

# Die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung

Von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht **Timo Schmucker**, LL.M., Heidelberg

*Die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung zählt zu den Kernfragen des Wirtschaftsstrafrechts. Der Beitrag widmet sich neben der normtheoretischen Funktion und den tatbestandlichen Voraussetzungen des § 14 StGB auch der Frage nach der strafrechtlichen Verantwortlichkeit sog. faktischer Organe, insbesondere der des faktischen Geschäftsführers einer GmbH.*

## I. Problemstellung

Juristische Personen, z.B. die GmbH oder die AG, können trotz ihrer Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein (= Rechtsfähigkeit), selbst nicht handeln. Sie nehmen am Rechtsverkehr mit der Hilfe von natürlichen Personen teil, die die Organe der juristischen Person bilden.<sup>1</sup> Entsprechend sieht das Gesellschaftsrecht die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft durch ihre Organe und Vertreter vor. Die GmbH wird beispielsweise durch einen oder mehrere Geschäftsführer vertreten, die AG regelmäßig durch ihren Vorstand (vgl. § 35 Abs. 1 GmbHG, §§ 76 ff. AktG). Die bei der Ausübung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis in Betracht kommenden Straftatbestände richten sich hinsichtlich ihres Adressatenkreises aber nicht immer eindeutig an die jeweils natürliche Person des jeweiligen Organs.

So formulieren die §§ 82, 84 und 85 GmbHG eine Strafbarkeit noch allein für den Geschäftsführer einer GmbH. Damit zählen diese Strafvorschriften zu den sog. Sonderdelikten, sind also Tatbestände, die nicht von jedermann, sondern nur von bestimmten, näher bezeichneten Tätern verwirklicht werden können.<sup>2</sup> Schon weiter gefasst, aber immer noch unproblematisch bestimmbar, ist der Täterkreis z.B. bei dem durch das MoMiG<sup>3</sup> eingeführten § 15a Abs. 1 InsO. Unabhängig von der Rechtsform der juristischen Person sind es ganz allgemein die Mitglieder des Vertretungsorgans oder die Abwickler, die zur Stellung eines Insolvenzantrages verpflichtet sind.

Deutlich problematischer sind demgegenüber etwa die §§ 283-283d StGB formuliert, obwohl auch sie regelmäßig zu den Sonderdelikten gehören.<sup>4</sup> Täter des Bankrotts ist gem. § 283 Abs. 6 StGB nur derjenige, der „seine“ Zahlungen einstellt oder gegen den sich die Insolvenzeröffnung bzw. der abgewiesene Eröffnungsantrag richtet.<sup>5</sup> Diese weite Formulierung ist darauf zurückzuführen, dass diese Tatbestände

auch juristische Personen als solche ansprechen,<sup>6</sup> weil auch einer GmbH oder AG gem. § 238 Abs. 1 HGB als juristischer Person die Verpflichtung als „Kaufmann“ Handelsbücher zu führen (vgl. § 283 Abs. 1 Nr. 5 StGB) oder gem. § 242 Abs. 1 HGB Bilanzen aufzustellen (vgl. § 283 Abs. 1 Nr. 7 StGB) obliegt. Dies folgt als Konsequenz daraus, dass juristische Personen aus der Perspektive des Zivil-, insbesondere des Gesellschaftsrechts, einer natürlichen Person gleichgestellt sind.<sup>7</sup>

Für das Strafrecht sind indes allein Handlungen natürlicher Personen Gegenstand der Betrachtung. Nach geltendem deutschen Strafrecht können sich juristische Personen nicht in einem kriminalstrafrechtlichen Sinne strafbar machen. Es können zwar Geldbußen gegen Unternehmen verhängt werden (vgl. § 30 OWiG), nicht jedoch Unternehmensstrafen.<sup>8</sup>

Es würden also erhebliche Strafbarkeitslücken entstehen, wenn eine typischerweise auf das Handeln natürlicher Personen zugeschnittene Strafvorschrift deshalb nicht zur Anwendung kommt, weil einer organschaftlich handelnden Person ein besonderes persönliches Merkmal fehlt, welches nur bei der von ihr vertretenen juristischen Person vorliegt.<sup>9</sup> So ist etwa, um im eben genannten Beispiel zu bleiben, der Geschäftsführer einer GmbH nach Maßgabe des HGB kein Kaufmann.<sup>10</sup> Hingegen ist die von ihm vertretene GmbH ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens eine Handelsgesellschaft und somit schon kraft ihrer Rechtsform Formkaufmann nach § 13 Abs. 3 GmbHG i.V.m. § 6 Abs. 2 HGB. Unterlässt es der Geschäftsführer, bei Überschuldung oder bei drohender bzw. eingetretener Zahlungsunfähigkeit die Handelsbücher der GmbH ordnungsgemäß zu führen, so begeht er die in § 283 Abs. 1 Nr. 5 StGB unter Strafe gestellte Handlung. Gleichwohl – so scheint es – könne er strafrechtlich nicht verantwortlich sein, weil ihm die gesetzliche Verpflichtung eines Kaufmanns zur Führung der Handelsbücher ja gerade nicht obliegt.<sup>11</sup>

Im Fortgang dieser Überlegung soll aufgezeigt werden, wie diese und vergleichbare Problemstellungen durch die Grundsätze der strafrechtlichen Organ- und Vertreterhaftung aufzulösen sind.

<sup>1</sup> Eisenhardt, Gesellschaftsrecht, 14. Aufl. 2009, § 2 II. 2. Rn. 16.

<sup>2</sup> Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, Vor § 13 Rn. 33; Schulz, StraFo 2003, 155.

<sup>3</sup> Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen.

<sup>4</sup> Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 283 Rn. 38.

<sup>5</sup> Vgl. Heine, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 283 Rn. 65.

<sup>6</sup> Vgl. Krekeler/Werner, Unternehmer und Strafrecht, 2006, 1. Teil C. II. Rn. 42 (m.w.N.).

<sup>7</sup> Raum, in: Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl. 2007, Kap. 4 Rn. 1 ff.

<sup>8</sup> Der deutsche Gesetzgeber hat sich bislang allen Forderungen nach Einführung von Unternehmensstrafen widersetzt. Vgl. aber auch „Diskussionsentwurf“ des Landes Hessen zur Ergänzung des StGB (vgl. dazu Hamm, NJW 1998, 662).

<sup>9</sup> Krekeler/Werner (Fn. 6), 1. Teil C. II. Rn. 43; Rogall, in: Amelung (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, 2000, S. 145 m.w.N.

<sup>10</sup> Vgl. Krekeler/Werner (Fn. 6), 1. Teil C. II. Rn. 42.

<sup>11</sup> Vgl. Krekeler/Werner (Fn. 6), 1. Teil C. II. Rn. 43.

## II. Organ- und Vertreterhaftung

Ausgangspunkt für die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung ist § 14 StGB. Im Bereich der Ordnungswidrigkeiten enthält § 9 OWiG eine entsprechende Regelung.<sup>12</sup>

### 1. Funktion und normtheoretische Struktur des § 14 StGB

Handelt jemand in seiner in § 14 StGB näher bezeichneten Eigenschaft als Vertreter oder Beauftragter, so ordnet § 14 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 StGB dem Wortlaut nach an, dass ein Gesetz, nach dem besondere persönliche Merkmale die Strafbarkeit begründen, auch auf ihn anzuwenden ist. Dies gilt dann, wenn diese besonderen persönlichen Merkmale nicht bei ihm, aber bei dem von ihm Vertretenen vorliegen.

Die Funktion der Vorschrift wird daher in der Literatur als „Strafausdehnungsgrund“<sup>13</sup>, „Tatbestandsergänzungsvorschrift“<sup>14</sup> oder als „Tatbestandserweiterung“<sup>15</sup> angesehen. Zu Recht kritisiert Rogall<sup>16</sup> diese Begrifflichkeiten als zu undifferenziert und zu ungenau. Um zunächst ein dogmatisches<sup>17</sup> Verständnis für die Funktionsweise dieser Vorschrift zu entwickeln, ist ihrer normtheoretischen Struktur und Funktion hier ein Stück weit<sup>18</sup> auf den Grund zu gehen.

Bereits aus der Stellung im Allgemeinen Teil des StGB ergibt sich, dass § 14 StGB kein eigenständiger Straftatbestand ist.<sup>19</sup> Wenn § 14 Abs. 1 und Abs. 2 StGB sich dem Wortlaut nach auf ein „Gesetz“ bezieht, nach dem besondere persönliche Merkmale die Strafbarkeit begründen, so kann damit nur ein Strafgesetz gemeint sein.<sup>20</sup> Vor diesem Ausgangspunkt stellt sich dann aber die Frage, wie der Normbefehl des § 14 StGB zu verstehen ist, dass dieses Strafgesetz auch auf den Vertreter oder Beauftragten „anzuwenden“ ist. Dies lässt mehrere Deutungs- und Interpretationsmöglichkeiten zu:

#### a) Rechtsfolgenverweisung

Man könnte § 14 StGB als eine Rechtsfolgenverweisung interpretieren.<sup>21</sup> Liegen die Voraussetzungen des § 14 StGB vor, so wäre auf den handelnden Vertreter oder Beauftragten die Rechtsfolge des in Bezug genommenen Strafgesetzes anzuwenden. Der Vertreter oder Beauftragte wäre wie der Normadressat des Strafgesetzes zu sanktionieren, würde aber nicht selbst zum Adressaten der Strafvorschrift.

<sup>12</sup> Vgl. Többens, NStZ 1999, 1 (2 ff.).

<sup>13</sup> Lackner/Kühl (Fn. 2), § 14 Rn. 1; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 27 Rn. 85.

<sup>14</sup> Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 14 Rn. 1 (m.w.N.).

<sup>15</sup> Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 21/10.

<sup>16</sup> Rogall (Fn. 9), S. 154.

<sup>17</sup> Zur Entstehungsgeschichte der Vorschrift vgl. Rogall (Fn. 9), S. 147 ff.

<sup>18</sup> Eine vertiefte und umfassende Erläuterung der Normlogik findet sich bei Kawan, Die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung (§ 14 StGB) in ihrem normlogischen Begründungszusammenhang, 1992.

<sup>19</sup> Rogall (Fn. 9), S. 154.

<sup>20</sup> Rogall (Fn. 9), S. 154.

<sup>21</sup> Rogall (Fn. 9), S. 154.

#### b) Rechtsgrundverweisung – begrifflich akzessoritätsfreie Lösung

Sieht man in der Vorschrift des § 14 StGB dagegen die Anforderung das in Bezug genommene Strafgesetz auch in allen seinen tatbestandlichen Voraussetzungen auf den Vertreter anzuwenden, so ist von einer Rechtsgrundverweisung auszugehen.<sup>22</sup> Über das Bindeglied des § 14 StGB wäre die in Frage stehende Person von Anfang an selbst Normadressat des in Bezug genommenen Straftatbestandes. Doch wie ist dies zu bewerkstelligen, wenn gerade die täterschaftsbegründenden Merkmale des Tatbestandes bei ihm nicht vorliegen? Erreichen ließe sich dies nur, indem man konstruktiv auch diese Sachverhalte unter die im Tatbestand verwendeten Statusbegriffe (z.B. „Kaufmann“, „Arbeitgeber“ etc.) subsumieren könnte. Dies läuft i.E. aber auf eine eigenständige strafrechtliche Begriffsbildung unter Aufgabe von vorhandenen begrifflichen und rechtlichen Akzessorietäten hinaus.<sup>23</sup> So würde etwa der Geschäftsführer einer GmbH aus dem obigen Beispiel bei Bankrotthandlungen aus strafrechtlicher Sicht zu einem „Kaufmann“ mit eigener Pflichtenstellung zur Führung von Handelsbüchern erhoben, wohingegen das Handelsrecht ihm diese Eigenschaft und die daran anknüpfenden Verpflichtungen nach wie vor abspräche.

#### c) Tatbestandsergänzungslösung (Inkorporation)

Die handelnde Person würde auch dann Normadressat einer in Bezug genommenen Strafvorschrift, wenn man in § 14 StGB die Anordnung einer sog. Inkorporation sieht. Hierunter ist ganz allgemein die Ergänzung einer Vorschrift zu verstehen.<sup>24</sup> Mit der eben unter b) dargestellten Interpretation hat diese Lösung gemein, dass der Handelnde über § 14 StGB in den Kreis der Normadressaten „hineingelesen“ wird. Der entscheidende Unterschied besteht jedoch darin, dass begriffliche und rechtliche Akzessorietäten beibehalten werden. Im obigen Beispiel ist der Geschäftsführer der GmbH im Anschluss an das Handelsrecht kein „Kaufmann“. § 283 Abs. 1 Nr. 5 StGB müsste dann aber durch § 14 StGB ergänzt und wie folgt gelesen werden: „Mit [...] wird bestraft, wer bei Überschuldung oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit Handelsbücher, zu deren Führung er selbst gesetzlich verpflichtet ist oder als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person, welcher eine solche Verpflichtung obliegt, etc. [...] es zu führen unterlässt [...].“

#### d) Normneuschöpfung

Schließlich ließe sich § 14 StGB auch so verstehen, dass dessen Voraussetzungen nicht dazu führen, dass die dort bezeichneten Vertreter und Beauftragten in Verbindung mit dem in Bezug genommenen Strafgesetz zu Normadressaten einer bestehenden Strafvorschrift werden. Denkbar wäre in dem Zusammenspiel von § 14 StGB und dem in Bezug genommenen Straftatbestand die Anordnung einer neuen, eigenständigen Vorschrift für die strafrechtliche Organ- und

<sup>22</sup> Kawan (Fn. 18), S. 146 ff.

<sup>23</sup> Vgl. Rogall (Fn. 9), S. 155.

<sup>24</sup> Vgl. Kawan (Fn. 18), S. 191.

Vertreterhaftung zu sehen.<sup>25</sup> Der so geschaffene Tatbestand hätte als Konstante die Täterbeschreibung des § 14 StGB und als Variable die Bestandteile des im Einzelfall anzuwendenden Strafgesetzes.<sup>26</sup>

#### e) Stellungnahme

§ 14 Abs. 1 und Abs. 2 StGB knüpft an eine Handlung an, denn nur, wenn jemand „handelt“, ist die situative Einstiegsvoraussetzung für eine Prüfung des § 14 StGB eröffnet (vgl. dazu ausführlich unten II. 2. b). Es wird daher schnell ersichtlich, weshalb die Interpretation des § 14 StGB als reine Rechtsfolgenverweisung nicht überzeugen kann. Anknüpfungspunkt für eine Prüfung dieser Vorschrift kann nur die Handlung des im Einzelfall in Bezug genommenen Strafgesetzes sein. Aus sich selbst heraus kann § 14 StGB die Frage, für welche Handlung des Vertreters oder Beauftragten er gelten soll, nicht beantworten. Daher weist diese Vorschrift keinen eigenständigen und vollständigen Normbefehl auf, so dass eine tragfähige Grundlage für eine Rechtsfolgenverweisung fehlt.

Aber auch eine begriffliche (akzessoritätsfreie) Lösung im Rahmen einer Rechtsgrundverweisung kann hier nicht zutreffend sein. Das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot im engeren Sinne („nullum crimen sine lege certa“) stellt hohe Anforderungen an die inhaltliche Fassung von Straftatbeständen.<sup>27</sup> Jeder soll in hinreichend verläSSLicher Weise vorhersehen können, welches Verhalten konkret mit Strafe bedroht ist, damit er sein Verhalten entsprechend ausrichten kann.<sup>28</sup> Eine eigenständige strafrechtliche Begriffsbildung, wie man sie für die praktische Umsetzbarkeit einer Rechtsgrundverweisung benötigt, kann diese Vorgabe des Rechtsstaates nicht erfüllen. Eine solche Lösung führt zur Zersplitterung der Rechtsordnung in Subsysteme. Für den Rechtsunterworfenen ist durch die begriffliche Ablösung von Instituten und Begriffen der übrigen Rechtsordnung nicht erkennbar, ob er Adressat der Strafvorschrift geworden ist. Die begriffliche (akzessoritätsfreie) Lösung in Gestalt einer Rechtsgrundverweisung scheidet als tragfähige Interpretation somit aus.

Für die Normneuschöpfung scheint zu sprechen, dass der jeweils über § 14 StGB in Bezug genommene Straftatbestand schon komplett erscheint.<sup>29</sup> Eine tatbestandliche Ergänzung, wie es nach der Inkorporationslösung erforderlich wäre, scheint deshalb nicht möglich. Dem Rechnung tragend, ist die Interpretation des § 14 StGB als Aufforderung zur Normneuschöpfung konsequent – aber keinesfalls zwingend. Nahezu jede Vorschrift des Allgemeinen Teils des StGB kann als ein vor die Klammer gezogenes Instrument zur Modifikation von Straftatbeständen angesehen werden. Die von der Organ- und Vertreterhaftung betroffenen Sachverhalte lassen sich ausgehend von ihrer Regelung in einer Vorschrift des Allgemeinen Teils in jedes spezifische Strafgesetz problem-

los hineinlesen.<sup>30</sup> Es besteht deshalb nicht die Notwendigkeit, von der Entstehung neuer Strafnormen auszugehen.

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass § 14 StGB wie ein vor die Klammer gezogenes Instrument zur Modifikation von Straftatbeständen im Sinne einer Ergänzung des Täterkreises und der dadurch notwendigen Anpassungen des in Bezug genommenen Norminhaltes wirkt.

## 2. Tatbestandliche Voraussetzungen des § 14 StGB

### a) Persönlicher Anwendungsbereich

Hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereichs unterscheidet § 14 StGB danach, ob eine natürliche Person aufgrund einer gesetzlichen Regelung dazu berufen ist, für eine andere Person zu handeln (Abs. 1) oder aufgrund einer Beauftragung Leitungsaufgaben innerhalb eines Betriebes wahrnimmt (Abs. 2). Durch Abs. 3 der Vorschrift fällt grundsätzlich auch der faktisch Handelnde bei der Wahrnehmung von Aufgaben im Sinne der Absätze 1 und 2 in den Anwendungsbereich.

#### aa) Vertreter gem. § 14 Abs. 1 StGB

Zu den Vertretern, die aufgrund einer gesetzlichen Befugnis für eine andere Person handeln, gehören die organschaftlichen Vertreter juristischer Personen (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB). Nach dem Gesellschaftsrecht ist dies für die GmbH der Geschäftsführer (§ 35 GmbHG). Für den rechtsfähigen Verein, die rechtsfähige Stiftung, die Aktiengesellschaft oder die Genossenschaft ist dies der Vorstand (§§ 26, 29, 86, 88 BGB, §§ 76, 85 AktG; § 24 GenG).<sup>31</sup> Dabei ist unerheblich, ob das Organ mehrgliedrig ist, also aus einer oder mehreren Personen besteht.<sup>32</sup> Ebenfalls aufgrund einer gesetzlichen Befugnis handeln für Personenhandelsgesellschaften (§ 14 Abs. 1 Nr. 2 StGB) die Gesellschafter der OHG (§ 125 HGB), für die Kommanditgesellschaft die persönlich haftenden Komplementäre (§§ 161, 170 HGB). Auch die gesetzlichen Vertreter eines andern (§ 14 Abs. 1 Nr. 3 StGB) leiten ihre Handlungs- und Vertretungsbefugnis zwar aus dem Gesetz ab, doch sind diese Personen regelmäßig keine Unternehmensverantwortlichen.

#### bb) Beauftragte gem. § 14 Abs. 2 StGB

Zu den Beauftragten des § 14 Abs. 2 StGB zählen Betriebs- und Niederlassungsleiter (§ 14 Abs. 2 Nr. 1 StGB) sowie Abteilungs- und Bereichsleiter (§ 14 Abs. 2 Nr. 2 StGB). Die strafrechtliche Verantwortung dieser Beauftragten setzt voraus, dass sie ganz oder teilweise selbstständig und verantwortlich für die Unternehmensleitung in einem bestimmten Aufgabenbereich handeln.<sup>33</sup> Den Beauftragten muss daher bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben eine gewisse Entscheidungsbefugnis innerhalb des zugewiesenen Aufgabenbereichs zustehen.

<sup>25</sup> Rogall (Fn. 9), S. 155.

<sup>26</sup> Rogall (Fn. 9), S. 155.

<sup>27</sup> Vgl. dazu Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 15 III. 3. m.w.N.

<sup>28</sup> BVerfGE 92, 1 (12); BGHSt 23, 167 (171).

<sup>29</sup> Rogall (Fn. 9), S. 155.

<sup>30</sup> Rogall (Fn. 9), S. 155.

<sup>31</sup> Vgl. Perron (Fn. 14), § 14 Rn. 16/17.

<sup>32</sup> Vgl. Raum (Fn. 7), Kap. 4 Rn. 11.

<sup>33</sup> Fischer (Fn. 4), § 14 Rn. 11 ff.

*cc) Faktisch Handelnde gem. § 14 Abs. 3 StGB*

Auch sollen über § 14 Abs. 3 StGB Personen in den Anwendungsbereich der Organ- und Vertreterhaftung einbezogen werden, wenn das zu Grunde liegende Bestellungsverhältnis unwirksam ist. Die Einzelheiten der strafrechtlichen Verantwortung sog. faktischer Organe werden aufgrund ihrer erheblichen praktischen Bedeutung an späterer Stelle ausführlich besprochen (vgl. unten III.).

*b) Begriff der Handlung*

Zu Normadressaten der in Bezug genommenen Strafvorschrift werden die in den persönlichen Anwendungsbereich des § 14 StGB fallenden Personen nur dann, wenn und soweit sie in ihrer dort beschriebenen Eigenschaft handeln. Handeln kann dabei ein positives Tun oder ein pflichtwidriges Unterlassen sein. Ebenso fällt rechtsgeschäftliches wie auch nicht-rechtsgeschäftliches Handeln unter diesen Begriff.<sup>34</sup> Die Vorschrift setzt voraus, dass die handelnden Personen „als“ Organ oder Vertreter (§ 14 Abs. 1 StGB) bzw. „auf Grund dieses Auftrages“ (§ 14 Abs. 2 StGB) tätig werden.<sup>35</sup> Zwischen der Handlung und dem Pflichtenkreis des Vertretenen muss daher ein Zusammenhang bestehen, denn anderenfalls ist eine Handlung nicht „als“ eine solche des Vertreters oder des Beauftragten zu qualifizieren. Wann dies aber genau der Fall ist, gehört zu einer stark umstrittenen Frage der Strafrechtsdogmatik.<sup>36</sup> Um diese Problematik nachvollziehen zu können, gilt es, sich mit den von der Rechtsprechung und der Literatur vertretenen Ansichten auseinanderzusetzen, die insbesondere vor dem Hintergrund der Abgrenzung im Insolvenzstrafrecht (§ 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB) und der Untreue (§ 266 StGB) besondere praktische Bedeutung erlangt haben.<sup>37</sup> Doch bevor eine Stellungnahme zu den einzelnen Ansichten erfolgen kann, gilt es, sich zunächst einen Überblick über die verschiedenen Lösungsansätze zu verschaffen:

*aa) Interessentheorie*

Bis zur Entscheidung des 3. Strafsenates des BGH vom 10.2.2009<sup>38</sup> wurde vom BGH in steter Rechtsprechung die sog. „Interessentheorie“ vertreten.<sup>39</sup> Hiernach besteht ein Zusammenhang zwischen dem Handeln des Vertreters bzw. Beauftragten mit dem Pflichtenkreis des Vertretenen, wenn der Täter wenigstens auch im Interesse des Vertretenen handelt. Nach der Rechtsprechung ist deshalb danach zu unterscheiden, ob der Täter im Eigen- oder Fremdinteresse handelt, wobei es auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise ankommen soll.<sup>40</sup> Liegen also ausschließlich eigennützige Interessen bei einem Tun vor, so handelt der Täter nicht in

der von § 14 StGB vorausgesetzten Eigenschaft als Vertreter oder Beauftragter. In diesem Zusammenhang gilt es, eine wichtige Ausnahme zu kennen. Der BGH nimmt trotz eines Handelns im Eigeninteresse gleichwohl (noch) einen Bezug zum Vertretenen an, wenn ein Einverständnis des Vertretenen vorliegt.<sup>41</sup> Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn etwa der Geschäftsführer im Einverständnis mit dem Komplementär einer KG handelt.<sup>42</sup> Der Grund für die abweichende Behandlung dieser Konstellation ist darin zu sehen, dass es hier an einem Interessenwiderstreit zwischen dem Handelnden und dem Vertretenen fehlt. Das Handeln des Geschäftsführers bewegt sich in dem durch das Einverständnis erweiterten Auftrag des Vertretenen, selbst wenn der Geschäftsführer dabei eigennützige Zwecke verfolgen sollte.<sup>43</sup>

*bb) Funktionstheorie*

Einen anderen Weg zur Begründung des erforderlichen Zusammenhangs zwischen dem Handeln des Vertreters und dem Pflichtenkreis des Vertretenen begründet die sog. „Funktionstheorie“.<sup>44</sup> Hiernach muss das Handeln des Vertreters in einem funktionalen Zusammenhang mit dem Aufgaben- und Pflichtenkreis stehen, der mit der (organschaftlichen) Vertretung wahrgenommen wird.<sup>45</sup> Das ist dann der Fall, wenn der Täter seine organspezifischen Einwirkungsmöglichkeiten bei seinem Tun nutzen muss.<sup>46</sup> Nicht ausreichend ist es, wenn die Vertreterstellung zu der fraglichen Handlung dafür nur die Gelegenheit bietet.<sup>47</sup> Vereinfacht ausgedrückt: Handlungen, die erst die Vertreter- bzw. Organstellung ermöglichen, fallen in den Handlungsbereich des § 14 StGB. Handlungen, die auch ohne diese Stellung von einem beliebigen Dritten begangen werden könnten, sind hierfür unbeachtlich.<sup>48</sup>

*cc) Zurechnungsmodell*

Schließlich wird das sog. „Zurechnungsmodell“ in der Literatur vertreten.<sup>49</sup> Mit der Funktionstheorie hat diese Ansicht gemein, dass es sich bei der Frage der Einordnung der Handlung „als“ Vertreter oder „auf Grund eines Auftrages“ um eine Problematik der Zurechnung handelt.<sup>50</sup> Ist die Handlung des Vertreters dem Vertretenen also zuzuschreiben? Nach dem Zurechnungsmodell ist zur Beantwortung dieser Frage nach dem legitimierenden Grund zu suchen, warum das im Tatbestand eines Sonderdeliktes auf den Vertretenen bezogene besondere persönliche Merkmal über § 14 StGB auf den

<sup>34</sup> Perron (Fn. 14), § 14 Rn. 25.

<sup>35</sup> BGH NStZ 2009, 437 (438).

<sup>36</sup> Vgl. Brand, NStZ 2010, 9.

<sup>37</sup> Radtke, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, Vor §§ 283 ff. Rn. 54.

<sup>38</sup> BGH NStZ 2009, 437.

<sup>39</sup> Vgl. BGHSt 30, 127 (128 f.); 34, 221 (223); BGH NStZ 2000, 206 (207).

<sup>40</sup> BGHSt 30, 127 (128 f.).

<sup>41</sup> BGHSt 34, 221 (223).

<sup>42</sup> BGHSt 34, 221 (223).

<sup>43</sup> BGHSt 34, 221 (223).

<sup>44</sup> Vgl. Arloth, NStZ 1990, 570 (574); Perron (Fn. 14), § 14 Rn. 26; Jordan, Jura 1999, 305; Weber, StV 1988, 17; vgl. auch Tiedemann, NJW 1986, 1842 (1844).

<sup>45</sup> Vgl. Arloth, NStZ 1990, 570 (574).

<sup>46</sup> Arloth, NStZ 1990, 570 (574).

<sup>47</sup> Perron (Fn. 14), § 14 Rn. 26.

<sup>48</sup> Arloth, NStZ 1990, 570 (574).

<sup>49</sup> Radtke (Fn. 37), Vor §§ 283 ff. Rn. 57.

<sup>50</sup> Radtke (Fn. 37), Vor §§ 283 ff. Rn. 56 f.

Vertreter zu übertragen ist.<sup>51</sup> Grundvoraussetzung ist dabei immer, dass ein Handeln des Vertreters im Geschäftskreis des Vertretenen erfolgt.<sup>52</sup> Im Einzelfall ist dann eine Zurechnung im Zusammenspiel mit den Besonderheiten des jeweiligen Tatbestandes und den Umständen der Handlung des Vertreters zu ermitteln.<sup>53</sup>

#### dd) Stellungnahme

Die Interessentheorie ist erheblichen Einwänden ausgesetzt.<sup>54</sup> Auch der 3. *Strafsenat* des BGH scheint mit der bereits oben zu Beginn unter aa) genannten Entscheidung<sup>55</sup> eine deutliche Abkehr von der bislang gefestigten Rechtsprechung vollziehen zu wollen. Ob dies tatsächlich zu einer grundlegenden Richtungsänderung über sämtliche Senate des BGH hinweg bis hin zu den Instanzgerichten führen wird, bleibt aber vorerst noch abzuwarten.<sup>56</sup> In der – sehr lesenswerten – Entscheidung führt der 3. *Senat* dann selbst die wesentlichen Argumente gegen die Interessentheorie aus:<sup>57</sup>

Gegen die Interessentheorie spricht bereits, dass sie mit dem „Interesse“ als Bezugspunkt der Abgrenzung auf ein ausschließlich subjektives Merkmal abstellt, welches vom Wortlaut des § 14 StGB nicht gefordert ist.<sup>58</sup> Auch die mittels der Interessentheorie gefundenen Ergebnisse bieten dann Grund zur eingehenden Kritik, insbesondere wenn es um Fallkonstellationen der Abgrenzung zwischen den Insolvenzdelikten und der Untreue nach § 266 StGB geht.<sup>59</sup> Mit der Pönalisierung der in § 283 StGB genannten Handlungen soll einem wirtschaftlich verantwortungslosen Verhalten entgegengetreten werden, das die Gläubigerinteressen und allgemeine Belange der Gesamtwirtschaft bzw. der Kreditwirtschaft gefährdet.<sup>60</sup> Der BGH veranschaulicht vor diesem Hintergrund dann u.a. am Beispiel der „Ein-Mann-GmbH“, wie die Interessentheorie diesen Schutzzweck verkürzt, wenn beispielsweise der personenidentische Gesellschafter/Geschäftsführer angesichts der drohenden Insolvenz seiner GmbH zur Benachteiligung der Gläubiger das Vermögen entzieht, indem er Gelder der Gesellschaft auf seine privaten Konten umleitet (= Tathandlung des § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB). Nach wirtschaftlicher Betrachtung handelt der Geschäftsführer hier unstreitig eigennützig, so dass nach der Interessentheorie seine Handlung nicht „als“ Organ der Gesellschaft gem. § 14

Abs. 1 StGB angesehen werden kann. Trotz Eigennutz und Verursachung der Insolvenz ist er in der Folge gleichwohl nicht wegen Bankrotts strafbar.<sup>61</sup> Als „Auffangtatbestand“ kommt dann ggf. die Untreue gem. § 266 Abs. 1 StGB in Betracht. Dieser Rückzug auf die Untreue versagt aber zumeist dann, wenn Bankrotthandlungen im Sinne des § 283 Abs. 1 Nr. 5-7 StGB wegen Buchführungs- und Bilanzierungspflichten (vgl. bereits oben I.) mittels der Interessentheorie beurteilt werden sollen. Fehlt es an einem Interesse der vertretenen Gesellschaft bei einem Verstoß gegen diese Buchführungs- und Bilanzierungspflichten scheidet nicht nur die Bankrottstrafbarkeit aus. In Ermangelung eines feststellbaren bzw. nachweisbaren Vermögensschadens der Gesellschaft ist dann regelmäßig auch die Strafbarkeit wegen Untreue nicht zu begründen.<sup>62</sup> Ein nicht überzeugendes Ergebnis. Die Interessentheorie ist daher zusammen mit dem 3. *Strafsenat* des BGH mit Recht abzulehnen.

Aber auch die „Funktionstheorie“ kann schlussendlich nicht überzeugen. Zwar ist dieser Ansicht zunächst zuzugestehen, dass sie mit ihrem Anknüpfungspunkt an die organspezifischen Einwirkungsmöglichkeiten einen vom Willen des Täters unabhängigen Anknüpfungspunkt wählt und deshalb nicht wie die Interessentheorie das Wortlautargument des § 14 StGB gegen sich hat. Außerdem wird man dieser Ansicht zugeben müssen, dass sie die Abgrenzungsprobleme zwischen den Tatbeständen des Insolvenzstrafrechts einerseits und der Untreue andererseits deutlich relativieren kann.<sup>63</sup> Gleichwohl ist diese funktionale Betrachtung im Kern nicht zutreffend. Wie *Radtke* in diesem Zusammenhang klarstellt, beruht die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung nicht etwa auf der Organstellung etc., sondern auf dem Gedanken der Pflichtenteilhabe.<sup>64</sup> Der Vertreter übernimmt die Erfüllung einer (außerstrafrechtlichen) Pflicht des Vertretenen, deren Nichtbeachtung mit Strafe bedroht ist. Deshalb setzt der Vertreterbezug des § 14 StGB stets voraus, dass das Verhalten des Vertreters in einem normativen Sinn sich als ein Verhalten des Vertretenen qualifizieren lässt, denn nur dies bietet die Rechtfertigung der Übertragung der besonderen persönlichen Merkmale auf den Vertreter.<sup>65</sup> Diesen dogmatischen Anknüpfungspunkt verkennt die Funktionstheorie.

Das „Zurechnungsmodell“ bietet deshalb den Ausgangspunkt von überzeugenden Lösungsmöglichkeiten, die im Einzelfall aber noch näher zu begründen sind. Maßstab hierfür ist grundsätzlich das Rechtsverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem.<sup>66</sup> Hiernach ist bei einem rechtsgeschäftlichen Handeln des Vertreters die Zurechnung dann gewährleistet, wenn der Vertreter entweder im Namen des Vertretenen gehandelt hat oder diesen zumindest die Rechtswirkungen des Geschäftes treffen.<sup>67</sup> Bei tatsächlichem Handeln ist die Begründung über das Zurechnungsmodell problemati-

<sup>51</sup> *Radtke* (Fn. 37), Vor §§ 283 ff. Rn. 57.

<sup>52</sup> *Radtke* (Fn. 37), Vor §§ 283 ff. Rn. 57.

<sup>53</sup> *Radtke* (Fn. 37), Vor §§ 283 ff. Rn. 57.

<sup>54</sup> Vgl. exemplarisch *Arloth*, NStZ 1990, 570; *Labsch*, wistra 1985, 1 (6 ff.) – jeweils m.w.N.

<sup>55</sup> BGH NStZ 2009, 437.

<sup>56</sup> Eine Änderung der Rechtsprechung wurde – ohne Erfolg (vgl. RGSt 73, 117) – schon einmal durch eine Entscheidung vom 22.12.1938 vom 2. *Strafsenat* des RG unternommen (RGSt 73, 68), wogegen sich dann die Entscheidung BGHSt 6, 314 (317) nochmals ausdrücklich wendet. Vgl. dazu auch *Brand*, NStZ 2010, 9.

<sup>57</sup> BGH NStZ 2009, 437 (439 ff.).

<sup>58</sup> BGH NStZ 2009, 437 (439); *Arloth*, NStZ 1990, 570.

<sup>59</sup> Vgl. *Arloth*, NStZ 1990, 570.

<sup>60</sup> *Heine* (Fn. 5), § 283 Rn. 1.

<sup>61</sup> BGH NStZ, 2009, 437 (439).

<sup>62</sup> BGH NStZ, 2009, 437 (439).

<sup>63</sup> *Arloth*, NStZ 1990, 570.

<sup>64</sup> *Radtk*e (Fn. 37), Vor §§ 283 ff. Rn. 56.

<sup>65</sup> *Radtk*e (Fn. 37), Vor §§ 283 ff. Rn. 56.

<sup>66</sup> *Radtk*e (Fn. 37), Vor §§ 283 ff. Rn. 56.

<sup>67</sup> *Radtk*e (Fn. 37), Vor §§ 283 ff. Rn. 58.

scher. Liegt eine Zustimmung des Vertretenen zu dem fraglichen faktischen Verhalten vor, so liegt auch ein Vertreterbezug vor.<sup>68</sup> Das Handeln des Vertreters bewegt sich dann in dem durch das Einverständnis erweiterten Auftrag des Vertretenen. Fehlt es an einer solchen Zustimmung, scheidet eine Zurechnung des besonderen persönlichen Merkmals über § 14 StGB grundsätzlich aus. Es kommt dann ggf. eine Strafbarkeit wegen allgemeiner Eigentums- und Vermögensdelikten in Betracht.<sup>69</sup> Etwas anderes gilt bei Fällen der fehlenden Zustimmung jedoch dann, wenn sich das tatbestandsmäßige Verhalten als fehlerhafte Erfüllung einer strafbewehrten außerstrafrechtlichen Pflicht des Vertretenen darstellt,<sup>70</sup> wie etwa die Buchführungs- und Bilanzierungspflichten. Der Vertreterbezug wird hier bereits durch die gesetzlich vorgeschriebene Übernahme der Erfüllung dieser Pflicht seitens des Vertreters hergestellt (etwa als Geschäftsführer einer GmbH die Pflicht zur ordnungsgemäßen kaufmännischen Buchführung zu übernehmen).<sup>71</sup>

Das Zurechnungsmodell fordert vom Rechtsanwender sicherlich den größten Begründungsaufwand, ist im Gegenzug aber als einziger Lösungsansatz in der Lage, alle in Betracht kommenden Konstellationen mit seinem Ansatz sachgerecht zu erfassen.

#### c) Begriff der besonderen persönlichen Merkmale

Tatbestandliche Voraussetzung ist ferner, dass besondere persönliche Merkmale, die eine Strafbarkeit begründen, nicht beim Vertreter oder Beauftragten vorliegen. Diese müssen dann aber beim Vertretenen vorliegen. Doch was sind solche Merkmale? Besondere persönliche Merkmale sind nach der Legaldefinition des § 14 Abs. 1 StGB zunächst „besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände“. Dem Zweck der Vorschrift entsprechend, muss es sich bei den genannten Merkmalen zugleich um solche handeln, die tatsächlich übertragen werden können.<sup>72</sup> Dies sind Merkmale mit statusbeschreibender (z.B. „Arbeitgebereigenschaft“, § 266a StGB), tätigkeitsbezogener (z.B. „Nichtablieferung radioaktiver Abfälle“, § 326 Abs. 3 StGB) oder auch rein individueller Struktur (z.B. „Pflichten in der Vermögenskrise“, § 283 StGB).<sup>73</sup> Im Umkehrschluss scheiden in der Folge alle objektiv-täterschaftlichen Merkmale mit höchstpersönlichem Charakter aus (z.B. Beamteneigenschaft), ebenso subjektiv-täterschaftliche Merkmale, etwa Motive oder besondere Absichten.<sup>74</sup>

<sup>68</sup> Dieses Ergebnis deckt sich mit der vom BGH entschiedenen Ausnahme bei der Interessentheorie, wenn trotz Eigeninteresses der Vertreterbezug bei einer Einwilligung des Vertretenen bejaht wird, vgl. BGHSt 34, 221 (223).

<sup>69</sup> Radtke (Fn. 37), Vor §§ 283 ff. Rn. 58.

<sup>70</sup> Radtke (Fn. 37), Vor §§ 283 ff. Rn. 58.

<sup>71</sup> Radtke (Fn. 37), Vor §§ 283 ff. Rn. 58.

<sup>72</sup> Perron (Fn. 14), § 14 Rn. 8.

<sup>73</sup> Raum (Fn. 7), Kap. 4 Rn. 9.

<sup>74</sup> Tiedemann, NJW 1986, 1842 (1843 f.); Perron (Fn. 14), § 14 Rn. 8 (m.w.N.).

### III. Strafrechtliche Verantwortlichkeit des sog. faktischen Organs

Nachdem die Grundzüge der strafrechtlichen Organhaftung aufgezeigt sind, ist im Folgenden die Fragestellung zu untersuchen, ob auch Personen in den Regelungsbereich der strafrechtlichen Organhaftung fallen, die zwar Organaufgaben wahrnehmen, nach dem Gesellschaftsrecht aber nicht wirksam Organ bzw. Organmitglied geworden sind (sog. faktische Organe). Der Schwerpunkt der folgenden Überlegungen liegt entsprechend der praktischen Bedeutung beim faktischen Geschäftsführer einer GmbH.<sup>75</sup>

#### 1. Die faktische Organstellung

Die Rechtsfigur des sog. faktischen Organs ist eine Schöpfung der Rechtsprechung.<sup>76</sup> Der Anwendungsbereich von Tatbeständen aus dem Bereich des Wirtschaftsstrafrechts, die an eine Organstellung anknüpfen, soll nach dem BGH grundsätzlich auch auf solche Personen auszudehnen sein, die die Stellung eines Organs nur tatsächlich einnehmen.<sup>77</sup> Der strafrechtlichen Rechtsprechung liegt dabei die kriminalpolitische Überlegung zu Grunde, dass nicht nur derjenige, der nach den Regeln des Gesellschaftsrechts ordnungsgemäß eingesetzt ist, für sein Tun strafrechtlich verantwortlich sein soll, sondern auch derjenige, dessen Einsetzung fehlerhaft ist.

#### a) Mögliche Entstehungsgründe für eine faktischen Organstellung

Die Gründe, weshalb es zu einem Tätigwerden eines faktischen Organs kommen kann, sind vielfältig:<sup>78</sup>

Es sind hier zunächst die Fallkonstellationen zu nennen, in denen die ordnungsgemäße Bestellung einer Person als Organ oder Organmitglied beabsichtigt gewesen und die Einsetzung nach den Regeln des Gesellschaftsrechts unwirksam geblieben ist, etwa weil diese gegen die Satzungsvorschriften des Gesellschaftsvertrages verstößt, wirksam angefochten wurde oder der für die Bestellung zugrunde liegende Gesellschafterbeschluss nichtig ist.<sup>79</sup>

Praktische Bedeutung erlangt zudem die Situation, dass bewusst und auch gewollt eine Person als faktischer Geschäftsführer für eine GmbH tätig wird. Die Motivation für ein solches Vorgehen ist vielschichtig. Ein Grund kann in der schlechten Reputation des eigentlichen Geschäftsführers aus vorangegangenen Vorkommnissen sein. Aber auch das Gesetz selbst bietet beispielsweise in § 6 Abs. 2 S. 3 GmbHG Anlass für das Tätigwerden eines faktischen Geschäftsführers. Nach dieser Vorschrift kann eine Person, die wegen einer Insolvenzstrafat gem. §§ 283 bis 283d StGB verurteilt

<sup>75</sup> Vgl. zum faktischen Vorstandsmitglied BGHSt 21, 101.

<sup>76</sup> BGHZ 41, 282 (287); 104, 44 (46); BGHSt 3, 32; 6, 314 (316); 31, 118; BGH JZ 2001, 309; Schulz, StraFo 2003, 155; vgl. auch die Übersicht zur strafrechtlichen Rechtsprechung bei Dierlamm, NSTZ 1996, 153 (154 f.).

<sup>77</sup> Vgl. dazu BGH wistra 1998, 148.

<sup>78</sup> Vgl. Krekeler/Werner (Fn. 6), 1. Teil C. Rn. 32 ff.; Dierlamm, NSTZ 1996, 153.

<sup>79</sup> Krekeler/Werner (Fn. 6), 1. Teil C. Rn. 32 (m.w.N.).

worden ist, für die Dauer von fünf Jahren nach Rechtskraft des Urteils nicht zum Geschäftsführer einer GmbH bestellt werden.<sup>80</sup> Um diese Sperrwirkung einer Verurteilung zu umgehen, wird nicht selten eine andere Person als Geschäftsführer ordnungsgemäß bestellt und in das Handelsregister aufgenommen (sog. formeller Geschäftsführer). Doch dieser kommt häufig nicht über eine Rolle als „Strohmann“ hinaus, denn die eigentlichen Geschäfte und Entscheidungen werden von der verurteilten Person im Hintergrund als faktischem Geschäftsführer wahrgenommen.<sup>81</sup> Einen vergleichbaren Anlass für eine entsprechende Umgehungshandlung bietet auch § 6 Abs. 2 S. 4 GmbHG, wenn unter den dort näher bestimmten Umständen einer Person die Geschäftsführertätigkeit in einer GmbH auf Zeit untersagt worden ist.

#### b) Voraussetzungen einer faktischen Geschäftsführung

Jede natürliche Person kommt grundsätzlich als faktischer Geschäftsführer in Betracht. Ob eine faktische Geschäftsführung vorliegt, ist stets einzelfallbezogen zu entscheiden. Nach der Rechtsprechung kommt es auf die Einordnung der Rechtsbeziehung der faktisch handelnden Person zum Unternehmen prinzipiell nicht an.<sup>82</sup> Der BGH verlangt hingegen im Bereich des Tatsächlichen, dass sowohl innerhalb des Betriebes als auch nach außen alle tatsächlichen Dispositionen weitgehend vom faktischen Geschäftsführer ausgehen und dieser im Übrigen auf sämtliche Geschäftsvorfälle bestimmenden Einfluss hat.<sup>83</sup> Dieser tatsächliche Einfluss muss in Übereinstimmung mit dem Willen der Gesellschafter ausgeübt werden, eine lediglich einseitige Anmaßung der Geschäftsführung ist nicht ausreichend.<sup>84</sup> Ist daneben ein formeller Geschäftsführer vorhanden, so wird die Stellung einer Person als faktischer Geschäftsführer dann angenommen, wenn dieser einen überragenden Einfluss einnimmt oder zumindest ein deutliches Übergewicht bei den betrieblichen Entscheidungsprozessen innehat.<sup>85</sup>

Von den nachfolgend aufgelisteten acht klassischen Merkmalen im Kernbereich der Geschäftsführung muss der Täter zumindest sechs erfüllt haben, damit ihm eine Stellung als faktisches Organ zuerkannt wird:<sup>86</sup>

- Bestimmen der Unternehmenspolitik
- Unternehmensorganisation (verbunden mit dem Auftreten gegenüber Mitarbeitern)
- Personalhoheit (insbesondere Einstellung, Entlassung von Mitarbeitern sowie Erstellung von Zeugnissen)
- Gehaltshöhe (mit Geschäftsführer identisch oder vergleichbar)
- Gestaltung der Geschäftsbeziehungen zu Vertragspartnern

<sup>80</sup> Vgl. BGH JZ 2001, 309.

<sup>81</sup> Vgl. BGHSt 3, 32; 21, 101.

<sup>82</sup> *Krekeler/Werner* (Fn. 6), I. Teil C. Rn. 35.

<sup>83</sup> Vgl. BGHSt 31, 118; BGH StraFo 2000, 351 (352); *Eidam*, StraFo 2003, 299 (300).

<sup>84</sup> Vgl. *Eidam*, StraFo 2003, 299.

<sup>85</sup> BGHSt 46, 62 (64); BGH NStZ 2000, 34.

<sup>86</sup> BGH NJW 1997, 66 (67); BayObLG NJW 1997, 1936; *Dierlamm*, NStZ 1996, 153 (156).

- Verhandlungen mit Kreditgebern
- Einfluss und Kontrolle der Buchhaltung
- Entscheidungen in Steuerangelegenheiten

#### 2. Strafrechtliche Folgen der faktischen Geschäftsführung

Bei den strafrechtlichen Folgen der faktischen Geschäftsführung ist zwischen denen, die den faktischen Geschäftsführer treffen und solchen zu unterscheiden, die – sofern vorhanden – den formellen Geschäftsführer treffen.

##### a) Faktischer Geschäftsführer

###### aa) Herrschende Meinung

Die Rechtsprechung<sup>87</sup> und die überwiegende Ansicht in der Literatur<sup>88</sup> gehen davon aus, dass § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB mit den oben beschriebenen Folgen auch auf den faktischen Geschäftsführer Anwendung findet, gleichgültig ob die Bestellung zum Geschäftsführer tatsächlich unternommen, jedoch unwirksam geblieben ist oder ob ein solcher formeller Bestellschluss gar nicht stattgefunden hat.<sup>89</sup>

###### bb) Kritik/Stellungnahme

Schon die Einbeziehung solcher Personen in die strafrechtliche Organhaftung, deren Bestellschluss vorgenommen, aber unwirksam geblieben ist, stellt eine erhebliche Ausweitung des in Bezug genommenen Straftatbestandes dar. Gleichwohl findet sich hierfür in § 14 Abs. 3 StGB eine hinreichende Legitimation. § 14 Abs. 1 und 2 StGB soll auch für die Fälle gelten, in denen die Rechtshandlung eines Bestellschlusses, welche die organschaftliche Vertretungsbefugnis oder das Auftragsverhältnis begründen sollte, unwirksam geblieben ist. Die h.M. hat hier den Gesetzeswortlaut auf ihrer Seite.

Die h.M. geht jedoch noch einen Schritt weiter, wenn auch die Konstellation als strafrechtliche Organhaftung erfasst werden soll, in der ein Bestellschluss durch ein faktisches Handeln ersetzt ist. Das sind die Fälle, in denen die Bestellung zum Geschäftsführer von den Beteiligten zu keinem Zeitpunkt angestrengt wurde und der faktische Geschäftsführer seine Tätigkeit rein tatsächlich aufgenommen hat.<sup>90</sup>

Auch diese Fallkonstellation in die strafrechtliche Organhaftung einzubeziehen hat unter kriminalpolitischen Gesichtspunkten vieles für sich. Will das Strafrecht einen effektiven Rechtsgüterschutz gewähren, muss es verhindern, dass durch Umgehungshandlungen der Normzweck einer Strafvorschrift verkürzt wird. Und genau dies passiert, wenn jemand allein durch sein schlichtes Tätigwerden aus dem Adressatenkreis eines Strafgesetzes herausfällt, gerade weil er und die übrigen Unternehmensverantwortlichen den Versuch der ordnungsgemäßen Bestellung (Eintragung ins Handelsre-

<sup>87</sup> BGHSt 32, 37; 21, 101; 31, 118 (122); BGH StV 1984, 461; BayObLG NJW 1997, 1936; BGH NStZ 2000, 34 (35 f.); BGH JZ 309, 310.

<sup>88</sup> Vgl. *Tiedemann*, GmbH-Strafrecht, Kommentar, 5. Aufl. 2010, § 84 Rn. 27 ff. (m.w.N.).

<sup>89</sup> BGHSt 3, 32; 21, 101; *Raum* (Fn. 7), Kap. 4 Rn. 20.

<sup>90</sup> Vgl. BGH NJW 2000, 2285 (m.w.N.).

gister etc.) nicht unternommen haben und ggf. auch bewusst nie unternommen wollten. Die Straftatbestände, die vor einer kriminellen Handhabung der GmbH-Geschäftsführung und deren Folgen schützen sollen, verlieren durch ein solches Vorgehen ihre Normadressaten. Ein äußerst unbefriedigendes Ergebnis. Die von der h.M. unterbreitete Lösung kann trotz dieses Hintergrundes aus rechtlicher Sicht gleichwohl nicht überzeugen.

Schon die am Wortlaut orientierte Auslegung des § 14 Abs. 3 StGB erfasst nicht den Fall, dass die „Rechtshandlung“ – gemeint ist der förmliche Bestellsakt zum organ-schaftlichen Vertreter – durch rein faktisches Handeln ersetzt wird. Es genügt nach dem Gesetz gerade nicht, wenn der Betreffende nicht rechtlich, sondern nur tatsächlich die Stellung eines Vertreters innehaben soll.<sup>91</sup> Der Abs. 3 der Vorschrift ist daher so zu verstehen, dass lediglich ein Teil der faktischen Organe und Vertreter in die strafrechtliche Haftung einzubeziehen sind, nämlich diejenigen bei denen von den Beteiligten eine organschaftliche Vertretungsbefugnis tatsächlich beabsichtigt gewesen ist.<sup>92</sup> Faktischer Vertreter ist unter der Voraussetzung der tatsächlichen Ausübung dieser Funktion nur der fehlerhaft bestellte Vertreter.<sup>93</sup> Der ohne Bestellsakt tätige faktische Geschäftsführer ist deshalb nicht von § 14 Abs. 3 StGB erfasst. Ergibt die Auslegung aber eine dem Gesetz von vornherein anhaftende Lücke, so muss, wie *Jescheck* zutreffend feststellt, der Strafrichter freisprechen und dem Gesetzgeber den Vortritt lassen.<sup>94</sup> Denn die verfassungsrechtliche Vorgabe des Art. 103 Abs. 2 GG verbietet die Analogie als Mittel der Neuschöpfung und Ausdehnung von Strafvorschriften („nullum crimen sine lege stricta“).<sup>95</sup> Die h.M. verstößt gegen diesen Grundsatz, wenn sie diese nicht geregelte Konstellation wie den geregelten Fall behandeln will. § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB ist deshalb außerhalb des Anwendungsbereichs des Abs. 3 nicht auf den faktischen Geschäftsführer anwendbar.

Gleichwohl bedeutet dies nicht, dass derjenige, der eine rechtliche Bestellung zum Geschäftsführer nie beabsichtigt hat, überhaupt nicht nach den Grundsätzen der strafrechtlichen Organ- und Vertreterhaftung verantwortlich sein kann. Der faktisch Handelnde wird regelmäßig mit dem Willen der Gesellschafter tätig. Es wird hierzu vertreten, dieses Einverständnis als konkludente Bestellung zum organschaftlichen Vertreter zu werten.<sup>96</sup> Doch ist dies stets eine Unterstellung und kann Fallgruppen mit einem explizit ablehnenden Willen der Beteiligten nicht sachgerecht erfassen. Die Beteiligten mögen deshalb zu keinem Zeitpunkt eine formelle Bestellung angestrebt haben, dennoch ist im Einzelfall zu überprüfen, ob sich nicht aus den Umständen eine wirksame Beauftragung des Handelnden ergibt. Im Unterschied zu einer konkludenten Bestellung zum Organ entspricht es nämlich regelmäßig

dem tatsächlichen Willen der Beteiligten, dass der faktisch Handelnde umfassende Aufgaben innerhalb des Unternehmens wahrnimmt. Entsprechend ist der Handelnde dann bei Vorliegen der Voraussetzungen gem. § 14 Abs. 2 Nr. 1 StGB in die Organ- und Vertreterhaftung einzubeziehen.

#### b) Formeller Geschäftsführer

Die Strafverantwortung eines faktischen Organs lässt die Strafbarkeit des als „Strohmann“ agierenden formellen Geschäftsführers grundsätzlich nicht entfallen.<sup>97</sup> Eine Stütze für diese Argumentation bietet der Wortlaut des § 14 Abs. 1 StGB, wonach das Strafgesetz „auch“ auf den Vertreter anwendbar ist. Das damit zum Ausdruck kommende Fortbestehen der an die gesellschaftsrechtliche Organstellung anknüpfenden Pflichten ersetzt selbstverständlich nicht die Feststellung eines tatbestandsmäßigen Verhaltens im Einzelfall. Entsprechend ist die Strafbarkeit des formellen Geschäftsführers gesondert und nach den allgemeinen Regeln zu überprüfen.

#### IV. Fazit

Die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung zählt zu den Kernproblemen des Wirtschaftsstrafrechts. Im Mittelpunkt dieser Problematik steht dabei § 14 StGB. Um zu den hier besprochenen Problemen der Vorschrift vordringen zu können, empfiehlt es sich, gedanklich vorab zu prüfen, ob sich die Tätereigenschaft einer Person durch Auslegung und Anwendung der täterschaftsbegründenden Merkmale des Straftatbestandes vollständig ergibt.<sup>98</sup> Ist dies nicht der Fall und handelt eine Person in einer in § 14 StGB näher bezeichneten Eigenschaft als Vertreter oder Beauftragter, so ist zu hinterfragen, ob besondere persönliche Merkmale des in Frage stehenden Straftatbestandes auf diese Person zu übertragen sind. § 14 StGB wirkt dabei wie ein vor die Klammer gezogenes Instrument zur Modifikation von Straftatbeständen im Sinne einer Ergänzung des Täterkreises. In den Kreis der potenziellen Täter können dabei unter bestimmten Voraussetzungen auch sog. faktische Organe einbezogen sein. § 14 StGB setzt stets voraus, dass die handelnden Personen „als“ Organ oder Vertreter (§ 14 Abs. 1 StGB) bzw. „auf Grund dieses Auftrages“ (§ 14 Abs. 2 StGB) tätig werden. Wann dies der Fall ist, ist umstritten. Mit Blick auf die aktuelle Rechtsprechung des 3. *Strafsenats* des BGH ist hier vieles in Bewegung gekommen. Es bleibt deshalb abzuwarten, welche Richtung die Diskussion endgültig nehmen wird. In jedem Fall lohnt sich eine Verfolgung dieser Entwicklung.

<sup>91</sup> Perron (Fn. 14), § 14 Rn. 42/43.

<sup>92</sup> Perron (Fn. 14), § 14 Rn. 42/43; Hoyer, NStZ 1988, 368 (369).

<sup>93</sup> Hoyer, NStZ 1988, 368 (369).

<sup>94</sup> Jescheck/Weigend (Fn. 27), § 15 III. m.w.N.

<sup>95</sup> Vgl. Jescheck/Weigend (Fn. 27), § 15 III.

<sup>96</sup> Vgl. BGH NJW 2000, 2285 m.w.N.

<sup>97</sup> OLG Hamm NStZ-RR 2001, 173 („Strohfrau“).

<sup>98</sup> Vgl. Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2010, § 6 IV. 2. Rn. 78.