

Wirtschafts- und Steuerstrafrecht

Bearbeitet von

Prof. Dr. Jürgen Peter Graf, Prof. Dr. Markus Jäger, Prof. Dr. Petra Wittig, Dr. Peter Allgayer, Dr. Wolfgang Bär, Prof. Dr. Dennis Bock, Prof. Dr. Martin Böse, Dr. Alexandra Bücherl, Prof. Dr. Jens Bülte, Daniela Conrad-Graf, PD Dr. Kai Cornelius, Prof. Dr. Gerhard Dannecker, Judith Diversy, Dr. Markus Ebner, Prof. Dr. Stefan Ernst, Dr. Ralf Eschelbach, Marc Euler, Dr. Alexander Ganter, Dr. Michael Glaser, Catharina Graf, Dr. Sabine Grommes, Mario Häfen, Dr. Sonja Heine, Prof. Dr. Klaus Hoffmann-Holland, Dr. Victoria Ibold, Georg Köpferl, Prof. Dr. Paul Krell, Dr. Malte Merz, Prof. Dr. Andreas Mosbacher, Dr. Lars Niesler, Thomas Olbermann, Dr. Konstantina Papathanasiou, Jochen Pohlit, Michael Reinhart, Stefan Rolletschke, Prof. Dr. Thomas Rotsch, Kai Sackreuther, Dr. Oliver Sahan, Dr. Torsten Schubert, Prof. Dr. Tobias Singelnstein, Dr. Andreas Straßer, Dr. Dieter Temming, Dr. Marc Tully, Prof. Dr. Brian Valerius, Dr. Mathias Volkmer, Prof. Dr. Martin Paul Waßmer, Raimund Weyand, Stefan Wiedner, Dr. Klaus Winkler, Dr. Georg Zimmermann

2. Auflage 2017. Buch. LXI, 3532 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 68884 3

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

Gewicht: 2663 g

[Recht > Strafrecht > Nebenstrafrecht, Wirtschaftsstrafrecht](#)

[Zu Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

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.

Kommentar

Bearbeitet von

Prof. Dr. Jürgen Peter Graf, Prof. Dr. Markus Jäger, Prof. Dr. Petra Wittig, Dr. Peter Allgayer, Dr. Wolfgang Bär, Prof. Dr. Dennis Bock, Prof. Dr. Martin Böse, Dr. Alexandra Bücherl, Prof. Dr. Jens Bülte, Daniela Conrad-Graf, PD Dr. Kai Cornelius, Prof. Dr. Gerhard Dannecker, Judith Diversy, Dr. Markus Ebner, Prof. Dr. Stefan Ernst, Dr. Ralf Eschelbach, Marc Euler, Dr. Alexander Ganter, Dr. Michael Glaser, Catharina Graf, Dr. Sabine Grommes, Mario Häfen, Dr. Sonja Heine, Prof. Dr. Klaus Hoffmann-Holland, Dr. Victoria Ibold, Georg Köpferl, Prof. Dr. Paul Krell, Dr. Malte Merz, Prof. Dr. Andreas Mosbacher, Dr. Lars Niesler, Thomas Olbermann, Dr. Konstantina Papathanasiou, Jochen Pohlit, Michael Reinhart, Stefan Rolletschke, Prof. Dr. Thomas Rotsch, Kai Sackreuther, Dr. Oliver Sahan, Dr. Torsten Schubert, Prof. Dr. Tobias Singelnstein, Dr. Andreas Straßer, Dr. Dieter Temming, Dr. Marc Tully, Prof. Dr. Brian Valerius, Dr. Mathias Volkmer, Prof. Dr. Martin Paul Waßmer, Raimund Weyand, Stefan Wiedner, Dr. Klaus Winkler, Dr. Georg Zimmermann

2. Auflage 2017. Buch. LVIII, 3534 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 68884 3

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

Gewicht: 2663 g

[Recht > Strafrecht > Nebenstrafrecht, Wirtschaftsstrafrecht](#)

[Zu Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

405. Insolvenzordnung (InsO)

Vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I 1994, 2866) FNA 311-13

Zuletzt geändert durch Art. 16 G zur Bereinigung des Rechts der Lebenspartner vom 20.11.2015 (BGBl. I S. 2010)

– Auszug –

§ 15a Antragspflicht bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit

(1) ¹ Wird eine juristische Person zahlungsunfähig oder überschuldet, haben die Mitglieder des Vertretungsgremiums oder die Abwickler ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, einen Eröffnungsantrag zu stellen. ² Das Gleiche gilt für die organschaftlichen Vertreter der zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigten Gesellschafter oder die Abwickler bei einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, bei der kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist; dies gilt nicht, wenn zu den persönlich haftenden Gesellschaftern eine andere Gesellschaft gehört, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.

(2) Bei einer Gesellschaft im Sinne des Absatzes 1 Satz 2 gilt Absatz 1 sinngemäß, wenn die organschaftlichen Vertreter der zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigten Gesellschafter ihrerseits Gesellschaften sind, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, oder sich die Verbindung von Gesellschaften in dieser Art fortsetzt.

(3) Im Fall der Führungslosigkeit einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist auch jeder Gesellschafter, im Fall der Führungslosigkeit einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft ist auch jedes Mitglied des Aufsichtsrats zur Stellung des Antrags verpflichtet, es sei denn, diese Person hat von der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung oder der Führungslosigkeit keine Kenntnis.

(4) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer entgegen Absatz 1 Satz 1, auch in Verbindung mit Satz 2 oder Absatz 2 oder Absatz 3, einen Eröffnungsantrag nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig stellt.

(5) Handelt der Täter in den Fällen des Absatzes 4 fahrlässig, ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe.

(6) Auf Vereine und Stiftungen, für die § 42 Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt, sind die Absätze 1 bis 5 nicht anzuwenden.

Literatur: Bähner, Die Fortbestehensprognose im Rahmen der zweistufigen Überschuldungsrechnung, KTS 1988, 443; Bieneck, Die Zahlungseinstellung in strafrechtlicher Sicht, wistra 1992, 89; Bittmann, Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung nach der Insolvenzordnung, wistra 1998, 321 und wistra 1999, 10; Bittmann/Völkner, Zahlungsunfähigkeit bei (mindestens) 3-monatigem Rückstand auf Sozialversicherungsbeiträge, wistra 2005, 167; Bittmann, Strafrechtliche Folgen des MoMiG, NSfZ 2009, 113; Bittmann/Gruber, Limited – Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO; Europarechtlich unwirksam?, GmbHR 2008, 867; Bittmann/Pikarski, Strafbarkeit der Verantwortlichen der Vor-GmbH, wistra 1995, 91; Bork, Wie erstellt man eine Fortbestehensprognose, ZIP 2000, 1709; Bormann, Passivierungspflicht für eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen, GmbHR 2001, 689; Brand/Brand, Die insolvenzrechtliche Führungslosigkeit und das Institut des faktischen Organs, NZI 2010, 712; Brand/Reschke, Insolvenzverschleppung – künftig auch im eingetragenen Verein strafbar?, NJW 2009, 2343; Braun, Kommentar zur Insolvenzordnung, 6. Aufl. 2014; Bruns, Die sog. „tatsächliche“ Betrachtungsweise im Strafrecht – Ihre methodische Bedeutung und ihr praktischer Anwendungsbereich, JR 1984, 133; Bruns, Zur strafrechtlichen Relevanz des gesetzgebungsungehenden Täterverhaltens, GA 1986, 1; Cadus, Die faktische Betrachtungsweise, 1984; Dierlamm, Der faktische Geschäftsführer im Strafrecht – Ein Phantom?, NSfZ 1996, 153; Fuhrmann, Die Bedeutung des „faktischen Organs“ in der strafrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, FS Tröndle 1989, 139; Gehrlein, Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen nach dem MoMiG, BB 2008, 846; Geißler, Fragen zum Insolvenzverfahren der Vor-GmbH, DZWIR 2009, 52; Gross/Schork, Strafbarkeit des directors einer Private Company Limited by Shares wegen verspäteter Insolvenzantragstellung, NZI 2006, 10; Grube/Maurer, Zur strafbefreien Wirkung des Insolvenzantrages eines Gläubigers zu Gunsten eines GmbH-Geschäftsführers, GmbHR 2003, 1461; Giibel, Die Auswirkungen der faktischen Betrachtungsweise auf die strafrechtliche Haftung faktischer GmbH-Geschäftsführer, 1994; Haas, Die Passivierung von Gesellschafterdarlehen in der Überschuldungsbilanz nach MoMiG und FMStG, DStR 2009, 326; Harz, Kriterien der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung unter Berücksichtigung der Änderungen nach dem neuen Insolvenzrecht, ZInsO 2001, 193; Hey/Regel, „Firmenbestatter“ – Das Geschäft mit der Pleite, Kriminalistik 1999, 258; Hildesheim, Die strafrechtliche Verantwortung des faktischen Mitgeschäftsführers in der Rechtsprechung des BGH, wistra 1993, 166; Horn, Deutsches und europäisches Gesellschaftsrecht und die EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit – Inspire Art, NJW 2004, 893; Joerden, Grenzen der Auslegung des § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG, wistra 1990, 1; Kaligin, Anm. zu BGHSt 31, 118, BB 1983, 790; Möhlmann-Mahlau/Schmitt, Der „vorübergehende“ Begriff der Überschuldung, NZI 2009, 19; Ogiermann, Die Strafbarkeit systematischen Aufkaufs konkursreifer Unternehmen, wistra 2000, 250; Paulus, Passivierungspflicht und Rangordnung eigenkapitalersetzender Darlehen in der Insolvenz, ZGR 2002, 320; Pfeiffer, Unter-

lassen der Verlustanzeige und des Konkurs- und Vergleichsantrags nach § 84 GmbHG, Schröder, 1993, 75; *Kulke, Hoffmann*, Die Anwendbarkeit von nationalem Insolvenzstrafrecht auf EU-Auslandsgesellschaften, SuZV 2000, 101; *Ransiek*, Zur deliktischen Eigenhaftung des GmbH-Geschäftsführers aus strafrechtlicher Sicht, ZGR 1992, 201; *Reck*, Auswirkungen der Insolvenzordnung auf die GmbH aus strafrechtlicher Sicht, Crim. Prax. 1990, 109; *Uhlenbruck*, Die Insolvenz der GmbH aus der Sicht der Strafrechtspraxis, GmbHHR 1984, 113; *Römermann*, Insolvenzrecht im MoMiG, NZI 2008, 641; *Römermann*, Insolvenzverschleppung und die Folgen, NZG 2009, 854; *Römermann*, Aktuelles zur Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO, NZI 2010, 241; *C. Schäfer*, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des GmbH-Geschäftsführers (I und II), GmbHHR 1993, 717 und 780; *H. Schäfer*, Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Konkursstrafrecht, wistra 1990, 81; *K. Schmidt*, Konkursantragspflicht bei der GmbH und bürgerliches Deliktsrecht, JZ 1978, 661; *K. Schmidt/Uhlenbruck*, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016; *Schröder*, Zur Frage der Strafbarkeit wegen unterlassenen Insolvenzantrags in der Liquidation der GmbH nach zuvor erfolgter Ablehnung der Insolvenzeröffnung, GmbHHR 2009, 207; *Schüppen*, Aktuelle Fragen der Konkursverschleppung durch den GmbH-Geschäftsführer, DB 1994, 197; *Siegmann/Vögel*, Die Verantwortlichkeit des Strohmannsgeschäftsführer einer GmbH, ZIP 1994, 1821; *Stalhschmidt*, Die Begriffe der Zahlungsunfähigkeit, drohende Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung und die Methoden ihrer Feststellung, JR 2002, 89; *Stein*, Die Normadressaten der §§ 64, 84 GmbHG und die Verantwortlichkeit von Nichtgeschäftsführern wegen Konkursverschleppung, ZHR 1984, 207; *Stein*, Das faktische Organ, 1984; *Uhlenbruck*, Strafrechtliche Aspekte der Insolvenzrechtsreform 1994, wistra 1996, 1; *Veit*, Zur Feststellung einer Überschuldung, DB 2000, 1928; *Wachter*, Errichtung, Publizität, Haftung und Insolvenz von Zweigniederlassungen ausländischer Kapitalgesellschaften nach „Inspire Art“, GmbHHR 2003, 1254; *Weyand*, Strafbarkeit wegen „nicht richtiger“ Insolvenzantragstellung – strafrechtlicher Flankenschutz für Insolvenzgerichte und Verwalter?, ZInsO 2010, 359; *Wolf*, Überschuldung, 1998.

Übersicht

	Rn.
A. Allgemeines	1
I. Entstehungsgeschichte	1
II. Regelungsgehalt	3
1. Rechtsgut und Normzweck	3
2. Deliktsnatur	5
B. Täterschaft und Teilnahme	7
I. Allgemeines	7
II. Organe juristischer Personen und Abwickler (Abs. 1 S. 1)	9
1. Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)	9
2. Aktiengesellschaft (AG) und Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA)	12
3. Genossenschaft	15
4. Auslandsgesellschaften	16
5. Faktische Organe	22
III. Verantwortliche von Gesellschaften ohne eigene Rechtspersönlichkeit (Abs. 1 S. 2)	29
IV. Mittelbare organische Vertreter (Abs. 2)	32
V. Gesellschafter und Mitglieder eines Aufsichtsrats (Abs. 3)	33
1. Allgemeines	33
2. Anwendungsbereich	34
3. Gesellschafter einer GmbH	35
4. Aufsichtsratsmitglieder	38
5. Führungslosigkeit	41
6. Kenntnis von Krise und Führungslosigkeit	43
VI. Ausscheiden aus dem Amt	44
VII. Teilnehmer	46
1. Allgemeines	46
2. Einzelfälle	47
C. Objektiver Tatbestand	50
I. Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit	51
1. Begriff der Zahlungsunfähigkeit	51
2. Bestimmung der Zahlungsunfähigkeit	65
II. Insolvenzgrund der Überschuldung	70
1. Begriff der Überschuldung	70
2. Bestimmung der Überschuldung seit dem 18.10.2008	73
3. Bestimmung der Überschuldung vor dem 18.10.2008	101
4. Eintritt und Feststellung der Überschuldung	105
III. Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung	106
IV. Unterlassen der Insolvenzantragstellung	107
1. Allgemeines	107
2. Form des Antrags	110
3. Mindestinhalt des Antrags	112
4. Rücknahme des Antrags	113
5. Frist	114
6. Antragstellung „ohne schuldhaftes Zögern“	117
7. Antrag anderer Antragsberechtigter oder -pflichtiger	119
8. Ende der Antragspflicht	121
V. Unrichtiger Insolvenzantrag	122
1. Allgemeines	122
2. Unrichtiger Antrag	124

VI. Vollendung und Beendigung	127
1. Vollendung	127
2. Beendigung	127
D. Vorsatz und Fahrlässigkeit	131
I. Vorsatz	132
1. Allgemeines	132
2. Gesellschafter und Aufsichtsratsmitglieder	135
II. Fahrlässigkeit	136
1. Allgemeines	136
2. Gesellschafter und Aufsichtsratsmitglieder	140
III. Irrtumsfragen	141
1. Tatbestandsirrtum	142
2. Verbotsirrtum	143
E. Rechtswidrigkeit und Schuld	146
I. Rechtswidrigkeit	146
1. Allgemeines	146
2. Einzelne Rechtfertigungsgründe	147
II. Schuld	150
1. Allgemeines	150
2. Unzumutbarkeit der Antragstellung	151
F. Konkurrenzen	152
I. Tateinheit	152
II. Tatmehrheit	153
G. Strafverfolgung und Rechtsfolgen	154

A. Allgemeines

I. Entstehungsgeschichte

Die Vorschrift ist durch das „Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen“ (**MoMiG**) vom 23.10.2008 (BGBl. I 2026) neu geschaffen worden und am 1.11.2008 in Kraft getreten. Vorher waren sowohl die Pflicht zur Anmeldung der Insolvenz als auch die strafrechtlichen Folgen einer Pflichtverletzung in den gesellschaftsrechtlichen Spezialgesetzen (§ 84 GmbHG aF, § 401 AktG aF, §§ 130b, 177a HGB aF und § 148 GenG aF) geregelt. § 15a hat die Strafbarkeit der Insolvenzverschleppung erstmals abstrakt für juristische Personen und Personenhandelsgesellschaften ohne natürliche Person als unbeschränkt haftendem Gesellschafter, also **rechtsformunabhängig**, formuliert (Bitmann NStZ 2009, 113). Lediglich für Vereine und Stiftungen (auf die gem. § 86 BGB das Insolvenzrecht für Vereine anzuwenden ist) bleibt es bei der abschließenden Sonderregelung des § 42 Abs. 2 BGB, was schon bei der Schaffung des § 15a der Intention des Gesetzgebers entsprach (BT-Drs. 16/6140, 55) und seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte (BGBl. 2013 I 2379) am 1.7.2014 auch in § 15a Abs. 6 ausdrücklich festgestellt ist.

§ 15a hat gegenüber der alten Rechtslage im Wesentlichen zu einer **dreifachen Ausweitung der Strafbarkeit** geführt: Zum einen ist die Verletzung der Insolvenzantragspflicht nunmehr auch bei **Auslandsgesellschaften** strafbewehrt, sofern diese den in Abs. 1 genannten inländischen Gesellschaften vergleichbar sind, ihren Verwaltungssitz und Betrieb im Inland haben und dem deutschen Insolvenzrecht unterfallen (BT-Drs. 16/6140, 55; → Rn. 16 ff.). Zum zweiten wurde der Kreis der Antragspflichtigen und damit auch der **Täterkreis** der Insolvenzverschleppung ausgedehnt: Ist eine GmbH, AG oder Genossenschaft führungslos, trifft die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags gem. § 15a Abs. 3 InsO auch die Gesellschafter der GmbH und alle Mitglieder des Aufsichtsrats einer AG oder Genossenschaft (→ Rn. 33 ff.). Schließlich wurden zum dritten auch die **Pflichten** erweitert, deren Verletzung mit Strafe bedroht ist: Strafbar ist nun neben der gänzlich unterlassenen und der verspäteten auch die rechtzeitige, aber unrichtige Antragstellung, die inhaltlichen Mindestanforderungen nicht genügt (→ Rn. 122 ff.).

II. Regelungsgehalt

1. Rechtsgut und Normzweck. § 15a Abs. 4 schützt ebenso wie seine einzelgesetzlichen Vorgängervorschriften (§ 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG aF, § 401 Abs. 1 Nr. 2 AktG aF, §§ 130b, 177a HGB aF und § 148 Abs. 1 Nr. 2 GenG aF) die **Vermögensinteressen aller Personen**, die rechtliche oder wirtschaftliche Beziehungen zu einer der in Abs. 1 genannten Gesellschaften unterhalten oder aufnehmen wollen (BGH NJW 1982, 1952 zu § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG aF). Die Norm dient dem Schutz der Wirtschaftsteilnehmer vor den Gefahren, die von solchen Gesellschaften gerade deshalb ausgehen, weil sie in Ihrer Haftung entweder auf das vorhandene Gesellschaftsvermögen beschränkt sind oder ein unbeschränkt persönlich haftender Gesellschafter nicht vorhanden ist (BGHZ 29, 100; 126, 181; Roth/Altmeppen/Altmeppen GmbHG Vor § 64 Rn. 6 jeweils für die GmbH). Konkret soll sie die Verantwort-

lichen dieser Gesellschaften zur rechtzeitigen und richtigen Antragstellung um, damit eine sachgerechte insolvenzrechtliche Abwicklung in dem dafür vorgesehenen insolvanzrechtlichen Verfahren sicherstellen (K. Schmidt JZ 1978, 661). Wie die insolvenzpraktische Erfahrung zeigt, führt die rechtzeitige Einleitung und korrekte Durchführung des Insolvenzverfahrens im Allgemeinen zur Einleitung einer größeren Haftungsmasse und damit auch zu einer besseren Befriedigung der Gläubiger (BGHSt 9, 84; BT-Drs. 16/140, 55).

- 4 Der von § 15a Abs. 4 geschützte Personenkreis umfasst neben den gegenwärtigen und künftigen externen **Gläubigern der Gesellschaft** auch die betroffene **Gesellschaft selbst** sowie deren **Gesellschafter** (so auch MüKoStGB/Hohmann Rn. 1). Die Arbeitnehmer der Gesellschaft können zwangslässig als deren Gläubiger angesehen werden und sind als solche ohne weiteres ebenfalls von § 15a geschützt; eines intensiveren und extensiveren Schutzes als die übrigen Gläubiger bedürfen die Arbeitnehmer dabei aber nicht (→ Vorb. StGB §§ 283–283d Rn. 1). § 15a dient dem Schutz der Individualinteressen der Rechtsgutsträger und ist daher **Schutzgesetz iSd § 823 Abs. 2 BGB** (s. zB Roth/Altmeppen/Altmeppen GmbHG Vor § 64 Rn. 122 sowie die gefestigte Rspr. zu § 64 GmbHG aF seit BGHZ 29, 100).
- 5 **2. Deliktsnatur.** § 15a Abs. 4 enthält ausschließlich **echte Unterlassungsdelikte**. Für die gänzlich unterbliebene und die verspätete Insolvenzantragstellung ist dies heute ebenso allgemein anerkannt wie schon während der Geltung des alten Rechts (s. zB BGHSt 14, 280; 28, 371 jeweils für § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG aF). Aber auch für die erst mit dem MoMiG vom 23.10.2008 (BGBI. I 2026 ff.) neu eingeführte Tatbestandsvariante der unrichtigen Antragstellung kann nichts anderes gelten: Denn auch bei ihr besteht der strafrechtliche Vorwurf im Kern darin, einen inhaltlich korrekten Antrag unterlassen zu haben (s. Bittmann NStZ 2009, 113 (116); → Rn. 122 ff.).
- 6 § 15a Abs. 4 InsO verlangt weder den Eintritt eines bestimmten Gefährdungserfolgs noch gar eines aktuellen Schadens. Er enthält daher ein **abstraktes Gefährdungsdelikt** (BGHSt 14, 280; 28, 371 jeweils für § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG aF).

B. Täterschaft und Teilnahme

I. Allgemeines

- 7 Im alten Recht war der Kreis der Insolvenzantragspflichtigen und damit auch der Täterkreis einer strafbaren Insolvenzverschleppung in spezialgesetzlichen Regelungen wie etwa § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG aF oder § 401 Abs. 1 Nr. 2 AktG aF gesellschaftsspezifisch umschrieben. § 15a Abs. 1 S. 1 bezeichnet dagegen als taugliche Täter nunmehr allgemein „die Mitglieder des Vertretungsgremiums oder die Abwickler“ einer (deutschen oder ausländischen) juristischen Person. Damit ergibt sich der Kreis tauglicher Täter nicht mehr aus der Strafvorschrift selbst, sondern aufgrund einer **dynamischen Weisung** auf das nationale und internationale Gesellschaftsrecht (Bittmann NStZ 2009, 113 (114)). Dies gilt auch, soweit § 15a in seinem Abs. 1 S. 2 die Verantwortlichen für Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit bestimmt, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist (zB für die GmbH & Co. KG), oder durch seine Abs. 2 u. 3 die Strafdrohung auf mittelbare organ-schaftliche Vertreter und Gesellschafter ausdehnt.
- 8 § 15a enthält somit ein **echtes Sonderdelikt**, das (mit-)täterschaftlich nur begehen kann, wer die Sondereigenschaft als Mitglied eines Vertretungsgremiums, Abwickler etc. besitzt (allgA; s. zB BGHSt 46, 62 mwN zur alten Rechtslage). Dagegen kommen **Vorstände eines eingetragenen Vereins oder einer Stiftung** nicht als Täter des § 15a in Betracht, da diese Vorschrift nach der ausdrücklichen Regelung in ihrem Abs. 6 für sie nicht gilt (→ Rn. 1). Anstifter oder Gehilfe der Insolvenzverschleppung kann hingegen jedermann sein. Da die notwendige Sondereigenschaft des Täters ein besonderes persönliches Merkmal iSd § 28 Abs. 1 StGB darstellt, ist allerdings die Strafbarkeit des Teilnehmers, dem diese Sondereigenschaft fehlt, gem. § 49 Abs. 1 StGB zu mildern (BGHSt 46, 62 (64)). Zu den Tätergruppen iE:

II. Organe juristischer Personen und Abwickler (Abs. 1 S. 1)

- 9 **1. Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH).** Für die GmbH stellt § 15a – ebenso wie schon § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG aF – ein typisches Geschäftsführungsdelikt dar. Gem. § 6 Abs. 2 S. 1 GmbHG qualifizieren sich als **Geschäftsführer** der GmbH dabei nur natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Personen, bei denen es sich sowohl um Gesellschafter der GmbH (sog. Gesellschafter-Geschäftsführer) wie auch um außenstehende Dritte handeln kann; sie werden entweder im Gesellschaftsvertrag (s. § 6 Abs. 3 S. 2 GmbHG) oder durch Mehrheitsbeschluss der Gesellschafter (§§ 45 Abs. 2, 46 Nr. 5, 47 GmbHG) bestellt. Ob bestellte Geschäftsführer die Geschäfte der Gesellschaft auch tatsächlich führen oder lediglich als Strohleute für Akteure im Hintergrund fungieren, ist für den Eintritt ihrer strafrechtlichen Haftung zunächst ohne Bedeutung (Siegmann/Vogel ZIP 1994, 1821 (1823)); Differenzierungen sind insoweit erst auf der Strafzumessungsebene vorzunehmen. Umgekehrt trifft die

strafrechtliche Verantwortlichkeit nach der Rspr. auch solche Personen, die als juristische Geschäftsführer agieren, ohne (wirksam) bestellt zu sein (→ Rn. 22 ff.).

Da durch die Insolvenz die Gesellschaft insgesamt betroffen ist, unterliegen die erforderlichen Aktionen hierauf dem Grundsatz der Generalverantwortlichkeit und Allzuständigkeit (vgl. § 10 Abs. 1 Alt. 1 GG). Dementsprechend trifft die strafbewehrte Pflicht zur Insolvenzantragstellung jeden einzelnen von **mehreren Geschäftsführern** auch dann, wenn die Insolvenzantragstellung aufgrund interner Regelungen an sich nicht zu seinen Aufgaben gehört (BGH NJW 1994, 2149). Dies gilt selbst dann, wenn der betreffende Geschäftsführer nicht allein-, sondern nur gesamtvertretungsberechtigt ist.

Befindet sich die GmbH in Abwicklung und wurde hierfür eigens ein **Liquidator** eingesetzt (§. 66 Abs. 1 Alt. 2 GmbHG), ist auch dieser zur Stellung des Insolvenzantrages verpflichtet (s. zB BGH NJW 2009, 157), da er das Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan der aufgelösten GmbH darstellt (s. §§ 70 f. GmbHG). Ist der Liquidator eine juristische Person oder Personenhandelsgesellschaft (zu diesen Möglichkeiten s. Baumbach/Hueck/Haas GmbHG § 66 Rn. 6 f.), folgt die strafrechtliche Verantwortlichkeit der für ihn handelnden natürlichen Personen aus § 14 StGB. Ebenso wie der faktische Geschäftsführer kann auch der **faktische Liquidator** strafbar sein (BayObLG wistra 1990, 201; → Rn. 22 ff.).

2. Aktiengesellschaft (AG) und Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA). Bei der AG kommen nur Vorstandsmitglieder und deren Stellvertreter sowie Abwickler als taugliche Täter des § 15a in Betracht (RGSt 24, 286 (290); BGHSt 14, 280 (282)). **Mitglied des Vorstands** kann nur eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person (§ 76 Abs. 3 S. 1 AktG) sein, die durch den Aufsichtsrat der Gesellschaft (§ 84 AktG) oder in dringenden Fällen durch das Gericht (§ 85 AktG) hierzu bestellt wurde. **Stellvertretende Vorstandsmitglieder** stehen aktienrechtlich (s. § 94 AktG) den ordentlichen Mitgliedern vollständig gleich; für sie gilt daher auch strafrechtlich derselbe Haftungsmaßstab. **Faktische Organstellung** ist nach der Rspr. für die strafrechtliche Verantwortlichkeit sowohl von ordentlichen wie von stellvertretenden Vorstandsmitgliedern der AG ausreichend (→ Rn. 22 ff.). Die KGaA wird nicht durch einen Vorstand, sondern durch ihre persönlich haftenden Gesellschafter geführt und vertreten. Diese sind auch zur Insolvenzantragstellung verpflichtet (s. § 283 Nr. 14 AktG) und bei Verletzungen dieser Pflicht ggf. gem. § 15a strafbar.

Auch bei der AG trifft die strafbewehrte Insolvenzantragspflicht nach dem Grundsatz der Generalverantwortlichkeit und Allzuständigkeit jedes einzelne Vorstandsmitglied (BayObLG wistra 1991, 195 (197)). Auch die **Majorisierung** durch einen Vorstandsbeschluss, in dem die Vorstandsmehrheit gegen einen Insolvenzeröffnungsantrag votiert, enthebt die überstimmt Vorstandsmitglieder weder ihrer Zuständigkeit noch ihrer persönlichen (strafrechtlichen) Verantwortung für die Antragstellung. Die Überstimmt haben daher mit sämtlichen ihnen zur Verfügung stehenden rechtskonformen Mitteln (insbes. auch unter Einschaltung des Aufsichtsrates) auf die Revision des ablehnenden Vorstandsbeschlusses hinzuwirken (MüKoAktG/Schaal AktG § 401 Rn. 78). Gelingt diese nicht, müssen sie den Insolvenzeröffnungsantrag notfalls auch unter Missachtung des Mehrheitsbeschlusses selbst stellen.

Die AG in Abwicklung wird im Regelfall weiterhin von den Vorstandsmitgliedern geführt (s. § 265 Abs. 1 AktG), jedoch kann auch ein Dritter als **Abwickler** eingesetzt werden (s. § 265 Abs. 2 u. 3 AktG), der dann ggf. auch zur Stellung des Insolvenzantrages verpflichtet ist (vgl. § 268 Abs. 2 S. 1 AktG). Ebenso wie die Liquidation der GmbH kann auch die Abwicklung der AG durch Personenhandelsgesellschaften oder juristische Personen übernommen werden (s. zB Hüffer/Koch AktG § 265 Rn. 3), für deren Handeln gem. § 14 StGB die dort genannten natürlichen Personen strafrechtlich verantwortlich sind. **Faktische Abwickler** sind ebenso strafbar wie bestellte (→ Rn. 22 ff.).

3. Genossenschaft. Bei der eingetragenen Genossenschaft gelten die Ausführungen zur Verantwortlichkeit für die AG (→ Rn. 12–14) entsprechend. Taugliche Täter des § 15a sind auch hier die ordentlichen und stellvertretenden **Mitglieder des Vorstands** (§§ 24 u. 35 GenG) sowie ggf. die Abwickler, die bei der Genossenschaft allerdings als **Liquidatoren** bezeichnet werden (s. § 83 GenG). Ob die Organmitglieder haupt- oder ehrenamtlich tätig sind, ist ohne Bedeutung (Pöhlmann/Fandrich/Bloehs/GenG § 147 Rn. 3).

4. Auslandsgesellschaften. a) Allgemeines. Die spezialgesetzlichen Insolvenzverschleppungstatbestände des alten Rechts (§ 84 GmbHG aF, § 401 AktG aF und § 148 GenG aF) waren strikt auf bestimmte inländische Gesellschaftsformen bezogen und galten daher nach damals hM nicht für die Vertreter von Auslandsgesellschaften (so zB Horn NJW 2004, 893 (899); Wachter GmbHR 2003, 1254 (1257); aA Gross/Schorck NZI 2006, 10 (12 ff.)). Dies ist bei § 15a nun anders: Dessen Abs. 1 S. 1 spricht allgemein von juristischen Personen und meint damit nicht nur inländische Gesellschaften und Genossenschaften, sondern auch diesen **vergleichbaren Auslandsgesellschaften**, die ihren Verwaltungssitz und Betrieb im Inland haben und damit dem deutschen Insolvenzrecht unterfallen (BT-Drs. 16/6140, 55). Dementsprechend richtet sich die Strafdrohung des § 15a Abs. 4 u. Abs. 5 auch gegen die Verantwortlichen solcher Auslandsgesellschaften.

§ 15a enthält keine Einschränkung auf bestimmte ausländische Rechtsformen (wie etwa die Private Company Limited by Shares, kurz Limited) oder den Rechtsraum der EU. Er erfasst vielmehr weltweit jede Rechtsform, sofern sie nur einer inländischen Person vergleichbar ist. In diesem Sinne

ist sein Geltungsbereich **ubiquitär** (*Bittmann* NStZ 2009, 113 (114)). Gleichwohl ist § 15a nur anwendbar, wenn die folgenden drei Voraussetzungen erfüllt sind:

- 18 b) Anwendungsvoraussetzungen.** § 15a erfordert zunächst, dass die Auslandsgesellschaft (oder mindestens deren selbstständige Niederlassung) ihren **Sitz in Deutschland** hat, der Mittelpunkt ihrer wirtschaftlichen Interessen (centre of main interest = COMI) also in Deutschland liegt; vgl. Art. 3 Abs. 1 S. 2 u. 4 EUInsVO, § 335 (*Bittmann* NStZ 2009, 113 (114); *Roth/Altmeppen/Altmeppen* GmbHG Vor § 64 Rn. 11).
- 19** Die Auslandsgesellschaft muss mit einer deutschen juristischen Person **vergleichbar** sein. Diese Vergleichbarkeit besteht dann, wenn sie für ihre Verbindlichkeiten nur mit dem Gesellschaftsvermögen haftet, den Gesellschaftsgläubigern mithin keine natürliche Person als Haftungsschuldner zur Verfügung steht. So verhält es sich zB bei der englischen Limited, der französischen société à responsabilité limitée (SARL), der italienischen Società a responsabilità limitata (S.r.l.) oder der us-amerikanischen Limited Liability Company (LLC), aber auch der Europäischen Genossenschaft (SCE). Die Societas Europaea (SE) erfüllt zwar ebenfalls das Kriterium der Vergleichbarkeit, jedoch gilt für sie die speziellere Strafnorm des § 53 Abs. 4 Nr. 2 (ggf. iVm Abs. 5) SEAG.
- 20** Schließlich muss die Auslandsgesellschaft auch der **deutschen Rechtsordnung** unterliegen, da die Mitglieder ihres Vertretungsorgans nur dann überhaupt gem. § 15a Abs. 1 zur Insolvenzantragstellung verpflichtet sein können. Schon für die in der Praxis am häufigsten anzutreffenden **EU-Auslandsgesellschaften** mit Sitz im Inland sprechen trotz denkbarer europarechtlicher Einwände die besseren Gründe dafür, sie dem deutschen Insolvenzrecht einschließlich der diesem vorgelegerten Insolvenzantragspflicht zu unterwerfen: Gem. Art. 4 EUInsVO gilt auch für Auslandsgesellschaften jeweils das **nationale Insolvenzrecht** desjenigen Staates, in dem das Insolvenzverfahren eröffnet wird. Diese Geltung umfasst auch die Insolvenzeröffnungsvoraussetzungen, zu denen man das (rechtzeitige) Vorliegen des erforderlichen Eröffnungsantrags wird zählen dürfen (so in der Tendenz auch EuGH Slg. 1979, I-733). Daneben ist die Pflicht zur Insolvenzantragstellung aber auch dem zwingenden deutschen **Gläubigerschutzrecht** zuzuordnen, das von ausländischen Gesellschaften mit Sitz im Inland ebenfalls zu beachten ist (*Roth/Altmeppen/Altmeppen* GmbHG Vor § 64 Rn. 14). Damit aber steht auch einer Bestrafung der Verantwortlichen einer EU-Auslandsgesellschaft gem. § 15a Abs. 4 u. Abs. 5 bei Verstößen gegen die deutsche Insolvenzantragspflicht aus § 15a Abs. 1 nichts im Wege (so auch MüKoStGB/*Hohmann* Rn. 22; *Radtke/Hoffmann* EuZW 2009, 404 (407 f.) mwN; *Römermann* NZI 2010, 241 (292); instruktiv zum Ganzen auch *Bittmann* NStZ 2009, 113 (114)). Für Nicht-EU-Auslandsgesellschaften und deren Verantwortliche gelten diese Überlegungen in sachlich-rechtlicher Hinsicht erst recht.
- 21 c) Verantwortliches Vertretungsorgan.** Welches **Vertretungsorgan** bei einer Auslandsgesellschaft für die Insolvenzantragstellung zuständig ist und wen damit auch die strafrechtliche Verantwortlichkeit für eine Pflichtverletzung trifft, ergibt sich aus dem jeweiligen nationalen Gesellschaftsrecht des Gründungsstaates der Gesellschaft. Bei einer „Limited“ englischen Rechts bspw. ist dies der „director“, den gem. section 154 Companies Act (CA) 2006 jede Gesellschaft dieser Art besitzen muss (vgl. *Radtke/Hoffmann* EuZW 2009, 404 (405)).
- 22 5. Faktische Organe. a) Allgemeines.** Die strafrechtliche Verantwortlichkeit (der Mitglieder) eines zuständigen Vertretungsorgans ist nicht zivilrechtsakzessorisch. Sie kann daher auch dann bestehen, wenn die vertretene Gesellschaft nicht rechtswirksam errichtet wurde (stRspr seit RGSt 43, 407 (410, 413 ff.)) oder die **Bestellung** zum Vertretungsorgan **zivilrechtlich unwirksam** ist (dies ergibt sich bereits aus § 14 Abs. 3 StGB). Darüber hinaus nimmt die stRspr und ein beachtlicher Teil der Lit. aber auch solche Personen strafrechtlich in die Pflicht, die überhaupt nicht förmlich bestellt wurden, sondern die Funktion eines Vertretungsorgans lediglich tatsächlich ausüben (sog faktische Organschaft).
- 23** Die strafrechtliche Figur des faktischen Organs (die auch in der höchstrichterlichen Zivilrechtsprechung ihr Pendant findet; s. zB BGHZ 41, 282 (287); 47, 341 (343); 75, 96 (106); 104, 44 (46)), wurde in wesentlichen Teilen unter der Geltung der §§ 64 Abs. 1, 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG aF gerade bei der Beurteilung von Verstößen (faktischer) GmbH-Geschäftsführer gegen die Pflicht zur Insolvenzantragstellung entwickelt (s. zB BGHSt 3, 32 (37); 21, 101 (103); 31, 118 (122); BGH StV 1984, 461 f.; BGHSt 46, 62 (64); zust. in der damaligen Lit. zB *Bruns* JR 1984, 133; *Bruns* GA 1986, 1 (12); *Gübel*, Die Auswirkungen der faktischen Betrachtungsweise auf die strafrechtliche Haftung faktischer GmbH-Geschäftsführer, 1994, 79 ff.; *Fuhrmann* FS Tröndle, 1989, 139 ff.; *H. Schäfer* wistra 1990, 81 ff.; *Hildesheim* wistra 1993, 166; *C. Schäfer* GmbHHR 1993, 717 (723)) und gehörte seither fest zum Instrumentarium des Insolvenzstrafrechts. Hieran hält die Rspr. auch nach der Einführung des § 15a InsO fest (BGH NJW 2015, 712 m. zust. Anm. *Floeth* NZI 2015, 187 u. abl. Anm. *Bergmann* NZWiSt 2015, 143; von *Galen* NStZ 2015, 471). Sie führt hierfür die Gesetzesbegründung zu § 15a ins Feld, wonach mit der Neufassung keine Einschränkung der zuvor bestehenden Strafbewehrung intendiert war (s. dazu BT-Drs. 16/6140, 55), und versteht zudem die Wendung „... Mitglieder des Vertretungsorgans ...“ in § 15a Abs. 1 lediglich als zusammenfassende Umschreibung für die Verantwortlichkeit innerhalb verschiedener Gesellschaftsformen, die eben nach stRspr auch die faktischen Organe treffe (BGH NJW 2015, 712 (713)). Obgleich zuzugeben ist, dass diese Argumentation einem akuten rechtpolitischen Bedürfnis zur

Bekämpfung des verbreiteten Strohleute-Unwesens entspricht, überzeugt die Richter in dem § 15a Abs. 1 auf die Mitgliedschaft in einem Organ abstellt, knüpft er die Insolvenzanspruchspflicht an, auch an einen (wirksamen oder unwirksamen) Formalakt, da man Mitgliedschaften nicht rein faktisch, sondern stets nur Kraft Verleihung erwirbt. Wer **ohne jegliche förmliche Bestellung** (Wettung und MüKoStGB/Hohmann Rn. 54, der eine rechtswirksame Bestellung verlangt) die Geschäfte einer Gesellschaft oder Genossenschaft führt, kann daher schwerlich als Mitglied des Vertretungsorgans im Wortsinn angesehen werden. Die bereits unter der Geltung des alten Rechts von der Lit. vorgebrachten verfassungsrechtlichen **Bedenken** (Cadus, Die faktische Betrachtungsweise, 1984, 146 f.; Joerden wistra 1990, 1 (4); Kaligin BB 1983, 790; Ransiek ZGR 1992, 203 (209); Schüppen DB 1994, 197 (203 f.); Stein, Das faktische Organ, 1984, 70 u. 130 ff.; Stein ZHR 1984, 202 (222)) haben mit dem Inkrafttreten des § 15a neues Gewicht bekommen (einen Verstoß der faktischen Betrachtungsweise gegen das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG nehmen zB an MüKoStGB/Hohmann Rn. 59; MüKoInsO/Klöhn Rn. 328; HK-InsO/Ransiek Rn. 40; Achenbach/Ransiek/Rönnau WirtschaftsStR-HdB/Wegener Teil 7 Kap. 2 Rn. 29; Bergmann NZWiSt 2014, 81; Fleischer GmbHR 2011, 337; von Galen NStZ 2015, 471; aA Schmidt/Herden Rn. 65; Hess InsO Rn. 17 f.; Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/Kadenbach, Fachanwaltskommentar Insolvenzrecht, Rn. 12; FK-InsO/Schmerbach Rn. 2; Brand NZI 2010, 712).

Die Gestaltungs- und Beratungspraxis wird sich freilich an der unlängst bekräftigten Rsp. zur 24 faktischen Organstellung orientieren und die Existenz dieser Rechtfigur zugrunde legen müssen. Sie muss sich dabei auch des Umstandes bewusst bleiben, dass zwar der faktische GmbH-Geschäftsführer am häufigsten vorkommt, eine faktische Organstellung aber auch bei allen anderen Gesellschaftsformen (zB in Gestalt des faktischen AG-Vorstands; s. dazu Wabnitz/Janovsky WirtschaftsStR-HdB/Köhler, 3. Aufl. 2007, Kap. 7 Rn. 274) in Betracht kommt.

b) Voraussetzungen. Eine faktische Organstellung soll vorliegen, wenn sowohl betriebsintern als 25 auch nach außen die wesentlichen Dispositionen faktisch von bestimmten Personen getroffen werden, die zudem auch auf sämtliche Geschäftsvorgänge bestimmenden Einfluss ausüben (BGHSt 31, 118 (121)). Diese Personen dürfen sich die Unternehmensführung aber nicht einseitig anmaßen, sondern bedürfen in ihrem Handeln des Einverständnisses der (Mehrheit der) Gesellschafter, das als **konkludente Bestellung** zu werten sein soll (BGHSt 3, 33 (38); 31, 118 (122); BGH NStZ 2000, 34 ff.). Darüber hinaus muss das faktische gegenüber dem formell bestellten Organ eine überragende Stellung in der Gesellschaft einnehmen (BGHSt 31, 118 (122); BGH wistra 1990, 97; Dierlamm NStZ 1996, 153 (157); H. Schäfer wistra 1990, 81 (82)) oder zumindest das deutliche Übergewicht haben (BGHSt 46, 62 (65); BGH StV 1984, 461). Nicht ausreichend ist es dagegen, dass neben einem bestellten Organ gleichberechtigt eine weitere Person agiert (RGSt 72, 187 (192); BayObLG wistra 1991, 195 (197); OLG Düsseldorf NStZ 1988, 368; KG GewA 1993, 198 (199); Hildesheim wistra 1993, 166) oder nur intern auf das satzungsmäßige Organ eingewirkt wird (BGHZ 150, 61 (69 f.)). In solchen Konstellationen kann aber eine strafbare Teilnahme an der Tat des bestellten Organs vorliegen (BGH DStR 2005, 1455 (1456)).

Will das Gericht eine faktische Organstellung des oder der Angeklagten bejahen, muss es hierfür eine 26 wertende **Gesamtbetrachtung** vornehmen (BGHZ 104, 44 (48)), in deren Rahmen die tatsächlichen Umstände der Geschäftsführung aufzuklären und in den Urteilsgründen darzustellen sind (BayObLG wistra 1991, 195 (197); KG GewA 1993, 198 (199); H. Schäfer wistra 1990, 81 (82)).

Beweisanzeichen für eine faktische Organstellung sind zB (nach Wabnitz/Janovsky WirtschaftsStR-HdB/Köhler, 3. Aufl. 2007, Kap. 7 Rn. 277): Die selbstständige Leitung sämtlicher Außengeschäfte, das Auftreten gegenüber den Mitarbeitern und/oder Kunden als Geschäftsführer, die Erteilung von Buchungsanweisungen an einen mit der Führung der Geschäftsbücher betrauten Steuerberater, die Entscheidung über Steuerangelegenheiten, die Einstellung und Entlassung von Mitarbeitern, das Ausstellen von Zeugnissen, die Vereinbarung von Stundungen oder das Aushandeln von Zahlungsbedingungen mit Lieferanten, Verhandlungen mit Banken oder auch eine Vergütung, die dem Gehalt eines Geschäftsführers entspricht. Wesentlich für die Annahme einer faktischen Organeigenschaft ist auch die (alleinige) Verfügungsbefugnis des Betreffenden über die Geschäftskonten der Gesellschaft (BGH NZG 2005, 816).

Gegen eine faktische Organstellung spricht es etwa, wenn ein mit der Abwicklung einer GmbH 28 beauftragter Rechtsanwalt dabei auch außen weiterhin als Rechtsanwalt auftritt und sich zur Abwicklung des Zahlungsverkehrs der Gesellschaft eines Rechtsanwaltsanderkontos bedient (BGH NStZ 2000, 34); zu den in → Rn. 25–28 behandelten Aspekten auch → StGB § 14 Rn. 51 ff.

III. Verantwortliche von Gesellschaften ohne eigene Rechtspersönlichkeit (Abs. 1 S. 2)

§ 15a Abs. 1 S. 2 Hs. 1 regelt die Insolvenzanspruchspflicht bei Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit, bei denen keiner der Gesellschafter eine natürliche Person ist, den Gesellschaftsgläubigern also (wie bei einer Kapitalgesellschaft) nur das Gesellschaftsvermögen als **beschränkte Haftungsmasse** zur Verfügung steht. Die Vorschrift ist dem § 130a Abs. 1 HGB aF (iVm § 177a HGB aF) nachgebildet und

- meint vor allem die GmbH & Co KG, erfasst aber wegen ihrer allgemeinen Formulierung auch andere in- und ausländische Gesellschaftsformen (wie zB die oHG oder die GmbH & Co KG).
- 30 **§ 15a Abs. 1 S. 2 Hs. 2** befreit solche Gesellschaften von der Insolvenzantragspflicht, bei denen zwar kein unmittelbarer Gesellschafter, immerhin aber der Gesellschafter einer Gesellschaft, die natürliche Person ist. Da den Gesellschaftsgläubigern letztlich diese **natürliche Person unbeschränkt mit ihrem gesamten Vermögen haftet**, kann dann nämlich nicht von einer begrenzten Haftungsmasse die Rede sein (→ Rn. 3).
- 31 **Taugliche Täter** der Insolvenzverschleppung sind bei Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit die **organ-schaftlichen Vertreter** der zur Vertretung der Gesellschaft berufenen Gesellschafter-Gesellschaft, im „Normalfall“ der GmbH & Co KG also der oder die (bestellten oder faktischen; zu letzteren s. BGH NJW 1984, 2958) Geschäftsführer der Komplementär-GmbH, die ihrerseits die Geschäfte der KG führt. Daneben können auch **Abwickler** (die bei der oHG und der KG als **Liquidatoren** bezeichnet werden; vgl. § 146 HGB, ggf. iVm § 161 Abs. 2 HGB) den Straftatbestand des § 15a Abs. 4 verwirklichen.
- IV. Mittelbare organ-schaftliche Vertreter (Abs. 2)**
- 32 § 15a Abs. 2, der § 130a Abs. 4 HGB aF entspricht (BT-Drs. 16/6140, 55; Roth/Altmeppen/Altmeppen GmbHG Vor § 64 Rn. 61), erklärt § 15a Abs. 1 S. 2 für sinngemäß anwendbar, wenn der organ-schaftliche Vertreter der Vertreter-Gesellschaft seinerseits eine Gesellschaft ist, bei der wiederum kein Gesellschafter eine natürliche Person ist (Phänomen der sog. „mehrstöckigen“ oder Schachtel-Gesellschaften). Die Vorschrift soll die **Umgehung der Insolvenzantragspflicht** durch Nutzung an sich zulässiger gesellschaftsrechtlicher Schachtel-Konstruktionen verhindern.
- V. Gesellschafter und Mitglieder eines Aufsichtsrats (Abs. 3)**
- 33 **1. Allgemeines.** Der durch Art. 9 Nr. 3 MoMiG (BGBl. 2008 I 2026 ff.) neu eingeführte § 15a Abs. 3 erweitert bei einer führungslosen GmbH den Kreis der (auch strafrechtlich) zur Insolvenzanmeldung Verpflichteten auf sämtliche Gesellschafter, bei der führungslosen AG oder Genossenschaft auf alle Mitglieder des Aufsichtsrats. Er bezweckt damit die **Stärkung des Gläubigerschutzes** (BT-Drs. 16/6140, 55), soll eine **Umgehung der Insolvenzantragspflicht** verhindern und mittelbar den Gesellschaftern einen Anreiz dafür geben, eine ordnungsgemäße und aktionsfähige Vertretung der juristischen Person sicherzustellen. § 15a Abs. 3 trägt damit auch dem Gedanken Rechnung, dass die Gesellschafter einer GmbH als (bloße) Kapitalgeber zwar grds. die Geschäftsführung an angestellte Geschäftsführer delegieren können, gleichwohl aber auch die Verpflichtung haben, die Gesellschaft nicht zum Schaden des Rechtsverkehrs führungslos zu lassen (BT-Drs. 16/6140, 55).
- 34 **2. Anwendungsbereich.** § 15a Abs. 3 gilt explizit nur für **Gesellschafter einer GmbH** (auch in der Rechtsformvariante der UG) und Mitglieder des Aufsichtsrats einer **Aktiengesellschaft** oder **Genossenschaft**. Er ist wegen des strafrechtlichen Analogieverbots nicht auf Gesellschafter oder Funktionsträger anderer in- oder ausländischer (s. hierzu *Bittmann* NStZ 2009, 113 (115); *Römermann* NZI 2010, 241 (242) Gesellschaften anwendbar.
- 35 **3. Gesellschafter einer GmbH.** Jede GmbH hat bereits bei ihrer Gründung einen oder mehrere Anteilseigner (s. § 1 GmbHG); die spätere Aufnahme weiterer Gesellschafter oder das Ausscheiden der Gründer ist jederzeit möglich (s. § 15 Abs. 1 GmbHG). Die strafrechtliche Verantwortung für die Insolvenzantragstellung trifft dabei jeweils die im Zeitpunkt der Insolvenzantragspflicht aktuell vorhandenen (dh in die Gesellschafterliste beim Handelsregister eingetragenen; s. § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG) Anteilseigner, bei der Ein-Mann-GmbH naturgemäß den Alleingesellschafter. Neben natürlichen können auch juristische Personen oder Personengesellschaften Gesellschafter der GmbH sein. Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit in diesen Fällen → Rn. 37.
- 36 GmbH-Gesellschafter mit den daraus resultierenden gesellschaftsrechtlichen Rechten und Pflichten ist auch, wer diese Stellung lediglich treuhänderisch für einen anderen innehat. Dementsprechend kommt es auch für seine strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht darauf an, ob er die Gesellschaftsanteile auf eigene oder fremde Rechnung, dauerhaft oder nur auf Zeit hält (Scholz/Tiedemann/Rönnau GmbHG § 82 Rn. 42). Wie vor allem § 9a Abs. 4 S. 1 GmbHG erkennen lässt (der den Treugeber nur „neben“ den Gesellschaftern in die Verantwortung nimmt), zählt das GmbH-Recht den treugebenden **Hintermann** dagegen nicht zu den Gesellschaftern. Sowohl dies wie auch das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG verbietet dem Strafrecht eine andere Einordnung, weshalb den Hintermann auch nicht die strafbewehrte Pflicht aus § 15a Abs. 3 trifft (Baumbach/Hueck/Haas GmbHG § 82 Rn. 20; Mü-KoStGB/Hohmann Rn. 70; Scholz/Tiedemann/Rönnau GmbHG § 82 Rn. 37).
- 37 Ist der Gesellschafter keine natürliche Person, sondern eine **Personengesellschaft** (oHG oder KG) oder eine **juristische Person**, bestimmt sich die strafrechtliche Verantwortlichkeit des tatsächlich Handelnden nach § 14 StGB.
- 38 **4. Aufsichtsratsmitglieder. Mitglied des Aufsichtsrats** einer AG ist, wer entweder gem. § 30 AktG von den Gründern der Gesellschaft hierzu bestellt, von der Hauptversammlung oder der Beleg-

schaft gewählt (§ 101 Abs. 1 AktG), von einzelnen Aktionären entsandt (§ 101 Abs. 1, 1a AktG) oder unter den Voraussetzungen des § 104 AktG durch Gerichtsbeschluss ernannt wurde. Bei einer Genossenschaft werden die Mitglieder des Aufsichtsrats von der Generalversammlung gewählt (§ 36 Abs. 1 GenG). Der Auswahlakt ist sowohl bei der AG wie auch bei der Genossenschaft (vgl. *Wittmann*, wenn er vom Designierten angenommen wird).

Für die strafrechtliche Verantwortung der Aufsichtsratsmitglieder ist es gleichgültig, ob die Errichtung 39 der Aktiengesellschaft oder der Akt der Aufnahme in den Aufsichtsrat rechtswirksam war (zur unwirksamen Errichtung der AG s. RGSt 43, 407 (416)). Soweit darüber hinaus auch eine lediglich **faktische Aufsichtsratstätigkeit** ohne zugrunde liegenden Auswahlakt für ausreichend gehalten wird (MüKo-AktG/ *Kroppf* AktG § 399 Rn. 31), begegnet dies aber durchgreifenden Bedenken (→ Rn. 22 ff.).

Die strafrechtliche Verantwortung für eine rechtzeitige und richtige Antragstellung trifft jedes einzelne 40 Aufsichtsratsmitglied. Dies gilt auch dann, wenn der Aufsichtsrat in seiner Gesamtheit einen Beschluss fasst, der die Antragstellung ablehnt (**Majorisierung**). Die Ausführungen zum Vorstand der Aktiengesellschaft (→ Rn. 13) gelten hier entsprechend.

5. Führungslosigkeit. § 35 Abs. 1 S. 2 GmbHG, § 78 Abs. 1 S. 2 AktG, § 24 Abs. 1 S. 2 GenG 41 und § 10 Abs. 2 S. 2 enthalten jeweils sinngleiche Legaldefinitionen der Führungslosigkeit. Diese liegt danach dann vor, wenn eine GmbH keinen Geschäftsführer und eine AG oder Genossenschaft keinen Vorstand „hat“. **Führungslos** ist die Gesellschaft daher nur dann, wenn der organische Vertreter tatsächlich oder rechtlich nicht mehr existiert (OLG Hamburg NJW 2009, 304), etwa wenn sämtliche Geschäftsführer oder alle Vorstandmitglieder ihre Ämter niedergelegt haben oder der Vertretungsberechtigte verstorben ist (Römermann NZI 2008, 641 (645)).

Ob der Geschäftsführer oder Vorstand sein Amt tatsächlich wahrnimmt, ist hingegen ohne Belang. 42 Die Gesellschaft ist also auch dann **nicht führungslos**, wenn der Geschäftsführer einer GmbH unbekannten Aufenthalts ist (OLG Hamburg NJW 2009, 304; BT-Drs. 16/6140, 55) oder sich schlicht nicht mehr um die Belange der Gesellschaft kümmert (Bittmann NStZ 2009, 113 (115); Weyand ZInsO 2010, 359 (361)); eine konkutive Amtsniederlegung ist in seinem Verschwinden oder seiner Handlungswilligkeit nicht zu sehen (Römermann NZI 2008, 641 (645); aA *Gehrlein* BB 2008, 846 (848)). In diesen Fällen sind die Gesellschafter oder Aufsichtsräte schon nicht berechtigt und erst recht nicht verpflichtet, Insolvenzantrag zu stellen; s. § 15 Abs. 1 S. 2. Ein gleichwohl von ihnen gestellter Antrag ist unzulässig (OLG Hamburg NJW 2009, 304; Bittmann NStZ 2009, 113 (115)).

6. Kenntnis von Krise und Führungslosigkeit. Im Unterschied zu den Mitgliedern der Vertretungsorgane sind die Gesellschafter und Aufsichtsratsmitglieder gem. § 15a Abs. 3 nur dann zur Insolvenzanmeldung verpflichtet, wenn sie **positive Kenntnis** von der Insolvenzreife und der Führungslosigkeit der Gesellschaft haben. Kennenmüssen genügt nicht (Bittmann NStZ 2009, 113 (115); Roth/Altmeppen/Altmeppen GmbHG Vor § 64 Rn. 63; dazu krit. Weyand ZInsO 2010, 359 (362 f.)). Die Strafdrohung für fahrlässige Verletzungen der Insolvenzantragspflicht in § 15a Abs. 5 läuft daher für diesen Personenkreis weitgehend leer: Kennt der Gesellschafter oder Aufsichtsrat die Insolvenzreife oder Führungslosigkeit nicht, ist er zivilrechtlich nicht zur Insolvenzantragstellung verpflichtet, weshalb er für eine aus fahrlässiger Unkenntnis resultierende Unterlassung auch nicht bestraft werden kann. Denkbar, aber praktisch bedeutungslos, ist daher nur der Fall, dass ein Gesellschafter oder Aufsichtsrat trotz Kenntnis von Führungslosigkeit und Insolvenzreife der Gesellschaft die Antragstellung schlicht vergisst.

VI. Ausscheiden aus dem Amt

Scheidet ein Mitglied eines Vertretungsorgans **vor Beginn des Fristlaufs** für die Insolvenzantragstellung, sei es freiwillig oder zwangsweise, wirksam aus dem Amt, ist es zur Antragstellung weder verpflichtet noch berechtigt. Es kann sich daher auch nicht gem. § 15a Abs. 4 strafbar machen (BGH BeckRS 1980, 31107301, in BGH MDR 1981, 100 nur teilweise abgedruckt). Umgekehrt beseitigt hingegen ein Ausscheiden **nach Ablauf der Antragsfrist** die Strafbarkeit nicht, da die Tat dann im Zeitpunkt des Ausscheidens bereits vollendet war.

Scheidet der Geschäftsführer, Vorstand etc **nach Fristbeginn, aber vor Fristablauf** aus dem Amt, 45 ist zu differenzieren (so auch Scholz/Tiedemann/Rönnau GmbHG § 84 Rn. 38 f.): Hat er während seiner Amtszeit die Antragstellung bei bereits laufender Drei-Wochen-Frist schulhaft verzögert, war die Insolvenzverschleppung bereits vor seinem Ausscheiden vollendet; er bleibt damit strafbar. Ist dem Ausscheidenden hingegen kein schulhaftes Zögern vorzuwerfen, bleibt es auch dann bei seiner Straflosigkeit, wenn er weder selbst den Antrag stellt, noch auf eine rechtzeitige Antragstellung durch seinen Nachfolger hinwirkt (aA die ältere Rspr., die eine dieser beiden Handlungsweisen verlangt; s. BGHSt 2, 53 (54)). Dies schon deshalb, weil seine gesetzliche Pflichtenstellung mit der – zivilrechtlich auch in dieser Situation möglichen und wirksamen (s. BGHZ 121, 257; BayObLG MDR 1994, 356) – Amtsniederlegung und erst recht mit dem unfreiwilligen Amtsverlust erlischt und auch nicht wegen Ingerenz perpetuiert wird. Im Hinblick auf eine Verpflichtung zum Einwirken auf den Nachfolger bliebe im Übrigen auch unklar, wie ihr iE genügt werden sollte (Uhlenbrück GmbHHR 1972, 170 (172)). Eine