

Die historische Entwicklung der Rechtsprechung zur faktischen Geschäftsführung

Von Wiss. Mitarbeiter Alexander Mayr, LL.M.oec., Berlin*

I. Einleitung

Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich kritisch mit der Entwicklung der Rechtsprechung zur faktischen Geschäftsführung. Diese nimmt laut *Achenbach* eine „gesetzesgleiche Position fragloser Selbstverständlichkeit“¹ ein – eine Einschätzung aus dem Jahr 1989, die nach wie vor gültig erscheint, trotz aller Kritik, die ihr entgegengebracht wurde. Erst im November letzten Jahres wurden beispielsweise in einem öffentlichkeitswirksamen Prozess die Kinder von Anton Schlecker auf Grundlage dieser Rechtsfigur unter anderem wegen Bankrottes zu Bewährungsstrafen verurteilt.²

Objektiv betrachtet sind über die Jahrzehnte alle Versuche durch die Lehre gescheitert, eine weitere Ausdehnung der Strafbarkeit über die Wortlautgrenze hinaus zu verhindern. Aber auch wenn man sich nicht in den Kanon derer einreihen möchte, die materielle Kritik üben, ist eine tiefere Auseinandersetzung mit der Entwicklung der Rechtsprechung für die Rechtspraxis essentiell. Denn sie zeigt anschaulich, wie der Bundesgerichtshof primär mit Hilfe wiederholter Verweise auf die eigene Rechtsprechung und die des Reichsgerichtes den Anwendungsbereich einer Rechtsfigur immer weiter ausgedehnt hat, ohne sich vertieft mit der mannigfaltigen Kritik auseinander zu setzen.

II. Zur Problematik der faktischen Organe

1. Problemstellung

Für Delikte, die von jedermann begangen werden können, ist die Rechtsfigur der faktischen Geschäftsführung unbeachtlich.³ Die Problematik taucht dort auf, wo das Gesetz für die Strafbarkeit an eine bestimmte Position bzw. Pflichtenstellung des Täters anknüpft, sog. echte Sonderdelikte.⁴

Das ist immer dann der Fall, wenn die einschlägigen Straftatbestände zur Umgrenzung des Täterkreises Statusbezeichnungen verwenden, so z.B. die Stellung als „Arbeit-

geber“ in § 266a StGB.⁵ Im Gegensatz zu *Allgemeindelikten* wirkt ausschließlich diese besondere Eigenschaft täterschaftsbegründend: Personen, die diese Rolle bzw. Pflichtenstellung nicht innehaben, können allenfalls Teilnehmer sein.⁶

Problematisch wird es nun, wenn de facto eine andere Person die Geschicke des Unternehmens (mit-)lenkt, als dies nach der Papierlage der Fall zu sein scheint.⁷ Denn neben diversen Tatbeständen, die formelle Statusbezeichnungen adressieren (sog. Vertretersondertatbestände des Nebenstrafrechts),⁸ orientiert sich auch die Regelung des § 14 StGB zunächst an formellen Gesichtspunkten.

Handelt nun jemand de facto und nicht aufgrund einer formellen Bestellung z.B. als Geschäftsführer, können dadurch Strafbarkeitslücken entstehen, da er mangels formeller Bestellung eigentlich nicht Normadressat ist.

Die Ausgestaltung dieser Normen als Sonderdelikte birgt demzufolge die Gefahr, dass es den eigentlichen Drahtziehern möglich ist, „handelsrechtliche Vorschriften als Schild für den Rechtsmissbrauch zu benutzen“⁹, indem man z.B. einen untätigen, formellen Mitgeschäftsführer (sog. Strohmännchen)¹⁰ vorschiebt.¹¹ Die strafrechtliche Problematik liegt also darin, ob und unter welchen Voraussetzungen Strafvorschriften, die an die besondere Eigenschaft des Täters anknüpfen, auf den nicht bestellten, faktischen Geschäftsführer anwendbar sind.¹²

* Der *Verf.* ist Doktorand am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, ausländisches Strafrecht und Strafrechtstheorie (Prof. Dr. Luis Greco, LL.M.) an der Humboldt-Universität zu Berlin und Wiss. Mitarbeiter in einer Berliner Kanzlei.

¹ *Achenbach*, NStZ 1989, 497 (497).

² Sog. „Schleckerprozess“, siehe Pressemitteilung des LG Stuttgart v. 27.11.2017, LG Stuttgart, Urt. v. 27.11.2017 – 11 KLS 152 Js 53670/12, abrufbar unter

<http://www.landgerichtstuttgart.de/pb/Lde/Startseite/Aktuelles/Urteil+im+Schleckerprozess/?LISTPAGE=1195716> (24.5.2018).

³ *Löffler*, wistra 1989, 121 (121); *Groß*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit faktischer Vertretungsorgane bei Kapitalgesellschaften, 2007, S. 34.

⁴ Siehe z.B. *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2017, § 6 Rn. 70; *Achenbach*, in: *Achenbach/Ransiek/Rönnau* (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2015, Teil 1 Kap. 3 Rn. 7 ff.

⁵ *Momsen/Laudien*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, 3. Ed., Stand: 3.7.2007, § 14 Rn. 13; die Umgrenzung des Täterkreises muss jedoch nicht ausdrücklich über Statusbezeichnungen erfolgen, sondern kann sich vielmehr auch aus dem Sachzusammenhang ergeben, vgl. *Radtke*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 14 Rn. 36.

⁶ *Wittig* (Fn. 4), § 6 Rn. 71; *Lauterwein/Xylander*, in: *Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis* (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, Kommentar mit Steuerstrafrecht und Verfahrensrecht, 2017, HGB § 331 Rn. 36; ausführlich *Hoyer*, in: *Wolter* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl. 2017, § 14 Rn. 32 ff.

⁷ *Wegner*, PStR 2008, 39 (39).

⁸ z.B. „Geschäftsführer“ in § 82 GmbH, „Mitglied des Vorstandes“ in § 399 AktG, vgl. *Radtke* (Fn. 5), § 14 Rn. 44.

⁹ BGHSt 21, 101 (105).

¹⁰ Zur Strafbarkeit des Strohmännchens siehe z.B. *Groß* (Fn. 3), S. 173 ff.; zuletzt auch ausführlich BGH NStZ 2017, 149 (149).

¹¹ Es wird zumeist am erforderlichen Vorsatz des Strohmännchens fehlen, vgl. *Groß* (Fn. 3), S. 33; auch eine Lösung über die mittelbare Täterschaft versagt, da bei Sonderdelikten die Täterschaft eindeutig ausgeschlossen ist, wenn der Hintermann die Sondereigenschaft nicht in eigener Person aufweist (mag auch der Ausführende sie haben), vgl. *Heine/Weißer*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 25 Rn. 49 m.w.N.

¹² *Dierlamm*, NStZ 1996, 153 (153).

2. Fallkonstellationen

Es sind dabei primär drei Fallkonstellationen denkbar, in denen man über eine faktische Geschäftsführung nachdenken kann: beim nichtigen Bestellungsakt, der Bestellung durch eine nichtige Gesellschaft sowie bei dem gänzlich unterbliebenen Bestellungsakt.

Die Fallgruppe des nichtigen Bestellungsaktes sind die Fälle fehlerhaft bestellter Organe, d.h. solche, bei denen der Bestellungsakt aus rechtlichen Gründen unwirksam ist.¹³ Dabei ist in der Regel eine ordnungsgemäße Bestellung einer Person als Organ oder Organmitglied beabsichtigt gewesen und lediglich die Einsetzung nach den Regeln des Gesellschaftsrechts unwirksam geblieben.¹⁴ Dies kann etwa passieren, wenn die Bestellung gegen die Satzungsvorschriften des Gesellschaftsvertrages verstößt, wirksam angefochten wurde oder der für die Bestellung zugrunde liegende Gesellschafterbeschluss nichtig ist.¹⁵

Von der faktischen Geschäftsführung ist auch dann die Rede, wenn eine nichtige Gesellschaft einen Geschäftsführer bestellt hat.¹⁶ *Groß* bezeichnet dies zutreffend als „Scheinproblem“¹⁷, da bereits aus gesellschaftsrechtlicher Sicht kein (eigenständiges) Problem besteht. Es ist heute allgemein anerkannt,¹⁸ dass auch eine „nichtige“ Kapitalgesellschaft eine tatsächlich und rechtlich bestehende Organisationseinheit darstellt.¹⁹ Nichtigkeit einer eingetragenen Gesellschaft in dem Sinne, dass die Gesellschaft rechtlich als von Anfang nicht existent anzusehen wäre (ex tunc), gibt es nicht.²⁰ Die Nichtigkeit tritt nicht ipso iure ein,²¹ sondern ist im Wege eines Gestaltungsurteils für die Zukunft nach den Vorschriften der §§ 275 ff. AktG, §§ 75 ff. GmbHG herbeizuführen.²² Bis zu diesem Zeitpunkt sind die Geschäftsführer bzw. Vorstandsmitglieder einer solchen Gesellschaft als wirksam bestellte Organe anzusehen, die die Gesellschaft rechtswirksam vertreten. Das wird auch im Gesetz deutlich, da die Gesellschaft im

Verfahren jeweils durch die Geschäftsführer²³ bzw. den Vorstand²⁴ vertreten werden soll. Daher sind praktische Überlegungen hinsichtlich faktischer Organe in der Konstellation der nichtigen Gesellschaft nicht notwendig.

Hochgradig problematisch und umstritten ist die Fallgruppe des unterbliebenen Bestellungsaktes bei gleichzeitiger tatsächlicher Übernahme der institutionellen Organposition: In dieser Konstellation übt eine Person die Organtätigkeit aus, obwohl sie nicht formell zum Gesellschaftsorgan bestellt worden ist und ein formeller Bestellungsakt auch niemals geplant war.²⁵ Es fehlt ausdrücklich an einem Bestellungsakt. Dazu zählen insbesondere sog. Strohmann-Fälle, die dadurch gekennzeichnet sind, dass ein „pro forma“ eingetragener Geschäftsführer oder Vorstand existiert, z.B. die Ehefrau²⁶ oder der Schwiegersohn²⁷, während die Geschäfte des Unternehmens aber maßgeblich von einem Hintermann geführt werden.²⁸

Die Gründe für eine derartige Konstellation sind vielfältig. Das relevanteste Beispiel ist die sog. Inhabilität des Hintermannes nach § 76 Abs. 3 S. 3 und 4 AktG bzw. § 6 Abs. 2 S. 2–4 GmbHG. Die darin normierten Ausschlussgründe stehen einer Bestellung als Vorstand bzw. Geschäftsführer zwingend entgegen, etwa eine vorangegangene Verurteilung wegen einer Insolvenzstraftat. Daneben ist beispielsweise eine Gewerbeerlaubnis für Makler, Bauträger und Baubetreuer gem. § 34c Abs. 2 Nr. 1 GewO in Folge einer relevanten Verurteilung zu versagen.

Über die Behandlung dieser Fälle, in denen ein Bestellungsakt gänzlich unterblieben ist, herrscht seit Jahrzehnten Uneinigkeit. Es geht dabei im Kern letztlich um die grundlegende Frage, ob eine derart „kreative“ Nutzung gesellschaftsrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten überhaupt strafbar sein soll.²⁹

III. Die historische Entwicklung der Rechtsprechung

Nachfolgend sollen nun die wichtigsten Entscheidungen im Bereich des Wirtschaftsstrafrecht betrachtet werden, die jeweils einen relevanten Beitrag zur weiteren Ausdehnung oder Präzisierung des Anwendungsbereiches geliefert haben.

Trennt man dabei die höchstrichterliche Rechtsprechung in die Phase des Reichsgerichts³⁰ und die des Bundesgerichtshofs³¹, fällt auf, dass man die Phase des RG tendenziell „restriktiv“ beschreiben kann, die Judikatur des BGH dagegen „extensiv“.³²

¹³ *Radtke* (Fn. 5), § 14 Rn. 117.

¹⁴ Davon zu trennen ist die Nichtigkeit des Anstellungsvertrages; ist dieser nichtig, die Organbestellung hingegen wirksam, stellt sich die Problematik nicht, vgl. *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz*, 21. Aufl. 2017, § 35 Rn. 9.

¹⁵ *Schmucker*, *ZJS* 2011, 30 (35) m.w.N.

¹⁶ *Groß* (Fn. 3), S. 37; ebenso *Löffler*, *wistra* 1989, 121 (123).

¹⁷ *Groß* (Fn. 3), S. 37; in der Sache ähnlich m.w.N.; *Hoyer* (Fn. 6), § 14 Rn. 87.

¹⁸ Das war zur Zeit der Entscheidung RGSt 43, 407 noch nicht der Fall.

¹⁹ Ausführlich dazu *Koch*, in: *Goette/Habersack* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Bd. 4, 4. Aufl. 2016, § 275 Rn. 7.

²⁰ *Rühland*, in: *Heidinger/Leible/Schmidt* (Hrsg.), *GmbH-Gesetz, Kommentar*, Bd. 2, 3. Aufl. 2017, § 75 Rn. 2; für das AktG siehe *Koch* (Fn. 19), § 275 Rn. 8; für den Gleichlauf bei GmbH und AG spricht zudem die Verweisungstechnik des § 75 Abs. 2 GmbHG, der auf das AktG verweist.

²¹ *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen, GmbH-Gesetz, Kommentar*, 8. Aufl. 2015, § 75 Rn. 5.

²² *Rühland* (Fn. 20), § 75 Rn. 2.

²³ Siehe §§ 75 Abs. 2 GmbHG i.V.m. 246 Abs. 2 AktG.

²⁴ §§ 275 Abs. 4 i.V.m. 246 Abs. 2 AktG.

²⁵ *Groß* (Fn. 3), S. 38.

²⁶ Vgl. BGHSt 3, 32.

²⁷ Vgl. BGHSt 31, 118.

²⁸ *Löffler*, *wistra* 1989, 121 (121).

²⁹ *Groß* (Fn. 3), S. 38.

³⁰ Im Folgenden abgekürzt als „RG“.

³¹ Im Folgenden abgekürzt als „BGH“.

³² Ebenso z.B. *Habetha*, *Bankrott und strafrechtliche Organhaftung*, 2014, S. 117; *Dierlamm*, *NSStZ* 1996, 153 (154).

I. Rechtsprechung des Reichsgerichts („Restriktive Phase“)

Die untersuchten Urteile des RG nimmt der BGH in seinen ersten Urteilen als Grundlage,³³ welche damit indirekt bis heute fortwirken.³⁴ Dabei ist vorab zu erwähnen, dass § 14 Abs. 3 StGB zur Zeit der reichsgerichtlichen Rechtsprechung noch nicht existierte. Daher musste das RG insbesondere für die Fallgruppe des nichtigen Bestellungsaktes besonderen Argumentationsaufwand leisten.

a) RGSt 16, 269

Das Urteil beschäftigt sich mit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit eines Vorstandsmitglieds einer Genossenschaft. Der Angeklagte war gewählt und bestellt worden, allerdings war seine Bestellung deshalb rechtlich unwirksam, da er vorher aus der Genossenschaft ausgetreten war.³⁵ Fraglich war also, ob er Adressat einer Konkursstrafat allein deswegen sein konnte, weil er „nur tatsächlich aufgrund der erfolgten Wahl die Funktion des Vorstandsmitgliedes ausübte“³⁶.

Das RG bejahte dies im Wesentlichen mit zwei Argumenten: Zum einen sei der Norm ihrem Wortlaut nach nicht die geringste Andeutung zu entnehmen, dass ein Mangel in der Wahl oder der rechtlichen Qualifikation des betreffenden Mitgliedes als Ausschließungsgrund gelten solle.³⁷ Zum anderen würde es gerade dem Zweck der Strafvorschriften der Konkursordnung widersprechen, würde man den fehlerhaft bestellten Vorstand nicht mit einbeziehen. Argumentativ wird angeführt, dass immerhin ein weiterer, „innerer Grund“ für die Einbeziehung zu finden sei: Die erfolgte Wahl als Vorstandsmitglied und dessen Annahme dieser Wahl.³⁸

Das RG führte aus, dass jeder Adressat der Norm sei, „welcher überhaupt durch die erfolgte und angenommene Wahl zu dieser Stellung gelangt ist“³⁹ und es verfehlt sei, dass der „innere, rechtliche Mangel der Wahl des Angeklagten für sich allein geeignet war, dessen Verantwortlichkeit aufzuheben“⁴⁰. Aus dieser Formulierung wird deutlich, dass hier keine Grundsatzentscheidung zu faktischen Organen gefallen war, sondern vielmehr der heute in § 14 Abs. 3 StGB Gesetz gewordene Fall des nichtigen Bestellungsaktes umfasst werden sollte.

Eine substantielle Auseinandersetzung damit, dass man sich möglicherweise über den Wortlaut des § 214 KO hinwegsetzt, blieb das RG schuldig. Der Verweis darauf, dass sich Gegenteiliges dem Wortlaut nicht entnehmen ließe, ist eine bloße Feststellung ohne Erklärungsgehalt. Nach dem damals gültigen Wortlaut war es ebenso möglich, in der Formulierung eine Regelung für *wirksam bestellte* Vorstandsmitglieder zu sehen, da die Norm ausdrücklich „Mitglieder

des Vorstandes“, die in dieser Eigenschaft gehandelt haben, adressierte.⁴¹

b) RGSt 43, 407

In der Entscheidung ging es unter anderem um die Frage, ob Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat einer mit einem Nichtigkeitsgrund behafteten Aktiengesellschaft nach dem Vertretersondertatbestand § 314 Nr. 1 HGB a.F. strafrechtlich verantwortlich sein können. Die strafbewehrten Pflichten des Vorstandes, der wirksam bestellt wurde und seine Tätigkeit aufgenommen hat, obliegen diesem uneingeschränkt auch dann, wenn die Aktiengesellschaft trotz erfolgter Eintragung „mit einem Nichtigkeitsgrund behaftet zustande gekommen ist“⁴². Argumentiert wurde dabei mit dem Schutzbedürfnis derer, die in einer rechtlichen Beziehung mit der (nichtigen) Aktiengesellschaft stehen.⁴³ Das Schutzbedürfnis bestehe unabhängig von der Wirksamkeit der Gesellschaft.⁴⁴

Es muss dabei beachtet werden, dass die Grundsätze der „fehlerhaften Gesellschaft“ noch nicht bekannt waren, wonach heute einhelliger Meinung eine nichtige Gesellschaft als rechtlich wirksam angesehen wird.⁴⁵ Ausgangspunkt des RG war es, die strafbewehrten Pflichten des HGB von dem Erfordernis der Wirksamkeit der Aktiengesellschaft zu lösen. Das Problem lag daher mehr in der Anerkennung der nichtigen Gesellschaft als Rechtsträger und weniger in der argumentativen Einbeziehung eines nur faktisch handelnden Organs. Daher ist das Urteil für die Beurteilung der Fälle nichtiger bzw. unterbliebener Bestellungsakte nur bedingt aussagekräftig,⁴⁶ zumal sich aus heutiger Sicht die gesellschaftsrechtliche Dogmatik grundlegend geändert hat.⁴⁷

c) RGSt 71, 112

In der Entscheidung ging es um die Frage, ob die zur Prokuristin bestellte Angeklagte für unordentliche Buchführung strafrechtlich verantwortlich gemacht werden konnte.⁴⁸ Es war zwar ein formeller Geschäftsführer bestellt worden, fak-

³³ Vgl. BGHSt 3, 32.

³⁴ Ebenso Montag, Die Anwendung der Strafvorschriften des GmbH-Rechts auf faktische Geschäftsführer, 1994, S. 28 ff.

³⁵ RGSt 16, 269 (270).

³⁶ RGSt 16, 269 Leitsatz.

³⁷ RGSt 16, 269 (271).

³⁸ RGSt 16, 269 (271).

³⁹ RGSt 16, 269 (271).

⁴⁰ RGSt 16, 269 (270).

⁴¹ § 214 KO, Bekanntmachung vom 10.2.1877, RGBl. 1877, S. 351: „Die Strafvorschriften der §§ 209 bis 211 finden gegen die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft 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.“

⁴² RGSt 43, 407 (416).

⁴³ RGSt 43, 407 (415).

⁴⁴ RGSt 43, 407 (415).

⁴⁵ Zur fehlerhaften bzw. faktischen Gesellschaft ausführlich z.B. Roth, in: Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, Kommentar, 38. Aufl. 2018, § 105 Rn. 75 ff.

⁴⁶ Anders das RG in der Folgeentscheidung und dem folgend der BGH, die daraus ein Erst-Recht-Argument bilden, siehe unten und Montag (Fn. 34), S. 31 Fn. 15.

⁴⁷ Ebenso Montag (Fn. 34), S. 31.

⁴⁸ RGSt 71, 112 (112); in Abrede stand § 240 Abs. 1 Nr. 3 KO.

tisch leitete jedoch sie die Geschicke der Gesellschaft, die Geschäftsführung „lag allein in den Händen der Angeklagten“.⁴⁹ In der Sache stellt die Konstellation also einen Fall des gänzlich unterbliebenen Bestellungsaktes dar.

Zu erwähnen ist der Zeitpunkt der Entscheidung: Im Jahr 1937 existierte mit § 2 RStGB eine Regelung, die Analogieschlüsse auch im Strafrecht erlaubte.⁵⁰ Das Gericht bejahte die Strafbarkeit unter Anwendung dieser rechtsstaatsfeindlichen Vorschrift. Es würde dem „gesunden Volksempfindens“ widersprechen, wenn die Angeklagte und damit beide Geschäftsführer straflos ausgingen.⁵¹

Die Entscheidung gibt eindrücklich Aufschluss über das Verständnis der Rechtsprechung: Zunächst, dass das RG im Umkehrschluss davon ausging, dass ohne (verbotene) Analogie eine Strafbarkeit zu verneinen gewesen wäre.⁵² Das RG musste sich mit § 2 RStGB weiterhelfen, da es jedenfalls an einem fehlgeschlagenen Bestellungsakt mangelte.⁵³ Es erklärte ausdrücklich,⁵⁴ dass Fälle des unterbliebener Bestellungsakt wesentlich anders zu behandeln seien als bereits entschiedene Fälle im Zusammenhang mit fehlgeschlagenen Bestellsakten.⁵⁵ Folglich sei auch die im beschränkten Umfang ausdehnende Auslegung durch die bisherige Rechtsprechung nicht auf den vorliegenden Fall anzuwenden.⁵⁶ Im Ergebnis damit eine Absage an die weitere Ausdehnung einer nur faktischen Betrachtungsweise.

d) RGSt 72, 187

Das RG bezog in der Entscheidung Stellung zu Fragen, die später auch den BGH beschäftigen sollten: Zum einen wurde die Frage aufgeworfen, ob ein faktischer Geschäftsführer strafrechtlich für einen verspäteten Insolvenzantrag verantwortlich sein könne, obwohl es ihm als nur faktisches Organ an der rechtlichen Möglichkeit fehlte, formell eine rechtzeitige Konkursanmeldung vorzunehmen.⁵⁷ Zum anderen äußerte sich das Gericht zur Behandlung eines faktischen Geschäfts-

führers einer GmbH, die parallel einen formell korrekt bestellten und verantwortlichen Geschäftsführer hatte.⁵⁸

Das Gericht verneinte die Strafbarkeit mangels Rechtspflicht zum Einschreiten (d.h. Konkursanmeldung), was sich bereits daraus ergebe, dass ihm „keine rechtlichen Möglichkeiten zu Gebote standen“.⁵⁹ Das Vorhandensein eines weiteren, verantwortlichen Geschäftsführers führe zudem dazu, dass der Fall anders als in RGSt 71, 112 zu beurteilen sei und immerhin ein Geschäftsführer zur Verantwortung gezogen werden könne.⁶⁰

e) Bewertung

Aus den Urteilen des RG wird deutlich, dass man zumindest ausdrücklich *die Fallgruppe des nichtigen Bestellungsaktes* mit einbeziehen wollte.⁶¹ In den Entscheidungen wurde nach formellen Anhaltspunkten gesucht, die eine Ausweitung auf nichtige Bestellsakts rechtfertigte. Dabei wendete das RG die faktische Betrachtungsweise als Form teleologischer Auslegung in Verbindung mit einer kriminalpolitisch gefärbten Argumentation an.⁶²

In Relation zur Rechtsprechung des BGH damit eine restriktive Phase, in der die Einbeziehung solcher Geschäftsführer, die ohne jeden Bestellungsakt tatsächlich Organfunktionen ausübten, nicht vorgesehen war.⁶³ Man beschränkte sich auf strafrechtliche Verantwortung, bei der zumindest irgendein förmlicher, wenn auch zivilrechtlich unwirksamer Bestellsakt auszumachen war.⁶⁴

2. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs („Extensive Phase“)

Der BGH hat bereits früh⁶⁵ im Anschluss an die Rechtsprechung des RG ebenfalls eine eigene Spruchpraxis zur faktischen Geschäftsführung begründet.⁶⁶ Dabei hat der BGH anders als erstinstanzliche Gerichte die Strafbarkeit faktischer Organe stets bejaht.⁶⁷ Die Strafbarkeit wurde in den Jahrzehnten sowohl extensiv für diverse Straftatbestände bestätigt als auch für neue Normen weiterentwickelt.⁶⁸

⁴⁹ RGSt 71, 112 (112).

⁵⁰ § 2 RStGB wurde durch das Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs vom 28.6.1935 eingeführt und lautete: „Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft.“

⁵¹ RGSt 71, 112 (113); die Strafbarkeit der „Strohfrau“ scheidete an mangelndem Vorsatz.

⁵² Ähnlich i.E. argumentierte bereits *Hoyer*, NSTZ 1988, 368 (370); *Montag* (Fn. 34), S. 34 f.

⁵³ I.E. ebenso BGHSt 3, 52.

⁵⁴ RGSt 71, 112 (113).

⁵⁵ Das RG zitiert ausdrücklich RGSt 16, 269 und das ähnlich gelagerte Urteil RGSt 64, 81.

⁵⁶ RGSt 71, 112 (113).

⁵⁷ Die Vorinstanz hatte eine Strafbarkeit mit der Begründung angenommen, es habe zumindest die Pflicht bestanden, den formellen Geschäftsführer „rechtzeitig zur Anmeldung des Konkurses zu veranlassen“, siehe RGSt 72, 187 (191).

⁵⁸ Vgl. RGSt 72, 187, 3. Leitsatz.

⁵⁹ RGSt 72, 187 (192).

⁶⁰ Vgl. RGSt 72, 187 (192); die Aussicht auf Straflosigkeit von Strohmann und faktischem Geschäftsführer war ein zentrales Argument für die Annahme der Strafbarkeit in RGSt 71, 112.

⁶¹ So in RGSt 64, 81 noch einmal ausdrücklich bestätigt; ebenso *Montag* (Fn. 34), S. 36.

⁶² *Habetha* (Fn. 33), S. 116.

⁶³ Vgl. i.E. ebenso BGHSt 3, 32, der die Frage dann dahinstehen lassen wollte, vgl. dazu unten.

⁶⁴ Ebenso *Dierlamm*, NSTZ 1996, 153 (154).

⁶⁵ BGHSt 3, 32 mit BGH, Urt. v. 24.6.1952 – 1 StR 153/52.

⁶⁶ *Habetha* (Fn. 33), S. 118.

⁶⁷ *Groß* (Fn. 3), S. 45.

⁶⁸ Vgl. zu § 15a InsO BGH NJW 2015, 712; ebenso *Dierlamm*, NSTZ 1996, 153 (154).

a) BGHSt 3, 32

In der ersten Entscheidung des BGH ging es um die Strafbarkeit wegen eines Konkursdeliktes. Der Angeklagte war nicht im Gesellschaftsvertrag bestellt worden und auch nicht im Handelsregister eingetragen. Das Landgericht hatte im Urteil festgestellt, dass er dessen ungeachtet „die Seele des Geschäfts“ war, der „auf sämtliche Geschäftsvorgänge bestimmenden Einfluss nahm und auch nach außen „als Geschäftsführer auftrat“. Der mitangeklagte Schwiegersohn sei nur „Strohmann“ gewesen. Dieser hatte dem Angeklagte eine Generalvollmacht ausgestellt, der Angeklagte unterschrieb wichtige Schriftstücke mit dem Namen des Mitangeklagten. Außerdem erhielt der Angeklagte „ein Gehalt wie ein Geschäftsführer“.

Der BGH führte aus, die Vorinstanz habe zu Unrecht die Geschäftsführereigenschaft des Angeklagten verneint. Zunächst wurden unter Verweis und Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung des RG⁶⁹ die Frage aufgeworfen, ob es Voraussetzung für die Strafbarkeit eines (faktischen) Geschäftsführers bzw. Vorstandes sei, dass eine „irgendwie geartete Bestellung zu diesem Amte“ stattgefunden habe.⁷⁰ Anstatt aber nun an dieser Stelle ausdrücklich die Rechtsprechung des RG aufzugeben, das an der Voraussetzung eines zumindest nichtigen Bestellungsaktes immer festgehalten hatte, behalf sich der BGH an dieser Stelle mit einem vermeintlich eleganten „Kunstgriff“⁷¹ und erweiterte so – ohne es freilich ausdrücklich zu erwähnen – trotzdem den Anwendungsbereich.⁷²

Das Einnehmen der Geschäftsführerstellung *im Einverständnis aller Gesellschafter* sei eine „ausreichende Bestellung zum Geschäftsführer“. Das sei zusammen mit der tatsächlichen Erfüllung der Geschäftsführeraufgaben genug, um die Eigenschaft als Geschäftsführer anzunehmen. Es folgten sodann Mutmaßungen, dass der Angeklagte möglicherweise zivilrechtlich unwirksam (wegen Verstoß relevanter „Mindestvorschriften“) zum Geschäftsführer bestellt worden war. Dies kann jedoch nicht über den unrichtigen Schluss hinwegtäuschen, der gezogen wurde: Zum einen, was der BGH ausdrücklich erwähnt, gab es keinen Anhaltspunkt für einen Gesellschafterbeschluss, der zwingend notwendig gewesen wäre für die Begründung der Geschäftsführerstellung. Viel wichtiger ist aber die unzutreffende Anwendung des Zivilrechts an dieser Stelle.⁷³ Das bloße Einverständnis der Gesellschafter reicht eben gerade nicht aus, um die formelle Geschäftsführerstellung zu bejahen.⁷⁴ Der BGH antizipiert hier aus dem Einverständnis der Gesellschafter, dass irgendwann einmal eine konkludente Bestellung zum Geschäftsführer erfolgt sein müsste.

⁶⁹ Explizit mit den entsprechenden Argumenten wurden genannt RGSt 16, 269, RGSt 43, 407 und RGSt 43, 407.

⁷⁰ BGHSt 3, 32 (38).

⁷¹ Groß (Fn. 3), S. 44.

⁷² Dierlamm, NStZ 1996, 153 (154).

⁷³ Groß (Fn. 3), S. 46.

⁷⁴ Altmeyen (Fn. 21), § 84 Rn. 5; grundlegend Schmidt, in: Eyrich (Hrsg.), Festschrift für Kurt Rebmann zum 65. Geburtstag, 1989, S. 425.

Damit rechtfertigt der *Senat* die Einbeziehung des faktischen Geschäftsführers. Es folgt nicht einmal eine kurze Auseinandersetzung mit dem Wortlaut des § 83 GmbHG („Geschäftsführer“), ebenso fehlt es an einer dezidierten Behandlung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung, die eindeutig andere Sachverhalte betroffen hatte.⁷⁵ Die Argumentation wird dessen ungeachtet unreflektiert wiedergegeben. Dies wird besonders beim Verweis auf RGSt 43, 407 deutlich, in dem das Erst-Recht-Schluss-Argument des Organs einer nichtigen Gesellschaft entwickelt wurde. Zum einen lag dem Sachverhalt ein Bestellungsakt zugrunde – eine wirksame Bestellung war zumindest angestrebt worden. Wie Groß zutreffend feststellt, ist das Argument auch materiell unbefriedigend, denn entgegen der Auffassung des BGH ist in der Nichtigkeit der Gesellschaft kein „Mehr“ an Fehlerhaftigkeit zu erblicken.⁷⁶ Die Gesellschaft kann bis zu ihrer Auflösung wirksam Organe bestellen, diese Organe sind dann wirksam in die Gesellschafterposition eingerückt.⁷⁷ Einer weiteren Begründung bedurfte die Strafbarkeit nicht.

In seinem ersten Urteil erweiterte der BGH somit bereits den Anwendungsbereich und *löste sich vom Erfordernis eines fehlgeschlagenen Bestellungsaktes*,⁷⁸ indem er stattdessen das bloße Einverständnis der Gesellschafter genügen lies.

b) BGHSt 21, 101

Der Fortführung der Rechtsprechung aus BGHSt 3, 32 lag wieder eine „Strohmann“-Konstellation zu Grunde, mit der Besonderheit, dass der Sachverhalt sowohl eine GmbH als auch eine AG umfasste.⁷⁹ Der Angeklagte war formell weder zum Vorstand noch zum Geschäftsführer bestellt worden.

Die bestellten Geschäftsführer der GmbH nahmen keinerlei eigenständige Funktion war, sie wurden nur hinzugezogen, sowie dies zur Wahrung gesetzlicher Formvorschriften (z.B. bei Grundstückskaufverträgen) unerlässlich erschien.⁸⁰ Der Angeklagte führte sämtliche Geschäfte selbst, außerdem stand er hinter den Gesellschaftern, die seine Anteile nur treuhänderisch hielten.⁸¹ Hinsichtlich der Stellung als faktischer Geschäftsführer war bemerkenswert, dass der *Senat* dahinstehen ließ, ob ein Einverständnis der Gesellschafter (und damit nach Auffassung des BGH ein Bestellungsakt)⁸² überhaupt erforderlich war, da der Angeklagte selbst hinter den vorgeschobenen Gesellschaftern stand.⁸³ An anderer Stelle ist ausdrücklich von der bloßen möglichen „Duldung“ des

⁷⁵ Vgl. ebenso Dierlamm, NStZ 1996, 153 (154).

⁷⁶ Groß (Fn. 3), S. 47.

⁷⁷ Groß (Fn. 3), S. 47; argumentativ stützen diese Annahme auch die Ausführungen des Reichsgerichts selbst, vgl. insbesondere RGSt 43, 407 (415).

⁷⁸ Dierlamm, NStZ 1996, 153 (154).

⁷⁹ BGHSt 21, 101 = NJW 1966, 2225.

⁸⁰ BGHSt 21, 101 (103).

⁸¹ Dierlamm, NStZ 1996, 153 (155); an der Gründung der GmbH war der Angeklagte formell nicht beteiligt, die Gesellschaft war über die Strohleute des Angeklagten gegründet worden.

⁸² Groß (Fn. 3), S. 47.

⁸³ Vgl. BGHSt 21, 101 (104).

faktischen Organs durch die Gesellschafter die Rede die Rede.

Ebenso wurde die Eigenschaft des Angeklagten als „tatsächlicher Vorstand“ bejaht. Die bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung wurde auf den Vorstand einer AG übertragen, der „im Einverständnis oder wenigstens mit Duldung des maßgebenden Gesellschaftsorgans (des Aufsichtsrats) die Stellung des Vorstands tatsächlich einnimmt“⁸⁴.

Begründet wurde dies mit dem Zweck der Vorschrift, der anstelle des eigentlichen Schuldners das „wirkliche“ verantwortliche Organ der Gesellschaft den Strafvorschriften unterwerfen will. Dies sei zudem „mit dem Wortlaut der Vorschrift noch vereinbar“.

Einmal mehr wurde ohne tiefere Auseinandersetzung mit dem Wortlaut der Anwendungsbereich der Rechtsfigur des faktischen Organs erweitert. Es fehlt eine Begründung, wie man den „faktischen Vorstand“ unter den Begriff des Vorstands subsumieren kann – die bloße Feststellung der Vereinbarkeit ist nicht als valides Argument einzuordnen.

Es folgte stattdessen eine ausführliche kriminalpolitische Begründung, warum eine gegenteilige Ansicht zu ungerechten (!) Ergebnissen führen könne⁸⁵ und dass handelsrechtliche Bestimmungen nicht zum Missbrauch im redlichen Geschäftsverkehr benutzt werden dürften. So viel Zustimmung diese Ausführungen rechtspolitisch auch verdienen, so treffen sie nicht den Kern des Problems: Die fehlende substantielle Begründung dieser als gerecht empfundenen Entscheidung.

c) BGHSt 31, 118

In der Entscheidung⁸⁶ ging es um die Frage, ob ein tatsächlicher Geschäftsführer Normadressat der Vertretersondertatbestände §§ 84 Abs. 1 Nr. 2, 64 Abs. 1 GmbHG sein konnte. Der BGH nahm dabei auch erstmals seit RGSt 72, 187 zur Frage der faktischen Mitgeschäftsführung Stellung.⁸⁷ Diese Fälle weisen die Besonderheit auf, dass der bestellte Geschäftsführer – neben dem faktischen und anders als bei „Strohmannern“ – weiter für die Gesellschaft tätig ist und unternehmensrelevante Aufgaben wahrnimmt.⁸⁸ Vorliegend ging es um einen Angeklagten, der als Bote und Hausmeister bei der GmbH angestellt war, während seine Frau die bestellte Geschäftsführerin war. Insbesondere wurde hervorge-

hoben, dass er keinen direkten Zugriff auf die Konten des Unternehmens hatte.⁸⁹

Nach einer ausführlichen Abwägung aller Tätigkeitsmerkmale kam der Senat zu der Erkenntnis, dass die Tatsache, dass die Frau als eingetragene Geschäftsführerin ebenfalls Geschäfte für die Gesellschaft vorgenommen hat, der Feststellung der faktischen (Mit-)Geschäftsführung nicht entgegensteht. Das soll „jedenfalls dann“ gelten, wenn der Angeklagte die „überragende Stellung“ in der Geschäftsführung einnahm.⁹⁰ Ist das der Fall, sei es gerechtfertigt, dass auch den faktischen Mitgeschäftsführer strafbewehrte Pflichten treffen.⁹¹ Es könne nicht auf die Rechte ankommen, die dem für die Gesellschaft Handelnden förmlich übertragen worden sind, sondern auf dessen tatsächliche Verfügungsmacht.⁹²

Im Mittelpunkt der Entscheidung stand die Begriffsbestimmung der „überragenden Stellung“ im Rahmen der Mitgeschäftsführung, wobei die Formulierung „jedenfalls“ zu beachten ist: Hier deutete sich an, dass der BGH das Erfordernis der „überragenden Stellung“ nicht als absolute Grenze faktischer Mitgeschäftsführung verstanden wissen, sondern eine Relativierung und damit Ausdehnung des strafbaren Bereichs faktischer Mitgeschäftsführung für die Zukunft nicht völlig ausschließen wollte.⁹³

Außerdem wurde der Rechtsfigur auf Tatbestände des GmbHG ausgeweitet, wieder mit einer argumentativ wenig unterfütterten Feststellung, der „auf strafrechtlichen Schutz abzielende Zweck des § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG komme in dessen Wortlaut auch hinreichend deutlich zum Ausdruck“⁹⁴. Eine weitere Begründung wird nicht geliefert. Insbesondere lässt man auch den zumindest anzusprechenden Fakt außer Acht, dass der Angeklagte formell keine Möglichkeit hatte, eine Konkursanmeldung selbst wirksam vorzunehmen.

d) BGH wistra 1984, 178

Das Merkmal der „überragenden Stellung“ wurde kurze Zeit später vom BGH aufgeweicht.⁹⁵ In der knappen Entscheidung ließ der BGH es genügen, dass der Angeklagte gegenüber seiner als Geschäftsführerin bestellten Frau „Geschäftsführungsaufgaben von Gewicht“ wahrgenommen hatte, wobei ein „Übergewicht“ genügen solle.⁹⁶ Ein solches Übergewicht sei schon dann gegeben, wenn der Angeklagte wie vorliegend die „laufende Buchhaltung“ erledigte, bei der „Einstellung von Buchhaltungskräften“ mitwirkte und auch „Auskünfte an Steuerberater“ erteilte.⁹⁷

Die Auffassung wurde weder näher begründet, noch wurde der Widerspruch zu BGHSt 31, 118 auch nur erwähnt. Mit der gegebenen Definition lassen sich z.B. jegliche Tätigkeiten

⁸⁴ BGHSt 21, 101 (104).

⁸⁵ Auch diese Feststellung ist schwerlich als brauchbares dogmatisches Argument zu klassifizieren.

⁸⁶ BGHSt 31, 118 = BGH NJW 1983, 240; die Entscheidung war Grundlage für *Dierlamms* vielbeachtete Untersuchung in NStZ 1996, 153. In der Literatur wird *Dierlamm* allerdings teilweise dahingehend falsch verstanden, dass die von ihm herausgearbeiteten Kriterien Voraussetzung für die „überragende Stellung“ bei der faktischen Mitgeschäftsführung seien, was allerdings ein Sonderproblem darstellt, vgl. m.w.N. *Lauterwein/Xyländer* (Fn. 6), HGB § 331 Rn. 52 Fn. 15.

⁸⁷ Ausführlich dazu, warum die faktische Mitgeschäftsführung als problematisch anzusehen ist, *Löffler*, wistra 1989, 121 (125).

⁸⁸ *Dierlamm*, NStZ 1996, 153 (156).

⁸⁹ BGHSt 31, 118 (119).

⁹⁰ Vgl. BGHSt 31, 118 (121).

⁹¹ BGHSt 31, 118 (121 f.).

⁹² BGHSt 31, 118 (121).

⁹³ Vgl. *Dierlamm*, NStZ 1996, 153 (156).

⁹⁴ BGHSt 31, 118 (120).

⁹⁵ Vgl. *Groß* (Fn. 3), S. 50.

⁹⁶ BGH wistra 1984, 178 (178).

⁹⁷ BGH wistra 1984, 178 (178); Vgl. *Dierlamm*, NStZ 1996, 153 (155).

eines angestellten Prokuristen als faktische Geschäftsführung werten, soweit er nur in der Buchhaltung mitwirkt. Zuzustimmen ist *Dierlamm*, der in aller Deutlichkeit ausführte, dass das „bloße Übergewicht“ die Konturen verschwimmen lässt und nahezu jede Entscheidung – je nach Bewertung und Gewichtung der vorhandenen Merkmale – begründbar macht.⁹⁸

e) BGHSt 46, 62

Dem Urteil⁹⁹ lag die Beurteilung einer Anstiftung zur Gründungs- und Kapitalerhöhungstäuschung nach § 82 Abs. 1 Nrn. 1 und 3 GmbHG zugrunde. Der Angeklagte leitete die Geschäfte der GmbH mittels einer Vollmacht von dem als Strohmann eingesetzten, alleinvertretungsberechtigten Gesellschafter. Die in Abrede stehenden Anmeldungen im Handelsregister wurden durch den Strohmann vorgenommen, wobei dies auf Anweisung des Angeklagten geschah. Der Senat bestätigte die Übertragung der faktischen Betrachtungsweise auf die Auslegung des § 82 Abs. 1 Nrn. 1 und 3 GmbHG.¹⁰⁰

Unbeeindruckt jeglicher Kritik weitete die Rechtsprechung den Anwendungsbereich damit einmal mehr aus.¹⁰¹ Das Urteil stellt jedoch im Vergleich zur vorangegangenen Judikatur eine positive Ausnahme dar, da wesentlich mehr Begründungsaufwand geleistet wurde, um die umstrittene Rechtsauffassung zur faktischen Geschäftsführung zu festigen. Dabei sind insbesondere zwei Feststellungen positiv zu begrüßen, da damit Rechtsklarheit geschaffen wurde.

Zum einen wurde ausführlich auf das Verhältnis von formellen und faktischen Geschäftsführer eingegangen.¹⁰² Der faktische stehe dem formellen Geschäftsführer dann gleich, wenn sowohl betriebsintern als auch nach außen alle Dispositionen weitgehend vom faktischen Geschäftsführer ausgingen und er im Übrigen auf sämtliche Geschäftsvorgänge bestimmenden Einfluss nehme. *Die Unternehmensführung dürfe insbesondere nicht einseitig angemaßt sein*, sondern müsse mit Einverständnis der Gesellschafter geschehen, was als „konkludente Bestellung“ zu werten sei. Der faktische Geschäftsführer müsse dabei eine *überragende Stellung* einnehmen, zumindest aber ein *deutliches Übergewicht* haben.¹⁰³

Der Senat stellt damit Anforderungen an das Übergewicht auf, die der ausufernden Tendenz aus der vorangegangenen Entscheidung¹⁰⁴ entgegenwirkt. Auch das Bekenntnis zu einem zumindest „konkludenten Bestellsungsakt“ ist begrüßenswert, schafft sie doch an dieser Stelle Klarheit in Abgrenzung zu einer bloßen Duldung durch die Gesellschaf-

ter.¹⁰⁵ Richtigerweise muss irgendeine Legitimation durch ein Gesellschaftsorgan für die faktische Organstellung vorhanden sein, was der Senat auch anerkennt.¹⁰⁶

Kritisch anzumerken ist jedoch, dass an der Begründung die Inkonsistenz der bisherigen Argumentation zum Vorschein tritt. Würde der Senat seinem Argument konsequent folgen, dass ein Einverständnis eine konkludente Bestellung darstelle, wäre kein weiterer Begründungsaufwand hinsichtlich Normzweck und gleichmäßiger Auslegung notwendig gewesen.¹⁰⁷ Der Angeklagte wäre dann bestelltes Organ und nicht bloßer faktischer Geschäftsführer.

Auch die trotzdem angestellten Überlegungen zum Normzweck gehen im Urteil fehl und offenbaren die Bestrebungen, ein gewünschtes Ergebnis dogmatisch zu unterfüttern. Wie *Groß* zutreffend anführt, greift der BGH auf die hinter den Normen stehende Wertung zurück, deren Sinn und Zweck es sei, die Allgemeinheit vor Wirtschaftskriminalität zu schützen.¹⁰⁸ Unterstellt, dass dies der richtige Normzweck sei.¹⁰⁹ Damit ist jedoch nichts über die Strafbarkeit des faktischen Geschäftsführers gesagt – mit dieser Argumentation ließe sich nur belegen, vor *was* die Gesetze schützen sollen.¹¹⁰ Die Strafnormen des GmbHG sind aber als Sonderdelikte ausgestaltet, die Frage muss damit lauten: Vor *wem* sollen diese Normen schützen? Es wäre zu begründen gewesen, dass der Wortlaut auch den faktischen Geschäftsführer meint, was aber schon diverse Urteile haben vermissen lassen, wobei das vorliegende dabei keine Ausnahme bildet.¹¹¹

f) BGHSt 47, 318

In aller Kürze sei noch eine Entscheidung des BGH¹¹² zu erwähnen, die verdeutlicht, mit welcher Selbstverständlichkeit die Rechtsfigur angewandt wird. In der Sache ging es um die Strafbarkeit wegen § 266a StGB. Der Senat führte bezüglich der faktischen Geschäftsführung aus:¹¹³

„Das LG hat im Ergebnis zutreffend beide Angeklagte als strafrechtlich verantwortlich i.S. des § 14 StGB für die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge angesehen. Aus dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe wird ausreichend deutlich, dass der Angekl. B die internen kaufmännischen Angelegenheiten eigenständig erledigt hat. Seine Stellung als mit diesen Fragen auch tatsächlich befasster faktischer Geschäftsführer trägt bei ihm die Annahme einer strafrechtlich relevanten Verantwortlichkeit“¹¹⁴.

¹⁰⁵ In BGHSt 3, 32 war diese Frage noch ausdrücklich offengelassen worden.

¹⁰⁶ Vgl. *Lauterwein/Xyländer* (Fn. 6), HGB § 331 Rn. 47.

¹⁰⁷ Ebenso *Groß* (Fn. 3), S. 52.

¹⁰⁸ BGHSt 46, 62 (65); *Groß* (Fn. 3), S. 52.

¹⁰⁹ Man kann bereits hier seine Zweifel hegen, vgl. z.B. ausführlich *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2017, Rn. -175 ff.

¹¹⁰ Vgl. *Groß* (Fn. 3), S. 52; *ders.* auch zum Folgenden.

¹¹¹ *Groß* (Fn. 3), S. 52 f.

¹¹² BGHSt 47, 318 = NStZ 2002, 548.

¹¹³ BGHSt 47, 318 (324).

¹¹⁴ Unter Verweis auf BGHSt 21, 101 (103).

⁹⁸ *Dierlamm*, NStZ 1996, 153 (155); ebenfalls ablehnend m.w.N. *Löffler*, wistra 1989, 121 (125).

⁹⁹ BGHSt 46, 62 = BGH NJW 2000, 2285.

¹⁰⁰ BGHSt 46, 62 (64).

¹⁰¹ Vgl. *Rönnau*, NStZ 2003, 535 (536).

¹⁰² BGHSt 46, 62 (65 f.).

¹⁰³ Diese Formulierung dient der Konkretisierung des Verhältnisses von faktischem und formellen Geschäftsführer.

¹⁰⁴ BGH wistra 1984, 178.

Mehr Begründungsaufwand wird nicht geleistet, was insoweit bemerkenswert ist, da die zitierte Entscheidung zu einem Vertretersondertatbestand ergangen war.¹¹⁵ In der vorliegenden Entscheidung ging es jedoch um ein Delikt des Kernstrafrechts in Zusammenhang mit § 14 StGB,¹¹⁶ was allerdings unerwähnt blieb.¹¹⁷ Ebenfalls unerwähnt blieb der unterschiedliche Anknüpfungspunkt der Sonderstellung, „Arbeitgeber“ und „Geschäftsführer“.¹¹⁸ Die bisherige, zu Vertretersondertatbeständen ergangene Rechtsprechung wurde damit mit einem einzigen Satz *auf das Kernstrafrecht und § 14 StGB übertragen*.

g) *BGH NZG 2015, 246*

Der *Senat* hatte in dem Beschluss¹¹⁹ die Frage zu entscheiden, ob der faktische Geschäftsführer einer GmbH als Täter einer Insolvenzverschleppung nach dem neu geschaffenen § 15a Abs. 4 InsO in Betracht kommt. In diesem Zusammenhang war zu klären, ob die bislang anerkannte Rechtsfigur bei unterlassener oder verspäteter Konkurs- oder Insolvenz-antragstellung mit der Einfügung des § 15a in die Insolvenzordnung durch das MoMiG¹²⁰ entfallen ist.

Der *Senat* bejaht die Fortgeltung der Rechtsprechung für alle Einzelgesetze und argumentiert mit dem Wortlaut und der Gesetzesbegründung. Nach dem Wortlaut des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO („Mitglieder des Vertretungsorgans“) sei der faktische Geschäftsführer nicht ausgeschlossen. Die Formulierung umschreibe zusammenfassend die Verantwortlichen verschiedener Gesellschaftsformen, was auch den Geschäftsführer einer GmbH umschließe, der wiederum „nach ständiger Rechtsprechung dem faktischen Geschäftsführer gleichsteht“. Gestützt sein soll diese Wertung auch durch die Gesetzesbegründung, nach der mit der Änderung durch das MoMiG eine Einschränkung der strafbewehrten Pflicht zur Antragsstellung nicht bezweckt war.

Der Beschluss ist die bisher letzte, unreflektierte Erweiterung der Rechtsprechung. Dem Wortlautargument des BGH muss an dieser Stelle unter Verweis auf die Ausführungen von *Bergmann* ausdrücklich entgegengetreten werden.¹²¹ Die Formulierung in § 15a Abs. 1 InsO ist „Mitglieder des Vertretungsorgans“ – unter diesen Wortlaut müsste also das faktische Organ zu subsumieren sein.

¹¹⁵ *Groß* (Fn. 3), S. 55.

¹¹⁶ Die Anwendung des § 14 StGB auf Vertretersondertatbestände wurde durch die Rspr. richtigerweise verneint, vgl. BGH NStZ 2000, 34 (36).

¹¹⁷ Das Urteil enthielt daneben jedoch nützliche Ausführungen zum Verhältnis von Strohmann und faktischem Geschäftsführer, vgl. *Groß* (Fn. 3), S. 57 f.

¹¹⁸ Vgl. *Radtke*, NStZ 2003, 154 (156) m.w.N.

¹¹⁹ BGH NZG, 2015, 246.

¹²⁰ Durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG, BGBl. I 2008, S. 2026 [2037]) wurden die bis dahin bestehenden Vorschriften zur Insolvenzantragstellung in verschiedenen Einzelgesetzen in § 15a InsO zusammengefasst.

¹²¹ *Bergmann*, NZWiSt 2014, 81 (84).

Konnte man noch für „Vorstand“ bzw. „Geschäftsführer“ mithilfe einer faktisch-gegenständlichen Betrachtung argumentieren, das faktische Organ „führe die Geschäfte“ (Geschäftsführer) bzw. „stehe der AG vor“ (Vorstand),¹²² so ist der Wortlaut nach der Neufassung eindeutig eine rechtliche Statusbeschreibung.¹²³ „Mitglied des Vertretungsorgans“ beschreibt kein Verhalten, das von jedermann ausgeübt werden kann, sondern eine Eigenschaft aufgrund einer außerstrafrechtlichen Pflichtenstellung, die der Täter aufweisen muss.¹²⁴ Ein rein faktisch agierender Geschäftsführer ist nicht vom Wortlaut „Mitglied des Vertretungsorgans“ umfasst. Folgt man dieser Argumentation, trägt auch der Verweis auf die Gesetzesbegründung damit nicht, da der Wortlaut als äußerste Grenze der Auslegung anzusehen ist.¹²⁵

h) *Bewertung*

Der Kreis potentieller Normadressaten wurde durch den BGH erheblich erweitert.¹²⁶ Es ist dabei festzuhalten, dass der BGH die Ausdehnung der Strafbarkeit auf nicht bestellte Geschäftsführer bisher wenig überzeugend begründet hat.¹²⁷ In den neueren Urteilen wird immer auf eine angeblich gefestigte Rechtsprechung verwiesen, die jedoch nie überzeugend und dogmatisch sauber belegt wurde.¹²⁸ Gerade mit Blick auf das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG ist diese viel zu kriminalpolitisch gefärbte Argumentation bedenklich.¹²⁹ Die wiederholte Feststellung, dass eine Strafflosigkeit zu „ungerechten Ergebnissen“¹³⁰ führen würde, ist jedenfalls keine ausreichende Begründung.

Der Rückgriff auf den Grundgedanken der Norm vermag nichts dagegen auszurichten, dass der Begriff des „Geschäftsführers“ auf den rechtlichen Status und nicht auf die Handlungsfunktion des potentiellen Täters abstellt. *Hoyer* ist vollends zuzustimmen, wenn er argumentiert, dass diese zusätzlichen, „teleologisch möglicherweise sinnwidrigen, im Gesetz aber nun einmal verankerten Tatbestandseinschränkungen“ nicht hinweginterpretiert werden dürfen, indem die Bindung an zivilrechtlich festumrissene Statusbegriffe aufgegeben wird und stattdessen eine allein telosorientierte, tatsächliche Betrachtungsweise nach dem Motto verfährt: „Geschäftsfüh-

¹²² Ausführlich *Groß* (Fn. 3), S. 120 f., der ebenfalls auf den allgemeinen Sprachgebrauch abstellt und das Beispiel nennt, dass im Gastronomiebereich der Inhaber eines Restaurants vielfach als Geschäftsführer bezeichnet wird, ungeachtet der Gesellschaftsform; a.A. zum Begriff des „Vorstandes“, *Groß* (Fn. 3), S. 123.

¹²³ *Bergmann*, NZWiSt 2014, 81 (84) m.w.N.

¹²⁴ *Bergmann*, NZWiSt 2014, 81 (84).

¹²⁵ Siehe z.B. BVerfG NJW 2002, 1779 (1781).

¹²⁶ *Montag* (Fn. 34), S. 45.

¹²⁷ Ebenso *Groß* (Fn. 3), S. 56; a.A. wohl *Montag* (Fn. 34), S. 46 f.

¹²⁸ *Groß* (Fn. 3), S. 56.

¹²⁹ Im Zivilrecht ist die Erstreckung von Pflichten einfacher möglich, da hier Art. 103 Abs. 2 GG nicht gilt, vgl. *Hoyer*, NStZ 1988, 368 (370).

¹³⁰ Siehe z.B. BGHSt 21, 101.

rer ist, wer wie (ein Geschäftsführer handelt und demzufolge auch wie) ein Geschäftsführer haften soll!¹³¹.

IV. Stellungnahme und Fazit

Die Rechtsfigur des faktischen Geschäftsführers ist ein Paradebeispiel dafür, wie die höchstrichterliche Rechtsprechung expandiert, sofern nur ein regelungsbedürftiger Bereich vom Gesetzgeber lange genug ignoriert wird. Während sich das Reichsgericht noch restriktiv in der Ausweitung zeigte, expandierte der Anwendungsbereich in der Rechtsprechung des BGH fortlaufend. Das kriminalpolitische Bedürfnis der Anerkennung der Rechtsfigur liegt dabei auf der Hand. Es geht den Strafzwecken der Sonderdelikte gerade zuwider, die Möglichkeit der strafrechtlichen Ahndung durch missbräuchliche, gesellschaftsrechtliche Gestaltung zu umgehen. Ob diese rechtspolitisch notwendige Erweiterung in einem solchen Umfang allerdings tatsächlich der Rechtsprechung oblag, ist äußerst fraglich. Noch bedenklicher ist allerdings die Tatsache, dass im Verlauf der Zeit durch Verweis auf vorangegangene Entscheidungen Kritik schlicht übergangen wurde und Probleme wie eine möglicherweise überschrittene Wortlautgrenze mitunter gar nicht mehr angesprochen wurden. Stattdessen wurde auf die vorangegangenen Urteile verwiesen, was jedoch für sich genommen kein materielles Argument darstellen darf.

¹³¹ Hoyer, NSTZ 1988, 368 (370).