

Schriften zum Strafrecht

---

Heft 237

# Die Untreuestrafbarkeit des Vorstands einer Aktiengesellschaft

Von

Kristina Nattkemper



Duncker & Humblot · Berlin

KRISTINA NATTKEMPER

Die Untreuestrafbarkeit des Vorstands  
einer Aktiengesellschaft

Schriften zum Strafrecht

Heft 237

# Die Untreuestrafbarkeit des Vorstands einer Aktiengesellschaft

Von

Kristina Nattkemper



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Ruhr-Universität Bochum hat diese Arbeit  
im Jahre 2012 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  
© 2013 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin  
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0558-9126  
ISBN 978-3-428-13990-3 (Print)  
ISBN 978-3-428-53990-1 (E-Book)  
ISBN 978-3-428-83990-2 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

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

## **Danksagung**

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Klaus Bernsmann. Schon in Studienzeiten und auch während meiner Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl haben mich seine Auffassungen, Ansichten und Anschauungen tief beeindruckt und nachhaltig geprägt.

Danken möchte ich auch Herrn Prof. Dr. Wolters für die Übernahme und rasche Erstellung des Zweitgutachtens. Auch seine Vorlesungen haben zu meiner besonderen Affinität zum Strafrecht entscheidend beigetragen.

Darüber hinaus danke ich den Mitarbeitern des Lehrstuhls von Herrn Prof. Dr. Bernsmann ganz herzlich. Dies gilt insbesondere Frau Ute Knaut, die mir stets unterstützend zur Seite stand. Besonders danken möchte ich Frau Dr. Jenny Lederer für das akribische und kritische Lesen meiner Arbeit und dafür, dass sie immer – in juristischer wie zwischenmenschlicher Hinsicht – für mich da war und ist. Für das sorgfältige Korrekturlesen meiner Arbeit danke ich außerdem Herrn Dr. Jens Sickor sowie Herrn Sören Scheibel.

Darüber hinaus gilt mein besonderer Dank meiner Familie. Insbesondere meine Eltern – Herr Prof. Dr.-Ing. Udo Ossendoth und Frau Brita Ossendoth – waren mir mit ihren konstruktiven Anregungen eine große Hilfe. Bei der Verwirklichung meiner Ziele stand mir meine Mutter immer tatkräftig und liebevoll zur Seite.

Danken möchte ich vor allem auch meinem Ehemann, Herrn Philipp Nattkemper, der mir stets wertvolle Denkanstöße liefert, mich mit unendlicher Geduld unterstützt und mich durch Höhen und Tiefen voller Verständnis begleitet. Danke!

Bochum, im Januar 2013

*Kristina Nattkemper*



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	15
I. Aktiengesellschaft, Publikumsgesellschaft, Großunternehmen, Mitbestimmung .....	17
II. Börsennotierung als notwendige Eigenschaft des Untersuchungsgegenstandes? .....	20
III. Konzentration auf den Treuebruchtatbestand? .....	20

## *Kapitel 1*

<b>Strafrechtliche Konzeption der Untreuestrafbarkeit des Vorstands</b> .....	22
---	----

<b>A. Erklärungsmodell „Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der Gesellschaft“</b> .....	22
I. Bezugspunkt 1: Gesellschaft .....	23
1. Das „Mannesmann-Urteil“ des BGH .....	25
2. Reaktionen auf das „Mannesmann-Urteil“ .....	31
3. Fallgruppe „Kreditvergabe“ .....	36
4. Das „Kinowelt-Urteil“ .....	39
5. Fallgruppe „Spenden“ .....	40
6. Zwischenergebnis .....	42
II. Bezugspunkt 2: Interesse .....	43
1. Versuch einer induktiven Vorgehensweise anhand der Pflichtverletzung .....	46
2. Systematisierung der Pflichtverletzungen des Vorstands .....	47
a) Grenzen eines Einverständnisses als Handlungsgrenzen .....	49
aa) Formale Voraussetzungen .....	50
bb) Materielle Voraussetzungen .....	51
cc) Grenzen eines Einverständnisses im Falle der Untreue gegenüber einer GmbH .....	51
dd) Monistische Ausrichtung? .....	53
ee) Übertragung auf die AG .....	55
ff) Schlussfolgerung .....	56
b) Hauptversammlungsbeschluss, Satzung, Anstellungsvertrag, Gesetz und allgemeines Schädigungsverbot .....	57
III. Interessengeneese im Zusammenspiel mit Pflichtverletzung .....	59
1. Kollektiver Interessebegriff .....	60



2. Zweckgebundener Interessebegriff .....	61
3. Entgegenstehende Erkenntnisse der Literatur? .....	70
4. Vermögensinteresse .....	72
5. Zwischenergebnis und weitere Fragestellung .....	73
6. Doppelfunktion des Interesses der Gesellschaft .....	74
<b>B. Gründe, das Erklärungsmodell zu hinterfragen .....</b>	<b>75</b>
I. Innerstrafrechtliche Inkonsistenzen .....	75
1. „Rechtsgutvertauschung“ .....	75
2. Fehlschluss vom Schaden auf die Pflichtverletzung .....	76
II. Inkonsistenzen am Schnittpunkt von Straf- und Gesellschaftsrecht .....	79
1. Entwicklung des Aktien- und Strafrechts .....	79
2. Tatsächliche Entwicklung von (Groß-)Unternehmen und Gesellschaftsrecht .....	83
<b>C. Gang der weiteren Darstellung .....</b>	<b>85</b>
I. Versuch der Legitimation der Konzeption .....	85
II. Bei fehlender Legitimation: Diskussion eines alternativen Modells .....	86

## *Kapitel 2*

<b>Legitimation der strafrechtlichen Konzeption aus der rechtlichen Umwelt</b>	87
<b>A. Subsystem Gesellschaftsrecht .....</b>	<b>87</b>
<b>B. Transformation der Begriffe .....</b>	<b>91</b>
I. Verhältnis der strafrechtlichen „Gesellschaft“ zu den gesellschaftsrechtlichen „Gesellschaftern“ und „Anteilseignern“ .....	92
II. Verhältnis des strafrechtlichen „Interesses der Gesellschaft“ zum gesellschaftsrechtlichen „Gesellschaftsinteresse“ .....	93
III. Verhältnis des strafrechtlichen „Schadigungsverbots“ zum gesellschaftsrechtlichen „Gewinnmaximierungsgebot“ .....	99
IV. Verhältnis des strafrechtlichen „Schadigungsverbots“ zur gesellschaftsrechtlichen Maximierung des „Shareholder Value“ .....	100
V. Verhältnis der strafrechtlichen „Existenzgefährdung“ zur gesellschaftsrechtlichen „Bestands- bzw. Existenzvernichtung“ .....	104
<b>C. Monistische Ausrichtung der §§ 76, 93 AktG? .....</b>	<b>105</b>
I. Ermessen und § 93 Abs. 1 S. 2 AktG (deutsche „Business-Judgement-Rule“) .....	108
1. ARAG/Garmenbeck .....	109
2. Grenzen des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG .....	114
a) Unternehmerische Entscheidung und Wohl der Gesellschaft .....	115

aa)	Rechtsdogmatisch: „Zurückdrängung richterlicher Prüfungs- kompetenz“, „safe harbour“ oder „Entkoppelung von Sorgfalts- und Prüfungsmaßstäben“ .....	119
(1)	Begründung: hindsight biases .....	121
(2)	Begründung: Der Richter als „fachlicher Laie“ .....	122
(3)	Begründung: Der Richter als Substitut der Märkte .....	123
(4)	Begründung: Der Richter als Prüfer von Ermessensfehlern .	124
bb)	Rechtsdogmatisch: Unwiderlegbare Vermutung objektiv pflicht- konformen Verhaltens, Fiktion oder Tatbestandsausschluss .....	128
cc)	Rechtsdogmatisch: Klarstellung .....	130
(1)	Begründung: Gesetzliche Gestaltung der wirtschaftlichen „Wirklichkeit“ .....	131
(2)	Begründung: Ermessensspielraum als notwendiger Aus- druck des Interessenausgleichs .....	133
dd)	Zwischenergebnis .....	134
b)	Legalitätsprinzip .....	134
c)	Handeln auf der Grundlage angemessener Information .....	136
d)	Loyalitätsprinzip als Handeln ohne Sonderinteressen, sachfremde Einflüsse und fehlende Treupflichtverletzung .....	139
3.	Beweislast .....	141
4.	Zwischenergebnis .....	144
II.	Entweder: Verpflichtung des Vorstands auf das Gesellschaftsinteresse .....	146
III.	Oder: Verpflichtung des Vorstands auf das Unternehmensinteresse .....	151
1.	Unternehmensbezug des Unternehmensinteresses – Begriff des Unter- nehmens .....	154
a)	Unternehmen als konzerndimensionaler Begriff? .....	154
b)	Unternehmen im Verhältnis zur Gesellschaft .....	154
c)	Historische Entwicklung des Unternehmensbegriffs .....	156
d)	Negative Abgrenzung zum Begriff des „Betriebs“ .....	164
e)	Negative Abgrenzung zum Begriff der „Unternehmung“ .....	165
f)	Positive Ableitung vom Begriff des „Unternehmers“ .....	166
g)	Weitere positive Definitionsversuche .....	166
h)	Ausgangspunkt: Unternehmensbegriff nach J. v. Gierke .....	167
i)	Das Unternehmen als Sozialverband oder sozialer „Verband“ .....	167
j)	Das Unternehmen mit mitgliederschaftlicher Struktur .....	174
k)	Zwischenergebnis .....	176
l)	Das Unternehmen als Wertschöpfungsveranstaltung .....	177
m)	Das Unternehmen in austauschtheoretischer Betrachtung .....	178
n)	Das Unternehmen als Machtzentrum .....	179
o)	Zwischenergebnis .....	180
p)	Das Unternehmen als System .....	181

q) „Unternehmen an sich“ als Verselbständigung des Unternehmens? ..	184
aa) Rathenau .....	187
bb) Haussmann .....	188
cc) Netter .....	189
dd) Zusammenfassung .....	189
r) Zwischenergebnis .....	192
2. Pluralistischer Bezug des Unternehmensinteresses .....	193
a) Unternehmensinteresse als materieller Begriff .....	193
aa) Unternehmensinteresse als Interesse an Bestand und Rentabilität	194
bb) Bildung einer Vergleichsgruppe .....	196
cc) Für wen/aus welchem Grunde soll das Unternehmen bestehen und rentabel wirtschaften? .....	198
dd) Zwischenergebnis: materielle Theorien .....	203
b) Unternehmensinteresse als prozessuale Verfahrensvorgabe .....	204
aa) Laske: Unternehmensinteresse als Diskursmodell .....	205
bb) Brinkmann: Unternehmensinteresse als integriertes Gesamt- interesse .....	206
cc) Jürgenmeyer: Unternehmensinteresse durch Wechselwirkungs- prozess .....	207
dd) v. Werder: Unternehmensinteresse als „regulative Leitidee“ .....	209
ee) Mertens: Aktuelles Unternehmensinteresse .....	210
ff) Clemens: Unternehmensinteresse als Interessenvergemeinschaftungs- prozess .....	210
gg) Flume: Unternehmensinteresse als Interesse der juristischen Person als „Ideales Ganzes“ .....	211
hh) Teubner: Unternehmensinteresse als Abstimmungsprozess .....	212
ii) Kessler: Unternehmensinteresse als Kompromiss .....	213
jj) Großmann: Unternehmensinteresse als Verfahrens- und Organi- sationsregeln .....	215
3. Zwischenergebnis .....	216
<b>D. Monistische Grundtendenz des Aktienrechts?</b> .....	217
I. Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung .....	218
II. Existenzvernichtender Eingriff .....	220
III. Anteilseigner/Hauptversammlung .....	231
1. Zielbildungskompetenz der Anteilseigner .....	231
a) Gestalt der Zielkomponente .....	234
b) Verhältnis der Zielkomponente zum Gegenstand .....	236
c) Folgerungen .....	237
2. Struktur- und Grundlagenscheidungen .....	238
a) Geschriebene Kompetenzen .....	238
b) Hauptversammlungsbeschlüsse .....	240

c) Exkurs: Haftung – insbesondere Binnenhaftung/Außenhaftung . . . . .	244
aa) Haftung „gegenüber“ Gesellschaftern . . . . .	245
bb) Haftung „gegenüber“ Gläubigern . . . . .	246
d) Ungeschriebene Kompetenzen? . . . . .	247
3. Zweckbildung: Bestand . . . . .	247
4. Zwischenergebnis . . . . .	250
5. Insbesondere: Beschluss über Verwendung des Bilanzgewinnes – §§ 58, 174, 254 Abs. 1 AktG . . . . .	251
6. Insbesondere: Beschluss über Ausschluss des Bezugsrechts der Aktio- näre – § 243 AktG . . . . .	252
7. Zwischenergebnis . . . . .	252
8. Insbesondere: Geltendmachung von Ersatzansprüchen – §§ 147, 148 AktG . . . . .	253
9. Zwischenergebnis . . . . .	254
10. Legitimation eines monistischen Modells durch Eigentum . . . . .	254
a) Eigentum in seiner verfassungsrechtlichen Dimension: Art. 14 GG und „Ordnungsmacht“ . . . . .	254
aa) Schutzbereich . . . . .	255
(1) Die Aktiengesellschaft als juristische Person . . . . .	255
(2) Der Gesellschafter als Teilnehmer des Kapitalmarktes . . . . .	256
bb) Eingriff und Inhaltsbestimmung . . . . .	257
cc) Sozialpflichtigkeit . . . . .	258
b) Eigentum als Ordnungsmacht . . . . .	261
aa) Trennung des Eigentums von der Leitungsmacht . . . . .	262
bb) Trennung des Eigentums von der natürlichen Person . . . . .	264
c) Zwischenergebnis: Eigentum . . . . .	268
IV. Aufsichtsrat . . . . .	269
1. Bestellung des Vorstands . . . . .	269
a) Materielle Voraussetzungen der Bestellung . . . . .	269
b) Formelle Voraussetzungen der Bestellung . . . . .	270
2. Materieller Aussagegehalt der Mitbestimmung im Aufsichtsrat . . . . .	271
a) Historische Entwicklung . . . . .	273
b) Begründungsansätze . . . . .	275
aa) Ausgangspunkt: drei Grundfiguren . . . . .	275
bb) Menschenwürde . . . . .	276
cc) Recht aus Arbeit . . . . .	276
dd) Verständnis des Unternehmens . . . . .	277
ee) Machtausübung, Legitimationslücke und Demokratisierung . . . . .	278
ff) Psychologisches Gegenkraftmodell . . . . .	280
c) Bedeutung der Ausgestaltung der Mitbestimmung . . . . .	280
3. Insbesondere: Festsetzung der Vorstandsbezüge – § 87 AktG . . . . .	281

4. Insbesondere: Sonstige Aufgaben und Rechte des Aufsichtsrats – § 111 Abs. 3, 4 AktG .....	282
5. Exkurs: Arbeitnehmerbelange – § 193 Abs. 2 AktG, § 289 Abs. 3 HGB .....	284
6. Zwischenergebnis .....	285
V. Vorstand .....	285
1. Insbesondere: Einrichtung eines „Frühwarnsystems“ – § 91 Abs. 2 AktG .....	286
2. Aktienoptionsprogramme – §§ 71 Abs. 1 Nr. 8, 71 d, 192 Abs. 2 Nr. 3, 193 AktG, 315a HGB .....	287
3. Verpflichtung auf das Wohl des Betriebes, seiner Gefolgschaft und dem gemeinen Nutzen des Volkes – § 70 Abs. 1 AktG 1937 .....	288
4. DCGK/§ 161 AktG .....	290
<b>E. Zwischenergebnis: Blinder Fleck</b> .....	296
<b>F. Subsystem Strafrecht</b> .....	297

### *Kapitel 3*

<b>Legitimation der strafrechtlichen Konzeption aus der wirtschaftlichen Umwelt</b>	299
<b>A. Zulässigkeit der Übernahme interdisziplinärer Erkenntnisse</b> .....	299
<b>B. Transformation der Begriffe</b> .....	305
<b>C. Legitimation anhand monistischer wirtschaftswissenschaftlicher Ansätze</b> ..	307
I. Einheit von Risiko und Macht, Wohlfahrtsprinzip, Harmonieprämisse und Zwangshypothese .....	307
II. Kritik .....	310
III. Zwischenergebnis .....	319
IV. Monistische Ausrichtung der Wirtschaftswissenschaften als paradigmatisches Phänomen .....	320
1. Begriff des Paradigmas und Übertragung auf die Wirtschaftswissenschaften .....	320
2. Teilhabe des Rechts am wirtschaftswissenschaftlichen Paradigma? ....	323
3. Instabilität des Paradigmas .....	325
a) Entstehung des Paradigmas .....	325
b) Verhaltenswissenschaftliche Perspektive .....	328
c) Neue Institutionenökonomik .....	329
d) Zwischenergebnis .....	333
e) Wirtschaftsethik, Unternehmensethik und St. Galler Management-Modell .....	334
f) Shareholder Value-Konzept .....	339
4. Zwischenergebnis .....	341
V. Ergebnis .....	341

Inhaltsverzeichnis	13
--------------------	----

*Kapitel 4*

<b>Ergebnisse der Untersuchung – Teil I</b>	342
---	-----

*Kapitel 5*

<b>Vorschlag einer alternativen Konzeption</b>	348
--	-----

<b>A. Prämisse: Vermögensbetreuungspflicht des Vorstands gegenüber dem Unternehmen</b>	348
I. Rechtlicher Komplexitätsfilter I: Interessen des Unternehmens und Interesseverletzung	349
1. Das Unternehmen als soziale Realität	349
2. Das Unternehmen als ökonomischer Faktor und rechtliche Schöpfung	354
3. Das Unternehmen als komplexes System	355
a) Geschlossenheit des Systems (Rechtlicher Komplexitätsfilter II)	356
b) Offenheit des Systems	360
4. Zwischenergebnis	364
5. Funktion des Vorstands – Schlüsselvorschriften: §§ 76, 93 AktG	366
a) Verfahren	369
b) Bestand	370
c) Gesetze, Satzung, Beschluss und Richtlinien	383
d) Gewinnmaximierung/Schadigungsverbot?	386
6. Zwischenergebnis	387
II. Rechtlicher Komplexitätsfilter III: Verhältnis der Interessen zueinander	388
III. Pflichtverletzung	395
IV. Rechtlicher Komplexitätsfilter IV: Vermögensinteressen und objektive Zu-rechenbarkeit	396
V. Rechtlicher Komplexitätsfilter V: Vermögensnachteil	399
<b>B. Ergebnisse der Untersuchung – Teil II</b>	407
<b>Literaturverzeichnis</b>	409
I. Monographien	409
II. Festschriften	422
III. Aufsätze	428
IV. Kommentare	443
<b>Sachregister</b>	446



## Einleitung

Die Untreuestrafbarkeit ist in den letzten Jahren Gegenstand zahlreicher Publikationen geworden. Je mehr dabei eine Fokussierung auf den Straftatbestand stattfand und man diesem im Einzelnen – insbesondere durch Bildung sog. „Fallgruppen“ – scheinbar näher rückte, desto mehr schienen seine Konturen zu verschwimmen. Statt von begrifflicher Schärfe muss man heute wohl von einer Unberechenbarkeit der Untreuestrafbarkeit sprechen.<sup>1</sup>

Es scheint an der Zeit, den Fokus wieder zu weiten. Die folgende Untersuchung will einen Beitrag dazu leisten, die Untreuestrafbarkeit für einen kleinen Ausschnitt der Realität – das besondere Verhältnis des Vorstands zur Aktiengesellschaft – in ihrem Gesamtzusammenhang in den Blick zu nehmen. Als Bezugsgrößen bieten sich verschiedene Umsysteme an, die, betrachtet man die Untreuestrafbarkeit weniger unter der strafrechtlichen Lupe denn aus gewisser Entfernung, unweigerlich in das Gesichtsfeld rücken: Tritt man einen Schritt zurück, wird augenscheinlich, dass das Aktienrecht die Untreuestrafbarkeit nicht nur marginal beeinflusst. Dass die beiden Rechtsgebiete des Straf- und Gesellschaftsrechts nicht unverbunden nebeneinander stehen, ist bekannt. Erklärtes Ziel dieser Arbeit ist es, die Koppelung der Systeme weniger am bisher bemühten Tatbestandsmerkmal der „Pflichtverletzung“ festzumachen, sondern vorrangig am „Interessebegriff“, der sich aufgrund seiner Offenheit besser eignet, die Gesamtzusammenhänge sichtbar zu machen, im Rahmen der Untreuediskussion aber häufig einer Abbreiatur zum Opfer fällt.

Tritt man einen weiteren Schritt zurück, kommt neben dem Rechtssystem u. a. das Wirtschaftssystem in den Blick. Auch dieser Zusammenhang ist an der Untreuediskussion nicht vorbeigegangen:<sup>2</sup> Unabhängig davon, ob versucht wird, durch die Androhung der Untreuestrafbarkeit – trotz der Bedenken gegen die Interventionsfähigkeit des Rechts in anderen Gesellschaftssystemen – wirtschaft-

---

<sup>1</sup> Pointierte Formeln wie „Alles Untreue?“, *Bernsmann*, GA 2007, 219; „Untreue – Ein Auffangtatbestand?“, *Dierlamm*, NStZ 1997, 534; „§ 266 StGB passt immer“, *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634, sind augenscheinliche Symptome.

<sup>2</sup> Dies dürfte in diametralem Gegensatz zu der Situation noch Ende der 80er-Jahre des 20. Jahrhunderts stehen: Nach *Geilen*, Aktienstrafrecht, vor § 399 Rn. 10, und *Tiedemann* FS Tröndle, 1989, S. 319 f., war der § 266 StGB seinerzeit im Wirtschaftsleben weithin unbekannt und daher zu einer Generalprävention weitgehend ungeeignet; vgl. zu einer Zunahme der Verfolgung wegen möglicher Untreuestrafbarkeit auch jüngst *Beukelmann*, NJW-Spezial 2009, 152.



liche Realität zu regulieren und zu korrigieren,<sup>3</sup> oder vor einer Instrumentalisierung der Untreuestrafbarkeit für ein fragwürdiges ökonomisches Sachzwangdenken gewarnt wird,<sup>4</sup> stets ist das Verhältnis von Rechts- und Wirtschaftssystem in seinen Grundlagen betroffen. Eine genauere Untersuchung der Wechselwirkungen fehlt jedoch bislang und kann auch in dieser Untersuchung wiederum nur für einen kleinen Ausschnitt der Realität versucht werden.

Zum Gang der Arbeit: Ausgangspunkt der Untersuchung ist die Rechtsprechung des BGH zur Untreuestrafbarkeit mit Bezug zur Aktiengesellschaft (Kapitel 1). Es sei vorweggenommen, dass sich die Interessengeneese der Aktiengesellschaft nach der Konzeption des BGH vielschichtig, anhand von gesetzlichen Regelungen, Satzungsbestimmungen, Beschlüssen usw. vollzieht, letztlich aber immer auf den monistischen Grundgedanken hinausläuft, dass sich der Vorstand vorrangig an erwerbswirtschaftlichen Aspekten auszurichten habe. Ausprägungen dieser monistischen Konzeption sind vor allem der einprägsame Passus „Vermögensbetreuungspflicht des Vorstands zugunsten der *Gesellschaft*“ und das sich als „griffige“ Formel präsentierende „allgemeine Schädigungsverbot“. Gemäß der Prämisse, dass es im Fall der juristischen Person, die vorrangig juristisches, als Aktiengesellschaft aber auch wirtschaftliches Konstrukt ist, Anknüpfungspunkte für die Interessengeneese bedarf, schließt sich der Versuch an, die monistische Konzeption der Untreuestrafbarkeit zu legitimieren. Dies impliziert die Öffnung des Interessebegriffs, und damit des § 266 StGB sowohl für die straf- und aktienrechtliche Umwelt (Kapitel 2) als auch für das Wirtschaftssystem (Kapitel 3). Zwar sind sowohl „Gesellschaftsinteresse“, „Shareholder Value-Doktrin“ und das „erwerbswirtschaftliche Prinzip“ als Pendants zum strafrechtlichen Monismus (fast) allgegenwärtig, ob sie ausreichen, die strafrechtliche Konzeption zu stützen, ist damit nicht ausgemacht. Das pluralistisch ausgerichtete „Unternehmensinteresse“, die Belange der „Stakeholder“ und die „soziale Verantwortung von Unternehmen“ sind – momentan beschleunigt – erstarkende Gegenkräfte, die auch die Untreuestrafbarkeit nicht gänzlich unberührt lassen können. Bereits an dieser Stelle sei vorweggenommen, dass die Legitimation der Untreuekonzeption für den gewählten Ausschnitt der Realität nicht gelingen wird (Zusammenfassung der Ergebnisse in Kapitel 4). Es schließt sich daher der Entwurf einer alternativen Konzeption an (Kapitel 5).

---

<sup>3</sup> Nach *Dahs*, NJW 2002, 272 f., werde vielen als treuwidrig oder irgendwie als unkorrekt empfundenen Verhaltensweisen im Wirtschaftsleben der Tatbestand des § 266 StGB „übergestülpt“.

<sup>4</sup> *Thomas* FS Hamm, 2008, S. 767, 775 ff., hebt hervor, dass – etwa bei der Frage des Arbeitsplatzabbaus oder von Preisverhandlungen – der Untreuetatbestand nicht „als strafrechtliches Vehikel dienen soll, um eine von jedweder Rücksichtnahme befreite radikale Durchsetzung von Interessen zu flankieren“; nach *Matt*, NJW 2005, 389, werde das Recht nicht selten für die Moral instrumentalisiert.

## I. Aktiengesellschaft, Publikumsgesellschaft, Großunternehmen, Mitbestimmung

### *Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes*

Betrachtet werden soll ausschließlich die Aktiengesellschaft mit dem Gegenstand „Betrieb eines Handelsgewerbes“ (vgl. § 3 Abs. 1 AktG), die sich nicht in Auflösung befindet. All die Eigenschaften, die zum Überdenken der Pflichtenstellung des zur Entscheidung berufenen Organs gegenüber der Gesellschaft Anlass geben, sind hier in ihrer extremen Form vorhanden.<sup>5</sup> Die Aktiengesellschaft zeichnet sich jedenfalls in der Regel durch ihre Größe aus<sup>6</sup>, die zu einem gesteigerten Interesse der Öffentlichkeit<sup>7</sup> und einer größeren gesamtwirtschaftlichen Bedeutung führt.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> So bereits *Kunze*, Referat, Siebtes Europäisches Gespräch, 1958, S. 215, 222.

<sup>6</sup> „*Sechser Bericht*“, 1968, S. 78; daher passen die folgenden Überlegungen, die zu Groß-„Unternehmen“ angestellt werden, in besonderem Maße auf die Rechtsform der Aktiengesellschaft; damit soll nicht ausgeschlossen werden, dass Großunternehmen auch andere Rechtsformen annehmen können, die Untersuchungen zu Großunternehmen sogar größtenteils rechtsformunabhängig angestellt werden, nur sind diese nicht Gegenstand der Untersuchung; nach *Großmann*, Unternehmensziele, S. 128, ist die typische Form von Großunternehmen die AG; *Peter Ulrich*, Großunternehmung als quasi-öffentliche Institution, S. 161.

<sup>7</sup> Vgl. *Dreher*, ZHR 155 (1991), 349, 352; vgl. auch: *Böhm* FG Kronstein, 1967, S. 11, 40, nach dem Entscheidungen getroffen werden, von denen das Schicksal zahlloser Menschen abhängen; *Hausmann*, Vom Aktienwesen und vom Aktienrecht, S. 32, 42, bezieht dies auf seine Beschreibung der Aktiengesellschaft mit Institutscharakter, der ausdrücke, dass „Großunternehmungen“ auf ihre Bedeutung und Stellung im allgemeinen Wirtschaftsleben Rücksicht zu nehmen haben und dass die Verantwortung der Leiter derartiger Unternehmungen der Allgemeinheit gegenüber mit dem Wachsen des Unternehmens steigt; nach *Keynes*, Das Ende des Laissez-faire, S. 32, zeigen große Aktiengesellschaften die Tendenz zur Sozialisierung; *Kunze*, Referat, Siebtes Europäisches Gespräch, 1958, S. 215, 224; *Nell-Breuning* FG Kronstein, 1967, S. 47, 74, 76 f.: „Groß- und Großunternehmen sind zweifellos über den privaten Bereich hinausragende Machtgebilde“; *Raiser*, Unternehmen als Organisation, S. 117 f., beschreibt dies plastisch anhand der Unterscheidung zwischen Organisation und der sog. „small group“; nach *Rathenau*, Vom Aktienwesen, S. 12, übersteige die Verwaltung mancher Großunternehmen an Arbeitsumfang, Personalaufbau und an Aufgabenwechsel die Regierung eines Kleinstaates dieser Zeit und die eines Großstaates vergangener Zeit; *Schmoller*, Schriften des Vereins für Socialpolitik 116 (1906), S. 269, erinnern die „Riesenaktiengesellschaften“ an Machtzentren ähnlich den Selbstverwaltungskörperschaften; nach *Hans Ulrich*, Unternehmungspolitik, S. 27, 71, handelt es sich um Institutionen von öffentlichem Interesse; *Hans Ulrich*, Unternehmung als produktives soziales System, S. 182, sieht die „Großunternehmung“ daher immer weniger als isolierbares Wirtschaftsgebilde, das sich auf wirtschaftliche Ziele beschränken kann.

<sup>8</sup> So bereits *Ballerstedt*, Bericht des Ausschusses I der Studienkommission des 39. Deutschen Juristentags 1955, Teil I, S. 13, 14; vgl. auch *MüKo-Spindler*, AktG, § 76 Rn. 86; *Ballerstedt* FS Duden, 1977, S. 15, 17; *Rathenau*, Vom Aktienwesen, S. 38 f., nach dem die Zunahme der Größe von Unternehmen überleitet „zu der grundsätzlichen Feststellung der Tatsache, in der die Wesenswandlung, die Substitution des Grundes gipfelt: Die Großunternehmung ist heute überhaupt nicht mehr lediglich ein Gebilde privat-