

Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 6: §§ 329-410, WpÜG, Österreichisches Übernahmerecht

Bearbeitet von

Prof. Dr. Wulf Goette, Prof. Dr. Mathias Habersack, Univ.-Prof. Dr. Susanne Kalss, Prof. Dr. Barbara Grunewald, Prof. Dr. Uwe Hüffer, Dr. Bernhard Kreße, Dr. Christian Ries, Hans-Jürgen Schaal, Prof. Dr. Michael Schlitt, Prof. Dr. Jan Schürnbrand, Prof. Dr. Ulrich Wackerbarth, Dr. Frank Wamser, MMag. Dr. Christoph Dregger, Prof. Dr. Martin Winner

4. Auflage 2017. Buch. XLIV, 1187 S. In Leinen
ISBN 978 3 406 63826 8
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Gesellschaftsrecht > Aktiengesetz](#)

Zu [Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei



Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

steht, kann ein Tatbestandsirrtum sein. Es ist aber Sache des Trafichters, ob er einem Angeklagten glaubt, er habe ein Tatbestandsmerkmal nicht gekannt.²⁹⁷

VI. Abwicklungsschwindel (Abs. 1 Nr. 5)

1. Allgemeines. Der Abwicklungsschwindel beschreibt ebenso wie der Schwindel bei öffentlichen Ankündigungen nach § 399 Abs. 1 Nr. 3 die mit Strafe bedrohte Handlung nicht abschließend, sondern verweist auf die Ausfüllungsvorschrift des § 274 Abs. 3. Der Gesamttatbestand besteht deshalb aus der **blankettartigen Norm** des § 399 Abs. 1 Nr. 5 und dieser Ausfüllungsvorschrift (vgl. näher → Rn. 9). Tathandlungen sind danach falsche oder unvollständige Angaben, die von dem Abwickler zum Zweck der Eintragung der Fortsetzung der an sich aufgelösten Gesellschaft gemacht werden, und die sich auf den Nachweis beziehen, dass mit der Verteilung des Gesellschaftsvermögens noch nicht begonnen worden ist.

§ 274 lässt die Fortsetzung einer aufgelösten Gesellschaft nur zu, wenn mit der Verteilung des Gesellschaftsvermögens noch nicht begonnen worden ist. Hierdurch sollen die Gesellschaftsgläubiger und die Aktionäre geschützt werden, weil die Gesellschaft mit ihrer Fortsetzung wieder werbend wird und in das Wirtschaftsleben eingreift, ohne den vom Registergericht kontrollierten Gründungsanforderungen zu unterliegen.²⁹⁸

Die Abwickler haben diese Voraussetzung bei der Anmeldung der Fortsetzung dem Registergericht nachzuweisen. Der Straftatbestand des Abwicklungsschwindels soll auch strafrechtlich sicherstellen, dass die dabei gemachten Angaben richtig sind. **Geschütztes Rechtsgut** ist deshalb auch hier das Vertrauen der Allgemeinheit in Gestalt der Gesellschaftsgläubiger oder sonstiger dritter Personen (auch Aktionäre) in die Wahrhaftigkeit der Handelsregistereintragungen und deren Grundlagen, zu denen auch die von den Abwicklern erbrachten Nachweise gehören.²⁹⁹ *Altenhain*³⁰⁰ sieht den Schutzzweck des Abwicklungsschwindels darin, dass die Intaktheit des Gesellschaftsvermögens vor der Eintragung der Fortsetzung der Gesellschaft gesichert werden soll. Das ist im Ergebnis sicherlich richtig, berücksichtigt jedoch nicht, dass dieser Tatbestand an die Angaben anknüpft, die gegenüber dem Registergericht gemacht werden.

In dem Umfang des geschützten Rechtsguts ist § 399 Abs. 1 Nr. 5 **Schutzgesetz** iSd § 823 Abs. 2 BGB, wenn der geschützte Personenkreis im Vertrauen auf die Richtigkeit der zum Handelsregister gemachten Angaben einen Schaden erlitten hat (vgl. → Rn. 5).

2. Täterkreis und Tatbeteiligung. § 399 Abs. 1 Nr. 5 bezeichnet als Täter nur den Abwickler und damit einen eng eingegrenzten Personenkreis mit Sondereigenschaften. Er ist deshalb ein echtes **Sonderdelikt**³⁰¹ mit allen Konsequenzen für Mittäterschaft, mittelbarer Täterschaft und Tatbeteiligung (vgl. → Rn. 12, 34 ff.).

Abwickler sind nach § 265 Abs. 1 grundsätzlich die Vorstandsmitglieder der nach § 262 abgewickelten Aktiengesellschaft. Zu ihnen gehören auch die stellvertretenden Vorstandsmitglieder als stellvertretende Abwickler, wenn sie die Geschäfte als Abwickler betreiben.³⁰² Beide werden als die sog. **geborenen Abwickler** oder als Abwickler kraft Gesetzes bezeichnet.³⁰³ Sie bleiben im Amt bis die Gesellschaft im Handelsregister gelöscht ist (§ 273 Abs. 1 S. 2).

Abweichend von diesem Grundsatz können durch die Satzung der Gesellschaft oder durch Beschluss der Hauptversammlung zu Abwicklern auch andere natürliche oder juristi-

²⁹⁷ BGH GA 1977, 340, 341.

²⁹⁸ Hüffer/Koch § 274 Rn. 2, 4; Spindler/Stilz/Hefendehl Rn. 191; Kölner Komm AktG/*Altenhain* Rn. 162; Graf/Jäger/Wittig/Temming Rn. 42.

²⁹⁹ Vgl. näher → Rn. 4; Spindler/Stilz/Hefendehl Rn. 192.

³⁰⁰ Kölner Komm AktG/*Altenhain* Rn. 162.

³⁰¹ Großkomm AktG/Otto Rn. 184; Spindler/Stilz/Hefendehl Rn. 194.

³⁰² Kölner Komm AktG/*Altenhain* Rn. 163; Großkomm AktG/Otto Rn. 185; Spindler/Stilz/Hefendehl Rn. 194; MüKoStGB/Kiethe/Hohmann AktG § 399 Rn. 110.

³⁰³ Vgl. Hüffer/Koch § 265 Rn. 3.

§ 399 184–190

4. Buch. 3. Teil. Straf- und Bußgeldvorschriften. Schlußvorschriften

sche Personen bestellt werden (§ 265 Abs. 2). Das sind die sog. **gekorenen Abwickler**. Anders als bei einem Vorstandsmitglied können nach § 265 Abs. 2 S. 3 gekorene Abwickler auch juristische Personen sein. In Betracht kommen Treuhandgesellschaften oder ähnliche Einrichtungen.

184 Im Schrifttum wird darüber hinaus überwiegend die Auffassung vertreten, dass auch eine offene Handelsgesellschaft oder eine **Kommanditgesellschaft** Abwickler sein kann.³⁰⁴ Ist das der Fall, so sind Täter die nach § 14 StGB bestimmten Personen.³⁰⁵

185 Auf Antrag des Aufsichtsrats oder einer bestimmten Minderheit von Aktionären kann auch das Registergericht nach § 265 Abs. 3 einen Abwickler bestellen, der ebenfalls eine juristische Person sein kann (sog. **befohlene Abwickler**).

186 Für die Abwickler gelten sinngemäß die Grundsätze über die **täterschaftliche** Verantwortung der Vorstandsmitglieder (vgl. näher → Rn. 24 ff.). Maßgebend ist danach nicht, wann das Amt eines Abwicklers rechtlich beendet ist, sondern wann er es tatsächlich aufgibt. Ebenso ist es möglich, dass ein Abwickler sein Amt lediglich **faktisch ausübt**, ohne förmlich dazu bestellt worden zu sein.³⁰⁶ Für die **Teilnahme** am Abwicklungsschwindel kann ebenfalls auf die entsprechenden Erläuterungen zum Gründungsschwindel nach § 399 Abs. 1 Nr. 1 verwiesen werden.³⁰⁷

187 **3. Falsche Angaben oder Verschweigen erheblicher Umstände.** Auch bei dem Abwicklungsschwindel ist die Tathandlung darin zu sehen, dass der Täter mit dem nach § 274 Abs. 3 zu erbringenden Nachweis – nach hM ist eine entsprechende Bescheinigung oder Auskunft von Wirtschaftsprüfern erforderlich³⁰⁸ – falsche Angaben macht oder erhebliche Umstände verschweigt. Er verwendet damit zur Beschreibung der Tathandlung die gleichen Tatbestandsmerkmale, die alle übrigen Tatbestände des § 399 Abs. 1 benutzen. Auf die entsprechenden Erläuterungen bei dem Gründungsschwindel nach § 399 Abs. 1 Nr. 1 kann deshalb verwiesen werden (→ Rn. 55 ff.). Die Tathandlung kann darin bestehen, dass ein durch falsche Angaben gegenüber den Prüfern erlangter Nachweis in Kenntnis dieser Umstände dem Registergericht vorgelegt wird oder dass auf unrichtige Bilanzen Bezug genommen wird, obwohl deren Unrichtigkeit dem Vorlegenden bekannt ist.³⁰⁹

188 **4. Gegenstand der falschen Angaben.** Eine nach § 262 aufgelöste Aktiengesellschaft kann durch Beschluss der Hauptversammlung fortgesetzt werden, solange noch nicht mit der Verteilung des Vermögens unter den Aktionären begonnen worden ist (§ 274 Abs. 1). Dieser Vorgang ist nach § 274 Abs. 3 von dem Abwickler zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

189 Dabei ist nachzuweisen, dass mit der Verteilung des Gesellschaftsvermögens noch nicht begonnen worden ist. Begonnen ist mit der Verteilung des Gesellschaftsvermögens, wenn auch nur ein Aktionär etwas von dem Gesellschaftsvermögen erhalten hat, gleichgültig, ob er das erhaltene zurückgeben kann oder will.³¹⁰ Unwesentlich ist auch, ob die Gesellschaft noch Vermögenswerte hat, die über das Grundkapital hinausgehen.³¹¹ Auf diesen **Nachweis** haben sich die falschen oder unvollständigen Angaben zu beziehen.

190 Gegenstand der falschen oder unvollständigen Angaben sind aber nicht nur die Angaben in dem Nachweis selbst, sondern auch **andere** im Rahmen der Anmeldung gemachten

³⁰⁴ Vgl. Koch → § 265 Rn. 6 mwN.

³⁰⁵ Vgl. auch Kölner Komm AktG/*Altenhain* Rn. 164; Großkomm AktG/*Otto* Rn. 186; Spindler/Stilz/*Hefendehl* Rn. 194; *Ransiek* in Achenbach/*Ransiek/Rönnau WiR-HdB* 8. Teil 3. Kap. Rn. 63.

³⁰⁶ Großkomm AktG/*Otto* Rn. 188; Spindler/Stilz/*Hefendehl* Rn. 194; Graf/Jäger/Wittig/*Temming* Rn. 43; aA Kölner Komm AktG/*Altenhain* Rn. 165; *Ransiek* in Achenbach/*Ransiek/Rönnau WiR-HdB* 8. Teil 3. Kap. Rn. 63.

³⁰⁷ → Rn. 34 ff.; Großkomm AktG/*Otto* Rn. 189.

³⁰⁸ Koch → § 274 Rn. 29; Spindler/Stilz/*Hefendehl* Rn. 197.

³⁰⁹ Spindler/Stilz/*Hefendehl* Rn. 198; ähnlich Kölner Komm AktG/*Altenhain* Rn. 170.

³¹⁰ Spindler/Stilz/*Hefendehl* Rn. 196.

³¹¹ Baumbach/Hueck § 274 Rn. 4; v. Godin/Wilhelmi § 274 Anm. 3; Großkomm AktG/*Otto* Rn. 192; Kölner Komm AktG/*Altenhain* Rn. 167; Spindler/Stilz/*Hefendehl* Rn. 196; *Ransiek* in Achenbach/*Ransiek/Rönnau WiR-HdB* 8. Teil 3. Kap. Rn. 63.

freiwilligen **Angaben**, die mit dem Nachweis über die noch nicht begonnene Vermögensverteilung im Zusammenhang stehen.³¹² Das kann zB in Betracht kommen, wenn sich das Registergericht mit den entsprechenden Angaben in einer eidesstattlichen Versicherung des Abwicklers nicht zufrieden geben will, aber auch dann, wenn es auf Grund der Angaben in der Anmeldung den Negativbeweis über die Vermögensverteilung mit Hilfe eines eigenen Sachverständigen erbringen will.³¹³ Sinn dieser Strafvorschrift ist es, die Richtigkeit der Eintragungen in das Handelsregister und ihrer Grundlagen zu schützen und eventuellen Gefahren vorzubeugen, die den Gesellschaftsgläubigern oder sonstigen interessierten Personen von einer nur beschränkt haftenden Gesellschaft drohen können, die nach Auflösung mit einem Kapital fortgesetzt wird, das erheblich verringert ist.

5. Eintragungszweck. Auch bei dem Abwicklungsschwindel dient dieses Tatbestandsmerkmal dazu, die Tathandlung auf die falschen oder unvollständigen Angaben zu beschränken, die **zum Zweck der Eintragung** der Fortsetzung der Gesellschaft in das Handelsregister gemacht werden. Zum Zweck der Eintragung handelt der Täter, wenn sein Tun objektiv geeignet ist, die Eintragung der Fortsetzung in das Handelsregister zu bewirken und wenn er subjektiv die Absicht hat, mit den Angaben die Eintragung zu erreichen. Die dabei zu beachtenden Probleme entsprechen sinngemäß denen, die bei dem gleichen Tatbestandsmerkmal des Gründungsschwindels nach § 399 Abs. 1 Nr. 1 auftreten. Es kann deshalb auf die vorstehenden Erläuterungen³¹⁴ verwiesen werden.

Geeignet sind alle Angaben, die im Zusammenhang mit der Anmeldung der Fortsetzung der Gesellschaft nach § 274 Abs. 3 gemacht werden und die für die Eintragungsentscheidung des Registergerichts von Bedeutung sind.³¹⁵ Dazu können auch Angaben gehören, die von dem Täter freiwillig gemacht werden (vgl. → Rn. 64).

6. Innerer Tatbestand. Der Abwicklungsschwindel muss vorsätzlich begangen werden. Ein bedingt **vorsätzliches** Handeln reicht aus. Der Täter muss deshalb unter Inkaufnahme der Folgen mindestens mit der Möglichkeit rechnen, dass er zu dem Täterkreis gehört, den § 399 Abs. 1 Nr. 5 nennt, dass die von ihm gemachten Angaben zu dem Nachweis über die noch nicht begonnene Vermögensverteilung gehören oder wenigstens im Zusammenhang damit stehen und dass sie geeignet sind, die Eintragung zu bewirken.

Ferner muss er mit der **Absicht** handeln, mit den falschen oder unvollständigen Angaben die Eintragung zu erreichen. Für die innere Tatseite des Abwicklungsschwindels gelten sinngemäß die gleichen Grundsätze wie bei dem Gründungsschwindel nach § 399 Abs. 1 Nr. 1 (vgl. → § 399 Rn. 100 ff.).

7. Irrtum. Bei Irrtum sind die allgemeinen Grundsätze des Strafrechts nach den §§ 16, 195 17 StGB anzuwenden. Insofern wird auf die vorstehenden Erläuterungen in → Rn. 103 ff. verwiesen, die hier sinngemäß herangezogen werden können.

VII. Abgabe unrichtiger Versicherungen (Abs. 1 Nr. 6)

1. Allgemeines. Dieser Tatbestand ist durch das Gesetz zur Änderung des GmbHG vom 4.7.1980 geschaffen worden (→ Rn. 2). Er verweist ebenfalls auf eine Reihe von Ausfüllungsvorschriften. Der Gesamtatbestand ergibt sich deshalb aus einer Gesamtschau der **blankettartigen Norm** des § 399 Abs. 1 Nr. 6 und den in ihr angeführten Ausfüllungsvorschriften (vgl. → Rn. 9). Die Ausfüllungsvorschrift des § 76 Abs. 3 ist durch das MoMiG (vgl. → Rn. 2) umfassend neu gestaltet worden. Rechtskräftige Verurteilungen wegen einer vorsätzlichen Insolvenzstrafat waren schon bisher erfasst. Neu hinzugekommen sind Verurteilungen wegen vorsätzlicher Insolvenzverschleppung, falscher Angaben, unrichtiger Darstellung und Vermö-

³¹² Großkomm AktG/Otto Rn. 191; MüKoStGB/Kiethe/Hohmann AktG § 399 Rn. 115; Graf/Jäger/Wittig/Tümmling Rn. 44; aA Kölner Komm AktG/Altenhain Rn. 169.

³¹³ Vgl. Koch → § 274 Rn. 29.

³¹⁴ → Rn. 62 ff.

³¹⁵ Großkomm AktG/Otto Rn. 194.

§ 399 197–201

4. Buch. 3. Teil. Straf- und Bußgeldvorschriften. Schlußvorschriften

gensdelikte (vgl. → Rn. 207). Nach der in § 19 EGAktG ergangenen Übergangsvorschrift ist in Altfällen – Bestellung zum Vorstandsmitglied und rechtskräftige Verurteilung jeweils vor dem 1.11.2008 – der neue Straftatenkatalog nicht anzuwenden. In den übrigen Fällen führt eine ab diesem Stichtag rechtskräftige Verurteilung zu einem Bestellungshindernis. Soweit danach auch vor dem Stichtag begangene Straftaten berücksichtigt werden, ist ein Verstoß³¹⁶ gegen das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG nicht gegeben, weil es sich bei der Inabilität nach § 76 Abs. 3 nicht um eine Strafe handelt.³¹⁷

197 Tathandlungen sind die falschen und unvollständigen Angaben, die von Mitgliedern des Vorstandes, vom Leitungsorgan einer ausländischen juristischen Person oder von einem Abwickler in einer bei dem Registergericht abzugebenden Versicherung über bestimmte persönliche Umstände gemacht werden, von denen § 76 Abs. 3 S. 2 und 3 die Tauglichkeit zur Bekleidung des Vorstandsamtes einer Aktiengesellschaft abhängig macht. Mit diesem Tatbestand soll sichergestellt werden, dass die verschärften Bestimmungen über die Eignung als Vorstandsmitglied eingehalten und dass entsprechende Versicherungen gegenüber dem Registergericht strafrechtlich geschützt werden.³¹⁸ **Geschütztes Rechtsgut** ist auch bei diesem Tatbestand das Vertrauen der Allgemeinheit in Gestalt der Gesellschaftsgläubiger oder sonstiger interessierter Personen in die Wahrhaftigkeit der Handelsregistereintragungen und deren Grundlagen, zu denen auch die Versicherungen gehören, die von den Vorstandsmitgliedern oder den Abwicklern abzugeben sind (vgl. näher → Rn. 4).

198 In diesem Umfang ist § 399 Abs. 1 Nr. 6 **Schutzgesetz** iSd § 823 Abs. 2 BGB, wenn der geschützte Personenkreis im Vertrauen auf die Richtigkeit der zum Handelsregister gemachten Angaben einen Schaden erlitten hat.³¹⁹

199 Bei diesem Tatbestand verzichtet das Gesetz auf das Merkmal, dass diese Tathandlung „zum Zweck der Eintragung“ begangen sein muss. Das ist an sich im Vergleich zu den meisten übrigen Tatbeständen des § 399 nicht ganz verständlich, weil die Versicherungen gegenüber dem Registergericht abzugeben sind und dazu dienen sollen, die Eintragung der Gesellschaft und ihrer Vorstandsmitglieder in das Handelsregister zu bewirken (§§ 37 Abs. 2, 81 Abs. 3, 266 Abs. 1). Das Fehlen dieses Tatbestandsmerkmals hat deshalb auf der inneren Tatseite zur Folge, dass die Täter nur die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der von ihm gemachten Angaben kennen oder mit ihnen rechnen, nicht aber die Absicht haben muss, mit den Angaben die Eintragung zu erreichen.³²⁰ Durch den Verzicht auf dieses Absichtsmerkmal wird die Anwendung des Tatbestandes der Abgabe unrichtiger Versicherungen erleichtert und der durch ihn bewirkte Strafschutz erhöht.³²¹

200 **2. Täterkreis und Tatbeteiligung.** Als Täter nennt § 399 Abs. 1 Nr. 6 nur die Mitglieder des Vorstands einer Aktiengesellschaft oder des Leitungsorgans einer ausländischen juristischen Person sowie die Abwickler. Das ist ein enger Personenkreis mit Sondereigenschaften. Der Tatbestand der Abgabe unrichtiger Versicherungen ist deshalb ein **echtes Sonderdelikt**³²² mit allen Konsequenzen für Mittäterschaft, mittelbarer Täterschaft und Tatbeteiligung (vgl. näher → Rn. 12, 34 ff.).

201 Bei den Tatbestandsmerkmalen handelt es sich weitgehend um die gleichen, die auch sonst bei den Tatbeständen des § 399 verwendet werden. Zu den Tatbestandsmerkmalen **Vorstandsmitglied** (→ Rn. 19 ff.) und **Abwickler** (→ Rn. 179 ff.) wird auf die vorstehenden Erläuterungen verwiesen. Das MoMiG (vgl. → Rn. 2) hat den Täterkreis um das **Leitungsorgan** einer ausländischen juristischen Person erweitert. Es handelt sich dabei um eine Folgeänderung zu den Änderungen in §§ 13e und 13f HGB, wonach in der Anmeldung der

³¹⁶ So aber *Bittmann* NStZ 2009, 113, 119; *Leplow* PStR 2009, 250, 251.

³¹⁷ *Hinghaus/Höll/Hüls/Ransiek* wistra 2010, 291, 294.

³¹⁸ *Ransiek* in Achenbach/Ransiek/Rönnau WiR-HdB 8. Teil 3. Kap. Rn. 66; *Spindler/Stilz/Hefendehl* Rn. 199.

³¹⁹ Vgl. → Rn. 5; *Kölner Komm AktG/Altenhain* Rn. 12.

³²⁰ *Ebenso Spindler/Stilz/Hefendehl* Rn. 202.

³²¹ Ähnlich *Großkomm AktG/Otto* Rn. 214; *Kölner Komm AktG/Altenhain* Rn. 188.

³²² *Großkomm AktG/Otto* Rn. 205; *Kölner Komm AktG/Altenhain* Rn. 175.

inländischen Zweigniederlassung einer Auslandsgesellschaft die Versicherung abzugeben ist, dass in der Person des Leitungsorgans keine Bestellungshindernisse nach § 76 bestehen. Gleichermaßen gilt für die spätere Anmeldung eines neuen Leitungsorgans. Damit sollen für die gesetzlichen Vertreter der ausländischen Kapitalgesellschaft dieselben Eignungsvoraussetzungen gelten wie für die vertretungsberechtigten Organe einer inländischen Aktiengesellschaft. Auf diese Weise soll in Fällen von Auslandsgesellschaften mit Tätigkeitschwerpunkt im Inland einem Unterlaufen der inländischen Bestellungsverbote entgegengewirkt werden.³²³ Die Versicherung über das Nichtbestehen von Ausschlussgründen erklärt jeder für seine eigene Person.³²⁴ Es handelt sich um ein **eigenhändiges Delikt**. Dies wird nicht genügend berücksichtigt, wenn eine Strafbarkeit als Täter bei Einreichen einer zusammengefassten Erklärung aller Vorstandsmitglieder auch für diejenigen Vorstandsmitglieder bejaht wird, denen Hinderungsgründe in der Person eines anderen Vorstandsmitglieds bekannt sind.³²⁵ Andere Vorstandsmitglieder, Leitungsorgane oder Abwickler können deshalb nicht Täter, sondern nur Teilnehmer sein.³²⁶

3. Falsche Angaben oder Verschweigen erheblicher Umstände. Für die Tat handlung ist erforderlich, dass der Täter in der Versicherung falsche Angaben macht oder erhebliche Umstände verschweigt. § 399 Abs. 1 Nr. 6 verwendet damit zur Beschreibung der Tat handlung die gleichen Tatbestandsmerkmale, die alle übrigen Tatbestände des § 399 Abs. 1 benutzen. Auf die entsprechenden Erläuterungen bei dem Gründungsschwindel nach § 399 Abs. 1 Nr. 1 kann deshalb verwiesen werden (→ Rn. 55 ff.).

4. Gegenstand der falschen Angaben. Nach § 37 Abs. 2 haben Vorstandsmitglieder gegenüber dem Registergericht zu versichern, dass keine Umstände vorliegen, die ihrer Bestellung nach § 76 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 und 3 sowie S. 3 entgegenstehen und dass sie über ihre **unbeschränkte Auskunftspflicht** gegenüber dem Gericht belehrt worden sind. Hinsichtlich der wegen Unzuverlässigkeit, Ungeeignetheit oder Unwürdigkeit untersagten Ausübung eines Berufes oder Gewerbes ergibt sich die unbeschränkte Auskunftspflicht aus §§ 41 Abs. 1 Nr. 1, 32 Abs. 2 Nr. 11, 10 Abs. 2 Nr. 2, 3 Nr. 3 BZRG. Hinsichtlich des durch Strafurteil nach § 70 StGB verhängten Berufsverbots, das eine Maßregel der Besserung und Sicherung ist, besteht an sich nach § 53 Abs. 1 BZRG in gleicher Weise wie für Bestrafungen nur eine beschränkte Offenbarungspflicht des Verurteilten (§§ 3 Nr. 1, 4 Nr. 2, 32 Abs. 2 Nr. 8 BZRG, § 61 Nr. 6 StGB). Gegenüber dem Registergericht entfällt das Verschweigerecht aber, wenn der Betroffene nach § 53 Abs. 2 BZRG darüber belehrt wird, dass er zur unbeschränkten Auskunft verpflichtet ist.

Diese **Belehrung** kann durch das Registergericht oder durch einen Notar³²⁷ mündlich 204 oder schriftlich erfolgen, seit der Änderung des § 37 durch das MoMiG (vgl. → Rn. 2) zudem auch von einem ausländischen Notar oder einem deutschen Konsularbeamten, aber auch von Rechtsanwälten vorgenommen werden.³²⁸ Die Versicherung muss so konkret sein, dass dem Gericht die Überzeugung vermittelt wird, der Versichernde habe – auch im Hinblick auf die Strafdrohung des § 399 Abs. 1 Nr. 6 – alle Bestellungshindernisse gekannt und nach sorgfältiger Prüfung wahrheitsgemäße Angaben gemacht.³²⁹ Dabei ist die Versicherung, eine strafrechtliche Verurteilung sei weder im In- noch im Ausland erfolgt, ausreichend.³³⁰ Die ordnungsgemäße Belehrung hat zur Folge, dass der Täter sich nicht mehr auf seine Rechte aus § 53 Abs. 1 BZRG (beschränkte Auskunft oder Tilgung) berufen kann.³³¹

³²³ Vgl. BegrRegE BT-Drs. 16/6140, 49 f.

³²⁴ Pents → § 37 Rn. 46; Hüffer/Koch § 37 Rn. 6.

³²⁵ Spindler/Stilz/Hefendehl Rn. 201.

³²⁶ Kölner Komm AktG/Altenhain Rn. 175; Großkomm AktG/Otto Rn. 219.

³²⁷ Pents → § 37 Rn. 50; Großkomm AktG/Otto Rn. 206.

³²⁸ Vgl. BegrRegE BT-Drs. 16/6140, 52, 35.

³²⁹ Vgl. BayObLG BB 1984, 238; Kölner Komm AktG/Altenhain Rn. 181.

³³⁰ BGH NZG 2010, 829 = ZIP 2010, 1337 m. zust. Anm. Wachter = EWiR 2010, 533 m. zust. Anm. Schaller.

³³¹ Vgl. dazu Großkomm AktG/Otto Rn. 211; Spindler/Stilz/Hefendehl Rn. 223.

§ 399 205–207

4. Buch. 3. Teil. Straf- und Bußgeldvorschriften. Schlußvorschriften

- 205 Diese Versicherungen haben nicht nur die Mitglieder des Vorstandes einer gegründeten und erstmals bei dem Handelsregister angemeldeten Aktiengesellschaft, sondern jedes neue bestellte Vorstandsmitglied bei einer Änderung des Vorstandes (§ 81 Abs. 3) und auch der Abwickler (§§ 265 Abs. 2 S. 2, 266 Abs. 3) abzugeben, wenn ihre Bestellung zu diesem Amt bei dem Handelsregister angemeldet wird. Gleiches gilt für das Leitungsorgan einer ausländischen juristischen Person. Die falschen oder unvollständigen **Angaben** müssen in dieser **Versicherung** enthalten sein, dh die Versicherung muss inhaltlich falsch oder lückenhaft sein. Das ist auch der Fall, wenn das Vorstandsmitglied, das Leitungsorgan oder der Abwickler auf Aufforderung des Registergerichts klarstellende, ergänzende Angaben macht, die falsch sind.³³² Bei den Angaben geht es nur um solche, die § 76 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 und 3 sowie Satz 3 gesetzlich vorschreibt. Andere falsche oder unvollständige Angaben, die in der Versicherung enthalten sind, unterliegen nicht dem Strafschutz des § 399 Abs. 1 Nr. 6.³³³ Straflos bleibt es auch, wenn ein Vorstandsmitglied, ein Leitungsorgan oder ein Abwickler entgegen der Verpflichtung des § 37 Abs. 2 von der Abgabe einer Versicherung überhaupt absieht.³³⁴ Eine solche Unterlassung ist zwar ein Eintragungshindernis nach § 38 Abs. 1, ist aber kein Verschweigen eines erheblichen Umstandes, weil es an einer solchen Erklärung überhaupt fehlt. Es obliegt dem Registergericht, im Einzelnen das Vorliegen der Eintragungsvoraussetzungen zu überprüfen.
- 206 § 76 Abs. 3 legt fest, wer Vorstandsmitglied sein darf und schließt natürliche Personen von diesem Amt auf eine gewisse Dauer aus, die wegen einer – jeweils vorsätzlich begangenen – Straftat der Insolvenzverschleppung, wegen einer Insolvenzstrafat nach den §§ 283–283d StGB, wegen falscher Angaben nach § 399 bzw. § 82 GmbHG, wegen unrichtiger Darstellung nach § 400, § 331 HGB, 313 UmwG bzw. § 17 PublG oder wegen Vermögensdelikten nach den §§ 263 bis 264a oder den §§ 265b bis 266a StGB rechtskräftig verurteilt worden sind. Gleichfalls ausgeschlossen sind Personen, gegen die durch ein rechtskräftiges Urteil oder eine vollziehbare Entscheidung einer Verwaltungsbehörde ein Berufsverbot ausgesprochen worden ist. Durch diese Vorschrift soll verhindert werden, dass der in § 76 Abs. 3 gekennzeichnete Personenkreis alsbald nach seiner Verurteilung oder nach Erlass des Berufsverbots unter dem Deckmantel einer anonymen Kapitalgesellschaft seine Geschäfte wieder aufnehmen und hierdurch Dritte gefährden kann. Diese **Eignungsvoraussetzungen** für Vorstandsmitglieder und Abwickler beruhen auf einer Empfehlung der Kommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität³³⁵ sowie Vorschlägen des Bundesrats im Gesetzbuchungsverfahren zum MoMiG.³³⁶
- 207 Bei den in § 76 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 aufgeführten Straftaten gehören zur **Insolvenzverschleppung (Buchst. a)** sowohl Verurteilungen nach § 15a Abs. 4 InsO als auch zu den zuvor geltenden inhaltsgleichen Straftatbeständen³³⁷ in § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG, § 401 Abs. 1 Nr. 2 AktG oder § 130b HGB, ggf. iVm § 177a HGB sowie § 148 Abs. 1 Nr. 2 GenG. Erforderlich war die Einbeziehung der zuvor geltenden Tatbestände, weil sich nach § 2 Abs. 1 StGB die Strafe nach dem Gesetz bestimmt, das zur Zeit der Tat gilt und auch nach dem Inkrafttreten des MoMiG Verurteilungen nach den alten Vorschriften erfolgen können.³³⁸ Zu den **Insolvenzstrftaten (Buchst. b)** gehören die Tatbestände der §§ 283 bis 283d StGB, bei denen entgegen der bisherigen Rechtslage nur noch Vorsatztaten in Betracht kommen.³³⁹ Bei den **falschen Angaben (Buchst. c)** sind nur Verurteilungen

³³² Vgl. BayObLGZ 1981, 396, 399 = GmbHHR 1982, 211; Spindler/Stilz/Hefendehl Rn. 203.

³³³ KG wistra 2015, 401 zu § 82 Nr. 5 GmbHG; Kölner Komm AktG/Altenhain Rn. 179; MüKoStGB/Kiethe/Hohmann AktG § 399 Rn. 119; Großkomm AktG/Otto Rn. 207; Graf/Jäger/Wittig/Temming Rn. 48; aA Weiß wistra 2016, 9, 12 zu § 82 Nr. 5 GmbHG.

³³⁴ Großkomm AktG/Otto Rn. 207; Kölner Komm AktG/Altenhain Rn. 179; Scholz/Tiedemann/Rönnau GmbHG § 82 Rn. 152.

³³⁵ BegrRegE BT-Drs. 8/1347, 31.

³³⁶ BegrRegE BT-Drs. 16/6140, 52, 32.

³³⁷ BegrRegE BT-Drs. 16/6140, 52, 32.

³³⁸ Vgl. Weiß wistra 2009, 209, 210.

³³⁹ Vgl. Weiß wistra 2009, 209, 210.

Falsche Angaben

208, 209 § 399

nach § 399 oder § 82 GmbHG erfasst; Strafbarkeit nach § 147 GenG wird, was nicht überzeugt,³⁴⁰ nicht berücksichtigt. Die bei der **unrichtigen Darstellung (Buchst. d)** genannten Tatbestände im § 400, § 331 HGB, 313 UmwG oder § 17 PublG dienen zumindest auch dem Schutz (künftiger) Gläubiger der Gesellschaft.³⁴¹ Bei den **Vermögensdelikten (Buchst. e)** sind Straftaten wegen Betrugs, Computerbetrugs, Subventionsbetrugs, Kapitalanlagebetrugs, Kreditbetrugs, Untreue sowie Vorenthalten und Veruntreuens von Arbeitsentgelt (§§ 263 bis 264a, §§ 265b bis 266a StGB) erfasst. Bei diesen Delikten entfällt die Eignung aber nur, wenn eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr erfolgt. Bei Verurteilung zu Gesamtstrafe genügt es, wenn ihr ausschließlich Katalogtaten zugrunde liegen. Nicht ausreichend ist dagegen eine Gesamtstrafe von einem Jahr, in der nur eine niedrigere Einzelstrafe wegen einer Katalogtat neben mehreren weiteren Straftaten wegen Nichtkatalogtaten enthalten ist.³⁴² Strafrechtliche **Verurteilungen ausländischer Gerichte** können nach der Neufassung durch das MoMiG (vgl. → Rn. 2) berücksichtigt werden, wenn sie wegen einer mit den in § 76 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 genannten Taten vergleichbar sind.³⁴³ Die Regelung stellt klar, dass nicht jede beliebige Auslandstat ausreichend ist. Voraussetzung ist, dass die Tat mit einer Katalogtat vergleichbar ist, dh wenn nach sinngemäßem Umstellung des Sachverhalts der Tatbestand einer solchen Tat verwirklicht wäre.³⁴⁴

Als **Berufsverbot** gilt jede Untersagung der Ausübung eines Berufes, eines Berufszweigs, eines Gewerbes oder eines Gewerbezweiges (vgl. § 70 Abs. 1 StGB). Bei einer Katalogtat erstreckt sich die Nichteignung als Mitglied des Vorstands, als Leitungsorgan oder als Abwickler deshalb an sich auf alle Gesellschaften, gleichgültig welcher Berufs- oder Geschäftszweig Unternehmensgegenstand ist. Bei dem in § 76 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 bezeichneten Berufsverbot kommt es dagegen darauf an, für welchen Berufs- oder Gewerbezweig das Verbot ausgesprochen worden ist. Eine Bestellung als Mitglied des Vorstands, als Leitungsorgan oder Abwickler ist nur in solchen Gesellschaften ausgeschlossen, bei denen die Art der geschäftlichen Tätigkeit ganz oder teilweise mit dem Gegenstand des Unternehmens übereinstimmt. Der Beruf oder der Berufszweig und das Gewerbe oder der Gewerbezweig, auf den sich das Verbot erstreckt, muss in dem Urteil **genau bezeichnet** sein.³⁴⁵ Ist das bei einem rechtskräftigen Urteil nicht in dem von der Rechtsprechung geforderten Umfang der Fall, berechtigt dies das Mitglied des Vorstands allerdings nicht, eine unrichtige Versicherung abzugeben. Schwierig wird es aber dann, den Unternehmensgegenstand genau zu bestimmen, für den das Berufsverbot gilt. Das kann unter Umständen zu einem unvermeidbaren Subsumtionsirrtum führen.

Ein nach § 132a StPO angeordnetes **vorläufiges Berufsverbot** braucht nach dem Wortlaut des § 76 Abs. 3 nicht angegeben zu werden, weil es durch gerichtlichen Beschluss und nicht durch gerichtliches Urteil verhängt wird.³⁴⁶ Diese Rechtslage ist unbefriedigend,³⁴⁷ weil das vorläufige Berufsverbot ebenso wirksam ist wie ein durch Urteil (§ 132a Abs. 1 S. 2 StPO iVm § 70 Abs. 3 StGB) oder vollziehbare Entscheidung einer Verwaltungsbehörde angeordnetes Verbot und die Zeit des vorläufigen Berufsverbots sich auf die Dauer eines endgültig verhängten zeitlichen Berufsverbots auswirkt (§ 70 Abs. 2 und Abs. 4 S. 2 StGB). Ein nach § 70a StGB nachträglich **zur Bewährung ausgesetztes Berufsverbot** ist nicht iSd § 76 Abs. 3 wirksam und braucht deshalb nach § 37 Abs. 2 ebenfalls nicht angegeben zu werden.³⁴⁸

³⁴⁰ Vgl. Weiß wistra 2009, 209, 210.

³⁴¹ Vgl. Weiß wistra 2009, 209, 211.

³⁴² Hierzu ausführlich Weiß wistra 2009, 209, 211 f.

³⁴³ Spindler → § 76 Rn. 118.

³⁴⁴ Vgl. Weiß wistra 2009, 209, 213.

³⁴⁵ Vgl. OLG Karlsruhe wistra 1995, 195 = NStZ 1995, 446 mAnn Stree; Schönke/Schröder/Stree/Linzing § 70 Rn. 21; Fischer § 70 Rn. 12.

³⁴⁶ Im Ergebnis ebenso Spindler → § 76 Rn. 114; Spindler/Stilz/Hefendein Rn. 221.

³⁴⁷ AA Spindler/Stilz/Hefendein Rn. 221: Vorrang der Unschuldsvorstellung.

³⁴⁸ Großkomm AktG/Otto Rn. 210; Kölner Komm AktG/Altenhain Rn. 187; Spindler/Stilz/Hefendein Rn. 221; MüKoStGB/Kiethe/Hohmann AktG § 399 Rn. 123; Scholz/Tiedemann/Rönnau GmbHG § 82 Rn. 147; Ransiek in Achenbach/Ransiek/Rönnau WiR-Hdb 8. Teil 3. Kap. Rn. 66.

§ 399 210–216

4. Buch. 3. Teil. Straf- und Bußgeldvorschriften. Schlußvorschriften

So macht sich auch – anders als bei einem vorläufigen Berufsverbot – derjenige, der seinen Beruf ausübt, während die Maßregel nach § 70a StGB ausgesetzt ist, nicht nach § 145c StGB wegen Verstoßes gegen das Berufsverbot strafbar.³⁴⁹ Als gerichtliches Berufsverbot sind auch die **ehrengerichtliche Ausschließung** aus der Rechtsanwaltschaft (§ 114 Abs. 1 Nr. 5 BRAO)³⁵⁰ oder andere ehrengerichtliche Anordnungen anzusehen, welche die Berufsausübung untersagen. Ebenso ein Berufsverbot, das in einem **verwaltungsgerichtlichen Urteil** enthalten ist.³⁵¹ **Verwaltungsbehörden** können zB nach § 35 GewO oder nach gewerbe rechtlichen Spezialregelungen die Ausübung eines Gewerbes untersagen.³⁵² Allerdings führt ein nach § 35 Abs. 1 GewO gegen die Gesellschaft (und nicht gegen Mitglied des Vorstands) verhängtes Gewerbeverbot nicht zu einer Amtsunfähigkeit des Vorstandsmitglieds.³⁵³

210 Als **Dauer für die Nichteignung** setzt § 76 Abs. 3 fünf Jahre seit Rechtskraft oder den Zeitraum an, in dem das Berufsverbot wirksam ist. In Fünfjahresfrist wird die Zeit nicht eingerechnet, in welcher der Täter auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt worden ist. Ist die Tilgungsreife nach den Vorschriften des BZRG schon vor Ablauf der Frist eingetreten, muss das Berufsverbot nach § 37 Abs. 2 dennoch als Umstand angegeben werden, der der Bestellung entgegensteht. Das Berufsverbot des § 70 StGB kann für die Dauer von einem Jahr bis zu fünf Jahren, aber auch auf Lebenszeit angeordnet werden.

211 **5. Innerer Tatbestand.** Die falschen oder unvollständigen Angaben in der Versicherung müssen **vorsätzlich** oder wenigstens bedingt vorsätzlich gemacht werden. Der Täter muss es deshalb mindestens für möglich halten, dass er zu dem Täterkreis gehört, dass seine Angaben zu den gesetzlich vorgeschriebenen Angaben in der Versicherung gehören, dass diese inhaltlich falsch oder unvollständig sind und gleichwohl unter Inkaufnahme dieser für möglich gehaltenen Umstände die Versicherung abgeben wollen. Der Vorsatz muss sich dabei auch auf die Fristen erstrecken, von denen § 76 Abs. 3 die Untauglichkeit des Täters abhängig macht.³⁵⁴

212 Die **Absicht**, mit den falschen oder unvollständigen Angaben die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister zu erreichen, braucht er nicht zu haben (vgl. → Rn. 196).

213 **6. Irrtum.** Bei Irrtum finden die allgemeinen Grundsätze des Strafrechts nach den §§ 16, 17 StGB Anwendung (vgl. näher → Rn. 103 ff.).

214 Danach liegt ein **Tatbestandsirrtum** vor, wenn der Täter die Frist falsch berechnet und deshalb glaubt, ein Bestellungshindernis bestünde nicht mehr³⁵⁵ oder wenn er über die Erheblichkeit eines von ihm verschwiegenen Umstandes irrt.

215 Ein Subsumtionsirrtum und damit ein **Verbotsirrtum** ist dagegen gegeben, wenn der Täter irrtümlich annimmt, das Berufsverbot erstrecke sich nicht auf das Gewerbe, das mit der Gesellschaft betrieben werden soll. Der Täter befindet sich auch in einem Verbotsirrtum, wenn er irrtümlich zu dem Schluss gelangt, eine wahrheitsgemäße Versicherung sei ihm wegen des damit verbundenen Zwanges zur Selbstbezeichnung nicht zumutbar. In einem solchen Fall irrt er über einen nicht bestehenden Rechtfertigungs- oder Schuldausschließungsgrund.³⁵⁶

VIII. Abgabe wahrheitswidriger Erklärungen (Abs. 2)

216 **1. Allgemeines.** § 399 Abs. 2 regelt einen Straftatbestand, der sich ebenfalls auf eine Ausfüllungsvorschrift des AktG bezieht. Der Gesamttatbestand ergibt sich deshalb aus einer

³⁴⁹ Fischer StGB § 145c Rn. 3.

³⁵⁰ Spindler/Stilz/Hefendehl Rn. 173.

³⁵¹ Kölner Komm AktG/Altenhain Rn. 185.

³⁵² Vgl. dazu Eyermann JuS 1964, 269.

³⁵³ Vgl. BayObLGZ 1986, 197 = NJW-RR 1986, 1362; Spindler/Stilz/Hefendehl Rn. 222.

³⁵⁴ Großkomm AktG/Otto Rn. 214; Kölner Komm AktG/Altenhain Rn. 188.

³⁵⁵ Kölner Komm AktG/Altenhain Rn. 189.

³⁵⁶ Großkomm AktG/Otto Rn. 216.