

Wirtschaftsrecht
für die Unternehmenspraxis

**Strafbarkeitsrisiken infolge unterlassener
Bonitätsprüfung von Geschäftspartnern**

Autor: Andreas Püschel

INHALT

Inhaltsverzeichnis/Gliederung	I
A. Einleitung/Zielsetzung.....	1
B. Creditmanagement	3
I. Bonitätsprüfung	3
1. interne Informationsquellen	3
2. externe Informationsquellen	3
II. Prozessoptimierung, MaCM	4
III. Rechtliche Grundlagen	5
C. Insolvenzschäden.....	8
I. zum Vertragsschluss	8
II. Protracted default	10
III. bilanzieller Schaden	11
VI. Unpfändbarkeit	11
D. Welche Delikte kommen in Frage? §§ 266,13 StGB	11
I. Objektiver Tatbestand, Missbrauchsalternative	12
a). Täterqualität	12
b) Missbrauchshandlung	13
c) Taterfolg	15
d) Zwischenergebnis	15
II. Objektiver Tatbestand, Treubruchsalternative	15
a). Vermögensbetreuungspflicht	15
b) Tathandlung, Pflichtverletzung	17
c) Nachteil/Vollendung der Straftat	17
d) Zwischenergebnis	18
III. Subjektiver Tatbestand	18
a) Vorsatz und Fahrlässigkeit?	18
b) Vorsatz beim § 266 I Var. 1 StGB	18
c) Abgrenzung bedingter Vorsatz/Fahrlässigkeit	20
d) Rechtsprechung	20
e) Schrifttum	21
f) Ergebnis	23

g) § 266 I Var. 2 StGB	23
E. Exkurs: Wann ist eine unterlassene Bonitätsprüfung keine Pflichtverletzung	24
F. Fallvariationen.....	25
I. § 266 StGB	25
a) Fall 1	25
b) Fall 2	27
c) Variation Tatbestand ausschließendes Einverständnis	29
d) Fall 3	31
e) Fall 4	34
f) Fall 5	36
g) Fall 6.....	37
aa) § 266 I Var. 1 StGB	37
bb) Vorsatz ausschließender Irrtum	41
cc) Rechtswidrigkeit.....	43
dd) Schuld	44
II. § 263 StGB	45
1. Fall: fehlende Täuschung	45
2. Beispielfall	45
a) Täuschung	45
b) Irrtum	46
c) Vermögensverfügung	47
d) Vermögensschaden	49
e) Stoffgleichheit	50
f) subjektiver Tatbestand	51
g) Rechtswidrigkeit	52
h) Schuld	52
i) Ergebnis	52
3. Variation: Versuch	52
4. 263 a StGB	53
III. § 283 StGB	54
G. Gesamtergebnis	57
H. Fazit.....	57
Literatur- und Quellenverzeichnis.....	58

A. Einleitung, Zielsetzung

Insolvenzbedingte Forderungsausfälle verursachen beträchtliche Vermögensschäden für Gläubigerunternehmen. Pro Jahr entstehen in Deutschland Schäden in der Höhe von fast 40 Mrd. EUR, pro Unternehmensinsolvenz durchschnittlich 700.000,00 EUR.¹

Beim Blick in Gläubigerlisten fällt auf, dass es bei Insolvenzen in der Regel eine Mehrzahl von Gläubigern gibt, obwohl die Wirtschaftsauskunfteien nach den ersten negativen Zahlungserfahrungen oder anderer Anzeichen einer drohenden Krise eine schwache Bonitätsbeurteilung vergeben. Daraus folgt, dass in solchen Fällen trotz schwacher Bonität des Kunden Lieferantenkredite gegeben worden sein müssen.

Eine Absicherung des Delkredere – Risikos, z. B. über eine Warenkreditversicherung, ist hier unmöglich. Versichert werden grundsätzlich nur Forderungen gegen Unternehmen mit positiver Bonitätsbewertung durch die Auskunfteien, in begrenzter Höhe und ohne dem Gläubiger bekannte negative Zahlungserfahrungen, Stundungsanfragen, Ratenzahlungen, etc.²

In der aktuellen Anwendung des § 133 InsO besteht bei vergleichbaren Indizien eine Anfechtbarkeit weit über die 3-Monatsfrist des § 130 InsO hinaus bis zu 10 Jahren.³ Damit erhöht sich das Ausfallrisiko deutlich über den Betrag des aktuell offenen Postens hinaus.

Dies scheint im Bewusstsein vieler Verantwortlicher noch nicht angekommen zu sein, wie Untersuchungen über die Durchführung von regelmäßigen Bonitätsprüfungen auch bei Bestandskunden zeigen.⁴ Nur über eine regelmäßige Einbeziehung externer Zahlungserfahrungen auch bei Bestandskunden, die Minimierung von Zielüberschreitungen und Stundungen bei bonitätsschwachen Unternehmen und die Gestaltung anfechtungsfester Ratenzahlungsvereinbarungen können die aktuell beträchtlichen Insolvenzschäden minimiert werden.

Jeder zu solchen Entscheidungen berechnigte Vertreter eines Kredite vergebenden Unternehmens hat somit eine Sorgfaltspflicht, die er beachten muss, damit kein Kreditausfallschaden für seinen Vollmachtgeber entstehen kann. Fraglich ist, ob sich dabei für den Handelnden – neben einer möglichen zivilrechtlichen Schadenersatzpflicht – auch aufgrund einer Credit Policy/Kreditvergaberichtlinie und anderer rechtlicher Vorgaben strafrechtliche Konsequenzen ergeben können, ob also sein Handeln oder Nichthandeln strafrechtlich relevant sein kann.

Zielsetzung dieser Arbeit ist damit die Frage, ob insbesondere das Unterlassen einer Bonitätsprüfung und entsprechender Sicherungsmaßnahmen Strafbarkeitsrisiken für die Betroffenen beinhalten können. Damit könnte diese Arbeit einen Beitrag innerhalb der Diskussion über Creditmanagement-Compliance leisten. Dafür werden zunächst verkehrsübliche Creditmanagement – Maßnahmen vorgestellt, durch die insolvenzbedingte Vermögensschäden minimiert werden.

¹ Kraatz, Rn. 233, Quelle Creditreform, GmbHR 2007, R 62, 2012 38,5 Mrd. EUR

² siehe die AVB der Warenkreditversicherer

³ BGH Urteil vom 06.12.2012, IX ZR 3/12

⁴ Prof. Bernd Weiß, Kreditmanagement in der Unternehmenspraxis, S. 36.

Dann wird im Einzelnen untersucht werden, was die rechtlichen Grundlagen für eine Pflicht zur Bonitätsprüfung sein können und in welcher Form ein Schaden eintritt.

Die in Frage kommenden Delikte werden anhand von regelmäßig in der Praxis beobachtbaren Fallkonstellationen untersucht, um zu einer Antwort auf die Frage nach der Strafbarkeit eines Unterlassens einer Bonitätsprüfung zu gelangen. Dabei wird es vor allem um die Frage gehen, in welchen Fallkonstellationen von einem Vorsatz im strafrechtlichen Sinne gesprochen werden kann.

Das Unterlassen einer Bonitätsprüfung impliziert auch das Unterlassen daraus abzuleitender Creditmanagement-Maßnahmen, welche im Folgenden kurz dargestellt werden sollen. Nur aus deren Verständnis heraus werden die Konsequenzen Ihrer Nichtanwendung sichtbar.

Insolvenzbedingte Schäden werden üblicherweise im Creditmanagement der Unternehmen mit Hilfe einer Bonitätsprüfung des Kunden minimiert. Die Bonitätsprüfung ist Grundlage für die zu vergebene Zahlungskondition und das Kreditlimit.

B. Creditmanagement

Creditmanagement bezeichnet den Bereich des Unternehmens, der Handlungs- und Lösungsansätze bereitstellt, insolvenzbedingte Forderungsausfallrisiken zu minimieren.⁵ Die Darlehensvergabe ist der klassische Fall des Risikogeschäftes, weil sie in aller Regel Gefahren durch die Unsicherheit über die Rückzahlungsfähigkeit des Kreditnehmers zum Fälligkeitsdatum für das Vermögen des Kreditgebers birgt. Dabei hat sich die Bedeutung des Begriffes Risikogeschäftes verschoben. Früher wurde das Überwiegen eines Verlustrisikos gefordert⁶, aktuell gelten Geschäfte, die für den Treugeber das Risiko des Vermögensverlustes beinhalten, als Risikogeschäft, wobei auf ein besonderes Gefährdungspotential verzichtet wird.⁷

Vergleichbare Risiken treten bei der Übereignung einer Sache unter Einräumung einer Zahlungsfrist, also den sogenannten Lieferantenkrediten auf.⁸ Daher werden im Creditmanagement von Unternehmen ganz ähnliche Handlungs- und Lösungsansätze genutzt wie in der Darlehensvergabe der Banken.⁹ Das Creditmanagement ist in der Regel Teil der Debitorenbuchhaltung und sollte von Vertrieb und Geschäftsführung getrennt sein, um die Kollision der Risikominimierung mit Umsatzinteressen zu vermeiden.¹⁰

Damit ist einerseits der Bereich des klassischen Forderungsmanagements, also der möglichst schnellen und hohen Realisierung bereits bestehender Forderungen umfasst. Andererseits wird mit dem Einsatz Risiko adäquater Zahlungskonditionen proaktiv das Entstehen ausfallgefährdeter Forderungen vermieden, indem ausfallgefährdete Unternehmen nur auf Vorauszahlung / Vorkasse bedient werden, das Kreditlimit minimiert wird, anfechtungsfeste

⁵ <http://www.forderungsmanagement.com/node/880>

⁶ BGH NJW 1975, 1234 (1236)

⁷ BGH StV 2004, 424

⁸ Hellmann, Rn. 244a

⁹ MaRisk, Rundschreiben 15/2009, www.bafin.de

¹⁰ MaCM 1.1

Zahlungsvereinbarungen getroffen oder werthaltige Sicherheiten verlangt werden.¹¹ Grundlage der Vergabe risikoadäquater Zahlungskonditionen sind immer aus Bonitätsbeurteilungen abgeleitete Risikoklassifizierungen der Geschäftspartner.¹² Bonitätsprüfungen tauchen nicht erst kurz vor Abschluss des Vertrages auf. Heute ist es üblich, bereits die eigenen Vertriebsaktivitäten anhand der Bonität potentieller Kunden zu steuern. Damit werden ausfallgefährdete Unternehmen erst gar nicht Ziel eigener kostspieliger Akquisitionsaktivitäten.¹³

I. Bonitätsprüfung

1. durch interne Informationsquellen:

eigene Zahlungserfahrungen, insbesondere Zielüberschreitungen, Ratenzahlungen, Stundungen, Informationen des Außendienstes, die in standardisierter Form an das Creditmanagement weiter gegeben werden, Kundenfinanzgespräche, eigene Bilanzanalyse und Rating – Lösungen um Kundenbilanzen zu beurteilen, Erstellung eines unternehmenseigenen Bonitätsindex, etc.¹⁴

2. durch externe Informationsquellen:

Auskunfteien, Zahlungserfahrungspools, Warenkreditversicherer, Factoring-Unternehmen, Bankauskünfte.¹⁵

In Scoringmodellen werden verschiedene Bonitätsindizes (i. A. von 100 – 600 analog der Schulnoten) verwendet, die mit empfohlenen Höchstkrediten und standardisierten Statements über die Zahlungsweise, das Krediturteil, etc. ergänzt werden. Verschiedene Faktoren wie das Vorhandensein und die Art der Erledigung bekannter Inkassoverfahren, Zahlungserfahrungen (vor allem Zielüberschreitungen) aus den Mahnstufen der angeschlossenen Unternehmen, Negativmerkmale (Eidesstattliche Versicherung / Gläubigerbefriedigung ausgeschlossen, Haftanordnung zur Abgabe der EV / Vermögensauskunft nicht abgegeben, Insolvenz), Bilanzbonität, Rechtsform, Branche, Alter, Größe, Umsatz, usw. werden mit unterschiedlicher Gewichtung mit Punkten bewertet und zu einem Indexwert aggregiert.¹⁶

Ratenzahlungen und Zielüberschreitungen, die auch im Rahmen der Insolvenzanfechtung besondere Bedeutung haben, spielen dabei

eine oft entscheidende Rolle. So wird auch bei positiver Bilanzbonität beim Vorliegen mehrerer Ratenzahlungen und Zielüberschreitungen nur eine sehr schwache Bonität, bei bekannten Vollstreckungen ein Bonitätsindex von 500 vergeben.¹⁷ Damit verwendet die Bonitätsbewertung der Auskunfteien vergleichbare Indizien, die auch ein Insolvenzverwalter für die Vermutung der Kenntnis einer drohenden Krise bei dem Gläubiger im Rahmen der Anfechtung nach § 133 InsO regelmäßig vorbringt.

Die Gewichtung und Punktbewertung der Faktoren wird aufgrund insolvenzdiagnostischer Ergebnisse regelmäßig empirisch validiert, aktualisiert und optimiert, die Irrtumswahrscheinlichkeiten anhand des Gini – Koeffizienten kontrolliert und minimiert.¹⁸ Konkret geht es hier

¹¹ Bernd Weiß, Julia Bolik Erfolgsfaktoren der Forderungsrealisation in der Unternehmenspraxis, S. 16

¹² MaCM 4.5.3.; Bundesverband für Creditmanagement

¹³ www.crefoaddress.de

¹⁴ Bernd Weiß, Creditmanagement in der Unternehmenspraxis, S. 30

¹⁵ ebenda, S. 31

¹⁶ Flyer Bonitätsindex 2.0, www.creditreform.de

¹⁷ <http://www.creditreform.de/info-center/qualitaetsfaktoren/creditreform-bonitaetsindex.html>

¹⁸ Broschüre Bonitätsindex 2.0, S. 11 f., www.creditreform.de

um die Minimierung der alpha – Fehler (schlechter Kunde wird wie ein guter behandelt – Forderungsausfall droht) und beta – Fehler (guter Kunde wird wie schlechter behandelt – Geschäft kommt nicht zustande - entgangener Gewinn).

Der Bonitätsindex wird i. A. auch als Ausfallwahrscheinlichkeit / probability of default / „PD“ mit einem Prognosehorizont von 12 Monaten und mit Benchmarks zu allgemeinen rechtsform- und branchenbezogenen Ausfallwahrscheinlichkeiten dargestellt. Der Prognosehorizont von 12 Monaten ist bewusst sehr kurz gewählt, da es bei den klassischen scoring-basierten Wirtschaftsauskünften der Auskunfteien um die Ausfallwahrscheinlichkeit von kurzfristigen Lieferantenkrediten, nicht aber um langfristige Investments geht.

In Ratingmodellen fließen zusätzlich umfangreiche nicht exakt operationalisierbare und nicht empirisch validierbare qualitative Informationen über Produkt- und Marktstrukturen und -entwicklungen, Mitarbeiter, Knowledge Management etc. ein. Der Prognosehorizont ist im Allgemeinen langfristiger, da es in der Regel um längerfristige Investitionen, Aktiengeschäfte, etc. geht.¹⁹

In Verbraucherauskünften werden neben Negativmerkmalen, Erfahrungen aus Inkassofällen der angeschlossenen Mitgliedsunternehmen und Zahlungserfahrungen aus den Mahnstufen (sogenannte „weiche Negativmerkmale“) auch in der Regel mikrogeographische Informationen dargestellt. Dabei handelt es sich um bonitätsrelevante Informationen aus dem Wohnumfeld des Angefragten, wie z. B. Mietniveau, Ausbildungs- und Einkommensniveau, harte und weiche Negativmerkmale im Wohnumfeld, etc. die in aggregierter Form in die Bewertung des Verbrauchers einfließen.²⁰

Die diesen Modellen zugrunde liegende mathematisch-statistische Denkweise ist wirtschaftswissenschaftliches Allgemeingut und liegt im Grunde allen wirtschaftlichen Sachverhalten wie Ermittlung von Versicherungsprämien, Preis- und Zinsgestaltung, etc. zugrunde.

II. Prozessoptimierung, MaCM

Die Verantwortlichen für das Creditmanagement in Unternehmen können sich an den durch den BvCM e. V. vermittelten und allgemein zugänglichen Standards orientieren.

Mit den MaCM²¹ hat der BvCM²² eine Best-Practice-Credit Policy vorgelegt, anhand der die Creditmanagement-Prozesse optimiert werden können. Unter anderem wird das Zusammenspiel zwischen risikoadäquaten Zahlungskonditionen, Kreditlimiten und Sicherheiten dargestellt, nützliche AGB-Klauseln erläutert, Zuständigkeiten und Kommunikationsstrukturen werden optimiert und Controlling-Kennzahlen vorgestellt.

Eine große Herausforderung an das Creditmanagement der Unternehmen stellt die Minimierung von Anfechtungsrisiken dar (s. o.). Da aber Zielüberschreitungen und Ratenzahlungen in vielen Branchen sehr verbreitet sind²³, werden über Bonitätsanalysen des gesamten Kun-

¹⁹ www.creditreform-rating.de

²⁰ www.boniversum.de/bonima

²¹ Mindestanforderungen im Creditmanagement

²² früher VfCM e.V., Kleve

²³ zur Baubranche BGA Positionspapier, 6.03.2012, S. 2, Bundesverband Großhandel Außenhandel Dienstleistungen e. V.

denbestandes zunächst insolvenzgefährdete Kunden identifiziert, um dann bei diesen Maßnahmen zur Minimierung des Anfechtungsrisikos (Zielverlängerungen, um Zielüberschreitungen zu minimieren, Ratenzahlungen auf einbezogenen Eigentumsvorbehalt unter Einbeziehung einer Vermögensstatus und einer Versicherung der Zahlungsfähigkeit, Barzahlungen, etc.) zu initiieren.

III. rechtliche Grundlagen

Für den Bereich deutscher Kreditinstitute liegt mit den MaRisk ein verbindliches Regelwerk zur Minimierung von Risiken vor, welches auch Maßnahmen zur Minimierung von Forderungsausfällen erfordert.²⁴

Der ordentliche Kaufmann im Sinne des § 347 HGB hat innerhalb der in seiner Branche üblichen Weise sorgfältig die Entscheidungsgrundlagen zu ermitteln und im Sinne des Unternehmenswohls mit begrenzter Risikobereitschaft zu handeln.²⁵ § 43,1 GmbHG verpflichtet den GmbH-Geschäftsführer auf die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes, wobei § 43,2 GmbHG eine zivilrechtliche Haftung für durch Obliegenheitsverletzungen entstandene Schäden begründet.

Die Sorgfaltspflicht des GmbH-Geschäftsführers geht über die eines ordentlichen Kaufmanns hinaus, da er die treuhänderische Wahrung fremder Vermögensinteressen zu beachten hat.²⁶ Ein Unterlassen einer Bonitätsprüfung des Kunden kann eine Pflichtverletzung des Geschäftsführers sein.²⁷

Verkauf von Ware auf Rechnung in größerem Umfang sei ohne Bonitätsprüfung und ohne übliche Sicherheiten grundsätzlich eine Pflichtwidrigkeit des Geschäftsführers²⁸, die Bonitätsprüfung von neuen Geschäftspartnern ist eine Pflicht des GmbH-Geschäftsführers.²⁹

Der Vermögensverwalter wird sich in der Regel vor der Lieferung der Kaufsache von einigem Wert unter Einräumung einer Zahlungsfrist Informationen über die Bonität des Vertragspartners verschaffen müssen.³⁰

Fraglich ist, ob insolvenzbedingte Forderungsausfallrisiken von Neu- und Bestandskunden auch empirisch als so hoch einzuschätzen sind, dass hier grundsätzlich eine Handlungspflicht für den Verantwortlichen entstehen könnte.

Die durchschnittliche insolvenzbedingte Ausfallwahrscheinlichkeit deutscher Unternehmen beträgt mit einem Prognosehintergrund von 12 Monaten 2,2 %.³¹ Dieses Risiko muss zunächst im Vergleich zu den Risiken anderer üblicher unternehmerischer Entscheidungen gesehen werden.

²⁴ Rundschreiben 15/2009, www.bafin.de

²⁵ <http://corporatecontrol.de/controlling/compliance/sorgfaltspflichten>

²⁶ OLG Zweibrücken, NZG 1999, 506

²⁷ http://www.ihk-berlin.de/linkableblob/bihk24/recht_und_steuern/downloads/816282/

²³ /data/Merkblatt_Geschaefsfuehrung_von_GmbH_und_UG_haftungsbeschraenkt-data.pdf

²⁸ www.juraforum.de/lexikon/gmbh-geschaeftsfuehrer

²⁹ Der GmbH-Geschäftsführer, Rechte und Pflichten, Rocco Julia, S. 298

³⁰ Hellmann, Risikogeschäfte und Untreuestrafbarkeit ZIS 2007, 433, 438

³¹ <http://www.creditreform.de/info-center/qualitaetsfaktoren/creditreform-bonitaetsindex.htmlQ>

So werden z. B. im Bereich der Produktentwicklung nur aus einem geringen Prozentsatz der entwickelten Produkte marktreife Produkte.³² Immer wenn aus einer Produktentwicklung kein erfolgreiches Produkt wird, welches seine Entwicklungskosten einspielt, entsteht ein Schaden für das betreute Vermögen.

Laut einer Studie von Kienbaum aus dem Jahr 2005 sind zwischen 5 und 25 % der Personalentscheidungen so fehlerhaft, dass sie innerhalb von 2 Jahren revidiert werden müssen. Viele Firmenkäufe entwickeln sich zum Verlustgeschäft, publik werden nur einige prominente Fälle. Henry Ford wird der Satz zugeschrieben, die Hälfte seiner Werbeausgaben seien vergeblich, er wisse nur nicht, welche Hälfte.

Scheitern und Fehlentscheidungen sind also bei geschäftlichen Entscheidungen auch unter Beachtung verkehrsüblicher Sorgfalt eher die Regel denn die Ausnahme. Regelmäßig müssen auch höhere Risiken eingegangen werden, um unternehmerische Chancen nutzen zu können, da erscheinen die durchschnittlichen Ausfallrisiken bei Lieferantenkrediten eher als marginal. An diesem Punkt zivil- oder strafrechtlich relevante Pflichten entstehen zu lassen, würde freies unternehmerisches Handeln, auf dem unsere Marktwirtschaft ganz wesentlich beruht, alles andere als fördern. Das kann nicht im Sinne und Zweck des GmbHG sein.

Hier sind unvermeidliches Risiko und allgemeines Lebensrisiko von erkennbaren und daher einschätzbaren und vermeidbaren Risiken abzugrenzen. Nur bei letzterem lassen sich Fragen nach einer Unachtsamkeit, Leichtfertigkeit, Fahrlässigkeit oder nach einem Vorsatz sinnvoll stellen. Ansonsten fehlt es an der Schaffung einer rechtlich missbilligten Gefahr im Sinne der Lehre von der objektiven Zurechnung.³³ Erkennbares und vermeidbares Risiko würde z. B. vorliegen, wenn dem Verantwortlichen bereits Anzeichen bekannt sind, die im Falle einer Kundeninsolvenz als anfechtungsrelevant im Sinne des § 133 InsO beurteilt werden, insbesondere Zielüberschreitungen, Stundungsanfragen und Ratenzahlungen, mithin eigene negative Zahlungserfahrungen oder auch vergleichbare Informationen (z. B. vom Kunden oder anderen Lieferanten).

Daraus muss der Verantwortliche, wie im Anfechtungsfall nach ständiger Rechtsprechung der Insolvenzverwalter oder die Warenkreditversicherung, die hier im Schadensfall jeglichen Deckungsschutz verweigern würde, ein erhöhtes Ausfallrisiko ableiten. Dieses erhöhte Ausfallrisiko muss im Sinne gewissenhaften kaufmännischen Handelns eine Pflicht zur Bonitätsprüfung und entsprechender Creditmanagement-Maßnahmen auslösen, um Schäden für das betreute Vermögen zu vermeiden.

Ohne weitergehende Informationen unter Einbeziehung möglichst vieler externer Zahlungserfahrungen erscheint eine gewissenhafte Chancen- und Risikoabwägung im Sinne kaufmännischer Sorgfalt schwer durchführbar.

Vergleichbares muss bei Lieferantenkrediten gelten, die alleine durch Ihre Höhe geeignet sind, die Existenz und den Fortbestand des Unternehmens zu gefährden. Hier kann auch bei

³² <http://www.wirtschaftslexikon24.com/d/neuproduktentwicklung/neuproduktentwicklung.htm>

³³ Murmann, Grundkurs Strafrecht, 2011, S. 151

einem moderaten durchschnittlichen aber konkret unbekanntem Ausfallrisiko ein Inkaufnehmen der Schadensrealisierung nur schwer mit einem gewissenhaften kaufmännischen Handeln zu vereinbaren sein.

Beim Vorliegen von negativen Zahlungserfahrungen oder entsprechenden Informationen oder bei existenzgefährdenden Höhen von Lieferantenkrediten, entsteht damit aus § 43,1 GmbHG eine Verpflichtung zur Bonitätsprüfung.

Im Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) ist in § 91 Abs. 2 AktG festgelegt, dass der Vorstand geeignete Maßnahmen zu treffen und insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten hat, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden.

Insolvenzbedingte Forderungsausfälle sind dazu geeignet, den Fortbestand einer Gesellschaft zu gefährden, das zeigt das Phänomen der Folgeinsolvenz. Überwachungssysteme zur Minimierung insolvenzbedingter Forderungsausfälle sind der Anwendungsbereich des Creditmanagements. Ausstrahlungswirkungen auf andere Rechtsformen, insbesondere die GmbH, waren bereits im Gesetzentwurf ausdrücklich intendiert und sind allgemein bekannt.

³⁴

Damit entsteht aufgrund KonTraG bei existenzbedrohenden Ausfallrisiken und Vorliegen eigener negativer Zahlungserfahrungen oder entsprechender Informationen eine Verpflichtung zur Bonitätsprüfung und einer risikoadäquaten Konditionenvergabe.

C. Schäden durch Insolvenz bedingte Forderungsausfälle

I. Schadenszeitpunkt Vertragsschluss

Fraglich ist, ob bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ein Schaden entstanden sein könnte.

Die Höhe des Schadens beträgt die Differenz des Wertes des Gesamtvermögens vor und nach dem schädigenden Ereignis.³⁵

Schaden bedeutet hierbei nicht nur der Betrag der Hauptforderung.

Unter den wirtschaftlichen Schäden für den Gläubiger fallen vielmehr auch Folgekosten in Form von eigenen Mahnaktivitäten, Rechtsanwalts- und Gerichtskosten, Kommunikationsaufwand mit dem Rechtsanwalt und vor Gericht (z. B. Zeugenaussagen von Mitarbeitern) oder Zinskosten bei der Aufnahme kompensatorischer Kredite. Gerade diese Folgekosten können durch die Begrenzung der Gläubigermahnspeisen dem einzelnen Schuldner oft nicht angemessen in Rechnung gestellt und erfolgreich weiterbelastet werden. Verzugszinsen und Gläubigermahnspeisen sind durch die §§ 286, 288 BGB eng begrenzt, Rechtsanwalts- und

³⁴ <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/gesetz-zur-kontrolle-und-transparenz-im-unternehmensbereich-kontrag.html>

³⁵ Prinzip der Gesamtsaldierung, BGHSt 47, 295, 301 f.

Gerichtskosten können nur im Erfolgsfall beim Schuldner realisiert werden. Die Auswirkungen des Gesetzes zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, insbesondere die Realisierungsquote der 40,00 EUR Verzugspauschale bleiben abzuwarten.

Erfolgreiche Vollstreckungen sind nicht regelmäßig zu erwarten:

„Die Erledigung durch Pfändung rückt jedoch durch fortlaufende Pfändungsschutzvorschriften und den immer schnelleren Werteverfall von Konsumgütern weitgehend in den Hintergrund und kann zudem sehr kostenintensiv sein“.³⁶

Bereits in dem Entstehen einer Forderung gegen ein überdurchschnittlich ausfallgefährdetes Unternehmen kann aus kaufmännischer Sicht ein Schaden gesehen werden, da die Forderung eine geringere Realisierungswahrscheinlichkeit besitzt und mit einer hohen Wahrscheinlichkeit zu weiteren Folgekosten führt. Die Realisierungswahrscheinlichkeit leitet sich aus der Ausfallwahrscheinlichkeit ab, welche mit anerkannten statistischen Methoden zuverlässig prognostiziert werden kann.

Damit ist aus kaufmännischer Sicht in dem Vertragsschluss bereits der Schadenszeitpunkt zu sehen, da eine erhöhte Ausfallwahrscheinlichkeit und damit eine geringere Werthaltigkeit der Forderung anhand der Bonitätsbewertung bereits zu diesem Zeitpunkt abzuleiten ist.

Die Begriffe des Gefährdungsschaden und der schadensgleichen Vermögensverfügung sind daher hier anwendbar.

Bei ihnen wird bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses der vollendete Schadenseintritt bejaht, wenn der Gesamtvermögenswert konkret gefährdet wird.³⁷

Durch den drohenden Ausfall einer nicht werthaltigen Forderung ist der Gesamtvermögens des Gläubigers konkret gefährdet.

Auch das Risiko rechtlicher Auseinandersetzungen kann nach Lage des Einzelfalles einen Gefährdungsschaden begründen.³⁸ Zahlungsschwache Schuldner sehen sich oft gezwungen, durch Widersprüche und unberechtigte Mängelanzeigen über das gerichtliche Streitverfahren Zeit zu gewinnen. Zurückliegende bekannte Zahlungen nach gerichtlichen Maßnahmen sind Voraussetzung für eine sehr schwache Bonitätsbewertung von 500.³⁹ Damit ist davon auszugehen, dass auch in Zukunft gerichtliche Schritte nötig sein werden.

Zur Feststellung des Gefährdungsschadens ist die jeweilige Höhe konkret festzustellen und zu beziffern, normative Feststellungen⁴⁰ reichen hier nicht aus und sind verfassungswidrig.⁴¹ Vielmehr könnten die Bewertung des Minderwerts nach Maßgabe der International Accounting Standards (IAS) und der Rückstellungs-Richtlinien der Finanzinstitute durchgeführt werden.⁴²

³⁶ <http://www.justizportal.niedersachsen.de/portal/>

ive.php?navigation_id=13295&article_id=56694&psmand=50

³⁷ konkrete Vermögensgefährdung BGHSt 33, 244,246

³⁸ Vermögensgefährdung BGHSt 15, 83,87

³⁹ Flyer Bonitätsindex 2.0, www.creditreform.de

⁴⁰ „konkrete Gefahr sei evident“, „Risiko wie ein Spieler eingegangen“, etc.

⁴¹ BverfG, Beschluss v. 23.6.010, 2 BvR 2559/08

⁴² BGHSt 53, 199., Rn. 13

Nach den Rechnungslegungsvorschriften des IFRS müssen Wertberichtigungen und Rückstellungen für Bonitäts- und Länderrisiken gebildet und ausgewiesen werden, Pauschalwertberichtigungen müssen aus durchschnittlichen Forderungsausfällen gebildet werden.⁴³ Da die Bonitätsbewertungen der Wirtschaftsauskunfteien vergleichbaren Bewertungsprinzipien folgen, vergleichbare Einflussfaktoren in ähnlicher Form gewichten und die daraus abgeleitete Ausfallwahrscheinlichkeit ein statistisches Maß für die Nichtrückzahlung darstellt, könnte bei Forderungen gegen Unternehmen und Privatpersonen ohne wesentlichen Aufwand (Gutachter, etc.) aus der Ausfallwahrscheinlichkeit auf die Höhe des Gefährdungsschadens geschlossen werden. Bei einer Ausfallwahrscheinlichkeit des Schuldnerunternehmens von 5 % wäre bei einer Forderung von 1000,00 EUR von einem Gefährdungsschaden von 50,00 EUR auszugehen.

Beim Verkauf von Waren und Dienstleistungen gegen Ausfall gefährdete Forderungen ist damit bereits zum Zeitpunkt der Rechnungsstellung ein Schaden entstanden, dessen Höhe aber nach anerkannten Methoden exakt beziffert werden muss.

Weiter hätte anstelle des ausgefallenen Kunden auch ein positiver beliefert werden können, was rein wirtschaftlich betrachtet zusätzlich den Schaden in Höhe des entgangenen Gewinns umfassen würde. Strafrechtlich kann die unterlassene Vermögenmehrung nur bei wirtschaftlicher Betrachtung einer hinreichend gesicherten Aussicht auf den Vorteil relevant werden.⁴⁴

Durchsetzbare Eigentumsvorbehaltsvereinbarungen (auch verlängerter EV und die Abtretung der aus der Leistung entstehenden Kundenforderung) können allerdings einen Schaden minimieren bzw. vermeiden.

II. protracted default

Ratingagenturen, Warenkreditversicherer und Factoring-Dienstleister haben durch ihren hohen Verbreitungsgrad in der Praxis zu einem Schadensbegriff geführt, der durch ihre Geschäftsbedingungen geprägt ist. 33 Prozent vor allem der größeren Unternehmen nutzen Warenkreditversicherungen.⁴⁵ Factoring Unternehmen nutzen zur Absicherung des Delkreder-Risikos ebenfalls Warenkreditversicherungen.

Verkehrsblich im Bereich der Warenkreditversicherung ist der sogenannte vorgezogener Schadensfall/protracted default, bei dem bei einer vorher definierten Zielüberschreitung der Schadensfall mit einer prozentualen Entschädigungsleistung auch ohne Insolvenz, harte Negativmerkmale etc. eintritt.⁴⁶ Im Allgemeinen führt eine Zahlungszielüberschreitung von 3 bis 5 Monaten zum Nichtzahlungstatbestand und damit zum Versicherungsfall.⁴⁷

⁴³ www.ifrs-portal.com

⁴⁴ Anwartschaft oder Expektanz, Kindhäuser JR 97, 301

⁴⁵ Bernd Weiß, Kreditmanagement in der Unternehmenspraxis, S. 28

⁴⁶ protracted default in www.atradius.de/atradius/ueberatradius/glossar.html

⁴⁷ z. B. bei der atradius modula kompakt tritt der protracted default 5 Monate nach Fälligkeitszeitpunkt ein, www.atradius.de

Dies führt aber je nach Vertragsgestaltung von signifikanten Prämien erhöhungen bis hin zur „Sanierungskündigung“ des nun als risikobehaftet eingestuften Vertrages von Seiten des Versicherers, was auch den Wechsel zu einer anderen Versicherung schwieriger und kostenintensiver macht. Die Möglichkeit der Vertragskündigung im Schadensfall von Seiten des Versicherers ist verkehrüblich.

Durch die Prämienhöhung oder Vertragskündigung entsteht dem Gläubiger so trotz der Entschädigungsleistung mittelbar ein weiterer Schaden, der mittelfristig weit höher sein kann, als der einzelne Forderungsausfall.⁴⁸ Da der Schadensfall innerhalb der allgemeinen Versicherungsbedingungen mit einer bestimmten Anzahl von Zielüberschreitungstagen bestimmt ist, ist auch der daraus resultierende Schaden bereits mit einer entsprechenden Zielüberschreitung definiert.

An dieser Stelle wird damit ein ähnliches Prinzip angewandt, wie bei einer Annahme der Kenntnis von einer drohenden Krise des Schuldners beim Gläubiger bei Zielüberschreitungen im Rahmen der Insolvenzanfechtung nach § 133 InsO.

Auch Ratingagenturen bewerten Forderungen im Zahlungsverzug als Zahlungsausfall.⁴⁹

III. bilanzieller Schaden

Bilanziell muss bei einer schwachen Bonität des Kunden vor allem bei Ratenzahlungen und Zielüberschreitungen eine erhöhte Anfechtungswahrscheinlichkeit nach §§ 130, 133 InsO angenommen werden und damit eine Bewertung als zweifelhafte Forderung bzw. eine entsprechende Rückstellung erfolgen.⁵⁰

Die Rückstellungsbildung, die den anfechtungsbedingten Mittelabfluss zu antizipieren versucht, führt zu einer ungünstigeren bilanziellen Situation, Liquiditätsbelastung, schlechteren Kennzahlen und damit zu einem schlechteren Bilanzrating.⁵¹ Dies wiederum verteuert und erschwert die Kreditaufnahme bei den Banken, im Rahmen des risk based pricing, der risikobasierten Preisbildung, auch die Preise bei Lieferantenkrediten. Bei einer schlechteren Bonität und damit erhöhten Ausfallwahrscheinlichkeit des Unternehmens wird in der Praxis von dessen Lieferanten ein Risikoaufschlag oftmals direkt zu einer Finanzierung einer Ausfallversicherung verwandt.⁵²

An dieser Stelle entsteht also sogar trotz Zahlungseingang bereits durch die Folgen einer erhöhten Anfechtungsgefährdung einer Forderung ein konkreter gegenwärtiger Schaden für das Gläubigerunternehmen.

⁴⁸ z. B. die R&V-CrefoPolice WKV hat Malusstufen nach Schadensfällen mit 40 und 80 prozentigen Zuschlagsquoten, R&V-CrefoPolice WKV AVB

⁴⁹ <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/eurokrise/ratingagenturen-der-eiertanz-um-den-verzug-griechenlands-13695.html>

⁵⁰ BGA Positionspapier vom 16.03.2012, S. 5, Bundesverband Großhandel, Außenhandel, Dienstleistungen e. V. Rain Dr. Helena Melnikov

⁵¹ BGA Positionspapier, ebenda

⁵² www.businessdictionary.com/.../risk-based-pricing

IV. Unpfändbarkeit

Unstreitig als Moment des Schadeneintrittes zu bezeichnen sind die Insolvenz, die Eidesstattliche Versicherung / Gläubigerbefriedigung ausgeschlossen nach § 882c ZPO und die Unpfändbarkeitsbescheinigung des Schuldners gemäß § 807 ZPO. Sie führen zu einer Unmöglichkeit, die Forderung mit zivilrechtlichen Mitteln zu realisieren und sind buchhalterisch Grundlage für eine Wertberichtigung.

D. Welche Delikte kommen im Einzelnen in Frage?

I. §§ 266, 13 StGB Untreue durch Unterlassen

Fall: V ist als angestellter Geschäftsführer der A-GmbH vor allem für den Vertrieb zuständig. Es existiert eine Credit Policy, in der in Abhängigkeit von dem Warenwert Bonitätsprüfungsroutinen und entsprechende Zahlungskonditionen als verbindliche Arbeitsanweisung definiert sind.

Die I-GmbH möchte Ware im Wert von 30000,00 EUR auf Rechnung kaufen. Ein Forderungsausfall wäre für die A-GmbH existenzgefährdend.

V kennt den Kunden I-GmbH schon länger aus eigener persönlicher Erfahrung heraus und hat den (zutreffenden) Eindruck, dieser habe bei der A-GmbH immer gut gezahlt. Vor diesem Hintergrund und da er den Kunden nicht durch evtl. Kreditlimitierung, Sicherheiten- oder Vorkasseregulungen verlieren will, verzichtet er kundenorientiert auf eine Bonitätsprüfung und gibt den Auftrag im Wert von 30000,00 EUR auf Rechnung frei.

Nachdem die Ware bei der I-GmbH eingetroffen ist, erhält die A-GmbH die Nachricht von deren Insolvenzantrag. Die Bonität der I-GmbH zum Vertragsschluss war bereits schlecht, da mehrere Inkassofälle und Zielüberschreitungen bekannt waren. Bei der A-GmbH wurde bis zuletzt pünktlich bezahlt, da diese ein besonders wichtiger Lieferant war.

Ist V strafbar gemäß § 266 I Var. 1 StGB zum Nachteil der A-GmbH?

Das geschützte Rechtsgut des § 266 StGB ist allein das Vermögen des Opfers, der Missbrauch der Vertrauensstellung ist lediglich das Mittel.⁵³

1. objektiver Tatbestand, Missbrauchsalternative

V könnte sich durch die unterlassene Bonitätsprüfung gemäß § 266 I Alt. 1 zum Nachteil der A-GmbH strafbar gemacht haben.

Dafür müsste V eine Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis missbraucht haben.

Befugnis im Sinne des § 266 StGB bedeutet die Rechtsmacht, in wirksamer Weise über Vermögensrechte eines anderen durch Übertragung, Aufhebung, Belastung oder Änderung zu verfügen oder ihn zu solchen im Rahmen rechtsgeschäftlichen Handelns zu verpflichten.⁵⁴

⁵³ BGHSt 43,293

⁵⁴ M/Schroeder/Maiwald 45/17; A/W-Weber 22/12

a. Täterqualität

Um tauglicher Täter der Untreue zu sein, müsste V zunächst eine Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis über fremdes Vermögen haben.

Dass der Missbrauchstatbestand weiter eine Vermögensbetreuungspflicht dem Opfer gegenüber erfordert, ist strittig.⁵⁵

Im Rahmen des § 266 STGB kommen hierbei z. B. Vermögensbetreuungspflichtige in Frage, die aufgrund ihrer Funktion Risikogeschäfte eingehen dürfen, z. B.:

Geschäftsführer, Vorstand, Rechnungsprüfer, Einkäufer, Creditmanager, Buchhalter, Vertrieb, Compliance-Officer, Amtsträger, auch Externe: Rechtsanwälte, Insolvenzverwalter, etc..⁵⁶

Anders als z. B. ein typischer Vertriebsmitarbeiter ist V als angestellter Geschäftsführer vermögensbetreuungspflichtig, damit kann die Frage nach der Notwendigkeit einer Vermögensbetreuungspflicht hintenan stehen.

Fraglich ist, ob V eine ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte rechtlich wirksame Verfügungs- (iSd § 185 BGB) oder Verpflichtungsbefugnis (Stellvertretung iSd §§ 164 ff. BGB) über fremdes Vermögen besitzt.⁵⁷

V ist Geschäftsführer einer GmbH aufgrund eines Dienstverhältnisses.

Zu seinen Aufgaben gehört die Verwaltung des Vermögens der GmbH sowie der Abschluss von Verträgen, deren Inhalt Auswirkungen auf den Bestand des Vermögens haben. Sein Auftrag ist die Maximierung des GmbH-Vermögens. Das Vermögen einer juristischen Person ist für den Geschäftsführer fremd.⁵⁸

Folglich besitzt V die durch Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen.

Er gehört damit zum beschriebenen Täterkreis.

b. Missbrauchshandlung

V müsste eine ihm eingeräumte Befugnis missbraucht haben.

Tathandlung ist der Verkauf von Ware ohne Bonitätsprüfung und daraus resultierenden risikoadäquaten Zahlungskonditionen.

Bei einem Verkauf von Ware oder Dienstleistungen auf Ziel verpflichtet V das von ihm vertretene Unternehmen.

Die Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis muss sich auf fremdes Vermögen beziehen und muss dem Täter rechtswirksam eingeräumt sein.⁵⁹

⁵⁵ Dräger, Rumpf-Rometsch Die Fälle, Strafrecht BT 2

⁵⁶ Kraatz, Rn. 213

⁵⁷ zur Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis BGHZ 34

⁵⁸ Fischer, StGB, § 266, Rn.13

⁵⁹ LK-Schünemann 39, 47

Missbrauch ist Fehlgebrauch von Rechtsmacht und das Ergebnis einer Bewertung der konkreten Befugnis-Ausübung im Verhältnis zu der aus dem Innenverhältnis entspringenden Pflicht.⁶⁰

Die Pflichten zur Bonitätsprüfung und zur Einleitung von Creditmanagement-Maßnahmen und eine damit einhergehende Einschränkung der Befugnisse im Innenverhältnis sind in der Credit Policy der Unternehmen geregelt. In ca. 75 % der Unternehmen existiert eine solche Credit Policy.⁶¹ In dieser wird u. a. für Lieferantenkredite verbindlich geregelt, ab welcher Risikohöhe welche Form von Bonitätsprüfung zu erfolgen hat und welche Zahlungskonditionen aus der jeweiligen Bonitätseinstufung resultieren.

Für einen Missbrauch müsste ein Überschreiten verbindlicher Vorgaben im Innenverhältnis (des rechtlichen Dürfens) durch das rechtliche Können im Außenverhältnis vorliegen.⁶²

Der Verkauf auf Ziel ist zwar eine Tätigkeit (s. o.), das Unterlassen einer Bonitätsprüfung ist aber kein aktives Tun.

Die allgemein verbreitete Bedeutung des Begriffes „Missbrauch“ weist eher auf ein Ausnutzen einer besonderen Position hin, demnach ein aktives Tun.

Fraglich ist, ob ein Missbrauch durch Unterlassen begangen werden kann.

Nach § 13 StGB ist das Unterlassen der Erfolgsabwendung nur strafbar, wenn der Täter rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt.

Der Erfolg des § 266 StGB ist der Schaden. Damit V sich durch ein Nichthandeln strafbar machen könnte, müsste eine Pflicht zum Handeln bestehen.

Die Pflicht zum Handeln ergibt sich für V aus der Credit Policy. Die Handlung ist die Vornahme der Bonitätsprüfung, dies zu unterlassen ist daher pflichtwidrig. Die Unterlassung hat demnach die Qualität einer Handlung. Ein Nichthandeln wird wie ein Missbrauch bestraft, wenn dadurch der zu vermeidende Erfolg eintritt.⁶³

Auch aus dem Schutzzweck der Norm heraus muss ein Nichthandeln des Vermögensbetreuungspflichtigen mit negativer Konsequenz auf das betreute Vermögen ebenso geahndet werden können, wie ein Handeln. V ist als Geschäftsführer vermögensbetreuungspflichtig.

Die Pflicht zur Bonitätsprüfung um insolvenzbedingte Vermögensschäden zu vermeiden, stellt eine Garantenstellung aufgrund einer Pflichtenposition dar.

Sie entsteht nicht aus Ingerenz, einer besonderen Vertrauensstellung heraus, o. ä., sondern aus der vertraglichen Gewährübernahme des V heraus. Aus seiner Garantenstellung heraus hat V damit eine Pflicht zu handeln.

Somit ist durch das Unterlassen die Erfüllung des Tatbestandes gegeben.

Fraglich ist, ob V innerhalb seines Befugnisbereiches, seines rechtlichen Könnens, gehandelt hat.

⁶⁰ M/Schroeder/Maiwald 45/21

⁶¹ Bernd Weiß, Kreditmanagement in der Unternehmenspraxis, S. 15

⁶² Zweck des Missbrauchstatbestandes BGHSt 5,61, 63, wistra 88, 191, NJW 95, 1535

⁶³ Unterlassen als Missbrauchshandlung Bremen NstZ 89, 228, LK-Schünemann 54 f.

Beim Überschreiten der Kompetenzen der Befugnisse im Außenverhältnis, bei dem der abgeschlossene Vertrag hinfällig ist, liegt aber kein Missbrauch im Sinne des § 266 StGB vor.⁶⁴ Handlungen außerhalb des Befugnisbereiches und damit außerhalb des rechtlichen Könnens fallen nicht unter den Missbrauchstatbestand.⁶⁵ Daher muss der genaue Befugnisbereich festgestellt werden, bevor ein Missbrauch festgestellt werden kann.⁶⁶

Im Außenverhältnis ist V abschlussberechtigt und kann das von ihm vertretene Unternehmen auch ohne Einhaltung der Vorgaben aus der Credit Policy wirksam verpflichten. Der Vertragsschluss liegt im Befugnisbereich und damit im Bereich des rechtlichen Könnens des V.

V hat im Innenverhältnis aus der Credit Policy bezüglich der Bonitätsprüfung und risikobehängigen Zahlungskonditionen Verpflichtungen, die sein rechtliches Dürfen im Innenverhältnis definieren und einschränken.⁶⁷

Dieser Verpflichtung kommt er nicht nach.

Damit liegt bei einem Vergleich des vertraglichen Befugnisumfangs mit dem einschränken Innenrechtsverhältnis eine Überschreitung von Außenmacht und Innenberechtigung vor.⁶⁸ Bei einer Kreditvergabe ohne die erforderliche Befugnis (...) liegt unzweifelhaft ein Missbrauch vor. Besonderes Gewicht kommt (...) bei allen Darlehensgeschäften der Pflicht zu einer sorgfältigen Risikoanalyse zu. Dazu gehört vor allem die eingehende Prüfung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Kreditnehmers.⁶⁹

V hat eine ihm eingeräumte Befugnis missbraucht.

c. Taterfolg

Der A-GmbH müsste durch die unterlassene Bonitätsprüfung des V ein Schaden entstanden sein

Eine Forderung gegen ein Kundenunternehmen in Insolvenz ist wegen der geringen Realisierungswahrscheinlichkeit auch schon vor dem endgültigen Ausfall im Sinne einer schadensgleichen Vermögensgefährdung als Schaden zu qualifizieren. Die A-GmbH kann ihre Forderung nicht durchsetzen, damit ist ihr ein Schaden entstanden. Bei einem negativen Saldo des Vermögenswertes vor und nach der Untreuehandlung liegt ein Nachteil vor.⁷⁰ Dabei ist es an diesem Punkt ohne Belang, wie hoch der Schaden ist oder ob er für die A-GmbH existenzgefährdend ist.

⁶⁴ Frankfurt, MDR 94, 1232

⁶⁵ BGHSt 8,149; wistra 96, 72

⁶⁶ Eisele, GA 01, 377, 393 ff.

⁶⁷ zum missbräuchlichen Nichteinhalten des Befugnisumfangs bei Kreditsachbearbeitern: Hellmann, Risikogeschäfte und Untreuestrafbarkeit ZIS 2007, 433, 438

⁶⁸ zum Überschreiten des Befugnisumfangs wistra 88, 305

⁶⁹ Hellmann, Risikogeschäfte und Untreuestrafbarkeit ZIS 2007, 433, 438

⁷⁰ Schünemann Fn. 9, § 266 Rn. 136

Der A-GmbH ist also durch die unterlassene Bonitätsprüfung ein Schaden entstanden. Es ist nichts dazu gesagt, dass V willens und in der Lage wäre einen eventuell eintretenden Verlust auszugleichen, was einen Nachteil ausscheiden lassen würde.⁷¹

Der Schaden müsste V auch kausal zuzurechnen sein.

Dazu darf nach der sine qua non-Formel das Unterlassen nicht wegzudenken sein, ohne dass der Erfolg entfällt.

Bei der Durchführung hätte V erkannt, dass ein Verkauf auf Kredit der A-GmbH schadet, er hätte wohl Vorsichtsmaßnahmen getroffen, die dies verhindern. Somit ist die Unterlassung kausal für den Taterfolg. Die Kausalität ist auch unmittelbar. Der Schaden ist dem V zuzurechnen.

Der Schaden ist auch bei dem entstanden, dessen Vermögensinteressen V zu betreuen hat.

d. Zwischenergebnis:

der objektive Tatbestand des § 266 I Alt. 1 StGB ist erfüllt.

II. Objektiver Tatbestand, Treubruchalternative

V könnte sich durch die unterlassene Bonitätsprüfung gemäß § 266 I Alt. 2 zum Nachteil der A-GmbH strafbar gemacht haben.

a. Täterqualität Vermögensbetreuungspflicht

Um als Täter infrage zu kommen, müsste V eine Vermögensbetreuungspflicht haben. Es müsste sich um eine Hauptpflicht von einiger Bedeutung handeln.

Vermögensbetreuungspflicht bedeutet eine Hauptpflicht zur fremdnützigen Vermögenssorge, die sich nach Dauer und Umfang über bloße Einzelfälle hinaus erstreckt, so dass der Verpflichtete für Ihre Erfüllung einen gewissen

Spielraum, eine gewisse Bewegungsfreiheit oder Selbstständigkeit hat.⁷²

Die Vermögensbetreuungspflicht kann durch Gesetz, behördlichem Auftrag oder Rechtsgeschäft entstehen (s. o.). Dabei steht das Merkmal der Fremdnützigkeit im Vordergrund, der Vermögensbetreuungspflichtige muss sich mit fremdem Vermögen zu beschäftigen haben.⁷³

Die Vermögensbetreuungspflicht muss eine Hauptpflicht z. B. aus dem Arbeitsverhältnis und darf nicht nur eine beiläufige Nebenpflicht darstellen.⁷⁴ Die bloße Pflicht eines Vertreters, einen Vertrag ordnungsgemäß zu erfüllen oder keine vertragswidrigen Eigengeschäfte zu tätigen reicht ohne Geschäftsbesorgungs- oder treuhänderisch-ähnliches Verhältnis zum anvertrauten Vermögen nicht aus.⁷⁵ Weiter müssen eine gewisse Selbstständigkeit, ein Fehlen von Kontrolle und ein eigenverantwortlicher Ermessensspielraum in der Ausübung der

⁷¹ zum Verlustausgleich BGHSt 15, 342, 344

⁷² RGSt 69, 58

⁷³ NJW 83, 461

⁷⁴ BGHSt 4, 170

⁷⁵ OLG Braunschweig NJW 1965

Vermögensbetreuungspflicht vorliegen.⁷⁶ Und es muss eine gewisse Bedeutung gegeben sein, insbesondere darf es sich nicht um marginale Vermögensbeträge handeln.⁷⁷

Bejaht worden ist die Vermögensbetreuungspflicht insbesondere bei GmbH-Geschäftsführern gegenüber der GmbH⁷⁸, bei Insolvenzverwaltern gegenüber den Insolvenzgläubigern⁷⁹, bei Bankmitarbeitern in leitender Position gegenüber der Bank⁸⁰, bei Buchhaltern mit eigenverantwortlicher Stellung gegenüber dem Arbeitgeber.⁸¹

Da der Treubruchtatbestand strukturell sehr weit ist, wird die diesen einschränkende Vermögensbetreuungspflicht eher restriktiv ausgelegt.⁸² Da unternehmerisches Handeln regelmäßig auch die Möglichkeit des Scheiterns und damit einhergehender Vermögensschäden beinhaltet,

soll so ein „Ausufern“ des Anwendungsbereiches vermieden werden (ebenda).

Abgelehnt worden ist die Vermögensbetreuungspflicht z. B. bei Arbeitnehmern gegenüber dem Arbeitgeber hinsichtlich allgemeiner arbeitsvertraglicher Pflichten.⁸³

Im Gegensatz zu einem üblichen Vertriebsmitarbeiter ist V als Geschäftsführer mit weitreichenden selbstständigen Entscheidungsbefugnissen über bedeutende fremde Vermögensbestandteile der A-GmbH vermögensbetreuungspflichtig.

b. Verletzung Vermögensbetreuungspflicht

V müsste eine im Zusammenhang mit seiner Vermögensbetreuungspflicht stehende Pflicht verletzt haben.

Damit eine unterlassene Bonitätsprüfung von Kunden und Geschäftspartnern eine Pflichtverletzung sein kann, müsste zunächst eine entsprechende Pflicht zur Bonitätsprüfung bestehen, dessen Unterlassen strafbar im Sinne der §§ 266, 13 StGB sein könnte.

Ein Unterlassen kann strafbar sein, wenn drohende Gefahren nicht durch den Täter abgewendet werden.⁸⁴ Die Credit Policy enthält für V die Verpflichtung zur Bonitätsprüfung und sie steht in Zusammenhang mit der Vermögensbetreuungspflicht.

In der A-GmbH besteht eine Credit Policy, V hat mit seinem Unterlassen der Bonitätsprüfung eine Pflichtverletzung im Zusammenhang mit seiner Vermögensbetreuungspflicht begangen.

V hat eine Vermögensbetreuungspflicht verletzt

⁷⁶ BGHSt 13, 315, BGHSt 41, 229

⁷⁷ BGH wistra 1982, 107

⁷⁸ wistra 93, 143, 301

⁷⁹ BGHSt 15, 342

⁸⁰ BGHSt 46,30

⁸¹ GA 69,144

⁸² Dräger, Rumpf-Rometsch, Die Fälle Strafrecht BT 2, S. 227

⁸³ BGHSt 3, 293

⁸⁴ BGHZ 36, 227; Bremen NstZ 89, 228

c. Taterfolg / Vollendung der Straftat

Der A-GmbH müsste durch die unterlassene Bonitätsprüfung des V ein Schaden entstanden sein.

Dies ist durch eine nicht durchsetzbare Forderung der Fall, s. o.

Fraglich ist, wann die Untreue durch eine unterlassene Bonitätsprüfung vollendet ist.

Die Vollendung der Straftat tritt in dem Moment ein, wenn alle Tatbestandsmerkmale verwirklicht sind.⁸⁵ Da der Schaden für das betreute Vermögen als zeitlich letztes Element auftreten muss (ohne Pflichtverletzung, Vermögensbetreuungspflicht, etc. kein Schaden) und zum Tatbestand gehört, ist die Straftat mit Eintritt des Schadens vollendet.

Die Untreue ist mit dem Eintritt eines durch die Tathandlung verursachten Schadens vollendet⁸⁶, dies auch beim Gefährdungsschaden.⁸⁷ Vollendet ist die Untreue mit Eintritt des durch die Tathandlung verursachten Schadens.⁸⁸ Hätte V die Bonitätsprüfung durchgeführt, würde er entsprechende Zahlungskonditionen gewählt haben, die einen Schaden verhindert hätten. Damit führt die Unterlassung der Prüfung als Tathandlung kausal zum Taterfolg.

Der Schaden ist auch bei dem entstanden, dessen Vermögensinteressen V zu betreuen hat.

d. Zwischenergebnis:

Der objektive Tatbestand des § 266 I Alt. 2 StGB ist damit erfüllt.

III. subjektiver Tatbestand

a. Vorsatz und Fahrlässigkeit?

Fraglich ist zunächst, ob V vorsätzlich gehandelt haben muss, um sich gemäß § 266 StGB strafbar zu machen, oder ob fahrlässiges Handeln für eine Strafbarkeit ausreicht.

Nach § 15 StGB ist nur vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln strafbar.

Unter Vorsatz versteht man in der Kurzformel im Strafrecht das Wissen und Wollen der zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden objektiven Tatbestände zum Zeitpunkt der Tat.⁸⁹

Fahrlässigkeit ist nach h.M. gegeben, wenn der Täter einen Tatbestand rechtswidrig verwirklicht, indem er objektiv gegen eine Sorgfaltspflicht verstößt, die gerade zum Schutz des beeinträchtigten Rechtsguts dient und wenn dieser Pflichtverstoß unmittelbar oder mittelbar eine Rechtsgutsverletzung oder Gefährdung zur Folge hat, die der Täter nach seinen subjek-

⁸⁵ Schwind, Hassenpflug, Nawratil, Strafrecht, S.77

⁸⁶ BGHSt 47, 27

⁸⁷ BGHSt 20, 305

⁸⁸ Fischer a.a.O. Rn. 187, BHGSt 20, 305; m.w.N.

⁸⁹ BGHSt 36, 1, 9

tiven Kenntnissen und Fähigkeiten vorhersagen und vermeiden konnte.⁹⁰ Eine fahrlässige Untreue gibt es nicht, da eine fahrlässige Tatbestandsverwirklichung nur in den gesetzlich bestimmten Fällen strafbar ist und im § 266 StGB keine Anwendung auf fahrlässiges Handeln bestimmt ist.⁹¹

V muss vorsätzlich gehandelt haben, um sich gemäß § 266 StGB strafbar zu machen.

a. Vorsatz

V müsste vorsätzlich gehandelt haben.

Das Strafrecht enthält keine Begriffsbestimmung des von § 15 StGB geforderten vorsätzlichen Handelns, sie wurde bewusst Rechtsprechung und Lehre überlassen.⁹²

Vorsatz bedeutet Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung, Tatbestandsverwirklichung meint hier die Verwirklichung aller Merkmale des objektiven Tatbestands.⁹³

Dabei ist die Bejahung des Vorsatzes (abgesehen von glaubhaften Geständnissen des Täters) immer eine aus äußeren Daten und Indizien abgeleitete Schlussfolgerung, wobei es von Natur aus nicht einfach ist herauszufinden, was ein Täter gedacht hat.⁹⁴ Der Vorsatz muss die Pflichtenstellung des Täters, beim Missbrauchstatbestand das Vorliegen sowie (Außen-)Umfang und Innen-(Grenzen) der Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis, darüber hinaus das Bestehen einer Vermögensbetreuungspflicht und den Schaden umfassen.⁹⁵

Es genügt bedingter Vorsatz als Vorsatzanforderung bei Untreue, wobei der Täter sich der Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens sowie des dadurch bewirkten Nachteils für das betreute Vermögen bewusst sein muss.⁹⁶ Der Vorsatz des Vermögensverwalters muss den Befugnismissbrauch bzw. die Treupflichtsverletzung, das Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht und den Schaden umfassen.⁹⁷

Das kognitive Element ist vorhanden, wenn der Täter es als sicher voraussieht, dass er den Tatbestand verwirklicht. Es kann dahinstehen, ob er die Tatbestandsverwirklichung anstrebt oder nur als Nebeneffekt für unvermeidlich hält.⁹⁸

Dies setzt als kognitives Element Kenntnis der vergangenen und gegenwärtigen Tatbestandsmerkmale und Voraussicht der künftigen sowie des Ganges der Tathandlung voraus, und zwar als aktuelles Vorstellen.⁹⁹ Zwar müssen auch die Tathandlung, Tatmittel und Tater-

⁹⁰ Roxin StV 04, 485

⁹¹ LK-Vogel 23 ff., 29

⁹² Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 5 II., Rn 6; Lacker, StGB § 15 Rn. 2 m. w. N.

⁹³ Kühl a.a.O., m.w.N.

⁹⁴ Rechtsvergleichende Untersuchung zur Unterscheidung von Vorsatz und Fahrlässigkeit, Cliff Gatzweiler, S. 1

⁹⁵ Tröndle/Fischer (Fn.18), § 266 Rn. 77, NJW 75, 1234, 1236

⁹⁶ Kraatz, Rn. 221

⁹⁷ Hellmann, Risikogeschäfte und Untreuestrafbarkeit ZIS 2007, 433, 443

⁹⁸ S/S-Sternberg-Lieben 68

⁹⁹ Kraatz, Wirtschaftsstrafrecht, S. 119

folg als aktuelle Vorstellung beim Täter präsent sein. Dabei ist nach h. M. ein subjektiver Zugang unterhalb der aktuellen Bewusstseinschwelle, ein „Sachgedankliches Mitbewusstsein“ ausreichend.¹⁰⁰

Tathandlung ist für V der Vertragsschluss bei unterlassener Bonitätsprüfung, Taterfolg ist der insolvenzbedingte Forderungsausfall.

Tatmittel bildet die Vertrauensstellung zum Opfer.¹⁰¹

Wenn sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt, reicht jede Form des Vorsatzes aus. Dabei wird zwischen Absicht, wenn der Erfolg gewollt und planvoll-wissend angestrebt wird, direktem Vorsatz, wenn der Täter weiß, dass er alle Tatbestandsmerkmale erfüllen wird und planmäßig anstreben will und bedingtem Vorsatz unterschieden.¹⁰²

V strebt den Forderungsausfall nicht planvoll-wissend an und will ihn nicht als direkt angestrebtes Ziel. Er kann auch nicht sicher sein, dass er durch sein Unterlassen eintritt. Damit käme Absicht oder direkter Vorsatz nicht in Frage.

Beim bedingten Vorsatz sieht der Täter die Möglichkeit des Erfolges voraus, nimmt ihn aber für den Fall seines Eintritts billigend in Kauf.

Er weiß um die Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts, verhält sich diesem gegenüber aber gleichgültig. Sein Wille muss aber nicht auf den Erfolg der Tatbestandsverwirklichung gerichtet sein, er kann auch einen unerwünschten, aber notwendigen Erfolg billigen.¹⁰³

Auch beim Fehlen eines solchen Hintergrundwissens können normative Gesichtspunkte die Annahme von bedingtem Vorsatz begründen, wenn es dem Täter gelingt, sich jedermann offenliegenden Erkenntnissen zu verschließen.¹⁰⁴

Bei der bewussten Fahrlässigkeit hingegen sieht der Täter ebenfalls die Möglichkeit des Erfolges voraus, er vertraut aber darauf, dass er nicht eintritt. Er verhält sich eher wissend-leichtsinnig als wissend-gleichgültig, wie beim bedingten Vorsatz. Bei der unbewussten Fahrlässigkeit dagegen sieht der Täter den Erfolg nicht voraus, er ist unwissend.¹⁰⁵

Entscheidend für die Frage der Strafbarkeit des V ist damit eine Abgrenzung zwischen bedingtem Vorsatz und Fahrlässigkeit.

c. Abgrenzung zwischen bedingtem Vorsatz und Fahrlässigkeit

In der Praxis wird zur Abgrenzung des bedingten Vorsatzes von der bewussten Fahrlässigkeit als vereinfachende Faustformel die „Frank´sche Formel“ herangezogen. Wenn der Täter demnach im Hinblick auf den Erfolgseintritt „na wenn schon“ denkt, handele es sich eher um bedingten Vorsatz, denkt er begründet „es wird schon gutgehen“, habe man es eher mit bewusster Fahrlässigkeit zu tun.¹⁰⁶

Der Vorsatz muss sich auch auf den Taterfolg beziehen.

¹⁰⁰ NJW 77, 1974

¹⁰¹ zum Tatmittel Kraatz, Rn. 200

¹⁰² vgl. Oldenburg StV 09, 133

¹⁰³ StV 98, 128 S. 121

¹⁰⁴ 1 StR 538/99

¹⁰⁵ Schwind, Hassenpflug, Strafrecht, S. 44

¹⁰⁶ Dräger, Rump-Rometsch, Die Fälle, Strafrecht AT, S.50

V hält zwar die Tatbestandsverwirklichung, insbesondere den Forderungsausfall, weder für sicher noch strebt er ihn an, aber er muss ihn aufgrund seiner Stellung und Sachkunde für möglich halten. Damit kommt bedingter Vorsatz in Betracht.

d. Die Rechtsprechung folgt dabei den Einwilligungstheorien, nach denen der Willensfaktor bei der Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit entscheidet. Danach entspräche das kognitive Element dem der bewussten Fahrlässigkeit, nicht jedoch das voluntative.

Für letzteres verwenden Einwilligungstheorien für die Umschreibung des voluntativen Tatelements Begriffe wie „in Kauf nehmen“, „billigen“ und „sich abfinden“ oder lassen gar das „Fehlen eines Vermeidungswillens“ ausreichen. Überwiegend wird für maßgebend gehalten, dass der Täter die Tatbestandsverwirklichung ernsthaft für möglich hält und sich mit ihr abfindet.¹⁰⁷ Dies erfordert auch der Schutzzweck des § 266 StGB, der das Vermögen des Opfers schützen soll.¹⁰⁸ Wenn das Vermögen des Opfers geschützt werden soll, kann ein Vermögensschaden durch den Täter nicht billigend in Kauf genommen werden.

Fraglich ist, ob V einen existenzbedrohenden Schaden billigend in Kauf nimmt, in dem er die Möglichkeit der Realisierung widerstandslos akzeptiert. Dadurch könnte V das Fehlen eines Vermeidungswillens dokumentieren. V findet sich mit einer unbekanntem Wahrscheinlichkeit der Schadensrealisierung ab, obwohl es seine Pflicht wäre, diese zu kennen und zu minimieren.

Der bewusst fahrlässig Handelnde ist mit der als möglich erkannten Folge nicht einverstanden und vertraut auf ihren Nichteintritt, während der bedingt vorsätzlich Handelnde mit dem Eintritt des Erfolges in dem Sinne einverstanden ist, dass er ihn billigend in Kauf nimmt.¹⁰⁹ Dabei spricht der BGH von einem „Billigen im Rechtssinne“.¹¹⁰ V akzeptiert eine unbekanntem Schadenswahrscheinlichkeit, er muss den zwar höchst unwillkommenen Erfolgseintritt als nicht einschätzbar, dabei aber als nicht unmöglich erkennen.

Auch der Begriff des Einverständenseins des Täters mit dem Erfolg, der auch Fälle des unerwünschten, aber um des Handlungsziels willen hingenommenen Erfolg umfasst, taucht in der Rechtsprechung zum bedingten Vorsatz auf¹¹¹, wobei ausreicht, dass dem Täter der als möglich erkannte Handlungserfolg gleichgültig ist.¹¹²

Vs „erstrebtes Ziel“ bzw. das „Handlungsziel“ ist der vertriebliche Erfolg, um dessen Willen eine unbekanntem Erfolgsgefahr hingenommen wird.

Der Täter muss den Erfolgseintritt dabei nicht für zwangsläufig halten.¹¹³ Aus dem äußeren Tatgeschehen und der Kenntnis des Täters von der Möglichkeit des Erfolgseintritts können

107 B/Weber/Mitsch 20/54, Roxin AT I12/57

108 Kraatz, Rn. 200

109 Schroeder, Rudolphi-FS (2004) 285, 290f., Roxin AT I, 12/8f.

110 BGHSt 7, 363, 369

111 NstZ 07, 700

112 BGHSt 40, 304, 306

113 NstZ-RR 07, 43, 44

sich Indizien für die billigende Inkaufnahme ergeben.¹¹⁴ V weiß bereits aus der Credit Policy heraus von der Gefahr insolvenzbedingter Forderungsausfälle, er hat damit Kenntnis von der Möglichkeit des Erfolgseintrittes. Weiter weiß er, dass und auch was er im Einzelnen dagegen zu unternehmen hat und dass dies seine Pflicht ist. Dass er seiner Verpflichtung zur Abwehr des Erfolgseintrittes nicht nachkommt, könnte im Sinne eines Einverständenseins mit der Möglichkeit der Schadensrealisierung interpretiert werden. Wäre er nicht damit einverstanden, würde er seiner Handlungspflicht nachkommen.

e. Im Schrifttum ist die Abgrenzung des bedingten Vorsatzes von der bewussten Fahrlässigkeit sehr umstritten, teilweise wird eine Zusammenlegung in eine Kategorie gefordert.¹¹⁵

Die Wahrscheinlichkeitstheorie hebt weniger auf den voluntativen als auf den Vorstellungsfaktor ab. Vorsatz ist danach gegeben, wenn der Täter die Rechtsgutsverletzung für wahrscheinlich gehalten hat oder mit der Tatbestandsverwirklichung rechnet.¹¹⁶ Es gibt Annäherungen zur Einwilligungstheorie, so z. B. Otto¹¹⁷, der genügen lässt, dass sich der Täter trotz Erkennens der konkreten Gefahr nicht von seinem Vorhaben abbringen lässt und Herzberg¹¹⁸, der für die Annahme eines Vorsatzes ausreichen lässt, dass der Täter die ernst zu nehmende Gefahr erkannt hat.

Die Gleichgültigkeitstheorie lässt ein bloßes Inkaufnehmen der Tatbestandsverwirklichung aus Gleichgültigkeit genügen.¹¹⁹

Die Vereinigungstheorie hält bedingten Vorsatz für gegeben, wenn der Täter die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält und billigt, für wahrscheinlich hält oder ihr völlig gleichgültig gegenüber steht.¹²⁰

Nach der Möglichkeitstheorie ist bedingter Vorsatz gegeben, wenn der Täter die reale Möglichkeit der Rechtsgutsverletzung erkannt und dennoch gehandelt hat.¹²¹ Im Ergebnis bestehen zwischen den verschiedenen Theorievarianten nur geringe Unterschiede.¹²² Einzelne Autoren halten gar aufgrund der Schwierigkeiten bei der Vorsatzbestimmung einen Blick auf ausländische Lösungsmodelle für hilfreich. So ist z. B. im spanischen Recht die normative Grenze für den Vorsatzausschluss ein vernünftiges (d. h. begründetes) Vertrauen auf das Ausbleiben des Erfolges.¹²³

Zwar ist V das konkrete Ausfallrisiko unbekannt und es liegen keine Risiko erhöhenden Fakten vor. Dies spricht ein Stück weit gegen ein voluntatives Element. Bei einer existenzbedrohenden Forderungshöhe könnte aber bereits das Wissen um das unbekanntes Risiko als

¹¹⁴ NstZ 03, 264f; NstZ-RR 04, 281

¹¹⁵ Hörnle ZstW 112, 356, 378 ff.

¹¹⁶ H.Mayer AT 121 und Welzel 68 ff.

¹¹⁷ NJW 79, 2415

¹¹⁸ JuS 86, 249

¹¹⁹ Sternberg-Lieben 84, Schroth JuS 92,2

¹²⁰ Oehler-FS 152

¹²¹ Schmidhäuser JuS 80

¹²² Roxin AT I, 12/21 ff, LK-Vogel 18 ff.

¹²³ STS vom 23.04.92 (RJ 1992,6783) „Rapsölfall“, zitiert in Cliff Gatzweiler, Rechtsvergleichende Untersuchung zur Unterscheidung von Vorsatz und Fahrlässigkeit, S. 2 f.

widerstandsloses Inkaufnehmen der Tatbestandsverwirklichung erscheinen. Der Widerstand gegen den Taterfolg wäre gerade eine Bonitätsprüfung, dass V zu diesem Widerstand ausdrücklich aus der Credit Policy heraus verpflichtet ist, wiegt umso schwerer. Auch wäre ein vernünftiges und begründetes Vertrauen auf das Ausbleiben des Erfolges für V nur schwer zu erklären, denn V hätte sich der Möglichkeit einer Kundeninsolvenz mit existenzbedrohenden Auswirkungen auf die A-GmbH bewusst sein müssen und hat diese anscheinend entgegen seiner Handlungspflicht mit unbekannter Ausfallwahrscheinlichkeit in Kauf genommen.

Bewertet werden muss aber die Tat an sich.

Die Tat ist das Unterlassen und dieses Unterlassen muss Handlungswert haben, um strafbar zu sein. Nicht weil er etwas unterlassen hat, um die Tat zu begehen, hätte er handeln müssen (dies wäre ein Zirkelschluss), sondern aus der Credit Policy heraus hätte er handeln müssen. Hieraus entsteht seine Garantenpflicht zum Handeln, dies ist in Vs Vorstellung auch präsent. V nimmt sein Unterlassen mit Handlungswert daher billigend in Kauf.

Der Vorsatz muss aber alle Tatbestandsmerkmale umfassen, gleichsam ihr Spiegelbild sein.¹²⁴

V müsste also sein Unterlassen mit Handlungswert plus den Erfolg plus Kausalität in sein Vorstellungsbild aufgenommen haben.

Fraglich ist aber insbesondere, ob V den Taterfolg gebilligt hat.

Es ist wegen des Fehlens von anderslautenden Hinweisen eher anzunehmen, dass er den Erfolgseintritt für so unwahrscheinlich hielt, dass er sich keine Gedanken darüber gemacht hat. Indizien auf eine erhöhte Wahrscheinlichkeit der Erfolgsrealisierung lagen V nicht vor.

Da er davon ausging, dass kein Schaden entstehen würde, konnte er auch keinen Willen haben, in Richtung der Erfolgsrealisierung zu handeln.

Weil er sich keine Gedanken über den Erfolgseintritt machte, hatte er auch keine Vorstellung von einem Kausalzusammenhang zwischen seinem Unterlassen und dem Erfolgseintritt.

Dass er dabei lediglich die Gefahr falsch einschätzt, kann nicht zur Strafbarkeit führen. V kann nicht billigend in Kauf nehmen, was er nicht für wahrscheinlich hält. Die Inkaufnahme muss auch beim Täter vorliegen, das ist ohne gedankliches Erfassen der Erfolgsrealisierung nicht der Fall.

V handelte nicht vorsätzlich.

f. Ergebnis

Eine Strafbarkeit gemäß § 266 Alt. 1 StGB liegt damit nicht vor.

g. § 266 I Var. 2 StGB

Fraglich ist weiter, ob V vorsätzlich in Bezug auf die Tatbestandsmerkmale des § 266 I Alt. 2 StGB handelt.

¹²⁴ Schwind, Hassenpflug, Strafrecht, S.32

V hat als Geschäftsführer Vorsatz in Bezug auf die Verletzung seiner Vermögensbetreuungspflicht.

Ein Risikogeschäft, welches die Liquidität oder Existenz der GmbH gefährdet, stellt eine Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht dar.¹²⁵ Der Forderungsausfall ist für die A-GmbH existenzbedrohend.

Bei Treupflichtverletzungen gehört das Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit zum Vorsatz.¹²⁶ Bei Treupflichtverletzungen durch Beeinträchtigungen der Existenz der Gesellschaft muss der Geschäftsführer diesen Umstand erkennen. Gravierende Verletzungen der Informations- und Prüfungspflichten legen die Annahme nahe, dass der Täter zumindest bedingten Schädigungsvorsatz hatte.¹²⁷

V weiß um die Verletzung der aus der Credit Policy entstehenden Bonitätsprüfungspflichten und nimmt damit bei einem existenzbedrohenden Risikogeschäft die Verletzung von Vermögensbetreuungspflichten billigend in Kauf.

V hatte aber keinen Vorsatz in Bezug auf den Nachteil (s. o.).

Ergebnis:

V ist nicht strafbar gemäß § 266 I Alt. 2 StGB.

E. Exkurs: In welchen Fällen ist ein Unterlassen der Bonitätsprüfung keine Pflichtverletzung?

Fraglich ist, ob Fälle denkbar sind, bei denen das Unterlassen der Bonitätsprüfung eindeutig keine Pflichtverletzung darstellt.

Ohne Credit Policy, ohne negative Zahlungserfahrungen und ohne dass ein hohes, insbesondere existenzbedrohliches Ausfallrisiko droht, ist auch im Geltungsbereich des GmbHG und KonTraG eine Pflichtverletzung nicht zwangsläufig gegeben (s. o.). Dies ist im Einzelfall abzuwägen.

Ohne existenzbedrohende Höhe des Risikos kann auch ein Tatbestand ausschließendes Einverständnis des Vermögensinhabers dazu führen, dass keine Pflichtverletzung vorliegt.¹²⁸

Ein weiteres Beispiel könnte z. B. ein Verkauf auf Rechnung innerhalb eines Konzernverbundes sein, innerhalb deren Gewinnabführungsvereinbarungen und Patronatserklärungen bestehen.

Auch bei Geschäften mit der öffentlichen Hand, bei der es nicht zu einer Insolvenz kommen sollte und bei denen Verzugsschäden durch das Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr durch erhöhte Verzugszinsen kompensiert werden, könnte das Unterlassen einer Bonitätsprüfung keine Pflichtverletzung darstellen. Dies aber nur unter der

¹²⁵ BGH StV 2004, 425 ff.

¹²⁶ Lackner/Kühl (Fn. 15), § 266 Rn. 19

¹²⁷ Hellmann, Risikogeschäfte und Untreuestrafbarkeit S. 443

¹²⁸ Kraatz, Rn. 207

Voraussetzung, dass das Gläubigerunternehmen nicht auf einen zeitnahen Geldeingang aus Gründen der eigenen Liquidität angewiesen ist, Schäden durch kompensatorische Kreditaufnahme entstehen, etc.

In der Vergangenheit galten Unternehmen der öffentlichen Hand als so ausfallresistent, dass sie z. B. in den prämienrelevanten Umsatz der Warenkreditversicherer nicht einbezogen wurden.

Doch hat die neueste Entwicklung bezüglich der Insolvenzen der Stadtwerke Gera AG und der Geraer Verkehrsbetriebe GmbH die bisherige Zahlungssicherheit von Unternehmen der öffentlichen Hand in Frage gestellt. Hier bleibt die weitere Entwicklung, insbesondere die Frage, ob es zu Forderungsverlusten für Insolvenzgläubiger kommt, abzuwarten.¹²⁹

Weiterhin ist das Unterlassen einer Bonitätsprüfung keine Pflichtverletzung wenn ein Geschäft per Vorkasse als Bargeschäft im Sinne des § 142 InsO auch nicht in der 3 – Monatsfrist des § 130 InsO anfechtbar ist.

Dafür dürfen aber nicht die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO gegeben sein, insbesondere darf nichts von einer drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und eventuellen Benachteiligung anderer Gläubiger bekannt gewesen sein.

Auch bei einer durchsetzbaren Aufrechnungslage oder werthaltigen Sicherheiten, die im Insolvenzfall nicht vom Insolvenzverwalter beansprucht werden können erscheint ein Schaden trotz Forderungsausfall als unwahrscheinlich.

Ebenso kann bei bestimmten Warenkreditversicherungstypen, bei denen im unbenannten Bereich Versicherungsschutz über eigene positive Zahlungserfahrungen hergestellt wird, eine Bonitätsprüfung entbehrlich sein.¹³⁰

Unter diesen Voraussetzungen ist ein aus diesem Geschäft resultierender Schaden für das betreute Vermögen grundsätzlich nicht möglich. Der Vermögensbetreuungspflichtige darf daher begründet darauf vertrauen, dass kein Schaden entstehen kann und eine unterlassene Bonitätsprüfung damit keine Pflichtverletzung darstellt.

Keine Kausalität würde vorliegen, wenn die Schuldnerin zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch eine positive Bonitätsbewertung gehabt hätte.

Dann wäre auch beim Wegdenken des Unterlassens der Erfolg nicht entfallen.

Das Unterlassen einer Bonitätsprüfung ist i. A. keine Pflichtverletzung, wenn sie nicht kausal zu einem Schaden führt.

F. Fallkonstellationen

Nach Schönemann sind wertende Differenzierungen für das Verhältnis kognitiver und voluntativer Vorsatzelemente in einzelnen Fallgruppen in der Anwendungspraxis der Rechtsprechung entscheidend.¹³¹

Es sollen im Folgenden in Ergänzung zu dem vorgestellten Standardfall weitere regelmäßig in der Praxis auftretende Varianten untersucht werden, um durch die Variation der Elemente

¹²⁹ AZ 8 IN 340/14, AG Gera

¹³⁰ atradius Crefo WKV Plus, AVB

¹³¹ H.J. Hirsch-FS, 1999, 363, 373 ff.

Hinweise zu erhalten, die bei einer Abgrenzung zwischen der bewussten Fahrlässigkeit und dem bedingtem Vorsatz helfen können.¹³²

I. § 266 StGB

a. Fallkonstellation 1:

V führt die Bonitätsprüfung durch und leitet an die Bonität angepasste Sicherungsmaßnahmen (i. A. Einhaltung des vorgeschlagenen Höchstkredites und der empfohlenen Zahlungskondition) ein, trotzdem entsteht ein Insolvenz bedingter Forderungsausfall.

Der V könnte sich durch den Vertragsschluss mit einem später insolventen Unternehmen gemäß § 266 I Alt. 1 StGB zum Nachteil des von ihm vertretenen Unternehmens strafbar gemacht haben.

Dafür müsste er eine in § 266 I StGB genannte Befugnis missbraucht haben.

In Betracht kommt die rechtsgeschäftliche Befugnis des V, das durch ihn vertretene Unternehmen zu verpflichten. V war zu einem Verkauf auf Ziel befugt. Er hat dabei keine ausdrückliche oder sonstige interne Beschränkung missachtet. Da er nach Bonitätsprüfung entsprechende Zahlungskonditionen gewählt hat, keine Kreditlimitbeschränkungen übertreten hat o. ä., hat er sich an die interne Beschränkung gehalten, die ihm durch die Credit Policy auferlegt sind.

Es liegt somit kein Missbrauch im Sinne des § 266 I Alt. 1 StGB vor.

V könnte sich durch den Verkauf auf Rechnung an ein später insolventes Unternehmen möglicherweise gemäß § 266 I Alt. 2 strafbar gemacht haben.

Dafür müsste V eine Vermögensbetreuungspflicht verletzt haben, bei der es sich um eine Hauptpflicht von einiger Bedeutung handeln müsste.

V ist tauglicher Täter.

Ein Schaden liegt durch den Insolvenz bedingten Forderungsausfall vor.

Fraglich ist die Pflichtverletzung.

Der Bonitätsprüfungspflicht aus der Credit Policy ist V nachgekommen.

Im Bereich der Kreditvergabe sind Anhaltspunkte für eine Treupflichtsverletzung u. a. die Vernachlässigung von Informationspflichten, das Überschreiten von Höchstkreditgrenzen, bewusstes Handeln entgegen kaufmännischer Sorgfalt bei äußerst gesteigertem Verlustrisiko, etc.,¹³³ Dies ist V in dieser Fallkonstellation nicht vorzuwerfen.

Damit liegt keine Pflichtverletzung vor.

¹³² Haft, Einführung in das juristische Lernen, S.129 ff.

¹³³ BGHSt 46, 30,32

V ist nicht strafbar gemäß § 266 I Alt. 2 StGB.

Variation: V hat das in der Bonitätsauskunft angegebene Kreditlimit um 10 % überschritten weil es sich um einen guten Bestandskunden handelte, mit dem seit langem erfolgreich zusammengearbeitet wurde und der für seine pünktliche Zahlungsweise bekannt war.

V könnte sich durch das Überschreiten des Kreditlimits bei einem Verkauf auf Rechnung gemäß § 266 I Alt. 2 StGB zum Nachteil des Unternehmens strafbar gemacht haben.

Dafür müsste V eine Vermögensbetreuungspflicht verletzt haben.

V war vermögensbetreuungspflichtig.

Er hat den empfohlenen Höchstkreditrahmen überschritten, ohne entsprechende Sicherungsmaßnahmen zu ergreifen.

Eine Pflichtverletzung liegt damit vor.

Bei einem massearmen Verfahren mit Nullplan liegt ein Nachteil bzw. Schaden vor. Selbst wenn eine Quote zu erwarten ist, ist ein Schaden in Höhe der Differenz zur Hauptforderung anzunehmen. Damit ist dem von V vertretenen Unternehmen ein kausal auf der Pflichtverletzung beruhender Vermögensnachteil entstanden.

V müsste vorsätzlich gehandelt haben.

Vorsatz bedeutet Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung. Dass er um die drohende Gefahr eines Insolvenz bedingten Forderungsausfalles wusste, zeigen die von ihm eingeleiteten Vorsichtsmaßnahmen. Er hatte also Wissen bezüglich des möglichen Taterfolges.

Fraglich ist das Willenselement.

Er hat alle verkehrsüblichen Vorsichtsmaßnahmen getroffen, um den Forderungsausfall zu vermeiden. V hat nicht tatenlos auf einen glücklichen Ausgang vertraut, sondern sich aktiv Gedanken gemacht, wie er den Taterfolg vermeiden kann und dies auch mit den ihm zur Verfügung stehenden verkehrsüblichen Methoden umgesetzt.

Er hat damit den Erfolg nicht gebilligt oder billigend in Kauf genommen¹³⁴, er hat sich auch nicht damit abgefunden¹³⁵ und er hat durch sein Verhalten gezeigt, dass er mit dem Taterfolg nicht einverstanden ist.¹³⁶

Eine Überschreitung des Kreditlimits um 10 % vermag vor dem Hintergrund einer positiven Geschäftsbeziehung, diverser positiver Zahlungserfahrungen und beträchtlicher realisierter

¹³⁴ BGHSt 7, 363

¹³⁵ BGHSt 7, 369

¹³⁶ BGHSt 17, 262

Gewinne mit diesem Kunden keine andere Einschätzung des Willenselementes in Bezug auf den Taterfolg zu rechtfertigen. Die Verlustchance war im Vergleich zur Gewinnchance nicht überproportional erhöht, er hat nicht „nach Art eines Spielers“ entgegen kaufmännischer Sorgfaltspflichten agiert (s. o.). V hat den Erfolg auch nicht für wahrscheinlich gehalten, daher hat er ihn auch nicht gebilligt.

Das Willenselement liegt damit nicht vor.
Damit liegt auch keine vorsätzliche Handlung vor.

V hat sich nicht gemäß § 266 I Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben.

b. Fallkonstellation 2: V unterlässt als angestellter Geschäftsführer der A-GmbH trotz Credit Policy die Bonitätsprüfung, da er bereits anderweitig verlässliche Informationen von einer ernsthaften Krise des Kunden hat. V möchte noch sein Umsatzziel erreichen und weiß, dass es noch nie ernsthaftere Sanktionen wegen Nichtbeachtung der Credit Policy gab.

Der Lieferung auf Rechnung folgt die Insolvenz.

Allerdings versichert er später überzeugend, er habe keinerlei Schaden gewollt und als positiver Mensch an das wirtschaftliche Überleben des Kunden geglaubt, daher habe er diesen im Sinne einer positiven Kundenbeziehung unterstützen wollen. In einer Beziehung gäbe es halt auch mal schwierige Zeiten.

V könnte sich durch den Vertragsabschluss mit einem ausfallgefährdeten Unternehmen gemäß § 266 I Alt. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Dafür müsste er eine in § 266 I StGB genannte Befugnis missbraucht haben. Hier kommt die Befugnis, das von ihm vertretene Unternehmen wirksam für Leistungen auf Ziel zu verpflichten in Frage.

V war extern zum vorgenommenen Geschäft befugt, er durfte es wirksam abschließen. Die Credit Policy fordert bei Kunden mit erhöhter Ausfallgefahr die Zahlungskondition „Vorkasse“.

V hat positives Wissen von einer erhöhten Ausfallgefahr und verkauft auf Zahlungsziel. Damit liegen eine Befugnisüberschreitung und eine Pflichtverletzung des V vor.

Selbst bei Nichtvorliegen einer Credit Policy und außerhalb des Geltungsbereiches des GmbHG und KonTraG ist sein Verhalten nicht vereinbar mit dem Verhalten eines ordentlichen und gewissenhaften Kaufmannes. V hat entgegen den Regeln kaufmännischer Sorgfalt eine erhebliche Verlustgefahr auf sich genommen. Er hat damit die Grenzen seiner Befugnisse missachtet und somit im Rahmen seines externen rechtlichen Könnens das interne rechtliche Dürfen überschritten.

Im Vertragsschluss liegt ein aktives Tun, im Unterlassen der Bonitätsprüfung eine Befugnisüberschreitung.

Er hat die rechtsgeschäftliche Befugnis, einen anderen zu verpflichten, missbraucht. Ohne die Missbrauchshandlung der unterlassenen Bonitätsprüfung hätte er risikoadäquate Zahlungskonditionen gewählt, die den insolvenzbedingten Forderungsausfall verhindert hätten. Ein kausal auf dem Missbrauch beruhender Vermögensnachteil liegt damit vor.

V müsste vorsätzlich gehandelt haben.

V müsste sich der Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens, sowie des dadurch bewirkten Nachteils für das betreute Vermögen bewusst sein.¹³⁷

Auch die Voraussetzungen der Garantenstellung muss beim unechten Unterlassungsdelikt vom Vorsatz umfasst sein.¹³⁸

V war sich als angestellter Geschäftsführer seiner Verpflichtungen aus der Credit Policy, seiner Garantenstellung, seines missbräuchlichen Überschreitens seiner Befugnisse und durch sein positives Wissen um eine ernsthafte Krise und damit einer wahrscheinlichen Insolvenz, der Gefahr der Realisierung des Erfolgseintritts bewusst. Ebenso musste ihm der Kausalzusammenhang zwischen seiner Pflichtverletzung und der Erfolgsrealisierung mindestens grob bewusst sein. Hätte er seine Pflichten erfüllt, hätte er eine Zahlungskondition gewählt, die einen Schaden vermieden hätten.

Das kognitive Element des Vorsatzes liegt damit vor.

Fraglich ist zur Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit das voluntative Element.

V musste durch sein positives Wissen von einer ernsthaften Krise des Kunden von der hohen Wahrscheinlichkeit eines Forderungsausfalles ausgehen. Er hat aus der Sicht eines objektiven besonnenen und gewissenhaften Dritten seine Pflichten verletzt¹³⁹ und so gehandelt, als würde er den Insolvenz bedingten Vermögensschaden hinnehmen und nicht vermeiden wollen. V überlässt den Vermögensschaden damit dem Zufall.

Hier Vs Einlassung zu folgen und einen dem objektiv beobachtbaren Verhalten entgegen gesetzten Willen anzunehmen, erscheint ohne das Vorliegen einer psychischen Ausnahmesituation als lebensfern. Auch nachträgliche Schilderungen, V habe ein Verhalten, welches mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden führt, anders gemeint und damit nicht gewollt, kann im besten Fall als Versuch, kognitive Dissonanz zu reduzieren, aufgefasst werden.

V durfte auch nicht ohne jeden Grund entgegen aller Wahrscheinlichkeit auf einen positiven Ausgang hoffen. Das „Fehlen eines Vermeidungswillens“ und dass der Täter die Tatbestandsverwirklichung ernsthaft für möglich hält und sich mit ihr abfindet wird überwiegend für das voluntative Element für ausreichend gehalten.¹⁴⁰ Zumindest hat V die Realisierung des Erfolgseintrittes, dessen hohe Wahrscheinlichkeit er durch sein positives Wissen der ernsthaften Krise in seiner Vorstellung trug, billigend in Kauf genommen, um eigene finanzielle Vorteile zu erreichen. Damit kann auch die voluntative Komponente angenommen werden, V handelte zumindest bedingt vorsätzlich.

¹³⁷ zu den Vorsatzvoraussetzungen bei Untreue Kraatz, Rn. 221

¹³⁸ JZ 73, 173, 174

¹³⁹ zur Pflichtverletzung NJW 00, 2754, 2758

¹⁴⁰ M/Zipf 22/36, B/Weber/Mitsch 20/54

Die Erfüllung des Tatbestandes impliziert die Rechtswidrigkeit, rechtfertigende Gründe sind nicht ersichtlich.

Die Tat geschah rechtswidrig.

Da keine schuldbefreienden Tatsachen ersichtlich sind, handelte V schuldhaft.

V ist somit strafbar gemäß § 266 I Alt. 1 StGB.

c. Fallvariation Tatbestand ausschließendes Einverständnis:

wie in Fall b., aber V hatte sich vor dem Vertragsschluss mit der I-GmbH das Einverständnis der Gesellschafter eingeholt. Er hat diese dabei umfassend informiert. Durch den Ausfall entstünde ein existenzbedrohender Schaden.

V könnte sich durch den Vertragsabschluss mit einem ausfallgefährdeten Unternehmen gemäß § 266 I Alt. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Dafür müsste er eine in § 266 I StGB genannte Befugnis missbraucht haben. Hier kommt die Befugnis, das von ihm vertretene Unternehmen wirksam für Leistungen auf Ziel zu verpflichten in Frage.

Kein Missbrauch und kein Überschreiten des „rechtlichen Dürfens“ im Innenverhältnis liegen bei einem Einverständnis des Vermögensinhabers vor der Tat vor, wenn dieser bei Risikogeschäften umfassend und sachgerecht informiert ist und das Einverständnis weder gesetz- noch pflichtwidrig ist.¹⁴¹ Dabei ist die Kompetenzverteilung zwischen den Organen der betroffenen juristischen Personen nach Maßgabe des Gesellschaftsrechts zu ermitteln.¹⁴² Die Gesellschafter dürfen grundsätzlich in alle Geschäftsführerangelegenheiten eingreifen, können die Vornahme von Geschäften anordnen.¹⁴³

Das Einverständnis kann eine Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht ausschließen.¹⁴⁴ Vor allem bedeutet das Einverständnis aber eine Erlaubnis im Innenverhältnis, dann ist das rechtliche Dürfen an das konkrete rechtliche Können im Außenverhältnis angeglichen, ein Missbrauch ist damit ausgeschlossen.¹⁴⁵ Das Einverständnis kann aber z. B. an dem unabhängigen Schutz der GmbH vor existenzvernichtenden Eingriffen enden.¹⁴⁶ Das Einverständnis ist insbesondere dann unwirksam, wenn durch die Vermögenstransaktion eine konkrete Existenzgefährdung für die Gesellschaft entstehen würde, was bei GmbHs bei einem Angriff auf das durch § 30 GmbHG geschützte Stammkapital der Fall wäre.¹⁴⁷

¹⁴¹ BGHSt 30, 247 ff. BGHSt 34, 379 Kraatz Rn. 207

¹⁴² Hellmann, Risikogeschäfte und Untreuetatbestand, S. 436

¹⁴³ Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, Kommentar, 16. Auflage 2004, §37 Rn. 1, 17 f.

¹⁴⁴ Arzt/Weber, Strafrecht, Besonderer Teil, 2000, §22 Rn. 70,

Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 29. Auflage 2006, Rn. 758

¹⁴⁵ BGHSt 34, 379, 384

¹⁴⁶ BGHZ 122, 333; BGHZ 142, 92

¹⁴⁷ BGH NJW 2003,2996

Durch den Forderungsausfall entsteht der A-GmbH ein Existenz gefährdender Schaden, damit liegt kein den Missbrauchstatbestand ausschließendes Einverständnis vor.

V handelte missbräuchlich im Sinne des § 266 I Var. 1.

Ein kausal auf dem Missbrauch beruhender Vermögensschaden liegt vor.

Der Vorsatz liegt vor, s. o.

V handelte rechtswidrig und schuldhaft.

V ist strafbar gemäß § 266 I Alt. 1 StGB.

d. Fallkonstellation 3: V hat als angestellter Geschäftsführer trotz Credit Policy die Bonitätsprüfung unterlassen, da er ohnehin bereits aus dem Kundenumfeld von Zwangsvollstreckungen und harten Negativmerkmalen (Haftanordnung zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung / Vermögensauskunft nicht abgegeben) des Kunden weiß. Er hat aber dieses Quartal erst sehr wenig Umsatz gemacht und vermutet zutreffend, dass dieser Kunde bei den anderen Lieferanten auf Vorkasse gesetzt ist. Er bietet ihm Kauf auf Rechnung an und bekommt den Auftrag. Er hatte lange keinen Ausfall mehr bei seinen Kunden und viel Ärger hat er nicht zu befürchten, da der Vertrieb laut Unternehmenspolitik keinesfalls demotiviert werden und keine „Angst vorm Verkaufen“ entwickeln darf. Gefordert sind „vertrieblicher Mut“ und „unternehmerische Risikobereitschaft“. Auch wenn in der Vergangenheit die Provision manchmal bei Forderungsausfällen zurück belastet wurde, zählt auch der nicht bezahlte Umsatz in seiner Statistik. Nach Versendung der Ware meldet sich der vorläufige Insolvenzverwalter.

Bei einer Eidesstattlichen Versicherung / Gläubigerbefriedigung ausgeschlossen wäre eine zivilrechtliche Realisierung wegen der dokumentierten Unpfändbarkeit unwahrscheinlich, strafrechtliche Maßnahmen (z. B. Anzeige wegen Eingehungsbetrug) führen im Allgemeinen nicht zu einer vollen Realisierung der Forderung. Damit wäre dies vergleichbar mit der Fallkonstellation bei drohender Insolvenz (siehe letzter Fall).

Anders verhält es sich bei der hier vorliegenden Haftanordnung zur Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung / Vermögensauskunft nicht abgegeben.

Das bedeutet, dass bereits Titel vorliegen, eine erfolglose Vollstreckung durchgeführt wurde bzw. der Schuldner seine Vermögensauskunft nicht abgegeben hat. In jedem Fall gab es bereits gerichtliche Zwangsmaßnahmen, der Schuldner ist wenn nicht als zahlungsunfähig dann mindestens als zahlungsunwillig einzustufen. Diese Fallkonstellation bedeutet eine erheblich erhöhte Ausfallwahrscheinlichkeit von über 90 % innerhalb der nächsten 12 Monaten und wird als Zahlungseinstellung interpretiert.¹⁴⁸

V könnte strafbar sein gemäß § 266 I Alt. 1 StGB.

¹⁴⁸ <http://www.creditreform.de/info-center/qualitaetsfaktoren/creditreform-bonitaetsindex.html>

V hat eine rechtliche Befugnis über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten missbraucht.

V ist vermögensbetreuungspflichtig, ein kausal auf dem Missbrauch beruhender Vermögensnachteil liegt vor.

Fraglich ist, ob Vorsatz bezüglich der Tatbestandsmerkmale und der Garantenstellung des V vorliegt. Die Handlung plus Erfolg plus Kausalität muss im Vorstellungsbild des Täters aufgenommen sein.¹⁴⁹

V wusste von seinen Pflichten aus der Credit Policy und dass er seine Befugnisse überschreitet, tat dies aber absichtlich, mit dem Ziel seinen Umsatz und damit seine Vergütung zu optimieren. Seine Pflichtverletzung geschah damit vorsätzlich.

V müsste auch in Bezug auf das Eintreten des Erfolges und der Kausalität Vorsatz gehabt haben.

Durch sein positives Wissen über gerichtliche Zwangsmaßnahmen und entsprechende Einträge im Schuldnerregister hat er die gedankliche Vorstellung, dass ein Forderungsausfall ernstlich drohen muss. Bei den bekannten Laufzeiten und Erfolgsquoten in der Vollstreckung (s. o.) ist nicht nur die Gefahr der Insolvenz erhöht. Überschuldete GmbHs werden regelmäßig an sogenannte Firmenbestatter verkauft, was weitere Vollstreckungsmaßnahmen erheblich erschwert oder unmöglich macht.¹⁵⁰ Nach ständiger Rechtsprechung unterliegen auch Forderungen, die durch Ratenzahlungen unter Androhung oder Durchführung von Zwangsmaßnahmen eingetrieben wurden, der Gefahr der Anfechtung nach den §§ 130, 133 InsO.¹⁵¹

V muss als angestellter Geschäftsführer um diese allgemein bekannten Zusammenhänge wissen. Insbesondere wusste er durch die konkreten Informationen von der hohen Gefahr eines insolvenzbedingten Forderungsausfalles. Das Wissenselement des Vorsatzes kann bejaht werden kann.

Fraglich ist das Willenselement.

Im Gegensatz zu einer dem Täter bekannten Insolvenz oder EV /Gläubigerbefriedigung ausgeschlossen handelt es sich gerade nicht um einen sicheren sondern nur um einen wahrscheinlichen Forderungsausfall, mithin um einen drohenden Gefährdungsschaden.

Aus der Kenntnis der Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintrittes lässt sich beim Gefährdungsschaden eben nicht regelmäßig das voluntative Element des Billigens ableiten.¹⁵² Zusätzlich sind an den Nachweis des Nachteils-Vorsatzes für Fälle des bedingten

¹⁴⁹ Schwind, Hassenpflug, Strafrecht, S. 32

¹⁵⁰ z. B. <http://www.arbeitsgemeinschaft-gmbhprobleme.de/> oder http://www.firma-ausland.de/gmbh_insolvenz_exit.htm, hier auch Hinweise auf die Vermeidung strafrechtlicher Konsequenzen durch den Unternehmensverkauf

¹⁵¹ BGH, „Nikolaus“-Urt. v. 6. 12. 2012–IX ZR 3/12

¹⁵² BGHSt 46, 30, 35

Vorsatzes und des Handelns durch Unterlassen strenge Anforderungen zu stellen, wenn der Täter nicht eigennützig gehandelt hat.¹⁵³

Fraglich ist, ob V eigennützig gehandelt hat.

V partizipiert als Geschäftsführer durch seine Umsatzverantwortung bzw. Umsatzzielvorgaben und über Provisionsvereinbarungen monetär an der Höhe des durch ihn bewirkten Umsatzes.

V handelt nicht uneigennützig.

Zudem ist ein Abstellen auf die Eigennützigkeit des Handelns bei der Beurteilung des Vorsatzes nicht unumstritten.¹⁵⁴

Nach der früheren Rechtsprechung war die Kenntnis der Verursachung eines besonders hohen, insb. unbeherrschbaren Risikos des Vermögensverlustes ein gewichtiges Indiz dafür, dass ein Gefährdungsschaden billigend in Kauf genommen wurde und damit bedingter Vorsatz vorliegen würde.¹⁵⁵

V hat Kenntnis von einem besonders hohen und auch unbeherrschbaren Risiko, da die Insolvenzgefahr des Kunden überproportional erhöht ist.

Nach neuerer Rechtsprechung reiche es für die Annahme eines bedingten Vorsatzes eines Gefährdungsschadens aber nicht aus, wenn der Täter zwar die Gefahr eines endgültigen Vermögensnachteils kennt oder für möglich hält und billigt, ihre Realisierung aber unbedingt vermeiden will und sich nicht mit ihr abfindet.¹⁵⁶ Eine bloße Hinnahme einer Vermögensgefährdung als zwangsläufige Begleiterscheinung unternehmerischen Handelns reicht nicht aus. Vielmehr muss der Täter auch die Realisierung der Gefährdung in Form des konkreten Vermögensverlustes billigend in Kauf nehmen.¹⁵⁷

Die Realisierung der Gefährdung ist der durch die Insolvenz des Kunden bedingte Vermögensverlust.

Fraglich ist, ob V die Realisierung des drohenden Forderungsausfalles ernstlich vermeiden und sich nicht mit ihr abfinden wollte oder auch die Realisierung der Gefahr billigend in Kauf nahm.

Hätte V die Realisierung der Gefahr vermeiden wollen, wäre er seiner Verpflichtung zur Bonitätsprüfung und zur Einleitung von Sicherungsmaßnahmen und risikoadäquaten Zahlungskonditionen aus der Credit Policy nachgekommen. Erst das nach der pflichtgemäßen Anwendung verkehrüblichen Risikominimierungsmethoden verbleibende Restrisiko kann als „zwangsläufige Begleiterscheinung unternehmerischen Handelns“ bezeichnet werden. V wollte damit die Schadensrealisierung nicht ernsthaft vermeiden.

Die Einschränkungen nach der neuen Rechtsprechung sind zudem auf jene Fälle beschränkt, in denen die Realisierung der Verlustgefahr nach dem Gesamtzusammenhang der Tatumstände dem Täterverhalten objektiv und subjektiv jeden Sinn nehmen würde. Aus der

¹⁵³ BGHSt 3, 25; NJW 83,461

¹⁵⁴ LK-Schünemann 151

¹⁵⁵ BGHSt 46, 30, 35

¹⁵⁶ Kühne StV 02, 199 zu BGHSt 47, 148

¹⁵⁷ 5 StR 551/11 ,5. StS

bloßen Hoffnung des Täters, „es werde schon irgendwie gut gehen“ könne nicht geschlossen werden, er nehme die Möglichkeit des „endgültigen“ Vermögensverlustes nicht in Kauf.¹⁵⁸ Die Realisierung der Verlustgefahr wäre bei Regelungen in der Credit Policy der A-GmbH, dass durch pflichtwidrige Lieferantenkredite erzeugte Schäden V belastet werden können, aus objektiver und subjektiver Sicht tatsächlich sinnlos. In diesem Fall wäre das voluntative Element des bedingten Vorsatzes entsprechend der aktuellen Rechtsprechung zu verneinen. Eine solche Regelung findet sich aber in der Credit Policy der A-GmbH nicht. V kann aufgrund des Verlaufs vergleichbarer Vorkommnisse berechtigt davon ausgehen, dass hier üblicherweise keine ernsthaften Sanktionen drohen. V profitiert durch entsprechende Vergütungsregelungen unmittelbar (Provision) oder mittelbar (Erreichung von Umsatzzielen) trotz des Forderungsausfalles und hat keine wesentlichen Sanktionen wie z. B. Schadenersatzforderungen oder arbeitsrechtliche Schritte zu fürchten.

V zeigt keinerlei Verhalten, welches auf ein Vermeiden der Realisierung der Verlustgefahr gerichtet wäre, er nimmt die Realisierung der Gefahr billigend in Kauf, die Realisierung der Verlustgefahr ist vor dem Gesamtzusammenhang weder subjektiv noch objektiv ohne jeden Sinn, da er durch die Vergütungspraxis von dem Ausfall profitiert und keine ernsthaften Sanktionen fürchten muss.

Damit ist auch das voluntative Element des bedingten Vorsatzes für die Erfolgsrealisierung zu bejahen.

V handelte vorsätzlich.

Die Tat geschah rechtswidrig.

V handelte schuldhaft.

V ist strafbar gemäß § 266 I Alt. 1 StGB.

e. Fallkonstellation 4: V hat die Bonitätsauskunft des Kunden vorliegen. Die negative Bilanzbonität und weiche Negativmerkmale (viele negative Zahlungserfahrungen mit hohen Zielüberschreitungen, Inkassofälle mit vielen Raten, Ratenverzug) signalisieren mittelfristig eine wahrscheinliche Insolvenz, dies drückt sich in einer schwachen Bonitätsbewertung von 350 und fehlendem Höchstkredit/Kreditlimit aus. V unterlässt es, die wegen der schwachen Bonität in der Credit Policy geforderten Zahlungskondition „Vorkasse“ und werthaltige Sicherheiten beim Kunden einzufordern und verkauft die Ware auf Ziel. Er möchte das Geschäft und seine persönliche positive Umsatzentwicklung nicht gefährden, da er gerne Vertriebsleiter werden möchte. Sanktionen hat er in der sehr vertriebsorientierten A-GmbH über eine Ermahnung hinaus nicht zu befürchten. Die Befürworter der Credit Policy hält er für Umsatzverhinderer, die immer vom schlimmsten Fall ausgehen. Mit so einer Einstellung kann er als Vertriebler nichts anfangen, er denkt positiv und glaubt an sich und den Erfolg. Die Insolvenz des Kunden folgt eine Woche nach Lieferung noch 3 Wochen vor Zahlungsziel.

¹⁵⁸ Fischer StGB, § 266, Rn. 184

V könnte gemäß § 266 I Alt. 1 StGB strafbar sein.

V hat eine rechtliche Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten missbraucht und ist vermögensbetreuungspflichtig.

Ein kausal auf dem Missbrauch beruhender Vermögensnachteil liegt vor.

V müsste vorsätzlich gehandelt haben. Fraglich ist insbesondere, ob er in Bezug auf das Eintreten des Erfolges Vorsatz gehabt hat.

Durch die negativen Zahlungsinformationen und die schwache Bilanz hat er das Wissen, dass ein Forderungsausfall droht.

Fraglich ist das Willenselement.

Dieses wurde beim bedingten Vorsatz nach der älteren Rechtsprechung bereits bei einem Inkaufnehmen angenommen, bei einem sich abfinden mit dem möglichen Erfolgseintritt und bei beim Ausbleiben der Einleitung geeigneter Gegenmaßnahmen (s. o.).

Die neuere Rechtsprechung verlangt, wie bereits oben aufgezeigt, zudem auch ein Billigen der Realisierung der Verlustgefährdung und deren Sinnhaftigkeit für den Täter.

Die in dieser Fallkonstellation vorliegende schwache Bonität von 350 bedeutet eine Ausfallwahrscheinlichkeit (probability of default) bei einem Prognosehorizont von 12 Monaten von 6,5 %. Damit handelt es sich um eine stark erhöhte Ausfallwahrscheinlichkeit. Die durchschnittliche Ausfallwahrscheinlichkeit deutscher Unternehmen beträgt 2,2 %.¹⁵⁹ Bei einer erheblich über dem allgemeinen Risiko liegenden Gefährdung des Gegenanspruchs liegt bei Vorleistungsgeschäften die Annahme nahe, dass der Vermögensverwalter die Überschreitung des konsentierten Risikos erkannt hat.¹⁶⁰

Die vergebene Bonitätsbewertung und die Ausfallwahrscheinlichkeit beziehen sich auf die Erfolgsrealisierung durch Insolvenz bedingte Forderungsausfälle. Durch die schwache Bonität des Kundenunternehmens ist V die Wahrscheinlichkeit des Ausfalles und damit die drohende Realisierung des Erfolges bekannt, ist doch die Verlustrealisierung genau der Sachverhalt, den die Bonitätsbewertung mit verkehrsüblichen statistischen Methoden prognostiziert.

Ein Billigen der Realisierung der Verlustgefährdung muss in dem Handeln des V entgegen der durch die Bonitätsbewertung vorgegebenen Handlungsverpflichtung gesehen werden, da nur auf die Bonität angepasste Zahlungskonditionen die Wahrscheinlichkeit des Verlusteintrittes minimieren können.

Damit liegt ein Billigen der Realisierung der Verlustgefährdung vor, deren Sinnhaftigkeit für den Täter liegt ebenfalls vor, da V keine ernsthaften Sanktionen zu befürchten hat und er

¹⁵⁹ <http://www.creditreform.de/info-center/qualitaetsfaktoren/creditreform-bonitaetsindex.html>

¹⁶⁰ BGHSt 47, 148, 157

unmittelbar (Provision) oder mittelbar (Umsatzziel) auch von dem ausgefallenen Umsatz profitieren kann.

Auch wenn V den Forderungsausfall nicht direkt anstrebt, nimmt er ihn billigend in Kauf.

Das voluntative Element des Vorsatzes liegt damit vor.

V handelte zumindest bedingt vorsätzlich.

Die Tat geschah rechtswidrig.

V handelte schuldhaft.

V ist strafbar gemäß § 266 I Alt. 1 StGB.

f. Fallkonstellation 5: V hat gemäß der Credit Policy eine Wirtschaftsauskunft vorliegen. Durch eine mittlere Bilanzbonität und leichte negative Zahlungserfahrungen und vereinzelte sofort erledigte Inkassofälle besteht eine mäßig erhöhte Ausfallwahrscheinlichkeit, mithin eine etwas schwächere Bonität von 307. V überschreitet das vorgegebene Kreditlimit ohne sichernde Maßnahmen. Er hält die Vorgaben der Buchhaltung für zu streng, und ist eher für ein flexibleres Vorgehen, gerade, weil er einen guten Draht zum Kunden hat. Die Insolvenz des Kunden folgt der Warenlieferung.

V könnte strafbar gemäß § 266 I Alt. 1 StGB sein.

V hat eine rechtliche Befugnis über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten durch sein Überschreiten des Kreditlimits ohne Sicherheiten anzufordern missbraucht und er ist vermögensbetreuungspflichtig.

Ein kausal auf dem Missbrauch beruhender Vermögensschaden liegt vor.

V müsste vorsätzlich gehandelt haben.

V hat aufgrund der negativen Zahlungserfahrungen und der schwächeren Bonitätsbeurteilung das Wissen einer überdurchschnittlichen Insolvenzgefahr. Er weiß damit von einer erhöhten Wahrscheinlichkeit der Realisierung des Erfolges. Dieses Wissensmoment ist in Kombination mit dem Verstoß gegen eine Sorgfaltspflicht, die gerade dem Schutz des beeinträchtigten Rechtsguts dienen soll und die daraus folgende Gefährdung für den Täter subjektiv vorhersehbar und vermeidbar war, auch Kennzeichen des „zweistufigen“ Fahrlässigkeitsbegriff.¹⁶¹

Fraglich ist, ob V zudem das Willenselement des Eventualvorsatzes besitzt.

Er nimmt die Realisierung einer erhöhten Ausfallgefahr in Kauf, wegen des Ausbleibens von sichernden Zahlungskonditionen ist keine Aktivität in Richtung einer Vermeidung des Erfolgseintrittes festzustellen.

¹⁶¹ BGHSt 49, 1, 5

Da die Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritt aber nicht stark, sondern eben nur mäßig erhöht ist, ist fraglich, ob das Ausbleiben von Vermeidungsaktivitäten und das in Kauf nehmen einer Gefährdungsrealisierung im Sinne eines voluntativen Elementes gewertet werden kann.

Vergleicht man diese Situation mit anderen üblichen kaufmännischen Entscheidungen und dem Risiko eines negativen Ausgangs und daraus resultierender Vermögensschäden, so bleiben Zweifel.

Der Verkauf per Rechnung an ein Unternehmen mit etwas schwächerer Bonität von z.B.307 ist mit einer durchschnittlichen Ausfallwahrscheinlichkeit von ca. 2,6 % verbunden, bei einem Durchschnittswert deutscher Unternehmen von 2,2 %.¹⁶²

Zwar ist die Berechnung der Ausfallwahrscheinlichkeit eine objektive Erkenntnis, der Vorsatz aber subjektiv und täterbezogen. Die subjektive Einschätzung der Gefahr der Erfolgsrealisierung bildet sich aber für V über seine Kenntnis der objektiven Ausfallwahrscheinlichkeit. V hat damit Wissen von einem möglichen, aus der Sicht des V aber zu vernachlässigenden Risiko.

Auch im Vergleich mit anderen betriebswirtschaftlichen Entscheidungen ist zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses kein so deutlich erhöhtes Risiko zu sehen, dass strafrechtliche Sanktionen hier angebracht erscheinen. Es kann nicht Sinn und Zweck des § 266 StGB sein, unternehmerisches Handeln insgesamt durch Sanktionierung moderat risikogeneigter Entscheidungen zu behindern. Das Nichtverhindern des möglichen Erfolgseintrittes ist damit nicht im Sinne eines voluntativen Elementes zu sehen, da das drohende Risiko zu gering ist.

Ein Vorsatz besteht damit nicht.

V ist nicht strafbar gemäß § 266 I Alt. 1 StGB.

g. Fallkonstellation 6:

V ist für den Vertrieb zuständiger Geschäftsführer der A-GmbH, die in einem umkämpften Marktsegment tätig ist.

Die A-GmbH hat keine Credit Policy. V verzichtet auf eine Bonitätsprüfung des Kunden I-GmbH, obwohl leichtere negative Zahlungserfahrungen und eine Ratenzahlung vorliegen, da eine jahrelange Geschäftsbeziehung und eine quasi freundschaftliche Beziehung zum Geschäftsführer der I-GmbH besteht. Dieser würde sich durch risikoadäquate Zahlungskonditionen persönlich angegriffen fühlen, was zum Verlust des Kunden führen würde.

Weiter hat V sein Umsatzziel für dieses Quartal noch nicht erreicht, er wird aber anhand der Umsatzentwicklung der A-GmbH beurteilt und die weitere Entwicklung seiner Vergütung hängt davon ab.

Die A-GmbH ist der wichtigste Lieferant der I-GmbH, ein Forderungsausfall könnte der Höhe nach der A-GmbH die positive Geschäftsentwicklung eintrüben. Vor der Zahlung aber nach Übersendung der Ware kommt die Nachricht von der Insolvenz. V verwehrt sich nach Einleitung eines Verfahrens aufs äußerste, dass er den Forderungsausfall im Sinne des § 266

¹⁶² <http://www.creditreform.de/info-center/qualitaetsfaktoren/creditreform-bonitaetsindex.html>

StGB „gewollt“ haben könnte. Ein Forderungsausfall läge „offensichtlich“ nicht im Interesse eines Geschäftsführers und „könne daher gar nicht gewollt sein“.

aa) V könnte sich durch die unterlassene Bonitätsprüfung gemäß § 266 I Alt. 1 StGB zum Nachteil des Unternehmens strafbar gemacht haben.

Dafür müsste V eine in § 266 StGB genannte Befugnis missbraucht haben.

Die A-GmbH unterliegt dem Geltungsbereich des KonTraG und dem GmbHG, welches von den Verantwortlichen Maßnahmen zur Risikominimierung verlangt, insbesondere wenn Hinweise auf eine drohende Krise oder ein existenzbedrohendes Risiko vorliegt.

Leichte Hinweise auf eine drohende Krise liegen in Form von leichteren negativen Zahlungserfahrungen und einer Ratenzahlungsvereinbarung vor, die Höhe der Forderung ist zwar nicht Existenz bedrohend, aber bedeutsam.

§ 43 Abs. 1 GmbHG verlangt von dem Geschäftsführer die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Kaufmannes, daraus können Pflichten zur Bonitätsprüfung entstehen. Der Missbrauchstatbestand wird in der Rechtsprechung auch angenommen bei unternehmerischen Entscheidungen, die gegen das Unternehmensinteresse gerichtet sind, weil nutzlos Gesellschaftsvermögen hingegeben wird. Das Unternehmensinteresse gilt hierbei als verbindliche Richtlinie im Innenverhältnis.¹⁶³

Im Ergebnis und rückblickend ist ein Lieferantenkredit an einen später insolvent gehenden Kunden eine unternehmerische Entscheidung, die gegen das Unternehmensinteresse gerichtet ist, da dabei nutzlos Gesellschaftsvermögen hingegeben wird.

Die „nutzlose Hingabe“ würde sich im Fall des Lieferantenkredites durch das Fehlen wirtschaftlich sinnvoll begründbarer Gewinnchancen begründen.

Die genannten Begrifflichkeiten bieten aber breite Interpretationsspielräume. Was für einen Unternehmer ein Hochrisikogeschäft darstellt, ist für einen anderen ein Geschäft im Bereich vertretbaren unternehmerischen Risikos. Oft ist es auch eher das Ergebnis, an dem die Beurteilung fest gemacht wird:

Führt das Risikogeschäft zu einem Erfolg, wird es als unternehmerisches Glanzstück wahrgenommen, führt es zu einem Misserfolg und entstehen daraus Schäden, muss es einen Schuldigen geben.

Auch wird das Innenverhältnis nur ausnahmsweise durch Gesetz bestimmt.¹⁶⁴ Da es hier weder um ein Existenz bedrohendes Risiko geht, noch deutliche Hinweise auf eine drohende Krise vorliegen, kann eine solche Ausnahmesituation nicht gegeben sein. Damit liegt in Ermangelung einer eindeutigen verbindlichen Regelung im Innenverhältnis kein Missbrauch im Sinne des § 266 I Alt. 1 StGB vor.

¹⁶³ BGHSt 50,331,336 ff.

¹⁶⁴ z. B. bei Minderjährigen, siehe Lenckner/Perron (Fn. 3),§ 266 Rn. 20

V könnte sich durch die unterlassene Bonitätsprüfung gemäß § 266 I Alt. 2 StGB zum Nachteil des Unternehmens strafbar gemacht haben.

V ist als Geschäftsführer vermögensbetreuungspflichtig, fraglich ist seine Pflicht zur Bonitätsprüfung.

Zur Abwägung der Chancen und Risiken gehört neben Hinweisen auf ein erhöhtes Ausfallrisiko aber auch die Höhe des Risikos. Der Vermögensverwalter hat bei Vorleistungsgeschäften eine Pflicht zur Risikoanalyse zu beachten, bei Lieferungen einer Kaufsache von einigem Wert unter Einräumung einer Zahlungspflicht hat er sich Informationen über die Bonität des Geschäftspartners zu verschaffen. Er muss die Risiken eines Ausfalles durch die Anforderung von Sicherheiten minimieren.¹⁶⁵

Da der Forderungsausfall die Geschäftsentwicklung negativ beeinflussen wird und einigen Wert darstellt, entsteht für V als Geschäftsführer aus § 43,1 GmbHG im Innenverhältnis eine Pflicht zur Bonitätsprüfung. Dieser ist V nicht nachgekommen.

Ein kausal auf der Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht des V beruhender Vermögensnachteil ist der A-GmbH in Form einer Forderung gegen ein zunächst insolvenzgefährdetes und nunmehr insolventes Unternehmen entstanden.

Fraglich ist, ob V Vorsatz in Bezug auf die aus der Vermögensbetreuungspflicht resultierenden Pflicht zur Bonitätsprüfung und dem aus der Pflichtverletzung resultierenden Vermögensschaden hatte.

Vorsatz bedeutet das Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung.¹⁶⁶

Die A-GmbH untersteht dem Geltungsbereich des KonTraG und des GmbHG, V muss sich als Geschäftsführer den daraus entstehenden Verpflichtungen bewusst sein. Das Wissen um diese Pflichten ist hier bereits aus seinem Arbeitsverhältnis heraus eine Holschuld des V.

Somit ergibt sich das Wissensmoment des Vorsatzes aus diesen Regelungen, da diese eine Bonitätsprüfung und entsprechende Zahlungskonditionen zur Risikominimierung verlangen.

Fraglich ist aber, ob V die Tatbestandsverwirklichung auch wollte, da zu dem kognitiven ein voluntatives Element hinzukommen muss.

Fraglich ist insbesondere entsprechend der Einlassung des V, ob V als Geschäftsführer, dessen Aufgabe ein Handeln im Unternehmensinteresse ist, ein offensichtlich gegen das Unternehmensinteresse gerichtetes Ergebnis, wie es ein Forderungsausfall darstellt, grundsätzlich wollen könnte.

V unterliegt als für den Vertrieb zuständiger Geschäftsführer einem durch allgemein übliche Umsatzvorgaben erzeugten starken Verkaufsdruck.¹⁶⁷

¹⁶⁵ Hellmann, Risikogeschäfte und Untreuestrafbarkeit ZIS 2007, 433, 438

¹⁶⁶ BGHSt 36, 1, 9

Wegen optimierter Controllingmaßnahmen¹⁶⁸ auf der einen Seite und einer immer schwierigeren Wettbewerbssituation auf der anderen Seite ist V gezwungen, dem Kunden Vorteile anzubieten, die Mitbewerber nicht anbieten.

In der vertrieblichen Praxis gewinnt man Kunden durch Nutzen- und Preisvorteile und oftmals über großzügigere Zahlungskonditionen.¹⁶⁹

Dabei kann aber sehr leicht die Situation entstehen, einen Kunden mit großzügigen Zahlungszielen lediglich deshalb zu gewinnen, weil der Wettbewerb ihn bonitätsbedingt bereits auf Vorkasse gestellt hat oder die Stellung werthaltiger Sicherheiten verlangt.

Hier genau zu wissen, wie es bezüglich der Bonität bei dem Kunden aussieht, kann aus rein umsatzorientierter Sicht sogar ein Nachteil sein. Das Wissen um eine schwache Bonität könnte Zahlungskonditionen und Sicherungsmaßnahmen notwendig machen, die den Verlust des Kunden bedeuten könnten.

V weiß von Zielüberschreitungen und einer Ratenzahlung, die auf eine drohende Krise der I-GmbH hinweisen können und die auch nach ständiger Rechtsprechung als Indizien im Rahmen der Insolvenzanfechtung nach § 133 InsO gelten können. Da die A-GmbH wichtiger Lieferant der I-GmbH ist, sind diese Fakten noch schwerer zu gewichten, da wichtige Lieferanten naturgemäß pünktlicher bezahlt werden, um Lieferstopps, Vorkasse, etc., zu vermeiden. V muss damit von einer erhöhten Wahrscheinlichkeit der Realisierung eines Forderungsausfalles ausgehen.

V möchte vor diesem Hintergrund aber keine Details über die Bonität seines Kunden erfahren, was ihn zu Maßnahmen zwingen könnte, die den Verlust des Kunden nach sich ziehen könnte. Dies obwohl er eine Pflicht zur Bonitätsprüfung aus dem GmbHG hat, s. o..

Dieses Nichthinschauen ist das Unterlassen einer Handlungspflicht.

Es handelt sich dabei um ein mindestens vorbewusst aktives Nichthinschauen, um nicht sehen zu müssen, was Creditmanagement-Aktivitäten notwendig und dadurch den eigenen Umsatz minimieren könnte.

„Aktiv“ ist das Nichthinschauen deshalb, weil die Gefahr einer möglichen Insolvenz eines Unternehmens allgemein bekannt ist und daher bei Geschäften mit Ausfallrisiko spontan im Bewusstsein auftauchen muss.¹⁷⁰ Mindestens vorbewusst ist das Nichthinschauen daher, da sich diese Zusammenhänge, wenn nicht explizit, so mindestens aus dem Kontext heraus aufdrängen.¹⁷¹

Bei diesem aktiven Wegschauen vor Insolvenzrisiken stellt der V vertriebliche Interessen und damit aufgrund des Vergütungssystems (Erreichung von Umsatzzielen) seine eigenen mone-

¹⁶⁷ 35% der befragten Vertriebsmitarbeiter bemängeln aus zu hohem Verkaufsdruck entstehende aggressive Verkaufsmethoden <http://www.haufe-akademie.de/downloadserver/FB/DVS-Vertriebsmonitor-2013.pdf> S.8

¹⁶⁸ z. B. Vergleiche des realisierten Umsatzes mit Kontrollgruppen oder einem über Kundendaten berechenbaren potentiellen Umsatz <http://www.controllingportal.de/Fachinfo/Funktional/Vertriebscontrolling.html>

¹⁶⁹ http://www.bwcon.de/fileadmin/bwcon/downloads/Leitfaeden/leitfaeden_Vertrieb_.pdf, S. 24

¹⁷⁰ zum Verschließen vor jedermann offenliegenden Erkenntnissen 1 StR 538/99

¹⁷¹ zum subjektiven Zugang unterhalb der aktuellen Bewusstseinschwelle, dem sog. „sachgedanklichen Mitbewusstsein“ Bay NJW77, 1974

tären Interessen über die Pflicht, das von ihm betreute Vermögen zu erhalten und zu schützen.

Nach neuerer Rechtsprechung reicht es für die Annahme eines bedingten Vorsatzes eines Gefährdungsschadens nicht aus, wenn der Täter zwar die Gefahr eines endgültigen Vermögensnachteils kennt oder für möglich hält und billigt, ihre Realisierung aber unbedingt vermeiden will und sich nicht mit ihr abfindet.¹⁷²

Eine bloße Hinnahme einer Vermögensgefährdung als zwangsläufige Begleiterscheinung unternehmerischen Handelns ist hier nicht ausreichend. Vielmehr müsse der Täter auch die Realisierung der Gefährdung in Form des konkreten Vermögensverlustes billigend in Kauf nehmen.¹⁷³

Auch wenn V den durch Forderungsausfall bedingten Vermögensschaden nicht als primäres Ziel will, verhält er sich Umsatz orientiert in einer Form, die den Forderungsausfall als mögliches Szenario akzeptiert und die Realisierung des Vermögensverlustes billigend in Kauf nimmt. Er will den Umsatz tätigen, welcher die Möglichkeit eines Ausfalles beinhaltet. Besonders strenge Anforderungen für den bedingten Vorsatz bei Handeln durch Unterlassen bestehen für Fälle ohne eigennütziges Handeln.¹⁷⁴ V handelt aber vergütungsbedingt nicht uneigennützig.

V leitet auch nicht aktiv Gegenmaßnahmen ein und lässt durch sein Verhalten keinerlei Vermeidungswillen erkennen, um den drohenden Erfolg zu vermeiden.¹⁷⁵

Damit liegt neben dem Wissenselement auch das Willenselement des bedingten Vorsatzes vor.

V handelte vorsätzlich.

bb. Vorsatz ausschließender Irrtum gem. § 16 StGB

Fraglich ist, ob für V ein Vorsatz ausschließender Irrtum nach § 16 StGB vorliegt.

Das Wollen einer Person kann nur auf den Vorstellungen und Kenntnissen des Handelnden aufbauen, daher muss im Schuldstrafrecht darauf Rücksicht genommen werden. Kennt der Handelnde strafrechtlich bedeutende äußere Umstände nicht, so spricht man von einem Irrtum, sieht er solche Umstände irrig als gegeben, von einem umgekehrten Irrtum.¹⁷⁶

Der Vorsatz einer Tat muss die gesetzlichen Tatbestände umfassen.

Dabei muss der Täter keinesfalls den generalisierenden Gesetzeswortlaut reflektieren, sondern einen Wirklichkeitsvorgang mit konkreten Umständen, die der Gesetzesbeschreibung entsprechen.¹⁷⁷ Kennt der Täter ein objektives Tatbestandsmerkmal nicht, so handelt er in Vorsatz ausschließendem Tatbestandsirrtum nach § 16 StGB.

¹⁷² Kühne StV 02, 199 zu BGHSt 47, 148

¹⁷³ 5 StR 551/11

¹⁷⁴ NJW 83, 461

¹⁷⁵ „billigen“ bei B/Weber/Mitsch 20/54, „Fehlen eines Vermeidungswillens“ Arm. Kaufmann ZstW 70, 64

¹⁷⁶ Fischer, StGB, § 16, Rn. 2

¹⁷⁷ Hellmann, Risikogeschäfte und Untreuestrafbarkeit, S.443

Für einen Tatbestandsirrtum müssten dem V gemäß § 16 Abs. 1, Var. 1 Tatbestandsmerkmale unbekannt sein.

Tatbestandsmerkmale können sinnlich wahrnehmbare Gegenstände oder Vorgänge der Außenwelt, aber auch innerpersonale Umstände oder Vorgänge sein.¹⁷⁸

Dafür müsste V u. a. das Tatbestandsmerkmal „Nachteil/Schaden“ im Hinblick auf das Forderungsausfallrisiko unbekannt sein oder eine Unkenntnis der tatsächlichen Umstände vorliegen, die die Vermögensbetreuungspflicht begründen.

In der ersten Variante müsste der V irrig vermuten, dass ein durch Insolvenz bedingter Forderungsausfall und damit ein Nachteil für das von ihm betreute Vermögen nicht möglich oder so unwahrscheinlich ist, dass man sich nicht mit dem Thema beschäftigen muss. Dies setzt voraus, dass eine Insolvenz des Kunden unmöglich oder statistisch extrem unwahrscheinlich sein muss.

Die durchschnittliche Ausfallwahrscheinlichkeit deutscher Unternehmen beträgt 2,2 %, die Ausfallwahrscheinlichkeit guter Unternehmen beträgt bis 0,99 %, selbst die sehr guten Unternehmen bis 0,30%.¹⁷⁹ Damit ist die Insolvenz auch aktuell bonitätsstarker Unternehmen alles andere als unmöglich. Auch die Rechtsgrundlage für eine geordnete Insolvenz von Banken ist geschaffen.¹⁸⁰

V hat als Geschäftsführer der A-GmbH vor dem Hintergrund des GmbHG, des KonTraG und als Vermögensbetreuungspflichtiger Wissen über diesen Themenbereich zu haben. Für V ist die Vermögensbetreuung eine Hauptpflicht, zu der auch die Pflicht zur Aneignung der Sorgfaltsvoraussetzung gehört. V hätte wissen müssen, dass eine insolvenzbedingte Ausfallgefahr besteht. Daher reicht das fehlende positive Wissen nicht aus, um ihn zu rechtfertigen. Ein Irrtum bezüglich der Möglichkeit eines Insolvenz bedingten Vermögensschaden ist damit von V zu verantworten und kann nicht schuldbefreiend im Sinne des § 16 Var. 1 StGB wirken

Auch die Umstände, die die Garantenpflicht begründen, gehören bei den unechten Unterlassungsdelikten zum Tatbestand, ein Irrtum würde den Vorsatz ausschließen.¹⁸¹

V hat sich als Geschäftsführer über alle relevanten Umstände zu informieren.¹⁸²

Er hat damit auch Kenntnis von den Verpflichtungen aus dem KonTraG und dem GmbHG, mithin von den Umständen, die seine Garantenpflicht begründen, zu haben.

Es liegt kein Tatbestandsirrtum gemäß § 16 Abs. 1, Var. 1 vor.

¹⁷⁸ Fischer, ebenda

¹⁷⁹ <http://www.creditreform.de/info-center/qualitaetsfaktoren/creditreform-bonitaetsindex.html>

¹⁸⁰ Die Europäische Bankeninsolvenzrichtlinie, www.jku.at/ibfw/content/e53860/e53867/e53871/e226613/DiplomarbeitAlbertFercher.pdf

¹⁸¹ BGHSt 16, 155

¹⁸² https://www.ihk-nuernberg.de/de/media/PDF/Publikationen/Recht-Steuern/GmbH-Geschaefsfuehrer_144.pdf S.5

Bei V könnte eine Unkenntnis bezüglich der tatsächlichen Umstände vorliegen, die seine Vermögensbetreuungspflicht begründen und er könnte sich damit in einem Vorsatz ausschließenden Tatbestandsirrtum nach § 16 Var. 2 StGB befinden. Für V als angestellter Geschäftsführer ist die fremdnützige Vermögensfürsorge eine Hauptpflicht aus dem Arbeitsverhältnis. V hätte wissen müssen, dass er vermögensbetreuungspflichtig ist. Daher reicht auch hier das fehlende positive Wissen nicht aus, um ihn zu rechtfertigen. Er hat das relevante Wissen zu haben, s. o.

V handelte vorsätzlich.

cc. Rechtswidrigkeit

V müsste rechtswidrig gehandelt haben.

Rechtswidrigkeit bedeutet das Fehlen von Rechtfertigungsgründen, die einer Strafbarkeit des Handelns entgegen stehen.¹⁸³

Im Wirtschaftsstrafrecht spielen Rechtfertigungsgründe grundsätzlich keine bedeutende Rolle.¹⁸⁴ Entschuldigender Notstand gemäß § 35 StGB scheidet im Normalfall aus, da im Allgemeinen keine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit bestehen dürfte.

Die Erfüllung des Tatbestands impliziert die Rechtmäßigkeit.

V könnte aber gemäß § 34 StGB gerechtfertigt sein.

Dafür müsste die Tat zur Abwendung einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für das eigene oder fremde Eigentum oder andere Rechtsgüter geeignet sein.

Eine solche Gefahr kann der existenzbedrohende Verlust eines Kunden sein.

Grundsätzlich scheidet insbesondere die Rechtfertigung deliktischer Handlungen zur Aufrechterhaltung der Produktion aus.¹⁸⁵ Im Normalfall eines Unternehmens mit ausreichender Auftragslage ist der Verlust eines Auftrages wegen Risiko adäquaten Zahlungskonditionen nicht als Gefahr für das Fortbestehen des Unternehmens zu qualifizieren.

Gerade aber in Branchen, in denen die Produkte relativ austauschbar sind und die keinerlei Alleinstellungsmerkmal besitzen, ist neben dem Preis die Zahlungskondition ein entscheidendes Vertriebsinstrument.¹⁸⁶

Viele Unternehmen, die eine problematische Auftragslage haben, können sich daher ein konsequentes Creditmanagement nicht leisten, da der aus strengen Zahlungskonditionen resultierende Auftragsverlust die eigene Insolvenz bedeuten kann. Dies kann eine gegenwärtige Gefahr für das Eigentum des Unternehmens im Sinne des § 34 StGB darstellen.

¹⁸³ Dräger, Rumpf-Rometsch, Die Fälle AT, S. 23

¹⁸⁴ W/J/Dannecker, Kap. 1 Rn. 38

¹⁸⁵ Bay-ObLG, NstZ-RR 1999, 312

¹⁸⁶ http://www.bwcon.de/fileadmin/bwcon/downloads/Leitfaeden/leitfaeden_Vertrieb_.pdf, S.24

Ein Kundenunternehmen mit einer Bonität von 500 entspricht einer Ausfallwahrscheinlichkeit von 89,39 %, bei einer Bonität von 600 entspricht diese 95,53 %.¹⁸⁷ Bei Nichtannahme des Auftrages vor dem Hintergrund einer extrem angespannten Auftragsituation betrüge die eigene Ausfallwahrscheinlichkeit innerhalb der nächsten Monate aber 100 %.

Unter diesen extremen Voraussetzungen könnte die Tat als „kleineres Übel“ geeignet sein, die drohende Gefahr der eigenen Insolvenz abzuwenden, damit wäre sie nach § 34 StGB nicht rechtswidrig.

Die A GmbH ist zwar in einem umkämpften Marktsegment tätig, risikoadäquate Zahlungskonditionen hätten wohl zum Verlust des Auftrages geführt und der Forderungsausfall wird die positive Geschäftsentwicklung der A-GmbH einrüben.

Dass die Nichtannahme des Auftrages aber zu der eigenen Insolvenz geführt hätte und vor diesem Hintergrund die Tat gerechtfertigt wäre, ist nicht der Fall.

V handelte rechtswidrig.

dd. Schuld

V müsste zudem schuldhaft gehandelt haben.

Schuld im Sinne des Strafrechts ist die persönliche Vorwerfbarkeit der Tat.¹⁸⁸ Dafür dürfte V nicht in einem unvermeidbaren Irrtum eines rechtlich pflichtgemäßen Vorgehens gehandelt haben. Ansonsten läge ein Verbotsirrtum nach § 17 StGB vor, der die Schuld ausschließen würde, wenn der Täter den Irrtum nicht vermeiden konnte.

V könnte irrig annimmt, eine Bonitätsprüfung sei entbehrlich oder er handelt im Rahmen eines ihm zustehenden Ermessensspielraumes.¹⁸⁹ Der Verbotsirrtum wird aber in der Regel durch Einholung weiterer Informationen im Rahmen der Pflichten aus dem GmbHG (der Geschäftsführer hat die relevanten Informationen zu haben, s. o.) vermeidbar sein, und damit die Schuld nicht ausschließen können.

Extremfälle, in denen ein entsprechender Irrtum tatsächlich unvermeidbar wäre, sind die Ausnahme.¹⁹⁰

V hätte als angestellter Geschäftsführer weitere Informationen über Creditmanagement einholen können und müssen. Ein Irrtum ist damit vermeidbar.

V handelte schuldhaft.

V hat sich durch die unterlassene Bonitätsprüfung gemäß § 266 I Alt. 2 StGB zum Nachteil des Unternehmens strafbar gemacht.

II. Betrug § 263 StGB

¹⁸⁷ <http://www.creditreform.de/info-center/qualitaetsfaktoren/creditreform-bonitaetsindex.html>

¹⁸⁸ Schwind, Hassenpflug, Nawratil, Strafrecht, S. 33

¹⁸⁹ zum Verbotsirrtum Kraatz, Rn. 221

¹⁹⁰ Kraatz, ebenda

Das geschützte Rechtsgut i. S. des § 263 StGB ist das Vermögen.

1. Fall: V unterlässt als Geschäftsführer der A-GmbH die Bonitätsprüfung des Kunden, da er aus seinen regelmäßigen Besuchen einen positiven Eindruck vom Unternehmen hat und der Kunde immer gut gezahlt hat.

V „kennt seinen Kunden“. Eine Woche nach der Warenlieferung vor Zahlung des Kaufpreises folgt die Nachricht über die Insolvenz.

V könnte sich durch die unterlassene Bonitätsprüfung gemäß § 263 StGB zum Nachteil der A-GmbH strafbar gemacht haben.

Dafür müsste V ausdrücklich oder konkludent getäuscht haben.

Täuschung ist jedes Verhalten, dass irreführend auf die Vorstellung eines anderen einwirken soll.¹⁹¹ Dabei werden falsche Tatsachen vorgespiegelt, d. h. es wird das Vorliegen von Umständen behauptet, die nicht gegeben sind, wobei sich der Erklärungsinhalt aus der Verkehrsauffassung und dem Empfängerhorizont bestimmt.¹⁹²

V geht davon aus, beim Kunden sei alles in Ordnung, er hat einen positiven Eindruck von dessen Zahlungsfähigkeit. Falsche Aussagen über Tatsachen können nur in Bezug auf positives Wissen vorgespiegelt werden.

V hat keinerlei positives Wissen von der Insolvenzgefahr. Daher spiegelt V durch den Verkauf auf Rechnung keinen von seinem eigenen Tatsacheneindruck abweichenden Eindruck vor.

Damit ist keine Täuschung gegeben.

V ist nicht strafbar gemäß § 263 StGB.

2. Fall: V hat als Geschäftsführer der A-GmbH aus zuverlässiger Quelle erfahren, dass es dem Kunden I-GmbH sehr schlecht geht. Da er weiß, dass die I-GmbH von anderen Lieferanten nur noch per Vorkasse beliefert wird, sieht er die Chance seine momentan eher dürftigen Umsätze anzukurbeln. Er verkauft Ware in Höhe von 20.000,00 EUR auf Ziel, obwohl die Credit Policy eine Bonitätsprüfung risikoabhängig verbindlich vorschreibt. Kurz danach meldet sich der vorläufige Insolvenzverwalter.

Ist V strafbar gemäß § 263 StGB zum Nachteil der A-GmbH?

objektiver Tatbestand

a. Täuschung

V müsste ausdrücklich oder konkludent getäuscht haben.

¹⁹¹ Dräger, Rumpf-Rometsch, Die Fälle Strafrecht BT 2 S. 190

¹⁹² LK-Tiedemann 25

Eine Täuschung ist ein Verhalten, das bewusst irreführend auf die Vorstellung eines anderen einwirken soll.¹⁹³ Der Kunde drückt durch den Auftrag auf Rechnung konkludent seine Zahlungsfähigkeit und -willigkeit aus.¹⁹⁴

Fraglich ist, ob spiegelbildlich die konkludente Aussage „Kunde ist bonitätsgeprüft und zahlungsfähig“ auch im Vertragsschluss durch den Vertreter des Gläubigerunternehmens gegenüber dem von ihm vertretenen Unternehmen liegt. Der Vertragsschluss auf Rechnung ist nach der allgemein verbindlichen Credit Policy risikoabhängig nur nach positivem Ergebnis einer Bonitätsprüfung erlaubt. Damit muss der Vertragsabschluss auf Rechnung nach in der A-GmbH ständiger üblicher Praxis konkludent den Erklärungsinhalt einer positiven Bonität des Geschäftspartners beinhalten.

Weiter entsteht aus der Credit Policy heraus eine Garantenstellung zum Handeln in Form einer Bonitätsprüfung, zur Anwendung risikoadäquater Zahlungskonditionen und allgemein insolvenzbedingte Vermögensschäden zu vermeiden (s. o.). Daraus entsteht auch die Pflicht, über Abweichungen aktiv zu informieren, selbst wenn dies nicht explizit in den Credit Policy formuliert ist. Dies hat V unterlassen. Aufgrund dieses Unterlassens erhält die kommentarlose Weitergabe des Auftrages die konkludente Bedeutung, dass der Geschäftspartner bonitätsgeprüft und zahlungsfähig ist.

V hat positives Wissen von der drohenden Zahlungsunfähigkeit des Kunden und schließt trotz anders lautender Pflichten einen Vertrag auf Rechnung. Da V positives Wissen von einer schlechten Zahlungsfähigkeit des Kunden hat, muss er erkennen, dass er eine unrichtige Vorstellung in anderen bewirkt, da diese sich auf ein pflichtgemäßes und verkehrübliches Handeln des V verlassen.

V hat durch seinen Vertragsschluss auf Rechnung getäuscht.

b. Irrtum – Adressat der Täuschung

V müsste durch seine Täuschung einen Irrtum in einer über das Vermögen der A-GmbH verfügenden natürlichen Person erregt haben.

Variante 1: V hat einen automatisierten Bestellvorgang am Computer initiiert. Er ist als Geschäftsführer selber für die Prüfung der Bestellvorgänge zuständig.

Nur natürliche Personen die nicht mit dem Täuschenden identisch sind, können sich als Adressat einer Täuschung irren.

Wenn es dem Täter selbst obliegt, die Berechtigung von Verfügungen zu prüfen und der Geschädigte oder eine ihm zuzurechnende Person die Verfügung ohne weiteres auszuführen hat, fehlt es schon an einer Irrtumserregung.¹⁹⁵

Da V selber für die Auftragsprüfung zuständig ist und lediglich einen automatisierten Bestellvorgang im EDV-Programm angestoßen hat, fehlt es

¹⁹³¹⁹³ Rengier BT 1, § 13, Rn. 4ff.

¹⁹⁴ BGH 15,24, NstZ-RR 98, 247

¹⁹⁵ NstZ 06, 687

an einem täuschungsbedingten Irrtum einer über das Vermögen der A-GmbH verfügenden Person.

V ist nicht strafbar gemäß § 263 StGB.

Variante 2: V leitet den Auftrag schriftlich an W weiter, der als angestellter Geschäftsführer für das Creditmanagement und die Prüfung der Bestellungen und Aufträge zuständig ist.

Ist V strafbar gemäß § 263 StGB?

V müsste durch seine Täuschung einen Irrtum in einer über das Vermögen der A-GmbH verfügenden natürlichen Person erregt haben.

Der Irrtum ist das spiegelbildliche Gegenstück der Täuschung, der durch die Täuschungshandlung erregt oder unterhalten wurde.¹⁹⁶ Fraglich ist, ob der Adressat der Täuschung die Berechtigung eines Leistungsverlangens oder -auftrages zu prüfen hat. Wenn dies nicht der Fall ist, wird er sich hierüber i.d.R. auch keine (richtigen oder falschen) Gedanken machen.¹⁹⁷

W ist Adressat der Täuschung.

Er bildet sich vor dem Hintergrund der Verpflichtungen aus der Credit Policy die Vorstellung einer positiven Bonität der I-GmbH. Diese falsche Vorstellung bildet er sich, da er aufgrund seiner Funktion die Berechtigung des Leistungsauftrages zu prüfen hat.

Fraglich ist weiter, ob sich derjenige irrt, der über das Vermögen verfügt.¹⁹⁸ Diese Identität muss gegeben sei, da der durch die Täuschung verursachte Irrtum Ursache der Vermögensverfügung sein muss.¹⁹⁹ W verfügt durch die Einleitung der Vorbereitung und Abwicklung des Auslieferungsvorganges und des Versands von Ware im Wert von 20.000,00 EUR über das Vermögen der A-GmbH.

V hat durch seine Täuschung einen Irrtum in einer über das Vermögen der A-GmbH verfügenden natürlichen Person erregt.

c. Vermögensverfügung

Der ursächliche Zusammenhang zwischen Irrtum und Vermögensschaden wird durch das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Vermögensverfügung hergestellt. Vermögensverfügung ist dabei jedes rechtliche oder tatsächliche Handeln, Dulden oder Unterlassen, das unmittelbar zu einer Vermögensminderung führt.²⁰⁰ In dem Verkauf der A-GmbH von Ware auf Ziel liegt eine Vermögensverfügung, da Vermögenswerte aus dem Unternehmen abfließen und dadurch eine Vermögensminderung entsteht.

In der Zahlung einer Provision an den V liegt eine zweite Vermögensverfügung der A-GmbH.

¹⁹⁶ ZstW 119, 250

¹⁹⁷ NstZ 97, 281

¹⁹⁸ NstZ 06, 687

¹⁹⁹ BGHSt 18, 223 f.

²⁰⁰ Cramer in Schönke/Schröder, § 263, Rn. 54

Fraglich ist die Unmittelbarkeit der Täuschung auf die Vermögensverfügung für die geschädigte A-GmbH.

Da der Betrug ein Selbstschädigungsdelikt ist, muss das Opfer im Normalfall das eigene Vermögen selbst schädigen.²⁰¹ Mit dem Kriterium der Unmittelbarkeit wird der Selbstschädigungscharakter des Betrugs unterstrichen. Das vermögensrelevante Handeln oder Unterlassen des Getäuschten ist der Akt des Gebens, der die Vermögensminderung unmittelbar, also ohne weitere Handlungen des Täters oder nicht dem Risikobereich des Opfers zuzurechnender Dritter herbeiführt.²⁰² Der für den Betrug erforderliche ursächliche Zusammenhang zwischen der Verfügung des Getäuschten und der Vermögensbeeinträchtigung kann nur dann vorliegen, wenn schon im Augenblick der Verfügung des Getäuschten durch sie unmittelbar das Vermögen des Geschädigten eine Einbuße erleidet.²⁰³

In der Regel liegt in den hier untersuchten Fallkonstellationen ein Dreiecksbetrug vor, denn die Bereicherung erfolgt nicht direkt aus dem Vermögen des Getäuschten, der Verfügende und der Geschädigte sind verschiedene Personen. Wenn die Verfügung des Getäuschten dem Vermögensinhaber zuzurechnen ist, führt das Auseinanderfallen von Getäuschem bzw. Verfügendem und dem Geschädigten zu einem Dreiecksbetrug.²⁰⁴

W verfügt als getäuschte natürliche Person über für ihn fremdes Vermögen.

Bei einem Dreiecksbetrug kann die Verfügung des Irrenden nur dann dem Geschädigten zugerechnet werden, wenn der Verfügende hierzu vom Vermögensinhaber rechtsgeschäftlich oder durch das Gesetz ermächtigt wurde und der Verfügende sich nach seiner irrumsbedingten Vorstellung in jenem Befugnisrahmen hält, der ihm objektiv eingeräumt wurde.²⁰⁵

Nach der Befugnis- oder Ermächtigungstheorie wird die Vermögensverfügung des Getäuschten nur dann dem Geschädigten zugerechnet, wenn der Getäuschte zur Einwirkung auf das fremde Vermögen rechtlich befugt war.²⁰⁶

Weiter wird in der Rechtsprechung gefordert, dass eine unmittelbare räumliche Einwirkungsmöglichkeit des Verfügenden zur Vermögenssphäre des Geschädigten besteht.²⁰⁷

Greift der Verfügende ohne Näheverhältnis in das Vermögen des Geschädigten ein, so kommt eher eine Strafbarkeit wegen Diebstahl in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 242 I, 25 I StGB in Betracht.²⁰⁸ Für die Bejahung eines Dreiecksbetrugs muss zwischen Verfügendem und Geschädigten ein Näheverhältnis dergestalt bestehen, dass der Verfügende eine bessere Position als der Täter innehat, er also innerhalb der Machtsphäre des Geschädigten steht und nicht von außen kommend eigenmächtig in dessen Gewahrsamssphäre eindringt.²⁰⁹

²⁰¹ LK-Tiedemann 118 ff.

²⁰² BGHSt 14, 171

²⁰³ BGH NJW 2005

²⁰⁴ NK-Kindhäuser 208ff.; LK-Tiedemann 112 ff.

²⁰⁵ „Minimalkonsens“ LK/Tiedemann, 12.A. § 263 Rn. 116

²⁰⁶ Samson/Günther in SK § 263 Rn. 92 ff.

²⁰⁷ Nähethorie, RGSt 25, 244, BGHSt 18, 221 ff.

²⁰⁸ Rengier BT I, § 13 Rn. 40 ff.

²⁰⁹ Lagertheorie, BGH NJW 1963, 1068; BGHSt 18; 221

In der Lagertheorie wird als Zurechnungsvoraussetzung vertreten, dass „der getäuschte Dritte, der dem Täter die Sache verschafft, bildlich gesprochen im Lager des Geschädigten gestanden habe und ihm somit faktisch Zugriff auf sein Vermögen ermöglicht habe.“²¹⁰ Weiter müsste das Verhalten des Verfügenden auf einer innerlich freien Willensentschließung beruhen und freiwillig sein.²¹¹ Die von V getäuschte, irrende und daher verfügende natürliche Person W müsste vom Vermögensinhaber rechtsgeschäftlich dazu ermächtigt sein, durch die freiwillige Verfügung den eigenen Befugnisbereich nicht überschritten haben und in einer unmittelbaren Einwirkungsmöglichkeit auf das Vermögen oder im Lager des Geschädigten gestanden haben.

W als angestellter Geschäftsführer und für das Creditmanagement Verantwortlicher bildet mit dem Geschädigten eine fiktive Zurechnungseinheit, weist damit das erforderliche Näheverhältnis auf und er agiert aufgrund seiner freien Willensentscheidung innerhalb seines Befugnisrahmens. Er hat als Getäuschter eine rein tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit auf das Vermögen der geschädigten A-GmbH.

Die Verfügung des Getäuschten ist damit dem Geschädigten zuzurechnen. Die Unmittelbarkeit der Täuschung auf die Vermögensverfügung für die geschädigte A-GmbH ist gegeben.

d. Vermögensschaden

Der A-GmbH müsste aufgrund der durch die Täuschung hervorgerufenen Verfügung des W ein Vermögensschaden entstanden sein.

Zum Vermögen gehört nachdem insbesondere in der Rechtsprechung vertretenen wirtschaftlichen Vermögensbegriff alle geldwerten Güter einer Person oder eines Unternehmens.²¹²

Ein Schaden ist eingetreten, wenn durch die Verfügung eine nicht durch einen Zuwachs ausgeglichene Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwertes entsteht.²¹³

Dies ist nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung unter Berücksichtigung eventueller Schadenskompensation festzustellen.²¹⁴

Die A-GmbH hat bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Austausch gegen den Warenwert eine Forderung gegen eine Insolvenz gefährdetes Unternehmen erworben, dadurch ist eine Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwertes entstanden.

Nach dem Prinzip der schadensgleichen Vermögensverfügung (s. o.) besteht bereits zum Zeitpunkt der Erlangung einer Forderung mit geringer Realisierungswahrscheinlichkeit ein Schaden.

Ein weiterer Schaden entsteht durch die Zahlung einer Provision an den V in Höhe der Provision. Mit dem zumindest teilweisen Eintritt des Vermögensschadens, auch als Gefähr-

²¹⁰ Geppert, JuS 1977, 69

²¹¹ Rengier BT I, § 13, Rn. 32

²¹² Rengier BT I, § 13 Rn. 52 ff.

²¹³ Wessels/Hillenkamp, Rn. 538

²¹⁴ Wessels/Hillenkamp, Rn. 538

derungsschaden, der Vermögensvorteil muss dabei noch nicht erlangt sein, ist der Betrug vollendet.²¹⁵

Der A-GmbH ist aufgrund der durch die Täuschung hervorgerufenen Verfügung des W ein Vermögensschaden entstanden.

e. Stoffgleichheit

Fraglich ist, ob das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Stoffgleichheit vorliegt.

Der Betrug ist ein Vermögensverschiebungsdelikt, bei dem Vermögensvorteil und Vermögensnachteil in der Weise korrespondieren müssen, dass der Täter den Vorteil unmittelbar aus dem Vermögen des Geschädigten anstreben muss, so dass der Vorteil die Kehrseite des Schadens ist.²¹⁶ Dafür müsste eine Bereicherung des V unmittelbar aus dem Vermögen der geschädigten A-GmbH geflossen sein und spiegelbildlich dem Schaden gegenüber stehen.

Der erstrangige Schaden für das betreute Vermögen entsteht in Höhe des insolvenzbedingten Forderungsausfalles. Bei zielführenden Provisionsregelungen wird lediglich der Deckungsbeitrag verprovisioniert, nicht umsatzbezogen die Höhe der fakturierten Rechnungsbeträge.²¹⁷

Nur bei der Verprovisionierung des realisierten Umsatzes ist diese Lenkungswirkung gegeben, bei einer Verprovisionierung der fakturierten, aber noch nicht realisierten Forderungen würde der Vertrieb auch für einen Forderungsausfall belohnt. Letzteres wäre offensichtlich nicht im Sinne der Unternehmensziele.

Nur beim Fehlen einer an den MaCM ausgerichteten Vergütungsregelung kann trotz eines Forderungsausfalles eine Bereicherung des Vertreters eintreten. Diese wird aber nie in Höhe des dem betreuten Vermögen entstandenen Schadens sein können, da sonst eine Provision in Höhe von 100 % des fakturierten Betrages bestehen müsste, was undenkbar ist.

Somit besteht keine Stoffgleichheit für den Betrag in Höhe der ausgefallenen Forderung, die Höhe der Provision für V kann nicht der Höhe des ausfallbedingten Vermögensschadens entsprechen.

Fraglich ist die Stoffgleichheit für den Schaden in der Höhe der an den V gezahlten Provision.

Der Schaden in Höhe der Provision ist hier mit der Bereicherung des Vertreters identisch, da die Provision an diesen ausgezahlt wird.

Für den Schaden der A-GmbH in Höhe der an den V gezahlten Provision liegt Stoffgleichheit vor.

²¹⁵ BGHSt 19, 342

²¹⁶ Dreher/Tröndle StGB 46.Aufl. § 263, Rn. 39

²¹⁷ MaCM 3.9.

(Weiterhin liegt Stoffgleichheit zwischen dem Schaden in Höhe des Forderungsausfalles für das Gläubigerunternehmen und der Vermögensvorteil für das Schuldnerunternehmen vor. Insofern könnte hier zusätzlich fremdnütziger Betrug vorliegen.²¹⁸ Dies kann an dieser Stelle aus Platzgründen nicht geprüft werden).

f. Subjektiver Tatbestand

V müsste Vorsatz für den täuschungsbedingten Irrtum des W haben.

Zumindest bedingter Vorsatz muss darauf gerichtet sein, durch Täuschung einen Irrtum hervorzurufen.²¹⁹ Die Unwahrheit der vorgespiegelten Tatsache muss der Täter mindestens in Kauf nehmen.²²⁰

V muss sich vor dem beschriebenen Hintergrund dem konkludenten Erklärungsinhalt seines Verhaltens bewusst sein, dadurch besteht Vorsatz in Bezug auf das Hervorrufen eines täuschungsbedingten Irrtums. Auch dass aufgrund des Irrtums eine Vermögensverfügung bewirkt wurde, muss V wenigstens undeutlich bewusst gewesen sein.

Er müsste zudem zumindest bedingten Vorsatz für das Eintreten des insolvenzbedingten Vermögensschaden haben.

V musste durch sein positives Wissen von einer ernsthaften Krise des Kunden von der hohen Wahrscheinlichkeit eines Forderungsausfalles ausgehen. Er hat aus der Sicht eines objektiven besonnenen und gewissenhaften Dritten seine Pflichten verletzt und so gehandelt, als würde er den insolvenzbedingten Vermögensschaden hinnehmen und nicht vermeiden wollen. V überlässt den Vermögensschaden damit dem Zufall.

Zumindest hat V die Realisierung des Erfolgeintrittes, dessen hohe Wahrscheinlichkeit er durch sein positives Wissen der ernsthaften Krise in seiner Vorstellung trug, billigend in Kauf genommen.

V handelte zumindest bedingt vorsätzlich.

Der Täter muss die Absicht haben, sich rechtswidrig zu bereichern.²²¹

Fraglich ist die Bereicherungsabsicht des V.

Absicht bedeutet zielgerichtetes Wollen. Der Täter muss dabei den zu beabsichtigenden Umstand als End- oder Zwischenziel erstreben.²²² Die Tat müsste subjektiv auf die Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils für den Täuschenden oder einen Dritten gerichtet sein. Vermögensvorteil ist die Erhöhung des wirtschaftlichen Gesamtwertes.²²³

V will durch das Geschäft einen Provisionsanspruch erlangen, bzw. Umsatzziele erreichen, die ihm mittelbar Vergütungsvorteile verschaffen.

²¹⁸ Dräger, Rumpf-Rometsch, Die Fälle, Strafrecht BT 2, S. 215

²¹⁹ BGHSt 16, 1; Frankfurt NstZ-RR 98, 333

²²⁰ LK Tiedemann 242

²²¹ Dräger, Rumpf-Rometsch, Die Fälle, Strafrecht BT 2, S. 23

²²² Dräger, Rumpf-Rometsch, Die Fälle, Strafrecht BT 2, S. 23

²²³ LK-Tiedemann 254

Rechtswidrig ist eine Bereicherung im Sinne des § 263 StGB wenn der Täter keinen fälligen und einreddefreien Anspruch auf den erstrebten Vorteil hat, durch die Täuschung ein unbegründeter Anspruch abgewehrt würde, o. ä..²²⁴ Dies ist hier der Fall.

Somit hat V die Absicht, sich rechtswidrig zu bereichern.

Sein Handeln war durch das Erlangen der Provision motiviert, der beim Forderungsausfall einen weiteren Schaden für die A-GmbH darstellt. Die erstrebte Bereicherung des V stammt damit aus einem Teil des Vermögensschadens der A-GmbH, diese Zusammenhänge mussten dem V zumindest undeutlich bewusst sein. Auf die Rechtswidrigkeit des erlangten Vorteiles muss sich die Absicht nicht erstrecken, bedingter Vorsatz reicht hier aus.²²⁵

g. Die Tat geschah rechtswidrig.

h. V handelte schuldhaft.

i. Ergebnis: Es liegt eine Strafbarkeit wegen Betruges vor.

3. Variation: Versuch

Fall wie zuletzt, aber: W weiß als Creditmanager von der sehr flexiblen und gelegentlich zu kreativen Arbeitsweise des V. Er holt daher immer vor Freigabe eines Auftrages eine aktuelle Kurzauskunft über den Kunden ein, um proaktiv Schäden vorzubeugen. Die Bonitätsampel der Kurzauskunft steht auf tief rot, W gibt den Auftrag nicht frei.

V könnte des versuchten Betruges gemäß § 263 StGB strafbar sein.

Dafür müsste der Versuch strafbar sein.

Der Versuch des Betruges ist strafbar. Er setzt die Vornahme einer auf Verwirklichung aller Tatbestandsmerkmale abzielenden, aber nicht zum Erfolg gelangenden Handlung voraus.²²⁶

Beim Eingehungsbetrug kann ein täuschendes Vertragsangebot, in der Hoffnung, der andere Teil werde es möglicherweise annehmen, bereits ein Betrugsversuch sein.²²⁷

V hat bereits mit Weitergabe des Auftrages an W auf die Verwirklichung aller Tatbestandsmerkmale (s. o.) abgezielt.

V hatte Vorsatz bezüglich der Täuschung und der Zueignungsabsicht und handelte in rechtswidriger Bereicherungsabsicht.

V handelte rechtswidrig und schuldhaft.

V ist strafbar des versuchten Betruges nach § 263 StGB.

²²⁴ Wessels/Hillenkamp Rn. 583

²²⁵ BGHSt 31, 178

²²⁶ BGHSt 2, 380

²²⁷ NstZ 97, 31

4. Variation § 263a StGB

Fall: V hat als Geschäftsführer der A-GmbH aus zuverlässiger Quelle erfahren, dass es dem Kunden I-GmbH sehr schlecht geht. Da er weiß, dass die I-GmbH von anderen Lieferanten nur noch per Vorkasse beliefert wird, sieht er die Chance seine momentan dürftigen Umsätze anzukurbeln.

Er verkauft Ware in Höhe von 20.000,00 EUR auf Ziel, obwohl die Credit Policy eine Bonitätsprüfung risikoabhängig verbindlich vorschreibt indem er den automatisierten Bestellvorgang auslöst. Kurz nach Versandt der Ware meldet sich der vorläufige Insolvenzverwalter.

V könnte sich durch die Eingabe eines Verkaufsvorganges auf Ziel im Computerprogramm ohne die vorgegebene Bonitätsprüfung durchgeführt zu haben gemäß § 263 a StGB strafbar gemacht haben.

Dafür müsste er durch die Eingabe unrichtiger oder unvollständiger Daten einen Datenverarbeitungsvorgang beeinflusst haben und daraus müsste eine Vermögensschädigung entstanden sein.

Der Begriff Daten meint dabei alle durch Zeichen oder kontinuierliche Funktionen dargestellten Informationen, die für den Computer codierbar oder bereits „lesbar“ codiert sind, so dass dieser damit arbeiten kann.²²⁸ Zahlungskonditionen, Kreditlimite, etc. sind Informationen, die für den Computer (bzw. das Creditmanagement-Programm) codierbar sind, so dass dieser damit arbeiten kann.

Wenn ein automatisierter Bestellvorgang eine Konditionenvergabe entsprechend einer durchgeführten Bonitätsprüfung verlangt, bzw. bestimmte Konditionen nur bei einer entsprechenden Bonität vergeben werden dürfen, ist eine Konditionenvergabe ohne Bonitätsprüfung eine Eingabe unrichtiger oder unvollständiger Daten.

Beeinflusst ist das Ergebnis eines elektronischen Datenverarbeitungsvorgangs in dem Moment, wenn es von dem Resultat abweicht, das bei einem programmgemäßen Ablauf bzw. ohne die Tathandlung erzielt worden wäre. Bei programmgemäßem Ablauf hätte keine Zahlungskondition eingegeben werden dürfen, da diese nur entsprechend einer vorangegangenen Bonitätsprüfung hätte vergeben werden dürfen.

Damit wäre es bei programmgemäßem Ablauf nicht möglich gewesen, eine Rechnungsstellung auf Ziel, verbunden mit einem bestimmten Kreditlimit, auszulösen.

Dadurch ist kausal ein Vermögensschaden entstanden (s. o.), V handelte vorsätzlich in der Absicht rechtswidriger Bereicherung.

Die Tat geschah rechtswidrig und schuldhaft.

V ist strafbar gemäß § 263 a StGB.

²²⁸ Kraatz, Rn. 164

III. Bankrott, §§ 283, Nr. 1, Nr. 2, Nr. 8 StGB, § 14 StGB

Fall: V unterlässt als Geschäftsführer der A-GmbH die Bonitätsprüfung des Kunden I-GmbH, weil er „ohnehin weiß, dass es bei der I-GmbH nicht gut läuft“. Auch die A-GmbH hat schon seit einigen Monaten ca. 50 % ihrer fälligen Verbindlichkeiten nicht mehr fristgemäß erledigen können. V weiß dies. Er hofft mit dem Geschäft die A-GmbH zu „retten“ und will daher keine Zeit mit Creditmanagement-Themen vergeuden.

Eine Woche nach der Warenlieferung vor Zahlung des Kaufpreises folgt die Nachricht über die Insolvenz der I-GmbH und kurz darauf die Folgeinsolvenz der A-GmbH.

V könnte sich durch den Verkauf auf Rechnung an eine zahlungsunfähige Firma gemäß § 283 StGB strafbar gemacht haben.

Dafür müsste er tauglicher Täter sein. Die A-GmbH ist anderen Unternehmen gegenüber in der Schuldnerposition und haftet für die Erfüllung von Verbindlichkeiten, damit ist sie Schuldner im Sinne des § 283 StGB.²²⁹

Fraglich ist, ob eine Zurechnung der Schuldnerposition auf den handelnden V möglich ist. Dies geschieht bei juristischen Personen für den Geschäftsführer oder Vorstand über § 14 I Nr. 1 StGB, auf vertretungsberechtigte Gesellschafter einer Personengesellschaft über § 14 I Nr. 2 StGB, auf Beauftragte über § 14 II StGB und bei faktischen Geschäftsführern über § 14 III.²³⁰ Die Zurechnung des Handelns als Vertreter ist nach Aufgabe der Interessentheorie, die ein ausschließlich eigennütziges Handeln des Vertreters ausschloss, in der Rechtsprechung dahingehend modifiziert, dass der Vertreter iSd § 14 StGB im Geschäftskreis des Vertretenen tätig geworden ist. Dies ist bei rechtsgeschäftlichem Handeln zu bejahen, wenn der Vertreter im Namen des Vertretenen auftritt oder Letzteren wegen der bestehenden Vertretungsmacht jedenfalls im Außenverhältnis die Rechtswirkungen des Geschäftes unmittelbar treffen.²³¹ V tritt im Namen der vertretenen Firma auf und vermag diese regelmäßig durch Vertragsschlüsse gemäß § 433 BGB im Außenverhältnis zu verpflichten. Zudem wollte er die Tat als eigene.

V handelt damit als Vertreter im Sinne des § 14 StGB.

Weiter müsste als Tatsituation eine wirtschaftliche Krise vorliegen.

Es ist umstritten, ob die Legaldefinition der Zahlungsunfähigkeit nach § 17 II InsO, der drohenden Zahlungsunfähigkeit nach § 18 II InsO und der Überschuldung nach § 19 II InsO auch für die §§ 283 ff StGB maßgeblich sind.²³² Eine Überschuldung wird bei einem negativen Überschuldungsstatus und einer negativen Fortführungsprognose angenommen.

Nach § 17 II InsO besteht Zahlungsunfähigkeit, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen.

²²⁹ zu tauglichen Tätern des § 283 StGB Kraatz, Rn. 237

²³⁰ Kraatz, Rn. 239

²³¹ Kraatz, Rn. 52

²³² Kraatz, Rn. 140

Dabei genügt ein kürzerer Zeitraum nicht, unter 3 Wochen ist lediglich von einer vorübergehenden Zahlungsstockung auszugehen.²³³

Ohne Zahlungseinstellung bedarf es eines Stichtag-bezogenen Liquiditätsstatus, bei dem die fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten den eigenen Mitteln gegenübergestellt werden.²³⁴ Nach § 18 II InsO droht die Zahlungsunfähigkeit, wenn der Schuldner voraussichtlich bezüglich eines erheblichen Teils seiner Zahlungsverpflichtungen nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten zum Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen.

Schon seit Monaten vermag die A-GmbH ca. 50 % der fälligen Verbindlichkeiten nicht zu erledigen. Das von V vertretene Unternehmen befindet sich zum Zeitpunkt des Vertragschlusses durch V in einem Zustand der Überschuldung bzw. einer drohenden Zahlungsunfähigkeit, mithin in einer Krise.

Tathandlung Nr. 1 ist das Beiseiteschaffen von beweglichen oder unbeweglichen Gegenständen, so dass sie im Falle der Insolvenz der Insolvenzmasse entzogen wären.²³⁵

Fraglich ist zunächst, ob uneinbringliche Forderungen unter den Begriff der Vermögensbestandteile im Sinne des § 283 BGB fallen.

Erfasst sind grundsätzlich alle geldwerten beweglichen und unbeweglichen Sachen sowie Forderungen und sonstige Rechte.²³⁶ Die Uneinbringlichkeit entzieht sie der Insolvenzmasse. Uneinbringliche Forderungen fallen damit unter den Begriff der Vermögensbestandteile im Sinne des § 283 BGB.

V müsste also zum Unternehmensvermögen gehörende Gegenstände beiseitegeschafft haben, so dass sie im Falle einer Insolvenz der A-GmbH dem Gläubigerzugriff entzogen wären oder der Zugriff wesentlich erschwert wäre.²³⁷ Bei einem Verkauf von Ware auf Rechnung an einen insolventen Kunden ist bei Unmöglichkeit einer Absonderung und Aussonderung aus der Insolvenzmasse die Ware im Fall der Insolvenz der A-GmbH dem Zugriff deren Gläubiger und damit der Insolvenzmasse der A-GmbH entzogen. Damit hat V im Falle einer Insolvenz der A-GmbH zur Masse gehörende Vermögensgegenstände dem Gläubigerzugriff entzogen.

Das „Beiseiteschaffen“ im Sinne der Vorschrift setzt wie alle Tatvarianten des Nr. 1²³⁸, weiter einen Verstoß gegen die Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft voraus, da äquivalente Austauschgeschäfte, Erfüllung fälliger Forderungen, usw. ausgenommen bleiben müssen.²³⁹ Da eine Bonitätsprüfung als verkehrübliche Vorsichtsmaßnahme im Sinne eines gewissenhaften kaufmännischen Handelns gesehen werden muss (s. o.), stellt ein Unterlassen einen Verstoß gegen die Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft dar.

²³³ BGH, NstZ 2007, 643

²³⁴ BGH NstZ 2003, 546

²³⁵ § 35 InsO; NstZ 95, 86

²³⁶ BGHSt 3, 35

²³⁷ „beiseite schaffen“ in BGHSt 55, 107, 112 ff.

²³⁸ BGHSt 34, 309

²³⁹ LK-Tiedemann 27

Fraglich ist, ob mindestens bedingter Vorsatz²⁴⁰ hinsichtlich der Tatbestände und deren Kausalität vorliegt.

V wusste von der schwierigen wirtschaftlichen Situation der A-GmbH und der I-GmbH, was für ihn sogar Motivation für das Hochrisikogeschäftes war, um im unwahrscheinlichen Fall des positiven Ausganges das eigene Unternehmen durch das Geschäft zu „retten“. Auch der Zusammenhang, dass eine durch die Insolvenz der I-GmbH uneinbringliche Forderung und die versandte Ware im Falle der Folgeinsolvenz der A-GmbH deren Gläubigern entzogen wird, muss dem V wenigstens undeutlich bewusst gewesen sein. Er war sich auch bewusst, dass durch das aussichtslose Geschäft den eigenen Gläubigern noch weniger Masse zur Verfügung steht.

V handelte vorsätzlich und rechtswidrig.

Die Tat geschah schuldhaft.

V ist strafbar gemäß § 283, Nr. 1 StGB.

V könnte durch den Verkauf an ein Insolvenz gefährdetes Unternehmen ein Verlust – oder Hochrisikogeschäft eingegangen sein und sich gemäß § 283, Nr. 2 StGB strafbar gemacht haben.

Bei Nr. 2 ist die Tathandlung das Eingehen von Verlust – Hochrisiko- oder Spekulationsgeschäften.

Dafür müsste er ein Verlust- oder Hochrisikogeschäft²⁴¹ eingegangen sein.

Ein Verlust- oder Hochrisikogeschäft ist ein Geschäft mit besonders hohem Verlustrisiko.²⁴²

Der Verkauf auf Rechnung an eine Insolvenz gefährdete Firma kann durchaus als Verlust- oder Hochrisikogeschäft gesehen werden, da die Chancen auf eine Gewinnrealisierung im Verhältnis zum Ausfallrisiko sehr gering sind. Dies ist im Einzelfall anhand der konkreten Ausfallwahrscheinlichkeit des Schuldnerunternehmens zu beurteilen, die aus der statistischen Ausfallwahrscheinlichkeit zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzulesen ist. Bei einem Bonitätsindex von 500 oder 600 und einer Ausfallwahrscheinlichkeit von über 90% im Vergleich zu einer durchschnittlichen Ausfallwahrscheinlichkeit 2,2 % ist von einem Hochrisikogeschäft auszugehen, da das Schadensrisiko objektiv erheblich erhöht ist. Der Tatbestand des Hochrisikogeschäftes ist damit erfüllt.

Auch hier darf ein Unterlassen der Bonitätsprüfung den Täter nicht besser stellen als ein Geschäft im Wissen um die hohe Ausfallwahrscheinlichkeit.

Ansonsten könnte man sich erfolgreich durch Nichtstun exkulpieren.

Vorsatz liegt vor.

Die Tat geschah rechtswidrig, V handelte schuldhaft.

V ist strafbar gemäß § 283 Nr. 2 StGB.

E. Gesamtergebnis

²⁴⁰ 1 StR 625/80

²⁴¹ NK-Kindhäuser 29

²⁴² Kraatz, Rn. 248

Vor allem beim positiven Wissen einer drohenden Krise und beim persönlichen Profitieren des Vertreters trotz Schadens kann das Unterlassen einer Bonitätsprüfung unter den aufgezeigten Voraussetzungen nach den genannten Vorschriften strafbar sein.

F. Fazit

Das Interesse der Unternehmen an einer zivil- und strafrechtlichen Aufarbeitung dieses Themas scheint bisher gering zu sein. Dies kann sich bei größerer Sensibilisierung für das Thema und einer sich verändernden gesellschaftlichen Einstellung zur Risikoneigung von Marktteilnehmern wie bereits in anderen Gebieten (Spekulation, Korruption, Steuerdelikte, etc.) ändern.

Denn wie in den Fallbeispielen dargestellt, drohen vor allem bei positivem Wissen von einer drohenden Krise (z. B. durch Zielüberschreitungen und Ratenzahlungen, die in vielen Branchen sehr verbreitet sind) und bei Vergütungsregelungen, bei denen der Vertreter auch im Falle des Forderungsausfalles profitiert, auch strafrechtliche Konsequenzen.

Zivilrechtliche Konsequenzen wie Schadenersatzforderungen drohen den Verantwortlichen bereits nach Pflichtverletzungen.

Ohne Credit Policy kann es im Einzelfall noch schwieriger sein, die notwendigen Abgrenzungen vorzunehmen, Zweifelsfälle werden eher die Regel, denn die Ausnahme sein. Es empfiehlt sich daher die Implementierung einer für alle Mitarbeiter verbindlichen Credit Policy. Mit den MaCM liegt vom Bundesverband für Creditmanagement eine Best Practice – Lösung vor. Damit entsteht eine Pflicht zur Bonitätsprüfung und zur Vereinbarung risikoadäquater Zahlungskonditionen bereits aus diesen Regelungen heraus.

Durch eine ausdrückliche Verpflichtung des Mitarbeiters, über Abweichungen von den Regelungen der Credit Policy aktiv und in nachweisbarer Form zu informieren, entstehen weitere Handlungspflichten, deren Unterlassen im Bedarfsfall leichter sanktioniert werden können. In der Credit Policy sollten zudem besondere Handlungs- und Informationspflichten für die Verantwortlichen bei allen Anzeichen einer drohenden Krise implementiert werden.

Des Weiteren empfiehlt sich eine Vergütungsregelung, die im Sinne der MaCM Forderungsausfälle weder unmittelbar über Provisionsregelungen noch mittelbar über das Erreichen von Umsatzzielen belohnt und im Gegenteil aus Pflichtverletzungen resultierende Schäden ausdrücklich sanktioniert. Gerade der letzte Punkt ist wohl der in der Praxis wesentlichste, da er jeglichen persönlichen Vorteil strafrechtlich relevanten Verhaltens proaktiv verhindert. Dies wirkt sich, wie im Teil zum subjektiven Tatbestand des § 266 StGB und der Bereicherungsabsicht im § 263 StGB dargestellt, direkt aus, da der Vertreter ansonsten zumindest mittelbar vom Forderungsausfall profitiert. Weiter werden Anreize gesetzt, die im Einklang mit den Unternehmenszielen stehen und nicht länger eine hohe Risikozuneigung einseitig positiv mit einer Chancen- und Erfolgsorientierung attribuieren.

Die daraus regelmäßig entstehenden Schäden sind zu hoch.

Literaturverzeichnis

Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Auflage, 2009 (zit. A/W-Bearbeiter, nach Paragraph und Randnummer)

Baumann, Jürgen / Weber, Ulrich / Mitsch, Wolfgang: Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 11. Auflage, Bielefeld 2003

BGA Positionspapier vom 16.03.2012, Bundesverband Großhandel, Außenhandel, Dienstleistungen e. V. Rain Dr. Helena Melnikov

Dräger, Thomas / Rump-Rometsch, Egbert: Die Fälle, Strafrecht AT, 5. Auflage, Ulm 2010

Dräger, Thomas / Rumpf-Rometsch, Egbert: Die Fälle, Strafrecht BT 2, 7. Auflage, Ulm 2012

Dreher, Eduard / Tröndle, Herbert: Strafgesetzbuch, 46. Auflage, München 1993

Eickemeyer, Andrea: "Potenziale interner Informationen im Kreditrisikomanagement – Systematische Auswertung und Nutzeneffekte", In: Neue Informationstransparenz im Credit Management - Wertsteigerung durch interne und externe Informationsquellen, van Koeverden, A., Schneider-Maessen, J., Schumann, M. und Weiß, B. (Hrsg.), BOSS-Verlag, Goch 2011

Eisele, Jörg : Strafrecht, Besonderer Teil 1, Stuttgart 2008

Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch, Kommentar, 61. Auflage, München 2014

Cliff Gatzweiler, Rechtsvergleichende Untersuchung zur Unterscheidung von Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1. Auflage, Regensburg 2008

Haft, Fritjof, Einführung in das juristische Lernen, 6. Auflage, Bielefeld 1997

Hemmer, Karl-Edmund / Wüst, Achim: die 44 wichtigsten Fälle Strafrecht BT I- Vermögensdelikte, 8. Auflage, Marktheidenfeld 2013

Hellmann, Uwe / Beckemper, Katharina: Wirtschaftsstrafrecht, 3. Auflage, Stuttgart 2010

Hellmann, Uwe / Beckemper, Katharina: Fälle zum Wirtschaftsstrafrecht, 2. Auflage, Stuttgart 2010

Hellmann, Uwe: Risikogeschäfte und Untreuestrafbarkeit ZIS 2007

Weigend/Küpper (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag (zit.: H.J. Hirsch-FS)

Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Auflage, hrsg. V. Burkhard Jähnke u. a., Berlin 2003 (zit. *Bearbeiter*, in: LK-StGB)

Kraatz, Erik: Wirtschaftsstrafrecht, 1. Auflage, München 2014

Kühl, Kristian: Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, München 2012

Lackner, Karl / Kühl, Kristian: Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Auflage, München 2011

Lutter, Marcus / Hommelhoff, Peter: GmbH-Gesetz, Kommentar, 16. Auflage, Köln 2004

Maurach, Reinhart / Schroeder, Friedrich C. / Maiwald, Manfred: Strafrecht, Besonderer Teil, 8. Auflage, Heidelberg 1995

Maurach, Reinhart / Gössel, Karl Heinz / Zipf, Heinz: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 2, 7. Auflage, Heidelberg 1989

Murmann, Uwe, Grundkurs Strafrecht, 1. Auflage, München 2011

Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, 2. Auflage, Baden-Baden 2005 (zit.: *Be-
arbeiter*, in: NK-StGB)

Herzberg (Hrsg.), Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag, 1985
(zit.: *Oehler-FS*)

Otto, Harro: Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Auflage, Berlin/New York 2004

Rengier, Rudolf: Strafrecht Besonderer Teil 1, 15. Auflage, München 2013

Rocco, Julia: Der GmbH-Geschäftsführer, 4. Auflage, Berlin 2012

Rogall/Puppe/Stein/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburts-
tag, 2004 (zit.: *Bearbeiter-Rudolphi-FS*)

Roxin, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, München 2005

Roxin, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, München 2003

Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, hrsg. v. Hans-Joachim Rudolphi, Eckhard
Horn und Hans-Ludwig Günther, Loseblattsammlung, Band 1, Stand: 137. Lieferung, Köln
2013 (zit.: *Bearbeiter*, in SK-StGB)

Schönke Adolf / Schröder, Horst: Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Auflage, München 2010
(zit.: *S / S-Bearbeiter*)

Schwind, Hans-Dieter / Hassenpflug, Helwig / Nawratil, Heinz / Nawratil, Georg: Strafrecht,
leicht gemacht, 12. Auflage, Berlin

VFCM e. V. Verein für Credit Management e. V., MaCM (Mindestanforderungen an das Cre-
dit Management), 2007, Kleve

Wabnitz / Janovsky (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Auflage
2013 (zit. W/J-Bearbeiter, nach Kapitel und Randnummer)

Wessels, Johannes / Hillenkamp, Thomas: Strafrecht Besonderer Teil/2, 35. Auflage, Heidel-
berg 2012

Weiß, Bernd: Kreditmanagement in der Unternehmenspraxis, Bochum, 2006

Weiß, Bernd / Bolik, Julia: Erfolgsfaktoren der Forderungsrealisation in der Unternehm-
enspraxis, Bochum 2005

Beiträge in Zeitschriften und Zeitungen

Juristische Schulung (zitiert nach Jahr und Seite)

Geppert, JuS 77, 69; *Schmidhäuser JuS 80*; *Herzberg JuS 86, 249*; *Schroth JuS 92,2*

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (zitiert nach Band und Seite) ZstW 70, 64, ZstW 112, 356, 378 ff., ZstW 119, 250

Neue Juristische Wochenschrift (zitiert nach Jahr und Seite)

NJW 75, 1234; NJW 75, 1236; NJW 77, 1974;
NJW 83, 461; NJW 84, 801; NJW 90, 3220; NJW 95, 1535; NJW 00, 2754;
NJW 03,2996; NJW06, 1682;

Strafverteidiger (zitiert nach Jahr und Seite)

StV 98, 128; StV 09, 133

Neue Zeitschrift für Strafrecht (zitiert nach Jahr und Seite)

NStZ 1981, 161, NstZ 89, 228, NstZ 95, 86, NstZ 97, 31
NstZ 97, 281, 312, NstZ 2000, 34, NstZ 03, 264f, NstZ 03, 546,
NstZ 06, 687, NstZ 07, 643, NstZ 07, 700,

NStZ Rechtsprechungs-Report Strafrecht (zitiert nach Jahr und Seite)

NstZ-RR 98, 247; NstZ-RR 98, 333; NstZ-RR 1999; *NstZ-RR 04, 281*; *NstZ-RR 07, 43, 44*

Juristenzeitung (zitiert nach Jahr und Seite)

JZ 73, 173, 174

Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (zitiert nach Jahr und Seite) *wistra* 1982, 107; *wistra* 82, 150; *wistra* 88, 191; *wistra* 88, 305; *wistra* 93, 143; *wistra* 96, 72