

Schriften zum Strafrecht

Band 321

**Strafrechtliche Haftungsrisiken
von Mitgliedern des Aufsichtsrats
in Aktiengesellschaften
bei Compliance-Pflichtverletzungen
des Vorstands**

Von

Tobias Dössinger



Duncker & Humblot · Berlin

TOBIAS DÖSSINGER

**Strafrechtliche Haftungsrisiken
von Mitgliedern des Aufsichtsrats in Aktiengesellschaften
bei Compliance-Pflichtverletzungen des Vorstands**

Schriften zum Strafrecht

Band 321

Strafrechtliche Haftungsrisiken
von Mitgliedern des Aufsichtsrats
in Aktiengesellschaften
bei Compliance-Pflichtverletzungen
des Vorstands

Von

Tobias Dössinger



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Augsburg hat diese Arbeit
im Jahre 2017 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2018 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany
ISSN 0558-9126
ISBN 978-3-428-15317-6 (Print)
ISBN 978-3-428-55317-4 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85317-5 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

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

*Für meine Mutter, meinen Vater
und meinen Bruder*

„Die Ziele der Menschen sind vielfältig,
nicht alle miteinander vereinbar und stehen
in ständiger Rivalität zueinander“.

Isaiah Berlin

Vorwort

Die Arbeit lag im Sommersemester 2017 der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg als Dissertation vor. Sie berücksichtigt die Rechtsprechung und Literatur bis April 2017.

Zuallererst möchte ich meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Johannes Kaspar, danken. Er hat mich zu diesem Thema nicht nur ermuntert, sondern auch durch viele Gespräche während meiner gesamten Promotionszeit stets vorbildlich unterstützt und begleitet.

Auch danke ich Herrn Professor Dr. Michael Kort für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens.

Ebenso möchte ich Herrn Rechtsanwalt Thilo Pfordte, LL.M., Herrn Rechtsanwalt Dr. Jens Bosbach, Herrn Rechtsanwalt Stefan von Moers und Herrn Rechtsanwalt Dr. Christian Sering vom Münchner Standort der Kanzlei Brehm & v. Moers dafür danken, dass ich das Promotionsvorhaben neben meiner Tätigkeit als Rechtsanwalt und Strafverteidiger im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts realisieren konnte. Ganz besonders gilt mein Dank Herrn Rechtsanwalt Thilo Pfordte, LL.M., der mich während der Referendarausbildung bis zum Abschluss meiner Doktorarbeit in vielfältiger Weise menschlich und fachlich sehr unterstützt und gefördert hat.

Ich danke auch ganz besonders der Hanns-Seidel-Stiftung e.V., die mich bereits in der Zeit meines rechtswissenschaftlichen Studiums an der Universität Tübingen als Stipendiat unterstützt hat. Die vorliegende Arbeit wurde darüber hinaus in den Jahren 2014 und 2015 im Rahmen eines Promotionsstipendiums durch die Hanns-Seidel-Stiftung gefördert.

Schließlich danke ich meinen Eltern, Julia und Ludwig Dössinger, sowie meinem Bruder, Bernd Dössinger, die nicht nur stets an das Gelingen der Arbeit geglaubt, sondern mich in der Zeit der Promotion vor allem auch mit jahrelanger Nachsicht uneingeschränkt und liebevoll unterstützt haben. Ohne deren Unterstützung wäre das Promotionsvorhaben in dieser Form für mich nicht zu realisieren gewesen.

München, im Januar 2018

Tobias Dössinger

Inhaltsübersicht

Teil 1

Einführung 25

- A. Problemstellung 25
- B. Ziel der Untersuchung 28
- C. Untersuchungsgegenstand und Gang der Arbeit 29

Teil 2

Zivilrechtliche Grundlagen der Aufsichtsrats Tätigkeit 31

- A. Stellung des Aufsichtsrats im Gesellschaftsrecht 31
- B. Aufgaben und Pflichten des Aufsichtsrats innerhalb der Aktiengesellschaft . 45
- C. Zusammenfassung der Ergebnisse 124

Teil 3

Die Complianceverantwortung des Aufsichtsrats in der AG 126

- A. Corporate Governance, Risikomanagement und Compliance in der AG 126
- B. Grund, Inhalt und Grenzen einer Compliance-Pflicht für den Vorstand der AG 135
- C. Pflichten des Aufsichtsrats bei Compliance-Pflichtverletzungen des Vorstands 207
- D. Resümee, Fazit und Zusammenfassung der Ergebnisse 291

Teil 4

Einfluss und Wirkung außerstrafrechtlicher Pflichten auf das Strafrecht insbesondere im Bereich der Untreue 298

- A. Problemstellung und Entwicklung des Verhältnisses von Zivil- und Strafrecht 298
- B. Die Strafrechtsordnung als sekundärer Teil der Gesamtrechtsordnung 300

C. Akzessorietät versus Autonomie der strafrechtlichen Begriffsbildung	306
D. Ergebnis und Auswirkungen der Asymmetrie für die weitere Untersuchung	318

Teil 5

Strafrechtliche Haftungsrisiken der Aufsichtsratstätigkeit bei Compliance-Pflichtverletzungen des Vorstands	326
A. Strafrechtliche Haftungsrisiken bei Compliance-Pflichtverletzungen des Vorstands	327
B. Zusammenfassung strafrechtliche Haftungsrisiken des Aufsichtsrats bei Compliance-Pflichtverletzungen des Vorstands	477

Teil 6

Präventiv-begleitende Handlungsmöglichkeiten des Aufsichtsrats zur Sicherstellung seiner Compliance-Verantwortung	479
A. Handlungsmöglichkeiten des Aufsichtsrats zur Sicherstellung seiner Compliance-Verantwortung und Reduktion seiner strafrechtlichen Haftungs- risiken	479
B. Ergebnis bezüglich präventiver Handlungsmöglichkeiten des Aufsichtsrats .	501

Teil 7

Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse und Reformüberlegungen	503
A. Zusammenfassung der wesentlichen Untersuchungsergebnisse	503
B. Abschließende Betrachtung und Reformüberlegungen	517
Literaturverzeichnis	527
Stichwortverzeichnis	561

Inhaltsverzeichnis

Teil 1

Einführung	25
A. Problemstellung	25
B. Ziel der Untersuchung	28
C. Untersuchungsgegenstand und Gang der Arbeit	29

Teil 2

Zivilrechtliche Grundlagen der Aufsichtsrats Tätigkeit	31
A. Stellung des Aufsichtsrats im Gesellschaftsrecht	31
I. Existenz des Aufsichtsrats in der Kapitalgesellschaft als Folge der Drittorganschaft	31
II. Die Stellung des Aufsichtsrats als Pflichtorgan in der Aktiengesellschaft	32
III. Überblick über die Stellung des Aufsichtsrats in anderen Kapitalgesellschaften	34
1. Stellung des Aufsichtsrats als Organ der Kommanditgesellschaft auf Aktien	34
2. Stellung des Aufsichtsrats als Organ in der eingetragenen Genossenschaft	36
3. Stellung des Aufsichtsrats in der GmbH	39
a) Der Pflichtaufsichtsrat in einer mitbestimmten GmbH	39
b) Der fakultativ eingerichtete Aufsichtsrat in einer GmbH	41
4. Stellung des Aufsichtsrats in der Europäischen Gesellschaft	42
IV. Fazit und Bedeutung für die weitere Untersuchung	44
B. Aufgaben und Pflichten des Aufsichtsrats innerhalb der Aktiengesellschaft	45
I. Überwachungsaufgaben des Aufsichtsrats in einer Aktiengesellschaft	46
1. Überwachung der Geschäftsführung nach § 111 Abs. 1 AktG	47
a) Gegenstand der Überwachung gemäß § 111 Abs. 1 AktG	49
b) Konkrete Ausformung des Überwachungsauftrags gemäß § 111 Abs. 1 AktG	51
aa) Ausformung des Überwachungsauftrags in zeitlicher Hinsicht	51

bb) Einschränkung der Überwachung in personeller Hinsicht . . .	53
(1) Vorstandstätigkeit	54
(2) Hauptversammlungsbeschlüsse	54
(3) Leitende Angestellte der zweiten Hierarchieebene	54
(a) Erstreckung des Überwachungsauftrags auf leitende Angestellte	55
(b) Fazit: Recht zur Überwachung von leitenden Angestellten	60
(c) Zugriffsmöglichkeiten auf leitende Angestellte de lege lata	61
(d) Sicherstellung des unmittelbaren Zugriffs auf leitende Angestellte	63
(4) Zwischenergebnis bezüglich der Ausformung in personeller Hinsicht	65
cc) Ausformung des Überwachungsauftrags in inhaltlicher Hinsicht	66
(1) Konkretisierung der Überwachungspflicht durch § 90 AktG	68
(a) Berichtspflichten nach § 90 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 4, S. 3 AktG	69
(b) Initiativrechte des Aufsichtsrats nach § 90 Abs. 3 AktG	71
(c) Externe Informationsquellen des Aufsichtsrats	72
(2) Intensität der Überwachung in Abhängigkeit von der Lage der AG	73
(3) Einfluss der Unternehmensgröße und Branche auf den Überwachungsumfang	75
dd) Maßstäbe der geschuldeten Überwachung	75
(1) Rechtmäßigkeit der Geschäftsführung (Legalitätskontrolle)	76
(2) Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung	79
(3) Wirtschaftlichkeit der Geschäftsführung	80
(4) Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung	82
ee) Zwischenergebnis bezüglich Inhalt und Umfang der Überwachungspflicht	83
c) Beurteilungs- und Ermessensspielräume des Vorstands als Grenze der Überwachung durch den Aufsichtsrat	85
aa) Handeln aufgrund einer unternehmerischen Entscheidung	85
bb) Beurteilungsspielraum bei Ermittlung der angemessenen Information	87
cc) Ermessensspielraum des Vorstands bei Handeln zum Wohl der Gesellschaft	89
(1) Konkretisierung durch die ARAG/Garmenbeck-Rechtsprechung	90

(2) Bedeutung der Rechtsprechung für das Ermessen des Vorstands	91
(3) Ermessensleitende Gesichtspunkte und Grenzen des Ermessens	91
dd) Schlussfolgerungen für die vom Aufsichtsrat geschuldete Überwachung	93
d) Beurteilungs- und Ermessensspielraum des Aufsichtsrats bei dessen Entscheidungen	95
aa) Bei Überwachungsentscheidungen des Aufsichtsrats	95
(1) Kein Entschließungsermessen bei Überwachungs- entscheidungen	95
(2) Auswahlermessen bei Wahl der Mittel	96
bb) Bei unternehmerischen Entscheidungen des Aufsichtsrats ..	97
e) Zwischenergebnis bezüglich zivilrechtlicher Handlungs- und Ermessensspielräume	98
2. Instrumente des Aufsichtsrats zur Erfüllung des Überwachungs- auftrags	99
a) Informationsrechte gemäß § 90 AktG	100
b) Beratung des Vorstands	100
c) Beanstandung, Stellungnahme, Meinungs- und Bedenken- äußerung	102
d) Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern gemäß § 84 AktG	103
aa) Bestellung gemäß § 84 Abs. 1 S. 1 AktG	104
bb) Widerruf der Bestellung gemäß § 84 Abs. 3 S. 1 AktG ...	105
e) Erlass einer Geschäftsordnung für den Vorstand durch den Aufsichtsrat	107
f) Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegenüber dem Vorstand	108
g) Recht auf Einsichtnahme und Prüfung gemäß § 111 Abs. 2 AktG	109
h) Bestimmung von Zustimmungsvorbehalten gemäß § 111 Abs. 4 S. 2 AktG	111
aa) Ausgangspunkt: Keine Übertragung von Geschäfts- führungsmaßnahmen	112
bb) Relativierung des Geschäftsführungsverbots durch § 111 Abs. 4 S. 2 AktG	112
(1) Pflicht zur Bestimmung von Zustimmungsvorbehalten für bestimmte Geschäfte	113
(2) Ermessen bei Entscheidung über die Erteilung der Zustimmung	115
cc) Ermessensreduktion im Einzelfall	116
dd) Praxisrelevante zustimmungsbedürftige Geschäftsvorfälle .	116
i) Einberufung der Hauptversammlung nach § 111 Abs. 3 AktG ..	116
j) Einwirkungsmöglichkeiten bei Feststellung des Jahres- abschlusses	118

k) Leistungs- oder Unterlassungsklage zur Erzwingung pflichtgemäßen Verhaltens	120
l) Bildung von Ausschüssen zur Wahrnehmung von Kontrollaufgaben	121
3. Ergebnis bezüglich der Einwirkungsmöglichkeiten des Aufsichtsrats	122
II. Ergebnis bezüglich des Überwachungsauftrags des Aufsichtsrats in der AG	123
C. Zusammenfassung der Ergebnisse	124

Teil 3

Die Complianceverantwortung des Aufsichtsrats in der AG	126
A. Corporate Governance, Risikomanagement und Compliance in der AG	126
I. Begriff und Bedeutung der Corporate Governance in der AG	127
II. Risikomanagement in der AG im Rahmen der Corporate Governance	128
1. Implementierung eines internen Überwachungssystems	129
2. Schaffung eines effektiven Frühwarnsystems durch den Vorstand	129
III. Corporate Compliance als Instrument zur Sicherstellung der Normbefolgung	131
IV. Verhältnis Corporate Governance, Corporate Compliance und Risikomanagement	134
B. Grund, Inhalt und Grenzen einer Compliance-Pflicht für den Vorstand der AG	135
I. Gegenwärtiger Diskussionsstand in der Rechtswissenschaft	135
II. Gesellschaftsrechtliche Pflicht zur Einführung eines Compliance-Systems in der AG	137
1. Begründung im Wege einer Gesamtanalogie?	137
a) Compliance-Pflichten nach dem Kreditwesengesetz	138
b) Compliance-Pflichten nach dem Wertpapierhandelsgesetz	139
c) Sonstige spezialgesetzliche Vorschriften mit Compliance-Bezug	140
d) Ergebnis und Stellungnahme zum Ansatz von U. H. Schneider	140
2. Pflicht des Vorstands zur Compliance aus §§ 130, 9, 30 OWiG	142
3. Pflicht des Vorstands zur Compliance aus § 91 Abs. 2 AktG	142
4. Pflicht des Vorstands zur Compliance aus §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 AktG	146
a) Pflicht des Vorstands zur Leitung der Aktiengesellschaft	147
aa) Legalitätspflicht des Vorstands als Ausfluss der Leitungsverantwortung	149
bb) Organisationspflicht des Vorstands als Ausfluss der Leitungsverantwortung	151
(1) Anerkennung Organisationspflicht durch Deutschen Corporate Governance Kodex	152

(2) Konkretisierung der Organisationspflicht durch § 91 Abs. 2 AktG	155
(3) Konkretisierung der Organisationspflicht durch die Rechtsprechung	157
(a) Sachverhalt des „Siemens/Neubürger-Urteils“	158
(b) Konkretisierung der Compliance-Pflicht des Vorstands	158
(4) Kategorisierung der Legalitäts- und Organisationspflichten des Vorstands	160
(a) Handlungs-, Informations- und Organisationspflichten	161
(b) Pflichtenspektrum bei Verdachtsmomenten und Verstößen	161
(c) Begleitende Prüfungs- und Nachbesserungspflichten	163
(5) Folgen einer Verletzung der Legalitäts- und Organisationspflicht	164
cc) Zwischenergebnis zum Inhalt gesellschaftsrechtlicher Compliance-Pflichten	166
b) Relative Wirkung bei Verletzung der Legalitäts- und Organisationspflicht	166
5. Schlussfolgerung bezüglich der gesellschaftsrechtlichen Compliance-Pflicht	167
III. Im Außenverhältnis wirkende (Criminal-)Compliance-Pflichten des Vorstands	169
1. „Criminal Compliance“ als Untergrenze der Aufsichts- und Kontrollpflicht	170
a) Zielrichtung von Criminal Compliance	170
b) Adressaten von Criminal Compliance	171
2. Rechtsgrundlage und Pflichtenrahmen einer Criminal Compliance-Organisation	172
a) §§ 130, 9, 30 OWiG als Grundlage der strafrechtlich gebotenen Compliance	172
aa) Regelungsgehalt und Bedeutung der §§ 130, 9, 30 OWiG für den Vorstand	173
bb) Gesetzlicher Pflichtenrahmen der §§ 130, 9, 30 OWiG und Sanktionsrisiko	175
cc) Konkretisierung des Pflichtenrahmens durch Literatur und Rechtsprechung	177
(1) Pflicht zur Aufklärung und Untersuchung von Verstößen	179
(2) Pflicht zur Abstellung von Verstößen	181
(3) Pflicht zur Sanktionierung von Verstößen	182

dd) Zwischenergebnis und Verhältnis interne und externe Compliance-Pflicht	186
b) § 831 BGB als im Außenverhältnis wirkende Pflichtenquelle	188
c) Betriebliche Organisationspflicht als im Außenverhältnis wirkende Pflichtenquelle	191
aa) Inhalt und Grenzen der deliktischen Unternehmenshaftung	191
bb) „Non Compliance“ als betriebliche Gefahrenquelle?	193
d) Zwischenergebnis bezüglich deliktischer Unternehmenshaftung	196
3. Ergebnis bezüglich externer Criminal Compliance-Pflicht des Vorstands	196
IV. Organisatorische Maßnahmen des Vorstands zur Durchführung der Compliance	198
1. Erlass von internen Richtlinien und Verhaltenskodizes	200
2. Schaffung klarer Zuständigkeiten innerhalb des Vorstands	202
3. Steuerung von Personalrisiken durch klare Zuständigkeiten auf personaler Ebene	202
4. Schaffung einer Compliance-Abteilung bei entsprechendem Risikoprofil	204
V. Ergebnis bezüglich Compliance-Pflichten des Vorstands	207
C. Pflichten des Aufsichtsrats bei Compliance-Pflichtverletzungen des Vorstands	207
I. Zuständigkeit in der AG für die Überwachung der Einhaltung von Compliance	208
II. Compliancebezogene Überwachungspflichten gegenüber dem Vorstand der AG	209
1. Pflicht zur Überwachung der Einführung eines geeigneten Compliance-Systems	209
a) Überwachung der Compliance-Aktivitäten im normalen Geschäftsgang	210
b) Gesteigerte Überwachung bei erheblichen Compliance-Verstößen und Vorbelastung	213
aa) Besondere Überwachungspflichten des Aufsichtsrats bei erhöhter Risikolage	213
bb) Pflicht zur Überwachung des konkreten Einzelsachverhalts	214
cc) Umfang und Grenzen der Kontrolle von Aufklärungsmaßnahmen des Vorstands	217
c) Divergenzen in der Compliance-Überwachung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat	218
d) Konsequenzen bei mangelhafter Überwachung	220
2. Pflicht zur Überwachung des Vorstands bezüglich dessen Compliance-Konformität	221
III. Handlungspflichten des Aufsichtsrats bei Compliance-Vertößen des Vorstands	222

1. Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung bei Verdacht auf Compliance-Verstoß	222
a) Ausgangslage und Systematik der ARAG/Garmenbeck-Rechtsprechung	223
aa) Entscheidungen des Aufsichtsrats im Erkenntnisbereich ..	224
bb) Entscheidungen des Aufsichtsrats im Handlungsbereich ..	224
cc) Regel-Ausnahme-Verhältnis	225
b) Compliance-relevante Schlussfolgerungen aus der ARAG-Rechtsprechung	226
aa) Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung bei Straftatbegehung des Vorstands	227
bb) Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung bei Mängeln im Compliance-System	228
c) Kompetenzüberschneidungen bei Aufklärung von Compliance-Pflichtverletzungen	230
d) Handlungspflichten des Aufsichtsrats im Bereich der Sachverhaltsaufklärung	231
aa) Kooperation mit dem Vorstand bei der Sachverhaltsaufklärung	232
bb) Intensivierung der Überwachung bei Verdacht auf „Betroffenheit“ des Vorstands	233
cc) Pflicht zur Durchführung von „Internal Investigations“ und § 111 Abs. 2 AktG	234
dd) Direkter Zugriff auf Unternehmensmitarbeiter	237
ee) Erstattung Strafanzeige durch den Aufsichtsrat	239
ff) Beantragung von Akteneinsicht bei Parallelermittlungen der Staatsanwaltschaft	241
e) Zwischenergebnis	243
2. Pflicht zur Reaktion gegenüber dem Vorstand bei Verdacht auf Compliance-Pflichtverletzung	243
a) Pflicht zur bedingungslosen Geltendmachung von Schadenersatz?	244
aa) Ermessen des Aufsichtsrats bei der Anspruchsverfolgung ..	245
(1) Keine schematische Einordnung der Kompetenz zur Anspruchsverfolgung	245
(2) Unternehmensbezogenheit der Entscheidung über die Anspruchsverfolgung	246
bb) Konkrete Pflichten des Aufsichtsrats bei der Prüfung von Schadenersatzansprüchen	248
(1) Sachverhaltsermittlung, Anspruchsgrundlage und Prozessrisikoanalyse	248
(2) Prüfung der Beitreibbarkeit der Schadenersatzforderung	250
(3) Feststellung der abwägungsrelevanten Umstände durch den Aufsichtsrat	251

(a)	Für eine Regelverfolgung von Non-Compliance sprechende Gründe	252
(b)	Gegen eine Regelverfolgung von Non-Compliance sprechende Gründe	255
(4)	Bewertung und Abwägung mit Blick auf das Unterneh- mensinteresse	257
(a)	Rechtliche Wertung des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG ...	257
(b)	Reputationsschaden	259
(c)	Kosten der Sachverhaltsaufklärung und Anspruchs- verfolgung	261
(d)	Risiko der Inanspruchnahme durch Dritte	262
(e)	Legalitätspflicht	264
(aa)	Reichweite der Legalitätspflicht	264
(bb)	Durchsetzung und Wertung des § 396 Abs. 1 AktG	265
(cc)	Beschränkung der Verfolgungspflicht	267
(f)	Schlussfolgerung: Verfolgungspflicht bei erheblicher Legalitätspflichtverletzung	269
(5)	Zwischenergebnis bezüglich Legalitätspflicht	271
cc)	Ergebnis bezüglich Verfolgungspflicht bei Compliance- Verstößen des Vorstands	271
b)	Pflicht zur Einleitung von Personalmaßnahmen gegenüber dem Vorstand	274
aa)	Vorliegen eines wichtigen Grundes bei Compliance-Verstoß des Vorstands	275
bb)	Handlungspflicht des Aufsichtsrats bei Compliance-Verstoß des Vorstands	277
c)	Pflicht zur Stellung von Strafanzeigen gegenüber dem Vorstand	278
3.	Schlussfolgerung bezüglich Handlungspflichten des Aufsichtsrats bei Compliance-Pflichtverletzungen des Vorstands	280
IV.	Handlungspflichten des Aufsichtsrats gegenüber Unternehmensmitar- beitern?	283
V.	Sorgfaltspflichten des Aufsichtsrats in eigenen Angelegenheiten	284
1.	Pflicht zur Sicherstellung der Ordnungsmäßigkeit der Aufsichts- ratsbeschlüsse	286
2.	Pflicht zur Überwachung der Ordnungsmäßigkeit der Aufsichtsrats- arbeit	287
3.	Fazit bezüglich der Sorgfaltspflichten in eigenen Angelegenheiten	288
VI.	Einfluss der Qualifikation des Aufsichtsrats auf den Sorgfaltsmaßstab	288
D.	Resümee, Fazit und Zusammenfassung der Ergebnisse	291
I.	Compliance als spezifischer Teil der Legalitäts- und Organisations- pflicht	291
II.	Compliance-Pflichten des Vorstands de lege lata	292

1. Pflicht zur Einführung eines geeigneten Compliance-Systems in der AG	292
2. Pflicht zur regelmäßigen Kontrolle des eingeführten Systems	293
3. Pflicht zur regelmäßigen Berichterstattung an den Aufsichtsrat . . .	293
III. Compliancebezogene Pflichten des Aufsichtsrats gegenüber dem Vorstand	294
1. Pflicht zur Überwachung der Einführung eines tauglichen Compliance-Systems	294
2. Pflicht zur Aufklärung, Abstellung und Ahndung von Fehlverhalten des Vorstands	295
IV. Sorgfaltspflichten des Aufsichtsrats in eigenen Angelegenheiten	296

Teil 4

Einfluss und Wirkung außerstrafrechtlicher Pflichten auf das Strafrecht insbesondere im Bereich der Untreue 298

A. Problemstellung und Entwicklung des Verhältnisses von Zivil- und Strafrecht	298
B. Die Strafrechtsordnung als sekundärer Teil der Gesamtrechtsordnung	300
C. Akzessorietät versus Autonomie der strafrechtlichen Begriffsbildung .	306
I. Einflussmöglichkeiten des Primärrechts auf das sekundäre Strafrecht	307
1. Primärrechtliche Rechtmäßigkeit als Untergrenze strafbaren Verhaltens	308
2. Kein strenges Akzessorietätsverhältnis des Primärrechts zum Sekundärrecht	310
3. Asymmetrisches Akzessorietätsverhältnis des Primärrechts zum Sekundärrecht	314
II. Strafrechtsautonome Auslegung des Untreuetatbestandes nach Schönemann	316
D. Ergebnis und Auswirkungen der Asymmetrie für die weitere Untersuchung	318

Teil 5

Strafrechtliche Haftungsrisiken der Aufsichtsratsstätigkeit bei Compliance-Pflichtverletzungen des Vorstands 326

A. Strafrechtliche Haftungsrisiken bei Compliance-Pflichtverletzungen des Vorstands	327
I. Risiko der Aufsichtsratsuntreue bei Compliance-Pflichtverletzungen des Vorstands	328
II. Nichtüberwachung der Einführung eines tauglichen Compliance-Systems durch den dafür zuständigen Vorstand als Anknüpfungspunkt für eine Untreuestrafbarkeit	329

1. Voraussetzungen für eine Untreuestrafbarkeit in objektiver Hinsicht	329
a) Missbrauchs- oder Treubruchuntreue bei Nichtüberwachung . . .	330
b) Vermögensbetreuungspflicht des Aufsichtsrats im Bereich der Überwachung	331
c) Vermögensbetreuungspflichtverletzung des Aufsichtsrats durch Nichtüberwachung der Einführung eines Compliance-Systems durch den Vorstand	334
aa) Qualitative Anforderungen an das Pflichtverletzungsmerkmal auf Grundlage eines asymmetrischen Akzessorietätsverhältnisses	334
(1) Restriktion des Pflichtverletzungsmerkmals in der Rechtsprechung	335
(2) Restriktion des Pflichtverletzungsmerkmals in der Literatur	344
(3) Stellungnahme und Einordnung des Pflichtverletzungsmerkmals	346
(a) Dogmatische Einordnung des gravierenden Pflichtverletzungsmerkmals	347
(b) Stellungnahme zum Merkmal der gravierenden Pflichtverletzung	348
(4) Ergebnis	354
bb) Schlussfolgerung für den Aufsichtsrat bei Überwachung des Compliance-Systems	355
(1) Pflichtverletzung bei gänzlicher Nichtüberwachung	355
(2) Pflichtverletzung bei evident unvertretbarer Überwachung	357
cc) Ergebnis	365
d) Strafrechtliche Handlungspflicht der Mitglieder des Aufsichtsrats bei Nichteinführung eines Compliance-Systems durch den Vorstand	367
aa) Anwendbarkeit des § 13 Abs. 1 StGB im Rahmen des Untreuetatbestandes	367
bb) Bedeutung der Anwendbarkeit des § 13 StGB im Rahmen des § 266 StGB	370
cc) Beschützergarantenstellung zu Gunsten des Vermögens der AG	371
dd) Keine Beschützergarantenstellung zu Gunsten von Gläubigern und Aktionären	374
ee) Zwischenergebnis	376
ff) Inhalt der Garantienpflicht im Bereich der Compliance- Überwachung	378
(1) Ausgangspunkt: Rechtliche Einwirkungsmöglichkeiten des Aufsichtsrats	378
(2) Reichweite im Bereich der Überwachung eines Compliance-Systems	380

gg) Ergebnis und Schlussfolgerung für den Aufsichtsrat	385
e) Verursachung eines Vermögensnachteils infolge der Nichtüberwachung der Einführung eines Compliance-Systems durch den Vorstand	386
aa) Keine reale Vermögenseinbuße durch Nichtüberwachung	387
bb) Schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung	391
(1) Voraussetzungen	391
(2) Vermögensgefährdung bei Nichtexistenz eines Compliance-Systems?	393
(a) Meinungsspektrum zur Schadensrelevanz bei Auslösung von Schadenersatzansprüchen und Sanktionen zum Nachteil der AG	394
(b) Stellungnahme und Bewertung des Strafbarkeitsrisikos	397
(3) Zwischenergebnis	399
cc) Ergebnis	399
f) Kausalzusammenhang zwischen Nichtüberwachung und Vermögensnachteil	400
aa) An den Kausalitätsnachweis zu stellende Anforderungen	400
bb) Anforderungen an „quasi-kausales“ Verhalten des Aufsichtsrats	402
cc) Ergebnis	405
g) Ergebnis bezüglich des Strafbarkeitsrisikos in objektiver Hinsicht	405
2. Voraussetzungen für eine Untreuestrafbarkeit in subjektiver Hinsicht	406
3. Ergebnis und Bewertung des Strafbarkeitsrisikos bei Nichtüberwachung der Einführung eines Compliance-Systems	410
III. Strafrechtliche Haftungsrisiken der Mitglieder des Aufsichtsrats bei unmittelbaren Compliance-Pflichtverletzungen des Vorstands	411
1. Strafrechtstheoretische Grundlagen zur Begründung einer Garantstellung	412
a) Formelle Rechtspflichttheorie versus materielle Legitimationsansätze	413
aa) Keine Legitimation durch die formelle Rechtspflichttheorie	413
bb) Materielle Ansätze zur Legitimation der Garantenhaftung	416
b) Kombination formeller und materieller Aspekte unter besonderer Berücksichtigung des Herrschaftsprinzips nach Schönemann	424
c) Potentielle Reichweite einer Überwachungsgarantstellung der Aufsichtsratsmitglieder	430
2. Überwachungsgarantstellung des Aufsichtsrats zur Verhinderung von Straftaten des Vorstands gegenüber Dritten?	433
a) Bedeutung einer Aufsichtsratsgarantstellung aus Sicht des Aufsichtsrats	433

b)	Meinungsspektrum in Rechtsprechung und Literatur	434
c)	Stellungnahme	436
d)	Ergebnis	442
3.	Schlussfolgerung für das Strafbarkeitsrisiko des Aufsichtsrats	443
4.	Strafbarkeitsrisiken des Aufsichtsrats bei Verdacht auf strafrechtswidriges Verhalten des Vorstands gegenüber der AG	445
a)	Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassen	446
b)	Insbesondere: (Mit-)täterschaftliche Untreue durch Unterlassen	456
aa)	Einfluss durch förmlichen Aufsichtsratsbeschluss	459
bb)	Einfluss durch ad hoc Zustimmungsvorbehalt	459
cc)	Einfluss durch Abberufung und Kündigung	462
dd)	Einfluss durch Erstattung Strafanzeige	462
c)	Bewertung des Strafbarkeitsrisikos	463
5.	Strafbarkeitsrisiken des Aufsichtsrats bei Verdacht auf strafrechtswidriges Verhalten des Vorstands gegenüber Dritten	464
a)	Untreuerisiko bei unterlassener Sachverhaltsaufklärung	465
aa)	Schadensrelevanz der unterlassenen Aufklärung	467
(1)	Keine reale Vermögenseinbuße infolge der Nichtaufklärung	467
(2)	Schadensgleiche Vermögensgefährdung infolge der Nichtaufklärung?	468
bb)	Ergebnis und Bewertung des Untreuerisikos	471
b)	Untreuerisiko bei unterlassener Abstellung des Fehlverhaltens des Vorstands	471
c)	Untreuerisiko bei unterlassener Verfolgung von Schadenersatz	473
6.	Ergebnis Strafbarkeitsrisiko bei Verdacht auf Straftatbegehung gegenüber Dritten	475
IV.	Bewertung Strafbarkeitsrisiko bei Straftatbegehung durch Vorstand	475
B.	Zusammenfassung strafrechtliche Haftungsrisiken des Aufsichtsrats bei Compliance-Pflichtverletzungen des Vorstands	477

Teil 6

Präventiv-begleitende Handlungsmöglichkeiten des Aufsichtsrats zur Sicherstellung seiner Compliance-Verantwortung 479

A.	Handlungsmöglichkeiten des Aufsichtsrats zur Sicherstellung seiner Compliance-Verantwortung und Reduktion seiner strafrechtlichen Haftungsrisiken	479
I.	Rechtsgrund für präventive Organisationsmaßnahmen des Aufsichtsrats	480
II.	Ausschussbildung zur Überwachung im Bereich der Compliance	482

1. Rechtliche Rahmenbedingungen und Grenzen der Ausschuss- bildung	482
2. Bildung eines ständigen Compliance-Ausschusses durch den Aufsichtsrat	484
3. Bildung anlassbezogener Sonder- oder Untersuchungsausschüsse .	487
III. Schaffung von Compliance-Regelungen in der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats	489
IV. Regelung der Kommunikationswege durch Schaffung einer „Informationsordnung“	491
1. Regelung des Informationsflusses zwischen Aufsichtsrat und Vorstand	493
2. Regelung des Informationsflusses zwischen Aufsichtsrat und leitenden Angestellten	494
3. Regelung des Informationsflusses innerhalb des Aufsichtsrats	495
V. Sicherstellung der Compliance durch Schaffung von Zustimmungsvor- behalten	495
VI. Mitwirkung des Aufsichtsrats beim Aufbau eines Compliance-Sys- tems?	497
VII. Implementierung eines Compliance-Beauftragten im Aufsichtsrat ...	498
VIII. Erteilung eines besonderen Prüfungsauftrages an den Abschlussprüfer	500
B. Ergebnis bezüglich präventiver Handlungsmöglichkeiten des Aufsichtsrats	501

Teil 7

**Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse
und Reformüberlegungen**

503

A. Zusammenfassung der wesentlichen Untersuchungsergebnisse	503
I. Überwachung der leitungsbezogenen Entscheidungen des Vorstands .	503
II. Compliance als Teil der Legalitäts- und Organisationspflicht	504
III. Akzessorisch ausgestaltete Compliance-Verantwortung in der AG ...	505
1. Compliance-Pflichten des Vorstands	505
2. Compliancebezogene Pflichten des Aufsichtsrats	507
a) Pflicht zur Überwachung der Einführung eines tauglichen Compliance-Systems	507
b) Pflicht zur Aufklärung, Abstellung und Ahndung von Fehl- verhalten des Vorstands	508
IV. Asymmetrisches Akzessorietätsverhältnis des Primärrechts zum Sekundärrecht	509
V. Strafrechtliche Haftungsrisiken des Aufsichtsrats	510
1. Allgemeine Untersuchungsergebnisse	510
a) Potentielles Risiko der Treubruchuntreue durch Unterlassen ..	510

b)	Einschränkung des objektiven Untreuetatbestands durch das Erfordernis der „gravierenden“ bzw. „evidenten“ Pflichtverletzung	510
c)	Beschützergarantenstellung des Aufsichtsrats zu Gunsten des Vermögens der AG vor Schädigungen durch den Vorstand	512
d)	Keine Überwachungsgarantenstellung des Aufsichtsrats im Sinne einer „Aufsichtsgarantenstellung“ zum Schutz Dritter vor Schädigungen durch den Vorstand	513
2.	Spezielle Erkenntnisse bei Compliance-Pflichtverletzungen durch den Vorstand	513
a)	Kein Strafbarkeitsrisiko des Aufsichtsrats bei Nichtüberwachung der Einführung eines Compliance-Systems durch den dafür zuständigen Vorstand	514
b)	Strafbarkeitsrisiko des Aufsichtsrats bei unmittelbar strafrechtswidrigem Verhalten des Vorstands	515
aa)	Straftatbegehung des Vorstands unmittelbar zum Nachteil der AG	515
bb)	Straftatbegehung des Vorstands zum Nachteil von externen Dritten	516
VI.	Erhöhung der Überwachungseffizienz und Absenkung des Strafbarkeitsrisikos durch frühzeitige Einleitung von „präventiv-begleitenden“ Maßnahmen	516
B.	Abschließende Betrachtung und Reformüberlegungen	517
I.	Kein Bedarf zur Regelung einer inhaltlich bestimmten Compliance-Pflicht für die sektorunabhängige Aktiengesellschaft im Aktiengesetz	518
II.	Reformüberlegungen	519
	Literaturverzeichnis	527
	Stichwortverzeichnis	561

Teil 1

Einführung

A. Problemstellung

Das Thema Strafbarkeit von Aufsichtsräten wurde im Zusammenhang mit der sogenannten „*Mannesmann-Entscheidung*“ aus dem Jahr 2005 erstmals in den Fokus der Öffentlichkeit gerückt.¹ Seit diesem Urteil ist eine zunehmende Bereitschaft der Ermittlungsbehörden zu beobachten, auch gegen Aufsichtsräte Ermittlungs- und Strafverfahren einzuleiten.

Im Jahr 2013 betrieb die Staatsanwaltschaft Stuttgart ein Ermittlungsverfahren gegen den gesamten Aufsichtsrat der Porsche SE wegen des Verdachts der Beihilfe zur Marktmanipulation im Zusammenhang mit der geplanten Übernahme der VW AG.² Die Staatsanwaltschaft München ermittelt derzeit gegen verantwortlich Handelnde der Hypo- und Vereinsbank AG wegen sogenannter Cum-ex-Trades-Geschäfte, weshalb der Aufsichtsrat nicht nur bereits eine, dem Vernehmen nach 50 Millionen Euro teure, interne Untersuchung zur Aufklärung der Vorwürfe hat durchführen lassen, sondern zudem ein Vorgehen gegen ehemalige Vorstandsmitglieder prüft.³ Auch das OLG Braunschweig hatte sich mit der Strafbarkeit von Aufsichtsräten auseinanderzusetzen und unter anderem die Frage zu beantworten, ob sich der Aufsichtsrat strafbar mache, wenn er Kenntnis von rechtswidrigen Handlungen innerhalb der AG erlangt und hiergegen im Rahmen seiner Handlungsmöglichkeiten nicht einschreitet.⁴

¹ BGHSt 50, 331 ff.

² <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/staatsanwaltschaft-ermittelt-gegen-porsche-aufsichtsrate-a-882644.html>); <http://juve.de/nachrichten/verfahren/2014/09/gescheiterte-vw-uebernahme-porsche-aufsichtsrate-wappnen-sich-mit-strafrecht-learn>. Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 27.08.2014 Nr. 198, S. 22. Das Verfahren wurde im Jahr 2015 dann letztlich gegen sämtliche Aufsichtsräte eingestellt. Vgl. <http://sueddeutsche.de/wirtschaft/ermittlungen/-wegen-marktmanipulation-pich-muss-doch-nicht-vor-gericht-1.2607858>.

³ SZ vom 08.06.2015 abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/cum-ex-deals-dubiose-geschäfte-teure-folgen1.2509369>.

⁴ OLG Braunschweig, Beschl. vom 14.06.2012 – Ws 44/12, Ws45/12 = BeckRS 2012, 15237; CCZ 2013, 123 ff. mit Anm. Kruchen.

Im Jahr 2015 hatte auch der BGH im Rahmen der strafrechtlichen Aufarbeitung der Nürburgring-Sanierung über die Strafbarkeit des Aufsichtsrats einer GmbH wegen Untreue zu befinden.⁵ Schließlich bleibt abzuwarten, ob im Zuge des „VW-Abgasskandals“ strafrechtliche Ermittlungen gegen Organmitglieder der VW-AG eingeleitet werden.⁶

Bereits die angeführten Beispiele aus der jüngsten Vergangenheit zeigen, dass die Aufsichtsratsstätigkeit in der Strafrechtswirklichkeit angekommen ist und es sich bei der Thematik Strafbarkeit von Aufsichtsräten auch Jahre nach dem Mannesmann-Urteil nach wie vor um eine aktuelle Fragestellung handelt. Dies gilt erst recht mit Blick auf die stärker an Bedeutung gewinnende Compliance-Diskussion, deren haftungsrechtliche Auswirkungen weder auf Mitarbeiter- noch Organebene dogmatisch abschließend geklärt sind. Zahlreiche Unternehmen reagieren seit der strafrechtlichen Aufarbeitung des sog. „Siemens-Schmiergeldskandals“⁷ auf das Phänomen der Wirtschaftskriminalität mit der Implementierung von „Business Ethics Guidelines“, „Unternehmensrichtlinien“ oder „Code of Conduct Regelwerken“⁸ und schaffen sowohl auf Organ- als auch Mitarbeiterebene interne Regelungen.

Aufgrund dieser aktuell zu beobachtenden Entwicklungen stellt sich die vor allem in der wirtschaftsstrafrechtlichen Praxis relevante Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen sich neben den unmittelbar strafbar handelnden Mitarbeitern und dem die Straftatbegehung auf Mitarbeiterebene gegebenenfalls zulassenden Leitungsorgan insbesondere auch die Mitglieder des Aufsichtsrats als Überwachungsorgan strafbar machen können, wenn sie Informationen erhalten, die darauf hindeuten, dass in der AG von Seiten des Vorstands keine organisatorischen Maßnahmen zur Verhinderung von Straftaten auf Mitarbeiterebene unternommen wurden, sodass es zu einer Straftatbegehung durch Mitarbeiter überhaupt erst hat kommen können.⁹ Gleichermä-

⁵ BGH, Beschluss vom 26.11.2015 = WM 2016, 926 ff.; *Brand*, NZG 2016, 690.

⁶ Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 22.09.2015 Nr. 220, S. 1, 15, 22. Zur „Klageflut“ im Zusammenhang mit dem sog. „Abgasskandal“ siehe JUVE Rechtsmarkt 03/16, S. 32 ff.

⁷ Siehe in zivilrechtlicher Hinsicht das sog. „Neubürger“-Urteil des LG München I, NZG 2014, 345 f.; *Fleischer*, NZG 2014, 321. In strafrechtlicher Hinsicht siehe die den „Siemens-Komplex“ ebenfalls aufarbeitende Entscheidung des BGH vom 06.09.2016, wonach die allgemeine Erwägung der Einführung eines „Compliance-Systems“ nicht nachträglich die Kenntnis von schwarzen Kassen entfallen lässt. Siehe hierzu auch *Lorenz*, GWR 2017, 12.

⁸ Zu den unterschiedlichen Begriffen siehe *Grützner/Jakob*, Compliance von A–Z, CoC.

⁹ Zur Frage der Berücksichtigung von „ineffektiven Compliance-Strukturen“ im Rahmen der Strafzumessung siehe unter Bezugnahme auf das Urteil des LG Bochum vom 14.12.2015, Az. II 13 KLs – 48 Js 4/13–16/14 jüngst auch *Basener/Dilling*, CCZ 2017, 70 ff.

ßen fraglich ist, welche „strafrechtlichen Haftungsrisiken“¹⁰ die Aufsichtsratsmitglieder konkret treffen, wenn Vorstandsmitglieder in dem Verdacht stehen, direkt in den kriminellen Sachverhalt verwickelt zu sein.

Aus Gründen der Rechtssicherheit besteht ein dringendes Bedürfnis, die Aufsichtsratsstätigkeit in die Compliance-Diskussion, die regelmäßig unter den Schlagworten „Corporate Governance“, „Corporate Compliance“ oder „Criminal Compliance“¹¹ geführt wird, miteinzubeziehen und zu klären, was unter Compliance zu verstehen ist, welches Organ in der AG für das Thema Compliance zuständig ist und welche haftungsrechtlichen Implikationen mit der Begründung von Compliance-Pflichten in der AG einhergehen.

Eine Diskussion der strafrechtlichen Haftungsrisiken ist aus Sicht der Mitglieder des Aufsichtsrats bei Compliance-Pflichtverletzungen des Vorstands schließlich auch deshalb erforderlich, weil vor dem Hintergrund der sogenannten Finanzmarktkrise und einiger aufsehenerregender Banken- und Unternehmenkrisen¹² der Eindruck entsteht, dass die Rufe nach einem harten Vorgehen gegen Verantwortliche von Wirtschaftsunternehmen zunehmend lauter werden. *Schünemann* sah sich im Zusammenhang mit der strafrechtlichen Aufarbeitung des IKB Skandals zu der Aussage veranlasst, „die Strafverfolger müssten wenigstens versuchen, in dem in sich moralisch perversen Finanzsystem individuelle Schuld festzustellen“.¹³ Verschärft wird ein strafrechtliches Risiko der Aufsichtsratsstätigkeit dadurch, dass Aufsichtsräte in der AG komplexe Aufgaben wahrzunehmen haben. Einerseits haben sie gemäß § 111 Abs. 1 AktG die Geschäftsführung zu überwachen. Andererseits werden ihnen durch das Aktiengesetz oder die Satzung partiell Geschäftsführungsaufgaben zugewiesen. Dies hat zur Folge, dass sich deren Pflichtenprogramm in gewissem Umfang an unternehmerischen Maßstäben ausrichtet und daher dem des Vorstands zumindest angenähert sein kann.

¹⁰ Der Begriff der „Haftung“ hat verschiedene Bedeutungen. Er kann zum einen so verwendet werden, dass damit das Unterworfensein eines Rechtssubjekts unter den Vollstreckungszugriff staatlicher Gewalt beschrieben wird. Haftung wird zum anderen aber auch in der Gestalt verwendet, dass sie eine Verpflichtung zum Schadenersatz beschreibt. Siehe zu dem Begriff auch *Grützner/Jakob*, Compliance von A–Z, Haftung. Im vorliegenden Kontext bezieht sich der Begriff der strafrechtlichen Haftung auf die Frage, ob sich die Mitglieder des Aufsichtsrats nach den Vorschriften des Strafgesetzbuches strafbar machen, wenn sie die ihnen im Verhältnis zum Vorstand obliegenden (Überwachungs-)Pflichten verletzen.

¹¹ Zum Begriff der „Criminal Compliance“ siehe ausführlich *Rotsch*, ZIS 2010, 614 ff.

¹² Siehe hierzu *Fleischer*, NJW 2009, 2337.

¹³ Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 26.09.2012 Nr. 225, S. 19; *LK-Schünemann*, § 266 Rn. 120. Zu Compliance, Finanzkrise, Recht und Ethik jüngst *Wastl*, BOARD, 2016, 187 ff.