

§§ 329-410, WpÜG

6. Auflage 2024
ISBN 978-3-406-77216-0
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Der Täter muss die Angaben **machen**, dh sie müssen Gegenstand von Äußerungen gegenüber dem Registergericht sein; die Angaben können hierbei mündlich oder schriftlich gemacht werden, eine besondere Form ist nicht erforderlich.¹³⁵ Für die Beurteilung der Richtigkeit einer Angabe ist der **Zeitpunkt des Eingangs** der Anmeldung **beim Registergericht** maßgebend.¹³⁶ Wenn die Angabe zu dieser Zeit mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmt, ist sie falsch. Das trifft auch dann zu, wenn bei der Eintragung einer Aktiengesellschaft eine Nachmeldung erforderlich wird. Denn das Registergericht muss zum Zeitpunkt seiner Entscheidung möglichst umfassend über die Gesellschaft informiert sein. Ist das bei der ursprünglichen Anmeldung eingezahlte Grundkapital inzwischen verwendet worden, müssen auch über die seitdem vorgenommenen Verwendungen Angaben gemacht werden.¹³⁷

Das Gesetz stellt den falschen Angaben das **Verschweigen erheblicher Umstände** gleich. Damit wird etwas Selbstverständliches gesagt. Erheblich können Umstände nur sein, wenn sie im Rahmen einer Aussage verschwiegen werden, weil sie sich nach den Tathandlungen des § 399 Abs. 1 Nr. 1 auf ganz bestimmte Inhalte der Äußerungen des Täters beziehen müssen; sie müssen für den Inhalt der Äußerung und den dadurch hervorgerufenen Eindruck mindestens mitursächlich sein.¹³⁸ Diese Äußerung wird insgesamt falsch, wenn nur die Offenbarung des erheblichen Umstandes den wahren Gehalt der Angabe erkennbar macht. Der Gesetzgeber hat deshalb im Rahmen der Beratungen zur GmbH-Novelle vom 4.7.1980 (BGBl. 1980 I 836) in § 82 GmbHG ausdrücklich davon abgesehen, dort die gleiche Regelung wie in § 399 zu treffen und hat sich auf den Begriff der falschen Angabe beschränkt.¹³⁹

Maßgeblich für die Frage, wann ein Umstand erheblich ist, ist deshalb seine Bedeutung für die **Gesamtwirkung** der Aussage oder der insgesamt gemachten Angaben. Weitergehend hält es Steinmetz in Sonderfällen für möglich, dass die Nichtangabe eines Umstandes ohne Auswirkung auf die Gesamtwirkung der Aussage ein erhebliches Verschweigen sein kann.¹⁴⁰ Für die Gesamtwirkung der Aussage ist der Standpunkt des interessierten Publikums maßgebend.¹⁴¹ Erheblich sind danach Umstände, deren Angabe das Gesetz vorschreibt oder deren Kenntnis für die Entschließung des Gerichts oder eines interessierten Beteiligten sonst von Bedeutung sein können.¹⁴²

Wird der erhebliche Umstand verschwiegen, so wird eine unvollständige und insgesamt eine falsche Angabe gemacht.¹⁴³ Werden unerhebliche Angaben verschwiegen, so ist das für die Frage der Unrichtigkeit der Angabe ohne Bedeutung. Mit dem Verschweigen erheblicher Umstände bei der Anmeldung macht der Täter deshalb in der Regel konkludent eine falsche Angabe.

Ob daneben auch falsche Angaben durch **Unterlassen** gemacht werden können, richtet sich danach, ob der Täter nach § 13 StGB eine Garantenstellung hat. § 13 StGB erfasst auch reine Tätigkeitsdelikte.¹⁴⁴ Das kann zB in Betracht kommen, wenn der zunächst gutgläubige Täter erst nach der Anmeldung bemerkt, dass seine Angaben unvollständig oder sonst falsch sind. In diesem Fall ist der Täter durch sein vorangegangenes pflichtwidriges

¹³⁵ BeckOGK/Hefendehl Rn. 71.

¹³⁶ RGSt 43, 323; BGH wistra 2005, 68; GroßkommAktG/Otto Rn. 40; Kölner Komm AktG/Altenhain Rn. 53; BeckOGK/Hefendehl Rn. 77; K. Schmidt/Lutter/Oetker Rn. 10.

¹³⁷ BGH NStZ 1993, 442; GroßkommAktG/Otto Rn. 40; BeckOGK/Hefendehl Rn. 183.

¹³⁸ BGHSt 30, 285 (289) = NJW 1982, 775 (776).

¹³⁹ Bericht RA, BT-Drs. 8/3908, 77.

¹⁴⁰ Steinmetz, Die verschleierte Sacheinlage im Aktienrecht aus zivil- und strafrechtlicher Sicht, 1990, S. 137.

¹⁴¹ RGSt 40, 285 (287).

¹⁴² Vgl. auch BGHSt 30, 285 = NJW 1982, 775; GroßkommAktG/Otto Rn. 45; Kölner Komm AktG/Altenhain Rn. 58; Hensler/Strohn/Raum Rn. 3; BeckOGK/Hefendehl Rn. 91; K. Schmidt/Lutter/Oetker Rn. 10.

¹⁴³ Ebenso GroßkommAktG/Otto Rn. 41; K. Schmidt/Lutter/Oetker Rn. 10.

¹⁴⁴ Schönke/Schröder/Stree StGB § 13 Rn. 3; Fischer StGB § 13 Rn. 3; Lackner/Kühl/Heger/Heger StGB § 13 Rn. 6; aA LK-StGB/Weigend StGB § 13 Rn. 13.

Tun bei der Antragstellung und durch seine sich aus § 36 Abs. 2 ergebende Verpflichtung, die eingebrachte Bar- und Sacheinlage nicht während des Eintragungsverfahrens zu verwenden (→ § 36 Rn. 79 ff.), gehalten, seine unrichtigen Angaben zu berichtigen.¹⁴⁵

- 63 b) Zweck der Eintragung.** Dieses Tatbestandsmerkmal dient dazu, die Tathandlungen des Gründungsschwindels nach Abs. 1 Nr. 1 auf die falschen oder unvollständigen Angaben einzuschränken, die zum Zweck der Eintragung der Errichtung einer Aktiengesellschaft oder deren sog. Nachgründung gem. § 52 Abs. 1 S. 1 (→ § 52 Rn. 38 ff.) in das Handelsregister gemacht werden. Das setzt voraus, dass die Gründer der Gesellschaft die Satzung nach § 23 festgestellt und sie mit der Übernahme der Aktien nach § 29 errichtet haben. Ob dies rechtswirksam geschehen ist, ist für die Strafbarkeit aus § 399 ohne Bedeutung.¹⁴⁶ Zu einer Eintragung im Handelsregister, also dem erstrebten Erfolg, braucht es nicht gekommen zu sein.¹⁴⁷
- 64** Zum Zweck der Eintragung handelt der Täter, wenn sein **Tun objektiv geeignet**¹⁴⁸ ist, die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister zu bewirken und wenn er **subjektiv die Absicht**¹⁴⁹ hat, mit den Angaben die Eintragung zu erreichen. Geeignet sind alle Angaben, die nach § 37 zur Anmeldung der Gesellschaft in das Handelsregister bei dem Gericht gemacht werden müssen, die also für die Eintragung von Bedeutung sind.
- 65** Dazu gehören allerdings nicht nur die Angaben, die § 37 verlangt. Auch darüberhinausgehende, **freiwillige Angaben**, die aber als Grundlage für die Eintragung erheblich sein können, sind geeignet, die Eintragung zu fördern und deshalb für sie wesentlich. Das ist in der Rspr. anerkannt (vgl. Nachweise → Rn. 53) und wird im Schrifttum weitgehend gebilligt.¹⁵⁰ Das Erfordernis der Geeignetheit der Angaben für die Eintragung schränkt den Begriff der Angaben iSd § 399 ein und zeigt gleichzeitig auf, wann die damit beschriebene Tathandlung vollendet ist.
- 66** Kommen nur Angaben in Betracht, die geeignet sind, die Eintragung zu bewirken, gehört zur **Vollendung** der Tat, dass sie gegenüber dem Gericht und nicht gegenüber anderen Personen gemacht werden (iE → Rn. 238 ff.).
- 67 4. Gegenstand der falschen Angaben.** Die falschen oder durch Verschweigen erheblicher Umstände unvollständigen Angaben müssen sich auf bestimmte Gründungsvorgänge beziehen. Die Strafvorschrift des § 399 Abs. 1 Nr. 1 nennt dabei folgende Gründungsvorgänge, denen eine besondere Bedeutung für die Vertrauenswürdigkeit einer neu gegründeten Aktiengesellschaft im Wirtschaftsleben zukommt:
- 68 a) Übernahme der Aktien.** Die Übernahme der Aktien erfolgt durch die Gründer der Gesellschaft. Dieser Vorgang ist für die Errichtung der Gesellschaft nach § 29 entscheidend. Er setzt eine Willenserklärung durch den einzelnen Gründer voraus. Der Übernahmeprozess muss in derselben Urkunde, wie die Feststellung der Satzung beurkundet werden (§ 23 Abs. 2). Diese notarielle Urkunde über die Übernahme der Aktien muss nach § 37 Abs. 4 Nr. 1 der Anmeldung beigelegt werden. In ihr sind die Gründer, der Nennbetrag, bei Stückaktien die Zahl, sowie der Ausgabebetrag und ggf. die Gattung der Aktien anzuge-

¹⁴⁵ Steinmetz, Die verschleierte Sacheinlage im Aktienrecht aus zivil- und strafrechtlicher Sicht, 1990, S. 142; Kölner Komm AktG/Altenhain Rn. 61 f.; Hensler/Strohn/Raum Rn. 7; MüKoStGB/Weiß Rn. 55; Scholz/Tiedemann/Rönnau GmbHG § 82 Rn. 119; Noack/Servatius/Haas/Beurskens GmbHG § 82 Rn. 24; ähnlich Peter, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Kollegialorganmitgliedern der AG und der GmbH für das Nichteinschreiten bei Gründungsschwindelhandlungen anderer Kollegialorganmitglieder, 1990, S. 24 f.

¹⁴⁶ Vgl. RGSt 43, 407 (414).

¹⁴⁷ RGSt 37, 25 (27).

¹⁴⁸ GroßkommAktG/Otto Rn. 45, 47; BeckOGK/Hefendehl Rn. 97; Kölner Komm AktG/Altenhain Rn. 63 f.

¹⁴⁹ So auch K. Schmidt/Lutter/Oetker Rn. 11.

¹⁵⁰ GroßkommAktG/Otto Rn. 47; Kölner Komm AktG/Altenhain Rn. 65; Graf/Jäger/Wittig/Temming Rn. 13; Scholz/Tiedemann/Rönnau GmbHG § 82 Rn. 65; Hachenburg/Kohlmann GmbHG § 82 Rn. 73.

ben, die jeder Gründer übernimmt. Auch muss aus ihr hervorgehen, dass die Gründer alle Aktien übernommen haben (→ § 23 Rn. 55).

Die Angaben über die form- und sachgerechte Errichtung der Gesellschaft haben **69** besondere **Bedeutung**, weil das Registergericht nach § 38 Abs. 1 auch die Ordnungsmäßigkeit der Errichtung der Gesellschaft in sachlich-rechtlicher Hinsicht zu überprüfen hat (→ § 38 Rn. 17 ff.). Die Richtigkeit und Vollständigkeit dieser Angaben sollen durch § 399 Abs. 1 Nr. 1 gewährleistet und strafrechtlich geschützt werden.

Falsch oder unvollständig sind zB Angaben, in denen der Nennbetrag oder die **70** Gattung der von den einzelnen Gründern übernommenen Aktien nicht richtig mitgeteilt oder in denen über die Identität des Gründers getäuscht wird. Dagegen ist die Anführung eines „Strohmannes“ als Gründer keine falsche Angabe, wenn dabei der eigentliche Geldgeber verschwiegen wird.¹⁵¹ Der Normzweck (→ Rn. 3 ff.) wird dadurch nicht berührt. Denn für die interessierte Öffentlichkeit kommt es lediglich darauf an, dass die in der notariellen Urkunde genannte Person die dort angeführten Aktien übernommen hat. Maßgeblich ist deshalb nur, ob es sich dabei um einen Gründer iSd § 28 handelt.

b) Einzahlung auf Aktien. Bei der Gründung der Aktiengesellschaft haben die Grün- **71** der (als erste Aktionäre) für die Übernahme der Aktien Einlagen in die Gesellschaft zu leisten (entweder als Bareinlage oder als Sacheinlage bzw. Sachübernahme). Da der Gründungsschwindel nach § 399 Abs. 1 Nr. 1 die Angaben über Sacheinlagen und Sachübernahmen gesondert anführt und diese in der Regel auf die Gesellschaft auf andere Weise als durch Einzahlung übertragen werden, betrifft diese Tatvariante nur die **Bareinlagen**.¹⁵²

Bei der Anmeldung der Gesellschaft ist nach § 37 Abs. 1 zu erklären, dass die Vorausset- **72** zungen des § 36 Abs. 2 und des § 36a erfüllt sind. Bei Bareinlagen gehört dazu die **Erklärung**, dass der nach § 36 Abs. 2 eingeforderte Betrag ordnungsgemäß eingezahlt worden ist und dass dieser Betrag, sofern er nicht zur Bezahlung der bei der Gründung angefallenen Steuern und Gebühren verwendet worden ist, endgültig zur freien Verfügung des Vorstandes steht (→ § 37 Rn. 16 f.).

Eine ordnungsgemäße **Einzahlung** liegt nur vor, wenn dabei die zwingende Vorschrift **73** des § 54 Abs. 3 eingehalten worden ist (→ § 54 Rn. 44 ff.); die Regelung des § 54 Abs. 3 enthält eine abschließende Aufzählung und schließt jede andere Art der Erfüllung aus.¹⁵³

Zur freien Verfügung des Vorstandes steht die Bareinlage, wenn dieser rechtlich oder **74** tatsächlich nicht gehindert ist, über den eingezahlten Betrag zu verfügen (→ § 36 Rn. 48; → § 54 Rn. 69 f.).¹⁵⁴ Der Vorstand muss durch die Einzahlung der Bareinlage in die Lage versetzt werden, diese ohne weiteres für die wirtschaftlichen Zwecke der Gesellschaft einzusetzen; und der Vorstand darf bei der Verwendung der eingezahlten Beträge nicht beschränkt sein. Mit diesem Erfordernis sollen Scheinzahlungen verhindert werden.¹⁵⁵

Bei der Frage, ob der eingezahlte Betrag zur freien Verfügung des Vorstandes steht, **75** geht es jedoch nicht darum, ob eine falsche Angabe über die Einzahlung der Bareinlage gemacht wird, sondern um die ebenfalls nach § 37 Abs. 1 erforderliche Angabe, in welcher Weise der eingezahlte Betrag **für die Verwendung** durch den Vorstand **bereit** steht. Die damit zusammenhängenden Probleme sind deshalb bei der Angabe über die freie Verwendung des eingezahlten Betrages zu behandeln (→ Rn. 81 ff.).

Die Angaben über die Einzahlung sind **falsch oder unvollständig**, wenn die Einzah- **76** lung behauptet wird, obwohl sie nicht, nicht in dem angegebenen Umfang oder in der angegebenen Art stattgefunden hat.¹⁵⁶ Falsch ist zB die Bezeichnung einer Einzahlung als Barzahlung, obwohl die Einlageforderung der Gesellschaft mit einer Forderung des Aktio-

¹⁵¹ Vgl. BeckOGK/Hefendehl Rn. 148 mwN.

¹⁵² Ebenso BeckOGK/Hefendehl Rn. 149.

¹⁵³ BGHZ 119, 177 (188) = NJW 1992, 3300 (3303); BeckOGK/Hefendehl Rn. 154.

¹⁵⁴ Eingehend Henze ZHR 154 (1990), 105 (116 ff.) mwN.

¹⁵⁵ Steinmetz, Die verschleierte Sacheinlage im Aktienrecht aus zivil- und strafrechtlicher Sicht, 1990, S. 22, 28.

¹⁵⁶ BeckOGK/Hefendehl Rn. 150.

närs gegen die Aktiengesellschaft verrechnet oder von ihm sonst aufgerechnet wird.¹⁵⁷ Falsch ist auch die Behauptung der Einzahlung bei reinen Scheinzahlungen, bei denen die im Voraus abgesprochene Rückzahlung keinen außerhalb dieser Abrede liegenden Rechtsgrund hat oder die angebliche Bareinlage der Gesellschaft nur vorübergehend (in Form von Zahlungsmitteln oder Buchgeld) mit der Maßgabe zur Verfügung gestellt wird, dass sie umgehend zur Bezahlung einer Forderung des Gesellschafters an diesen zurückfließt, es sich also nur um „Vorzeigegeld“¹⁵⁸ handelt.¹⁵⁹ Es darf deshalb nicht zu einem bloßen „Hin- und Herzahlen“ gem. § 27 Abs. 4 S. 1 kommen. Dies ist der Fall, „wenn vor der Einlage eine Leistung an den Aktionär vereinbart worden ist, die wirtschaftlich einer Rückzahlung der Einlage entspricht und die nicht als eine verdeckte Sacheinlage im Sinne von Absatz 3 zu beurteilen ist“ (→ § 27 Rn. 210 ff.). Zur Abgrenzung zur verdeckten Sacheinlage → § 27 Rn. 225; speziell zur Abgrenzung beim Cash Pool → § 27 Rn. 151 ff.¹⁶⁰ Bei einer innerhalb weniger Tage erfolgenden Hin- und Herüberweisung des Einlagebetrags wird die Einlageschuld regelmäßig nicht getilgt, weil nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Einlagebetrag endgültig zur freien Verfügung gestanden habe.¹⁶¹ Ebenso, wenn die Gesellschaft dem Inserenten die Einlage im Wege des Darlehens vorstreckt oder für dessen Kredit mithaftet¹⁶² oder die Einlage aus dem Vermögen der Gesellschaft stammt.¹⁶³ Ferner wenn der Anmeldende eine Einzahlung behauptet, obwohl die Einlage an einen Dritten gezahlt worden ist¹⁶⁴ oder wenn der Einzahlungsbetrag von der Emissionsbank im Auftrag der Gesellschaft für die Aktionäre bei einer Kapitalerhöhung für die Finanzierung des Bezugsrechts verwendet wird.¹⁶⁵ Unrichtig ist die Angabe auch, wenn eine nicht den Nennbetrag oder den höheren Ausgabebetrag (Agio) erreichende Einzahlung als Volleinzahlung bezeichnet wird.

77 Das Gesetz will **jede Falschangabe** erfassen, selbst wenn sie für die Eintragung nicht erforderlich ist.¹⁶⁶ Dieser Auslegung des Gesetzes steht nicht entgegen, dass der Gründungsschwindel nur die Angaben erfasst, die zum Zweck der Eintragung gemacht werden. Für die damit verbundene Einschränkung des Tatbestandes ist nur maßgeblich, ob die Angabe objektiv geeignet ist, die Eintragung zu bewirken (→ Rn. 64). Das können auch Angaben sein, die zwar für die Eintragung erheblich sind, aber vom Gesetz nicht verlangt werden, sondern von dem Vorstand bei der Anmeldung freiwillig gemacht werden, um die Eintragung zu fördern. Der Gründungsschwindel schützt das Vertrauen in die Handelsregistereinträge und seine Grundlagen (→ Rn. 4). Dazu gehören auch Angaben, die über die Anforderungen des Gesetzes hinausgehen, aber dennoch bei der Anmeldung aus bestimmten Beweggründen gemacht werden.

78 Falsche Angaben über die Einzahlungen werden ferner gemacht, wenn in dem Eintragungsantrag eine Einzahlung ohne nähere Erläuterung behauptet wird, obwohl dabei die Voraussetzungen des § 54 Abs. 3 nicht eingehalten worden sind. So zB, wenn die Einzahlung durch die Hingabe von Wechseln sowie durch Hypothekenabtretung¹⁶⁷ oder durch die Verrechnung der Schuld eines Aktionärs mit Leistungen eines anderen bewirkt werden.

¹⁵⁷ RGSt 53, 149; RGZ 94, 61; 159, 211 (221); BGH AG 1986, 76 (78).

¹⁵⁸ BGHZ 15, 66 (69) = NJW 1954, 1844 (1845); BGH BeckRS 2001, 30179745; NJW 2005, 3721 (3722).

¹⁵⁹ Vgl. RGSt 53, 149 (150); BGHZ 113, 335 (347) = NJW 1991, 1754 (1757); BGH BeckRS 1974, 31122822; OLG Koblenz BeckRS 1989, 30943128; MüKoStGB/Weiß Rn. 13.

¹⁶⁰ BeckOGK/Hefendehl Rn. 176 ff. auch mN der Rspr.

¹⁶¹ BGH NJW 2001, 3781; BGHZ 180, 38 (46) = NJW 2009, 2375 (2377); BGHZ 182, 103 (111) = NJW 2009, 3091(3092); MüKoStGB/Weiß Rn. 15.

¹⁶² RG JW 1938, 3297 (3298); Steinmetz, Die verschleierte Sacheinlage im Aktienrecht aus zivil- und strafrechtlicher Sicht, 1990, S. 28; Bürgers/Körper/Lieder/Pelz Rn. 9.

¹⁶³ BGHZ 28, 77 = NJW 1958, 1351; BGHZ 122, 180 (184) = NJW 1993, 1983 (1984) für Kapitalerhöhung.

¹⁶⁴ RGZ 144, 138 (151); BGH NJW 1986, 989; OLG Hamburg GmbHR 1982, 157 (158); BeckOGK/Hefendehl Rn. 150.

¹⁶⁵ BGHZ 122, 180 = NJW 1993, 1983.

¹⁶⁶ RGSt 43, 323 (325); BGH NJW 1955, 678 (679) – insoweit in BGHSt 7, 157 nicht abgedruckt.

¹⁶⁷ RGSt 36, 185 (187); BeckOGK/Hefendehl Rn. 150.

Umstritten war, ob auch die Angabe falsch ist, eine Bareinlage gemacht zu haben, wenn in Wahrheit eine **verdeckte** (oder verschleierte) **Sacheinlage** (→ § 27 Rn. 91 f.) geleistet worden ist. Die durch das ARUG eingeführte Legaldefinition des § 27 Abs. 3 S. 1 lautet: „Ist eine Geldeinlage eines Aktionärs bei wirtschaftlicher Betrachtung und aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Geldeinlage getroffenen Abrede vollständig oder teilweise als Sacheinlage zu bewerten (verdeckte Sacheinlage), so befreit dies den Aktionär nicht von seiner Einlageverpflichtung.“ Sie wird allerdings allg. als misslungen angesehen (→ § 27 Rn. 91). Der BGH geht deshalb weiterhin davon aus, dass eine verdeckte Sacheinlage dann vorliegt, „wenn die gesetzlichen Regeln für Sacheinlagen dadurch unterlaufen werden, dass zwar eine Bareinlage beschlossen/verlautbart wird, die Gesellschaft aber bei wirtschaftlicher Betrachtung von dem Einleger aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Einlage getroffenen Verwendungsabrede einen Sachwert erhalten soll“. ¹⁶⁸ In den Fällen einer verdeckten Sacheinlage gem. § 27 Abs. 3 S. 1 wird die Bareinlagepflicht nur scheinbar erfüllt; die verlautbarte Bareinlage, die in Wirklichkeit gar nicht geleistet wurde, steht auch nicht zur endgültigen freien Verfügung des Vorstands. Bei verdeckten Sacheinlagen handelt es sich nach nun hM um einen (Haupt-)Anwendungsfall des § 399 Abs. 1 Nr. 1. ¹⁶⁹

Die Bedenken, die gegen die Anwendung des § 399 Abs. 1 Nr. im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot vorgetragen worden sind, ¹⁷⁰ sind im Hinblick auf die nun vorhandene Legaldefinition (auch wenn sie eine Vermutung enthält) und die gefestigte Rspr. nicht durchgreifend. ¹⁷¹ **80**

c) Verwendung eingezahlter Beträge. Nach § 36 Abs. 2 und nach § 54 Abs. 3 müssen die eingezahlten Beträge endgültig zur freien Verfügung des Vorstandes stehen, sofern sie nicht bereits zur Bezahlung der bei der Gründung angefallenen Steuern und Gebühren verwendet wurden. Dies ist von dem Vorstand bei der Anmeldung nach § 37 Abs. 1 S. 2 darzulegen und **nachzuweisen**. Das bedeutet, dass dieser nicht nur Angaben darüber zu machen und iE nachzuweisen hat, in welcher Höhe und Art er von den eingezahlten Beträgen Steuern und Gebühren bezahlt hat (→ § 37 Rn. 25), sondern dass er erklären muss, in welchem Umfang und in welcher Art ¹⁷² das **Einlagekapital noch vorhanden** ist, über das er frei verfügen kann. Er muss also erklären, welche Mittel er ohne weiteres zum Zeitpunkt der Anmeldung für die wirtschaftlichen Zwecke der Gesellschaft einsetzen kann, ohne dass er durch bestimmte Abreden ¹⁷³ über die Verwendung der eingezahlten Beträge gebunden ist, die dazu führen, dass das Einlagekapital der Gesellschaft nur vorübergehend zur Verfügung steht (vgl. Nachweise → Rn. 71 ff.). **81**

Der Straftatbestand des Gründungsschwindels will verhindern, dass über die anderweitige Verwendung der eingezahlten Beträge falsche Angaben gemacht werden, um damit das Gebot der realen Kapitalaufbringung sicherzustellen. Die **Rspr.** hat eine freie Verfügbarkeit über das Einlagekapital verneint, wenn es mit einer Rückforderung oder anderen schuldrechtlichen Verpflichtungen belastet ist und der Vorstand zudem faktisch nicht über den Betrag verfügen kann, ¹⁷⁴ wenn alsbaldige Rückzahlung vereinbart ist, ¹⁷⁵ wenn die Ansprüche aus einem Kontoguthaben zur Sicherung einer Darlehensforderung verpfändet worden sind, ¹⁷⁶ wenn der Vorstand bei einer Nachmeldung verschweigt, dass er nach der ursprünglichen Anmeldung erhebliche Verfügungen über das Grundkapital vorgenommen hat, ¹⁷⁷ aber **82**

¹⁶⁸ BGHZ 185, 44 = NJW 2010, 1948 (1949) mwN.

¹⁶⁹ BeckOGK/Hefendehl Rn. 155; MüKoStGB/Weiß Rn. 62; NK-WSS/Krause Rn. 14.

¹⁷⁰ LG Koblenz ZIP 1991, 1284 (1287); Tiedemann FS Lackner, 1987, 737 (748 f.); GroßkommAktG/Otto Rn. 67.

¹⁷¹ Ausf. und diff. Auseinandersetzung zB bei BeckOGK/Hefendehl Rn. 158 ff.

¹⁷² Vgl. BGHZ 119, 177 (188) = NJW 1992, 3300 (3301); BeckOGK/Hefendehl Rn. 182.

¹⁷³ Vgl. Koch § 36 Rn. 9; aA BeckOGK/Hefendehl Rn. 183.

¹⁷⁴ RGZ 157, 213 (225).

¹⁷⁵ RG JW 1915, 356.

¹⁷⁶ BGH GA 1977, 340 (341).

¹⁷⁷ BGH NSz 1993, 442.

auch dann, wenn die Gesellschaft hinsichtlich der Verwendung der Mittel gegenüber dem Einleger in einer Weise gebunden ist, dass in Wirklichkeit eine Sacheinlage vorliegt.¹⁷⁸ So wenn der Tilgungsbetrag mit dem für die Aktien einzuzahlenden Betrag verrechnet wird,¹⁷⁹ die Gesellschaft eine schon erbrachte Barzahlung abredegemäß zur Tilgung verwendet oder wenn sie die Darlehensforderung zunächst tilgt und der Darlehensgläubiger alsdann seine Bareinlageschuld begleicht.¹⁸⁰ Dabei macht es keinen Unterschied, dass der Darlehensgläubiger mit dem Zeichner der Einlage nicht identisch ist; es reicht aus, wenn es sich bei dem Gläubiger um eine dem Zeichner nahe stehende Person handelt.¹⁸¹ An einer freien Verfügbarkeit fehlt es ferner, wenn die eingezahlten Beträge zurzeit der Abgabe der Versicherung bei der Anmeldung nicht mehr vorhanden sind. Dass sie früher einmal dem Vorstand zur Verfügung gestanden haben, reicht nicht aus.¹⁸²

83 Aus Wortlaut und Systematik der § 36 Abs. 2, § 37 Abs. 1 ist früher der Schluss gezogen worden, dass der Vorstand über das Grundkapital zurzeit der Anmeldung frei verfügen können muss. Nach Aufgabe des Vorbelastungsverbotes¹⁸³ entspricht es jetzt der hM im Zivilrecht, dass der Vorstand unter dem Vorbehalt **wertgleicher Deckung** schon vor der Eintragung der Gesellschaft mit den Bareinlagen arbeiten darf, sodass zum Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft die Bareinlagen nur noch wertmäßig vorhanden sein müssen (→ § 36 Rn. 79 ff.).¹⁸⁴ Diese Auffassung ist auch für die strafrechtliche Beurteilung zu Grunde zu legen.¹⁸⁵

84 Fraglich ist, ob bei Anmeldung der Gesellschaft die Verwendung der Bareinlage gegenüber dem Registergericht **offengelegt** werden muss. Das wird von Otto¹⁸⁶ verneint, wenn die Verwendung der eingezahlten Beträge nicht zu einer Wertminderung geführt hat, weil dies keine gefährliche Mittelverwendung darstelle. Dem ist nicht zu folgen. Der Vorstand ist gehalten, bei der Anmeldung zu erklären, dass der eingeforderte und eingezahlte Betrag wertmäßig zu seiner freien Verfügung steht. Dabei hat der Vorstand iE unter Vorlage der entsprechenden Unterlagen darzulegen, für welche geschäftlichen Maßnahmen der Einlagebetrag verwendet worden ist (→ § 36 Rn. 80 f.).¹⁸⁷

85 **d) Ausgabebetrag der Aktien.** Mit dieser Tatvariante soll strafrechtlich sichergestellt werden, dass der **wahre Ausgabebetrag** der Aktien (Kurswert) im Handelsregister erkennbar wird. Denn nur dadurch kann festgestellt werden, wie hoch das Grundkapital ist, über das der Vorstand frei verfügen kann. Der Kurswert der Aktien hat nicht nur als Eintragungsvoraussetzung Bedeutung, sondern gibt auch Auskunft über die Bonität der Gründung.¹⁸⁸

86 Nach § 9 Abs. 1 dürfen Aktien nicht ausgegeben werden, deren Ausgabebetrag unter dem Nennwert liegt. Bei wahrer Angabe würde das eine Eintragung hindern. Es geht hierbei um das Verbot der **Unterpari-Emission** mit dem die volle Aufbringung des Gesellschaftskapitals sichergestellt werden soll (→ § 9 Rn. 4).¹⁸⁹ **Überpari-Emissionen** sind dagegen nach § 9 Abs. 2 zulässig. Das Verbot der Unterpari-Ausgabe von Aktien hat besondere Bedeutung bei der Bewertung von Sacheinlagen.¹⁹⁰ Bei der Anmeldung der Gesell-

¹⁷⁸ BGHZ 96, 231 (242) = NJW 1986, 837 (839 f.).

¹⁷⁹ Vgl. BGHZ 110, 47 (63) = NJW 1990, 982 (987).

¹⁸⁰ BGH NJW 1982, 2444 – insoweit in BGHZ 83, 319 nicht abgedruckt; BGHZ 118, 83 (93 f.) = NJW 1992, 2222 (2225).

¹⁸¹ BGHZ 96, 231 (240) = NJW 1986, 837 (840); BGHZ 110, 47 (66) = NJW 1990, 982 (986).

¹⁸² RG LZ 1916, 617.

¹⁸³ BGHZ 80, 129 = NJW 1981, 1373.

¹⁸⁴ BGHZ 105, 300 (303) = NJW 1989, 710 (710); BGHZ 119, 177 (187 f.) = NJW 1992, 3300 (3302); Koch § 36 Rn. 11; MüKoStGB/Weiß Rn. 18 jeweils mwN.

¹⁸⁵ Grds. ebenso GroßkommAktG/Otto Rn. 72; Scholz/Tiedemann/Rönnau GmbHG § 82 Rn. 87; BeckOGK/Hefendehl Rn. 185.

¹⁸⁶ GroßkommAktG/Otto Rn. 72.

¹⁸⁷ BGHZ 119, 177 (187 f.) = NJW 1992, 3300 (3303); vgl. auch Scholz/Tiedemann/Rönnau GmbHG § 82 Rn. 97 ff.

¹⁸⁸ Kölner Komm AktG/Altenhain Rn. 83; MüKoStGB/Weiß Rn. 21.

¹⁸⁹ BeckOGK/Hefendehl Rn. 190.

¹⁹⁰ BGHZ 68, 191 (195) = NJW 1977, 1196 (1196).

schaft nach § 37 Abs. 1 sind auch Angaben darüber zu machen, dass der Wert der Sacheinlage dem Nennbetrag oder bei einem höheren Ausgabebetrag dem entsprechenden Mehrbetrag entspricht (§ 36a Abs. 2 S. 3).

Falsche Angaben über den Kurswert der Aktien werden gemacht, wenn dieser nicht den Nennwert erreicht oder wenn er über diesem liegt, aber nicht mit dem wahren Ausgabewert übereinstimmt.¹⁹¹ Eine falsche Angabe wird auch gemacht, wenn der angegebene Kurswert den wirklichen Ausgabewert übersteigt.¹⁹² Jedoch wird in einem solchen Fall der Täter nicht zum Zweck der Eintragung handeln¹⁹³ (→ Rn. 63 ff.) und eine Tatbestandsverwirklichung daran scheitern.¹⁹⁴

e) Sondervorteile und Gründungsaufwand. Bei der Anmeldung der Gesellschaft sind nach § 37 Abs. 4 Nr. 2 alle Verträge beizufügen, die sich auf die Vorschriften der §§ 26, 27 für eine **qualifizierte Gründung** beziehen, sowie eine Berechnung des der Gesellschaft zur Last fallenden Aufwandes vorzulegen. Die dabei gemachten Angaben müssen richtig und vollständig sein und unterfallen ebenfalls § 399 Abs. 1 Nr. 1, weil sich der anmeldende Vorstand mit ihnen bei der Einreichung an das Registergericht identifiziert.¹⁹⁵ Die bei der Gründung eingeräumten Sondervorteile sowie die Behandlung des Gründungsaufwandes werden in § 26 geregelt.

Sondervorteile sind besondere Rechte, die einem oder mehreren Aktionären, aber auch Dritten gegen die Gesellschaft bei der Gründung gewährt werden. Ein entsprechender Anspruch muss den Gläubigern dieser Rechte in der Satzung eingeräumt werden (→ § 26 Rn. 17). Es geht dabei um Ansprüche gegen die Gesellschaft, die mit den mitgliedschaftlichen Vorrechten des § 11 nichts zu tun haben und die auch dann bestehen bleiben, wenn der Aktionär aus der Gesellschaft ausscheidet (→ § 26 Rn. 8).¹⁹⁶ Darunter fallen Vorrechte am Gewinn und am Abwicklungserlös, eine Umsatzprovision,¹⁹⁷ ein besonderes Warenbezugsrecht,¹⁹⁸ ein Wiederkaufsrecht an einer eingebrachten Sache,¹⁹⁹ Lizenzrechte,²⁰⁰ das Recht, an die Gesellschaft bestimmte Waren zu liefern oder das Recht, Anlagen der Gesellschaft zu benutzen (iE → § 26 Rn. 11 f.).²⁰¹

Als **Gründungsufwand** ist nach der Legaldefinition des § 26 Abs. 2 der Gesamtaufwand anzusehen, der zu Lasten der Gesellschaft an Aktionäre oder an andere Personen als Entschädigung oder als Belohnung für die Gründung oder ihre Vorbereitung gewährt wird (vgl. iE → § 26 Rn. 26 ff.). Auch er ist in der Satzung auszuweisen.

Falsche Angaben über Sondervorteile und den Gründungsaufwand können zu einer Täuschung über den wirklichen Wert des Grundkapitals der Gesellschaft führen. Sie liegen zB vor, wenn eine Gründungsvergütung für einen Aktionär verschleiert als überhöhte Sacheinlage ausgewiesen wird.²⁰² Unter diesen Tatbestand fallen auch falsche Angaben über Sondervorteile und den Gründungsaufwand, der bei einer Nachgründung entsteht.²⁰³ Eine Nachgründung wird nach § 52 Abs. 1 nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen wird. Die Anmeldung hat der Vorstand nach § 52 Abs. 6 vorzunehmen und dabei die entsprechenden Unterlagen vorzulegen. Macht er dabei falsche Angaben, handelt er zu dem Zweck, die Eintragung zu erreichen. Es ist in der Rspr. des BGH anerkannt, dass auch

¹⁹¹ Ähnlich BeckOGK/Hefendehl Rn. 191 f.

¹⁹² GroßkommAktG/Otto Rn. 76; Kölner Komm AktG/Altenhain Rn. 87.

¹⁹³ Ebenso Hensler/Strohn/Raum Rn. 7.

¹⁹⁴ BeckOGK/Hefendehl Rn. 192; Graf/Jäger/Wittig/Temming Rn. 17.

¹⁹⁵ Kölner Komm AktG/Altenhain Rn. 90.

¹⁹⁶ BeckOGK/Hefendehl Rn. 195.

¹⁹⁷ KG JW 1938, 2754.

¹⁹⁸ RG LZ 1908, 297.

¹⁹⁹ RGZ 81, 404 (409).

²⁰⁰ RGZ 113, 241 (244).

²⁰¹ Vgl. iE GroßkommAktG/Otto Rn. 78; Graf/Jäger/Wittig/Temming Rn. 18.

²⁰² RGSt 18, 105 (110 f.); GroßkommAktG/Otto Rn. 80.

²⁰³ BGHZ 110, 47 (52 ff.) = NJW 1990, 982 (987); Kölner Komm AktG/Altenhain Rn. 90; vgl. auch GroßkommAktG/Otto Rn. 83.

die Nachgründung unter die Schutzvorschriften fällt, die eine effektive Kapitalaufbringung sicherstellen sollen.²⁰⁴

92 f) Sacheinlagen und Sachübernahmen. Sacheinlagen und Sachübernahmen sind, ebenso wie Sondervorteile und der Gründungsaufwand, Gegenstände einer qualifizierten Gründung, bei der nach § 37 Abs. 4 Nr. 2 die entsprechenden Verträge bei der Anmeldung der Gesellschaft vorgelegt werden müssen (→ Rn. 88 ff.). Beide Begriffe werden in § 27 Abs. 1 legaldefiniert.

93 Unter **Sacheinlagen** fallen nach der Legaldefinition des § 27 Abs. 2 nur Vermögensgegenstände, deren wirtschaftlicher Wert feststellbar ist (→ § 27 Rn. 11 f. mwN). Das sind neben allen übertragbaren beweglichen und unbeweglichen Sachen Rechte jeder Art, wie Erfinder-, Urheber- und Lizenzrechte, Herstellungsverfahren, Beteiligungen an fremden Unternehmen, übertragbare Konzessionen, übertragbare Alleinverkaufsrechte, dingliche Rechte und Forderungen.²⁰⁵

94 Bei den **Sachübernahmen** gehen die Gründer einen schuldrechtlichen Vertrag (Kauf-, Tausch-, Miet- oder Werkvertrag) mit einem Dritten für die künftige Gesellschaft ein, dessen Gegenstand die Übernahme einer Anlage oder eines sonstigen Vermögensgegenstandes ist. Der Dritte kann seinerseits auch ein Gründer sein; er darf dafür aber keine Aktien als Entgelt erhalten.²⁰⁶

95 Der **Unterschied** zwischen Sacheinlage und Sachübernahme besteht darin, dass die Sacheinlageverpflichtung nur von einem Gründer, die Sachübernahmeverpflichtung auch von einem Dritten übernommen werden kann (→ § 27 Rn. 61, → § 27 Rn. 64). Sacheinlage und Sachübernahme müssen in der Satzung geregelt werden, wozu auch eine Festsetzung des Nennbetrages – bei Stückaktien die Zahl – der bei der Sacheinlage zu gewährenden Aktien und der zu gewährenden Vergütung für die Sachübernahme gehört (§ 27 Abs. 1).

96 Falsche Angaben über Sacheinlagen und Sachübernahmen können auch bei dieser Tatform zur Täuschung über die wahren Vermögenswerte der Gesellschaft führen. Sie sind in erster Linie falsch, wenn die in der Satzung oder in den Verträgen angegebene Bewertung der eingebrachten Vermögensgegenstände nicht zutrifft.²⁰⁷ So wird ein erheblicher Umstand verschwiegen, wenn ein Geschäft als Sacheinlage eingebracht wird, ohne anzugeben, dass ein großer Teil des Inventars vorher verkauft worden ist.²⁰⁸ Falsch ist auch eine Angabe, wenn Patentrechte eingebracht werden, die in schwindelhafter Weise überbewertet worden sind.²⁰⁹ Ferner wenn die Einzahlung einer Bareinlage bei der Anmeldung behauptet wird, obwohl in Wahrheit mit der Bank, bei der die Einlage eingezahlt worden ist, vereinbart wird, dass mit der Einlage ein Vorfinanzierungskredit zurückgezahlt wird. Eine solche Einlage ist in Wahrheit eine Sacheinlage.²¹⁰ Zur verdeckten Sacheinlage → Rn. 79 ff.

97 g) Versicherung nach § 37a Abs. 2. Diese Tatvariante wurde durch das ARUG vom 30.7.2009 (BGBl. 2009 I 2479) in das AktG eingefügt. Erfolgt nach § 33a eine Sachgründung ohne externe Gründungsprüfung, so sind bei der Anmeldung zunächst die von § 37a Abs. 1 geforderten Erklärungen abzugeben. Außerdem müssen die gem. § 36 Abs. 1 zur Anmeldung Verpflichteten nach § 37a Abs. 2 versichern, dass ihnen bestimmte Umstände, die den Wert der Einlagegegenstände beeinflussen könnten, nicht bekannt geworden sind. Bei einer Sachgründung nach § 33a Abs. 1 Nr. 1 ist zu versichern, dass den Anmeldenden keine außergewöhnlichen Umstände bekannt geworden sind, die den gewichteten Durchschnittspreis der einzubringenden Wertpapiere oder Geldmarktinstrumente während der letzten drei Monate vor dem Tag ihrer tatsächlichen Einbringung erheblich beeinflussen haben könnten. Vom Vorliegen außergewöhnlicher Umstände ist auszugehen, wenn Marktstörun-

²⁰⁴ BGHZ 110, 47 = NJW 1990, 982.

²⁰⁵ Vgl. auch GroßkommAktG/Otto Rn. 81; BeckOGK/Hefendehl Rn. 204.

²⁰⁶ BeckOGK/Hefendehl Rn. 209.

²⁰⁷ GroßkommAktG/Otto Rn. 81; BeckOGK/Hefendehl Rn. 198.

²⁰⁸ RGSt 40, 285 (287).

²⁰⁹ RGSt 49, 340 (341).

²¹⁰ BGHZ 96, 231 (241) = NJW 1986, 837 (840).