

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 95

**Ordnungsgemäßes Wirtschaften
und Erlaubtes Risiko**

Grund- und Einzelfragen des Bankrotts (§ 283 StGB) —
zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Konkursstrafrechts

Von

Daniel-Marcus Krause



Duncker & Humblot · Berlin

DANIEL-MARCUS KRAUSE

Ordnungsgemäßes Wirtschaften und Erlaubtes Risiko

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Herausgegeben von Dr. Eberhard Schmidhäuser

em. ord. Professor der Rechte an der Universität Hamburg

und Dr. Friedrich-Christian Schroeder

ord. Professor der Rechte an der Universität Regensburg

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 95

Ordnungsgemäßes Wirtschaften und Erlaubtes Risiko

Grund- und Einzelfragen des Bankrotts (§ 283 StGB) —
zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Konkursstrafrechts

Von

Daniel-Marcus Krause



Duncker & Humblot · Berlin

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von
Professor Dr. Urs Kindhäuser, Rostock

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Krause, Daniel-Marcus:

Ordnungsgemässes Wirtschaften und Erlaubtes Risiko :
Grund- und Einzelfragen des Bankrotts (§ 283 StGB) –
zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Konkursstrafrechts /
von Daniel-Marcus Krause. – Berlin : Duncker und Humblot, 1995

(Strafrechtliche Abhandlungen ; N.F., Bd. 95)

Zugl.: Rostock, Univ., Diss., 1994

ISBN 3-428-08375-X

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1995 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Color-Druck Dorfi GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0720-7271

ISBN 3-428-08375-X

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 

für gf

Kredit: Vertrauen in die Fähigkeit und in die Bereitschaft einer Person, bestehende Verbindlichkeiten ordnungsgemäß und zum richtigen Zeitpunkt zu begleichen.

Duden, Fremdwörterbuch.

Vertrauen ist nicht das einzige Fundament der Welt; aber eine sehr komplexe und doch strukturierte Weltvorstellung ist ohne eine ziemlich komplexe Gesellschaft und diese ohne Vertrauen nicht zu konstituieren.

N. Luhmann

Du bist für das verantwortlich, was du dir vertraut gemacht hast.

A. de Saint-Exupéry

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde von der neu konstituierten Juristischen Fakultät der Universität Rostock im Sommersemester 1994 als Dissertation angenommen. Die Abhandlung war zunächst als Untersuchung strafrechtlicher Probleme im Zusammenhang mit Unternehmenssanierungen konzipiert. Aus ihr ist eine Untersuchung zum Konkursstrafrecht geworden. Sie verfolgt das Ziel, Lösungen für praktisch bedeutsame Probleme des Konkursstrafrechts auf der Grundlage eines dogmatischen Fundamentes zu entwickeln, in dem strafrechtliche Prinzipien und Zurechnungslehren, zivilistisches Insolvenzrecht und wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse aufeinander bezogen sind. Ob dies erreicht worden ist, mag der Leser beurteilen. Vorschläge für Lösungen von Einzelfragen im Zusammenhang mit Unternehmenssanierungen bleiben einer gesonderten Abhandlung vorbehalten. Rechtsprechung und Literatur haben bis 31. Dezember 1994 Berücksichtigung gefunden.

Mein Dank gilt all denen, die zum Gelingen dieser Abhandlung beigetragen haben: zuvorderst meinem Doktorvater Professor Dr. Urs Kindhäuser, der die Anregung zu der Untersuchung schon zu meinen Freiburger Studienzeiten gab. Er hat mir während meiner Assistentenzeit große Freiräume zur Erstellung der Arbeit gewährt und ihr Entstehen fachlich und persönlich mit großer Bereitschaft und Verständnis gefördert. Professor Dr. Cornelius Prittwitz, M.P.A. hat das Zweitgutachten erstellt und zahlreiche inhaltliche Anregungen gegeben; Professor Dr. Wolfgang Joecks hat freundlicherweise das Drittgutachten übernommen. Die Herren Professoren Dres. Friedrich-Christian Schroeder und Eberhard Schmidhäuser haben die Abhandlung in die Strafrechtlichen Abhandlungen n.F. aufgenommen.

Zu Dank verpflichtet bin ich der Studienstiftung des Deutschen Volkes, die mich seit meiner Studienzeit unterstützt hat. Besonderer Dank gebührt meinen Eltern, deren Vertrauen und aufopferungsvolle Förderung meine Ausbildung und das Entstehen dieser Abhandlung ermöglicht haben. Zu nennen sind schließlich meine juristischen Gesprächspartner Dres. Matthias Siegmann, Joachim Vogel und Frank Vogel, LL.M., deren fachlicher Rat und freundschaftliche Zuwendung die Arbeit an dieser Untersuchung ebenso begleitet haben wie der Zuspruch von anderen Freunden in manch schwieriger Phase, insbesondere von Dr. med. Niklas Manthey.

Der Förderverein der Universität Rostock zeichnete die vorliegende Untersuchung mit dem Walter-Seipp-Preis aus.

Berlin, im Februar 1995

Daniel-Marcus Krause

Inhaltsübersicht

Einführung	25
-------------------------	----

Teil I: Standort, Geschichte und gegenwärtiges Verständnis der "Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft" in § 283 StGB

§ 1 Standort und Funktion des Merkmals "in einer den Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft widersprechenden Weise" im Tatbestand des § 283 StGB	34
§ 2 Die historische Entwicklung des Pflichtwidrigkeitsmerkmals im Konkursstrafrecht	51
§ 3 Das gegenwärtige Begriffsverständnis in der Literatur	71
§ 4 Die Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft in Methode und Verständnis der Rechtsprechung	92
§ 5 Tathandlung und Wirtschaftswidrigkeit in den einzelnen Bankrottalternativen	108

Teil II: Grund- und Vorfragen für die Bestimmung der Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft

§ 6 Die Begriffsnatur des Merkmals und Folgerungen für die Begriffsbestimmung	146
§ 7 Die in § 283 StGB kollidierenden Interessen	154
§ 8 § 283 StGB und das 'erlaubte Risiko'	188
§ 9 Fehlendes Risiko und Straffreiheit	232

Teil III: Die "Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft"

§ 10 Erlaubtheit und Unerlaubtheit des Risikos kraft gesetzlicher Normierung	284
§ 11 Die faktischen Anknüpfungspunkte für die Bestimmung der "Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft"	318
§ 12 Die zivilistische Rechtslage zu Gläubigergefährdungen in der Krise (§§ 138, 826 BGB) und ihre Bedeutung für das Konkursstrafrecht	335
§ 13 Die Bestimmung der "Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft"	356
§ 14 Das Fehlen des Merkmals "Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft" in den informationsbezogenen Bankrottalternativen	424
§ 15 Zusammenfassende methodische Grundsätze zur konkursstrafrechtlichen Erfassung schuldnerischer Vermögensdispositionen	431
Zusammenfassung	447
Literaturverzeichnis	457

Inhaltsverzeichnis

Einführung	25
-------------------------	----

Teil I

Standort, Geschichte und gegenwärtiges Verständnis der "Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft" in § 283 StGB

§ 1 Standort und Funktion des Merkmals "in einer den Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft widersprechenden Weise" im Tatbestand des § 283 StGB	34
I. Der Standort des Merkmals.....	35
1. Bestandsbezogene und informationsbezogene Bankrotthandlungen.....	35
2. Bestandsbezogene Bankrotthandlungen und Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft	40
II. Die Funktion des Merkmals.....	42
1. Meinungsstand	42
2. Eigener Ansatz: die Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft als "Grenzlinie" zur Abschichtung von Risikobereichen	47
§ 2 Die historische Entwicklung des Pflichtwidrigkeitsmerkmals im Konkursstrafrecht	51
I. Das Kriterium des wirtschaftswidrigen Schuldnerverhaltens im Bankrottsstrafrecht in seiner historischen Entwicklung.....	51
1. Ordnungsmäßiges Schuldnerverhalten und Insolvenz im römischen Recht	51
2. Das wirtschaftswidrige Schuldnerverhalten in den deutschen Volks- und Partikularrechten	53
3. Die Wirtschaftswidrigkeit im modernen Bankrottsstrafrecht - vom code de commerce (1804) bis zum 1. WiKG (1976).....	58
4. Die Änderungen des Bankrottsstrafrechts durch das 1. WiKG im Licht des Kriteriums der Wirtschaftswidrigkeit	60
II. Der terminus "in einer den Anforderungen ordnungsmäßiger Wirtschaft widersprechenden Weise" in seiner historischen Entwicklung	63
1. Ursprung und Auslegung des terminus im Zivilrecht.....	63
a) Der duale Bezugsrahmen der Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft.....	65
b) Die Auslegung bei der Hypothekenhaftung.....	66

2. Die Übernahme des terminus ins Strafrecht (§§ 239 ff. KO).....	68
§ 3 Das gegenwärtige Begriffsverständnis in der Literatur	71
I. Grundlagen	71
1. Die Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft als normatives Tatbestandsmerkmal (Bestimmtheitsproblem und Auslegungsfragen).....	71
2. Die "ex ante"-Beurteilung	74
3. Unklarheiten bei der konkursstrafrechtlichen Erfassung schuldenrechtlicher Maßnahmen	75
II. Die Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft als außerstrafrechtliche Verweisung.....	76
1. Betriebswirtschaftliche Wirtschaftlichkeitstheorien (Schlüchter, Höfner u.a.).....	76
2. Wirtschaftsrechtliche "Grundregeln ordnungsgemäßer Unternehmensführung" (Tiedemann u.a.).....	81
a) Die "Grundregeln ordnungsgemäßer Unternehmensführung"	82
b) Einwände gegen die "Grundregeln ordnungsgemäßer Unternehmensführung"	84
3. Die Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft als nicht definierter Sammelbegriff (Hammerl u.a.)	91
§ 4 Die Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft in Methode und Verständnis der Rechtsprechung.....	92
I. Extensive Auslegung der Tathandlungen und Begrenzung der Strafbarkeit.....	92
II. Die Einhaltung der Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft als "negatives Tatbestandsmerkmal"	93
III. Unschärfen bei der Herausarbeitung der Vermögensdispositionen und Wirtschaftswidrigkeit.....	95
IV. Wirtschaftswidrigkeit der Vermögensdisposition oder Wirtschaftswidrigkeit des Wirtschaftens ?	98
V. Wirtschaftswidrigkeit in § 283 StGB und Treuwidrigkeit in § 266 StGB.....	99
VI. "Subjektivierungstendenzen" bei der Wirtschaftswidrigkeit	102
VII. Der "duale Bezugsrahmen" der Wirtschaftswidrigkeit.....	105
VIII. Zusammenfassung.....	107
§ 5 Tathandlung und Wirtschaftswidrigkeit in den einzelnen Bankrottalternativen	108
I. Ordnungsgemäßes Wirtschaften und Beiseiteschaffen von Vermögensbestandteilen (§ 283 Absatz 1 Ziffer 1, 1. Alt. StGB)	108
1. Tathandlung	109
2. Ordnungsgemäßes Wirtschaften	110
3. Fallgruppen.....	112

II. Ordnungsgemäßes Wirtschaften und das Zerstören, Beschädigen und Unbrauchbarmachen von Vermögensbestandteilen (§ 283 Absatz 1 Ziffer 1, 3. Alt. StGB).....	115
III. Ordnungsgemäßes Wirtschaften und unwirtschaftliche Ausgaben (§ 283 Absatz 1 Ziffer 2, 4. Alt. StGB).....	116
1. Tathandlung	117
2. Die "Unwirtschaftlichkeit" der Ausgabe	119
3. Die "Übermäßigkeit" der verbrauchten bzw. schuldig gewordenen Summen	122
4. Fallgruppen.....	123
IV. Ordnungsgemäßes Wirtschaften und Spiel oder Wette (§ 283 Absatz 1 Ziffer 2, 5. und 6. Alt. StGB).....	125
V. Ordnungsgemäßes Wirtschaften und Verlust- bzw. Spekulationsgeschäfte sowie Differenzgeschäfte mit Waren oder Wertpapieren (§ 283 Absatz 1 Ziffer 2, 1.-3. Alt. StGB).....	126
1. Verlustgeschäfte	126
2. Spekulationsgeschäfte.....	127
3. Differenzgeschäfte.....	130
VI. Ordnungsgemäßes Wirtschaften und Unter-Wert-Verkäufe auf Kredit beschaffter Waren sowie ihrer Verarbeitungsprodukte (§ 283 Absatz 1 Ziffer 3 StGB).....	133
VII. Zur Generalklausel (§ 283 Absatz 1 Ziffer 8 StGB).....	137
VIII. Ordnungsgemäßes Wirtschaften und Insolvenzverursachung (§ 283 Absatz 2 StGB).....	141
IX. Zusammenfassung.....	142

Teil II

Grund- und Vorfragen für die Bestimmung der Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft

§ 6 Die Begriffsnatur des Merkmals und Folgerungen für die Begriffsbestimmung.....	146
I. Der Verstoß gegen die Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft als normatives (wertendes) Merkmal	147
1. Normative Begriffe und ihre Inhaltsbestimmung durch Abwägung: zur Eigenständigkeit strafrechtlicher Auslegung.....	147
2. Einheitliche Auslegung desselben Begriffs im identischen (Wertungs)Kontext.....	150
II. Unbestimmtheit und Vagheit der Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft.....	150

§ 7 Die in § 283 StGB kollidierenden Interessen	154
I. Die individuellen Rechtsgüter des § 283 Absatz 1 StGB.....	155
1. Die "Verwertungsinteressen" der Gläubigersamtheit.....	155
a) Zur Abhängigkeit der Gläubigerinteressen vom Konkursrecht	156
b) Konsequenzen für das Konkursstrafrecht	157
2. Insolvenzrechtsreform und "Gestaltungsinteressen" der Gläubiger-	
samtheit.....	159
3. Das "Vertrauen" der Gläubiger als individuelles Rechtsgut des	
§ 283 StGB.....	163
a) Risiko, Vertrauen und Gläubigerstellung	164
b) Enttäushtes Vertrauen und Strafrecht als ultima ratio	167
c) Personale Vermögenslehre und Gläubigervertrauen	170
II. Überindividuelle Rechtsgüter bei § 283 Absatz 1 StGB ?.....	171
1. "Wirtschaftsstrafrecht", Verhaltensnorm und Rechtsgut.....	171
2. Die "Funktionsfähigkeit der Kreditwirtschaft" - vier Argumente für ein	
überindividuelles Rechtsgut bei § 283 StGB	175
3. Einwände gegen das überindividuelle Rechtsgut bei § 283 StGB.....	176
4. Zusätzliche Einwände gegen die Bezeichnung "Funktionsfähigkeit der	
Kreditwirtschaft"	179
III. Divergierende Rechtsgutsbestimmung in § 283 Absatz 1 StGB und in	
§ 283 Absatz 2 StGB ?.....	181
IV. Die für § 283 StGB relevanten Schuldnerinteressen.....	183
1. Allgemeine Handlungsfreiheit.....	183
2. Eigentum.....	183
a) Bankrotthandlungen als durch das Schuldnervermögen vermittelte	
Fremdgefährdungen.....	183
b) Das Vermögen als materielle Grundlage zur Entfaltung der Persön-	
lichkeit.....	184
3. Einschränkungen: Verbindlichkeiten als gewählte Freiheitsverluste	185
V. Zusammenfassung	186
§ 8 § 283 StGB und das 'erlaubte Risiko'	188
I. Grundzüge der Lehre vom 'erlaubten Risiko' beim Fahrlässigkeitsdelikt.....	189
1. Erfolgsverursachung und 'unerlaubtes Risiko' bei fahrlässigem	
Verhalten	191
2. 'Erlaubtes Risiko' und Sorgfaltsnormen: zur wertenden Abgrenzung von	
Freiheitssphären	193
3. Die Bestimmung des 'erlaubten Risikos'	196
4. Pflichtwidrigkeits(= Risiko)zusammenhang.....	199
5. Das 'erlaubte Risiko' als erlaubte Vermeidungsfähigkeit.....	200
II. Die Tatbestandsstruktur der bestandsbezogenen Bankrottalternativen	
(§ 283 Absatz 1 Ziffern 1-3 und 8 StGB) und das 'erlaubte Risiko'	203
1. Risikoschaffung und Risikobewertung in § 283 StGB.....	204

a) Die Vermögensdisposition und ihre Bedeutung für die Risikoschaffung im Bankrottatbestand.....	205
b) Die Krise und ihre Bedeutung für die Risikoschaffung im Bankrottatbestand	207
c) Zur Abstraktheit des geschaffenen Risikos	210
d) Die Bewertung des geschaffenen Risikos als unerlaubt: zum Verstoß gegen die Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft	211
e) Zwischenergebnis	215
2. Exkurs:Überschuldung und erlaubtes Risiko (Harneit).....	215
a) Die Konzeption Harneits.....	215
b) Einwände gegen die Konzeption Harneits	217
aa) Zu einem verbreiteten Mißverständnis betreffend das Krisenmerkmal	217
bb) Systemwidrige Strafbarkeitslücken.....	220
cc) Fehlerhafte Berufung auf das "Herstatt"-Urteil (BGHZ 75, 96ff.).....	221
3. Der Eintritt der objektiven Strafbarkeitsbedingung (§ 283 Absatz 6 StGB): zur Erfolgskomponente in § 283 StGB	222
4. Der "tatsächliche Zusammenhang" von Bankrotthandlung und Strafbarkeitsbedingung und die Möglichkeit der Risikorealisation.....	226
III. Zusammenfassung	229
§ 9 Fehrendes Risiko und Straffreiheit	232
I. Die Ebene der Risikoschaffung.....	233
1. Fehrendes Risiko und Krisenmerkmal	233
a) "An sich" (= krisen-unabhängig) rechtswidrige Bankrotthandlungen ?.....	233
b) Wirtschaftliche Unvernunft und relevante Insolvenzrisiken	234
c) Einwände gegen die Lehre von "an sich" rechtswidrigen Bankrotthandlungen auf einfachgesetzlicher Ebene	236
d) Einwände gegen die Lehre von "an sich" rechtswidrigen Bankrotthandlungen auf verfassungsrechtlicher Ebene (Vorfeldschutz und Verhältnismäßigkeit).....	239
e) Zwischenergebnis und Folgerungen.....	245
aa) Die Indifferenz der Bankrotthandlungen hinsichtlich ihrer Strafwürdigkeit	246
bb) § 283 Absatz 1 StGB als "abstrakt-konkretes Gefährungsdelikt"	247
2. Fehrendes Risiko und Vermögensdisposition	249
a) Untaugliche Tatobjekte.....	249
b) Untaugliche Tathandlungen	253
aa) Subjektive Anreicherung ("Finalität") bei Ziffer 1	254
bb) "Schuldigwerden" in Ziffer 2	255
II. Die Ebene der Risikobewertung - Fehrendes Risiko und Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft.....	256
1. § 283 StGB und das Problem der Risikobewertung bei abstrakten Gefährungsdelikten.....	256
2. Risikokompensation und fehlendes Risiko	257

a) Das "Wertausgleichsprinzip" in § 283 StGB.....	257
b) Gesetzlicher Niederschlag des "Wertausgleichsprinzips" (§ 283 Absatz 1 Ziffer 3 StGB) und grundsätzliche Bedeutung.....	260
aa) Unter-Wert-Verkäufe (§ 283 Absatz 1 Ziffer 3 StGB) und "Wertausgleichsprinzip" (BGHSt 9, 84ff.).....	260
bb) Wertausgleich und überindividuelle Rechtsgüter	262
c) Wertausgleich und Zivilrecht	264
d) Zwischenergebnis und Folgerungen.....	265
aa) Wertausgleich und unwirtschaftliche Ausgaben (§ 283 Absatz 1 Ziffer 2 StGB)	266
bb) Schuldnerbelastende Wirkungen: Wertausgleich und unternehmerischer Gewinn.....	267
e) Die tatsächlichen Voraussetzungen des Wertausgleichs.....	268
aa) Zur Gesamtbetrachtung eines Austauschgeschäftes	269
bb) Aktivtausch.....	271
cc) Aktiv-Passivtausch	271
f) Exkurs: Veräußerung gegen Übernahme von Verbindlichkeiten und Gläubigerbegünstigung (§ 283c StGB)	274
3. Bagatellrisiken als irrelevante Risikosetzung (Gegenstände objektiver und wirtschaftlicher Geringwertigkeit)	278
III. Zusammenfassung	281

Teil III

Die "Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft"

§ 10 Erlaubtheit und Unerlaubtheit des Risikos kraft gesetzlicher Normierung.....	284
I. Gesetzlich erlaubte Risiken.....	284
1. Einheit der Rechtsordnung und Bankrott.....	284
2. Anwendungsfälle.....	286
a) Die Pflicht zur Erfüllung fälliger Verbindlichkeiten	286
b) Die Gewährung der Entnahme des notwendigen Lebensunterhaltes (§ 129 KO) u.a.	289
3. Einschränkungen der Erlaubtheit: zum pflichtwidrigen Herbeiführen der entlastenden Umstände	290
a) Die Pflichtwidrigkeit des schuldnerischen Vorverhaltens.....	290
b) BGHSt 35, 359 ("Saniererhonorar") - Erfüllung einer Verbindlichkeit und Vorverlagerungskonstellation.....	292
c) Die inkongruente Erfüllung einer wirtschaftswidrig begründeten Verbindlichkeit - zum Verhältnis von § 283 StGB und § 283c StGB.....	293
4. Anwendungsfälle.....	295
a) Die Unzulässigkeit der Verbindlichkeitenerfüllung aufgrund gesetzlicher oder vertraglicher Regelungen	295

b) Exkurs: Unzulässiges Vorverhalten und "wirtschaftswidriges Verschaffen einer Aufrechnungslage" (§ 283c StGB)	297
II. Gesetzlich unerlaubte Risiken	301
1. Zur Relevanz gläubiger-schützender Verbote bzw. Gebote	301
2. Anwendungsfälle	303
a) Verstöße gegen zivilrechtliche Vorschriften mit Gläubigerschutzbezug	303
aa) Unterkapitalisierung von Unternehmen und Kapitalaufbringungsgrundsätze	303
bb) Kapitalerhaltungsvorschriften - § 172a HGB, §§ 30 ff. GmbHG, §§ 57, 58, 71 AktG	306
cc) Zivilrechtliche Verbote von Vermögensdispositionen in der Krise (§ 64 Absatz 2 Satz 2 GmbHG, § 92 Absatz 3 AktG u.a.)	308
dd) Exkurs: Parallelen von zivilistischen Dispositionsverboten und Bankrottatbestand	308
(1) Struktur und ratio legis der § 64 Absatz 2 GmbHG, § 93 Absatz 2 AktG	308
(2) Dualistisches Konzept der Geschäftsleiterpflichten (interne und externe Pflichten)	309
(3) Die Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabes in den zivilistischen Dispositionsverboten	311
ee) §§ 29 ff. KO, Anfechtungsgesetz	313
b) Verstöße gegen Straf- und Ordnungswidrigkeitentatbestände	314
III. Zusammenfassung	316
 § 11 Die faktischen Anknüpfungspunkte für die Bestimmung der "Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft"	318
I. Die Struktur von (wirtschaftlichen) Entscheidungen	319
1. Vermögensdispositionen und (wirtschaftliche) Entscheidungen	319
2. Juristische Entscheidungen und Entscheidungstheorie	320
3. Entscheidungstheorie und unternehmerische Fehlentscheidung (Schlüchter)	321
II. Entscheidungstheoretische Grundlagen	323
1. Information, Informationsbeschaffung und Bestimmung der Handlungsalternativen	325
2. Zielbestimmung, Rangordnung der Ziele und Bewertung der Handlungsalternativen	326
3. Die Entscheidung für eine Alternative unter Berücksichtigung des Risikos	328
III. Die faktischen Kategorien der "Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft"	330
1. Die Kategorien "Information", "Zielsetzung" und "Risiko"	330
2. "Information", "Zielsetzung" und "Risiko" als Bewertungskategorien in Gesetz, Rechtsprechung und Literatur im Konkursstrafrecht	332

§ 12 Die zivilistische Rechtslage zu Gläubigergefährdungen in der Krise (§§ 138, 826 BGB) und ihre Bedeutung für das Konkursstrafrecht.....	335
I. Sittenwidrigkeit und Sorgfaltsanforderungen beim zivilistischen Gläubigerschutz	336
II. Gläubigerschädigungen durch den Schuldner.....	337
1. Masseschmälerungen und Konkursverschleppung.....	337
2. Gläubigerschädigungen durch schuldnerrische Sanierungsmaßnahmen: zum Herstatt-Urteil des Bundesgerichtshofes (BGHZ 75, 96).....	339
a) Die Entscheidung des II. Zivilsenats.....	339
b) Der für den strafrechtlichen Kontext relevante Gehalt des Herstatt- Urteils	342
III. Gläubigerschädigungen durch konkurrierende Gläubiger.....	343
1. Die diskutierten Konstellationen der Gläubigerhaftung.....	343
2. Sanierungskonstellationen und Bankenhaftung	344
3. Der für den strafrechtlichen Kontext bedeutsame Gehalt der Rechtspre- chung zur Bankenhaftung.....	348
IV. Zivilistische Grundsätze zur Sittenwidrigkeit von Gläubigergefährdungen und Konkursstrafrecht	349
1. Zivilrechtliche Sittenwidrigkeit und strafrechtliche Wirtschaftswidrigkeit: im Grundsatz divergierende Ansätze ?	349
2. Zur Transformierbarkeit der zivilrechtlichen Maßstäbe in das Strafrecht.....	349
a) Übernehmbare Grundsätze (Sorgfaltsnormgemäßes Handeln, thema- tische Differenzierungen)	351
b) Bedenken gegen die Übernahme des materialen Sittenwidrigkeits- verdikts.....	352
V. Zusammenfassung.....	354
§ 13 Die Bestimmung der Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft.....	356
I. Meta-Regeln für die Risikobewertung.....	356
II. Die Differenz von § 283 Absatz 1 und § 283 Absatz 2 StGB bei der Risikobewertung	357
III. Grundfragen der Bewertung der Gefahrschaffung in § 283 StGB.....	358
1. Risikobewertung und Abwägung bei § 283 StGB.....	358
2. Abwägung und Einzelfall.....	360
3. Der verständige Gläubiger als maßgeblicher Urteiler.....	361
4. Die drei Stufen des Abwägungsverfahrens: "Wahrgenommenes Inter- esse", "Risiko" und "Information"	363
IV. Die Ermittlung der Wirtschaftswidrigkeit in § 283 Absatz 1 StGB	365
1. Definition der "Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft".....	365
2. Zur einheitlichen Auslegung der "Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft" in § 283 Absatz 1 Ziffern 1-3 und 8 StGB.....	366
3. Verhaltensanforderungen und "besondere Verantwortlichkeit des Schuldners in der Krise".....	367

a) Die schuldnerische Kardinalpflicht zum auf Gläubigersicherung bedachten Wirtschaften in der Krise.....	367
b) Gründe für die "besondere Verantwortlichkeit des Schuldners".....	369
c) Folgerungen: die Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft als "negatives Tatbestandsmerkmal".....	371
4. Das Bewertungs(Abwägungs)verfahren.....	371
5. Erste Prüfungsstufe: "wahrgenommenes Interesse".....	372
a) Zur Finalität bestandsbezogener Bankrotthandlungen.....	372
b) "Wahrgenommenes Interesse" und "Subjektivierungstendenzen".....	373
c) Die Bestimmung des vom Schuldner wahrgenommenen Interesses.....	374
aa) Nahziele und Fernziele.....	375
bb) Die Ermittlung des unmittelbar verfolgten Nahziels.....	377
cc) Die Ermittlung des verfolgten Fernziels.....	379
d) Grundfragen zur Vertretbarkeit des wahrgenommenen Interesses.....	379
aa) Zum Vertretbarkeitsmaßstab: die "umfassende Befriedigung aller Gläubiger" als dem Schuldner gesetzlich vorgegebenes Leitziel.....	380
bb) Zur Vertretbarkeit überwiegender und gleichgerichteter Interessen.....	383
cc) Der Schuldner als Träger der berechtigten (vertretbaren) Interessen.....	383
e) Berechtigte schuldnerische Interessen.....	384
aa) Die Sicherung des Lebensunterhaltes.....	385
bb) Die Erhaltung und Mehrung des schuldnerischen Vermögens.....	385
cc) Zur "riskanten Rettungshandlung" im Konkursstrafrecht: der Sanierungsversuch.....	386
6. Zweite Prüfungsstufe: die Vertretbarkeit des geschaffenen Risikos.....	389
a) Zur Risikoinnanz des Wirtschaftens.....	389
b) Das Risikogeschäft bei der Untreue im Vergleich zu § 283 StGB.....	391
c) Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit des Risikos bei § 283 StGB.....	395
aa) Geeignetheit des Risikos.....	396
bb) Die Erforderlichkeit des Risikos.....	400
cc) Die Angemessenheit des Risikos.....	401
(1) "Pflicht zur Bescheidenheit" und Angemessenheit des schuldnerischen Interesses.....	402
(2) Angemessenheit der Risikohöhe: zum "dualen Bezugsrahmen" bei der Wirtschaftswidrigkeit.....	404
(3) "Verkehrssitte" als Sorgfaltsmaßstab bei § 283 StGB: Bedeutung und Geltungsgrund.....	405
(4) Schuldnerische Vermögenslage und Angemessenheit der Risikohöhe (Krisenintensität, Unterkapitalisierung u.a.).....	408
(5) Angemessenes Verhältnis von Risiko und schuldnerischem Interesse.....	411
7. Dritte Prüfungsstufe: Schuldnerische Information und Planung.....	412
a) Die Pflicht zur Selbstinformation über die eigene Lage.....	414
b) Die Pflicht zum planvollen Vorgehen (z.B. Sanierungsplan).....	415

8. Zu den Schwerpunkten der Abwägung bei den einzelnen Tatalternativen (§ 283 Absatz 1 Ziffern 1-3 und 8 StGB).....	415
V. Die Besonderheiten der Bestimmung der Wirtschaftswidrigkeit in § 283 Absatz 2 StGB.....	416
1. Zur Irrelevanz des Interessenkriteriums bei § 283 Absatz 2 StGB.....	417
2. Risiko und Krisen(mit)verursachung	418
3. Zum Informationskriterium bei § 283 Absatz 2 StGB.....	420
VI. Zusammenfassung	421
 § 14 Das Fehlen der "Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft" bei den informa- tionsbezogenen Bankrottalternativen	424
I. Buchführungsdelikte (§ 283 Absatz 1 Ziffern 5-7 StGB)	424
II. Verheimlichen von Vermögen (§ 283 Absatz 1 Ziffer 1 StGB), Vortäuschen von Rechten (§ 283 Absatz 1 Ziffer 4 StGB) und Verschleiern der Verhält- nisse (§ 283 Absatz 1 Ziffer 8 StGB)	425
 § 15 Zusammenfassende methodische Hinweise zur konkursstrafrechtlichen Erfassung schuldnerischer Vermögensdispositionen	431
I. Das Spannungsverhältnis von wirtschaftlicher Komplexität und strafrecht- licher Betrachtung	432
II. Die Ebene der Risikoschaffung.....	435
1. Der Grundsatz der Einzelbetrachtung: zum Erfordernis der genauen Ermittlung der zu überprüfenden Vermögensdisposition	435
2. Zur Gesamtbetrachtung bei der Ermittlung der Risikoschaffung.....	437
a) Die strafbarkeitseinschränkende Gesamtbetrachtung eines Aus- tauschgeschäfts ("Wertausgleichsprinzip")	437
b) Die Unzulässigkeit strafbarkeitsbegründender Gesamtbetrachtungen	438
III. Ebene der Risikobewertung (Verstoß gegen die "Anforderungen ordnungs- gemäßer Wirtschaft")	439
1. Grundsatz der Einzelbetrachtung	439
2. Die Gesamtbetrachtung auf der Ebene der Risikobewertung	439
a) Strafbarkeitsbegründende Gesamtbetrachtung von Kausalgeschäft und Verfügung	439
b) Zur Saldierung mehrerer voneinander unabhängiger Vermögens- dispositionen	440
c) Zur Saldierung mehrerer, miteinander verbundener Vermögens- dispositionen	442
d) Gesamtbetrachtung bei Zweifeln an der Wirtschaftswidrigkeit einer Einzelmaßnahme ?	443
e) Zur strafbarkeitseinschränkenden Gesamtbetrachtung bei der Risikobewertung (Beachtlichkeit der schuldnerischen Fernziele).....	444
 Zusammenfassung	447
 Literaturverzeichnis	459

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort (sc. derselben Fußnote)
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AktG	Aktiengesetz
ALR	preußisches Allgemeines Landrecht
Alt.	Alternative
AnfG	Anfechtungsgesetz
Anh.	Anhang
Anl.	Anlage
Anm.	Anmerkung
ArchKrim	Archiv für Kriminologie
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
Bd.	Band
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BR-DrS.	Bundesratsdrucksache
BT-DrS.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DB	Der Betrieb
DBW	Die Betriebswirtschaft
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
DJ	Deutsche Justiz
DJT	Deutscher Juristentag
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
E	Entwurf
Einf.	Einführung
EInsO	Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts (Entwurf)
f. (ff.)	folgende Seite(n)
Fn.	Fußnote

GA	Goldammers Archiv für Strafrecht
GenG	Genossenschaftsgesetz
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HdWW	Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i.e.	id est (= das heißt)
i.E.	im Ergebnis
insbes.	insbesondere
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Ausbildungsblätter
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
KO	Konkursordnung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht. Konkurs, Treuhand, Sanierung.
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
Lit.	Literatur
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MSchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
RabG	Rabattgesetz
Rn.	Randnummer(n)
Recht	Das Recht
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rspr.	Rechtsprechung

s.	siehe
S.	Seite
sc.	scilicet (= nämlich)
SK	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
sog.	sogenannte(r)
Sp.	Spalte
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StGB	Strafgesetzbuch
str.	streitig
StV	Strafverteidiger
StVG	Straßenverkehrsgesetz
StVO	Straßenverkehrsordnung
Tit.	Titel
u.	und
u.a.	unter anderem / und andere
u.ä.	und ähnliche
u.ö.	und öfter
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von / vom
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorb.	Vorbemerkung
WiKG	Wirtschaftsstrafgesetzbuch
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft Steuer Strafrecht
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WZG	Warenzeichengesetz
z.B.	zum Beispiel
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft
ZfBf	Schmalenbachs Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZugabeVO	Zugabeverordnung
zust.	zustimmend
zutr.	zutreffend

Einführung

In seinem im Jahre 1902 erschienenen Kommentar zur Konkursordnung stellt Jaeger für den Tatbestand des in § 240 KO a.F. geregelten einfachen Bankrotts fest:

"Die Rechtsprechung des Reichsgerichts ist eine sehr ungleichmäßige und der Standpunkt der einzelnen Entscheidungen mit Rücksicht auf die sie¹ durchziehende unklare "Pflichtversäumniß" schwer zu bestimmen."²

Diese bald einhundert Jahre alte Beobachtung kann auch für das geltende Recht noch immer volle Geltung beanspruchen: der Verstoß gegen die "Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft", der im geltenden Bankrottsstrafrecht die Funktion der von Jaeger zitierten "Pflichtversäumniß" übernommen hat, ist nach wie vor unklar - Rechtsprechung und Literatur haben den an einen Schuldner in der Krise zu stellenden Verhaltensanforderungen bislang kaum Konturen geben können.

Gegenstand der vorliegenden Abhandlung ist die für eine Strafbarkeit nach den §§ 283ff. StGB erforderliche Pflichtwidrigkeit des Wirtschaftens bei Transaktionen und anderen Handlungen eines von der Insolvenz bedrohten Schuldners. Das Kriterium der Pflichtwidrigkeit des Wirtschaftens wird sowohl hinsichtlich seiner Funktion in der Systematik des Bankrottatbestandes als auch vor dem Hintergrund allgemeiner Zurechnungslehren untersucht. Die praktischen Konsequenzen der zu entwickelnden Ergebnisse werden abgeleitet.

Die Untersuchung wählt einen strafrechts-dogmatischen Ansatz und befaßt sich primär mit dem geltenden Recht. Sie befaßt sich nicht bzw. nur marginal mit der Frage, wie ein effektives Bankrottsstrafrecht in der modernen Wirtschaftsgesellschaft ausgestaltet sein sollte. Letzterem wird hier nicht vertiefend nachgegangen, obgleich die Frage nach dem richtigen Recht im Insolvenzstrafrecht angesichts der rapide angestiegenen Komplexität der Wirtschaftswelt und der zunehmend steigenden Bedeutung materieller Güter für die Gestaltung individueller Lebenswirklichkeit drängender ist als

¹ Gemeint sind die Bankrotthandlungen.

² Jaeger, KO, § 240, Rn. 1 (S. 785), Fn. 1.

je zuvor. Diese Frage drängt auch, weil das Gleichgewicht zwischen den verschiedenen Wirtschaftssubjekten mehr und mehr schwindet. Die ungleichen wirtschaftlichen Machtpositionen in der modernen Gesellschaft haben zu einer ebenso ungleichen Verteilung der für die Wirtschaftssubjekte verfügbaren Sicherungsvorkehrungen gegen wirtschaftliche Risiken geführt.

Trotz dieser Wahrnehmungen beschränkt sich die Untersuchung auf die Analyse des geltenden Bankrottatbestandes und verfolgt weniger ein rechts- oder kriminalpolitisches als vielmehr ein strafrechts-dogmatisches Erkenntnisinteresse. Wie jeder Bereich des Strafrechts steht das Wirtschaftsstrafrecht - mag es auch die ihm gestellten Schutzaufgaben nicht in optimaler Weise bewältigen - unter einem hohen Legitimationsdruck. Rechtsstaatlichen Anforderungen genügt es nur dann, wenn es in sich und gegenüber anderen Rechtsmaterien widerspruchsfrei ist, auf dogmatisch gesicherter Grundlage aufbaut und in das existente Strafrechtssystem reibungslos integriert werden kann. Es muß weiterhin den verfassungsrechtlichen Anforderungen an Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit (ultima-ratio-Grundsatz) genügen.

Für das geltende Bankrottstrafrecht besteht unter diesem Blickwinkel ein erheblicher Klärungsbedarf. Denn es ist zwar eine Fülle von Einzelfragen des Konkursstrafrechts Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen und wissenschaftlicher Auseinandersetzungen gewesen. Gleichwohl stellt sich das Bankrottstrafrecht als eine Materie dar, in der die zu Einzelfragen vertretenen Positionen häufig den Charakter von ad-hoc-Hypothesen aufweisen. Eine allgemeine Diagnose Schönemanns³ betreffend die Tatbestände des Besonderen Teils gilt in besonderem Maße für das geltende Bankrottstrafrecht. Es vermittelt den Eindruck, daß es

"... zumeist um die knapp oberhalb reiner Kasuistik angesiedelte Lösung von Einzelproblemen geht und die zur Begründung bestimmter Positionen angeführten Argumente aus diesem Grunde regelmäßig nur in ganz kurze Ableitungszusammenhänge eingebettet werden."

Das Ziel dieser Untersuchung ist es, die Ableitungszusammenhänge bei der Behandlung und Lösung konkursstrafrechtlicher Probleme zu verlängern, um systematisch konsistente Antworten auf Einzelfragen anbieten zu können. Hierzu bedarf es (auch) der Klärung von Grundfragen, weshalb es nicht zuletzt darum geht, Ansätze für eine Dogmatik des Konkursstrafrechts zu formulieren. Die zum Erreichen dieses Zieles hier unternommenen Be-

³ Festschrift für Bockelmann, S. 117, 118.

mühungen basieren auf der Überzeugung, daß die Grundsätze und Zurechnungsprinzipien, die die strafrechtliche Dogmatik im Bereich des Allgemeinen Teils zur Erfassung und Bewältigung menschlichen Verhaltens entwickelt hat, auch in den Tatbeständen des Besonderen Teils nachweisbar sind und zu ihrem Verständnis herangezogen werden können.

Aus dieser Perspektive erklärt sich zunächst der Titel der Untersuchung "Ordnungsgemäßes Wirtschaften und 'erlaubtes Risiko'". Mit dem Begriff "Ordnungsgemäßes Wirtschaften" ist das Tatbestandsmerkmal "in einer den Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft widersprechenden Weise"⁴ in den §§ 283, 283c, 283d StGB in Bezug genommen, das - wie zu zeigen sein wird - den Zentralbegriff des geltenden Konkursstrafrechts darstellt. Dem "ordnungsgemäßen Wirtschaften" wird das in der Dogmatik des Allgemeinen Teils entwickelte Konstrukt des 'erlaubten Risikos' zur Seite gestellt. Das 'erlaubte Risiko' bildet die dogmatische Begründung dafür, daß (gewisse) gefährliche Verhaltensweisen trotz ihrer Schadensgeneigntheit von strafrechtlicher Haftung freigestellt werden.

Mit dem Verweis auf das dogmatische Konstrukt des 'erlaubte Risikos' ist zugleich der in dieser Untersuchung verwendete Begriff des Risikos umrissen. Sofern Anderes nicht ausdrücklich kenntlich gemacht wird, bezieht sich der Begriff "Risiko" im Folgenden auf den Gegenstand eines strafrechtlichen Vorwurfs. Mit dem Setzen eines Risikos wird das Herbeiführen einer Lage bezeichnet, die sich in einer Beeinträchtigung der Interessen anderer Subjekte (hier: der Gläubiger) niederschlagen kann. Einer genaueren begrifflichen Bestimmung des "Risikos" bedarf es für die Zwecke dieser Abhandlung (vorerst) nicht - wo Konkretisierungen des verwendeten Risikobegriffs erforderlich sind, wird dies gekennzeichnet.

Angesichts der Weite des gewählten Titels ist der Rahmen der Untersuchung noch in verschiedene Richtungen negativ abzugrenzen: Gegenstand der Untersuchung ist nicht die entscheidungstheoretische bzw. betriebswirtschaftliche Kategorie des Risikos. Zwar gewinnen Entscheidungstheorie und Betriebswirtschaft an verschiedenen Stellen für die Untersuchung Bedeutung, sie werden als solche aber nicht eingehend untersucht. Die Untersuchung befaßt sich überdies nicht eingehend mit Mechanismen der Risikoverarbeitung (im Sinn von "Ungewißheitsverarbeitung") durch die am Wirtschaftsverkehr teilnehmenden Subjekte. Risiken, Risikowahrnehmungs- und Risikoverarbeitungsmechanismen sind in der jüngsten Vergangenheit - ausgelöst durch Ulrich Becks Abhandlung "Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne" - wissenschaftlich eingehend bearbeitet

⁴ Dieses Tatbestandsmerkmal wird im Folgenden auch mit dem terminus "in wirtschaftswidriger Weise" bzw. als Substantiv mit dem Begriff "Wirtschaftswidrigkeit" bezeichnet.