

Entscheidungsbesprechung

Zur faktischen Geschäftsführung bei Firmenbestattungen

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit faktischer Organe beruht auf der tatsächlichen Übernahme der Organstellung. Ob jemand die Rolle des Vertretungsorgans faktisch übernommen hat, kann nur im Rahmen einer Gesamtschau der konkreten Verhältnisse der jeweiligen Gesellschaft beurteilt werden (vgl. Rn. 20).

Bei den fürwerbende Unternehmen hierzu entwickelten Kriterien gehört die Vertretung der Gesellschaft im Außenverhältnis zu den Essentialia einer Organstellung. Dagegen soll dem Außenauftritt bei nicht-werbenden Gesellschaften, die – wie auch im Falle der „Firmenbestattung“ – nur noch in geringem Maße oder gar nicht mehr am Rechtsverkehr teilnehmen und deren Unternehmenszweck allein noch in der Abwicklung der Geschäftstätigkeit besteht, keine oder nur sehr begrenzte Bedeutung für die Annahme einer faktischen Organstellung zukommen (vgl. Rn. 16, 17, 20).

(Leitsätze des Verf.)

StGB §§ 14 Abs. 1 Nr. 1, 283 Abs. 1

InsO § 15a Abs. 4 Nr. 1, Abs. 1

BGH, Urt. v. 27.2.2025 – 5 StR 287/24¹

I. Einleitung

Immer wieder muss der BGH in Straf-, aber auch in Zivilsachen über Fälle sog. Firmenbestattung judizieren, in denen sich eine seit Anfang/Mitte der 1990er Jahre bekannte,² besonders intensive Form insolvenzstrafrechtlicher Kriminalität ausprägt.³ Dabei sind die gewöhnlich im Hintergrund bleiben-

den, tatsächlich jedoch das Geschehen initiiierenden und beherrschenden Firmenbestatter in dieser Rolle bisher (fast) nie als Täter, sondern nur als Teilnehmer (Gehilfe oder Anstifter) einer Insolvenzstraftat i.e.S. in Haftung genommen worden.⁴ Grund dafür ist, dass die einschlägigen Strafvorschriften gem. §§ 283 ff. StGB, § 15a Abs. 4–6 InsO echte Sonderdelikte sind, die der Firmenbestatter mangels Täterqualität nicht verwirklichen kann.⁵ Strafbar machen können sich danach allenfalls weitere am Bestattungsvorgang beteiligte Personen wie insbes. die (Alt- und Neu-)Geschäftsführer der beerdigten Gesellschaft. Die Einstufung des Firmenbestatters als faktischer Geschäftsführer kam für die h.M. in diesem Zusammenhang in der Vergangenheit deshalb nicht in Frage,⁶ weil dieser es in aller Regel vermeidet, für die Gesellschaft im Außenverhältnis aufzutreten, womit es nach h.M. an einem wesentlichen Kriterium für diese Sonderform der Täterschaft⁷ fehlte.⁸ Hier läutet der 5. *Strafsenat* des BGH

zum GmbHG, Bd. 2, 5. Aufl. 2026, Anh. § 47 Rn. 141 ff. und OLG Karlsruhe NZI 2013, 653 (654 m.w.N.).

⁴ Für eine Gehilfenstrafbarkeit etwa BGH BeckRS 2015, 12270 und BGH wistra 2019, 32 (aber jeweils ohne nähere Begründung); Nachw. zur entsprechenden instanzgerichtlichen Rspr. bei *Siebler*, Eine strafrechtliche Betrachtung des Phänomens der Firmenbestattung, 2021, S. 193 ff.; weiter *Pelz*, in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt (Hrsg.), Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 6. Aufl. 2025, Kap. 9 Rn. 345 („regelmäßig Beihilfe“); *Richter*, in: Müller-Gugenberger (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, Handbuch, 8. Aufl. 2024, Rn. 87.51 („Unproblematisch ist [...] zumindest der Vorwurf der Anstiftung zu den Taten des Neugeschäftsführers“); ebenso *Ogiermann*, wistra 2000, 250 (252) und *Reinhart*, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kommentar, 3. Aufl. 2024, InsO § 15a Rn. 47; *Werner*, NZWiSt 2013, 418 (423 f.); auch *Schütz*, wistra 2016, 53 (57 f.), der aber die Haftung als faktischer Liquidator vorzieht.

⁵ Konkret fehlen ihm dafür die in § 14 Abs. 1 StGB und § 15a Abs. 1–3 InsO verlangten (besonderen) persönlichen Eigenschaften.

⁶ Eine Ausnahme macht hier – soweit ersichtlich – nur ein Urteil des LG Bochum v. 2.3.2015 (= BeckRS 2015, 122685 Rn. 71 ff.), das den Firmenbestatter zur Begründung einer Strafbarkeit wegen Bankrotts und Insolvenzverschleppung als „faktischen Liquidator“ einstuft.

⁷ Zum Außenauftritt als grundsätzliche Voraussetzung faktischer Geschäftsführung vgl. nur BGH NJW 2025, 2109 (2110 Rn. 16 ff.) und *Rönnau*, in: Scholz, GmbHG, Kommentar, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 84 Rn. 26 – jew. m.w.N. (Letzterer auch zu den Kritikern dieses Merkmals); zum Auftreten im Wirtschafts- und Rechtsverkehr im Zusammenhang mit § 35 AO siehe *Joder*, NZWiSt 2024, 476 (479 f.).

⁸ In diesem Sinne *Tüting* (Fn. 2), S. 334; *Werner*, NZWiSt 2013, 418 (423); *Richter* (Fn. 4), Rn. 87.51; *Gerloff*, in: Bittmann (Hrsg.), Praxishandbuch Insolvenzstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 30 Rn. 114 f.; im Ausgangspunkt auch *Schütz*, wistra 2016, 53 (57); anders dagegen *Siebler* (Fn. 4), S. 49 f., 193 ff., 235 ff., der die Anforderungen an das Wirken im Außenverhältnis abschmilzt und den Firmenbestatter als „faktisch

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter

https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Entscheidung/en/DE/Strafsenate/5_StS/2024/5_StR_287-24B.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (23.3.2026)

sowie veröffentlicht u.a. in NJW 2025, 2109, NZWiSt 2025, 487 und BeckRS 2025, 7069.

² Zum erstmaligen Auftreten des Phänomens siehe nur *Petersen*, Die Firmenbestattung, 2015, S. 29, 170; *Tüting*, Die gewerbsmäßige Firmenbestattung, 2012, S. 17; *Kleindiek*, ZGR 2007, 276 (277).

³ Aus der strafrechtlichen BGH-Rechtsprechung zum Thema siehe BGH NStZ 2022, 686; BGH NJW 2013, 1892; BGH NStZ 2009, 635 (im Kern zur Strafbarkeit gem. § 283 Abs. 1 Nr. 8 Var. 2 StGB); weiterhin BGH NStZ 2000, 34; BGH NJW 2003, 3787 (3789 f.). Im Zivilrecht befasste sich der BGH u.a. mit der Verletzung der Amtspflichten durch einen Notar bei Mitwirkung an Firmenbestattungen (BGH NZG 2019, 877; BGH NZG 2016, 1818) sowie mit insolvenzrechtlichen Fragen (BGH NZI 2020, 679); zur Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, die im Rahmen einer Firmenbestattung vorgenommen werden, vgl. *Petersen* (Fn. 2), S. 57 ff., *Wertenbruch*, in: Fleischer/Goette (Hrsg.), Münchener Kommentar

nun mit der vorliegenden – vielfach besprochenen⁹ – Entscheidung eine neue Ära ein. In seinem Urteil setzt sich das Obergericht vor allem mit der Frage auseinander, unter welchen Bedingungen der Firmenbestatter nicht bloß Gehilfe – wie es das LG Leipzig als Vorinstanz annahm –, sondern als faktischer Geschäftsführer Täter von Insolvenz- und Bankrott delikten sein kann. Im Ergebnis lockert der *Senat* die Anforderungen an die faktische Geschäftsführung in puncto Außenauftritt jedenfalls bei Firmenbestattungen drastisch. Ob diese Rechtsprechungswende nebst der dafür gegebenen Begründung überzeugt, soll im Folgenden untersucht werden.

II. Der zu besprechende Sachverhalt als Variante organisierter Firmenbestattung

Unter dem schillernden Begriff der Firmenbestattung¹⁰ wird im Allgemeinen die Abwicklung einer insolventen oder einer insolvenzgefährdeten Gesellschaft mit beschränkter Haftung außerhalb der vorgesehenen gesetzlichen Vorschriften verstanden, die (proto-)typisch wie folgt abläuft:¹¹ Der Inhaber einer überschuldeten oder (drohend) zahlungsunfähigen GmbH scheut (angesichts befürchteten Rufschadens) den Gang zum Insolvenzgericht und beauftragt stattdessen ein als Wirtschafts-, Sanierungs- oder Unternehmensberater auftretendes Firmenbestattungsunternehmen damit, gegen Entgelt¹²

gekorenen Schatten-Liquidator“ einstuft (S. 270 f.); für faktische Geschäftsführung weiterhin *Petersen* (Fn. 2), S. 67 ff., 136; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Kurzkommentar, 21. Aufl. 2023, § 43 Rn. 4 (Firmenbestatter schiebt für den Außenkontakt der Gesellschaft den Strohmann-Geschäftsführer vor, um so „seine eigene Verantwortlichkeit zu verschleiern, hält tatsächlich aber alle organotypischen Fäden in der Hand“).

⁹ Tieferegehende Analysen dazu von *Habetha*, NZG 2025, 1073 und *Bosch*, JZ 2025, 784.

¹⁰ Der juristisch nicht definierte Begriff der „Firmenbestattung“ (teilweise wird auch von „Unternehmensbestattung“ gesprochen) hat sich in Literatur, Rechtsprechung sowie beim Gesetzgeber als Schlagwort „eingebürgert“ und soll auch hier verwendet werden, trifft aber nicht den Kern des in der Praxis auftretenden Phänomens, da es im Wesentlichen nicht darum geht, den Namen der Gesellschaft (vgl. § 17 Abs. 1 HGB) oder das Unternehmen verschwinden zu lassen, sondern um die Verschleierung der Vermögensverhältnisse und die Erschwerung der Anspruchsdurchsetzung für die Gesellschaftsgläubiger. Richtiger wäre die Bezeichnung „Rechtsträgerbestattung“, vgl. *Kilper*, Unternehmensabwicklung außerhalb des gesetzlichen Insolvenz- und Liquidationsverfahrens in der GmbH, 2009, S. 24 ff.

¹¹ Näher zu Ablauf und Methoden einer Firmenbestattung *Petersen* (Fn. 2), S. 15 ff., 22 ff.; *Tüting* (Fn. 2), S. 69 ff.; *Siebler* (Fn. 4), S. 52 ff.; *Kilper* (Fn. 10), S. 7 ff.; *Gerloff* (Fn. 8), § 30 Rn. 12 ff.; knapper *Kleindiek*, ZGR 2007, 276 (277 ff.); *Meinecke*, StV 2024, 753 (753 f.); *Werner*, NZWiSt 2013, 418 (418 f.); *Hey/Regel*, GmbHR 2000, 115.

¹² Der Preis/das Entgelt für das vom Bestatter offerierte Dienstleistungspaket orientiert sich nach *Kleindiek* (ZGR 2007, 276

die GmbH geräuschlos zu entsorgen.¹³ Hierfür überträgt der bisherige Geschäftsführer (und regelmäßig auch Alleingesellschafter der insolventen GmbH) seine GmbH-Anteile an den Firmenbestatter (oder einen von ihm vermittelten Erwerber) und lässt sich als Geschäftsführer abberufen (bzw. legt sein Amt nieder). Der Firmenbestatter bestellt sodann einen sog. Strohgeschäftsführer – zumeist handelt es sich um geschäftlich unerfahrene und mittellose Personen –, ändert die Firma der Gesellschaft, verlegt ihren Sitz (nicht selten ins Ausland) und vernichtet die noch vorhandenen Bücher und Bilanzen. Als bald stellt der (Titular-)Geschäftsführer dann beim zuständigen Insolvenzgericht am neuen Sitz der Gesellschaft einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens, der in aller Regel mangels Masse abgewiesen wird.¹⁴

In dieses Grundraster der Firmenbestattung fügt sich auch das vom LG Leipzig¹⁵ und in der Revisionsinstanz vom 5. *Strafsenat* des BGH¹⁶ abzuurteilende Geschehen. Der Angeklagte war schon länger gewerbsmäßig als Firmenbestatter tätig. Er erwarb (über eine bulgarische Ein-Mann-GmbH) Anteile von sanierungsbedürftigen Gesellschaften, entzog ihnen teilweise noch vorhandene Vermögenswerte, organisierte die sofortige Abberufung der alten Geschäftsführer und setzte in allen Fällen einen – gesondert verfolgten – geschäftsunerfahrenen Strohgeschäftsführer bzw. Vorstand (hier: voll berufstätigen Krankenpflegshelfer) ein. Dieser hatte plangemäß keine eigene Entscheidungskompetenz in Bezug auf die Unternehmen, sondern leistete dem Angeklagten Blanko-unterschriften und war ihm in jeder Hinsicht untergeordnet. Bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit nach bzw. vor der Unternehmensübernahme wurde jeweils kein Insolvenzantrag gestellt.

Das LG qualifizierte – wie erwähnt – das Verhalten des Angeklagten als Beihilfe zu den Bankrott- und Insolvenzverschleppungstaten des gesondert Verfolgten. Eine zur Täterschaft führende faktische Geschäftsführung komme nicht in Betracht, da der Angeklagte nicht eine Mehrzahl von „klassischen Merkmalen“ aus dem Kernbereich der Unternehmensleitung erfüllt habe und außerdem nicht festgestellt werden konnte, ob und inwieweit er für die Gesellschaft nach außen aufgetreten sei.

[278]) regelmäßig an der Höhe der bestehenden Verbindlichkeiten.

¹³ Gemeint ist damit, die GmbH ohne Verstrickung in ein folgendes Insolvenz- und Strafverfahren vom alten Unternehmensträger mit dem Ziel zu trennen, das Unternehmen später in neuer Trägerschaft fortführen zu können.

¹⁴ Zu kurzen Definitionen bzw. Umschreibungen des Phänomens Firmenbestattung siehe nur BGH NZG 2019, 877 (878 Rn. 7); BGH NZI 2020, 679 (680 Rn. 10); OLG Karlsruhe NZI 2013, 653 (654); *Brand*, in: Cirener u.a. (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 15, 13. Aufl. 2023, § 283 Rn. 155.

¹⁵ LG Leipzig, Urt. v. 7.11.2023 – 11 KLs 281 Js 35309/18 = BeckRS 2023, 55925.

¹⁶ BGH, Urt. v. 27.2.2025 – 5 StR 287/24 = NJW 2025, 2109 m.Anm. *Brand*.

III. Reaktion des BGH und Einordnung der Rechtsfrage

Der BGH hob das Urteil auf die Revision der Staatsanwaltschaft hin auf und verwies die Sache an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurück. Zur Begründung führt das Gericht aus,¹⁷ eine die Täterschaft begründende faktische Organstellung dürfe nicht „durch das schematische Abarbeiten eines Kriterienkatalogs“ festgestellt werden, vielmehr seien in einer Gesamtschau die konkreten Verhältnisse des Einzelfalles auszuwerten. Berücksichtigt werden müsse zudem, dass die geläufigen, dem Kernbereich der Unternehmensleitung entnommenen (Abgrenzungs-)Kriterien anhand von Fällen werbender Unternehmen entwickelt worden seien. Bestehe – wie hier bei der Firmenbestattung – der Unternehmenszweck dagegen nur noch in der Abwicklung der Geschäftstätigkeit, finden diese nach dem BGH dagegen keine oder bloß eingeschränkt Anwendung. Für die Beurteilung der Position des Angeklagten sei es daher ohne Aussagekraft, dass er etwa keine Mitarbeiter einstellte und keine Geschäftsbeziehungen zu Vertragspartnern gestaltete, da derartiges in dem Unternehmen ohnehin nicht mehr anfiel. Das gelte auch für den Außenauftritt der Gesellschaft. Zwar stelle die Vertretung der Gesellschaft im Rechtsverkehr eine zentrale Funktion des Vertretungsorgans von am Markt aktiven Gesellschaften und damit auch ein wesentliches Element für die Annahme einer faktischen Organstellung dar. Ein solches Auftreten nach außen sei aber bei Firmenbestattungen keine Voraussetzung für eine faktische Organstellung. Maßgeblich für das Einrücken in die Rolle des faktischen Geschäftsführers ist im Fall für den BGH allein, in welchem Umfang der Angeklagte im Unternehmen tatsächlich zu erledigende organtypische Aufgaben übernommen hat.

Mit dem vorliegenden, zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung vorgesehenen Urteil setzt der 5. *Strafsenat* des BGH zunächst die ständige Rechtsprechung fort, die die Rechtsfigur der faktischen Geschäftsführung als täterschaftsbegründenden Topos bei Sonderdelikten trotz weiterhin heftigen Gegenwinds akzeptiert und klärt gleichzeitig die Methode zur Feststellung faktischer Organschaft (dazu IV. 1.). Im Schwerpunkt des Judikats justiert der *Senat* dann die Voraussetzungen neu, unter denen der Firmenbestatter zum faktischen Geschäftsführer der abzuwickelnden Gesellschaften avanciert – und räumt dabei der Tatbeteiligung des Firmenbestatters *juristisch* (endlich) das Gewicht ein, das ihm *tatsächlich* als Zentralfigur des Geschehens zukommt, mit der im Regelfall zu ziehenden Konsequenz, dass der Drahtzieher der Firmenbestattung als Täter statt als Teilnehmer der angeklagten Insolvenzstraftaten zu qualifizieren ist (dazu IV. 2.).

IV. Analyse der Entscheidung

Ob auch derjenige Täter eines Organsonderdelikts¹⁸ sein kann, der nur faktisch die Funktion eines Geschäftsführers wahr-

nimmt, ohne rechtswirksam im Gesellschaftsvertrag usw. als solcher bestellt (vgl. § 6 Abs. 3 GmbHG) und im Handelsregister eingetragen zu sein, ist bis heute heftig umstritten. Der BGH – anders als noch das RG¹⁹ – bejaht das seit mittlerweile über 70 Jahren in ständiger Rechtsprechung und wird hierin von Teilen des Schrifttums unterstützt.²⁰ Eine Reihe von Autoren stehen der Rechtsprechung dagegen kritisch bis ablehnend gegenüber, wobei insbesondere Friktionen im Hinblick auf das strafrechtliche Analogieverbot sowie den Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG) geltend gemacht werden.²¹ Dabei wird nicht um alles gerungen. Einigkeit besteht noch weitgehend darüber, dass tauglicher Täter etwa der §§ 82 ff. GmbHG, § 15a Abs. 4–6 InsO ist, wer das Amt des Geschäftsführers aufgrund einer rechtlich unwirksamen (nichtigen oder anfechtbaren) Bestellung tatsächlich ausübt. Da es sich bei vorgenannten Straftaten um Geschäftsführer-, Vertreter- bzw. Organsonderdelikte handelt, die den Geschäftsführer usw. selbst adressieren, ist weiterhin anerkannt, dass die in der Diskussion um den faktischen Geschäftsführer häufig behandelte Vorschrift des § 14 StGB, die sich in der Praxis zumeist an die Gesellschaft (etwa gemäß § 283 StGB an den Schuldner) und nicht an deren Organe richtet, hier nicht anzuwenden ist.²²

Damit betrifft der eigentliche Streit die sonstigen, recht zahlreichen Fälle, in denen eine (natürliche) Person tatsächlich die Stellung als Geschäftsführer einnimmt, ohne dass zu irgendeinem Zeitpunkt ein intentional auf die Bestellung gerichteter Akt vorlag. Besonders kriminogen sind Sachverhalte, in denen eine ordnungsgemäße Bestellung des eigentlichen Akteurs bewusst unterbleibt und stattdessen ein „Strohmann“ vorgeschoben wird, weil in der Person des faktischen Geschäftsführers ein Bestellungshindernis (§ 6 Abs. 2 S. 2 GmbHG) vorliegt. Der BGH in Strafsachen geht in verstetigter – vor allem zum Bankrott sowie zur Insolvenzverschleppung ergangener – Rechtsprechung davon aus, dass auch derjenige Geschäftsführer i.S.d. Strafrechts ist, der, ohne förmlich dazu bestellt oder im Handelsregister eingetragen zu sein, mit Einverständnis der Gesellschafter die Stellung eines Geschäftsführers tatsächlich einnimmt.²³

§ 266a StGB) und erst mit Hilfe des § 14 StGB auf den gesetzlichen bzw. gewillkürten Vertreter übergewälzt wird (gleichsam „Organsonderdelikt i.w.S.“), vgl. Rönnau (Fn. 7), § 84 Rn. 17 mit dortiger Fn. 42.

¹⁹ Vgl. RGSt 72, 187 (191 f.). Zum Folgenden Rönnau (Fn. 7), § 84 Rn. 17 f.

²⁰ Beginnend mit BGHSt 3, 32 (37 ff.); m.w.N. bei Rönnau (Fn. 7), § 84 Rn. 20 f.

²¹ Pars pro toto Radtke, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 14 Rn. 47 und die Belege bei Rönnau (Fn. 7), § 84 Rn. 20 mit dortiger Fn. 59.

²² Dazu Rönnau (Fn. 7), § 84 Rn. 20 mit umfangreichen Nachw.

²³ Erschöpfende Nachw. bei Rönnau (Fn. 7), § 84 Rn. 20.

¹⁷ Zum Folgenden BGH NJW 2025, 2109 (2110 Rn. 16 ff.).

¹⁸ Charakteristisch für den Typus „Organsonderdelikt“ ist, dass der primäre Normadressat (das haftende Organ) im Wege der Auslegung der Einzeltatbestände ermittelt wird, während bei sekundärer Organhaftung die Pflicht zunächst einen anderen trifft (*Beispiel*: GmbH als „Arbeitgeber“ bei

1. Unanwendbarkeit der sog. Sechs-von-acht-Theorie

Diesen Grundlagenstreit berührt der 5. *Strafsenat* des BGH in seinem Februarurteil aus 2025 mit keinem Wort. Er soll auch hier angesichts der Fülle an Material und einer ständigen Rechtsprechung nicht wieder aufgegriffen werden.²⁴ Die Argumente der Kritiker liegen auf dem Tisch, der BGH hat sich angesichts eines von ihm (aber auch von den Kritikern) angenommenen kriminalpolitischen Bedürfnisses an der Vermeidung von Strafbarkeitslücken bisher davon nicht beeindrucken lassen, obwohl ein Begründungsdefizit der Rechtsprechung unübersehbar ist²⁵ und die weit ausgreifende Einbeziehung faktischer Organe an die Grenze der Wortlautinterpretation stößt – jedenfalls bei Strafvorschriften wie § 15a Abs. 1 InsO, die die „Mitglieder des Vertretungsorgans“ adressieren.²⁶

Mit deutlichen Worten klargestellt („schon im Ansatz verfehlt“) hat der *Senat* dann allerdings, dass die vom LG zur Bestimmung der faktischen Geschäftsführung herangezogene sog. Sechs-von-acht-Theorie²⁷ als Hilfsmittel ungeeignet ist, da die hierzu auszuwertenden „konkreten Verhältnisse des Einzelfalles“ nicht durch ein „schematisches Abarbeiten eines Kriterienkatalogs“ ersetzt werden dürfe.²⁸ Der Versuch, verlässliche Kriterien für die Annahme einer faktischen Organstellung festzulegen, geht auf *Dierlamm* zurück, der 1996 einen Katalog mit acht „klassischen Merkmalen“ aus dem Kernbereich der Unternehmensleitung aufstellte, von denen für die Annahme einer faktischen Geschäftsführung mindestens sechs (egal welche) erfüllt sein müssen.²⁹ Der letztlich als Prüfungsschema dienende Katalog wurde vom BayObLG in einem Urteil vom 20.2.1997 (unter expliziter Berufung auf *Dierlamm*) übernommen.³⁰ Er wird seitdem von vielen Lite-

raturstimmen als *die* Rechtsprechung zum Thema vorgestellt.³¹ Tatsächlich hat der BGH den Katalog als harten Selektionsmechanismus in den Folgejahren so nicht zur Grundlage seiner Prüfung gemacht (wenngleich auch er in seinen Entscheidungen auf einzelne Kriterien aus dem Katalog zurückgreift³²), seine Anwendung vielmehr in einem Beschluss vom Januar 2013 ausdrücklich offengelassen³³ und sich jetzt klar gegen seinen Einsatz entschieden.³⁴

Dem 5. *Strafsenat* des BGH ist in der Sache zuzustimmen. Die Sechs-von-acht-Theorie bietet zwar eine intuitiv plausible Faustformel, taugt aber nicht als kategoriale Regel.³⁵ Denn es ist einerseits kaum möglich, eine abschließende Liste organotypischer Befugnisse zu formulieren. Andererseits kann im Einzelfall eine für die Täterschaft hinreichende Stellung trotz des Vorhandenseins von lediglich vier oder fünf Merkmalen vorliegen, ebenso wie eine faktische Geschäftsführung nicht notwendig gegeben sein muss, wenn der Betroffene sechs von acht Kriterien erfüllt. Es hängt bei der faktischen Geschäftsführung als „Typusbegriff“ eben letztlich doch – wie auch bei der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme – alles vom Gewicht der einzelnen Merkmale in einer Gesamtschau ab, selbst wenn die Bestimmtheit und Rechtssicherheit darunter leidet.³⁶

2. Anpassung der Voraussetzungen für die Annahme faktischer Geschäftsführung bei Firmenbestattungen

a) BGH lockert das Anforderungsprofil für die faktische Geschäftsführung bei nicht-werbenden Gesellschaften

Das wirklich Neue im Urteil des 5. *Strafsenats* des BGH besteht in der deutlichen Lockerung des Anforderungsprofils für die faktische Geschäftsführung bei nicht-werbenden Gesellschaften. Am Beispiel der Firmenbestattung führt der *Senat* vor, dass dem Kriterium „Vertretung der Gesellschaft im Außenverhältnis“ (welches die Rolle des [auch faktischen] Geschäftsführers nach h.M. bei werbenden Gesellschaften maßgeblich mitprägt) bei nicht-werbenden Unternehmen, deren Zweck nur noch in der Abwicklung der Geschäftstätigkeit

²⁴ Ausführlicher Rönnau (Fn. 7), § 84 Rn. 20 ff. mit vielen Belegen.

²⁵ Zur Legitimationsfrage Rönnau (Fn. 7), § 84 Rn. 21 und jüngst *Habetha*, NZG 2025, 1073 (1074 Rn. 2 f.) – beide m.w.N.

²⁶ Dazu Rönnau (Fn. 7), InsO § 15a Rn. 304 mit vielen weiteren Nachw. (der selbst die Wortsinnengrenze als „gerade noch“ nicht überschritten ansieht).

²⁷ Vgl. LG Leipzig BeckRS 2023, 55925 Rn. 9.

²⁸ BGH NJW 2025, 2109 (2110 Rn. 15).

²⁹ *Dierlamm*, NStZ 1996, 153 (155 ff.). Er nennt (auf S. 156) als Indikatoren für eine überragende Stellung des faktischen Geschäftsführers: Bestimmung der Unternehmenspolitik, Unternehmensorganisation, Einstellung und Entlassung von Mitarbeitern sowie Ausstellung von Zeugnissen, Gestaltung der Geschäftsbeziehung zu Vertragspartnern der Gesellschaft einschließlich der Vereinbarung von Vertrags- und Zahlungsmodalitäten, Entscheidung der Steuerangelegenheiten, Verhandlungen mit Kreditgebern, Steuerung von Buchhaltung und Bilanzierung, Höhe des Gehalts.

³⁰ BayObLG NJW 1997, 1936 (das fälschlich auch BGH NJW 1997, 66 [67] zu den Befürwortern der These zählt); Nachw. zur zustimmenden Literatur bei Rönnau (Fn. 7), § 84 Rn. 25 mit dortiger Fn. 93.

³¹ Statt vieler *Verjans/Rixe*, in: Böttger (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, Handbuch, 3. Aufl. 2023, Kap. 4 Rn. 263 f.; *Leinekugel*, ZIP 2025, 1326 (1327); *Czimek/Okonkwo*, NStZ 2025, 486.

³² Ebenso *Siebler* (Fn. 4), S. 233; *Kraft/Krasteva*, jurisPR-StrafR 10/2025 Anm. 1. *Habetha* (NZG 2025, 1073 [1075 Rn. 9]) hält deshalb zu Recht die Kritik des *Senats* für „zu weitgehend“.

³³ BGH wistra 2013, 272 (273 f. Rn. 35).

³⁴ BGH NJW 2025, 2109 (2110 Rn. 15).

³⁵ Rönnau (Fn. 7), § 84 Rn. 25 m.w.N.

³⁶ Gleichsinnig *Brand*, NJW 2025, 2109 (2112); *Bittmann*, ZWH 2025, 237 (238); *Bosch*, JZ 2025, 784 (786); *Weyand*, ZInsO 2025, 1040. *Czimek/Okonkwo* (NStZ 2025, 486 [487]) wollen den klassischen Kriterienkatalog „für die Fälle von Unternehmen ohne werbende Tätigkeit am Markt nur um jene Merkmale reduzieren, welche eine nach außen gerichtete Tätigkeit voraussetzen“, um „eine hinreichend bestimmte und handhabbare Basis der Anwendung der Frage des faktischen Organs“ zu gewährleisten.

besteht, keine bzw. allenfalls eine untergeordnete Bedeutung zukommt.³⁷ Entscheidend für die strafrechtliche Verantwortlichkeit faktischer Organe ist seiner Ansicht nach – und das soll wohl für alle Formen faktischer Geschäftsführung gelten – die „rein tatsächliche Übernahme der Organstellung“ (bzw. den „im Unternehmen [...] zu erledigenden organtypischen Aufgaben“), die „nur im Rahmen einer Gesamtschau der konkreten Verhältnisse der jeweiligen Gesellschaft beurteilt werden kann“³⁸ und je nach „Lebensphase“ des Unternehmens unterschiedliche Voraussetzungen hat. In der Detailbegründung erklärt das Gericht dann, warum bestimmte Kriterien zur Festlegung der (faktischen) Geschäftsführung aufgestellt werden.³⁹ So soll bei aktiv am Wirtschaftsverkehr teilnehmenden Gesellschaften „das Abstellen auf die unmittelbare Vertretung der Gesellschaft nach außen [...] gewährleisten, dass bei einer rein internen Einwirkung des Gesellschafters auf den formell bestellten Geschäftsführer der Einwirkende nicht zum faktischen Geschäftsführer wird.“ Der Gesellschafter mache vielmehr durch Anweisung des Vertretungsorgans gerade von seinen ihm durch die gesellschaftsrechtliche Kompetenzordnung zugewiesenen Rechten Gebrauch, werde also nicht rollenüberschreitend tätig. Verlange bei nicht-werbenden Gesellschaften der Unternehmenszweck keine nach außen gerichtete Tätigkeit (mehr), so genüge für eine faktische Organstellung die „Aneignung anderer Zuständigkeiten [...], die nach der gesellschaftsrechtlichen Kompetenzordnung ausschließlich dem Vertretungsorgan zugewiesen sind“ und selbst durch Weisungen der Gesellschafter nicht entzogen werden können. Der *Senat* führt insoweit exemplarisch die Pflichten zur Bilanzierung und Buchführung (§ 41 GmbHG, § 264 Abs. 1 HGB), zum Kapitalerhalt (§§ 30, 34 Abs. 3 GmbHG, § 15b Abs. 1 S. 1 InsO) und zur Stellung eines Insolvenzantrags (§ 15a Abs. 1 S. 1 InsO) an. Faktische Dominanz lasse sich dann aus der Übernahme der Kontrolle über die Erfüllung dieser Pflichten und die darin liegende Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Kompetenzordnung ableiten – und sie drängt sich nach BGH im Fall insbesondere deshalb auf, weil „der Angeklagte jeweils einen Strohgeschäftsführer installierte, der seinen dem Gläubigerschutz dienenden Pflichten gerade nicht nachkommen sollte und dem er die dazu erforderlichen Informationen über den Geschäftsbetrieb vorenthielt.“

b) Bewertung der Neuerungen

Die faktische Organstellung in der Phase der Unternehmensabwicklung von anderen (weniger strengen) Voraussetzungen abhängig zu machen, erscheint mit der Begründung des BGH auf den ersten Blick nachvollziehbar – und ist bei der Mehrzahl der Entscheidungsrezensenten jedenfalls im Ergebnis auf ein positives Echo gestoßen.⁴⁰ Aber nicht alle sind mit dem

Urteil einverstanden.⁴¹ Vor allem *Bosch* hat die BGH-Entscheidung scharf angegriffen und dabei neben bekannten Gründen für eine grundsätzliche Ablehnung der Rechtsfigur „faktische Geschäftsführung“ (auf die hier nicht eingegangen wird) mehrere Kritikpunkte vorgetragen. In Auseinandersetzung mit den Einwänden wird auch meine eigene Ansicht zum BGH-Urteil deutlich.

Moniert wird zunächst, dass der *Senat* selbst keine materiellen Kriterien für die Übernahme einer Sonderpflicht benenne, obwohl er genau das für die Annahme einer faktischen Organstellung des Angeklagten als Täter eines Insolvenzdelikts fordert.⁴² Dem ist aber entgegenzuhalten, dass der BGH durchaus verschiedene Aussagen zum Umfang des Außenauftrets macht und als Ersatzkriterium für das seiner Ansicht nach beim faktischen Organ einer nicht-werbenden Gesellschaft überflüssige Handeln im Außenverhältnis das Eindringen in die Kompetenzordnung des formellen Vertretungsorgans entwickelt, woraus sich eine gewisse Leitungsmacht ableiten lässt.⁴³

Bosch hinterfragt dann weiter, ob die Übernahme der bei der Firmenbestattung verbleibenden Pflichten (etwa zur Bilanzierung und Buchführung sowie vor allem zum Kapitalerhalt und zur Stellung eines Insolvenzantrags) überhaupt noch ausreichen, um eine faktische Geschäftsführerstellung zu begründen.⁴⁴ Diese Zweifel sind meines Erachtens unberechtigt, da auch in dieser (Abwicklungs-)Phase in Erfüllung der vorstehend angeführten grundlegenden Pflichten noch wichtige wirtschaftliche Entscheidungen zu treffen sind und jemand – sei es eine ordnungsgemäß bestellte oder eine allein faktisch dominierende Person – dafür Verantwortung tragen muss,⁴⁵ soll nicht ein zu vermeidendes (Führungsverantwortungs-)Vakuum entstehen. Nichts anderes ergibt sich übrigens aus den allgemeinen Vorschriften zum gesellschaftsrechtlichen Auflösungsverfahren gemäß den §§ 65 ff. GmbHG, wonach (wenn nichts anderes vereinbart wurde) in Fällen der Auflösung außerhalb des Insolvenzverfahrens der Geschäftsführer der GmbH (als nunmehr „geborener“ Liquidator) die Liquidation durchführt (vgl. §§ 66, 70 GmbHG).⁴⁶

cher *Bittmann*, ZWH 2025, 237 ff. und vor allem *Habetha*, NZG 2025, 1073; einen gemischten Eindruck von der Entscheidung haben *Brand*, NJW 2025, 2109 (2111 f.) und *Czimek/Okonkwo*, NSTz 2025, 486 (486 f.).

⁴¹ Harsche Kritik von *Bosch*, JZ 2025, 784; siehe auch *Kraft/Krasteva*, jurisPR-StrafR 10/2025 Anm. 1.

⁴² *Bosch*, JZ 2025, 784 (785).

⁴³ Vgl. BGH NJW 2025, 2109 (2110 f. Rn. 16 ff., 21).

⁴⁴ *Bosch*, JZ 2025, 784 (786).

⁴⁵ So auch *Karzel*, in: Müller-Gugenberger (Fn. 4), Rn. 30.103: „Derjenige, der in dieser Phase ‚wie ein Geschäftsführer Entscheidungen trifft‘, muss auch dafür haften.“ Nach dem LG Leipzig (BeckRS 2023, 55925 Rn. 237) konnte nicht sicher festgestellt werden, dass der angeklagte Firmenbestatter „faktischer Liquidator“ war. Ausführlicher zur faktischen Liquidation im Zusammenhang mit der Firmenbestattung *Siebler* (Fn. 4), S. 226 ff.

⁴⁶ *Paradissis* (NZWiSt 2025, 487 [490 f.]) weist in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, „dass auch während der

³⁷ BGH NJW 2025, 2109 (2110 ff. Rn. 16 ff.).

³⁸ BGH NJW 2025, 2109 (2110 f. Rn. 15, 20).

³⁹ Zum Folgenden BGH NJW 2025, 2109 (2110 f. Rn. 18, 21 f.).

⁴⁰ So *Harsen*, FD-InsR 2025, 811139; *Kemperdick*, NZI 2025, 605 (607 f.); *Leinekugel*, ZIP 2025, 1326 (1326 f.); *Merschmüller*, FD-StrafR 2025, 807349; *Paradissis*, NZWiSt 2025, 487 (489 ff.); *Weyand*, ZInsO 2025, 1040; ausführli-

Gewichtiger ist der Vorwurf, der 5. Strafsenat des BGH argumentiere zirkelschlüssig, indem er aus der Nichterfüllung einer Pflicht die Person des Verpflichteten ableite. Konkret: „Weil der Angeklagte mit der Einsetzung eines Strohgeschäftsführers die Pflicht etwa zur Insolvenzantragstellung übernommen habe, diese aber nicht erfüllte, sei er als faktischer Geschäftsführer für die Erfüllung der Pflichten verantwortlich.“⁴⁷ In eine ähnliche Richtung zielt der weitere Einwand von *Bosch*, es sei „ohnehin schon mit dem Wesen der Zurechnung eines Vertreterhandelns nach § 14 StGB unvereinbar, wenn aus einem Unterlassen auf eine faktische Einflussnahme geschlossen wird, etwa aus dem Unterlassen der Insolvenzantragstellung [...] auf eine faktische Geschäftsführung.“⁴⁸ In der Sache verzichte der Senat hier auf den separaten Nachweis der tatsächlichen Übernahme der Organstellung (als für die Täterschaftsbegründung notwendiges Element bei Sonderdelikten) und begnüge sich mit der Feststellung einer Pflichtverletzung („Gleichsetzung von Pflicht und Übernahme“).

Die Kritik trifft insoweit zu, als der Rückschluss von der Pflichtverletzung auf die Pflichterfüllungszuständigkeit unzulässig ist, da Wesentliches (hier die vorgelagerte Verantwortungszuschreibung für die Pflichterfüllung) ausgeblendet wird. Allerdings sind die einschlägigen Aussagen des BGH nur verkürzt, nicht aber im Ergebnis falsch, worauf *Habetha* in seinem Besprechungsaufsatz zum Urteil richtig hingewiesen hat.⁴⁹ Abzustellen ist seiner Meinung nach vielmehr auf die „vorangegangene, für die Organzuständigkeit (etwa aus dem Kernbereich ‚Einstellung und Entlassung von Mitarbeitern‘) maßgebliche Ausübung von Leitungsmacht“, während der Senat „erst an deren Folgen“ (also „an den erkennbaren ‚Symptomen‘“) anknüpft. Bei dieser gebotenen Neuausrichtung des Blicks, der für die Beurteilung einer faktischen Geschäftsführung⁵⁰ hinreichend differenziert zwischen der „Übernahme von Organzuständigkeiten durch Ausübung von Leitungsmacht einerseits und der auf dieser Basis tatsächlich noch erforderlichen (und daher zu beobachtenden) Tätigkeiten andererseits“ lässt sich – entgegen *Bosch* – das Unterlassen gut als Variante einer faktischen Einflussnahme erklären. Denn die Leitungsmacht kann tatsächlich auch in der Form ausgeübt werden, dass sie – wie hier im Rahmen einer Firmenbestattung – „in die Entscheidung mündet, bestimmte (werbende) Tätigkeiten nicht (mehr) vorzunehmen.“⁵¹

Liquidation Aufgaben mit Außenwirkung zu erledigen sind“; ebenso *Bittmann*, ZWH 2025, 237 (238): „Verkäufe aus und Abwicklung der übernommenen Gesellschaften sind ohne Eintritt in den Geschäftsverkehr, also mittels Vertretung nach außen, nicht möglich.“ Daraus folgt, dass sogar bei der Forderung des Außenauftritts als Kriterium für die Annahme faktischer Geschäftsführung auch in der Abwicklungsphase dessen Erfüllung durch nicht-bestellte Geschäftsführer in Betracht kommt.

⁴⁷ *Bosch*, JZ, 2025, 784 (786 f.).

⁴⁸ *Bosch*, JZ 2025, 784 (787).

⁴⁹ *Habetha*, NZG 2025, 1073 (1074 Rn. 6 ff.).

⁵⁰ Anders als es der Senat und die Vorinstanz getan haben.

⁵¹ *Habetha*, NZG 2025, 1073 (1074 Rn. 6).

Wenn nun der 5. Strafsenat des BGH die kompetenzwidrige „Übernahme der Kontrolle über die Erfüllung dieser Pflichten“ (aus dem exklusiven Zuständigkeitsbereich des Vertretungsorgans) als ein Zeichen für die faktische Geschäftsführung wertet,⁵² harmonisiert das mit dem von *Habetha* skizzierten (und hier unterstützten) zweistufigen Modell der faktischen Geschäftsführung – gerade in Anbetracht der Tatsache, dass im zu entscheidenden Fall dem Strohgeschäftsführer keine eigene Entscheidungskompetenz verblieb, der Angeklagte die Geschicke der Gesellschaften bestimmte, er also die Organfunktion vollständig übernommen hatte und hierdurch zugleich jedes (organtypische) eigenverantwortliche Auftreten durch den formell bestellten Geschäftsführer ausgeschlossen war.⁵³ Bei alledem mögen selbst in der Abwicklungsphase für den Firmenbestatter, der im Hintergrund alles steuert, auch ihm zurechenbare Außenauftritte (ggfs. mit Außenwirkung) entstehen; notwendig sind sie für die Annahme faktischer Geschäftsführung angesichts regelmäßig ausreichender sonstiger Dominanzfaktoren nicht.

V. Fazit

Im Ergebnis ist dem 5. Strafsenat des BGH zuzustimmen. Der beschuldigte Firmenbestatter war also als faktischer Geschäftsführer einzustufen, der täterschaftlich die angeklagten Insolvenzstraftaten begangen hat. Zu monieren ist allein die Begründung, die verkürzt nur auf bestimmte indizielle Tätigkeiten abstellt, statt – vorgelagert – die Übernahme von Organzuständigkeiten (mit) in den Blick zu nehmen. Ob jemand faktisch in die Position des Unternehmensleiters eingerückt ist, hat das Tatgericht zukünftig noch stärker daran zu messen, in welchem Umfang der Akteur im Unternehmen tatsächlich anfallende geschäftsführertypische Aufgaben übernommen hat – in Abgrenzung zu einer Einflussnahme auf die Unternehmensleitung, die im Einklang mit der gesellschaftsrechtlichen Kompetenzordnung steht. Fragt man nach den absehbaren Effekten des Urteils, ist eines unübersehbar: Der BGH will mit dieser Entscheidung das strafrechtliche Risiko für professionelle Firmenbestatter und auch sonstige im Hintergrund des Unternehmens tätige Akteure deutlich erhöhen.⁵⁴ Denn für einen Gehilfen ist die Strafe gemäß § 27 Abs. 2 S. 2 StGB obligatorisch nach § 49 Abs. 1 StGB zu mildern.

*Prof. Dr. Thomas Rönnau, Hamburg**

⁵² BGH NJW 2025, 2109 (2111 Rn. 21).

⁵³ Vgl. *Habetha*, NZG 2025, 1073 (1076 Rn. 15).

⁵⁴ Gleichsinig *Kraft/Krasteva*, jurisPR-StrafR 10/2025 Anm. 1 (a.E.); *Beukelmann*, NJW-Spezial 2025, 312.

* Der Verf. ist ordentlicher Professor an der Bucerius Law School in Hamburg.