.