

WESTFÄLISCHE
WILHELMS-UNIVERSITÄT
MÜNSTER

Bankrottstrafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung

**Folgen und Chancen der Aufgabe der Interessentheorie
beim Bankrott**

Richard Hennecke

Bankrottstrafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung

Folgen und Chancen der Aufgabe der Interessentheorie beim Bankrott

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Westfälischen
Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von Richard Hennecke
aus Gehrden

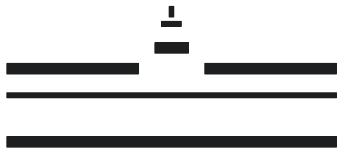
Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Michael Heghmanns
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Mark Deiters
Dekan: Prof. Dr. Janbernd Oebbecke
Tag der mündlichen Prüfung: 7. Juni 2016

Richard Hennecke

Bankrottstrafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung



MV WISSENSCHAFT



**WESTFÄLISCHE
WILHELMS-UNIVERSITÄT
MÜNSTER**

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster

Reihe III

Band 17

Richard Hennecke

Bankrottstrafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung

Folgen und Chancen der Aufgabe der Interessentheorie beim Bankrott

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster

herausgegeben von der Universitäts- und Landesbibliothek Münster

<http://www.ulb.uni-muenster.de>

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.

Dieses Buch steht gleichzeitig in einer elektronischen Version über den Publikations- und Archivierungsserver der WWU Münster zur Verfügung.

<http://www.ulb.uni-muenster.de/wissenschaftliche-schriften>

Richard Hennecke

„Bankrottsrechtliche Organ- und Vertreterhaftung. Folgen und Chancen der Aufgabe der Interessentheorie beim Bankrott“

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster, Reihe III, Band 17

© 2016 der vorliegenden Ausgabe:

Die Reihe „Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster“ erscheint im Verlagshaus Monsenstein und Vannerdat OHG Münster

www.mv-wissenschaft.com

Dieses Werk ist unter der Creative-Commons-Lizenz vom Typ 'CC BY-NC-ND 3.0 DE' lizenziert: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/de/>

Von dieser Lizenz ausgenommen sind Abbildungen, welche sich nicht im Besitz des Autors/ der Autorin oder der ULB Münster befinden.



ISBN 978-3-8405-0144-9

(Druckausgabe)

URN urn:nbn:de:hbz:6-75259512948

(elektronische Version)

direkt zur Online-Version:

© 2016 Richard Hennecke

Alle Rechte vorbehalten

Satz: Richard Hennecke

Umschlag: MV-Verlag

Druck und Bindung: MV-Verlag



Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2016 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung befinden sich auf dem Stand von November 2015.

Mein herzlicher Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Michael Heghmanns, für die umsichtige, stets zielführende Betreuung, die mir gleichzeitig den größtmöglichen Freiraum bei der Erstellung dieser Arbeit ließ. Herrn Prof. Dr. Mark Deiters danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Des Weiteren gilt mein Dank Herrn Prof. Dr. Jürgen Wessing für die lehrreiche Zeit bei Wessing & Partner und die wertvollen Impulse aus der Praxis, welche maßgeblich zur endgültigen Form dieser Arbeit beigetragen haben.

Mein ganz besonderer Dank gebührt Dr. Svenja Holle, die mich trotz aller Widrigkeiten mit ihrer liebevollen und unerschöpflichen Unterstützung durch sämtliche Höhen und Tiefen der Promotionszeit begleitet hat.

Christine Böhme-Holle danke ich für die kritische Durchsicht der Arbeit und die wertvollen Korrekturanmerkungen.

Gewidmet ist diese Arbeit meinen Eltern, Ulrike und Michael Hennecke. Ich danke Ihnen für die bedingungslose Unterstützung während des Studiums und der Promotionszeit, deren Selbstverständlichkeit unvergessen bleibt und mir stets die notwendige Motivation gewährt hat.

Münster, Juni 2016

Richard Hennecke

Gliederung

Teil 1 – Einleitung	1
Teil 2 – Der Status Quo.....	4
A. Die Entwicklung der Rechtsprechung – Genesis und Exodus der „Interessentheorie“	4
I. Entstehung der Interessentheorie	4
1. Ausgangskonstellation: Urteil des Preußischen Obertribunals vom 09.11.1887 und Urteil des Reichsgerichts vom 26.05.1887.....	4
2. RGSt 42, 278 ff., Urteil vom 29.03.1909 – III 877/08	6
3. RGSt 60, 234 ff., Urteil vom 06.05.1926 – III 207/26	9
4. RGSt 73, 68 ff., Urteil vom 22.12.1938 – 2 D 581/38	10
5. RGSt 73, 117 ff., Urteil vom 28.02.1939 – D 650/38	12
6. BGHSt 6, 314 ff., Urteil vom 05.10.1954 – 2 StR 447/53	13
7. BGHSt 28, 371 ff., Urteil vom 04.04.1979 – 3 StR 488/78	14
8. Weitere Entwicklung	15
9. Zwischenergebnis	17
II. Kritik an der Interessentheorie.....	18
1. Literatur.....	18
2. Urteil des AG Halle-Saalkreis vom 02.04.2001 – 320 Ds 1203 Js 35156/97	21
III. Lösungsansätze der Literatur	22
1. Funktionstheorie	23
a) Labsch	23
b) Tiedemann.....	25
c) Weber	26
d) Perron.....	26
e) Bosch.....	26
f) Wehleit.....	27

g) Zwischenergebnis	28
2. Zurechnungsmodell	28
a) Reiß.....	29
b) Radtke.....	30
aa) Rechtsgeschäftliches Handeln	31
bb) Faktisches Handeln	32
c) Brand	32
d) Zwischenergebnis	34
e) Exkurs: Herleitung des Erfordernisses einer gesellschaftsrechtlich wirksamen Konsentierung verbunden mit einem vergleichenden Blick zur Untreue.....	34
IV. „Interimsrechtsprechung" des BGH	38
V. Reaktionen der anderen Strafsenate und weitere Entwicklung.....	40
VI. Der Beschluss vom 15.05.2012 – 3 StR 118/11.....	42
1. Kritik des 3. Senates an der Interessentheorie.....	42
2. Neukonzeption des BGH.....	44
3. Vergleich zu Funktionstheorie und Zurechnungsmodell	45
a) Rechtsgeschäftliches Handeln.....	45
b) Faktisches Handeln.....	47
c) Zwischenergebnis	48
B. Anwendungsdefizite von BGH-Konzeption und Literaturlösung.....	49
I. Konsequenzen für rechtsgeschäftliches Handeln des Vertreters	49
II. Konsequenzen für faktisches Handeln des Vertreters.....	51
III. Insolvenzrechtliche Schranken für die derzeitigen Konzeptionen zur Konturierung des Zurechnungszusammenhanges.....	53
1. Das Insolvenzeröffnungsverfahren	54
2. Das Insolvenzverfahren.....	56
3. Diskussion der Bedeutung des materiellen Insolvenzrechts für die Konturierung des Zurechnungszusammenhanges.....	56

IV. Ausgangslage und weitere Anwendungsdefizite	63
C. Ergebnis des ersten Teils und Ziel der weiteren Untersuchung	68
Teil 3 – Die Zurechnungsregelung des § 14 StGB – Handeln für einen anderen.....	70
A. Gesetzeshistorie und Gesetzestechnik	70
I. Gesetzeshistorie	71
1. Wortlautentwicklung.....	71
2. Gesetzesbegründung	75
II. Systematische Erwägungen	76
III. Diskussion.....	78
B. Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Diskussion	87
I. Pflichtentheorie	88
II. Der Ansatz <i>Hoyers</i>	95
III. Die Garantentheorie <i>Schünemanns</i>	97
IV. Der Ansatz <i>Rogalls</i>	99
V. Zwischenergebnis	100
C. Rechtstatsächliche Grundlagen	102
I. Originär krisenbezogene Vorschriften.....	102
1. Pflicht zur Stellung des Eröffnungsantrages gemäß § 15a InsO	102
2. Gesellschaftsrechtliches Zahlungsverbot gemäß § 64 GmbHG	104
3. Schutz des Stammkapitals über § 30 GmbHG	107
II. Nicht originär krisenbezogene Vorschriften – Die Legalitätspflicht von Geschäftsführer und Vorstand.....	108
1. § 43 GmbHG.....	108
2. § 93 AktG.....	111
III. Die Legalitätspflicht in der Rechtsprechung	119
1. Die „ARAG/Garmenbeck“-Entscheidung	119
2. BGH, Beschluss vom 23.04.2007 – II ZR 149/06.....	122

3. Die „Siemens/ENEL" Entscheidung	122
4. Kölner Müllskandal	124
5. Der Fall Siemens/AUB.....	125
6. Die Siemens/Neubürger-Entscheidung	128
IV. Diskussion	131
1. Kritik an der Pflichtentheorie	132
2. Kritik am Ansatz Hoyers	141
3. Stellungnahme zur Garantentheorie	143
a) Schünemann	143
b) Ceffinato	144
V. Ergebnis.....	151
D. Zusammenfassung	158
Teil 4 – Der Vertretungsbezug i.S.d. § 14 StGB	160
A. Einleitung.....	160
B. Der Begriff der Betriebsbezogenheit im Rahmen der §§ 30, 130 OWiG und seine Bedeutung für die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung.....	160
I. Der Begriff der <i>Betriebsbezogenheit</i>	162
II. Streitstand	165
1. Die Meinungen in der Literatur.....	165
a) Interessenorientierte Ansätze	165
b) Schall	167
c) Landscheidt, Thiemann u.a.	168
d) Rogall.....	170
2. Die Betriebsbezogenheit in der strafrechtlichen Rechtsprechung	172
3. Zwischenergebnis	175
III. Relevanz für die Ausgangsfrage	176

C. Die Besonderheiten des Bankrottatbestandes und ihre Bedeutung für die Auslegung von § 14 StGB.....	184
I. Bedeutung der Selbstschädigungscharakteristik des Bankrotts für die Bestimmung des Zurechnungszusammenhanges	184
II. Das Tatbestandserfordernis des Handelns in einer den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widersprechenden Weise	186
1. Systematik des Tatbestandes	186
2. Inhaltliche Ausgestaltung	191
a) Grundsätzliches.....	191
b) Lösungsansätze	193
aa) Tiedemann	195
bb) Kindhäuser.....	197
cc) Krause.....	199
dd) Harneit, Höfner, Schlüchter u.a.....	202
ee) Rechtsprechung	203
ff) Zwischenfazit	204
3. Bedeutung für die Auslegung von § 14 StGB	206
a) Zwingende Vorgaben des Zivilrechts	211
b) Qualifizierung des relevanten Vertreterhandelns durch handels- und gesellschaftsrechtliche Maßstäbe	213
aa) Der Sorgfaltsmaßstab des § 347 HGB	213
bb) Business Judgement Rule.....	215
aaa) Überblick.....	215
bbb) Konsequenzen der Business Judgement Rule.....	218
4. Fazit.....	220
D. Zusammenfassung des eigenen Ansatzes zur Begründung des Zurechnungszusammenhanges.....	221
E. Vergleich der Lösung mit der aktuellen BGH Rechtsprechung	226

F. Fallbeispiele und echte Problemfälle bei der Anwendung von § 14 StGB und § 9 OWiG.....	228
I. Die Zerstörung von Vermögenswerten	228
II. Der „Griff in die Kasse“	231
III. Echte Problemfälle	232
G. Abschließendes zum Verhältnis zur Untreue	234
Teil 5 – Zusammenfassung der Arbeit.....	236
Literaturverzeichnis	241

Teil 1 – Einleitung

Die bankrottstrafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung fristete in der Vergangenheit ein Nischendasein.¹ Der Grund hierfür lag nicht im Fehlen entsprechender Anwendungsfälle – die Mehrzahl von Firmeninsolvenzen wird von Bankrotthandlungen und Wirtschaftsstraftaten begleitet – sondern in der höchstrichterlichen Interpretation der für das Strafrecht maßgeblichen Zurechnungsnorm des § 14 StGB.

Die für die Auslegung dieser Norm maßgebliche „Interessentheorie“ hat der BGH mit Beschluss vom 15.05.2012² endgültig aufgegeben und damit eine entscheidende Zäsur in der bankrottstrafrechtlichen Organ- und Vertreterhaftung markiert. Die Interessentheorie fungierte bis dahin in der Rechtsprechung als Abgrenzungskriterium, um festzulegen, wann der sog. Zurechnungszusammenhang zu bejahen ist, welcher in den Formulierungen „als“ bzw. „auf Grund“ in den Absätzen 1 und 2 des § 14 StGB zum Ausdruck kommt. Entscheidend ist dieser Zurechnungszusammenhang bei Sonderdelikten, also bei Delikten, wo Normadressat nur derjenige sein kann, der dem vom Gesetzestext umschriebenen Täterkreis angehört. § 14 StGB dient hierbei als Zurechnungsnorm, um den Regelungsbereich der spezifischen Straftatbestände auf diejenigen auszuweiten, der zu dem eigentlichen Normadressaten in einem Organ- oder Vertretungsverhältnis steht. Die Norm regelt die sog. strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung.³ Verdeutlichen lässt sich dies beispielhaft an § 266a StGB: Ist „Arbeitgeber“ im Sinne dieser Vorschrift eine GmbH, so kann sich diese als juristische Person mangels natürlicher Handlungsfähigkeit nicht strafbar machen.⁴ Durch § 14 StGB kann die Arbeitgebereneigenschaft auf den jeweils tatsächlich handelnden organschaftlichen oder gesetzlichen Vertreter „überwälzt“ werden, so dass dieser in den Kreis tauglicher Täter einrückt.

Täter des Bankrotts i.S.d. § 283 StGB kann nur der Schuldner sein. Handelt es sich bei diesem um eine GmbH, kann diese in Ermangelung strafrechtlicher

¹ Vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 10.02.2009 - 3 StR 372/08 = NJW 2009, 2225, 2227; MüKo-StGB/Radtke StGB § 14 Rn. 59.

² BGH, Beschluss vom 15.05.2012 - 3 StR 118/11 = BGHSt 57, 229 ff.

³ MüKo-StGB/Radtke § 14 Rn. 1.

⁴ Radtke JR 2010, 233, 234.

Handlungsfähigkeit selbst nicht Täter sein. Über § 14 StGB wird stattdessen eine Bankrottstrafbarkeit der Organe und Vertreter der GmbH ermöglicht. Nach bisheriger höchstrichterlicher Rechtsprechung kam eine Strafbarkeit über § 14 StGB allerdings nur dann in Betracht, wenn die Bankrotthandlung im (wirtschaftlichen) Interesse des Normadressaten vorgenommen wurde.⁵ Im Gegenzug entfiel eine Strafbarkeit, wenn kein Bezug zum Interessenkreis des Normadressaten bestand.⁶

Die bisherige Konzeption der Rechtsprechung führte im Falle juristischer Personen zu einem Anwendungsdefizit des Bankrotttatbestandes und dadurch auch der auf einer Verurteilung aufbauenden zivilrechtlichen Folgen. Verdeutlichen lässt sich dies am Beispiel der Ein-Mann-GmbH: Schaffte der geschäftsführende Gesellschafter das Gesellschaftsvermögen zum eigenen Nutzen beiseite um den Zugriff der Gläubiger zu verhindern, schied eine Bankrottstrafbarkeit trotz Vorliegens einer Bankrotthandlung aus, da der Betroffene lediglich im eigenen, nicht jedoch im Interesse der GmbH handelte. Als Folge schied eine Verurteilung wegen Bankrotts und darauf aufbauend die Sperrwirkung des § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 b) GmbHG aus.

Die Neujustierung der Auslegung des § 14 StGB bietet daher die Chance, die Bedeutung der bankrottstrafrechtlichen Organ- und Vertreterhaftung im Rechtssystem und den mit ihr intendierten Gläubigerschutz zu stärken. Ob der BGH mit seiner Rechtsprechungsänderung diese Chance genutzt hat, wird neben der allgemeinen Entwicklung der Rechtsprechung im ersten Abschnitt dieser Arbeit untersucht werden. Dabei wird sich insbesondere die Frage stellen, inwieweit sich die Neukonzeption der Rechtsprechung mit den insolvenzspezifischen Besonderheiten in Einklang bringen lässt.

Neben den Besonderheiten des Bankrotts stellt sich für § 14 StGB als Norm im Allgemeinen Teil des StGB grundsätzlich die Frage, welche gesetzgeberischen Erwägungen der systematischen und konzeptionellen Ausgestaltung der Organ- und Vertreterhaftung zugrunde liegen und bei der Auslegung der Norm zu beachten sind. Dies wirft ebenfalls die Frage auf, auf welchem Rechtsgrund aufbauend die strafbarkeitsausdehnende Wirkung des § 14 StGB auf die in dieser

⁵ BGH, Beschluss vom 15.05.2012 - 3 StR 118/11 Rn. 11 = BGHSt 57, 229, 233.

⁶ BGH a.a.O.

Norm genannten Personen erfolgt und wie sich diese legitimieren lässt. Der Meinungsstand hierzu ist seit jeher gespalten. Im zweiten Abschnitt dieser Arbeit soll daher untersucht werden, welche Schlüsse sich aus der allgemeinen Ausgestaltung der strafrechtlichen Organ- und Vertreterhaftung für die Normanwendung und -auslegung ziehen lassen.

Im Fokus der Untersuchung stehen die in der Praxis relevantesten Anwendungsfälle des Geschäftsführers einer GmbH und des Vorstandes einer Aktiengesellschaft. Deren organschaftliche Stellung hat vor allem in der Rechtsfortbildung jüngerer Zeit viel Aufmerksamkeit erfahren, weshalb eine Untersuchung der zivilrechtlichen Vorgaben und ihrer Bedeutung für das Strafrecht notwendig ist.

Schließlich gilt es zu untersuchen, welche Vorgaben sich aus dem Tatbestand des § 283 StGB selbst für das Zusammenspiel mit § 14 StGB ableiten lassen. Dieser Teil stellt den dritten Abschnitt der Untersuchung dar und wird sich auch der Frage widmen, inwiefern an anderer Stelle im Rechtssystem entwickelte Zurechnungskriterien übertragen werden können.

Teil 2 – Der Status Quo

A. Die Entwicklung der Rechtsprechung – Genesis und Exodus der „Interessentheorie“

I. Entstehung der Interessentheorie

Bei der Interessentheorie handelt es sich nicht um ein klar umrissenes Konstrukt, sondern ihre Entstehung fußt auf einer Jahrzehnte währenden rechtlichen Entwicklung. Um ihre Entwicklung bis zum heutigen Stand und die dahinter stehenden Erwägungen der obersten Gerichte nachvollziehen zu können, werden im Folgenden zunächst die maßgeblichen Urteile dargestellt.

1. Ausgangskonstellation: Urteil des Preußischen Obertribunals vom 09.11.1887⁷ und Urteil des Reichsgerichts vom 26.05.1887

Die der Interessentheorie zugrunde liegende rechtliche Konstellation war bereits Gegenstand eines Urteils des Preußischen Obertribunals aus dem Jahre 1887. Das Gericht hatte über die Frage zu entscheiden, ob ein Vorstandsmitglied einer eingetragenen Genossenschaft, welche ihre Zahlungen eingestellt hat, wegen „Bankerutts“ zu bestrafen sei, wenn das Mitglied Handlungen vorgenommen hat, die im Tatbestand der damaligen §§ 281 Nr. 1 – 4, 283 Nr. 1 – 3 des preußischen StGB bezeichnet waren. Nach diesen Vorschriften machten sich Kaufleute strafbar, die ihre Zahlungen eingestellt und eine der im Tatbestand bezeichneten Handlungen vorgenommen hatten. Das Gericht sah es hierbei als Voraussetzung an, dass die Person des Handelnden und die Person des zahlungseinstellenden Schuldners identisch sein müssen.⁸ Werde die Handlung nicht vom Zahlungseinstellenden selbst vorgenommen, käme nur eine Strafbarkeit nach anderen Delikten in Betracht.⁹ Für Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft scheidet eine Strafbarkeit wegen Bankrotts aus, da das Gesellschaftsvermögen allein der Gesellschaft zugeordnet sei und auch nur dieses von der Zahlungseinstellung betroffen sei, so dass Zahlungs-

⁷ GA 23, 31 ff.

⁸ GA 23, 31, 34 f.

⁹ GA 23, 35.

einstellende im Sinne des Tatbestandes auch nur die Gesellschaft sein könne.¹⁰ Ausdrücklich nicht ausreichen sollte, dass jemand für die Erfüllung kaufmännischer Pflichten bei einem bestimmten kaufmännischen Geschäft verpflichtet ist, sondern es müsse eine persönliche Haftung für die Verbindlichkeiten gegenüber den Gläubigern hinzutreten. Ohne dieses Erfordernis sei die Zahlungseinstellung der Gesellschaft nicht die Einstellung „seiner“ Zahlungen.¹¹

Ähnlich hatte im selben Jahr bereits das Reichsgericht in einem Fall der Vereitelung der Zwangsvollstreckung entschieden.¹² Auch das Reichsgericht ging davon aus, eine Strafbarkeit setze im Falle einer Vertretungskonstellation voraus, dass der Handelnde in seiner Person den gesamten Tatbestand verwirkliche.¹³ Im Falle der drohenden Zwangsvollstreckung gegen eine juristische Person schaffe ein Vertreter das Vermögen dieser Person und nicht sein eigenes beiseite und ihm drohe dabei auch nicht die Zwangsvollstreckung, so dass er den Tatbestand letztlich nicht erfülle. Das Gericht erkannte zwar eine Gesetzeslücke, bejahte die Straflosigkeit des Vertreters aber dennoch, da eine Zurechnungsregelung, wie es sie an anderer Stelle gebe,¹⁴ hier gerade fehle.¹⁵

Die Entscheidungen zeigen beide die Abhängigkeit einer Strafbarkeit wegen Sonderdelikten vom Vorliegen einer Zurechnungsregelung. Beiden Entscheidungen liegt dieselbe Konstellation zugrunde: Der Tatbestand benennt einen umgrenzten Täterkreis, von dem im Falle einer juristischen Person nur diese und nicht ihre Vertreter erfasst werden. Fehlt in derartigen Fällen eine Zurechnungsnorm wie § 14 StGB, scheidet eine Strafbarkeit des Vertreters aus. An dieser Konstellation hat sich in den folgenden Jahrzehnten nichts geändert. Der heutige Bankrottatbestand ist nach wie vor als Sonderdelikt ausgestaltet, welches grundsätzlich nur von derjenigen Person verwirklicht werden kann, die für die Erfüllung der Verbindlichkeiten haftet.¹⁶ Die Möglichkeit der täterschaftli-

¹⁰ GA 23, 37 f.

¹¹ Zusammenfassend GA 23, 45.

¹² RG, 3. Strafsenat, Urteil vom 26.05.1887 - Rep. 1040/87 = RGSt 16, 121.

¹³ RGSt 16, 121, 124.

¹⁴ Das Gericht benannte § 214 KO a.F.

¹⁵ RGSt 16, 121, 125.

¹⁶ Zuletzt BGH, Beschluss vom 22.01.2013 - 1 StR 234/12 = NJW 2013, 949, 950.

chen Begehung des Deliktes steht und fällt im Falle von Vertretungskonstellationen mit der Zurechnungsregelung des § 14 StGB.

2. RGSt 42, 278 ff., Urteil vom 29.03.1909 – III 877/08

Die Interessentheorie hat ihren Ursprung ebenfalls in der Rechtsprechung des Reichsgerichts. In seinem Urteil vom 29. März 1909 hatte der 3. Strafsenat des Reichsgerichts über die Frage zu entscheiden, „unter welchen Voraussetzungen angenommen werden kann, dass der Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, welcher gleichzeitig Gesellschafter und schließlich einziger Gesellschafter ist, in dieser Eigenschaft durch Aufwand übermäßige Summen verbraucht hat“.¹⁷ In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt wurde dem dort Angeklagten ein Vergehen gemäß § 240 KO a.F. zu Last gelegt. Der Gesetzeswortlaut des § 240 Nr. 1 KO a.F. normierte, dass

„Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, wegen einfachen Bankerutts mit Gefängniß bestraft werden, wenn sie (...) durch Aufwand, Spiel oder Wette oder durch Differenzhandel mit Waaren oder Börsenpapieren übermäßige Summen verbraucht haben oder schuldig geworden sind (...)“.¹⁸

Gemäß § 83 GmbHG a.F.¹⁹ galt diesbezüglich: „Die Strafvorschriften der §§ 239 bis 241 der Konkursordnung finden gegen die Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, welche ihre Zahlungen eingestellt hat oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, Anwendung, wenn sie *in dieser Eigenschaft die mit Strafe bedrohten Handlungen begangen haben*.“ § 83 GmbHG a.F. beschrieb damit bereits Ende des 19. Jahrhunderts im Hinblick auf die Bankrottatbestände die bis zum heutigen Tage der Diskussion zugrunde liegende Konstellation, dass im Falle einer juristischen Person²⁰

¹⁷ RGSt 42, 278 ff.

¹⁸ § 240 Nr. 1 der Konkursordnung von 1898.

¹⁹ § 83 des „Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung“ von 1898.

²⁰ Für den Vorstand einer Aktiengesellschaft bspw. war die Möglichkeit der strafrechtlichen Haftung gemäß § 240 KO a. F. explizit in § 244 KO a.F. geregelt. Nach dieser Vorschrift galt: „Die Strafvorschriften der §§ 239-241 finden gegen die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft und gegen die

diese Schuldner im Sinne der Bankrottatbestände ist und es für die Strafbarkeit der für sie handelnden Vertreter, hier der Geschäftsführer, einer gesonderten Norm bedarf, die diese Schuldneigenschaft auf die Handelnden überwälzt. In der dem Reichsgericht zur Entscheidung vorliegenden Sache hatte sich der angeklagte Geschäftsführer gegen die Anschuldigung mit dem Einwand zur Wehr gesetzt,²¹ die Bestimmung „in dieser Eigenschaft“ im Sinne des § 83 GmbHG a.F. könne nur dahin verstanden werden, dass der übermäßige Aufwand des Geschäftsführers in geschäftlichem Interesse gemacht sei. Diese Voraussetzung fehle, da er mit den dem Gesellschaftsvermögen entnommenen Geldern nur persönlichen Aufwand betrieben habe; es handle sich nur um Ausgaben, die er in seiner Eigenschaft als Privatmann, nicht aber als Geschäftsführer gemacht habe.²²

Der Senat traf in seinem Urteil zunächst einige Ausführungen zum Schutzzweck von § 83 GmbHG a.F. und § 244 KO a.F.²³ Diese sollten nach Ansicht des Senates insbesondere dem Schutz des den Gläubigern zur Verfügung stehenden Gesellschaftsvermögens gegen jede widerrechtliche Verkürzung durch Vertreter der Gesellschaft dienen.²⁴ Der Geschäftsführer einer GmbH solle im Falle deren Konkurses wie ein Gemeinschuldner nach den Bankrottatbeständen haften. Voraussetzung hierfür sei allerdings ein Handeln „in seiner Eigenschaft“ als Geschäftsführer.²⁵ Durch diesen Zusatz solle zum Ausdruck gebracht werden, dass Konkurshandlungen mit Bezug auf das *Vermögen* und den *Geschäftsbetrieb* vorgenommen worden sein müssen und gerade Handlungen, die sich auf das Privatvermögen des Gesellschafters oder seinen privaten Geschäftsbetrieb beziehen, hiervon ausgeschlossen sein sollen.²⁶ Im Folgenden führte der Senat die seiner Meinung nach wichtige Unterscheidung hinsichtlich

Liquidatoren einer Handelsgesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft, welche ihre Zahlungen eingestellt hat, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, Anwendung, wenn sie in dieser Eigenschaft die mit Strafe bedrohten Handlungen begangen haben.“ Inhaltlich waren § 83 GmbHG a.F. und § 240 KO a.F. damit identisch.

²¹ Vgl. RGSt 42, 278, 279.

²² RGSt a.a.O.

²³ RGSt a.a.O.

²⁴ RGSt a.a.O.

²⁵ RGSt 42, 280.

²⁶ RGSt a.a.O.

des Bezugspunktes der Bankrotthandlung aus: die Bankrotthandlung – bspw. das Verbrauchen übermäßiger Summen durch Aufwand – musste sich gerade auf Vermögen und Geschäftsbetrieb der Gesellschaft beziehen, also für Geschäftszwecke erfolgen.²⁷ Beispielhaft führte der Senat für den Aufwand für Geschäftszwecke den Aufwand für Gehälter an: Dieser sei grundsätzlich berechtigt, könne aber eine unangemessene Höhe erreichen und damit einen übermäßigen Verbrauch darstellen, wenn er nicht im Verhältnis zum Geschäftsvermögen stehe.²⁸

In der der Entscheidung zugrundeliegenden Sache hatte der Geschäftsführer unter anderem zum Zwecke von Gehaltszahlungen Zahlungen aus der Geschäftskasse vorgenommen. Da Gehaltszahlungen einen grundsätzlich zulässigen Aufwand für den Geschäftsbetrieb darstellten, konnte bei dem Erreichen einer unangemessenen Höhe eine Bankrotthandlung des Geschäftsführers durch übermäßigen Verbrauchens durch Aufwand vorliegen. Entscheidend war nach Ansicht des Reichsgerichts das Verhältnis der Gehaltszahlungen zur Vermögenslage der Gesellschaft.²⁹ Sofern dieses Verhältnis angemessen war, war der Tatbestand des § 240 KO nicht erfüllt, unabhängig von der Frage, wofür das Geld letztendlich verwendet wurde.³⁰

Als Aufwand kam „nur in Frage, was der Gesellschaftskasse mit Rücksicht auf den Geschäftsbetrieb im unmittelbaren oder doch mittelbaren Zusammenhang mit diesem und zur Verwendung im Interessenkreise der Gesellschaft entnommen wird z.B. für Herstellung von Geschäftsräumen, (...) Gehalte, für Spiel (...) auf Rechnung der Gesellschaft“.³¹ Was der Geschäftsführer jedoch „aus dem Geschäftsvermögen rechtswidrig und ohne allen Zusammenhang mit dem Interessenkreise der Gesellschaft sich zueignet, stiehlt, unterschlägt, seines Vorteils wegen veruntreut (...)“, konnte kein Aufwand i.S.d. § 240 Nr. 1 KO a.F. sein.³² Bei derartigen Handlungen sollte vielmehr eine Strafbarkeit gemäß der allgemeinen Delikte in Betracht kommen, da einerseits schon kein Auf-

²⁷ RGSt a.a.O.

²⁸ RGSt a.a.O.

²⁹ RGSt 42, 281.

³⁰ RGSt a.a.O.

³¹ RGSt 42, 278, 282.

³² RGSt a.a.O.

wand vorliege und andererseits der Bezug zum Vermögen und Geschäftsbetrieb der Gesellschaft fehle.³³

Entscheidend war damit vor allem, dass die Bankrotthandlung grundsätzlich einen Beitrag zum Geschäftsbetrieb der Gesellschaft darstellen können muss. In Form der Variante des Verbrauchens von Summen durch Aufwand war lediglich für die Frage des Vorliegens von Aufwand entscheidend, dass dieser zur Verwendung im Interessenkreise der Gesellschaft bestimmt war, also beispielsweise zum Zwecke der Gehaltszahlung. Sofern der Geschäftskasse ein Geldbetrag ohne eine entsprechende Zweckrichtung entnommen wurde, lag schon kein Aufwand vor und eine Strafbarkeit gemäß § 240 Nr. 1 KO a.F. kam nicht in Betracht.³⁴

3. RGSt 60, 234 ff., Urteil vom 06.05.1926 – III 207/26

In seinem Urteil vom 06.05.1926 hatte der 3. Strafsenat des Reichsgerichts unter anderem über die Frage zu entscheiden, ob sich ein Geschäftsführer einer GmbH, „der im Konkurse über ihr Vermögen erdichtete persönliche Forderungen gegen sie anmeldet“, eines Verbrechens gemäß § 239 Abs. 1 Nr. 2 KO a.F. schuldig machen kann.³⁵ Nach § 239 Abs. 1 Nr. 2 KO a.F. konnten sich Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, wegen „betrügerischen Bankerutts“ strafbar machen, wenn sie in der Absicht, ihre Gläubiger zu benachteiligen, Schulden oder Rechtsgeschäfte anerkannt oder aufgestellt haben, welche ganz oder teilweise erdichtet waren.³⁶ Vorinstanzlich war der dort angeklagte Geschäftsführer wegen § 239 Abs. 1 Nr. 2 KO a.F. verurteilt worden, weil er nach Ansicht der Vorinstanz als Geschäftsführer der GmbH, über deren Vermögen der Konkurs eröffnet worden war, erdichtete Schulden und Rechtsgeschäfte dadurch aufgestellt habe, dass er ihm angeblich gegen die GmbH zustehende Forderungen zur Konkurstabelle angemeldet hatte.³⁷ Begründet wurde dies vo-

³³ RGSt a.a.O.

³⁴ Wo hierbei die Grenze zwischen einer reinen Veruntreuung und einer exorbitant unverhältnismäßig hohen Gehaltszahlung liegen soll, bleibt freilich fraglich.

³⁵ Vgl. RGSt 60, 234.

³⁶ Vgl. § 239 der Konkursordnung von 1898.

³⁷ RGSt 60, 235.

rinstanzlich damit, dass der Angeklagte als Geschäftsführer der GmbH zugleich Schuldner im Sinne des § 239 KO a.F. sei.³⁸ Das Reichsgericht hob diese Verurteilung unter Verweis auf das Urteil vom 29.03.1909 mit der Begründung auf, dass allein die Stellung als Geschäftsführer die Schuldnerstellung nicht zu begründen vermöge. Nach Ansicht des Senates war vielmehr erforderlich, dass der Geschäftsführer gemäß § 83 GmbHG a.F. gerade „in dieser Eigenschaft“, also in der des Geschäftsführers, gehandelt hat.³⁹ Hierfür kämen nur Konkurs-handlungen in Betracht, „die der Geschäftsführer mit Bezug auf das Vermögen und den Geschäftsbetrieb der GmbH vornimmt“.⁴⁰ Da der Geschäftsführer lediglich private Forderungen gegen die GmbH angemeldet hatte, lag nach Ansicht des Senates auch eine lediglich private Geschäftsführung und damit kein Handeln „in der Eigenschaft“ als Geschäftsführer der GmbH vor, da diese Handlung nicht zu seiner originären Geschäftsführertätigkeit gehöre.⁴¹ Dies solle erst recht gelten, weil mit Konkurseröffnung die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse des Geschäftsführers aufhören und auf den Konkursverwalter übergehen.⁴²

4. RGSt 73, 68 ff., Urteil vom 22.12.1938 – 2 D 581/38

In seinem Urteil vom 22.12.1938 hatte der 2. Strafsenat des Reichsgerichts über die Frage zu entscheiden, ob die Veruntreuung von Geschäftsgeldern durch den Geschäftsführer einer GmbH zu eigenem Nutzen ein Beiseiteschaffen im Sinne des § 239 Abs. 1 Nr. 1 KO a.F. darstellen konnte.⁴³ Nach dieser Vorschrift⁴⁴ konnten sich Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, wegen „betrügerischen Bankerutts“ strafbar machen, wenn sie in der Absicht, ihre Gläubiger zu benachteiligen, Vermögensstücke verheimlicht oder bei Seite geschafft haben. Erstinstanzlich war der dort angeklagte Geschäftsführer nach dieser Vor-

³⁸ RGSt a.a.O.

³⁹ RGSt 60, 236.

⁴⁰ RGSt a.a.O.

⁴¹ RGSt a.a.O.

⁴² RGSt a.a.O.; heute bewirkt dies § 80 InsO.

⁴³ RGSt 73, 68 ff.

⁴⁴ § 239 der Konkursordnung von 1898.

schrift⁴⁵ verurteilt worden, da er nach Ansicht der Vorinstanz vom Geschäftskonto der in Konkurs geratenen Gesellschaft 103 Reichsmark zu seinem persönlichen Gebrauch abgehoben hatte⁴⁶.

Der Senat stellte zunächst fest, dass für eine Verurteilung wegen § 239 Abs. 1 Nr. 1 KO a.F. ein Handeln „in dieser Eigenschaft“ als Geschäftsführer im Sinne des § 83 GmbHG a.F. erforderlich war. Bezüglich des Vorliegens dieses Merkmals schilderte er die vom 3. Senat in den oben genannten Urteilen gemachten Ausführungen.⁴⁷ Sodann stellte er aber fest, „dass die bisherige Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Auslegung der Worte *in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer* nicht aufrechtzuerhalten“ sei.⁴⁸ Vielmehr ergebe sich bereits aus der Begründung zu § 244 KO a.F., dass der Gesetzgeber einen möglichst weiten Schutz der Gläubiger einer Gesellschaft erreichen wolle. Demnach sei allein erforderlich, „dass der Täter die Konkurshandlung als das an Stelle der Schuldnerin strafrechtlich verantwortliche Organ begangen habe“.⁴⁹ Es müsse „als schwerere Verletzung der Strafvorschrift erscheinen, wenn sich der Täter kraft seiner tatsächlichen Machtstellung als Organ der Gesellschaft das Vermögensstück selbst zugeeignet hat, als wenn er es im Interesse der Gesellschaft beiseite geschafft hätte“.⁵⁰ Die Einschränkung auf Handlungen, die einen Bezug zum Geschäftsbetrieb vorweisen, stelle eine dem Gesetzeszweck zuwiderlaufende Einengung dar.⁵¹ Vielmehr sei ein Beiseiteschaffen von Vermögensgegenständen der GmbH auch durch eigennützige Untreuehandlungen des Geschäftsführers möglich. Nach Ansicht des Senates liege ein Handeln in der Eigenschaft als Geschäftsführer vor, wenn dieser die Konkurshandlung lediglich in Ausnutzung der tatsächlichen Machtstellung, die er als Organ der Gesellschaft einnehme, und der ihm dadurch gegebenen Möglichkeiten begangen habe.⁵²

⁴⁵ Und zugleich wegen Untreue gemäß § 81a GmbHG a.F.

⁴⁶ RGSt 73, 69.

⁴⁷ RGSt 73, 69 f.

⁴⁸ RGSt 73, 70.

⁴⁹ RGSt a.a.O.

⁵⁰ RGSt a.a.O.

⁵¹ RGSt a.a.O.

⁵² RGSt 73, 71; diese Ansicht ähnelt stark die erst viel später aufgetretene Funktionstheorie.

Im Ergebnis widersprach der entscheidende Senat damit der differenzierteren vorherigen Rechtsprechung des 3. Senates und ließ als maßgebliches Zurechnungskriterium die Geschäftsführerstellung und die damit verbundenen Handlungsmöglichkeiten ausreichen.

5. RGSt 73, 117 ff., Urteil vom 28.02.1939 – D 650/38

In diesem Urteil hatte das Reichsgericht über die Frage zu entscheiden, unter welchen Voraussetzungen angenommen werden könne, „dass das Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft *in dieser Eigenschaft* (§ 244 KO a.F.) durch Aufwand übermäßige Summen verbraucht habe“. Der Senat stellte zunächst fest, für eine Strafbarkeit gemäß § 244 i.V.m. § 240 Abs. 1 Nr. 1 KO a.F. wegen Verbrauchens übermäßiger Summen durch Aufwand, den der dort Angeklagte *in seiner Eigenschaft* als Mitglied des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft begangen hätte, sei erforderlich, „dass er aus dem Vermögen und mit Bezug auf den Geschäftsbetrieb der Aktiengesellschaft – also irgendwie im Geschäftskreise der Gesellschaft, z.B. durch Gehaltszahlungen an ihn selbst, – einen übermäßigen Aufwand betrieben habe“⁵³. Hierbei bezog sich der Senat auf die oben genannten Urteile.

Sodann wies der Senat aber auf das ausdrückliche Abweichen des 2. Senates in der oben⁵⁴ genannten Entscheidung hin und auf dessen Ansicht, für ein Handeln „in dieser Eigenschaft“ für den Täter sei allein ausschlaggebend, dass dieser die Konkurshandlung „als das an Stelle der Schuldnerin strafrechtlich verantwortliche Organ begangen habe“⁵⁵. Diese Entscheidung betreffe nach Ansicht des Senates allerdings lediglich die Frage, wann sich ein Geschäftsführer einer GmbH wegen § 239 Abs. 1 Nr. 1 KO a.F. i.V.m. § 83 GmbHG a.F. schuldig machen könne. Diese Frage sei aber in dieser Sache nicht zu entscheiden. Für den vorliegenden Fall sei bereits aufgrund des Begriffes des „Aufwandes“ im Sinne des § 240 KO a.F. die Formulierung „in dieser Eigenschaft“ im Sinne des § 244 KO a.F. entsprechend dem Urteil des Reichsgerichts aus dem 42. Band⁵⁶ einschränkend auszulegen. Entscheidend für eine Verurteilung sei

⁵³ RGSt 73, 119.

⁵⁴ RGSt 73, 68.

⁵⁵ RGSt 73, 119.

⁵⁶ RGSt 42, 278 ff., vgl. oben.

demnach, ob die dem Angeklagten zugeflossenen Mittel „als Gehalt oder aus einer sonstigen Veranlassung im Zusammenhang mit dem Geschäftsbetriebe der AG" zugeflossen sind.⁵⁷ Sofern der Angeklagte die Mittel jedoch lediglich aufgrund seiner „Machtstellung" erlangt habe, sei dies kein „Aufwand" im Sinne des § 240 KO a.F. In diesem Falle liege vielmehr Untreue oder ein anderes Vermögensdelikt vor.⁵⁸ Nach Ansicht des Senates seien derartige Handlungen, sofern sie keinen Zusammenhang zum Geschäftsbetriebe aufweisen, per se nicht rechtfertigungsfähig und damit stets unzulässig, wohingegen ein Betreiben von Aufwand die grundsätzliche Rechtfertigungsfähigkeit der Handlung voraussetze.⁵⁹

6. BGHSt 6, 314 ff., Urteil vom 05.10.1954 – 2 StR 447/53

In dieser Entscheidung hatte der 2. Strafsenat des BGH über die Strafbarkeit eines stellvertretenden Geschäftsführers einer GmbH unter anderem wegen Bankrotts gemäß § 239 Abs. 1 Nr. 1 KO a.F. i.V.m. §§ 83, 44⁶⁰ GmbHG a.F. zu entscheiden. Nach Ansicht des Senates schied eine Strafbarkeit hiernach aus, da der stellvertretende Geschäftsführer nicht „in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der GmbH"⁶¹ gehandelt habe. Unter Bezugnahme auf die reichsgerichtliche Rechtsprechung⁶² sollte nach Ansicht des Senates ein Handeln in der Eigenschaft als Geschäftsführer nur dann vorliegen, wenn dieser „in Bezug auf das Vermögen und den Geschäftsbetrieb der Gesellschaft sowie deren Interesse tätig wird"⁶³. Sofern Gesellschaftsgelder durch Diebstahl, Unterschlagung oder Untreue erlangt würden, sei dies gerade nicht der Fall.⁶⁴ Der BGH begründete diese Ansicht mit der Entstehungsgeschichte von § 244 KO a.F. und § 83 GmbHG a.F. Diese lasse erkennen, dass für die eigennützigen Handlungen von

⁵⁷ RGSt 73, 120

⁵⁸ RGSt a.a.O.

⁵⁹ RGSt a.a.O.

⁶⁰ § 44 GmbHG a.F. sah vor, dass die für einen Geschäftsführer geltenden gesetzlichen Vorschriften auch auf seinen Stellvertreter anzuwenden sind.

⁶¹ BGHSt 6, 316.

⁶² Der Senat bezog sich auf RGSt 42, 278 ff. und RGSt 60, 234 ff.

⁶³ BGHSt 6, 316.

⁶⁴ BGHSt a.a.O.

Geschäftsführern die sonstigen Strafgesetze genügen.⁶⁵ Diese Auslegung entspreche dem Gesetzeszweck des § 83 GmbHG, da dieser an die Stelle einer nicht strafbaren juristischen Person die strafrechtliche Verantwortlichkeit bestimmter gesetzlicher Vertreter setze. Diesem Gedanken entspreche es, nur diejenigen Handlungen als Konkursstraftaten zu erfassen, die der Gesellschafter für die Gesellschaft vornimmt. Jedenfalls solle dies für den Bereich des § 239 Abs. 1 Nr. 1 KO a.F. gelten.⁶⁶ Nach Ansicht des Senates diene diese Vorschrift dem Schutz der Gläubiger vor Bankrotthandlungen des Schuldners. Daraus folge, dass bspw. ein Beiseiteschaffen von Vermögenswerten zu Lasten des Schuldners nicht den Tatbestand des § 239 Abs. 1 Nr. 1 KO a.F. erfülle, da dann nicht der Schuldner durch sein Organ gehandelt habe, sondern das Organ sei bei Gelegenheit der Geschäftsführung „eigennützig und außerhalb derjenigen Befugnisse tätig geworden, die ihm der Schuldner eingeräumt hatte“⁶⁷. Zuletzt nahm der Senat Bezug auf die zeitweise gegenteilige Rechtsprechung des RG.⁶⁸ Nach seiner Ansicht gebiete die Gesetzeshistorie bzw. der Gesetzeszweck des § 83 GmbHG a.F. gerade eine einschränkende Auslegung, so dass die Formulierung des Begehens „in dieser Eigenschaft“ als Geschäftsführer eng ausgelegt werden müsste.⁶⁹

7. BGHSt 28, 371 ff., Urteil vom 04.04.1979 – 3 StR 488/78

In seinem Urteil vom 04.04.1979 hatte der 3. Strafsenat des BGH über die Strafbarkeit des Geschäftsführers einer GmbH wegen Bankrotts sowohl nach § 283 Abs. 1 StGB a.F. i.V.m. § 14 StGB a.F. als auch nach § 239 Abs. 1 KO a.F. i.V.m. § 50a Abs. 1 StGB a.F.⁷⁰ zu entscheiden. Der dort angeklagte Geschäftsführer hatte unter anderem Entnahmen aus dem Vermögen der GmbH für Schmiergelder verwendet. Der Senat sah hierin ein Handeln im Interesse der Gesellschaft und damit ein Handeln in der Eigenschaft als Geschäftsführer, da der Betroffene zumindest mit Bezug auf das Vermögen und den Betrieb der

⁶⁵ BGHSt a.a.O. unter Verweis auf „Hahn, die ges. Materialien zu KO (1881) zu § 214 S. 406,407; RGSt 73, 68“.

⁶⁶ BGHSt 6, 317.

⁶⁷ BGHSt a.a.O.

⁶⁸ Genannt wird RGSt 74, 68 ff.

⁶⁹ BGHSt 6, 317.

⁷⁰ In der Fassung vom 01.10.1968.

Gesellschaft tätig wurde.⁷¹ In dieser Entscheidung ging der Senat zudem auf die Entwicklung dieser das Interesse der Gesellschaft berücksichtigenden Konzeption ein.⁷² Demnach entstamme das Erfordernis des Interesses der Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Frage des Aufwandes i.S.d. § 240 Abs. 1 Nr. 1 KO a.F. einerseits und andererseits stamme es daher, dass ein Handeln in der Eigenschaft als Geschäftsführer nach Ansicht des Reichsgerichts bei Entnahmen zur Verwendung im Interessenkreise der Gesellschaft vorliege.⁷³ In der Rechtsprechung des BGH diene der Begriff des Handelns im Interesse der Gesellschaft der Abgrenzung zu Unterschlagung, Diebstahl und Untreue.⁷⁴

Zugleich stellte der BGH allerdings klar, dass Tateinheit zwischen Bankrott und Untreue rechtlich möglich sei.⁷⁵ Dies begründet der BGH mit den unterschiedlichen Schutzrichtungen: der Bankrottatbestand diene der Sicherung der Konkursmasse im Interesse der Gläubiger, während der Untreuetatbestand allein dem Schutz des Vermögensinhabers diene. Verletze der Geschäftsführer durch dieselbe Handlung beide Interessen, so sei Tateinheit bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen möglich.⁷⁶

8. Weitere Entwicklung

Mit der zuletzt genannten Entscheidung gab der Bundesgerichtshof der Interestheorie ihre bis zuletzt vertretene Form,⁷⁷ konkretisierte aber in der Folgezeit noch einige Detailfragen. In seiner Entscheidung vom 20. Mai 1981⁷⁸ hatte der 3. Strafsenat unter anderem über die Frage zu entscheiden, „ob der Ge-

⁷¹ BGHSt 28, 372.

⁷² BGHSt 28, 373 f.

⁷³ BGHSt a.a.O. unter Verweis auf die oben genannte Rechtsprechung des RG.

⁷⁴ BGHSt 28, 374 unter Verweis auf BGHSt 6, 314, 316.

⁷⁵ BGHSt 28, 372 f.; in einer früheren Entscheidung - BGH, Urteil vom 21.05.1969 - 4 StR 27/69 = NJW 1969, 1494 f. - hatte der BGH hingegen noch dargelegt, dass bei eigennützigem Handeln lediglich die allgemeinen Vorschriften Anwendung finden sollen. Entscheidend sei, ob nach einer wirtschaftlichen Betrachtung der Gesellschaft ein Nachteil zugefügt werde. Sofern dies nicht der Fall sei, könne Bankrott vorliegen. Bei Feststellung eines Nachteils käme ein Handeln im Interesse der Gesellschaft jedoch nicht mehr in Betracht.

⁷⁶ BGHSt 28, 373.

⁷⁷ Vgl. Schwarz, HRRS 2009, 341, 345.

⁷⁸ BGHSt 30, 127 ff., Urteil vom 20.05.1981 - 3 StR 94/81.

schäftsführer einer GmbH bei ausschließlich eigennützigem rechtsgeschäftlichen Handlungen, die den Tatbestand der Untreue erfüllen, auch wegen Bankrotts bestraft werden kann"⁷⁹. Nach Ansicht des Senates war die zivilrechtliche Bewertung der Wirksamkeit der Stellvertretung hierfür nicht maßgeblich, sondern es sei auch bei wirksamem rechtsgeschäftlichen Verhalten allein auf die Interessenlage abzustellen. Danach käme eine Zurechnung (und damit zugleich Tateinheit mit Untreue) nur dann in Betracht, wenn der Vertreter die rechtsgeschäftliche Handlung zumindest auch im Interesse des Vertretenen vorgenommen habe.⁸⁰ In einer Folgeentscheidung⁸¹ präzisierte der BGH dies dahingehend, dass bei der Beurteilung sowohl tatsächlicher als auch rechtsgeschäftlicher Handlungen des Geschäftsführers einer GmbH unter den rechtlichen Gesichtspunkten des Bankrotts und der Untreue danach zu unterscheiden sei, „ob er die vermögensschädigende Handlung bei wirtschaftlicher Betrachtung für die Gesellschaft und in ihrem Interesse vorgenommen hat, oder ob sie nur gesellschaftsfremden Zwecken dient, d.h. als eigennütziges oder im Interesse eines Dritten liegendes Verhalten anzusehen ist“⁸². Im ersten Fall sollte es sich demnach um Bankrott und im zweiten Fall um Untreue handeln.⁸³ Sofern die verfolgten Interessen dabei ausschließlich in eine der beiden Richtungen weisen – also fremdnützig oder eigennützig sind –, sollte Idealkonkurrenz zwischen Untreue und Bankrott ausscheiden.⁸⁴

Sofern der Vertreter eigennützige Interessen verfolgt, sollte eine Zurechnung der Schuldnerstellung nach einem späteren Urteil des 1. Senates⁸⁵ allerdings dann möglich sein, wenn das Vertreterhandeln im Falle einer KG vom Einverständnis des Komplementärs gedeckt gewesen war. Das Einverständnis löse nach Ansicht des BGH den Widerstreit zwischen eigennützigem und im Hinblick auf die KG fremdnützigem Verhalten auf und führe stets zu einem Han-

⁷⁹ BGH a.a.O. Rn. 25.

⁸⁰ BGH a.a.O.

⁸¹ BGH, Urteil vom 24.03.1982 - 3 StR 68/82 = wistra 1982, 148 ff.

⁸² BGH, Urteil vom 24.03.1982 - 3 StR 68/82 Rn. 5.

⁸³ BGH a.a.O.

⁸⁴ BGH a.a.O.

⁸⁵ BGHSt 34, 221 ff., Urteil vom 06.11.1986 - 1 StR 327/86.

deln im Interesse des Vertretenen.⁸⁶ In diesem Falle sei es aus Gründen des Gläubigerschutzes geboten, den Vertreter einem Einzelkaufmann gleichzustellen, da bei diesem die Motive seines Handelns ebenfalls keine Rolle spielten.⁸⁷ Damit widersprach der BGH allerdings seiner vorherigen Rechtsprechung. In seinem Beschluss vom 07.11.1978⁸⁸ hatte der 5. Senat noch unter Verweis auf entsprechende Rechtsprechung zur Untreue entschieden, ein Geschäftsführer, der zugleich alleiniger Gesellschafter einer GmbH ist, könne sich durch allein eigennützige Handlungen nicht wegen Bankrotts strafbar machen. Der Geschäftsführer könne den Tatbestand des Bankrotts nur dann erfüllen, wenn er die Bankrotthandlung *für die Gesellschaft* und *wenigstens auch in deren Interesse* vornehme.⁸⁹ Maßgebend für die Beurteilung, ob das Handeln als Wahrnehmung der Interessen der Gesellschaft oder als eigennützige Tätigkeit erscheine, sei allein die wirtschaftliche Betrachtung.⁹⁰

9. Zwischenergebnis

Auch wenn die Streitfrage zunächst ihren Anstoß im Wortlaut des § 240 KO a.F. im Hinblick auf das Merkmal des „Aufwandes“ nahm,⁹¹ lag ihr doch stetig die gleichbleibende Fallgestaltung zugrunde: die Subsumierbarkeit ambivalenten Vertreterhandelns unter die einschlägigen bankrottstrafrechtlichen Normen. Die Bestrebungen der höchstinstanzlichen Rechtsprechung verfolgten hierbei eine größtenteils gerade Linie, die allerdings divergierende Ausprägungen aufwies. Die Rechtsprechung ist zumindest dahingehend konsequent gewesen, grundsätzlich nur diejenigen Handlungsweisen des Vertreters zuzurechnen, die keinen rein deliktischen Charakter aufwiesen, sondern auch im normalen Geschäftsbetrieb des Vertretenen außerhalb der wirtschaftlichen Krise legitim erfolgen konnten. Indem die Rechtsprechung zwischenzeitlich für die Zurech-

⁸⁶ BGH a.a.O. Rn. 12; im Ergebnis gleichlautend BGH, Urteil vom 12.05.1989 - 3 StR 55/89 = wistra 1989, 264 ff.

⁸⁷ BGH a.a.O.

⁸⁸ BGH, Beschluss vom 07.11.1978 - 5 StR 314/78 = GA 1979, 311 ff.

⁸⁹ BGH in GA 1979, 311, 313 unter Bezugnahme auf BGH, Urteil vom 21.05.1969 - 4 StR 27/69 = NJW 1969, 1494 ff.

⁹⁰ BGH a.a.O.

⁹¹ Vgl. RGSt 42, S. 278 ff.

nung „die Ausnutzung der tatsächlichen Machtstellung als Organ“⁹² und später die Konsentierung durch die Gesellschafter⁹³ ausreichen ließ, klingen in ihr bereits die erst später durch die Literatur entwickelten Konzeptionen der Funktionstheorie und des Zurechnungsmodells an. Damit finden sich zumindest im Grundsatz die wesentlichen zur Zurechnung von Vertreterhandeln bei Bankrottatbeständen entwickelten Modelle bereits in der Entstehungsgeschichte der Interessentheorie wieder.

II. Kritik an der Interessentheorie

1. Literatur

Die Interessentheorie wurde in der Literatur zum Teil heftig kritisiert.⁹⁴ Vornehmlicher Anknüpfungspunkt der Kritik war die Verkürzung des Anwendungsbereiches der Insolvenzdelikte.⁹⁵ Dies betraf vor allem die Tathandlung des § 283 Abs. 1 Nr. 5 – 7 StGB: Das Nichtführen von Handelsbüchern oder die Nichtvornahme einer Bilanzierung widerspreche grundsätzlich den wirtschaftlichen Interessen des Schuldners, so dass sich ein Handeln im Interesse desselbigen durch Vornahme dieser Handlungen nur schwer begründen ließe. Damit einhergehend wurde vor allem die unterschiedliche bankrottstrafrechtliche Behandlung des Einzelkaufmanns und des Geschäftsführers einer GmbH moniert: Während ein Einzelkaufmann, der eine Tathandlung des § 283 Abs. 1 Nr. 5 – 7 StGB vornahm, um die Übersicht über seinen Vermögensbestand zu erschweren, problemlos nach dieser Vorschrift bestraft werden konnte, sollte dies nicht für den GmbH-Geschäftsführer gelten, der die Tathandlung mit derselben Intention vorgenommen hatte.⁹⁶ Der Schutzzweck der Formaldelikte erfuhr damit eine nicht nachvollziehbare Einschränkung, da es diesbezüglich ohne Belang war, ob Verstöße gegen Buchführungs- und Bilanzdelikte im Interesse der Gesellschaft vorgenommen worden sind.⁹⁷

⁹² Vgl. RGSt 73, 71.

⁹³ BGHSt oben Fn. 84, Rn. 12.

⁹⁴ Vgl. die Übersicht bei *Tiedemann*, Insolvenz-Strafrecht, Vor § 283 Rn. 79 ff.

⁹⁵ MüKo-StGB/*Radtke* Vor §§ 283 ff. Rn. 55.

⁹⁶ *Arloth*, NSTZ 1990, 570, 572.

⁹⁷ *Arloth* a.a.O.; vgl. auch *Mohr*, Bankrottdelikte und übertragende Sanierung, S. 51 f., der zutreffend darauf hinweist, dass die Buchführungspflichten dem Geschäftsführer schon

Eine Verneinung des Handelns im wirtschaftlichen Interesse des Schuldners führt zudem nicht automatisch zur Strafbarkeit nach Fremdschädigungsdelikten, da hierfür wiederum der Nachweis der Kausalität des Vertreterhandelns für den Schaden erforderlich ist.⁹⁸ Dessen Nachweis ist aber gerade im Hinblick auf die genannten Buchführungsdelikte problematisch, so dass diese Delikte bei Anwendung der Interessentheorie praktisch straflos gestellt wurden.⁹⁹ Dies entwertete zudem den vom Gesetzgeber mit § 6 Abs. 2 GmbHG (und auch von § 76 Abs. 3 Nr. 3 a) und 3 b) AktG) verfolgten Schutz der Rechtsform der GmbH vor Missbrauch, da hiernach eine Verurteilung wegen Insolvenzstraftaten unabhängig vom Strafmaß bereits eine Bestellung zum Geschäftsführer verbietet, während eine Verurteilung wegen der in § 6 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 e) GmbHG genannten Fremdschädigungsdelikte erst ab einer Verurteilung zu einem Jahr Freiheitsstrafe der Bestellung zum Geschäftsführer entgegensteht.¹⁰⁰ *Tiedemann* weist in diesem Zusammenhang darauf hin, die BGH Rechtsprechung zur Interessentheorie privilegiere damit letztlich denjenigen Kaufmann, der sein Unternehmen in der Rechtsform einer juristischen Person führt: selbst die vorsätzliche Herbeiführung einer Insolvenz könnte bei Anwendung der Interessentheorie nicht zu einer Bestrafung durch das Insolvenzstrafrecht führen.¹⁰¹

Weiterhin wurde kritisiert, dass die Rechtsprechung dem von ihr geschaffenen, eingeschränkten Anwendungsbereich der Bankrottdelikte durch eine extensive Anwendung des Untreuetatbestandes abhalf. Während die Untreue den Missbrauch der Verfügungsbefugnis bzw. den Treubruch gegenüber dem Treugeber sanktioniere, dienten die §§ 283 ff. StGB allein dem Gläubigerschutz. Es sei daher nicht Aufgabe der Untreue, etwaige Strafbarkeitslücken zu schließen, da

durch das Gesellschaftsrecht vorgegeben werden und daher eine Beurteilung der Motivation von Verstößen gegen diese Pflichten irrelevant ist.

⁹⁸ MüKo-StGB/*Radtke* a.a.O.

⁹⁹ LK/*Tiedemann* Vor § 283 Rn. 80.

¹⁰⁰ Vgl. LK/*Tiedemann* a.a.O.; a.A. NK/*Böse* § 14 Rn. 18, der dieses Argument durch die Neufassung des § 6 GmbHG als entwertet ansieht, da im Ergebnis letztlich auch eine Verurteilung wegen Untreue oder anderer der dort aufgeführten Delikte der Bestellung zum Geschäftsführer entgegenstehen kann und somit gerade kein Defizit bestünde.

¹⁰¹ LK/*Tiedemann* Vor § 283 Rn. 80 ff.; ders. bereits: *Tiedemann*, Insolvenzstrafrecht, Vor § 283 Rn. 85.

der Schutzzweck des § 266 StGB hierfür nur begrenzt Raum bietet.¹⁰² Dies gelte umso mehr, als weder § 283 StGB noch § 266 StGB Merkmale aufwiesen, welche die Berücksichtigung einer vom Täter verfolgten Tendenz gebieten würden, sondern hinsichtlich des verfolgten Zwecks vielmehr neutral seien.¹⁰³ Sofern die Rechtsprechung daneben die tateinheitliche Begehung von Bankrott und Untreue zulassen wolle,¹⁰⁴ sei auch nicht nachvollziehbar, warum ein und dasselbe Beiseiteschaffen von Vermögenswerten sowohl eine Bankrotthandlung im Interesse der Gesellschaft als auch eine Untreue zum Nachteil derselben sein könne.¹⁰⁵

Der von § 283 StGB bezweckte Schutz der Gläubiger in der wirtschaftlichen Krise von Handelsgesellschaften lief somit weitgehend leer, da die meisten Bankrotthandlungen den Interessen des Schuldners zuwiderlaufen.¹⁰⁶ Dies hat in diesem Zusammenhang vor allem *Mohr*¹⁰⁷ richtigerweise hervorgehoben: Zum einen enthalten die Bankrottatbestände weder in objektiver noch in subjektiver Hinsicht ein Merkmal, welches vorschreibt, dass dem Schuldner durch die Bankrotthandlung ein Vorteil zukommt. Daneben entsprechen in Krisensituationen die Interessen des Schuldners im Regelfall denen der Gläubiger: dieser ist ebenso wie die Gläubiger an dem Erhalt der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit interessiert. Die in § 283 Abs. 1 StGB genannten schädigenden Verhaltensweisen widersprechen wesensmäßig diesem Interesse aber.¹⁰⁸ Im Ergebnis stand die Interessentheorie damit im Widerspruch zu den sonstigen Voraussetzungen und dem Wesen der in § 283 Abs. 1 StGB genannten Bankrotthandlungen.¹⁰⁹

¹⁰² *Arloth*, NStZ 1990, 570, 573, der in diesem Zusammenhang von einer „Disfunktion des Rechtsgüterschutzes“ spricht.

¹⁰³ *Weber*, StV 1988, 14, 17.

¹⁰⁴ Vgl. oben, BGHSt 28, S. 371 ff., Urteil vom 04.04.1979 - 3 StR 488/78.

¹⁰⁵ *Winkelbauer*, wistra 1986, 17, 19

¹⁰⁶ SK/*Hoyer* § 283 Rn. 103.

¹⁰⁷ *Mohr*, Bankrottdelikte und übertragende Sanierung, S. 78.

¹⁰⁸ *Mohr* a.a.O.

¹⁰⁹ Zum Ganzen vgl. *Mohr*, Bankrottdelikte und übertragende Sanierung, S. 50 ff.

2. Urteil des AG Halle-Saalkreis vom 02.04.2001 – 320 Ds 1203 Js 35156/97

Sogar in der unterinstanzlichen Rechtsprechung wurde die Interessentheorie kritisiert.¹¹⁰ Das AG Halle-Saalkreis hatte über die Strafbarkeit des Geschäftsführers einer GmbH wegen Bankrotts zu entscheiden. Der dort Angeklagte hatte eine Anzahlung eines Kunden zunächst mit Einverständnis eines weiteren Geschäftsführers in seinem Tresor verwahrt, weigerte sich aber in der Folgezeit, das Geld herauszugeben, und behauptete zudem sowohl gegenüber dem weiteren Geschäftsführer als auch gegenüber der späteren Gesamtvollstreckungsverwalterin, das Geld bereits herausgegeben zu haben. Das AG verurteilte den Angeklagten entgegen dem Antrag der Staatsanwaltschaft aufgrund einer Straftat i.S.d. § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB in Form des Beiseiteschaffens und Verheimlichens von Vermögenswerten der GmbH.

In seinem Urteil begründete das AG seine Kritik an der Interessentheorie. Zunächst lasse sich bei einem bestreitenden Angeklagten dann, „wenn der Verbleib der Vermögensbestandteile nicht aufzuklären ist (wie im vorliegenden Fall), häufig nur schwer klären, ob der Geschäftsführer im Interesse der GmbH oder im eigenen Interesse handelte“¹¹¹. Zudem sei der Normzweck des § 283 StGB nicht mit der Interessentheorie vereinbar: dieser wolle das Interesse der Massegläubiger an möglichst vollständiger Befriedigung wahren und müsse daher vor der Verkleinerung der Masse schützen. Für diesen Schutz sei es aber „völlig gleichgültig, ob der Geschäftsführer bei der Verkleinerung des Vermögens im eigenen Interesse oder im Interesse der GmbH handelt“¹¹². Daneben sei die Interessentheorie widersprüchlich, da der BGH nur bei § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB ein Handeln im Interesse des Vertretenen voraussetze.¹¹³ Die Interessentheorie führe zudem zu einer Besserbehandlung der Insolvenzstrafbarkeit, da bei Untreue die Strafverfolgungsverjährung bereits mit Schadenseintritt begin-

¹¹⁰ AG Halle-Saalkreis, Urteil vom 02.04.2001 - 320 Ds 1203 Js 35156/97 = NJW 2002, S. 77 f.

¹¹¹ AG Halle-Saalkreis, Urteil vom 02.04.2001 - 320 Ds 1203 Js 35156/97 = NJW 2002, S. 77.

¹¹² AG Halle-Saalkreis, Urteil vom 02.04.2001 - 320 Ds 1203 Js 35156/97 = NJW 2002, S. 77 f.

¹¹³ AG Halle-Saalkreis, Urteil vom 02.04.2001 - 320 Ds 1203 Js 35156/97 = NJW 2002, S. 78.

ne, während dies beim Bankrott erst mit Eintritt der objektiven Strafbarkeitsbedingung des § 283 Abs. 6 StGB der Fall sei.¹¹⁴ Dies sei in der Praxis problematisch, da die Bankrotthandlungen oftmals erst im Insolvenzverfahren durch den Insolvenzverwalter aufgedeckt würden. Verneine man dann allerdings die Anwendbarkeit des Insolvenzstrafrechts, könne eine Verurteilung beispielsweise wegen Untreue auf Grund der Strafverfolgungsverjährung ausscheiden. Untreue als Auffangtatbestand scheidet daneben bei den Fahrlässigkeitsvarianten des Bankrotts von vornherein aus. Grundsätzlich führe die Interessentheorie aber vor allem auch dazu, dass die „wirtschaftspolitisch wichtige Sperrwirkung des § 6 Abs. 2 S. 3 GmbHG“ auf den Bankrotthandlungen vornehmenden Geschäftsführer keine Anwendung finde.¹¹⁵

Die Ausführungen des AG decken sich weitgehend mit der Kritik der Literatur. In der Rechtsprechung fanden sie bis zur Aufgabe der Interessentheorie allerdings kein Gehör.¹¹⁶ Neu waren die Ausführungen zum Verhältnis zur Untreue: Für eine tateinheitliche Verurteilung wegen Untreue sah das AG keinen Raum, da nach seiner Ansicht „der Unrechtsgehalt der Tat des Angeklagten vollständig durch § 283 StGB erfasst wird“¹¹⁷. Damit widersprach das AG auch der vom 3. Senat eingeräumten Möglichkeit der tateinheitlichen Begehung von Bankrott und Untreue, die gerade mit den unterschiedlichen Schutzrichtungen der Delikte begründet worden war.

III. Lösungsansätze der Literatur

Aufgrund der beständigen Kritik hatten sich in der Literatur im Wesentlichen zwei alternative Lösungsansätze herausgebildet: Zum einen die Funktionstheorie,¹¹⁸ die auf einen objektiv-funktionalen Zusammenhang zwischen dem Handeln und dem Aufgaben- und Pflichtenkreis des Vertreters abstellt, und zum

¹¹⁴ AG Halle-Saalkreis a.a.O.

¹¹⁵ AG Halle-Saalkreis a.a.O.

¹¹⁶ Und auch dort wurde auf diese Entscheidung nicht ausdrücklich eingegangen.

¹¹⁷ AG Halle-Saalkreis a.a.O.

¹¹⁸ Vgl. nur *Labsch*, wistra 1985, 59 ff.; Tiedemann, NJW 1986, 1842 ff.; Arloth NSTZ 1990, 570 ff.; SSW/*Bosch* § 14 Rn. 10; NK/*Böse* § 14 Rn. 18; M/B/*Schmid* § 30 Rn. 98; LK/*Tiedemann* Vor. § 283 Rn. 81 ff.; Sch/Sch/*Perron* § 14 Rn. 26; vgl. auch *Kasiske*, wistra 2005, 81 ff., der bei einem existenzgefährdenden Eingriff einen funktionalen Zusammenhang zur Vertretungsbefugnis annimmt.

anderen das Zurechnungsmodell,¹¹⁹ welches die Zurechnung des Handelns des Vertreters auf Grundlage einer rechtlich wertenden Betrachtung vornimmt.

1. Funktionstheorie

a) Labsch

Die Funktionstheorie wurde unter anderem von *Labsch*¹²⁰ begründet. Ausgangspunkt des dem der Funktionstheorie zugrunde liegenden Gedankens war ein vergleichender Blick auf die Regelung des § 31 BGB.¹²¹ Ähnlich wie bei § 31 BGB sollten demnach bei § 14 StGB nur solche Handlungen zugerechnet werden, die nicht bloß „bei Gelegenheit“ aufgrund eines zeitlichen und örtlichen Zusammenhanges vorgenommen werden, sondern die auf der Wahrnehmung der rechtlichen oder faktischen Handlungsmöglichkeiten beruhen, die dem Organ gerade aufgrund seiner Organstellung eingeräumt werden.¹²² Maßgeblich für die Zurechnung seien daher ausschließlich die auf das Organ ausgelagerten Handlungskompetenzen und Verfügungsmöglichkeiten¹²³ *Labsch* unterscheidet hierbei zwischen rechtsgeschäftlichem und rein tatsächlichem Handeln: Demnach sei im rechtsgeschäftlichen Bereich maßgeblich, dass das Organ im Außenverhältnis im Rahmen einer gesetzlichen Vertretungsmacht den Vertretenen rechtsgeschäftlich wirksam verpflichten kann,¹²⁴ während bei rein tatsächlichem Verhalten es allein darauf ankomme, ob der Vertreter die faktischen Wirkungsmöglichkeiten ausnutzt, die nur ihm aufgrund seiner Organstellung eingeräumt sind.¹²⁵ Sofern die Tat in ihrem konkreten Ablauf genauso von ei-

¹¹⁹ Vgl. nur *Reiß*, wistra 1989, 81 ff.; *Radtke* GmbHR 1998, 361 ff. und 2009, 871, 876; *Sch/Sch/Heine* § 283 Rn. 4b; *LK/Schünemann* § 14 Rn. 52; *MüKo-StGB/Radtke* § 14 Rn. 65; *Brand*, Untreue und Bankrott, S. 237 ff.

¹²⁰ *Labsch*, Die Strafbarkeit des GmbH-Geschäftsführers, wistra 1985, 59 ff.

¹²¹ *Labsch*, wistra 1985, 59, 60; anders *Mohr*, Bankrottdelikte und übertragende Sanierung, S. 91, der diesen Vergleich für verfehlt hält.

¹²² *Labsch* a.a.O.

¹²³ *Labsch* a.a.O.

¹²⁴ *Labsch* a.a.O.

¹²⁵ *Labsch* wistra 1985, 59, 61.

nem beliebigen Dritten vorgenommen werden könnte, lasse sich nicht von einem Handeln „als Organ“ sprechen.¹²⁶

Bei rechtsgeschäftlichem Handeln stellt *Labsch* auf die Ausnutzung der rechtlichen Wirkungsmöglichkeiten ab, die dem Vertreter aus der Vertreterstellung erwachsen. Beispielhaft nennt er hierfür die Übertragung von Eigentum oder Rechten, das Tätigen von Überweisungen, die Entgegennahme von Auszahlungsbeträgen und die Rückforderung von Darlehen.¹²⁷ Die den jeweiligen Handlungen zugrunde liegende Motivation sei hierbei irrelevant: Ob der Vertreter die Überweisung auf ein eigenes Konto zum privaten Verbrauch tätigt stünde der Zurechnung nicht entgegen.¹²⁸ Ausreichend sei das Ausnutzen der rechtlichen Einwirkungsmöglichkeiten. Sofern allerdings keine Einzelvertretung des Vertreters vorliegt, unterliegen dessen rechtliche Wirkungsmöglichkeiten zivilrechtlichen Beschränkungen. Wäre die Zustimmung weiterer Vertreter oder Gesellschafter erforderlich und liegt diese nicht vor, würde damit ein Handeln des Vertreters im Rahmen seiner rechtlichen Wirkungsmöglichkeiten ausscheiden.¹²⁹

Bei tatsächlichem Handeln sei wiederum entscheidend, ob der Vertreter zur Vornahme der Handlung gerade deshalb in der Lage ist, weil er diejenigen Handlungsmöglichkeiten vornehme, die nur ihm aufgrund seiner Organstellung offen stünden.¹³⁰ Könne die Tat in ihrem konkreten Ablauf von einem beliebigen Dritten vorgenommen werden, solle von einem Handeln „als“ Vertreter nicht mehr auszugehen sein.¹³¹ *Labsch* führt hierfür beispielhaft die Bedeutung von Gewahrsamsverhältnissen an: Besitzt ein Geschäftsführer einen von zwei für die Öffnung eines Tresors notwendigen Schlüsseln und muss deshalb nur eines der beiden Schlösser aufbrechen, so grenze ihn dies von einem gewöhnli-

¹²⁶ *Labsch*, wistra 1985, 59, 62; derselbe Ansatz findet sich bei *Arloth*, NStZ 1990, 570, 574.

¹²⁷ *Labsch*, wistra 1985, 61.

¹²⁸ Anders die frühere Rechtsprechung zur Interessentheorie, die ein Handeln im wirtschaftlichen Interesse erforderte, vgl. oben BGHSt 28, 371, 374.

¹²⁹ *Labsch* a.a.O.; auch eine nachträgliche Zustimmung der Mitgeschäftsführer solle nicht ausreichen, da es strafrechtlich auf den Zeitpunkt der Tat ankomme und damit die rechtlichen Einwirkungsmöglichkeiten zu diesem Zeitpunkt entscheidend seien.

¹³⁰ *Labsch*, wistra 1985, 62.

¹³¹ *Labsch* a.a.O.

chen Dritten ab, da dieser beide Schlösser aufbrechen müsste.¹³² Selbiges gelte für den Fall, dass ein Vertreter einen Vermögensgegenstand der Gesellschaft während der Nutzung im Geschäftsbetrieb zerstöre, da ein Dritter eine solche Zugriffsmöglichkeit nicht habe.¹³³ Zustimmung erfährt *Labsch* dabei insbesondere von *Arloth*, der diejenigen Handlungen für die Begründung des Zurechnungszusammenhangs ebenfalls nicht ausreichen lassen will, die ebenso einem Dritten zugeschrieben werden könnten. Beispielhaft führt er hierfür ebenso wie *Labsch* den Einbruch eines Geschäftsführers in das Firmengelände und die damit verbundene Entwendung von Firmengegenständen an.¹³⁴

b) Tiedemann

Tiedemann schlägt *Labsch* folgend vor, dass bei rechtsgeschäftlichen Handlungen auch im Strafrecht zivilrechtliche Zurechnungsregeln beachtet werden sollen.¹³⁵ Dies betreffe vor allem die zivilrechtlichen Regeln zum Handeln im fremden Namen sowie zum „unternehmensbezogenen Geschäft“, nicht jedoch diejenigen Regeln, die zum Zwecke des Verkehrsschutzes zu Fiktionen greifen.¹³⁶ Darüber hinaus sei es laut *Tiedemann* sogar vorzugswürdig, „die allgemeine Frage des § 14 Abs. 1 StGB auf das Vorliegen der Organ- oder Vertreterstellung zu beschränken und die Einzelfrage des Handelns „als“ Organ oder Vertreter bei den Tatbeständen des Besonderen Teils zu entscheiden(...)“¹³⁷. Hierbei könne dann auch berücksichtigt werden, dass eine Handlung des Vertreters einer juristischen Person nicht nur diese schädige, sondern durch die Verringerung der Insolvenzmasse auch die Befriedigung der Gläubiger gefährde und so den „Haftungstypus der Insolvenzstraftat“ erfülle.¹³⁸

¹³² *Labsch* a.a.O.

¹³³ *Labsch* a.a.O.

¹³⁴ *Arloth*, NStZ 1990, 570, 574.

¹³⁵ LK/*Tiedemann* Vor § 283 Rn. 85.

¹³⁶ LK/*Tiedemann* a.a.O.

¹³⁷ LK/*Tiedemann* a.a.O.

¹³⁸ LK/*Tiedemann* a.a.O.

c) Weber

Weber weist ergänzend darauf hin, bei der Bestimmung der Zurechnungskriterien müsse ferner berücksichtigt werden, dass § 14 StGB nicht nur vorsätzliches, sondern auch fahrlässiges Verhalten umfasse.¹³⁹ Zumindest im Falle unbewusster Fahrlässigkeit sei eine subjektive Zielrichtung des Vertreterhandelns naturgemäß nicht vorhanden, weshalb allein objektive Zurechnungskriterien in Betracht kämen. Dies gelte umso mehr, als ein sachlicher Grund für eine unterschiedliche Behandlung von Vorsatz- und Fahrlässigkeitstätern nicht ersichtlich sei.¹⁴⁰

d) Perron

Dem folgend sieht *Perron* neben Fahrlässigkeitsdelikten auch bei Unterlassungsdelikten keinen Raum für einen Bezug zu subjektiven Interessen des Vertretenen.¹⁴¹ Ausreichend sei hier allein, dass der Vertreter eine Handlungspflicht des Vertretenen nicht erfülle, zu deren Wahrnehmung er aufgrund seiner Vertreterstellung verpflichtet wäre.¹⁴² Dies gelte zumindest im Falle juristischer Personen. Allerdings soll nach Ansicht *Perrons* auch im Falle einer Mehrheit von Vertretern der Zurechnungszusammenhang gegeben sein, wenn aufgrund interner Zuständigkeitsverteilungen zwar der Verantwortungsbereich eines anderen Vertreters tangiert wäre, der Handelnde aber seinen Zuständigkeitsbereich überschreite oder „im Falle des Unterlassens überschreiten müsste“¹⁴³.

e) Bosch

Bosch hingegen sieht bei Unterlassungsdelikten eine Begrenzung auf den eigenen Organisationsbereich für geboten, wohingegen bei Begehungsdelikten ebenfalls trotz Ressortaufteilung grundsätzlich alle Organmitglieder Normadressaten sein sollen.¹⁴⁴ Auch *Bosch* lässt allerdings für die Begründung des Zu-

¹³⁹ *Weber*, StV 1988, 14, 17.

¹⁴⁰ *Weber* a.a.O.

¹⁴¹ Sch/Sch/*Perron* § 14 Rn. 26.

¹⁴² *Perron* a.a.O.

¹⁴³ *Perron* a.a.O.; zumindest Letzteres erscheint äußerst fragwürdig.

¹⁴⁴ S/S/W/*Bosch* § 14 Rn. 10; eine Ressortaufteilung soll sich lediglich bei Fahrlässigkeitsdelikten pflichtenbegrenzend auswirken können.

rechnungszusammenhanges nicht jede Ausnutzung der faktischen Handlungsmöglichkeiten der Organstellung genügen. Vielmehr müsse ein objektiver Bezug zu dem übertragenen Aufgabenkreis bestehen, „dessen Reichweite der Konkretisierung im Einzelfall bedarf und für die der inhaltliche Zuschnitt als Geschäftsführeraufgabe im konkreten Betrieb" Anhaltspunkte geben soll.¹⁴⁵ Diese Konkretisierung könne im Falle rechtsfähiger Personengesellschaften schwierig sein.¹⁴⁶

f) Wehleit

Wehleit schließt sich im Ergebnis der Funktionstheorie an, ergänzt sie aber um eine Kontrollüberlegung.¹⁴⁷ Maßgeblich für die Ermittlung des funktionalen Zusammenhanges zwischen Organeigenschaft und Handlung sollen zunächst die mit der Organstellung verbundenen Handlungsmöglichkeiten sein.¹⁴⁸ Bei der Ermittlung des funktionalen Zusammenhanges soll dann aber ergänzend gefragt werden, „ob die Organstellung die Gelegenheit zur Tat gegeben oder ihre Ausführung erleichtert hat“¹⁴⁹. Der Zusammenhang wäre zudem abzulehnen, wenn ein Außenstehender die Tat ohne weiteres gleich dem Vertreter hätte begehen können.¹⁵⁰ Wenn der Vertreter keine gegenüber Außenstehenden besseren Handlungsmöglichkeiten wahrnehme, bestehe auch kein besonderer Schutz für das Tatobjekt.¹⁵¹ Diese Korrekturüberlegungen will *Wehleit* allerdings vornehmlich auf die Beauftragtenhaftung nach § 14 Abs. 2 StGB anwenden, wohingegen ein Organ i.S.d. § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB stets mit Erfüllung des Tatbestandes nach dem Sonderdelikt bestraft werden müsse.¹⁵² Da das Organ anstelle der juristischen Person agiere, solle es so behandelt werden, „wie wenn es selbst tatbestandlich qualifiziert wäre“¹⁵³. Dies gelte deshalb, weil auch bei einer natürlichen Person als Schuldner (und damit als möglichem Täter) die

¹⁴⁵ *Bosch* a.a.O.

¹⁴⁶ *Bosch* a.a.O.

¹⁴⁷ *Wehleit*, Untreue und Bankrott, S. 54 ff.

¹⁴⁸ *Wehleit* a.a.O. S. 85.

¹⁴⁹ *Wehleit* a.a.O.

¹⁵⁰ *Wehleit* a.a.O. S. 86.

¹⁵¹ *Wehleit* a.a.O. S. 90, allerdings in darstellender Weise.

¹⁵² *Wehleit* a.a.O. S. 88, S. 92, S. 102.

¹⁵³ *Wehleit* a.a.O. S. 102.

Ausnutzung besonderer Zugriffsmöglichkeiten keine Strafbarkeitsvoraussetzung sei und daher bei einem Geschäftsführer, welchem die Schuldner-eigenschaft zugerechnet werde, ebenfalls keine Rolle spielen könne.¹⁵⁴ Seinen Ursprung hat diese Schlussfolgerung allerdings darin, dass *Wehleit* entgegen aller dem Wort „als“ in § 14 Abs. 1 StGB keine einen Zurechnungszusammenhang erforderlich machende Bedeutung beimisst.¹⁵⁵

g) Zwischenergebnis

Grundsätzlich besteht bei den Vertretern der Funktionstheorie darüber Einigkeit, dass ein Bezug des Handelns des Vertreters zu dem ihm übertragenen Aufgabenkreis jedenfalls dann bestehe, wenn bei Rechtsgeschäften im Namen des Vertretenen gehandelt wird und bei einem tatsächlichen Verhalten des Vertreters, wenn dieses seiner Art nach als Wahrnehmung der Angelegenheiten des Vertretenen erscheint.¹⁵⁶ Dies sei der Fall, wenn der Vertreter diejenigen rechtlichen oder tatsächlichen Handlungsmöglichkeiten wahrnimmt, die ihm gerade aus seiner Vertreterstellung erwachsen.¹⁵⁷ Nach der Funktionstheorie ist damit die Ausgestaltung der Organ- und Vertreterstellung von besonderer Bedeutung: Erst das aus ihr erwachsende qualifizierte Näheverhältnis zum schuldnerischen Vermögen und die damit verbundenen Einwirkungsmöglichkeiten sollen eine bankrottstrafrechtliche Sanktionierung begründen können.¹⁵⁸

2. Zurechnungsmodell

Während die Vertreter der Funktionstheorie also auf die Wahrnehmung der rechtlichen und tatsächlichen Handlungsmöglichkeiten des Vertreters abstellen, muss sich das Verhalten des Vertreters nach dem Zurechnungsmodell als Verhalten des Vertretenen selbst darstellen.¹⁵⁹ Die Zurechnung erfolgt hierbei nach

¹⁵⁴ *Wehleit* a.a.O.

¹⁵⁵ *Wehleit* a.a.O. S. 63 ff.; ders. a.a.O. S. 87; dies ergebe sich auch aufgrund eines Vergleichs zu § 14 Abs. 2 StGB, wo ein Handeln „auf Grund dieses Auftrages“ erforderlich sei, vgl. *Wehleit* a.a.O. S. 65.

¹⁵⁶ Sch/Sch/Perron § 14 Rn. 26.

¹⁵⁷ Tiedemann, Die strafrechtliche Vertreter und Unternehmenshaftung, NJW 1986, 1842, 1844.

¹⁵⁸ Habetha, Bankrott und Untreue in der Unternehmenskrise, NZG 2012, 1134, 1137.

¹⁵⁹ Vgl. MüKo-StGB/Radtke § 14 Rn. 65; Ähnlich bereits Reiß, wistra 1989, 81, 85.

normativen Gesichtspunkten¹⁶⁰: auf Grundlage einer rechtlich wertenden Betrachtung muss das Verhalten des Vertretenen dem Vertreter als eigenes Verhalten zugerechnet werden können.¹⁶¹

a) Reiß

Die Ursprünge des Zurechnungsmodells finden sich bereits bei *Reiß*¹⁶². Dessen Beitrag befasste sich vornehmlich mit der Untreuestrafbarkeit durch mit Zustimmung der Gesellschafter vorgenommenen Gewinnausschüttungen, darüber hinaus aber auch mit dem Verhältnis von Untreue und Bankrottdelikten und den Regeln für die Zurechnung von Bankrotthandlungen über § 14 StGB. Gegen die Interessentheorie wendet *Reiß* zunächst ein, § 283 StGB verlange weder ein eigennütziges, noch ein uneigennütziges Handeln; das Erfordernis des Handelns im wirtschaftlichen Interesse des Schuldners stelle damit ein untaugliches Kriterium dar.¹⁶³ Zudem müsste die Interessentheorie bei konsequenter Anwendung dazu führen, dass objektiv rechtswidriges Organhandeln vom Interesse des Vertretenen ausgenommen werden müsste und eine Zurechnung niemals möglich wäre.¹⁶⁴ Gegen die Funktionstheorie hingegen wendet *Reiß* ein, der Geschäftsführer sei in Bezug auf das Vermögen der Gesellschaft allzuständig und eine objektiv-funktionale Abgrenzung daher willkürlich.¹⁶⁵ In all denjenigen Fällen, in denen eine vermeintliche Bankrotthandlung ohne Zustimmung der Gesellschafter vorgenommen werde, solle diese vielmehr lediglich als Untreue strafbar sein, so dass der Gläubigerschutz über § 266 StGB bewirkt werde.¹⁶⁶ Eines besonderen Gläubigerschutz durch § 283 StGB bedürfe es nur dort, wo der Geschäftsführer die Bankrotthandlung mit Zustimmung der Gesellschafter vornehme. Dann solle es aber nicht mehr darauf ankommen, ob der Geschäftsführer in Ausübung rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht oder typi-

¹⁶⁰ *Radtko* a.a.O.

¹⁶¹ So schon *Radtko*, GmbHR 1998, 361, 369.

¹⁶² *Reiß*, Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Entnahmen als strafbare Untreue des Geschäftsführers, wistra 1989, 81 ff.

¹⁶³ *Reiß*, wistra 1989, 81, 85.

¹⁶⁴ *Reiß* a.a.O.

¹⁶⁵ *Reiß* a.a.O.

¹⁶⁶ *Reiß* a.a.O.

scher faktischer Organeinwirkungsmöglichkeiten gehandelt habe.¹⁶⁷ Im Ergebnis geht *Reiß* von einem Exklusivitätsverhältnis zwischen Untreue und Bankrott aus: Jedes Einverständnis der Gesellschafter, also auch das zu existenzgefährdenden oder zu das Stammkapital aushöhlenden Handlungen, stelle ein tatbestandausschließendes Einverständnis im Rahmen der Untreue dar, ermögliche aber gleichzeitig eine Zurechnung über § 14 StGB und eine Strafbarkeit als Bankrotthandlung. Im Gegenzug sollen ohne Zustimmung vorgenommene Bankrotthandlungen des Vertreters nur als Untreue strafbar sein.¹⁶⁸

b) Radtke

Der Gedanke, die Zustimmung der Gesellschaftergesamtheit (zumindest bei faktischen Verhaltensweisen) als maßgebliches Kriterium für die Begründung des Zurechnungszusammenhanges zu werten, wurde von *Radtke* aufgegriffen und fortentwickelt.¹⁶⁹ *Radtke* kritisiert gegenüber Funktionstheorie und Interessentheorie gleichermaßen, dass diese eine ausreichend verlässliche Anwendung im Einzelfall nicht erlauben würden.¹⁷⁰ Der Begriff des Interesses sei seiner Ansicht nach konturenlos und biete Raum für eine willkürliche Auslegung, wohingegen die Funktionstheorie für eine Abgrenzung vom Handeln „als“ Organ von dem Handeln „bei Gelegenheit“ keine ausreichend präzisen Kriterien biete.¹⁷¹

Radtke geht davon aus, dass § 14 StGB eine Ausdehnung des Tatbestandes eines Sonderdeliktes auf einen nicht sonderpflichtigen Dritten erlaube, wenn dieser die Erfüllung der Sonderpflichten für den eigentlichen Normadressaten übernommen habe. Im Falle des vertretungsberechtigten Organs einer nicht handlungsfähigen juristischen Person sei entscheidend, ob das Handeln des Organs der juristischen Person zugerechnet werden könne.¹⁷² Maßgeblich für die Zurechenbarkeit sei die sich aus § 30 GmbHG ergebende umfassende Vermö-

¹⁶⁷ *Reiß* a.a.O.

¹⁶⁸ Zusammenfassend *Reiß*, wistra 1989, 81, 86.

¹⁶⁹ *Radtke*, Einwilligung und Einverständnis der Gesellschafter bei der sog. GmbH-rechtlichen Untreue, GmbHR 1998, 361, 368 f.

¹⁷⁰ *Radtke*, GmbHR 1998, 361, 368.

¹⁷¹ *Radtke*, GmbHR 1998, 361, 368 f.

¹⁷² *Radtke*, GmbHR 1998, 361, 369.

gensverwendungskompetenz der Gesellschaftergesamtheit: Im Falle einer Konsentierung der Gesellschafter stelle sich das Organhandeln als Handlung des Vertretenen dar, allerdings nur soweit die Zustimmung der Gesellschafter nicht gegen das Kapitalerhaltungsverbot verstoße.¹⁷³ Diese ursprüngliche Konzeption *Radtkes* führte damit ebenfalls zu einem Exklusivitätsverhältnis zwischen Untreue und Bankrott: Liegt eine wirksame (nicht gegen das Kapitalerhaltungsverbot verstoßende) Zustimmung der Gesellschaftergesamtheit zum Vertreterhandeln vor, so stelle diese ein tatbestandsausschließendes Einverständnis dar und eine Strafbarkeit gemäß § 266 StGB scheide aus. Gleichzeitig könne diese Zustimmung den Zurechnungszusammenhang im Sinne des § 14 StGB begründen und so eine Strafbarkeit wegen Bankrotts gemäß § 283 StGB ermöglichen.

Radtke entwickelte das Zurechnungsmodell in der Folgezeit fort. Nach seiner Ansicht muss sich das Verhalten des Vertreters aufgrund einer normativen Wertung als Handeln des Vertretenen selbst darstellen.¹⁷⁴ Erforderlich sei ein Handeln im Geschäftskreis des Vertretenen. Welche weiteren Voraussetzungen für die Begründung des Zurechnungszusammenhanges erforderlich seien, ergebe sich durch die Besonderheiten des jeweiligen Sonderdeliktes.¹⁷⁵ Methodisch unterscheidet *Radtke* ebenfalls wie die Vertreter der Funktionstheorie zwischen rechtsgeschäftlichem und tatsächlichem Verhalten.¹⁷⁶

aa) Rechtsgeschäftliches Handeln

Bei rechtsgeschäftlichem Verhalten werde die Zurechnung bejaht, wenn der Vertreter im Namen des Vertretenen handelt oder der Vertretene rechtswirksam im Außenverhältnis verpflichtet wird.¹⁷⁷ Entscheidend, aber auch ausreichend sei hierbei das wirksame Handeln im Außenverhältnis. Interne Vertretungsbeschränkungen stünden der Zurechnung des Vertreterhandelns nicht entgegen.¹⁷⁸ Handelt es sich bei dem rechtsgeschäftlichen Verhalten um ein rechtlich geb-

¹⁷³ *Radtke* a.a.O.

¹⁷⁴ MüKo-StGB/*Radtke* § 14 Rn. 65.

¹⁷⁵ *Radtke* a.a.O.

¹⁷⁶ Vgl. *Radtke*, Die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung (§ 14 StGB) vor der Neuausrichtung?, JR 2010, 233, 237 f.

¹⁷⁷ MüKo-StGB/*Radtke* § 14 Rn. 66; anders noch ders. in GmbHR 1998, 361, 369.

¹⁷⁸ MüKo-StGB/*Radtke* § 14 Rn. 70.

tenes Verhalten im Rahmen eines Unterlassungsdeliktes, so wird hierbei auf die tatsächliche Pflichtenübernahme abgestellt.¹⁷⁹

bb) Faktisches Handeln

Bei tatsächlichem bzw. faktischem Verhalten¹⁸⁰ hingegen wird der Vertretungsbezug zunächst dann bejaht, wenn der Vertreter mit Zustimmung des Vertretenen handelt.¹⁸¹ Den obigen Ausführungen folgend soll das im Falle einer juristischen Person der Fall sein, wenn das Verhalten des Vertreters von der Konsentierung durch die Gesellschaftergesamtheit gedeckt ist.¹⁸² Entscheidend sei hierbei, dass die Zustimmung der Gesellschaftergesamtheit in gesellschaftsrechtlich zulässiger Weise erfolgt ist, also bspw. ohne Verstoß gegen das Kapitalerhaltungsgebot des § 30 GmbHG.¹⁸³ Dementsprechend könne der Vertretungsbezug im Falle der fehlenden Zustimmung des Vertreters somit nicht bejaht werden.¹⁸⁴ Ohne Zustimmung vorgenommene Bankrotthandlungen des Vertreters, wie bspw. denen des § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB, sollen dann nur nach allgemeinen Vermögensdelikten strafbar sein.¹⁸⁵ Im Falle der Nichterfüllung einer strafbewehrten außerstrafrechtlichen Pflicht soll das Zustimmungserfordernis hingegen keinerlei Relevanz besitzen. Hier richte sich der Vertretungsbezug allein nach den zivilrechtlichen Vorschriften. Besteht hiernach eine Verpflichtung des Vertreters, so liege auch der von § 14 StGB geforderte Vertretungsbezug vor.¹⁸⁶

c) Brand

Das entscheidende Zurechnungskriterium ist nach Ansicht *Radtkes* im Falle faktischen Vertreterhandelns das Vorliegen einer „strafrechtlich relevanten“

¹⁷⁹ MüKo-StGB/*Radtke* § 14 Rn. 66.

¹⁸⁰ Die Terminologie ist vielerorts unterschiedlich, gemeint sind jedenfalls die Verhaltensweisen, die sich nicht als rechtsgeschäftliches Verhalten darstellen.

¹⁸¹ MüKo-StGB/*Radtke* § 14 Rn. 67.

¹⁸² *Radtke*, GmbHR 1998, 361, 369.

¹⁸³ Vgl. *Radtke* a.a.O.

¹⁸⁴ MüKo-StGB/*Radtkte* § 14 Rn. 67.

¹⁸⁵ *Radkte* a.a.O.

¹⁸⁶ *Radtke* a.a.O.

Zustimmung. Wo Radtke allerdings das Vorliegen einer wirksamen Zustimmung aufgrund von Verstößen gegen gesellschaftsrechtliche Kapitalerhaltungsvorschriften negiert, lässt *Reiß* auch dasjenige Einverständnis der Gesellschafter ausreichen, das zu einer Existenzgefährdung oder Aushöhlung des Stammkapitals durch die Vertreterhandlung führt.¹⁸⁷ Ein Exklusivitätsverhältnis zwischen Bankrott und Untreue sehen aber beide vor.

Das maßgeblich von *Radtke* entwickelte Zurechnungsmodell wurde von *Brand* unter Hinzuziehung eines organisationsbezogenen Ansatzes fortentwickelt.¹⁸⁸ *Brand* geht zunächst davon aus, dass die Bejahung des Vertretungsbezuges des Vertreterhandelns nicht allein über § 14 Abs. 1 StGB erreicht werden könne, sondern auch die Spezifika des jeweiligen Sonderdeliktes mit zu berücksichtigen seien.¹⁸⁹ Demnach hänge es von dem jeweiligen Tatbestand ab, ob ein Handeln „als“ Organ im Sinne des § 14 Abs. 1 StGB vorliegt. Konzeptionell geht *Brand* davon aus, für eine Zurechnung gemäß § 14 Abs. 1 StGB solle es entscheidend sein, ob sich im Falle einer juristischen Person diese, bei unterstellter Straffähigkeit, selber strafbar gemacht hätte.¹⁹⁰ Sofern das Verhalten der Organe nicht als Verhalten der juristischen Person erscheine, scheidet eine Bestrafung ebendieser – bspw. aufgrund eines Selbstschädigungsdeliktes wie dem des § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB – aus.¹⁹¹ *Brand* geht gesellschaftsrechtsakzessorisch davon aus, dass juristische Personen über ihre Organe bzw. deren Organwalter Handlungsfähigkeit erlangen. Daher sei Organhandeln Eigenhandeln (der juristischen Person) durch zugerechnetes Fremdhandeln (der Organwalter).¹⁹² Nicht jedes Handeln der Organwalter sei daher ein Handeln des Organs und damit der juristischen Person, sondern nur solches, welches der juristischen Person unter bestimmten Voraussetzungen zugerechnet werden könne.¹⁹³ Bei einer GmbH wäre dies etwa bei einem Handeln des Geschäftsführers auf Weisung der Gesellschafterversammlung der Fall.¹⁹⁴ Diese gesellschaftsrechtliche

¹⁸⁷ *Reiß* a.a.O. S. 85.

¹⁸⁸ *Brand*, Untreue und Bankrott, S. 234 ff.

¹⁸⁹ *Brand*, Untreue und Bankrott, S. 234.

¹⁹⁰ *Brand*, Untreue und Bankrott, S. 252.

¹⁹¹ *Brand* a.a.O.

¹⁹² *Brand*, Untreue und Bankrott, S. 254, 255.

¹⁹³ *Brand*, Untreue und Bankrott, S. 255.

¹⁹⁴ *Brand*, Untreue und Bankrott, S. 256.

Wertung überträgt *Brand* auf das Strafrecht: Erst die Konsentierung durch die Gesellschafterversammlung ermögliche eine Zurechnung des Vertreterhandelns.¹⁹⁵ Da es sich bei der Gesellschafterversammlung aber ebenfalls um ein Organ der GmbH handelt, müsse deren Zustimmung zum Verhalten des Geschäftsführers gesellschaftsrechtlich wirksam sein.¹⁹⁶ Anderenfalls entspräche das Verhalten nicht dem selbstbestimmten Verhalten der juristischen Person und damit, im Falle des § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB, nicht dem einer Selbstschädigung.

d) Zwischenergebnis

Sowohl *Brand*¹⁹⁷ als auch *Radtke*¹⁹⁸ bejahen den Vertretungsbezug des § 14 Abs. 1 StGB demnach bei rechtsgeschäftlichem Handeln dann, wenn der Vertretene rechtlich wirksam¹⁹⁹ verpflichtet worden ist oder der Vertreter im Namen des Vertretenen gehandelt hat. Bei faktischem Verhalten hingegen hängt nach beiderseitiger Ansicht der Vertretungsbezug von der gesellschaftsrechtlich wirksamen Zustimmung des Vertretenen ab.²⁰⁰

e) Exkurs: Herleitung des Erfordernisses einer gesellschaftsrechtlich wirksamen Konsentierung verbunden mit einem vergleichenden Blick zur Untreue

Für das weitere Verständnis und die weitere Diskussion ist die Darstellung der Herleitung des Erfordernisses einer „strafrechtlich relevanten Zustimmung“ im Sinne einer gesellschaftsrechtlich wirksamen Konsentierung unentbehrlich. Wie oben bereits angedeutet, wird eine gesellschaftsrechtlich zulässige Konsentierung zur Begründung des Zurechnungszusammenhanges bei faktischem Verhalten sowohl von *Brand*²⁰¹ als auch von *Radtke*²⁰² als maßgebliche Vertre-

¹⁹⁵ *Brand*, Untreue und Bankrott, S. 257.

¹⁹⁶ *Brand*, a.a.O.

¹⁹⁷ Vgl. auch *Brand*, NStZ 2010, 9, 12 f.

¹⁹⁸ MüKo-StGB/*Radtke* § 14 Rn. 66.

¹⁹⁹ anders noch *Radtke* in GmbHR 1998, 361, 369.

²⁰⁰ MüKo-StGB/*Radtke*, § 14 Rn. 67; *Brand* NStZ 2010, 9, 13.

²⁰¹ *Brand*, Untreue und Bankrott, S. 254 ff.; ders. in NStZ 2010, 9, 13.

²⁰² MüKo-StGB/*Radtke*, § 14 Rn. 67; i.Ü. vgl. oben.

ter des Zurechnungsmodells gefordert. Im Rahmen des Treubruchtatbestandes des § 266 StGB hat das gesellschaftsrechtlich wirksame Einverständnis der Gesellschafter zu einer das Vermögen der GmbH schädigenden Handlung des Geschäftsführers eine tatbestandsausschließende Wirkung.²⁰³ Die Rechtsprechung versagt der Zustimmung aber die Wirksamkeit unter anderem im Falle eines sog. existenzgefährdenden Eingriffes.²⁰⁴ Grundsätzlich habe eine Gesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern zwar keinen Anspruch auf einen ungeschmäleren Bestand ihres Vermögens; vielmehr könnten der Gesellschaft grundsätzlich mit Zustimmung der Gesellschafter Vermögenswerte entzogen werden. Etwas anderes gelte allerdings dann, wenn die Gesellschaft durch den Entzug der Vermögenswerte nicht mehr in der Lage ist, den Bestand ihres Stammkapitals zu gewährleisten oder die Fähigkeit, Verbindlichkeiten zu bedienen, gefährdet wird. Demnach dürfen einer Gesellschaft Vermögenswerte dann nicht entzogen werden, wenn hierdurch die Existenzfähigkeit des Unternehmens gefährdet würde, auch wenn der Entzug der Vermögenswerte mit Zustimmung aller Gesellschafter geschieht. Die Zustimmung entfalte in diesem Falle keine Wirkung und die Vermögensverfügung sei damit treuwidrig im Sinne des § 266 StGB. In seinem aktuellen Beschluss²⁰⁵ bestätigt der 3. Senat diesbezüglich im Hinblick auf § 266 StGB die Rechtsprechung der Strafsenate des Bundesgerichtshofs. Ein Einverständnis in eine Vermögensverfügung sei dann nicht möglich, „wenn unter Verstoß gegen Gesellschaftsrecht die wirtschaftliche Existenz der Gesellschaft gefährdet wird, namentlich durch Beeinträchtigung des Stammkapitals entgegen § 30 GmbHG, durch Herbeiführung oder Vertiefung einer Überschuldung oder durch Gefährdung der Liquidität(...)“²⁰⁶. Wie oben bereits angesprochen, wird diese Wertung auf die bei faktischem Handeln nach Ansicht der Vertreter des Zurechnungsmodells erforderliche Konsentierung übertragen²⁰⁷ Erst die gesellschaftsrechtlich zulässige Zustimmung zum Handeln des Vertreters lasse dieses Organhandeln als Handeln des Vertretenen selbst erscheinen.²⁰⁸ Damit bekämen „die bislang lediglich im Kontext des

²⁰³ Vgl. *Radtke*, NStZ 2012, 89, 93; Ebenfalls bereits ders., GmbHR 1998, 361, 369.

²⁰⁴ Vgl. BGHSt 54, 52, 57 ff. unter Verweis auf BGHSt 49, 147, 157 ff.

²⁰⁵ BGH, Beschluss vom 15.05.2012 - 3 StR 118/11, Rn. 28 ff.; Dieser Teil des Urteils ist nicht mehr in der amtlichen Sammlung abgedruckt.

²⁰⁶ BGH, Beschluss vom 15.05.2012 - 3 StR 118/11, Rn. 30.

²⁰⁷ Vgl. zuletzt *Brand*, NJW 2012, 2366, 2370.

²⁰⁸ Vgl. bereits *Radtke*, NStZ 2012, 89, 93.

§ 266 StGB in den Konstellationen der Untreue zu Lasten von Gesellschaften kontrovers diskutierten rechtlichen Grenzen der Zustimmung des vermögensdispositionsbefugten Gesellschaftsorgans für die Auslegung des § 14 StGB gleichfalls Bedeutung"²⁰⁹.

Die gesellschaftsrechtlich zulässige Zustimmung der Gesellschaftergesamtheit stellt im Rahmen des Treubruchtatbestandes des § 266 StGB ein tatbestandsausschließendes Einverständnis dar und hat somit eine tatbestandslimitierende Wirkung,²¹⁰ da hierdurch die Pflichtwidrigkeit der Handlung entfällt. Im Falle der Zustimmung zu einer beispielsweise existenzgefährdenden Vermögensverfügung gilt dies hingegen nicht, so dass hier auch bei Zustimmung der Gesellschaftergesamtheit die Pflichtwidrigkeit zu bejahen ist.²¹¹ Nach dem Zurechnungsmodell führt eine gesellschaftsrechtlich zulässige Zustimmung der Gesellschaftergesamtheit zu faktischem Handeln des Vertreters zur Bejahung des Zurechnungszusammenhanges des § 14 StGB und im Falle des § 283 StGB damit zur Überwälzung der Schuldnerstellung auf den Vertreter, womit sich dieser wegen Bankrotts strafbar machen kann. Eine gesellschaftsrechtlich unzulässige, weil beispielsweise gegen § 30 GmbHG verstoßende Zustimmung zu faktischem Handeln des Vertreters führt hingegen nach dieser Ansicht zur Negierung des Zurechnungszusammenhanges und damit im Falle des § 283 StGB zur Unanwendbarkeit des Sonderdeliktes auf den Vertreter, weshalb sich dieser hiernach nicht strafbar machen kann. Damit hätte eine gesellschaftsrechtlich zulässige Zustimmung der Gesellschaftergesamtheit zu faktischem Verhalten des Vertreters im Falle des § 266 StGB eine *tatbestandslimitierende* und im Fall des § 14 für § 283 StGB eine *tatbestandsbegründende* Wirkung.²¹²

Rechtsgut der Insolvenz- bzw. Bankrottdelikte ist unstreitig der Schutz der Insolvenzmasse²¹³ und der damit verbundene „Schutz der Vermögensinteressen der Gläubiger an einer gemeinschaftlichen Befriedigung ihrer geldwerten Ansprüche gegen den Schuldner“²¹⁴, während Schutzgut des § 266 das individuel-

²⁰⁹ Radtke a.a.O.

²¹⁰ Fischer, StGB § 266 Rn. 90 ff. m.w.N.

²¹¹ Fischer, StGB § 266 Rn. 94a ff. m.w.N.

²¹² So von Brand in ZWH 2012, 1, 5 f. gefordert.

²¹³ Vgl. nur Fischer, StGB § 283 Rn. 3 m.w.N.

²¹⁴ MüKo-StGB/Radtke, Vor § 283 ff., Rn. 8.

le Vermögen des Treugebers ist²¹⁵ und gerade nicht das Befriedigungsinteresse der Gläubiger²¹⁶. Die von der Rechtsprechung entwickelte Einschränkung zum tatbestandsausschließenden Einverständnis im Rahmen des § 266 StGB hatte in der Vergangenheit zur Folge, dass durch die Berücksichtigung gesellschaftsrechtlicher, die Gläubigergesamtheit schützender Vorschriften der Schutzzweck des § 266 StGB auf den von § 283 StGB intendierten Schutz der Vermögensinteressen der Gläubiger ausgedehnt wurde.²¹⁷ Im Gegensatz hierzu wurde in der Literatur zum Teil angenommen, jedes Einverständnis der Gesellschafter lasse den Tatbestand entfallen.²¹⁸ Anderenfalls würde § 266 StGB zum Schutze von Gläubigerinteressen in einer dem Schutzzweck nicht entsprechenden Art und Weise überdehnt.²¹⁹ Ursächlich für die Überdehnung des Anwendungsbereiches des Untreuetatbestandes war unter anderem die durch die Interessentheorie bedingte mangelnde Anwendbarkeit der Bankrottstatbestände. Da diese aus den oben genannten Gründen die Anwendbarkeit der Insolvenzdelikte größtenteils verhinderte, wurde zum Schutz der Gläubiger auf § 266 StGB zurückgegriffen.²²⁰ In der Rechtsprechung wurde der Kritik zuletzt in dem Beschluss vom 15.05.2012 entgegen gehalten, der mittelbare Gläubigerschutz diene durch die Unwirksamkeit des Einverständnisses primär dem Vermögensschutz der GmbH und solle die gesellschaftsrechtlichen Normen – wie § 30 GmbHG – auch primär der GmbH ein Mindestbetriebsvermögen sichern.²²¹ Dies begründe das Eigeninteresse der GmbH und die damit verbundene Beschränkung der Dispositionsmöglichkeiten der Gesellschafter.²²² In weiten Teilen der Literatur findet diese Ansicht der Rechtsprechung Unterstützung und muss im weiteren Verlauf der Diskussion beachtet werden.²²³

²¹⁵ *Fischer*, StGB § 266 Rn. 2; ebenso *MüKo-StGB/Radtke* § 266 Rn. 1.

²¹⁶ *Fischer* a.a.O.

²¹⁷ vgl. Darstellung bei *Bittmann*, *wistra* 2010, 8, 9 f.

²¹⁸ So bereits *Nelles*, *Untreue zum Nachteil von Gesellschaften*, S. 553.

²¹⁹ *Sch/Sch/Perron* § 266 Rn. 21b.

²²⁰ vgl. Darstellung und Kritik von *Valerius* in *NZWiSt* 2012, 62, 65 f.

²²¹ BGH, Beschluss vom 15.05.2012 - 3 StR 118/11, Rn. 32.

²²² BGH a.a.O.

²²³ Vgl. jüngst *Radtke*, *GmbHR* 2012, 958, 964; Des Weiteren unter Darstellung des Streitstandes *MüKo-StGB/Dierlamm* § 266 Rn 133 ff.

IV. „Interimsrechtsprechung“ des BGH

Eine Abkehr des BGH von der Interessentheorie deutete sich bereits 2009 an. In dem Sachverhalt, der dem Beschluss vom 10.02.2009 – 3 StR 372/08 zugrunde liegt, hatte der BGH über die Bankrottstrafbarkeit zweier Angeklagter zu entscheiden. Der Angekl. S war Geschäftsführer und die Angekl. L Prokuristin der Georg-S-GmbH. Diese GmbH war Komplementärin der Georg-S-GmbH & Co. KG, deren alleinige Kommanditisten die Angeklagten waren. Über diese KG betrieben die Angeklagten mehrere ihrem Geschäftsfeld dienende sog. Produktionsgesellschaften, zu denen auch die Georg-S-GmbH gehörte. Im Zuge finanzieller Schieflage bestellten die Angeklagten den ehemaligen Mitangeklagten K zum neuen Geschäftsführer der Georg-S-GmbH und einer weiteren Produktionsgesellschaft. Ursprünglich stand dem Geschäftsführer K für seine Tätigkeit eine erfolgsabhängige Vergütung von allenfalls knapp 200.000,00 € zu. Während des Insolvenzverfahrens über die Vermögen der beiden Produktionsgesellschaften stellte K in Absprache mit S und L für seine Tätigkeit den Gesellschaften drei Rechnungen über insgesamt fast 2.000.000,00 €, die nunmehr auch eine erfolgsunabhängige Vergütung sowie Erfolgshonorare für tatsächlich nicht zustande gekommene Geschäfte zum Gegenstand hatten. Den Rechnungsbetrag vereinnahmte der K aus dem Vermögen der Georg-S-GmbH. Über die Vermögen der beiden Gesellschaften wurde schließlich das Insolvenzverfahren eröffnet.²²⁴

Das Landgericht verurteilte S und L wegen Beihilfe zum Bankrott. Die Verurteilung stützte sich im Hinblick auf die Interessentheorie auf die Erwägung, dass das weitere Tätigwerden des K als Geschäftsführer von dem Begleichen der gestellten Rechnungen abhinge. Der BGH verneinte hingegen das wirtschaftliche Interesse der S-GmbH, da die Zusammenarbeit mit einem Geschäftsführer, der im großen Umfang eine ihm nicht zustehende Vergütung verlange, diesem widerspreche.²²⁵ Da der BGH allerdings die Ausführungen des LG zur Feststellung der drohenden Zahlungsunfähigkeit als rechtsfehlerhaft erachtete, blieben ihm anderweitige Ausführungen zum Schuldspruch verwehrt.

²²⁴ Sachverhalt verkürzt nach BGH, Beschluss vom 10.02.2009 - 3 StR 372/08 = NJW 2009, 2225 ff.

²²⁵ BGH a.a.O.

Für die erneute Verhandlung wies der BGH allerdings auf mehrere seiner Meinung nach wichtige Punkte hin²²⁶:

Zunächst stimmte der BGH der Kritik in der Literatur zu, dass die Anwendung der Interessentheorie - gerade im Falle einer Ein-Mann-GmbH - zu erheblichen Strafbarkeitslücken führe, obwohl hier gerade der vom Gesetzgeber intendierte Gläubigerschutz greifen solle. Auch für die Bankrotthandlungen des § 283 Abs. 1 Nr. 5 – 7 StGB führe die Interessentheorie zu einer nicht gerechtfertigten Privilegierung von GmbH-Geschäftsführern.²²⁷ Des Weiteren verwies der BGH auf die „eigene Inkonsistenz“ der Rechtsprechung, da nach früherer Rechtsprechung bei einer Kommanditgesellschaft auch bei einem Handeln im vollständigen Widerstreit zum wirtschaftlichen Interesse eine Zurechnung in Betracht kam, wenn das Handeln vom Einverständnis der Komplementärin gedeckt war.²²⁸ Diese Unterscheidung zwischen KG und GmbH sei nicht nachvollziehbar.²²⁹

Vielmehr neige der Senat dazu, „von der bisherigen Rechtsprechung zur Strafbarkeit eines Vertreters wegen Bankrotts abzuweichen und die Abgrenzung zwischen den Insolvenzdelikten der §§ 283 ff. StGB und insbesondere der Untreue nach § 266 StGB, aber auch den Eigentumsdelikten gemäß §§ 242, 246 StGB, nicht mehr nach der Interessenformel vorzunehmen, zumal das Abstellen auf das Interesse des Vertretenen und damit auf ein subjektives Element vom Wortlaut des § 14 StGB nicht gefordert sei(...)“²³⁰.

Der BGH gab auch eine „Segelanweisung“,²³¹ wie zukünftig die Zurechnung zu erfolgen habe. Es sei zukünftig darauf abzustellen, ob der Vertreter i.S.d. § 14 StGB im Geschäftskreis des Vertretenen tätig geworden ist. Bei rechtsgeschäftlichem Handeln sei dies der Fall, wenn der Vertreter entweder im Namen des Vertretenen auftritt oder Letzteren wegen der bestehenden Vertretungsmacht jedenfalls im Außenverhältnis die Rechtswirkungen des Geschäfts unmittelbar treffen. Gleiches gelte, wenn sich der Vertretene zur Erfüllung seiner

²²⁶ BGH NJW 2009, 2225, 2226.

²²⁷ BGH a.a.O.

²²⁸ BGH a.a.O.

²²⁹ BGH a.a.O.

²³⁰ BGH a.a.O.

²³¹ Vgl. hierzu *Bittmann*, wistra 2010, 8, 9.

außerstrafrechtlichen, aber gleichwohl strafbewehrten Pflichten eines Vertreters bediene. Bei faktischem Handeln hänge die Zurechnung von der Zustimmung des Vertretenen ab.²³²

V. Reaktionen der anderen Strafsenate und weitere Entwicklung

Da die Sache aus den genannten Gründen nicht zur Entscheidung reif war, war eine Vorlage gemäß § 132 Abs. 3 S. 1 GVG und damit eine Abkehr von der Interessentheorie nicht möglich, weil die bisherige Rechtsprechung der anderen Senate²³³ dem entgegenstand. In seinem Beschluss vom 01.09.2009²³⁴ deutete der 1. Senat des BGH an, zumindest bei Handelsgesellschaften ebenfalls von der bisherigen Rechtsprechung abweichen und die Abgrenzung zwischen den Insolvenzdelikten der §§ 283 ff. StGB einerseits und der Untreue gemäß § 266 StGB bzw. den Eigentumsdelikten gemäß §§ 242, 246 StGB andererseits nicht mehr nach der Interessentheorie vornehmen zu wollen. Mit Beschluss vom 30.08.2011²³⁵ bekräftigte der 3. Strafsenat seine Absicht, die Abgrenzung zwischen Insolvenzdelikten gemäß §§ 283 ff StGB und Untreue gemäß § 266 StGB nicht mehr nach der Interessentheorie vorzunehmen, sondern daran anzuknüpfen, ob der Vertreter im Sinne des § 14 StGB im Geschäftskreis des Vertretenen tätig geworden ist. Im Anfrage-Beschluss vom 15.09.2011²³⁶ hatte der 3. Strafsenat schließlich erneut über den dem Beschluss vom 10.02.2009 zugrunde liegende Sachverhalt zu entscheiden. Aus den dort genannten Gründen gab der Senat nunmehr seine bisherige Rechtsprechung auf. Aufgrund der entgegenstehenden Rechtsprechung der anderen Senate kündigte der Senat an, entscheiden zu wollen, dass ein Geschäftsführer einer GmbH auch dann wegen Bankrotts strafbar sei, wenn er bei drohender Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft Bestandteile des Gesellschaftsvermögens beiseiteschafft und hierbei

²³² BGH NJW 2009, 2228.

²³³ Bspw. BGH, Urteil vom 06.11.1986 - 1 StR 327/86; BGH, Urteil vom 17.12.1991 - 5 StR 361/91.

²³⁴ BGH, Beschluss vom 01.09.2009 - 1 StR 301/09 = NStZ-RR 2009, 373 = JR 2011, S. 42 ff.

²³⁵ BGH, Beschluss vom 30.08.2011 - 3 StR 228/11 = wistra 2011, 463 ff.

²³⁶ BGH, Anfrage-Beschluss vom 15.09.2011 - 3 StR 118/11 = NStZ 2012, 89 ff. = wistra 2012, 25 ff. = NZWiSt 2012, 62 ff.

nicht im Interesse der Gesellschaft handelt.²³⁷ Diesbezüglich legte der Senat gemäß § 132 Abs. 3 S. 1 GVG den anderen Senaten die Frage vor, ob diese an ihrer entgegenstehenden Rechtsprechung festhalten wollen. Mit Beschluss vom 29.11.2011²³⁸ billigte der 1. Senat des BGH die Rechtsauffassung des anfragenden Senates und gab die entgegenstehende eigene Rechtsprechung auf. Als Begründung führte der erste Senat unter anderem an, die Anwendung der Interessentheorie führe zu einer Ungleichbehandlung von Einzelkaufleuten und GmbH-Geschäftsführern und zu einer dem Schutzzweck der Insolvenzdelikte zuwider laufenden Zurückdrängung des Insolvenzstrafrechts.²³⁹ Unabhängig vom Antragsverfahren des 3. Senates erklärte der 5. Senat in seinem Beschluss vom 15.12.2011,²⁴⁰ dass er dazu neige, „die von der Rechtsprechung namentlich für Vermögensverschiebungen in der unternehmerischen Krise entwickelte Interessentheorie jedenfalls auf Buchführungs- und Bilanzdelikte (§ 283 Abs. 1 Nr. 5 bis 8, § 283 b StGB) nicht anzuwenden“. Begründet wurde dies vom Senat letztlich damit, dass „eine gesetzlich vermittelte Pflichtenstellung nicht unter dem Vorbehalt einer inneren Tendenz des Organs stehen kann“²⁴¹. Für die Erfüllung handelsrechtlicher Pflichten einer juristischen Person erscheine es nach Ansicht des Senates bedeutungslos, ob ein Handeln im Interesse des Vertretenen vorliege. Der 2. Senat erklärte mit Beschluss vom 22.12.2011²⁴² seine Zustimmung zur Rechtsansicht des 3. Senates und gab entgegenstehende eigene Rechtsprechung auf. Mit Beschluss vom 10.01.2012²⁴³ erklärte der 4. Senat ebenfalls seine Zustimmung zur Rechtsansicht des anfragenden Senates. Zugleich wies der 4. Senat darauf hin, seiner Ansicht nach sei für die Zurechnung gemäß § 14 Abs. 1 StGB entscheidend, ob der Vertreter im Geschäftskreis des Vertretenen tätig geworden ist. Darüber hinaus sei eine Zurechnung der Schuldner-eigenschaft bei tatsächlichem Verhalten des Vertreters nicht auf Fälle zu beschränken, in denen der Vertretene diesem Verhalten zugestimmt habe.²⁴⁴ Vielmehr könne bei tatsächlichem Verhalten der Umstand indizielle Bedeutung

²³⁷ BGH a.a.O.

²³⁸ BGH, Beschluss vom 29.11.2011 - 1 ARs 19/11 = BeckRS 2012, 00002.

²³⁹ BGH a.a.O.

²⁴⁰ BGH, Beschluss vom 15.12.2011 - 5 StR 122/11 = NZWiSt 2012, 237 ff.

²⁴¹ BGH a.a.O.

²⁴² BGH, Beschluss vom 22.12.2011 - 2 ARs 403/11 = BeckRS 2012, 03295.

²⁴³ BGH, Beschluss vom 10.01.2012 - 4 ARs 17/11 = BeckRS 2012, 03439.

²⁴⁴ BGH a.a.O.

erlangen, dass der Vertreter Interessen des Vertretenen wahrgenommen habe. Schließlich stimmte auch der 5. Senat mit Beschluss vom 07.02.2012²⁴⁵ der Rechtsansicht des 3. Senates zu und gab die entgegenstehende eigene Rechtsprechung auf. Mit Beschluss vom 15.05.2012²⁴⁶ gab der 3. Senat die Rechtsprechung zur Interessentheorie daraufhin ausdrücklich auf.

VI. Der Beschluss vom 15.05.2012 – 3 StR 118/11

Die Aufgabe der Interessentheorie hat der Senat in dem genannten Beschluss ausführlich begründet. Nach Ansicht des Senates ergebe sich weder aus dem Gesetzeswortlaut, noch aus dem Gesetzeszweck eine auf das Interesse des Vertretenen abstellende Einschränkung.²⁴⁷ Im Einzelnen:

1. Kritik des 3. Senates an der Interessentheorie

Zunächst stellt der Senat fest, dass der Gesetzeswortlaut des § 14 StGB keinen Raum für das Abstellen auf eine subjektive Komponente in Form des „Interesses des Vertretenen“ lasse. Vielmehr setze § 14 Abs. 1 S. 1 StGB ein Handeln „als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person“ voraus. Entscheidend sei demnach neben der Organstellung gerade ein Handeln in der Eigenschaft als Organ. Dies ergebe sich bereits aus der Gesetzesbegründung.²⁴⁸

Zur weiteren Begründung führt der Senat den Zweck des § 14 StGB an. Durch die Vorschrift solle eine „kriminalpolitisch nicht erträgliche Lücke“²⁴⁹ geschlossen werden, die sich daraus ergebe, dass der Normadressat mangels Handlung bzw. Handlungsfähigkeit nicht zur Verantwortung gezogen werden könne, während den tatsächlich Handelnden keine Verantwortung treffe, da er nicht Normadressat sei. Der Zweck des § 14 StGB bestünde darin, den Anwendungsbereich von Straftatbeständen allgemein auf diejenigen Personen zu er-

²⁴⁵ BGH, Beschluss vom 07.02.2012 - 5 ARs 64/11 = BeckRS 2012, 04844.

²⁴⁶ BGH, Beschluss vom 15.05.2012 - 3 StR 118/11 = BGHSt 57, 229 ff.

²⁴⁷ BGH, Beschluss vom 15.05.2012 - 3 StR 118/11 Rn. 12 ff. = BGHSt 57, 229, 233.

²⁴⁸ Verwiesen wird auf BT-Drucks. 5/1319 S. 63; BT-Drucks. 14/8998 S. 8.

²⁴⁹ Vgl. BT-Drucks. 5/1319 S. 62.

weitem, die im Rahmen eines bestimmten Vertretungs- oder Auftragsverhältnisses für den Normadressaten handeln.²⁵⁰

Der Senat geht zudem auf die an der Interessentheorie geäußerte Kritik der Literatur ein. Die Interessentheorie führe demnach vor allem bei Handelsgesellschaften zu einer Verkürzung des Anwendungsbereiches der Bankrottdelikte, da die Bankrotthandlungen ganz überwiegend dem Interesse der Gesellschaft widersprüchen.²⁵¹ Die Interessentheorie konterkariere so den vom Gesetzgeber intendierten Gläubigerschutz in der wirtschaftlichen Krise. Beispielhaft hierfür führt der Senat die unterschiedliche Behandlung zwischen den Fällen einer Ein-Mann-GmbH an, bei denen Gesellschafter-Geschäftsführer für Bankrotthandlungen aufgrund eigennütziger Motive bei Anwendung der Interessentheorie nicht belangt werden können, während Einzelkaufleute in vergleichbaren Fällen regelmäßig wegen Bankrotts strafbar seien. Dies führe zu den genannten Strafbarkeitslücken. Gerade im Falle der „besonderen Insolvenzanfälligkeit von in der Rechtsform der GmbH betriebenen Unternehmen“²⁵² würde so der Schutzzweck der Insolvenzdelikte unterlaufen. Exemplarisch hierfür führt der Senat die bei konsequenter Anwendung der Interessentheorie entstehenden Strafbarkeitslücken bei Buchführungs- und Bilanzierungsdelikten an. Mangels wirtschaftlichen Interesses entfalle hier eine Verurteilung wegen Bankrotts. Gleichzeitig sei eine Verurteilung wegen Untreue mangels nachweisbarem Vermögensschaden ebenfalls nicht möglich. Gerade im Hinblick auf den von § 283 Abs. 1 Nr. 5 – 7 StGB, aber auch § 283b StGB verfolgten Zweck, die „Gefahr von Fehleinschätzungen mit schwerwiegenden wirtschaftlichen Folgen als eigenständiges Unrecht zu erfassen“,²⁵³ erscheine das Abstellen auf ein subjektives Interesse als unverständlich. Zudem sei es problematisch, bei Fahrlässigkeits- und Unterlassungstaten, aber auch bei nicht eigennützigen Taten, wie § 283 Abs. 1 Nr. 1 Var. 3 StGB, die Zurechnung davon abhängig zu machen, in wessen Interesse der Vertreter handelte oder untätig blieb.

²⁵⁰ Vgl. BT-Drucks. 5/1319 S. 62; BGH, Beschluss vom 15.05.2012 - 3 StR 118/11 Rn. 14 unter wortwörtlichem Verweis auf die Gesetzesbegründung.

²⁵¹ BGH, Beschluss vom 15.05.2012 - 3 StR 118/11 Rn. 16 = BGHSt 57, 229, 234.

²⁵² BGH, Beschluss vom 15.05.2012 - 3 StR 118/11 Rn. 17 = BGHSt 57, 229, 235.

²⁵³ BGH, Beschluss vom 15.05.2012 - 3 StR 118/11 Rn. 18 = BGHSt 57, 229, 235.

Schließlich geht der Senat auf die Inkonsistenz der Rechtsprechung ein. So wurde etwa ein eigennütziges Handeln des Vertreters einer Kommanditgesellschaft als von dem durch das Einverständnis erweiterten Auftrag des Schuldners gedeckt angesehen, wenn der Komplementär zustimmte, obwohl das Handeln letztlich wirtschaftlich betrachtet gänzlich im Widerstreit zu den Interessen der Gesellschaft stand.²⁵⁴ Eine ähnliche Rechtsprechung zur Rechtsform der GmbH & Co. KG werfe ebenfalls die Frage auf, warum der Gläubigerschutz in diesen Fällen höher wiege als bei reinen Kapitalgesellschaften.²⁵⁵ Zuletzt weist der Senat auf die anderweitige Rechtsansicht anderer Senate im Hinblick auf die Buchführungs- und Bilanzdelikte hin, wo insbesondere kürzlich der fünfte Senat unabhängig vom laufenden Anfrageverfahren des dritten Senates zum Ausdruck brachte, dass er bei diesen Delikten die Interessentheorie nicht anwenden wolle.²⁵⁶

2. Neukonzeption des BGH

Nach Darlegung der Kritik an der Interessentheorie zeigt der BGH auf, welche Abgrenzungskriterien seiner Meinung nach zukünftig für eine Zurechnung des Vertreterhandelns über § 14 Abs. 1 StGB herangezogen werden sollen. Entscheidend sei demnach, dass der Handelnde gerade in seiner Eigenschaft als vertretungsberechtigtes Organ im Geschäftskreis des Vertretenen und nicht bloß bei Gelegenheit tätig werde.²⁵⁷ Wie bereits im Beschluss vom 10.02.2009 festgestellt, könne hierbei zwischen rechtsgeschäftlichem und sonstigem Handeln unterschieden werden.²⁵⁸ Bei rechtsgeschäftlichem Handeln des Vertreters sei ein organschaftliches Tätigwerden dann naheliegend, wenn im Namen der vertretenen juristischen Person gehandelt werde oder für diese zumindest im Außenverhältnis aufgrund der bestehenden Vertretungsmacht bindende Rechtsfolgen herbeigeführt werden.²⁵⁹ Nach Ansicht des Senates verdeutliche bzw. begründe gerade diese Handlungsmöglichkeit des Vertreters das Handeln als vertretungsberechtigtes Organ, da ein Außenstehender diese Rechtsfolgen nicht

²⁵⁴ Gemeint ist BGH, Urteil vom 06.11.1986 - 1 StR 327/86.

²⁵⁵ BGH, Beschluss vom 15.05.2012 - 3 StR 118/11 Rn 20. = BGHSt 57, 229, 236.

²⁵⁶ BGH, Beschluss vom 15.12.2011 - 5 StR 122/11.

²⁵⁷ BGH, Beschluss vom 15.05.2012 - 3 StR 118/11, Rn. 22 = BGHSt 57, 229, 237.

²⁵⁸ BGH a.a.O.

²⁵⁹ BGH, Beschluss vom 15.05.2012 - 3 StR 118/11, Rn. 23 = BGHSt 57, 229, 237.

herbeiführen könne.²⁶⁰ Sofern den Vertreter außerstrafrechtliche, aber strafbewehrte Pflichten des Vertretenen trafen, sei eine Zurechnung ebenfalls möglich.²⁶¹ Die Zurechnung faktischen Verhaltens könne nach Ansicht des Senates hingegen problematisch sein: Ein solches könne zumindest dann zugerechnet werden, wenn ihm eine Zustimmung des Vertretenen zugrunde liege.²⁶² Da der Senat im vorliegenden Sachverhalt allerdings lediglich zur Zurechnung von rechtsgeschäftlichem Handeln entscheiden konnte, bedurfte es zur Frage, unter welchen Voraussetzungen rein tatsächliche Verhaltensweisen zugerechnet werden können, keiner abschließenden Klärung.²⁶³

3. Vergleich zu Funktionstheorie und Zurechnungsmodell

Grundsätzliche Voraussetzung der Begründung des Zurechnungszusammenhangs i.S.d. § 14 StGB soll – nach BGH Konzeption – nunmehr zunächst ein Tätigwerden des Vertreters als vertretungsberechtigtes Organ im Geschäftskreis des Vertretenen sein. Hierbei handelt es sich um ein auslegungsbedürftiges Leitprinzip.²⁶⁴ Insofern ist die neue Konzeption des BGH nicht abschließend, sondern taugliche Abgrenzungskriterien für die Bejahung des Zurechnungszusammenhangs i.S.d. § 14 StGB sind zukünftig zu entwickeln.²⁶⁵ Methodisch²⁶⁶ unterscheidet der BGH bei der Entwicklung dieser Abgrenzungskriterien genau wie Zurechnungsmodell und Funktionstheorie zwischen rechtsgeschäftlichem und tatsächlichem Handeln:

a) Rechtsgeschäftliches Handeln

Indem auch der BGH nunmehr davon ausgeht, dass der Vertretungsbezug bei rechtsgeschäftlichem Handeln zu bejahen sei, wenn der Vertreter im Namen des Vertretenen handelt oder für diesen aufgrund bestehender Vertretungsmacht rechtlich bindende Folgen herbeiführt, folgt er damit sowohl Funkti-

²⁶⁰ BGH a.a.O.

²⁶¹ BGH, Beschluss vom 15.05.2012 - 3 StR 118/11, Rn. 24 = BGHSt 57, 229, 238.

²⁶² BGH, Beschluss vom 15.05.2012 - 3 StR 118/11, Rn. 25 = BGHSt 57, 229, 238.

²⁶³ BGH, Beschluss vom 15.05.2012 - 3 StR 118/11, Rn. 26 = BGHSt 57, 229, 238.

²⁶⁴ Radtke, GmbHR 2012, 958, 962; ders. ähnlich schon in NStZ 2012, 89, 92.

²⁶⁵ Kudlich, ZWH 2012, 357, 360.

²⁶⁶ Vgl. Radtke, NStZ 2012, 89, 92.

onstheorie als auch Zurechnungsmodell. Bezug nimmt der BGH hierbei auf seinen Beschluss vom 10.02.2009²⁶⁷ und die dortigen Verweise²⁶⁸ auf die Ansichten *Radtkes*, *Perrons* und *Labschs*. Entscheidend sei demnach, dass dem Organ oder dem Vertreter aufgrund der bestehenden Vertretungsmacht die Möglichkeit zur Herbeiführung rechtlich bindender Folgen eingeräumt worden ist. Die Frage, ob der Zurechnungszusammenhang i.S.d. § 14 StGB vorliegt, orientiert sich demnach bei rechtsgeschäftlichem Handeln zivilrechtsakzessorisch. Es wäre demnach zu fragen, ob das Organ oder der Vertreter aufgrund der ihm eingeräumten Vertretungsmacht rechtlich bindende Folgen für den Vertretenen herbeigeführt hat. Sofern dies zu bejahen ist, besteht auch der Zurechnungszusammenhang i.S.d. § 14 StGB. Noch einfacher gestaltet sich die Zurechnung im Falle des Handelns im Namen des Vertretenen. Hier reduziert sich die Zurechnung auf das Vorliegen der Organstellung und eben das Handeln im Namen des Vertretenen. Fraglich bleibt hingegen, ob jede Herbeiführung rechtlich bindender Folgen eine Zurechnung begründen können soll. *Tiedemann* will hiervon solche Folgen ausnehmen, die lediglich aufgrund von Fiktionen zugunsten des Rechtsverkehrs entstehen.²⁶⁹ Von anderer Seite wird zudem gefordert, dass nur eine wirksame Verpflichtung des Vertretenen den Zurechnungszusammenhang i.S.d. § 14 StGB begründen soll.²⁷⁰ Ausgenommen wäre demnach ein kollusives Zusammenwirken des Vertreters mit einem Dritten zulasten des Vertretenen.²⁷¹ Laut BGH ist ein organschaftliches Tätigwerden bei Handeln im Namen des Vertretenen oder bei Herbeiführung von rechtlich bindenden Folgen aufgrund bestehender Vertretungsmacht letztlich allerdings auch nur *naheliegend*.²⁷² Daher stellen diese Anforderungen zunächst auch nur zwei Kriterien dar, die das Leitprinzip des Handelns im Geschäftskreis des Vertretenen konturieren.

In Bezug auf Unterlassungsdelikte, also solche Delikte, wo der Vertretungsberichtigte außerstrafrechtliche Pflichten des Vertretenen zu erfüllen hat, deren

²⁶⁷ BGH, Beschluss vom 10.02.2009 - 3 StR 372/08.

²⁶⁸ BGH, Beschluss vom 10.02.2009 - 3 StR 372/08 Rn. 23.

²⁶⁹ LK/*Tiedemann* Vor § 283 Rn. 85.

²⁷⁰ Vgl. *Brand*, NJW 2012, 2366, 2370 m.w.N.

²⁷¹ Vgl. *Nestler* in: Steinberg/Valerius/Popp, Das Wirtschaftsstrafrecht des StGB, S. 139, 157 f.

²⁷² BGH, Beschluss vom 10.02.1009 - 3 StR 372/08, Rn. 23 = BGHSt 57, 229, 237.

Nichterfüllung mit strafrechtlichen Sanktionen bedroht ist, wäre nunmehr nach allen Ansichten allein auf die mit der Organstellung begründete Pflichtenübernahme abzustellen,²⁷³ womit sich diesbezüglich zwischen den verschiedenen Konzeptionen keine Unterschiede ergeben.

b) Faktisches Handeln

Bereits in seinem Urteil vom 10.02.2009 hatte der 3. Senat das Vorliegen des Zurechnungszusammenhanges bei faktischem Handeln von der Zustimmung des Vertretenen abhängig gemacht. Der Senat betrachtet die Zurechnung faktischen Handelns grundsätzlich als problematisch. Jedenfalls die Zustimmung des Vertretenen solle den Zurechnungszusammenhang begründen können. Da der Senat allerdings nicht über die Zurechnung faktischen Handelns zu entscheiden hatte, ist dessen zukünftige Zurechnung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt. Auf den ersten Blick scheint der BGH hier dem Zurechnungsmodell zu folgen, da deren Vertreter für die Bejahung des Zurechnungszusammenhanges bei faktischem Verhalten die Zustimmung des Vertretenen voraussetzen. Dass diese Zustimmung bzw. Konsentierung, wie von *Brand* und *Radtke* gefordert, im Falle einer juristischen Person gesellschaftsrechtlich zulässig sein muss, hat der BGH allerdings in seinem Beschluss bzgl. § 283 StGB nicht erwähnt. Im Hinblick auf das vom BGH aufgestellte Leitprinzip des Tätigwerdens im Geschäftskreis des Vertretenen stellt das Zustimmungserfordernis des Zurechnungsmodells für faktisches Verhalten eine Ausprägung dieses grundsätzlich konkretisierungsbedürftigen Leitprinzips dar.²⁷⁴ Zu erwähnen ist an dieser Stelle, dass zwischen dem ursprünglichen Beschluss vom 10.02.2009 bzw. dem Vorlagebeschluss vom 15.09.2011 und dem endgültigen Beschluss vom 15.05.2012 im Hinblick auf das Zustimmungserfordernis eine gewisse Diskrepanz besteht: Während der Senat in seinem Beschluss aus 2009²⁷⁵ bzw. 2011²⁷⁶ davon ausgeht, dass eine Zustimmung des Vertretenen den Zurechnungszusammenhang begründen *muss*, geht er jetzt lediglich davon aus, dass ein faktisches Verhalten den Zurechnungszusammen-

²⁷³ BGH, Beschluss vom 15.05.2012 - 3 StR 118/11, Rn. 24 = BGHSt 57, 229, 238.

²⁷⁴ So *Radtke*, GmbHR 2012, 958, 962.

²⁷⁵ BGH, Beschluss vom 10.02.2009 - 3 StR 372/08, Rn. 23.

²⁷⁶ BGH, Beschluss vom 15.09.2011 - 3 StR 118/11, Rn. 18.

hang zumindest dann begründen *könne*, wenn eine Zustimmung vorliege.²⁷⁷ *Brand*²⁷⁸ zieht daraus den Schluss, dass der BGH in Erwägung zieht, nur ein gesellschaftsrechtlich zulässiges Einverständnis den Zurechnungszusammenhang begründen zu lassen, während *Habetha*²⁷⁹ davon ausgeht, der BGH habe lediglich zum Ausdruck gebracht, dass auch bei ohne Zustimmung des Vertretenen erfolgenden faktischen Verhaltensweisen der Zurechnungszusammenhang des § 14 StGB gegeben sein kann. Letztgenannte Ansicht erscheint zumindest unter Berücksichtigung der Konzeption des „Tätigwerdens im Geschäftskreis des Vertretenen“ als konkretisierungsbedürftiges Leitprinzip nachvollziehbar. Ob es sich bei der unterschiedlichen Formulierung lediglich um ein redaktionelles Versehen handelt, kann allerdings nicht ausgeschlossen werden.

c) Zwischenergebnis

Zur Begründung des Zurechnungszusammenhanges im Sinne des § 14 StGB soll nach neuerer BGH Rechtsprechung nunmehr zunächst erforderlich sein, dass der Handelnde gerade in seiner Eigenschaft als vertretungsberechtigtes Organ, also im Geschäftskreis des Vertretenen und nicht bloß „bei Gelegenheit“ tätig wird. Diesbezüglich dürfte Einigkeit mit den Strömungen in der Literatur bestehen. Schon *Radtko* hatte in Bezug auf den Beschluss aus dem Jahre 2009 festgestellt, dass in praxi die Unterschiede zwischen Zurechnungsmodell und Funktionstheorie unter Berücksichtigung der neuen BGH Konzeption gering sein dürften.²⁸⁰ Allerdings handelt es sich bei dem vom BGH aufgestellten Leitsatz um ein konkretisierungsbedürftiges Prinzip, weshalb die den Zurechnungszusammenhang begründenden Abgrenzungskriterien zu entwickeln sind bzw. je nach Sachverhaltskonstellationen Spielraum für weitere Konkretisierungsansätze besteht.

Handelt der Vertreter im Namen des Vertretenen oder führt er aufgrund der ihm eingeräumten Vertretungsmacht eine rechtliche Bindung im Außenverhältnis für den Vertretenen herbei, so stellt dies Umstände dar, welche die Begründung

²⁷⁷ BGH, Beschluss vom 15.05.2012 - 3 StR 118/11, Rn. 25 = BGHSt 57, 229, 238.

²⁷⁸ *Brand*, NJW 2012, 2366, 2370.

²⁷⁹ *Habetha*, NZG 2012, 1134, 1137.

²⁸⁰ *Radtko*, Die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung (§ 14 StGB) vor der Neuausrichtung?, JR 2010, 233, 238.

des Zurechnungszusammenhanges als naheliegend erscheinen lassen. Bei faktischem Handeln ist die Begründung des Zurechnungszusammenhanges problematisch. In Betracht kommt zumindest hier als Kriterium die Zustimmung des Vertretenen, wobei offen geblieben ist, ob diese, wie von einigen gefordert, ähnlich wie beim tatbestandsausschließenden Einverständnis im Rahmen des Treubruchtatbestandes des § 266 StGB gesellschaftsrechtlich zulässig sein muss.

B. Anwendungsdefizite von BGH-Konzeption und Literaturlösung

Wie sich die BGH-Lösung zukünftig in der Praxis schlagen wird, ist offen. Auch wenn der BGH nur teilweise Ausführungen zu den nun maßgeblichen Kriterien angestellt und zudem über die Zurechnung faktischer Verhaltensweisen nicht entschieden hat, lassen sich schon an dieser Stelle grundlegende Bedenken gegen die neue Konzeption, aber auch gegen die Lösungen der Literatur vorbringen.

I. Konsequenzen für rechtsgeschäftliches Handeln des Vertreters

Bei rechtsgeschäftlichem Handeln des Vertreters erlangen für das von der Rechtsprechung favorisierte Modell nunmehr zunächst auch die zivilrechtlichen Ausgestaltungen der Befugnisse des Vertreters Bedeutung.

Die Herbeiführung rechtlich bindender Folgen für den Vertreter durch den Vertretenen ist im Falle des Geschäftsführers einer GmbH grundsätzlich erst einmal unproblematisch: Aufgrund von § 35 GmbHG ist die Vertretungsmacht des Geschäftsführers einer GmbH sehr weit gefasst und umfasst sämtliche vertretungsrechtlich relevanten Handlungen.²⁸¹ Der Rahmen dieser Regelung ermöglicht dem Geschäftsführer in Bezug auf rechtsgeschäftliches Handeln damit einen umfassenden Handlungsspielraum. Im Hinblick auf das den Zurechnungszusammenhang im Falle rechtsgeschäftlichen Handelns begründende Kriterium des Herbeiführens rechtlich bindender Folgen für den Vertretenen bedeutet dies eine grundsätzliche Bejahung des Zurechnungszusammenhanges, sobald der

²⁸¹ Vgl. MüKo-GmbHG/Stephan/Thieves § 35 Rn. 91.

Geschäftsführer rechtlich bindende Folgen für die GmbH im Außenverhältnis herbeiführt. Im Umkehrschluss wird allerdings bei rechtsgeschäftlichem Handeln im Falle einer die Herbeiführung bindender Rechtsfolgen verhindernden gesetzlichen Vorschrift der Zurechnungszusammenhang regelmäßig nicht mehr bejaht werden können. Als solche gesetzliche Vorschriften sind vor allem absolute Verfügungsbeschränkungen zu beachten. Genannt seien hier beispielsweise § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 InsO und §§ 80, 81 Abs. 1 S. 1 InsO. Damit ergibt sich im Falle rechtsgeschäftlichen Handelns eine nicht unproblematische Zivilrechtsakzessorietät.

Sofern es dem Geschäftsführer einer GmbH nicht möglich ist, durch rechtsgeschäftliches Handeln rechtlich bindende Folgen für die von ihm vertretene GmbH herbeizuführen, kann sich der Zurechnungszusammenhang nur noch aus anderen Gründen ergeben. Der Senat hatte als Kriterium hierfür das Handeln im Namen des Vertretenen genannt. Offen bleibt, ob hierbei jedes Handeln im Namen des Vertretenen ausreichen soll, also auch das sogenannte Handeln unter fremden Namen und das kollusive Zusammenwirken mit einem Dritten zu Lasten des Vertretenen. Im Rahmen der Diskussion um das Vorliegen des Zurechnungszusammenhanges erscheint diese Unterscheidung aber überflüssig. Der Vertreter weist bereits aufgrund seiner Organstellung einen hinreichenden Bezug zum Vertretenen auf, so dass regelmäßig ein Handeln unter fremden Namen schon gar nicht vorliegen kann. Dies würde nicht die Regel, sondern die Ausnahmesituation darstellen. Im Umkehrschluss ergibt sich allerdings wiederum für das Handeln im fremden Namen ein erweiterter Anwendungsbereich: Will der Vertreter rechtlich bindende Folgen für den Vertretenen herbeiführen, so handelt er auch regelmäßig in dessen Namen. Ein insofern vorliegendes, der rechtlichen Bindung entgegenstehendes Verfügungsverbot wirkt sich im Falle rechtsgeschäftlichen Handelns damit wohl kaum auf das Vorliegen des Zurechnungszusammenhanges aus, da jedenfalls regelmäßig auch ein Handeln im Namen des Vertretenen gegeben sein wird. Damit ergibt sich diesbezüglich wiederum eine eingeschränkte bzw. abgeschwächte Zivilrechtsakzessorietät: Zwar können zivilrechtliche Vorschriften zur Verneinung eines Zurechnungszusammenhanges durch Herbeiführung rechtlich bindender Folgen führen, der Zurechnungszusammenhang kann sich in diesem Falle dann aber aufgrund des Kriteriums des Handelns im Namen des Vertretenen ergeben.

Etwas anderes ergibt sich nur dann, wenn bei rechtsgeschäftlichem Handeln in jedem Fall eine rechtlich wirksame Bindung des Vertretenen verlangt wird.²⁸² Ob der BGH dies fordert, ist jedoch mehr als fraglich und wird auch von den Vertretern dieser Ansicht in Zweifel gezogen.²⁸³ Näherliegend scheint es, dass der BGH vom Vertreter vorgenommene wirksame Rechtsgeschäfte lediglich exemplarisch hervorgehoben hat und anderenfalls ein Handeln im Namen des Vertretenen genügen lassen möchte.²⁸⁴ Damit bliebe es bei oben Gesagtem: sofern der Vertreter rechtsgeschäftlich tätig werden will und im Namen des Vertretenen auftritt, wäre der Zurechnungszusammenhang zukünftig zu bejahen. Damit würde sich im Vergleich zur Interessentheorie bei rechtsgeschäftlichem Handeln nunmehr ein immenser Anwendungsbereich für § 14 StGB eröffnen.

II. Konsequenzen für faktisches Handeln des Vertreters

Wie oben bereits angedeutet, bleibt auch zukünftig das Vorliegen des Zurechnungszusammenhanges bei faktischem Handeln des Vertreters problematisch. Der 3. Strafsenat hatte aus den genannten Gründen nicht abschließend über die den Zurechnungszusammenhang bei faktischem Handeln begründenden Kriterien zu entscheiden. Er wies lediglich darauf hin, faktisches Handeln könne dann Grundlage einer Zurechnung sein, wenn es mit Zustimmung des Vertretenen erfolge.²⁸⁵ Aufgrund der hieraus unterschiedlich gezogenen Folgerungen ist damit weiterhin offen, wann zukünftig in praxi das Vorliegen des Zurechnungszusammenhanges bei faktischem Handeln angenommen werden kann.

Unterstellt, man verlange der Rechtsprechung zum existenzgefährdenden Eingriff folgend nunmehr ein gesellschaftsrechtlich zulässiges Einverständnis, wären im Hinblick auf das Vorliegen des Zurechnungszusammenhanges dieselben Erwägungen wie bei § 266 StGB zu beachten. Demnach kann der Zurechnungszusammenhang im Sinne des § 14 StGB nicht mehr bejaht werden, „wenn unter Verstoß gegen Gesellschaftsrecht die wirtschaftliche Existenz der Gesellschaft gefährdet wird, namentlich durch Beeinträchtigung des Stammka-

²⁸² Brand, NZWiSt 2012, 62, 64; Radtke, GmbHR 2012, 958, 963; MüKo-StGB/Radtke § 14 Rn. 66.

²⁸³ Vgl. Brand, NJW 2012, 2366, 2370.

²⁸⁴ So Habetha, NZI 2012, 1134, 1137.

²⁸⁵ BGH, Beschluss vom 15.05.2012 - 3 StR 118/11, Rn. 25, = BGHSt 57, 229, 238, vgl. oben.

pitals entgegen § 30 GmbHG, durch Herbeiführung oder Vertiefung einer Überschuldung oder durch Gefährdung der Liquidität(...)"²⁸⁶. Im Hinblick auf § 283 StGB hätte dies eine stark einschränkende Wirkung: § 283 Abs. 1 und 2 StGB verlangen, dass die Bankrotthandlung während einer bereits bestehenden wirtschaftlichen Krise vorgenommen worden ist oder für eine ebensolche Krise ursächlich war.²⁸⁷ Eine während einer wirtschaftlichen Krise vorgenommene Bankrotthandlung bspw. in Form des § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB wird regelmäßig zur Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz der Gesellschaft (bspw. durch Gefährdung der Liquidität) beitragen. Da der Bankrotttatbestand das Bestehen oder Herbeiführen einer wirtschaftlichen Krise voraussetzt, hätte das von oben genannten Vertretern des Zurechnungsmodells geforderte Kriterium des gesellschaftsrechtlichen zulässigen Einverständnisses bei faktischem Handeln des Vertreters somit eine starke tatbestandslimitierende Wirkung. Faktisch würde dies bedeuten: Je konkret gefährlicher die Bankrotthandlung für die wirtschaftliche Existenz der Gesellschaft ist, desto schwieriger ließe sich der Zurechnungszusammenhang im Sinne des § 14 StGB begründen. Im Hinblick auf den Schutzzweck der Bankrottdelikte – dem Schutz des Bestandes der Insolvenzmasse – erscheint dies widersinnig. Hierbei ergäbe sich vielmehr eine schon bei der Interessentheorie kritisierte Situation: Lag dort eine die wirtschaftliche Existenz einer GmbH gefährdende Handlung nicht im Interesse der GmbH, ließ sich der Zurechnungszusammenhang nicht begründen. All diejenigen Konstellationen faktischen Handelns, in denen sich schon durch Anwendung der Interessentheorie der Zurechnungszusammenhang nicht begründen ließ, würden nun wieder größtenteils nicht von § 14 StGB erfasst werden können. Indem der Senat sich dem strengen Erfordernis eines gesellschaftsrechtlich zulässigen Einverständnisses als alleiniges Zurechnungskriterium nicht anschließt, scheint er diese Bedenken zu teilen.

Lässt man jedwede Zustimmung der Gesellschaftergesamtheit genügen, so ergibt sich auf den ersten Blick ein deutlich weiterer Anwendungsbereich: Liegt eine Zustimmung des Vertretenen vor, wäre bei faktischem Handeln der Zurechnungszusammenhang zu bejahen. Äußerst fraglich ist allerdings, ob hierfür jede, also auch die rein deklaratorische Zustimmung ausreichen soll. Im Fall einfacher

²⁸⁶ BGH, Beschluss vom 15.05.2012 - 3 StR 118/11, Rn. 30; vgl. oben.

²⁸⁷ Vgl. MüKo-StGB/Radtke § 283 Rn. 5.

gesellschaftsrechtlicher Strukturen, bspw. bei einer GmbH, deren Gesellschafter einige wenige natürliche Personen sind, erscheint dieses Konzept noch stimmig. Dies gilt allerdings nur soweit, wie zivilrechtliche Wertungen dem nicht entgegenstehen. Ist über das Vermögen eines der Gesellschafter das Insolvenzverfahren eröffnet worden und damit die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auch über dessen Gesellschafteranteile gemäß § 80 Abs. 1 InsO auf den Insolvenzverwalter übergegangen, erscheint es fraglich, der Zustimmung des Gesellschafters noch eine dem Zurechnungszusammenhang begründende Wirkung beizumessen. Richtigerweise könnte hier allenfalls die Zustimmung des Insolvenzverwalters maßgeblich sein, da diesem nun die Verfügungsbefugnis über die Gesellschafteranteile des Gesellschafters zusteht. Anderenfalls würde sich die Bedeutung der Zustimmung des Gesellschafters in einem bloß formalen Akt erschöpfen.

Bei komplexen gesellschaftsrechtlichen Verhältnissen kann sich nichts anderes ergeben: Wurde im Falle einer konzernierten GmbH das Insolvenzverfahren über die beherrschende Muttergesellschaft eröffnet, die Mitgesellschafterin der konzernierten GmbH ist, so gilt auch hier: Eine Zustimmung der Geschäftsführung der Muttergesellschaft zu einer faktischen Verhaltensweise des Geschäftsführers der GmbH stellt eine bloße Formalie dar, wenn die Verfügungsbefugnis über das Vermögen der Muttergesellschaft gemäß § 80 Abs. 1 InsO auf den Insolvenzverwalter übergegangen ist.

Zusammenfassend lässt sich damit schon jetzt sagen, dass nicht jede Zustimmung des Vertretenen als Kriterium zur Begründung des Zurechnungszusammenhangs im Sinne des § 14 StGB bei faktischen Verhaltensweisen des Vertreters geeignet ist.

III. Insolvenzrechtliche Schranken für die derzeitigen Konzeptionen zur Konturierung des Zurechnungszusammenhangs

Sofern für die Begründung des Zurechnungszusammenhangs im Falle rechtsgeschäftlichen Handelns eine rechtlich wirksame Verpflichtung des Vertretenen verlangt wird und sofern für die Begründung des Zurechnungszusammenhangs im Falle faktischen Vertreterhandelns eine gesellschaftsrechtlich wirksame Zustimmung des Vertretenen verlangt wird, stellt sich die Frage, inwie-

fern eine zivilrechtsakzessorische Begründung des Zurechnungszusammenhan- ges insolvenzrechtlichen Einschränkungen unterliegen kann. Aufgrund der oben angesprochenen, zu beachtenden insolvenzrechtlichen Regelungen bietet es sich an, einen vertiefenden Blick auf die insolvenzrechtlichen „Begleitum- stände“ zu werfen, um in einem weiteren Schritt unter diesem Gesichtspunkt die Tauglichkeit der von Literatur und Rechtsprechung aufgestellten Voraus- setzungen bei der Bestimmung des Zurechnungszusammenhan- ges zu erörtern.

1. Das Insolvenzeröffnungsverfahren

Gemäß § 13 Abs. 1 S. 1 InsO wird das Insolvenzverfahren nur auf Antrag er- öffnet. Antragsberechtigt sind gemäß S. 2 der Schuldner und seine Gläubiger. Mit dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens wird zunächst das sog. Insolvenzeröffnungsverfahren eingeleitet, in dessen Rahmen das Insolvenzge- richt das Vorliegen der formellen und materiellen Voraussetzungen des Antra- ges prüft und vorläufige Maßnahmen zur Sicherung der Insolvenzmasse treffen kann.²⁸⁸ Diese vorläufigen Maßnahmen ergeben sich vor allem aus § 21 InsO: Gemäß Abs. 1 S. 1 hat das Gericht „alle Maßnahmen zu treffen die erforderlich erscheinen, um bis zur Entscheidung über den Antrag eine den Gläubigern nachteilige Veränderung in der Vermögenslage des Schuldners zu verhüten.“ Gemäß § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 InsO kann das Gericht insbesondere „dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegen oder anordnen, dass Verfügungen des Schuldners nur mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenz- verwalters wirksam sind“. Bei diesen Verfügungsbeschränkungen handelt es sich um Beschränkungen mit absoluter Wirkung.²⁸⁹ Erfasst werden alle Rechts- geschäfte des Schuldners, durch die auf ein dingliches oder obligatorisches Recht unmittelbar eingewirkt wird.²⁹⁰ Neben etwa dem Beiseiteschaffen von Vermögensgegenständen sollen hiervon bspw. auch Überweisungen durch Kreditinstitute erfasst sein.²⁹¹ Handelt der Schuldner dem Verfügungsverbot zuwider, so verfügt er als Nichtberechtigter.²⁹² Zum Zwecke der Massesiche-

²⁸⁸ MüKo-InsO/Schmahl/Vuia § 13 Rn. 9.

²⁸⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 19.01.2006 - IX ZR 232/04 Rn. 15 = NJW 2006, 1286, 1287.

²⁹⁰ MüKo-InsO/Haarmeyer § 21 Rn. 54 m.w.N.

²⁹¹ Haarmeyer a.a.O.

²⁹² MüKo-InsO/Haarmeyer § 21 Rn. 55.

zung wird dem Schuldner damit faktisch jede Handlung untersagt, die geeignet ist, negativ auf das zur zukünftigen Insolvenzmasse gehörende Vermögen einzuwirken.²⁹³

Gemäß § 21 Abs. 2 InsO *kann* das Gericht die dort genannten Maßnahmen anordnen. Es handelt sich insofern um eine Ermessensentscheidung. Das Gericht prüft von Amts wegen, welche Maßnahmen zur Sicherung der Masse bis zur Entscheidung über den Eröffnungsantrag zu treffen sind, und hat bei bestehender Gefahr der nachteiligen Vermögensveränderung die erforderlichen und geeigneten Sicherungsmaßnahmen zu treffen.²⁹⁴ Hierbei wird mitunter vertreten, bei bestimmten Rechtsformen der schuldnerischen Gesellschaft bestehe eine indizielle Vermutung, „dass die Fortdauer der freien Verfügungsbefugnis der Leitungsorgane während der Dauer des Eröffnungsverfahrens zu einer Gefährdung der Masse führen kann“²⁹⁵. Der Erlass von Verfügungsbeschränkungen erscheine in diesem Falle erforderlich. Begründet wird diese Ansicht mit Erkenntnissen aus der Praxis, nach denen bei über 90 % aller Insolvenzverfahren, bei denen Schuldnerin eine GmbH ist, Insolvenzstraftaten begangen worden seien.²⁹⁶ Zudem liege bei Kapitalgesellschaften in der Regel die materielle Insolvenz, also der Insolvenzgrund, im Schnitt bereits zehn Monate vor Antragsstellung vor.²⁹⁷ Daraus wird gefolgert, dass es sich bei der GmbH um eine besonders kriminalitätsfördernde Rechtsform handele.²⁹⁸ Dennoch sollen bloße Befürchtungen für die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen nicht ausreichen dürfen, sondern diese müssen sich an objektiven Kriterien orientieren.²⁹⁹

Gemäß § 24 Abs. 1 InsO gelten bei einem Verstoß gegen ein Verfügungsverbot im Sinne des § 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO die §§ 81, 82 InsO. Vom Schuldner vorgenommene Verfügungen sind dann absolut (schwebend) unwirksam.³⁰⁰

²⁹³ MüKo-InsO/Haarmeyer § 21 Rn. 54.

²⁹⁴ BGH, Beschluss vom 01.12.2005 - IX ZB 208/05 Rn. 11.

²⁹⁵ MüKo-InsO/Haarmeyer § 21 Rn. 20.

²⁹⁶ MüKo-InsO/Haarmeyer § 21 Rn. 20 Fußnote 83 m.w.N.

²⁹⁷ *Kirstein* in ZInsO 2006, 966, 967 ff.; vgl. auch *Haarmeyer/Suvacarevic*, ZInsO 2006, 953 ff.

²⁹⁸ Vgl. Darstellung bei Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, Rn .3 ff.

²⁹⁹ MüKo-InsO/Haarmeyer § 21 Rn. 22.

³⁰⁰ MüKo-InsO/Haarmeyer § 21 Rn. 55.

2. Das Insolvenzverfahren

Ist der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zulässig und sind die Kosten des Insolvenzverfahrens gedeckt, so beschließt das Insolvenzgericht die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, sofern es von dem Vorliegen eines Insolvenzgrundes im Sinne der §§ 16 ff. InsO überzeugt ist.³⁰¹ Die Wirkungen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens richten sich nach den §§ 80 ff. InsO. Gemäß § 80 Abs. 1 InsO geht das Recht des Schuldners, den zur Insolvenzmasse gehörenden Teil seines Vermögens zu verwalten und darüber zu verfügen, auf den Insolvenzverwalter über. Dem Eröffnungsbeschluss nachfolgende Verfügungen des Schuldners sind damit gemäß § 81 Abs. 1 S.1 InsO absolut unwirksam.³⁰² Durch diese Regelung soll die Einwirkungsmöglichkeit des Schuldners auf sein Vermögen ausgeschlossen werden, um so den in § 1 InsO normierten Zweck des Insolvenzverfahrens – der gemeinschaftlichen Befriedigung aller Gläubiger – ungestört erreichen zu können.³⁰³ § 81 Abs. 1 S. 1 InsO normiert hierbei ein absolutes Verfügungsverbot.³⁰⁴

Im Falle einer GmbH ergeben sich weitere Folgen: gemäß § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG stellt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens einen Auflösungsgrund dar. Allerdings kann die Fortsetzung der Gesellschaft durch die Gesellschafter beschlossen werden, wenn das Insolvenzverfahren auf Antrag des Schuldners eingestellt wird oder nach Betätigung eines Insolvenzplans, der den Fortbestand der Gesellschaft vorsieht, aufgehoben wird.

3. Diskussion der Bedeutung des materiellen Insolvenzrechts für die Konturierung des Zurechnungszusammenhanges

Aus den insolvenzrechtlichen Vorgaben ergeben sich weitreichende Konsequenzen für die Bestimmung des Zurechnungszusammenhanges, insbesondere während des Insolvenzeröffnungsverfahrens. Fordert man für die Begründung des Zurechnungszusammenhanges im Sinne des § 14 StGB bei rechtsgeschäftlichem Handeln das Herbeiführen einer rechtlichen Bindung des Vertretenen

³⁰¹ Vgl. Uhlenbruck-Uhlenbruck § 27 Rn. 1.

³⁰² Vgl. Uhlenbruck-Uhlenbruck § 80 Rn. 2.

³⁰³ Uhlenbruck a.a.O.

³⁰⁴ Uhlenbruck-Uhlenbruck § 81 Rn. 1.

und bei faktischem Handeln die Zustimmung des Vertretenen, erscheint eine Zurechnung bei dem Vorliegen einer Verfügungsbeschränkung des Vertretenen schwierig. Sofern Verfügungen des Schuldners nach den oben genannten insolvenzrechtlichen Vorschriften unwirksam sind, kann auch durch den Vertreter keine rechtliche Bindung im Außenverhältnis herbeigeführt werden. In derartigen Fällen scheidet eine Zurechnung des Vertreterhandelns damit aus oder kommt nur unter dem Gesichtspunkt des Handelns im Namen des Vertretenen in Betracht. Überträgt der Vertreter beispielsweise Vermögensgegenstände durch dingliches Rechtsgeschäft, so ist diese Vermögensübertragung unwirksam. Der Insolvenzverwalter kann vom Empfänger die Rückgabe des aus dem Vermögen des Schuldners gelangten Gegenstandes fordern. Eine Zurechnung kann man hier allenfalls dann annehmen, wenn man für die Zurechnung des Vertreterhandelns das Handeln im Namen des Vertretenen ausreichen lässt. Dann muss man allerdings auch jedes Handeln im Namen des Vertretenen hierfür ausreichen lassen. Das Erfordernis eines *wirksamen*³⁰⁵ Handelns im Namen des Vertretenen genügt hierfür nicht.

Bei faktischem Handeln scheidet eine Zurechnung des Vertreterhandelns jedenfalls dann aus, wenn dem Vertretenen die Verfügungsbefugnis über sein Vermögen versagt ist. Wenn für die Beurteilung der Wirksamkeit der Zustimmung vor allem die rechtlichen Verhältnisse des Vertretenen maßgeblich sein sollen und hierbei die Zuständigkeit für die Disposition über das Vermögen des Vertretenen eine entscheidende Rolle spielen soll,³⁰⁶ kann im Falle des Insolvenzeröffnungsverfahrens allenfalls die Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters maßgeblich sein, da im Falle eines allgemeinen Verfügungsverbotes die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners gemäß § 22 Abs. 1 S. 1 InsO auf den vorläufigen Insolvenzverwalter übergeht. Dies kann zwar nur in dem Fall gelten, in dem gemäß § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 InsO ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt wurde. Da dies aber gerade bei juristischen Personen der Regelfall ist, hat dies große praktische Relevanz.

Konsequenz ist damit, dass vor allem während der Krise im Insolvenzeröffnungsverfahren bei Vorliegen von Verfügungsbeschränkungen eine Strafbar-

³⁰⁵ Gefordert bspw. bei MüKo-StGB/Radtke § 14 Rn. 70.

³⁰⁶ Vgl. MüKo-StGB/Radtke § 14 Rn. 67; Brand, Untreue und Bankrott, S. 254 ff.

keit des Geschäftsführers wegen Bankrottdelikten aufgrund mangelnder Zurechenbarkeit seines Vertreterhandelns ausscheidet bzw. nur schwer konstruierbar ist. § 283 Abs. 1 StGB setzt allerdings voraus, dass die dort genannten Handlungen bei Überschuldung, bei drohender oder bereits eingetretener Zahlungsunfähigkeit vorgenommen worden sein müssen, also zum Zeitpunkt der Krise. Wird beispielsweise von Gläubigerseite ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners gestellt und erlegt das Gericht dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot auf, kann sich im Falle einer GmbH der Vertreter nicht mehr wegen Bankrotts strafbar machen, obwohl seine Vertreterstellung unverändert fortbesteht. Zu diesem Zeitpunkt ist die Schutzbedürftigkeit der Gläubiger am größten, da in deren Interesse die Insolvenzmasse gesichert werden muss. Den gerade dem Schutz der Gläubiger dienenden Vorschriften der Bankrottatbestände im Falle von Vertretungsverhältnissen die Anwendbarkeit zu versagen, kann nicht überzeugen. Dies gilt vor allem unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Geschäftsführer einer GmbH im Hinblick auf die Vermögensverhältnisse der Gesellschaft dem vorläufigen Insolvenzverwalter weit überlegen ist und sein überlegenes Wissen zu Lasten der Gläubiger ausnutzen kann.

Die Akzeptanz dieses Ergebnisses kann sich allenfalls daraus ergeben, dass man die Anwendbarkeit des Bankrottstrafrechts grundsätzlich verneint, sobald dem Schuldner die Verfügungsbefugnis entzogen wird.³⁰⁷ Die Übertragung der dieser Ansicht zugrunde liegenden Erwägungen auf die hier diskutierten Fälle ist allerdings fraglich, da sich die dort geführte Diskussion im Wesentlichen darauf bezog, ob die Bankrotthandlung dem Eintritt der objektiven Strafbarkeitsbedingung auch nachfolgen kann.³⁰⁸ Zudem bezog sich die Diskussion vornehmlich auf die Konkursordnung³⁰⁹ und auf das eröffnete Insolvenzverfahren und berücksichtigte nicht die Besonderheiten der InsO: Bereits bei lediglich drohender Zahlungsunfähigkeit kann im Gegensatz zu § 102 KO gemäß § 18 Abs. 1 InsO allein der Schuldner einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellen. Damit könnte er Sicherungsmaßnahmen nach § 21 Abs. 2 S. 1

³⁰⁷ Vgl. LK/*Tiedemann* Vor. § 283 Rn. 96; NK/*Kindhäuser* Vor. 283 ff. Rn. 103; hierauf verweisend MüKo-StGB/*Radtke* Vor. §§ 283 Rn. 93.

³⁰⁸ Eingegangen wurde dort vor allem auf die nachfolgend genannte Rechtsprechung zur Konkursordnung: RGSt 11, 386 f.; RGSt 65, 416 f.; BGHSt 1; 186 ff.

³⁰⁹ Vgl. LK/*Tiedemann*, 11. Auflage, Vor. § 283 Rn. 96.

Nr. 2 InsO selbst herbeiführen und seine Strafbarkeit wegen Bankrotts verhindern. Dies wiederum würde gerade den mit dem MoMiG beispielsweise durch § 6 Abs. 2 GmbHG verfolgten Schutzzweck zuwiderlaufen, da insofern der bewusst missbräuchlich vorgehende Geschäftsführer letztendlich privilegiert werden würde.

Auch außerhalb eines Insolvenzeröffnungsverfahrens können sich Strafbarkeitslücken ergeben. Im Falle von komplexeren gesellschaftsrechtlichen Verhältnissen, beispielsweise wenn ein Unternehmen mehrere Produktionsgesellschaften gründet und die einzelnen Gesellschaften durch verschiedene Gesellschafteranteile im Verhältnis zueinander stehen, kann sich auch eine fehlende Möglichkeit der Zurechnung von faktischen Verhaltensweisen eines Geschäftsführers einer einzelnen Gesellschaft ergeben: Wurde beispielsweise ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der A-GmbH gestellt und daraufhin Sicherungsmaßnahmen nach § 21 InsO ergriffen und hält die A-GmbH 51 % der Gesellschafteranteile der B-GmbH, so käme im Falle faktischen Handelns des Geschäftsführers C der B-GmbH eine Begründung des Zurechnungszusammenhanges im Sinne des § 14 StGB nur durch Zustimmung der Minderheitsgesellschafter nicht in Betracht, sofern der vorläufige Insolvenzverwalter der A-GmbH nicht ebenfalls zustimmt. C als Geschäftsführer einer sich noch nicht im Insolvenzverfahren befindenden GmbH kann sich damit wegen Bankrotts durch faktisches Handeln im Hinblick auf die B-GmbH nicht strafbar machen, auch wenn im Hinblick auf den gemeinsamen Geschäftsbetrieb mit der A-GmbH die eigene Insolvenz der B-GmbH unmittelbar bevorsteht und die wirtschaftliche Krise in Form von Überschuldung, Zahlungsunfähigkeit oder drohender Zahlungsunfähigkeit bereits gegeben ist. Die dem Schutz der Gläubiger dienenden Vorschriften der Bankrottatbestände fänden mangels begründbaren Zurechnungszusammenhanges im Sinne des § 14 StGB hier keine Anwendung.

Warum die Zustimmung des Vertretenen (insbesondere) in Form der gesellschaftsrechtlich wirksamen Zustimmung als Kriterium zur Begründung des Zurechnungszusammenhanges letztlich nicht in Betracht kommt, ergibt sich vor allem aus § 241 AktG. Gemäß § 241 Nr. 3 AktG ist ein Beschluss der Hauptversammlung unter anderem dann nichtig, wenn er durch seinen Inhalt Vorschriften verletzt, die ausschließlich oder überwiegend zum Schutze der Gläubiger der Gesellschaft oder sonst im öffentlichen Interesse gegeben sind. Dane-

ben ist ein Beschluss gemäß § 241 Nr. 4 AktG nichtig, wenn er durch seinen Inhalt gegen die guten Sitten verstößt. Die herrschende Meinung überträgt die Grundsätze der Vorschrift auf Beschlüsse von GmbH und Genossenschaft.³¹⁰ Auf Rechtsfolgenseite hat die Norm die Nichtigkeit des Beschlusses und damit das Ausbleiben der gewollten Rechtswirkung wegen Gesetzeswidrigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge.³¹¹ Der Verstoß gegen gläubigerschützende Vorschriften oder gegen die guten Sitten muss sich dabei aus dem Inhalt ergeben, wobei insofern eine enge Auslegung der Tatbestände geboten ist.³¹² Wenn die Zustimmung des Vertretenen maßgeblich für die Begründung des Zurechnungszusammenhangs sein soll, dann müssten im Falle einer GmbH deren Gesellschafter der Bankrotthandlung des Geschäftsführers zustimmen, die ja gerade gegen § 283 StGB und damit gegen eine gläubigerschützende Vorschrift verstößt. Der Beschluss wäre gemäß § 241 Nr. 3 AktG nichtig. Die Zustimmung zu einer Bankrotthandlung dürfte zudem stets sittenwidrig sein und damit einen Verstoß gegen § 241 Nr. 4 AktG darstellen. Aufgrund des Wirksamkeitserfordernisses stehen laut *Radtke* gerade die „gesellschaftsrechtlichen Grenzen der wirksamen Disposition über das Vermögen des Vertretenen einer Anwendung von § 14 auf das ohne rechtliche Wirksamkeit konsentiertere Verhalten des Organs/Vertreters entgegen“.³¹³ In welchen Fällen eine wirksame Zustimmung des Vertretenen unter Berücksichtigung des § 241 AktG dann überhaupt noch in Betracht kommt, ist nicht ersichtlich. Die Bedeutung dieser Norm hat sich schließlich schon bei der Bewertung von Gesellschafterbeschlüssen über die Veräußerungen von Gesellschaftsanteilen und die Abberufung und Neubestellung von Geschäftsführern im Rahmen der sog. „Firmenbestattung“ gezeigt: Die herrschende Meinung betrachtet diese im Hinblick auf § 241 Nr. 4 AktG und § 138 BGB als nichtig.³¹⁴ Die Berücksichtigung der weitreichenden Bedeu-

³¹⁰ Vgl. *MüKo-AktG/Hüffer* § 241 Rn. 98 m.w.N.

³¹¹ *Hüffer/Koch* AktG § 241 Rn. 32.

³¹² Vgl. hierzu und zur Frage der Nichtigkeit der Bestellung eines GmbH-Geschäftsführers im Rahmen der Firmenbestattung OLG Karlsruhe, Beschluss vom 19.04.2013 - 2 (7) Ss 89/12 - AK 63/12 = NStZ-RR 2013, 247, 248.

³¹³ *MüKo-StGB/Radtke* § 14 Rn. 67.

³¹⁴ Vgl. *Kümmel*, Zur strafrechtlichen Einordnung der Firmenbestattung, *wistra* 2012, 165, 167; *Kilper*, Unternehmensabwicklung außerhalb des gesetzlichen Insolvenz- und Liquidationsverfahrens in der GmbH, 2009, 371 ff.; LG Potsdam, Beschluss vom 17.09.2004 - 25 Qs 11/04 = BeckRS 2004, 09285; AG Memmingen, Beschluss vom 02.12.2003 - HRB 8361 = MittBayNot 2004, 292; Vgl. zu diesem Thema auch zuletzt

tung des § 241 AktG führt damit faktisch zum Ausschluss der Bankrottstrafbarkeit, wenn man *Radtke* und *Brand* folgend eine gesellschaftsrechtlich zulässige Zustimmung zum Vertreterhandeln für erforderlich hält. Daneben stellt sich letztlich die Frage, wie man im Falle einer Aktiengesellschaft mit der Erforderlichkeit eines Zustimmungskriteriums überhaupt zu praktikablen Ergebnissen kommen will. Eine Zustimmung der Hauptversammlung zur Bankrotthandlung eines Vorstandes für erforderlich zu halten ist realitätsfern.

Die Existenz von Strafbarkeitslücken erscheint bei strengen gesellschaftsrechtlichen Kriterien groß: Legt man die Annahme zugrunde, dass der materielle Insolvenzgrund regelmäßig lange vor der Antragsstellung vorliegt, so liegt die wirtschaftliche Krise des Schuldners regelmäßig weit vor Eintritt der objektiven Strafbarkeitsbedingung des § 283 Abs. 6 StGB vor. Mündet die fortdauernde Krise schließlich im Eintritt der objektiven Strafbarkeitsbedingung, so liegt in der Regel auch ein tatsächlicher und zeitlicher Zusammenhang vor.³¹⁵ Bei Vorlage des Insolvenzgrundes wäre in diesem mitunter recht langen Zeitraum eine gesellschaftsrechtskonforme Zustimmung nicht möglich gewesen.

Dem letztendlichen Insolvenzverfahren können zudem bereits weitere Insolvenzeröffnungsverfahren vorangegangen sein. Ein Gläubiger ist gemäß § 13 Abs. 1 S. 2 InsO berechtigt einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen. Hierbei handelt es sich mitunter um sogenannte Druckanträge, deren Hilfe sich der Gläubiger zur Beitreibung seiner Forderung bedient. Erfüllt der Schuldner nun unter dem Druck des Insolvenzeröffnungsverfahrens die Forderung des antragsstellenden Gläubigers, so kann dieser den Eröffnungsantrag gemäß § 13 Abs. 2 InsO durch einseitige Erklärung gegenüber dem Gericht zurück nehmen³¹⁶ oder ihn in der Hauptsache für erledigt erklären³¹⁷. Dies wird der Gläubiger auch regelmäßig tun, da sog. Druckzahlungen stets inkongruent sind und damit im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens der Insolvenzanfechtung nach § 131 Abs. 1 InsO unterliegen.³¹⁸ Wurden

BGH, Beschluss vom 15.11.2012 - 3 StR 199/12 = NJW 2013, 1892, 1894; anders wohl OLG Karlsruhe, Beschluss vom 19.04.2013 - 2 (7) Ss 89/12 - AK 63/12 = NStZ-RR 2013, 247, 248, allerdings noch zur Rechtslage vor dem MoMiG.

³¹⁵ Vgl. MüKo-StGB/*Radtke* Vor. §§ 283 ff. Rn. 103.

³¹⁶ Vgl. MüKo-InsO/*Schmahl/Vuia* § 13 Rn. 113.

³¹⁷ Vgl. MüKo-InsO/*Schmahl/Vuia* § 13 Rn. 127.

³¹⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 18.12.2003 - IX ZR 199/02 = NJW 2004, 1385 f.

jetzt im Insolvenzeröffnungsverfahren Sicherungsmaßnahmen nach § 21 InsO ergriffen, so wäre im Falle einer insolventen GmbH für die Dauer des laufenden Insolvenzeröffnungsverfahrens mangels Verfügungsbefugnis³¹⁹ eine Zurechnung gemäß § 14 StGB nicht möglich. Vom Geschäftsführer in dieser – wohlgermerkt bereits kritischen – Zeit vorgenommene Bankrotthandlungen wären auch bei bald darauf nachfolgender tatsächlicher Insolvenz nicht gemäß §§ 283 ff. StGB strafbar. Nach Rücknahme des Antrages wiederum sind Sicherungsmaßnahmen für wirkungslos zu erklären,³²⁰ so dass dann eine Strafbarkeit wegen Bankrotts erneut in Betracht käme.

Sofern der Schuldner den Insolvenzantrag stellt, ist grundsätzlich auch er zur Rücknahme des Antrages befugt. Hierbei ist aber zu beachten, dass dies im Falle eines allgemeinen Verfügungsverbot im Sinne des § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 InsO erst möglich ist, wenn das Insolvenzgericht dieses aufgehoben hat.³²¹

Insgesamt erscheint damit ein harmonisches Einhergehen zwischen Insolvenzrecht und Insolvenzstrafrecht unter Berücksichtigung der neuen Konzeption zur Konturierung des Zurechnungszusammenhanges bei § 14 StGB fraglich. Dies gilt auch im Hinblick auf das neugeschaffene sog. Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO. Gemäß § 270b Abs. 2 S. 3 kann das Gericht dort lediglich Maßnahmen nach § 21 Abs. 2 Nrn. 1a, 3 und 5 InsO anordnen, dem Schuldner jedoch kein allgemeines Verfügungsverbot nach § 21 Abs. 2 S. Nr. 2 InsO auferlegen. Begründet wird dies mit dem in den sanierungswilligen Schuldner gesetzten Vertrauen.³²² Indem die Verfügungsbefugnis beim Schuldner verbleibt, ist eine Zurechnung des Vertreterverhaltens im Sinne des § 14 StGB weiterhin möglich. Es mag vielleicht angehen, durch Erweiterung des Handlungsspielraums des Schuldners diesen auch dem Damoklesschwert des Insolvenzstrafrechts zu unterwerfen. Wird diese Möglichkeit allerdings dem sanierungswilligen, sich das Vertrauen erarbeitenden Schuldner³²³ eröffnet, so überzeugt es nicht, die Anwendbarkeit des Insolvenzstrafrechts im Falle des missbräuchlich vorgehenden Schuldners auszuschließen.

³¹⁹ Vgl. obige Ausführungen.

³²⁰ Vgl. MüKo-InsO/Schmahl/Vuia § 13 Rn. 124.

³²¹ Vgl. MüKo-InsO/Schmahl/Vuia § 13 Rn. 117.

³²² Vgl. Buchalik, ZInsO 2012, 349, 354.

³²³ Vgl. Buchalik a.a.O.

Im Ergebnis lässt sich damit sagen, dass eine strenge Insolvenzrechtsakzessorietät ebenso wie eine strenge Gesellschaftsrechtsakzessorietät im Falle der strafrechtlichen Organ- und Vertreterhaftung nach § 14 StGB bzgl. der Bankrottdelikte zu einer deutlichen und mitunter nicht sachgerechten Verengung des Anwendungsbereichs des Insolvenzstrafrechts führt. Ob eine (wie oben skizzierte) strenge Akzessorietät des Strafrechts angemessen ist, ist zumindest in dieser Form äußerst fraglich. Bzgl. des Insolvenzstrafrechts lässt sich hiergegen bereits einwenden, dass es der Gesetzgeber bei Einführung der Insolvenzordnung nicht als erforderlich ansah, das Insolvenzstrafrecht an die Neuerungen der Insolvenzrechtsreform anzupassen.³²⁴ Bereits im Hinblick auf die Bestimmung der Krisenmerkmale wurde die Einschätzung des Gesetzgebers als unberechtigt kritisiert.³²⁵ Den obigen Ausführungen folgend scheint dies erst recht für den Normbefehl des § 283 StGB im Hinblick auf die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung zu gelten.

IV. Ausgangslage und weitere Anwendungsdefizite

Zusammenfassend gilt für den zukünftigen Umgang mit § 14 StGB nach dem Urteil des 3. Strafsenates Folgendes: Maßgeblich für die Begründung des Zurechnungszusammenhanges im Sinne des § 14 StGB ist nunmehr nach Ansicht des BGH ein Tätigwerden des Vertreters im Geschäftskreis des Vertretenen. Wann dies zu bejahen ist, bedarf einer Entscheidung im Einzelfall, so dass es sich hierbei um ein *konturierungsbedürftiges*³²⁶ Kriterium handelt. Als *naheliegend* erscheint nach Ansicht des 3. Strafsenates des BGH eine Zurechnung des Vertreterhandelns jedenfalls dann, wenn der Vertreter bei rechtsgeschäftlichem Handeln im Namen des Vertretenen handelt oder für diesen eine rechtlich wirksame Bindung herbeiführt. Ebenfalls komme eine Zurechnung in Betracht, wenn der Vertreter aufgrund seiner Organstellung außerstrafrechtliche, aber gleichwohl strafbewehrte Pflichten des Vertretenen zu erfüllen hat. Bei faktischen Verhaltensweisen komme eine Zurechnung jedenfalls dann in Betracht, wenn der Vertreter mit Zustimmung des Vertretenen gehandelt habe. Bei den dargestellten Zurechnungskriterien handelt es sich allerdings nicht um eine abschließende, sondern um eine exemplarische Aufzählung. Zudem ist auch die

³²⁴ BT-Drucks. 12/3803, S. 100.

³²⁵ Vgl. MüKo-StGB/Radtke Vor. §§ 283 ff. Rn. 2.

³²⁶ Kudlich, ZWH 2012, 357.

genaue inhaltliche Ausgestaltung dieser Kriterien noch nicht abschließend geklärt.

Die bisher von Literatur und Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien führen vor allem im Falle einer konzernierten GmbH und bei komplexeren gesellschaftsrechtlichen Strukturen unter Berücksichtigung insolvenzrechtlicher Wertungen und allgemeiner zivilrechtlicher Verfügungsbeschränkungen zu Zurechnungslücken. Aufgabe der weiteren Untersuchung soll daher vor allem sein, unabhängig vom jeweiligen insolvenzrechtlichen Verfahrensstadium und unabhängig von bloß formalen Verfügungsbeschränkungen allgemeingültige Zurechnungskriterien zu entwickeln.

Von Bedeutung ist hierfür zunächst die gesetzgeberische Konzeption, über § 14 StGB die Strafbarkeit eines Nicht-Sonderpflichtigen wegen eines Sonderdeliktes zu begründen. Der Literatur ist grundsätzlich zuzustimmen, wenn sich die Auslegung von § 14 StGB am Tatbestand und damit den Spezifika des jeweiligen Sonderdeliktes orientieren soll,³²⁷ sofern davon ausgegangen wird, dass die Vorschrift den Normbefehl des Straftatbestandes modifiziert und im Falle des § 283 StGB dazu führt, Verfügungen über fremdes Vermögen in den Tatbestand mit einzubeziehen.³²⁸

Bei der Diskussion um das Vorliegen des Zurechnungszusammenhanges darf nicht vernachlässigt werden, dass die Gefahr vermögensmindernder Dispositionen bereits in der Begründung der Vertreterstellung und der damit verbundenen Delegation von Leitungsmacht angelegt ist.³²⁹ *Habetha* folgend³³⁰ erscheint eine Beschränkung auf wirksame Rechtsgeschäfte bzw. auf solche Verhaltensweisen, die mit Zustimmung des Vertretenen erfolgt sind, nicht sachgerecht. Sachdienlicher erscheint es, *Tiedemann* folgend³³¹ die Diskussion um das Vorliegen des Zurechnungszusammenhanges vor allem am Tatbestand zu führen. Schon nach *Wehleit*³³² sollte es für eine Bestrafung des Organs ausreichen, wenn dieses den Tatbestand der Strafnorm erfüllt. Ungeklärt ist daneben wei-

³²⁷ Vgl. *Brand*, Untreue und Bankrott, S. 234.

³²⁸ Vgl. *Habetha*, NZG 2012, 1137.

³²⁹ So auch *Habetha* a.a.O.

³³⁰ Vgl. *Habetha* a.a.O.

³³¹ LK/*Tiedemann* Vor § 283 Rn. 85.

³³² *Wehleit*, Die Abgrenzung von Untreue und Bankrott, S. 92.

terhin, woraus sich das Erfordernis ergeben soll, Bankrottstraftaten eines Vertreters von Vermögensdelikten Dritter abzugrenzen: Ein Vergleich des Vertreterhandelns mit dem eines Außenstehenden (und dem damit verbundenen Ausspruch, ein Dritter hätte die Handlung genauso vornehmen können) hinkt meist schon deshalb, weil der Vertreter gegenüber dem Außenstehenden in der Regel einen Informationsvorsprung hat, den sich der Dritte erst verschaffen muss.³³³ Die Organstellung als solche hebt den Vertreter aus der Masse heraus und führt – im Hinblick auf § 6 Abs. 2 GmbHG und § 283 StGB – zu einer erhöhten Sanktionsbedürftigkeit.

Gegen das Erfordernis überzogener zivilrechtlicher bzw. gesellschaftsrechtlicher Wirksamkeitsvoraussetzungen spricht zudem der Umstand, dass der Geschäftsführer einer GmbH im Insolvenzeröffnungsverfahren weiterhin für die GmbH die Schuldnerrolle wahrnimmt und als deren Vertreter auftritt.³³⁴ Er soll sich, sofern er seinen aus der Geschäftsführerstellung erwachsenen Pflichten nicht nachkommt, erneut gemäß § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar machen können.³³⁵ Wenn die Rechtsstellung des organschaftlichen Vertreters durch die Verfahrenseröffnung nicht beeinträchtigt wird,³³⁶ wäre auch allein die Funktionsstellung zur Zeit der Begehung der Tathandlung maßgeblich.³³⁷ Auch nach Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den (vorläufigen) Insolvenzverwalter soll der Vertreter tauglicher Täter des § 283 StGB bleiben, da sich seine Pflichtenstellung zwar gewandelt habe, aber nicht beseitigt ist.³³⁸ Der Wortlaut des § 14 StGB („vertretungsberechtigt“) stehe dem laut *Bittmann* nicht entgegen, da § 14 lediglich die Abgrenzung zu nicht vertretungsberechtigten Organen meint. Demnach ließe es der Wortlaut des § 14 StGB zu, dass maßgeblich sowohl für die Organstellung als auch für die Begründung des Zu-

³³³ So schon *Wehleit*, Die Abgrenzung von Untreue und Bankrott, S. 87.

³³⁴ Schmidt/Uhlenbruck-*Vallender*, Die GmbH in Krise und Insolvenz, S. 490 unter Verweis auf die Auskunftspflicht und Mitwirkungspflicht des Geschäftsführers gegenüber dem Insolvenzgericht.

³³⁵ Schmidt/Uhlenbruck-*Vallender*, Die GmbH in Krise und Insolvenz, S. 495 für den Fall, dass der Geschäftsführer bewusst gegenüber dem Insolvenzgericht falsche Angaben macht und damit evtl. Vermögensbestandteil „verheimlicht“ im Sinne des § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB.

³³⁶ Schmidt/Uhlenbruck-*Uhlenbruck*, Die GmbH in Krise und Insolvenz, S. 592.

³³⁷ *Bittmann*, Insolvenzstrafrecht, S. 338.

³³⁸ *Bittmann* a.a.O.

rechnungszusammenhanges die abstrakte und nicht die konkrete Verfügungsbefugnis sei.³³⁹ Ein Vertreter ist nach *Bittmann* dann tauglicher Täter, wenn er aufgrund seiner Organstellung generell „verfügungsbefugt sein kann, ohne es aber im konkreten Fall wirklich sein zu müssen“³⁴⁰. Sofern dies die Organstellung als solche bezogen auf insolvenzrechtliche Verfügungsbeschränkungen betrifft, müsste dies erst recht im Hinblick auf die Begründung des Zurechnungszusammenhanges für gesellschaftsrechtliche Dispositionsschranken gelten.³⁴¹

Auch die Wertungen des Schuldnerbegriffs im Insolvenzanfechtungsrecht sprechen für eine grundsätzlich weit gefasste Zurechnung des Vertreterhandelns: Der dortige Begriff der *Rechtshandlung* ist nach Ansicht der Rechtsprechung „im weitesten Sinne“ zu verstehen und meint jedes Handeln, das eine rechtliche Wirkung auslöst und das Vermögen des Schuldners zum Nachteil der Insolvenzgläubiger verändern kann.³⁴² Wenn bereits hier für die Zurechnung innergesellschaftliche Handlungsbeschränkungen keine Rolle spielen, sondern eine objektive Betrachtung maßgeblich sein soll, erscheint eine dem widersprechende Regelung im Strafrecht unangemessen.

Ist für die Zurechnung des Vertreterhandelns also vor allem schon die (abstrakte) Organstellung entscheidend, ist im Hinblick auf § 283 StGB das weitere Zurechnungskriterium fraglich. Dies gilt bereits hinsichtlich der Frage, ob es Ziel der Rechtsfortbildung sein sollte, ein einzelnes, generelles Abgrenzungskriterium, oder, einer kasuistischen Betrachtung folgend, mehrere speziellere Kriterien zu entwickeln.

³³⁹ *Bittmann* a.a.O.

³⁴⁰ *Bittmann* a.a.O.

³⁴¹ Die Diskussion bei *Bittmann* drehte sich allerdings noch zu Zeiten der Interessentheorie vor allem um die Organtauglichkeit des Handelnden. Im Hinblick auf die Rechtsprechungsänderung ist daher die Übertragbarkeit in soweit fraglich, da hier dann aufgrund der neuen Konzeption eine zweistufige Diskussion angebracht wäre. Im Übrigen negierte *Bittmann* bei einigen Tatbestandsvarianten des § 283 StGB die Anwendbarkeit der Interessentheorie. Seine eigene Konzeption zur Zurechnung des Vertreterhandelns und zur Begründung des Zurechnungszusammenhanges scheint *Bittmann* so nun allerdings auch nicht mehr zu verfolgen, vgl. ders. in: *wistra*, 2010, 8, 9.

³⁴² Vgl. BGH, Urteil vom 05.02.2004 - IX ZR 473/00.

Dies gilt umso mehr, wenn man *Krause* folgend für die Bejahung des Handels „in einer den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widersprechenden Weise“ im Sinne des § 283 Abs. 1 Nrn. – 3, 8 StGB gerade die Verletzung von zivilrechtlichen Dispositionsverboten wie bspw. denen der §§ 30, 64 GmbHG für erforderlich hält.³⁴³ Der Annahme folgend, dass § 64 GmbHG eine Parallelvorschrift zu § 283 StGB darstellt,³⁴⁴ erscheint es sachgerecht, im Hinblick auf § 14 StGB daran anzuknüpfen, dass der Geschäftsführer gegen die ihn aufgrund seiner Organstellung treffende gesellschaftsrechtlichen Pflicht zur Kapitalerhaltung verstößt. Verletzt ein Vertreter ihn treffende gesellschaftsrechtliche Pflichten, so erscheint eine Zurechnung sachgerecht, wenn ihm die Handlung außerhalb der Krise aufgrund seiner Organstellung gestattet wäre, sie ihm aber während der Krise zum Schutz der Insolvenzmasse gesellschafts- und insolvenzrechtlich verboten ist.

Berücksichtigt man *Krauses* Ausführungen zum Tatbestandsmerkmal „in einer den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widersprechenden Weise“, so stehen diese Ausführungen im Gegensatz zu den von den Vertretern des *Zurechnungsmodells* geforderten Grundsätzen zur Wirksamkeit der Zustimmung des Vertretenen zu faktischen Verhaltensweisen des Vertreters: Bei gleichzeitiger Anwendung der Rechtsprechung zum existenzgefährdenden Eingriff neben dem von *Krause* geforderten Verstoß gegen zivilrechtliche Dispositionsvorschriften bliebe kein Anwendungsbereich für die Zurechnung von faktischen Verhaltensweisen, da nach Ansicht der Vertreter des *Zurechnungsmodells* eine Zustimmung in den Fällen derartiger Verstöße den Zurechnungszusammenhang nicht begründen können soll. Damit schließen sich diese beiden Modelle im Hinblick auf die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung aus. Umso mehr zeigt sich an dieser Stelle das Erfordernis, das Zusammenspiel von § 14 StGB und dem jeweiligen Sonderdelikt genau zu untersuchen. Gleichzeitig wird aber zu dem von Bedeutung sein, welche Besonderheiten sich für die Tauglichkeit als Täter bereits aus der Vertreterstellung ergeben.

³⁴³ Vgl. *Krause*, Ordnungsgemäßes Wirtschaften und erlaubtes Risiko, S. 217 ff.; Nach Ansicht *Krauses* ist allein das unerlaubte bzw. unvertretbare Risiko strafbar.

³⁴⁴ Vgl. *Krause*, Ordnungsgemäßes Wirtschaften und erlaubtes Risiko, S. 317.

C. Ergebnis des ersten Teils und Ziel der weiteren Untersuchung

Der Rechtsprechungsänderung des 3. BGH Strafsenates lässt sich nur eine einzelne Konstante entnehmen: für die Begründung des Zurechnungszusammenhangs i.S.d. § 14 StGB soll zukünftig ein Handeln im Geschäftskreis des Vertretenen und nicht bloß bei Gelegenheit erforderlich sein. Wann dies aber jeweils im Falle rechtsgeschäftlichen oder tatsächlichen bzw. faktischen Verhaltens der Fall ist, bedarf einer Entscheidung im Einzelfall. Die bis jetzt von der Rechtsprechung und der Literatur aufgestellten Kriterien mögen in Einzelfällen eine Zurechnung gestatten, gerade bei konzernierten juristischen Personen stehen ihnen aber tiefgreifende Bedenken gegenüber, die sich vor allem aus dem Zusammenspiel mit den insolvenzrechtlichen Regelungen, aber auch aufgrund der Tatbestandsvoraussetzungen des § 283 StGB ergeben.

Die von den Vertretern des Zurechnungsmodells aufgestellte Prämisse, das Vertreterhandeln müsse sich als Handlung des Vertretenen darstellen, weist schon im Vergleich zu einer natürlichen Person als Schuldner konzeptionelle Mängel auf. Wo sich ein Schuldner in Form einer natürlichen Person auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens und schon bei Vorliegen der wirtschaftlichen Krise trotz Insolvenzverwalterbestellung wegen Bankrotts strafbar machen kann, würde dies für Vertreter einer juristischen Person in vergleichbaren Konstellationen von vornherein ausscheiden. Sofern die gesellschaftsrechtlich zulässige Zustimmung des Vertretenen bei faktischen Verhaltensweise alleine den Zurechnungszusammenhang zu begründen vermögen soll, ist vor allem im Falle einer konzernierten juristischen Person eine Strafbarkeit des Vertreters durch solche Handlungen wegen Bankrotts ausgeschlossen. Im Übrigen wird § 241 Nr. 4 AktG die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit in den allermeisten Fällen verhindern. Derartige gesellschaftsrechtliche Restriktionen lassen sich § 14 StGB nicht entnehmen. Zuzustimmen ist sicherlich der Feststellung, dass für eine strafrechtliche Vertreterhaftung neben der bloßen Vertreterstellung weitere Voraussetzungen hinzutreten müssen und nicht, wie von Vertretern der Funktionstheorie gefordert, allein auf die abstrakte Vertreterstellung abzustellen ist. Dies gebietet die Formulierung des Handels „als“ Vertreter im Sinne des § 14 Abs. 1 StGB.

Der Funktionstheorie ist hingegen zuzugeben, dass sie zum Teil die Frage beantwortet, warum der Vertreter strafrechtlich dem Sonderpflichtigen gleich gestellt werden soll. Das besondere Näheverhältnis zum schuldnerischen Vermögen und die damit verbundenen Einwirkungsmöglichkeiten heben den Vertreter aus dem Kreise beliebiger Dritter heraus, wenn der Vertreter gerade diejenigen Einwirkungsmöglichkeiten ausnutzt, die sich aus seiner Vertreterstellung ergeben. Gleichzeitig versagt die Funktionstheorie dort, wo die Bankrotthandlung einem Dritten ebenso wie dem Vertreter möglich wäre. Die Frage, ob und warum in diesen Fällen ein Strafbedürfnis wegen Bankrotts für den Vertretenen besteht, beantwortet sie nicht.

Aufgrund der festgestellten Defizite ist das Ziel der weiteren Abschnitte die Entwicklung von Zurechnungskriterien, die in sämtlichen relevanten zivilrechtlichen Sachverhaltskonstellationen zu sachgerechten Ergebnissen kommen.

Teil 3 – Die Zurechnungsregelung des § 14 StGB – Handeln für einen anderen

Allgemein gesprochen erfolgt durch § 14 StGB eine Strafausdehnung „nach unten“. ³⁴⁵ Die Vorschrift erfüllt dieselbe Funktion wie § 9 OWiG, dem sie auch inhaltlich entspricht. ³⁴⁶ Im Falle des Sonderdeliktes des § 283 StGB wird der Anwendungsbereich der Norm vom sonderpflichtigen Schuldner auf das für ihn oder statt seiner handelnde Organ oder den für ihn handelnden Vertreter erstreckt. Durch § 14 StGB wird daher im Ergebnis eine Modifikation des Normbefehls des Sonderdeliktes bewirkt, da neben dem sich aus der Vorschrift ergebenden Sonderpflichtigen auch weitere Personen in den Anwendungsbereich der Norm einrücken können. ³⁴⁷

Von Interesse ist demgemäß die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Tatbestandsextension in Frage kommt und welche Folgen sich für die Rechtsanwendung und damit insbesondere für die Auslegung des § 14 StGB ergeben und wonach sich die Frage entscheidet, wann ein Handeln „als“ Vertreter vorliegt. Anhaltspunkte für die Antwort auf diese Fragen können sich nur aus der Gesetzeshistorie, der gesetzgeberischen Konzeption und insbesondere dem Rechtsgrund der strafrechtlichen Organ- und Vertreterhaftung ergeben.

A. Gesetzeshistorie und Gesetzestechnik

Auch wenn sich die Diskussion über die Bedeutung des Zurechnungszusammenhanges beim Bankrott eben nur dort abspielt, ist ein Blick auf die Gesetzeshistorie und Gesetzestechnik des § 14 StGB unerlässlich. Im folgenden Abschnitt soll daher untersucht werden, welche Aussagen sich der Gesetzeshistorie des § 14 StGB zur Frage der Auslegung der Formulierung „als“ entnehmen lassen und ob sich eventuell anderweitig Erkenntnisse zur Gesetzestechnik ergeben.

³⁴⁵ *Fischer*, § 14 Rn.1b; *Schünemann*, wistra 1982, 41, 46.

³⁴⁶ SK-StGB/*Hoyer* § 14 Rn. 1.

³⁴⁷ *Habetha*, Bankrott und Untreue in der Unternehmenskrise, NZG 2012, 1134, 1137.

I. Gesetzeshistorie

Eine ausführliche Darstellung der Gesetzeshistorie findet sich bereits an anderer Stelle.³⁴⁸ Für den Gang der weiteren Untersuchung soll hier daher nur eine summarische Darstellung erfolgen.

1. Wortlautentwicklung

§ 14 StGB als Zurechnungsnorm im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs findet sich zum ersten Mal im „Entwurf eines Strafgesetzbuchs“ vom 04.10.1962, dem sogenannten „E 1962“.³⁴⁹ In seiner damaligen (Entwurfs-) Form³⁵⁰ lautete er:

„§ 14 – Handeln für einen anderen

(1) Handelt jemand als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person, als Mitglied eines solchen Organs oder als gesetzlicher Vertreter eines anderen, so ist ein Gesetz, nach dessen Tatbestand besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände (besondere persönliche Merkmale) die Strafbarkeit begründen, auch auf den Vertreter anzuwenden, wenn diese Merkmale zwar nicht bei ihm, aber bei dem Vertretenen vorliegen.

(2) Absatz 1 ist auch dann anzuwenden, wenn die Rechtshandlung, welche die Vertretungsbefugnis begründen sollte, unwirksam ist.“

Eingeführt wurde die Vorschrift aber zunächst durch das „Einführungsgesetz zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (EGOWIG)“ vom 24.05.1968³⁵¹ als § 50a StGB. In der damaligen Fassung lautete sie³⁵²:

³⁴⁸ Z.B. Pohl, Der Vertretungsbezug der Handlung i.S.d. § 14 StGB, S. 24 ff.; LK/Schünemann § 14 Vor Rn. 1.

³⁴⁹ BT-Drucks IV, 650.

³⁵⁰ Vgl. BT-Drucks IV, 650, S. 14.

³⁵¹ BGBl I 1968, S. 503 ff.

³⁵² BGBl I 1968, S. 506.

„§ 50a

(1) Handelt jemand

1. als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs,

2. als vertretungsberechtigter Gesellschafter einer Personenhandels-gesellschaft oder

3. als gesetzlicher Vertreter eines anderen,

so ist ein Gesetz, nach dem besondere persönliche Merkmale die Strafbarkeit begründen, auch auf den Vertreter anzuwenden, wenn diese Merkmale zwar nicht bei ihm, aber bei dem Vertretenen vorliegen.

(2) Ist jemand von dem Inhaber eines Betriebes oder einem sonst dazu Befugten

1. beauftragt, den Betrieb ganz oder zum Teil zu leiten, oder

2. ausdrücklich beauftragt, in eigener Verantwortung Pflichten zu erfüllen, die den Inhaber des Betriebes treffen,

und handelt er auf Grund dieses Auftrages, so ist ein Gesetz, nach dem besondere persönliche Merkmale die Strafbarkeit begründen, auch auf den Beauftragten anzuwenden, wenn diese Merkmale zwar nicht bei ihm, aber bei dem Inhaber des Betriebes vorliegen. Dem Betrieb im Sinne des Satzes 1 steht das Unternehmen gleich. Handelt jemand auf Grund eines entsprechenden Auftrages für eine Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, so ist Satz 1 sinngemäß anzuwenden.

(3) Die Absätze 1 und 2 sind auch dann anzuwenden, wenn die Rechtshandlung, welche die Vertretungsbefugnis oder das Auftragsverhältnis begründen sollte, unwirksam ist."

Gleichzeitig eingeführt wurde mit dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten vom 24.05.1968³⁵³ auch die Vorgängervorschrift des heutigen § 9 OWiG (damals noch § 10 OWiG)³⁵⁴:

„§ 10 – Handeln für einen anderen

(1) Handelt jemand

1. als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs,

2. als vertretungsberechtigter Gesellschafter einer Personenhandels-gesellschaft oder

3. als gesetzlicher Vertreter eines anderen,

so ist ein Gesetz, nach dem besondere persönliche Merkmale (§ 9 Abs. 1 Satz 2) die Strafbarkeit begründen, auch auf den Vertreter anzuwenden, wenn diese Merkmale zwar nicht bei ihm, aber bei dem Vertretenen vorliegen.

(2) Ist jemand von dem Inhaber eines Betriebes oder einem sonst dazu Befugten

1. beauftragt, den Betrieb ganz oder zum Teil zu leiten, oder

2. ausdrücklich beauftragt, in eigener Verantwortung Pflichten zu erfüllen, die den Inhaber des Betriebes treffen,

und handelt er auf Grund dieses Auftrages, so ist ein Gesetz, nach dem besondere persönliche Merkmale die Strafbarkeit begründen, auch auf den Beauftragten anzuwenden, wenn diese Merkmale zwar nicht bei ihm, aber bei dem Inhaber des Betriebes vorliegen. Dem Betrieb im Sinne des Satzes 1 steht das Unternehmen gleich. Handelt jemand auf Grund eines entsprechenden Auftrages für eine Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, so ist Satz 1 sinngemäß anzuwenden.

³⁵³ BGBl I 1968, S. 481 ff.

³⁵⁴ BGBl I 1968, S. 481, 485.

(3) Die Absätze 1 und 2 sind auch dann anzuwenden, wenn die Rechtshandlung, welche die Vertretungsbefugnis oder das Auftragsverhältnis begründen sollte, unwirksam ist."

§ 50a StGB a.F. wurde schließlich als § 14 StGB a.F. durch das „Zweite Gesetz zur Reform des Strafrechts (2. StrRG)" vom 04.07.1969 eingeführt.³⁵⁵ In der damaligen Fassung lautete sie:

„§ 14. Handeln für einen anderen.

(1) Handelt jemand

1. als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs,

2. als vertretungsberechtigter Gesellschafter einer Personenhandels-gesellschaft oder

3. als gesetzlicher Vertreter eines anderen,

so ist ein Gesetz, nach dem besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände (besondere persönliche Merkmale) die Strafbarkeit begründen, auch auf den Vertreter anzuwenden, wenn diese Merkmale zwar nicht bei ihm, aber bei dem Vertretenen vorliegen.

(2) [1] Ist jemand von dem Inhaber eines Betriebes oder einem sonst dazu Befugten

1. beauftragt, den Betrieb ganz oder zum Teil zu leiten, oder

2. ausdrücklich beauftragt, in eigener Verantwortung Pflichten zu erfüllen, die den Inhaber des Betriebes treffen,

und handelt er auf Grund dieses Auftrages, so ist ein Gesetz, nach dem besondere persönliche Merkmale die Strafbarkeit begründen, auch auf den Beauftragten anzuwenden, wenn diese Merkmale zwar nicht bei ihm, aber bei dem Inhaber des Betriebes vorliegen. [2] Dem

³⁵⁵ BGBl I 1969, 717, 719 f.

Betrieb im Sinne des Satzes 1 steht das Unternehmen gleich. [3] Handelt jemand auf Grund eines entsprechenden Auftrages für eine Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, so ist Satz 1 sinngemäß anzuwenden.

(3) Die Absätze 1 und 2 sind auch dann anzuwenden, wenn die Rechtshandlung, welche die Vertretungsbefugnis oder das Auftragsverhältnis begründen sollte, unwirksam ist."

2. Gesetzesbegründung

In der Gesetzesbegründung zum E 1962³⁵⁶ heißt es:

„Die Vorschrift enthält eine Ausweitung der strafrechtlichen Tatbestände für die Fälle, in denen jemand als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person, als dessen Mitglied oder als gesetzlicher Vertreter eines anderen handelt und den Tatbestand eines Strafgesetzes nur deshalb durch sein Handeln nicht erfüllt, weil besondere persönliche Merkmale, welche die Strafbarkeit begründen, zwar beim Vertretenen, aber nicht bei ihm vorliegen.“

Bezweckt wurde mit § 14 StGB damit zunächst eine Strafausdehnung, welche durch das Fehlen von besonderen persönlichen Merkmalen beim Vertreter notwendig geworden war. Für das damalige Bankrottstrafrecht der Konkursordnung wäre eine solche Vorschrift nicht notwendig gewesen, da § 244 KO a.F. bzw. § 83 GmbHG a.F. bereits eine Strafausdehnung enthielten.³⁵⁷ Diese und daneben bestehende Sonderregelungen bezogen sich allerdings nicht immer auf dieselben Verbände und Vertreter, so dass der Gesetzgeber die Notwendigkeit sah, durch eine einheitliche Regelung im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches für alle Tatbestände des besonderen Teils und des Nebenstrafrechts eine vereinheitlichende und klarstellende Norm zu schaffen³⁵⁸:

„Daraus ergibt sich das Bedürfnis für eine Regelung im Allgemeinen Teil, die sowohl für die Tatbestände des Besonderen Teils als auch

³⁵⁶ BT-Drucks IV/650, S. 126 ff.

³⁵⁷ Vgl. BT-Drucks IV, 650, S. 127.

³⁵⁸ BT-Drucks IV/650, S. 127.

für die des Nebenstrafrechts gilt. Sie schließt nicht nur die aufgezeigten Lücken und beseitigt Zweifelsfragen, sondern dient auch der Vereinfachung und Vereinheitlichung der strafrechtlichen Sondervorschriften."

Eine Strafausdehnung auf Vertreter sollte dann erfolgen, wenn diese „als Vertreter handeln und die besonderen persönlichen Merkmale zwar bei dem Vertretenen, aber nicht bei ihnen selbst vorliegen“³⁵⁹. Alle täterbezogenen, strafbe gründenden Merkmale sollten dem Vertreter zugerechnet werden, „wenn sie bei ihnen fehlen, beim Vertretenen aber, falls er handeln könnte und gehandelt hätte, vorhanden wären“³⁶⁰.

Zu der Frage, wann ein Handeln „als“ Vertreter vorliegen soll, traf der Gesetzesentwurf keine Aussage. Dies gilt ebenso für die Gesetzesbegründung zum EGOWiG.³⁶¹ Zur Funktion des § 50a StGB wurde dort ausgeführt, dass durch diesen der Anwendungsbereich von Tatbeständen, die *strafrechtlich abgesicherte Pflichten* nur für einen eingegrenzten Personenkreis begründen, auf diejenigen Personen ausgeweitet werden soll, „die in einem bestimmten Vertretungs- oder Auftragsverhältnis für den eigentlichen Normadressaten handeln (z. B. als gesetzliche Vertreter an Stelle des Unternehmers oder als Leiter eines Betriebes an Stelle des Arbeitgebers) und den Tatbestand nur deshalb nicht erfüllen, weil sie die besonderen persönlichen Merkmale des Normadressaten nicht aufweisen“³⁶². Erweitert werden sollte der Anwendungsbereich aber nur auf diejenigen Vertreter, die gerade „in dieser ihrer Eigenschaft handeln“³⁶³. Wann dies der Fall sein sollte, wurde in der Gesetzesbegründung aber ebenfalls nicht erörtert.

II. Systematische Erwägungen

Die Einführung einer Norm im Allgemeinen Teil zur Einführung einer Organhaftung wurde im Rahmen der großen Strafrechtskommission ausführlich dis-

³⁵⁹ BT-Drucks IV/650, S. 127.

³⁶⁰ BT-Drucks IV/650, S. 127.

³⁶¹ BT-Drucks. V/1319, S. 62.

³⁶² BT-Drucks. V/1319, S. 62.

³⁶³ BT-Drucks. V/1319, S. 63.

kutiert.³⁶⁴ In seinem Referat hatte *Schäfer* zunächst noch einmal die Entstehung der Organhaftung bei Bankrottdelikten dargestellt: diese erfolgte im Rahmen des § 244 KO a.F. ursprünglich im Anschluss an ein Urteil des Preußischen Obertribunals,³⁶⁵ in dem die Strafbarkeit des Vorstandsmitglieds einer Aktiengesellschaft verneint worden war, da Täter nur der Zahlungseinstellende sein könne und dies eben die juristische Person sei. Die damalige Regelung des § 244 KO a.F. regelte nur die Organhaftung für die damaligen Bankrottdelikte, weshalb sich der Gesetzgeber in der Folge genötigt sah,

*„...daß er in Anknüpfung an § 244 KO jeweils da, wo er eine Bestrafung des für einen anderen Handelnden, aber nicht in eigener Person alle Tatbestandsmerkmale Verwirklichenden sicherstellen wollte, klarstellende Vorschrift aufnahm.“*³⁶⁶

Als Beispiel führt *Schäfer* § 83 GmbHG a.F.³⁶⁷ an, der eine Ausdehnung des § 244 KO auf die Geschäftsführer einer GmbH vorsah.³⁶⁸ Einer Norm im Allgemeinen Teil des StGB kann daher auch nach Ansicht *Schäfers* nur die Aufgabe zukommen,

*„...die Grundsätze aufzunehmen, die bei der Anwendung aller oder eines nicht unbeträchtlichen Teils von Strafvorschriften Berücksichtigung verlangen und damit den Besonderen Teil um die Vorschriften zu entlasten, die anderenfalls doch häufig wiederkehren würden.“*³⁶⁹

Die Diskussion der Großen Strafrechtskommission drehte sich allein um die Frage, ob und wenn ja welche Personen von einer Norm im Allgemeinen Teil

³⁶⁴ Vgl. vor allem die Niederschriften über die Sitzungen der großen Strafrechtskommission, Band 4, 1958, S. 312 ff. und im Anhang, S. 545 ff., *Schäfer* in Anlage Nr. 49, Umbruck R 80.

³⁶⁵ Urteil des Preußischen Obertribunals vom 09.11.1874 = GA 23, 31 ff., vgl. oben B.I.1.

³⁶⁶ *Schäfer* in Niederschriften Band 4, S. 548.

³⁶⁷ vgl. oben Fn. 20.

³⁶⁸ *Schäfer* a.a.O.

³⁶⁹ *Schäfer* a.a.O. S. 550; Eine ähnliche Forderung wurde bereits von *Bruns* erhoben, JZ 1954, 12, 16 f., der sich ausführlich mit den damaligen Optionen zu Ausweitung des Täterkreises eines Straftatbestandes auseinandersetzt.

des StGB erfasst werden soll.³⁷⁰ Ausführungen zum Vertretungsbezug tauchen dagegen auch hier an keiner Stelle auf.

III. Diskussion

Die letztlich über eine allgemeine Vorschrift bewirkte Rechtsvereinheitlichung hat der Gesetzgeber damit begründet, dass in vielen Teilen des Nebenstrafrechts bereits Regelungen für die Strafbarkeit von Vertretern bestehen, diese aber unterschiedlich ausgeprägt seien.³⁷¹ Auch heute noch gibt es zahlreiche dieser Regelungen, in denen der Täterkreis bereits abschließend im Tatbestand geregelt ist und auf die § 14 StGB nach allgemeiner Ansicht keine Anwendung findet.³⁷² Genannt seien hierbei beispielhaft die §§ 399, 400 AktG, § 147 GenG, §§ 82, 84 GmbHG, §§ 331, 332 HGB, § 17 PublG, §§ 313, 314 UmwG, § 38 WpHG.³⁷³

Nach § 84 GmbHG macht sich strafbar, „wer es *als* Geschäftsführer unterlässt, den Gesellschaftern einen Verlust in Höhe der Hälfte des Stammkapitals anzuzeigen“. Gemäß § 313 Abs. 1 Nr. 2 UmwG macht sich strafbar, „wer *als* Mitglied eines Vertretungsorgans, *als* vertretungsberechtigter Gesellschafter oder Partner, *als* Mitglied eines Aufsichtsrats oder *als* Abwickler eines an einer Umwandlung beteiligten Rechtsträgers bei dieser Umwandlung in Aufklärungen und Nachweisen, die nach den Vorschriften dieses Gesetzes einem Verschmelzungs-, Spaltungs- oder Übertragungsprüfer zu geben sind, unrichtige Angaben macht oder die Verhältnisse des Rechtsträgers einschließlich seiner Beziehungen zu verbundenen Unternehmen unrichtig wiedergibt oder verschleiert“. Alle diese Vorschriften setzen voraus, dass die dort genannten Sonderpflichtigen gerade „*als*“ Geschäftsführer, „*als*“ Mitglied eines Vertretungsorgans, „*als*“ Mitglied eines Aufsichtsrates, „*als*“ Gründer oder „*als*“ Mitglied des Vorstandes etc. die tatbestandsmäßige Handlung vorgenommen haben. Eine alleinige konzeptionelle Besonderheit des § 14 StGB bzw. § 9 OWiG stellt

³⁷⁰ Vgl. Niederschriften, Band 4 S. 312 ff.

³⁷¹ BT-Drucks. V/1319, S. 62 f.

³⁷² Vgl. hierzu LK-StGB/Schünemann § 14 Rn. 23.

³⁷³ Wobei einschränkend erwähnt werden muss, dass bspw. § 399 Abs. 1 Nr. 3 AktG ein Allgemeindelikt darstellt. Sofern im Folgenden auf die genannten Delikte Bezug genommen wird, sind jeweils nur die Sonderdeliktsvarianten gemeint.

das Erfordernis des Handelns „als“ Geschäftsführer damit schon einmal nicht dar.³⁷⁴

Konzeptionell ist die Einführung dieser Vorschriften verwunderlich, da § 14 StGB ja gerade der Rechtsvereinheitlichung auch im Nebenstrafrecht dienen soll. Die genannten Vorschriften wurden aber allesamt nach § 14 StGB in die jeweiligen Gesetze eingeführt.³⁷⁵ Auf § 82 GmbHG soll § 14 StGB beispielsweise keine Anwendung finden, da die Vorschrift Pflichten der Organe und nicht der Gesellschaft betreffe.³⁷⁶ Dass dies nicht der entscheidende Grund für die Nichtanwendbarkeit sein kann, zeigt schon die oben dargestellte Begründung zu § 50a StGB. Dieser sollte gerade dazu dienen, den Anwendungsbereich von Tatbeständen, die strafrechtlich abgesicherte Pflichten nur für einen eingegrenzten Personenkreis begründen, auf die in dieser Vorschrift genannten

³⁷⁴ Eine ähnliche Wortlautkonstellation findet sich ebenfalls in §§ 30, 130 OWiG, § 75 StGB.

³⁷⁵ § 82 GmbHG in seiner Fassung vom 04.07.1980 (BGBl I 1980, 836) lautete beispielsweise:

„§ 82

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. als Gesellschafter oder als Geschäftsführer zum Zweck der Eintragung der Gesellschaft über die Übernahme der Stammeinlagen, die Leistung der Einlagen, die Verwendung eingezahlter Beträge, über Sondervorteile, Gründungsaufwand, Sacheinlagen und Sicherungen für nicht voll eingezahlte Geldeinlagen,

2. als Gesellschafter im Sachgründungsbericht,

3. als Geschäftsführer zum Zweck der Eintragung einer Erhöhung des Stammkapitals über die Zeichnung oder Einbringung des neuen Kapitals oder über Sacheinlagen oder

4. als Geschäftsführer in der nach § 8 Abs. 3 Satz 1 oder § 39 Abs. 3 Satz 1 abzugebenden Versicherung oder als Liquidator in der nach § 67 Abs. 3 Satz 1 abzugebenden Versicherung

falsche Angaben macht.

(2) Ebenso wird bestraft, wer

1. als Geschäftsführer zum Zweck der Herabsetzung des Stammkapitals über die Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger eine unwahre Versicherung abgibt oder

2. als Geschäftsführer, Liquidator, Mitglied eines Aufsichtsrats oder ähnlichen Organs in einer öffentlichen Mitteilung die Vermögenslage der Gesellschaft unwahr darstellt oder verschleiert.“

³⁷⁶ MüKo-GmbHG/Wißmann § 82 Rn. 21 m.w.N.

Personen auszuweiten, so dass § 50a StGB a.F. bzw. § 14 StGB im Ergebnis auch strafrechtliche Pflichten der Organe betreffen müsste.³⁷⁷

§ 14 StGB soll im Falle des § 82 GmbHG erst zur Anwendung kommen, wenn das Organ selbst eine juristische Person und damit diese Adressatin der Pflichten ist. Unabhängig von der Frage, ob dies überzeugend ist, klärt es natürlich nicht, wann ein Handeln *als* Organ im Sinne des § 82 GmbHG vorliegt. *Wißmann* führt dazu aus, dass im Hinblick auf die Tatbestandsvarianten in § 82 Abs. 1 und 2 Nr. 1 GmbHG stets ein Handeln als Organ vorliege. Lediglich „*bei der Geschäftslagetäuschung gemäß Abs. 2 Nr. 2 sind auch private Mitteilungen durch den Geschäftsführer vorstellbar, die dieser nicht „als“ Geschäftsführer gemacht hat und [die] deshalb straflos sind*“.³⁷⁸ Des Vorliegens eines gesonderten Zurechnungszusammenhangs bedürfe es nach dieser Ansicht für die anderen Tatbestandsvarianten demnach nicht.

§ 82 Abs. 2 Nr. 2 GmbHG setzt voraus, dass ein Geschäftsführer, Liquidator, Mitglied eines Aufsichtsrats oder ein ähnlichen Organs in einer öffentlichen Mitteilung die Vermögenslage der Gesellschaft unwahr darstellt oder verschleiert. Nach Ansicht *Dannekers* sollen private Äußerungen nicht tatbestandsmäßig sein, da dann eine Äußerung in der Eigenschaft als Organmitglied nicht vorliege.³⁷⁹ Dies ergebe sich zum einen daraus, dass der Gesetzeswortlaut ein Handeln *als* Organ verlange, und zum anderen daraus, dass die Vorschrift nur Äußerungen erfassen soll, von denen Gefahren für den Geschäftsverkehr ausgehen, was nur bei Erklärungen der Fall sei, die Mitglieder der Gesellschaftsorgane in ihrer Eigenschaft als Organ der Gesellschaft machen und die deshalb der Gesellschaft zugerechnet werden können.³⁸⁰ Ein Handeln „als Organ“ liege vor, wenn das Organ zumindest auch im Interesse der Gesellschaft tätig wird.³⁸¹ Gleichzeitig soll aber eine private Äußerung tatbestandsmäßig sein, „*wenn die*

³⁷⁷ Vgl. oben B.I.2.

³⁷⁸ MüKo-GmbHG/*Wißmann* § 82 Rn. 32 unter Verweis auf Michalski/*Dannecker* GmbHG § 82 Rn. 43.

³⁷⁹ Michalski/*Dannecker* GmbHG § 82 Rn. 232; w.A. RGSt 5, 146, 149; 45, 210, 211, 212; Scholz/*Tiedemann* GmbHG § 82 Rn. 159; Lutter/*Hommelhoff* GmbHG § 82 Rn. 23.

³⁸⁰ *Dannecker* a.a.O.

³⁸¹ *Dannecker* a.a.O.

*Öffentlichkeit die Mitteilung als in Ausübung der Organstellung abgegeben ansehen musste".*³⁸²

Wenn der Tatbestand des § 82 Abs. 2 Nr. 2 GmbHG aber eine *öffentliche* Mitteilung des Geschäftsführers voraussetzt und nur Äußerungen erfasst werden sollen, von denen Gefahren für den Geschäftsverkehr ausgehen, dann ist die für den Tatbestand entscheidende Frage auch nur, ob eine öffentliche Mitteilung vorliegt oder ob es sich lediglich um eine private Äußerung handelt, die der Geschäftsverkehr nicht wahrnimmt und die damit schon keine tatbestandsmäßige Handlung darstellt. Voraussetzung für das Vorliegen einer *öffentlichen* Mitteilung ist, dass die Mitteilung an einen *unbestimmten oder unbegrenzten Empfängerkreis* gerichtet oder entsprechend ihrer Zweckbestimmung einem unbegrenzten Personenkreis zugänglich ist, wobei für die Erfüllung des Straftatbestandes aber nicht erforderlich sein soll, dass die Mitteilung von den Personen zur Kenntnis genommen wird, an die sie gerichtet war.³⁸³ Bei einer privaten Äußerung aber ist bereits das Tatbestandsmerkmal der Öffentlichkeit nicht erfüllt, da sich eine solche nicht an einen unbestimmten Empfängerkreis richtet. Warum dies jetzt eine Frage des Handelns „als“ Organ sein soll, statt eine Frage der Tatbestandsmäßigkeit, ist nicht nachvollziehbar.

Eine Konstellation, in der ein Geschäftsführer im Rahmen einer öffentlichen Mitteilung die Vermögenslage unwahr darstellt und dabei nicht *als* Geschäftsführer gehandelt hat, ist bis jetzt nicht entwickelt und dargelegt worden. Von öffentlichen Mitteilungen unwahren Inhalts durch einen Geschäftsführer gehen immer Gefahren für den Geschäftsverkehr aus. Entscheidende Frage ist allein, ob es sich um eine öffentliche, oder um eine – für den Tatbestand irrelevante – private Mitteilung handelt.

Dies wird zu Recht auch von *Ransiek* kritisiert: Seiner Ansicht nach komme es allein darauf an, ob ein *Geschäftsführer* die Handlung vornehme, da ernstzunehmende Informationen des Geschäftsführers über die Lage der GmbH immer zum Funktionsbereich des Organs gehören sollen.³⁸⁴ Der notwendige Zusammenhang zwischen Handlung des Vertreters und Geschäftskreis des Vertrete-

³⁸² *Dannecker* a.a.O.

³⁸³ MüKo-GmbHG/*Wißmann* § 82 Rn. 302.

³⁸⁴ *Ransiek*, in: Unternehmensstrafrecht, S. 92.

nen soll durch die Sonderdelikte des GmbH- und Aktienstrafrechts und auch § 14 StGB selbst hergestellt werden, ohne dass es zusätzlicher Kriterien bedürfe.³⁸⁵ Für § 399 Abs. 1 Nr. 1 AktG führt *Ransiek* beispielhaft an, bei der Anmeldung einer Aktiengesellschaft zum Handelsregister sei schon gar nicht vorstellbar, dass die dort genannten Personen anders als in Ihrer Eigenschaft als Organ oder Gründer handeln könnten.³⁸⁶

Für die Vorschrift des § 82 Abs. 1, 2 Nr. 1 GmbHG findet sich auch bei *Tiedemann* die Aussage, es verstehe sich von selbst, dass der Täter die dort genannten Tathandlungen in seiner Eigenschaft „als“ Geschäftsführer vorgenommen habe.³⁸⁷ Wer die Tathandlung des § 82 Abs. 2 Nr. 2 GmbHG als Privatmann wahrnehme, handele aber nicht „als“ Geschäftsführer, da die Vorschrift nur Verhaltensweisen inkriminiere, die der Gesellschaft zuzurechnen sind und die wegen der von der Gesellschaft und ihren Organen ausgehenden potentiellen Gefahren für den Geschäftsverkehr unter Strafdrohung gestellt sind.³⁸⁸ Auch dem ist entgegenzuhalten, dass Tathandlungen, von denen keine Gefahren für den Geschäftsverkehr ausgehen, schon nicht tatbestandsmäßig sind. Die apodiktische Behauptung, die Vorschrift inkriminiere nur Verhaltensweisen, die der Gesellschaft zuzurechnen sind, erschließt sich weder aus dem Wortlaut noch aus dem Gesetzeszweck. Es fehlt vielmehr auch hier die Darlegung eines Falles, in der ein Geschäftsführer die tatbestandsmäßige Handlung vorgenommen hat, gleichzeitig aber ein „Vertretungsbezug“ nicht ersichtlich ist.

Dass es auch im Rahmen derjenigen Sonderdelikte, in denen der Tatbestand bereits ein Handeln *als* Vertreter voraussetzt, nicht darauf ankommen kann, ob der Vertreter beispielsweise im Interesse des Vertretenen gehandelt hat, verdeutlicht ein Blick auf § 399 Abs. 1 Nr. 4 AktG. Nach Ansicht der Rechtsprechung schützt die Vorschrift auch die Interessen der Aktiengesellschaft.³⁸⁹ Würde nun verlangt werden, dass ein Mitglied des Vorstandes nur dann *als* ebensolches „zum Zweck der Eintragung einer Erhöhung des Grundkapitals

³⁸⁵ *Ransiek* a.a.O.

³⁸⁶ *Ransiek* a.a.O.

³⁸⁷ *Tiedemann*, GmbH-Recht, § 82 Rn. 159.

³⁸⁸ *Tiedemann* a.a.O.

³⁸⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 11.07.1988 - II ZR 243/87 = NJW 1988, 2794, 2795.

(§§ 182 bis 206) über die Einbringung des bisherigen, die Zeichnung oder Einbringung des neuen Kapitals, den Ausgabebetrag der Aktien, die Ausgabe der Bezugsaktien, über Sacheinlagen, in der Bekanntmachung nach § 183a Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 37a Abs. 2 oder in der nach § 184 Abs. 1 Satz 3 abzugebenden Versicherung" falsche Angaben macht, wenn es im Interesse der AG gehandelt hat, wäre eine Tatbestandsverwirklichung durch das Vorstandsmitglied ausgeschlossen, da die Vornahme der Tathandlung ja nicht im Interesse der AG sein kann, wenn das durch diese Vorschrift geschaffene, strafbewehrte Verbot gerade den strafrechtlichen Schutz der Interessen der AG gewähren soll.

Naheliegender ist die Annahme, bei all denjenigen Sonderdelikten, bei denen bereits im Tatbestand ein Handeln *als* Vertreter gefordert wird, grundsätzlich davon auszugehen, dass der Vertreter auch *als* ebensolcher gehandelt hat, wenn er die tatbestandliche Handlung vorgenommen hat, und allenfalls die Frage aufzuwerfen, ob Konstellationen denkbar sind, in denen er nicht als ebensolcher gehandelt hat.³⁹⁰ Bei den allermeisten dieser Sonderdelikte ist eine solche Konstellation aber nicht denkbar, weswegen sich in der Kommentierung der fraglichen Vorschriften auch keine derartigen Ausnahmefälle finden bzw. deren Möglichkeit nicht einmal erörtert wird.³⁹¹

*Raum*³⁹² geht davon aus, bei Delikten wie §§ 82, 84 GmbHG handele es sich um Straftatbestände, die sich speziell an bestimmte Personengruppen richten und an die Funktionen dieser Personen im Unternehmen anknüpfen. Hierbei stelle sich die Frage der Zurechnung nicht, da die Vorschrift an das konkrete Fehlverhalten der jeweils genannten Personen anknüpft.³⁹³

³⁹⁰ Vgl. auch hier *Ransiek* in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht 8. Teil Kap. 1 Rn. 89; *Ransiek* geht bei § 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG davon aus, dass eine über die Tütereigenschaft hinausgehende Wahrnehmung von Organfunktionen nicht notwendig ist. Für die Falschangabedelikte vgl. auch *Ransiek* in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht 8. Teil Kap. 3 Rn. 22.

³⁹¹ Vgl. Kommentierung bei *Schmid* in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Auflage, § 27 Rn. 241 ff.

³⁹² *Raum* in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, Kap. 4 Rn. 6.

³⁹³ *Raum* a.a.O.

Berücksichtigt man dies, ist es aber ebenfalls nicht nachvollziehbar, warum bei § 14 StGB gerade andersherum gefragt wird, wann der Vertretungsbezug vorliegt, statt davon auszugehen, dass grundsätzlich ein Handeln *als* Vertreter gegeben ist und nur Ausnahmefälle denkbar sein könnten, in denen der Vertretungsbezug nicht vorliegt. Der Vergleich zu den genannten Sonderdelikten zeigt, dass gerade letztere Annahme naheliegender ist. Selbiges gilt für das allseits betonte Erfordernis des Handelns *im Geschäftskreis des Vertretenen*: Wie *Ransiek* richtig herausgestellt hat, wird dieses Erfordernis bereits durch die Sonderdelikte und auch durch § 14 StGB selbst hergestellt, ohne dass es weiterer Voraussetzungen bedürfte.³⁹⁴

Auch § 14 StGB richtet sich an bestimmte Personengruppen und an die Funktionen dieser Personen im Unternehmen. Eine Besonderheit von § 82 GmbHG ist dies nicht. Logischer und vor allem vielversprechender wäre, es an dieser Stelle zu fragen, ob es Fälle gibt, in denen der Vertreter oder das Organ die tatbestandsmäßige Handlung *nicht* im Geschäftskreis des Vertretenen vorgenommen haben. Liest man nämlich beispielsweise § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB im Zusammenhang mit § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB:

„Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs bei Überschuldung oder bei drohender oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit Bestandteile des Vermögens der juristischen Person, die im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Insolvenzmasse gehören, beiseite schafft oder verheimlicht oder in einer den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widersprechenden Weise zerstört, beschädigt oder unbrauchbar macht“³⁹⁵,

so ergibt sich ein Tatbestand, der sich konzeptionell nicht mehr von den eingangs genannten Sonderdelikten des Nebenstrafrechts unterscheidet. Wurde aber schon die Anwendung von § 14 StGB auf das jeweilige Sonderdelikt bejaht, so ist nicht ohne weiteres ersichtlich, woraus sich darüber hinaus Einschränkungen beim bzw. durch den Vertretungsbezug ergeben könnten.

³⁹⁴ Vgl. *Ransiek* oben Fn. 43.

³⁹⁵ Vgl. zur ähnlichen Leseweise bei § 266a StGB *MüKo-StGB/Radtke* § 14 Rn 6.

Betrachtet man die Gesetzesbegründung zu den §§ 82 ff. GmbHG a.F., so wird deutlich, dass der Gesetzgeber bei deren Einführung lediglich den Täterkreis und die Tatmodalitäten im Auge hatte und diese abschließend bestimmen wollte.³⁹⁶ Sobald diese Entscheidung einmal getroffen worden ist, bleibt kein Raum mehr für die Formulierung weiterer Erfordernisse. Jedenfalls müsste deren Notwendigkeit eine nachvollziehbare Begründung erfahren. Will der Gesetzgeber aber über § 14 StGB Strafnormen auf die dort genannten Vertreter ausweiten, so wurde bereits eine abschließende Entscheidung über die Täterschaft getroffen, wenn man § 14 StGB für auf das entsprechende Sonderdelikt anwendbar erklärt. Es bedarf dann der Rechtfertigung, warum trotz Vornahme der Tat handlung eine Bestrafung aus dem Sonderdelikt nicht in Betracht kommen soll.

Der wesentliche konzeptionelle Unterschied zwischen Sonderdelikten wie denen der §§ 82 ff. GmbHG und einer Regelung über § 14 StGB i.V.m. dem jeweiligen Sonderdelikt besteht letztlich darin, dass der Gesetzgeber etwa im GmbHG spezielle Vorschriften wie die über Eintragungen zum Handelsregister bei der Gründung der GmbH geschaffen hat (§ 7 ff. GmbHG) und im Anschluss Strafvorschriften einführt, die gewährleisten sollen, dass die (bspw.) zur Eintragung gemachten Angaben der Wahrheit entsprechen und die Öffentlichkeit nicht durch falsche Angaben getäuscht wird. Da gemäß § 78 GmbHG sämtliche Geschäftsführer die Anmeldung zum Handelsregister zu bewirken haben, ist es naheliegend, dass Geschäftsführer in Frage kommende Täter des Gründungsschwindels im Sinne des § 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG sind und bei Vornahme der Eintragung stets *als* Geschäftsführer handeln, da sie ja gerade hierzu berufen sind.

Bei § 82 GmbHG, aber zum Beispiel auch bei § 399 AktG, handelt es sich zudem um unechte Blankettstraftatbestände, die auf die Normen des GmbHG bzw. AktG Bezug nehmen.³⁹⁷ Der Gesetzgeber hat im Tatbestand im Anschluss an die zivilrechtlichen Vorgaben diejenigen Täter abschließend aufgezählt, bei denen er davon ausgeht, sie kämen für die Erfüllung der spezialrechtlichen Vorgaben in Betracht. Hätte er den Täterkreis nicht abschließend bestimmen wollen, wäre eine Regelung über § 14 StGB naheliegender gewesen.

³⁹⁶ Vgl. BT-Drucks 8/1347, S. 55 f.

³⁹⁷ Park/*Südbeck* Kap. 6 Rn. 185.

Wenn es damit bei Vorschriften wie § 82 GmbHG aufgrund des engen Bezuges zu den zivilrechtlichen Vorgaben grundsätzlich keines weiteren Kriteriums in Form eines Vertretungsbezuges durch die Betonung eines Erfordernisses des Handelns *als* Geschäftsführer bedarf, so ist dies folglich nachvollziehbar und lässt sich auch konzeptionell begründen. § 14 StGB stellt aber eine Regelung im Allgemeinen Teil des StGB dar, die einen solchen materiell-rechtlichen Bezug wie die Bilanzdelikte eben nicht aufweist, sondern dieser Bezug kann allenfalls über die jeweiligen Sonderdelikte (oder, wie sich noch zeigen wird, über allgemeine Organ- und Vertreterpflichten) hergestellt werden, auf die § 14 StGB angewendet wird. Bei den Vorschriften des Aktiengesetzes oder des GmbH-Gesetzes handelt es sich zudem um Regelungen, die speziell die Besonderheiten einzelner juristischer Personen berücksichtigen. § 14 StGB muss aber aufgrund seiner systematischen Stellung unterschiedslos anwendbar sein, wenn die Vorschrift eine allgemeine Regelung darstellen soll, die eben beispielsweise auf vertretungsberechtigte Organe verschiedener juristischer Personen anwendbar ist. Zudem berücksichtigen die Sonderdelikte, auf die § 14 StGB angewendet wird, gerade nicht die Besonderheiten einzelner juristischer Personen, woraus sich noch ein weiterer Unterschied zu den genannten Spezialgesetzen ergibt. Es bleibt damit zumindest die Frage, wie es strafrechtsdogmatisch zu rechtfertigen ist, wenn § 14 StGB ohne die Sachnähe zum jeweiligen Rechtsgebiet den Täterkreis auf die in dieser Vorschrift genannten Personen ausweitet und ob es im Gegensatz zu den eingangs genannten Sonderdelikten eines besonderen Vertretungsbezuges bedarf.

Festzuhalten bleibt zumindest eines: Weder die Gesetzeshistorie, noch die gesetzgeberische Konzeption haben gezeigt, dass der Zurechnungszusammenhang eine zwingende Voraussetzung des § 14 StGB darstellt. Der Vergleich zu den genannten Sonderdelikten zeigt zudem, dass das Erfordernis des Zurechnungszusammenhanges – anders als bspw. von *Schünemann*³⁹⁸ gefordert – nicht zwingend aus dem Wortlaut der Formulierung „als“ hergeleitet werden kann und auch nicht die heutige Gewichtung dieses Erfordernisses in der Rechtsprechung rechtfertigt.

³⁹⁸ LK/*Schünemann* § 14 Rn. 51.

B. Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Diskussion

Die Notwendigkeit einer gesonderten strafrechtsdogmatischen Begründung der durch § 14 StGB geschaffenen Organ- und Vertreterhaftung und deren Bedeutung für die Auslegung der Norm ist nicht unumstritten. Zum Teil wird ausgeführt, die strafrechtsdogmatische Begründung bzw. die Diskussion um Funktion und normtheoretische Struktur spiele für die praktische Anwendung der Vorschrift nur eine untergeordnete Rolle.³⁹⁹ Dem ist entgegenzuhalten, dass nur durch ein strafrechtsdogmatisches Fundament überzeugend erklärt werden kann, auf welche Delikte und Vertreter und unter welchen Voraussetzungen eine Strafausdehnung durch diese Vorschrift bewirkt werden kann.⁴⁰⁰ Allein das kriminalpolitische Bedürfnis für eine strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung stellt keine ausreichende Legitimation der strafbühnenden Wirkung des § 14 StGB dar.⁴⁰¹ Wie *Radtko* zudem richtig herausstellt, ist die strafrechtsdogmatische Begründung die wesentliche Stütze der Leitlinie für die Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 14 StGB und damit für die Frage, wann ein Handeln „als“ Vertreter im Sinne dieser Vorschrift vorliegt.⁴⁰² Daneben ist eine dogmatische Begründung notwendig, um den verfassungsrechtlichen Vorgaben insbesondere des Bestimmtheitsgebots zu genügen, da der Tatbestand insgesamt als relativ unbestimmt bewertet wird.⁴⁰³

Eine einheitliche strafrechtsdogmatische Begründung hat sich nicht herausgebildet, sondern es haben sich verschiedene Strömungen in der Literatur entwickelt.⁴⁰⁴ Die unterschiedlichen Ansätze lassen sich im Wesentlichen in zwei Richtungen unterteilen: diejenigen, die einen akzessorischen Ansatz verfolgen, und diejenigen, die einer eher naturalistischen Betrachtung nachgehen.

³⁹⁹ Lackner/*Kühl* § 14 Rn. 1; SSW/*Bosch* § 14 Rn. 3.

⁴⁰⁰ So auch MüKo-StGB/*Radtko* § 14 Rn. 11.

⁴⁰¹ Vgl. SK-StGB/*Hoyer* § 14 Rn. 7.

⁴⁰² *Radtko* a.a.O.

⁴⁰³ MüKo-StGB/*Radtko* § 14 Rn. 14; NK/*Böse* § 14 Rn. 5.

⁴⁰⁴ Vgl. auch die Übersicht bei *Ceffinato*, Legitimation und Grenzen der strafrechtlichen Vertreterhaftung, S. 299 ff.; ebenfalls *Pohl*, Der Vertretungsbezug der Handlung i.S.d. § 14 StGB, S. 46 ff.

I. Pflichtentheorie

Die Grundlage eines akzessorischen Ansatzes, der allgemein unter dem Begriff der Pflichtentheorie zusammengefasst wird, wurde vor allem von *Blauth* entwickelt.⁴⁰⁵ *Blauth* geht davon aus, bei einem großen Anteil der Sonderdelikte sei die Täterschaft durch die Pflichtenstellung des Täters gekennzeichnet.⁴⁰⁶ Diese Art von Sonderdelikten finde sich häufig dort, wo das Strafrecht „wie im Nebenstrafrecht bei der Bildung von Tatbeständen an außerstrafrechtliche Rechtsgebiete“ anknüpfe.⁴⁰⁷ Die entsprechenden Tatbestände des Nebenstrafrechts hätten oftmals die Aufgabe, außerstrafrechtlich bestehende Pflichten zu schützen, indem deren Verletzung strafrechtlich sanktioniert wird.⁴⁰⁸ Unter dem Begriff der „Pflicht“ versteht *Blauth* nicht das aus dem Straftatbestand folgende Gebot, die tatbestandliche Handlung zu unterlassen oder vorzunehmen, sondern die der Strafrechtsnorm logisch vorgelagerte außerstrafrechtliche Pflicht.⁴⁰⁹ Da außerstrafrechtlich die bspw. eine juristische Person treffende Pflicht nicht durch diese erfüllt werden könne, sei dort die Rechtsfigur des „(Pflichten-)Vertreters“ anerkannt, der die Verpflichtungen der juristischen Person für diese erfülle.⁴¹⁰ Ohne formal selbst Täter zu sein, trete der Vertreter in die für den Straftatbestand entscheidende außerstrafrechtliche Pflichtenbeziehung.⁴¹¹ Aufgrund der durch das Einrücken in diese Pflichtenstellung begründeten täterähnlichen Position hält *Blauth* eine Ausdehnung des Täterkreises für geboten. Entscheidend sei für die strafrechtliche Vertreterhaftung damit, ob die mit dem jeweiligen Sonderdelikt verbundene Pflichtenstellung eine Vertretung zulasse.⁴¹²

Die organschaftliche Vertretung juristischer Personen nimmt bei *Blauth* eine Sonderstellung ein. Da diese als Rechtssubjekt darauf angelegt seien, dass ein anderer für sie handelt, wird sie notwendigerweise in allen ihren Beziehungen

⁴⁰⁵ *Blauth*, „Handeln für einen anderen“ nach kommandem und geltendem Recht, S. 76 ff.

⁴⁰⁶ *Blauth* a.a.O.

⁴⁰⁷ *Blauth* a.a.O. S. 77.

⁴⁰⁸ *Blauth* a.a.O.

⁴⁰⁹ *Blauth* a.a.O. S. 77 f.

⁴¹⁰ *Blauth* a.a.O. S. 79.

⁴¹¹ *Blauth* a.a.O.

⁴¹² *Blauth* a.a.O.

zur Umwelt durch die Organe vertreten, weshalb auch alle Beziehungen, in denen die juristische Person Subjekt sein kann, eine Vertretung zulassen sollen.⁴¹³

Das Institut der Vertretung soll besonders im Fall der gesetzlichen Vertretung vom Gedanken der Fürsorge getragen sein, da bestimmte (Anm.: wohl natürliche *und* juristische) Personen ihren Aufgaben und Pflichten nicht nachkommen können und daher auch die Erfüllung der Verpflichtungen dieser Personen sichergestellt werden muss.⁴¹⁴ Dem gesetzlichen Vertreter obliege die Verpflichtung, die Pflichten des Vertretenen für diesen zu erfüllen.⁴¹⁵ Hierbei handele es sich um von den Verpflichtungen des Vertretenen abhängende öffentlich-rechtliche Sonderpflichten des gesetzlichen Vertreters, die *Blauth* als „Sekundärpflichten“ beschreibt. Erst diese selbstständigen, den Vertreter treffenden Sekundärpflichten sollen den Vertreter in eine täterähnliche Stellung einrücken lassen, wenn er aufgrund dieser Pflichten gehalten ist, „in den Pflichtenverhältnissen des Vertretenen, in denen das einzelne strafbegründende Tätermerkmal begründet ist, tätig zu werden“.⁴¹⁶

Neben der zivilrechtlichen Primärpflicht des Vertretenen und der öffentlich-rechtlichen Sekundärpflicht des Vertreters trete nun über § 14 StGB eine dritte, strafrechtliche Handlungspflicht, die als selbstständige Handlungspflicht nur den Vertreter treffen soll.⁴¹⁷ Diese strafrechtliche Handlungspflicht ist von der Sekundärpflicht aber abhängig, da anderenfalls erst die Sekundärpflicht außerstrafrechtliche Pflichten begründen würde.⁴¹⁸

Auch *Wiesener* geht davon aus, bei Sonderdelikten habe der Vertreter an Stelle des Vertretenen die vom Tatbestand vorausgesetzte Pflichtenstellung inne.⁴¹⁹ Vertretung bedeute im Strafrecht, dass der Vertreter „als Ersatz an Stelle des Vertretenen“ handele, weshalb Organ und Vertreter in die Pflichtenstellung des Sonderpflichtigen einrückten und an der Stelle handelten, wo der Vertretene

⁴¹³ *Blauth* a.a.O. S. 80.

⁴¹⁴ *Blauth* a.a.O.

⁴¹⁵ *Blauth* a.a.O. S. 81.

⁴¹⁶ *Blauth* a.a.O. S. 82.

⁴¹⁷ *Blauth* a.a.O.

⁴¹⁸ *Blauth* a.a.O. S. 83.

⁴¹⁹ *Wiesener*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Stellvertretern und Organen, S. 166 f.

sonst selbst anzutreffen wäre.⁴²⁰ *Wiesener* geht davon aus, es müsse jeweils dort, wo außerstrafrechtlich eine Pflicht normiert worden ist, davon ausgegangen werden, dass der Adressat dieser Pflicht von einem anderen ersetzt werden kann und im Falle einer juristischen Person sogar ersetzt werden muss, wenn zur Erfüllung der Pflicht eine Handlung einer natürlichen Person erforderlich ist.⁴²¹ Mit dieser Konstellation verbunden sei die Anerkennung der Möglichkeit ersatzweiser Wahrnehmung eines Pflichtenkreises, da mit der Normierung einer Pflicht nicht zum Ausdruck komme, welcher (Anm.: konkrete) Mensch zur Erfüllung dieser Pflicht höchstpersönlich zu handeln habe.⁴²² Daraus ergebe sich überall dort die Möglichkeit der Ersetzung, wo außerstrafrechtlich keine höchstpersönliche Wahrnehmung eines Pflichtenkreises gefordert wird.⁴²³ Derjenige, der an Stelle des Vertretenen handele, nehme für diesen dessen Pflichtenstellung ein, welche zugleich das besondere Merkmal des Sonderdeliktes ausmache.⁴²⁴ Voraussetzung sei aber, dass der Pflichtenkreis des Vertretenen vom Vertreter in eigener Verantwortung wahrgenommen werde. Ist diese Voraussetzung außerstrafrechtlich erfüllt, rechtfertige dies, den Vertreter von einer strafrechtlichen Organ- und Vertreterhaftung zu erfassen.⁴²⁵

Wiesener schließt sich an dieser Stelle ausdrücklich dem von *Bruns* geäußerten Gedanken an, dass eine Vorschrift wie § 14 StGB die Übertragung von Pflicht nicht ermöglichen kann, sondern voraussetze.⁴²⁶ Die strafrechtlichen Vertretungsmöglichkeiten sollen durch die außerstrafrechtliche Rechtsordnung vorgegeben sein, weshalb § 14 StGB lediglich die Frage entscheide, ob derjenige, auf den die Pflichten übertragen worden sind, ebenfalls nach den Vorgaben des Sonderdeliktes gleich dem im Tatbestand Genannten bestraft werden kann.⁴²⁷ Sowohl *Bruns*⁴²⁸ als auch *Wiesener*⁴²⁹ führen allerdings für die strafrechtliche

⁴²⁰ *Wiesener* a.a.O. S. 167 f.; *Wiesener* spricht in diesem Zusammenhang von „Ersetzung“.

⁴²¹ *Wiesener* a.a.O. S. 171.

⁴²² *Wiesener* a.a.O.

⁴²³ *Wiesener* a.a.O.

⁴²⁴ *Wiesener* a.a.O.

⁴²⁵ *Wiesener* a.a.O.

⁴²⁶ *Bruns*, Faktische Betrachtungsweise und Organhaftung, JZ 1958, 461, 464.

⁴²⁷ *Bruns* a.a.O.

⁴²⁸ *Bruns* a.a.O.

⁴²⁹ *Wiesener* a.a.O. S. 172 f.

Vertreterhaftung an, dass die verschiedentlich außerstrafrechtlich ausgestalteten Vertretungsbefugnisse strafrechtlich nicht relevant sein können. Vielmehr komme im damaligen § 50a Abs. 3 StGB (heute § 14 Abs. 3 StGB) zum Ausdruck, dass strafrechtlich eine wirksame Vertretungsbefugnis nicht maßgebend sein könne, sondern es allein darauf ankomme, „daß die Vertretungsbefugnis sich mit Rücksicht auf die Stelle ergibt, wo der Ersatzvertreter statt des Ersetzten stehen soll“⁴³⁰. Entscheidend sei damit die Wahrnehmung des jeweiligen Pflichtenkreises, an den das jeweilige Sonderdelikt anknüpfe.⁴³¹

Auch *Roxin* sah die Ersatzvertretung zunächst⁴³² als Grundgedanken des § 14 StGB, favorisiert mittlerweile aber den Begriff der Pflichtenübernahme als passenden Terminus⁴³³. Die strafausdehnende Wirkung des § 14 StGB sei seiner Meinung nach nur aus dem Gedanken zu rechtfertigen, dass „die an den Status des Täters geknüpften Pflichten auf den Außenstehenden (den Vertreter) übertragen werden“.⁴³⁴ Nach Ansicht *Roxins* lassen sich aber auch höchstpersönliche Pflichtenstellungen von § 14 StGB erfassen.⁴³⁵ Maßgeblich für die Anwendung des § 14 StGB sei demnach, ob die Pflicht, die vom konkreten Sonderdelikt beschrieben wird, auch durch einen anderen wahrgenommen werden könne. Sofern dies bejaht wird und sofern im konkreten Fall der Vertreter die Pflicht auch wahrgenommen hat, könne über § 14 StGB die strafrechtliche Verantwortung auf den Vertreter oder Beauftragten übertragen werden.⁴³⁶ Die Anwendung des § 14 StGB komme demnach einerseits nur dann in Betracht, wenn die Strafvorschrift nicht schon aufgrund ihres Wortlautes auf den Fall des Handels für einen anderen anwendbar ist, und andererseits nur dort, „wo ein Pflichtenkreis seiner Art nach von einem anderen als dem ursprünglichen Verpflichteten wahrgenommen werden kann“.⁴³⁷

⁴³⁰ *Wiesener* a.a.O. S. 173.

⁴³¹ *Wiesener* a.a.O.

⁴³² LK-StGB/*Roxin* § 14 Rn. 9.

⁴³³ *Roxin* AT II, § 27 Rn. 98.

⁴³⁴ *Roxin* a.a.O.

⁴³⁵ *Roxin* a.a.O. Rn. 101.

⁴³⁶ *Roxin* a.a.O. Rn. 102.

⁴³⁷ *Roxin* a.a.O. Rn. 104.

Das für § 14 StGB maßgebliche Prinzip soll nach *Marxen/Böse* ebenfalls darin begründet sein, dass Organe und Vertreter an den Pflichten des unmittelbaren Normadressaten teilhaben.⁴³⁸ Die Vorschrift knüpfe dabei an die sozialen Gegebenheiten des Wirtschaftslebens an.⁴³⁹ Anhand des Gedankens der Pflichtenteilhabe sollen sich die Anwendungsfälle von § 14 StGB ermitteln lassen: Maßgeblich sei, ob durch die im Tatbestand genannten besonderen persönlichen Merkmale eine übertragbare Pflichtenstellung bezeichnet wird.⁴⁴⁰

Radtke sieht den Strafgrund der Organ- und Vertreterhaftung ebenfalls allein in dem Gedanken der (spezifizierten) Pflichtenteilhabe.⁴⁴¹ Die Vorschrift des § 14 StGB könne lediglich auf eine hierauf fußende normativierende Deutung gestützt werden.⁴⁴² Der Gedanke der Pflichtenteilhabe stelle aber nur eine Art „Oberbegriff zur schlagwortartigen Charakterisierung des gesetzlichen Konzepts“ dar, welcher sich aus drei Elementen der Regelung des § 14 StGB ableite: der Struktur des jeweiligen Sonderdelikts, „dem Grund der Verpflichtung des Organs/Vertreters im primären Pflichtenkreis des Vertretenen im Außenverhältnis tätig zu werden“ und „den Anforderungen an den Akt der internen Beauftragung des Organs/Vertreters zur Erfüllung von (außerstrafrechtlichen) Pflichten des Vertretenen“.⁴⁴³

§ 14 StGB greife demnach zwar grundsätzlich auf außerstrafrechtliche, dem jeweiligen Straftatbestand zugrundeliegende Sonderpflichten zurück. Allerdings sei zwischen der Pflichtenteilhabe in Abs. 1 und Abs. 2 zu unterscheiden.⁴⁴⁴ Die Erfüllungspflichtigkeit der in Abs. 1 genannten Vertreter ergebe sich regelmäßig öffentlich-rechtlich unmittelbar aufgrund ihrer Organstellung.⁴⁴⁵ Aufgrund der fehlenden Handlungsfähigkeit des Vertretenen sollen nur die Vertreter regelmäßig die Pflichten erfüllen können, zugleich hierzu aber auch verpflichtet sein.⁴⁴⁶ Im Falle öffentlich-rechtlicher Pflichten solle dies

⁴³⁸ NK/*Marxen/Böse*, 3. Auflage, § 14 Rn. 14.

⁴³⁹ *Marxen/Böse* a.a.O.

⁴⁴⁰ *Marxen/Böse* a.a.O. Rn. 18.

⁴⁴¹ MüKo-StGB/*Radtke* § 14 Rn. 23.

⁴⁴² *Radtke* a.a.O.

⁴⁴³ *Radtke* a.a.O. Rn. 24.

⁴⁴⁴ *Radtke* a.a.O. Rn. 26.

⁴⁴⁵ *Radtke* a.a.O.

⁴⁴⁶ *Radtke* a.a.O.

aber nur dann gelten, wenn eine gesetzliche Grundlage für die eigene unmittelbare Pflicht der organschaftlichen oder gesetzlichen Vertreter existiere.⁴⁴⁷ Das Zusammenspiel von mangelnder Handlungsfähigkeit des Vertretenen und unmittelbarer eigenen Pflichtenstellung solle dazu führen, dass sich das Handeln des Vertreters dem unmittelbar strafbewehrten Verhalten des Vertretenen als materiell äquivalent erweise, was die Anwendung des einschlägigen Straftatbestandes mittels Transformation über § 14 StGB verfassungsrechtlich legitimiere.⁴⁴⁸ Der Strafgrund der Vertreterhaftung bestehe nach Ansicht *Radtkes* letztlich in der „durch außerstrafrechtliche Normen angeordneten Zuständigkeit für die Erfüllung von Pflichten des Vertretenen, an deren Verletzung der einschlägige Straftatbestand die Strafdrohung knüpft“, wobei sich die Funktion des § 14 Abs. 1 StGB „auf die Strafbewehrung des dem strafatbestandlichen Verhalten materiell äquivalenten Handelns des organschaftlichen/gesetzlichen Vertreters“ beschränke.⁴⁴⁹ Unter Bezugnahme auf *Brand*⁴⁵⁰ soll § 14 StGB nur dann zur Anwendung gelangen, wenn sich das Verhalten des Vertreters normativ als Verhalten des Vertretenen darstelle.⁴⁵¹

Im Gegenzug zu Abs. 1 sollen sich über Abs. 2 hingegen im Falle fehlender außerstrafrechtlicher Erfüllungspflichten des Vertreters externe Pflichten desselbigen begründen und gleichzeitig deren Nichterfüllung mit einer Strafbewehrung versehen lassen.⁴⁵² Auch hier bestehe der Strafgrund aber in der Teilhabe an der unmittelbar den Vertretenen treffenden Pflicht, deren Verletzung die Verwirklichung des über § 14 modifizierten Straftatbestandes darstelle.⁴⁵³ Während im Falle des § 14 Abs. 1 damit in der Regel eine primäre Erfüllungspflicht des Vertreters bereits außerstrafrechtlich bestehe, wird über § 14 Abs. 2 erst eine sekundäre, aus dieser Vorschrift resultierende Erfüllungspflicht geschaffen.⁴⁵⁴

⁴⁴⁷ Beispielhaft führt *Radtke* hier unter Bezugnahme auf *Rogall* § 34 AO an.

⁴⁴⁸ *Radtke* a.a.O. Rn. 27.

⁴⁴⁹ *Radtke* a.a.O.

⁴⁵⁰ *Brand*, Untreue und Bankrott, S. 236 ff.

⁴⁵¹ *Radtke* a.a.O.

⁴⁵² *Radtke* a.a.O. Rn. 28.

⁴⁵³ *Radtke* a.a.O.

⁴⁵⁴ *Radkte* a.a.O. Rn. 29.

Nach *Pohl* soll sich § 14 StGB nur dann legitimieren lassen, wenn begründet wird, „dass der Vertreter aus Sicht des Strafrechts derart die Stellung des Vertretenen eingenommen hat, dass die Einbeziehung des Vertreters in den Anwendungsbereich des für den Vertretenen geltenden Sonderdelikts gerechtfertigt“ erscheine.⁴⁵⁵ Die Pflichtentheorie hält *Pohl* aber in denjenigen Fällen zur Erklärung des Strafgrundes für ungeeignet, in denen ein Gleichlauf zwischen außerstrafrechtlichen und strafrechtlichen Pflichten nicht gegeben ist.⁴⁵⁶ Dies sei etwa dann der Fall, wenn der Bestellungsakt nicht wirksam ist oder die Verpflichtungen des Vertreters im Innenverhältnis nicht mit denen des Vertretenen im Außenverhältnis übereinstimmen.⁴⁵⁷

Gleichwohl hält *Pohl* an der Pflichtentheorie fest und hält nur eine Modifikation in denjenigen Fällen für notwendig, in denen außerstrafrechtliche Pflichten fehlen.⁴⁵⁸ Maßgeblicher Ansatz soll hierbei der in § 14 Abs. 3 StGB zum Ausdruck kommende Gedanken sein: Wenn dort ein bloß gewollter Bestellungsakt ausreicht, soll auch der Anschein der Vertreterbestellung ausreichend sein, da hiermit ebenfalls die Erwartung ordnungsgemäßer Pflichterfüllung verbunden sei.⁴⁵⁹ In diesem Fall komme § 14 StGB nicht mehr die Funktion zu, bestehende außerstrafrechtliche Pflichten zu garantieren, sondern der Vertreter müsse sich an denjenigen Pflichten des Vertretenen festhalten lassen, für die er scheinbar zuständig ist.⁴⁶⁰

Im Falle nicht erfüllungsfähiger natürlicher und juristischer Personen bestehe eine Erwartung des Rechtsverkehrs, dass die in § 14 Abs. 1 StGB genannten Personen die Pflichten des Vertretenen erfüllen, da nur diese zur Pflichterfüllung zur Verfügung stünden.⁴⁶¹ Aufgrund des gesetzlichen Leitbildes der vollumfänglichen Vertretung, welches den Organen und Vertretern im Sinne des

⁴⁵⁵ *Pohl*, Der Vertretungsbezug der Handlung i.S.d. § 14 StGB, S. 64.

⁴⁵⁶ *Pohl* a.a.O.

⁴⁵⁷ *Pohl* a.a.O.

⁴⁵⁸ *Pohl* a.a.O.

⁴⁵⁹ *Pohl* a.a.O. S. 64 f.

⁴⁶⁰ *Pohl* a.a.O. S. 65.

⁴⁶¹ *Pohl* a.a.O.

§ 14 Abs. 1 StGB zugrunde liege, werde deutlich, dass diese Personen anstelle des Vertretenen dessen Aufgabenbereich wahrnehmen.⁴⁶²

Bei erfüllungsfähigen Rechtssubjekten im Sinne des § 14 Abs. 2 StGB soll sich die Erwartung ordnungsgemäßer Pflichterfüllung darin begründen, dass dem beauftragten Vertreter Aufgaben zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung übertragen worden sind, da die Vorschrift der Notwendigkeit von Arbeitsteilung in der Wirtschaft Rechnung trage.⁴⁶³ Gleichzeitig liege in der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung der Grund dafür, warum die höchstpersönliche Pflichtenstellung (entgegen *Radtke* und *Roxin*) nicht vom Vertretenen wahrgenommen werden könne.⁴⁶⁴

Nach *Pohl* wäre damit in denjenigen Fällen, in denen außerstrafrechtliche Pflichten des Vertreters nicht bestehen, die Erwartung des Rechtsverkehrs an die ordnungsgemäße Erfüllung der Pflichten des Vertretenen durch den Vertreter maßgeblich.⁴⁶⁵

II. Der Ansatz *Hoyers*

Kritik an der Pflichtentheorie findet sich insbesondere bei *Hoyer*.⁴⁶⁶ Sofern eine Sekundärpflicht des Vertreters erst über § 14 Abs. 2 StGB konstituiert werden soll⁴⁶⁷, beantworte dies nicht die Frage nach dem materiellen Grund für diese Pflichtenkonstitution⁴⁶⁸. Dass § 14 Abs. 2 StGB wie jeder anderen Sanktionsnorm eine Verhaltenspflicht zugrunde liege, sei eine „triviale Erkenntnis“, und auf diesem Wege werde nur die Legitimation der Sekundärpflicht des Vertretenen und ihre Gleichstellung mit der Primärpflicht des Vertreters begründet, nicht aber die Legitimation der Sanktion für sich.⁴⁶⁹ Da der Wortlaut des § 14 Abs. 1 StGB ein Handeln „als“ Vertreter erfordere, liege zudem nahe, dass die Vorschrift an die Verletzung der Primärpflicht des Vertretenen anknüpfe und

⁴⁶² *Pohl* a.a.O.

⁴⁶³ *Pohl* a.a.O. S. 66 f.

⁴⁶⁴ *Pohl* a.a.O. S. 68.

⁴⁶⁵ *Pohl* a.a.O. S. 69.

⁴⁶⁶ SK-StGB/*Hoyer* § 14 Rn. 11 f.

⁴⁶⁷ Wie bspw. von *Radtke* gefordert, vgl. oben S. 93.

⁴⁶⁸ SK-StGB/*Hoyer* § 14 Rn. 11.

⁴⁶⁹ *Hoyer* a.a.O. unter Bezugnahme auf KK-OWiG/*Rogall* § 9 Rn. 88.

nicht an die Verletzung der Sekundärpflicht des Vertreters.⁴⁷⁰ Wenn § 14 StGB aber auf die Verletzung der Primärpflicht des Vertretenen durch den Vertreter abstelle, kläre die Pflichtentheorie nicht die Frage, warum der Vertreter für die Verletzung der Pflichten des Vertreters genau wie dieser haften soll, obwohl er nicht Adressat der Pflichten ist.⁴⁷¹

Hoyer wirft bei seinem Ansatz zunächst die Frage auf, worin der materielle Grund für die Beschränkung des Täterkreises auf den sonderpflichtigen Vertretenen bestehe.⁴⁷² § 14 StGB erfasse genau wie § 28 Abs. 1 StGB als besondere persönliche Merkmale nur täterbezogene Merkmale mit einer speziellen generalpräventiven Wirkung.⁴⁷³ Über diese Merkmale werde der kriminologisch bedeutsame Tätertyp erfasst, welcher im Falle des § 283 StGB der Schuldner sei, weil in dessen Person regelmäßig ein besonders intensives Tatmotiv und eine besonders einfache Tatbegehrbarkeit zusammenträfen.⁴⁷⁴ Mit der einem Sonderdelikt innewohnenden Sonderpflicht werde daher aus präventiven Gründen dem besonders ausgeprägten Tatinteresse eines Schuldners wirksam entgegen getreten, das aus diesen Umständen typischerweise erwachse.⁴⁷⁵ Wenn der materielle Grund für das Sonderdelikt in dem gesteigerten Tatinteresse des Sonderpflichtigen liege, dann müsse der Vertreter des Sonderpflichtigen typischerweise dazu neigen, sich mit den persönlichen Interessen des Sonderpflichtigen zu identifizieren.⁴⁷⁶ Vertreter i.S.d. § 14 StGB sei demnach, „wer aufgrund seiner Stellung typischerweise erwarten lässt, dass er sich als Interessenvertreter des Sonderpflichtigen verstehen und betätigen wird“.⁴⁷⁷ Dies decke sich auch mit der Interessentheorie der Rechtsprechung: nur wenn der Vertreter im Interesse des Vertretenen handle, liege ein Handeln „als“ Vertreter vor.⁴⁷⁸

Dies erkläre zudem den Umstand, dass § 14 Abs. 2 StGB nur Vertreter auf Leitungsebene erfasse: Je höher der Vertreter auf der Hierarchiestufe stehe, desto

⁴⁷⁰ *Hoyer* a.a.O. Rn. 12.

⁴⁷¹ *Hoyer* a.a.O. Rn. 13.

⁴⁷² *Hoyer* a.a.O. Rn. 17.

⁴⁷³ *Hoyer* a.a.O. Rn. 18.

⁴⁷⁴ *Hoyer* a.a.O.

⁴⁷⁵ *Hoyer* a.a.O.

⁴⁷⁶ *Hoyer* a.a.O. Rn. 19.

⁴⁷⁷ *Hoyer* a.a.O.

⁴⁷⁸ *Hoyer* a.a.O.

eher und vollständiger werde sich sein Interesse mit dem des Vertretenen decken. Nur wenn sich die Interessen von Vertreter und Vertretenem decken, lasse sich zudem erklären, warum § 14 StGB sich nicht mit der Ausübung von Vertretungsmacht begnüge, sondern der Interessentheorie folgend ein Handeln im Interesse des Vertretenen erfordere.⁴⁷⁹

III. Die Garantentheorie *Schünemanns*

Einen nicht akzessorischen, sondern naturalistischen Ansatz hat *Schünemann*⁴⁸⁰ entwickelt. Seiner Ansicht nach liegt § 14 StGB keine fundierte Gesamtkonzeption zugrunde, was auf einer noch unzureichenden wissenschaftlichen Durchdringung der Materie und der fehlenden Befreiung vom zivilistischen Denken beruhe.⁴⁸¹ Eine Gesamtkonzeption müsse vielmehr anhand der kriminalpolitischen Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers entwickelt werden.⁴⁸²

Entgegen der Pflichtentheorie habe die Bestellung eines Organs und die damit einhergehende Begründung öffentlich-rechtlicher und zivilrechtlicher Pflichten keinen Einfluss auf die Täterqualifikation. Dies ergebe sich schon aus der Natur der Sache und sei vom Gesetzgeber in § 14 Abs. 3 StGB klargestellt worden.⁴⁸³ Eine Anknüpfung an einen zivilistischen Pflichtenbegriff lasse sich zudem nicht mit den normativen Fundamenten des Strafrechts in Einklang bringen, da der Rechtsgüterschutz durch Generalprävention höchstpersönliche strafrechtliche und nicht etwa übertragbare oder beitriffsfähige zivilrechtliche Pflichten entstehen lasse.⁴⁸⁴

Der Gedanke der Pflichtenteilhabe ist hingegen auch bei *Schünemann* von Bedeutung. Der Begriff müsse aber weiter auf die der strafrechtlichen Pflicht zugrunde liegende soziale Beziehung zwischen dem Täter des Sonderdelikts und dem geschützten Rechtsgut weiterentwickelt werden.⁴⁸⁵ Denn als Täter soll nur

⁴⁷⁹ *Hoyer* a.a.O. Rn. 20.

⁴⁸⁰ LK-StGB/*Schünemann* § 14 Rn. 5 ff.; *ders.* Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 131 ff.; *ders.* wistra 1982, 41 ff.; *ders.* GA 1986, 293 ff.

⁴⁸¹ LK-StGB/*Schünemann* § 14 Rn. 6.

⁴⁸² *Schünemann* a.a.O. Rn. 10.

⁴⁸³ *Schünemann* a.a.O. Rn. 11.

⁴⁸⁴ *Schünemann* a.a.O.

⁴⁸⁵ *Schünemann* a.a.O. Rn. 12.

derjenige zu qualifizieren sein, der „unter den für die Integrität des Rechtsguts relevanten Aspekten in die Position des anderen hineingewachsen ist und jene Attribute auf sich gezogen hat, die bei der Vertypung des betreffenden Sonderdelikts durch den Gesetzgeber den Grund der Bestrafbarkeit abgegeben haben“⁴⁸⁶, da nur dann die in § 14 StGB angeordnete Gleichstellung von Vertreter und dem im Tatbestand genannten Vertretenen gerechtfertigt sein soll⁴⁸⁷.

Nach Ansicht *Schünemanns* soll durch § 14 StGB eine „wegen der Wortlautgrenze des Art. 103 Abs. 2 GG drohende Ungleichbehandlung beseitigt werden“, die daraus resultiere, dass sich die vom Gesetzgeber kriminalpolitisch intendierte und dogmatische sinnvolle Unrechtsstruktur des jeweiligen Sonderdeliktes und dessen letztliche sprachliche Fassung nicht decken würden.⁴⁸⁸ Eine Ungleichbehandlung bestünde immer dann, wenn der Täterkreis lediglich durch einen personalen Status wie den des Arbeitgebers eingegrenzt ist, anstatt auf einen für die Beeinträchtigung des Rechtsgutes maßgeblichen Funktionsbegriff abzustellen, der das tatsächliche Herrschaftsverhältnis über das Rechtsgut kennzeichne.⁴⁸⁹ *Schünemann* zieht hier eine Parallele zur Garantenstellung bei § 13 StGB: Entscheidend für die Täterschaft soll die Herrschaft über einen sozialen Bereich sein, da der maßgebliche Unrechtsgehalt der Tat in dem Missbrauch dieser Herrschaft liege.

Dem folgend handele es sich bei der Vertreterhaftung um nichts anderes als um eine Form der Übernahme einer Garantenstellung wegen Herrschaft über die Hilflosigkeit des Rechtsgutsobjektes⁴⁹⁰, da die Vertreterhaftung von denjenigen Tätermerkmalen gebildet werde, die eine garantengleiche Herrschaftsbeziehung über den Grund des Erfolges beschreiben.⁴⁹¹ Die dogmatische Grundlage und sachlogische Reichweite der Vertreterhaftung bemesse sich damit „konsequenterweise nach den für Grund und Grenzen der Unterlassungsdelikte allgemein geltenden Regeln“.⁴⁹²

⁴⁸⁶ *Schünemann* a.a.O. Rn. 13.

⁴⁸⁷ *Schünemann*, GA 1986, 293, 334.

⁴⁸⁸ *Schünemann* a.a.O.

⁴⁸⁹ *Schünemann* a.a.O.

⁴⁹⁰ *Schünemann*, GA 1986, 293, 334.

⁴⁹¹ *Schünemann*, wistra 1982, 41, 46.

⁴⁹² *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 138.

Grundlage der Übertragung der für § 13 StGB entwickelten Garantentheorie auf die Vertreterhaftung soll der Umstand sein, dass es sich bei den meisten Sonderdelikten um Herrschaftsdelikte handle, bei denen die Täterschaft eine faktische Näheposition des Handelnden zum Rechtsgut voraussetze, die durch einen fremden Vertrauensakt erworben worden sein muss.⁴⁹³ Die Anwendbarkeit des § 14 StGB soll daher auch allein davon abhängen, ob der Vertreter in die tatbestandsspezifische Funktion des Vertretenen eingetreten ist.⁴⁹⁴

IV. Der Ansatz *Rogalls*

Als „Synthese zwischen Pflichten und Garantentheorie“⁴⁹⁵ wird der Ansatz *Rogalls*⁴⁹⁶ bezeichnet. Nach *Rogall* gehe es bei der strafrechtlichen Organ- und Vertreterhaftung nicht um die Frage der Verantwortlichkeit des Verbandes für das Verhalten seiner Organe, sondern umgekehrt um die Frage der Verantwortlichkeit der Organe selbst.⁴⁹⁷ Davon ausgehend, dass der Vertreter in seiner Rolle als Repräsentant des Systems hafte, soll der Handelnde diese Rolle nur einnehmen, wenn er an der Willensbildung des Systems einen maßgeblichen Anteil habe, da der Normbruch nur dann als Ausdruck einer fehlerhaften kollektiven Sinnsetzung erscheine.⁴⁹⁸ In diesem Fall soll das Versagen des Vertreters als Versagen des Systems erscheinen, wobei die Verantwortlichkeit des Vertreters voraussetzen soll, dass dessen Verhalten als Verstoß des Vertretenen erscheint, auch wenn dessen strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht in Betracht komme.⁴⁹⁹ Wesentlicher Anknüpfungspunkt für diese „Repräsentantenhaftung“ soll dabei die Kompetenz zur kollektiven Sinnbestimmung sein.⁵⁰⁰

Für den Fall gesetzlicher Vertreter und Organe geht auch *Rogall* in Anknüpfung an die Pflichtentheorie davon aus, dass diese durch außerstrafrechtliche

⁴⁹³ *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 93.

⁴⁹⁴ *Schünemann*, GA 1986, 293, 335.

⁴⁹⁵ So MüKo-StGB/*Radkte* § 14 Rn. 20.

⁴⁹⁶ KK-OWiG/*Rogall* § 9 Rn. 17 ff.; *ders.*, Die strafrechtliche Organhaftung, in: Amelung (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, 2000, S. 145, 160 ff.

⁴⁹⁷ *Rogall*, Die strafrechtliche Organhaftung, S. 145.

⁴⁹⁸ KK-OWiG/*Rogall* § 9 Rn. 20.

⁴⁹⁹ *Rogall* a.a.O.

⁵⁰⁰ *Rogall* a.a.O.

Gesetze „unmittelbar und primär zur Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Pflichten des Vertretenen in Anspruch genommen" werden. Hierbei handele es sich nicht um eine Pflichtenteilhabe, sondern um den Fall der Auferlegung einer primären Erfüllungspflicht.⁵⁰¹

Während im Fall der gesetzlichen Vertretung der Sinn des § 14 StGB darin bestünde, eine bereits bestehende öffentlich-rechtliche Pflicht strafrechtlich zu garantieren, soll die Vorschrift im Fall der Substitutenhaftung im Sinne des Abs. 2 und im Fall der unwirksamen Bestellung im Sinne des Abs. 3 die öffentlich-rechtliche Pflicht erst schaffen und zugleich strafatbestandlich garantieren.⁵⁰²

Dass sowohl Vertreter als auch Substituten auf diese Weise zur Verantwortung gezogen werden, stelle aber lediglich eine triviale Erkenntnis dar. Der Grund der Konkretisierung der strafrechtlichen Haftung auf diese Gruppen könne sich nur aus dem eingangs genannten Repräsentationsgedanken ergeben.⁵⁰³

V. Zwischenergebnis

Alle Erklärungsmodelle haben damit zu kämpfen, dass bei der Einführung der Organ- und Vertreterhaftung ersichtlich das kriminalpolitische Bedürfnis der Überwindung von Strafbarkeitslücken im Vordergrund stand⁵⁰⁴ und diesem Bedürfnis eben kein strafrechtsdogmatisch durchdachtes Konzept zugrunde gelegt worden ist. Dies zeigt sich schon in der historischen Entwicklung der Strafausdehnungsvorschriften des § 244 KO a.F. und § 83 GmbHG a.F., da diese nur eingeführt worden sind, weil das preußische Obertribunal der Rechtspraxis die Nichtanwendbarkeit der damaligen Konkurstatbestände auf Vertreter vorgegeben hatte. Über die Funktion des § 14 StGB als „Instrument der Lü-

⁵⁰¹ Rogall a.a.O. Rn. 19; der Vertretene hingegen sei „habituell erfüllungsunfähig".

⁵⁰² Rogall a.a.O.

⁵⁰³ Rogall a.a.O.

⁵⁰⁴ Dazu Rogall, Die strafrechtliche Organhaftung, S. 145, 152: „Die Vorschrift stellt eine Reaktion des Gesetzgebers auf eine Lücke im Zurechnungssystem dar. Ihr Zweck ist es, „Umgehungs-sachverhalten“ entgegenzuwirken. § 14 StGB bewirkt eine Tatbestandsausweitung in dem Sinne, dass der Kreis der Normadressaten strafrechtlich ausgedehnt wird.“

ckenschließung und der Verhinderung von Gesetzesumgehungen kann im Ergebnis kein Zweifel bestehen⁵⁰⁵.

Dass eine strafrechtsdogmatische Grundlage dennoch erforderlich ist, ergibt sich nicht zuletzt aus dem Grundgesetz, da im Hinblick auf das Willkürverbot und Art. 3 GG sonst nicht erklärt werden kann, warum eine Strafausdehnung gerade auf den in § 14 StGB genannten Personenkreis und nicht auf weitere Personen erfolgt.

Die Erklärungsansätze folgen einer normativen/rechtlichen oder einer naturalistischen Betrachtung. Der Garantentheorie wird dabei beispielsweise seitens *Radtkes*⁵⁰⁶ und *Rogalls*⁵⁰⁷ entgegengehalten, diese bilde das geltende Recht nicht ab. Käme es allein auf eine Garantenherrschaft an, lasse sich die Begrenzung auf Betriebs- und Teilbetriebsleiter in Abs. 2 nicht erklären.⁵⁰⁸ Indem die Pflichtentheorie aber auf außerstrafrechtliche Pflichten von Vertreter und Vertretenem Bezug nimmt und über diese die strafrechtliche Haftung begründen will, muss auch sie sich der Frage stellen, ob sie sich nahtlos ins Rechtssystem einfügen lässt und dem außerstrafrechtlichen Rechtssystem gerecht wird.

In welche Pflichten ein Vertreter einrücken oder welche Pflichten des Vertretenen durch den Vertreter wahrgenommen werden sollen, bleibt letztlich nebulös. Ob sich ein solcher Erklärungsansatz rechtstatsächlich rechtfertigen lässt, setzt daher die Betrachtung der den Vertreter betreffenden außerstrafrechtlichen Rechtswirklichkeit voraus. Bevor in die abschließende Diskussion eingestiegen werden kann, soll daher nun im Folgenden zur Überprüfung der Vereinbarkeit der verschiedenen Ansätze mit der rechtstatsächlichen Wirklichkeit eine Darstellung derselbigen erfolgen. Dies betrifft die grundsätzliche gesellschaftsrechtliche Einbettung von Organen und Vertretern juristischer Personen ergänzt um die hier interessierende Situation der wirtschaftlichen Krise des Vertretenen.

⁵⁰⁵ *Rogall* a.a.O. S. 153.

⁵⁰⁶ MüKo-StGB/*Radtke* § 14 Rn. 23.

⁵⁰⁷ KK-OWiG/*Rogall* § 14 Rn. 17.

⁵⁰⁸ MüKo-StGB/*Radtke* § 14 Rn. 23.

C. Rechtstatsächliche Grundlagen

Der Geschäftsführer einer GmbH sieht sich beim Umgang mit einer wirtschaftlichen Krise mit einer Vielzahl von Vorschriften konfrontiert. Dies betrifft bspw. schon die Pflicht zur Insolvenzantragsstellung gemäß § 15a InsO, aber auch Haftungsfragen, wie die Pflicht zum Ersatz von Zahlungen der GmbH, die nach Eintritt der wirtschaftlichen Krise geleistet worden sind (§ 64 GmbHG). Ähnliches gilt für den Vorstand einer Aktiengesellschaft. Daneben gibt es aber auch allgemeine Regelungen, namentlich in den §§ 43 GmbHG, §§ 76, 93 AktG, welche den gesellschaftsrechtlichen Handlungsspielraum für die Organe von GmbH und Aktiengesellschaft vorgeben und mit dem sich diese konfrontiert sehen.

Im Folgenden soll für die besonders praxisrelevanten Fälle von Geschäftsführer und Vorstand beispielhaft dargestellt werden, welche Pflichten und Verhaltensweisen für diese aufgrund der verschiedenen zivilrechtlichen Vorgaben sowohl im Allgemeinen als auch in Bezug auf die wirtschaftliche Krise der Gesellschaft bestehen und welche Anforderungen ganz allgemein an die Organwaltertätigkeit gestellt werden. Eine Betrachtung der gewillkürten Vertreter wird im Rahmen der anschließenden Diskussion erfolgen.

I. Originär krisenbezogene Vorschriften

1. Pflicht zur Stellung des Eröffnungsantrages gemäß § 15a InsO

Als eine der wichtigsten Vorschriften des Unternehmensinsolvenzrechts⁵⁰⁹ statuiert § 15a Abs. 1 S. 1 InsO für Mitglieder des Vertretungsorgans – im Falle der GmbH also die Geschäftsführer – die Pflicht, im Falle der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der GmbH ohne schuldhaftes Zögern einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen. Bei mehreren Geschäftsführern ist jeder einzelne antragsverpflichtet, selbst wenn eine Ressortverteilung zwischen den Geschäftsführern vorliegt.⁵¹⁰ Diese Pflicht trifft auch den faktischen Geschäftsführer.⁵¹¹

⁵⁰⁹ MüKo-InsO/Klöhn § 15a Rn. 1.

⁵¹⁰ BGH, Urteil vom 01.03.1993 - II ZR 81/94 = NJW 1994, 2149, 2150.

⁵¹¹ BGH, Urteil vom 11.07.2005 - II ZR 235/03 = NZG 2005, 816.

Über § 15a InsO soll die rechtzeitige Einleitung eines Insolvenzverfahrens gewährleistet werden, damit Insolvenzverschleppungsschäden vermieden werden und die GmbH nicht zu Lasten der Gläubiger ohne insolvenzrechtlichen Schutz weitergeführt wird.⁵¹² Dies bezweckt, die mit der beschränkten Haftung verbundenen finanziellen Risiken für Dritte zu begrenzen.⁵¹³ Die Antragspflicht richtet sich im Falle der GmbH vor allem an den Geschäftsführer, da dieser zu dem Kreis derjenigen Personen gehört, die als Erste von der Insolvenzreife erfahren und daher als „gatekeeper“ verpflichtet werden, weitere Schäden von den Gläubigern abzuwenden.⁵¹⁴ Da die GmbH selbst mangels Handlungsfähigkeit nicht zur Insolvenzantragsstellung in der Lage ist, wird damit über § 15a „zur Bekämpfung von Missbräuchen und zur bestmöglichen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger eine strafbewährte Antragspflicht verbunden mit der Konsequenz einer persönlichen Haftung der die Antragspflicht verletzenden Organe das gewünschte Verhalten im Interesse eines effektiven Gläubigerschutzes“⁵¹⁵ erzwungen.

Schutzgut der Vorschrift ist zwar primär das Vermögensinteresse der Gläubiger, mittelbar allerdings auch das der GmbH selbst, da die Dreiwochenfrist dem Versuch der wirtschaftlichen Sanierung der GmbH dienen soll.⁵¹⁶ Die Vorschrift stellt ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB dar und begründet für den Antragspflichtigen eine Insolvenzverschleppungshaftung gegenüber den Altgläubigern⁵¹⁷ in Form eines Schadensersatzanspruches, der auf den Erhalt des Gesellschaftsvermögens gerichtet ist und vom Insolvenzverwalter geltend gemacht wird⁵¹⁸.

Abgesichert wird die Antragspflicht durch die Strafandrohung in § 15a Abs. 4 und 5 InsO. Hierbei handelt es sich um eine zusammengesetzte Strafnorm, die

⁵¹² MüKo-InsO/Klöhn § 15a Rn. 27.

⁵¹³ MüKo-StGB/Kiethe/Hohmann § 15a InsO Rn. 2.

⁵¹⁴ MüKo-InsO/Klöhn § 15a Rn. 29 m.w.N.

⁵¹⁵ Nerlich/Römermann/Mönning InsO § 15a Rn. 4.

⁵¹⁶ Tiedemann, GmbH-Strafrecht Rn. 30; BGHSt 48, 307, 309.

⁵¹⁷ Für Neugläubiger besteht ein direkter Schadensersatzanspruch.

⁵¹⁸ MüKo-InsO/Klöhn § 15a Rn. 151 m.w.N.

aus den Handlungsgeboten der Abs. 1 – 3 und der Strafbedrohung des Unterlassens dieser Handlung besteht.⁵¹⁹

Als Verhaltenspflicht ergibt sich damit für die organschaftlichen Vertreter einer sich in der wirtschaftlichen Krise befindenden juristischen Person oder Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit die Pflicht zur Stellung des Antrages auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Hierbei handelt es sich um eine primäre Pflicht der organschaftlichen Vertreter und nicht um eine Pflicht der von ihnen vertretenen Gesellschaft, da diese selbst zur Antragsstellung nicht in der Lage ist. Die Pflicht trifft im Falle einer GmbH den Geschäftsführer, da dieser gemäß § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG vertretungsberechtigtes Organ der GmbH ist und in der Regel als Erster vom Eintritt der Insolvenzureife Kenntnis erlangen wird.

2. Gesellschaftsrechtliches Zahlungsverbot gemäß § 64 GmbHG

§ 15a InsO steht im Zusammenhang mit den gesellschaftsrechtlichen Zahlungsverboten und wird flankiert durch die (sonstigen) Geschäftsleiterpflichten in der Krise, die aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht des Geschäftsleiters gegenüber seiner Gesellschaft abgeleitet werden können (etwa §§ 93 AktG, 43 GmbHG).

Haftungsrechtlich ist für den Geschäftsführer einer GmbH vor allem § 64 GmbHG von Bedeutung: Gemäß § 64 S. 1 GmbHG ist der Geschäftsführer der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet worden sind.⁵²⁰ Nach § 64 S. 3 GmbHG trifft den Geschäftsführer die gleiche Verpflichtung für Zahlungen an Gesellschafter, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten.

Die Vorschrift verfolgt den Zweck, „Masseverkürzungen im Vorfeld des Insolvenzverfahrens zu verhindern bzw. für den Fall, dass der Geschäftsführer dieser Massesicherungspflicht nicht nachkommt, sicherzustellen, dass das Gesellschaftsvermögen wieder aufgefüllt wird, damit es im Insolvenzverfahren zur ranggerechten und gleichmäßigen Befriedigung aller Gesellschaftsgläubiger zur

⁵¹⁹ Pelz in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kap. 9 Rn. 16.

⁵²⁰ Entsprechende Vorschriften finden sich für andere Gesellschaften bspw. in § 130a HGB, §§ 92 Abs. 2, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG und §§ 34 Abs. 3, 99 GenG.

Verfügung steht".⁵²¹ Sie verbietet dem Geschäftsführer, „die Insolvenzmasse zu schmälern und knüpft daran eine persönliche Haftung gegenüber der Gesellschaft, welche durch den Insolvenzverwalter im eröffneten Insolvenzverfahren geltend zu machen ist“⁵²². *Haas* sieht in ihr einen Verhaltensanreiz für den Geschäftsführer, von seinem Insolvenzantragsrecht im Interesse der Gläubiger frühzeitig Gebrauch zu machen bzw. die Insolvenzsituation bestmöglich zu bereinigen, da bei einer Fortführung trotz Insolvenzreife in der Regel ebenfalls eine Gefahr für die Benachteiligung der Gläubiger besteht.⁵²³ Der Gläubigerschutz soll zumindest mittelbar bewirkt werden, indem der Gesellschaft ein Haftungsanspruch gegen ihre Geschäftsführer zusteht und auf diesem Wege das Gesellschaftsvermögen gesichert wird.⁵²⁴ Daneben soll die Vorschrift den Geschäftsführer, solange er seine Funktion unbeschränkt ausübt, im Interesse der Gläubigergesamtheit für die Dauer der Insolvenzreife zum *Garanten für die Masseerhaltung* machen.⁵²⁵ Dogmatisch handelt es sich bei dem Anspruch aus § 64 GmbHG um einen Ersatzanspruch eigener Art der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer.⁵²⁶

Nach § 64 S. 2 GmbHG haftet der Geschäftsführer nicht, wenn die Zahlung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns vereinbar war. Vom Geschäftsführer wird erwartet, über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft stets im Bilde zu sein.⁵²⁷ Von ihm wird auch erwartet, sich Weisungen der Gesellschafter entgegenzustellen, deren Befolgung einen Verstoß gegen § 64 GmbHG darstellen könnte.⁵²⁸ Hinsichtlich des Verschuldens des Geschäftsführers reicht einfache

⁵²¹ So die Rechtsprechung: BGH, Urteil vom 05.05.2008 - II ZR 38/07 = NJW 2008, 2504, 2505; BGH, Urteil vom 29.11.1999 - II ZR 273/98 = BGHZ 143, 184, 186; BGH, Urteil vom 14.05.2007 - II ZR 48/06 = NJW 2007, 2118, 2119; BGH, Urteil vom 31.03.2003 - II ZR 150/02 = NZG 2003, 582, 583.

⁵²² *Commandeur/Römer*, Aktuelle Entwicklungen im Insolvenzrecht, NZG 2014, 175, 176.

⁵²³ Baumbach/Hueck/*Haas* GmbHG § 64 Rn. 1a.

⁵²⁴ *Altmeyden/Wilhelm*, Quotenschaden, Individualschaden und Klagebefugnis bei der Verschleppung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH, NJW 1999, 673, 678.

⁵²⁵ Baumbach/Hueck/*Haas* GmbHG § 64 Rn. 1a.

⁵²⁶ BGH, Urteil vom 08.01.2001 - II ZR 88/99 = NJW 2001, 1280, 1283; *Haas*, Der Erstattungsanspruch nach § 64 Abs. 2 GmbHG, NZG 2004, 737, 738 ff.

⁵²⁷ BGH, Urteil vom 14.05.2007 - II ZR 48/06 = NJW 2007, 2118, 2119.

⁵²⁸ BT-Drucks. 16/6140, S. 47.

Fahrlässigkeit aus, womit auch hinsichtlich der Insolvenzreife die Erkennbarkeit für den Geschäftsführer genügt.⁵²⁹

Schließlich findet sich in § 64 S. 3 GmbHG parallel zur Existenzvernichtungshaftung des § 30 GmbHG die Erstattungspflicht für Zahlungen an Gesellschafter, die erkennbar zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, im Unterschied zu § 30 GmbHG allerdings nicht zur Entstehung oder Vertiefung einer Unterbilanz geführt haben.⁵³⁰ Bei der Vorschrift handelt es sich ebenfalls um einen Anspruch eigener Art, der dem Schutz der Liquidität der Gesellschaft dienen soll.⁵³¹

Die persönliche Haftung des Geschäftsführers gemäß § 64 S. 1 GmbHG für Zahlungen nach Insolvenzreife stellt die wichtigste organschaftliche Haftungsgrundlage in der Insolvenz dar.⁵³² Sie greift auch während der vorläufigen Insolvenzverwaltung, wenn die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis gemäß § 22 InsO auf den vorläufigen Insolvenzverwalter übergegangen ist.⁵³³ Hat das Gericht gemäß § 21 Abs. 2 S. 2 InsO angeordnet, dass Verfügungen nur mit Zustimmungen des vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam sind, so greift die Haftung des § 64 S. 1 GmbHG auch für Zahlungen des Geschäftsführers, die ohne Zustimmung des Verwalters vorgenommen worden sind, wenn die Zahlung und die dadurch verursachte Schmälerung des Gesellschaftsvermögens zu Lasten der Gläubigermehrheit durch ihn veranlasst worden ist.⁵³⁴

Als weitere Verhaltenspflicht ergibt sich damit für den Geschäftsführer ein Verbot der Masseschmälerung zum Zeitpunkt der Insolvenzreife. Das Haftungsregime des § 64 GmbHG richtet sich ausschließlich an den Geschäftsführer und begründet eine Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft. Auf diesem Wege wird eine *Massesicherungspflicht* des Geschäftsführers begründet.

⁵²⁹ Henssler/Strohn/*Arnold* GmbHG § 64 Rn. 32.

⁵³⁰ MüKo-GmbHG/*Müller* § 64 Rn. 155.

⁵³¹ Henssler/Strohn/*Arnold* GmbHG § 64 Rn. 43.

⁵³² *Schmidt/ Poertzgen*, Geschäftsführerhaftung (§ 64 S. 1 GmbHG) in Zeiten des ESUG, NZI 2013, 369.

⁵³³ *Schmidt/Poertzgen* a.a.O. S. 374.

⁵³⁴ BGH, Urteil vom 16.03.2009 - II ZR 32/08 = NZI 2009, 486, 487.

3. Schutz des Stammkapitals über § 30 GmbHG

Die Vorschrift des § 30 GmbHG wurde bereits oben⁵³⁵ in ihrer Bedeutung im Rahmen des Zurechnungsmodells bzw. im Hinblick auf die Existenzvernichtungshaftung dargestellt. Ganz allgemein handelt es sich bei ihr um die zentrale Gläubigerschutzbestimmung zum Erhalt des Stammkapitals, also desjenigen Kapitals, das durch die Gesellschafter aufzubringen ist und der Gesellschaft im Interesse der Gläubiger garantiert wird.⁵³⁶ Über § 30 GmbHG soll dieses Stammkapital dem Zugriff der Gesellschafter entzogen werden, um der Gesellschaft ein ihren Bestand schützendes Mindestvermögen zu sichern.⁵³⁷

Gemäß § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG darf das zum Erhalt des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden. Unter Auszahlung ist hierbei jede Leistung zu verstehen, die wirtschaftlich das Vermögen der Gesellschaft mindert.⁵³⁸ Die Vorschrift erfasst nur Maßnahmen seitens der GmbH zugunsten eines Gesellschafters und erfasst auch mittelbare und verdeckte Zuwendungen gleich welcher Art.

Gewährleistet wird der Kapitalschutz des § 30 GmbHG vor allem über § 31 GmbHG. Gemäß § 31 Abs. 1 GmbHG steht der Gesellschaft gegen den Zahlungsempfänger ein Anspruch auf Erstattung der Zahlungen zu, die den Vorschriften des § 30 GmbHG zuwider geleistet worden sind. Ergänzend kann zudem ein Anspruch gemäß § 43 Abs. 2 und 3 GmbHG gegen den Geschäftsführer herangezogen werden. § 43 Abs. 3 GmbHG sieht eine Schadensersatzpflicht des Geschäftsführers vor, wenn Zahlungen den Bestimmungen des § 30 GmbHG zuwider aus dem zum Erhalt des Stammkapitals erforderlichen Vermögen der Gesellschaft gemacht worden sind. Hierbei handelt es sich um eine gesonderte und selbstständige Haftung des Geschäftsführers als besondere Ausprägung des § 43 Abs. 2 GmbHG.⁵³⁹

⁵³⁵ Oben Teil 1, B.III.2.

⁵³⁶ Roth/Altmeyen/*Altmeyen* GmbHG § 30 Rn. 1.

⁵³⁷ Hensler/Strohn/*Fleischer* GmbHG § 30 Rn. 1.

⁵³⁸ *Schröder* in: Römermann, Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, § 6 Rn. 7.

⁵³⁹ Michalski/*Haas/Ziemons*, § 43 Rn. 216; a.A. „Ersatzanspruch eigener Art im Sinne eines verschuldensabhängigen Folgenbeseitigungsanspruchs“; *Habersack/Schürnbrand*, Die Rechtsnatur der Haftung aus §§ 93 Abs. 3 AktG, 43 Abs. 3 GmbHG, WM 2005, 957, 961.

Der Geschäftsführer muss einerseits eigenhändige Auszahlungen unterlassen, die gegen § 30 GmbHG verstoßen, darüber hinaus aber auch aufgrund seiner Überwachungspflicht (s.u.) dafür Sorge tragen, dass gegen § 30 GmbHG verstoßende Zahlungen nicht von Mitgeschäftsführern oder anderen zur Vertretung der Gesellschaft berechtigten Personen getätigt werden.⁵⁴⁰ Aufgrund dieser Verhaltenspflicht hat der Geschäftsführer dafür Sorge zu tragen, dass Leistungen der Gesellschaft an die Gesellschafter unterbleiben, die das Stammkapital beeinträchtigen würden. Verstößt er hiergegen, steht der Gesellschaft ein Ersatzanspruch gegen ihn zu.

II. Nicht originär krisenbezogene Vorschriften – Die Legalitätspflicht von Geschäftsführer und Vorstand

1. § 43 GmbHG

Als Zentralnorm des „GmbH-rechtlichen Verantwortlichkeitsrechts“⁵⁴¹ formuliert § 43 Abs. 1 GmbHG für den Geschäftsführer den Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen Geschäftsmannes in allen Angelegenheiten der Gesellschaft. Verletzt der Geschäftsführer seine Obliegenheiten gegenüber der Gesellschaft, begründet § 43 Abs. 2 GmbHG seine Innenhaftung gegenüber der GmbH. Durch diese Haftungsandrohung soll der Geschäftsführer zu größerer Sorgfalt angehalten werden.⁵⁴² Gleichzeitig werden hierüber „reflexhaft“ auch die Gläubiger der Gesellschaft geschützt.⁵⁴³

Die Regelung des § 43 Abs. 1 GmbHG gibt den Pflichtenmaßstab für den Geschäftsführer vor, ist gleichzeitig aber auch *Quelle der Pflichten* des Geschäftsführers, da die Rechtspraxis aus der generalklauselartigen Formulierung („Die Geschäftsführer haben in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden.“) einzelne Verhaltenspflichten entwickelt.⁵⁴⁴ Pflichten wie die des § 64 GmbHG werden über § 43 GmbHG durch eine allgemeine Pflicht des Geschäftsführers ergänzt, sorgfältig

⁵⁴⁰ MüKo-GmbHG/*Fleischer* § 43 Rn. 286.

⁵⁴¹ MüKo-GmbHG/*Fleischer* § 43 Rn. 1.

⁵⁴² MüKo-GmbHG/*Fleischer* § 43 Rn. 2.

⁵⁴³ Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack* § 43 Rn. 1.

⁵⁴⁴ MüKo-GmbHG/*Fleischer* § 43 Rn. 10;

zu handeln.⁵⁴⁵ Die Regelung stellt damit eine allgemeine Umschreibung der unternehmerischen Verhaltenspflichten dar.⁵⁴⁶ Zu den Verhaltenspflichten gehören⁵⁴⁷ die

- Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensleitung
- Treuepflicht
- Verschwiegenheitspflicht
- Konzernleitungspflicht
- Legalitätspflicht
- Sorgfaltspflicht im engeren Sinne
- Überwachungspflicht/Compliance-Pflicht

Ganz allgemein trifft den Geschäftsführer die Pflicht *zur Abwendung von Schäden von der Gesellschaft*.⁵⁴⁸ Dazu gehört auch die Sorge für das rechtmäßige Verhalten der Gesellschaft nach außen, was unter dem Begriff der *Legalitätspflicht* geführt wird.⁵⁴⁹ Im Rahmen seiner Legalitätspflicht hat sich der Geschäftsführer bei seiner Amtsführung gesetzestreu zu verhalten.⁵⁵⁰ Dabei wird zwischen interner und externer Pflichtenbindung unterschieden.⁵⁵¹

Hinsichtlich der internen Pflichtenbindung hat der Geschäftsführer alle Verhaltensgebote zu erfüllen, die ihm durch das GmbHG und angrenzende Gesetze auferlegt werden.⁵⁵² Dies betrifft vor allem diejenigen Vorschriften, deren ausdrücklicher Adressat er ist, aber auch diejenigen, die sich allgemein an gesetzliche Vertreter von Kapitalgesellschaften oder juristischen Personen richten (Bspw. §15a InsO, § 325 HGB).

⁵⁴⁵ Michalski/Haas/Ziemons § 43 Rn. 2.

⁵⁴⁶ Michalski/Haas/Ziemons § 43 Rn. 40; KG Berlin, Urteil vom 09.10.1998 - 14 U 4823/96 = NZG 1999, 400. a.A.: Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 43 Rn. 8. Die Diskussion ist aber eher theoretischer Natur. Diejenigen, die der Vorschrift die Funktion einer Pflichtenquelle absprechen, sehen dieselben Pflichten lediglich in einem anderen Normengeflecht begründet.

⁵⁴⁷ Vgl. Aufzählung bei Michalski/Haas/Ziemons GmbHG § 43 Rn. 41; MüKo-GmbHG/Fleischer § 43 Rn. 12.

⁵⁴⁸ BGH, Urteil vom 28.04.2008 - II ZR 264/06 Rn. 38 = NJW 2008, 2437, 2441; BGH, Urteil vom 12.10.1987 - II ZR 251/86 = NJW 1988, 1321, 1322.

⁵⁴⁹ BGH, Urteil vom 28.04.2008 - II ZR 264/06 Rn. 38 = NJW 2008, 2437, 2441.

⁵⁵⁰ Fleischer, Aktuelle Entwicklung der Managerhaftung, NJW 2009, 2337.

⁵⁵¹ Fleischer a.a.O.

⁵⁵² MüKo-GmbHG/Fleischer § 43 Rn. 22.

Daneben trifft den Geschäftsführer im Hinblick auf die externe Pflichtenbindung die Pflicht, sich bei seiner Organwaltertätigkeit gesetzestreu zu verhalten.⁵⁵³ Er hat im Außenverhältnis all diejenigen Vorschriften einzuhalten, welche die Gesellschaft als Rechtssubjekt treffen. Dazu gehören beispielsweise die Vorschriften des Bilanz-, Kartell- und Wettbewerbsrechts, aber auch diejenigen des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts.⁵⁵⁴ Rechtswidrige Verhaltensweisen des Geschäftsführers im Außenverhältnis stellen gleichzeitig eine Pflichtverletzung im Innenverhältnis dar.⁵⁵⁵

Ein Verstoß gegen die Legalitätspflicht liegt auch dann vor, wenn dieser Verstoß im Interesse der Gesellschaft liegt, da dem Geschäftsführer kein Handlungsspielraum zusteht und die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften immer Vorrang hat (kein „*efficient breach of public law*“).⁵⁵⁶ Damit einher geht die Schadensersatzpflicht gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG, und zwar selbst dann, wenn das Verhalten des Geschäftsführers der GmbH im Ergebnis mehr genutzt als geschädigt hat.⁵⁵⁷ Eine „Theorie des Effizienten Rechtsbruchs“ wird kategorisch abgelehnt.⁵⁵⁸ Dieser Grundsatz hat sich auch in der jüngeren, höchstrichterlichen Rechtsprechung herausgebildet. Damit verbunden wurde generell sowohl die zivilrechtliche als auch strafrechtliche Haftung von Organen und Vertretern von Unternehmen für gesetzeswidriges Handeln fortentwickelt.⁵⁵⁹

Zusammenfassend verpflichtet die Legalitätspflicht den Geschäftsführer dazu, sich bei seiner Amtsführung gesetzestreu zu verhalten, den äußeren Haftungsrahmen der Gesellschaft mit allen geeigneten Mitteln einzuhalten und die zur Einhaltung der maßgeblichen Vorschriften erforderlichen Strukturen und Prozesse in der Gesellschaft zu schaffen.⁵⁶⁰ Ihm steht bei der Einhaltung der

⁵⁵³ BGH, Beschluss vom 13.09.2010 - 1 StR 220/09 = NJW 2011, 88, 92.

⁵⁵⁴ MüKo-GmbHG/*Fleischer* § 43 Rn. 30.

⁵⁵⁵ MüKo-GmbHG/*Fleischer* § 43 Rn. 31.

⁵⁵⁶ BGH, Urteil vom 27.08.2010 - 2 StR 111/09 = NJW 2010, 3458, 3460; BGH, Urteil vom 29.08.2008 - 2 StR 587/07 = NJW 2009, 89.

⁵⁵⁷ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 43 Rn. 23.

⁵⁵⁸ Bock, Criminal Compliance, S. 570; Fleischer, NJW 2009, 2337, 2338.

⁵⁵⁹ Vgl. unten III.

⁵⁶⁰ Michalski/Haas/Ziemons § 43 Rn. 44.

Pflichten, wie beispielsweise derjenigen zur Abführung der Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung, keinerlei Ermessen zu.⁵⁶¹

2. § 93 AktG

Das aktienrechtliche Pendant⁵⁶² zu § 43 GmbHG findet sich in § 93 AktG und hat in Wissenschaft und Praxis noch mehr Aufmerksamkeit erfahren als sein GmbH-rechtliches Ebenbild. Gemäß § 93 Abs. 1 S. 1 AktG haben die Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Gemäß § 93 Abs. 2 S. 1 AktG sind Vorstandsmitglieder, die ihre Pflichten verletzen, der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet.

Auch § 93 Abs. 1 S. 1 AktG stellt – genau wie § 43 Abs. 1 GmbHG – eine „generalklauselartige Umschreibung“ derjenigen Sorgfaltspflichten dar, welche die Vorstandsmitglieder bei ihrer Geschäftsführungstätigkeit zu beachten haben.⁵⁶³ Die Abs. 2 – 6 des § 93 AktG regeln daneben die (haftungsrechtliche) Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder gegenüber der AG.

§ 93 AktG dient dem Schutz der Aktionäre, aber auch dem Schutz des Gesellschaftsvermögens und damit der Gläubiger.⁵⁶⁴ Dies ist vor allem darin zu sehen, dass der Normzweck auch im Schadensausgleich liegt und der Schadensausgleich den Schutz des Gesellschaftsvermögens bezweckt,⁵⁶⁵ denn Verstöße gegen die Vorschrift begründen Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen ihre Vorstandsmitglieder in Form einer Innenhaftung⁵⁶⁶.

Genau wie durch § 43 GmbHG wird durch § 93 AktG eine Legalitätspflicht der Vorstandsmitglieder postuliert, welche diese insbesondere im Außenverhältnis

⁵⁶¹ *Terlau/Hürten* in: Römermann, Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, § 10 Rn. 50.

⁵⁶² *Spindler/Stilz/Fleischer* AktG § 93 Rn. 8.

⁵⁶³ *Hölters/Hölters* AktG § 93 Rn. 2.

⁵⁶⁴ *MüKo-AktG/Spindler* § 93 Rn. 1

⁵⁶⁵ *Hüffer/Koch* AktG § 93 Rn. 1.

⁵⁶⁶ Vgl. *Spindler* a.a.O.

zur Einhaltung der rechtlichen Pflichten und Vorgaben der Rechtsordnung verpflichtet.⁵⁶⁷

Auch im Rahmen des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG wird dabei zwischen interner und externer Pflichtenbindung unterschieden.⁵⁶⁸ Die interne Pflichtenbindung bestimmt sich neben Satzung und Geschäftsordnung vor allem durch das Aktiengesetz.⁵⁶⁹ Als Verhaltensgebot legt das Aktiengesetz Vorstandsmitgliedern gemäß § 92 AktG auch krisenbezogene Pflichten auf: Gemäß § 92 Abs. 1 AktG hat der Vorstand für den Fall, dass sich bei Aufstellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz ergibt oder bei pflichtmäßigem Ermessen anzunehmen ist, dass ein Verlust in Höhe der Hälfte des Grundkapitals besteht, unverzüglich die Hauptversammlung einzuberufen und ihr dies anzuzeigen. Ist die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eingetreten oder hat sich ihre Überschuldung ergeben, darf der Vorstand zudem gemäß § 92 Abs. 2 S. 1 AktG keine Zahlungen mehr leisten.⁵⁷⁰ Die Vorschrift ähnelt der des § 64 GmbHG, da sie ebenfalls ein Zahlungsverbot beinhaltet, „das den Zweck verfolgt, die verteilungsfähige Vermögensmasse einer insolvenzreifen Gesellschaft im Interesse der Gesamtheit ihrer Gläubiger zu erhalten und eine zu ihrem Nachteil gehende bevorzugte Befriedigung einzelner Gläubiger zu verhindern“.⁵⁷¹ Genau wie § 64 GmbHG stellt § 92 Abs. 2 S. 1 AktG eine Konkretisierung der Legalitätspflicht des Vorstandes dar. Ein Verstoß gegen § 92 Abs. 2 AktG begründet gemäß § 93 Abs. 2, 3 Nr. 6 AktG ausdrücklich eine Innenhaftung für rechtswidrig geleistete Zahlungen, da die Vorschrift eine Massesicherungspflicht des Vorstandes begründet.⁵⁷²

Im Außenverhältnis muss ein Vorstandsmitglied allgemein sämtliche Rechtsvorschriften einhalten, die das Unternehmen als Rechtssubjekt treffen, wobei auch die Bestimmungen des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts einzuhal-

⁵⁶⁷ MüKo-AktG/Spindler § 93 Rn. 74.

⁵⁶⁸ Fleischer, Aktienrechtliche Legalitätspflicht und „nützliche“ Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern, ZIP 2005, 141, 142.

⁵⁶⁹ Fleischer a.a.O.

⁵⁷⁰ Und ist ebenfalls gemäß § 15a InsO insolvenzantragspflichtig.

⁵⁷¹ Henssler/Strohn/Dauner-Lieb AktG § 92 Rn. 2.

⁵⁷² Vgl. Spindler/Stilz/Fleischer AktG § 92 Rn. 18.

ten sind.⁵⁷³ Verstößt er hiergegen, stellt dies wie im Rahmen des § 43 GmbHG⁵⁷⁴ eine Pflichtverletzung im Innenverhältnis dar⁵⁷⁵, welche eine Schadensersatzpflicht gemäß § 93 Abs. 2 AktG begründen kann.

Der Vorstand hat damit sowohl die Pflicht zum eigenen rechtmäßigen Handeln als auch die Pflicht, für das rechtmäßige Handeln des Unternehmens und seiner Mitarbeiter Sorge zu tragen.⁵⁷⁶

Ob eine Pflichtverletzung für die Gesellschaft „nützlich“ war, ist unerheblich: Im Rahmen der Innenhaftung kann sich ein Vorstandsmitglied nicht darauf berufen, der (strafrechtliche) Gesetzesverstoß sei subjektiv im Interesse der Gesellschaft oder objektiv zu ihrem Nutzen erfolgt.⁵⁷⁷ Ein Handlungsspielraum für profitable Pflichtverletzung besteht aufgrund der strengen Legalitätspflicht nicht.⁵⁷⁸ Gesetzesverstöße des Vorstandes liegen daher von vornherein nicht im „wohlverstandenen Gesellschaftsinteresse“ der Aktiengesellschaft und stellen immer einen Verstoß gegen die Legalitätspflicht dar.⁵⁷⁹ Begründet wird dies u.a. auch mit § 396 Abs. 1 S. 1 AktG: Aufgrund dieser Vorschrift kann eine Aktiengesellschaft auf Antrag der zuständigen obersten Landesbehörde des Landes, in dem die Gesellschaft ihren Sitz hat, durch Urteil aufgelöst werden,

⁵⁷³ *Fleischer* ZIP 2005, 141, 144; des Weiteren gehören dazu die Vorschriften des Zivil-, Bilanz-, Kartell-, Wettbewerbs-, Übernahme-, Arbeits-, Sozial-, Verwaltungs-, Verbraucher-, Umwelt- und Steuerrechts, der Gewerbeordnung und anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften bis hin zum Bundesimmissionsschutzrecht, vgl. Aufzählung bei Spindler/Stilz/*Fleischer* AktG § 93 Rn. 23.

⁵⁷⁴ vgl. oben.

⁵⁷⁵ *Fleischer* a.a.O.; ganz herrschende Meinung, vgl. *Habersack*, Die Legalitätspflicht des Vorstands einer AG, in: FS Uwe H. Schneider, S. 429, 433 m.w.N.

⁵⁷⁶ *Rieger*, Die aktienrechtliche Legalitätspflicht des Vorstands, S. 31, 48, 170 ff, 182, jeweils m.w.N.; Anders wohl *Habersack*, Die Legalitätspflicht des Vorstands einer AG, in: FS Uwe H. Schneider, S. 429, 432; *Wiesener*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, § 25 Rn. 4, der die Legalitätspflicht darauf reduziert, dass der Vorstand dafür Sorge zu tragen habe, „dass sich die Gesellschaft nach außen rechtmäßig verhält und insbesondere die ihr auferlegten öffentlich-rechtlichen Pflichten erfüllt“.

⁵⁷⁷ *Fleischer* ZIP 2005, 141, 145 m.w.N.; anders noch BGH, Urteil vom 08.05.1985 - IV a ZR 138/83 = NJW 1985, 2405.

⁵⁷⁸ *Fleischer* a.a.O.; a.A. *Rieger*, Die aktienrechtliche Legalitätspflicht des Vorstands, S. 159 ff., 167.

⁵⁷⁹ *Fleischer* ZIP 2005, 141, 148; a.A. *Rieger*, Die aktienrechtliche Legalitätspflicht des Vorstands, S. 164, wobei *Rieger* bei strafrechtlichen, gemeinwohlschützenden Normen stets einen Verstoß gegen die Legalitätspflicht annimmt.

wenn die Gesellschaft durch gesetzwidriges Verhalten ihrer Verwaltungsträger das Gemeinwohl gefährdet und Aufsichtsrat und Hauptversammlung nicht für eine Abberufung der Verwaltungsträger sorgen.⁵⁸⁰ Die Verletzung von strafrechtlichen Normen wird hierbei überwiegend als Gefährdung des Gemeinwohls verstanden. Lediglich *Rieger* wirft die Frage auf, ob hiervon evtl. diejenigen Antragsdelikte ausgenommen werden könnten, bei denen nur ein geringes Interesse an einer Verfolgung besteht.⁵⁸¹ Auch *Rieger* vertritt aber die Ansicht, eine Rechtfertigung eines Gesetzesverstößes käme selbst dann nicht in Betracht, wenn eine Rettung des Unternehmens nur aufgrund von rechts- oder ordnungswidrigen Maßnahmen möglich wäre, da die Interessen eines Unternehmens, das nur durch Rechtsbruch fortgeführt werden kann, nicht als vorrangig eingestuft werden könnten und sich die Fortführung des Unternehmens in diesen Fällen im Widerspruch zur Rechtsordnung bewege.⁵⁸² Im Ergebnis will *Rieger* daher allenfalls bei denjenigen fahrlässigen Taten eine Ausnahme in Betracht ziehen, die nicht gemeinwohlgefährdend sind.⁵⁸³ Für „marktübliche“ Rechtsverletzungen nimmt *Rieger* einen Fall der Pflichtenkollision an, welcher dem Vorstand eine Interessenabwägung ermöglichen soll, da dem wirtschaftlichen Unternehmensinteresse manchmal nur durch Vornahme einer Gesetzesverletzung Rechnung getragen werden könne.⁵⁸⁴ Dass dieser Gedanke gerade im Hinblick auf das Unternehmensinteresse unausgegoren ist, ergibt sich schon im Hinblick auf die ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sanktionsrisiken für das Unternehmen. Auch eine Aufsichtspflichtverletzung nach § 130 OWiG kann fahrlässig begangen werden und zu einer Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG führen. Wenn man hier der Ordnungswidrigkeit eine Gemeinwohlgefährdung abspricht, ist gerade im Hinblick auf die Gefahr einer Sanktion für das Unternehmen dessen Interesse an der Vermeidung einer solchen Sanktion zu betonen. Wie sich unter Berücksichtigung der Rechtsprechung unten noch zeigen wird, können ordnungswidrigkeitenrechtliche Sanktionen für Unternehmen derart gravierend sein, dass allein deren Vermeidung im Unternehmensinteresse steht. Grundsätzlich wird von *Rieger* nicht dargelegt, warum Unternehmens-

⁵⁸⁰ So *Fleischer* a.a.O.; Hölters/Hölters AktG § 93 Rn. 69.

⁵⁸¹ *Rieger*, Die aktienrechtliche Legalitätspflicht des Vorstands, S.162 f., wobei *Rieger* die Diskussion auch im Hinblick auf zivilrechtliche Rechtsverstöße führt.

⁵⁸² *Rieger*, Die aktienrechtliche Legalitätspflicht des Vorstands, S. 163 f.

⁵⁸³ *Rieger*, Die aktienrechtliche Legalitätspflicht des Vorstands, S. 164.

⁵⁸⁴ *Rieger*, Die aktienrechtliche Legalitätspflicht des Vorstands, S. 165.

interessen dazu geeignet sein sollen, strafrechtliche Verstöße des Vorstandes zu rechtfertigen. Denn allein schon aufgrund der Einheit der Rechtsordnung wirft dies die Frage auf, warum aktienrechtlich ein strafrechtlicher Verstoß aufgrund von betriebswirtschaftlichen Erwägungen gerechtfertigt sein soll, wenn dieser auch unter Berücksichtigung der Präventivwirkung des Strafrechts dort gerade nicht aufgrund solcher Erwägungen zu rechtfertigen ist. Würde man *Riegers* Argumentation folgen, stünde am Ende eine Abwägung, in der rein betriebswirtschaftlich die Folgen von strafrechtlichen Verstößen mit dem zu erwartenden Gewinn saldiert werden. Da eine solche Saldierung ganz überwiegend abgelehnt wird, bleibt es dabei, dass Raum für die Entfaltung unternehmerischer Initiative nur innerhalb des gesetzlich vorgegebenen Pflichtenrahmens besteht.⁵⁸⁵ Jedes andere Ergebnis würde fehlerhafte Anreize nach sich ziehen, die durch die Postulierung einer Legalitätspflicht gerade vermieden werden sollen.⁵⁸⁶

Dass Verstöße gegen die Legalitätspflicht stets eine Pflichtverletzung im Sinne des § 93 Abs. 2 AktG darstellen sollen, entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers: Dieser hat in der Gesetzesbegründung zum UMAG⁵⁸⁷ hinsichtlich der Änderungen des § 93 AktG ausdrücklich klargestellt, es solle für illegales Verhalten keinen „sicheren Hafen im Sinne einer haftungstatbestandlichen Freistellung“ geben.⁵⁸⁸ Nur für unternehmerische Entscheidungen gilt damit die Business Judgement Rule des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, nicht jedoch für rechtlich gebundene Entscheidungen.⁵⁸⁹

⁵⁸⁵ *Fleischer*, Corporate Compliance im aktienrechtlichen Unternehmensverbund, CCZ 2008, 1.

⁵⁸⁶ *Habersack*, Die Legalitätspflicht des Vorstands einer AG, in: FS Uwe H. Schneider, S. 429, 435.

⁵⁸⁷ Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts.

⁵⁸⁸ BT-Drucks. 15/5092 S. 11; eingeführt wurde damals auch der heutige § 93 Abs. 1 S. 2 AktG („Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“), der Ausnahmen vom Vorliegen einer Pflichtverletzung nach der Maßgabe der Business Judgement Rule macht. Vgl. hierzu auch MüKo-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 45.

⁵⁸⁹ *Rieger*, Die aktienrechtliche Legalitätspflicht des Vorstands, S. 45; dem Willen des Gesetzgebers widersprechend aber wohl auf S. 163.

Für eine „de-minimis“-Regel plädiert hingegen *Habersack*: Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass sich eine strenge Legalitätspflicht nur aus Gründen der Verhaltenssteuerung ergeben könne, favorisiert *Habersack* eine Ausnahme vom Vorwurf pflichtwidrigen Handelns für diejenigen Bagatellfälle, in denen ein Gesetzesverstoß typischerweise nicht schwer wiegt und zudem die wirtschaftlichen Folgen des Verstoßes gering sind.⁵⁹⁰ Diese Voraussetzungen sieht *Habersack* aber beispielsweise bei Kartellverstößen, Steuerhinterziehungen und Korruptionssachverhalten als nicht gegeben an.⁵⁹¹ Ein Beurteilungsspielraum soll höchstens bei öffentlich-rechtlichen Zahlungspflichten und bei Verwaltungsunrecht in Betracht kommen.⁵⁹² Zudem komme eine Relativierung der Legalitätspflicht allenfalls im Innenverhältnis in Betracht. Im Außenverhältnis bleibe es dabei, dass ein Verhalten des Vorstandes der Gesellschaft zuzurechnen ist und ein Gesetzesverstoß des Vorstandes daher auch im Außenverhältnis fortbestehe und die Außenhaftung nicht begrenzen könne.⁵⁹³ Für strafrechtliche Verstöße ist *Habersacks* Vorschlag damit im Ergebnis irrelevant.

Die Pflicht zur Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen findet sich mittlerweile auch im Deutschen Corporate Governance Kodex. Gemäß Punkt 4.1.3 gilt: „Der Vorstand hat für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen und wirkt auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hin (Compliance).“ Auch wenn die Existenz der Legalitätspflicht nicht bestritten sondern allgemein anerkannt wird, ist ihre dogmatische Herleitung bisher allerdings größtenteils vernachlässigt worden.⁵⁹⁴ Allgemein wird sie als Ausdruck bzw. Maßstab der Sorgfaltspflicht⁵⁹⁵ oder als eigenständige Sorgfaltspflicht verstanden⁵⁹⁶. Zum Teil wurde die Legalitätspflicht auch aus § 76 Abs. 1 AktG hergeleitet, was nach Einführung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG allerdings nun zum Teil auch ausdrücklich aufgegeben

⁵⁹⁰ *Habersack*, Die Legalitätspflicht des Vorstandes einer AG, in: FS Uwe H. Schneider, S. 429, 439.

⁵⁹¹ *Habersack* a.a.O.

⁵⁹² *Habersack* a.a.O.

⁵⁹³ *Habersack* a.a.O.

⁵⁹⁴ Vgl. hierzu *Habersack*, Die Legalitätspflicht des Vorstandes einer AG, in: FS Uwe H. Schneider, S. 429, 433 m.w.N.; *Rieger*, Die aktienrechtliche Legalitätspflicht des Vorstandes, S. 23, 27.

⁵⁹⁵ Vgl. MüKo-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 73 ff.

⁵⁹⁶ So *Spindler/Stilz/Fleischer* AktG § 93 Rn. 12 ff.

wird.⁵⁹⁷ Diese Diskussion wird nur dann relevant, wenn man entgegen der h.M. eine Doppelfunktion des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG (generalklauselartige Umschreibung der Verhaltenspflichten bei gleichzeitiger Festlegung des Verschuldensmaßstabes) verneint.⁵⁹⁸ Diskutiert wird als mögliche dogmatische Grundlage ferner eine Herleitung aus § 396 AktG und aus Punkt 4.1.3 des Deutschen Corporate Governance Kodex.⁵⁹⁹ Da die Existenz der Legalitätspflicht und vor allem ihre Ausprägung aber allgemein anerkannt sind, ist ihre dogmatische Untermauerung theoretischer Natur und für die weitere Untersuchung irrelevant.

Da sich die Sorgfaltspflicht des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG auf die Geschäftsführung bezieht, ist diese auch Bezugspunkt der Legalitätspflicht. Zur Geschäftsführung im Sinne des § 77 AktG gehört jedwede tatsächliche oder rechtsgeschäftliche Tätigkeit für die AG, welche sowohl die Leitung der AG als herausgehobenen Teilbereich als auch jede Einzelmaßnahme, welche der Vorstand intern oder gegenüber Dritten trifft, umfasst.⁶⁰⁰ Die Geschäftsführung im Sinne des § 77 Abs. 1 AktG ist grundsätzlich auch übertragbar.⁶⁰¹ Dies gilt hingegen nicht für Leitungsaufgaben im Sinne des § 76 Abs. 1 AktG.⁶⁰² Zur Leitungsaufgabe im Sinne des § 76 Abs. 1 AktG gehört unter anderem die Pflicht, für das rechtmäßige Verhalten innerhalb der AG zu sorgen.⁶⁰³ Diese Legalitätskontrolle verpflichtet den Vorstand dazu, in seinem Verantwortungsbereich durch geeignete organisatorische Maßnahmen für ein gesetzestreu Verhalten seiner Untergebenen zu sorgen.⁶⁰⁴ Die Existenz dieser Pflicht ist unbestritten.⁶⁰⁵ Auch wenn sie selbst nicht delegiert werden kann, so können zumindest Vorbereitungs- und Ausführungsaufgaben im Zusammenhang mit Leitungsaufgaben

⁵⁹⁷ In ausdrücklicher Abkehr zur Voraufgabe Hüffer/*Koch* AktG § 93 Rn. 5.

⁵⁹⁸ Vgl. *Koch* a.a.O.

⁵⁹⁹ Eine umfassende Darstellung möglicher dogmatischer Grundlagen findet sich bei *Rieger*, Die aktienrechtliche Legalitätspflicht des Vorstands, S. 27 ff.

⁶⁰⁰ Hüffer/*Koch* AktG § 77 Rn. 3.

⁶⁰¹ *Rieger*, Die aktienrechtliche Legalitätspflicht des Vorstands, S. 112 ff.

⁶⁰² Hüffer/*Koch* AktG § 76 Rn. 8.

⁶⁰³ Hüffer/*Koch* AktG § 76 Rn. 11.

⁶⁰⁴ OLG Köln, Urteil vom 31.08.2000 - 18 U 42/00 = NZG 2001, 135, 136; *Fleischer*, Corporate Compliance im Unternehmensverbund, CCZ 2008, 1, 2; *Rieger*, Die aktienrechtliche Legalitätspflicht des Vorstands, S. 139.

⁶⁰⁵ Hüffer/*Koch* AktG § 76 Rn. 13.

vertikal delegiert werden.⁶⁰⁶ In jüngerer Zeit hat sich in Unternehmen die Praxis herausgebildet, sogenannte Compliance-Officer mit der Verhinderung von Rechtsverstößen zu beauftragen, insbesondere im Hinblick auf Straftaten, die aus dem Unternehmen heraus begangen werden und diesem erhebliche Nachteile durch Haftungsrisiken oder Ansehensverlust bringen können. Eine solche Beauftragung ist nach jüngerer BGH-Rechtsprechung dazu geeignet, für den Compliance-Officer eine Garantenstellung im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB zu begründen.⁶⁰⁷ Für den Vorstand bedeutet dies aber keine Haftungserleichterung, da er sich durch Delegation nicht seiner Letztverantwortung für die Sicherstellung des rechtmäßigen Unternehmensverhaltens zur Gänze entäußern kann.⁶⁰⁸ Eigentlicher Adressat von Garantenpflichten im Unternehmen ist schließlich der Vorstand und eben nicht der Compliance-Officer.⁶⁰⁹

Die sich aus § 43 GmbHG und § 93 AktG ergebenden Pflichten gelten gemäß § 44 GmbHG bzw. § 94 AktG auch für die Stellvertreter der Geschäftsführer bzw. der Vorstandsmitglieder. Als Stellvertreter kommen aber nur ordentliche Vorstandsmitglieder⁶¹⁰ oder stellvertretende Geschäftsführer⁶¹¹ in Betracht. Fehlt bei einer GmbH der für einen stellvertretenden Geschäftsführer ebenfalls erforderliche Bestellungsakt und nimmt dieser gleichwohl die Leitungsfunktionen eines Geschäftsführers wahr, so ist § 43 GmbHG entsprechend anzuwenden.⁶¹² Damit gilt die Legalitätspflicht auch für den faktischen Geschäftsführer.⁶¹³ Der BGH hat ebenfalls entschieden, dass den faktischen Geschäftsführer die Pflichten und Haftung des § 64 GmbHG treffen.⁶¹⁴ *Fleischer* sieht in der Erstreckung der Geschäftsführerpflichten auf faktische Organe eine notwendige

⁶⁰⁶ *Rieger*, Die aktienrechtliche Legalitätspflicht des Vorstands, S. 116, 131.

⁶⁰⁷ BGH, Urteil vom 17.07.2009 - 5 StR 394/08 = NJW 2009, 3173, 3175.

⁶⁰⁸ *Bürkle*, Grenzen der strafrechtlichen Garantenstellung des Compliance-Officers, CCZ 2010, 4, 5; *Reichert*, Reaktionspflichten und Reaktionsmöglichkeiten der Organe auf (möglicherweise) strafrechtsrelevantes Verhalten innerhalb des Unternehmens, ZIS 2011, 113, 115.

⁶⁰⁹ *Reichert* a.a.O.

⁶¹⁰ Vgl. MüKo-AktG/*Spindler/Kalss* § 94 Rn. 1.

⁶¹¹ *Henssler/Strohn/Oetker* GmbHG § 44 Rn. 1.

⁶¹² *Henssler/Strohn/Oetker* GmbHG § 43 Rn. 9.

⁶¹³ *Oetker* a.a.O.

⁶¹⁴ BGH, Urteil vom 11.07.2005 - II ZR 235/03 = NZG 2005, 816, allerdings noch zu § 64 GmbHG a.F.

teleologische Extension des § 43 GmbHG, da „die weit reichenden Einwirkungsmöglichkeiten faktischer Geschäftsführer aus Gründen des Gläubiger- und Gesellschafterschutzes eine schadensersatzrechtliche Sonderordnung erfordern“ und demjenigen, der sich die Stellung eines GmbH-Geschäftsführers anmaßt, der Einwand verwehrt sein muss, er könne mangels Bestellung nicht in Anspruch genommen werden.⁶¹⁵ Auf leitende Angestellte, Mehrheitsgesellschafter etc. findet § 43 GmbHG aber grds. keine Anwendung.⁶¹⁶

III. Die Legalitätspflicht in der Rechtsprechung

Das jugendliche Alter der Legalitätspflicht erschwert naturgemäß die aus ihr zu ziehenden dogmatischen Schlussfolgerungen. Einen wichtigen Beitrag hierfür leistet die Rechtsprechung: Wie sich Verstöße gegen die Legalitätspflicht auswirken, hat insbesondere die höchstrichterliche Rechtsprechung jüngerer Zeit verschiedentlich beschäftigt. Im Folgenden soll daher ein kurzer Überblick über einige wesentliche, für die weitere Diskussion wichtige Urteile gegeben werden.

1. Die „ARAG/Garmenbeck“-Entscheidung

Die in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG getroffene Regelung beruht⁶¹⁷ auf der sogenannten ARAG/Garmenbeck-Entscheidung des BGH⁶¹⁸:

Dem Sachverhalt⁶¹⁹ lag eine Klage von Mitgliedern des Aufsichtsrates einer Versicherung gegen Beschlüsse dieses Aufsichtsrates zugrunde, mit denen die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den Vorstandsvorsitzenden der Versicherung abgelehnt worden ist. Dieser hatte nach Ansicht der Kläger seine ihm gegenüber der AG obliegenden Sorgfaltspflichten verletzt. Der Vorstandsvorsitzende war zugleich alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer von Tochtergesellschaften der AG. Diese unterhielten Geschäftsbeziehungen in Form von Darlehensgeschäften zu einer ausländischen Limited. Deren Geschäftsmodell brach zusammen, da es auf einem Schneeball-System

⁶¹⁵ MüKo-GmbHG/*Fleischer* § 43 Rn. 226.

⁶¹⁶ MüKo-GmbHG/*Fleischer* § 43 Rn. 215.

⁶¹⁷ Vgl. MüKo-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 8.

⁶¹⁸ BGH, Urteil vom 21.04.1997 - II ZR 175/95 = NJW 1997, 1926 = BGHZ 135, 244.

⁶¹⁹ Hierzu BGHZ 135, 244, 245 ff.

beruhte, wodurch den Tochtergesellschaften der AG ein Forderungsausfall entstand und diese dadurch ihre eigenen Bankverbindlichkeiten nicht mehr bedienen konnten. Für diese Bankkredite hatte die AG aufgrund einer auch vom Vorstandsvorsitzenden unterzeichneten Patronatserklärung einzustehen.

Die Kläger waren der Ansicht, dass der Vorstandsvorsitzende im Rahmen der mit der Limited getätigten Geschäfte seine Sorgfaltspflichten gegenüber der AG verletzt und sich dadurch schadensersatzpflichtig gemacht habe. Den Antrag der Kläger auf einen entsprechenden Beschluss hatte der Aufsichtsrat abgelehnt. Mit ihrer Klage begehrt die Kläger die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Ablehnungsbeschlüsse.

Der BGH stellte zunächst fest, den Aufsichtsrat träfe die Pflicht, eigenverantwortlich das Bestehen von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern aus deren organschaftlicher Tätigkeit zu prüfen und diese bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen auch geltend zu machen.⁶²⁰

Bei der Prüfung der tatbestandlichen Voraussetzungen habe der Aufsichtsrat aber zu berücksichtigen, dass dem Vorstand bei der Leitung der Geschäfte der AG ein weiter Handlungsspielraum zustehe, ohne den eine unternehmerische Tätigkeit nicht denkbar wäre.⁶²¹ Dieser Handlungsspielraum umfasse auch das bewusste Eingehen von geschäftlichen Risiken und die grundsätzliche Gefahr von Fehlbeurteilungen.⁶²² Eine Schadensersatzpflicht komme aber dann in Betracht, wenn die Grenzen des Handlungsspielraums deutlich überschritten worden sind, die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt worden ist oder das Verhalten des Vorstandes aus anderen Gründen als pflichtwidrig gelten muss.⁶²³

Ist der Aufsichtsrat zu dem Ergebnis gekommen, dass sich das Vorstandsmitglied schadensersatzpflichtig gemacht hat, so kann der Aufsichtsrat von der Geltendmachung des Schadensersatzanspruches nur dann ausnahmsweise absehen, wenn gewichtige Interessen und Belange der Gesellschaft dafür sprechen,

⁶²⁰ BGHZ 135, 244, 252.

⁶²¹ BGHZ 135, 244, 253.

⁶²² BGH a.a.O.

⁶²³ BGHZ 135, 244, 253 f.

den ihr entstandenen Schaden ersatzlos hinzunehmen.⁶²⁴ Ein Anspruchsverzicht muss aber die Ausnahme darstellen, während die Verfolgung der Schadensersatzansprüche gegenüber einem Vorstandsmitglied die Regel sein muss.⁶²⁵

Mit seinem Urteil stellt der BGH zwei Grundsätze auf:

Zunächst ist der Aufsichtsrat verpflichtet, Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen Mitglieder des Vorstandes zu verfolgen. Nur im Hinblick auf das Unternehmenswohl darf hiervon abgesehen werden, was aber die absolute Ausnahme darstellen dürfte.

Gleichzeitig steht den Vorstandsmitgliedern aber ein Handlungsspielraum bei der Leitung der Geschäfte der Gesellschaft zu, ohne den eine unternehmerische Tätigkeit nicht möglich wäre. Dieser Passus des Urteils findet sich nun auch im Gesetz⁶²⁶: Gemäß § 93 Abs. 1 S. 2 AktG liegt eine Pflichtverletzung des Vorstandsmitgliedes nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.

Wie oben dargestellt, war es aber ausdrücklicher Wille des Gesetzgebers, Verstöße gegen die Legalitätspflicht in Form von rechtswidrigem Handeln nicht von § 93 Abs. 1 S. 2 AktG zu erfassen. Verstößt ein Vorstandsmitglied daher gegen seine Legalitätspflicht und entsteht der Gesellschaft dadurch ein Schaden, so ist er gegenüber der Gesellschaft schadensersatzpflichtig und der Schadensersatzanspruch ist von der Gesellschaft geltend zu machen. Strafrechtliche oder ordnungswidrigkeitenrechtliche Verstöße von Vorstandsmitgliedern stellen immer eine Verletzung ihrer organschaftlichen Pflichten dar und begründen daher – bei Vorliegen eines Schadens – stets einen Schadensersatzanspruch der Aktiengesellschaft gegenüber dem Betroffenen, welcher durch den Aufsichtsrat geltend zu machen ist.

⁶²⁴ BGHZ 135, 244, 255.

⁶²⁵ BGHZ 135, 244, 256.

⁶²⁶ vgl. oben.

2. BGH, Beschluss vom 23.04.2007 – II ZR 149/06

Mit der gesellschaftsrechtlichen Würdigung von im Unternehmensinteresse vorgenommenen Zahlungen aus einer schwarzen Kasse hatte sich der BGH in seinem Beschluss vom 23.04.2007 – II ZR 149/06⁶²⁷ zu befassen:

Der Betroffene war Direktor eines Nahverkehrsbetriebes und hatte in Abstimmung mit dem Betriebsrat während der Umstrukturierung des Betriebes in eine GmbH ein „Sportlerheim“ an einem nicht zum Betrieb gehörenden Sportplatz errichten lassen. Das Gebäude, welches Duschen, Umkleiden und Gemeinschaftsräume enthielt, sollte von den Betriebsangehörigen später genutzt werden. Offiziell war es als „ein aus betrieblichen Gründen einzurichtendes WC an der Endhaltestelle der Buslinie“ mit 20.000,00 DM im Haushalt angesetzt worden. Tatsächlich wurden die deutlich höheren Kosten aus schwarzen Kassen des Betriebes beglichen.

Der BGH sah hierin eine Verletzung der organschaftlichen Pflichten des Geschäftsführers⁶²⁸, obwohl dieser ausschließlich zugunsten des Betriebes und der Belegschaft tätig geworden ist. *Fleischer* folgend sollen im Rahmen des § 43 Abs. 1 GmbHG solche „nützliche Aufwendungen“ daher unabhängig vom Nutzen für die Gesellschaft als organschaftliche Pflichtverletzung zu bewerten sein.⁶²⁹

3. Die „Siemens/ENEL“ Entscheidung

Dass die Bildung von „schwarzen Kassen“ zugunsten der Gesellschaft eine Pflichtverletzung darstellt, hat der BGH schon in seiner Kanter/Weyrauch-Entscheidung⁶³⁰ bzw. insbesondere im Fall Siemens/ENEL⁶³¹ entschieden.

⁶²⁷ DStR 2007, 1358.

⁶²⁸ Orientierungssatz 1, aus Rn. 8 des Urteils gefolgert: „Der Geschäftsführer, der eigenmächtig und unter Verschleierung des wahren Sachverhalts auf fremdem Grund und Boden ein „Sportlerheim“ errichten lässt, das von den Angehörigen des von der Gesellschaft unterhaltenen Nahverkehrsbetriebs genutzt werden soll, und der dafür Gelder aus „schwarzen Kassen“ verwendet, verletzt seine organschaftlichen Pflichten.“

⁶²⁹ *Fleischer*, NJW 2009, 2337, 2338.

⁶³⁰ BGH, Urteil vom 18.10.2006 - 2 StR 499/05 = NJW 2007, 1760.

⁶³¹ BGH, Urteil vom 29.08.2008 - 2 StR 587/07 = NJW 2009, 89.

Im Fall Siemens/ENEL hatte der BGH über die Strafbarkeit von Bereichsleitern des Unternehmens wegen Bestechung und Untreue zu entscheiden. Die Bereichsleiter hatten über Konten bzw. Stiftungen in Liechtenstein aus dort unterhaltenen schwarzen Kassen Bestechungszahlungen an Mitglieder eines italienischen Unternehmens getätigt, um die Ausschreibung von Aufträgen positiv für Siemens zu entscheiden.

Der BGH hatte hier entschieden, bereits das Entziehen der finanziellen Mittel zur Bildung einer schwarzen Kasse stelle eine Pflichtverletzung im Rahmen des § 266 StGB dar und zwar selbst dann, wenn die Mittel im Interesse des Unternehmens verwendet werden sollen und im Ergebnis zu dessen Vermögenszuwachs beitragen.⁶³² Dass die Mittel auf den Auslandskonten verborgen wurden, um durch die Leistung von Bestechungszahlungen an Dritte den mittelbaren wirtschaftlichen Interessen des Unternehmens zu dienen, lasse die Pflichtwidrigkeit ebenfalls nicht entfallen.⁶³³

Auch hier betont der BGH im Ergebnis, die handelnden Abteilungsleiter könnten sich haftungsrechtlich nicht damit exkulpieren, im Unternehmensinteresse gehandelt zu haben. Dies gilt dann erst recht für vertretungsberechtigte Organe: Auch wenn die dem Unternehmen durch die Bildung von schwarzen Kassen entzogenen Mittel später in dessen Interesse verwendet werden sollen, verstößt die Handlung gegen die externe Pflichtenbindung des Organs. Die „gute Absicht“ ändert hieran nichts.⁶³⁴

Nicht entschieden hat der BGH die Frage, ob die Pflichtwidrigkeit im Rahmen der Untreue durch eine Zustimmung des Zentralvorstandes entfallen könne oder ob eine entsprechende Einwilligung durch § 93 AktG aufgrund normativer Bindung ausgeschlossen wäre.⁶³⁵ Aufgrund der im Urteil zitierten älteren Rechtsprechung⁶³⁶ wird aber gefolgert, die aktienrechtliche Vorgabe des § 93 AktG stehe dem entgegen.⁶³⁷

⁶³² BGH, Urteil vom 29.08.2008 - 2 StR 587/07 Rn. 36 = NJW 2009, 89, 91.

⁶³³ BGH a.a.O. Rn. 39.

⁶³⁴ *Fleischer*, NJW 2009, 2337, 2338.

⁶³⁵ BGH, Urteil vom 29.08.2008 - 2 StR 587/07 Rn. 40 = NJW 2009, 89, 91.

⁶³⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 29.08.2008 - 2 StR 587/07 Rn. 40.

⁶³⁷ *Knierim*, CCZ 2009, 38, 40.

4. Kölner Müllskandal

Auch in weiteren Entscheidungen beschäftigte sich der BGH mit schwarzen Kassen bzw. „Kriegskassen“, aus denen „nützliche Aufwendungen“ im Interesse des Unternehmens getätigt werden sollten. In seinem Urteil vom 27.08.2010⁶³⁸ beleuchtete der BGH dabei explizit die Bedeutung der gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltsvorschriften – § 43 Abs. 1 GmbHG / § 93 Abs. 1 AktG – im Rahmen des Untreuetatbestandes. Unter Bezugnahme auf die zivilrechtliche Literatur legt der BGH zunächst dar, Verstöße gegen die Legalitätspflicht könnten auch gegenüber der Gesellschaft selbst nicht damit gerechtfertigt werden, dass diese in deren Interesse lägen.⁶³⁹ Da die Bindung an gesetzliche Vorschriften Vorrang habe, lägen auch profitable Pflichtverletzungen nicht im Handlungsspielraum des Organs.⁶⁴⁰ Die Einrichtung von „Kriegskassen“ stelle sowohl eine Pflichtverletzung gegenüber der GmbH und den anderen Organen und Gesellschaftern als auch eine Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltsvorschriften dar, denn bei den gleichzeitig verletzten Buchführungsvorschriften (hier § 41 GmbHG) handele es sich um Konkretisierungen der Generalklausel des § 43 Abs. 1 GmbHG.⁶⁴¹ Im Rahmen des § 266 StGB bejahte der BGH sodann das Vorliegen einer Untreuehandlung, da die mit dem verdeckten Führen von Kriegskassen einhergehende unordentliche Buchführung dann eine pflichtwidrige Untreuehandlung darstelle, „wenn der Treugeber keine Übersicht über seine Rechte und Pflichten, mithin über seinen Vermögensstand zu gewinnen vermag, so dass er verhindert ist, Ansprüche geltend zu machen, weil er sie nicht erkennt“.⁶⁴² Ein die Pflichtwidrigkeit beseitigendes Einverständnis der Gesellschaftergesamtheit erkannte der BGH zwar grundsätzlich als zulässig an, lehnte es aber im konkreten Fall ab.⁶⁴³

⁶³⁸ BGH, Urteil vom 27.08.2010 - 2 StR 111/09 = NJW 2010, 3458 = NZG 2010, 1190.

⁶³⁹ BGH, Urteil vom 27.08.2010 - 2 StR 111/09 Rn. 29 = NZG 2010, 1190, 1192.

⁶⁴⁰ BGH a.a.O.

⁶⁴¹ BGH, Urteil vom 27.08.2010 - 2 StR 111/09 Rn 30 f.

⁶⁴² BGH, Urteil vom 27.08.2010 - 2 StR 111/09 Rn 32.

⁶⁴³ BGH, Urteil vom 27.08.2010 - 2 StR 111/09 Rn 34 ff.; ob ein solches Einverständnis bei einer AG aufgrund der normativen Bindung des § 93 AktG überhaupt in Betracht kommt, ließ der BGH ausdrücklich offen.

5. Der Fall Siemens/AUB

Die Legalitätspflicht des Vorstandes einer AG spielte auch in der Siemens/AUB Entscheidung des BGH eine Rolle⁶⁴⁴:

Durch verschleierte Zahlungen an ein als Beratungsgesellschaft getarntes Unternehmen wurden Zahlungen von Siemens an die Gewerkschaft „Aktionsbündnis unabhängiger Betriebsräte“ geleistet. Diese Gewerkschaft wurde von einem ehemaligen Siemensangehörigen geleitet und sollte Siemens die Einflussnahme auf den Betriebsrat ermöglichen, um so ein Gegengewicht gegen die IG-Metall zu entwickeln. Über die Einflussnahme im Betriebsrat sollte zugleich Einfluss auf die Zusammensetzung des Aufsichtsrates genommen werden, dessen damalige Arbeitnehmersvertreter sämtlich durch die IG-Metall gestellt worden waren. Die Einflussnahme war im Ergebnis erfolgreich und verschaffte Siemens aus Arbeitgebersicht erhebliche wirtschaftliche Vorteile. Für an die AUB in den Jahren 2001 bis 2006 getätigte Zahlungen hatte sich das zuständige Vorstandsmitglied u.a. wegen Untreue zu verantworten, während der Leiter der AUB wegen Beihilfe hierzu angeklagt worden war. Zur Pflichtwidrigkeit im Rahmen des § 266 StGB führt der Senat aus⁶⁴⁵:

„Bei einer Aktiengesellschaft bestimmen sich Umfang und Grenzen der Vermögensbetreuungspflichten der Organe grundsätzlich nach Maßgabe der §§ 76, 93, 116 AktG (vgl. BGHSt 50, 331 [335f.] = NJW 2006, 522 = NStZ 2006, 214 für den Aufsichtsrat; BGHSt 54, 148 Rdnr. 36 = NJW 2010, 92 = NStZ 2009, 694 Rdnr. 36 für den Vorstand). Die den Organen einer Aktiengesellschaft angehörenden Personen haben deshalb – auch gegenüber der Aktiengesellschaft selbst – die rechtlichen Pflichten und Vorgaben der Rechtsordnung einzuhalten (vgl. BGHZ 124, 111 [127] = NJW 1994, 520; Spindler, in: MünchKomm-AktG, 3. Aufl., § 93 Rdnrn. 63ff. m.w. Nachw.). Die somit für die Organe einer Aktiengesellschaft bestehende Legalitätspflicht bedingt, dass kein aktienrechtlich geschützter Handlungsspielraum für „profitable Pflichtverletzungen“ besteht (vgl. Fleischer, ZIP 2005, 141 [145] m.w. Nachw.). Verstöße

⁶⁴⁴ BGH, Beschluss vom 13.09.2010 - 1 StR 220/09 = NJW 2011, 88.

⁶⁴⁵ BGH, Beschluss vom 13.09.2010 - 1 StR 220/09 Rn 37 = NJW 2011, 88, 91.

gegen die Legalitätspflicht können auch im Verhältnis zur Gesellschaft selbst nicht mit dem Vorbringen gerechtfertigt werden, sie lügen in deren Interesse; die Bindung an gesetzliche Vorschriften hat vielmehr Vorrang (BGH, NJW 2010, 3458 m.w. Nachw.). Gesetzesverstöße, wie hier der Verstoß gegen § 119 BetrVG, stellen daher – in aktienrechtlicher Hinsicht – eine Verletzung der in § 93 Absatz I und § 116 S. 1 AktG statuierten Pflichten dar und können zivilrechtliche Rechtsfolgen begründen.“

Nach Ansicht des Senates reiche aber lediglich eine Verletzung der aktienrechtlichen Vorstandspflichten nicht aus, sondern im Rahmen des § 266 StGB komme es darauf an, ob es sich bei der primär verletzten Rechtsnorm, deren Verletzung zugleich eine Verletzung der Legalitätspflicht darstelle, um eine vermögensschützende Norm handle.⁶⁴⁶ Die im konkreten Fall maßgebliche Norm des § 119 BetrVG schütze aber nicht das Vermögen des betreuten Unternehmens, sondern die Integrität der Wahl des Betriebsrates.⁶⁴⁷ Ein für § 266 StGB relevantes, pflichtwidriges Handeln konnte allerdings darin gesehen werden, dass das betroffene Vorstandsmitglied eine inhaltliche Kontrolle der Zahlungen an die Beratungsgesellschaft verhinderte, da dies mit den Pflichten, die ihm allgemein auf Grund seiner Stellung innerhalb der Siemens-AG und im Speziellen bei Abwicklung der zwischen der Siemens-AG und der Beratungsgesellschaft getroffenen Vereinbarung auferlegt waren, nicht zu vereinbaren sei.⁶⁴⁸

Mit der Entscheidung verneint der BGH jeglichen Spielraum für profitable Pflichtverletzung. Zudem zeigt die Entscheidung die mögliche strafrechtliche Relevanz der Verletzung von zivilrechtlichen Sorgfaltsnormen. Reicht sie aufgrund der Generalklauselartigkeit für die Verletzung des Straftatbestandes nicht aus, so kann die Verletzung von den die Generalklausel konkretisierenden Normen zur strafrechtlichen Relevanz führen. Dies war in diesem Fall, wie der BGH zu diesem Punkt ausführt, nicht der Fall⁶⁴⁹:

⁶⁴⁶ BGH, Beschluss vom 13.09.2010 - 1 StR 220/09 Rn 38 = NJW 2011, 88, 92.

⁶⁴⁷ BGH, Beschluss vom 13.09.2010 - 1 StR 220/09 Rn 39 = NJW 2011, 88, 92.

⁶⁴⁸ BGH, Beschluss vom 13.09.2010 - 1 StR 220/09 Rn 40 = NJW 2011, 88, 92.

⁶⁴⁹ BGH a.a.O.

„Dies hat aber nicht zur Folge, dass die primär verletzte Rechtsnorm, wenn sie nicht das betreute Vermögen schützt, allein dadurch vermögensschützend wird, dass ihre Verletzung zugleich eine Verletzung aktienrechtlicher Vorschriften darstellt. Anders gewendet heißt dies: Liegt der Verstoß gegen die §§ 93, 116 AktG allein darin, dass eine nicht vermögensschützende Norm außerhalb des Aktiengesetzes verletzt wird, führt dies nicht dazu, dass die Verletzung einer vermögensschützenden Norm im Sinne einer Pflichtverletzung gem. § 266 Absatz I StGB vorläge, nur weil die primär verletzte Pflicht durch die §§ 93, 116 AktG zu einer aktienrechtlichen Pflicht der Organe der Aktiengesellschaft wird. Denn auch die §§ 93, 116 AktG sind Vorschriften von erheblicher Unbestimmtheit und generalklauselartigem Charakter (BVerfG, NJW 2010, 3209 Rdnr. 97). Eine allein auf die Verletzung dieser Vorschriften abstellende Auslegung des Pflichtwidrigkeitsmerkmals des § 266 Absatz I StGB wäre daher nicht geeignet, die verfassungsrechtlich gebotene Beschränkung der Anwendung des Untreuetatbestands auf evidente Fälle pflichtwidrigen Handelns zu beschränken und damit den Charakter des Untreuetatbestands als eines Vermögensdelikts zu bewahren. Wollte man dies anders sehen, würde letztlich jeder Gesetzesverstoß (etwa auch die Beauftragung einer Werbeagentur mit einer i.S. von § 3 UWG unlauteren Werbung) gleichzeitig eine pflichtwidrige Handlung i.S. von § 266 StGB darstellen und – bei Vorliegen eines Vermögensnachteils – den Tatbestand der Untreue erfüllen. Dies würde nicht nur dem Untreuetatbestand jegliche Kontur nehmen; es wäre bei weniger gewichtigen Verstößen gegen selbst nicht strafbewehrte Normen vielfach auch nicht mehr mit der ultima-ratio-Funktion des Strafrechts zu vereinbaren.

Maßgeblich ist daher auch bei Verstößen gegen die §§ 93, 116 AktG, ob die primär verletzte Rechtsnorm, deren Verletzung zugleich den Verstoß gegen diese aktienrechtlichen Vorschriften bildet, vermögensschützenden Charakter hat. Dies ist bei der Strafnorm des § 119 BetrVG nicht der Fall. Die Vorschrift des § 119 BetrVG dient allein dem Schutz der Wahl und der Funktionsfähigkeit der im Gesetz aufgeführten betriebsverfassungsrechtlichen Organe (vgl. Oetker, in: Gemeinschaftskomm-BetrVG, 9. Aufl., § 119 Rdnr. 6). Der Verstoß

gegen § 119 Absatz I Nr. 1 Alt. 2 BetrVG ist daher für sich allein nicht geeignet, eine Pflichtwidrigkeit der Handlungen des Mitangekl. Fe i.S. von § 266 Absatz I StGB zu begründen. Das dadurch verwirklichte Unrecht kann im vorliegenden Fall strafrechtlich allein nach Maßgabe § 119 Absatz I Nr. 1 Alt. 2 BetrVG geahndet werden. Eine eventuelle, sich aus dem Verstoß gegen aktienrechtliche Vorschriften ergebende zivilrechtliche Haftung bleibt davon unberührt."

Liegt ein Verstoß des Vorstandes gegen seine Legalitätspflicht vor, handelt er nach Ansicht des BGH zugleich dann pflichtwidrig im Rahmen der Untreue, wenn die Verletzung der Legalitätspflicht auf dem Verstoß einer vermögensschützenden Norm beruht.⁶⁵⁰ Der BGH stellt damit einerseits klar, wann die Verletzung der Legalitätspflicht strafrechtliche Relevanz hat, betont aber gleichzeitig mit dem Erfordernis des Bezugs zu einer vermögensschützenden Norm im Hinblick auf § 266 StGB die ultima-ratio-Funktion des Strafrechts.

6. Die Siemens/Neubürger-Entscheidung

Seinen vorläufigen Abschluss fand der Siemens-Skandal in der Siemens/Neubürger-Entscheidung des LG München I⁶⁵¹:

Dem Urteil lag eine Klage der Siemens AG gegen einen ehemaligen Finanzvorstand auf Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 15.000.000,00 € zugrunde. Kern des der Schadensersatzforderung zugrunde liegenden Vorwurfs war die Verletzung von Sorgfalts- und Organisationspflichten: Auf Hinweise zu Schmiergeldzahlungen durch Unternehmensmitarbeiter im Rahmen von Auslandsgeschäften habe Neubürger nicht die notwendigen und gebotenen Maßnahmen ergriffen, sondern sei untätig geblieben. Bei den Schmiergeldzahlungen handelte es sich unter anderem um Zahlungen aus schwarzen Kassen im Zusammenhang mit geschäftlichen Aktivitäten in Nigeria. Erste Hinweise hierauf waren 2002 bekannt geworden, welche in der Folgezeit intern aufgearbeitet wurden. Dabei wurden auch weitere ungeklärte Zahlungen in beträchtlicher

⁶⁵⁰ Zusammenfassend so auch *Bittmann*, NJW 2011, 89, 96 f.

⁶⁵¹ LG München I, Urteil vom 10.12.2013 - 5 HK O 1387/10; das Urteil ist nur in Auszügen abgedruckt, bspw. in NZG 2014, 345; NZWiSt 2014, 183. Das beim OLG München zunächst geführte Rechtsmittelverfahren hat sich durch den Suizid Herrn Neubürgers erübrigt.

Höhe aufgedeckt (allein für das Jahr 2005 Zahlungen in Höhe von 190 Millionen Euro). Obwohl dem Vorstand damit Verstöße gegen Korruptionsgesetze bzw. Defizite im Hinblick auf das durch den Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) vorgeschrieben Buchführungskontrollsystem bekannt geworden sind, unterließ dieser in der Folgezeit eine Anpassung des Compliance-Systems, welches offensichtlich nicht dazu geeignet war, derartige Verstöße zukünftig effektiv zu verhindern. Aufgrund des „Systems schwarzer Kassen“ wurden gegen die Siemens AG insgesamt Bußgelder in Höhe von rund 1,5 Milliarden Euro verhängt. Die Schadensersatzforderung gegen Neubürger bezog sich insbesondere auf Anwaltskosten in Höhe von 12,97 Millionen Euro, die für die interne Aufarbeitung des Schmiergeldsystems durch die Siemens AG aufgewendet wurden.

Das LG gab der auf § 92 Abs. 2 S. 1 AktG gestützten Klage vollumfänglich statt, da der Beklagte bei „seiner Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters als Maßstab, wie er in § 93 Abs. 1 S. 1 AktG normiert ist, verletzt“ habe.⁶⁵² Konkret müsse der Vorstand im Außenverhältnis all diejenigen Vorschriften einhalten, die das Unternehmen als Rechtssubjekt treffen, wozu auch die Bestimmungen des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts gehören.⁶⁵³ Dies betreffe vor allem auch (ausländische) Anti-Korruptionsvorschriften, deren Verletzung sich nicht damit rechtfertigen lasse, dass ohne Bestechungszahlungen wirtschaftliche Erfolge auf korruptiven Auslandsmärkten nicht möglich seien.⁶⁵⁴

Im Rahmen seiner Legalitätspflicht darf ein Vorstandsmitglied daher schon keine Gesetzesverstöße anordnen, habe aber gleichzeitig im Rahmen seiner Überwachungspflicht durch Installation eines Überwachungssystems auch dafür Sorge zu tragen, das Unternehmen so zu organisieren und zu beaufsichtigen, dass keine derartigen Gesetzesverletzungen stattfinden.⁶⁵⁵ Bereits § 91 Abs. 2 AktG konkretisiere die Überwachungspflicht des Vorstands dahingehend, dass er ein Überwachungssystem zu installieren habe, welches geeignet ist, sowohl bestandsgefährdende Entwicklungen frühzeitig zu erkennen, wovon

⁶⁵² LG München I, Urteil vom 10.12.2013 - 5 HK O 1387/10 = NZG 2014, 345, 346.

⁶⁵³ LG München I a.a.O.

⁶⁵⁴ LG München I a.a.O.

⁶⁵⁵ LG München I a.a.O.

auch Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften erfasst seien.⁶⁵⁶ Seiner Organisationspflicht entspreche der Vorstand demnach nur dann, „wenn er eine auf Schadensprävention und Risikokontrolle angelegte Compliance-Organisation einrichtet, ohne dass es entscheidungserheblich darauf ankäme, ob diese Pflicht bereits unmittelbar aus § 91 Abs. 2 AktG oder aus der allgemeinen Leitungspflicht der §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 AktG herzuleiten ist“.⁶⁵⁷ Der Umfang der einzuleitenden Maßnahmen richte sich unter anderem nach der Größe und der Organisation des Unternehmens, aber auch nach zu beachtenden Vorschriften, der geografischen Präsenz und bereits bekannt gewordenen Gesetzesverstößen.⁶⁵⁸ Die Pflicht zur Einrichtung eines funktionierenden Systems zur Vermeidung von Gesetzesverstößen stelle eine Pflicht des Gesamtvorstandes dar, deren Delegation auf nachgeordnete Stellen unzulässig sei und ebenfalls eine Pflichtverletzung darstelle.⁶⁵⁹ Zudem korrespondiere mit der Pflicht zur Einrichtung eines Compliance-Systems eine Pflicht zur Überwachung der Effektivität des Systems: treten Gesetzesverstöße hervor, so habe der Vorstand auf die Verbesserung des Compliance-Systems hinzuwirken.⁶⁶⁰ Aufgabe des Vorstandes sei es nämlich, sicherzustellen, wie die Organisation innerhalb eines Unternehmens zu erfolgen hat, um zwingende gesetzliche Vorgaben – wie die zur Vermeidung strafbarer Korruptionshandlungen – einzuhalten.⁶⁶¹

Das Urteil ist ein weiterer Schritt in der Rechtsprechung zur Festlegung des rechtlichen Pflichtenprogrammes, mit dem sich jeder Vorstand konfrontiert sieht. Aufgrund seiner organschaftlichen Stellung hat er nicht nur eigene Rechtsverstöße zu unterlassen, sondern er hat auch dafür Sorge zu tragen, dass aus dem Unternehmen heraus keine Gesetzesverstöße durch Mitarbeiter erfolgen. Die organschaftliche Legalitätspflicht führt damit zu einer Doppelverpflichtung des Vorstandes.⁶⁶² Selbstverständlich darf er erst recht keine Gesetzesverstöße anweisen.

⁶⁵⁶ LG München I a.a.O.

⁶⁵⁷ LG München I a.a.O.

⁶⁵⁸ LG München I a.a.O. S. 347.

⁶⁵⁹ LG München I a.a.O. S. 348.

⁶⁶⁰ LG München I a.a.O.

⁶⁶¹ LG München I a.a.O.

⁶⁶² Vgl. auch *Fleischer*, Aktienrechtliche Compliance-Pflichten im Praxistest: Das Siemens/Neubürger-Urteil des LG München I, NZG 2014, 321, 322.

Strafrechtlich hat das Urteil vor allem Bedeutung für die sog. Geschäftsherrenhaftung. Daneben wird seine Auswirkung auf die ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten nach §§ 30, 130 OWiG zu beachten sein.⁶⁶³ Von Interesse hier ist allerdings der Umstand, dass die Rechtsprechung allein mit der organschaftlichen Rolle des Vertreters einer juristischen Person mittlerweile einen erheblichen Pflichtenapparat verbindet, dessen Verletzung zu haftungsrechtlichen Folgen führen kann. Diese neuere Entwicklung hat in dem Urteil einen bedeutsamen Niederschlag gefunden. Insofern wird das Urteil von *Fleischer* auch als erster „praktischer Prüfstein des am grünen Tisch ersonnenen Pflichtenheft“ beschrieben.⁶⁶⁴

IV. Diskussion

Die obige Darstellung zeigt vor allem eines: Mit der Stellung als organschaftlicher Vertreter sieht sich das Organ einem immensen Pflichtenkatalog ausgesetzt. Dieser Pflichtenkatalog umfasst sowohl die eigene Rechtstreue als auch die Rechtstreue der vertretenen juristischen Person und die Pflicht, für regelkonformes Verhalten innerhalb der Gesellschaft Sorge zu tragen. Hinzu kommt eine Flut an Einzelnormen, die vielfältige Ge- und Verbote für den Vertreter vorschreiben. Verstöße gegen die zahlreichen Pflichten begründen neben der eigentlichen strafrechtlichen Haftung Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen das Organ. Die Verstöße können nicht damit gerechtfertigt werden, sie seien im Interesse der Gesellschaft erfolgt.

Aus der gesellschaftsrechtlichen bzw. zivilrechtlichen Ausgangslage ergeben sich erhebliche Konsequenzen für die dogmatische Begründung der strafrechtlichen Organ- und Vertreterhaftung. Die Diskussion um den Rechtsgrund der strafrechtlichen Organ- und Vertreterhaftung muss in Anknüpfung an *Rogall* vor allem zwei Fragen beantworten: welche Gründe rechtfertigen eine Einbeziehung des in § 14 StGB genannten Personenkreises in den Anwendungsbereich der Strafnorm und warum wird der Kreis der tauglichen Täter auf diesen Personenkreis beschränkt.⁶⁶⁵ Darüber hinaus muss stets im Auge behalten werden, dass § 14 StGB (und auch § 9 OWiG) im Regelungsgeflecht mit §§ 30,

⁶⁶³ So auch *Grützner*, BB 2014, 850, 851.

⁶⁶⁴ *Fleischer*, NZG 2014, 321.

⁶⁶⁵ *Rogall*, Die strafrechtliche Organhaftung, S. 145, 157.

130 OWiG und auch § 13 StGB eine eigene Rolle zukommen und die Norm sich in das ganzheitliche Regelungssystem nahtlos einfügen lassen muss.

1. Kritik an der Pflichtentheorie

Naheliegender ist es zunächst, einen Zusammenhang zwischen dem dargestellten gesellschaftsrechtlichen Pflichtenkatalog und der Pflichtentheorie herzustellen, da die Vertreter der Pflichtentheorie als entscheidenden Rechtsgrund der Organ- und Vertreterhaftung die Überbürdung von oder die Teilhabe an außerstrafrechtlichen Sonderpflichten des Vertretenen ansehen.⁶⁶⁶ Ob dem der Gedanke der Pflichtenteilhabe⁶⁶⁷ oder der Gedanke der Pflichtenübernahme⁶⁶⁸ zugrunde gelegt wird, macht im Ergebnis keinen Unterschied. Dem Grundgedanken der zusammengefasst als Pflichtentheorie zu bezeichnenden Ansichten liegt jedoch eine falsche Prämisse zugrunde: bei den gesellschaftsrechtlichen Pflichten der Organe einer juristischen Person handelt es sich in erster Linie um originäre Pflichten des Organs und eben nicht um von der Gesellschaft abgeleitete Pflichten. Vorschriften wie § 43 GmbHG oder die §§ 76, 93 AktG richten sich direkt an das jeweilige Organ. Die daraus resultierenden Pflichten eines Organs leiten sich nicht aus etwaigen Pflichten der vertretenen Gesellschaft ab, sondern begründen vielmehr Verhaltenspflichten auch *gegenüber* der Gesellschaft. Die Verletzung dieser gesellschaftsrechtlichen Verhaltenspflichten des Organs führen bspw. über § 43 Abs. 2 GmbHG oder § 93 Abs. 2 AktG zu einer Innenhaftung *gegenüber* der Gesellschaft. Direkter Adressat der gesellschaftsrechtlichen Vorgaben ist in diesem Fall nicht die Gesellschaft, sondern das Organ. In diesem Zusammenhang von einer Pflichtenübertragung/-teilhabe/-übernahme zu sprechen, ist schon unter diesem Gesichtspunkt fragwürdig, da die gesellschaftsrechtlichen Pflichten untrennbar mit der Organstellung verbunden sind. Die Pflicht des Vorstands einer AG zur Legalitätskontrolle ist als Aufgabe der Geschäftsleitung nicht einmal delegierbar, sondern nur von diesem erfüllbar.⁶⁶⁹

⁶⁶⁶ Vgl. oben S. 88 ff.

⁶⁶⁷ MüKo-StGB/Radtke § 14 Rn. 23.

⁶⁶⁸ Vgl. Roxin AT II, § 27 Rn. 98.

⁶⁶⁹ Vgl. oben S. 111 ff.

Im Hinblick auf die gesellschaftsrechtliche Ausgangssituation kann vor allem der Ansatz *Blauths*⁶⁷⁰ mit seiner Differenzierung zwischen einer auf das Organ übergegangenen zivilrechtlichen Pflicht des Vertretenen, der öffentlich-rechtlichen Sekundärpflicht des Vertreters zur Wahrnehmung der Interessen des Vertretenen und der schließlich über § 14 StGB neu geschaffenen strafrechtlichen Handlungspflicht nicht überzeugen. Die aus § 43 Abs. 1 GmbHG und § 93 Abs. 1 AktG resultierende Legalitätspflicht von Geschäftsführer und Vorstand verpflichtet diese im Außenverhältnis zu rechtsgetreuem Verhalten und insbesondere zur Einhaltung sämtlicher Vorschriften des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts.⁶⁷¹ Sie haben sämtliche Vorschriften einzuhalten, welche die vertretene Gesellschaft als Rechtssubjekt treffen. Diese Pflicht trifft sie aber aufgrund ihrer Organstellung und sie wird nicht von der vertretenen juristischen Person abgeleitet. Verletzungen dieser Pflicht führen zu einer Schadensersatzhaftung gegenüber der Gesellschaft. Wenn die Organe aber bereits aufgrund ihrer Organstellung durch die gesellschaftsrechtlichen Vorgaben zur Einhaltung sämtlicher Vorschriften des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts verpflichtet sind, dann wird nicht erst über § 14 StGB eine neue strafrechtliche Handlungspflicht geschaffen. Diese ist als gesellschaftsrechtliches Selbstverständnis jedem Organhandeln bereits durch die Vorgaben von GmbHG und AktG zugrunde gelegt. Die Legalitätspflicht von Vorstand und Geschäftsführer ist vielmehr eine originäre, gesellschaftsrechtlich vorgegebene Handlungspflicht.

Der Umstand, dass Organe und Vertreter oftmals selbst im Hinblick auf die jeweiligen Tatbestände erfüllungspflichtig sind, wird seitens *Radtke* auch nicht in Abrede gestellt.⁶⁷² Dies soll aber nur in denjenigen Fällen gelten, in denen eine gesetzliche Grundlage für die eigene unmittelbare Pflicht der organschaftlichen Vertreter existiert, wie bspw. der des § 34 Abs. 1 AO.⁶⁷³ Damit wird jedoch verkannt, dass für organschaftliche Vertreter durch die Legalitätspflicht schon eine eigene unmittelbare und vor allem *umfassende* organschaftliche Pflicht zu

⁶⁷⁰ Vgl. oben S. 88 ff.

⁶⁷¹ MüKo-GmbHG/*Fleischer* § 43 Rn. 30; *Fleischer* ZIP 2005, 141, 144.

⁶⁷² MüKo-StGB/*Radtke* § 14 Rn. 27.

⁶⁷³ § 34 Abs. 1 AO lautet: „Die gesetzlichen Vertreter natürlicher und juristischer Personen und die Geschäftsführer von nicht rechtsfähigen Personenvereinigungen und Vermögensmassen haben deren steuerliche Pflichten zu erfüllen.“

rechtstreuem Verhalten besteht. Die gesetzliche Grundlage liegt im Falle organschaftlicher Vertretung in den jeweiligen *für den Vertreter geltenden* Spezialgesetzen (GmbHG, AktG). Durch die Bestellung zum Vertreter wird auch nicht die Pflicht zur Erfüllung außerstrafrechtlicher Pflichten des Vertretenen – wie von *Radtke* behauptet⁶⁷⁴ – auf den Vertretenen delegiert, sondern mit der Begründung der Organstellung werden die originären organschaftlichen Pflichten des Vertreters erst aktiviert. Vorher sind sie nicht als delegationsfähige Pflichten des Vertretenen existent. Die gesellschaftsrechtliche Gesetzeslage kennt vielmehr in dieser Hinsicht nur originäre Pflichten des Organs.

Aufgrund der originären gesellschaftsrechtlichen Pflichten des Organs ist es zudem verfehlt, auf die „Rolle des Vertreters als Repräsentant des Systems“⁶⁷⁵ abzustellen. *Rogall* selbst geht richtigerweise davon aus, es gehe bei der strafrechtlichen Organ- und Vertreterhaftung nicht um die Frage der Verantwortlichkeit des Verbandes für das Verhalten seiner Organe, sondern umgekehrt um die Frage der Verantwortlichkeit der Organe selbst.⁶⁷⁶ Er fordert aber, das Verhalten des Vertreters als Ausdruck einer fehlerhaften kollektiven Sinnsetzung anzusehen, um so das Verhalten des Vertreters als Versagen des Systems betrachten zu können.⁶⁷⁷ Geht es bei der strafrechtlichen Organ- und Vertreterhaftung aber um die Verantwortlichkeit des Vertreters und nicht um die des Vertretenen, kann es dahinstehen, ob das Verhalten als „Versagen des Systems“ aufgefasst werden kann. Dieser Umstand mag bei einer Sanktionierung des Vertreters über § 30 Abs. 1 OWiG eine Rolle spielen, bei der es um eine Zurechnung vom Vertreter zum Vertretenen geht. *Rogall* selbst möchte bei § 30 Abs. 1 OWiG das Organhandeln als eigenes Handeln des Vertretenen verstanden wissen, um so dessen Haftbarkeit zu rechtfertigen.⁶⁷⁸ Soll es bei § 14 StGB aber gerade darum nicht gehen, macht dieses Erfordernis an dieser Stelle keinen Sinn. Um *Rogalls* Prämisse gerecht zu werden, müsste auch die Verfehlung eines einzelnen Vorstandes im Konzern als „Versagen des Systems“ betrachtet werden können. Dies ist im Hinblick auf Gesamtvorstand und Aufsichtsrat nur schwerlich vorstellbar und führt letztlich zu dem von *Schünemann* hiergegen

⁶⁷⁴ MüKo-StGB/*Radtke* § 14 Rn. 31.

⁶⁷⁵ KK-OWiG/*Rogall* § 9 Rn. 3, 20.

⁶⁷⁶ *Rogall*, Die strafrechtliche Organhaftung, S. 145.

⁶⁷⁷ KK-OWiG/*Rogall* § 9 Rn. 20.

⁶⁷⁸ KK-OWiG/*Rogall* § 30 Rn. 8.

vorgebrachten Einwand, dass eine Repräsentantenhaftung in Form des Ausdrucks einer fehlerhaften kollektiven Sinnsetzung für die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung schlicht keine Rolle spielen kann.⁶⁷⁹ Denn ob das „System“ versagt hat, ist gerade bei § 30 Abs. 1 OWiG und eben nicht bei § 14 StGB zu erörtern.

Seitens *Radtkes* wird *Rogall* zudem entgegen gehalten, dessen Konstrukt könne gerade im Falle des § 14 Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht passen.⁶⁸⁰ Gleichwohl wird von *Radtke* verlangt, die Verwirklichung des Straftatbestandes durch das Organ oder den Vertreter müsse sich normativ so darstellen, als habe der Vertretene das Delikt begangen.⁶⁸¹ Im Falle von Geschäftsführer und Vorstand widerspricht dies aber grundlegend den Vorgaben des Gesellschaftsrechts. Wie dargestellt gilt, dass zumindest für Organe von GmbH und AG kein Spielraum für die Verletzung von Strafnormen besteht und strafbare Organhandlungen vielmehr zu einer zwingend zu verfolgenden Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft führen. Warum aber eine durch einen Geschäftsführer vorgenommene tatbestandmäßige Handlung nur dann von § 14 StGB als strafrechtliche Organhandlung erfasst werden soll, wenn diese als Straftat des Vertretenen erscheint, obwohl gleichzeitig unterschiedslos für Straftaten des Geschäftsführers über § 43 Abs. 2 GmbHG eine gesellschaftsrechtliche *Organhaftung* begründet wird, weil das Organ seine Pflichten gegenüber der Gesellschaft verletzt, ist nicht nachvollziehbar. Eine zivilrechtliche Organhaftung setzt schließlich ebenfalls Organhandeln voraus. Wenn das zivilrechtliche Organhandeln bejaht wird, kann es nicht gleichzeitig strafrechtlich verneint werden. Die Auflösung dieses Widerspruchs bleiben sowohl *Radtke* als auch *Rogall* schuldig.

Die von *Pohl* vorgenommene Modifikation der Pflichtentheorie führt zu keinem anderen Ergebnis. Unter der Prämisse, § 14 StGB könne nur dann legitimiert werden, wenn „der Vertreter aus Sicht des Strafrechts derart die Stellung des Vertretenen eingenommen hat, dass die Einbeziehung des Vertreters in den Anwendungsbereich des für den Vertretenen geltenden Sonderdelikts gerecht-

⁶⁷⁹ *Schünemann*, Die kriminalpolitischen und dogmatischen Grundfragen der Unternehmenskriminalität, S. 297, 312 f., in: FS Rudolphi.

⁶⁸⁰ MüKo-StGB/*Radtke* § 14 Rn. 32.

⁶⁸¹ MüKo-StGB/*Radtke* § 14 Rn. 14.

fertigt erscheint"⁶⁸², soll wie dargestellt ausschlaggebend sein, ob mit der Vertreterbestellung eine Erwartung ordnungsgemäßer Pflichterfüllung verbunden sei. Im Falle einer juristischen Person führe dies zu der Erwartung des Rechtsverkehrs an die in § 14 Abs. 1 StGB genannten Personen, die Pflichten der Gesellschaft bzw. des Vertretenen zu erfüllen, da ausschließlich diese überhaupt zur Pflichterfüllung zur Verfügung stehen. Dies soll dabei für diejenigen Fälle gelten, in denen außerstrafrechtliche Pflichten nicht gegeben sind.⁶⁸³

Die apodiktische Behauptung der Existenz einer solchen Erwartung ist sicherlich nicht zur Legitimation von § 14 Abs. 1 StGB geeignet. Dass vornehmlich die in § 14 Abs. 1 StGB genannten Personen zur „Pflichterfüllung“ zur Verfügung stehen und damit als strafrechtliche Täter in Frage kommen, hat der Gesetzgeber selbst gesehen und daher § 14 Abs. 1 StGB entsprechend formuliert.⁶⁸⁴ Eine GmbH besteht grundsätzlich erst einmal aus Geschäftsführer(n) und Gesellschafter(n). Gegenüber einem Geschäftsführer besteht im Rechtsverkehr dieselbe Erwartung wie gegenüber jedem anderen Geschäftspartner auch, gleich ob natürliche Person in Form eines Einzelkaufmanns oder Vertreter der Konzernleitung. Eine „Erwartung des Rechtsverkehrs“ kann allenfalls daran geknüpft werden, dass bspw. ein Geschäftsführer *seine* organschaftlichen Pflichten gegenüber der GmbH erfüllt. Anderenfalls kann nicht erklärt werden, warum lediglich bei deliktischem Verhalten zivilrechtlich eine Außenhaftung des Geschäftsführers überhaupt in Betracht kommt. Auch bei einer Pflichtverletzung nach § 43 Abs. 2 GmbHG besteht grundsätzlich nur eine Haftung gegenüber der Gesellschaft.⁶⁸⁵ Im zivilen Rechtsverkehr kommt für Schäden Dritter (bei nicht deliktischem Verhalten) daher grundsätzlich nur eine Haftung des Vertretenen in Betracht. Für den Fall von durch den Geschäftsführer einer GmbH geführten Vertragsverhandlungen etwa führt das BAG aus, eine persönliche Haftung komme nur dann in Betracht, wenn der Vertreter dem Vertragsgegenstand besonders nahestehe und bei wirtschaftlicher Betrachtung gewissermaßen in eigener Sache handle oder er gegenüber dem Verhandlungspartner *in besonderem Maß persönliches Vertrauen in Anspruch genommen*

⁶⁸² Pohl, Der Vertretungsbezug der Handlung i.S.d. § 14 StGB, S. 64.

⁶⁸³ Pohl, Der Vertretungsbezug der Handlung i.S.d. § 14 StGB, S. 64.

⁶⁸⁴ Dies erkennt auch Pohl, S. 65 f.

⁶⁸⁵ Henssler/Strohn/Oetker GmbHG § 43 Rn. 1, 5, 80.

und damit die Vertragsverhandlungen beeinflusst hat.⁶⁸⁶ Geläufige Vorstellung des Rechtsverkehrs dürfte im Falle eine juristischen Person die sein, der Verband und nicht die einzelne Persönlichkeit sei rechtlicher Ansprechpartner und habe im Zweifel für Verfehlungen einzelner Mitglieder einzustehen. Dies gilt erst recht im Konzern, wo allenfalls seit der ARAG/Garmenbeck Entscheidung gegenüber dem Aufsichtsrat eine Erwartung (der Aktionäre) bestehen wird, dass dieser seinen Pflichten nachkommt.

Angesichts der vielfältigen Strohmannproblematik in der missbrauchsanfälligen GmbH lässt sich schon rechtstatsächlich nicht belegen, worin sich eine „Erwartung ordnungsgemäßer Pflichterfüllung“ begründen soll. Ob eine solche existiert oder nicht, ist eine so gesehen kaum überprüfbare Behauptung, die gravierend vom jeweiligen Auge des Betrachters aus divergieren dürfte. Gerade für kleine GmbHs in wirtschaftlicher Schieflage dürfte eher eine gewisse Skepsis gegenüber dem Pflichtbewusstsein des Geschäftsführers bestehen. Wenn *Pohl* aus den gesellschaftsrechtlichen Vorgaben zudem herleiten möchte, der Vertreter müsse *anstelle* des Vertretenen handeln, weswegen hierdurch auch eine Erwartung des Rechtsverkehrs entstünde⁶⁸⁷, spiegelt dies nur die logische Konsequenz der Handlungsunfähigkeit des abstrakten Konstruktes „juristische Person“ wider. Diese kann natürlich als ebensolches selbst nicht handeln. Eine Erkenntnis ist damit noch nicht gewonnen.

Auch wenn *Pohl* Recht damit hat, dass ein Gleichlauf zwischen dem außerstrafrechtlichen Pflichtenprogramm des Vertreters und dem des Vertretenen oft nicht gegeben ist, muss sie sich wie jeder Vertreter der Pflichtentheorie demselben Kritikpunkt stellen: Die Diskussion um einen pflichtenbezogenen Ansatz verläuft lediglich abstrakt und lässt elementare gesellschaftsrechtliche Vorgaben außer Acht.

Dass es bei einem pflichtenbezogenen Ansatz allenfalls um originäre Pflichten des Vertreters gehen kann, zeigt vor allem ein Blick auf die außerstrafrechtlichen Pflichten während der Insolvenz von GmbH und AG. Im Falle der Insolvenzreife einer GmbH trifft den Geschäftsführer die Pflicht zur Massesicherung. Aufgrund dieser aus § 64 S. 1 GmbHG resultierenden Massesicherungs-

⁶⁸⁶ BAG, Urteil vom 23.02.2010 - 9 AZR 44/09 = NZA 2010, 1418, 1420.

⁶⁸⁷ *Pohl*, Der Vertretungsbezug der Handlung i.S.d. § 14 StGB, S. 66.

pflicht (oder Masseerhaltungspflicht) ist es dem Geschäftsführer untersagt, nach Eintritt der Insolvenzreife der GmbH Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen zu leisten.⁶⁸⁸ Bei dieser sog. Insolvenzverschleppungshaftung handelt es sich um eine Massesicherungshaftung, die ihren Grund in der organchaftlichen Pflichtenstellung hat und eine Haftung für die Verletzung der Organpflicht darstellt.⁶⁸⁹ Auf diese Weise sollen Masseverkürzungen im Vorfeld eines Insolvenzverfahrens verhindert bzw. die Auffüllung des Gesellschaftsvermögens gewährleistet werden, wenn der Geschäftsführer *seine* Massesicherungspflicht verletzt.⁶⁹⁰ Auch den Vorstand einer AG trifft mit dem Verbot von Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife gemäß § 92 Abs. 2 AktG eine Massesicherungspflicht.⁶⁹¹

Die Massesicherungspflicht des Geschäftsführers stellt ein Paradebeispiel für den Gleichlauf von außerstrafrechtlichen und strafrechtlichen Pflichten dar. Wenn es dem Geschäftsführer schon gemäß § 64 S. 1 GmbHG untersagt ist, nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder nach Feststellung der Überschuldung Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen zu leisten, dann ist es auch ohne weiteres begründbar, ihn über §§ 283 Abs. 1 Nr. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB wegen des Beiseiteschaffens von Finanzmitteln strafrechtlich haften zu lassen.

Für die Massesicherungspflicht des Geschäftsführers findet sich aber kein entsprechendes Pendant im Pflichtenkreis der GmbH. Wenn sich die Pflichtentheorie in der Pflichtenteilhabe bzw. Pflichtenübertragung verstanden sehen will, dann passt sie auf derartige Situationen nicht, denn die originären Pflichten des Organs – hier die Massesicherungspflicht – resultieren aus der Organstellung und werden nicht über die GmbH hergeleitet. Für diese existieren derartige Pflichten nicht. In diesem Fall müsste die Pflichtentheorie dahingehend modifiziert werden, dass es nicht auf die Wahrnehmung einer außerstrafrechtlichen Pflicht des Vertretenen ankommt, *sondern auf die Verletzung einer außerstrafrechtlichen Organpflicht des Vertreters*, die ihren Ursprung aber in der Organstellung und nicht in einer Pflicht der Gesellschaft hat.

⁶⁸⁸ MüKo-GmbHG/*Fleischer* § 43 Rn. 360; Michalski/*Nerlich* GmbHG § 64 Rn. 40.

⁶⁸⁹ Roth/*Altmeyen/Altmeyen* GmbHG § 64 Rn. 57; MüKo-AktG/*Altmeyen/Ego* Band 7 Kapitel B Rn. 412.

⁶⁹⁰ MüKo-GmbHG/*H. F. Müller* § 64 Rn. 1.

⁶⁹¹ MüKo-AktG/*Spindler* § 92 Rn. 22.

Daneben kann die Pflichtentheorie auch nicht erklären, warum § 14 StGB außerstrafrechtliche Pflichten strafrechtlich absichern soll, wenn der Gesetzgeber dies gerade an denjenigen Stellen im Gesetz erreichen möchte, wo er die entsprechenden Pflichten für die jeweils pflichtige Person ausdrücklich normiert. Als Beispiel seien hier die oben⁶⁹² erwähnten Organwaltersondertatbestände genannt. Gleichzeitig regelt der Gesetzgeber oft aber auch Pflichten von Organen und Vertretern und im Anschluss deren zivilrechtliche Haftung für Verstöße gegen diese Pflichten, wie bspw. in den §§ 92 Abs. 2 S. 1, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG oder in den §§ 34, 69 AO.

Hätten strafrechtlich spezielle Pflichten abgesichert werden sollen, so wäre im Hinblick auf die sonstige Gesetzeskonzeption eine Regelung im jeweiligen Rechtsbereich naheliegend. Wenn mit der Normierung von § 14 StGB im Allgemeinen Teil des StGB auf einen Bezug zu einem bestimmten Rechtsbereich verzichtet wird, ist zumindest der Gedanke naheliegend, dass für die Anwendung des § 14 StGB kein *spezifischer* Bezug zu außerstrafrechtlichen Pflichtennormen erforderlich ist.

Vertreter und Organe sehen sich strafrechtlichen Pflichtenkollisionen ausgesetzt, welche die Kollision von verschiedenen Organ- und Vertreterpflichten betreffen. Dies betrifft zum Beispiel die Frage, ob ein Geschäftsführer gegen *seine* Massesicherungspflicht verstößt, wenn er zum Zeitpunkt der Insolvenzreife noch Zahlungen tätigt, um *seinen* steuerlichen Pflichten aus § 34 AO gerecht zu werden und eine ordnungswidrigkeitenrechtliche Ahndung nach § 26b UStG oder § 380 AO zu vermeiden⁶⁹³, oder wenn er zum Zeitpunkt der Insolvenzreife noch seiner Pflicht zur Abführung von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung nachkommt, um eine Strafbarkeit aus § 266a StGB zu vermeiden⁶⁹⁴. Auch wenn die steuerliche Schuld den Vertretenen trifft, besteht die Pflicht zur tatsächlichen Abführung der Steuer ausschließlich für den Vertreter. So gesehen unterscheidet der Gesetzgeber selber zwischen der Steuerschuld an sich und der Pflicht zur Abführung der Steuer. Dann ist aber außerstrafrechtlich die Wertung vorgenommen worden, dass den Vertretenen zwar die steuerliche

⁶⁹² Vgl. oben B.I.3.

⁶⁹³ Hierzu BGH, Urteil vom 25.01.2011 - II ZR 196/09 = NZG 2011, 303.

⁶⁹⁴ Vgl. hierzu MüKo-GmbHG/*Fleischer* § 43 Rn. 360; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack* GmbHG § 43 Rn. 99 ff.

Schuld als solche trifft, dieser selbst diese aber nicht erfüllen kann, sondern ein Vertreter hierzu verpflichtet werden muss. Dann trifft die außerstrafrechtliche Pflicht aber wiederum direkt den Vertreter und nicht den Vertretenen und ist lediglich logische Konsequenz der Handlungsunfähigkeit des Vertretenen.

Wie man es auch dreht und wendet: Dem Organ oder Vertreter werden insbesondere durch das Gesellschaftsrecht eigene Pflichten vorgegeben, die nur ihn und gerade nicht die vertretene juristische Person treffen, die aber gleichermaßen ihr Pendant in strafrechtlichen Normen finden. Es liegt daher nahe, eine Modifikation der Pflichtentheorie dahingehend in Betracht zu ziehen, dass der Strafgrund der Organ- und Vertreterhaftung gerade darin liegt, originäre außerstrafrechtliche Pflichten des Organs oder Vertreters (und nicht des Vertretenen!) strafrechtlich abzusichern. Dieser Gedanke begründet sich auch in der Parallelität der gesellschaftsrechtlichen und strafrechtlichen Konzeption. Wie dargestellt sind Vorstand und Geschäftsführer aufgrund ihrer Organstellung im Außenverhältnis zur Einhaltung sämtlicher das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht betreffenden Normen verpflichtet. Rechtsgrund hierfür sind die §§ 93, 76 AktG bzw. § 43 GmbHG. Bei diesen Normen handelt es sich um *generalklauselartige* Umschreibungen des Pflichtenprogramms der Organe, welche durch andere Normen eine Konkretisierung erfahren können. Konzeptionell lässt es sich rechtfertigen, den *generalklauselartigen gesellschaftsrechtlichen Vorgaben* durch eine *generalklauselartige Norm im Allgemeinen Teil des StGB* Rechnung zu tragen, die auf die einzelnen Sonderdelikte Anwendung finden kann. Schon allein die umfassende Legalitätspflicht und die Pflicht zur Legalitätskontrolle von Vorstand und Geschäftsführer können eine solche Konzeption rechtfertigen, denn sie verpflichten die Organe aufgrund *ihrer* organschaftlichen Stellung zu rechtmäßigem Organhandeln. Im Übrigen gilt auch: Genau wie die vertretenen juristischen Personen selbst sind deren Organe Konstrukte des Zivilrechts. Durch § 14 StGB wird weniger einer Vertretung als vielmehr diesem Konstrukt Rechnung getragen.

Ein an den die Organe betreffenden organschaftlichen Pflichten orientierter Ansatz kann die strafrechtsdogmatische Legitimation von § 14 StGB aber nur fragmentarisch, nämlich für die Fälle des § 14 Abs. 1 StGB und auch dort nur teilweise begründen. § 14 StGB erfasst nicht nur den Geschäftsführer einer GmbH oder den Vorstand einer Aktiengesellschaft, sondern die Organe aller juristischen Personen und daneben auch die vertretungsberechtigten Gesell-

schafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft und gesetzliche Vertreter eines anderen, sowie in Abs. 2 diejenigen, die von dem Inhaber eines Betriebes oder einem sonst dazu Befugten beauftragt worden sind, den Betrieb ganz oder zum Teil zu leiten oder ausdrücklich beauftragt wurden, in eigener Verantwortung Aufgaben wahrzunehmen, die dem Inhaber des Betriebs obliegen. Ein an den gesellschaftsrechtlichen Organpflichten orientierter Ansatz kann daher nur § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafrechtsdogmatisch legitimieren, den Rest der Norm aber nicht. Dies gilt vor allem für den Fall des § 14 Abs. 1 Nr. 3 StGB und auch deshalb, weil die Legalitätspflicht als solche und die Pflicht zur Legalitätskontrolle nicht delegierbar sind und daher für § 14 Abs. 2 StGB nicht herangezogen werden können. Zu Recht wendet *Hoyer* daher auch gegen den Ansatz *Radtkes* ein, dass eine Konstituierung von „Sekundärpflichten“ über § 14 Abs. 2 StGB nicht die Frage nach der materiell-rechtlichen Legitimation der Norm beantwortet.⁶⁹⁵ Im Gegensatz zu Geschäftsführer und Vorstand bestehen für die meisten anderen von § 14 StGB erfassten Personen umfassende zivilrechtliche Vorgaben nun einmal nicht. Möchte man § 14 StGB aber ganzheitlich strafrechtsdogmatisch erklären, reicht ein fragmentarischer Ansatz hierfür nicht aus. Damit ist auch eine modifizierte Pflichtentheorie nicht zur strafrechtsdogmatischen Begründung von § 14 StGB geeignet.

2. Kritik am Ansatz Hoyers

Unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung und den gesellschaftsrechtlichen Vorgaben ist der interessenorientierte Ansatz *Hoyers*⁶⁹⁶ nicht zur strafrechtsdogmatischen Legitimation von § 14 StGB geeignet.

Hoyer geht davon aus, dass Vertreter i.S.d. § 14 StGB derjenige sei, der aufgrund seiner Stellung typischerweise erwarten lässt, er werde sich als Interessenvertreter des Sonderpflichtigen verstehen und betätigen, da sich seine Interessen mit denen des Sonderpflichtigen decken. Es ist äußerst fraglich, ob eine derartige Prämisse zutreffend ist. In Fällen einer Ein-Mann-GmbH bspw. wird immer das Interesse des geschäftsführenden Gesellschafters im Vordergrund stehen, wohingegen das Interesse der GmbH als abstrakte Rechtsperson allein

⁶⁹⁵ SK-StGB/*Hoyer* § 14 Rn. 11.

⁶⁹⁶ Vgl. hierzu oben S. 95.

aus gesellschaftsrechtlichen Vorgaben hergeleitet werden könnte. Die obige Darstellung der jüngeren Rechtsprechung zeigt zudem, dass die rechtlichen Vorgaben einem Interessengleichlauf oftmals entgegenstehen. Die ARAG/Garmenbeck-Entscheidung führt dazu, dass im Falle der Verletzung strafrechtlicher Vorschriften und bei Vorliegen eines Schadens stets eine Pflicht zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen besteht, was naturgemäß nicht im Interesse des Organwalters liegt.⁶⁹⁷ Wenn eine strafrechtliche Handlung des Organs stets eine Haftung gegenüber der Gesellschaft begründet, reduziert sich ein „Interesse“ der Gesellschaft an dieser Handlung damit auf eine subjektive Wertung im Einzelfall, welche rechtliche Vorgaben ignorieren müsste. Erforderlich wäre eine Aufspaltung zwischen Gesellschafts- und Gesellschafterinteressen. Dasselbe Ergebnis zeigt sich bei der Betrachtung der Rechtsprechung zur Bildung schwarzer Kassen: Auch wenn die Mittel dem Gesellschaftsvermögen ausschließlich im Interesse der Gesellschaft entzogen worden und dafür bestimmt sind, später eine Vermehrung des Gesellschaftsvermögens zu erreichen, macht sich der Vertreter wegen Untreue strafbar. Ausdrücklich hat der BGH hierbei festgestellt, dass profitable Verstöße gegen die Legalitätspflicht selbst gegenüber der Gesellschaft nicht damit gerechtfertigt werden können, sie lägen in deren Interesse. Mit der Untreuestrafbarkeit wird stets ein Schaden der Gesellschaft bejaht, weswegen ein Interessengleichlauf auch an dieser Stelle nicht gegeben wäre bzw. auch hier dieser rechtliche Aspekt ignoriert werden müsste. Durch die Business Judgement Rule des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG ergibt sich sowohl seitens des Gesetzgebers als auch seitens der Rechtsprechung zudem die Wertung, dass ein Handlungsspielraum des Vertreters für strafrechtliche Verstöße im Verhältnis zur Gesellschaft nicht besteht. Verstößt der Vertreter aber gegen seine *gegenüber* der Gesellschaft bestehenden organschaftlichen Pflichten, kann nicht gleichzeitig ein Handeln im Interesse der selbigen angenommen werden. Der Siemens/Neubürger Entscheidung ist schließlich zu entnehmen, der Vorstand habe sogar darauf hinzuwirken, die Gesellschaft so zu organisieren, dass Gesetzesverstöße unterbleiben. Ziel dieser Compliance-Pflicht ist es gerade auch, Sanktionsrisiken der Gesellschaft zu minimieren, da Gesetzesverstöße bspw. in Form von Korruptionszahlungen zu erheblichen

⁶⁹⁷ Ob die unbeschränkte Verfolgungspflicht auch zukünftig Bestand haben wird, ist aber fraglich. Siehe hierzu *Koch*, Die schleichende Erosion der Verfolgungspflicht nach ARAG/Garmenbeck, NZG 2014, 934.

Sanktionen für die vertretene Gesellschaft führen können. Die Interessenlage ist damit aber klar vorgegeben: sie liegt für die Gesellschaft in der Sanktionsprävention. Eine saldierende Betrachtung, welche rein gewinnorientiert Sanktionsrisiken und Reputationsschäden außer Acht lässt, ist abzulehnen. Bei der Bewertung der Interessenlage einer Gesellschaft sind allein die grundsätzlichen gesellschaftsrechtlichen Vorgaben und die Vorgaben der Rechtsprechung zu beachten.

Nicht nur die Betrachtung der rechtlichen Vorgaben, sondern auch die der tatsächlichen Vorgaben zeigt letztlich, dass eine Interessenkongruenz allenfalls zufällig in Betracht kommt. Im Hinblick auf § 283 StGB ist eine solche nicht ersichtlich. Welches Interesse eine juristische Person daran haben soll, dass ihr zum Zeitpunkt der Insolvenzreife Vermögenswerte entzogen werden, erschließt sich nicht. Ein solches Interesse existiert nicht, da jede Vertiefung der Krise die Sanierungsfähigkeit verschlechtert und damit unweigerlich in die Liquidation führt. Entzieht ein Vertreter der von ihm Vertretenen Gesellschaft Vermögenswerte, erfolgt dies vielleicht in seinem, ganz bestimmt aber nicht in deren Interesse. Ein gesteigertes Tatinteresse, welches *Hoyer* als materiellen Grund des Sonderdeliktes sieht und es daher auch beim Vertreter des Sonderpflichtigen fordert⁶⁹⁸, hat die vertretene Gesellschaft oftmals gerade nicht.

3. Stellungnahme zur Garantentheorie

a) Schünemann

Vielversprechender ist im Ergebnis der binnensystematische Ansatz *Schünemanns*. Als „binnensystematisch“ ist dieser Ansatz zu beschreiben, weil Schünemann die von ihm für § 13 StGB entwickelte Garantentheorie auf § 14 StGB überträgt. Dass die von ihm⁶⁹⁹ als „wichtig und fruchtbar“ bezeichnete Aufdeckung binnensystematischer Zusammenhänge dies grundsätzlich ist, wird auch von *Pohl* bejaht⁷⁰⁰ und ist laut *Rogall* zudem eine „im Ansatzpunkt konsequente und in sich folgerichtige Ausprägung eines funktionalen Strafrechtssystems“⁷⁰¹.

⁶⁹⁸ SK-StGB/*Hoyer* § 14 Rn. 19.

⁶⁹⁹ LK-StGB/*Schünemann* § 14 Rn. 16.

⁷⁰⁰ *Pohl*, Der Vertretungsbezug der Handlung i.S.d. § 14 StGB, S. 60.

⁷⁰¹ KK-OWiG/*Rogall* § 9 Rn. 16 f.

Zuzustimmen ist *Schünemann* in der Prämisse, § 14 StGB habe bei seiner Einführung ersichtlich kein fundiertes rechtliches Gesamtkonzept zugrunde gelegen⁷⁰², sondern dessen Normierung sei vor allem eine Frage der Gesetzestechnik gewesen und es bestehe kaum ein Unterschied zu denjenigen Delikten, bei denen der Täterkreis abschließend im Tatbestand normiert ist (bspw. § 82 GmbHG)⁷⁰³. Indem *Schünemann* auf ein faktisches Verhältnis in Form einer Garantenstellung aufgrund der Herrschaft über die Hilflosigkeit eines Rechtsguts abstellt, bietet er bei seinem Erklärungsansatz einen entscheidenden Vorteil gegenüber den pflichtenbezogenen Ansätzen: Wo diese nur auf fragmentarische außerstrafrechtliche Regelungen zurückgreifen können und eine ganzheitliche rechtliche Unterfütterung des § 14 StGB nicht erreichen, setzt *Schünemann* die rein tatsächlichen Verhältnisse in den Blickpunkt, was ein umfassendes Erklärungskonzept für § 14 StGB ermöglicht und welches auch geeignet ist, sämtliche Varianten der Vorschrift gleichermaßen zu erfassen.

b) Ceffinato

Einen ähnlichen, die Garantenstellung in den Focus rückenden Ansatz hat jüngst *Ceffinato* entwickelt. *Ceffinato* sieht in der Übernahme der Garantenstellung des Sonderpflichtigen den Grund dafür, dass der Vertreter die materielle Unrechtsstruktur des Sonderdelikts gleich dem „Prototyp“ des dem Delikt gedanklich zugrunde liegenden Täters verwirklichen kann.⁷⁰⁴ § 14 StGB regelt nicht die Voraussetzungen einer Pflichtenübertragung, sondern knüpft an eine bereits vollzogene Übertragung bzw. an eine mit der tatbestandlich vorausgesetzten Funktionsübernahme einhergehende eigene Sonderpflicht des Vertreters an, die einen besonderen sozialen Einflussbereich vermittele.⁷⁰⁵ Den Vertretenen selbst sieht *Ceffinato* dabei nicht als garantenpflichtig an, weshalb auch nicht die strafrechtliche Pflichtigkeit überwältigt werde, sondern über § 14 StGB der Anwendungsbereich eines Tatbestandes im Wege einer gesetzlich zulässigen

⁷⁰² LK/*Schünemann* § 14 Rn. 6.

⁷⁰³ So *Ceffinato*, Legitimation und Grenzen der strafrechtlichen Vertreterhaftung nach § 14 StGB, S. 236.

⁷⁰⁴ *Ceffinato*, Legitimation und Grenzen der strafrechtlichen Vertreterhaftung nach § 14 StGB, S. 205.

⁷⁰⁵ *Ceffinato*, Legitimation und Grenzen der strafrechtlichen Vertreterhaftung nach § 14 StGB, S. 211 f.

Analogie erweitert wird.⁷⁰⁶ Ob eine vertretene juristische Person außerstrafrechtlich Adressat von Pflichten sein kann sei irrelevant, da die Existenz akzessorischer Straftatbestände nichts darüber aussage, inwiefern die juristische Person Täter dieser Tatbestände sein könne.⁷⁰⁷ Eine Ableitung der strafrechtlichen Handlungsfähigkeit des Verbandes aus der außerstrafrechtlichen Pflichtenstellung gehe daher fehl und ein Organwalter sei auch nicht Zurechnungsobjekt der außerstrafrechtlichen Pflicht des Vertretenen.⁷⁰⁸

Die Legalitätspflicht sieht *Ceffinato* als für die Begründung einer strafrechtlichen Haftung ungeeignet an, da „materiell besehen die Nichterfüllung dieser Pflicht zu derselben Rechtsgutsbeeinträchtigung führt, wie sie aus der Nichterfüllung durch den primär Verpflichteten resultiere und überdies der Blickwinkel von der Beziehung des Normsubjekts zum Rechtsgut hin zum Innenverhältnis zum Vertretenen verschoben wird“⁷⁰⁹. Da auch andere gesellschaftsrechtliche verantwortungszuweisende Vorschriften (genannt werden § 41 GmbHG, § 91 AktG) nur das Innenverhältnis der Gesellschaft betreffen, fehle es an einer gesetzlichen Grundlage, welche die Zuständigkeit der Organwalter im Außenverhältnis regele.⁷¹⁰

Diese Argumentation überzeugt nicht. Im Nebenstrafrecht geregelte Sondertatbestände bilden genau die Situation ab, dass außerstrafrechtliche Pflichten für Organe auch im Außenverhältnis begründet werden und deren Verletzung durch eine zusätzliche Strafvorschrift geahndet wird. Als Beispiel lässt sich hier die Pflicht zur Aufstellung des Jahresabschlusses (§§ 264, 242 HGB) an-

⁷⁰⁶ *Ceffinato*, Legitimation und Grenzen der strafrechtlichen Vertreterhaftung nach § 14 StGB, S. 213 f.; *Ceffinato* diskutiert in diesem Zusammenhang die strafrechtliche „Pflichtsubjektivität“ von Verbänden allgemein und lehnt diese - genau wie deren Garantienposition - ab.

⁷⁰⁷ *Ceffinato*, Legitimation und Grenzen der strafrechtlichen Vertreterhaftung nach § 14 StGB, S. 215, weswegen es auch irrelevant ist, dass die juristische Person zivilrechtlich Haftungssubjekt ist, da dies nichts über ihre Eignung als Strafrechtssubjekt aussagt, *Ceffinato* a.a.O. S. 221.

⁷⁰⁸ *Ceffinato*, Legitimation und Grenzen der strafrechtlichen Vertreterhaftung nach § 14 StGB, S. 216 f.

⁷⁰⁹ *Ceffinato*, Legitimation und Grenzen der strafrechtlichen Vertreterhaftung nach § 14 StGB, S. 231 f.

⁷¹⁰ *Ceffinato* a.a.O.

führen, deren Verletzung in § 331 HGB mit Strafe bedroht ist.⁷¹¹ Die Legalitätspflicht verpflichtet das Organ gerade zur Einhaltung dieser – auch strafrechtlichen – Vorschriften.

Ceffinatos Ausführungen lassen sich nur mit einem unzureichenden Verständnis der Legalitätspflicht erklären. Diese beruht auf der generalklauselartigen Regelung der § 43 Abs. 1 GmbHG, § 93 Abs. 1 AktG. Sie verpflichtet Geschäftsführer und Vorstand zur Sorge für das rechtmäßige Verhalten der Gesellschaft nach außen, aber vor allem auch zu *eigenem* rechtskonformen Verhalten im Innen- und im Außenverhältnis, was die Einhaltung sämtlicher Straf- und Bußgeldvorschriften umfasst.⁷¹² Nicht nachvollziehbar ist es daher, wenn *Ceffinato* behauptet, in der Legalitätspflicht könne keine gesetzliche Regelung für eine Zuständigkeit im Außenverhältnis gesehen werden.⁷¹³ Die Legalitätspflicht betrifft originär schon das Außenverhältnis. Die Behauptung, der „übernehmende“ Organwahrer müsse auch im Außenverhältnis verpflichtet werden, was er aber durch die Legalitätspflicht nicht werde, lässt sich mit dem allgemeinen Verständnis der Legalitätspflicht nicht in Einklang bringen.

Wenn *Ceffinato* zudem behauptet, zwischen außerstrafrechtlichen Normen und dem strafrechtlich intendierten Rechtsgüterschutz bestünde eine „meilenweit entfernte Zielrichtung“⁷¹⁴, trifft dies ebenfalls nicht zu. Wie dargelegt, dient bspw. § 64 S. 1 GmbHG genau wie § 283 Abs. 1 StGB dem Masseerhalt.⁷¹⁵ In diesem Fall besteht ein Gleichlauf zwischen außerstrafrechtlich und strafrechtlich intendiertem Rechtsgüterschutz. Dass dem Strafrecht unter Berücksichti-

⁷¹¹ Die im Hinblick auf § 14 StGB zu beantwortende Frage wäre in diesem Zusammenhang daher auch, ob über diese Vorschrift gesetzestechnisch ein ebensolcher Zusammenhang hergestellt werden kann, wie es über §§ 264, 331 HGB i.V.m. der Legalitätspflicht geschieht.

⁷¹² Vgl. oben Teil 3, III. 3.; BGH, Beschluss vom 13.09.2010 - 1 StR 220/09 = NJW 2011, 88, 92; MüKo-GmbHG/*Fleischer* § 43 Rn. 30; *Fleischer* ZIP 2005, 141, 144; Spindler/Stilz/*Fleischer* AktG § 93 Rn. 23.

⁷¹³ *Ceffinato*, Legitimation und Grenzen der strafrechtlichen Vertreterhaftung nach § 14 StGB, S. 232.

⁷¹⁴ *Ceffinato*, Legitimation und Grenzen der strafrechtlichen Vertreterhaftung nach § 14 StGB, S. 233.

⁷¹⁵ Vgl. oben S. 104 BGH, Urteil vom 05.05.2008 - II ZR 38/07 = NJW 2008, 2504, 2505; BGH, Urteil vom 29.11.1999 - II ZR 273/98 = BGHZ 143, 184, 186; BGH, Urteil vom 14.05.2007 - II ZR 48/06 = NJW 2007, 2118, 2119; BGH, Urteil vom 31.03.2003 - II ZR 150/02 = NZG 2003, 582, 583.

gung des ultima ratio Gedankens über die außerstrafrechtliche Pflicht hinaus eine andere Funktion als die bloße Pflichtenmahnung zukommen muss⁷¹⁶, ist eine dem Strafrecht immanente Selbstverständlichkeit, deren Erwähnung aber kein Argument gegen einen pflichtenbezogenen Ansatz darstellt.

Ein weiteres Beispiel: § 264 HGB ist ebenfalls eine Konkretisierung der Legalitätspflicht. Während über § 43 Abs. 2 GmbHG eine Innenhaftung für die Verletzung der aus § 264 HGB resultierenden, im Außenverhältnis bestehenden Pflicht begründet werden kann, wird über § 331 HGB eine strafrechtliche Haftung bewirkt. Damit liegt der Fall vor, dessen Existenz von *Ceffinato* negiert wird. Dass eine Verletzung der externen Pflichtenbindung zugleich eine Innenhaftung begründen kann, ist für das Außenverhältnis irrelevant. Eine „Verschiebung des Blickwinkels zum Innenverhältnis zum Vertretenen“ findet nicht statt, sondern stellt nur eine zu beachtende Parallele dar. Bejaht man eine außerstrafrechtliche Sekundärpflicht der Organwalter in Form einer richtig verstandenen Legalitätspflicht, bestünde diese entgegen *Ceffinato* richtigerweise auch im Außenverhältnis in Form der von *Fleischer* genannten *externen Pflichtenbindung* und stellt nicht lediglich eine „Behauptung“⁷¹⁷ dar. Wenn hiermit eine zivilrechtliche Beschränkung auf eine Innenhaftung verbunden ist, so stellt dies für das Strafrecht eine irrelevante, rechtspolitische Entscheidung an einer anderen Stelle im Rechtssystem dar, die dort einen anderen Regelungszweck verfolgt. Da *Ceffinato* die externe Pflichtenbindung der Legalitätspflicht verkennt, sind auch seine weiteren Argumente unzutreffend: Eine gedankliche Trennung, zwischen Pflichtigem und Pflichtenvertreter gibt es gerade nicht, sondern der Organwalter ist aufgrund *seiner*⁷¹⁸ originären außerstrafrechtlichen Pflichten und *seiner* Legalitätspflicht selbst Pflichtiger und nicht bloß Vertreter einer „spezifischen Pflichtigkeit“⁷¹⁹.

Auch wenn *Ceffinatos* Kritik an einem pflichtenbezogenen Ansatz nicht überzeugen kann, sind seine weiteren Ausführungen durchaus fruchtbar. Diesen

⁷¹⁶ *Ceffinato*, Legitimation und Grenzen der strafrechtlichen Vertreterhaftung nach § 14 StGB, S. 233.

⁷¹⁷ *Ceffinato* a.a.O.

⁷¹⁸ Siehe hierzu oben S. 108 ff.

⁷¹⁹ So *Ceffinato*, Legitimation und Grenzen der strafrechtlichen Vertreterhaftung nach § 14 StGB, S. 234.

Ausführungen zugrunde gelegt wird das Verständnis, dass der Organwalter als Handlungsorgan eines Personenverbandes zu sehen sei, dem im Rahmen seines Zuständigkeitsbereichs eigene Garantienpflichten gegenüber den Rechtsgütern Dritter obliegen, während der Vertretene gerade nicht Inhaber einer Garantienpflicht sein kann.⁷²⁰ Die eigene, originäre Sonderpflicht des Organwalters soll aus der Funktionsübernahme des jeweiligen Organisationsbereichs erwachsen.⁷²¹

Hierfür müsse aber ein besonderer, sozialer Einflussbereich des Organwalters nachgewiesen werden, damit der Organwalter das materielle Unrecht des Tatbestandes erfüllen könne.⁷²² Dieser Einflussbereich könne einerseits darin gesehen werden, dass den Organwalter selbst die Garantienpflicht trifft, weil er in den besonderen sozialen Einflussbereich tritt, in dem sich der Prototyp eines Sonderdeliktssubjekts nach der Vorstellung des Gesetzgebers befindet, oder darin, dass die vertretene juristische Person im Falle der hypothetischen Unzuständigkeit ihrer Mitarbeiter für die Pflichterfüllung im Außenverhältnis aufgrund organisierter Unverantwortlichkeit als Gefahrenquelle zu sehen sei, weil sich in diesem Fall die durch die Verhaltensnormen des Sonderpflichtdelikts gerade zu verhindern gesuchten Gefahren in vollem Umfang realisieren würden.⁷²³

Im ersten Fall soll die rein tatsächliche Herrschaft über Rechtsgut oder Gefahrenquelle für die Garantienpflicht nicht ausreichen, sondern hierfür bedürfe es einer gesetzlichen Grundlage.⁷²⁴ Diese sei in der Verfügungsgewalt des Organwalters zu sehen, da diese ihm eine exponierte Stellung innerhalb der Gesellschaft einräume, mit der eine gewisse „achtungsgbietende Vertrauenserswartung“ verbunden sei. In die Nähebeziehung zum geschützten Rechtsgut tre-

⁷²⁰ *Ceffinato*, Legitimation und Grenzen der strafrechtlichen Vertreterhaftung nach § 14 StGB, S. 235.

⁷²¹ *Ceffinato*, Legitimation und Grenzen der strafrechtlichen Vertreterhaftung nach § 14 StGB, S. 235 f.

⁷²² *Ceffinato*, Legitimation und Grenzen der strafrechtlichen Vertreterhaftung nach § 14 StGB, S. 237.

⁷²³ *Ceffinato* a.a.O.

⁷²⁴ *Ceffinato*, Legitimation und Grenzen der strafrechtlichen Vertreterhaftung nach § 14 StGB, S. 239.

te der Organwalter kraft seiner Organisationsverantwortung.⁷²⁵ Die Besonderheit der Stellung des Organwalters bestehe darin, dass er durch seine gesetzlich vorgesehene Bestellung Teil des Kollektivs ist, an welches sich die Garantepflichten im Falle „hypothetischer Pflichtsubjektivität“ richten würden, womit der Organwalter als Leitungsorgan in die Sphäre gelange, in der die wahrzunehmenden Garantepflichten bestehen. Entscheidend für die Sonderpflichtenstellung sollen damit die förmliche Bestellung des Organwalters und die sich anschließende Übernahme des kompetenzgemäß eingeräumten Organisationsbereichs durch diesen sein.⁷²⁶

Im zweiten Fall soll sich eine Garantepflicht des Organwalters zur gefahrenmindernden Gestaltung des eigenen Einflussbereichs ergeben.⁷²⁷ Diese originären Sicherungspflichten sollen aus den unmittelbaren Aufsichts- und Sicherungspflichten resultieren, welche zum eigenen Organisationskreis des Organwalters gehören und die sich auf höherer Ebene zu einer Organisationspflicht wandeln, deren Ausprägung eine Art Legalitätspflicht der Organwalter sei. Der Umfang dieser Pflicht soll sich nach der Unternehmensgröße richten und sich auf den Organisationsbereich des Organwalters beschränken. Die Pflicht umfasst von der Organisation ausgehende Gefahren, insbesondere in der Form von Gefahren, die darauf beruhen, dass sich innerhalb der Organisation niemand für die Pflichterfüllung zuständig fühlt. Die Sicherungspflicht soll in diesem Fall neben der tatsächlichen Herrschaft ebenfalls in der tatsächlichen Verfügungsmacht fußen. Abgegrenzt möchte *Ceffinato* diese Sonderpflicht aber von der Geschäftsherrenhaftung wissen.⁷²⁸

Strohmänner als bloß formal zum Organwalter bestellte Personen sollen nicht von § 14 StGB erfasst werden, da sie keinen Aufgabenbereich verantwortungsvoll übernommen haben, bei ihnen somit nicht die materielle Unrechtsstruktur des Sonderpflichtdelikts vorliege und es damit an einem vergleichbaren Straf-

⁷²⁵ *Ceffinato*, Legitimation und Grenzen der strafrechtlichen Vertreterhaftung nach § 14 StGB, S. 238 ff.

⁷²⁶ *Ceffinato*, Legitimation und Grenzen der strafrechtlichen Vertreterhaftung nach § 14 StGB, S. 244, ff., 247.

⁷²⁷ *Ceffinato*, Legitimation und Grenzen der strafrechtlichen Vertreterhaftung nach § 14 StGB, S. 253 ff.

⁷²⁸ *Ceffinato*, Legitimation und Grenzen der strafrechtlichen Vertreterhaftung nach § 14 StGB, S. 256.

tatunwert fehle.⁷²⁹ Beim faktischen Geschäftsführer liege diese Unrechtsstruktur zwar vor, jedoch soll ein bloßes „Faktum“ keine Sonderverpflichtung begründen können. Hinzukommen müsse ein Fall des § 14 Abs. 3 StGB.⁷³⁰ Lediglich von § 14 Abs. 2 StGB sollen faktische Organe aber erfasst werden können, wenn der Nachweis gelingt, dass das faktische Organ im Einverständnis mit den Organwaltern tätig wird.⁷³¹ Begründet wird diese Wertung im Hinblick auf § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB mit dem Wortlaut des § 14 Abs. 3 StGB, der gerade aufzeige, dass die fehlgeschlagene Bestellung und erst recht das nur geduldete oder faktische Tätigwerden von § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht mitgeregelt werden.⁷³²

Auch wenn zwischen § 14 Abs. 1 StGB und § 14 Abs. 2 StGB ein Unterschied dergestalt bestehe, dass bei Ersterem die Sonderpflicht stets bei den Organwaltern liege, während bei Letzterem die Möglichkeit der gewillkürten Stellvertretung berücksichtigt wird, müsse aufgrund der identischen Rechtsfolge auch der Straftatunwert eines Vertreters i.S.d. § 14 Abs. 2 StGB dem eines Organwalters entsprechen.⁷³³ Dies werde erreicht, indem ein Zuständigkeitsbereich innerhalb einer Organisation in seiner Gänze auf einen Vertreter i.S.d. § 14 Abs. 2 StGB übertragen wird⁷³⁴, womit der Ausschluss der primären Verantwortlichkeit des übergeordneten Stelleninhabers verbunden sein soll, dem nicht einmal mehr Überwachungspflichten verbleiben sollen.⁷³⁵

Sowohl bei *Ceffinato* als auch bei *Schünemann* wird als Kriterium für die Gleichstellung des Vertreters mit dem formalen Statusinhaber über § 14 StGB

⁷²⁹ *Ceffinato*, Legitimation und Grenzen der strafrechtlichen Vertreterhaftung nach § 14 StGB, S. 262.

⁷³⁰ *Ceffinato*, Legitimation und Grenzen der strafrechtlichen Vertreterhaftung nach § 14 StGB, S. 263 f.

⁷³¹ *Ceffinato*, Legitimation und Grenzen der strafrechtlichen Vertreterhaftung nach § 14 StGB, S. 265.

⁷³² *Ceffinato*, Legitimation und Grenzen der strafrechtlichen Vertreterhaftung nach § 14 StGB, S. 267.

⁷³³ *Ceffinato*, Legitimation und Grenzen der strafrechtlichen Vertreterhaftung nach § 14 StGB, S. 276.

⁷³⁴ *Ceffinato*, Legitimation und Grenzen der strafrechtlichen Vertreterhaftung nach § 14 StGB, S. 284.

⁷³⁵ *Ceffinato*, Legitimation und Grenzen der strafrechtlichen Vertreterhaftung nach § 14 StGB, S. 286, womit er sich allerdings gegen die überwiegende Meinung stellt.

letztlich ein eigener sozialer Einflussbereich bzw. die Herrschaft über einen sozialen Bereich im Wirkungsfeld des Vertretenen gefordert. Unterschiede ergeben sich nur in der Herleitung der Herrschaftsstellung. Dieser Grundgedanke verdient Zustimmung, da er universell rechtfertigen kann, warum ein Externer gegenüber beliebigen Dritten in den Bereich eines Sonderdeliktes einbezogen wird: Die Herrschaftsstellung setzt ihn stets in ein besonderes Verhältnis zu dem zu schützenden Rechtsgut, welches den wesentlichen Unterschied zu einem beliebigen Dritten ausmacht. Die genaue Ausgestaltung dieser Herrschaftsstellung ist allerdings fraglich. Die Forderung *Ceffinatos*, dem Vertreter müsse ein Herrschaftsbereich gänzlich übertragen werden und es dürften nicht einmal mehr Überwachungspflichten beim Übergeordneten verbleiben, erschließt sich nicht. Diese Einschränkung gegenüber der ganz überwiegenden Meinung würde zu der surreal anmutenden Situation führen, dass sich bspw. ein Vorstand seiner Oberaufsicht⁷³⁶ bewusst begeben müsste, damit eine Strafbarkeit des Untervertreters überhaupt in Betracht kommt. Gleichzeitig würde der Vorstand solange selber haften können, wie er beaufsichtigt, könnte aber eine Haftungsvermeidung herbeiführen, wenn er bewusst jedwede Aufsicht über die untergeordnete Stelle aufgibt. Eine derartige Einschränkung ist nicht nachvollziehbar.

Der Grundgedanke des Erfordernisses einer Herrschaftsstellung verdient aber Zustimmung und soll daher auch hier seine Berücksichtigung finden.

V. Ergebnis

§ 14 StGB stellt in erster Linie eine Reaktion des Gesetzgebers auf rechtstat-sächliche Probleme in der Rechtsanwendung dar. Der Deckmantel eines Unternehmens, einer juristischen Person oder eines Betriebes darf nicht dazu genutzt werden können, einer strafrechtlichen Haftung zu entgehen, und eine derartige Organisation darf auch nicht zur Nichtverfolgbarkeit von tatbestandsmäßigen Handlungen führen. Auch § 14 StGB versucht letztlich die häufig genannte „organisierte Unverantwortlichkeit“⁷³⁷ zu bekämpfen, die im Falle dieser Vor-

⁷³⁶ Hierzu *Fleischer*, *Vorstandsverantwortlichkeit und Fehlverhalten von Unternehmensangehörigen* — von der Einzelüberwachung zur Errichtung einer Compliance-Organisation, AG 2003, 291, 295.

⁷³⁷ Zum Begriff: *Dannecker/Bülte* in: *Wabnitz/Janovsky*/, *Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, Kapitel 1 Rn. 23; *LK/Schünemann*, Vor § 25 Rn. 21.

schrift in dem strukturellen Problem des Auseinanderfallens der Ausführungstätigkeit und der formalen Statusinhaberschaft besteht. Dieses Problem beschäftigte schon das preußische Obertribunal⁷³⁸ und ist letztlich auch Grund der vielfach eingeführten Organwaltersondertatbestände.

Was aber rechtfertigt es, den Tatbestand einer Norm auf die in § 14 StGB genannten Personen auszudehnen? Bei der Beantwortung dieser Frage darf sich das Strafrecht nicht dem Umstand verschließen, dass die haftungsrechtliche Behandlung von Organen und Vertretern auch an anderen Stellen im Rechtssystem eine Rolle spielt. Dort gewonnene Erkenntnisse müssen zumindest auf ihre Relevanz für das Strafrecht hin überprüft werden.⁷³⁹ Sowohl für die Organe einer juristischen Person als auch für die juristische Person selbst gilt, dass sie letztlich zivilrechtlich geschaffene Rechtssubjekte darstellen, deren Ausgestaltung maßgeblich durch das Zivilrecht vorgegeben ist. Unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung muss die strafrechtliche Organhaftung mit der außerstrafrechtlichen Organhaftung in Einklang zu bringen sein. Dies scheitert, wenn sich die Regelungssysteme grundlegend widersprechen, weshalb zur Herstellung einer einheitlichen Rechtsordnung eine widerspruchsfreie Regelung erforderlich ist.⁷⁴⁰ Das Ziel der Einheit der Rechtsordnung verlangt, wie *Ceffinato* richtig herausstellt, einen Zustand der Widerspruchsfreiheit zu schaffen, der vor allem *Rechtssicherheit* gewährt.⁷⁴¹ Sowohl Organe als auch Vertreter müssen aus dem Gesetz erkennen können, wo die haftungsrechtliche Grenze ihres Handlungsspielraums verläuft.

Grundsätzlich ist es dogmatisch ohne weiteres nachvollziehbar, warum bestimmte Organe in § 14 StGB einbezogen werden. Dies betrifft die Organe, denen in der Rechtsanwendung besonders viel Aufmerksamkeit entgegengebracht wird, also vor allem den Geschäftsführer einer GmbH und den Vorstand einer AG. Diesen Organen wird innerhalb der juristischen Person gesetzlich eine herausragende Stellung eingeräumt, mit der besondere Verpflichtungen, aber

⁷³⁸ Entscheidung vom 9.11.1874 = GA 23 (1875) 31 ff.

⁷³⁹ Dies gilt weniger für den Rechtsgrund, als - wie sich noch zeigen wird - für die Auslegung von § 14 StGB.

⁷⁴⁰ *Ceffinato*, Legitimation und Grenzen der strafrechtlichen Vertreterhaftung nach § 14 StGB, S. 220.

⁷⁴¹ *Ceffinato*, Legitimation und Grenzen der strafrechtlichen Vertreterhaftung nach § 14 StGB, S. 221.

auch besondere Einflussmöglichkeiten einhergehen. Wenn diese Organe jetzt aufgrund der mit ihrer Organstellung verbundenen Legalitätspflicht für das eigene rechtmäßige Verhalten als auch für die rechtskonforme Organisation der vertretenen juristischen Person Sorge tragen müssen und wenn ihnen dabei aufgrund ihrer organschaftlichen Pflichten insbesondere jedweder Verstoß gegen Strafvorschriften verboten ist, dann kann dieser Umstand strafrechtlich nicht irrelevant sein und muss sich entsprechend niederschlagen. Dies geschieht durch die mit § 14 StGB bewirkte Gleichstellung mit den von ihnen vertretenen, formal sonderpflichtigen juristischen Personen.

Die Schwierigkeit besteht allerdings darin, dass dieses Ergebnis zwar für die genannten Organe nachvollziehbar ist, während für andere Organe (die Vorschrift erfasst schließlich u.a. auch den eingetragenen Verein, die Stiftung, die OHG und die KG) eine theoretische Aufarbeitung der rechtlichen Regelungen noch nicht soweit erfolgt ist, um in deren Fall eine vergleichbare Aussage treffen zu können. Dies gilt für das Zivilrecht wie für das Strafrecht⁷⁴². Die Legalitätspflicht als solche hat schließlich auch erst nach der Jahrtausendwende zunehmend an Bedeutung und, damit verbunden, ihre heutige Ausprägung gewonnen. Dass der Prozess der Rechtsfortbildung hier allerdings weiter läuft, hat sich jüngst gezeigt: So wird zumindest in den Fällen der GmbH & Co. KG vertreten, die organschaftliche Sonderrechtsbeziehung zwischen Komplementär-GmbH und ihrem Geschäftsführer erstreckt sich auch auf die KG und daher sei gegenüber dieser ebenfalls eine organschaftliche Haftung möglich, was gleichermaßen für den Fall der GmbH & Co. KGaA gelten soll.⁷⁴³ Dies verdeutlicht zumindest den Entwicklungsstand der außerstrafrechtlichen Organhaftung. Deren Umfang und Grenzen waren zudem ein prägendes Thema des 70. Deutschen Juristentages in Hannover.

Auch für Gesellschafter von OHG und KG besteht ebenfalls die „generelle Organpflicht“ zur Einhaltung der Gesetze.⁷⁴⁴ Damit stellen überall dort, wo außerstrafrechtlich dem Organwalter aufgrund seiner Organstellung originäre gesetz-

⁷⁴² Zur fehlenden rechtlichen Durchdringung der Materie siehe auch LK-StGB/Schünemann § 14 Rn. 6.

⁷⁴³ Bachmann, Die Haftung des Geschäftsleiters für die Verschwendung von Gesellschaftsvermögen, NZG 2013 1121, 1126 f., unter Bezugnahme auf BGH, Urt. v. 18.06.2013 - II ZR 86/11 (KG) = NZG 2013, 1021.

⁷⁴⁴ MüKo-HGB/Rawert § 114 Rn. 56.

liche Leitungs- und Verhaltenspflichten aufgelegt werden, diese auch zugleich einen Grund dafür dar, ihn mit dem von ihm vertretenen formal Sonderpflichtigen über § 14 StGB gleichzustellen. Für alle anderen Organe stellt sich dann natürlich die Frage, wie sich deren Einbeziehung in § 14 StGB rechtfertigen lässt. Sind mit der Organstellung originäre Geschäftsleitungs- oder Vertretungsbefugnisse verbunden, so wird dies regelmäßig der Fall sein, da dann eine strukturelle Ähnlichkeit zu Vorstand und Geschäftsführer besteht.

Für einen Teil des von § 14 StGB erfassten Personenkreises ergibt sich aus der außerstrafrechtlichen Pflichtenstellung ein Grund dafür, warum diese Personen dem vertretenem Sonderpflichtigen durch eine Strafausdehnung gleichgestellt werden. Aufgrund der lediglich fragmentarischen Ausgestaltung der außerstrafrechtlichen Organpflichten lässt sich hieraus allerdings kein ganzheitlicher Ansatz entwickeln, der § 14 StGB als strafrechtsdogmatische Begründung zugrunde gelegt werden könnte.

Während also eine besonders stark entwickelte Legalitätspflicht wie im Falle des Vorstands einer AG als Rechtsgrund für dessen strafrechtliche Haftung über § 14 StGB ausreichen würde, muss für andere von § 14 StGB erfasste Personen ein anderer Grund herhalten. Dieser *könnte*, wie von *Ceffinato* und *Schünemann* gefordert, darin gesehen werden, dass dem Betroffenen im Hinblick auf das jeweilige Rechtsgut eine Herrschaftsstellung zukommt.

Auf diese Weise würde zunächst dem Unterschied zwischen § 130 OWiG und § 14 StGB Rechnung getragen und dessen Rolle im Wirtschafts- und Unternehmensstrafrecht betont. Aufgrund der Legalitätspflicht hat der Vorstand schon gemäß § 93 Abs. 1 S. 1 AktG i.V.m. § 130 Abs. 1 OWiG Straftaten im Unternehmen aufzuklären und abzustellen.⁷⁴⁵ Dies betrifft im Fall des § 130 OWiG aber nur die Aufsichtspflicht des Vorstandes für fremdes Verhalten im Unternehmen. Der Haftung des § 130 OWiG liegt die Vorstellung zugrunde, der Geschäftsherr sei aufgrund seiner leitenden Stellung dazu verpflichtet, den Risiken, welche von der Beschäftigung nachgeordneter Arbeitnehmer ausgehen, entgegenzuwirken.⁷⁴⁶ Der Geschäftsherr nutzt die Vorteile der Delegation

⁷⁴⁵ Vgl. *Reichert*, Reaktionspflichten und Reaktionsmöglichkeiten auf (möglicherweise) strafrechtsrelevantes Verhalten innerhalb des Unternehmens, ZIS 2011, 113, 117 ff.

⁷⁴⁶ KK-OWiG/Rogall § 130 Rn. 2.

und hat daher für das pflichtgemäße Verhalten der von ihm eingesetzten Arbeitnehmer Sorge zu tragen. Es wird also eine Situation erfasst, in der ein Geschäftsherr einen Organisationsbereich auf jemand anderen übertragen hat und dieser Jemand diesen Bereich betreffende Pflichten verletzt. Die Bedeutung der Legalitätspflicht betrifft hierbei die Legalitätskontrolle in der Form der Aufsicht über den Organisationsbereich.

Anknüpfungspunkt der Haftung über § 14 StGB ist die eigene tatbestandsmäßige Handlung des Organs oder Vertreters. Für einige Organe besteht bereits aufgrund originärer Organpflichten die Pflicht zu eigenem rechtskonformen Verhalten und damit ein spezielles organschaftliches Verbot der Vornahme der tatbestandlichen Handlung. Insbesondere für Vertreter im Sinne des § 14 Abs. 2 StGB gibt es derartige Pflichten in der Regel nicht. Speziell Vertreter i.S.d. § 14 Abs. 2 Nr. 2 StGB müssen nach dem Willen des Gesetzgebers allerdings ein Maß an Eigenverantwortlichkeit aufweisen, welches es ihnen erlaubt, im Wirkungskreis des Vertretenen eigenständig zu handeln und Pflichten wahrzunehmen.⁷⁴⁷ Hieraus ließe sich ableiten, dass seitens des Gesetzgebers ein eigener sozialer Einflussbereich und damit eine Herrschaftsstellung gerade für erforderlich gehalten wird. Diese Herrschaftsstellung könnte der allgemeinen Organ- oder Vertreterstellung einen konkreten Bezug zu dem strafrechtlich geschützten Rechtsgut geben, welcher durch allgemeine Organpflichten nur in Einzelfällen hergestellt werden kann. Ohne konkreten Bezug zum geschützten Rechtsgut wäre eine Regelung im Allgemeinen Teil des StGB schließlich immer der Frage ausgesetzt, warum über diese Norm *gerade im konkreten Fall* eine Gleichstellung mit dem formalen Statusinhaber und damit eine Gleichstellung im Straftatunwert erfolgen soll, welche durch eine Strafausdehnungsvorschrift letztlich bewirkt wird.

Eine Gleichstellung im Straftatunwert besteht zwischen Organwaltern i.S.d. § 14 Abs. 1 StGB und Vertretern i.S.d. § 14 Abs. 2 StGB entgegen *Ceffinato* auch in denjenigen Fällen, in denen dem Delegierenden eine Oberaufsicht verbleibt. Anderenfalls würde § 14 StGB seiner Rolle als „Transmissionsriemen“⁷⁴⁸ nicht gerecht, denn eine Tat über § 14 Abs. 2 StGB könnte sonst schon

⁷⁴⁷ BT-Drucks V/1319 S. 65.

⁷⁴⁸ Zum Begriff *Többens*, Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch die Troika der §§ 9, 130 und 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten, NStZ 1999, 1, 8.

keine Anknüpfungstat i.S.d. § 130 OWiG sein, wenn *Ceffinatos* Erfordernis der gänzlichen Übertragung eines Organisationsbereichs konsequent berücksichtigt werden würde, da eine durch den Delegationsempfänger begangene Straftat dann schließlich nicht Gegenstand einer Aufsichtspflichtverletzung i.S.d. § 130 OWiG sein könnte. Ein Zusammenspiel von §§ 30, 130 OWiG mit § 14 StGB wäre in diesem Fall nicht mehr möglich. Die Möglichkeit der Delegation ist grundsätzlich die Konsequenz des Umstandes, dass in einer arbeitsteiligen Wirtschaft nicht jede Aufgabe durch Geschäftsleiter persönlich vorgenommen werden kann.

Wenn zwischen Vertretern i.S.d. § 14 Abs. 2 StGB und Organen i.S.d. § 14 Abs. 1 StGB ein Unterschied dergestalt besteht, dass das Verhältnis Letzterer zum Vertretenen umfassend zivilrechtlich geregelt ist, so wird dies kompensiert, indem Vertreter i.S.d. § 14 Abs. 2 StGB durch den Betriebsinhaber oder einen sonst dazu befugten mit der Leitung oder Teilleitung beauftragt worden sein müssen⁷⁴⁹. Dem Vertreter i.S.d. § 14 Abs. 2 StGB fehlt zwar der rechtliche Rahmen eines Organwalters i.S.d. § 14 Abs. 1 StGB, dafür wird er aber durch den Beauftragungsakt des Betriebsinhabers in eine vergleichbare exponierte Stellung gebracht.

Die von *Schünemann* und *Ceffinato* geforderte Garantenstellung wird im Fall von Organen regelmäßig schon durch die organschaftliche Stellung vermittelt. Die allgemeinen Vertretungs- und Leitungsbefugnisse und nicht zuletzt der Grundsatz der Allzuständigkeit führen zu einer Zuständigkeit für alle unternehmensbezogenen Pflichten,⁷⁵⁰ auch in Form der allgemeinen Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensleitung, welche wiederum Ausfluss der allgemein aus § 43 GmbHG, §§ 76, 93 AktG resultierenden Geschäftsleiterpflichten ist. Im Falle des § 64 GmbHG wird der Geschäftsführer sogar aufgrund dieser Regelung direkt zum Garanten für die Masserhaltung gemacht.

Letztlich bleibt aber festzuhalten: Ein auf einer Herrschaftsstellung basierender Ansatz, der auf eine Sonderrechtsbeziehung zum geschützten Rechtsgut abstellt, *könnte* zwar als einheitlicher Rechtsgrund für die strafrechtsdogmatische

⁷⁴⁹ Zu diesem allgemeinen Erfordernis MüKo-StGB/*Radtke* § 14 Rn. 89.

⁷⁵⁰ Hierzu *Michalski/Haas/Ziemons* GmbHG § 43 Rn. 165; für den Grundsatz der Allzuständigkeit der Gesellschafterversammlung vergleiche etwa BeckOK-GmbHG/*Schindler* § 46 Rn. 131.

Begründung herangezogen werden, eine zwingende Notwendigkeit ergibt sich hierfür aber nicht. Nach hier vertretener Ansicht ist vorrangige Erkenntnis der Untersuchung, dass § 14 StGB ein einheitliches strafrechtsdogmatisches Konzept nicht zugrunde gelegt worden ist und aufgrund der divergierenden außerstrafrechtlichen Rechtsstellung nicht ganzheitlich aus der außerstrafrechtlichen Pflichtenstellung der genannten Personen entwickelt werden kann. Gleichwohl lassen sich für den Großteil der erfassten Personen durch die Betrachtung der außerstrafrechtlichen Organ- oder Vertreterstellung ausreichende Gründe für die strafrechtsdogmatische Legitimierung der Einbeziehung in den Anwendungsbereich der Norm anführen.

Zusammenfassend bleibt zum Rechtsgrund des § 14 StGB damit zu sagen: Originäre organschaftliche Pflichten reichen als Rechtsgrund für die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung nicht aus, da sie die Norm nur fragmentarisch erklären können. Gleichwohl sind sie aufgrund ihrer immensen Bedeutung bei der Auslegung von § 14 StGB zu berücksichtigen, da die Norm an die konkrete Organstellung anknüpft.

Ein *einheitlicher* Rechtsgrund des § 14 StGB könnte sich nach derzeitiger Rechtslage konzeptionell nur aufgrund eines naturalistischen Ansatzes ergeben, was durch das Erfordernis einer Herrschaftsstellung möglich wäre. Hierdurch wird letztlich stets eine exponierte Stellung des Vertreters geschaffen, welche eine Gleichstellung mit dem formalen Statusinhaber rechtfertigen kann und ihn in Verbindung zu dem konkret durch die Strafnorm geschützten Rechtsgut setzt. Die Herrschaftsstellung würde sich im Falle von Organen zumeist schon aus deren Organstellung ergeben.

Die durch § 14 StGB erfolgende Ungleichbehandlung bedarf im Hinblick auf Art. 3 GG keiner Rechtfertigung. Diese Ungleichbehandlung erfolgt nämlich nicht durch § 14 StGB, sondern ist Resultat der zivilrechtlichen Ausgestaltung der Organ- und Vertretungsverhältnisse. Wenn einem Organ innerhalb einer juristischen Person besondere Rechten und Pflichten zukommen oder ein Vertreter aufgrund einer Beauftragung eine besondere Leitungsbefugnis innehat, dann liegt hierin ein wesentlicher Unterschied zwischen untergeordneten Angehörigen der juristischen Person, was sich in § 14 StGB niederschlagen darf.

Dies beantwortet letztlich auch die Frage, warum § 14 StGB sich auf den genannten Personenkreis beschränkt.⁷⁵¹

D. Zusammenfassung

Für die Frage, wann ein Handeln „als“ Vertreter im Sinne des § 14 StGB vorliegt, bleibt Folgendes festzuhalten:

Ein Blick auf die Gesetzeshistorie hat hierfür keine Erkenntnisse offenbart. Allenfalls kann man dem Gesetzgebungsprozess entnehmen, dass der Formulierung des Erfordernisses des Handelns als Vertreter seitens des Gesetzgebers nicht ansatzweise die Bedeutung beigemessen wurde, welche sie in der heutigen Rechtsprechung und Literatur erfährt hat. Auch der gesetzestechnische Vergleich zu den Organwaltersondertatbeständen des Nebenstrafrechts zeigt im Hinblick auf die Frage, wann ein Handeln „als“ Vertreter vorliegt, lediglich, dass sich eine divergierende Auslegung nur durch den jeweiligen Tatbestand des Sonderdelikts ergeben kann. Grundsätzlich stellt das Handeln „als“ Vertreter hier aber den Regelfall dar und es ist eher die Frage aufzuwerfen, ob es Ausnahmen von dieser Regel geben könnte, statt in dem Erfordernis des Handelns „als“ Vertreter eine zusätzliche Tatbestandsvoraussetzung zu sehen.

Das wesentliche Ergebnis der Untersuchung besteht in der Erkenntnis, dass die strafrechtliche Organhaftung nicht losgelöst von den zivilrechtlichen Vorgaben und der außerstrafrechtlichen Organhaftung betrachtet werden kann. Da § 14 StGB durch die Auswahl der organschaftlichen Vertreter den außerstrafrechtlichen Gegebenheiten Rechnung trägt, sind die dort für diese bestehenden Regelungen auch strafrechtlich zu berücksichtigen. Dies betrifft allgemeine gesellschaftsrechtliche Pflichten und insbesondere die Legalitätspflicht. Legt man die außerstrafrechtlichen Rahmenbedingungen dem Verständnis des § 14 StGB zugrunde, sind diese bei der Auslegung der Norm und damit auch bei der Frage, wann ein Handeln „als“ Vertreter vorliegt, zu berücksichtigen. Die Bedeu-

⁷⁵¹ Welche Personen letztlich im Einzelnen von der Norm erfasst werden, ist durch die Rechtsanwendung und im Rahmen der Rechtsfortbildung zu bestimmen. Es gehört zu der Natur einer Norm im Allgemeinen Teil des StGB, auch zukünftig aufkommende Sachverhalte erfassen zu können, wie z.B. neuartige Rechtsformen wie die der SE oder SCE.

tung für die Konturierung des Zurechnungszusammenhanges wird im folgenden Abschnitt dargestellt.

Teil 4 – Der Vertretungsbezug i.S.d. § 14 StGB

A. Einleitung

Nachdem die rechtlichen Grundlagen der strafrechtlichen Organ- und Vertreterschaft untersucht worden sind, stellt sich die Frage, inwiefern sich diese auf die Konturierung des Zurechnungszusammenhanges auswirken und wie dieser zu bestimmen ist. Die Bewertung von Zurechnungszusammenhängen erfolgt nicht ausschließlich im Rahmen von § 14 StGB oder § 9 OWiG, sondern erfolgt auch an anderen Stellen im straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Haftungssystem. Zu Beginn dieses Abschnittes soll daher zunächst untersucht werden, ob durch einen Vergleich mit anderen „Zurechnungszusammenhängen“ übertragbare Kriterien für die Bestimmung des Zurechnungszusammenhanges bei § 14 StGB gewonnen werden können. In einem weiteren Schritt ist schließlich zu untersuchen, welche Vorgaben dem Bankrottatbestand für die Frage zu entnehmen sind, welche Verhaltensweisen von Organen und Vertretern von § 283 StGB überhaupt erfasst werden sollen.

B. Der Begriff der Betriebsbezogenheit im Rahmen der §§ 30, 130 OWiG und seine Bedeutung für die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung

Der eingangs dargestellten Ansicht des BGH nach soll für ein Handeln „als“ Vertreter i.S.d. § 14 Abs. 1 StGB nun erforderlich sein, dass der Vertreter „gerade in seiner Eigenschaft als vertretungsberechtigtes Organ, also *im Geschäftskreis des Vertretenen* (...), und nicht bloß bei Gelegenheit tätig wird“.⁷⁵² Das Erfordernis des Tätigwerdens im Geschäftskreis des Vertretenen könnte mit einem anderen Erfordernis im System des Haftungsverbundes der §§ 9, 30, 130 OWiG und § 14 StGB korrelieren, nämlich mit dem der *Betriebsbezogenheit* der Pflichten im Rahmen der §§ 30 und 130 OWiG.

⁷⁵² Vgl. oben; BGH, Beschluss vom 15.05.2012 – 3 StR 118/11 Rn. 22 = NZG 2012, 836, 838.

Der Begriff der Betriebsbezogenheit ist kein im Gesetz ausdrücklich genannter technischer Begriff des OWiG.⁷⁵³ Er findet sich bei der Bestimmung von Aufsichtspflichtverletzungen i.S.d. § 130 OWiG, da die Norm eine Zuwiderhandlung gegen Pflichten erfordert, die den Inhaber eines Betriebes treffen. Ebenso findet er sich bei der Sanktionierung von juristischen Personen und Personenvereinigungen über § 30 OWiG, da hierfür erforderlich ist, dass die in § 30 Abs. 1 OWiG genannten Personen eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen haben, durch die Pflichten, welche die juristische Person oder Personenvereinigung treffen, verletzt worden sind. Schließlich findet er sich auch bei der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung, da dem Geschäftsherrn nur die Pflicht zur Verhinderung von betriebsbezogenen Taten nachgeordneter Mitarbeiter obliegen soll.

Ein Zusammenhang zwischen der Betriebsbezogenheit und dem Handeln „als“ Vertreter könnte in einer vergleichbaren Ausgangssituation liegen: Auch im Rahmen der §§ 30, 130 OWiG soll ein bloßes Handeln bei Gelegenheit nicht ausreichen, sondern darüber hinaus ein Bezug zum Betrieb des Unternehmens (spiegelbildlich zum Bezug zur Vertreterstellung bzw. zum Geschäftskreis des Vertretenen bei § 14 StGB) erforderlich sein. Aus diesem Erfordernis resultiert etwa die Frage, ob Straftaten zum Nachteil des eigenen Unternehmens überhaupt eine ordnungswidrigkeitenrechtliche Sanktion auslösen können.⁷⁵⁴ Im Falle des Geschäftsführers einer GmbH lässt sich ebenfalls fragen, ob ein Zurechnungszusammenhang i.S.d. § 14 StGB überhaupt begründet werden kann, wenn der Geschäftsführer ausschließlich zur Schädigung der GmbH handelt, oder ob hier nicht allein auf Fremdschädigungsdelikte abgestellt werden müsste.⁷⁵⁵

Daneben stellt sich ganz allgemein die Frage, ob die Bejahung der Betriebsbezogenheit zur Bejahung des Zurechnungszusammenhanges beitragen kann.⁷⁵⁶ Schließlich stellen vor allem Taten, die erst über § 14 StGB und § 9 OWiG zu

⁷⁵³ Grützner, BB 2012, 150, 152.

⁷⁵⁴ Helmrich, Straftaten von Mitarbeitern zum Nachteil des „eigenen“ Unternehmens als Anknüpfungstaten für eine Verbandsgeldbuße?, wistra 2010, 331 ff., vgl. hierzu die Darstellung unten.

⁷⁵⁵ Diese Frage wurde im Rahmen des zumeist als Selbstschädigungsdelikt qualifizierten Bankrott i.S.d. § 283 StGB bereits aufgeworfen.

⁷⁵⁶ So KK-OWiG/Rogall OWiG § 30 Rn. 108.

Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten des Handelnden werden, Anknüpfungstaten i.S.d. § 30 OWiG dar und über § 9 OWiG wird oftmals erst eine Täterschaft des § 130 OWiG begründet. Widersprüche in der haftungsrechtlichen Konzeption könnten ein erhebliches Konfliktpotential begründen, weshalb sich widersprechende Auslegungen vermieden und ein ganzheitliches Konzept favorisiert werden sollte.

Bedeutung erlangt die Betriebsbezogenheit ebenfalls im Rahmen der strafrechtlichen *Geschäftsherrenhaftung*⁷⁵⁷. Wird für Leitungspersonen die strafrechtliche Pflicht bejaht, betriebsbezogene Straftaten nachgeordneter Mitarbeiter zu verhindern, kann dies für die eigene Pflichtenstellung und den eigenen Handlungsrahmen ebenfalls Bedeutung erlangen. Ob sich hier eine einheitliche konzeptionelle Grundlage finden lässt, bleibt abzuwarten.

I. Der Begriff der *Betriebsbezogenheit*

Gemäß § 130 Abs. 1. S. 1 OWiG macht sich ahndbar, wer als Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens vorsätzlich oder fahrlässig die Aufsichtsmaßnahmen unterlässt, die erforderlich sind, um in dem Betrieb oder Unternehmen *Zuwiderhandlungen gegen Pflichten* zu verhindern, die den Inhaber treffen und deren Verletzung mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist, wenn eine solche Zuwiderhandlung begangen wird, die durch gehörige Aufsicht verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre. Da nur *Zuwiderhandlungen gegen Pflichten* des Inhabers eine Ahndbarkeit begründen können, ist stets die Verletzung einer *betriebsbezogenen* Pflicht erforderlich.⁷⁵⁸ Wie das Kriterium der Betriebsbezogenheit im konkreten Fall zu bestimmen ist, ist allerdings äußerst umstritten.⁷⁵⁹ Allgemein sollen Pflichten dann betriebsbezogen sein, wenn sie im Zusammenhang mit dem Gegenstand des Betriebes oder Unternehmens bzw. der Unternehmensführung bestehen und den Inhaber als Normadressaten treffen.⁷⁶⁰

⁷⁵⁷ Hierzu BGH, Urteil vom 20.10.2011 – 4 StR 71/11 = NJW 2012, 1237 ff.

⁷⁵⁸ Bock in: Rotsch, Criminal Compliance, § 8 Rn. 47; Göhler/Gürtler § 130 Rn. 18; Rebmann/Roth/Herrmann OWiG, 3. Aufl., 13. Lfg. September 2008, § 130 Rn. 6.

⁷⁵⁹ Roxin JR 2012, 303, 306.

⁷⁶⁰ Rebmann/Roth/Herrmann § 130 Rn. 6.

Die Herkunft des Begriffs wird seitens *Roxins*⁷⁶¹ einem Urteil des OLG Karlsruhe⁷⁶² zugeschrieben. Hinsichtlich einer etwaigen Rechtspflicht des Vorarbeiters zur Verhinderung von Straftaten eines nachgeordneten Arbeiters hatte das OLG ausgeführt, eine solche bestehe nicht, da die das Verhältnis von Vorarbeiter zum Mitarbeiter betreffende Autorität nur betriebsbezogen sei und auch nur betriebsbezogene Wirkung entfalte.⁷⁶³ Daher habe der Vorarbeiter auch nicht die allgemeine Lebensführung des Mitarbeiters zu beeinflussen oder zu beaufsichtigen, sondern er müsse nur solche Gefahren beherrschen, die der Betrieb und die in dessen Rahmen durchgeführten Arbeiten mit sich bringen.⁷⁶⁴ Die Gefahr, dass ein Arbeiter *bei Gelegenheit* (Hervorhebung im Urteil) einer betrieblichen Verrichtung ein Vermögensdelikt gegen den Auftraggeber begehe, sei keine Gefahr, die der aufgetragenen Tätigkeit innewohne.⁷⁶⁵

Zwar betraf das Urteil die Frage einer Garantenstellung i.S.d. § 13 StGB; die wortlautbedingte Parallele zur Begründung des Zurechnungszusammenhanges ist allerdings kaum zu übersehen: Für das Vorliegen einer Aufsichtspflichtverletzung soll erforderlich gewesen sein, dass die Zuwiderhandlung nicht bloß *bei Gelegenheit* der Betriebsausübung erfolgte. Die spätere Rechtsprechung konkretisiert dies u.a. dahingehend, dass die Aufsicht der übergeordneten Stelle nur betriebsbezogene Pflichten betreffe, die anhand des Umfangs und Inhaltes des konkreten Betriebes zu bestimmen seien; eine Weisungsgebundenheit des Zuwiderhandelnden sei nicht einmal erforderlich.⁷⁶⁶ Im Ergebnis deckt sich dies konzeptionell mit dem vom BGH für die Bejahung des Zurechnungszusammenhanges i.S.d. § 14 StGB aufgestellten Erfordernis eines Handelns im Geschäftskreis des Vertretenen und nicht bloß bei Gelegenheit.

⁷⁶¹ *Roxin* JR 2012, 303, 306; so auch *Bülte*, Die Beschränkung der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung auf die Verhinderung betriebsbezogener Straftaten, NZWiSt 2012, 176, 177.

⁷⁶² OLG Karlsruhe, Urteil vom 25.03.1971 - 3 Ss 5/71 = GA 1971, 281 ff.

⁷⁶³ OLG Karlsruhe, Urteil vom 25.03.1971 - 3 Ss 5/71 = GA 1971, 281, 283

⁷⁶⁴ OLG Karlsruhe a.a.O.

⁷⁶⁵ OLG Karlsruhe a.a.O.

⁷⁶⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.05.1990 - 2 Ss (OWi) 144/90 - 28/90 III = wistra 1991, 38, 39; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24.04.1991 - 5 Ss (OWi) 322/90 - (OWi) 79/90 III = wistra 1991, 275, 277.

Inhaltlich wurde in der Vergangenheit vertreten, dass nur die Verwirklichung von Sonderdelikten als Zuwiderhandlung gegen eine betriebsbezogene Pflicht in Betracht kommen soll. Mit der Änderung des § 130 OWiG durch das 41. StrÄndG vom 07.08.2007 wurde dieser Ansicht aber die argumentative Basis entzogen.⁷⁶⁷ Nach Ansicht des Gesetzgebers sollen von § 130 OWiG genau wie von § 30 OWiG auch Allgemeindelikte erfasst werden können, auch wenn die Zuwiderhandlung stets im Zusammenhang mit der Betriebs- oder Unternehmensführung erfolgen müsse.⁷⁶⁸ Zuwiderhandlungen ohne Bezug zur wirtschaftlichen Betätigung des Betriebs oder Unternehmens sollen keine Verletzung einer betriebsbezogenen Pflicht darstellen können.⁷⁶⁹ Zur Anwendung kommen sollen aber die von der Rechtsprechung bis dato entwickelten Grundsätze zur Bestimmung der Betriebsbezogenheit im Rahmen des § 30 OWiG. Explizit verweist der Gesetzgeber hierbei auf ein Urteil des OLG Celle⁷⁷⁰. Das OLG hatte in seiner Entscheidung ausgeführt, eine Pflichtverletzung sei nur dann nicht betriebsbezogen, „wenn das Organ höchstpersönlich, folglich wie jedermann und somit ohne spezifischen Bezug zu seiner Stellung als Organ der juristischen Person handelt“.⁷⁷¹ Grundsätzlich erfolgt die Bestimmung der *Betriebsbezogenheit* bei den §§ 30, 130 OWiG nach neuerer Rechtslage einheitlich.⁷⁷²

Damit stellt sich nunmehr weniger die Frage, ob eine Zuwiderhandlung überhaupt als Pflichtverletzung i.S.d. §§ 30, 130 OWiG in Betracht kommt, sondern wann eine Zuwiderhandlung *betriebsbezogen* im Sinne dieser Vorschriften ist.⁷⁷³ Unter Bezugnahme auf *Schramm*⁷⁷⁴ und *Dannecker*⁷⁷⁵ stellt die Betriebsbezogenheit der Pflicht damit nach Ansicht *Rogalls* das entscheidende Kriterium zur Begründung des – von *Rogall* ausdrücklich so bezeichneten – *Zurechnungszusammenhanges* bei der Geschäftsherrenhaftung nach § 13 StGB als

⁷⁶⁷ Zum Ganzen KK-OWiG/*Rogall* § 130 Rn. 82 ff.

⁷⁶⁸ BT-Drs. 16/3656 S. 14.

⁷⁶⁹ BT-Drs. 16/3656 S. 14.

⁷⁷⁰ OLG Celle, Beschluss vom 26.11.2004 - 1 Ws 388/04 = NStZ-RR 2005, 82.

⁷⁷¹ OLG Celle a.a.O.

⁷⁷² KK-OWiG/*Rogall* § 30 Rn. 90.

⁷⁷³ KK-OWiG/*Rogall* § 130 Rn. 87.

⁷⁷⁴ *Schramm*, JZ 2012, 971.

⁷⁷⁵ *Dannecker* NZWiSt 2012, 441, 445.

auch bei der Beurteilung der Aufsichtspflichtverletzung nach § 130 OWiG dar⁷⁷⁶. Selbiges dürfte im Ergebnis auch für § 30 OWiG gelten.

Folgt man *Rogalls* Prämisse, hieße dies mit anderen Worten: Was für den Zurechnungszusammenhang bei § 14 StGB / § 9 OWiG das Merkmal des Handelns „als“ Vertreter ist, stellt für den Zurechnungszusammenhang im Rahmen der Geschäftsherrenhaftung und der Aufsichtspflichtverletzung i.S.d. § 130 OWiG die Betriebsbezogenheit der Pflichtverletzung dar. Dem folgend ist für die vorliegende Untersuchung natürlich von besonderem Interesse, wie die Bestimmung der Betriebsbezogenheit zu erfolgen hat.

II. Streitstand

Das Meinungsspektrum hierzu zeigt sich ähnlich vielfältig wie bei der Diskussion um die Bestimmung des Zurechnungszusammenhanges bei § 14 StGB.

1. Die Meinungen in der Literatur

a) Interessenorientierte Ansätze

Nicht sonderlich überraschend hat sich ähnlich wie bei der Diskussion um die Auslegung von § 14 StGB bei der Bestimmung der Betriebsbezogenheit eine Art „Interesstheorie“ herausgebildet: Eine Zuwiderhandlung soll dann betriebsbezogen sein, wenn sie im Interesse des Betriebes vorgenommen worden ist.⁷⁷⁷ Hat der Betroffene hingegen allein im eigenen Interesse gehandelt (Exzesstat), scheidet das Vorliegen der Betriebsbezogenheit stets aus.⁷⁷⁸

⁷⁷⁶ KK-OWiG/*Rogall* § 130 Rn. 87.

⁷⁷⁷ „Ein Verhalten, das der Untergebene nachvollziehbar für den Betrieb vornimmt (z.B. eine Bestechung), ist betriebsbezogen, nicht dagegen ein Verhalten, das der nachvollziehbar intendierten Betriebsbezogenheit ermangelt.“, so *Bottke*, Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata, S. 69; *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 106.

⁷⁷⁸ *Schünemann* a.a.O.; *ders.*, Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität, *wistra* 1982, 41, 45.

Diese Eingrenzung wird von *Otto*⁷⁷⁹ und *Hernández Basualto*⁷⁸⁰ als zu eng empfunden, vor allem weil eine derartige Differenzierung aus Sicht eines vor der Gefahrenquelle Betrieb zu schützenden Dritten keinen Sinn ergebe. Allerdings soll auch nach Ansicht der Kritiker die Betriebsbezogenheit in der Regel zu bejahen sein, wenn der Betroffene im Interesse des Betriebs handelt.⁷⁸¹

Dass ein Interessenkriterium bei der Frage nach der Verantwortlichkeit der Leitungsperson – und eben nicht des Verbandes – jeglicher Legitimation entbehre, wird von *Hernández Basualto* richtig erkannt⁷⁸² und entspricht der im Rahmen des § 14 StGB an der Interessentheorie geäußerten Kritik. Der eigentliche Kritikpunkt liegt allerdings – wie bereits oben dargestellt – in dem nicht überwindbaren begrifflichen Widerspruch, dem jedes Interessenkriterium ausgesetzt ist: Betrachtet man die betriebsbezogene Zuwiderhandlung im Haftungsverband der §§ 9, 30, 130 OWiG, so stellt sie ein notwendiges Mosaik für die Begründung der Verbandshaftung dar. Bejaht man die Betriebsbezogenheit mit der Begründung, der Betroffene habe im Interesse des Verbandes gehandelt, müsste man ein Interesse des Verbandes an der Zuwiderhandlung bejahen, obwohl hierdurch gleichzeitig ein Haftungstatbestand erfüllt und damit eine Sanktionierung des Verbandes begründet wird. Mit anderen Worten: Der Umstand, dass sich der Verband aufgrund der Zuwiderhandlung einem empfindlichen Sanktionsrisiko ausgesetzt sieht und die Sanktionierung überhaupt erst ermöglicht wird, dürfte bei der Bestimmung des Interesses nicht berücksichtigt werden. Viele jüngere Beispiele der Rechtspraxis (besonders exemplarisch: Siemens, Ferrostaal, Bilfinger, ThyssenKrupp und nicht zuletzt die Deutsche Bank) haben gezeigt, dass Unternehmen heutzutage im Falle der Aufdeckung von Korruptionsfällen derart gravierende Sanktionen fürchten müssen, dass das Unternehmensinteresse allein in der Prävention solcher Sachverhalte bestehen kann.⁷⁸³ Rechtliche Folgen für das Unternehmen müssten daher bei Betrachtung der Motivation des Handelnden außer Acht gelassen werden. Da der Handelnde in der Regel nicht nur Fremdinteressen sondern auch Eigeninteressen

⁷⁷⁹ *Otto*, Die strafrechtliche Verantwortung für die Verletzung von Sicherungspflichten, FS Schroeder S. 339, 342.

⁷⁸⁰ *Hernández Basualto*, Die Betriebsbezogenheit der Garantenstellung von Leitungspersonen, FS Frisch S. 333, 343.

⁷⁸¹ *Hernández Basualto* a.a.O.

⁷⁸² *Hernández Basualto* a.a.O. S. 344.

⁷⁸³ So auch *Meyberg*, BeckOK-OWiG § 30 Rn. 75; zum Reputationsschaden vgl. auch *Moosmayer* in: *Moosmayer*, Compliance, Abschnitt B.II. Rn. 69 f.

verfolgen wird, verkommt ein Interessenkriterium damit letztlich zu einer schwammigen Masse, die alles oder nichts sein kann und von der Willkür des jeweiligen Betrachters abhängt. Selbst wenn eine Aufspaltung zwischen den Gesellschafterinteressen und denen der Gesellschaft erfolgt, lassen sich mit einem solchen Kriterium keine sinnvollen Ergebnisse erzielen.⁷⁸⁴

b) Schall

Ein weiteres Indiz für die Vergleichbarkeit des Zurechnungszusammenhanges mit dem Begriff der Betriebsbezogenheit ist der von *Schall* entwickelte Ansatz, der im Ergebnis dem der funktionalen Betrachtung bei § 14 StGB entspricht.⁷⁸⁵ Unter ausdrücklicher Bezugnahme auf § 14 StGB soll für die Bestimmung der Betriebsbezogenheit entscheidend sein, ob der Untergebene eine Zuwiderhandlung unter Ausnutzung der tatsächlichen und rechtlichen Wirkungsmöglichkeiten begeht, die ihm seine Beschäftigung im Betrieb bietet.⁷⁸⁶ Auf diese Weise sollen auch Fälle erfasst werden, die zwar keinen Bezug zur eigentlichen Stellung des Handelnden aufweisen, aber unter der Ausnutzung der Wirkungsmöglichkeiten erfolgen, die durch die Beschäftigung im Betrieb geschaffen werden und damit letztlich als Ausdruck der Gefahrenquelle Betrieb erscheinen.⁷⁸⁷ Nicht erfasst werden sollen hingegen Taten, die sich mehr oder weniger zufällig im Betrieb ereignen und daher bloß bei Gelegenheit der Tätigkeit im Betrieb begangen werden.⁷⁸⁸

Da aber Situationen denkbar sind, in denen so gut wie jede Tat unter Ausnutzung der tatsächlichen und rechtlichen Wirkungsmöglichkeiten begangen werden würde, wird diesem Ansatz eine unvertretbare Weite attestiert, die sich auch nicht durch eine Einschränkung auf lediglich „typische berufliche Versu-

⁷⁸⁴ Hierzu auch *Habetha*, Bankrott und Untreue in der Unternehmenskrise, NZG 2012, 1134, 1140.

⁷⁸⁵ *Schall*, Grund und Grenzen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung, FS Rudolphi S. 267, 282 f.; *ders.*, Geschäftsherrenhaftung und Mobbing, FS Kühl S. 417, 426 f.

⁷⁸⁶ *Schall*, Grund und Grenzen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung, FS Rudolphi S. 267, 282.

⁷⁸⁷ *Schall* a.a.O.

⁷⁸⁸ *Schall*, Geschäftsherrenhaftung und Mobbing, FS Kühl S. 417, 426 f.

chungen"⁷⁸⁹ rechtfertigen lasse.⁷⁹⁰ Zumindest in dem letzten Punkt ist *Rogall*⁷⁹¹ folgend der Kritik zuzustimmen, da mit einer derartigen Einschränkung letztlich nur eine Verlagerung des Abgrenzungsproblems hin zu der Frage erfolgt, wann eine typische berufliche Versuchung vorliegt. Der Reiz dieses Ansatzes liegt aber sicherlich darin, letztlich zu einer differenzierten Einzelfallkasuistik zu zwingen, was auch *Schalls* Intention zu sein scheint.⁷⁹² Dies kann sowohl Vorteil als auch Nachteil sein. Ein Mangel an Trennschärfe wird wohl nie ganz vermieden werden können, da die exakte Ausgestaltung des Einzelfalls und damit letztlich kleinste Details ausschlaggebend für die Beurteilung der Betriebsbezogenheit wären. Wann eine Ausnutzung der tatsächlichen Handlungsmöglichkeiten und nicht bloß ein Handeln bei Gelegenheit gegeben ist, liegt letztlich auch hier stets im Auge des jeweiligen Betrachters.

c) Landscheidt, Thiemann u.a.

Eine weitere Ansicht stellt darauf ab, ob zwischen der Tat und der betrieblichen Tätigkeit ein enger innerer Zusammenhang besteht und die Tat damit in Erfüllung betrieblicher Aufgaben erfolgt ist.⁷⁹³ Ein solcher enger innerer Zusammenhang soll sich je nach Einzelfall sowohl aus räumlichen, sachlichen oder personalen Kriterien ergeben können und bspw. gegeben sein, wenn die Straftat innerhalb der Betriebsräume begangen wird.⁷⁹⁴

Thiemann verfolgt einen ähnlichen Ansatz, verlangt im Gegensatz aber einen inneren Zusammenhang mit den Aufgaben und Zwecken des Betriebs und nicht mit der betrieblichen Tätigkeit des Handelnden.⁷⁹⁵ Auch hier soll sich der Zu-

⁷⁸⁹ Hierzu *Landscheidt*, Die Problematik der Garantenpflichten aus verantwortlicher Stellung in bestimmten Räumlichkeiten, S. 116 unter Bezugnahme auf das Zivilrecht.

⁷⁹⁰ Zur Kritik *Hernández Basualto*, Die Betriebsbezogenheit der Garantenstellung von Leitungspersonen, FS Frisch S. 333, 344.

⁷⁹¹ KK-OWiG/*Rogall* § 130 Rn. 94.

⁷⁹² Vgl. hierzu die von ihm aufgeführten Beispiele, *Schall*, Geschäftsherrenhaftung und Mobbing, FS Kühl S. 417, 427.

⁷⁹³ *Landscheidt*, Die Problematik der Garantenpflichten aus verantwortlicher Stellung in bestimmten Räumlichkeiten, S. 114 ff.; *Roxin* AT II § 32 Rn. 141.

⁷⁹⁴ *Landscheidt* a.a.O. S. 115 f.

⁷⁹⁵ *Thiemann*, Aufsichtspflichtverletzungen in Betrieben und Unternehmen, S. 21.

sammenhang je nach Einzelfall aus räumlichen, sachlichen oder personalbezogenen Kriterien ergeben können.⁷⁹⁶

Beiden Ansichten wird entgegengehalten, sie führten letztlich zu einem zu engen Anwendungsbereich, da schon in vielen Fällen ein deliktisches Verhalten rein begrifflich einer betrieblichen Tätigkeit oder gar den betrieblichen Zielen nicht zugeordnet werden könne.⁷⁹⁷ Einige Elemente haben aber in neueren Konzepten Beachtung gefunden. So möchte *Otto* ebenfalls auf einen inneren Zusammenhang zum Betrieb abstellen.⁷⁹⁸ Dieser soll aber nicht „subjektiv, aus der Sicht des Täters, auf die ihm durch seine Beschäftigung im Betrieb gegebenen Wirkungsmöglichkeiten zu beschränken oder auf die Aufgabe und Zwecke des Betriebes zu reduzieren“ sein, sondern der innere Zusammenhang soll sich aus der Realisierung der Aufgaben und Zwecke des Betriebes und aus der aus Sicht eines Dritten zu beurteilenden Betriebsabläufen ergeben.⁷⁹⁹ Diesen Perspektivenwechsel greift auch *Hernández Basualto* auf, der darauf abstellt, ob die Zuwiderhandlung aus Sicht eines objektiven Dritten – und nicht lediglich aus Sicht des Opfers – noch als Tat des Unternehmens selbst und als Ausdruck der normalen Tätigkeit des Unternehmens erscheine, oder ob die Zuwiderhandlung aus Sicht des Dritten eine „Exzesstat eines opportunistischen Einzelgängers“ darstelle.⁸⁰⁰ Ist aus den Umständen erkennbar, dass es sich bei der Tat des Zuwiderhandelnden lediglich um eine separate, vom Unternehmen unabhängige Tätigkeit handelt, könne hierin eine nicht betriebsbezogene Tätigkeit gesehen werden, die sich mehr oder weniger zufällig im Betrieb ereignet oder nur bei Gelegenheit der betrieblichen Verrichtung erfolgt ist.⁸⁰¹

Ob hiermit ein solides Abgrenzungskriterium geschaffen wird, erscheint fraglich. Die Frage, ob ein innerer Zusammenhang zum Geschäftsfeld eines Betrie-

⁷⁹⁶ *Thiemann a.a.O.*

⁷⁹⁷ *Schall*, Grund und Grenzen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung, FS Rudolphi S. 267, 281.

⁷⁹⁸ *Otto*, Die strafrechtliche Verantwortung für die Verletzung von Sicherungspflichten, FS Schroeder S. 339, 343.

⁷⁹⁹ *Otto a.a.O.*

⁸⁰⁰ *Hernández Basualto*, Die Betriebsbezogenheit der Garantenstellung von Leitungspersonen, FS Frisch S. 333, 346. *Rogall* wendet hiergegen zurecht ein, dass dies wiederum die Frage aufwirft, wie das Vorliegen einer Exzesstat zu bestimmen ist, vgl. KK-OWiG/*Rogall* § 130 Rn. 96.

⁸⁰¹ *Hernández Basualto a.a.O.* S. 348.

bes besteht oder ob die Zuwiderhandlung des Täters noch als Akt des Unternehmens zu bewerten ist, verortet das Abgrenzungsproblem letztlich nur an anderer Stelle, ohne ein handfestes Abgrenzungskriterium zu schaffen. Dies wirft eher die Frage auf, ob es überhaupt möglich ist, stets zu einer differenzierten „ganz- oder gar nicht-“ Lösung zu kommen, oder ob tatsächlich nur ein normativer Grundsatz der Rechtsanwendung zugrunde gelegt werden kann.

d) Rogall

So dürfte wohl die Folgerung *Rogalls* zu verstehen sein, der ausführt, es handle sich bei dem geforderten inneren Zusammenhang letztlich um einen wertenden, normativen Zusammenhang, der durch ein Zurechnungsurteil dargestellt werde, dessen Gegenstand die Frage sei, ob sich die Zuwiderhandlung „als Realisierung der vom Betriebsinhaber zu vertretenden Personalgefahren darstellt oder ob sie nur Teil des allgemeinen Lebensrisikos ist, das jeder Teilnehmer am Rechtsverkehr hinzunehmen hat“.⁸⁰² Entscheidend sei, „ob die Zuwiderhandlung Ausdruck einer Gefahr ist, die mit dem Betrieb oder mit der betrieblichen Tätigkeit notwendigerweise verbunden ist“.⁸⁰³ Aus Sicht eines objektiven Dritten sei daher zu entscheiden, ob sich die Zuwiderhandlung noch als Besorgung oder Organisation einer jeweils in Rede stehenden betrieblichen Angelegenheit verstehen lässt.⁸⁰⁴

Bei der Beantwortung der Frage, ob eine vom Betriebsinhaber zu vertretende Realisierung einer Personalgefahr vorliegt, greift *Rogall* auf die zivilrechtlichen Grundsätze über die Haftung für Organwalter, Erfüllungs- und Verrichtungshelfen nach den §§ 31, 89, 278, 831 BGB und die diesbezügliche Rechtsprechung der Zivilgerichte zurück.⁸⁰⁵ Aus der Rechtsprechung des BGH⁸⁰⁶ folgert

⁸⁰² KK-OWiG/*Rogall* § 130 Rn. 99.

⁸⁰³ *Rogall* a.a.O.

⁸⁰⁴ *Rogall* a.a.O.

⁸⁰⁵ KK-OWiG/*Rogall* § 130 Rn. 100 f. mit Nachweis der entsprechenden Rechtsprechung.

⁸⁰⁶ Ausdrücklich mit Wortlautzitation: BGH, Urteil vom 15.03.2012 – III ZR 148/11 = NZG 2012, 631, 632: „Die Einstandspflicht des Geschäftsherrn für eigenmächtiges Verhalten seines Gehilfen ist dann zu verneinen, wenn dessen Verfehlung sich von dem ihm übertragenen Aufgabenkreis so weit entfernt, dass aus der Sicht eines Außenstehenden ein innerer Zusammenhang zwischen dem Handeln der Hilfsperson und dem allgemeinen Rahmen der ihr übertragenen Aufgaben nicht mehr zu erkennen ist. Dies ist etwa der Fall, wenn der Gehilfe rein zufällig mit den Rechtsgütern des Geschädigten in

Rogall, dass bei wertender Betrachtung der tatsächlichen Umstände aus Sicht eines objektiven Dritten zu fragen ist, ob der unmittelbare innere Zusammenhang mit dem übertragenen Aufgabenkreis noch gewahrt ist.⁸⁰⁷ Der unmittelbare Sachzusammenhang fehle aber, „wenn der Gehilfe rein zufällig mit den Rechtsgütern des Geschädigten in einer Weise in Berührung gekommen ist, die ihm lediglich die Gelegenheit bot, wie ein deliktisch handelnder Dritter eine von den ihm übertragenen Aufgaben völlig losgelöste unerlaubte Handlung zu begehen“, was der Fall wäre, wenn sich die Handlung des Gehilfen als selbständige, unerlaubte Handlung darstelle.⁸⁰⁸ Da *Rogall* eine weitere Konkretisierung dieser Vorgaben für das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht nicht für möglich hält, sei eine fallgruppenspezifische Herangehensweise erforderlich, bei der es um die Feststellung von hinreichenden Ähnlichkeitswerten gehen soll.⁸⁰⁹ Hierbei unterscheidet *Rogall* zwischen Sonder- und Allgemeindelikten: Während Sonderdelikte stets betriebsbezogen seien, müsse bei Allgemeindelikten festgestellt werden, ob sie den von *Rogall* aufgestellten Kriterien entsprechen.⁸¹⁰ Dies sei etwa bei einem vermeintlich betrieblichen Tatanlass der Fall, bei der Benutzung betrieblicher Infrastruktur und bei Handlungen, die sich „als – wenn auch weisungswidrige oder sogar strafbare – Wahrnehmung von Aufgaben und Interessen des Betriebes darstellen“.⁸¹¹ Exemplarisch führt *Rogall* Fälle aus der Rechtsprechung der Zivilgerichte an, bei denen er je nachdem die Betriebsbezogenheit bejaht oder ablehnt.⁸¹²

Der Ansatz *Rogalls* besitzt eine gewisse Eleganz, da durch den Zugriff auf die zivilrechtliche Rechtsprechung ein Kanon von Fallbeispielen strafrechtlich fruchtbar gemacht werden kann, welcher die Urteilsfindung im Einzelfall zu erleichtern vermag. Zugleich ist eine wertende Betrachtung im Einzelfall nicht

einer Weise in Berührung gekommen ist, die ihm lediglich die Gelegenheit bot, wie ein deliktisch handelnder Dritter eine von den übertragenen Aufgaben völlig losgelöste unerlaubte Handlung zu begehen ... Voraussetzung (der Haftung) ist ein unmittelbarer sachlicher Zusammenhang zwischen dem schuldhaften Verhalten der Hilfsperson und den Aufgaben, die ihr im Hinblick auf die Vertragserfüllung zugewiesen waren.“

⁸⁰⁷ KK-OWiG/*Rogall* § 130 Rn. 101.

⁸⁰⁸ *Rogall* a.a.O. unter Bezugnahme auf die zitierte BGH-Rechtsprechung.

⁸⁰⁹ *Rogall* a.a.O.

⁸¹⁰ KK-OWiG/*Rogall* § 130 Rn. 102, 105.

⁸¹¹ *Rogall* a.a.O.

⁸¹² KK-OWiG/*Rogall* § 130 Rn. 105 f.

den „harten“ Schranken derjenigen Abgrenzungskriterien ausgesetzt, die bspw. allein auf Interessen des Handelnden abstellen. *Rogall* selbst räumt aber ein, die Übertragung von Errungenschaften des zivilrechtlichen Haftungssystems könne nur soweit zulässig sein, wie Unterschiede des straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Haftungssystems dem nicht entgegenstünden. Hier gewinnen vor allem spezial- und generalpräventive Aspekte an Bedeutung, da die Gründe für die strafrechtliche bzw. ordnungswidrigkeitenrechtliche Sanktionierung nicht deckungsgleich mit denen der auf Schadensausgleich angelegten zivilrechtlichen Haftungstatbestände sind und im Zweifel die strafrechtliche und ordnungswidrigkeitenrechtliche Ahndung gegenüber der zivilrechtlichen Haftung eher restriktiv zur Anwendung gebracht werden muss.

2. Die Betriebsbezogenheit in der strafrechtlichen Rechtsprechung

Wenig beleuchtet wurde die Betriebsbezogenheit bisher in der höchstrichterlichen strafrechtlichen Rechtsprechung. Soweit ersichtlich, hat sich der BGH mit deren Ausgestaltung das erste Mal⁸¹³ in seiner „Mobbing-Entscheidung“⁸¹⁴ 2011 befasst. Dort hatte er über die Strafbarkeit des Vorarbeiters einer Straßenarbeiterkolonne wegen Beihilfe zur gefährlichen Körperverletzung und Nötigung zu entscheiden. Der Vorarbeiter hatte gewaltsamen Übergriffen nachgeordneter Mitarbeiter auf ein Mitglied einer anderen Kolonne beigewohnt und war gegen diese Übergriffe nicht eingeschritten.⁸¹⁵ Das LG verneinte eine Strafbarkeit, insbesondere auch wegen Beihilfe durch Unterlassen, da die hierfür erforderliche Garantenstellung nicht vorgelegen habe.

Der BGH schloss sich dem im Ergebnis an⁸¹⁶, traf aber einige grundsätzliche Ausführungen zu den Voraussetzungen einer Garantenstellung zur Verhinderung von Straftaten nachgeordneter Mitarbeiter: Grundsätzlich könne sich aus den Umständen des jeweiligen Einzelfalles eine Garantenpflicht zur Verhinderung von Straftaten nachgeordneter Mitarbeiter ergeben; diese beschränke sich aber auf die Verhinderung betriebsbezogener Straftaten und umfasse nicht sol-

⁸¹³ Zu diesem Befund *Roxin*, JR 2012, 303, 306.

⁸¹⁴ BGH, Urteil vom 20.10.2011 - 4 StR 71/11 = BGHSt 57, 42 = NJW 2012, 1237.

⁸¹⁵ Zum Sacherverhalt BGHSt 57, 42, 43 f.

⁸¹⁶ Im Gegensatz zum LG hielt der BGH aber eine Erörterung der Frage für geboten, ob eine Strafbarkeit wegen unterlassener Hilfeleistung in Betracht kommt.

che Taten, die der Mitarbeiter lediglich bei Gelegenheit seiner Tätigkeit im Betrieb begehe.⁸¹⁷ Betriebsbezogen sei eine Tat dann, wenn sie einen inneren Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit des Begehungstäters oder mit der Art des Betriebs aufweist.⁸¹⁸ Nicht erfasst werden sollen Taten von voll verantwortlich handelnden Angestellten, die nicht Ausfluss der dem Betrieb oder dem Tätigkeitsfeld der Mitarbeiter spezifisch anhaftenden Gefahren sind, sondern die sich außerhalb des Betriebes genauso ereignen könnten.⁸¹⁹ Dies gelte für den zu entscheidenden Mobbing-Fall, da dieser keinen Bezug zu dem konkreten Betrieb aufweise, sondern sich in jedem beliebigen Unternehmen ebenfalls hätte ereignen können.⁸²⁰

Entscheidend wäre nach Ansicht des BGH demnach stets, ob die Straftat des Mitarbeiters einen inneren Zusammenhang zu seiner betrieblichen Tätigkeit *oder* zur Art des Betriebes aufweist, wobei der konkrete Betrieb im Einzelfall maßgeblich sein soll. Dies entspricht einigen der oben dargestellten Literaturmeinungen⁸²¹, wobei der BGH bspw. auf *Roxin* explizit Bezug nimmt. Nicht erfasst werden sollen auch nach Ansicht des BGH diejenigen Taten, die lediglich bei Gelegenheit der Tätigkeit im Betrieb begangen worden sind.

Im Ergebnis bekräftigt der BGH zwar seine Anerkennung der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung, trägt aber wenig Neues zur Diskussion um deren genaue Ausgestaltung bei, da eine ausreichende Konturierung des Begriffs der Betriebsbezogenheit letztlich nicht erfolgt.⁸²² Insbesondere beantwortet er nicht die Frage, wann genau ein innerer Zusammenhang zwischen der Straftat und der betrieblichen Tätigkeit oder der Art des Betriebes vorliegen soll und in welchen Fällen eine Tat lediglich bei Gelegenheit der Tätigkeit im Betrieb begangen worden ist. Sicher scheint nur zu sein, dass Exzesstaten, die außerhalb des

⁸¹⁷ BGHSt 57, 42, 45.

⁸¹⁸ BGHSt 57, 46.

⁸¹⁹ BGHSt 57, 46.

⁸²⁰ BGHSt 57, 47.

⁸²¹ S. 165 ff.

⁸²² MAH WirtschaftsstrafR/*Wessing/Dann* § 4 Rn. 46; *Bülte*, Die Beschränkung der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung auf die Verhinderung betriebsbezogener Straftaten, NZWiSt 2012, 176, 179; *Poguntke*, CCZ 2012, 157, 159.

Betriebes genauso stattfinden könnten, nicht betriebsbezogen sein sollen.⁸²³ Wann dies wiederum der Fall ist, bleibt ebenfalls offen, da der BGH keine Fallgruppen bzw. Fallbeispiele oder Abgrenzungskriterien benennt. Damit ist nicht einmal klar, ob bei der Beantwortung dieser Frage nur zu beurteilen ist, ob die Tat außerhalb des *konkreten* Betriebes (also auch in einem vergleichbaren Betrieb) genauso hätte stattfinden können.⁸²⁴ Müsste der konkrete Betrieb eine Sonderstellung im Verhältnis zu vergleichbaren Betrieben aufweisen, dann wären allgemeine Gefahren wie die Begehung von Korruptionsdelikten nicht betriebsbezogen, da deren Begehung in einer Vielzahl von Unternehmen möglich wäre.⁸²⁵ Eine derartige Differenzierung erscheint – gerade im Hinblick auf Korruptionsdelikte – aber nicht der Intention des Senates zu entsprechen, da dies zu einer drastischen Einengung des Anwendungsbereiches der Geschäftsherrenhaftung führen würde, weil fast jede Straftat auch außerhalb des konkreten Betriebes begangen werden kann.⁸²⁶ Insofern ist der Feststellung *Schramms*⁸²⁷ beizupflichten, dass der „Betriebsgegenstandsbezug“ zwar eine indizielle Bedeutung für die Betriebsbezogenheit hat, aber nicht deren alleiniges Abgrenzungskriterium sein kann.⁸²⁸

Sachgerechter ist es, auch bei der Verwirklichung allgemeiner Gefahren darauf abzustellen, ob diese, gemessen an den „konkreten Umständen innerhalb des jeweiligen Betriebs“, noch als betriebsbezogen zu qualifizieren sind.⁸²⁹ Nach *Schall* soll das dann der Fall sein, „wenn sich die Gefahr aus den strukturellen Bedingungen selbst ergibt, wie sie für jeden Betrieb typisch sind“.⁸³⁰ Letztlich geht der Senat auch so vor, wenn er einerseits Mobbing als Phänomen qualifiziert, das in jedem beliebigen Unternehmen auftritt, andererseits aber eine mögliche Betriebsbezogenheit für die Fälle in Aussicht stellt, in denen das

⁸²³ *Poguntke a.a.O.; Kindler*, Umfang der Pflicht von Betriebsinhabern und Vorgesetzten zur Verhinderung von Straftaten nachgeordneter Mitarbeiter, GWR 2012, 48.

⁸²⁴ *Bülte*, Die Beschränkung der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung auf die Verhinderung betriebsbezogener Straftaten, NZWiSt 2012, 176, 178.

⁸²⁵ *Grützner*, BB 2012, 150, 152.

⁸²⁶ *Hernández Basualto*, Die Betriebsbezogenheit der Garantenstellung von Leitungspersonen, FS Frisch S. 333, 339.

⁸²⁷ *Schramm*, JZ 2012, 969, 971.

⁸²⁸ So auch *Schall*, Geschäftsherrenhaftung und Mobbing, FS Kühl S. 417, 428.

⁸²⁹ *Grützner*, BB 2012, 150, 152.

⁸³⁰ *Schall*, Geschäftsherrenhaftung und Mobbing, FS Kühl S. 417, 429.

Mobbing zur Firmenpolitik gehöre, den Untergebenen durch die Betriebsleitung aufgegeben oder erst durch die Ausnutzung der mit ihrer Stellung im Betrieb verbundenen arbeitstechnischen Machtbefugnis ermöglicht wurde.⁸³¹ Dieses im konkreten Fall vom Senat formulierte Ergebnis sollte allerdings nur abstrahiert Berücksichtigung finden. Betrachtet man nämlich die Schilderungen der Presse über den konkreten Sachverhalt⁸³², lässt dies eher den Schluss zu, dass in dem konkreten städtischen Betrieb eine Politik des Wegschauens und Billigens geherrscht hat, weshalb gerade die Annahme einer das Mobbing fördernden Firmenpolitik nahegelegen hätte.⁸³³ Hätte der Arbeitgeber zu den konkreten Mobbing-Handlungen aufgefordert, wäre das Konstrukt Geschäftsherrenhaftung zudem gar nicht erst zu bemühen, da sich die Garantenstellung dann schon aus Ingerenz ergeben könnte.⁸³⁴

Auch wenn sich der BGH bei der Einordnung der Mobbing-Thematik letztlich nur selber im Wege stand, findet sich mit dem Urteil nun auch in der Rechtsprechung eine zu den bisherigen Literaturmeinungen vergleichbare Ausgangslage in der Form, dass für die Beurteilung der Betriebsbezogenheit stets ein abwägendes Urteil im konkreten Einzelfall erforderlich ist, welches die grundsätzliche Bedeutung der Betriebsbezogenheit als „wertende Grenzziehung der Betriebsherrenverantwortlichkeit“ unterstreicht.⁸³⁵

3. Zwischenergebnis

Die Diskussion um die Ausgestaltung der Betriebsbezogenheit fällt ähnlich heterogen aus wie die Diskussion um die Beurteilung des Zurechnungszusammenhanges bei § 14 StGB bzw. § 9 OWiG. Gleichzeitig zeigen sich vergleichbare Abgrenzungsschwierigkeiten und es finden sich ähnliche, fast schon gebetsmühlenartige Formulierungen, wenn von der Notwendigkeit der Abgrenzung betriebsbezogener Zuwiderhandlungen zu denjenigen Handlungen ge-

⁸³¹ BGHSt 57, 48.

⁸³² <http://www.zeit.de/2010/30/DOS-Sadisten>, zuletzt abgerufen am 28.05.2015.

⁸³³ *Schramm* JZ 2012, 969, 972, dessen weiteren Ausführungen zur Annahme der Betriebsbezogenheit im konkreten Fall durchweg überzeugend sind. Selbiges gilt für die Ausführungen *Schalls*, Geschäftsherrenhaftung und Mobbing, FS Kühl S. 417, 429 ff.

⁸³⁴ *Jäger*, Von mobbenden Kollegen und betriebsblinden Vorgesetzten, JA 2012, 392, 394.

⁸³⁵ *C. Dannecker*, Die Folgen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung der Unternehmensleitung für die Haftungsverfassung juristischer Personen, NZWiSt 2012, 441, 445.

sprochen wird, die bloß bei Gelegenheit erfolgt sind und sich außerhalb des Betriebes (und damit durch einen beliebigen Dritten) genauso ereignen könnten. Die Lösungsansätze ähneln bzw. entsprechen sogar teilweise denen der Paralleldiskussion, wenn etwa auf ein Handeln im Interesse des Betriebes oder auf ein Handeln unter Ausnutzung der tatsächlichen und rechtlichen Wirkungsmöglichkeiten abgestellt wird. Gerade im Fall des § 30 OWiG, der schon vom Wortlaut her den §§ 14 StGB, 9 OWiG zum Teil entspricht, ist dies aufgrund der strukturellen Ähnlichkeit aber nicht verwunderlich.⁸³⁶

Noch stärker wird im Rahmen der Diskussion um die Betriebsbezogenheit aber eine wertende Betrachtung im Einzelfall in den Vordergrund gerückt, wenn ein innerer Zusammenhang zwischen der Tathandlung und der betrieblichen Tätigkeit oder der Art des Betriebes oder den betrieblichen Zielen maßgeblich sein soll. Dies dürfte seinen Grund in der unterschiedlichen Ausgangslage haben: In den Fällen der Vertreterhaftung nach § 14 StGB, § 9 OWiG hat der Betroffene die Tathandlung des Sonderdelikts bereits vorgenommen und es gilt nur noch die Frage zu entscheiden, ob die weiteren Voraussetzungen vorliegen, um das jeweilige Sonderdelikt zur Anwendung zu bringen. Durch das Vorliegen der tatbestandlichen Handlung erfolgt automatisch eine viel stärkere Eingrenzung der zu beurteilenden Sachverhalte. Im Falle der Betriebsbezogenheit ist darüber zu entscheiden, ob ein beliebiges Verhalten im Umfeld eines beliebigen Betriebes überhaupt als Anknüpfungshandlung in Betracht kommt. Dies macht es naturgemäß schwieriger, für sämtliche Sachverhaltsvarianten universell anwendbare Kriterien aufzustellen, was sich letztlich in der Vielzahl von normativen Lösungsansätzen niederschlägt.

III. Relevanz für die Ausgangsfrage

Der Nutzen einer Betrachtung des Merkmals der Betriebsbezogenheit für die Bestimmung des Zurechnungszusammenhanges bei § 14 StGB erscheint angesichts des vielfältigen Meinungsspektrums und der rudimentären Rechtsprechung hierzu zunächst einmal fraglich. Warum sich die Auseinandersetzung dennoch lohnt, verdeutlicht sich in dem unter anderem bei *Rogall* herausgearbeiteten Befund, wonach im Falle einer Zuwiderhandlung gegen betriebsbezogene Pflichten in der Regel davon auszugehen sei, dass der Täter in seiner Ei-

⁸³⁶ Vgl. KK-OWiG/*Rogall* OWiG § 30 Rn. 107.

genschaft „als“ Organ gehandelt habe.⁸³⁷ Dies gelte auch dann, wenn die Leitungsperson außerhalb ihres eigenen Aufgabenkreises tätig wird.⁸³⁸ Bei betriebsbezogenen Zuwiderhandlungen scheidet ein Handeln „als“ Organ erst dann aus, wenn das Organ nicht mehr im Rahmen der objektiv von ihm wahrzunehmenden Aufgaben tätig wird, sondern sich „wie ein beliebiger Betriebsangehöriger“ verhalte und ohne spezifischen Bezug zu seiner Stellung als Organ der juristischen Person handelt.⁸³⁹ In diesem Fall sei eine Sanktionierung des Verbandes nicht mehr geboten.⁸⁴⁰

Für die Frage, wann ein Handeln „als“ Vertreter i.S.d. § 14 StGB, § 9 OWiG vorliegt, könnte man hieraus den Schluss ziehen, dass ein solches immer dann vorliegt, wenn die Handlung des Organs oder Vertreters zugleich eine betriebsbezogene Zuwiderhandlung darstellen würde. Die Bestimmung des Zurechnungszusammenhanges bei § 14 StGB, § 9 OWiG würde damit wie die Bestimmung der Betriebsbezogenheit erfolgen.

Bei einem derartigen Ansatz ist aber den unterschiedlichen Ausgangskonstellationen Rechnung zu tragen. Im Rahmen der Haftung des Verbandes nach § 30 OWiG, des Aufsichtspflichtigen nach § 130 OWiG oder des Geschäftsherrn über § 13 StGB stellt sich jeweils die Frage, ob der Verband oder der Aufsichtspflichtige/Geschäftsherr für die Handlung eines Anderen sanktioniert werden kann, da ihm dessen Verfehlung zugerechnet wird, während bei § 14 StGB, § 9 OWiG über die Frage zu entscheiden ist, ob ein täterbezogenes Merkmal des Vertretenen dem Handelnden zugerechnet werden kann und damit der Anwendungsbereich eines Sonderdeliktes auf den Handelnden ausgedehnt wird. Der Unterschied zwischen den beiden Haftungssystemen besteht darin, dass für die Haftung nach §§ 30, 130 OWiG und die Geschäftsherrenhaftung ein Bezug zum jeweiligen Betrieb erforderlich ist, während bei der Organ- und Vertreterhaftung ein Bezug zu der jeweiligen Organ- oder Vertreterstellung des Handelnden erforderlich ist.

⁸³⁷ KK-OWiG/Rogall OWiG § 30 Rn. 108; Göhler/Gürtler § 30 Rn. 25. Graf/Jäger/Wittig/Niesler § 30 Rn. 51; Rebmann/Roth/Herrmann § 30 Rn. 34.

⁸³⁸ Graf/Jäger/Wittig/Niesler § 30 Rn. 51.

⁸³⁹ OLG Celle, Beschluss vom 26.11.2004 - 1 Ws 388/04 = NStZ-RR 2005, 92; KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 108; Göhler/Gürtler § 30 Rn. 25. Graf/Jäger/Wittig/Niesler § 30 Rn. 51.

⁸⁴⁰ Göhler/Gürtler § 30 Rn. 25; Rebmann/Roth/Herrmann § 30 Rn. 34.

Da die Organ- oder Vertreterstellung letztlich jedoch zwingend durch den jeweiligen Betrieb, Verband oder die jeweilige juristische Person vorgegeben und dort verankert ist, bedeutet ein Bezug zur Organ- oder Vertreterstellung mittelbar stets einen Bezug zum Betrieb. In diesem Sinne ist durchaus eine gewisse Wechselwirkung zwischen dem Zurechnungszusammenhang bei § 14 StGB, § 9 OWiG und der Betriebsbezogenheit zu bejahen. Sind die Kriterien für das Vorliegen der Betriebsbezogenheit erfüllt, liegt damit die Annahme des Zurechnungszusammenhanges i.S.d. § 14 StGB, § 9 OWiG grundsätzlich erst einmal ebenfalls nahe.

Interessanter ist die Frage, ob die Kriterien für die Bestimmung der Betriebsbezogenheit für die Bestimmung des Zurechnungszusammenhanges bei der Vertreterhaftung herangezogen werden können. Dies wirft zunächst die Frage auf, welche Kriterien hierfür überhaupt in Frage kommen. Ein interessenorientierter Ansatz scheidet dabei ebenso wie die funktionale Betrachtung *Schalls* von vornherein aus. Diese Kriterien wurden zu § 14 StGB bereits entwickelt und diskutiert, weshalb ihre Erörterung an dieser Stelle keine neuen Erkenntnisse für die Bestimmung des Zurechnungszusammenhanges verspricht.

Unter Berücksichtigung der weiteren Ansätze und des Mobbing-Urteils des BGH ließe sich in Anlehnung an die Forderung nach einem inneren Zusammenhang zwischen Tathandlung und betrieblicher Tätigkeit des Betroffenen/Art des Betriebes formulieren, für das Vorliegen des Zurechnungszusammenhanges i.S.d. § 14 StGB, § 9 OWiG zwischen der tatbestandsmäßigen Handlung und der Organ- bzw. Vertreterstellung bzw. dem Vertretenen oder dessen Betätigungsfeld müsse ein innerer Zusammenhang bestehen. Ein solcher läge nicht vor, wenn ein beliebiger Dritter die Tathandlung genauso vornehmen könnte und wenn die Tat lediglich bei Gelegenheit der Organ- oder Vertretertätigkeit begangen worden ist.

Tatsächlich entspricht dies im Wesentlichen der neueren BGH Rechtsprechung zu § 14 StGB, wenn hiernach ein Handeln des Vertreters im Geschäftskreis des Vertretenen und nicht bloß bei Gelegenheit erforderlich sein soll, also ein Zusammenhang zwischen Tathandlung des Vertreters und Geschäftskreis des Vertretenen gefordert wird. Auch wenn diese Parallele zunächst vielversprechend erscheint, stellt sich immer noch die Frage, wie dieser Zusammenhang zu bestimmen ist. Da es sich bei dem inneren Zusammenhang nach *Rogall* um einen

wertenden, normativen Zusammenhang handelt⁸⁴¹, hieße dies letztlich auch für § 14 StGB, dass die Bestimmung des Zurechnungszusammenhanges durch normative Erwägungen im Einzelfall erfolgen müsste. Wenig hilfreich ist es in diesem Zusammenhang zudem, wenn im Falle von Sonderdelikten stets die Betriebsbezogenheit bejaht werden soll,⁸⁴² womit sich die Frage nach den Kriterien für die Bestimmung des Zurechnungszusammenhanges in diesen Fällen gar nicht stellen würde. Aber auch die für Allgemeindelikte formulierten Kriterien *Rogalls* – betrieblicher Tatanlass, Nutzung betrieblicher Infrastruktur, Wahrnehmung von Aufgaben und Interessen des Betriebes⁸⁴³ – täuschen letztlich über eine scheinbar unumstößliche Tatsache nicht hinweg: Trennscharfe Abgrenzungskriterien wurden weder durch die Literatur noch durch die Rechtsprechung aufgestellt, sondern es erfolgen Einzelfallentscheidungen aufgrund einer normativen Wertung. Insofern ist *Poguntkes* Anmerkung passend, wenn er zum Mobbing-Urteil formuliert⁸⁴⁴: „Klar ist hier nur eine Ausscheidung von Exzesstaten einerseits und ebenso klar andererseits die Einordnung solcher Fälle, in denen eine nähere, im weiteren Sinne gefahrenabwehrrechtliche Regulierung eines Betriebs, im besten Fall mit spezifischen Straftatbeständen, erfolgt.“ Da hilft auch die Heranziehung von räumlichen, zeitlichen oder sachlichen Kriterien nicht,⁸⁴⁵ sofern diese nicht konkretisiert werden.

Natürlich darf an dieser Stelle nicht verkannt werden, dass der BGH mit seiner Entscheidung zu § 14 StGB versucht hat, konkrete Abgrenzungskriterien aufzustellen, die als Konkretisierung des „inneren Zusammenhanges“ gesehen werden könnten. Wenn der BGH im Falle rechtsgeschäftlichen Handelns bei Handeln im Namen des Vertretenen oder bei dessen wirksamer rechtlicher Verpflichtung im Außenverhältnis den Zurechnungszusammenhang bei § 14 StGB bejaht, dann wird auch stets ein innerer Zusammenhang zwischen Handlung und betrieblicher Tätigkeit und damit die Betriebsbezogenheit zu bejahen sein. Aber auch der Senat hat letztlich von der Formulierung von Kriterien für die Bestimmung des Zurechnungszusammenhanges im Falle tatsächlicher Verhaltensweisen abgesehen. Damit drängt sich die Erkenntnis auf, dass eine Kon-

⁸⁴¹ KK-OWiG/*Rogall* OWiG § 130 Rn. 99.

⁸⁴² KK-OWiG/*Rogall* OWiG § 130 Rn. 103.

⁸⁴³ KK-OWiG/*Rogall* OWiG § 130 Rn. 105.

⁸⁴⁴ *Poguntke* CCZ 2012, 157, 159.

⁸⁴⁵ *Thiemann*, Aufsichtspflichtverletzungen in Betrieben und Unternehmen, S. 21.

kretisierung eines normativen Grundsatzes zu einer Faustformel nicht möglich, sondern immer eine wertende Betrachtung im Einzelfall maßgeblich ist. Dies ist schließlich auch das Bild, welches sich bei der Betrachtung sowohl der Bestimmung des Betriebsbezuges als auch der Bestimmung des Zurechnungszusammenhanges herauskristallisiert: der Anwendung im Einzelfall wird ein normativer Ausgangspunkt zugrunde gelegt, der erst noch fallgruppenartig konkretisiert werden muss. Mangels alternativer Lösungsvorschläge scheint sich daher *Rogalls* Anmerkung⁸⁴⁶ zu bewahrheiten, wenn er der Kritik am Mobbing-Urteil gegenüber einwendet, vom BGH werde wohl zu viel verlangt, wenn man von ihm eine *präzise* Faustformel für die Betriebsbezogenheit einer Zuwiderhandlung erwarte.

Ein anderes Problem stellt sich aufgrund der Besonderheit des Bankrottatbestandes. Bei der Bewertung der Betriebsbezogenheit scheint sich die gefestigte Ansicht herauszubilden, Straftaten, die sich allein gegen den Betrieb oder das Unternehmen richten, sollten keine betriebsbezogenen Straftaten darstellen.⁸⁴⁷ Mit dieser Frage hat sich vor allem *Helmrich* ausführlich auseinandergesetzt⁸⁴⁸. Aufgrund teleologischer Erwägungen verneint *Helmrich* die Festsetzung einer Verbandsgeldbuße bei Straftaten von Organen oder Mitarbeitern, die sich ausschließlich gegen das eigene Unternehmen richten.⁸⁴⁹ Dem liegt die Annahme zugrunde, dass durch § 130 OWiG denjenigen Gefahren begegnet werden soll, die von einem Unternehmen als der Zusammenfassung von Personen und Produktionsmitteln ausgehen, und nicht denjenigen, die für das Unternehmen bestehen.⁸⁵⁰ Sofern Gefahren nur den Rechtsgütern des eigenen Unternehmens drohten, sei dies für § 130 OWiG nicht relevant, weshalb sich hieraus auch keine für § 130 OWiG relevanten Anknüpfungstaten ableiten ließen.⁸⁵¹ Für § 30 OWiG ergebe sich kein anderes Ergebnis: Die Vorschrift diene unter anderem dazu, Vorteile der unzulässigen Betätigung der Organe abzuschöpfen,

⁸⁴⁶ Vgl. KK-OWiG/*Rogall* § 130 Rn. 90.

⁸⁴⁷ *Bohnert* OWiG § 130 Rn. 31; *Groß/Reichmann*, Weshalb sich Korruption nicht mit den Mitteln des Ordnungswidrigkeitenrechts bekämpfen lässt, *wistra* 2013, 89, 90 f.; KK-OWiG/*Rogall* OWiG § 130 Rn. 98.

⁸⁴⁸ *Helmrich*, Straftaten von Mitarbeitern zum Nachteil des „eigenen“ Unternehmens als Anknüpfungstaten für eine Verbandsgeldbuße?, *wistra* 2010, 331 ff.

⁸⁴⁹ *Helmrich* a.a.O. S. 333 ff.

⁸⁵⁰ *Helmrich* a.a.O. S. 334.

⁸⁵¹ *Helmrich* a.a.O.

welche dem Verband zugeflossen sind.⁸⁵² Handelt das Organ aber zum Nachteil des Verbandes, dann fließt diesem gerade kein Vorteil zu, welcher der Vermögensabschöpfung unterliegen würde, sondern die Rechtsgüter des Unternehmens werden durch das Organhandeln beeinträchtigt, weshalb eine Verbandsgeldbuße in derartigen Fällen schon keine präventive Wirkung entfalten könnte.⁸⁵³

Gerade das letzte Argument erlangt im Falle des § 283 StGB besondere Bedeutung. Da die Vorschrift gemäß Abs. 6 als objektive Bedingung der Strafbarkeit voraussetzt, dass der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat oder über sein Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet oder der Eröffnungsantrag mangels Masse abgewiesen worden ist, stellt sich gerade im Falle juristischer Personen die Frage nach der präventiven Wirkung einer Verbandsgeldbuße. Ist etwa über das Vermögen einer GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet worden und wird das Gesellschaftsvermögen durch den Insolvenzverwalter verwertet, so käme der Verhängung einer Verbandsgeldbuße kein ersichtlicher Zweck zu, sondern das zu verwertende Vermögen würde nur unnötig mit einer weiteren Forderung belastet (auch wenn diese gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 3 InsO nachrangig wäre). Zudem sind auch bei der Verhängung einer Geldbuße gegenüber einer juristischen Person Feststellungen zu deren Leistungsfähigkeit und zu ihren wirtschaftlichen Verhältnissen erforderlich.⁸⁵⁴ Der Fall mangelnder Leistungsfähigkeit wäre daher nicht nur bei der Frage zu erörtern sein, ob überhaupt eine Geldbuße verhängt wird, sondern auch bei der Bußgeldbemessung.

Entscheidend ist aber, dass sich Bankrotthandlungen des Organs letztlich immer negativ auf das Vermögen der vertretenen Gesellschaft und damit zu ihrem Nachteil auswirken. Werden Vermögenswerte beiseitegeschafft, zerstört, beschädigt, unbrauchbar gemacht, veräußert etc., erlangt die juristische Person weder mittelbar noch unter wertenden Gesichtspunkten einen irgendwie gearteten Vorteil aus der Tat des Organs und damit auch keinen Vorteil, der als unzulässiger Gewinn abgeschöpft werden könnte. Anderenfalls wäre die Handlung schon nicht tatbestandsmäßig. Erforderlich ist schließlich eine negative Einwir-

⁸⁵² *Helmrich* a.a.O. S. 334 f.

⁸⁵³ *Helmrich* a.a.O.

⁸⁵⁴ OLG Frankfurt, Beschluss vom 25.01.2012 - 1 Ss 63/11 = BeckRS 2012, 10887.

kung auf die spätere Insolvenzmasse und damit eine für das Vermögen des Vertretenen negative Handlung.

Auch aus dem Schutzzweck des § 283 StGB, der in erster Linie im Schutz des Interesses der Gläubiger an der Befriedigung ihrer Ansprüche besteht, ergibt sich kein anderes Ergebnis. Zwar ließe sich argumentieren, der das Vermögen beiseiteschaffende Geschäftsführer handele schließlich stets zum Nachteil der Gläubiger. Notwendigerweise muss er aber stets auch der GmbH Vermögenswerte entziehen oder zerstören, womit die Gläubigerinteressen nicht direkt, sondern nur mittelbar durch den der GmbH zugefügten Schaden beeinträchtigt werden.

Allenfalls in denjenigen Fällen, in denen das Organ oder der Vertreter ein Risikogeschäft vornimmt, das er beispielsweise als letzte Sanierungschance sieht, wird man einen Betriebsbezug bejahen können. Dies wird aber eine seltene Ausnahme bleiben und ändert nichts an dem Umstand, dass bei der späteren Frage der Sanktionierung des Verbandes aus teleologischen Gründen eine solche abgelehnt werden müsste.

Damit handelt es sich bei § 283 StGB wohl um einen der seltenen Fälle, in denen die Betriebsbezogenheit trotz Zurechnungszusammenhanges in der Regel nicht gegeben ist. Dies gilt primär für die Frage einer Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG, des Weiteren aber wohl auch für die Aufsichtspflichtverletzung nach § 130 OWiG und die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung nach § 13 StGB.

Wo allerdings der Betriebsbezug der Handlung im Falle des § 283 StGB aus teleologischen Gründen versagt wird, kann bei der Bewertung des Zurechnungszusammenhanges i.S.d. § 14 StGB aufgrund dessen Besonderheit dennoch eine Zurechnung vorgenommen werden, da hier allein das Verhältnis der Handlung des Betroffenen zu seiner Organ- bzw. Vertreterstellung betrachtet wird. Konkret heißt das: Würde man eine Handlung grundsätzlich als betriebsbezogen bewerten, die Betriebsbezogenheit aufgrund ihrer Qualifizierung als Bankrotthandlung aber versagen, so bedeutet dies für die Bewertung des Zurechnungszusammenhanges keine Einschränkung. Dieser wäre in diesem Fall zu bejahen.

Dieser Ansatz ist jedoch nicht vielversprechend. Brauchbare trennscharfe Kriterien zur Bestimmung des Zurechnungszusammenhanges finden sich für die Bestimmung der Betriebsbezogenheit nicht. Dabei sei noch auf Folgendes hingewiesen: Die im Mobbing-Urteil aufgestellten Grundsätze stellen keine überraschende Neuerung in der Rechtsprechung des BGH dar. Dieser hatte schon an anderer Stelle, nämlich zur Auslegung von § 75 S. 1 StGB ausgeführt, für ein Handeln „als“ Organ im Sinne dieser Vorschrift sei erforderlich, dass die Handlung des Betroffenen in einem inneren Zusammenhang mit seiner Vertreterstellung stehen müsse und er nicht „lediglich „gelegentlich“ einer ihm übertragenen Tätigkeit, praktisch aber in rein privatem Interesse gehandelt hat“.⁸⁵⁵ Hierbei handelt es sich eher um eine gebetsmühlenartige Formulierung, ohne mit dem „inneren Zusammenhang“ ein trennscharfes Abgrenzungskriterium zu schaffen.

Sofern dies als eher ernüchterndes Ergebnis erscheint, werden durch den Vergleich mehrere Dinge deutlich: Zum einen unterstreicht der Befund, dass für § 14 StGB im Gegensatz zur Verbandshaftung bei der Bewertung des Zurechnungszusammenhanges im Rahmen des § 14 StGB nicht der Bezug zum Vertretenen, sondern der Bezug zur konkreten Organ- und Vertreterstellung entscheidend ist. Des Weiteren zeigt sich an dieser Stelle ebenfalls, wie schwierig die Festlegung trennscharfer Abgrenzungskriterien tatsächlich ist. Es drängt sich durchaus der Eindruck auf, dass zwangsläufig nur ein normativer Ansatz und damit eine wertende Betrachtung im Einzelfall der Vielzahl unterschiedlicher Konstellationen gerecht werden kann.

Darüber hinaus bestätigt sich die Feststellung, wie sie u.a. von *Radtke*⁸⁵⁶ und *Habetha*⁸⁵⁷ formuliert worden ist: Maßgeblich für die Auslegung von § 14 StGB ist vor allem die Ausgestaltung des jeweiligen Sonderdeliktes, weshalb die nachfolgende Untersuchung der Besonderheiten des § 283 StGB für die Ergebnisfindung nicht entbehrlich ist.

⁸⁵⁵ BGH, Beschluss vom 18.07.1996 - 1 StR 386/96 = NStZ 1997, 30, 31.

⁸⁵⁶ MüKo-StGB/*Radtke* StGB § 14 Rn. 65.

⁸⁵⁷ *Habetha*, Bankrott und Untreue in der Unternehmenskrise, NZG 2012, 1134, 1137.

C. Die Besonderheiten des Bankrottatbestandes und ihre Bedeutung für die Auslegung von § 14 StGB

I. Bedeutung der Selbstschädigungscharakteristik des Bankrotts für die Bestimmung des Zurechnungszusammenhanges

Bei der Qualifizierung des Handelns als Organhandeln müssen die Spezifika des jeweiligen Sonderdeliktes berücksichtigt werden.⁸⁵⁸ Entgegen der Ansicht *Brands* hat die Charakterisierung des Bankrotts als Selbstschädigungsdelikt für die Auslegung von § 14 StGB aber keine Bedeutung.

Wenn der Gesetzgeber als Täter des Bankrotts die das eigene Vermögen schädigende natürliche Person als Schuldner im Sinne hatte, so soll dem nach Ansicht *Brands* bei der Auslegung von § 14 StGB Rechnung getragen werden, indem eine Schädigung des Vermögens einer juristischen Person oder Personenvereinigung durch deren Organe oder Vertreter als Selbstschädigung gewertet werden müsse.⁸⁵⁹ *Brand* löst diese Schwierigkeit durch die Annahme⁸⁶⁰ der strafrechtlichen Handlungsfähigkeit von juristischen Personen und Personenvereinigungen und deren tatbestandlicher Gleichsetzung mit dem natürlichen Schuldner. Systemimmanent ist dies zwar nachvollziehbar, ein zwingender Schluss resultiert daraus allerdings nicht.

Es dürfte einleuchten, dass durch die Anwendung von § 14 StGB der Charakter und die Zielsetzung des Bankrottatbestandes nicht verkehrt werden darf und es letztlich auch nicht der Zweckrichtung des § 14 StGB entspricht⁸⁶¹, aus § 283 StGB ein Fremdschädigungsdelikt zu machen. Dennoch erscheint es als überzogenes und unangemessenes Erfordernis, sollte bei der Anwendung von § 14 StGB stets die Kontrollüberlegung gefordert werden, dass das Organ- und Vertreterhandeln als Handlung der juristischen Person und damit als Selbstschädigung erscheinen muss. Der Gesetzeswortlaut trifft bei der Anwendung von § 14 StGB auf § 283 StGB lediglich die Aussage, dass sich der Vertreter wegen

⁸⁵⁸ *Brand*, Untreue und Bankrott, S. 234 ff.

⁸⁵⁹ *Brand*, Untreue und Bankrott, S. 236.

⁸⁶⁰ *Brand*, Untreue und Bankrott, S. 237 ff.

⁸⁶¹ *Brand*, Untreue und Bankrott, S. 249.

Bankrotts strafbar machen kann, wenn er als ebensolcher die im Tatbestand genannte Handlung vorgenommen hat. Zwangsweise ist damit im Gegensatz zu einer natürlichen Person als Schuldner die Verfügung oder Beeinträchtigung fremden Vermögens, nämlich dem des Vertretenen (der juristischen Person), durch das Organ oder den Vertreter verbunden. Hierbei handelt es sich nicht um beliebige Dritte, sondern – wie *Brand* selbst ausführt⁸⁶² – um die Organe und Vertreter des Schuldners, die „als“ ebensolche gehandelt haben müssen. Sofern die Ansicht vertreten wird, der Bankrottatbestand werde durch die Anwendung von § 14 StGB von einem Selbstschädigungs- in ein Fremdschädigungsdelikt verkehrt, müsste konsequenterweise bereits die Anwendung von § 14 StGB auf § 283 StGB abgelehnt werden. Wurde aber bereits die Anwendbarkeit von § 14 StGB auf § 283 StGB bejaht, dann bedarf es der Diskussion um die Wahrung des Selbstschädigungscharakters nicht, da die Frage, ob Beeinträchtigungen des Schuldnervermögens durch Dritte, seien es auch Organe und Vertreter, noch den Deliktscharakter wahren, dann bereits entschieden wurde und nur noch zu beurteilen ist, wann ein Handeln „als“ Organ oder Vertreter vorliegt. Die Erörterung des Deliktscharakters im Rahmen der Diskussion um die Auslegung von § 14 StGB erscheint dabei fehl am Platz.

Überflüssig erscheint sie obendrein, weil es sich bei dem Bankrottatbestand in erster Linie um ein Gefährdungsdelikt handelt, gleich ob man dieses als konkretes⁸⁶³ oder abstraktes⁸⁶⁴ qualifiziert. Durch die Anwendung von § 14 StGB kommt letztlich nur die gesetzgeberische Intention zum Ausdruck, das Schuldnervermögen nicht nur vor den die Gläubigerinteressen beeinträchtigenden Verhaltensweisen des Schuldners zu schützen, sondern auch vor denselben Verhaltensweisen, wenn Organe oder Vertreter des Schuldners sie vornehmen. Die Charakterisierung als Selbst- oder Fremdschädigungsdelikt spielt an dieser Stelle keine Rolle und ist für den Schutzzweck des Deliktes irrelevant. Dies gilt erst recht auch deshalb, weil mit Eintritt der wirtschaftlichen Krise die rechtliche Zuständigkeit und wirtschaftliche Zuordnung hinsichtlich des Vermögens auseinanderfallen.⁸⁶⁵ Ab diesem Zeitpunkt spricht der BGH von einem Weiter-

⁸⁶² *Brand*, Untreue und Bankrott, S. 250.

⁸⁶³ MüKo-StGB/*Radtke* Vor. §§ 283 ff. StGB Rn. 23.

⁸⁶⁴ Lackner/Kühl/*Lackner* StGB § 283 Rn. 1; LK-StGB/*Tiedemann*, § 283 Rn. 3; NK/*Kindhäuser* § 283 Rn. 3; Schönke/Schröder/*Schuster/Heine* StGB § 283 Rn. 1.

⁸⁶⁵ *Krause*, Ordnungsgemäßes Wirtschaften und erlaubtes Risiko, S. 386.

wirtschaften mit fremden Vermögenswerten auf Kosten der Lieferanten und der Gläubigergesamtheit, da das Vermögen derart mit Gläubigeransprüchen behaftet ist, dass es als Insolvenzmasse nun nur noch den Gläubigern zuzuordnen ist.⁸⁶⁶ Selbst im Falle einer natürlichen Person als Schuldner verschwimmt hier die Grenze vom Selbst- zum Fremdschädigungsdelikt.

II. Das Tatbestandserfordernis des Handelns in einer den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widersprechenden Weise

Eine Besonderheit der § 283 Abs. 1 Nrn. 1 – 3, 8 StGB ist das Erfordernis des Handelns in einer den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widersprechenden Weise. Dadurch ist etwa im Falle des § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB das Zerstören, Beschädigen oder Unbrauchbarmachen von Vermögensbestandteilen nur dann tatbestandsmäßig⁸⁶⁷ und damit strafbar, wenn es den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widerspricht.

1. Systematik des Tatbestandes

Die Begrifflichkeit selbst ist schwer zu fassen und hängt stark von den Umständen des Einzelfalls ab.⁸⁶⁸ Der Gesetzgeber hat wenig zur Auslegung beigetragen. Berücksichtigt werden muss hier zunächst die Intention des Gesetzgebers, die Vornahme der im Tatbestand bezeichneten Handlungen während der Krise nur dann durch das Strafrecht zu unterbinden, wenn ein sorgfältiger Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr sie unterlassen würde.⁸⁶⁹ Damit kommt zunächst zum Ausdruck, dass die in § 283 Abs. 1 StGB genannten Handlungen nicht per se verboten sind, sondern ihre Zulässigkeit im Einzelfall nach Maßstab eines objektiven Dritten zu beurteilen ist.

Hinsichtlich der einzelnen Tatbestandsvarianten führt der Gesetzgeber unter anderem aus, dass etwa die Zerstörung, Beschädigung oder das Unbrauchbarmachen von Vermögensbestandteilen einer Einschränkung bedürfe, um bereits

⁸⁶⁶ BGHSt 9, 84, 86.

⁸⁶⁷ Pelz, Strafrecht in Krise und Insolvenz, Rn. 257.

⁸⁶⁸ BeckOK-StGB/Beukelmann § 283 Rn. 39.

⁸⁶⁹ BT-Drucks. 7/3441, S. 20.

auf Tatbestandsebene zulässige Handlungsweisen von der Strafbarkeit auszunehmen.⁸⁷⁰ Ansonsten äußert sich der Gesetzgeber im Wesentlichen nur noch zur „Generalklausel“ des § 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB. Die Vorschrift sieht eine Strafbarkeit für diejenigen Fälle vor, in denen der Schuldner „in einer anderen, den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft grob widersprechenden Weise seinen Vermögensstand verringert oder seine wirklichen geschäftlichen Verhältnisse verheimlicht oder verschleiert“. Die Variante soll dem Umstand Rechnung tragen, dass eine abschließende Aufzählung der in Frage kommenden, strafwürdigen Verhaltensweisen in den Nrn. 1 – 7 nicht möglich ist und daher die Notwendigkeit einer ergänzenden Generalklausel bestünde, da letztlich jede der in § 283 Abs. 1 Nr. 1 – 7 StGB genannten Verhaltensweisen darauf hinauslaufe, „dass der Vermögensstand in einer den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft grob widersprechenden Weise verringert wird oder dass die Übersicht über die wirklichen Verhältnisse verborgen bleibt“.⁸⁷¹

Unter Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien dient das Merkmal des Handelns in den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widersprechender Weise damit zunächst dazu, tatbestandlich nur wirtschaftswidrige Verhaltensweisen zu erfassen und vom noch erlaubten wirtschaftlichen Risiko abzugrenzen. Insofern stellt es zunächst ein Korrektiv auf Tatbestandsebene dar.⁸⁷²

Auch wenn der Gesetzgeber nur rudimentäre Ausführungen zu dem Tatbestandsmerkmal macht, stellt das Erfordernis des Handelns in einer den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widersprechenden Weise doch einen Grundbegriff des Insolvenzstrafrechts dar.⁸⁷³ In Anknüpfung an die gesetzgeberischen Ausführungen zu § 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB seien letztlich alle gesetzlich umschriebenen Bankrotthandlungen als Verstöße gegen die Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft zu werten.⁸⁷⁴ Ganz allgemein ver-

⁸⁷⁰ BT-Drucks. 7/3441, S. 34.

⁸⁷¹ BT-Drucks. 7/3441, S. 36.

⁸⁷² LK/Tiedemann, Vor § 283 Rn. 101.

⁸⁷³ Tiedemann a.a.O.; Krause, Ordnungsgemäßes Wirtschaften und erlaubtes Risiko, S. 27.

⁸⁷⁴ Tiedemann a.a.O.; Krause kritisiert hieran, dass Tiedemann nicht ausreichend zwischen der allgemeinen Bewertungsebene „wirtschaftlicher Vernunft“ und der Wirtschaftswidrigkeit als Tatbestandsmerkmal auf Tatbestandsebene differenziert, vgl. Krause S. 44 Fn. 36.

lange der Grundbegriff des ordnungsgemäßen Wirtschaftens daher die Beurteilung der Richtigkeit oder Vertretbarkeit einer wirtschaftlichen Maßnahme zum Zeitpunkt der Vornahme der Handlung.⁸⁷⁵

Ohne weitere Ausführungen erschließt sich diese Annahme nicht. Auch die Einzelheiten sind zum Teil strittig. Dies betrifft etwa schon die Frage, ob das Handeln in den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widersprechender Weise sich bei der Variante des § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB nur auf das Zerstören, Beschädigen und Unbrauchbarmachen bezieht, oder ob auch das Beiseiteschaffen und Verheimlichen hiervon erfasst werden. Dem Wortlaut folgend würde Ersteres naheliegen. Dem entgegen wird aber von der überwiegenden Meinung angenommen, dass auch das Beiseiteschaffen und Verheimlichen von Vermögenswerten gegen die Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft verstoßen muss.⁸⁷⁶

Streit besteht ebenfalls im Rahmen des § 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB im Hinblick auf die Frage, ob neben der Verringerung des Vermögensbestandes auch das Verheimlichen oder Verschleiern der wirklichen geschäftlichen Verhältnisse in einer den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft grob widersprechenden Weise erfolgen muss. Die Gesetzesbegründung lässt sich wohl dahin deuten, dass Letzteres nicht zwingend erforderlich sei.⁸⁷⁷ Da der Gesetzgeber aber für die Varianten des Verheimlichens und Verschleierns ein besonders verwerfliches oder gefährliches Handeln fordert, dürfte zumindest inhaltlich kein Unterschied zur Verringerung des Vermögensbestandes in einer anderen, den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft grob widersprechenden Weise bestehen. Selbiges gilt, wenn man mit *Kindhäuser* die Erstreckung des Merkmals auf die Varianten des Verheimlichens und Verschleierns ablehnt, weil die Prüfung der Wirtschaftswidrigkeit bei informationsbezogenen Bankrotthandlungen überflüssig und damit gar nicht erst erforderlich sei.⁸⁷⁸

⁸⁷⁵ Tiedemann, Insolvenzstraftaten aus der Sicht der Kreditwirtschaft, ZIP 83, 513, 520.

⁸⁷⁶ BGH, Urt. vom 17.03.1987 - 1 StR 693/86 = BGHSt 309, 310 unter Verweis auf RGSt 62, 277; 68, 88; BGH NJW 1952, 898; BGH bei Herlan GA 1953, 74. Lackner/Kühl StGB § 283 Rn. 10; LK/Tiedemann § 283 Rn. 27 f.; MüKo-StGB/Radtke/Petermann § 283 Rn. 15; NK/Kindhäuser § 283 Rn. 15.

⁸⁷⁷ BT-Drucks. 7/3441, S. 36.

⁸⁷⁸ NK/Kindhäuser § 283 Rn. 89.

Überwiegend wird aber gefordert, das Merkmal des grob wirtschaftswidrigen Handelns auch auf die Varianten des Verschleierns und Verheimlichens zu erstrecken.⁸⁷⁹ Die Forderung beruht auf dem § 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB zugrunde liegenden, oben bereits angedeuteten Normverständnis: Die Variante wird vor allem als Generalklausel⁸⁸⁰ und Auffangtatbestand gesehen, der alle den in den Nr. 1 – 7 gleichgestellten sozialschädlichen Verhaltensweisen erfassen soll, die sich einer tatbestandlichen Typisierung bisher entzogen haben.⁸⁸¹ Warum der Maßstab der groben Wirtschaftswidrigkeit nur für die Variante der Vermögensverringerung, nicht aber der des Verheimlichens und Verschleierns gelten soll, sei nicht nachvollziehbar, insbesondere auch, weil der Begriff der Wirtschaftswidrigkeit mehrfach in den Varianten 1 – 7 erwähnt wird.⁸⁸²

Mit diesem Verständnis des Tatbestandes wird eine Grundlage geschaffen, die den Begriff des ordnungsgemäßen Wirtschaftens der Systematik *Tiedemanns* folgend⁸⁸³ letztlich zu dem oben genannten Grundbegriff des Insolvenzstrafrechts erhebt: Wenn § 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB als Grund- und Auffangtatbestand nur Fälle erfasst, die denen des § 283 Abs. 1 Nr. 1 – 7 StGB ähneln und gleichzeitig für jede Variante des § 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB erforderlich ist, dass die Verhaltensweise den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widersprechen müssen, dann führt dies zu dem logischen Schluss, für jede der in § 283 Abs. 1 Nr. 1 – 7 StGB genannten Variante als Tatbestandsmerkmal einen Verstoß gegen die ordnungsgemäße Wirtschaft für erforderlich zu halten. Anderenfalls wäre eine Vergleichbarkeit mit dem Auffangtatbestand des § 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB nicht gegeben.

Gestützt werden kann dies durch die Annahme, dass in denjenigen Varianten des § 283 Abs. 1 StGB, in denen ein Handeln entgegen der ordnungsgemäßen Wirtschaft nicht explizit gefordert wird, die Vornahme der tatbestandlichen Handlung wohl immer als wirtschaftswidrig zu qualifizieren ist, da die Grenze noch ver-

⁸⁷⁹ *Höfner*, Die Überschuldung als Krisenmerkmal des Konkursstrafrechts, S. 77; *Lackner/Kühl StGB* § 283 Rn. 21; *LK/Tiedemann* § 283 Rn. 10 ff.; *MüKo-StGB/Radtke/Petermann* § 283 Rn. 68; *Schönke/Schröder/Heine/Schuster* § 283 Rn. 49.

⁸⁸⁰ Als solche ausdrücklich auch in der Gesetzesbegründung bezeichnet, BT-Drucks. 7/3441, S. 36.

⁸⁸¹ BT-Drucks. 7/5291 S. 18; *NK/Kindhäuser* § 283 Rn. 6.

⁸⁸² *MüKo-StGB/Radtke/Petermann* § 283 Rn. 68.

⁸⁸³ *LK/Tiedemann* Vor § 283 Rn. 101 ff. und § 283 Rn. 10 ff.

treibbaren ökonomischen Handelns in diesen Fällen stets überschritten wird. Exemplarisch lässt sich dies an § 283 Abs. 1 Nr. 4 StGB festmachen: Fälle, in denen das Vortäuschen oder Erdichten von Rechten anderer ökonomisch zulässig ist, sind nicht ersichtlich. Hierbei im Tatbestand noch explizit das Erfordernis der Wirtschaftswidrigkeit der Handlung vorauszusetzen, bliebe eine offensichtliche Redundanz. Selbiges dürfte wohl auch für § 283 Abs. 1 Nr. 5 StGB gelten. Das Nichtführen von Handelsbüchern ist per se pflichtwidrig und nicht ökonomisch zu rechtfertigen.⁸⁸⁴ Wenn der Schuldner zur Buchführung aus persönlichen oder finanziellen Mitteln nicht in der Lage ist, käme eine Strafbarkeit schon aufgrund des Grundsatzes „impossibilium nulla est obligatio“ gar nicht erst in Betracht.⁸⁸⁵

Festzuhalten bleibt damit zunächst, dass alle von § 283 Abs. 1 StGB erfassten Handlungsvarianten gegen die Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft verstoßen müssen und wirtschaftlich legitime Handlungen schon nicht tatbestandsmäßig sind. Entscheidend ist dabei die Intention des Gesetzgebers, strafrechtlich nur solche Handlungen zu erfassen, die ein sorgfältiger Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr unterlassen würde. „Aus der Kombination einer wirtschaftlichen Krise mit dem nicht mehr ordnungsgemäßen Wirtschaften ergibt sich das tatbestandliche Unrecht“.⁸⁸⁶ Vor allem im Hinblick auf Organe und Vertreter im Sinne des § 14 Abs. 1 StGB ist daher die inhaltliche Bestimmung dieses Tatbestandsmerkmals von Interesse, da der Handlungsspielraum des in § 14 Abs. 1 StGB genannten Personenkreises vielfach spezialgesetzlich geregelt und damit über die Zulässigkeit von Organ- und Vertreterhandlungen vom Gesetzgeber teilweise bereits ausdrücklich entschieden worden ist. Daraus lässt sich schließlich auch ableiten, welche Verhaltensweisen von Organen und Vertretern vom Tatbestand überhaupt erfasst werden sollen.

⁸⁸⁴ NK/*Kindhäuser* Vor § 283 Rn. 80.

⁸⁸⁵ BGH, Beschluss vom 30.01.2003 - 3 StR 437/02 = NStZ 2003, 546.

⁸⁸⁶ Knierim/Dannecker/Hagemeyer, Insolvenzstrafrecht Rn. 53.

2. Inhaltliche Ausgestaltung

a) Grundsätzliches

Sieht man in der Wirtschaftswidrigkeit der Intention des Gesetzgebers folgend ein Korrektiv auf Tatbestandsebene, handelt es sich hierbei um eine für die Bankrottstrafbarkeit elementare Prämisse. Gelingt dem Betroffenen der Einwand, die Vornahme der tatbestandsmäßigen Handlung sei mit den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft (noch) vereinbar, erreicht er faktisch bereits eine Exkulpation auf Tatbestandsebene.⁸⁸⁷

Umso interessanter ist damit die inhaltliche Ausgestaltung der Wirtschaftswidrigkeit. Wenig hierzu beigetragen wird allerdings, wenn es in der Gesetzesbegründung heißt, zumindest wirtschaftlich sinnlose und gefährliche Handlungen sollen vom Tatbestand erfasst werden.⁸⁸⁸ Was wirtschaftlich sinnlos ist, ist gerade zu beurteilen und nicht von vornherein offensichtlich, sondern erscheint oft erst im Nachhinein als offenkundig („*hindsight bias*“). Der generalisierende Ausschluss gefährlicher Handlung aus dem Bereich des Zulässigen ist zudem eine besonders unglückliche Formulierung. Handeln während der Krise ist stets gefährliches Handeln. Für die Rechtsanwendung ist gerade von Bedeutung, wo die Grenze zwischen gerade noch ordnungsmäßigem und bereits wirtschaftswidrigem Handeln verläuft.⁸⁸⁹ Da dies stark von der jeweiligen Situation im Einzelfall abhängt, können einzelne Verhaltensweisen in dem einen Fall zulässig, in einem anderen aber wirtschaftswidrig sein. Die Verhaltensweisen sind daher in erster Linie abstrakt gefährlich.⁸⁹⁰ Wann sie zulässig und wann wirtschaftswidrig sind, soll gerade das Merkmal des ordnungsgemäßen Wirtschaftens klären. Da dem Schuldner grundsätzlich auch in der Krise ein unternehmerisches Ermessen verbleibt, gilt *Hoyer* folgend hierbei: „Erst wenn der Rahmen des betriebswirtschaftlich Vertretbaren durch eine Entscheidung zweifelsfrei

⁸⁸⁷ In der Praxis liegt hierin eine der effektivsten Verteidigungsmöglichkeiten, zumal die Grenze zwischen gerade noch zulässigem und schon wirtschaftswidrigem Handeln sehr schmal sein kann. Gerade im Hinblick auf die §§ 153 ff. StPO kann die Verteidigung hieraus einiges an „Verhandlungsmasse“ gewinnen.

⁸⁸⁸ BT-Drucks. 7/3441 S. 20.

⁸⁸⁹ Hierzu auch SK-StGB/*Hoyer* Vor. § 283 Rn. 9; NK/*Kindhäuser* Vor § 283 Rn. 70.

⁸⁹⁰ Was freilich in der Natur eines Gefährdungsdelikts liegt.

überschritten wurde, kann diese Entscheidung strafrechtlich als nicht mehr ordnungsgemäßes Wirtschaften beanstandet werden".⁸⁹¹

Schwierig erweist sich bei der Bestimmung der Wirtschaftswidrigkeit wiederum die Tatbestandsstruktur des § 283 Abs. 1 StGB. Angesichts der Vielzahl der Varianten gibt es eine Fülle von unterschiedlichsten Sachverhalten, in denen die Wirtschaftswidrigkeit jeweils gesondert bestimmt werden muss. Daher stellt sich zu Beginn die Frage, inwiefern überhaupt ein allgemeiner Maßstab zugrunde gelegt werden kann.

Veranschaulichen lässt sich dies etwa bei der Betrachtung der Variante des Zerstörens im Sinne des § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Dies soll nach dem Willen des Gesetzgebers u.a. dann nicht wirtschaftswidrig sein, wenn Investitionsgüter zerstört werden, um durch neue Ware ersetzt werden zu können.⁸⁹² *Fischer* folgert hieraus, im Ergebnis könnten dann nur noch mutwillige Handlungen ein wirtschaftswidriges Zerstören darstellen⁸⁹³, weshalb die Variante nur Handlungen erfasse, die dem Betroffenen, gemessen an den wirtschaftlichen Interessen in der Krisensituation, normalerweise fernliegen würden⁸⁹⁴. Dies könnte, worauf *Tiedemann* richtigerweise hinweist⁸⁹⁵, dazu führen, dass der Betroffene objektiv wirtschaftswidrig handelt, subjektiv sein Tun aber für geboten hält. In diesem Fall müsste ein mutwilliges Zerstören verneint werden, was dazu führen würde, dass eine Handlung je nach Vorstellung des Handelnden tatbestandsmäßig sein könnte oder nicht. Die Berücksichtigung derartiger subjektiver Komponenten kann aber allenfalls auf die Frage von Rechtswidrigkeit und Schuld verwiesen werden. Im Tatbestand des § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB ist jedenfalls kein subjektives Merkmal benannt, welches eine derartige Restriktion zulassen würde.⁸⁹⁶ Eine Frage der Wirtschaftswidrigkeit ist dies jedenfalls nicht, gerade auch, weil § 283 StGB nicht nur Handlungen erfassen soll, die per se verboten

⁸⁹¹ SK-StGB/*Hoyer* § 283 Rn. 41 m.w.N.

⁸⁹² BT-Drucks. 7/3441 S. 34.

⁸⁹³ *Fischer* § 283 StGB Rn. 6.

⁸⁹⁴ *Weyand/Diversy* Rn. 68.

⁸⁹⁵ *LK/Tiedemann* § 283 StGB Rn. 49.

⁸⁹⁶ Ein dem früheren Recht entsprechendes Korrektiv des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes wurde gerade bewusst aus dem Tatbestand gestrichen.

sind, sondern deren Zulässigkeit aus der Sicht eines objektiven Dritten im Einzelfall zu entscheiden ist.

Wann eine Handlung den Anforderungen einer ordnungsmäßen Wirtschaft widerspricht, hängt zwar stark vom Einzelfall und der konkreten Situation des Betroffenen ab, muss aber letztlich anhand objektiver Kriterien beurteilt werden.

b) Lösungsansätze

Die Frage, ob eine konkrete Tathandlung den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widerspricht, wird überwiegend je nach Tatbestandsvariante individuell am konkreten Sachverhalt entschieden.⁸⁹⁷ Allgemeine, auf einem systematischen Fundament basierende Grundsätze wurden hingegen nur vereinzelt entwickelt.⁸⁹⁸

Diskutiert wird zunächst, ob bei der Beurteilung der Frage, wann eine Handlung den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widerspricht, zwischen kaufmännischen und privaten Wirtschaftlern unterschieden werden muss. Für eine derartige Unterscheidung angeführt wird insbesondere, dass für kaufmännische Wirtschaftler im Gegensatz zu privaten Wirtschaftlern durch eine Vielzahl von handels- und gesellschaftsrechtlichen Normen (z.B. die Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Kaufmanns gemäß § 347 Abs. 1 HGB) Verhaltensmaßstäbe aufgestellt werden, denen ein privater Wirtschaftler nicht unterliegt.⁸⁹⁹ Dem wird allerdings etwa seitens *Kindhäuser* entgegengehalten, diese außerstrafrechtlichen Normen würden nur von den informationsbezogenen Verhaltensweisen im Sinne des § 283 Abs. 1 Nr. 5 – 7 StGB ausdrücklich in Bezug genommen, aber gerade nicht durch diejenigen Tatbestandsvarianten des § 283 Abs. 1 StGB, in denen das Erfordernis der Wirtschaftswidrigkeit der Handlung festgeschrieben ist.⁹⁰⁰ Nicht gefolgt werden kann *Kindhäuser*, wenn er einwendet⁹⁰¹, die von *Tiedemann* in Bezug genommenen Vorschriften, etwa § 43

⁸⁹⁷ Vgl. etwa die Darstellung bei Lackner/Kühl § 283 Rn. 9 ff.

⁸⁹⁸ Hierzu unten.

⁸⁹⁹ LK/*Tiedemann* Vor § 283 Rn. 110; MüKo-StGB/*Radtke/Petermann* § 283 Rn. 22; Schönke/Schröder/*Heine/Schuster* § 283 Rn. 7a.

⁹⁰⁰ NK/*Kindhäuser* Vor § 283 Rn. 69.

⁹⁰¹ *Kindhäuser* a.a.O.

GmbHG, würden nicht dem Schutz der Gläubigerinteressen dienen und seien daher kein passender Anknüpfungspunkt. Derartige Generalnormen werden gerade andersorts bspw. durch § 64 GmbHG konkretisiert und erhalten damit durchaus mittelbar gläubigerschützende Wirkung. Jedenfalls ist ein derart pauschalisierter Einwand undifferenziert. Bei dem in § 14 StGB genannten Personenkreis handelt es sich allerdings in aller Regel um „kaufmännische“ Wirtschaftler, deren Vertreterstellung gerade erst durch die außerstrafrechtlichen Normen geschaffen wird. Hinsichtlich des von § 14 StGB erfassten Personenkreises ergeben sich bei der Beurteilung der Frage, wann eine Handlung den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widerspricht, keine Unterschiede.

Einigkeit besteht hinsichtlich des Beurteilungszeitpunktes: Ob eine Handlung den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widerspricht, ist aus einer ex-ante-Perspektive zu beurteilen, also aus Sicht des Handelnden zum Zeitpunkt der Vornahme der Bankrotthandlung.⁹⁰² Dieser Zeitpunkt hat vor allem Relevanz für die Beurteilung der Zulässigkeit von Risikogeschäften.⁹⁰³ Zum Zeitpunkt der Vornahme der Handlung kann nicht beurteilt werden, ob Sanierungsmaßnahmen letztendlich erfolgreich sind und die wirtschaftliche Krise abgewendet werden kann.⁹⁰⁴ Gleichwohl muss für den Betroffenen zum Zeitpunkt der Vornahme der Handlung die staatliche Reaktion auf sein Handeln absehbar sein.⁹⁰⁵ Daher bedarf es der Beurteilung, ob die konkrete Handlung dem Ziel der Krisenüberwindung überhaupt dienlich sein und zu dessen Verwirklichung beitragen könnte. Zu entscheiden ist etwa, ob sich für die Vornahme eines Geschäftes nachvollziehbare Gründe anführen lassen und es sich damit noch im Rahmen des vertretbaren unternehmerischen Risikos bewegt, oder

⁹⁰² Dannecker/Knierim/Hagemeyer, *Insolvenzstrafrecht* Rn. 1045; *Krause*, *Ordnungsgemäßes Wirtschaften und erlaubtes Risiko*, S. 74; Lackner/Kühl § 283 Rn. 11; MüKo-StGB/*Radtke/Petermann* StGB § 283 Rn. 21; NK/*Kindhäuser* Vor § 283 Rn. 72; *Tiedemann*, *Insolvenzstraftaten aus der Sicht der Kreditwirtschaft*, ZIP 1983, 513, 520.

⁹⁰³ *Tiedemann* a.a.O. S. 521.

⁹⁰⁴ LK/*Tiedemann*, Vor § 283 Rn 107 weist daher zurecht darauf hin, der Strafrichter habe sich im Insolvenzstrafverfahren von der psychologischen Gefahr des Wissens um den Eintritt des Misserfolges freizumachen und die Ordnungsmäßigkeit der wirtschaftlichen Maßnahme nach dem Zeitpunkt ihrer Verwirklichung zu beurteilen.

⁹⁰⁵ Dies folgt zwingend aus dem Schuldprinzip und gilt gerade auch im besonders von zukünftigen Entwicklungen abhängigen Bankrottsstrafrecht, vgl. *Krause*, *Ordnungsgemäßes Wirtschaften und erlaubtes Risiko*, S. 74.

ob es dazu diene, die Aufrechterhaltung des wirtschaftlichen Betriebes nur noch kurzfristig zu ermöglichen.⁹⁰⁶

Wie die Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft darüber hinaus zu bestimmen sind, wird unterschiedlich beurteilt.

aa) Tiedemann

Die Erarbeitung des Maßstabes ordnungsgemäßen Wirtschaftens hat *Tiedemann* schon früh zu einem zentralen Anliegen von Betriebswirtschaft und Rechtswissenschaft erklärt.⁹⁰⁷ Zunächst bestimme sich der Maßstab ordnungsgemäßen Wirtschaftens durch die Verkehrssitte, welche durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen konkretisiert werden könne.⁹⁰⁸ Wirtschaftliche Entscheidungen und Maßnahmen sollen solange noch ordnungsgemäß sein, wie sie vertretbar und plausibel erscheinen, was der Fall wäre, wenn sie von einem rational handelnden Unternehmer vorgenommen werden können.⁹⁰⁹ Der Maßstab ordnungsgemäßen Wirtschaftens sei erst dann verletzt, wenn die wirtschaftliche Entscheidung oder Maßnahme als zweifelsfrei unvertretbar erscheine, wohingegen ein Verstoß nicht vorliege, wenn Sachkundige über die Vertretbarkeit unterschiedlicher Meinung sein können.⁹¹⁰

Als inhaltlicher Maßstab zur Bewertung der Wirtschaftswidrigkeit sollen auch Regeln wie die Business Judgment Rule Berücksichtigung finden (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG), welche Gesellschaftsorganen von Kapitalgesellschaften ein Handeln auf Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zur Pflicht macht.⁹¹¹ Grundsätzlich finde im Falle kaufmännischer Wirtschaftler⁹¹² der allgemeine handelsrechtliche Maßstab des ordentlichen Kaufmanns i.S.d. § 347 Abs. 1 HGB Anwendung.⁹¹³ Ergänzt werde dieser durch die weiteren spezialgesetzlichen Regelungen wie dem Maßstab des ordentlichen Geschäfts-

⁹⁰⁶ Dannecker/Knierim/Hagemeier, Insolvenzstrafrecht Rn. 1045.

⁹⁰⁷ *Tiedemann*, Insolvenzstrafaten aus der Sicht der Kreditwirtschaft, ZIP 1983, 513, 522.

⁹⁰⁸ *Tiedemann*, ZIP 1983, 513, 521.

⁹⁰⁹ *Tiedemann* a.a.O., der an dieser Stelle von „Plausibilitätskontrolle“ spricht.

⁹¹⁰ *Tiedemann* a.a.O.

⁹¹¹ LK/*Tiedemann*, Vor § 283 Rn. 106; ders. Wirtschaftsstrafrecht AT Rn. 220.

⁹¹² Wozu der in § 14 StGB genannte Personenkreis zählt, vgl. oben.

⁹¹³ LK/*Tiedemann*, Vor § 283 Rn. 111.

mannes i.S.d. § 43 Abs. 1 GmbHG oder dem des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters i.S.d. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG / § 34 Abs. 1 S. 1 GenG.⁹¹⁴ Entscheidend seien damit die auf der handelsrechtlichen Verkehrssitte und deren weiterer spezialgesetzlicher Ausgestaltung beruhenden *Grundregeln ordnungsgemäßer Unternehmensführung*.⁹¹⁵ Dass einige der handelsrechtlichen Regelungen vornehmlich im Innenverhältnis zur Gesellschaft wirken sei dabei irrelevant: ihre Vergleichbarkeit zu den für Einzelkaufleute geltenden Regelungen lasse ihnen dieselbe gläubigerschützende Wirkung zukommen.⁹¹⁶

Insgesamt sollen die Grundregeln ordnungsgemäßer Unternehmensführung im Hinblick auf das Rechtsgut der §§ 283 ff. StGB am Gläubigerschutz und den „sonstigen Belangen einer funktionstüchtigen Kreditwirtschaft“ ausgerichtet werden.⁹¹⁷ Einer weiteren Konkretisierung des außerstrafrechtlichen Maßstabes des ordentlichen Kaufmannes bedürfe es nicht: Im Hinblick auf einen wandelbaren Standard hätte sich der Gesetzgeber zugunsten einer anpassungsfähigen Regelung entschieden.⁹¹⁸ Damit soll dann auch stets die aktuelle kaufmännische Verkehrssitte oder allgemeine kaufmännische Übung maßgeblich sein, weshalb entscheidend sei, was ein ordentlicher Kaufmann für richtig halten würde.⁹¹⁹ Die Feststellung dieser Maßstäbe soll sich durch Gesetz, Verkehrssitte, Gewohnheitsrecht, das übliche Verhalten Angehöriger freier Berufe, wissenschaftliche Überlegungen, aber auch Gerichtsentscheidungen ergeben können, wobei im Zweifel eher betriebswirtschaftlichen als rechtlichen Grundsätzen gefolgt werden sollte.⁹²⁰ Außerstrafrechtliche Handlungsempfehlungen hätten aber keinen bindenden Charakter, könnten aber als Konkretisierung Berücksichtigung finden. Hierzu dürften wohl neben den von *Tiedemann* erwähnten Verhaltensrichtlinien von Handelskammern und Verbänden auch der Deutsche Corporate Governance-Kodex oder die Vorgaben von IDW-Prüfungsstandards zählen.

⁹¹⁴ *Tiedemann* a.a.O.

⁹¹⁵ *Tiedemann* a.a.O.

⁹¹⁶ *Tiedemann* a.a.O.

⁹¹⁷ LK/*Tiedemann* Vor § 283 Rn. 114.

⁹¹⁸ *Tiedemann* a.a.O.

⁹¹⁹ LK/*Tiedemann* Vor § 283 Rn. 115.

⁹²⁰ *Tiedemann* a.a.O.

Lassen die außerstrafrechtlichen Vorgaben Entscheidungsspielräume zu, so sollen wirtschaftliche Entscheidungen stets ordnungsgemäß sein, wenn sie auf Grundlage angemessener Information erfolgen, am Unternehmensinteresse ausgerichtet sind und vertretbar oder plausibel erscheinen, also von einem rational handelnden Unternehmer vorgenommen werden können. Eine wirtschaftliche Maßnahme widerspräche damit erst dann den Anforderungen der ordnungsgemäßen Wirtschaft, wenn sie zweifelsfrei als unvertretbar erscheine.⁹²¹ Dabei sollen insbesondere der Unternehmensgegenstand und die Unternehmenssituation, aber auch die Rechtsform Auskunft darüber geben, welches Risiko ein Unternehmer eingehen darf, ohne pflichtwidrig zu handeln.⁹²² Daneben sollen Rechtsnormen, die ein bestimmtes Verhalten nicht gebieten, sondern nur zulassen, für die Ordnungsmäßigkeit eines Verhaltens lediglich ein Indiz abzugeben vermögen. Im Falle der Verletzung von Strafnormen soll aber stets die Wirtschaftswidrigkeit zu bejahen sein, solange deren Schutzrichtung im Hinblick auf den Schutzzweck der §§ 283 ff. StGB nicht ein anderes Ergebnis zulässt.⁹²³ Die Wirtschaftswidrigkeit könne sich dabei auch daraus ergeben, dass eine Haftung für das Unternehmen begründet wird. Weitergehende Anforderungen als das Zivil- und Handelsrecht stelle das Strafrecht aber allgemein nicht.⁹²⁴

bb) Kindhäuser

Dem Ansatz *Tiedemanns* attestiert *Kindhäuser* zwar, grundsätzlich zu richtigen Ergebnissen zu kommen; er hält dessen Anknüpfung an außerstrafrechtliche Normen im Hinblick auf den Tatbestand des § 283 StGB aber für nicht begründbar, da nur die informationsbezogenen, nicht aber die bestandsbezogenen Handlungsvarianten Bezug auf außerstrafrechtliche Normen nähmen.⁹²⁵

Grundsätzlich soll der Schuldner auch in der wirtschaftlichen Krise seinen Betrieb fortführen und unternehmerische Entscheidungen treffen können, nur

⁹²¹ LK/*Tiedemann* Vor § 283 Rn. 117; ders. Insolvenzstraftaten aus der Sicht der Kreditwirtschaft, ZIP 1983, 513, 521.

⁹²² LK/*Tiedemann* Vor § 283 Rn. 118.

⁹²³ LK/*Tiedemann* Vor § 283 Rn. 119.

⁹²⁴ LK/*Tiedemann* Vor § 283 Rn. 123.

⁹²⁵ NK/*Kindhäuser* Vor § 283 Rn. 69.

müsse er dabei den Erwartungen an die Sorgfalt eines sich in solchen Situationen befindenden Schuldners oder Kaufmanns gerecht werden.⁹²⁶ Dies sei dann der Fall, wenn das Verhalten aus Sicht der Gläubiger bei verständiger Würdigung auch der schuldnerischen Interessen noch hinnehmbar ist.⁹²⁷

Wirtschaftliche Kriterien sollen für die Beurteilung der Wirtschaftswidrigkeit wie beim Ansatz *Tiedemanns* ebenfalls Berücksichtigung finden, allerdings nur unter Berücksichtigung der Zielsetzung des Bankrottatbestandes.⁹²⁸ Ordnungsgemäß handele der Schuldner jedenfalls, wenn er beim Umgang mit seinem Vermögen

- eine wirtschaftlich vernünftige Zielsetzung verfolge,
- eine sorgfältige Risikoabwägung vornehme und
- seine Entscheidung auf eine hinreichende Informationsgrundlage stütze.⁹²⁹

Wirtschaftswidrig sollen vermögenswirksame Handlungen hingegen sein, wenn der Schuldner

- dem Insolvenzrecht widersprechende Ziele verfolge,
- er finanzielle Risiken eingehe, die in seiner wirtschaftlichen Situation mit den berechtigten Gläubigerinteressen nicht mehr zu vereinbaren sind
- oder er seine Entscheidung ohne sachgemäße Informationsgrundlage fälle.⁹³⁰

Handlungen des Schuldners sollen solange ordnungsgemäß sein, wie sie mit dem Ziel der umfassenden Gläubigerbefriedigung vereinbar und gegenüber diesem Ziel als höherrangig einzustufen sind, wohingegen die Gefährdung der Gläubigerbefriedigung zur Wirtschaftswidrigkeit führe.⁹³¹ Beispielhaft führt *Kindhäuser* etwa an, fremd- und selbstbegünstigende Maßnahmen seien stets wirtschaftswidrig, solange sie keine Maßnahmen zur Erhaltung oder Vermehrung des schuldnerischen Vermögens oder zur Erhaltung des angemessenen

⁹²⁶ NK/*Kindhäuser* Vor § 283 Rn. 71.

⁹²⁷ NK/*Kindhäuser* Vor § 283 Rn. 72.

⁹²⁸ NK/*Kindhäuser* Vor § 283 Rn. 73.

⁹²⁹ NK/*Kindhäuser* Vor § 283 Rn. 74.

⁹³⁰ *Kindhäuser* a.a.O.

⁹³¹ NK/*Kindhäuser* Vor § 283 Rn. 75.

Lebensunterhaltes darstellen.⁹³² Es soll aber nicht ausreichen, dass der mit der Handlung verfolgte *Zweck* vertretbar ist, sondern auch das dabei eingegangene *Risiko* müsse vertretbar sein.⁹³³ Hierbei sei zu beurteilen, ob eine Vermögensverfügung überhaupt getroffen werden durfte und falls ja, wie sie zu treffen war.⁹³⁴ Auch *Kindhäuser* hält hierbei die Verkehrssitte für maßgeblich: Der Schuldner habe in der Krise bei Vermögensverfügungen die Regeln des Verkehrs einzuhalten und dürfe nicht von ihnen abweichen.⁹³⁵ Gesetzesverstöße sollen die Wirtschaftswidrigkeit aber ähnlich wie beim Ansatz *Tiedemanns* nur dann implizieren, wenn sich dies aus dem Schutzzweck der verletzten Norm folgern lasse.⁹³⁶ Wirtschaftswidrig seien daher stets Verhaltensweisen, die aufgrund ihrer gläubigergefährdenden Wirkung gesetzlich untersagt sind oder gegen gesetzliche Gebote verstoßen.⁹³⁷ *Kindhäuser* führt als Beispiele Verstöße gegen das aus § 80 InsO folgende insolvenzrechtliche Verfügungsverbot oder gegen gesellschaftsrechtliche Kapitalerhaltungsvorschriften (§ 30 GmbHG, § 57 AktG) an, aber auch Verstöße gegen gesetzliche Zahlungsverbote (§ 130a Abs. 1, 2 HGB, § 64 GmbHG, §§ 92 Abs. 2, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG, §§ 34 Abs. 3 Nr. 4, 99 GenG). Nicht gegen gesetzliche Vorschriften verstoßende Verhaltensweisen sollen im Übrigen unerlaubt riskant und damit wirtschaftswidrig sein, wenn sie den drei oben genannten Kriterien (Zielsetzung, Risikoabwägung, ausreichende Informationsgrundlage) widersprechen.⁹³⁸

cc) Krause

Das Tatbestandsmerkmal „in einer den Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft widersprechender Weise“ stellt bei *Krause* den Zentralbegriff des gel-

⁹³² *Kindhäuser* a.a.O. unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung, RGSt 5, 116, 118; 7, 142, 143; 29, 413; 62, 277, 280; 66, 130, 131 f.; BGHSt 8, 55; 9, 84, 86 f.; 30, 127, 128 f.; 34, 309, 310; BGH wistra 1988, 193.

⁹³³ NK/*Kindhäuser* Vor § 283 Rn. 76.

⁹³⁴ *Kindhäuser* a.a.O.

⁹³⁵ *Kindhäuser* a.a.O.

⁹³⁶ NK/*Kindhäuser* Vor § 283 Rn. 78.

⁹³⁷ NK/*Kindhäuser* Vor § 283 Rn. 86.

⁹³⁸ *Kindhäuser* a.a.O.; als Beispiel führt *Kindhäuser* etwa Schmiergeldzahlungen ohne zu erwartenden Vorteil an, weshalb Schmiergeldzahlungen, die einen Vorteil für die Masse nach sich ziehen, nach seiner Konzeption wohl nicht wirtschaftswidrig wären.

tenden Insolvenzstrafrechts dar.⁹³⁹ Die strukturelle Bedeutung des Tatbestandsmerkmals sieht auch er darin, dass die Beachtung der Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft durch den Schuldner den Ausschluss der Bankrottstrafbarkeit nach sich zieht, da der strafrechtliche Gläubigerschutz nur gegen solche Verhaltensweisen bestehe, die sich außerhalb des ordentlichen Wirtschaftens bewegen.⁹⁴⁰ Wo sich der Schuldner bei seinen realen Vermögensdispositionen im Rahmen der Regeln des Wirtschaftens bewege, bleibe der Gläubiger strafrechtlich schutzlos.⁹⁴¹

Betriebswirtschaftliche Theorien hält *Krause* als alleiniges Kriterium für die Bestimmung der Wirtschaftswidrigkeit für untauglich, da sie den vom Tatbestand intendierten Rechtsgüterschutz nicht berücksichtigen.⁹⁴² Der Ansatz *Tiedemanns* sei problematisch, da dieser dem „Postulat der Eigenständigkeit strafrechtlicher Auslegung bei den Insolvenzdelikten“ nicht gerecht werde, sondern das Problem der Gewinnung eines strafrechtlichen Maßstabes zur Ermittlung der Wirtschaftswidrigkeit lediglich in den außerstrafrechtlichen Bereich verschiebe.⁹⁴³ Zudem würden Vorschriften wie § 43 GmbHG, § 93 AktG nur Wirkung zwischen Gesellschaft und Organ und gerade nicht im Verhältnis zu den Gläubigern entfalten, weshalb sie nicht als Maßstab zur Bestimmung der strafrechtlichen Haftung in Frage kämen.⁹⁴⁴

Methodisch möchte *Krause* das Merkmal der Wirtschaftswidrigkeit im Rahmen seines normativen Kontextes und damit im Hinblick auf den Schutzzweck der Bankrottdelikte bestimmen.⁹⁴⁵ Ausgangspunkt der Auslegung sei daher die

⁹³⁹ *Krause*, Ordnungsgemäßes Wirtschaften und erlaubtes Risiko, S. 27, wobei er allerdings noch vom „Zentralbegriff des Konkursstrafrecht“ spricht.

⁹⁴⁰ *Krause*, S. 47.

⁹⁴¹ *Krause* a.a.O.

⁹⁴² *Krause*, S. 81.

⁹⁴³ *Krause*, S. 85.

⁹⁴⁴ *Krause*, S. 88 ff.

⁹⁴⁵ *Krause*, S. 149 f.; dieser liege im Schutz des insolvenzrechtlichen Gestaltungs- und Verwertungsrechts der Gläubiger und im Schutz des Vertrauens der Gläubiger gegenüber dem Schuldner darauf, dass dieser in der Krise seine wirtschaftlichen Dispositionen an der Erhaltung seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ausrichte und keine über die allgemeinen wirtschaftlichen Risiken hinausgehenden Gefahren eingehe, *Krause* S. 186.

Prämisse, dass der strafrechtliche Gläubigerschutz nicht weiter als der zivilistische insolvenzrechtliche Schutz gehen könne.⁹⁴⁶

Ein Verstoß gegen die Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft soll etwa bei der Erfüllung einer fälligen Verbindlichkeit dann vorliegen, wenn eine gesetzliche Beschränkung für die Vornahme der Erfüllungshandlung greift.⁹⁴⁷ Grundsätzlich lasse ein ausdrückliches gesetzliches Verbot bestimmter Vermögensdispositionen darauf schließen, dass die Rechtsordnung diese Maßnahme als unerlaubt qualifizieren möchte.⁹⁴⁸ Beispielhaft sei hierfür das durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens eintretende Verfügungsverbot (§ 80 InsO).⁹⁴⁹ Erforderlich für den Rückschluss auf die Wirtschaftswidrigkeit im Sinne des § 283 StGB hieraus sei aber stets, dass ein solches Verbot auch dem Gläubigerschutz diene.⁹⁵⁰ Im Falle von Verstößen gegen Kapitalerhaltungsvorschriften – *Krause* nennt die des HGB, GmbHG und AktG – soll dies stets zu bejahen sein, weil diese Vorschriften die Haftungsgrundlage der Gläubiger erhalten sollen. Selbiges gelte für die allgemeinen ausdrücklichen zivilrechtlichen Dispositionsbeschränkungen, da deren Charakter als Schutzgesetz zugunsten der Gläubiger anerkannt sei.⁹⁵¹ In ihnen sieht *Krause* zivilrechtliche Parallelregelungen zu § 283 StGB, da sie exakt auf diejenige Interessenkollision zugeschnitten seien, die auch dem Bankrottatbestand zugrunde liege.⁹⁵² § 283 StGB diene der strafrechtlichen Absicherung der aus den zivilrechtlichen Dispositionsverboten resultierenden Pflichten.⁹⁵³

Was erlaubt ist und was nicht – *Krause* recurriert hierbei auf die Lehre vom erlaubten Risiko – soll sich durch eine Abwägung der von der Handlung des

⁹⁴⁶ *Krause*, S. 157 f.

⁹⁴⁷ *Krause*, S. 295.

⁹⁴⁸ *Krause*, S. 301.

⁹⁴⁹ *Krause* a.a.O., wobei er noch § 6 KO zitiert.

⁹⁵⁰ *Krause*, S. 302.

⁹⁵¹ *Krause*, S. 308; genannt werden insbesondere die §§ 64 Abs. 2 GmbHG a.F., 92 Abs. 3 a.F., 93 Nr. 6 AktG a.F., 99 Abs. 1 und 2 a.F., 34 Nr. 4 GenG a.F. und § 130a Abs. 2 und 3 HGB a.F. Die Aussage gilt wohl unverändert für sämtliche Neufassungen der Regelungen.

⁹⁵² *Krause* a.a.O.

⁹⁵³ *Krause*, S. 309.

Schuldners betroffenen Interessen ergeben.⁹⁵⁴ Entscheidend soll sein, ob aus Sicht der Gläubiger die Handlung noch als zumutbare Gefährdung ihrer Interessen erscheine, weswegen ein Verhalten dann nicht wirtschaftswidrig sein soll, wenn ein verständiger Gläubiger die in Rede stehende Vermögensdisposition bei Würdigung der schuldnerischen Belange ebenfalls in dieser Weise vorgenommen hätte.⁹⁵⁵ Dem folgend soll ein Verstoß gegen die Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft immer dann vorliegen, wenn der Schuldner bei seinen Vermögensdispositionen Zwecke verfolge, die mit den Zielen des Insolvenzrechts unvereinbar sind. Selbst wenn der Zweck noch als zulässig anzusehen wäre, sei die Vornahme der Disposition aber unzulässig, wenn der Schuldner dabei dasjenige missachte, „was ein auf Gläubigersicherung bedachter Teilnehmer im Wirtschaftsverkehr in der wirtschaftlichen Lage des Schuldners hinsichtlich der Höhe des mit der Vermögensdisposition verbundenen Risikos bzw. hinsichtlich der als Grundlage seiner Entscheidung dienenden Informationen beachtet hätte“.⁹⁵⁶ Bei der Bewertung der Wirtschaftswidrigkeit sei zudem stets die besondere Verantwortlichkeit des Schuldners in der Krise zu beachten, die ihren Ausdruck in der schuldnerischen Pflicht zum auf Gläubigerbesicherung bedachten Wirtschaften findet.⁹⁵⁷

dd) Harneit, Höfner, Schlüchter u.a.

Weitere Versuche, für die Bestimmung der ordnungsgemäßen Wirtschaft ein konzeptionelles Fundament zu entwickeln, gibt es in der Literatur kaum.⁹⁵⁸ *Höfner* etwa hält das Merkmal des ordnungsgemäßen Wirtschaftens wegen fehlender Bestimmtheit schlicht für ungeeignet, zulässige von unzulässigen Verhaltensweisen abzugrenzen.⁹⁵⁹ Ebenso wie *Krause* diskutiert auch *Harneit* die Lehre vom erlaubten Risiko im Kontext des § 283 StGB, bezieht seine Diskussion dabei aber nur auf die Zulässigkeit der Fortführung des sich in der Krise befindenden Unternehmens.⁹⁶⁰

⁹⁵⁴ *Krause* S. 358 ff.

⁹⁵⁵ *Krause* S. 363.

⁹⁵⁶ *Krause* S. 365.

⁹⁵⁷ *Krause*, S. 367 ff., zusammenfassend auf S. 421.

⁹⁵⁸ Zu diesem Befund NK/*Kindhäuser* Vor § 283 Rn. 67.

⁹⁵⁹ *Höfner*, Die Überschuldung als Krisenmerkmal des Konkursstrafrechts, S. 44 ff.

⁹⁶⁰ *Harneit*, Überschuldung und erlaubtes Risiko, S. 81 ff.

Die Zulässigkeit unternehmerischer Entscheidungen als Bewertungsgegenstand des Bankrottatbestandes wird hingegen von *Schlüchter* diskutiert: Für sie ist originärer Adressat des § 283 StGB der Unternehmer als verantwortlich entscheidende Führungskraft.⁹⁶¹ Schwierigkeiten im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz sieht sie im Gegensatz zu *Höfner* nicht.⁹⁶² Die Grenzen unternehmerischer Freiheit sollen sich auch bei ihr dort finden, wo Gläubigerbelange betroffen sind.⁹⁶³ Unzulässig seien jedenfalls diejenigen Entscheidungen, die nach allen betriebswirtschaftlichen Theorien als unvernünftig zu bewerten wären. Verträgt sich eine unternehmerische Entscheidung mit diesem „Mindestnenner“ nicht, so widerspreche sie den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft.⁹⁶⁴

ee) Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat bisher auf die Ausarbeitung einer konzeptionellen Lösung zur Bestimmung der Wirtschaftswidrigkeit verzichtet. Was den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widerspricht wird stattdessen einzelfallbezogen am konkreten Sachverhalt bestimmt.⁹⁶⁵

Als *Leitentscheidung* wird dabei überwiegend ein Urteil des 1. Strafsenates vom 17. März 1987 angeführt.⁹⁶⁶ Der Senat hatte über die Strafbarkeit eines Bauunternehmers zu entscheiden, der zum Teil unberechtigte Erstattungszahlungen der Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft auf das Konto seiner Freundin umleitete, über das er selbst nicht verfügen konnte. Mit dem eingezogenen Geld wurden sowohl Löhne als auch Sozialbeiträge der Mitarbeiter bezahlt, aber auch der eigene Lebensunterhalt bestritten. Der BGH diskutierte die Frage, ob das Umleiten des Geldes auf ein geschäftsfremdes Konto, wo es der Verfügung des Unternehmers entzogen war, noch mit den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft zu vereinbaren sei.⁹⁶⁷ Im Ergebnis

⁹⁶¹ *Schlüchter*, Grenzbereich zwischen Bankrottdelikten, S. 15.

⁹⁶² *Schlüchter*, S. 47 f., 51

⁹⁶³ *Schlüchter*, S. 58.

⁹⁶⁴ *Schlüchter*, S. 48.

⁹⁶⁵ Vgl. zu diesem Befund NK/*Kindhäuser* Vor § 283 Rn. 64; ebenso *Krause*, S. 92.

⁹⁶⁶ BGH, Urteil vom 17.03.1987 - 1 StR 693/86 = BGHSt 34, 309.

⁹⁶⁷ BGHSt 34, 309, 310.

lehnte der Senat dies ab. Maßgeblich sei im konkreten Fall, dass der Betroffene die Gelder umleitete, um sie dem Zugriff seiner Gläubiger zu entziehen und für neu entstehende Verbindlichkeiten zu verwenden. Eine derartige Manipulation könne nicht als im Rahmen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft liegend betrachtet werden, da dem Betroffenen anderenfalls gestattet werde, was zu verhindern Sinn von Konkursrecht und Konkursstrafrecht sei, nämlich die Befriedigung der vorhandenen Gläubiger sowie den Ausschluss von Verhaltensweisen zu gewährleisten, durch die der Schuldner sein Geschäft unter Hintansetzung der bisherigen Gläubiger fortsetzt, indem er mit vorhandenen und neuen Mitteln ausschließlich neue Verbindlichkeiten eingeht und erfüllt.⁹⁶⁸

Der Senat beurteilt die Wirtschaftswidrigkeit vor allem im Hinblick auf die Ziele des Konkurs- bzw. Insolvenzrechts. Damit knüpft er an vorherige Entscheidungen an, in denen der BGH betont hatte, dem Schuldner sei in Bezug auf die Insolvenzmasse jedes eigennützige Handeln und jedes Geschäft zu Lasten des konkursbehafteten Vermögens untersagt, sofern es sich nicht im Rahmen der ordnungsgemäßen Wirtschaft bewege.⁹⁶⁹ Umgekehrt wäre damit jede Handlung zulässig, solange sie nicht den Zielen des Insolvenzrechts zuwiderläuft. Der BGH geht bei der Normanwendung auch an anderer Stelle ähnlich vor, wenn er etwa § 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB im Hinblick auf die Gläubigerinteressen auslegt.⁹⁷⁰ Entscheidend ist in der Rechtsprechung damit vor allem die vom Schuldner intendierte Ziel- und Zweckrichtung seiner Handlung,⁹⁷¹ wobei Gegenstand der Beurteilung stets nur die konkrete Handlung im Einzelfall ist.⁹⁷²

ff) Zwischenfazit

Ob die verschiedenen Ansätze bei der Normanwendung überhaupt zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen würden, ist zumindest zweifelhaft. Deutlich wird bei der Diskussion jedenfalls, dass es sich bei den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft um ein besonders situationsabhängiges normati-

⁹⁶⁸ BGHSt 34, 309, 310 f.

⁹⁶⁹ BGH, Urteil vom 06.11.1986 - 1 StR 327/86 = BGHSt 221, 225 f.

⁹⁷⁰ BGH, Beschluss vom 24.03.2009 - 5 StR 353/08 = NStZ 2009, 635.

⁹⁷¹ NK/*Kindhäuser* Vor § 283 Rn. 66.

⁹⁷² Hierzu auch schon RGSt 72, 187, 188 ff.

ves Tatbestandsmerkmal handelt, was die Herausbildung von abstrahierten Grundsätzen naturgemäß erschwert. Einigkeit dürfte zumindest dahingehend bestehen, bei der Auslegung vor allem die Ziele des Insolvenz- und Insolvenzstrafrechtes – Schutz der Gläubigerinteressen und Erhalt der Insolvenzmasse⁹⁷³ – zugrunde zu legen. Deutlich wird zudem, dass zivilrechtlich gebilligte Verhaltensweisen strafrechtlich keinen Verstoß gegen die Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft darstellen können. Erst wenn die Grenzen des zivilrechtlich Zulässigen überschritten werden, kann ein Verhalten überhaupt strafrechtlich relevant werden.

Im Hinblick auf wirtschaftswidrige Verhaltensweisen gesetzlicher Organe und Vertreter juristischer Personen ist fraglich, ob es überhaupt einer konzeptionellen Auslegung des Merkmals des Handelns in einer den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widersprechenden Weise bedarf. Wesentliche Auslegungsrichtlinie können hier bereits die in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG normierte Business Judgement Rule sowie die allgemeinen Geschäftsleiterpflichten – wie sie etwa in §§ 76, 93 AktG, 43 GmbHG zum Ausdruck kommen – sein.

Angemessen erscheint es, im Falle von Verstößen gegen zivilrechtliche Vorschriften, die ausdrücklich bestimmte Verhaltensweisen zum Zwecke des Gläubigerschutzes untersagen, einen Verstoß gegen die Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft zu bejahen. Ein deutlicheres Votum des Gesetzgebers an den Betroffenen, diese konkreten Handlungen aufgrund vorrangiger Insolvenzinteressen zu unterlassen, gibt es im Gesetz nicht.

Ob der Verletzung allgemeiner Sorgfaltsvorschriften – bspw. § 43 GmbHG, § 93 AktG, § 347 HGB – zumindest eine indizielle Bedeutung für die Bejahung der Wirtschaftswidrigkeit zukommt, ist hingegen fraglich. Richtigerweise ist bei der Normanwendung stets die Eigenständigkeit strafrechtlicher Regelung und Auslegung zu beachten.⁹⁷⁴ Während die zivilrechtlichen Vorschriften vornehmlich dem Interessenausgleich dienen, verfolgen die strafrechtlichen Regelungen kriminalpräventive Zwecke. Die Verletzung von allgemeinen zivilrechtlichen Sorgfaltspflichten kann daher nicht mehr als indizielle Bedeutung für

⁹⁷³ Inwiefern wie von *Tiedemann* gefordert auch der Schutz der Kreditwirtschaft berücksichtigt werden muss, braucht hier nicht erörtert werden.

⁹⁷⁴ BGH, Urteil vom 06.11.1986 - 1 StR 327/86 = BGHSt 34, 221, 225.

einen Verstoß gegen die Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft haben, wohingegen ein zwingender Schluss auf ein wirtschaftswidriges Handeln im strafrechtlichen Sinne nicht möglich ist. Dies folgt letztlich daraus, dass eine Handlung für sich genommen einen gravierenden Verstoß gegen organschaftliche Sorgfaltspflichten darstellen kann, gleichzeitig im Hinblick auf die Schutzrichtung des Bankrottatbestandes aber keinerlei Relevanz besitzen, sondern Gläubigerinteressen sogar fördern könnte. Mit anderen Worten: Es reicht jedenfalls nicht aus, irgendwelche Organpflichten zu verletzen, um die Wirtschaftswidrigkeit zu bejahen.⁹⁷⁵

3. Bedeutung für die Auslegung von § 14 StGB

Für die Konturierung des Zurechnungszusammenhanges ergeben sich aus der Bestimmung der Wirtschaftswidrigkeit wichtige Konsequenzen.

Deutlich wird zunächst einmal, welche Handlungsweisen überhaupt Gegenstand des § 283 StGB sind: Die Vorschrift beurteilt die strafrechtliche Relevanz von *wirtschaftlicher Betätigung bzw. unternehmerischen Handlungen*, die zum Zeitpunkt der Krise vorgenommen wurden oder für diese ursächlich waren. Wenn eine der im Tatbestand genannten Handlungen gegen die Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft verstoßen muss, ist notwendigerweise das Vorliegen einer Handlung erforderlich, die überhaupt in die Kategorie wirtschaftlicher Betätigung fällt. Die selbstständige Bedeutung des § 283 StGB kann nur darin gesehen werden, dem Handelnden bei der Verwaltung der (zukünftigen) Insolvenzmasse die Handlungsmaxime der Wirtschaftlichkeit aufzuerlegen und ihn so von für die Masse nachteiligen Entscheidungen abzuhalten. Ein darüber hinausgehender Normbefehl, der darauf abzielt, jede für die Masse nachteilige Handlung zu unterbinden, lässt sich der Vorschrift gerade nicht entnehmen.

Gleichzeitig kommt zum Ausdruck, dass es der tatbestandlichen Bewertung des § 283 StGB vorbehalten sein sollte zu entscheiden, welche Verhaltensweisen bankrottstrafrechtlich *qualitativ* relevant sein sollen und welche nicht. Dies hat

⁹⁷⁵ Dieses Ergebnis entspricht dem Erfordernis der gravierenden Pflichtverletzung im Rahmen der Untreue: auch dort begründet nicht jeder zivilrechtliche Verstoß eine strafbewehrte Pflichtwidrigkeit, sondern die Pflichtverletzung muss vermögensbezogen und gravierend sein, vgl. hierzu MüKo-StGB/Dierlamm, § 266 Rn. 175.

für die Beurteilung des Zurechnungszusammenhanges i.S.d. § 14 StGB durchaus Relevanz. Möchte man etwa Verhaltensweisen des Organs oder Vertreters nicht über § 14 StGB zurechnen, die zwar mit Zustimmung des Vertretenen erfolgen, aber gleichzeitig einen Verstoß gegen § 30 GmbHG darstellen,⁹⁷⁶ dann verlagert man den Beurteilungspunkt vom Tatbestand des § 283 StGB zur Auslegung von § 14 StGB. Dies führt faktisch zu einer Beschränkung des Tatbestandes, deren Rechtfertigung nicht ersichtlich ist und zwar vor allem dann, wenn man im Gegensatz zu *Brand* gerade eine gegen § 30 GmbHG verstoßende Handlung als wirtschaftswidrig und vom Tatbestand erfasst sehen möchte. Eine derartige Einschränkung kann auch deshalb nicht überzeugen, weil § 283 StGB sowohl krisenverursachende als auch krisenvertiefende Handlungen erfasst: Dieselbe Handlung würde solange eine Bankrottstrafbarkeit des Organs begründen, wie sie die Krise lediglich verursacht, während bei Erreichen der Schwelle des § 30 GmbHG eine Bankrottstrafbarkeit trotz Krisenvertiefung ausscheiden würde.

Naheliegend ist es daher, unterschiedslos wirkende Kriterien der Normanwendung zugrunde zu legen. Dies wird erreicht, wenn bei der Auslegung von § 14 StGB im Hinblick auf den Bankrotttatbestand für ein Handeln „als“ Vertreter erforderlich gemacht wird, dass das zu beurteilende Handeln *eine unternehmerische Betätigung des Organs bzw. Vertreters darstellen können muss*. Andere Handlungen sind – zumindest bei kaufmännisch tätigen Betroffenen – schon nicht tatbestandlich, wenn sie keinen Bezug zur wirtschaftlichen Betätigung aufweisen und sich damit einer Bewertung als wirtschaftswidrig entziehen. Eine Bankrottstrafbarkeit des Vertreters kommt nur dann in Betracht, wenn dieser (gleich dem persönlich haftenden Schuldner) unternehmerische Entscheidungen trifft. Dabei kann es sich nur um solche unternehmerische Entscheidungen handeln, die mit seiner Organ- oder Vertreterstellung zusammenhängen. Der Geschäftsführer einer GmbH bspw. trifft für diese die notwendigen unternehmerischen Entscheidungen und muss sie sogar treffen; sein Zuständigkeitsbereich und Handlungsspielraum ist aber je nach gesellschaftsrechtlicher Konstellation nicht grenzenlos. In diesem Falle wäre schon durch den Tatbestand vorgegeben, welche Verhaltensweisen des Vertreters von § 283 StGB generell erfasst werden sollen, während über § 14 StGB der bankrottstrafrechtlich interessie-

⁹⁷⁶ Vgl. *Brand* oben S. 32 ff.

rende Handlungsbereich abgesteckt wird. Es erscheint aber durchaus sachgerecht, bereits bei der Bewertung des Zurechnungszusammenhanges festzustellen, ob die Verhaltensweise eine unternehmerische Entscheidung bzw. wirtschaftliche Betätigung darstellt, um dann auf Tatbestandsebene in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob diese den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widerspricht. In Anlehnung an das Beispiel von *Labsch*⁹⁷⁷ hieße dies dann: Ein Geschäftsführer, der zum Zeitpunkt der Krise Geld aus dem Tresor der GmbH entnimmt, um damit übermäßige selbst- oder fremdbegünstigende Gehalts- oder Honorarzahungen vorzunehmen, handelt „als“ Geschäftsführer i.S.d. § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB, da er eine unternehmerische Entscheidung vornimmt, zu der er grundsätzlich berechtigt ist. Ein Mitgeschäftsführer, der in derselben Situation den Tresor mangels Zugangsberechtigung aufbricht und das Geld ohne grundsätzliche Verwendungsbefugnis für eigene Zwecke entwendet, würde wohl hingegen nicht *als* Vertreter handeln. Die Art und Weise der Vornahme der Handlung hat sich in diesem Fall soweit von einer mit der Organstellung zusammenhängenden unternehmerischen Betätigung entfernt, dass man sie nicht mehr als wirtschaftliche Entscheidung begreifen kann. Bedenkt man, dass § 283 StGB nur vor wirtschaftswidriger unternehmerischer Betätigung schützen soll, erscheint es nicht notwendig, diese Handlung über §§ 283, 14 StGB zu erfassen.⁹⁷⁸ Entscheidend ist letztlich, ob die konkrete Handlung im weitesten Sinne noch zu dem Kreis derjenigen unternehmerischen Betätigung gezählt werden kann, zu der der Betroffene aufgrund seiner konkreten Organ- oder Vertreterstellung berufen ist. Der sich somit ergebende zweistufige Prüfungsaufbau hieße für das Beispiel des Entwendens von Geld: Auf der ersten Stufe ist bei der Bestimmung des Zurechnungszusammenhanges zu prüfen, ob das Organ oder der Vertreter grundsätzlich zur Verwaltung von Mitteln befugt war, während bei Bejahung dieser Frage auf zweiter Stufe im Rahmen des Tatbestandes des § 283 StGB das Vorliegen einer Bankrotthandlung zu prüfen ist.

⁹⁷⁷ *Labsch*, Die Strafbarkeit des GmbH-Geschäftsführers im Konkurs der GmbH, wistra 1985, 59, 62.

⁹⁷⁸ Etwas anderes gilt nur dann, wenn man selbstbegünstigende Handlungen stets erfassen möchte, vgl. hierzu *Kindhäuser* oben S. 197 ff. Für einen privaten Schuldner als Handelnden wäre es hingegen irrelevant, ob dieser seinen Tresor aufbricht oder aufschließt, um die sich darin befindenden, eigenen Vermögenswerte beiseitezuschaffen.

Rechtfertigen lässt sich dies schon mit der konzeptionellen Ausgestaltung des Bankrottatbestandes, da der Gesetzgeber speziell in § 283 Abs. 1 Nr. 2 und 3 StGB konkrete unternehmerische Handlungen vom Tatbestand erfassen möchte. Bei Vertretern, welche aufgrund ihrer Vertreterstellung die dort genannten Handlungen gerade vornehmen sollen, wird sich nie die Frage nach dem Zurechnungszusammenhang stellen. Varianten wie die des Beiseiteschaffens von Vermögenswerten stellen sich demgegenüber aufgrund ihrer schier endlosen Erscheinungsformen zwar schwieriger dar, lassen sich im Zweifel aber durch Abstraktion einordnen. Wer grundsätzlich zur Leistung von Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen befugt ist, handelt bei Vornahme wirtschaftswidriger Zahlungen auch als Organ, ganz gleich auf welche Weise die Vermögensverschiebung konkret erfolgt. Entwendet hingegen der Leiter der Rechtsabteilung Barmittel aus dem Gesellschaftsvermögen, müsste für die Bejahung des Zurechnungszusammenhanges begründet werden, dass trotz Beschränkung auf die Leitung des Rechtsressorts auch eine grundsätzliche Befugnis zur Mittelverwaltung bestand. Dies wird nur in Ausnahmefällen gelingen. Der Übergang zur Untreue ist an dieser Stelle fließend.

Berücksichtigt werden muss zudem, dass sich der Vorsatz des Betroffenen im Rahmen des § 283 StGB auch auf die normativen Tatbestandsmerkmale und damit auf den Verstoß gegen die Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft beziehen muss.⁹⁷⁹ Der Betroffene muss also Handelsrechtskenntnisse haben und nicht nur die Maßstäbe einer ordnungsgemäßen Wirtschaft kennen, sondern auch die Differenz zwischen diesen und seinem Vorgehen erfassen.⁹⁸⁰ Insofern nimmt auch auf subjektiver Ebene der Tatbestand eine Einschränkung vor, deren Erörterung nicht Gegenstand der Auslegung von § 14 StGB sein darf. Da der Gesetzgeber auf eine abschließende Regelung der Zulässigkeit sämtlicher möglicher Verhaltensweisen eines Organs – bspw. eines Geschäfts-

⁹⁷⁹ *Fischer* § 283 Rn. 32; *LK/Tiedemann* § 283 Rn. 189; *MüKo-StGB/Radtke/Petermann* § 283 Rn. 73; *NK/Kindhäuser* § 283 Rn. 99; ebenso *Höfner*, Die Überschuldung als Krisenmerkmal des Konkursstrafrechts, S. 45; *Schönke/Schröder/Heine/Schuster* § 283 Rn. 56; *SK-StGB/Hoyer* § 283 Rn. 110; *SSW/Bosch* § 283 Rn. 34. Umstritten ist dabei, ob für den Vorsatz die Kenntnis der für die Beurteilung der Wirtschaftswidrigkeit notwendigen Tatsachen ausreichend ist oder ob der Täter tatsächlich das Bewusstsein von der Unangemessenheit der Maßnahme haben muss.

⁹⁸⁰ *SK-StGB/Hoyer* § 283 Rn. 110; zustimmend *MüKo-StGB/Radtke/Petermann* § 283 Rn. 73.

führers – verzichtet hat, können auf subjektiver Ebene als Maßstab für die Frage, ob der Betroffene im Hinblick auf den Verstoß gegen die Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft vorsätzlich gehandelt hat, zwangsläufig nur allgemeine Sorgfaltsnormen wie § 43 GmbHG, § 347 HGB herhalten.

Denklogisch gibt daher für kaufmännische Wirtschaftler (wozu der in § 14 StGB genannte Personenkreis ausnahmslos zählt) schon der Tatbestand des § 283 StGB vor, dass nur Handlungen von Organen und Vertretern erfasst werden sollen, die noch zum Kontext unternehmerischer bzw. wirtschaftlicher Betätigung gezählt werden können. Anderenfalls entziehen sie sich einer Qualifizierung als wirtschaftswidrig.

Den Vertretungsbezug vom Vorliegen einer unternehmerischen Entscheidung oder wirtschaftlichen Betätigung des Vertreters abhängig zu machen, ist freilich nur dann sinnvoll, wenn das Vorliegen der wirtschaftlichen Betätigung anhand greifbarer Kriterien bestimmbar ist. Maßgeblich könnte etwa sein, ob der Vertreter eine Handlung vornimmt, deren Vornahme ihm außerhalb der Krise aufgrund seiner Vertreterstellung gestattet wäre oder welche die Verkehrssitte als übliche Handlung eines durchschnittlichen Vertreters seiner Art bewerten würde. Der Bewertungsmaßstab wäre damit auch hier ein normativer. Benennt der Gesetzgeber aber schon konkrete Handlungsverbote, lassen sich „harte“ Abgrenzungskriterien voranstellen, bei deren Vorliegen der Zurechnungszusammenhang stets zu bejahen sein wird. In diesen Fällen bedarf es keiner ergänzenden strafrechtlichen Wertung, da das Zivil- bzw. Gesellschaftsrecht hier ausdrücklich das Vorliegen eines Organhandelns vorgibt.

Auch wenn das Zivilrecht etwa im Falle der Haftungsprivilegierung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG von „unternehmerischen Entscheidungen“ spricht,⁹⁸¹ lassen sich jedoch keine Aussagen finden, die festlegen, welche Handlungen der Organe und Vertreter *unternehmerische* Betätigung darstellen und welche als gegenstandsloses Nichtorganhandeln zu qualifizieren sind, das keine wirtschaftliche Relevanz aufweist. Der Zivilgesetzgeber hat sich vielmehr darauf beschränkt, neben der allgemeinen Geschäftsführungsbefugnis Handlungsmaßstäbe vorzugeben, welche Organe und Vertreter zu beachten haben. Insofern darf vorweg genommen werden, dass das Vorliegen unternehmerischer Ent-

⁹⁸¹ Vgl. hierzu unten S. 217 ff.

scheidungen und wirtschaftlicher Betätigung nur mittelbar zur Bestimmung des Zurechnungszusammenhanges beitragen kann.

Gleichwohl äußert sich der Zivilgesetzgeber an verschiedenen Stellen durch Aufstellung von Handlungsmaßstäben und gebundenen Handlungsanweisungen und legt damit indirekt fest, welche Verhaltensweisen bewertungsfähiges Organhandeln darstellen und wie zulässiges von unzulässigem Organhandeln abzugrenzen ist. Erst auf diesem Wege zeichnet sich der Bereich strafrechtlich relevanten Organ- und Vertreterhandelns ab.

a) Zwingende Vorgaben des Zivilrechts

Die Einordnung von Verhaltensweisen des Vertreters als zurechnungsfähiges Vertreterhandeln ist zum Teil zwingend durch das Zivilrecht vorgegeben. Die Notwendigkeit, diese Vorgaben strafrechtlich zu berücksichtigen, folgt dabei aus dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung und damit verbunden aus dem Bedürfnis, Wertungswidersprüche zu vermeiden. Namentlich gilt dies beispielhaft für Fälle von § 64 GmbHG, §§ 92 Abs. 2 S. 1, 93 Abs. 3 AktG, § 130a Abs. 1 HGB, § 34 Abs. 3 Nr. 4 GenG. Durch diese Vorschriften werden bestimmte Organhandlungen ausdrücklich untersagt und mit einer Haftung bewehrt. Der Gesetzgeber schafft hierbei keine allgemeinen deliktischen Haftungstatbestände, sondern spezielle, sich an die jeweiligen Organe der verschiedenen Gesellschaftsformen richtende Organwalterhaftungstatbestände. Wenn eine Handlung aber außerstrafrechtlich als zu unterlassendes Organhandeln qualifiziert ist, kann durch eine gegensätzliche Auslegung von § 14 StGB strafrechtlich ein Handeln „als“ Organ nicht verneint werden.⁹⁸² Dies gilt nicht zuletzt deshalb, weil es sich bei diesen Vorschriften zum Teil auch um situative, nämlich krisenbezogene, haftungsbewehrte Zahlungsverbote zum Schutze der Gläubiger handelt.⁹⁸³ Dass dabei bspw. der Begriff der „Zahlungen“ i.S.d. § 64 S. 1 GmbHG aufgrund des Normzweckes weit auszulegen ist,⁹⁸⁴ ändert nichts an der Konsequenz, sämtliche von § 64 GmbHG erfassten Fälle als Organhandeln und damit als über § 14 StGB zurechenbares Verhalten zu qualifizieren. Täte man dies nicht und würde man trotz zivilrechtlich bejahter, insol-

⁹⁸² Verneint werden kann lediglich die bankrottstrafrechtliche Relevanz.

⁹⁸³ Exemplarisch für § 64 GmbHG: MüKo-GmbHG/H. F. Müller § 64 Rn. 1.

⁹⁸⁴ Vgl. MüKo-GmbHG/H. F. Müller § 64 Rn. 132.

venzbezogener Organhaftung eine bankrottstrafrechtliche Haftung mangels Zurechnungszusammenhanges verneinen, bestünde ein offensichtlicher Wertungswiderspruch, der durch nichts zu rechtfertigen ist. In diesem Falle würde ein zweifelsohne gewollter Gleichlauf der zivilrechtlichen Haftung für Insolvenzverfehlungen mit dem strafrechtlichen Äquivalent ins Absurde verkehrt werden. Ein abweichendes Ergebnis ergibt sich hier auch nicht aus der Eigenständigkeit strafrechtlicher Auslegung oder aufgrund unterschiedlicher Zielrichtungen der Regelungsinstitute, sondern eine derartige Konsequenz ist vielmehr notwendig. Auch der zivilrechtliche Gesetzgeber muss festlegen, welche Verhaltensweisen von Organen von spezialgesetzlichen Organhaftungstatbeständen erfasst werden sollen und welche Handlungen lediglich durch allgemeine vertragliche oder deliktische Schadensersatzansprüche (bspw. den §§ 280, 283 ff. BGB) abgedeckt werden. Hier kann sich ebenfalls die Frage stellen, ob ein Handeln überhaupt Organhandeln ist und damit eine Organhaftung begründet, oder ob der Betroffene deliktisch wie ein beliebiger Dritter zu behandeln ist. Organhaftung setzt logischerweise stets Organhandeln voraus. Das Wirkungsfeld der meisten Organe und Vertreter wird erst durch das Zivilrecht abgesteckt. Die zivilrechtliche Bejahung des Organ- oder Vertreterhandelns muss daher strafrechtlich akzeptiert und kann nicht durch eine entgegenstehende Auslegung des Zurechnungszusammenhanges negiert werden.

Grundsätzlich gilt damit: Verstößt der Vertreter (oder das Organ) mit seiner Bankrotthandlung gegen ein ihn aufgrund seiner Stellung treffendes gesetzliches Verbot, liegt immer ein Handeln „als“ Vertreter im Sinne des § 14 Abs. 1 StGB vor. In derartigen Fällen bedarf es keiner weiteren Erörterung, ob eine wirtschaftliche Betätigung oder unternehmerische Entscheidung vorliegt. Im Falle des § 64 GmbHG etwa wird bereits durch die Auslegung des Begriffs der Zahlung entschieden, welche Verhaltensweisen noch eine Organhaftung nach dieser Vorschrift auslösen. Die hiervon erfassten Handlungen sind strafrechtlich stets über § 14 StGB zurechenbar. Dies gilt nicht zuletzt deshalb, weil von Organen und Vertretern gerade aufgrund ihrer Stellung erwartet wird, derartige Handlungen zu unterlassen.

b) Qualifizierung des relevanten Vertreterhandelns durch handels- und gesellschaftsrechtliche Maßstäbe

Organe und Vertreter müssen ihr Handeln an gesellschaftsrechtlichen und handelsrechtlichen Normen messen lassen. Als allgemeine Grundsätze erwähnenswert sind hier der in § 347 HGB zum Ausdruck kommende Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen Kaufmanns, die explizit in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG genannte Business Judgement Rule sowie allgemein die Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensführung. Verhaltensweisen von Organen und Vertretern, die in den Anwendungsbereich dieser Normen fallen, unterliegen zwei Wertungen: Bevor in einem zweiten Schritt überhaupt beurteilt werden kann, ob der Vertreter mit seinem Handeln den Bereich des rechtlich Zulässigen überschreitet, muss notwendigerweise zunächst festgestellt werden, ob das konkrete Verhalten überhaupt ein von dem Maßstab erfasstes Organ- oder Vertreterhandeln darstellt.

aa) Der Sorgfaltsmaßstab des § 347 HGB

§ 347 Abs. 1 HGB normiert für kaufmännisches Handeln den Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen Kaufmanns. Die Vorschrift stellt in erster Linie eine Ergänzung der bürgerlich rechtlichen Vorschriften (§ 276 BGB) dar und hat die klarstellende Funktion, dass sich im kaufmännischen Verkehr die Sorgfalt an den Spezifika *dieses* kaufmännischen Verkehrs zu orientieren hat.⁹⁸⁵ Die Vorschrift stellt keine Anspruchsgrundlage dar, sondern bestimmt lediglich einen allgemeinen Haftungsmaßstab.⁹⁸⁶ Dieser Maßstab gilt nicht nur, wie der Wortlaut vermuten lassen würde, für reine Handelsgeschäfte, sondern auch dann, wenn die Pflichtverletzung im Rahmen des Betriebs des Handelsgewerbes erfolgt ist.⁹⁸⁷ *Schmidt* zufolge bringt die Vorschrift lediglich zum Ausdruck, dass die besonderen kaufmännischen Sorgfaltsanforderungen nur für betriebsbezogene Pflichten, nicht jedoch für den Privatverkehr des Einzelkaufmanns gelten sollen.⁹⁸⁸ Die Vorschrift ist auch nicht auf den Kaufmann i.S.d. §§ 1 ff. HGB beschränkt, sondern umfasst die Sorgfalt des Unternehmensträgers und seiner Or-

⁹⁸⁵ EBJs/*Joost* HGB § 347 Rn. 1.

⁹⁸⁶ *Joost* a.a.O.

⁹⁸⁷ EBJs/*Joost* HGB § 347 Rn. 24.

⁹⁸⁸ MüKo-HGB/*Schmidt* § 347 Rn. 15.

gane,⁹⁸⁹ weshalb alle Organe und Vertreter von Handelsgesellschaften und juristischen Personen erfasst werden.⁹⁹⁰ Damit gilt die Vorschrift für einen Großteil der in § 14 StGB genannten Personen.

Die inhaltliche Bestimmung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns soll objektiv und normativ abstrakt⁹⁹¹ bzw. typisierend⁹⁹² erfolgen. Maßgeblich ist dabei der konkrete Einzelfall,⁹⁹³ wobei stets zu beachten ist, was aus Sicht des Verkehrs regelmäßig erwartet werden darf.⁹⁹⁴ Einzelfallbezogen fällt auch die bisherige Konturierung des Sorgfaltsmaßstabes aus,⁹⁹⁵ während sich allgemeine Pflichten bisher kaum herausgebildet haben.⁹⁹⁶ Insofern ist der Befund *Tiedemanns* zutreffend, der in § 347 Abs. 1 HGB zum Ausdruck kommende, allgemeine handelsrechtliche Maßstab des ordentlichen Kaufmanns werde erst durch die weiteren Spezialgesetze – bspw. § 43 GmbHG – und Einzelfallentscheidungen konkretisiert.⁹⁹⁷ Erst hieraus sollen sich ein konkreter Maßstab und die Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensführung ergeben.⁹⁹⁸ Allgemein soll der Sorgfaltsmaßstab aber auch aus den Spezifika des konkreten Einzelfalls folgen, wie dem Geschäftsgegenstand und der Rechts- und Finanzierungsform des Unternehmens, der Größe und der Wahrscheinlichkeit der Verlustgefahr, der Möglichkeit der Kontrolle der Gefahr sowie der Größe des Unternehmens und dessen Zugehörigkeit zu einer bestimmten Branche.⁹⁹⁹

Damit dürfte aber auch deutlich sein, dass die Regelung des § 347 Abs. 1 HGB die Sorgfalt eines ordnungsgemäßen Kaufmanns zwar normiert, zu ihrer Ausgestaltung aber wenig beiträgt und damit auch wenig darüber aussagt, welche

⁹⁸⁹ MüKo-HGB/*Schmidt* § 347 Rn. 11.

⁹⁹⁰ Baumbach/*Hopt/Hopt* § 347 Rn. 4.

⁹⁹¹ Koller/*Kindler/Roth/Morck/Roth* HGB § 347 Rn. 4.

⁹⁹² *Oetker/Pamp* § 347 HGB Rn. 14; *EBJS/Joost* HGB § 347 Rn. 27.

⁹⁹³ Vgl. OLG Naumburg, *Urteil* vom 15.07.2002 - 1 U 153/99 = BeckRS 2002, 30272501.

⁹⁹⁴ *Oetker/Pamp* § 347 HGB Rn. 14.

⁹⁹⁵ Vgl. etwa die Kasuistik bei Baumbach/*Hopt/Hopt* HGB § 347 Rn. 8 ff. oder MüKo-HGB/*Schmidt* § 347 Rn. 20 ff.

⁹⁹⁶ Vgl. hierzu *Oetker/Pamp* § 347 HGB Rn. 14.

⁹⁹⁷ *LK/Tiedemann* Vor § 283 Rn. 111; zustimmend *Zainhofer*, *Insolvenzstrafrecht und das Risiko des Unternehmers*, *Kriminalistik* 1992, 507, 509.

⁹⁹⁸ *Tiedemann* a.a.O.

⁹⁹⁹ *Tiedemann* a.a.O.; *Zainhofer*, *Kriminalistik* 1992, 507, 509; *Scholz/Schneider* § 43 GmbHG Rn. 81 ff.

Verhaltensweisen von Organen und Vertretern aus Sicht des Verkehrskreises als zulässig, unzulässig oder organ- bzw. vertreterhaftungsrechtlich gegenstandslos zu qualifizieren sind.

bb) Business Judgement Rule

aaa) Überblick

Wesentlicher Maßstab für die Abgrenzung unzulässiger von zulässigen Verhaltensweisen ist die in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG zum Ausdruck kommende Business Judgement Rule.¹⁰⁰⁰ Während § 93 Abs. 1 S. 1 AktG den Vorstand bei seiner Geschäftsführung zur Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters verpflichtet und Abs. 2 S. 1 für Pflichtverletzungen eine Schadensersatzhaftung begründet, liegt nach Abs. 1 S. 2 eine Pflichtverletzung des Vorstandsmitglieds einer AG nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Der Gesetzgeber versteht die Regelung allerdings nicht als auf Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft begrenzt, sondern möchte vielmehr den in der Regelung zum Ausdruck kommenden Grundsatz eines Geschäftsleiterermessens bei unternehmerischen Entscheidungen auch ohne positivrechtliche Regelung auf *alle Formen unternehmerischer Betätigung erstrecken*.¹⁰⁰¹ Hierzu sollen neben gesetzlichen Organen und Vertretern auch leitende Angestellte zählen,¹⁰⁰² womit die überwiegende Anzahl der in § 14 StGB genannten Personen von dieser Regelung betroffen wäre.

¹⁰⁰⁰ Eine umfassende Darstellung der Business Judgement Rule kann an dieser Stelle nicht erfolgen. Die Diskussion um deren Reichweite und Bedeutung hatte zuletzt im Rahmen des 70. Deutschen Juristentages für umfangreiche Diskussionen gesorgt, vgl. hierzu *Bachmann*, Zehn Thesen zur deutschen Business Judgement Rule, WM 2015, 105 ff. und *Bayer/Scholz*, Haftungsbegrenzung und D&O-Versicherung im Recht der aktienrechtlichen Organhaftung, NZG 2014, 926 ff. Aus diesem Grund sei an dieser Stelle nur ein für diese Untersuchung notwendiger Überblick gegeben.

¹⁰⁰¹ BT-Drucks. 15/5092 S. 12

¹⁰⁰² Hensler/Strohn/*Dauner-Lieb* AktG § 93 Rn. 17.

Ihren Ursprung in der deutschen Rechtspraxis hat die Regelung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG in der oben erwähnten ARAG/Garmenbeck-Entscheidung.¹⁰⁰³ Der Grundgedanke der Business Judgement Rule liegt darin, Vorstandsmitglieder nicht das allgemeine unternehmerische Risiko aus Fehlentscheidungen und Fehlentwicklungen tragen zu lassen.¹⁰⁰⁴ Dem zugrunde liegt die Erwägung, der übertriebenen Risikoscheu von Organmitgliedern im Interesse der Aktionäre und der Volkswirtschaft entgegen zu treten und gleichzeitig den Besonderheiten unternehmerischer Entscheidungen Rechnung zu tragen, die überwiegend Entscheidungen unter Unsicherheit und großem Zeitdruck sind. Gleichzeitig soll die Regelung sog. Rückschaufehlern der Gerichte vorbeugen („*hindsight bias*“), die oftmals mit der nachträglichen gerichtlichen Bewertung von gescheiterten unternehmerischen Bemühungen einhergehen.¹⁰⁰⁵ Allgemein sollen für die Anwendung der Business Judgement Rule folgende Voraussetzungen erforderlich sein¹⁰⁰⁶:

1. Vorliegen einer unternehmerischen Entscheidung
2. Handeln zum Wohle der Gesellschaft
3. Handeln ohne Sonderinteresse und sachfremde Einflüsse
4. Handeln auf der Grundlage angemessener Information
5. Handeln in gutem Glauben

Liegen diese Voraussetzungen vor, entzieht dies die unternehmerische Entscheidung der gerichtlichen Überprüfung mit der Folge, dass den Organmitgliedern kein Vorwurf pflichtwidrigen Verhaltens gemacht werden kann.¹⁰⁰⁷ Im Umkehrschluss lässt sich vom Nichtvorliegen der Voraussetzungen des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG aber nicht zwingend auf eine Pflichtverletzung schließen.¹⁰⁰⁸

¹⁰⁰³ Vgl. oben S. 119.

¹⁰⁰⁴ *Lutter* in: Ringleb, Deutscher Corporate Governance Kodex, Rn. 480.

¹⁰⁰⁵ Zum Ganzen und mit weiterem Nachweis *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, § 7 Rn. 46.

¹⁰⁰⁶ BT-Drucks. 15/5092 S. 11; Vgl. auch Spindler/Stilz/*Fleischer* AktG § 93 Rn. 66 ff.; MüKo-AktG/*Spindler* § 93 Rn. 41 ff.; Hüffer/*Koch* AktG § 93 Rn. 15 ff.; kritisch zum Erfordernis der Gutgläubigkeit *Weiss/Buchner*, Wird das UMAG die Haftung und Inanspruchnahme der Unternehmensleiter verändern?, WM 2005, 162, 165.

¹⁰⁰⁷ *U. H. Schneider*, Anwaltlicher Rat zu unternehmerischen Entscheidungen bei Rechtsunsicherheit, DB 2011, 99

¹⁰⁰⁸ MüKo-AktG/*Spindler* AktG § 93 Rn. 40 m.w.N.; Spindler/Stilz/*Fleischer* AktG § 93 Rn. 65.

Die Verletzung der Business Judgement Rule wird das Vorliegen einer Pflichtverletzung aber in der Regel indizieren.¹⁰⁰⁹

§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG erfasst nur *unternehmerische Entscheidungen*. Sofern der BGH etwa in seiner ARAG/Garmenbeck Entscheidung von „unternehmerischem Handeln“ gesprochen hat, dürfte die Divergenz in der Begrifflichkeit keinen Unterschied machen, so dass andere Formulierungen nicht zwangsläufig einen unterschiedlichen Inhalt haben, sondern eher stets das Gleiche gemeint ist.¹⁰¹⁰ Wie oben bereits erwähnt, möchte der Gesetzgeber von den *unternehmerischen Entscheidungen* rechtlich gebundene Entscheidungen abgrenzen, da es für illegales Verhalten keinen „sicheren Hafen im Sinne einer haftungstatbestandlichen Freistellung geben soll“.¹⁰¹¹ Vielmehr soll die Vorschrift nach Willen des Gesetzgebers den unternehmerischen Handlungsspielraum vom Haftungsspielraum des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG abgrenzen und nur bewusste unternehmerische Entscheidungen erfassen.¹⁰¹² Gesetzlich vorgezeichnete Handlungsweisen werden von der Vorschrift hingegen nicht erfasst, da sich diese allein nach den gesetzlichen Zielvorgaben der Sondervorschrift richten.¹⁰¹³ Erforderlich ist stattdessen das Vorhandensein von Handlungsalternativen, da denklogisch anderenfalls keine Entscheidung getroffen wird.¹⁰¹⁴ Damit werden Fälle, in denen ein Organ gegen zwingende gesellschaftsrechtliche Vorgaben, wie bspw. die der Legalitätspflicht oder Vorschriften wie § 64 GmbHG, verstößt, nie von § 93 Abs. 1 S. 2 AktG erfasst. Eine genaue Definition des Begriffs der „unternehmerischen Entscheidung“ i.S.d. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG ist bisher nicht erfolgt. Stattdessen wird überwiegend auf eine beispielgebende Einzelfallkasuistik abgestellt. Damit bleibt die Ausfüllung der Begrifflichkeit einer wertenden Betrachtung im Einzelfall vorbehalten.

¹⁰⁰⁹ Spindler a.a.O.

¹⁰¹⁰ S. H. Schneider, Unternehmerische Entscheidungen als Anwendungsvoraussetzung für die Business Judgement Rule, DB 2005, 707, 708.

¹⁰¹¹ BT-Drucks. 15/5092 S. 11.

¹⁰¹² BT-Drucks. 15/5092 S. 11.

¹⁰¹³ Hüffer/Koch AktG § 93 Rn. 16.

¹⁰¹⁴ Henssler/Strohn/Dauner-Lieb AktG § 93 Rn. 20.

bbb) Konsequenzen der Business Judgement Rule

Im Hinblick auf den Tatbestand des § 283 Abs. 1 StGB dürfte die Konsequenz der Vorgaben der Business Judgement Rule evident sein. Im Falle unternehmerischer Entscheidungen wird durch die Business Judgement Rule bereits außerstrafrechtlich beurteilt, ob eine Handlung gegen die Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft verstößt. Werden die Voraussetzungen des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG bejaht, ist die Entscheidung der Bewertung durch die Gerichte entzogen. Bankrottstrafrechtlich muss sich dieses Ergebnis widerspiegeln: Erfüllt ein Organ die Voraussetzungen des sicheren Hafens der ihm vom Gesetzgeber aufgezeigten Business Judgement Rule, wird sein Handeln nie als wirtschaftswidrig im Sinne des § 283 Abs. 1 Nrn. 1 – 3, 8 StGB zu qualifizieren sein. Der Gesetzgeber hat hier gesellschaftsrechtlich gerade ausdrücklich festgelegt, welches Organverhalten zulässig ist und welches nicht. Von § 93 Abs. 1 S. 2 AktG privilegierte Verhaltensweisen fallen daher nie unter § 283 StGB. Unternehmerische Entscheidungen sind vielmehr erst dann justiziabel, wenn sie die weiteren Voraussetzungen des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG nicht erfüllen. Erst in diesem Fall können sie überhaupt strafrechtliche Relevanz entwickeln. Dies deckt sich mit den Erkenntnissen, die an anderer Stelle auf die Frage hin gewonnen wurden, welche Verhaltensweisen als wirtschaftlich nicht mehr ordnungsgemäß im Sinne des § 283 Abs. 1 StGB zu qualifizieren sind.¹⁰¹⁵

Inhaltlich ist dieses Ergebnis nicht überraschend. Die Kriterien *Tiedemanns* und *Kindhäusers* zur Beurteilung der Wirtschaftswidrigkeit ähneln denen der Business Judgement Rule bzw. entsprechen ihr größtenteils. Im Übrigen ist die Bedeutung für § 283 StGB ohne Weiteres nachvollziehbar: Wer im Interesse einer juristischen Person auf Grundlage angemessener Information ohne Eigeninteresse und im guten Glauben eine unternehmerische Entscheidung trifft, mit der er meint, seiner Leitungsaufgabe gerecht zu werden, dem kann kaum der Verwurf der wirtschaftswidrigen Betätigung gemacht werden. Dies wäre nur dann der Fall, wenn die Ziele des Bankrottstrafrechts eine anderweitige Auslegung vorgeben, also wenn die Unternehmensinteressen den Gläubigerinteressen zuwider laufen würden. Derartige Fälle sind aber nicht ersichtlich, sondern stellen

¹⁰¹⁵ Vgl. SK-StGB/*Hoyer* § 283 Rn. 41 m.w.N.

allenfalls ein theoretisches Konstrukt dar, das keine weitere Beachtung verdient.¹⁰¹⁶

Ohne Probleme lässt sich zudem aus der Business Judgement Rule ein Entscheidungsmaßstab für Organe und Vertreter eines sich in der Krise befindenden Unternehmens ablesen: Nimmt ein Organ zum Zeitpunkt der Krise eine wirtschaftliche Maßnahme auf Grundlage angemessener Informationen ohne Eigeninteresse zum Wohle der Gesellschaft vor, weist diese Maßnahme keine bankrottstrafrechtliche Relevanz auf, wenn das Organ bei seiner Entscheidungsfindung zu dem Ergebnis gekommen ist, dass die Gläubigerinteressen durch die Maßnahme nicht beeinträchtigt werden. Man könnte die oben genannten Voraussetzungen des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG auch wie folgt modifizieren:

1. Vorliegen einer unternehmerischen Entscheidung
2. *Handeln zum Wohle der Gläubigergesamtheit*
3. Handeln ohne Sonderinteresse (auch: *ohne entgegenstehende Unternehmensinteressen*) und sachfremde Einflüsse
4. Handeln auf der Grundlage angemessener Information
5. Handeln in gutem Glauben

Auf diese Weise würde dem Umstand Rechnung getragen, dass die Interessen der Gesellschaft und der Gläubigergesamtheit divergieren können. Bei Bejahung der genannten Voraussetzungen wird eine Strafbarkeit gemäß § 283 Abs. 1 StGB nie in Betracht kommen.

Die Business Judgement Rule stellt im Ergebnis zwar nur eine Konkretisierung des allgemeinen Haftungsmaßstabes dar,¹⁰¹⁷ sie umschreibt aber nicht abschließend den haftungsfreien Handlungsspielraum. Ein ebensolcher existiert auch außerhalb unternehmerischer Entscheidungen.¹⁰¹⁸ Aufgrund ihrer umfassenden Geltung, die nicht auf Vorstände der AG beschränkt ist, leistet sie aber einen

¹⁰¹⁶ Im Übrigen stellen sich in derartigen Konstellationen ganz andere Probleme, wie bspw. die der Pflichtenkollision.

¹⁰¹⁷ *Bayer/Scholz*, Haftungsbegrenzung und D&O-Versicherung im Recht der aktienrechtlichen Organhaftung, NZG 2014, 926, 927.

¹⁰¹⁸ Vgl. *Bachmann*, Zehn Thesen zur deutschen Business Judgement Rule, WM 2015, 105, 107 m.w.N.

wesentlichen Beitrag für die Frage, welche Handlungen von Organen und Vertretern nicht justiziabel sind: Nur Handlungen außerhalb dieses haftungsfreien Bereichs können überhaupt strafrechtliche Relevanz besitzen.

4. Fazit

Wenn der Grundbegriff des ordnungsgemäßen Wirtschaftens ganz allgemein die Beurteilung der Richtigkeit oder Vertretbarkeit einer wirtschaftlichen Maßnahme zum Zeitpunkt der Vornahme der Handlung verlangt,¹⁰¹⁹ haben außerstrafrechtlich festgestellte Verletzungen von den diese Frage betreffenden handels- und gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltsmaßstäben zumindest schon einmal Indizwirkung für die Frage des Zurechnungszusammenhanges, denn sie legen fest, dass der Handelnde die ihn aufgrund seiner Organ- oder Vertreterstellung treffenden besonderen Sorgfaltspflichten verletzt hat, was zwangsläufig ein Handeln *als* Organ oder Vertreter voraussetzt. Möchte man in derartigen Fällen ein Handeln als Vertreter i.S.d. § 14 StGB ablehnen, dann müssen hierfür sachliche Gründe angeführt werden. Diese lassen sich aber nur schwerlich finden. In Betracht kämen allenfalls gravierende Unterschiede zwischen dem zivilrechtlichen und dem strafrechtlichen Haftungssystem, die beispielsweise Vermutungsregeln oder die Zurechnung von Verhaltensweisen Dritter betreffen. Solche Konstellationen sind aber nicht ersichtlich und dürften die absolute Ausnahme darstellen.

Bei der Beurteilung der Sorgfaltsmaßstäbe stellt sich die Frage in der Regel nicht, ob das betroffene Organ oder der betroffene Vertreter überhaupt als ebensolcher gehandelt hat. Dies liegt zunächst in der Natur der Sache, da die Anwendung von Sorgfaltsmaßstäben die Bejahung des Vorliegens relevanter Verhaltensweisen notwendigerweise voraussetzt. Darüber hinaus dürfte zivilrechtlich grundsätzlich offensichtlich sein, ob eine Handlung der Geschäftsleitung oder dem Privatbereich des Betroffenen zuzuordnen ist.

Die handels- und gesellschaftsrechtlichen Vorgaben haben im Ergebnis in doppelter Hinsicht Bedeutung für die Bankrottstrafbarkeit von Organen- und Vertretern. Zum einen legen sie mit fest, welche Handlungen überhaupt als wirtschaftswidrig und damit als vom Tatbestand des § 283 StGB erfasst in Betracht

¹⁰¹⁹ Tiedemann, Insolvenzstraftaten aus der Sicht der Kreditwirtschaft, ZIP 83, 513, 520.

kommen. Zum anderen wird deutlich, dass die Auslegung von § 14 StGB nicht dazu führen darf, Verstöße gegen das Organ oder den Vertreter treffende handels- und gesellschaftsrechtliche Sorgfalts- und Verbotsnormen vom Anwendungsbereich der Norm auszunehmen, sondern derartige Fälle begründen bzw. indizieren das Vorliegen des Zurechnungszusammenhanges gerade.

D. Zusammenfassung des eigenen Ansatzes zur Begründung des Zurechnungszusammenhanges

Man darf sich der Erkenntnis nicht verschließen, dass die Herausarbeitung von über allen Zweifeln erhabenen, trennscharfen Abgrenzungskriterien zur Bestimmung des Zurechnungszusammenhanges in Anbetracht der Vielzahl der Varianten des § 283 StGB und der Unendlichkeit denkbarer Organ- und Vertretungskonstellationen nicht möglich ist. Es wird schon durch die Rechtsfortbildung und das Auftreten neuer Rechtsformen – von Interesse wäre beispielsweise die SCE¹⁰²⁰ – stets neue Sachverhaltsvarianten geben, in denen die für andere Konstellationen entwickelten Kriterien nicht passen werden. Insofern kann dem BGH auch kein Vorwurf gemacht werden, wenn er der Auslegung des § 14 StGB lediglich ein konturierungsbedürftiges Leitprinzip zugrunde legt.

Weder die Gesetzeshistorie, noch die Gesetzestechnik oder die Entwicklung der Rechtsprechung rechtfertigen es, den Zurechnungszusammenhang zu einem allein über die mögliche Täterschaft entscheidenden Tatbestandsmerkmal hochzustilisieren. Nicht vergessen werden darf, dass die Rechtsprechung die Interessentheorie – und damit auch den Zurechnungszusammenhang – zu einzelnen Tatbestandsvarianten früherer Bankrottatbestände entwickelt hatte, nämlich denen des „Betreibens von Aufwand“ und des Beiseiteschaffens von Vermögenswerten. Der Vergleich zu den Organwaltersondertatbeständen hat gezeigt, dass bei der Anwendung von § 14 StGB das Vorliegen des Zurechnungszusammenhanges grundsätzlich als der Regelfall und nicht als die Ausnahme anzusehen ist. Dies gilt jedenfalls für die in Abs. 1 genannten Orga-

¹⁰²⁰ Bei der Societas Cooperativa Europaea kann zwischen verschiedenen Leitungssystemen gewählt und die Vertretung unterschiedlich ausgestaltet werden.

ne.¹⁰²¹ Die Weite der Organstellung rechtfertigt in vielen Fällen eine derartige Prämisse. Auch wenn diese Aussage vornehmlich auf den Geschäftsführer einer GmbH und auf den Vorstand einer AG zutrifft, da deren Handlungs- und Pflichtenspielflächen sehr weit gefasst und sehr detailliert geregelt sind, sollte sie der Normanwendung als grundsätzliches Verständnis zugrunde gelegt werden. So betrachtet kommt dem Zurechnungszusammenhang eher die Rolle eines Korrektivs auf Tatbestandsebene zu, das darauf abzielt, in Zweifelsfällen das Vorliegen von strafrechtlich relevantem Organ- und Vertreterhandeln zu beurteilen. In Anbetracht der fehlenden Verankerung in der Gesetzesbegründung und im Wortlaut der Norm lässt sich ein anderes Verständnis kaum rechtfertigen. Anders ließe sich auch nur schwer erklären, warum sich in allen anderen Anwendungsfällen des § 14 StGB oder ähnlich aufgebauten Tatbeständen kein vergleichbarer Streit über das Handeln „als“ Organ oder Vertreter herausgebildet hat. Dass man dem Zurechnungszusammenhang dennoch Bedeutung beimisst, lässt sich zumindest aus dem stetigen Dualismus zwischen Organstellung des Betroffenen und seiner Privatperson rechtfertigen.

Sofern das Vorliegen des Zurechnungszusammenhanges in Frage steht, ist anhand einer wertenden Betrachtung zu überprüfen, ob ein Bezug der konkreten Handlung zur Organ- und Vertreterstellung des Betroffenen vorliegt. Dieser Bezug liegt vor, wenn man von dem Betroffenen gerade aufgrund seiner Organ- oder Vertreterstellung hätte erwarten können, eine konkrete Handlung vorzunehmen oder zu unterlassen. Die Untersuchung der zivilrechtlichen Rahmenbedingungen hat gezeigt, dass die Handlungsmaxime von Organen detailliert geregelt sind. Anhand dieser durch das Zivilrecht vorgegeben Maxime muss sich das Organ stets messen lassen. Da erst durch die Organ- und Vertreterstellung überhaupt eine Anwendung von § 14 StGB ermöglicht wird, kann auch allein deren Ausgestaltung für die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Betroffenen maßgeblich sein. Ein darüber hinausgehender Bezug zum Vertretenen oder dessen „Geschäftskreis“ ist nicht erforderlich. § 14 StGB betrifft allein die Strafbarkeit des Individuums, weshalb nicht entscheidend ist, ob sich das Verhalten des Betroffenen als Verhalten des Vertretenen darstellt.

¹⁰²¹ Für die Vertreter in § 14 Abs. 2 StGB werden sich in der Regel keine Abgrenzungsprobleme ergeben, da deren Aufgabenfeld durch die jeweilige Beauftragung in der Regel klar umrissen ist.

Die wichtigste Erkenntnis bei der Bewertung des Zurechnungszusammenhanges ist die, dass außerstrafrechtlich festgestelltes Organhandeln strafrechtlich nicht durch eine entgegenstehende Auslegung von § 14 StGB negiert werden kann. Es bietet sich an, dass Vorliegen des Zurechnungszusammenhanges zukünftig anhand verschiedener Kriterien zu überprüfen:

- Verletzt der Handelnde die ihn aufgrund seiner Organ- oder Vertreterstellung treffenden *gläubigerschützenden* Vorschriften, liegt stets ein Handeln „als“ Vertreter i.S.d. § 14 Abs. 1 StGB vor.
- Verletzt der Handelnde die ihn aufgrund seiner Organ- oder Vertreterstellung treffenden *allgemeinen* Vorschriften, liegt stets ein Handeln „als“ Vertreter i.S.d. § 14 Abs. 1 StGB vor.
- Stellt sich die Handlung gemessen an handels- und gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltsmaßstäben als sorgfaltswidrig dar, indiziert dies das Vorliegen des Zurechnungszusammenhangs.
- Ist die konkrete Handlung noch als unternehmerische Betätigung zu begreifen bzw. hätte der Betroffene die Handlung aufgrund seiner konkreten Organ- und Vertreterstellung außerhalb der Krise vornehmen dürfen?
- Wurde die Handlung *aus der Vertreterstellung heraus* begangen?

Die Berechtigung dieses Vorgehens hat *Krause* treffend am Ende seiner Arbeit zusammengefasst: „Hat ein Schuldner eine Vermögensdisposition in der Krise vorgenommen, so richtet sich die Qualifizierung dieses Risikos als erlaubt bzw. unerlaubt zunächst danach, ob eine gesetzliche Vorschrift existiert, aus der sich die Erlaubtheit bzw. Unerlaubtheit der jeweiligen Vermögensminderung ergibt“.¹⁰²² Derartige Vorschriften gibt es an verschiedenen Stellen im Gesetz. Beispiele hierfür sind § 64 GmbHG, § 34 Abs. 3 Nr. 4 GenG und § 92 Abs. 2 AktG. Diese Vorschriften richten sich an das jeweilige Organ und untersagen konkrete Handlungen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit. In diesen und allen ähnlich gelagerten Fällen hat der Gesetzgeber einen außerstrafrechtlichen Gläubigerschutz geschaffen, der parallel zu den bankrottstrafrechtlichen Schutzbestimmungen verläuft. Die Verletzung dieser Vorschriften indiziert daher das Vorliegen des Zurechnungszusammenhanges, da sie den Organen aufgrund ihrer Organstellung krisenbezogene Verhaltenspflichten auferlegen.

¹⁰²² *Krause*, Ordnungsgemäßes Wirtschaften und erlaubtes Risiko, S. 454.

Die Organ- und Vertreterstellung wird maßgeblich durch die handels- und gesellschaftsrechtlichen Vorgaben konkretisiert. Dabei wird außerstrafrechtlich umfassend festgelegt, welche Rechte und Pflichten den Handelnden im Allgemeinen treffen. Die Existenz derartiger Regelungen muss berücksichtigt werden, wenn es gilt, die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Betroffenen gerade aufgrund seiner Organ- und Vertreterstellung zu beurteilen. Daraus folgt: Verletzt der Betroffene bei Vornahme der Bankrotthandlung zugleich seine gesellschafts- und handelsrechtlichen Pflichten (bspw. die Buchführungspflicht des § 41 GmbHG), insbesondere die ihn treffende Treuepflicht, die Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensführung, die Legalitätspflicht oder die Sorgfaltspflicht im engeren Sinne, dann indiziert dies ebenfalls das Vorliegen des Zurechnungszusammenhanges. Für die strafrechtliche Bewertung des Zurechnungszusammenhanges kann dabei auf zivilrechtlich festgestellte Organ- und Vertreterhaftungsfälle rekurriert werden, sofern strafrechtliche Prinzipien dem nicht entgegenstehen.

Neben konkreten gesellschaftsrechtlichen Pflichten haben Organe und Vertreter ihr Handeln an den allgemeinen Sorgfaltsmaßstäben auszurichten, wie sie beispielsweise in § 347 HGB oder auch § 93 Abs. 1 S. 2 AktG zum Ausdruck kommen. Verstöße gegen diese Maßstäbe indizieren das Vorliegen des Zurechnungszusammenhanges, da Bezugspunkt dieser Maßstäbe wiederum nur kaufmännisches Handeln und das Wirken im unternehmerischen Bereich sein können. Diese Maßstäbe treffen den Handelnden nur aufgrund seiner Organ- oder Vertreterstellung und betreffen nur Organ- bzw. Vertreterhandlungen. Im privaten Bereich hat er diese Maßstäbe nicht zu berücksichtigen. Daher wird sich in der Regel die Frage stellen, ob von dem Betroffenen *aufgrund seiner Organ- oder Vertreterstellung* und den ihn damit treffenden besonderen Pflichten erwartet werden kann, eine konkrete Handlung vorzunehmen oder zu unterlassen. Dies folgt letztlich aus dem Tatbestand des § 283 Abs. 1 StGB, der die Sorgfaltswidrigkeit gerade voraussetzt. Gegenüber dem Tatbestandserfordernis des Verstoßes gegen die Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft wird bei der Prüfung des Zurechnungszusammenhanges lediglich bewertet, ob nach handelsrechtlichen Maßstäben die konkrete Handlung der Art und Weise nach zu dem Kreis typischer Handlungen gehört, deren Vornahme oder Unterlassung vom konkreten Vertretertypus üblicherweise erwartet werden kann, während

auf Ebene des § 283 StGB bewertet wird, ob diese Handlung strafrechtliche Relevanz besitzt.

§ 283 StGB soll nicht jede Entziehung von Vermögenswerten bestrafen, sondern Verfehlungen bei der Verwaltung der Insolvenzmasse im Vorfeld sowie während der wirtschaftlichen Krise und damit vor allem Verfehlungen bei der unternehmerischen Tätigkeit selbst. Insofern ist der Bankrott auch anders als die Untreue als Gefährdungsdelikt und nicht als Erfolgsdelikt ausgestaltet und nur aus diesem Grund ist das Tatbestandserfordernis des Verstoßes gegen die Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft überhaupt sinnvoll, da ohne dieses Tatbestandserfordernis die jeweilige Handlung ausnahmslos tatbestandsmäßig wäre und durch kein Korrektiv auf Tatbestandsebene vom Tatbestand ausgenommen werden könnte.

Aus diesem Grund ist zu prüfen, ob das betroffene Organ oder der betroffene Vertreter die konkrete Handlung oder zumindest allgemein derartige Handlungen im weiteren Sinne grundsätzlich außerhalb der Krise hätte vornehmen dürfen. Wird diese Frage bejaht, ist die Feststellung getroffen, dass die Handlung zum üblichen Betätigungsfeld der Organ- oder Vertreterstellung des Betroffenen gehört. In diesem Fall kann bei Vornahme einer ebensolchen Handlung nicht im gleichen Zuge der Zurechnungszusammenhang verneint werden.

Auch wenn die außerstrafrechtlichen Vorgaben das Vorliegen des Organ- und Vertreterhandelns in einem großen Maße festlegen können: abschließend sind sie deshalb nicht. Insofern gilt auch an dieser Stelle entsprechend der Diskussion um den Rechtsgrund der Organhaftung zu beachten, dass die zivilrechtlichen Vorgaben lediglich fragmentarisch sind und daher für einen ganzheitlichen Ansatz nicht herangezogen werden können. Wenn sich den außerstrafrechtlichen Vorgaben keinerlei Aussage zum Vorliegen des Organ- oder Vertreterhandelns entnehmen lassen – was nicht selten aufgrund der Natur krimineller Verhaltensweisen gegeben sein wird – bleibt keine andere Möglichkeit, als den Zurechnungszusammenhang anhand einer wertenden funktionalen Betrachtung zu beurteilen. In Zweifelsfällen ist daher zu prüfen, ob die konkrete Handlung noch aus der Organ- oder Vertreterstellung heraus begangen worden ist, was der Fall wäre, wenn die Handlung ohne die Organ- bzw. Vertreterstellung nicht genauso hätte vorgenommen werden können. Hierbei ist ebenfalls zu

bewerten, ob die Organ- oder Vertreterstellung dem Betroffenen eine besondere Nähe zum geschützten Rechtsgut vermittelt hat.

Entscheidend darf hierbei allerdings nicht das Angestelltenverhältnis als solches sein, sondern allein die Ausgestaltung der Organ- oder Vertreterstellung im Hinblick auf die Einflussnahmemöglichkeiten auf die Insolvenzmasse. Anderenfalls wäre für den Zurechnungszusammenhang allein das Vorliegen der Organ- oder Vertreterstellung maßgeblich und diesem käme keinerlei Bedeutung mehr zu.¹⁰²³ Wenn jeder beliebige Angestellte die konkrete Handlung auf die gleiche Art und Weise hätte vornehmen können, wäre die Berechtigung einer Organhaftung in Zweifel zu ziehen, sofern sich – aber nur dann! – aus der Organstellung selbst keine Gründe für die Notwendigkeit dieser Haftung herleiten lassen. Erforderlich ist damit stets, dass in der Art und Weise der Vornahme der Handlung die Besonderheiten der Organstellung oder des Vertretungsverhältnisses zum Ausdruck kommen.

Für die in § 14 Abs. 2 StGB genannten Personen wird sich aus dem jeweiligen Beauftragtenverhältnis sehr genau ableiten lassen, ob eine Handlung aufgrund der Vertreterstellung eine Bankrottstrafbarkeit zu begründen vermag, da die Vertretungsverhältnisse des § 14 Abs. 2 StGB in der Regel einen deutlich konkreteren Rahmen vorgeben als die weitreichende Organstellung des § 14 Abs. 1 StGB. Ob in praxi im Falle des Abs. 2 überhaupt streitige Sachverhaltskonstellationen auftreten werden, ist deshalb mehr als fraglich.

E. Vergleich der Lösung mit der aktuellen BGH Rechtsprechung

Mit der aktuellen BGH-Rechtsprechung hat die hier gefundene Lösung wenig gemeinsam:

Der BGH sieht es als entscheidend an, ob „der Handelnde gerade in seiner Eigenschaft als vertretungsberechtigtes Organ, also im Geschäftskreis des Vertretenen“ gehandelt hat.¹⁰²⁴ Dabei differenziert der BGH zwischen rechtsgeschäftlichen und sonstigen Handlungen. Im ersten Fall sei ein organschaftliches Tä-

¹⁰²³ Insofern besteht hier zumindest teilweise eine Parallele zur Funktionstheorie.

¹⁰²⁴ BGHSt 57, 229, 237 f.

tigwerden naheliegend, wenn der Vertreter im Namen des Vertretenen auftritt oder für diesen auf Grund der bestehenden Vertretungsmacht bindende Rechtsfolgen zumindest im Außenverhältnis herbeiführt. Erst seine Organstellung ermöglichte ihm, diese Rechtsfolge herbeizuführen. Bei nicht rechtsgeschäftlichen Verhaltensweisen komme eine Zurechnung jedenfalls bei Zustimmung des Vertretenen in Betracht.

Der Differenzierung zwischen rechtsgeschäftlichen und faktischen Verhaltensweisen wird an dieser Stelle nicht gefolgt. Die Handlungsmöglichkeiten von Organen und Vertretern sind derart vielfältig, dass eine solche Differenzierung die Illusion weckt, die Vielzahl möglicher Verhaltensweisen des Vertreters lasse sich kategorisieren. Dies ist schon deshalb nicht möglich, weil sich selbst in den meisten Fällen rechtsgeschäftlichen Tätigwerdens die Bankrotthandlung aus einem rechtsgeschäftlichen und einem tatsächlichen Handlungsteil zusammensetzt (etwa: vertragliche Vereinbarung überhöhter Geschäftsführervergütung und Entnahme derselbigen aus der Barkasse). Im Übrigen ist eine solche Differenzierung nach der hiesigen Lösung nicht erforderlich, weil die maßgeblichen handels- und gesellschaftsrechtlichen Pflichten unterschiedslos für rechtsgeschäftliches und tatsächliches Handeln des Vertreters gelten.

Richtig ist der Ansatz des Senates, die Handlungsmöglichkeiten des Organs in den Vordergrund zu rücken. Dabei kommt es aber nicht darauf an, für den Vertretenen rechtlich bindende Folgen im Außenverhältnis herbeizuführen. Maßgeblich ist, ob der Vertreter die konkrete Handlung grundsätzlich aufgrund seiner Vertreterstellung vornehmen kann, ohne dass die konkrete Handlung Wirkung für den Vertretenen entfalten muss.

Maßgeblich ist aus hiesiger Sicht auch nicht das Tätigwerden im Geschäftskreis des Vertretenen, sondern der Bezug zur Organ- und Vertreterstellung des Betroffenen. Hierüber ergibt sich aber in der Regel der Bezug zum Geschäftskreis des Vertretenen.

Die Zustimmung des Vertretenen scheidet als Kriterium für die Begründung des Zurechnungszusammenhanges aus. Vor allem im Konzern erweist sie sich als nicht praktikabel.

F. Fallbeispiele und echte Problemfälle bei der Anwendung von § 14 StGB und § 9 OWiG

Wirkliche Schwierigkeiten können bei der Rechtsanwendung allenfalls die Varianten des § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB bereiten. Während die in den Nrn. 2 – 8 genannten Varianten konkrete Verhaltensweisen bezeichnen, sind die von Nr. 1 erfassten Handlungen sehr weit gefasst. Schon das Beiseiteschaffen im Sinne dieser Vorschrift erfasst ohne Einschränkung rechtliche oder tatsächliche Verfügungen über die Insolvenzmasse, durch die Vermögenswerte in eine veränderte rechtliche oder tatsächliche Lage gebracht werden, in der den Gläubigern der Zugriff unmöglich gemacht oder erschwert wird.¹⁰²⁵ Angesichts der grundsätzlichen Weite des Tatbestandes stellt sich die Frage, ob überhaupt Raum für Einschränkungen besteht.

I. Die Zerstörung von Vermögenswerten

Der Geschäftsführer verliert mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht seine organschaftliche Stellung, sondern die Verfahrenseröffnung hat auf die Struktur der betroffenen Gesellschaft keinen Einfluss.¹⁰²⁶ Insofern kann der Insolvenzverwalter auch nicht in die organschaftliche Stellung eines Geschäftsführers eingreifen.¹⁰²⁷ Allerdings kann er bzw. das Insolvenzgericht Sicherungsmaßnahmen nach § 22 InsO vornehmen, beispielsweise indem gegenüber dem Geschäftsführer ein Verbot des Betretens des Betriebsgrundstückes ausgesprochen wird.¹⁰²⁸ Eine geschäftsführende Tätigkeit üben Organe dann nicht mehr aus. Entwendet ein Geschäftsführer in derartigen Konstellationen später Vermögenswerte vom Betriebsgrundstück, so wird der Zurechnungszusammenhang in aller Regel nicht mehr gegeben sein. Die formale Organstellung stellt in diesen Fällen eine funktionslose Hülle dar, die nicht einmal zur Betreuung des Betriebsgrundstückes berechtigt, weshalb aus der Organstellung auch keinerlei Zugriffsmöglichkeiten auf das Vermögen der vertretenen juristischen

¹⁰²⁵ MüKo-StGB/*Radtke/Petermann* § 283 Rn. 13 m.w.N.

¹⁰²⁶ Vgl. BGH, Beschluss vom 11.01.2007 - IX ZB 271/04 = NZG 2007, 384, 386. Zur rechtlichen Stellung und zu den Rechten und Pflichten von Geschäftsführern im Insolvenzverfahren vgl. MüKo-GmbHG/*H. F. Müller* § 64 Rn. 82 ff.

¹⁰²⁷ BGH a.a.O.

¹⁰²⁸ Vgl. BGH a.a.O.

Person folgen. In derartigen Fällen ist allein eine Bestrafung nach Fremdschädigungsdelikten geboten. Die Konsequenzen hieraus soll folgendes Beispiel verdeutlichen:

Geschäftsführer G leitet die bereits zahlungsunfähige X-GmbH. Die sich im Lager befindenden Waren sind veraltet und nur schwer absetzbar, wären im Falle der Liquidation aber zumindest noch verwertbar. Neue Waren können mangels Lagerkapazitäten nicht bestellt werden. Kurzerhand räumt G das Lager und entsorgt die Waren in der irrigen Hoffnung, durch den Ankauf von neuen Waren den Geschäftsbetrieb wieder zum Laufen zu bringen. In der Folgezeit scheitert die Beschaffung neuer Waren.

Die Handlung stellt eine Bankrotthandlung i.S.d. § 283 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 StGB dar. Es handelt sich eindeutig um eine unternehmerische Handlung (die in der konkreten Form sogar einen vom Gesetzgeber intendierten Standardfall darstellt), deren Vornahme ihm grundsätzlich auch außerhalb der Krise gestattet wäre. Die Begründung des Zurechnungszusammenhanges ist ohne Probleme möglich.

Anders sähe es in folgender Abwandlung aus: Geschäftsführer A ist einer von mehreren Geschäftsführern der B-GmbH und ausschließlich für die Buchhaltung des Unternehmens zuständig. Schon seit Jahren hat er Vermögensgegenstände der GmbH „wohlwollend“ bewertet, um leichter eine Verlängerung der Kreditlinien zu erreichen. Dadurch blieb Kreditgebern und Gesellschaftern verborgen, dass das Geschäftsmodell der GmbH defizitär war. Die bilanzielle Überschuldung stand bereits 18 Monate vor dem tatsächlichen Zusammenbruch des Geschäftsbetriebes fest. Als die tatsächliche finanzielle Lage der GmbH bekannt wird, beschließen Gesellschafter und die weiteren Geschäftsführer trotz vergeblicher Bemühung des A die Stellung des Insolvenzantrages. Während des späteren Insolvenzeröffnungsverfahrens werden Sicherungsmaßnahmen nach § 22 InsO ergriffen. Die Betriebsräume werden versiegelt, die Schlösser ausgetauscht und Wachpersonal eingesetzt.¹⁰²⁹ Gegenüber den Geschäftsführern wird ein Betretungsverbot ausgesprochen. Aus Wut über seine

¹⁰²⁹ Zu den dem Verwalter möglichen Sicherungsmaßnahmen vgl. etwa MüKo-InsO/*Haarmeyer* § 22 Rn. 45 ff.

Entmachtung schleicht sich A nachts auf das Firmengelände und setzt das Lager des Unternehmens in Brand.

Wegen der Verschleierung der Vermögenslage hat sich A gemäß §§ 283 Abs. 1 Nr. 5 Alt. 2, 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht. Insbesondere wäre er gemäß § 41 GmbHG auch dazu verpflichtet gewesen, für die ordnungsgemäße Buchführung der Gesellschaft zu sorgen.

Wegen des Anzündens des Lagers hat er sich nicht wegen des Zerstörens von Vermögenswerten gemäß §§ 283 Abs. 1 Abs. 1 Nr. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht. Zwar kann angeführt werden, durch das Inbrandsetzen verstoße A gegen seine GmbH-rechtliche Treuepflicht und eine derartige Handlung verstoße auch gegen die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes. Obwohl er nur für die Buchhaltung zuständig war, trifft ihn unverändert die GmbH-rechtliche Massesicherungspflicht. Das Vorhandensein von weiteren Geschäftsführern entbindet ihn nicht von seiner eigenen Verantwortlichkeit für die ordnungsgemäße Führung der Geschäfte der Gesellschaft, insbesondere für die Erfüllung der den Geschäftsführern vom Gesetz auferlegten Pflichten.¹⁰³⁰

Zum Zeitpunkt der Vornahme der Handlung waren dem A aber jedwede Zugriffsmöglichkeiten auf die Insolvenzmasse entzogen worden. Die Handlung hat sich zudem so sehr von einer unternehmerischen Betätigung entfernt, dass sie nicht mehr als Verfehlung im Rahmen der unternehmerischen Tätigkeit begriffen werden kann und damit vom Anwendungsbereich der §§ 283, 14 StGB nicht mehr erfasst wird. Schon aufgrund seiner konkreten Organstellung wäre es dem A nicht möglich gewesen, über die Zerstörung des Lagerbestandes zu entscheiden. Ein Bankrottstrafbarkeitsbedürfnis besteht in diesem Fall nicht.

Wenn ein Geschäftsführer außerhalb des Insolvenzverfahrens während der wirtschaftlichen Krise willkürlich Vermögenswerte zerstört, ist der Zurechnungszusammenhang aufgrund der Verletzung der Massesicherungspflicht und damit eine Strafbarkeit gemäß §§ 283 Abs. 1 Abs. 1 Nr. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB hingegen stets zu bejahen. Während des Insolvenzverfahrens ist entscheidend, ob der Betroffene noch in eine etwaige Betriebsfortführung oder Liquidation involviert ist.

¹⁰³⁰ BGH, Urteil vom 01.03.1993 - II ZR 61/92 = NJW 1994, 2149, 2150.

II. Der „Griff in die Kasse“

Zu Zeiten der Interessentheorie wurde eine Bankrottstrafbarkeit vor allem in denjenigen Fällen abgelehnt, in denen das betroffene Organ der Gesellschaft Vermögenswerte ausschließlich im Eigeninteresse entzogen hat. In Anbetracht der Weite der Massesicherungspflicht eines Geschäftsführers erscheint es äußerst fraglich, ob überhaupt Raum für derartige Einschränkungen der Bankrottstrafbarkeit besteht.

Auf den ersten Blick kann es durchaus hinterfragenswert erscheinen, auch diejenigen Fälle von §§ 283, 14 StGB zu erfassen, in denen ein Organ oder Vertreter dem Vertretenen Vermögenswerte wie ein beliebiger Dritter („wie eine Dieb“) entzieht. Hierbei ist aber zu beachten, dass schon auf Ebene des Tatbestandes eine Abgrenzung zwischen Handlungen erfolgt, die allein auf das Entziehen von Vermögenswerten gerichtet sind, und Handlungen, die unwirtschaftliche geschäftliche Aufwendungen darstellen. Bei der Abgrenzung des Beiseiteschaffens im Sinne des § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB von unwirtschaftlichen Ausgaben im Sinne des § 283 Abs. 1 Nr. 2 StGB wird diskutiert, darauf abzustellen, ob mit der Handlung Vermögenswerte lediglich dem Gläubigerzugriff entzogen werden sollten (dann Beiseiteschaffen), oder ob mit ihr ein der Geschäftstätigkeit zugehöriger Zweck verfolgt wird (dann Ausgabe).¹⁰³¹ Insofern erfolgt schon auf Tatbestandsebene eine differenzierte Abgrenzung. Wenn schon geschäftlich veranlasste Ausgaben erst dann als unwirtschaftliche Ausgaben i.S.d. § 283 Abs. 1 Nr. 2 StGB anzusehen sind, wenn ein Unternehmer, dessen Handeln einer gewissen Gewinnerzielung dient, solche Handlung zu diesem Zweck als völlig ungeeignet ansieht, die Ausgabe in der konkreten Situation also sinnlos ist,¹⁰³² dann kann, wenn dem Beiseiteschaffen i.S.d. § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB ein eigenständiger Anwendungsbereich zukommen soll, für dieses nicht einmal eine Ausgabe im Rahmen der Geschäftstätigkeit erforderlich sein. Warum hierbei aber eine Abgrenzung zwischen Bankrott und Untreue vorgenommen werden soll,¹⁰³³ erschließt sich nicht. Jedenfalls sollte diese Frage nicht bei der Auslegung von § 14 StGB entschieden werden, sondern bei der Auslegung des Bankrottatbestandes und im Rahmen der allgemeinen Konkur-

¹⁰³¹ Vgl. NK-StGB/*Kindhäuser* § 283 Rn. 17.

¹⁰³² MüKo-StGB/*Radtke/Petermann* § 283 Rn. 28.

¹⁰³³ Vgl. NK-StGB/*Kindhäuser* § 283 Rn. 18.

renzregeln. Schließlich war schon in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung für die Frage, ob eine Bankrottstrafbarkeit in Betracht kommt, entscheidend, ob der Betroffene „Aufwand“ i.S.d. des § 240 KO a.F. betrieben hatte, und allein hieran wurde das Vorliegen bankrottstrafrechtlich relevanten Vertreterhandelns festgemacht.¹⁰³⁴ Überträgt man diese Wertung auf den heutigen Bankrotttatbestand – der Begriff der unwirtschaftlichen Ausgabe i.S.d. § 283 Abs. 1 Nr. 2 StGB stimmt mit dem des Aufwandes i.S.d. § 240 KO a.F. überein¹⁰³⁵ – dann ließe sich eine Einschränkung im Falle der Nr. 2 noch rechtfertigen, im Falle des Beiseiteschaffens im Sinne des § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB jedoch nicht.

Der Geschäftsführer einer GmbH verletzt seine Massesicherungspflicht unabhängig davon, auf welche Art und Weise und mit welcher Zielrichtung er der Gesellschaft Vermögenswerte entzieht. Das Konkurrenzverhältnis zwischen Bankrott und Untreue wurde vom BGH mit Aufgabe der Interessentheorie ebenfalls ausdrücklich aufgegeben. Unter welchen Straftatbestand man den Entzug von Vermögenswerten subsumieren will, ist in erster Linie eine Frage des Tatbestandes. Wenn sich bei der Entwendung von Vermögenswerten durch organschaftliche Vertreter Einschränkungen bei der Bankrottstrafbarkeit ergeben sollen, dann allenfalls durch eine entsprechende Auslegung des § 283 StGB oder eine Lösung im Rahmen der Konkurrenzregeln und der Frage nach dem Strafbedürfnis. Eine Frage des Zurechnungszusammenhanges ist dies allerdings nicht.

III. Echte Problemfälle

Bei der Anwendung von § 14 StGB, aber auch des § 9 OWiG, wird es immer Fälle geben, in denen der Rechtsanwender bei der Bewertung des Zurechnungszusammenhanges mit nur schwer lösbaren Sachverhaltsvarianten konfrontiert wird. Auch wenn hier oftmals Beweisfragen entscheidend sind und das jeweilige Sonderdelikt ausschlaggebend ist, soll folgendes Beispiel dies verdeutlichen:

Die Vorstände der fünf wichtigsten und größten Automobilhersteller veranstalten Branchentreffen, auf denen der Umgang mit aktuellen Preisentwicklungen

¹⁰³⁴ RGSt 42, 278 ff.

¹⁰³⁵ NK-StGB/*Kindhäuser* § 283 Rn. 36.

diskutiert wird. Aufgrund seiner jahrzehntelangen Erfahrungen nimmt auch „Branchenguru“ X teil, seines Zeichens Vorstand des Branchenverbandes Automobilindustrie e.V., dem alle Automobilhersteller angehören. In der Regel werden die Treffen auch über den Branchenverband koordiniert. X ist gleichzeitig Vorstandsvorsitzender des kleinen Luxusautomobilherstellers Z. Auf einem der Branchentreffen wird beschlossen, den Preiserhöhungen der Lieferanten mit geschlossenen Preisvorstellungen gegenüberzutreten und zugleich ebenfalls eine Preiserhöhung für sämtliche Automobilklassen durchzuführen. X verhält sich bei der Abstimmung passiv. In der Folgezeit erhöhen alle Automobilhersteller einschließlich des Luxusautomobilherstellers Z die Preise.

In Betracht kommen Ordnungswidrigkeiten nach § 81 Abs. 1 Nr. 1, 2 Nr. 1 GWB. Bei diesen Tatbeständen handelt es sich um Sonderdelikte, da Täter im Sinne des § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV nur Unternehmer sein können.¹⁰³⁶ Dem X muss daher die Unternehmenseigenschaft zugerechnet werden, während eine Sanktionierung der juristischen Person gemäß § 30 OWiG nur dann erfolgt, wenn X „als“ deren Vertreter gehandelt hat. Von entscheidender Bedeutung ist hier, ob X als Vertreter des Automobilindustrieverbandes oder als Vertreter des Luxusautomobilherstellers Z gehandelt hat. Käme man zu dem Ergebnis, er habe als Vertreter des Verbandes gehandelt – in dieser Rolle war er schließlich eingeladen worden und über den Verband wurden die Treffen organisiert – dann käme nur eine Sanktionierung dieses Verbandes in Betracht, da er dann nicht mehr als Organ des Luxusautomobilherstellers Z gehandelt hätte. Hätte er aber für Z gehandelt, käme dessen Ahndung in Betracht. Sowohl der Verband als auch das Unternehmen könnten sich aber darauf berufen, X habe für den jeweils anderen gehandelt, was bei einer entsprechenden Beweislage die Anwendung des Zweifelssatzes zur Folge hätte.

Dieser Fall lässt sich auch auf Sachverhalte übertragen, in denen eine einzelne Person Vertreter verschiedener juristischer Personen ist. Die Handhabung der Zurechnungsfrage ist in derartigen Fällen jedenfalls schwierig: Zurechnungsmodelle, die darauf abstellen, dass die Handlung des Vertreters als die des Vertretenen erscheinen soll, geraten hier an ihre Grenzen. Jedenfalls kann nicht allein durch Auslegung der Zurechnungsnormen festgelegt werden, für wen der

¹⁰³⁶ Immenga/Mestmäcker/Dannecker/Biermann GWB § 81 Rn. 28, 80

Vertreter gehandelt hat. Die Lösung muss in derartigen Fällen bei der Besonderheit des Tatbestandes und in den allgemeinen Regeln von Täterschaft und Teilnahme und Tateinheit und Tatmehrheit gesucht werden.¹⁰³⁷

G. Abschließendes zum Verhältnis zur Untreue

Der 3. Strafsenat hat im Hinblick auf das Verhältnis von Untreue und Bankrott in seinem Beschluss vom 15.05.2012 geäußert, es stelle keinen Wertungswiderspruch dar, mit Zustimmung der Gesellschafter vorgenommene Entnahmen von Vermögenswerten durch den Geschäftsführer sowohl als Bankrott als auch als Untreue zu beurteilen.¹⁰³⁸ Ein Eingriff in das Gesellschaftsvermögen könne gleichzeitig verschiedene Rechtsgüter beeinträchtigen, die durch die unterschiedlichen Strafvorschriften geschützt sind: Während der Untreuetatbestand das Vermögen des Treugebers wahren soll, würden die Bankrottbestimmungen dem Schutz der Insolvenzmasse im Interesse der Gläubiger dienen.¹⁰³⁹ Komme eine Untreuestrafbarkeit mangels wirksamen Einverständnisses in Betracht, so könnten tateinheitlich Untreue und Bankrott vorliegen.¹⁰⁴⁰

Den Ausführungen des BGH ist zuzustimmen. Gleichzeitig muss aber angemahnt werden, dass die inflationäre Ausdehnung des Untreuetatbestandes auf unternehmerische Entscheidungen während oder im Vorfeld der wirtschaftlichen Krise strafrechtssystematischen Bedenken ausgesetzt ist. Der Gesetzgeber hat in § 283 StGB die Vornahme einer Vielzahl verschiedener Handlungen während oder im Vorfeld der Krise unter Strafe gestellt. Einen derartigen, dem Tatbestand immanenten Bezug weist der Untreuetatbestand in keiner Weise auf. Insofern stellt sich die berechtigte Frage, worin die Notwendigkeit der sich in jüngerer Zeit häufenden Ausdehnung des Untreuetatbestandes auf typische Bankrotthandlungen besteht. Exemplarisch hierfür kann die Diskussion *Rönnau/Beckers* angeführt werden, von § 64 S. 1 GmbHG erfasste Zahlungen als Untreue zu bewerten.¹⁰⁴¹ Eine sachliche Notwendigkeit hierfür erschließt

¹⁰³⁷ Zu denken wäre hier an gleichartige Tateinheit.

¹⁰³⁸ BGH, Beschluss vom 15.05.2012 – 3 StR 118/11 Rn. 31.

¹⁰³⁹ BGH a.a.O.

¹⁰⁴⁰ BGH a.a.O.

¹⁰⁴¹ *Rönnau/Becker*, Untreue (§ 266 Abs. 1 StGB) durch verbotswidrige Zahlungen des GmbH-Geschäftsführers nach Insolvenzzreife, NZWiSt 2014, 441, 445.

sich nicht und im Hinblick auf die Reichweite des § 266 StGB kann sie auch nur mit einer extensiven Auslegung des Tatbestandes gerechtfertigt werden. Kriminalpolitisch darf hiergegen jedenfalls eingewandt werden, durch die Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 266 StGB werde das differenzierte System, welches der Gesetzgeber dem Bankrottatbestand zugrunde gelegt hat, durch die Allzweckwaffe Untreue umgangen. Dass hierin eine gefährliche Fehlentwicklung liegt, wird mittlerweile auch von anderer Seite vertreten.¹⁰⁴² § 266 StGB schützt gerade nicht die Befriedigungsinteressen der Gläubiger und darf daher auch nicht zu diesem Zwecke überdehnt werden.¹⁰⁴³

Die Zeiten, in denen die Auslegung des § 14 StGB allein der Abgrenzung zwischen Bankrott und Untreue diene, dürften nach der Entscheidung des 3. Senates vorbei sein. Ihre Notwendigkeit erschloss sich aufgrund der unterschiedlichen Ziel- und Schutzrichtung der Tatbestände ohnehin nicht. Seine Berechtigung im Kontext von Handlungen während der Krise erfährt der Untreuetatbestand zumindest aber in den Fällen, in denen die objektive Strafbarkeit des § 283 StGB nicht vorliegt oder weggefallen ist. In derartigen Konstellationen mag es in Ermangelung des Vorliegens der Voraussetzungen des § 283 Abs. 6 StGB durchaus Fälle geben, in denen auch für typische Bankrotthandlungen ein kriminalpolitisches Bedürfnis zur Anwendung des § 266 StGB besteht. Ansonsten bestehen zwischen den Tatbeständen kaum praxisrelevante Unterschiede:¹⁰⁴⁴ § 266 StGB fordert eine Minderung des Vermögens, § 283 StGB eine Minderung der Masse. Während bei § 266 StGB nur vorsätzliches Handeln strafbar ist, erfasst § 283 StGB auch die Fahrlässigkeit und den Versuch. Zu beachten gilt daneben, dass insolvenzfest besicherte Gegenstände im Besitz des Schuldners nicht zur Insolvenzmasse gehören und daher nicht vom Schutz des § 283 StGB erfasst werden, da bei deren Entwendung keine Schmälerung der Masse eintritt. Vor allem in diesen Fällen ist der Schutz über die allgemeinen Eigentumsdelikte geboten. Ein Konkurrenzverhältnis, welches nicht über die allgemeinen Regeln der Tateinheit geregelt werden könnte, besteht zwischen § 266 StGB und § 283 StGB jedoch nicht.

¹⁰⁴² Vgl. insofern *Altenburg*, Unternehmerische (Fehl-)Entscheidungen als Untreue? Eine gefährliche (Fehl-)Entwicklung!, BB 2015, 323.

¹⁰⁴³ BGH, Urteil vom 20.07.1999 - 1 StR 668/98 = NJW 2000, 154, 155.

¹⁰⁴⁴ Hierzu *Richter* in: Müller-Gugenberger, Wirtschaftsstrafrecht, § 81 Rn. 63 f.

Teil 5 – Zusammenfassung der Arbeit

Die Interessentheorie ist ein Relikt der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Mit dem dieser Arbeit als Anlass dienenden Urteil des 3. BGH-Strafsenates wurde ihr „Zeitalter“ höchstrichterlich für beendet erklärt. Nicht beendet ist jedoch die Diskussion um die Begründung des Zurechnungszusammenhanges im Rahmen des § 14 StGB.

Der Ansatz des 3. Senates zur Begründung des Zurechnungszusammenhanges kann ähnlich wie die bisherigen Lösungsansätze der Literatur nicht überzeugen. Schon die Sinnhaftigkeit der Unterscheidung zwischen rechtsgeschäftlichen und faktischen Verhaltensweisen ist nicht nachvollziehbar. Gegen sie ergeben sich, genau wie gegen die Zustimmung des Vertretenen als Kriterium zur Begründung des Zurechnungszusammenhanges, aufgrund der außerstrafrechtlichen Rechtslage erhebliche Bedenken. Der BGH hat sich nicht abschließend zur Begründung des Zurechnungszusammenhanges geäußert. Die Frage der Zurechnung faktischer Verhaltensweisen war im konkreten Fall zudem nicht entscheidungserheblich.

Die Wirksamkeit und Unwirksamkeit von Vermögensdispositionen wird verschiedentlich durch zivilrechtliche Vorgaben beeinflusst. Dies betrifft schon die Frage der Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB, aber auch ganz grundsätzlich die gesellschaftsrechtlichen Vorgaben zur Vertretungsbefugnis. Im Falle der Insolvenz einer juristischen Person ergeben sich die entscheidenden Regelungen aus der Insolvenzordnung. Maßgeblich sind hier vor allem die Vorschriften der §§ 21, 22 InsO und der Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsberechtigung auf den Insolvenzverwalter gemäß § 80 InsO.

Aber auch außerstrafrechtlich beeinflussen die gesellschaftsrechtlichen Vorgaben die Zulässigkeit und Wirksamkeit von Entscheidungen über Vermögensdispositionen. Besonders anschaulich wurde dies im Falle von konzernierten Gesellschaften. Das aktienrechtliche „Korsett“ bspw. in Form der §§ 241 Nr. 3, 308 ff. AktG entwertet jede irgendwie geartete Zustimmung als taugliches Kriterium für die Begründung des Zurechnungszusammenhanges. Es war daher das Anliegen dieser Arbeit, unterschiedslos geltende Kriterien zur Begründung des Zurechnungszusammenhanges zu entwickeln.

Zu diesem Zwecke wurde zunächst die Entwicklung der Zurechnungsnorm des § 14 StGB untersucht. Die Gesetzeshistorie war dabei wenig ergiebig. Der Gesetzgeber war ersichtlich von dem Gedanken geleitet, Strafbarkeitslücken dort zu schließen, wo im Tatbestand ein abgeschlossener Personenkreis als Täter aufgeführt wird, dieser im Falle von Vertretungsverhältnis aber nur den nicht handelnden Vertretenen umfassen würde. Aussagen zur Bestimmung des Zurechnungszusammenhanges finden sich nicht.

Die Bedeutung des Zurechnungszusammenhanges im Rahmen von § 14 StGB erschließt sich im Vergleich zu den Organwaltersondertatbeständen des Nebenstrafrechts nicht ohne Weiteres. Die dortigen Regelungen verlangen oftmals ebenfalls ein Handeln „als“ Vertreter. Probleme wirft dies aber in aller Regel nicht auf, was seine Bewandnis allerdings auch darin hat, dass in den Gesetzen, deren Teil die jeweiligen Organwaltersondertatbestände sind, oftmals gerade die im Tatbestand behandelten Pflichten für den jeweiligen Täterkreis ausdrücklich normiert werden.

Die fehlende Sachnähe zum jeweiligen Regelungsbereich wirft die Frage auf, wie die strafausdehnende Wirkung von § 14 StGB dogmatisch zu rechtfertigen ist. Die bisherigen Begründungsmodelle überzeugen dabei nicht. Sie betonen zu sehr die Rolle des Vertretenen als die des im Rahmen der Organ- und Vertreterhaftung maßgeblichen Vertreters.

Wie sich gezeigt hat, sind Organ und Vertreter außerstrafrechtlich von einem umfassenden Kanon an Vorschriften betroffen, welche die Rechte und Pflichten dieses Personenkreises ausführlich regeln. Originärer Adressat dieser Vorschriften ist dabei der Vertreter und gerade nicht der Vertretene. Dies betrifft vor allem die generalklauselartigen gesellschaftsrechtlichen Zentralnormen der §§ 93, 76 AktG, § 43 GmbHG. Es liegt daher nahe, eine vom jeweiligen Sonderdelikt losgelöste Zurechnungsnorm im Allgemeinen Teil des StGB mit den generalklauselartigen außerstrafrechtlichen Normen zu begründen. Ein ganzheitlicher Ansatz lässt sich hieraus aber nicht entwickeln: Der außerstrafrechtliche Regelungsbereich ist fragmentarisch und bietet keine Grundlage für sämtliche im Tatbestand des § 14 StGB genannten Personen. Möchte man § 14 StGB einen ganzheitlichen Ansatz zugrunde legen, könnte dies allenfalls über einen naturalistischen Ansatz erfolgen, wie er von *Schünemann* und *Ceffinato* vertreten wird.

Das Strafrecht darf sich nicht der Erkenntnis verschließen, dass die Organ- und Vertreterstellung maßgeblich durch die außerstrafrechtlichen Vorschriften bestimmt wird. Mit deren Vorgaben muss die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung in Einklang gebracht werden. Auch wenn diese Vorgaben fragmentarisch sind und ebenfalls dem Wandel der Rechtsfortbildung unterliegen, bleibt festzuhalten, dass überall dort, wo außerstrafrechtlich dem Organwahrer aufgrund seiner Organstellung originäre gesetzliche Leitungs- und Verhaltenspflichten aufgelegt werden, diese auch zugleich einen Grund darstellen, ihn mit dem von ihm vertretenen formal Sonderpflichtigen über § 14 StGB gleichzustellen. In allen anderen Fällen rechtfertigt ein qualifiziertes Näheverhältnis des Vertreters zum geschützten Rechtsgut eine Strafbarkeitsausdehnung über § 14 StGB.

Ein Vergleich der Bestimmung des Zurechnungszusammenhanges bei § 14 StGB mit der Bestimmung der Betriebsbezogenheit im Rahmen der §§ 30, 130 OWiG und der Geschäftsherrenhaftung war nur bedingt hilfreich. Inhaltlich besteht zwischen beiden Begrifflichkeiten durchaus eine gewisse Parallele. Die Unterschiede liegen jedoch in den verschiedenen Zurechnungskonstellationen. Bei der Bestimmung der Betriebsbezogenheit erfolgt eine Zurechnung vom Handelnden hin zum Geschäftsherrn/Aufsichtspflichtigen, während im Rahmen des § 14 StGB ein die Täterschaft begründendes Tatbestandsmerkmal dem Handelnden zugerechnet wird. Die Bejahung der Betriebsbezogenheit liegt im Falle der Bejahung des Zurechnungszusammenhanges nahe, zwingend ist sie jedoch nicht. Selbiges gilt für den umgekehrten Fall: Die Bejahung der Betriebsbezogenheit mag das Vorliegen des Zurechnungszusammenhanges als naheliegend erscheinen lassen, eine konstituierende Wirkung kommt ihr aber nicht zu.

Die Übertragbarkeit der Kriterien zur Bestimmung der Betriebsbezogenheit auf die Bestimmung des Zurechnungszusammenhanges hat sich nicht als erfolgversprechend erwiesen. Die Betriebsbezogenheit wird überwiegend mit Hilfe normativer Ansätze bestimmt, ohne dass trennscharfe Abgrenzungskriterien entwickelt worden sind. Ob sich solche überhaupt entwickeln lassen, ist allerdings fraglich. Die normativen Ansätze zur Bestimmung der Betriebsbezogenheit lassen sich für die Bestimmung des Zurechnungszusammenhanges jedenfalls nicht fruchtbar machen, da sie den normativen Ansätzen zur Bestimmung des Zurechnungszusammenhanges im Wesentlichen entsprechen. Erschwerend kommt

hinzu, dass die Betriebsbezogenheit von Bankrotthandlungen aus teleologischen Gründen versagt werden muss. Eine Sanktionierung über die §§ 30, 130 OWiG bzw. im Rahmen der Geschäftsherrenhaftung kommt in diesem Fall nicht in Betracht. Letztlich erweist sich aber auch losgelöst von dieser Einschränkung die Übertragung der Kriterien zur Bestimmung der Betriebsbezogenheit in Ermangelung scharfer Abgrenzungskriterien als unbrauchbar.

Maßgeblich für die Bestimmung des Zurechnungszusammenhanges im Sinne des § 14 StGB sind die Besonderheiten des jeweiligen Sonderdeliktes, auf das die Vorschrift angewandt wird. Der von mancher Seite behaupteten und geforderten Charakterisierung des Bankrotts als Selbstschädigungsdelikt kommt dabei keine Bedeutung zu. Mit Eintritt der wirtschaftlichen Krise fallen die rechtliche Zuständigkeit und wirtschaftliche Zuordnung hinsichtlich des Vermögens auseinander, weshalb von einer derartigen Charakterisierung keine Hilfe erwartet werden kann.

Entscheidend für die Auslegung von § 14 StGB ist vor allem das Merkmal des Verstoßes gegen die Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft, wie es sich in § 283 Abs. 1 Nrn. 1 – 3, 8 StGB findet. Aufgrund der Generalklausel in § 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB müssen letztlich alle tatbestandlichen Handlungen gegen die Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft verstoßen. Da außerstrafrechtlich teils umfassend geregelt ist, wann Verhaltensweisen von Organen und Vertretern wirtschaftswidrig sind, hat die Bestimmung dieses Tatbestandsmerkmals ausschlaggebende Bedeutung für die Auslegung von § 14 StGB und den Kreis der von dieser Norm erfassten Handlungen.

Deutlich wird zunächst, dass § 283 StGB vor allem als Handlungen wirtschaftliche Betätigung und unternehmerische Entscheidungen voraussetzt, da nur solche Handlungen überhaupt als wirtschaftswidrig qualifiziert werden können. Wesentliche Bedeutung bei der inhaltlichen Bestimmung der Wirtschaftswidrigkeit haben Verstöße gegen zivilrechtliche Gebots- und Verbotsnormen sowie Verstöße gegen außerstrafrechtlich existierende Sorgfaltsmaßstäbe.

Für § 14 StGB ergibt sich daraus die Schlussfolgerung, dass das Vorliegen von Verletzungen derartiger außerstrafrechtlicher Vorschriften den Zurechnungszusammenhang indiziert, da in diesen Fällen außerstrafrechtlich bereits festgelegt worden ist, ob sich ein Organ- oder Vertreter gemessen an den ihn aufgrund

seiner Organ- oder Vertreterstellung treffenden Maßstäben wirtschaftswidrig verhalten hat.

Der Zurechnungszusammenhang liegt nach hier vertretener Ansicht daher immer dann vor, wenn der Betroffene mit seiner Handlung gegen ihn treffende gläubigerschützende Vorschriften verstößt, aber auch, wenn die Handlung die ihn aufgrund seiner Organ- oder Vertreterstellung allgemein treffenden gesellschaftsrechtlichen Pflichten verletzt. Verletzt die Handlung die den Handelnden treffenden Sorgfaltsmaßstäbe, so indiziert dies das Vorliegen des Zurechnungszusammenhanges. In Zweifelsfällen ist darauf abzustellen, ob die konkrete Handlung noch als unternehmerische Betätigung erscheint, die der Betroffene außerhalb der Krise auch hätte vornehmen dürfen.

Entscheidend ist stets ein Bezug der konkreten Handlung zur Organ- bzw. Vertreterstellung des Betroffenen. Sofern strafrechtliche Prinzipien dem nicht entgegenstehen, kann für die Bestimmung des Zurechnungszusammenhanges auf zivilrechtlich festgestellte Organ- und Vertreterhaftungsfälle abgestellt werden. In all denjenigen Fällen, in denen sich aus den außerstrafrechtlichen Vorgaben und der Ausgestaltung der Organ- oder Vertreterstellung keine Anhaltspunkte für die Begründung des Zurechnungszusammenhanges entnehmen lassen, muss die Bestimmung des Zurechnungszusammenhanges anhand einer wertenden funktionalen Betrachtung vorgenommen werden: Entscheidend ist, ob die Handlung noch aus der Organ- oder Vertreterstellung heraus begangen worden ist, oder ob ein beliebiger Dritter die Handlung in ihrer konkreten Form genauso hätte vornehmen können. Maßgeblich ist dabei, dass die Möglichkeit der Vornahme der Handlung in ihrer konkreten Form nicht allein aus dem Angestelltenverhältnis folgt, sondern gerade aus den Besonderheiten der Organ- bzw. Vertreterstellung.

Literaturverzeichnis

Achenbach, Hans/Ransiek, Andreas/Rönnau, Thomas (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Auflage, Heidelberg 2015.

Altenburg, Johannes, Unternehmerische (Fehl-)Entscheidungen als Untreue?: Eine gefährliche (Fehl-)Entwicklung!, in: BB 2015, S. 323 – 328.

Altmeppen, Holger/Roth, Günter, GmbHG, 8. Auflage, München 2015.

Altmeppen, Holger/Wilhelm, Jan, Quotenschaden, Individualschaden und Klagebefugnis bei der Verschleppung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH, in: NJW 1999, S. 673 – 681.

Arloth, Frank, Zur Abgrenzung von Untreue und Bankrott bei der GmbH, in: NStZ 1990, S. 570 – 575.

Bachmann, Gregor, Die Haftung des Geschäftsleiters für die Verschwendung von Gesellschaftsvermögen, in: NZG 2013, S. 1121 – 1128.

ders., Zehn Thesen zur deutschen Business Judgement Rule, in: WM 2015, S. 105 – 112.

Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred/Beurskens, Michael (Hrsg.), GmbHG, 20. Auflage, München 2013.

Bayer, Walter/Scholz, Philipp, Haftungsbegrenzung und D&O-Versicherung im Recht der aktienrechtlichen Organhaftung, Grundsatzüberlegungen zum 70. DJT 2014, in: NZG 2014, S. 926 – 934.

Bittmann, Folker, Insolvenzstrafrecht, 1. Auflage, Berlin 2004.

ders., Das Ende der Interessentheorie – Folgen auch für § 266 StGB?, in: wistra 2010, S. 8 – 10.

ders., Anmerkungen zu BGH, Beschluss vom 13.09.2010 – 1 StR 220/09, in: NJW 2011, S. 88 – 97.

Blauth, Peter, „Handeln für einen anderen“ nach geltendem und kommendem Strafrecht, Heidelberg 1968.

Bock, Dennis, Criminal Compliance, 1. Auflage, Baden-Baden 2011.

Bohnert, Joachim, Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz, 3. Auflage, München 2010.

Bottke, Wilfried, Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata, Berlin 1994.

Brand, Christian, Untreue und Bankrott in der KG und GmbH & Co. KG, Berlin 2010.

ders., Abschied von der Interessentheorie – und was nun?, in: NStZ 2010, S. 9 – 13.

ders., Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 15.05.2012 – 3 StR 118/11, in: NJW 2012, S. 2366 – 2370.

Brand, Christian/Kanzler, Oliver, Neues zu Untreue und Bankrott, in: ZWH 2012, S. 1 – 6.

Brand, Christian/Valerius, Brian, Anmerkungen zu BGH, Beschl. v. 15.09.2011 – 3 StR 118/11, in: NZWiSt 2012, S. 62 – 67.

Bruns, Hans-Jürgen, Über die Organ- und Vertreterhaftung im Strafrecht, in: JZ 1954, S. 12 – 17.

ders., Faktische Betrachtungsweise und Organhaftung, in: JZ 1958, S. 461 – 464.

Buchalik, Robert, Das Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO, in: ZInsO 2012, S. 349 – 357.

Bülte, Jens, Die Beschränkung der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung auf die Verhinderung betriebsbezogener Straftaten – Zugleich eine Besprechung

von BGH, Urteil vom 20.10.2011 – 4 StR 71/11, in: NZWiSt 2012, S. 176 – 182.

Bürkle, Jürgen, Grenzen der strafrechtlichen Garantienstellung des Compliance-Officers, in: CCZ 2010, S. 4 – 12.

Ceffinato, Tobias, Legitimation und Grenzen der strafrechtlichen Vertreterhaftung nach § 14 StGB, Berlin 2012.

Commandeur, Anja/Römer, Alexander, Aktuelle Entwicklungen im Insolvenzrecht – Geschäftsführertätigkeit in Krise und Insolvenz, in: NZG 2014, S. 175 – 177.

Dannecker, Christoph, Die Folgen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung der Unternehmensleitung für die Haftungsverfassung juristischer Personen – Zugleich: Besprechung von BGH, Urteil vom 10.07.2012 – VI ZR 341/10, in: NZWiSt 2012, S. 441 – 450.

Dannecker, Gerhard/Knierim, Thomas/Hagemeier, Andrea (Hrsg.), Insolvenzstrafrecht, 2. Auflage, Heidelberg 2012.

Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 63. Auflage, München 2016.

Fleischer, Holger, Vorstandsverantwortlichkeit und Fehlverhalten von Unternehmensangehörigen — von der Einzelüberwachung zur Errichtung einer Compliance-Organisation, in: AG 2003, S. 291 – 300.

ders., Aktienrechtliche Legalitätspflicht und „nützliche“ Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern, in: ZIP 2005, S. 141 – 154.

ders. (Hrsg.), Handbuch des Vorstandsrechts, München 2006.

ders., Corporate Compliance im aktienrechtlichen Unternehmensverbund, in: CCZ 2008, S. 1 – 6.

ders., Aktuelle Entwicklung der Managerhaftung, in: NJW 2009, S. 2337 – 2343.

ders., Aktienrechtliche Compliance-Pflichten im Praxistest: Das Siemens/Neubürger-Urteil des LG München I, in: NZG 2014, S. 321 – 329.

Fleischer, Holger/Goette, Wulf (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG, Band 2, 1. Auflage, München 2012.

Fleischer, Holger/Goette, Wulf (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG, Band 3, 1. Auflage, München 2011.

Goette, Wulf/Habersack, Mathias (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2, 4. Auflage, München 2014.

Goette, Wulf/Habersack, Mathias (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 4, 3. Auflage, München 2011.

Göhler, Erich/Gürtler, Franz/Seitz, Helmut (Hrsg.), Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 12. Auflage, München 2012.

Graf, Jürgen Peter (Hrsg.), Beckscher Online-Kommentar zum OWiG, München 2015.

ders. (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, München 2011.

Groß, Bernd/Reichling, Tillmann, Weshalb sich Korruption nicht mit den Mitteln des Ordnungswidrigkeitenrechts bekämpfen lässt, in: wistra 2013, S. 89 – 93.

Grützner, Thomas, Anmerkungen zu BGH, Urteil vom 20.10.2011 – 4 StR 71/11, in: BB 2012, S. 150 – 152.

ders., Anmerkungen zu LG München I, Urteil vom 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, in: BB 2014, S. 850 – 852.

Gummert, Hans/Weipert, Lutz (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 2, 4. Auflage, München 2014.

Haarmeyer, Hans/Suvacarevic, Stefan, Praxis der Abweisung mangels Masse, in: ZInsO 2006, S. 953 – 961.

Haas, Ulrich, Der Erstattungsanspruch nach § 64 II GmbHG, in: NZG 2004, S. 737 – 745.

Habersack, Mathias/Schürnbrand, Jan, Die Rechtsnatur der Haftung aus §§ 93 Abs. 3 AktG, 43 Abs. 3 GmbHG, in: WM 2005, S. 957 – 961.

Habersack, Mathias, Die Legalitätspflicht des Vorstands einer AG, in: *Burgard, Ulrich (Hrsg.)*, Festschrift für Uwe H. Schneider zum 70. Geburtstag, Köln 2011, S. 429 – 441.

Habetha, Jörg, Bankrott und Untreue in der Unternehmenskrise – Konsequenzen der Aufgabe der „Interessentheorie“ durch den BGH, in: NZG 2012, S. 1134 – 1140.

Harneit, Paul, Überschuldung und erlaubtes Risiko, Köln 1984.

Helmrich, Jan, Straftaten von Mitarbeitern zum Nachteil des „eigenen“ Unternehmens als Anknüpfungstaten für eine Verbandsgeldbuße?, in: wistra 2010, S. 331 – 335.

Hensler, Martin/Strohn, Lutz (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, München 2014.

Hernández Basualto, Héctor Andrés, Die Betriebsbezogenheit der Garantienstellung von Leitungspersonen, in: *Freund, Georg (Hrsg.)*, Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, S. 333 – 348.

Höfner, Klaus-Dieter, Die Ueberschuldung als Krisenmerkmal des Konkursstrafrechts, Frankfurt 1981.

Hölters, Wolfgang (Hrsg.), Aktiengesetz, 2. Auflage, München 2014.

Hopt, Klaus (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, 36. Auflage, München 2014.

Hüffer, Uwe (Hrsg.), Aktiengesetz, 11. Auflage, München 2014.

Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 2, 5. Auflage, München 2014.

Jäger, Christian, Von mobbenden Kollegen und betriebsblinden Vorgesetzten, in: JA 2012, S. 392 – 395.

Jähnke, Burkhard/Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Odersky, Walter (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 7, 11. Auflage, Berlin 2005.

Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 2. Auflage, München 2011.

Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 4, 2. Auflage, München 2012.

Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 5, 2. Auflage, München 2014.

Joecks, Wolfgang/Schmitz, Roland (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 7, 2. Auflage, München 2015.

Joost, Detlev/Strohn, Lutz (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, Band 2, 3. Auflage, München 2015.

Kasiske, Peter, Existenzgefährdende Eingriffe in das GmbH-Vermögen mit Zustimmung der Gesellschafter als Untreue, in: wistra 2005, S. 81 – 86.

Kilper, Raik, Unternehmensabwicklung außerhalb des gesetzlichen Insolvenz- und Liquidationsverfahrens in der GmbH, Hamburg 2009.

Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Hans-Ullrich (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Band 1, 4. Auflage, Baden-Baden 2013.

Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Hans-Ullrich (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Band 3, 4. Auflage, Baden-Baden 2013.

Kindler, Steffi, Umfang der Pflicht von Betriebsinhabern und Vorgesetzten zur Verhinderung von Straftaten nachgeordneter Mitarbeiter, in: GWR 2012, S. 48.

Kirchhof, Hans-Peter/Eidenmüller, Horst/Stürner, Rolf (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 1, 3. Auflage, München 2013.

Kirstein, Hans-Joachim, Ausführungen zur real existierenden Situation bei Eröffnungs- und Befriedigungsquoten in Insolvenzverfahren, in: ZInsO 2006, S. 966 – 973.

Knierim, Thomas, Anmerkungen zu BGH, Urteil vom 29.08.2008 - 2 StR 587/07, in: CCZ 2009, S. 38 – 40.

Koch, Jens, Die schleichende Erosion der Verfolgungspflicht nach ARAG/Garmenbeck, in: NZG 2014, S. 934 – 942.

Koller, Ingo/Kindler, Peter/Roth, Wulf-Henning/Morck, Winfried (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, 8. Auflage, München 2015.

Krause, Daniel-Marcus, Ordnungsgemäßes Wirtschaften und Erlaubtes Risiko, Berlin 1995.

Kudlich, Hans, Anmerkungen zu BGH, Beschl. v. 15.05.2012 – 118/11, in: ZWH 2012, S. 357 – 360.

Kühl, Kristian/Heger, Martin/Dreher, Eduard/Lackner, Karl (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 28. Auflage, München 2014.

Kümmel, Jesco, Zur strafrechtlichen Einordnung der Firmenbestattung, in: wistra 2012, S. 165 – 170.

Labsch, Karl-Heinz, Die Strafbarkeit des GmbH-Geschäftsführers im Konkurs der GmbH, in: wistra 1985, S. 59 – 63.

Landscheidt, Christoph, Die Problematik der Garantienpflichten aus verantwortlicher Stellung in bestimmten Räumlichkeiten, Berlin 1985.

Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Rissing-van Saan, Ruth/Tiedemann, Klaus (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 12. Auflage, Berlin 2007.

Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Rissing-van Saan, Ruth/Tiedemann, Klaus (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 9 Teilb. 2, 12. Auflage, Berlin 2009.

Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter (Hrsg.), GmbH-Gesetz, 18. Auflage, Köln 2012.

Michalski, Lutz (Hrsg.), Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Band 2, 2. Auflage, München 2010.

Mohr, Randolph, Bankrottdelikte und übertragende Sanierung, 1. Auflage, Köln 1996.

Moosmayer, Klaus, Compliance – Praxisleitfaden für Unternehmen, 3. Auflage, München 2015.

Müller-Gugenberger, Christian/Bieneck, Klaus (Hrsg.), Handbuch des Wirtschaftsstraf- und Ordnungswidrigkeitenrechts, 5. Auflage, Köln 2011.

Müller-Gugenberger, Christian (Hrsg.), Handbuch des Wirtschaftsstraf- und Ordnungswidrigkeitenrechts, 6. Auflage, Köln 2015.

Nelles, Ursula, Untreue zum Nachteil von Gesellschaften: Zugleich ein Beitrag zur Struktur des Vermögensbegriffs als Beziehungsbegriff, Berlin 1991.

Nerlich, Jörg/Römermann, Volker (Hrsg.), Insolvenzordnung, 28. Ergänzungslieferung, München 2015.

Oetker, Hartmut (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, 4. Auflage, München 2015.

Otto, Harro, Die strafrechtliche Verantwortung für die Verletzung von Sicherungspflichten, in: Hoyer, Andraes/Müller, Henning Ernst/Pawlik, Michael/Wolter, Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2006, S. 339 – 358.

Park, Tido (Hrsg.), Kapitalmarktstrafrecht, 3. Auflage, Baden-Baden 2013.

Pelz, Christian, Strafrecht in Krise und Insolvenz, 2. Auflage, München 2011.

Poguntke, David, Anmerkungen zu BGH, Urteil vom 20.10.2011 – 4 StR 71/11, in: CCZ 2012, S. 157 – 160.

Pohl, Alexandra, Der Vertretungsbezug der Handlung i.S.d. § 14 StGB, Baden-Baden 2013.

Radtke, Henning, Einwilligung und Einverständnis der Gesellschafter bei der sog. GmbH-rechtlichen Untreue, in: GmbHR 1998, S. 311 – 317 und S. 361 – 369.

ders., Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 10.02.2009 – 3 StR 372/08, in: GmbHR 2009, S. 871 – 876.

ders., Die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung (§ 14 StGB) vor der Neuausrichtung?, in: JR 2010, S. 233 – 238.

ders./Hoffmann, Maike, Anmerkung zu BGH, Anfrage-Beschl. v. 15.09.2011 – 3 StR 118/11, in: NStZ 2012, S. 89 – 94.

ders., Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 15.05.2012 – 3 StR 118/11, in: GmbHR 2012, S. 958 – 964.

Ransiek, Andreas, Unternehmensstrafrecht, 1. Auflage, Heidelberg 1996.

Rebmann, Kurt/Roth, Werner/Herrmann, Siegfried (Hrsg.), Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Auflage, 13. Lieferung, Stuttgart 2008.

Reichert, Joachim, Reaktionspflichten und Reaktionsmöglichkeiten der Organe auf (möglicherweise) strafrechtsrelevantes Verhalten innerhalb des Unternehmens, in: ZIS 2011, S. 113 – 122.

Reiß, Wolfram, Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Entnahmen als strafbare Untreue des Geschäftsführers?, in: wistra 1989, S. 81 – 86.

Rieger, Katja, Die aktienrechtliche Legalitätspflicht des Vorstands, Jena 2012.

Ringleb, Henrik-Michael/Kremer, Thomas/Lutter, Marcus/v. Werder, Axel (Hrsg.), Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex, 5. Auflage, München 2014.

Rogall, Klaus, Die strafrechtliche Organhaftung, in: *Amelung, Knut (Hrsg.)*, Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, Sinzheim 2000, S. 145 – 182.

Römermann, Volker (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 3. Auflage, München 2014.

Rönnau, Thomas/Becker, Christian, Untreue (§ 266 Abs. 1 StGB) durch verbotswidrige Zahlungen des GmbH-Geschäftsführers nach Insolvenzzreife, in: NZWiSt 2014, S. 441 – 447.

Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 1. Auflage, München 2003.

ders., Anmerkungen zu BGH, Urteil vom 20.10.2011 – 4 StR 71/11, in: JR 2012, S. 303 – 308.

Satzger, Helmut/Schmitt, Bertram/Widmaier, Gunter (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 1. Auflage, Köln 2009.

Schall, Hero, Grund und Grenzen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung, in: *Rogall, Klaus (Hrsg.)*, Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, Neuwied 2004, S.267 – 283.

ders., Geschäftsherrenhaftung und Mobbing, in: *Heger, Martin (Hrsg.)*, Festschrift für Kristian Kühl, München 2014, S. 417 – 432.

Schlüchter, Ellen, Grenzbereich zwischen Bankrottdelikten, Tübingen 1977.

Schmidt, Andres/Poertzgen, Christoph, Geschäftsführerhaftung (§ 64 S. 1 GmbHG) in Zeiten des ESUG, in: NZI 2013, S. 369 – 377.

Schmidt, Karsten/Grunewald, Andrea (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 5, 3. Auflage, München 2013.

Schmidt, Karsten/Uhlenbruck, Wilhelm (Hrsg.), Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 3. Auflage, Köln 2003.

Schneider, Sven, „Unternehmerische Entscheidungen“ als Anwendungsvoraussetzung für die Business Judgement Rule, in: DB 2005, S. 707 – 712.

Schneider, Uwe, Anwaltlicher Rat zu unternehmerischen Entscheidungen bei Rechtsunsicherheit, in: DB 2011, S. 99 – 103.

Scholz, Frank (Hrsg.), GmbHG, Band 3, 11. Auflage, Köln 2015.

Schönke, Adolf/Schröder, Horst (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 29. Auflage, München 2014.

Schramm, Edward, Anmerkungen zu BGH, Urteil vom 20.10.2011 – 4 StR 71/11, in: JZ 2012, S. 967 – 972.

Schünemann, Bernd, Unternehmenskriminalität und Strafrecht – Eine Untersuchung der Haftung der Wirtschaftsunternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, Köln-Berlin-Bonn-München 1979.

ders., Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität, in: wistra 1982, S. 41 – 50.

ders., Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, 2. Teil: Schuld und Kriminalpolitik, in: GA 1986, S. 293 – 352.

ders., Die kriminalpolitischen und dogmatischen Grundfragen der Unternehmenskriminalität, in: *Rogall, Klaus (Hrsg.)*, Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, Neuwied 2004, S. 295 – 312.

Schwarz, Alexandra, Die Aufgabe der Interessenformel des BGH – Alte Besen kehren gut?, in: HRRS 2009, S. 341 – 346.

Senge, Lothar (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 4. Auflage, München 2014.

Spindler, Gerald/Stilz, Eberhard (Hrsg.), Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1., 3. Auflage, München 2015.

Steinberg, Georg/Valerius, Brian/Popp, Andreas (Hrsg.), Das Wirtschaftsstrafrecht des StGB, Köln 2010.

Thiemann, Werner, Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen, Bochum 1976.

Tiedemann, Klaus, Insolvenzstraftaten aus der Sicht der Kreditwirtschaft, in: ZIP 1983, S. 513 – 522.

ders., Die strafrechtliche Vertreter- und Unternehmenshaftung, in: NJW 1986, S. 1842 – 1846.

ders., Insolvenzstrafrecht, 2. Auflage, Berlin 1996.

ders., GmbH-Strafrecht, 5. Auflage, Köln 2010.

ders., Wirtschaftsstrafrecht, 4. Auflage, München 2014.

Többens, Hans, Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch die Troika der §§ 9, 130 und 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten, in: NStZ 1999, S. 1 – 8.

Uhlenbruck, Wilhelm/Hirte, Heribert/Vallender, Heinz (Hrsg.), Insolvenzordnung, 13. Auflage, München 2010.

Volk, Klaus (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 2. Auflage, München 2014.

von Heintschel-Heinegg, Bernd (Hrsg.), Beckscher Online-Kommentar zum StGB, München 2015.

Wabnitz, Heinz-Bernd/Janovsky, Thomas (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Auflage, München 2014.

Weber, Ulrich, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 06.11.1986 – 1 StR 327/86, in: StV 1988, S. 14 – 18.

Wehleit, Burkhard, Die Abgrenzung von Bankrott und Untreue: zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Vertreterhaftung, Kiel 1985.

Weiss, Susanne/Buchner, Markus, Wird das UMAG die Haftung und Inanspruchnahme der Unternehmensleiter verändern?, in: WM 2005, S. 162 – 171.

Weyand, Raimund/Diversy, Judith, Insolvenzdelikte, 9. Auflage, Berlin 2013.

Wiesener, Axel, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Stellvertretern und Organen, Frankfurt 1971.

Winkelbauer, Wolfgang, Strafrechtlicher Gläubigerschutz in Konkurs der KG und der GmbH & Co. KG, in: wistra 1986, S. 17 – 20.

Wolter, Jürgen (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 148. Lieferung, Köln 2014.

Zainhofer, Rudolf, Insolvenzstrafrecht und das Risiko des Unternehmers, in: Kriminalistik 1992, S. 507 – 518.

Bankrottstrafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung

Richard Hennecke

Unternehmensinsolvenzen ohne begleitende Strafverfahren sind eine Rarität. Derartige Verfahren endeten in der Vergangenheit allerdings selten mit Verurteilungen wegen Bankrotts. Grund hierfür war eine jahrzehntelange Rechtspraxis des BGH: Die Anwendung der zu § 14 StGB vertretenen Interessenstheorie führte im Hinblick auf den Bankrottatbestand des § 283 StGB zu einem erheblichen Anwendungsdefizit. Mit Beschluss vom 15.05.2012 hat der BGH die Interessentheorie ausdrücklich aufgegeben. Im Rahmen dieser Arbeit wird die Auswirkung dieser Rechtsprechungsänderung auf die bankrottstrafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung untersucht. Neben den Besonderheiten der Auslegung von § 14 StGB im Zusammenspiel mit dem Sonderdelikt des § 283 StGB wird dabei ein besonderes Augenmerk auf den Rechtsgrund und die Bedeutung der strafrechtlichen Organ- und Vertreterhaftung im System des deutschen Wirtschaftsstrafrechts gelegt, wobei insbesondere die zivilrechtlichen Vorgaben der Organ- und Vertreterhaftung beleuchtet werden.

ISBN 978-3-8405-0144-9

EUR 17,90

