

Matthias Peukert

**Strafbare Untreue
zum Nachteil einer
in Deutschland
ansässigen *Limited***

Inhaltsübersicht

Literaturverzeichnis	XXIII
----------------------------	-------

Einführung

§ 1 Einleitung	3
I. Gegenstand und Gang der Untersuchung.....	5
II. Terminologische Vorfragen.....	8

Teil 1: Europa- und gesellschaftsrechtliche Grundlagen

§ 2 Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Niederlassungsfreiheit juristischer Personen.....	13
I. Bestimmung des Gesellschaftsstatuts.....	13
II. Die Niederlassungsfreiheit Art. 49, 54 AEUV (= Art. 43, 48 EG a.F.)	19
III. Konsequenzen für das Gesellschaftsrecht und das „MoMiG“	32
IV. Ergebnis zu § 2	42
§ 3 Die Limited auf Basis des Companies Act 2006.....	45
I. Grundzüge des englischen Gesellschaftsrechts.....	46
II. Grundzüge der Limited	50
III. Ergebnis zu § 3	77
§ 4 Die director's duties	79
I. Fiduciary duties.....	80
II. Duty to exercise reasonable care, skill and diligence – section 174 CA 2006.....	89
III. Die director's duties in der Insolvenz.....	92
IV. Ergebnis zu § 4	96

Teil 2: Die Limited und der Untreuetatbestand

§ 5 Kritische Bestandsaufnahme.....	101
I. Geltungsbereich des deutschen Strafrechts.....	102
II. Der Untreuetatbestand.....	107
III. Betrachtung der bisherigen Rechtsprechung zur „Limited-Untreue“.....	121
IV. Ergebnis zu § 5.....	132
§ 6 Die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht als zentrales Problem der Untersuchung.....	135
I. Vermögensträgerschaft der Limited.....	135
II. Die qualifizierte Vermögensbetreuungspflicht.....	136
III. Tathandlung: Die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht.....	140
IV. Ergebnis zu § 6.....	183

Teil 3: Die Fremdrechtsanwendung und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen

§ 7 Kritische Bestandsaufnahme zur Fremdrechtsanwendung im Strafrecht.....	187
I. Die Auffassungen von Rechtsprechung und Literatur.....	188
II. Schlussfolgerung: Grundsätzliche Beachtung des englischen Gesellschaftsrechts auch im Strafrecht.....	206
III. Verfassungsrechtliche Konsequenzen der Differenzierung.....	207
IV. Ergebnis zu § 7.....	209
§ 8 Die Fremdrechtsanwendung im Rahmen des Untreuetatbestandes.....	211
I. Die akzessorische Ausgestaltung der untreuerrechtlichen Pflichtverletzung.....	211
II. Ergebnis zu § 8.....	232

§ 9	Grenzen der Akzessorietät im Rahmen des Untreuetatbestandes.....	235
I.	Vorfrage: Der unterschiedliche Maßstab bei normativen Tatbestandsmerkmalen und Blanketttatbeständen	236
II.	Die Gesetzesbindung des Strafrechts	242
III.	Die Bindung der Rechtsprechung an „Gesetz und Recht“	276
IV.	Ergebnis zu § 9	315

Teil 4: Unionsrechtskonformität und Schaffung eines Sondertatbestandes

§ 10	Vereinbarkeit des gefundenen Ergebnisses mit dem übergeordneten Europarecht.....	321
I.	Das Verhältnis von Straftatbeständen und Grundfreiheiten	321
II.	Ergebnis zu § 10	332

§ 11	Schaffung eines strafrechtlichen Sondertatbestandes: Untreue zum Nachteil von Kapitalgesellschaften.....	335
I.	Vorliegen einer unerträglichen Strafbarkeitslücke	335
II.	Möglichkeiten eines Sondertatbestandes	352
III.	Ergebnis zu § 11	364

§ 12	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	367
------	---	-----

Fazit.....		375
------------	--	-----

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	XXIII
----------------------------	-------

Einführung

§ 1 Einleitung	3
I. Gegenstand und Gang der Untersuchung.....	5
II. Terminologische Vorfragen.....	8

Teil 1: Europa- und gesellschaftsrechtliche Grundlagen

§ 2 Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Niederlassungsfreiheit juristischer Personen.....	13
I. Bestimmung des Gesellschaftsstatuts.....	13
1. Die Sitztheorie.....	15
2. Die Gründungstheorie	18
II. Die Niederlassungsfreiheit Art. 49, 54 AEUV (= Art. 43, 48 EG a.F.)	19
1. Die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs vor 1999 – „Daily-Mail“	20
2. Die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs seit 1999: „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“	21
3. Europäische „Scheinauslandsgesellschaften“ und mögliche Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit.....	25
4. Exkurs: Wegzugsfälle und Strafrecht.....	28
a) Europäische Rechtsprechung.....	28
b) Die Situation in Deutschland.....	30
c) Konsequenzen einer Wegzugsfreiheit für das deutsche Strafrecht	31
III. Konsequenzen für das Gesellschaftsrecht und das „MoMiG“	32
1. Wirkung der Niederlassungsfreiheit für das anwendbare Gesellschaftsrecht	33
2. Fortgeltung der Sitztheorie gegenüber Drittstaaten.....	35

3.	Die Reform des GmbHG durch das „MoMiG“	37
4.	Reichweite des Gesellschaftsstatuts – insbesondere der existenzvernichtende Eingriff.....	38
IV.	Ergebnis zu § 2	42
§ 3	Die Limited auf Basis des Companies Act 2006	45
I.	Grundzüge des englischen Gesellschaftsrechts.....	46
1.	Companies Act 2006	47
2.	Common law und equity-Prinzipien	49
II.	Grundzüge der Limited	50
1.	Die „Organe“ der Limited.....	53
a)	Executive und non-executive directors.....	54
b)	Sonderfall: Shadow director	55
c)	Exkurs: company secretary.....	57
2.	Finanzverfassung und Gläubigerschutz.....	57
a)	Fehlendes Mindestkapital und Kapitalaufbringung.....	58
b)	Regelungen der Kapitalerhaltung und Gewinnausschüttung	60
3.	Haftungsbeschränkungen	62
a)	Durchgriffshaftung	62
b)	Haftung der directors	63
4.	Beendigung der Limited durch Insolvenz und Löschung.....	64
a)	Anwendbares Insolvenzrecht	64
b)	Deutsche Insolvenzantragspflicht auch für englische Limiteds.....	65
c)	Striking of the register	68
5.	Exkurs: Die Limited in der Realität des deutschen Wirtschaftslebens.....	70
a)	Die Verbreitung der Limited in Deutschland	70
b)	Die Limited in der bisherigen Strafrechtspraxis.....	72
III.	Ergebnis zu § 3	77
§ 4	Die director's duties	79
I.	Fiduciary duties.....	80
1.	Duty to act within powers – section 171 CA 2006.....	80
2.	Duty to promote the success of the company – section 172 CA 2006.....	82
3.	Duty to exercise independent judgement – section 173 CA 2006	84
4.	Duties to avoid conflict of interest – sections 175 bis 177 CA 2006	85
a)	Duty to avoid conflict of interest – section 175 CA 2006.....	86

b)	Duty not to accept benefits from third parties – section 176 CA 2006.....	86
c)	Duty to declare interest in proposed transaction or arrangement –section 177 CA 2006	87
5.	Fortbestehen der Pflichten.....	88
6.	Anwendbarkeit der fiduciary duties auf in Deutschland ansässige Limiteds	89
II.	Duty to exercise reasonable care, skill and diligence – section 174 CA 2006.....	89
1.	Pflichtenmaßstab	90
2.	Anwendbarkeit auf in Deutschland ansässige Limiteds	91
III.	Die director's duties in der Insolvenz.....	92
1.	Wrongful trading – section 214 Insolvency Act 1986.....	92
2.	Fraudulent trading – section 213 Insolvency Act 1986	93
3.	Duty for the benefit of the creditors.....	93
4.	Unanwendbarkeit des englischen Insolvenzrechts in Deutschland.....	94
IV.	Ergebnis zu § 4	96

Teil 2: Die Limited und der Untreuetatbestand

§ 5	Kritische Bestandsaufnahme.....	101
I.	Geltungsbereich des deutschen Strafrechts.....	102
1.	Reichweite des Untreuetatbestandes	103
2.	Anwendbarkeit auf Inlandstaten gemäß §§ 3, 9 StGB	105
3.	Anwendbarkeit auf Auslandstaten § 7 StGB	105
4.	Zwischenergebnis zur Anwendbarkeit des Untreuetatbestandes.....	106
II.	Der Untreuetatbestand.....	107
1.	Die Grundstruktur.....	108
2.	Die prinzipiellen Probleme des Untreuetatbestandes.....	115
a)	Zweifel an der hinreichenden Bestimmtheit des Tatbestands	115
b)	Missbrauch des Untreuetatbestandes für außerstrafrechtliche Zwecke.....	117
c)	„Case law“-Charakter der Untreue.....	119
3.	Zwischenergebnis.....	121
III.	Betrachtung der bisherigen Rechtsprechung zur „Limited-Untreue“.....	121
1.	Amtsgericht Stuttgart.....	121
2.	Landgericht Hamburg.....	123

3.	5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs.....	124
4.	Relevanz der Urteile für die weitere Untersuchung	126
a)	Amtsgericht Stuttgart	127
b)	Landgericht Hamburg.....	128
c)	5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs	129
d)	Fazit	131
IV.	Ergebnis zu § 5	132

§ 6	Die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht als zentrales Problem der Untersuchung.....	135
I.	Vermögensträgerschaft der Limited.....	135
II.	Die qualifizierte Vermögensbetreuungspflicht	136
1.	Allgemeines	136
2.	Die Vermögensbetreuungspflicht des directors im Besonderen	138
III.	Tathandlung: Die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht	140
1.	Die Zivilrechtsakzessorietät des Untreuetatbestandes.....	141
a)	Strenge außerstrafrechtliche Bindung des Strafrechts	142
b)	Eigene strafrechtsautonome Betrachtung.....	143
c)	Akzessorische Behandlung der Untreue in Bezug auf das Verhalten zu Lasten von Kapitalgesellschaften	144
aa)	Die Grundsätze der limitierten Akzessorietät	144
bb)	Prüfungsrelevante Auswirkungen	146
2.	Ausdrückliche Vorgaben und Zustimmung der shareholder	147
a)	Pflichtverletzung bei Verstoß gegen ausdrückliche Vorgaben der Vermögensbetreuung	147
b)	Keine Pflichtverletzung bei Zustimmung sämtlicher shareholder	149
aa)	Ausgangspunkt: Untreue wegen existenzvernichtenden Eingriffs bei der GmbH.....	151
(1)	Kritik an der Begründung einer Vermögensbetreuungspflicht.....	155
(a)	Unzulässiger Schutz von Gläubigerinteressen durch § 266 StGB	156
(b)	Schutz von Gläubigerinteressen durch §§ 283 ff. StGB	159
(c)	Bedeutung von „Trihotel“ und „Gamma“ für die Diskussion im Strafrecht	160
(d)	Abkehr des Bundesgerichtshofs von der Interessentheorie bei § 14 StGB	163
(e)	Partielle Kodifikation der Existenzvernichtungshaftung in § 64 S. 3 GmbHG und die Auswirkungen	166
(2)	Zwischenergebnis zum existenzvernichtenden Eingriff bei der GmbH	170

bb)	Keine Anwendbarkeit der Grundsätze des existenzvernichtenden Eingriffs auf die Limited.....	171
(1)	Gesellschaftsrechtliche Qualifikation des Existenzgefährdungsverbots.....	173
(a)	Fehlendes Stammkapital und Gesellschaftsinteresse	174
(b)	Sections 213, 214 IA 1986 und duty for the benefit of the creditors.....	176
(c)	Unzulässige Gewinnausschüttungen des directors an die shareholder	177
(d)	Allgemeine director's duties	177
(e)	Vorab: Die Fremdrechtsanwendung im Strafrecht.....	178
(2)	Deliktische Ausgestaltung des Existenzgefährdungsverbots	178
(3)	Für das Strafrecht: Maßgeblichkeit der zivilrechtlichen Qualifikation.....	180
(4)	Zahlungsverbot des § 64 S. 3 GmbHG.....	181
(5)	Zwischenergebnis zum existenzvernichtenden Eingriff bei der Limited.....	181
IV.	Ergebnis zu § 6	183

Teil 3: Die Fremdrechtsanwendung und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen

§ 7	Kritische Bestandsaufnahme zur Fremdrechtsanwendung im Strafrecht.....	187
I.	Die Auffassungen von Rechtsprechung und Literatur.....	188
1.	Die Fremdrechtsanwendung bei normativen Tatbestandsmerkmalen.....	190
a)	Definition des normativen Tatbestandsmerkmals	191
b)	Ausfüllung mittels des außerstrafrechtlichen Kollisionsrechts (IPR)	191
c)	Ausfüllung mittels des Strafanwendungsrechts der §§ 3 ff. StGB.....	192
d)	Die Anwendung „ausländischen“ Rechts	194
e)	Keine Anwendung ausländischen Rechts im deutschen Strafrecht	196
f)	Zwischenergebnis zur Fremdrechtsanwendung bei normativen Tatbestandsmerkmalen.....	196
2.	Die Fremdrechtsanwendung bei Blanketttatbeständen.....	197
a)	Definition des Blanketttatbestands.....	197
b)	Ausfüllung eines Blankettstrafgesetzes nur mittels inländischer Rechtsnormen	199

c)	Ausfüllung mittels normativer Tatbestandsmerkmale.....	201
d)	Kritik an der Begründung der herrschenden Auffassung	202
e)	Zwischenergebnis.....	206
II.	Schlussfolgerung: Grundsätzliche Beachtung des englischen Gesellschaftsrechts auch im Strafrecht	206
III.	Verfassungsrechtliche Konsequenzen der Differenzierung	207
IV.	Ergebnis zu § 7	209
§ 8	Die Fremdrechtsanwendung im Rahmen des Untreuetatbestandes.....	211
I.	Die akzessorische Ausgestaltung der untreuerechtlichen Pflichtverletzung	211
1.	Die These vom normativen Tatbestandsmerkmal.....	211
2.	Gesamttatbewertendes Merkmal.....	213
3.	Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht als Blankett	214
4.	Die tatsächliche Behandlung des Untreuetatbestandes in Rechtsprechung und Literatur.....	215
a)	Irrtum über die pflichtwidrige Handlung	216
b)	Die Fremdrechtsanwendung im Rahmen des Untreuetatbestandes.....	220
c)	Die Beachtung des Analogieverbots.....	221
d)	Die Anwendung des Milderungsgebots § 2 Abs. 3 StGB.....	222
e)	Zwischenergebnis.....	223
5.	Theoretische Abgrenzungsversuche von Blanketten und normativen Tatbestandsmerkmalen.....	223
a)	Formale Abgrenzungskriterien.....	224
b)	Ansicht des Bundesverfassungsgerichts „Uracher Hortfund“	225
c)	Anknüpfung an einen anderweitigen Regelungseffekt.....	226
d)	Die Ansicht von Puppe – „tautologische Betrachtung“.....	227
e)	Schutzobjekt des Straftatbestandes.....	228
6.	Stellungnahme.....	229
a)	Umschreibung des strafrechtlichen Verbots	229
b)	Keine Vergleichbarkeit mit dem Merkmal „fremd“	230
c)	Bedeutung der These vom normativen Tatbestandsmerkmal	230
d)	Die Entscheidung des OLG Stuttgart – Beschl. v. 14. April 2009 – 1 Ws 32/09	231
II.	Ergebnis zu § 8	232

§ 9 Grenzen der Akzessorietät im Rahmen des Untreuetatbestandes	235
I. Vorfrage: Der unterschiedliche Maßstab bei normativen Tatbestandsmerkmalen und Blanketttatbeständen	236
1. Hier: Blankett-Charakter der Untreue	237
2. Aufgabe der strikten Differenzierung zwischen Blanketten und normativen Tatbestandsmerkmalen auf der Folgenseite	237
a) Abgrenzungsschwierigkeiten	238
b) Vergleich mit der Irrtumsproblematik	240
3. Bewertung des unterschiedlichen Maßstabs	240
II. Die Gesetzesbindung des Strafrechts	242
1. Das Bestimmtheitsgebot	243
a) Verstoß aufgrund fehlender Vorhersehbarkeit für den director	244
aa) Unbestimmtheit der zur Anwendung berufenen englischen director's duties	246
(1) Stand der Kodifizierung in England	247
(2) Rückschluss aus der Situation in Neuseeland	251
(3) Schlussfolgerung	253
bb) Sog. Expertenstrafrecht	255
cc) Zwischenergebnis: Durchschlagen der Unbestimmtheit auf den Untreuetatbestand	259
b) Auswirkungen der generellen Unbestimmtheit des Untreuetatbestandes als strafrechtliche Verweisungsnorm	259
c) Zwischenergebnis zum Bestimmtheitsgebot	262
2. Verstoß gegen den Parlamentsvorbehalt	263
a) Die allgemeinen Anforderungen des Parlamentsvorbehalts	264
b) Ausgangspunkt: Fehlende Abstimmung des deutschen Parlaments über wesentliche Grundsätze der Strafbarkeit	265
aa) Generelle Zulässigkeit von Verweisungen auf ausländisches Recht	266
bb) Legitimation durch Europarecht	267
cc) Wesenskern des Untreuetatbestandes	268
c) Die Übernahme einer ausländischen Verhaltenssteuerung	270
aa) Aufstellung besonders weitgehender Pflichten am Beispiel des „enlightened shareholder value“-Ansatzes	271
bb) Konsequenz	274
d) Zwischenergebnis zum Parlamentsvorbehalt	275

III.	Die Bindung der Rechtsprechung an „Gesetz und Recht“	276
1.	Kein Vorliegen einer strafbegründenden Analogie.....	277
2.	Tatsächliche Probleme der Auslegung auf der Rechtsanwendungsebene.....	277
a)	Auslegungskompetenz hinsichtlich des ausländischen Zivilrechts § 262 StPO.....	279
aa)	„Rechtsanwendungsunschärfe“.....	281
(1)	Rechtsanwendung in einem common law-System.....	282
(2)	Anwendung der director's duties.....	283
(3)	Keine Bindung an englische Urteile.....	285
(4)	Zwischenergebnis zur Rechtsanwendungsunschärfe.....	286
bb)	„Rechtsübernahmeunschärfe“	286
cc)	„Scheitern des Erkenntnisgewinns“	287
(1)	Keine Frage der Beweislast in non-liquet Konstellationen	288
(2)	Keine Anwendung des Grundsatzes „in dubio pro reo“.....	289
(3)	Berechtigung zur Fortentwicklung des englischen Gesellschaftsrechts im Strafprozess.....	290
(a)	Berechtigung des deutschen Zivilrichters zur Entwicklung von case law.....	290
(b)	Keine Berechtigung des deutschen Strafrichters zur Entwicklung von case-law.....	291
b)	Zwischenergebnis zur Auslegungskompetenz	297
3.	Kritische Betrachtung möglicher Lösungswege	298
a)	Doppelprüfung bei weitergehender ausländischer Verhaltenspflicht	298
b)	Ergänzender Rückgriff auf deutsches Gesellschaftsrecht?.....	301
aa)	Inhalt der englischen Pflicht nicht ermittelbar	302
bb)	Gesellschaftsrechtlicher Normenmangel.....	304
c)	Ergänzende Anwendung des insolvenzrechtlichen Zahlungsverbots § 64 S. 3 GmbHG.....	307
d)	Kein Entscheidungszwang hinsichtlich nicht ermittelbarer außerstrafrechtlicher Normen	310
aa)	Die europarechtskonforme Auslegung	311
bb)	Das Argument der Vermeidung von Strafbarkeitslücken und das ultima ratio Prinzip des Strafrechts.....	312
4.	Zwischenergebnis zur Bindung der Rechtsprechung.....	314
IV.	Ergebnis zu § 9	315

Teil 4: Unionsrechtskonformität und Schaffung eines Sondertatbestandes

§ 10 Vereinbarkeit des gefundenen Ergebnisses mit dem übergeordneten Europarecht	321
I. Das Verhältnis von Straftatbeständen und Grundfreiheiten	321
1. Exkurs: Vereinbarkeit der Anwendung von § 266 StGB mit dem Europarecht.....	322
a) Kein Eingriff in den Schutzbereich	324
b) Anwendung der „Keck“-Rechtsprechung	325
c) Rechtfertigungsgründe	327
d) Verweis auf andere Untersuchungen.....	328
2. Möglicher Verstoß bei Nichtanwendung des Untreuetatbestandes gegen Europarecht	329
a) Diskriminierung deutscher Rechtsformen.....	330
b) Schutz von inländischen Limiteds.....	331
II. Ergebnis zu § 10	332
§ 11 Schaffung eines strafrechtlichen Sondertatbestandes: Untreue zum Nachteil von Kapitalgesellschaften.....	335
I. Vorliegen einer unerträglichen Strafbarkeitslücke	335
1. Keine Heranziehung ausländischen Strafrechts	336
2. Strafverfolgung durch die englische Justiz	337
a) Strafrechtliche und ordnungsrechtliche Maßnahmen nach englischem Recht.....	337
aa) Sections 1 (1) (2)(c) und 4 Fraud Act 2006	338
bb) Section 1 Theft Act 1968	339
cc) Fraudulent Trading section 993(1) CA 2006	340
b) Tatsächliche Verfolgung in England und Deutschland	340
3. Gesellschaftsrechtliche Schutzmaßnahmen	343
a) Die gesellschafts- und insolvenzrechtliche Haftung der directors	343
b) Mögliche Inhabilität des directors.....	344
c) Publizität und Staatsaufsicht	347

4.	Bewertung des Vorliegens einer Strafbarkeitslücke	349
II.	Möglichkeiten eines Sondertatbestandes	352
1.	Auf europäischer Ebene	352
a)	Schaffung eines europäischen Untreuetatbestandes?.....	352
b)	Fehlende europäische Strafgesetzbefugnis.....	353
2.	Auf nationaler Ebene.....	355
a)	Erfordernis einer grundlegenden Reform.....	356
b)	Anforderungen an einen solchen Sondertatbestand.....	357
aa)	Ausgangspunkt: Ökonomische Analyse und Beachtung des ultima-ratio- Prinzips.....	357
bb)	Im Hinblick auf die Strafbarkeit der Geschäftsleiter ausländischer Gesellschaften zu beachtende Tatbestandsmerkmale	360
(1)	Festlegung des Schutzzwecks	360
(2)	Bestimmung des Täterkreises und Regelung im StGB	360
(3)	Gesellschaftsrechtsunabhängige Verhaltenspflichten	361
(4)	Existenzvernichtende Eingriffe	362
c)	Taterfolg: Vermögensschaden	363
d)	Kein genereller Verstoß gegen die europäische Niederlassungsfreiheit.....	363
III.	Ergebnis zu § 11	364
§ 12 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse		367
Fazit.....		375