

Aikaterini Tzouma

Die Strafbarkeit des „faktischen Organs“
im Unternehmensstrafrecht
de lege lata et ferenda

Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Garantensonderdelikt



Nomos



DIKE

Studien zum Strafrecht

Band 83

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Böse, Universität Bonn

Prof. Dr. Gunnar Duttge, Universität Göttingen

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser, Universität Bonn

Prof. Dr. Claus Kreß, Universität Köln

Prof. Dr. Dr. h.c. Lothar Kuhlen, Universität Mannheim

Prof. Dr. Ursula Nelles, Universität Münster

Prof. Dr. Dres. h.c. Ulfrid Neumann, Universität Frankfurt a. M.

Prof. Dr. Henning Radtke, Universität Hannover

Prof. Dr. Klaus Rogall, Freie Universität Berlin

Prof. Dr. Helmut Satzger, Universität München

Prof. Dr. Brigitte Tag, Universität Zürich

Prof. Dr. Thomas Weigend, Universität Köln

Prof. Dr. Wolfgang Wohlers, Universität Basel

Prof. Dr. Rainer Zaczyk, Universität Bonn

Aikaterini Tzouma

Die Strafbarkeit des „faktischen Organs“
im Unternehmensstrafrecht
de lege lata et ferenda

Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Garantensonderdelikt



Nomos



DIKE

Gefördert durch die Onassis Public Benefit Foundation



ONASSIS
FOUNDATION

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

Zugl.: München, Ludwig-Maximilians-Univ., Diss., 2016

ISBN 978-3-8487-4013-0 (Print)

ISBN 978-3-8452-8297-8 (ePDF)

ISBN 978-3-03751-964-6 (Dike Verlag Zürich/St. Gallen)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

*Dem Andenken meiner Mutter
Meinem lieben Vater*

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Juni 2015 von der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Die mündliche Doktorprüfung erfolgte am 14. Januar 2016. Literatur und Rechtsprechung konnten weitestgehend bis Frühjahr 2017 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank für die hervorragende Betreuung meiner Promotion gilt meinem hochverehrten Doktorvater Herrn Prof. Dr. jur. Helmut Satzger. Frau Prof. Dr. Petra Wittig danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens ganz herzlich. Ein besonderer Dank gebührt weiterhin dem Zweitprüfer bei der mündlichen Prüfung, Herrn Prof. Dr. Armin Engländer.

Bei der Alexander S. Onassis Stiftung (The Alexander S. Onassis Public Benefit Foundation), die mich durch ein großzügiges Stipendium (Onassis Foundation fellowship) finanziell unterstützt hat, möchte ich mich ebenfalls herzlich bedanken.

Mein aufrichtiger Dank gilt weiterhin meinen griechischen akademischen Lehrern an der Aristoteles-Universität Thessaloniki, Herrn Prof. Nikolaos Bitzilekis und Frau Prof. Maria Kaiafa-Gbandi, für die profunde wissenschaftliche Ausbildung während meines Studiums in Griechenland sowie für ihre vielseitige Unterstützung meiner Promotion.

Frau RAin Amalia Koutsouraki möchte ich für ihre tiefe Freundschaft, Unterstützung und Ermutigung während der Promotionsphase vom ganzen Herzen danken. Danken möchte ich weiter den guten Freunden Herrn Juniorprofessor Dr. Timoleon Kosmides und Herrn RA Alexandros Spyridonidis, die mir stets zur Seite gestanden haben.

Meine Dankbarkeit gebührt ebenfalls meinen Freundinnen Frau Dr. med. Christina Dimopoulou, Frau RAin Dr. Athina Xynopoulou, Frau StAin Dr. Maria Rigopoulou für ihre moralische Unterstützung sowie den Herren RA Dr. jur. habil. Vasileios Petropoulos und RA Dr. Dimitrios Voulgaris für den fachlichen Austausch.

Diese Arbeit ist meiner frühverstorbenen Mutter Viktoria und meinem geliebten Vater Michael in großer Dankbarkeit gewidmet.

München, im April 2017

Aikaterini Tzouma

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einführung in die Problematik und Abgrenzung des Themas	19
I. Die Strafbarkeit des faktischen Organs als Teilproblem der Unternehmenskriminalität	19
II. Festsetzung des in Betracht kommenden Täterkreises	23
III. Zur Feststellung der in Betracht kommenden Straftatbestände	24
1. Kein Problem bei den allgemeinen und den unechten Unterlassungsdelikten	24
2. An das Vertretungsorgan einer juristischen Person adressierte Sonderdelikte (Vertretersonderdelikte)	25
3. Ursprünglich auf das Unternehmen bezogene Sonderdelikte (Unternehmensdelikte)	26
IV. Gegenstand, Ziel und Ablauf der Untersuchung	27
§ 2 Die Vertretungsorgane der Kapitalgesellschaften im Gesellschaftsrecht (Gesetzgebung – Theorie – Rechtsprechung)	29
I. Allgemeines	29
II. Der GmbH-Geschäftsführer	30
1. Der wirksam bestellte GmbH-Geschäftsführer	30
a. Persönliche Voraussetzungen	30
b. Bestellung zum Geschäftsführer, Beginn und Ende des Amtes	33
c. Rechte, Aufgaben und Pflichten des Geschäftsführers	36
d. Haftung	38
i. Gesellschaftsrechtliche Haftung gegenüber der Gesellschaft und den Gesellschaftern	38
ii. Gesellschaftsrechtliche Haftung gegenüber Dritten	39
iii. Strafbewehrte Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten	40
2. Der faktische GmbH-Geschäftsführer	40
a. Der fehlerhaft bestellte GmbH-Geschäftsführer	40

b. Der faktische GmbH-Geschäftsführer i. e. S.	41
c. Der GmbH-Gesellschafter als „faktischer GmbH-Geschäftsführer“	45
III. Das Vorstandsmitglied einer AG	46
1. Das wirksam bestellte Vorstandsmitglied: Bestellungsvoraussetzungen, Aufgaben und Haftung	46
2. Das faktische Vorstandsmitglied	47
a. Das fehlerhaft bestellte Vorstandsmitglied	47
b. Das faktische Vorstandsmitglied i. e. S.	48
IV. Zwischenergebnis	49
§ 3 Die strafrechtliche Rechtsprechung und Literatur zum faktischen Organ	50
I. Die strafrechtliche Rechtsprechung	50
1. Die Entscheidungen des Reichsgerichtes	50
2. Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes	53
3. Wichtige Entscheidungen von Oberlandesgerichten	63
4. Zusammenfassung und kritische Anmerkungen	66
II. Die strafrechtliche Literatur zum faktischen Organ	68
1. Stellungnahmen zur Strafbarkeit des faktischen Organs im Rahmen des § 14 StGB	69
a. Annahme der Strafbarkeit des faktischen Organs	69
i. Die sog. faktische Betrachtungsweise	69
ii. Garantentheorien	72
aa) Die Garantentheorie Schönemanns	72
bb) Haftung kraft faktischer Übernahme der Geschäftsführung (Kratzsch)	73
cc) Garantienstellung kraft Organisation, aus Übernahme oder kraft Institution (Rodemann)	73
dd) Übernahme von Garantienpflichten – keine Haftung des faktischen Organs (Ceffinato)	75
b. Das Einverständnis der Gesellschafter als Organbestellung i. S. des § 14 StGB	75
c. Ablehnung der Strafbarkeit des faktischen Organs nach dem geltenden Recht – die sog. Sperrwirkung des § 14 III StGB und die Berufung auf Art. 103 II GG	77

2. Stellungnahmen zur Strafbarkeit des faktischen Geschäftsführers einer GmbH bzw. des faktischen Vorstandsmitgliedes einer AG bei den sog. „Geschäftsführungs“-Delikten (Vertretersonderdelikten)	79
a. Annahme der Strafbarkeit des faktischen Geschäftsführers bzw. des faktischen Vorstandsmitgliedes	79
i. Die sog. faktische Betrachtungsweise	79
ii. Garanttheorien	81
aa) Die Garanttheorie Schünemanns	81
bb) Haftung kraft faktischer Übernahme der Geschäftsführung (Kratzsch)	82
cc) Garantstellung kraft Organisation bzw. Institution (Rodemann, Cavero)	83
iii. Sonstige „weite“ Ansichten	85
aa) Der Rechtsmissbrauch und die Lückenschließung als Lösungsansätze	85
bb) Annahme der Strafbarkeit des faktischen Geschäftsführers	86
b. Das Einverständnis bzw. die Duldung der Gesellschafter als Bestellung zum Geschäftsführer bzw. zum Vorstandsmitglied	89
c. Ablehnung der Strafbarkeit des faktischen Geschäftsführers bzw. des faktischen Vorstandsmitgliedes	90
i. Sonderproblemfall: die Strafbarkeit des fehlerhaft bestellten Geschäftsführers bzw. Vorstandsmitgliedes – zur „Sperrwirkung“ des § 14 III StGB in den Vertretersonderdelikten	90
ii. Ablehnung der Strafbarkeit des faktischen Organs i. e. S. bei den Vertretersonderdelikten (nicht einmal bestellter Geschäftsführer bzw. Vorstandsmitglied)	92
III. Zwischenergebnis	93

§ 4 Die Einheit der Rechtsordnung und die strafrechtliche Verselbständigung	94
I. Die Einheit der Rechtsordnung	94
1. Logische Voraussetzungen und historische Entwicklungen der Einheit der Rechtsordnung	94
2. Die Formel der Einheit der Rechtsordnung als Abgrenzungskriterium und Postulat der Widerspruchsfreiheit	97
3. Die Einheit der Rechtsordnung in Bezug auf das Strafrecht	100
II. Die Verselbständigung des Strafrechts	103
1. Die Begründung der Verselbständigung des Strafrechts	103
2. Die Weite der strafrechtlichen Autonomie	104
3. Die Reichweite der strafrechtlichen Akzessorietät – die Normspaltung im Nebenstrafrecht	107
III. Die Auswirkungen der Einheit der Rechtsordnung und der Verselbständigung des Strafrechts auf die Strafbarkeit des faktischen Organs	108
1. Der Begriff des Organs in § 14 StGB	109
a. § 14 II StGB	110
b. § 14 I 1 StGB	110
2. Der Begriff des Geschäftsführers bzw. des Vorstandsmitgliedes	112
IV. Zwischenergebnis	113
§ 5 Die faktische Betrachtungsweise als mögliche Grundlage der Strafbarkeit des faktischen Organs	115
I. Allgemeines	115
II. Vergleichbare Konstellationen	116
1. Die faktischen Vertragsverhältnisse im Zivilrecht	116
a. Faktische Vertragsverhältnisse kraft sozialen Kontaktes	117
b. Faktische Vertragsverhältnisse kraft Einordnung in ein Gemeinschaftsverhältnis	117
i. Parallele zur faktischen Betrachtungsweise	117
ii. Parallele zur fehlerhaften Organbestellung	119
c. Faktische Vertragsverhältnisse kraft sozialer Leistungsverpflichtung	119

2. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Steuerrecht	121
3. Zwischenergebnis	126
III. Die Entwicklung der faktischen Betrachtungsweise im Strafrecht	127
1. Der Emanzipationskampf gegenüber dem Zivilrecht	127
2. Faktische Betrachtungsweise und Vertreterhaftung – der Weg bis zum „Handeln für einen anderen“	128
3. Die faktische Betrachtungsweise als Lösungsformel weiterer problematischer Konstellationen	130
a. Eine besondere Tätigkeit des Handelnden vorschreibende Tatbestände	131
b. Tatbestände mit egoistisch beschränkter Innentendenz	132
4. Die faktische Betrachtungsweise als Maßstab für die Bewertung des Sachverhaltes, insbesondere in Bezug auf Gesetzesmissbräuche	134
5. Die faktische Betrachtungsweise als selbständige Auslegungsmethode	135
IV. Kritische Gegenüberstellung zu den angeblichen Funktionen der faktischen Betrachtungsweise	136
1. Faktische Betrachtungsweise und emanzipiertes Strafrecht	136
2. Faktische Betrachtungsweise und Vertreterhaftung nach § 14 StGB	136
3. Faktische Betrachtungsweise und weitere problematische Konstellationen nach der Einführung des § 14 StGB	139
a. Eine besondere Tätigkeit des Handelnden vorschreibende Tatbestände	139
b. Tatbestände mit egoistisch beschränkter Innentendenz	140
4. Faktische Betrachtungsweise und die „bestrebte Wahrheit“	141
a. Die Beurteilung des Sachverhaltes als Funktion der faktischen Betrachtungsweise	141
b. Bekämpfung von Rechtsmissbräuchen und Schließung von Gesetzeslücken	142
5. Die faktische Betrachtungsweise als teleologisches Auslegungsinstrument	143

V. Faktische Betrachtungsweise und faktisches Organ – vorläufige Anmerkungen	144
1. Unternehmensdelikte und faktische Betrachtungsweise	144
a. Zur Möglichkeit einer „Umwandlung“ der Unternehmensdelikte zu allgemeinen Delikten durch die faktische Betrachtungsweise	144
b. Zur Option einer „Funktionalen“ Auslegung des „Organs“ i. S. d. § 14 StGB	145
c. Zum § 14 III StGB als heutige Fundstelle der faktischen Betrachtungsweise	145
2. Vertretersonderdelikte und faktische Betrachtungsweise	146
VI. Zwischenergebnis	147
§ 6 Die Auslegungsgrenzen des strafrechtlichen Organbegriffs	148
I. Strafrechtliche methodologische Prolegomena	148
1. Allgemeine Bemerkungen zur juristischen Auslegungsmethode	148
a. Grammatische Auslegung	150
b. Logisch-systematische Auslegung	151
c. Subjektiv-historische und objektiv-teleologische Auslegung	152
d. Verfassungs- und unionsrechtskonforme Auslegung	153
2. Auslegung im Strafrecht	154
a. Nullum crimen nulla poena sine lege	154
i. Lex certa: Bestimmtheitsgebot	155
ii. Lex scripta: Verbot des Gewohnheitsrechts	156
iii. Lex praevia: Rückwirkungsverbot	157
iv. Lex stricta: Analogieverbot – zur Abgrenzung zwischen Analogie und Auslegung	157
b. Unionsrechtskonforme Auslegung und Strafrecht	160
3. Besonderheiten der Auslegung bei der Organhaftung	161
II. Die Auslegungsgrenzen des Organbegriffs im § 14 StGB	164
1. Das Organ i. S. des § 14 I Nr. 1 StGB	165
2. Die Unwirksamkeit der Bestellung bzw. des Auftrages i. S. des § 14 III StGB	167
a. Fehlerhaft bestelltes Organ	167

b.	Das nicht bestellte Organ (faktisches Organ i. e. S.)	167
i.	Historische und teleologische Auslegung – der Wortsinn des § 14 III StGB als Auslegungsgrenze	168
ii.	Die angebliche deklaratorische Bedeutung des § 14 III StGB und die Wiederkehr zur faktischen Betrachtungsweise	171
3.	Das Einverständnis der Gesellschafter als Organbestellung	172
a.	Die Handhabung dieses Gedankens aus zivilrechtlicher Sicht	173
b.	Strafrechtseigene Auslegung der Organbestellung	173
4.	Das faktische Organ i. e. S. als Beauftragter i. S. des § 14 II StGB	175
a.	§ 14 II 1 Nr. 1 StGB	177
b.	§ 14 II 1 Nr. 2 StGB	177
5.	Verfassungsrechtliche Bedenken gegen das faktische Organ i. e. S.	178
a.	Bedenken angesichts des Analogieverbotes	179
b.	Bedenken angesichts des Bestimmtheitsgebotes	180
6.	Zwischenergebnis	182
III.	Die Auslegungsgrenzen der Strafbarkeit des faktischen Organs bei den Vertretersonderdelikten	182
1.	Die Auslegung des Begriffes „Geschäftsführer einer GmbH“	183
a.	Der Begriff „Geschäftsführer“ im GmbHG	183
b.	Die fehlerhafte Bestellung zum Geschäftsführer und die sog. „Sperrwirkung“ des § 14 III StGB	186
i.	Die sog. „Sperrwirkung“ des § 14 III StGB	186
ii.	Fehlerhafte Geschäftsführerbestellung aus gesellschaftsrechtlicher und strafrechtlicher Sicht	187
iii.	Verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich der Strafbarkeit des fehlerhaft bestellten Geschäftsführers	188
c.	Der faktische Geschäftsführer i. e. S.	189
i.	Faktische Betrachtungsweise und strafrechtseigener Geschäftsführerbegriff	189

ii. Verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich der Strafbarkeit des faktischen Geschäftsführers	
i. e. S.	190
aa) Analogieverbot	190
bb) Bestimmtheitsgebot	191
2. Die Auslegung des Begriffes „Mitglied des Vorstandes einer AG“	192
a. Der Begriff des „Vorstandsmitgliedes“ im Aktiengesetz	192
b. Das fehlerhaft bestellte Vorstandsmitglied	192
c. Das faktische Vorstandsmitglied i. e. S.	193
3. Weitere Begriffe	193
4. Exkurs: Das faktische Organ als möglicher Täter von Insolvenzverschleppung	194
IV. Fazit	195
§ 7 „Haftungsausdehnung“ auf das faktische Organ – ein normatives Gleichstellungsproblem	197
I. Einleitung	197
II. Der Strafgrund der Organ- und Vertreterhaftung (§ 14 StGB)	197
1. Die Pflichttheorie und die darauf beruhenden Ansätze	199
2. Rogalls Theorie der systemischen Repräsentantenhaftung	200
3. Die Interessentheorie Hoyers	201
4. Die Garantentheorie Schönemanns	201
5. Stellungnahme und Verlagerung der Frage auf die Betrachtung der Sonderdelikte mit objektiven Täterqualifikationen	203
III. Der dogmatische Hintergrund der Sonderdelikte des Anwendungsbereiches des § 14 StGB und der Vertretersonderdelikte	206
1. Die Sonderdelikte des Anwendungsbereiches des § 14 StGB und die Vertretersonderdelikte als Sonderdelikte mit objektiven Täterqualifikationen	206
2. Zum Wesen des Sonderdeliktes im Allgemeinen	207
3. Die Sonderdelikte mit objektiven Täterqualifikationen als Pflichtdelikte (Roxin)	209

4. Die Normativierung der Pflichtdeliktslehre durch Jakobs	212
5. Die „Pflichtdelikte“ als „Garantensonderdelikte“ (Schünemann)	214
6. Kritische Anmerkungen	217
a. Die Resonanz eines normativen Tatherrschaftsbegriffes bzw. einer Garantstellung bei den Sonderdelikten	217
b. Zum (wahren) Inhalt und systematischer Konsequenz der „Geschehensherrschaft i. S. der Kontrolle über einen sozialen Bereich“	220
IV. Ergebnis	225
1. Die Übernahme einer Garantstellung im Sinne einer faktisch-normativen Herrschaft über den Aufgabenbereich des bestellten Organs als Haftungsgrund	225
2. Die Sonderdelikte des Anwendungsbereiches des § 14 StGB und die Vertretersonderdelikte als Garantensonderdelikte	228
a. Die Sonderdelikte des Anwendungsbereiches des § 14 StGB als Garantensonderdelikte	228
b. Die Vertretersonderdelikte als Garantensonderdelikte	231
§ 8 Die Folgen der Gleichstellung	234
I. Die Übernahme einer Garantstellung als Grundlage der Strafbarkeit der faktischen Organtätigkeit	234
II. Der Mangel und die Notwendigkeit der positivrechtlichen Untermauerung der Garantstellung des faktischen Organs	236
III. Zu einer Vertypfung der Garantstellung i. S. der Geschehensherrschaft über einen sozialen Bereich	239
1. Kriterien der strafbaren faktischen Organtätigkeit	239
a. Kriterien zur Annahme der Strafbarkeit des faktischen Organs in Judikatur und Lehre	239
b. Regelungsvorschläge in der Lehre	240
c. Rechtsvergleichende Betrachtungen	244
i. Schweiz	244

Inhaltsverzeichnis

ii. Spanien	244
iii. Angloamerikanischer Rechtskreis	245
d. Kriterien zur Sanktionierung der faktischen Organtätigkeit im Europäischen Strafrecht	246
i. Zukunftsprojekte bzw. Symposia für ein „Europäisches Strafrecht“	246
ii. Sekundärrechtsakte der Europäischen Union	247
2. Kritische Anmerkungen	250
a. Zu den vorgebrachten Kriterien in Judikatur und Lehre	250
b. Zu den Regelungsvorschläge in der Lehre	251
c. Zu den Gesetzesformulierungen in ausländischen Rechtsordnungen	252
d. Zu den Kriterien der faktischen Organtätigkeit im Europäischen Strafrecht	252
IV. Abschließende Überlegungen	253
V. Eigene Vorschläge	254
§ 9 Zusammenfassung in Thesen	256
Literaturverzeichnis	259

§ 1 Einführung in die Problematik und Abgrenzung des Themas

I. Die Strafbarkeit des faktischen Organs als Teilproblem der Unternehmenskriminalität

Die Strafbarkeit des faktischen Organs stellt nur einen Teil derjenigen Problemfälle dar, die im Bereich der Wirtschaftskriminalität auftreten. In diesem Bereich hat sich das Unternehmen, abgesehen von seiner rechtlichen Erscheinung als Einzelunternehmen, Personen- oder Kapitalgesellschaft, seit Langem als zentrale Gestalt durchgesetzt, sodass der Begriff „Wirtschaftskriminalität“ mittlerweile nahezu mit dem Begriff „Unternehmenskriminalität“ synonym verwendet wird.¹ Um die Haftungszurechnung im Unternehmen schematisch zu beschreiben, lassen sich drei Konstellationen herausarbeiten. Zunächst kommt in horizontaler Hinsicht die Frage einer Haftung des Unternehmens selbst in Betracht.² In vertikaler Hinsicht bildet die Haftung der hierarchisch übergeordneten Personen für Taten und Unterlassungen ihrer Untergebenen, entweder wegen Verletzung einer Garantstellung oder wegen Verstoßes gegen speziell vorgeschriebene Aufsichtspflichten, eine Zurechnungsverschiebung „nach oben“ ab.³ Die dritte Konstellation und zugleich Teilgegenstand der vorliegenden Untersuchung, nämlich die Haftung der Organe und Vertreter für Taten, die anfänglich das Unternehmen betreffen, stellt schließlich eine Ausdehnung der strafrechtlichen Haftung „nach unten“ dar.⁴

Die Ursprünge der Problematik rund um die Strafbarkeit des faktischen Organs bestehen bereits darin, dass die meisten Straftatbestände im Wirtschaftsstrafrecht als Sonderdelikte ausgestaltet sind.⁵ Die sich daraus ergebenden Zurechnungsschwierigkeiten und Strafbarkeitslücken können erlickt werden, wenn das Auseinanderfallen von Handlung und Zuständig-

1 Vgl. nur *Hefendehl*, ZStW 2007, 816 (818 f.).

2 Zum Zusammenhang mit der Vertreterhaftung vgl. nur NK-StGB³/*Marxen*, § 14 Rn. 10 ff.

3 Dazu s. *Bülte*, Vorgesetztenverantwortlichkeit im Strafrecht, 2015, S. 55 -95.

4 So *Schünemann*, Unternehmenskriminalität, 1979, S. 61; *Tiedemann*, WiStr³, Rn. 241a; *Silva Sánchez*, Coimbra-Symposium, 1995, S. 307.

5 *Tiedemann*, WiStr³, 2010, Rn. 56.

keit im Unternehmensstrafrecht⁶ einerseits sowie die vorwiegend statische, am Zivilrecht orientierte Begriffsbildung bei den Sonderstraftatbeständen andererseits berücksichtigt werden. Während bei den Allgemeindelikten jeder tauglicher Täter sein kann, ist der Täterkreis bei den Sonderdelikten durch die im Gesetz umschriebenen Eigenschaften des Handlungssubjektes begrenzt.⁷ Solche im Bereich der Wirtschaftskriminalität sehr häufig vorkommenden Eigenschaften, wie etwa „Arbeitgeber“ oder „Schuldner“, betreffen meistens das Unternehmen selbst. Handelt es sich beispielsweise bei dem „Arbeitgeber“ i. S. v. § 266a StGB, dem „Schuldner“ i. S. v. §§ 283 ff. u. a. um eine juristische Person, fällt die Strafbarkeit schon wegen des Prinzips „societas delinquere non potest“ aus. Ist dagegen der Vertretene eine natürliche Person, fällt wieder seine Strafbarkeit aus, da der Vertretene nicht handelt. Die Straflosigkeit des tatsächlich handelnden Vertreters ergibt sich aus der Tatsache, dass bei ihm die „besonderen persönlichen Merkmale“, die die Strafbarkeit begründen, nicht vorliegen. Ferner scheidet eine Bestrafung wegen mittelbarer Täterschaft oder Teilnahme, da bei der Ersten die besondere Eigenschaft gleichermaßen notwendig ist und bei der Zweiten eine rechtswidrige Haupttat fehlt.⁸

Die „Überwälzung“⁹ dieser Eigenschaften und die Ausdehnung der Strafbarkeit auf die handelnden natürlichen Personen (Organe, Vertreter und Beauftragte) wurde zunächst durch die Einführung des § 50a StGB a. F. ermöglicht.¹⁰ Diese Vorschrift entspricht dem heutigen § 14 StGB, der durch das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminali-

6 Schünemann, in: Madrid-Symposium, 1994, S. 265, 271: „Weiterhin kommt als dritte Besonderheit und zugleich als drittes Problem der strafrechtlichen Zurechnung das aus der arbeitsteiligen Struktur der modernen Volkswirtschaft resultierende Auseinanderfallen von Ausführungstätigkeit, Informationsbesitz und Entscheidungsmacht hinzu“; ders., Unternehmenskriminalität, S. 30 ff., 41 ff., 44 ff.; ders., in: LK¹², § 14 Rn. 1–3. Vgl. weiter Bosch, Organisationsverschulden im Unternehmen, 2002, S. 13 ff. m.w.N.

7 Vgl. nur Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT⁴⁶, Rn. 52 ff.

8 Vgl. BGH St 21, 101, 105.

9 Bruns, GA 1982, 1 (8).

10 § 50a StGB a. F. wurde durch das Einführungsgesetz zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (EGOWiG) vom 24. 5. 1968 (BGBl. I, S. 503 ff.) eingesetzt. Vorgänger des § 50a a. F. ist § 14 E 1962 gewesen. Dieser ging weiter auf § 14 des StGB-Entwurfes von 1958 zurück, der auch bei Sonderdelikten eine Tatbestandserweiterung vorsah. Zur Entstehungsgeschichte des § 14 StGB s. Schünemann, in: LK-StGB¹², § 14, Entstehungsgeschichte; Bruns, JZ 1958, 461 ff.

tät¹¹ sowie durch das EU-Rechtsinstrumente-AG vom 22. August 2002¹² geändert wurde.¹³ Der Regelung des § 14 StGB und der ihr gleichlautenden des § 9 OWiG kommt im Wirtschaftsstrafrecht eine große Bedeutung zu. Für die vorliegende Untersuchung kommt insbesondere § 14 III StGB in Betracht, der die zivilrechtlichen Mängel der die Vertretung bzw. die Beauftragung begründenden Rechtshandlung für unbeachtlich erklärt. Dieser Absatz soll zudem die strafrechtliche Haftung des faktischen Organs begründen und die kontroverse Methode der sog. „faktischen Betrachtungsweise“ zum Ausdruck bringen, die zur strafrechtlichen Einbeziehung des faktischen Organs bereits vor der Schaffung des § 14 StGB benutzt wurde.¹⁴

Mit dem „Handeln für einen anderen“ des § 14 StGB erschöpft sich die dieser Arbeit zugrunde liegende Frage nach der Strafbarkeit faktischer Organe im Recht der Kapitalgesellschaften, insbesondere in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und der Aktiengesellschaft, nicht. Im Nebenstrafrecht und teils auch im StGB tritt das Organ selbst als Adressat zahlreicher Vorschriften auf. Die §§ 82–85 GmbHG, §§ 399 ff. AktG, § 15a InsO, §§ 369 ff. AO i. V. m. § 34 AO u. a. bilden den wichtigsten Teil solcher – im Folgenden auch als „Geschäftsführungs“-Delikte¹⁵ oder Vertretersonderdelikte bezeichneten – Straftatbestände.¹⁶

Sowohl bei den Delikten, die in den Anwendungsbereich des § 14 StGB bzw. des § 9 OWiG fallen, als auch bei den Vertretersonderdelikten besteht das Problem der Strafbarkeit des faktischen Organs gerade darin, dass diese Person weder die von § 14 StGB noch die von den Vertretersonderdelikten vorausgesetzten besonderen Tätereigenschaften aufweist. Nicht selten ist diese Person auch gesetzlich verhindert, die Stelle eines vertretungsberechtigten Unternehmensorgans rechtmäßig zu übernehmen.¹⁷ Sie bedient sich daher eines „Strohmannes“, um ihre unternehmerischen Pläne

11 2. WiKG vom 15. 5. 1986 (BGBl. I, S. 721 ff.).

12 BGBl. I, S. 3387 ff.

13 Zur Entstehungsgeschichte des § 14 StGB s. Schünemann, in: LK-StGB¹², § 14, Entstehungsgeschichte; Bruns, JZ 1958, 461 ff.

14 Vgl. nur Tiedemann, WiStr³, Rn. 57.

15 Vgl. Kohlmann, GmbH-Geschäftsführer, S. 1 ff. und passim.

16 Unter anderen werden die Begriffe „Sondervertreterdelikte“ (so SK-StGB⁸/ Hoyer, § 14 Rn. 87), „Vertretersondertatbestände“ (so MK-StGB²/ Radtke, § 14 Rn. 44) und „Geschäftsführersondertatbestände“ (so Ceffinato, Legitimation, S. 79) auch verwendet.

17 Vgl. nur §§ 6 II 2 GmbHG und 76 III 2 AktG.

abzuwickeln. Dadurch ergeben sich ungerechte Strafbarkeitslücken, weil es meistens auch an einem verantwortlichen Sondertäter fehlt, so dass sowohl die Strafbarkeit des nicht qualifizierten, faktischen Organs als auch die des als Strohmännchen agierenden Sonderqualifizierten scheitert. Beim Fehlen eines Haupttäters scheidet – wie bereits erwähnt- zudem eine Haftung wegen Teilnahme des faktischen Organs aus.¹⁸ Nicht nur im Kriminalstrafrecht und insbesondere im Insolvenzstrafrecht erlangen solche Ergebnisse große praktische Bedeutung. Darüber hinaus könnte eine Strafflosigkeit gem. § 9 OWiG im Recht der Ordnungswidrigkeiten den Weg zur Verhängung einer Geldbuße gegen das Unternehmen gem. § 30 OWiG versperren.¹⁹ Diese gewichtigen Strafbarkeitslücken werden in der Praxis durch eine langjährige, nicht bedenkenfreie BGH-Rechtsprechung zum „faktischen Organ“, an die sich auch ein zunehmender Teil des Schrifttums anschließt, beseitigt.²⁰

Der Begriff „faktisches Organ“ ist allerdings mehrdeutig und wird in zwei bzw. drei Fallkonstellationen relevant. Als faktisches Organ werden das bestellte Organ einer fehlerhaften Gesellschaft, das fehlerhaft bestellte Organ einer völlig wirksamen Gesellschaft und die Person, die trotz unterbliebenen Bestellungsaktes die Organtätigkeit tatsächlich ausübt, bezeichnet. Sowohl in der ersten als auch in der zweiten Konstellation wird die Strafbarkeit des Organs fast einwandfrei bejaht; beide bleiben aber wohl in Betracht, denn sie dienen der Ableitung der für die dritte Konstellation relevanten Ergebnisse. Im Schrifttum und in der Rechtsprechung wird der Begriff „faktisches Organ“ mit dem des „faktischen Geschäftsführers“, der sich auf den Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) bezieht, abwechselnd benutzt. Der wichtigste Grund dafür ist die Gestaltungsform der GmbH,²¹ so dass der größte Teil der Rechtsprechung und der einschlägigen Literatur ausschließlich die Strafbarkeit des faktischen GmbH-Geschäftsführers betrifft. Zudem wird vertreten, dass sich eine für alle Gesellschaftsformen einheitlich anwendbare Lösung der Pro-

18 Vgl. BGH St 21, 101, 105.

19 Dass die drohenden Lücken durch die Regelung des § 30 I Nr. 5 OWiG vermieden werden, s. § 8 I. 3. b.

20 Dazu in § 3.

21 Vgl. Tiedemann, Scholz-GmbHG¹⁰, Vor §§ 82 GmbHG, Rn. 3. Zur „besonderen Insolvenzanfälligkeit“ der GmbH s. BGH, Beschl. v. 10. 2. 2009 – 3 StR 372/08, NZG 2009, 673, 675. Eingehend dazu letztens *Hanft*, Strafrechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Einmann-GmbH, 2006, S. 40 ff.

blematik des faktischen Organs nicht ergeben kann.²² Dabei stellt sich die Frage, ob es sich beim faktischen Organ um eine allgemeine Rechtsfigur oder bloß um ein Problem der Einzelnormanwendung handelt.²³ Da im Recht der Personengesellschaften die Prinzipien der Selbstorganschaft, der Einzelgeschäftsführung²⁴ und der unbeschränkten und unbeschränkbar Haftung aller Gesellschafter gelten,²⁵ ist daher festzustellen, dass die Problematik des faktischen Organs hauptsächlich bei den Kapitalgesellschaften und dabei überwiegend in Bezug auf die GmbH von Bedeutung ist.

II. Festsetzung des in Betracht kommenden Täterkreises

Bei der Festsetzung des in Betracht kommenden Täterkreises taucht notwendigerweise ein eigentümliches Problem auf. Es wird die Strafbarkeit des faktischen Organs untersucht, obwohl dieser Begriff keinen klaren Inhalt hat. Wie oben erwähnt wurde, wird darunter das Organ verstanden, das im Gegensatz zu einem rechtswirksam bestellten Organ entweder fehlerhaft oder überhaupt nicht bestellt wurde.²⁶ Bei einem fehlerhaft bestellten Organ gibt es zumindest bezüglich der Abgrenzung des Personenkreises keine Schwierigkeit, da sich diese gerade durch die fehlerhafte Bestellung vornehmen lässt. Bei einem nicht einmal bestellten Organ ergibt sich dagegen ein Teufelskreis. Wird nämlich versucht, die Strafbarkeit des faktischen Organs darauf zu stützen, dass dieses bestimmte Aufgaben wahrnimmt bzw. gewisse Voraussetzungen erfüllt, indem dem faktischen Organ gewisse Merkmale zugerechnet werden, werden diese Merkmale, die vermutlich ein faktisches Organ innehaben muss, um überhaupt als Täter der einschlägigen Sonderdelikte bestraft zu werden, gleichzeitig Inbegriff des faktischen Organs. Anders gesagt, es wird von einem unklaren Begriff des

22 Vgl. *Groß*, Verantwortlichkeit, S. 111, 179.

23 Vgl. Stein U., Das faktische Organ, 1984, S. 95.

24 Windbichler, Gesellschaftsrecht²², § 14 II Rn. 1 ff.; *Schmidt K.*, Gesellschaftsrecht⁴, § 14 II 2, S. 410.

25 Windbichler, Gesellschaftsrecht²², § 15 III Rn. 16. Die unbeschränkte Haftung betrifft bei der KG nur die Komplementäre. Nur denen steht die Geschäftsführung zu: Windbichler, Gesellschaftsrecht²², § 17 IV Rn. 10.

26 Wie oben gesagt, bezeichnet man als faktisches Organ daneben auch das wirksam bestellte Organ einer nichtigen Gesellschaft, was allerdings keine Schwierigkeit bereitet, denn eine nichtige Gesellschaft ist wirksam bis sie durch eine Nichtigkeitsklage aufgelöst wird. Vgl. *Groß*, Verantwortlichkeit, S. 37.

faktischen Organs ausgegangen und dieser Begriff wird durch die Merkmale definiert, die auch die Strafbarkeit begründen sollen.

Um diesen Zirkelschluss zu vermeiden, wird zunächst allgemein das faktische Organ im weiteren Sinne, d.h. sowohl das fehlerhaft bestellte Organ, als auch das nicht einmal bestellte Organ (faktisches Organ im engeren Sinne), untersucht. Im Verlauf der Arbeit wird sich zeigen, ob andere Personen außer den rechtswirksam bestellten Organen auch in die Strafbarkeit einbezogen werden können. Beim Ziehen der Auslegungsgrenzen der einschlägigen Normen wird dann ein anderer Weg bezüglich des fehlerhaft bestellten Organs gegangen. Die genauen Konturen des faktischen Organs im engeren Sinne werden dagegen zusammen mit seiner dogmatischen Begründung gezeichnet.

Theoretisch können jedenfalls als faktische Organe i. e. S. beispielsweise folgende Personen in Betracht kommen:²⁷

- Hintermänner, die das Amt des wirksam bestellten Organs einnehmen;
- faktische Organe, die entweder nie bestellt oder vorzeitig abberufen wurden;
- Gesellschafter bzw. Aktionäre oder auch Gläubiger, die wegen ihrer überragenden Stellung im Unternehmen das bestellte Organ manipulieren oder verdrängen;
- Prokuristen, Rechtsanwälte, Steuerberater u. a., die Einfluss auf das Unternehmen ausüben.

III. Zur Feststellung der in Betracht kommenden Straftatbestände

1. Kein Problem bei den allgemeinen und den unechten Unterlassungsdelikten

Die Allgemeindelikte, wobei tauglicher Täter „jeder“ sein kann, soweit er den jeweiligen gesetzlichen Tatbestand erfüllt, bereiten für die Strafbarkeit des faktischen Organs keine Schwierigkeiten.²⁸

Ebenso wenig problematisch für die Haftung des faktischen Organs sind die unechten Unterlassungsdelikte. Die in der heutigen deutschen Strafrechtsdogmatik anerkannte Garantenstellung als „*Summe von Voraus-*

27 Ähnlich schematisiert auch Kratzsch, ZGR 1985, 506 (508).

28 Vgl. nur *Büning*, Verantwortung, S. 238.

setzungen, aus denen sich die Pflicht ergibt, gegen Rechtsgutsgefährdungen einzuschreiten“²⁹, kann jeden, d. h. auch das faktische Organ, unter den Voraussetzungen des § 13 StGB treffen. Aus demselben Grund ist die Vertreterhaftung dabei irrelevant. § 14 StGB und damit auch die Frage der Strafbarkeit des faktischen Organs i. S. v. § 14 III StGB kommen daher nur insoweit in Betracht, „wie der Tatbestand eine über die allgemeinen, durch Übertragung der Herrschaftsposition delegierbaren Garantenstellungen hinausgehende Täterqualifikation voraussetzt, die den nicht delegationsfähigen personalen Status betrifft“.³⁰

2. An das Vertretungsorgan einer juristischen Person adressierte Sonderdelikte (Vertretersonderdelikte)

Bei den Sonderdelikten wird der Täterkreis durch „die im gesetzlichen Tatbestand umschriebene Eigenschaft des Handlungssubjekts begrenzt“³¹. Diejenigen Straftatbestände, meistens aus dem GmbHG, AktG, der InsO u. a., die als Täter das Vertretungsorgan einer juristischen Person bezeichnen, lassen sich dementsprechend den Sonderdelikten zuordnen. Das strafwürdige Verhalten wird entweder durch Tun (Begehungs-Sonderdelikte³²) oder Unterlassen (echte Unterlassungs-Sonderdelikte³³) umschrieben.

Hier stellt sich meistens die Frage, ob diese Vorschriften nur auf das (ordnungsgemäß) bestellte Vertretungsorgan anwendbar sind oder auch das faktische Organ betreffen. Musterbeispiele dieser Problematik bilden die §§ 82, 84 und 85 GmbHG, §§ 399 ff. AktG, § 15a InsO, §§ 369 ff. AO i. V. m. § 34 AO u. a. Wegen der Häufigkeit einer Täterschaft seitens des Geschäftsführers einer GmbH wird dabei auch generell von „Geschäftsführungs“-Delikten i. e. S. gesprochen.³⁴

29 S/S-StGB²⁹/ Stree/ Bosch, § 13 Rn. 7.

30 Schünemann, in: LK-StGB¹², § 14 Rn. 25. Vgl. auch S/S-StGB²⁹/Perron, § 14 Rn. 6.

31 Wessels/Beulke/ Satzger, Strafrecht AT⁴⁶, Rn. 54.

32 Vgl. die Gründungs- oder Geschäftslagetäuschung in § 82 GmbHG; Kohlmann, GmbH- Geschäftsführer, S. 10.

33 Vgl. die Verletzung der Verlustanzeigespflicht gem. § 84 GmbHG (n. F.); Baumbach/Hueck-GmbHG²¹, § 84 Rn. 3.

34 Vgl. Kohlmann, GmbH-Geschäftsführer, S. 1 ff. und passim.

3. Ursprünglich auf das Unternehmen bezogene Sonderdelikte (Unternehmensdelikte)

Wie bereits dargelegt, begrenzen einige strafrechtliche Vorschriften den Täterkreis durch „besondere persönliche Merkmale“, wie z. B. die Merkmale „Arbeitgeber“³⁵ und „Schuldner“³⁶. Strafbarkeitslücken würden dabei insbesondere dann auftauchen, wenn die diese Merkmale aufweisende Person eine juristische Person ist, die sich aber – dem Grundsatz „societas delinquere non potest“ gemäß – nicht strafbar machen kann, und die handelnde natürliche Person, wie z. B. der Geschäftsführer einer GmbH, nicht von diesen Merkmalen betroffen ist. Um solche Strafbarkeitslücken zu vermeiden, greift die Vorschrift des § 14 StGB (bzw. des § 9 OWiG) ein, die eine „Überwälzung“ solcher Merkmale von der betroffenen Person auf die handelnde vertretungsberechtigte Person bzw. auf den gewillkürten Stellvertreter erlaubt. So lassen sich beispielsweise derartige Vorschriften auf den (ordnungsgemäß) bestellten und deshalb vertretungsberechtigten Geschäftsführer einer GmbH durch § 14 I Nr. 1 Alt. 1 StGB anwenden.

Doch offen bleibt auch hier die Frage der Strafbarkeit des faktischen Organs nach dem jeweiligen Sonderdeliktstatbestand i. V. m. § 14 StGB. § 14 III StGB erklärt die zivilrechtliche Unwirksamkeit des Bestellungsaktes für strafrechtlich unbeachtlich. Zwar sei nur relevant, ob der „Vertreter oder Beauftragte im Wirkungskreis des eigentlichen Normadressaten mit dessen Einverständnis oder dem Einverständnis des hierzu Befugten dessen Stellung tatsächlich eingenommen hat“³⁷. Einer Ansicht nach verlangt § 14 III StGB das Vorliegen eines tatsächlich erfolgten (wenn auch unwirksamen) Bestellungsaktes. Nach anderer Ansicht ist dagegen in § 14 III StGB eine von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelte und dem Gesetzgeber bewusste selbständige Auslegungsmethode zum Ausdruck gekommen, die mit Hilfe der sog. faktischen Betrachtungsweise die strafrechtlichen Begriffe von den zivilrechtlichen Vorschriften losgelöst interpretiert und daher für die Begründung der Vertreterhaftung keinen Bestellungsakt voraussetzt. Die Auslegungsgrenzen dieser Norm und die ihr zugrunde liegende dogmatische Basis werden im Laufe der Arbeit untersucht.

35 Wie in § 266a StGB.

36 So in §§ 283 ff. und 288 StGB.

37 EEGOWiG S. 65; Schönemann, in: LK StGB, 12., § 14 Rn. 69 ff.

IV. Gegenstand, Ziel und Ablauf der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich daher mit der Frage, ob das „faktische“ Organ bzw. der „faktische“ GmbH-Geschäftsführer und das „faktische“ AG-Vorstandsmitglied taugliche Täter im Sinne des § 14 StGB und der Vertretersonderdelikte der §§ 82, 84 und 85 GmbHG, §§ 399 ff. AktG, § 15a InsO u.a. sind. Die Strafbarkeit des „faktischen Organs“ wird zunächst de lege lata und anschließend de lege ferenda untersucht. Ziel der Arbeit ist es, nicht nur für praktische Probleme und Gesetzeslücken brauchbare Lösungen anzubieten, sondern vielmehr diese Problemfälle in die Strafrechtslehre einzugliedern und die Lösungen dogmatisch zu untermauern.

In den folgenden Paragraphen wird zuerst die Rechtslage im Gesellschaftsrecht beleuchtet (§ 2) und anschließend werden die strafrechtliche Rechtsprechung und Literatur zum Thema dargestellt (§ 3). Wie bereits angedeutet, befindet sich die hier zu untersuchende Frage der Strafbarkeit des faktischen Organs, wie die Organ- und Vertreterhaftung selbst³⁸, als Teil der Wirtschaftskriminalität, im Schnittfeld der in diesem Bereich dominierenden, aber noch nicht geklärten, tiefgreifenden rechtstheoretischen und dogmatischen Fragen. Hierbei ist das Problem der Beziehung der einzelnen Rechtsgebiete zueinander und insbesondere der Verselbständigung oder umgekehrt der Akzessorietät der strafrechtlichen Begriffsbildung und Auslegung immanent.³⁹ Fraglich ist, ob bei den Vertretersonderdelikten des GmbHG, AktG, der InsO u. a. sich die Begriffe „Geschäftsführer“, „Mitglied des Vorstandes“ oder „Mitglied des Vertretungsorgans“ im Strafrecht anders als im Zivilrecht mit Hilfe der sog. „faktischen Betrachtungsweise“ interpretieren lassen oder ob im Hinblick auf die „Einheit der Rechtsordnung“ eine solche Normspaltung ungerechtfertigt ist.⁴⁰ Aus systematischen Gründen werden daher die Einheit der Rechtsordnung und die Verselbständigung des Strafrechts (§ 4) sowie die faktische Betrachtungsweise (§ 5) vorab untersucht, so dass die Wiederholung dieser Fragen bei der tiefgreifenden Auslegung des geltenden Rechts (§ 6) vermieden wird. Das

38 Vgl. KK-OWiG³/Rogall, § 9 Rn. 7; letzters auch *Ceffinato*, Legitimation und Grenzen der strafrechtlichen Haftung nach § 14 StGB, 2012, S. 35 ff.

39 Vgl. nur *Wiesener*, S. 24 ff., 100 ff., 134 ff. und passim.

40 Zur Problemstellung vgl. *Schmidt K.*, FS Rebmann, 1989, 419, 435 f. Vgl. auch *Ressmann*, Die insolvenzstrafrechtlichen Krisenbegriffe und bestrittene Verbindlichkeiten, 2015, S. 37 ff, 137 ff.

§ 1 Einführung in die Problematik und Abgrenzung des Themas

Ergebnis der unternommenen Interpretation wird eine Betrachtung de lege ferenda veranlassen, die das Auffinden des der Organ- und Vertreterhaftung sowie den Vertretersonderdelikten zugrunde liegenden Haftungsgrundes voraussetzt (§ 7). Der letzte Paragraph wird schließlich die Arbeit mit einer Betrachtung bereits vorgebrachter Kriterien der faktischen Organtätigkeit und Gesetzesvorschläge sowie mit dem eigenen Vorschlag vervollständigen (§ 8).