Andreas Geist

Bestellungshindernisse und Tätigkeitsverbote von Geschäftsleitern im Kapitalgesellschafts-, Kapitalmarkt- und Bankaufsichtsrecht

Eine vergleichende Untersuchung unter Einschluss des deutschen, englischen und US-amerikanischen Recht

Cuvillier Verlag Göttingen

Bestellungshindernisse und Tätigkeitsverbote von Geschäftsleitern im Kapitalgesellschafts-, Kapitalmarkt- und Bankaufsichtsrecht

Eine vergleichende Untersuchung unter Einschluss des deutschen, englischen und US-amerikanischen Rechts

Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades

der Juristischen Fakultät

der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt

von

Andreas Geist

aus

Nordhausen

Göttingen 2004

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.ddb.de abrufbar.
1. Aufl. - Göttingen : Cuvillier, 2006
Zugl.: Göttingen, Univ., Diss., 2006
ISBN 10: 3-86727-024-4
ISBN 13: 978-3-86727-024-3

Berichterstatter: Prof. Dr. Holger Fleischer, LL.M., Dipl. Kfm.

Mitberichterstatter: Prof. Dr. Alexander Bruns, LL.M.

Tag der mündlichen Prüfung: 29.06.2006

© CUVILLIER VERLAG, Göttingen 2006
Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen
Telefon: 0551-54724-0
Telefax: 0551-54724-21
www.cuvillier.de

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf fotomechanischem Weg (Fotokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.
1. Auflage, 2006
Gedruckt auf säurefreiem Papier

ISBN 10: 3-86727-024-4
ISBN 13: 978-3-86727-024-3

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Juli 2004 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Georg – August – Universität zu Göttingen als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 29. Juni 2006 statt. Die Arbeit wurde mit der Gesamtnote *magna cum laude* bewertet.
Ich danke an erster Stelle meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Holger Fleischer, LL.M., Dipl.-Kfm., der die Anregung zu dem Thema gab und die Dissertation jederzeit unkompliziert und mit hilfreichem Rat betreute. Es war für mich eine große Ehre und eine prägende Erfahrung, an seinem Lehrstuhl in Göttingen tätig gewesen zu sein. Ich danke darüber hinaus Prof. Dr. Alexander Bruns, LL.M. für die Erstellung des Zweitgutachtens.
Mein Dank gilt auch dem Deutschen Akademischen Austauschdienst, der mir durch ein Promotionsstipendium einen mehrmonatigen Forschungsaufenthalt in London ermöglicht hat.
Meiner Diana und unserer Tochter Hanna Sophia bin ich sehr dankbar, dass sie mir Liebe und Halt gegeben und mich gerade in der Endphase der Abfassung nach Kräften motiviert und unterstützt haben.
Für viele konstruktive Anregungen, wertvolle Korrekturarbeiten und eine wunderschöne Zeit in Göttingen danke ich meinen Mitstreitern und Freunden Dr. Jana Hammerschmidt und Dr. Florian Kleinschmit. Daneben danke ich meinen lieben Schwiegereltern Martina und Hanno Janý, meinen Großeltern Anni und Hans–Joachim Geist sowie meiner Schwester Alexandra Geist, die sich alle mit großem Engagement an der Korrektur der Arbeit beteiligt haben.

Zu guter Letzt gebührt der größte Dank meinen geliebten Eltern. Sie haben mich – solange ich denken kann – gefördert und mit allen ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln unterstützt. Sie haben es mir nie an etwas fehlen lassen und für mich oft ihre eigenen Interessen vernachlässigt und ihre wertvolle Zeit geopfert. Ohne sie wäre alles Nichts.

Nordhausen, im September 2006

Andreas Geist

Inhaltsübersicht

EINLEITUNG *1*

1. KAPITEL: ENGLAND *5*

A. GRUNDLAGEN **5**

B. NICHT SELBSTÄNDIG EINTRETENDE TÄTIGKEITSVERBOTE **27**

C. SELBSTÄNDIG EINTRETENDE TÄTIGKEITSVERBOTE **125**

D. EFFEKTIVITÄT DER TÄTIGKEITSVERBOTE **139**

E. ERGEBNIS ZUM ENGLISCHEN RECHT **143**

2. KAPITEL: USA *144*

A. GESCHICHTLICHE ENTWICKLUNG **146**

B. TATBESTANDLICHER ZUSCHNITT **149**

C. VERFAHREN UND RECHTSFOLGE **174**

D. ERGEBNIS ZUM US-AMERIKANISCHEN RECHT **179**

3. KAPITEL: DEUTSCHLAND *180*

A. ANKNÜPFUNGEN FÜR BESTELLUNGSHINDERNISSE IM KAPITALGESELLSCHAFTSRECHT **180**

B. ANKNÜPFUNGEN FÜR ABBERUFUNGSVERLANGEN UND TÄTIGKEITSVERBOTE IM BANKAUFSICHTSRECHT **227**

C. ERGEBNIS ZUM DEUTSCHEN RECHT **240**

4. KAPITEL: RECHTSVERGLEICH UND SCHLUSSFOLGERUNGEN 242

A. VERGLEICH DER REGELUNGSZWECKE UND FOLGERUNGEN 242

B. GESELLSCHAFTSRECHT VERSUS KAPITALMARKTRECHT 251

C. TATBESTANDSGRUPPEN 253

D. ALLGEMEINE EIGNUNGSPRÜFUNG 302

E. EIGNUNGSPRÜFUNG ALS SEKUNDÄRES TATBESTANDSELEMENT 307

F. ZWISCHENERGEBNIS ZUR TATBESTANDSSEITE 321

G. VERFAHRENSFRAGEN 323

H. FRAGEN DER RECHTSFOLGE 339

I. VERFASSUNGSRECHTLICHE WÜRDIGUNG 348

J. EUROPÄISCHER KONTEXT 357

K. SCHLUSSBETRACHTUNG 363

Inhaltsverzeichnis

EINLEITUNG *1*

1. KAPITEL: ENGLAND *5*

A. GRUNDLAGEN **5**

I. Geschichtliche Entwicklung 5

II. Regelungsziele der Tätigkeitsverbote 8

III. Allgemeine Begriffsbestimmungen 11

1. Schlüsselbegriffe 12

a. Formation 12

b. Promotion 12

c. Management 14

2. Direktorenstellung 19

a. De iure director 19

b. Shadow director 21

c. De facto director 24

IV. Zwischenergebnis 26

B. ZU VERFÜGENDE TÄTIGKEITSVERBOTE **27**

I. Tatbestandliche Anknüpfungen 27

1. Anknüpfungen vor der Krise 28

a. Verurteilung wegen Straftaten (Section 2 CDDA) 28

(1) Indictable offences 29

(2) Tatbestandlicher Zuschnitt 30

(3) Rechtsfolge 32

b. Verstoß gegen Publizitätspflichten (Sections 3 und 5 CDDA) 33

(1) Unterschied zwischen den Sections 3 und 5 CDDA 34

(2) Tatbestandlicher Zuschnitt 36
(a) Personale Anknüpfung 36
(b) Sachliche Anknüpfung 36
(aa) Erfasste Publizitätspflichten 36
(bb) Persistently 38
(3) Rechtsfolge 40
c. Zwischenergebnis 40
2. Anknüpfungen in der Krise 41
a. *Wrongful- / fraudulent trading* (Section 10 CDDA) 42
(1) Systematisierung 42
(2) *Wrongful trading* 44
(a) Personale Anknüpfung 46
(b) Sachliche Anknüpfung 46
(aa) Einordnung eines Verhaltens als *wrongful trading* 46
(bb) Kenntnis und Kennenmüssen in der Person des Direktors 47
(cc) Ausnahme nach Section 214(3) I.A. 1986 51
(c) Effizienz der *wrongful-trading* - Regelung 52
(3) Fraudulent trading 53
(a) Personale Anknüpfung 54
(b) Sachliche Anknüpfung 55
(4) Rechtsfolge 56
(5) Zwischenergebnis 56
b. Bei der Abwicklung hervortretendes betrügerisches Verhalten (Section 4 CDDA) 56
(1) Tatbestandlicher Zuschnitt 57
(2) Rechtsfolge 58
(3) Tatbestandliche Überschneidungen zu Section 2 CDDA 58
c. Zwischenergebnis 59

d. *Unfitness* bei insolventer Gesellschaft (Section 6 CDDA) 60
(1) Systematik 61
(2) Personale Anknüpfung 61
(3) Sachliche Anknüpfung 62
(a) Insolvenz 63
(b) *Unfitness* 63
(aa) Relevantes Verhalten bei mehreren Gesellschaften 64
(bb) Zukunftsprognose und Vergangenheitsbetrachtung ... 66
(cc) Inhaltliche Bestimmung der *unfitness* durch den Gesetzgeber 68
α) Schedule 1 – Part I 69
αα) Missachtung von Geschäftsleiterpflichten 69
ββ) Unregelmäßigkeiten im Hinblick auf das Gesellschaftsvermögen 72
γγ) Unzulänglichkeiten bei Buchführung und Publizität 74
δδ) Abgrenzung zu den Sections 3 und 5 CDDA 75
β) Schedule 1 – Part II (bei Insolvenz) 76
γ) Zwischenergebnis 77
(dd) Inhaltliche Bestimmung der *unfitness* durch die Gerichte 78
(ee) Fallgruppenbildung 82
α) Aktivität im Insolvenzstadium – *insolvent trading* . 82
β) Buchführung, Publizität und Überwachung der Finanzen 83
γ) Gläubigerbevorzugung und -benachteiligung, Zweckentfremdung anvertrauter Mittel 85
δ) Phönix-Gesellschaften 86

ε) Unzureichende Kapitalausstattung, überhöhte Direktorenbezüge 88
ζ) Verletzung der Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft 89
η) Verletzung der Sorgfaltspflicht durch mangelhafte Überwachung 89
(ff) Ergebnis zu den Fallgruppen 90
(4) Rechtsfolge 90
(5) Zwischenergebnis 91
3. Weitere Anknüpfungen an *unfitness* 92
a. Ungeeignetheit und Gesellschafts-/Kapitalmarktrecht nach DTI / FSA - Untersuchung (Section 8 CDDA) 92
(1) Tatbestandliche Anknüpfung 93
(a) Anhaltspunkte aus dem Bericht der *company inspectors* 93
(b) Anhaltspunkte aus der Untersuchung von Informationen und Dokumenten 95
(c) *Unfitness* bei Section 8 CDDA 95
(2) Rechtsfolge 96
(3) Zwischenergebnis 97
b. Ungeeignetheit und Kartellrecht (Section 9A-E CDDA) 97
(1) Personale Anknüpfung 98
(2) Sachliche Anknüpfung 98
(a) Verstoß gegen das Kartellrecht 98
(b) *Unfitness* bei Section 9A CDDA 99
(3) Verfahren 99
(4) Rechtsfolge 101
4. Zusammenfassung zum Tatbestand 101
II. Rechtsfolgen einer *disqualification order* 102
1. Entschließungsermessen 103

2. Auswahlermessen bei der Dauer..... 105
3. Reichweite eines Tätigkeitsverbotes..... 108
4. Mögliche Begrenzungen der Rechtsfolge..... 109
5. Automatisches Ende des Direktorenamtes..... 111
6. In- und ausländische Reichweite..... 111
III. Verfahren..... 114
1. Probleme des gerichtlichen Verfahrens..... 115
2. Vereinfachung durch *undertakings*..... 117
3. Befreiungsmöglichkeit (*leave to act*)..... 120
IV. Registereintragung..... 122
V. Sanktionsmechanismen bei Verstoß gegen zu verfügende Tätigkeitsverbote..... 123
1. Strafrecht..... 123
2. Zivilrecht..... 124
VI. Zusammenfassung zu Rechtsfolge und Verfahren der zu verfügenden Tätigkeitsverbote..... 124
C. SELBSTÄNDIG EINTRETENDE TÄTIGKEITSVERBOTE..... 125
I. *Undischarged bankrupts* (Section 11CDDA)..... 125
1. Tatbestandlicher Zuschnitt..... 127
2. Rechtsfolge..... 128
3. Befreiungsmöglichkeit (*leave to act*)..... 128
4. Sanktionsmechanismus bei Zuwiderhandlungen..... 129
a. Strafrecht..... 129
b. Zivilrecht..... 131
II. *County court administration order* (Section 12 CDDA)..... 131
III. *Phoenix-companies* (Section 216 I.A. 1986)..... 132

1. Tatbestandlicher Zuschnitt..... 133
2. Rechtsfolge..... 134
3. Ausnahmen vom Tätigkeitsverbot..... 135
a. Befreiung durch *application for leave* 135
b. Insolvency Rules 136
4. Sanktionsmechanismus bei Zuwiderhandlungen..... 137
a. Strafrecht 137
b. Zivilrecht 138
c. Weitergehende Tätigkeitsverbote 139
IV. Zusammenfassung zu den selbständig eintretenden Tätigkeitsverboten..... 139

D. EFFIZIENZ DER TÄTIGKEITSVERBOTE 139

E. ERGEBNIS ZUM ENGLISCHEN RECHT 143

2. KAPITEL: USA..... 144

A. GESCHICHTLICHE ENTWICKLUNG 146

B. TATBESTANDLICHER ZUSCHNITT 149

I. Personale Anknüpfung..... 150

II. Sachliche Anknüpfung..... 150
1. Sekundärmarkt - Sections 21(d)(2) und 21C(f) SEA 1934..... 150
a. Materielle Anforderungen der Sec 10(b) SEA 1934 - Rule 10(b)-5 SEA 1934 151
(1) Wichtige Fallgruppen..... 152
(a) Insidertrading..... 153
(b) Irreführende Angaben bei der Unternehmenspublizität ... 154
(c) *Corporate Mismanagement* 157
(2) Tatbestandliche Einzelbausteine der Rule 10(b)-5 161

(a) *"In connection with the purchase or sale of any security"* 162
(b) Betrugselement 163
(c) *Materiality*, *reliance*, Kausalität und Schaden 164
b. Zwischenergebnis 165
2. Primärmarkt - Sections 20(e), 8A(f) SA 1933 - Materielle Anforderungen der Sec 17(a)(1) SA 1933 165
3. Unfitness 166
a. Die alte *substantial unfitness* 168
b. Die neue *unfitness* 172
c. Zwischenergebnis zur *unfitness* 174

C. Verfahren und Rechtsfolge 174

I. Verfahren bei Antrag vor Gericht 174

II. Verfahren bei *cease-and-desist order* 175

III. Rechtsfolge 176
1. Art und Dauer von Tätigkeitsverboten 177
2. Fehlende Rehabilitationsmöglichkeit 178

D. Ergebnis zum US-amerikanischen Recht 179

3. Kapitel: Deutschland 180

A. Anknüpfungen für Bestellungshindernisse im Kapitalgesellschaftsrecht 180

I. Geschichtliche Entwicklung und Regelungszweck 180

II. Ausdrücklich anzuordnende Berufsverbote 186
1. Strafgerichtliche Untersagung eines Berufes oder Gewerbes über § 70 StGB 187
a. Voraussetzungen 187

(1) Anlasstat in Beruf oder Gewerbe 188
(2) Missbrauch und grobe Pflichtverletzung 193
(3) Gefahrprognose und Gesamtabwägung 194
b. Rechtsfolge 196
c. Verfahren 198
2. Verwaltungsbehördliche Untersagung eines Berufes oder Gewerbes über § 35 GewO 198
a. Personale Anknüpfung bei „zukünftigen“ Geschäftsleitern von GmbH und AG 198
(1) Verfahren bezieht sich auf frühere Gewerbetätigkeit 199
(2) Verfahren bezieht sich auf frühere Geschäftsführer- oder Vorstandstätigkeit 200
(a) Untersagungserstreckung über § 35 Abs. 1 Satz 2 GewO 200
(b) Untersagungsverfahren nach § 35 Abs. 7a GewO 201
b. Sachliche Anknüpfung 202
(1) Unzuverlässigkeit 203
(2) Erforderlichkeit 204
c. Rechtsfolge 205
d. Verfahren und Registereintrag 206
3. Zwischenergebnis 206
III. Selbständig eintretende Bestellungshindernisse der §§ 6 Abs. 2 GmbHG und 76 Abs. 3 AktG 207
1. Insolvenzstraftaten der §§ 283ff StGB : §§ 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG und 76 Abs. 3 Satz 3 AktG 207
a. Systembildung 208
b. Im Hinblick auf Bestellungshindernisse wesentliche Einzelfragen 211
(1) Personell 212
(a) Strafbarkeit der Geschäftsleitung - § 14 StGB und seine Grenzen 212

(b) Faktische Leitungspersonen und Schattenmänner 214
(2) Sachlich 215
(a) Grundsätze ordnungsgemäßer Wirtschaft 215
(b) Buchführung und Bilanzierung 216
(c) Bestellungshindernis und fahrlässiges Insolvenzdelikt 218
(3) Praktische Relevanz der §§ 283ff bei GmbH und AG 220
(4) Zwischenergebnis 221
2. Gerichtliche Untersagung eines Berufes oder Gewerbes : §§ 6 Abs. 2 Satz 4 Alt 1 GmbHG und 76 Abs. 3 Satz 4 Alt. 1 AktG 221
3. Verwaltungsbehördliche Untersagung eines Berufes oder Gewerbes : §§ 6 Abs. 2 Satz 4 Alt 2 GmbHG und 76 Abs. 3 Satz 4 Alt. 2 AktG 224
4. Rechtsfolge 226
5. Zwischenergebnis 227

B. ANKNÜPFUNGEN FÜR ABBERUFUNGSVERLANGEN UND TÄTIGKEITSVERBOTE IM BANKAUFSICHTSRECHT 227

I. Sachlicher Anwendungsbereich 228
1. Abberufungsverlangen und Tätigkeitsverbot bei Gründen zum Erlaubnisentzug, § 36 Abs. 1 KWG 228
a. Gründe für die Versagung einer Erlaubnis für die Gesellschaft, § 35 Abs. 2 Nr. 3 KWG 229
(1) Mangelnde Eigenkapitalausstattung 229
(2) Unzuverlässigkeit und fachliche Ungeeignetheit 230
(3) Organisationsmängel 231
b. Gläubigergefährdung, § 35 Abs. 2 Nr. 4 KWG 231
c. Gesetzesverstöße des Instituts, § 35 Abs. 2 Nr. 6 KWG 232
2. Abberufungsverlangen und Tätigkeitsverbot bei Gesetzesverstößen des Geschäftsleiters, § 36 Abs. 2 KWG 232
a. Vorsatz oder Leichtfertigkeit 233

b. Verwarnung 233
c. Fortgesetztes Verhalten 234
d. Verhältnis zu § 36 Abs. 1 KWG 234
II. Rechtsfolge 235
1. Entschließungsermessen 235
2. Auswahlermessen 236
III. Verfahren und Rechtsschutz 238
IV. Registereintragung 239
V. Rechtspraktische Bedeutung 239
VI. Zwischenergebnis zum Bankaufsichtsrecht 240
C. Ergebnis zum deutschen Recht 240
4. Kapitel: Rechtsvergleich und Schlussfolgerungen 242
A. Vergleich der Regelungszwecke und Folgerungen 242
I. Gläubigerschutz 243
II. Gesellschafter- bzw. Anlegerschutz 245
III. Beeinflussung der Geschäftsleiterpflichten 247
IV. Effekt der Abschreckung 248
V. Vorzüge von Tätigkeitsverboten 250
B. Gesellschaftsrecht versus Kapitalmarktrecht 251
C. Tatbestandsgruppen 253
I. Anknüpfungen vor der Krise der Gesellschaft 254
1. Straftaten des Geschäftsleiters 254
a. Straftaten außerhalb der Gesellschaftssphäre 255
b. Straftaten innerhalb der Gesellschaftssphäre 258

(1) Personale Reichweite 258
(2) Sachliche Reichweite 262
c. Sonderfall: Bestellungshindernis bei Insolvenzstraftaten 262
d. Erweiterungsmöglichkeiten de lege ferenda 264
(1) Erweiterung auf Grund des Gläubigerschutzes 264
(2) Erweiterung auf Grund des Gesellschafterschutzes 269
(3) Erweiterung auf Grund des Anleger- und Funktionenschutzes 273
e. Zwischenergebnis zu den Straftaten 277
2. Informations- und Publizitätspflichten 278
a. Informationen im Gesellschaftsrecht 279
b. Informationen im Kapitalmarktrecht 283
(1) Primärmarkt 284
(2) Sekundärmarkt 285
(a) Unternehmensbezogene Informationen 285
(b) Insidertrading und Kurs- und Marktpreismanipulation 288
(c) Sonstige Mitteilungspflichten 290
(aa) Directors Dealings 290
(bb) Kapitalmarktrechtliche Beteiligungspublizität 292
(3) Zwischenergebnis zum Kapitalmarktrecht 293
3. Allgemeine Geschäftsleiterpflichten 293
4. Private Finanzschwierigkeiten 295
5. Zwischenergebnis 296
II. Anknüpfungen in der Krise der Gesellschaft 297
1. Wrongful- / fraudulent- / insolvent trading 297
2. Gläubigerungleichbehandlung, hohe Vergütungen 299
3. Phönix-Gesellschaften und unzureichendes Eigenkapital 300
4. Zwischenergebnis 301

D. Allgemeine Eignungsprüfung 302

I. Ungeeignetheit wegen Insolvenz im Gesellschaftsrecht 302

II. Allgemeine Ungeeignetheit im Kapitalmarktrecht 305

E. Eignungsprüfung als sekundäres Tatbestandselement 307

I. Grundlegung 307

1. Häufigkeit der Gesetzesverletzung..... 308

2. Grad der subjektiven Vorwerfbarkeit..... 309

3. Zukünftige Wiederholungsgefahr..... 310

II. Ausformung 313

1. Kombination von Häufigkeit, Vorwerfbarkeit und Schwere..... 313

a. Erkenntnis für alle Gesellschaften 313

b. Kapitalmarktorientierte Gesellschaften 317

2. Wiederholungsgefahr..... 319

F. Zwischenergebnis zur Tatbestandsseite 321

G. Verfahrensfragen 323

I. Institutionelle Anbindung 323

1. Straftaten..... 324

2. Informationen und Gesellschaftsrecht..... 325

a. Informationsbeschaffung 325

b. Zuständigkeit für ein Verbot 328

3. Informationen und Kapitalmarktrecht..... 329

a. Informationsbeschaffung 329

b. Zuständigkeit für ein Verbot 332

4. Zwischenergebnis zur institutionellen Anbindung..... 333

II. Entschließungsermessen 334

III. Auswahlermessen 335

IV. Publizität des Tätigkeitsverbotes 338

V. Zwischenergebnis zum Verfahren 339

H. Fragen der Rechtsfolge 339

I. Sachlicher Umfang des Verbotes 340

1. Handeln als Geschäftsleiter..... 340

2. Strohmann – Konstellationen..... 342

II. Automatismus im Hinblick auf die organschaftliche Bestellung 344

III. Dauer 344

IV. Ahndung von Verstößen gegen Verbote 346

V. Zwischenergebnis zur Rechtsfolge 348

I. Verfassungsrechtliche Würdigung 348

I. Verfassungsmäßigkeit bestehender Vorschriften 349

II. Verfassungsmäßigkeit weitergehender Vorschläge 353

III. Ergebnis zur verfassungsrechtlichen Würdigung 357

J. Europäischer Kontext 357

K. Schlussbetrachtung 363

Literaturverzeichnis

ABRAMOWITZ ELKAN: From Regulation to Punishment: New SEC Power, in: 1990 (06.11.) N.Y.L.J. 3-11

ADAMS, MICHAEL: Eigentum, Kontrolle und beschränkte Haftung, Baden-Baden 1991 (zit.: Adams, Beschränkte Haftung)

ADELMAN, ROGER M. / FRANKHAUSER, MAHLON M. / GARDNER, LINDA M. U.A.: The Securities Enforcement Manual – Tactics and Strategies, A.B.A. 1997 (zit.: Bearbeiter, in: The Securities Enforcement Manual)

ALBRECHT, HANS-JÖRG: Forschungen zur Wirtschaftskriminalität in Europa, Konzepte und empirische Befunde, in: Wirtschaftskriminalität, S. 102-130; Hrsg.: Bauhofer, Stefan; Queloz, Nicolas; Wyss, Eva, Zürich 1999 (zit.: Albrecht, in: Wirtschaftskriminalität)

ALLEN, MICHAEL J.: Cases and Materials on Criminal Law, 8th ed., London 2001 (zit.: Allen, Criminal Law)

ALTENHAIN, KARSTEN: Die Neuregelung der Marktpreismanipulation durch das Vierte Finanzmarktförderungsgesetz, in: BB 2002, 1874-1879

ALTMEPPEN, HOLGER: Schutz vor „europäischen" Kapitalgesellschaften, in: NJW 2004, 97-104

ARCE, ROSE: The SEC and the Extent of its Power to Sanction: An Analysis of Teicher, in: Golden Gate U.L.Rev 2000, 593- 635.

ARLOTH, FRANK: Zur Abgrenzung von Untreue und Bankrott, in: NStZ 1990, 570-575

ARNTZ, THOMAS: Delikte bei Insolvenzen in den Jahren 1977-1980 im OLG-Bezirk Koblenz und im LG-Bezirk Frankfurt, Diss., Mainz 1986 (zit.: Arntz, Delikte bei Insolvenzen)

ARSALIDOU, DEMETRA: The Liability of Non-Executive Directors for negligent Omissions, in: 2002 Company Lawyer 107-114

DIES.: The Impact of Section 214(4) I.A. 1986 on Directors' Duties, in: 2001 Company Lawyer 19-23

ASSMANN, HEINZ-DIETER: Prospekthaftung als Haftung für die Verletzung kapitalmarktbezogener Informationsverkehrspflichten nach deutschem und US-amerikanischem Recht, Köln 1985 (zit.: Assmann, Prospekthaftung)

DERS.: Das neue deutsche Insiderrecht, in: ZGR 1994, 494-529

DERS.: Die Regelung der Primärmärkte für Kapitalanlagen mittels Publizität im Recht der Europäischen Gemeinschaft, in: AG 1993, 549-562

DERS. / SCHNEIDER, UWE H.: Kommentar zum WpHG, 3. Auflage, Köln 2003

DERS. / SCHÜTZE, ROLF A.: Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Auflage, München 1997 (zit.: Assmann/Schütze/Bearbeiter)

BADER, FRANZ-JOSEF / PIETSCH, REINHART / SCHULZE ZUR WIESCHE, DIETER: Flucht aus der Publizität, Bonn 1988

BAGHERI, MAHMOOD / NAKAJIMA, CHIZU: International Securities Markets, the Diversity of National Regulations and the Relevance of the Public/Private Law Dichotomy, in: 2001 I.C.C.L.J. 49-75

BÄHRE, INGE LORE / SCHNEIDER, MANFRED: Kommentar zum KWG, 3. Auflage, München 1986

BARNARD, JAYNE W.: The Securities Law Enforcement Remedies Act of 1989: Disenfranchising Shareholders in order to protect them, in: 65 (1989) Notre Dame L.Rev 32-54

DIES.: Does Corporate Law protect the Interests of Shareholders and other Stakeholders?: The SEC's Suspension and Bar Powers in Perspective, in: 76 (2002) Tul.L.Rev. 1253- 1273

DIES.: SEC Debarment of Officers and Directors After Sarbanes-Oxley, in: 2004 Bus.Law. 391-411

DIES.: When is a Corporate Executive "Substantially Unfit to Serve"?, in: 70 (1992) N.C.L.Rev. 1489-1521

BARSBY, CLARE: Urteilsbesprechung zu R. v. Doring, in: 2002 Crim.L.R. 817-819

BARZ, CARL HANS / KLUG, ULRICH / BEHRENS, PETER U.A.: Hachenburg, Großkommentar zum GmbHG, Zweiter Band (§§ 1-34), 8. Auflage, Berlin, New York 1992 (zit.: Hachen burg/Bearbeiter)

DIES.: Hachenburg, Großkommentar zum GmbHG, Zweiter Band (§§ 35-52), 8. Auflage, Berlin, New York 1997 (zit.: Hachenburg/Bearbeiter)

BAUMANN, JEFFREY D.: Rule 10(b)-5 and the Corporation's Affirmative Duty to Disclose, in: 67 (1979) Geo.L.Rev. 935-990

BAUMBACH, ADOLF / HUECK, ALFRED: Kommentar zum GmbH-Gesetz, 16. Auflage, München 1996

BAUMS, THEODOR : Bericht der Regierungskommission Corporate Governance: Unternehmensführung, Unternehmenskontrolle, Modernisierung des Aktienrechts, Köln 2001

BAUR, GEORG / WAGNER, OLIVER: Das Vierte Finanzmarktförderungsgesetz - Neuerungen im Börsen- und Wertpapierhandelsrecht, in: Die Bank 2002, 530-535

BAYER, WALTER: Die EuGH-Entscheidung „Inspire Art" und die deutsche GmbH im Wettbewerb der europäischen Rechtsordnungen, in: BB 2003, 2357-2366

DERS.: Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht, in: BB 2004, 1-11

BEAN, GERALD: Corporate Governance and Corporate Opportunities, in: 1994 Company Lawyer 266-272

BECK, HEINZ / SAMM, CARL-THEODOR: Loseblatt-Kommentar zum Kreditwesengesetz, Band 1 (Kommentar) (Stand September 2000), Heidelberg 2000 (zit.: Beck/Samm, KWG)

BECKMAN, MICHAEL / ROSS, SIDNEY: Fraudulent or Wrongful Trading, in: 1991 N.L.J. 1744-1745

BEDKOWSKI, DOROTHEA: Geschäftsleiterpflichten und -verantwortung: Verantwortungsrichtungen und Haftungstatbestände im deutschen und im englischen Kapitalgesellschaftsrecht, Diss. Göttingen, 2005 (zit.: Bedkowski, Geschäftsleiterpflichten)

BEHRENS, PETER: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im internationalen und ausländischen Recht, Berlin 1976 (zit.: Behrens, GmbH)

DERS.: Die Umstrukturierung von Unternehmen durch Sitzverlegung oder Fusion über die Grenze im Licht der Niederlassungsfreiheit im Europäischen Binnenmarkt (Art. 52 und 58 EWGV), in: ZGR 1994, 1-25

BENDER, HEINZ: Deutsches und englisches Aktienrecht, Berlin 1937 (zit.: Bender, Aktienrecht)

BERG, ALAN: The Company Law Review: Legislating Directors' Duties, in: 2000 J.B.L. 472-491

BERLE, ADOLF A. / MEANS, GARDINER C.: The Modern Corporation and Private Property, Erstausgabe 1932

BERNER, ROBERT L. / FRANKLIN, RICHARD M.: Scienter and Securities and Exchange Com mission Rule 10(b)-5 Injunctive Actions: A Reappraisal in Light Of Hochfelder, in: 51 (1976) N.Y.U.L.R. 769-798

BESSETTE, PAUL R. / BILES, MICHAEL J. / MACDANIEL, ALFRED: Accounting Fraud in 2002 – Lessons learned, in: Practising Law Institute Handbook, PLI Order No. B0-01UN, S. 155-174 (2003) (zit.: 1377 PLI/Corp 155)

BHATTACHARYYA, GAUTAM: Re Hydrodan (Corby) Ltd – Shadow Directors and Wrongful Trading, in: 1994 Company Lawyer 151-152

DERS.: Shadow Directors and Wrongful Trading revisited, in: 1995 Company Lawyer 313-314

BIENECK, KLAUS: Strafrechtliche Relevanz der Insolvenzordnung und aktueller Änderungen des Eigenkapitalersatzrechts, in: StV 1999, 43-47

BILETZKI, GREGOR C.: Strafrechtlicher Gläubigerschutz bei fehlerhafter Buchführung durch GmbH-Geschäftsführer, in: NStZ 1999, 537- 541

BINZ, KARLHEINZ: Nochmals: Vertreterhaftung bei Bankrotthandlungen einer GmbH, in: NJW 1978, 802

BIRDS, JOHN: Persistent Default as a Ground for Disqualification, in: 1986 Company Lawyer 27

BLOCK, DENNIS J. / HOFF, JONATHAN M.: New Proposals to Expand SEC Enforcement Authority, in: 1990 (17.05.) N.Y.L.J. 5-12

BOOS, KARL-HEINZ / FISCHER, REINFRID / SCHULTE-MATTLER HERMANN: Kommentar zum KWG, München 2000 (zit.: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG)

BORA, ALFONS / LIEBL, KARLHANS / POERTING, PETER / RISCH, HEDWIG: Polizeiliche Bear beitung der Insolvenzkriminalität, Wiesbaden 1992 (zit.: Bora/Liebl/Poerting/Risch, Insolvenz kriminalität)

BRANDEIS, LOUIS D.: Other People's Money and how the Bankers use it, New York 1914 (zit.: Brandeis, Other People's Money)

BRANDES, HELMUT: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes auf dem Gebiet des Aktien rechts, in: WM 1992, 465-477

BREEDEN, RICHARD C.: Before the Subcommittee on Securities of the Committee on Banking, Housing and Urban Affairs concerning S. 647, The "Securities Law Enforcement Remedies Act of 1989", 1990 (zit.: Breeden Testimony)

BRENNER, KLAUS D.: Wenn marode Unternehmen als Goldgruben verkauft werden, in: Krimi nalistik 1987, 66-72

BRIGOLA, ALEXANDER: Das System der EG-Grundfreiheiten: Vom Diskriminierungsverbot zum spezifischen Beschränkungsverbot, München 2004 (zit.: Brigola, Grundfreiheiten)

BROWN, ROBERT J.: Corporate Communications and the Federal Securities Laws, in: 53 (1985) Geo.Wash.L.Rev. 741-823

BRUCE, MARTHA: Rights and Duties of Directors, 5. Auflage, 2002 (zit.: Bruce, Rights and Du ties)

BUCKLO, ELAINE E.: The Supreme Court Attempts to Define Scienter Under Rule 10(b)-5: Ernst & Ernst v. Hochfelder, in: 29 (1977) Stanford L.R. 213-240

BURKE, JOHN: Jowitt's Dictionary of English Law, Second Edition, Volume 1 (A-K), London 1977

BUSCHMEYER, KLAUS-DIETER: Publizität als Korrelat der Haftungsbeschränkung, Köln 1993 (zit.: Buschmeyer, Publizität)

BUTCHER, BRUCE S.: Directors' Duties in the Twenty-First Century: A New Beginning?, in: 2000 I.C.C.L.R. 197-237

DERS.: Directors' Duties, A new Millennium, A new Approach?, London 2000 (zit.: Directors' Duties)

CALLIESS, CHRISTIAN / RUFFERT, MATTHIAS: Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2. Auflage, Neuwied 2002 (zit.: Callies/Ruffert/Bearbeiter, EG)

CAMPBELL, ANDREW: Wrongful Trading and Company Rescue, in: 1994 Cambrian Law Review 69-87

DERS.: Administration Orders: White Knight or White Elephant?, in: 1993 Solicitors Journal 562-563

CARLTON, DENNIS W. / FISCHEL, LARRY R.: The Regulation of Insider Trading, in: 35 (1983) Stan.L.Rev. 857

CARY, WILLIAM L.: Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware, in: 83 (1974) Yale L.R. 663-704

DERS./ FLEISCHER, ARTHUR JR./ HALLERAN, THOMAS A.: Insider Trading in Stocks, in: 21 (1966) Bus.Law. 1009-1027

CASPARI, KARL-BURKHARD: Die geplante Insiderregelung in der Praxis, in: ZGR 1994, 530-546

CASSIDY, JULIE: Disqualification of Directors under the Corporations Law, in: 1995 Company and Securities Law Journal 221-239

CHEFFINS, BRIAN R.: Company Law, Theory, Structure and Operation, 1997

CLAUSSEN, CARSTEN PETER: Dem Neuen Markt eine zweite Chance, in: BB 2002, 105-112

DERS.: Bank- und Börsenrecht: für Studium und Praxis, 3. Auflage München 2003

COMMENT: Schoenbaum v. Firstbrook: The „New Fraud" expands Federal Corporation Law, in: 55 (1969) Va.L.Rev. 1103-1127

COMMERCE CLEARING HOUSE: Securities Reforms of 1990, Chicago 1990 (zit: Commerce Clearing House, Securities Reforms)

COOTER, ROBERT / FREEDMAN, BRADLEY J.: The fiduciary Relationship: Its economic Character and legal Consequences, in: 66 (1991) N.Y.L.Rev. 1045-1075

CORK, KENNETH / GRAHAM, DAVID: Insolvenzrechtsreform in England – Erläuterungen zum Cork-Report, in: ZIP 1982, 1275-1285

COX, JAMES D. : Ernst & Ernst v. Hochfelder: A Critique and an Evaluation of Its Impact upon the Scheme of the Federal Securities Laws, in: 28 (1977) Hastings L.J. 569-629

DAUSES, MANFRED A. : Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 1, Stand Januar 1999, München 1999 (zit.: Dauses/Bearbeiter, Handbuch Wirtschaftsrecht)

DAVIES, PAUL L.: Legal Capital in Private Companies in Great Britain, in: AG 1998, 346-354

DERS.: Board Structure in the UK and Germany: Convergence or Continuing Divergence?, in: 2000 I.C.C.L.J. 435-456

DERS. : Gower and Davies' Principles of Modern Company Law, 7. Auflage, London 2003

DEAN, JANICE: The Future of UK Company Law, in: 2001 Company Lawyer 104-111

DICKERSBACH, ALFRED: Die Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit, in: WiVerw 1982, 65-116

DIERLAMM, ALFRED: Der faktische Geschäftsführer im Strafrecht – ein Phantom?, in: NStZ 1996, 153-157

DINE, JANET M.: Criminal Law in the Company Context, Aldershot 1995

DIES.: The Governance of Corporate Groups, Cambridge 2000

DIES.: "Punishing Directors", in: 1994 J.B.L. 325-337

DIES.: The Disqualification of Company Directors, in: 1988 Company Lawyer 213-218

DIES.: Disqualification Orders, in: 1988 Company Lawyer 97-100

DIES.: Disqualification of Directors, in: 1991 Company Lawyer 6-10

DINKHOFF, MARC: Der faktische Geschäftsführer in der GmbH, Münster 2003 (zit.: Dinkhoff, Faktische Geschäftsführer)

DOEHRING, CARL: Insolvenzen und Wirtschaftskriminalität im Blickfeld neuer statistischer Daten, in: KTS 1986, 613- 625

DOLZER, RUDOLF: Niederlassungsfreiheit von freien Berufen in Europa: Podiumsdiskussion auf der Arbeitstagung vom 6. bis 8. Juni 1985 in Regensburg, Heidelberg 1986 (zit.: Dolzer, Nie derlassungsfreiheit)

DOOLEY, MICHAEL P.: Enforcement of Insider Trading Restrictions, in: 66 (1980) Va.L.Rev. 1-83

DOYLE, LOUIS G.: Removing Company Directors: The Law and Practice (1), in: 1997 Solicitors Journal 822-823

DERS.: Anomalies in the Wrongful Trading Provisions, in: 1992 Company Lawyer 96-99

DRAKE, CHARLES D.: Disqualification of Directors – The "red card", in: 1989 J.B.L. 474-491

DRAPER, MICHAEL G.: Companies in Trading Difficulties: The Pitfalls for Directors and how to avoid them, in: 1993 I.C.C.L.R. 400-405

DREIER, HORST: Grundgesetz – Kommentar, Band III (Artikel 83-146 GG), Tübingen 2000 (zit.: Dreier/Bearbeiter)

DREYMÜLLER, BERND: Die Haftung des Board of Directors in der englischen Public Company, Duisburg 1991 (zit.: Dreymüller, Haftung des Board)

DRYGALA, TIM: Urteilsanmerkung zu EuGH, ZIP 2003, 1885 („Inspire Art"), in: EWiR 2003, 1029-1030

DERS.: Zur Neuregelung der Tätigkeitsverbote für Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften, in: ZIP 2005, 423-431

EDSON, GARY R.: Causation in Rule 10(b)-5 Actions for Corporate Management, in: 48 (1981) U.Cicago.L.Rev. 936-959

EIDENMÜLLER, HORST: Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa, in: ZIP 2002, 2233-2245

EKKENGA, JENS: Anlegerschutz, Rechnungslegung und Kapitalmarkt, Eine rechtsvergleichende Studie zum europäischen, deutschen und britischen Bilanz,- Gesellschafts- und Kapitalmarkt recht, Tübingen 1998

ELLIS, JASON: Case Comment zu Re Austinsuite Furniture, in: 1993 I.C.C.L.R. C99-100

ENRIQUES, LUCA: The Law an Company Directors' Self-Dealing: A Comparative Analysis, in: 2000 I.C.C.L.R. 297-333

ERNST,CHRISTOPH: Regierungsentwurf des BilKoG, in: BB 2004, 936-937

EVANS, ANTHONY D.: Disqualified Directors: Implications for Third Parties, in: 1993 I.C.C.L.R. 271-273

EVERLING, ULRICH: Das Niederlassungsrecht in der Europäischen Gemeinschaft, in: DB 1990, 1853-1859 (zit.: Everling, Niederlassungsrecht)

DERS.: Vertragsverhandlungen 1957 und Vertragspraxis 1987 dargestellt an den Kapiteln Niederlassungsrecht und Dienstleistungen des EWG-Vertrages, in: Eine Ordnungspolitik für Europa – Festschrift für Hans von der Groeben zum 80. Geburtstag; Herausgeber: Mestmäcker, Ernst-Joachim / Möller, Hans / Schwarz, Hans-Peter, Baden-Baden 1987, S. 111-130 (zit.: Everling, FS von der Groeben)

DERS.: Das Niederlassungsrecht im Gemeinsamen Markt, Berlin 1963 (zit.: Everling, Niederlassungsrecht)

EYLES, UWE: Das Niederlassungsrecht der Kapitalgesellschaften in der Europäischen Gemeinschaft: die Überlagerung des deutschen Gesellschaftsrechts und Unternehmenssteuerrechts durch Europäisches Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 1990 (zit.: Eyles, Niederlassungsrecht)

FAIRBAIRN, DAVID STEWARD: Insider-Dealing Regulation in the United Kingdom and Germany: Comparing Regulatory Policy on the Implementation of Key Aspects of the EC Insider-Dealing Directive, in: 2001 I.C.C.L.J. 535-559

FARRAR, JOHN / HANNIGAN, BRENDA / FUREY, NIGEL / WYLIE, PHILIP: Farrar's Company Law, 4. Auflage, London 1998

FERRAN, EILIS: Company Law and Corporate Finance, Oxford 1999

FERRARA, RALPH C. / FERRIGNO, THOMAS A. / DARLAND, DAVID S.: Hardball! The SEC's n new Arsenal of Enforcement Weapons, in: 47 (1991) Bus.Law. 33-98

FERRARA, RALPH C. / STEINBERG, MARC I.: A Reappraisal of Santa Fe: Rule 10(b)-5 and the new Federalism, in: 129 (1980) U.Pa.L.Rev. 263-301

FIDLER, PETER: Banks as Shadow Directors, in: 1992 3 J.I.B.L. 97-100

FIKENTSCHER, WOLFGANG: Wirtschaftsrecht, Band 1 (Weltwirtschaft, Europäisches Wirt schaftsrecht), München 1983 (zit.: Fikentscher, Wirtschaftsrecht)

FINCH, VANESSA: Disqualifying Directors: Issues of Rights, Privileges and Employment, in: 1993 Industrial Law Journal 35-43

DIES.: Disqualification of Directors: A Plea for Competence, in: 1990 M.L.R. 385-391

DIES.: Disqualifying Directors: Issues of Rights, Privileges and Employment; in: 1993 Industrial Law Journal 35-43

DIES.: Company Directors: Who cares about Skill and Care?, in: 1992 M.L.R. 179-190

FITZPATRICK, FRANCIS: Anmerkung zu R v Doring [2002] EWCA Crim 1695, in: 2002 Journal of Criminal Law 473

FITZPATRICK, FRANCIS: Disqualification of a Director on Grounds of Unfitness, in: 1992 N.L.J. 596-598

FLEISCHER, ARTHUR JR.: Securities Trading and Corporate Information Practices: The Implications of the Texas Gulf Sulphur Proceeding, in: 51 (1965) Va.L.Rev. 1271-1305

FLEISCHER, HOLGER: Gläubigerschutz in der kleinen Kapitalgesellschaft: Deutsche GmbH versus englische private limited company, in: DStR 2000, 1015-1021

DERS.: Zur organschaftlichen Treuepflicht der Geschäftsleiter im Aktien- und GmbH-Recht, in: WM 2003, 1045-1058

DERS.: Directors' Dealings, in: ZIP 2002, 1217- 1229

DERS.: Persönliche Außenhaftung der Vorstandsmitglieder für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen, in: ZRP 2002, 532 linke Spalte

DERS.: Der Financial Services and Markets Act 2000: Neues Börsen- und Kapitalmarktrecht für das Vereinigte Königreich, in: RIW 2001, S. 817-825

DERS.: Neue Entwicklungen im englischen Konzernrecht, in: AG 1999, 355-362

DERS.: Bestellungshindernisse und Tätigkeitsverbote von Geschäftsleitern im Aktien-, Bank- und Kapitalmarktrecht, in: WM 2004, 157-166

DERS.: Gutachten F zum 64. Deutschen Juristentag Berlin 2002, abgedruckt in: Verhandlungen des Vierundsechzigsten Deutschen Juristentages (Berlin 2002), Band I, München 2002 (zit: Fleischer, Juristentagsgutachten)

DERS.: Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, München 2001 (zit: Fleischer, Informationsasymmetrie)

DERS.: Juristische Personen als Organmitglieder im Europäischen Gesellschaftsrecht, in: RIW 2004, 16-21

DERS.: Das Vierte Finanzmarktförderungsgesetz, in: NJW 2002, 2977-2983

FLETCHER, IAN M.: The Law of Insolvency, 3. Auflage 2002 (zit.: Fletcher, Insolvency)

DERS. / BUTLER, RICHARDS: Directors' Responsibility and Wrongful Trading, in: 1989 Law Society's Guardian Gazette 19-23

FLUME, WERNER: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Zweiter Teil: Die juristische Person, Berlin, Heidelberg, New York, Tokio 1983 (zit.: Flume, Die juristische Person)

FRAZER, TIM / HINCHLIFFE, SUSAN / GEORGE, KYLA: Enterprise Act 2002, The new Law of Mergers, Monopolies and Cartels, London 2002

FRIAUF, KARL HEINRICH: Kommentar zur Gewerbeordnung, Gewerberechtlicher Teil (§§ 35-156 GewO), Stand April 2004, Neuwied 1998 (zit.: Friauf/Bearbeiter, GewO)

FRÖHLER, LUDWIG / KORMANN, JOACHIM : Kommentar zur Gewerbeordnung, Heidelberg 1978 (zit.: Fröhler/Kormann, GewO)

FROME, ROBERT L.: Officer and Director Bar Remedy: Who should decide?, in: 1990 (31.07.) N.Y.L.J. 3-5

GELDART, WILLIAM: Introduction to English Law, Oxford, New York, 1991

GERNOTH, JAN P. : Das deutsche Handelsregister – telekommunikative Steinzeit im Zeichen des europäischen Wettbewerbs, in: BB 2004, 837-844

GEßLER, ERNST / HEFERMEHL WOLFGANG / ECKARDT, ULRICH U.A.: Kommentar zum Aktiengesetz, Band VI (§§ 291-410), München 1994(zit.: Geßler/Bearbeiter)

GODDARD, ROBERT: "Modernising Company Law": The Government's White Paper, in: 2003 M.L.R. 403-424

GOODE, ROY M.: Wrongful Trading and the Balance Sheet Test of Insolvency, in: Centre Point, The Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, University of London, S. 436-439

DERS.: Principles of Corporate Insolvency Law, London 1997 (zit.: Goode, Principles)

GRABITZ, EBERHARD / HILF, MEINHARD: Das Recht der Europäischen Union, Band I (EUV/EGV), Stand August 2003, München 2003 (zit.: Grabitz/Hilf/Bearbeiter)

GRANTHAM, ROSS: The judicial Extension of Directors' Duties to Creditors, in: 1991 J.B.L. 1-18

DERS.: Directors' Duties and Insolvent Companies, in: 1991 M.L.R. 576-581

GRIFFIN, STEPHEN: Personal Liability and Disqualification of Company Directors, Oxford, Portland 1999

DERS.: The Characteristics and Identification of a de facto Director, in: 2000 C.F.I.L.R. 126-137

DERS.: Standard of Proof applicable to Section 6 of the CDDA 1986, in: 1997 Company Lawyer 24

DERS.: Accelerating Disqualification under Section 10 of the CDDA 1986, in: 2002 Insolvency Lawyer 32-41

GRIFFITHS, ALISON / PARRY, REBECCA: Personal Insolvency as a Restriction on Involvement in Company Management, in: 1999 Insolvency Lawyer 199-205

GRIFFITHS, MICHAEL: Undertakings as an Alternative to Disqualification, in: 1999 N.L.J. 1524-1525

DERS.: Can a disqualified Director be a Partner?, in: 1999 N.L.J. 1346

GROSS, WOLFGANG: Niederlassungsrecht (Art. 3 lit. C, Art. 52ff EWG-Vertrag) im Gemeinsamen Markt, in: AG 1990, 530-538

GROßFELD, BERNHARD: Internationales Unternehmensrecht, Das Organisationsrecht transnationaler Unternehmen, Heidelberg 1986

GROTHERR, SIEGFRIED: Der neue Straftatbestand des Kapitalanlagebetrugs (§ 264a StGB) als Problem des Prospektinhalts und der Prospektgestaltung, in: DB 1986, 2584-2591

GRUB, MAXIMILIAN: Die insolvenzstrafrechtliche Verantwortlichkeit der Gesellschafter von Personenhandelsgesellschaften: eine Untersuchung insbesondere im Hinblick auf die Anwendungsproblematik des § 14 StGB, Pfaffenweiler 1995(zit.: Grub, Insolvenzstrafrechtliche Verantwortlichkeit)

GRUB, VOLKER / RINN, KATJA: Die neue Insolvenzordnung – ein Freifahrschein für Bankrotteure?, in: ZIP 1993, 1583-1587

GRUNEWALD, BARBARA: Gesellschaftsrecht, 5. Auflage, Tübingen 2002

GRUSON, MICHAEL /WIEGMANN, WILLIAM J.: Die Ad-hoc-Publizitätspflicht nach amerikanischem Recht und die Auslegung von § 15 WpHG, in: AG 1995, 173-181

HABERSACK, MATHIAS: Europäisches Gesellschaftsrecht: Einführung für Studium und Praxis, 2. Auflage, München 2003

DERS.: Europäisches Gesellschaftsrecht im Wandel, in: NZG 2004, 1-9

DERS. / VERSE, DIRK A.: Wrongful Trading – Grundlage einer europäischen Insolvenzverschleppungshaftung?, in: ZHR 2004, 174-215

HÄGER, RALF: Das Publizitätsverhalten mittelgroßer Kapitalgesellschaften, Frankfurt am Main 1993 (zit.: Häger, Publizitätsverhalten)

HAHN, DITTMAR: Ausgewählte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts der Jahre 1995 und 1996 zur Gewerbeordung, zum Gaststättengesetz und zum sonstigen Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: GewArch 1997, 41-47

HAILBRONNER, KAY: Prüfungspflicht der Mitgliedstaaten zur Vergleichbarkeit ausländischer Diplome und Prüfungszeugnisse – EuGH, NJW 1991, 2073, in: JUS 1991, 917-921

HAMANN, ANDREAS: Grundgesetz und Strafgesetzgebung, Neuwied 1963

HAMILTON, JAMES / MOTLEY, JAMES / TURNER, ANDREW: Responsibilities of Corporate Officers and Directors under Federal Securities Laws, Chicago 1997
(zit: Hamilton/Motley/Turner, Responsibilities

HAMMERSON, MARC C.: What is a Shadow Director?, in: 2001 N.L.J. 1703-1706

HANCOCK, STEPHEN / JOHNSON, ADAM / SMITH, HERBERT: Urteilsanmerkung zu Halls v David & Another, in: 1989 2 J.I.B.L. N 73- N74

HANNIGAN, BRENDA M.: Disqualifying Company Directors, in: 1987 L.M.C.L.Q. 188-200

HAOUACHE, GERHARD GORDON: Börsenaufsicht durch Strafrecht: eine Untersuchung zur straf- und verfassungsrechtlichen Problematik der strafrechtlichen Sanktionierung des Insiderhandels durch das Wertpapierhandelsgesetz in Deutschland im Hinblick auf die Umsetzung der EG-Richtlinie 89/592/EWG, Frankfurt am Main 1996 (zit.: Haouache, Börsenaufsicht)

HAUSER, HARALD: Jahresabschlussprüfung und Aufdeckung von Wirtschaftskriminalität, Baden-Baden 2000

HAZEN, THOMAS LEE: The Law of Securities Regulation, 4. Auflage, St. Paul 2002

DERS.: Corporate Mismanagement and the Federal Securities Acts' Antifraud Provisions: A familiar Path with some new detours, in: 20 (1979) B.C.L.Rev. 819-866

DERS.: A Look beyond the Pruning of Rule 10(b)-5: Implied Remedies and Section 17(a) of the Securities Act 1933, in: 64 (1978) Va.L.Rev. 641-689

HEINE, KLAUS : Regulierungswettbewerb im Gesellschaftsrecht: zur Funktionsfähigkeit eines Wettbewerbs der Rechtsordnungen im europäischen Gesellschaftsrecht, Berlin 2003

HEISE, DETLEF: Der Insiderhandel an der Börse und dessen strafrechtliche Bedeutung: eine Untersuchung des neuen deutschen Insiderrechts speziell unter Bezugnahme auf die strafrechtstheoretischen und strafrechtsdogmatischen Grundlagen, Frankfurt am Main 2000 (zit.: Heise, Insiderhandel)

HENDEL, DIETER: Rückzahlungen der Gesellschaft an den Gesellschafter-Geschäftsführer und Konkursstrafrecht, in: NJW 1977, 1943-1948

HENN, HARRY G./ ALEXANDER, JOHN R.: Laws of Corporations and other Business Enterprises, 3. Auflage, St. Paul 1983 (zit.: Henn/Alexander, Laws of Corporation)

HERZBERG, ROLF DIETRICH: Die Verantwortung für Arbeitsschutz und Unfallverhütung im Betrieb, Köln 1984 (zit.: Herzberg, Die Verantwortung),

HEß, KURT MICHAEL: Gewerbeuntersagung und Vertretungsberechtigung, in: GewArch 1994, 360-365

HICKS, ANDREW: Director Disqualification: Can it Deliver?, in J.B.L. 2001, 433-460

DERS.: Disqualification of Directors: No Hiding Place for the Unfit? (A.C.C.A. Research Report No. 59, 1998) (zit.: Hicks, No Hiding Place for the Unfit?)

DERS.: Directors' Liability for Management Errors, in: 1994 L.Q.R. 390-395

DERS.: Disqualification of Directors for persistent Default in filing Documents, in: 1985 Malaya Law Review 329-357

DERS.: Advising on Wrongful Trading: Part 1, in: 1993 Company Lawyer 16-20

DERS.: Advising on Wrongful Trading: Part 2, in: 1993 Company Lawyer 55-60

DERS.: Disqualification of Directors - Forty years on, in: 1988 J.B.L. 27-48

DERS.: Wrongful Trading – has it been a Failure?, in: 1993 Insolvency Law & Practice 134-137

DERS.: Corporate Form: Questioning the Unsung Hero, in: 1997 J.B.L. 306-330

DERS.: Taking Part in Management – The Disqualified Directors' Dilemma, in: 1987 Malayan Law Journal lxxiv-lxxx

DERS.: Making and Resisting Disqualification Orders, in: 1987 Company Lawyer 243-250

HIGGS, DEREK: Review of the Role and Effectiveness of Non-Executive Directors, DTI, Januar 2003, (zit.: Higgs, review)

HILTENKAMP-WISGALLE, URSULA: Die Bankrottdelikte, Bochum 1987

HIRSCH, ANDREW VON / WASIK, MARTIN : Civil Disqualifications attending Conviction: A suggested conceptual Framework, in: 1997 Cambridge Law Journal 599-626

HOEY, AMANDA: Disqualifying Delinquent Directors, in: Company Lawyer 1997, 130-137

DIES.: Recent Director Disqualification Cases in Northern Ireland, in: 2000 Company Lawyer 245-251

HOFFMANN, WOLF-DIETER / LÜDENBACH, NORBERT: Bilanzrechtsreformgesetz – Seine Bedeutung für den Einzel- und Konzernabschluss der GmbH, in: GmbHR 2004, 145-150

HOFLER, ANTHONY: Elephants and Officers: Problems of Definition, in: 1996 Company Lawyer 258-262

HÖFLING, BARBARA SABINE: Das englische internationale Gesellschaftsrecht, Heidelberg 2002 (zit.: Höfling, Englisches Internationales Gesellschaftsrecht)

HOMMELHOFF, PETER / HOPT, KLAUS J. /LUTTER, MARCUS U.A.: Forum Europaeum Konzernrecht: Konzernrecht für Europa, in: ZGR 1998, 672-772

HOMMELHOFF, PETER / MATTHEUS, DANIELA: Verlässliche Rechnungslegung – Enforcement nach dem geplanten Bilanzkontrollgesetz, in: BB 2004, 93-100

HOPT, KLAUS J. : Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken – Gesellschafts-, bank- und börsenrechtliche Anforderungen an das Beratungs- und Verwaltungsverhalten der Kreditinstitute, München 1995 (zit.: Hopt, Kapitalanlegerschutz)

DERS.: Europäisches und deutsches Insiderrecht, in: ZGR 1991, 17-73

DERS.: Vom Aktien- und Börsenrecht zum Kapitalmarktrecht, Teil 1: Der international erreichte Stand des Kapitalmarktrechts, in: ZHR 1976, 201-235

DERS.: Vom Aktien- und Börsenrecht zum Kapitalmarktrecht?, in: ZHR 1977, 389-441

DERS.: Die Publizität von Kapitalgesellschaften – Grundsätzliche Überlegungen zum Stand nach der 4. EG-Richtlinie und zur Reformdiskussion in den USA, in: ZGR 1980, 225-253

DERS.: Das System der Unternehmensüberwachung in Deutschland, in: Kapitalmarktorientierte Unternehmensüberwachung: Chancen und Risiken; Bericht über die Fachtagung 2000 des Instituts der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V., Düsseldorf 2001, S. 27-63

DERS. / BAUM, HARALD: Börsenrechtsreform: Überlegungen aus vergleichender Perspektive, in: WM 1997, Sonderbeilage 4, S. 3-20

DERS. / WIEDEMANN, HERBERT: Großkommentar zum Aktiengesetz, §§ 92-94, 11. Lieferung, 4. Auflage, Berlin, New York 1999

DERS. / WIEDEMANN, HERBERT: Großkommentar zum Aktiengesetz, §§ 399-410, 8. Lieferung, 4. Auflage, Berlin, New York 1997

HORN, NORBERT: Deutsches und europäisches Gesellschaftsrecht und die EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit – Inspire Art, in: NJW 2004, 893-901

HOWELLS, GERAINT, G.: Directors' Disqualification and 'Unfitness', in: 1988 Solicitors Journal 1470-1471

HÜBNER, KLAUS: Der „Company Secretary“ im englischen Gesellschaftsrecht, in: Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburtstag; Herausgeber: Hübner, Ulrich / Ebke, Werner F., Heidelberg 1999, 459-469 (zit.: Hübner, FS Großfeld)

HUCKE, ANJA: Gesellschafter und Geschäftsführer der GmbH: juristische und ökonomische Analyse, Wiesbaden 1996

HÜFFER, UWE: Kommentar zum Aktiengesetz, 6. Auflage, München 2004

HUTTER, STEPHAN / LEPPERT, MICHAEL : Das 4. Finanzmarktförderungsgesetz aus Unternehmenssicht, in: NZG 2002, 649-657

IMMENGA, ULRICH: Binnenmarkt durch Europäisches Gemeinschaftsrecht, in: JA 1993, 257-264

IPSEN, JÖRN: Staatsrecht II (Grundrechte), 6. Auflage, Neuwied, Kriftel 2003

ISENSEE, JOSEF / KIRCHHOF, PAUL: Handbuch des Staatsrechts, Band VI, Heidelberg 1989

JACOBS, ARNOLD S.: The Role of Securities Exchange Act Rule 10(b)-5 in the Regulation of Corporate Management, in: 59 (1973) Cornell L.Rev. 27-104

JACOBS, WILLIAM R.: Rule 10(b)-5 and Self Dealings by Corporate Fiduciaries: an Analysis, in: 48 (1979) Cincinnati L.Rev. 643-662

JÄHNKE, BURKHARD / LAUFHÜTTE, HEINRICH WILHELM / ODERSKY, WALTER: Leipziger Kommentar zum StGB (Großkommentar), 23. Lieferung (§§ 69-72 StGB), 11. Auflage, Berlin, New York 1996 (zit.: GroßkommStGB/Bearbeiter)

DIES.: Leipziger Kommentar zum StGB (Großkommentar), 21. Lieferung (§§ 283-283d StGB), 11. Auflage, Berlin, New York 1996 (zit.: GroßkommStGB/Bearbeiter)

JAMES, MICHAEL: Unfit to be a Director, in: 1997 Solicitors’ Journal 152-153

JAMES, PHILIP S. : Introduction to English Law, 13. Auflage , London 1996

JANSEN, ESTHER: Publizitätsverweigerung und Haftung in der GmbH, Köln 1998 (zit.: Jansen, Publizitätsverweigerung)

JANSSEN, FRIEDRICH C.: Überlegungen zur Sicherung einer ordnungsgemäßen Rechnungslegung in Deutschland, in: Kapitalmarktorientierte Unternehmensüberwachung: Chancen und Risiken; Bericht über die Fachtagung 2000 des Instituts der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V., Düsseldorf 2001, S. 439-460

JARASS, HANS D. / PIEROTH, BODO : Grundgesetz für die BRD, Kommentar, 7. Auflage, München 2004

KAHN, FAITH STELVELMAN: What are the Ways of Achieving Corporate Social Responsibility? Bombing Marktes, Subverting the Rule of Law: Enron, Financial Fraud, and September 11, 2001, in: 2002 Tul.L.Rev. 1579-1612

KAJÜTER, PETER: Berichterstattung über Chancen und Risiken im Lagebericht, in: BB 2004, 427-433

KALSS, SUSANNE: Anlegerinteressen: Der Anleger im Handlungsdreieck von Vertrag, Verband und Markt, Wien 2001

DIES.: Die rechtliche Grundlage kapitalmarktbezogener Haftungsansprüche, in: ÖBA 2000, 641-662

KASOLOWSKY, BORIS: Fiduciary Duties in Company Law: Theory and Practice, Baden-Baden 2003

KIENZLE, WERNER: Die Gewerbeuntersagung nach der Neufassung des § 35 Gewerbeordnung, in: GewArch 1974, 253-260

KIETHE, KURT: Maßnahmenkatalog der Bundesregierung zur Aktienrechtsreform 2003 – „Verbesserung" des Klagerechts der Aktionäre?, in: ZIP 2003, 707-713

KINDHÄUSER, URS: Anmerkung zu BGHSt 36, 130 (Urteil vom 21.2.1989), in: JR 1990, 520-523

KIRALFY, ALBERT KENNETH ROLAND: The English Legal System, 8. Auflage , London 1990

KNOBBE-KEUK, BRIGITTE : Niederlassungsfreiheit: Diskriminierungs- oder Beschränkungsverbot?, in: DB 1990, 2573-2584

DIES.: Wegzug und Einbringung von Unternehmen zwischen Niederlassungsfreiheit, Fusionsrichtlinie und nationalem Steuerrecht, in: DB 1991, 298-306

KOBI, CASEY : Wall Street v. Main Street: The SEC's New Regulation FD and Its Impact on Market Participants, in: 77 (2002) Ind. L.J. 551-560

KOHLMANN, GÜNTER: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des GmbH-Geschäftsführers, Heidelberg 1990 (zit.: Kohlmann, Strafrechtliche Verantwortlichkeit)

KRAMER, PETER: Der Schutz des Kundenvermögens durch die Gewerbeordnung, Frankfurt am Main 1997 (zit.: Kramer, Der Schutz des Kundenvermögens)

KRAUSE, DANIEL-MARCUS: Ordnungsgemäßes Wirtschaften und Erlaubtes Risiko, Berlin 1999 (zit.: Krause, Ordnungsgemäßes Wirtschaften)

KROPFF, BRUNO / SEMLER, JOHANNES: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 3 (§§ 76-117 AktG), 2. Auflage, München 2004 (zit.: MüKoAktG/Bearbeiter)

KÜBLER, FRIEDRICH : Gesellschaftsrecht: die privatrechtlichen Ordnungsstrukturen und Regelungsprobleme von Verbänden und Unternehmen: ein Lehrbuch, 5. Auflage, Heidelberg 1998 (zit.: Kübler, GesR)

KUNOLD, UTA: Die neue EU-Prospektrichtlinie, Inhalt und Auswirkungen auf das deutsche Kapitalmarktrecht, in: BB 2004, 501-512

KURTH, MATTHIAS: EURO-Kapitalmarkt und regionale Börsenaufsicht – ein Widerspruch?, in: WM 1998, 1715-1716

KUTHE, THORSTEN: Änderungen des Kapitalmarktrechts durch das Anlegerschutzverbesserungsgesetz, in: ZIP 2004, 883-888

LABSCH, KARL HEINZ: Die Strafbarkeit des GmbH-Geschäftsführers im Konkurs der GmbH, in: WISTRA 1985, 1-9 sowie 59-63

LACKHOFF, KLAUS: Die Niederlassungsfreiheit des EGV- nur ein Gleichheits-, oder auch ein Freiheitsrecht, Berlin 2000 (Lackhoff, Niederlassungsfreiheit)

LACKNER, KARL / KÜHL KRISTIAN: Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 24. Auflage, München 2001

LANDMANN, ROBERT V. / ROHMER, GUSTAV : Kommentar zur Gewerbeordnung, Loseblatt-kommentar, Band 1, Stand Mai 2003, München 2003

LANGEVOORD, DONALD C.: Fraud and Deception by Securities Professionals, in: 61 (1983) Tex.L.Rev. 1247-1295

DERS.: Seeking Sunlight in Santa Fe's Shadow: The SEC's Pursuit of Managerial Accountability, in: 79 (2001) Wash.U.L.Q. 449-490

LAUBINGER, HANS-WERNER: Die gerwerberechtliche Unzuverlässigkeit und ihre Folgen – Teil 1, in: VerwArch 1998, 145-188

LENENBACH, MARKUS: Kapitalmarkt- und Börsenrecht, Köln 2002 (zit.: Lenenbach, Kapital-marktrecht)

LEIBLE, STEPHAN / HOFFMANN, JOCHEN : „Überseering" und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie, in: RIW 2002, 925-936

DIES.: Wie inspiriert ist „Inspire Art"?, in: EuZW 2003, 677-683

LEIGH, LEONARD HERSCHEL: Disqualification Orders in Company and Insolvency Law, in: 1986 Company Lawyer 179-183

LENZEN, URSULA: Das neue Recht der Kursmanipulation, in: ZBB 2002, 279-287

LEVY, DAVID FRANKLIN: Comment: The Impact of the Remedies Act on the SEC's Ability to Obtain Injunctive Relief, in: 44 (1994) Am.U.L.Rev. 645-698

LIDBETTER, ANDREWS: Company Investigations and Public Law, Oxford 1999 (zit.: Lidbetter, Company Investigations and Public Law)

LIEBL, KARLHANS, : Geplante Konkurse? Prüfung der Vorhersehbarkeit eines Konkurses und Konkursanalyse anhand einschlägiger Bankrottverfahren in der BRD, 2. Auflage, Pfaffenweiler 1988 (zit.: Liebl, Geplante Konkurse)

LIGHTMAN, GAVIN: The Challenges Ahead: Adress to the Insolvency Lawyers' Association, in: 1996 J.B.L. 113-126

LINKLATER, LISA: Codifying Directors' Duties: Better in Principle than in Practice, in: 2002 Company Lawyer 261-262

LINNANNE, HOWARD: Delinquent Directors and others – The Irish Approach, in: 1995 Company Lawyer 26-27

LÖFFELER, PETER: Strafrechtliche Konsequenzen faktischer Geschäftsführung, in: WISTRA 1989, 121-125

LORD HOFFMANN: The fourth annual Leonard Sainer Lecture, in: 1997 Company Lawyer 194-198

LOSS, LOUIS / SELIGMAN, JOEL: Fundamentals of Securities Regulation, 3. Auflage, Band VII (1991) ed. (2001), Boston, Toronto, London

LOWENFELS, LEWIS D. / BROMBERG ALAN R.: Rule 10(b)-5's "In Connection with": A nexus for securities fraud, in: 57 (2001) Bus. Lawyer 1-8

LOWRY, JOHN / EDMUNDS, ROD : The Corporate Opportunity Doctrine: The Shifting Boundaries of the Duty and its Remedies, in: 1998 M.L.R 515-537

LÜCKER , VOLKER: Der Straftatbestand des Missbrauchs von Insiderinformationen nach dem WpHG, Köln, Berlin, Bonn, München 1998

LUTTER, MARCUS „Überseering" und die Folgen, in: BB 2003, 7-10

DERS.: Die GmbH-Novelle und ihre Bedeutung für die GmbH, die GmbH & Co. KG und die Aktiengesellschaft, in: DB 1980, 1317-1326

DERS. / HOMMELHOFF, PETER : GmbH-Gesetz, Kommentar, 16. Auflage, Köln 2004 (zit.: Lutter/Hommelhoff)

MANN, BRUCE ALAN: Rule 10(b)-5: Evolution of a Continuum of Conduct to Replace the Catch Phrases of Negligence and Scienter, in: 45 (1970) N.Y.U.L.Rev. 1206-1220

MANNE, HENRY G.: Insider Trading and the Stock Market, New York 1966

MARTIN, SIGMUND P.: Criminal Securities and Commodities Fraud, Heidelberg 1993 (zit.: Martin, Fraud)

MARX, FRANZ JÜRGEN / DALLMANN, HOLGER: Jahresabschlusspublizität mittelständischer Unternehmen, in: BB 2004, 929-935

MATZEN, KLAUS: Der Begriff der drohenden und eingetretenen Zahlungsunfähigkeit im Konkursstrafrecht, Baden-Baden 1993 (zit.: Matzen, Zahlungsunfähigkeit)

MAUL, SILJA: Vorschläge der Expertengruppe zur Reform des EU-Gesellschaftsrechts, in: DB 2003, 27-31

DIES. / LANFERMANN, GEORG / EGGENHOFER, ERICH : Aktionsplan der Europäischen Kommission zur Reform des Europäischen Gesellschaftsrechts, in: BB 2003, 1289-1295

DIES. / SCHMIDT, CLAUDIA: Inspire Art – Quo vadis Sitztheorie?, in: BB 2003, 2297-2300

MAUNZ, THEODOR / DÜRIG, GÜNTER / BADURA, PETER U.A.: Grundgesetz-Kommentar (Loseblatt), Band II (Art. 12- 20 GG), Stand Oktober 2002, München 2002 (zit.: Maunz/Dürig/Bearbeiter)

DIES. Grundgesetz-Kommentar (Loseblatt), Band V (Art. 89-146 GG), Stand Oktober 2002, München 2002 (zit.: Maunz/Dürig/Bearbeiter)

MAYSON, STEPHEN W. / FRENCH, DEREK / RYAN, CHRISTOPHER L.: Company Law, 2002-2003 Edition (20. Auflage), Oxford 2003

MCDERMOTT, MARTIN F.: Occupational Disqualification of Corporate Executives: An innovative Condition of Probation, in: 73 (1982) J.Crim.L.&Criminology 604-641

MCFARLANE, GAVIN: The White Paper on Insolvency- A Step back from Radical Change, in: 184 N.L.J. 504-506

MCGEE, ANDREW / WILLIAMS, CHRISTINA: The Business of Company Law, Oxford 1995

MEINHARDT, PETER: Company Law in Great Britain, Aldershot, 1982

MENNICKE, PETRA R.: Sanktionen gegen Insiderhandel: eine rechtsvergleichende Untersuchung unter Berücksichtigung des US-amerikanischen und britischen Rechts, Berlin 1996 (zit.: Mennicke, Sanktionen)

MERKT, HANNO Unternehmenspublizität – Offenlegung von Unternehmensdaten als Korrelat der Marktteilnahme, Tübingen 2001 (zit.: Merkt, Unternehmenspublizität)

DERS.: US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, Heidelberg 2003

DERS.: Die Pluralisierung des europäischen Gesellschaftsrechts, in: RIW 2004, 1-7

MICHALSKI, LUTZ : Kommentar zum GmbHG, Band I (§§ 1-34 GmbHG), München 2002 (zit.: Michalski/Bearbeiter)

DERS.: Kommentar zum GmbHG, Band II (§§ 35-86 GmbHG), München 2002 (zit.: Michalski/Bearbeiter)

MILGROM, PAUL / ROBERTS, JOHN: Economics, Organization and Management, Englewood Cliffs 1992

MILLS, GEOFFREY: On the Board, 2. Auflage London 1986

MILMAN, DAVID: Partial Disqualification Orders, in: 1991 Company Lawyer 224

DERS.: Directors; Disqualification Orders; Insolvency, in:1999 Insolvency Lawyer 1-2

DERS.: Personal Liability and Disqualification of Company Directors: Something old, Something new, in: 1992 N.I.L.Q. 1-18

DERS.: Curbing the Phoenix Syndrome, in: 1997 J.B.L. 224-230

DERS.: Company Voluntary Arrangements; Directors; Disqualification Orders, in: 2000 Insolvency Lawyer 67

DERS.: A fresh light on Shadow Directors, in: 2000 Insolvency Lawyer 171- 172

MITHANI, ABBAS: Disqualification and beyond, in: 1993 Law Society's Gazette 25-30

MIXTER, CHRISTIAN J.: Individual Civil Liability under the Federal Securities Laws for Misstatements in Corporate SEC Filings, in: 56 (2001) Bus.Lawyer 967-998

MÖLLER, ANDREAS: Die Neuregelung des Verbotes der Kurs- und Marktpreismanipulation im Vierten Finanzmarktförderungsgesetz, in: WM 2002, 309-317

MÖLLERS, THOMAS M.J.: Das europäische Kapitalmarktrecht im Umbruch, in: ZBB 2003, 390-409

MONTAG, HANS DIETER: Die Anwendung der Strafvorschriften des GmbH-Rechts auf faktische Geschäftsführer, Berlin 1994 (zit.: Montag, Faktische Geschäftsführer)

MOOSMAYER, KLAUS: Anmerkung zu Biletzki (NStZ 1999, 537), in: NStZ 2000, 295-296

MORRIS, MATTHEW SCOTT: The Securities Enforcement Remedies and Penny Stock Reform Act of 1990: By Keeping Up with the Joneses, the SEC's Enforcement Arsenal is Modernize, in: 1993 Admin.L.J.Am.U. 151-184

MORRISSEY, DANIEL J.: SEC Injunctions, in: 68 (2001) Tenn.L.Rev. 427- 480

MORSE, GEOFFREY / MARSHALL, ENID A. / MORRIS, RICHARD / CRABB, LETITIA : Charlesworth & Morse, Company Law, 16. Auflage, London 1999

MORSE, GEOFFREY U.A.: Palmer's Company Law, Loseblattsammlung zum Company Law in 8 Bänden, 25. Auflage, London 1992 (Stand: November 2003) (zit.: Palmers Company Law)

MORSE, GOEFFREY: Shadow and De Facto Directors in the Context of Proceedings for Disqualification on the Grounds of Unfitness and Wrongful Trading, in: The Corporate Dimension (Herausgeber: Barry Rider, Bristol 1998), S. 115-127

MÜLBERT, PETER O. Empfiehlt es sich, im Interesse des Anlegerschutzes und zur Förderung des Finanzplatzes Deutschland das Kapitalmarkt- und Börsenrecht neu zu regeln; Besprechung der Gutachten von Holger Fleischer und Hanno Merkt zum 64. DJT 2002, in: JZ 2002, 826-837

MÜLLER, RUDOLF / WABNITZ, HEINZ-BERND: Wirtschaftskriminalität, 2. Auflage, München 1986

MÜLLER-GUGENBERGER, CHRISTIAN / BIENECK, KLAUS Wirtschaftsstrafrecht, 3. Auflage, Münster 2000

NACHBAUR, ANDREAS Art. 52 EWGV – Mehr als nur ein Diskriminierungsverbot?, in: EUZW 1991, 470-472

NAKAJIMA, CHIZU Signing without Reading, in: 1994 Company Lawyer 123

NATIONAL AUDIT OFFICE: The Insolvency Service Executive Agency: Company Director Disqualification, London 1993

NEWKIRK, THOMAS C. / BRANDRISS, IRA L.: The Advantages of a Dual System: Parallel Streams of Civil and Criminal Enforcement of US Securities Laws, in: 2000 I.C.C.L.J. 29-57

NOACK, ULRICH: Unternehmenspublizität: Bedeutung und Medien der Offenlegung von Unternehmensdaten; Handbuch für offenlegungspflichtige Unternehmen, Köln 2002 (zit.: Noack, Unternehmenspublizität)

NOLAN, RICHARD C.: Disqualifying Directors, in: 1994 Company Lawyer 278-280

NOTE: Suits for Breach of Fiduciary Duty under Rule 10(b)-5 after Santa Fe Industries, Inc v Green, in: 91 (1978) Harvard L.Rev. 1874-1898

NOTE: The Controlling Influence Standard in Rule 10(b)-5 Corporate Mismanagement Cases, in:

86 (1973) Harvard L.Rev. 1007-1046

NOTHHELFER, ROBERT: Die Auswirkungen der GmbH & Co.-Richtlinie auf die Praxis, in: BB 1996, 1655-1658

ODITAH, FIDELIS: Wrongful Trading, in: 1990 L.M.C.L.Q. 205-222

ONG, KINGSLEY T.W.: Disqualification of Directors: A faulty Regime, in: 1998 Company Lawyer 7-10

OTTO, HARRO: Der Zusammenhang zwischen Krise, Bankrotthandlung und Bankrott im Konkursstrafrecht, in: Gedächnisschrift für Rudolf Bruns, Hrsg.: Baltzer, Johannes / Baumgärtl, Gottfried / Peters, Egbert / Pieper, Helmut, München 1980, S. 265-283 (zit.: Otto, Bruns-Gedächnisschrift)

PAPMEHL, MARKUS A.: Delaware Corporate Law: Entstehungsgeschichte und Gründe für den Führungsanspruch im US-Gesellschaftsrecht, in: ZvglRWiss 2002, 200-219

PAREDES, TROY A.: After the Sarbanes-Oxley-Act: The Future Disclosure System: Blinded by the Light: Information overload and its Consequences for Securities Regulation, in: 81 (2003) Wash. U.L.Q. 417-485

PARK, TIDO: Börsenstrafrechtliche Risiken für Vorstandsmitglieder von börsennotierten Aktiengesellschaften, in: BB 2001, 2069-2076

PARRY, REBECCA: Funding Litigation in Insolvency: Oasis Merchandising and Katz v McNally, in: 1998 C.F.I.L.R. 121-132

DIES.: Urteilsbesprechung zu Re Barings plc, in: 1999 I.C.C.L.R. N26-N27

PASBAN, MOHAMMAD: A Review of Directors' Liabilities of an insolvent Company in the U.S. and England, in: 2001 J.B.L. 33-57

PATON, T.: Codification of Corporate Law in the United Kingdom and European Union: The Need for the Australian Approach, in: 2000 I.C.C.L.R. 309-317

PAYNE, J.: Casting Light into the Shadows: DTI v Deverell, in: 2001 Company Lawyer 90-91

PELLENS, BERNHARD / FÜLBIER, UWE: Differenzierung der Rechnungslegungsregulierung nach Börsenzulassung, in: ZGR 2000, 572-593

PELOSO, JOHN F.X. / INDEK, BEN A.: Securities Litigation and Enforcement: The Current SEC Enforcement Landscape, in: 2002 N.Y.L.J. 3-5

PENNINGTON, ROBERT R.: Pennington's Corporate Insolvency Law, 2. Auflage, London 1997

DERS.: Disqualification and the Personal Liability of Directors, in: 1986 Solicitors' Journal 848-851

DERS.: Company Law, 8. Auflage, London 2001

PERINO, MICHAEL A.: Symposium Enron and its Aftermath: Some Reflections on the Deterrence Aspects ot the Sarbanes-Oxley-Act of 2002, in: 76 (2002) St.John's L.Rev. 671-698

PERNICE, CHRISTINA: Die Insolvenzverschleppung durch das Geschäftsführungsorgan der kleinen Kapitalgesellschaft im deutschen, französischen und englischen Recht, Frankfurt am Main 2002 (zit.: Pernice, Insolvenzverschleppung)

PIEROTH, BODO / SCHLINK, BERNHARD Grundrechte, 19. Auflage, Heidelberg 2003

POHL, DIRK Strafbarkeit nach § 283 Abs. 1 Nr. 7. b) StGB auch bei Unvermögen zur Bilanzaufstellung?, in: WISTRA 1996, 14-16

PRENTICE, DAN Creditors' Interests and Directors' Duties, in: 1990 O.J.L.S. S. 265-277

RAJAK, HASSY: Company Directors – the End of an Era?, in: 1989 N.L.J. 1374-1376

RAPP, ROBERT N. : Fridrich v. Bradford and the Scope of Insider Trading Liability Under SEC Rule 10(b)-5 : A Commentary, in : 38 (1977) Ohio St.L.J. 67-102

RECK, REINHARD: Die strafrechtlichen Folgen einer unterlassenen, unrichtigen oder verspäteten Bilanzaufstellung für einen GmbH-Geschäftsführer, in: GmbHR 2001, 424-428

REISCHAUER, FRIEDRICH / KLEINHANS, JOACHIM : Loseblattkommentar zum Kreditwesengesetz, Band 1 (Stand Mai 2000), Berlin 1963

RICHTER, HANS: Der Konkurs der GmbH aus der Sicht der Strafrechtspraxis, in: GmbHR 1984, 113-121 und 137-150

RICHTER, RUDOLF / FURUBOTN, EIRIK G.: Neue Institutionenökonomik: Eine Einführung und kritische Würdigung, 3. Auflage, Tübingen 2003

RIECKERS, OLIVER: Haftung des Vorstands für fehlerhafte Ad-hoc-Meldungen de lege lata und de lege ferenda, in: BB 2002, 1213-1221

RILEY, C. A.: The Company Director's Duty of Care and Skill: The Case for an Onerous but Subjective Standard, in: 1999 M.L.R. 697-724

ROEGELE, ELISABETH: Zukunftsperspektiven für Regionalbörsen im europäischen Kapitalmarkt, S. 523-531, in: Rolfes, Bernd (Hrsg.): Handbuch der europäischen Finanzdienstleistungsindustrie, Frankfurt am Main 2001

ROWEDDER, HEINZ / SCHMIDT-LEITHOFF, CHRISTIAN: Kommentar zum GmbHG, 4. Auflage, München 2002

RUDOLPH, BERND: Viertes Finanzmarktförderungsgesetz – ist der Name Programm?, in: BB 2002, 1036-1041

SACHS, MICHAEL: Grundgesetz-Kommentar, München 2003 (zit.: Sachs/Bearbeiter)

SÄCKER, FRANZ JÜRGEN: Rechtliche Anforderungen an die Qualifikation und Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern, in: AG 2004, 180-186

SANDROCK, OTTO: Sitzrecht contra Savigny? Zum angeblichen Chaos im internationalen Gesellschaftsrecht, in: BB 2004, 987-901

SCANLAN, GARY: The Criminal Liabilities of Directors to the Creditors of the Company, in: 2003 Company Lawyer 234-242

SCHÄFER, FRANK A.: Kommentar zu WpHG, BörsG mit BörsZulV, VerkProspG mit VerkProspV, Stuttgart 1999

SCHÄFER, HELMUT : Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Konkursstrafrecht, in: WISTRA 1990, 81-89

SCHIMANSKY, HERBERT / BUNTE, HERMANN-JOSEF/ LWOWSKI, HANS-JÜRGEN: Bankrechts-Handbuch, Band III, München 2001 (zit.: Schimansky /Bunte/Lwowski/Bearbeiter)

SCHLÜTER, UWE: Börsenhandelsrecht: Handbuch für Banken und Finanzdienstleistungsinstitute, 2. Auflage, München 2002 (zit.: Schlüter, Börsenhandelsrecht)

SCHMIDT, KARSTEN: Münchener Kommentar zum HGB, Band 1, §§ 1-104, München 1996

DERS.: Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 2002

SCHMIDT-AßMANN, EBERHARD: Besonderes Verwaltungsrecht, 12. Auflage, Berlin 2003

SCHNEIDER, DIETER: Betriebswirtschaftslehre, Bd. 3: Theorie der Unternehmung, München 1997

SCHNEIDER, UWE H.: Meldepflichtige Wertpapiergeschäfte von Organmitgliedern („Directors' Dealings") im Konzern, in: AG 2002, 473-477

DERS.: Der pflichtenauslösende Sachverhalt bei „Directors' Dealings", in: BB 2002, 1817-1821

SCHNICHELS, DOMINIK: Reichweite der Niederlassungsfreiheit, Baden-Baden 1995 (zit.: Schnichels, Niederlassungsfreiheit)

SCHOLZ, FRANZ: Kommentar zum GmbHG, Band I (§§ 1-44 GmbHG), 9. Auflage, Köln 2000 (zit.: Scholz/Bearbeiter)

DERS.: Kommentar zum GmbHG, Band II (§§ 45-87 GmbHG), 9. Auflage, Köln 2002 (zit.: Scholz/Bearbeiter)

SCHÖNKE, ADOLF / SCHRÖDER, HORST / LENCKNER, THEODOR: Kommentar zum StGB, 26. Auflage, München 2001 (zit.: Schönke/Schröder/Bearbeiter)

SCHORK, LUDWIG: Die Zulassungsvorschriften des Gesetzes über das Kreditwesen, in: GewA 1962, 241-244

SCHULTE, RICHARD: Enforcing Wrongful Trading as a Standard of Conduct for Directors and a Remedy for Creditors: The special Case of Corporate Insolvency, in: 1999 Company Lawyer 80-88

SCHUMANN, ALEXANDER: Die englische Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland: Kapitalaufbringung, Kapitalerhaltung und Haftung bei Insolvenz, in: DB 2004, 743-749

SCHWARK, EBERHARD: Kapitalmarktrechtskommentar, 3. Auflage, München 2004

DERS.: Kapitalanlegerschutz im deutschen Gesellschaftsrecht, in: ZGR 1976, 271-306

SEALY, LEN: Directors' Duties Revisited, in: 2001 Company Lawyer 79-83

DERS.: Directors' Duties in the new Millennium, in: 2000 Company Lawyer 64-65

DERS.: Disqualification and Personal Liability of Directors, London 2000 (zit: Sealy, Disqualification)

DERS. / MILMAN, DAVID: Annotated Guide to the 1986 Insolvency Legislation, Bicester 1987 (zit.: Sealy/Milman, Annotated Guide)

SEIBERT, ULRICH : Das 10-Punkte-Programm „Unternehmensintegrität und Anlegerschutz“, in: BB 2003, 693-698

SHEIKH, SALEEM: Company Law for the 21st Century, Part 2: Corporate Governance, in: 2002 I.C.C.L.R. 88-97

SINCLAIR, NEIL / VOGEL, DAVID / SNOWDEN, RICHARD: Company Directors: Law and Liability, Band 1, London 1999 (zit.: Sinclair/Vogel/Snowden, Company Directors)

SIRODOEVA-PAXSON, OLGA N.: Judicial Removal of Directors: Denial of Directors' License to Steal or Shareholders' Freedom to Vote?, in: 50 (1998) Hastings L.J. 97-172

SKENE, DONNA W MCKENZIE: Morally Bancrupt? Apportioning Blame in Bancruptcy, in: 2004 J.B.L. 171-218

SLORACH, SCOTT J.: Case Comment zu R v Goodman [1992] BCC 625, in: 1992 I.C.C.L.R. C 229

DERS.: Urteilsanmerkung zu Re Tasbian Ltd (No 3), in: 1992 J.I.B.L. N-128-129

SMITH, ADAM: An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, Erstauflage 1776

SMITH, ANDREW M.: SEC Cease-and-Desist Orders, in 51 (1999) Admin.L.Rev. 1197-1228

SOUSTER, PETER: The Responsible Director, London 1986

STALLWORTHY, MARK: Case Comment zu Re Sevenoaks Stationers, in: 1990 I.C.C.L.R. C69-70

STARNECKER, HERMANN: Englische Insolvenzverfahren: Administrative Receivership und Administration Order vor dem Hintergrund der deutschen Insolvenzordnung, Frankfurt am Main 1995 (zit.: Starnecker: Englische Insolvenzverfahren)

STEIN, URSULA: Das faktische Organ, Köln, Berlin, Bonn, München 1984

DIES.: § 6 Abs. 2 Satz 2 GmbHG, § 76 Abs. 3 Satz 2 AktG: Verfassungswidrige Berufsverbote?, in: AG 1987, 165-176

STEINDORFF, ERNST: Reichweite der Niederlassungsfreiheit, in: EuR 1988, 19-32

STELKENS, PAUL / BONK, HEINZ JOACHIM / SACHS, MICHAEL: Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Auflage, München 2001 (zit.: Stelkens/Bonk/Bearbeiter, VwVfg)

STOLLER, ANTJE: Sitztheorie und Niederlassungsfreiheit von Kapitalgesellschaften – EuGH, NJW 2002, 3614, in: JuS 2003, 846-848

STORK, STEFAN: Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union, Frankfurt am Main 2003 (zit.: Stork, Sitzverlegung)

STURC, JOHN / LINS, GERALD: Congress gets tough on Securities Violations, in: 1990 Legal Times 27-29

SZAGUNN, VOLKHARD / HAUG, ULRICH: Kommentar zum KWG, 6. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln 1997 (zit.: Szagunn/Haug/Bearbeiter)

TALESNICK, ALAN L.: Corporate Silence and Rule 10(b)-5: Does a publicly held corporation have an affirmative obligation to disclose?, in: 49 (1973) Denver L.J. 369- 412

TETTINGER, PETER J.: Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: AöR 1983, 92-133

DERS. / WANK, ROLF: Kommentar zur GewO, 6. Auflage, München 1999

TEUFEL, MANFRED: Insolvenzkriminalität, Lübeck 1981

THORNE, JAMES / PRENTICE, DAN: Butterworth Company Law Guide, 4. Auflage, London 2002, (zit.: Thorne/Prentice, Company Law)

THÜMMEL, RODERICH C.: Haftung für geschönte Ad-hoc-Meldungen: Neues Risikofeld für Vorstände oder ergebnisorientierte Einzelfallrechtsprechung, in: DB 2001, 2331-2334

TIEDEMANN, KLAUS: Kommentar zum GmbH-Strafrecht, 4. Auflage, Köln 2002 (zit.: Tiedemann, GmbH-Strafrecht)

DERS.: Wirtschaftsbetrug, Berlin, New York 1999

DERS.: Grundfragen bei der Anwendung des neuen Konkursstrafrechts, in:NJW 1977, 777-783

DERS.: Insolvenzstraftaten aus der Sicht der Kreditwirtschaft, in: ZIP 1983, 513 - 522

DERS.: Handhabung und Kritik des neuen Wirtschaftsstrafrechts – Versuch einer Zwischenbilanz, in: Festschrift für Hanns Dünnebier, Hrsg. Hanack, Ernst-Walter, Rieß, Peter, Wendisch, Günter, Berlin, New York 1982 (zit.: Tiedemann, FS Dünnebier)

DERS.: Generalklauseln im Konkursstrafrecht, in: KTS 1984, 539-558

DERS.: Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, Band 1 – Allgemeiner Teil, Hamburg 1976 (zit.: Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, Bd. 1 (1976))

DERS.: Welche strafrechtlichen Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Gutachten C für den 49. DJT, in: Verhandlungen des 49. DJT 1972, Band 1 (zit.: Tiedemann, Juristentagsgutachten)

TIELMANN, SANDRA: Durchsetzung ordnungsmäßiger Rechnungslegung: ein Beitrag zur aktuellen Enforcement-Diskussion, Düsseldorf 2001 (zit.: Tielmann, Durchsetzung)

TRIEBEL, VOLKER / HODGSON, STEPHEN / KELLENTER, WOLFGANG / MÜLLER, GEORG: Englisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, Heidelberg 1995

TRIPMAKER, STEFAN: Der subjektive Tatbestand des Kursbetruges, in: WISTRA 2002, 288-292

TRÖNDLE, HERBERT / FISCHER, THOMAS: Kommentar zum StGB und zu den Nebengesetzen, 52. Auflage, München 2004

TUPITS, A.: The Duties and Liabilities of Directors under EU Company Law, in: 2000 I.C.C.L.J. 389-414

TURING, DERMOT: Lender Liability, Shadow Directors and the Case of Re Hydrodam (Corby) Ltd, in: 1994 J.I.B.L. 244-246

UHLENBRUCK, WILHELM: Strafrechtliche Aspekte der Insolvenzrechtsreform 1994, in: WISTRA 1996, 1-8

V GODIN, FREIHERR V. / WILHELMI, HANS / WILHELMI, SYLVESTER : Aktiengesetz, Kommentar, Band I (§§ 1-178 AktG), 2. Auflage, Berlin, New York 1971

V.MANGOLDT, HERMANN / KLEIN, FRIEDRICH / STARCK, CHRISTIAN: Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Band 1 (Präambel, Art. 1-19 GG), 4. Auflage, München 1999

VACH, MICHAEL: Aspekte der Insolvenzrechtsreform von 1986 in England, Diss Regensburg 1990; erschienen 1991 (zit: Vach, Insolvenzrechtsreform)

VAN VENROOY, GERD J.: Anspruch der GmbH auf sachkundige Geschäftsführung, in: GmbHR 2004, 237-252

VANYO, BRUCE / KAGEN, STUART / CLAASSEN, JOHN: The Sarbanes-Oxley-Act of 2002: A Securities Litigation Perspective, in: Practising Law Institute Handbook, PLI Order No. B0-01AL, S. 91-125 (2002) (zit.: 1332 PLI/Corp 89)

VISWANATHAN, APARNA: From Buyer beware to the confident Consumer: Does the Enterprise Act 2002 create a World Class Competition Regime, in: 2003 I.C.C.L.R. 139-145

VIZCARRONDO, PAUL / HOUSTON, ANDREW C.: Liabilities under Sections 11,12,15 and 17 SA 1933 and 10,18 and 20 SEA 1934, in: Practising Law Institute Handbook, PLI Order No. B0-01FU, S. 853-1081 (2002) (zit.: 1334 PLI/Corp 853)

VOERSTE, RÜDIGER: Nochmals: § 6 Abs. 2 S.2 GmbHG, § 76 Abs. 3 S. 2 AktG: Verfassungswidrige Berufsverbote?, in: AG 1987, 376-377

VON BAR, CHRISTIAN: Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht, Köln 1990 (zit.: von Bar/Bearbeiter)

WACHTER, THOMAS: Auswirkungen des EuGH-Urteils in Sachen Inspire Art Ltd. auf Beratungspraxis und Gesetzgebung, in: GmbHR 2004, 88-105

WALTER, JÖRG: Rechtliche Aspekte der Zulassung als Freimakler an einer deutschen Wertpapierbörse, in: WM 1986, 1489-1494

WALTERS, ADRIAN: Directors' Duties: The Impact of the Company Directors Disqualification Act 1986, in: 2000 Company Lawyer 110-119

DERS.: Directors' Disqualification after the Insolvency Act 2000: The new Regime, in: 2001 Insolvency Lawyer 86-96

DERS.: Bare Undertakings in Directors Disqualification Proceedings: The Insolvency Act 2000, Blackspur and beyond, in: 2001 Company Lawyer 290-297

DERS.: Directors' Disqualification: The Vice-Chancellor's Adress to the Chancery Bar Association, in: 2000 Company Lawyer 90-92

DERS.: Bare Undertakings in Disqualification Proceedings: A Postscript, in: 2002 Company Lawyer 123-124

DERS.: Leave to act as a Company Director following Disqualification, in: 1999 Company Lawyer 239-241

DERS.: Enforcing Wrongful Trading – Substantive Problems and Practical Disincentives, in: The Corporate Dimension (Herausgeber: Barry Rider, Bristol 1998), S. 145-160

DERS.: Directors' Duties and Shareholder Remedies, in: 1999 Company Lawyer 138-142

DERS.: Wrongful Trading: Two recent Cases, in: 2001 Insolvency Lawyer 211-214

DERS.: Directors' Duties of Care, Skill and Diligence, in: 1999 Company Lawyer 142-143

DERS. / DAVIS-WHITE, MALCOLM: Directors' Disqualification: Law and Practice, London 1999 (zit.: Walters/Davis-White, Directors' Disqualification (1999))

WANG, WILLIAM K.S.: Reuschlein Lecture (Stock Market Insider Trading), in: 2001 I.C.C.L.J. 77-117

WASSERMANN, RUDOLF: Kommentar zum GG, Alternativkommentar, Band 2 (Art. 38-146 GG), 2. Auflage, Neuwied 1989 (zit.: Alternativkommentar/Bearbeiter)

WEBER, MARTIN: Unterwegs zu einer europäischen Prospektkultur, in: NZG 2004, 360-366

DERS.: Die Entwicklung des Kapitalmarktrechts 2001/2002, in: NJW 2003, 18-26

WHEELER, SALLY: Directors' Disqualification: Insolvency Practitioners and the Decision-Making Process, in: 1995 Legal Studies 283-305

WHITEHOUSE, RICHARD / ARNOLD, TIM: Protecting yourself as a Director of a Company in Difficulties, in: 1993 Solicitors' Journal 218-219

WIDEN, WILLIAM H.: Enron at the Margin, in: 2003 Business Lawyer 961-1002

WIEDEMANN, HERBERT: Der Kapitalanlegerschutz im deutschen Gesellschaftsrecht, in: BB 1975, 1591-1598

DERS.: Gesellschaftsrecht: ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts, Band 1, Grundlagen, München 1980

DERS.: Reflexionen zur Durchgriffshaftung, zugleich Besprechung des Urteils BGH WM 2002, 1804 (KBV), in: ZGR 2003, 283-297

WIESNER, PETER M.: Corporate Governance und kein Ende, in: ZIP 2003, 977-980

DERS.: Neue Brüsseler Impulse für Corporate Governance und Gesellschaftsrecht, in: BB 2003, 213-217

WILSON, GARY: Delinquent Directors and Company Names: The Role of Judicial Policy-Making in the Business Environment, in: 1996 N.I.L.Q. 345-366

WISE, LESLIE: To be concerned in the Management of a Company: A Review of the State of Play, in: 2003 Insolv. Int. 17-19

WITTICH, GEORG: Erfahrungen mit der Ad hoc-Publizität in Deutschland, in: AG 1997, 1-5

DERS.: Zusammenwachsende europäische Märkte – eine Herausforderung für die Wertpapieraufsicht in Europa, in: WM 1999, 1613-1614

WORTHINGTON, SARAH: Reforming Directors' Duties, in: 2001 M.L.R. 439-458

WYMEERSCH, EDDY: Factors and Trends of Change in Company Law, in: 2000 I.C.C.L.J. 481-501

ZAHN, JOHANNES: Aktienanleger und Börse, in: ZGR 1981, 101-125

ZAINHOFER, RUDOLF: Insolvenzstrafrecht und das Risiko des Unternehmers, in: Kriminalistik 1992, 507-518

ZIMMER, DANIEL: Wie es euch gefällt? Offene Fragen nach dem Überseering-Urteil des EuGH, in: BB 2003, 1-7

DERS.: Entwicklungslinien im Kapitalmarktrecht, in: Entwicklungen im deutschen und europäischen Wirtschaftsrecht (Symposium zum 65. Geburtstag von Ulrich Immenga), Herausgeber: Schwintowski, Hans Peter, Baden-Baden 2001, 39-61

DERS.: Nach „Inspire Art“: Grenzenlose Gestaltungsfreiheit für deutsche Unternehmen?, in: NJW 2003, 3585-3592

ZIOUVAS, DIMITRIS : Das neue Recht gegen Kurs- und Marktpreismanipulation im 4. Finanzmarktförderungsgesetz, in: ZGR 2003, 113-146

DERS. / WALTER, TONIO : Das neue Börsenstrafrecht mit Blick auf das Europarecht, in: WM 2002, 1483-1488

ZÖLLNER, WOLFGANG: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 3, 5. Lieferung (§§ 399-410 AktG, EG AktG), 1. Auflage, Köln 1983(zit.: KölnerKommAktG/Bearbeiter)

DERS.: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2 (§§ 76-117 AktG), 2. Auflage (Stand 1988), Köln 1996 (zit.: KölnerKommAktG/Bearbeiter)

ZWEIGERT, KONRAD / KÖTZ, HEIN: Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Auflage Tübingen 1996

EINLEITUNG

Das Modell der Kapitalgesellschaft bildet im deutschen Recht ebenso wie in anderen Rechtsordnungen einen wichtigen Pfeiler der funktionierenden Wirtschaft.[1] Dieser Stellenwert lässt sich im Wesentlichen auf zwei Faktoren zurückführen: Zum einen lassen sich viele Akteure nur wegen der limitierten Haftung einer Gesellschaft darauf ein, ihren Tatendrang in unternehmerische Entscheidungen umzusetzen.[2] Darüber hinaus dient die Kapitalgesellschaft seit jeher als Sammelbecken finanzieller Mittel, wodurch die zumeist kleinen Kapitalbeteiligungen der einzelnen Akteure in größere Bahnen gelenkt werden können.[3] Im breiten Spektrum der möglichen Erscheinungsformen von Kapitalgesellschaften treten diese beiden Funktionen unterschiedlich stark zu Tage. Während beispielsweise bei der kleinen und personalistisch strukturierten GmbH das Privileg der limitierten Haftung in den Vordergrund drängt, geht es bei einer großen Aktiengesellschaft primär um die Eigenkapitalaquise. Sowohl in der einen als auch in der anderen Form von Kapitalgesellschaften steht der Gesetzgeber vor der Aufgabe, die Vorzüge der juristischen Person mit den drohenden Gefahren in Ausgleich zu bringen. Solche Gefahren lassen sich vor allem aus zwei Richtungen ausmachen: Einerseits steht zu befürchten, dass durch die beschränkte Haftung der juristischen Person das unternehmerische Risiko vor allem in der Krise auf die ungesicherten *Gläubiger* abgewälzt wird. Daneben drohen die Interessen der aktuellen und potentiellen *Gesellschafter* in dem Maße vernachlässigt zu werden, in dem ihre Einfluss-, Kontroll- und Informationsmöglichkeiten sinken.

Im Hinblick auf diese Gefahren nimmt die Geschäftsleitung eine Schlüsselstellung ein.[4] Von ihrer Integrität, ihrem Sachverstand und ihrem Pflichtbewusstsein hängt maßgeblich ab, ob die negativen Begleiterscheinungen von Kapitalgesellschaften niedergehalten werden können.[5] Der

---

1 Vgl. für das angloamerikanische Recht z.B. *Nicholas Murray Butler of Columbia University*: „*The limited liability corporation is the greatest single discovery of modern times…*", nachgewiesen bei *Hicks*, 1997 J.B.L. 306.

2 Zum Problem der Haftungsbeschränkung unter diesem Blickwinkel vgl. statt vieler nur *Adams*, Beschränkte Haftung, S. 27ff.

3 Vgl. nur *Wiedemann*, ZGR 2003, 283, 287.

4 Vgl. z.B. *Ong*, 1998 Company Lawyer 7.

5 In diesem Zusammenhang müssen verschiedene Formen von Akteuren auseinandergehalten werden. Neben dem pflichtbewussten und fähigen Geschäftsleiter gibt es den lediglich Unfähigen und denjenigen, der bewusst zum Nachteil bestimmter Interessengruppen handelt (siehe für England mit Beispielen *Walters*, 2000 Company Lawyer 110 und für Deutschland v.a. *Tiedemann*, Juristentagsgutachten).

Gesetzgeber kann diesem Ziel zuarbeiten, indem er die Geschäftsleiter für den Fall nicht gewünschter Verhaltensweisen *ex-post* mit Sanktionen bedroht. Dabei stehen ihm vor allem die klassischen Instrumentarien der zivilrechtlichen Haftung und der strafrechtlichen Verantwortlichkeit bereit. Nebenher kann der Gesetzgeber aber auch direkten Zugriff auf die Besetzung der Geschäftsleitung nehmen, indem er regelt, welchen Personen der Zugang zur Geschäftsleitung einer Kapitalgesellschaft verwehrt werden soll. Denkbar sind solche Zugangsbeschränkungen entweder *ex-ante*, indem den Geschäftsleitern von vornherein bestimmte Eigenschaften abverlangt werden, deren Fehlen zu einem Bestellungshindernis führt. Erwägen kann man eine Zugangsbeschränkung aber auch *ex-post*, indem früheres Fehlverhalten bei der Leitung einer Kapitalgesellschaft für die Zukunft zu einem Tätigkeitsverbot führt.

Bestellungshindernisse und Tätigkeitsverbote spielen im deutschen Kapitalgesellschaftsrecht bislang eine untergeordnete Rolle. Sie begegnen dem Betrachter als reine Bestellungshindernisse in den §§ 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG und 76 Abs. 3 Satz 3 AktG. Diese Regelungen knüpfen an eine Verurteilung wegen einer Insolvenzstraftat gemäß §§ 283 ff StGB, an ein strafrechtliches Berufsverbot gemäß § 70 StGB sowie an eine gewerberechtliche Untersagungsverfügung gemäß § 35 GewO an. In der Praxis können die Regelungen bislang keine meßbare Wirkung entfalten. Das wirft die Frage auf, aus welchen Gründen der Wirkungsgrad der kapitalgesellschaftsrechtlichen Regelungen begrenzt ist. Daneben ist von Interesse, ob und wie man den Wirkungsgrad der Regelungen erhöhen kann.

Abgesehen von einem tiefgehenderen Diskurs im Rahmen der sogenannten GmbH – Novelle von 1980[6] ist die Würdigung von Bestellungshindernissen und Tätigkeitsverboten in der Wissenschaft bislang kaum über Einzelbeiträge hinausgekommen, die vor allem an der verfassungsrechtlichen Vereinbarkeit von Bestellungshindernissen ansetzen.[7]

Im Jahre 2004 hat sich der Deutsche Bundesrat dem Gebiet der Bestellungshindernisse genähert, indem er in einem geplanten Forderungssicherungsgesetz erwägte, die kapitalgesellschaftsrechtlichen Bestellungshindernisse zu verschärfen und durch eine Gesellschafterhaftung zu flankie-

---

6 Einzelheiten unten S. 180ff.

7 Vgl. vor allem *Stein*, AG 1987, 165ff. Zuletzt aber mit viel breiterem Blickwinkel und tiefgehenderer Erörterung *Fleischer*, WM 2004, 157ff und zuvor auch schon *Fleischer*, Juristentagsgutachten.

ren.[8] Angedacht war, den Katalog der Straftaten, die zu einem Bestellungshinderniss führen, auszuweiten. Die parlamentarischen Beratungen des Gesetzesvorschlages sind jedoch zunächst der Diskontinuität des 14. Deutschen Bundestages zum Opfer gefallen. Mittlerweile beschäftigt sich der neu konstituierte Bundestag mit der Materie im Rahmen des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG).[9]

Eine umfassendere Analyse der Einsatzmöglichkeiten von Bestellungshindernissen und Tätigkeitsverboten drängt sich auch aus anderen Gründen auf: Für den Bereich des Kapitalmarktes hat der Deutsche Juristentag 2002 den Einsatz von Tätigkeitsverboten empfohlen.[10] Daneben wird das deutsche Gesellschaftsrecht zunehmend von zwei europäischen Entwicklungstendenzen überlagert: Einerseits ruft der nunmehr eröffnete Wettstreit der europäischen Gesellschaftsrechte nach Beachtung, weil dadurch vermehrt „fremde" Kapitalgesellschaftsformen in Deutschland zum Einsatz kommen werden.[11] Gleichzeitig ist durch den Wettbewerb seit *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art*[12] vor allem die GmbH unter Reformdruck geraten.[13] Darüber hinaus hat die Europäische Kommission durch Vorarbeiten der *High Level Group of Company Law Experts*[14] das Potential möglicher Tätigkeitsverbote erkannt und erwägt deren Einsatz „als Strafe für irreführende Unternehmensabschlüsse oder Erklärungen oder sonstige Formen von Fehlverhalten".[15]

---

8 Vgl. dazu Drygala, ZIP 2005, 423.

9 Gesetzentwurf vom 29.05.2006; abrufbar unter www.bmj.bund.de/media/archive/1236.pdf. Der Entwurf sieht eine Ausweitung der Straftaten vor, die ein Bestellungshindernis gemäß §§ 6 Abs. 2 S. 3 GmbHG und 76 Abs. 3 S. 3 AktG nach sich ziehen. Erfasst werden sollen künftig auch die §§ 399-401 AktG und 82, 84 GmbHG. Gleichzeitig ist eine Begrenzung auf vorsätzlich verwirklichte Straftaten vorgesehen. Zu abweichenden Vorschlägen in dieser Arbeit vgl. unten S. 264 (weitere Straftaten) und S. S. 313 (mehrfache Fahrlässigkeit).

10 Vgl. Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentages, Band II/1, S. 89.

11 Siehe z.B. *Leible/Hoffmann*, EuZW 2003, 677, 682; *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233ff und *Heine*, Regulierungswettbewerb.

12 Vgl. EuGHE 1999 S.I-1459 (1485ff) („Centros") sowie EuGH, Rs. C-208/00, NJW 2002, 3614 („Überseering") und EuGH, Rs. C-167/01, ZIP 2003, 1885ff („Inspire Art").

13 Ausführlich *Bayer*, BB 2003, 2357ff. Siehe auch *Bayer*, BB 2004, 1, 5. Ähnlich *Horn*, NJW 2004, 893, 894.

14 Vgl. *Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe* (2002), Chapter III, 4.5, S. 69f. (abgedruckt in: ZIP 2003, 863); dazu *Maul*, DB 2003, 27, 29 und *Wiesner*, BB 2003, 213, 215 sowie *Wiesner*, ZIP 2003, 977.

15 Vgl. *Aktionsplan der EU-Kommission zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und zur Verbesserung der Corporate Governance* vom 21.05. 2003, KOM (2003) 284 endg, abgedruckt in: NZG 2003, Sonderbeilage 13 (ausgewiesen als mittelfristige Maßnahme von 2006-2008). Dazu z.B. *Maul/Lanfermann/Eggenhofer*, BB 2003, 1289; *Wiesner*, ZIP 2003, 977; *Habersack*, NZG 2004, 1ff.

Der wachsende Einfluss des europäischen Blickwinkels zeigt, dass eine Analyse von Bestellungshindernissen und Tätigkeitsverboten allein für das deutsche Recht zu kurz greifen würde. Vor diesem Hintergrund unternimmt es die vorliegende Arbeit, rechtsvergleichend die möglichen Einsatzfelder von Tätigkeitsverboten im Bereich des Gesellschaftsrechtes und darüber hinaus für den Bereich des Kapitalmarktes herauszuarbeiten und die dabei gewonnenen Erkenntnisse auf das bestehende deutsche Regelungsregime anzuwenden. Aus diesem vergleichenden Umblick werden sich für das deutsche Recht wertvolle Fingerzeige ergeben. Es wird sich durch den erweiterten Horizont ein breites Spektrum denkbarer Anknüpfungspunkte für Tätigkeitsverbote herauskristallisieren. Zugleich wird der Rechtsvergleich die Schwachpunkte und Wirksamkeitshemmnisse der bislang bestehenden deutschen Regelungen an vielen Stellen aufdecken.

Im Bereich des Gesellschaftsrechtes ruft das englische Recht nach einer eingehenden Analyse, weil es den Tätigkeitsverboten enorme Aufmerksamkeit zuteil werden lässt und neben einer eigenen Kodifikation auch reichhaltiges Fallmaterial bereithält. Daneben stützt sich der Rechtsvergleich auf das US-amerikanische Recht, das für den Bereich des Kapitalmarktes eine Vorreiterrolle einnimmt und ebenfalls auf einschlägige Erfahrungen mit Tätigkeitsverboten verweisen kann.

Das übergreifende Ziel der vorliegenden Arbeit besteht darin, nach einem Umblick in den fremden Rechtsordnungen für das deutsche Kapitalgesellschaftsrecht ein dogmatisch geschlossenes, verfassungsrechtlich unbedenkliches und in der praktischen Anwendung brauchbares Gesamtsystem von Tätigkeitsverboten zu entwickeln. Da sich die Systematik denkbarer Tätigkeitsverbote aus den bestehenden deutschen Regelungen nicht erschließt, werden zunächst das englische und sodann das US-amerikanische Recht dargestellt, bevor in einem dritten Schritt der Blick auf das deutsche Recht schwenkt. Es folgt danach der eigentliche Rechtsvergleich, auf dessen Grundlage abschließend die Bausteine des deutschen Rechtes in ein größeres Raster eingefügt werden.

KAPITEL 1: ENGLAND

Tätigkeitsverbote für Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften genießen in England eine lange Tradition. Durch die stetige Entwicklung und die fortwährende Abgleichung mit den Erfahrungen im Wirtschaftsleben hat sich ein fein austariertes und für das *common law* nicht selbstverständliches System etabliert, dessen Architektur man nur dann gebührend darstellen kann, wenn zuvor einige Grundfragen aufbereitet wurden.

A. Grundlagen

Damit die Analyse der einzelnen Anknüpfungspunkte für Tätigkeitsverbote nicht den Gesamtzusammenhang aus den Augen verliert, sollen zunächst die wesentlichen Entwicklungsstationen und die überwölbenden Regelungsziele dargestellt. werden. Daneben müssen einige grundlegende Ausführungen der Frage gebühren, wer als „Geschäftsleiter" in den Anwendungsbereich von Tätigkeitsverboten fallen kann.[16]

I. Geschichtliche Entwicklung

Die Frage danach, wer den *board of directors* zusammenstellen darf, wurde in England lange Zeit dahingehend beantwortet, dass dies einzig Sache der Anteilseigner nicht aber des Gesetzgebers sei.[17] Demnach hatten die Anteilseigner die freie Wahl, wen sie zur Leitung ihres Unternehmens bestimmten. Diese Haltung stützte sich auf die Behauptung, dass das Interesse der Gesellschaft letztlich nur das Interesse ihrer Anteilseigner widerspiegele. Deshalb sollte es gerade nur in deren Ermessen stehen, welche Personen in den *board of directors* berufen werden und ob diese Personen hinreichend geeignet sind.[18] Erst nach und nach verfestigte sich die Erkenntnis, dass das Gesellschaftsinteresse gerade nicht nur das Interesse der Anteilseigner abbildet[19], sondern auch und vor allem in der Krise die Interessen der Gläubiger[20] zu berücksichtigen hat.[21] Ende der

---

16 „Geschäftsleiter" ist hier vorerst in einem untechnischen Sinne zu verstehen.

17 Vgl. *Cheffins*, Company Law, S. 548.

18 Treffend z.B. noch das Gericht in *Turquand v Marshall* [L R] 4 Ch App 376: „*however ridiculous and absurd their conduct might seem, it was the misfortune of the company that they chose such unwise directors*".

19 Als Ausgangspunkt des Diskurses kann man wohl *Berle/Means*, The Modern Corporation and Private Property ausmachen.

20 Speziell zur Frage der Geschäftsleiterpflichten gegenüber den Gläubigern *Grantham*, 1991 J.B.L. 1ff und *Grantham*, 1991 M.L.R. 576ff.

zwanziger Jahre des letzten Jahrhunderts wurden deshalb von dem bis dahin vorherrschenden Prinzip erstmals Ausnahmen durch den Gesetzgeber vorgesehen.[22] Das Parlament schuf Regelungen, auf deren Grundlage sogenannte *undischarged bankrupts*[23] nicht mehr Mitglied des *board* werden konnten.[24] Desweiteren konnten auch solche Personen mit einem Tätigkeitsverbot konfrontiert werden, die als Manager tätig waren und diesbezüglich wegen Straftaten im Zusammenhang mit Betrug verurteilt worden waren.[25] Diese Vorkehrungen waren konsequente Umsetzungen der Erkenntnisse des *Greene Committee*, das sich mit Fragen rund um den *Companies Act* von 1925 beschäftigt hatte.[26] Die Frage danach, ob ein Mitglied des *board* mit einem Tätigkeitsverbot zu belegen war, wurde den Gerichten überantwortet. Grundlage der Entscheidungsfindung bei Betrug waren zuerst Section 75 C.A. 1928 und danach die Sections 217, 275 C.A. 1929.

Danach wurde es um die *directors' disqualification* für einen vergleichsweise langen Zeitraum relativ ruhig.[27] Abgesehen von einzelnen Konsolidierungen waren bis Mitte der 70er Jahre keine wesentlichen inhaltlichen Erweiterungen zu verzeichnen.[28] Der *Companies Act* von 1948 gab den Gerichten aber schon die Möglichkeit, *jede* Straftat im Zusammenhang mit der Gründung oder Führung eines Unternehmens für Tätigkeitsverbote zu berücksichtigen.[29] Das Schicksal eines Tätigkeitsverbotes drohte damals auch schon solchen Geschäftsleitern, die sich bei der Abwicklung eines Unternehmens wegen Betruges zu verantworten hatten oder dabei

---

21 Die Frage, was genau das „Gesellschaftsinteresse" darstellt, ist bis dato nicht einhellig beantwortet. Beachtung verdient, dass der Gesetzgeber den Begriff des Gesellschaftsinteresses erstmals gesetzlich zugunsten des *shareholder value* fixieren möchte (§ 2a des Entwurfes für einen Pflichtenkatalog für Geschäftsleiter), siehe ausführlicher unten S.69.

22 Die Frage, ob das Recht zum Schutz der Anteilseigner und Gläubiger intervenieren soll, und wenn ja, in welchem Maße, ist selbst heute noch umstritten. Manche meinen, die Anteilseigner könnten sich selbst schützen, indem sie ihr Risiko diversifizieren und Gläubiger bedürften nur eines eingeschränkten Schutzes, da sie sich selbst vertraglich absichern könnten und ihr Risiko auf den Preis abwälzen könnten. Siehe dazu ausführlich *Cheffins*, Company Law.

23 Dabei handelt es sich um Privatpersonen, die insolvent geworden und noch nicht rehabilitiert worden sind.

24 Erstmals geregelt in Section 84 C.A.1928. Zum Regelungshintergrund vgl. schon Insolvency Law and Practice: Report of the Review Committee, Chairman, *Sir Kenneth Cork*, GBE, 1981/82, Cmnd 8558, para 132. Zum jetzigen Stand vgl. unten S. 125ff.

25 *Cheffins*, Company Law, S. 548; *Leigh*, 1986 Company Lawyer 179.

26 Vgl. *Leigh*, 1986 Company Lawyer 179; *Hicks*, 1988 J.B.L 27, 29.

27 Vgl. *Leigh*, 1986 Company Lawyer 179; *Cheffins*, Company Law, S. 548.

28 Section 275 C.A. 1929 wurde in Section 332 C.A. 1948 und danach in Section 188 C.A. 1948 überführt.

29 Vgl. Section 188 (1)(a) C.A. 1948 und dazu *Leigh*, 1986 Company Lawyer 179. Die Vorschrift ist der Vorläufer der heutigen Section 2 CDDA. Dazu näher unten S. 28ff.

ihren Pflichten gegenüber der Gesellschaft nicht ausreichend nachgekommen waren.[30] 1976 wurde dann erstmals ein Tätigkeitsverbot für solche Fälle vorgesehen, in denen wiederholt gegen das Gesellschaftsrecht, insbesondere gegen Publizitätspflichten, verstoßen wurde.[31]

Im Laufe der Zeit erkannte man die Notwendigkeit, dass Fälle, in denen Geschäftsleiter in der Insolvenz des Unternehmens durch nicht notwendig betrügerisches Fehlverhalten auf sich aufmerksam machten, einer legislatorischen Würdigung bedurften.[32] Es dauerte seit den Anfängen der *directors' disqualification* allerdings rund fünfzig Jahre, bis das Parlament insoweit umfassender tätig wurde. Zwischen 1976 und 1985 wurden die Befugnisse der Gerichte substantiell erweitert.[33] Nunmehr konnten auch Geschäftsleiter, denen Unregelmäßigkeiten im Zusammenhang mit der Insolvenz mindestens *zweier* Unternehmen nachweisbar waren und die dabei als *unfit* einstufbar waren, über Section 9 C.A. 1976 mit einem Tätigkeitsverbot bedacht werden.[34] Das Regime der *directors' disqualification* wurde daneben noch durch zwei weitere Änderungen fester gezurrt: Im Hinblick auf Betrugsfälle wurde die zeitliche Spanne für ein Tätigkeitsverbot auf bis zu fünfzehn Jahre ausgeweitet und erstmalig wurde die Führung der verhängten Tätigkeitsverbote in einem eigenen Register vorgesehen.[35]

Die nächste zukunftsträchtige Erweiterung der Bestimmungen der *directors' disqualification* war dann Folge der Erkenntnisse des sogenannten *Cork Committee*, das eine umfassende Analyse des englischen Rechts zur Unternehmensinsolvenz vorgenommen hatte.[36] Das *Committee* hatte unter anderem empfohlen, die Anknüpfung an die Eignung[37] weiter auszu-

---

30 Vgl. Section 188 (1)(b) C.A. 1948. Die Vorschrift ist der Vorläufer der heutigen Section 4 CDDA. Dazu näher unten S. 56ff.

31 Zunächst eingeführt in Section 28 C.A. 1976, jetzt geregelt in Section 3 CDDA. Dazu näher unten S. 33ff. Die Regelung geht auf den Bericht des *Jenkins Committee* (1962), Cmnd. 1749, para 80, 85 zurück.

32 Zuerst schon das *Jenkins Committee* (1962), Cmnd. 1749, para 80, 85: „*...But in serious cases, where for example, a man has succeeded in steering a series of companies into insolvency, we think that the court should be able to put a stop to his activities*". Später ausführlicher auch das *Cork Committee,* Insolvency Law and Practice: Report of the Review Committee, Chairman, Sir Kenneth Cork, GBE, 1981/82, Cmnd 8558, para 1763, 1817f.

33 U.a. wurde 1985 Section 16 C.A. 1985 eingeführt, der Vorläufer der heutigen Section 10 CDDA. Dazu näher unten S. 42ff.

34 Die Vorschrift konnte in der Praxis aber keinen durschlagenden Erfolg vorweisen. Sie wurde später in Section 300 C.A. 1985 überführt und ist der Vorläufer der jetzigen Section 6 CDDA. Dazu näher unten S. 60ff.

35 Vgl. *Leigh*, 1986 Comp. Law. 179.

36 Hierzu Insolvency Law and Practice: Report of the Review Committee, Chairman, *Sir Kenneth Cork*, GBE, 1981/82, Cmnd 8558.

37 Das Committee sprach von *unfit*.

bauen und die Regelung praktisch wirksamer auszugestalten. Dabei empfahl die Kommission eine Mindestsperre von 2 Jahren und ließ die Maximaldauer für ein Verbot offen.[38]

Teile der Reformvorschläge wurden durch den Gesetzgeber umgesetzt. Der wachsenden Bedeutung der *directors' disqualification* wurde der Gesetzgeber sodann Mitte der achtziger Jahre gerecht, indem er die bis dahin bestehenden Einzelbausteine aufnahm und in ein eigenes Gesetz, den *Companies Directors Disqualification Act 1986* (CDDA), ausgliederte.[39] Dieser enthält nunmehr nach geringfügigen Änderungen[40] die relevanten Vorschriften.[41]

II. Regelungsziele der Tätigkeitsverbote

Die Struktur und die Reichweite der englischen Tätigkeitsverbote lassen sich nur dann gebührend abschätzen, wenn Klarheit über den umschließenden Regelungszweck besteht, in den die einzelnen Vorschriften des CDDA eingebettet sind. Kristallisationspunkt aller Überlegungen ist dabei das *Privileg* der limitierten Haftung juristischer Personen, durch dessen Anerkennung Verwerfungen zwischen zwei Interessenbündeln unvermeidbar sind: Einerseits fungiert dieses Privileg als entscheidender wirtschaftlicher Motor, indem es das Unternehmertum antreibt.[42] Andererseits verschiebt sich so jedoch das Risiko der gescheiterten Unternehmung auf die ungesicherten Gesellschaftsgläubiger.[43] In diesem Interessengeflecht soll der CDDA funktional dazu dienen, den *Missbrauch* der limitierten Haftung juristischer Personen zu unterbinden.[44] Im Fokus der gesetzgeberischen Überlegungen stand dabei von jeher die kleine, in der

---

38 Insolvency Law and Practice: Report of the Review Committee, Chairman, *Sir Kenneth Cork*, GBE, 1981/82, Cmnd 8558, paras 1817f.

39 Zum politischen Rahmen und der vorherrschenden Ideologie zur Zeit der Gesetzeseinführung siehe *Wheeler*, 1995 Legal Studies 283, 287ff.

40 Zuletzt durch *Insolvency Act 2000*, vgl. dazu *Walters*, 2001 Company Lawyer 290ff, und durch *Enterprise Bill 2002*, vgl. *Langdon-Down*, 2002 Law Society Gazette 21.

41 Für einen ersten Überblick *Bruce*, Rights and Duties, S. 62-71; *McGee/Williams*, The Business of Company Law, S. 302- 304; *Morse/Marshall/Morris/Crabb*, Company Law, S. 286ff; *Pennington*, 1986 Solicitors' Journal 848ff; *Pennington*, Company Law, S. 652-660; *Mayson/French/Ryan*, Company Law, S. 748-758; *Thorne/Prentice*, Company Law, S. 226-237.

42 Statt vieler zum Balanceakt zwischen Förderung des Unternehmertums und Gläubigerschutz *Hicks*, 1993 Insolvency Law & Practice 134, 135 (speziell zu Section 214 I.A. 1986) und zur Bedeutung der limitierten Haftung für das Unternehmertum *Hicks*, 1997 J.B.L. 306ff, allerdings mit erheblichen Zweifeln auf S. 316.

43 Vgl. z.B. *Davies*, AG 1998, 346ff.

44 Missbrauch droht in diversen Zusammenhängen (z.B. Unterkapitalisierung, mangelhafte Rechnungslegung, Insolvenzverschleppung etc.), deren detaillierte Darstellung bei den einzelnen Tätigkeitsverboten erfolgt.

Regel nicht der Öffentlichkeit zugewandte Kapitalgesellschaft, bei der in der Mehrzahl der Fälle die Geschäftsleitung in den Händen der Anteilseigner liegt.[45] Solche „*owner-managed private companies*“ bieten einen ganz besonderen Anreiz, das Haftungsprivileg der juristischen Person zu Lasten der Gläubiger zu unterwandern.[46] Aus der Sicht des Gesellschafter-Geschäftsführers dient die Gesellschaft oft nur als künstliches Schutzschild, ohne dass Kompetenzeinbußen hingenommen werden müssen.[47]

Auch wenn sich ein ganz erheblicher Teil der legislatorischen Bemühungen auf solche kleinen Gesellschaften konzentriert hat, bedeutet das nicht, dass der Gläubigerschutz alleiniger Hintergrund der Tätigkeitsverbote ist. Nebenher spielen, wenn auch nicht an so exponierter Stelle, insbesondere die Schutzbedürfnisse der Anteilseigner[48], der Verbraucher[49] und der Arbeitnehmer[50] eine Rolle.[51] Allerdings treten diese Interessengruppen häufiger bei größeren Gesellschaften in das Rampenlicht, bei denen das Modell der Kapitalgesellschaft neben der limitierten Haftung insbesondere der Kapitalbeschaffung dient.[52] So spielt das Interesse der Anteilseigner naturgemäß dann eine größere Rolle, wenn Leitungsmacht und Anteilseignerstellung auseinanderfallen, wodurch unter anderem das Spielfeld für das Prinzipal-Agenten-Problem bereitet wird.[53]

Blendet man einzelne Interessengruppen aus, so lässt sich dem CDDA unter Berücksichtigung der jüngeren Entwicklungen eine weitgreifendere Funktion zugestehen: Im Interesse der „Öffentlichkeit“ geht es nicht mehr nur noch um den Missbrauch der limitierten Haftung, sondern weiterge-

---

45 Unterstützt wird dieser Befund durch Äußerungen des DTI, das oft von „*rogue traders*“ und „*cowboy directors*“ spricht. Siehe *DTI Press Release* P/95/543 und P/96/126. Ebenso *Lord Hoffmann*, 1997 Company Lawyer 194. Dass ein Großteil der *companies owner-managed* ist, konstatiert auch *Hicks,* ACCA Research Report 59, S. i.

46 Daher beschäftigen sich auch die meisten Gerichtsentscheidungen mit solchen Fällen. Vgl. *Hicks*, 2001 J.B.L. 433, 442 und *Walters*, 2001 Company Lawyer 290, Fn. 5.

47 Daher stellt sich gerade bei solchen Gesellschaften die fundamentale Frage, ob die Zuerkennung der limitierten Haftung nicht ein Fehlgriff war. Vgl. *Hicks*, 1997 J.B.L. 306, 315.

48 Siehe unten S. 69ff (Verletzung von Pflichten gegenüber der Gesellschaft).

49 Siehe nur *Schedule 1, Part II, Nr. 7* CDDA. Dazu unten S. 76.

50 Siehe *Schedule 1, Part I, Nr. 1* CDDA i.V.m. Section 309 C.A. 1985. Dazu unten S. 69ff.

51 Vgl. beispielhaft Re Tech Textiles Ltd [1998] 1 B.C.L.C. 259, wo das Gericht "*public*" als "*all relevant groups, such as shareholders, employees, lenders, customers and creditors*” bezeichnet.

52 Insgesamt nehmen solche Gesellschaften allerdings nur einen verschwindend geringen Anteil aller *companies* ein. Vgl. *Hicks*, 1997 J.B.L. 306, 315, der von 1 Prozent spricht.

53 Zum Auseinanderfallen von Leitungsmacht und Anteilseignerstellung grundlegend schon *Berle/Means*, The Modern Corporation and Private Property und *A.Smith*, The Wealth of Nations. Im größeren Zusammenhang zum CDDA auch *Lord Hoffmann*, 1997 Company Lawyer 194, 196. Siehe auch *D. Schneider*, Betriebswirtschaftslehre, Bd. 3: Theorie der Unternehmung (1997), S. 21 ff und *Hucke*, Gesellschafter und Geschäftsführer, S. 21ff. Aus dem Blickwinkel der ökonomischen Vertragstheorie: *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, S. 163ff und *Milgrom/Roberts*, Economics, S. 214ff.

hend um die allgemeine Eignung für das Führen einer Kapitalgesellschaft. In jüngerer Zeit vermehren sich die Anzeichen dafür, dass der CDDA funktional zu einem „*raising of the standards*“ führen kann.[54] Wie noch näher auszuführen sein wird, kommt es auf diesem Wege zu einem Wechselspiel zwischen dem Bereich der Tätigkeitsverbote auf der einen und den Fragestellungen der Geschäftsleiterpflichten (*directors' duties*) auf der anderen Seite.[55] Allerdings gewinnt der Effekt der Erhöhung der Pflichtenstandards eher bei großen als bei kleinen Gesellschaften an Bedeutung.[56]

Will man die Wirkrichtung der Tätigkeitsverbote zusammenfassen, so wird man drei Stoßrichtungen ausmachen können[57]: Neben dem Bestreben, die Verhaltensanforderungen an Geschäftsleiter generell zu erhöhen, verfolgt der CDDA weiterhin den Schutz der öffentlichen Interessen, indem er ungeeignete Personen aus dem Verkehr zieht und bedient sich zudem eines Abschreckungsmechanismus, der gegenüber der betroffenen Person (*individual deterrence*) und gegenüber den übrigen Direktoren (*general deterrence*) wirken kann.[58]

Neben diesen gewollten Effekten wird den englischen Tätigkeitsverboten, insbesondere den *unfitness* - Bestimmungen, immer wieder ein quasi-strafrechtlicher Charakter bescheinigt.[59] Diese Einschätzung gründet vor

---

54 Im Einzelnen dazu später S. 68ff. Hingewiesen sei an dieser Stelle auf *Re Atlantic Computers plc, Secretary of State for Trade and Industry v Ashman* (1998, nicht veröffentlicht); *Re Barings plc (No 5)* [1999] 1 BCLC 433; *Re Bradcrown Ltd* [2001] 1 BCLC 547 und auf *Walters*, 2001 Insolvency Lawyer 86, 87. Für eine Intensivierung trat schon *Finch,* 1990 M.L.R. 385ff ein. Speziell für den Fall von Section 214 I.A. 1986 siehe *Arsalidou*, 2001 Company Lawyer 19ff.

55 Siehe ausführlicher unten S. 69ff. Tiefergehend dazu auch *Sealy*, 2001 Company Lawyer 79ff und *Walters*, 2000 Company Lawyer 110ff sowie *Walters*, 2001 Company Lawyer 290, 291.

56 Siehe die exakte Analyse von *Lord Hoffmann*, 1997 Company Lawyer 194, 196f. Ursache ist, dass es bei den *directors' duties* um das Verhältnis Anteilseigner <–> Geschäftsleitung geht, der CDDA und die kleinen Kapitalgesellschaften aber primär im Problemkreis Anteilseigner/Geschäftsleitung <–> Gläubiger zu verorten ist.

57 Bündig *National Audit Office*, Company Director Disqualification (1993) S. 4: "*The objectives under the act are…to protect the commercial world and the public at large…through disqualification…further, by deterrence…and improving the standards of company stewardship*". Vgl. auch *Walters*, 2001 Insolvency Lawyer 86, 87 und *Hicks*, ACCA Research Report 59, S. I, 67, der jedoch darauf hinweist, dass die Akzentuierung bei einzelnen Tätigkeitsverboten schwanken kann. So tritt z.B. bei Section 2 CDDA eher das punitive Element in den Vordergrund.

58 Siehe zur Abschreckung exemplarisch *Re Grayan Building Services Ltd* [1995] BCC 554 und *Re Westmid Packing Services Ltd, Secretary of State for Trade and Industry v Griffiths* [1998] 2 BCLC 646 (Tätigkeitsverbot wegen Abschreckung, obwohl kein Schutzbedürfnis mehr für die Öffentlichkeit!). Für die wichtige Funktion der Abschreckung für angemessene „*ex-ante protection*“ vgl. *Ong*, 1998 Company Lawyer 7.

59 Vgl. vor allem *Dine,* 1988 Company Lawyer 213; *Dine,* 1988 Company Lawyer 97f; *Dine,* Criminal Law in the Company Context; *Dine,* 1994 J.B.L. 325; *Dine*, 1991 Company Lawyer 7; *Ong*, 1998 Company Lawyer 7, 8; *Walters/Davis-White*, Directors' Disqualification, S. 28ff. ("*at very least a hybrid process*"). Ausführlich zum

allem auf der Erkenntnis, dass der CDDA seinen Fokus primär auf die Vergangenheit richtet, anstatt Tätigkeitsverbote von der *zukünftigen* Gefahr für die Öffentlichkeit abhängig zu machen.[60] Ohne jene Bedenken an dieser Stelle näher vertiefen zu wollen[61], sei darauf hingewiesen, dass die verfahrensrechtlichen Anforderungen an Tätigkeitsverbote in dem Maße steigen würden, in dem Tätigkeitsverbote strafrechtlich wirken würden.[62] Vielleicht hat sich gerade deshalb die Rechtsprechung immer wieder bemüht, auf das *primäre* Ziel der Protektion hinzuweisen und dem quasi-strafrechtlichen Charakter nur eine untergeordnete Rolle zuerkannt.[63]

III. Allgemeine Begriffsbestimmungen

Zentraler Aufhänger des gesamten CDDA ist die Rechtsfolge eines Tätigkeitsverbotes. Von ihr hängt die rechtspolitische Grundausrichtung ab, zugleich beeinflusst sie in ihrem Umfang die gesamte weitere Darstellung. Das englische Recht der Tätigkeitsverbote zeichnet sich dadurch aus, dass es eine sehr weitgehende Rechtsfolge bereithält.[64] Da auf der Rechtsfolgenseite schwer auszumessende Grundbegriffe verwendet werden, und diese zum Teil auch bei den einzelnen Tatbeständen eine Rolle spielen, soll schon an dieser Stelle eine begriffliche Grundlegung erfolgen. Von Interesse ist dabei zum einen, was unter den immer wieder auftauchenden Begriffen *promotion*, *formation* und *management* zu verstehen ist.[65] Daneben wird zu klären sein, wie Inhalt und Grenzen des zentralen Begriffes *director* bestimmt werden können.

---

dogmatischen Hintergrund der denkbaren Sichtweisen – rights-approach <-> privilege approach – siehe *Finch*, 1993 Industrial Law Journal 35, 36f.

60 Statt vieler *Hicks,* ACCA Research Report 59, S. 45. Nebenher wird die Verbindung zum Strafrecht auch auf die hohen Kosten des Verfahrens für den Direktor gestützt, vgl. *Walters* 2000 Company Lawyer 90 („*punitive side effect*“) unter Verweis auf *Vice-Chancellor Sir Richard Scott*.

61 Für eine ausführliche Abwägung der Pro- und Kontrafaktoren siehe *Walters/Davis-White*, Directors' Disqualification, S. 28-32.

62 Insbesondere müsste man dann strengere Beweisanforderungen beachten („*balance of probabilities*“ würde nicht mehr reichen! Vgl. ausführlicher *Griffin*, 1997 Company Lawyer 24) und dürfte nicht ohne weiteres unbestimmte Rechtsbegriffe benutzen (z.B. *unfitness*).

63 Siehe z.B. *Re Looe Fish Ltd* [1993] BCLC 1160; *Re Continental Assurance Co. of London plc* [1997] 1 BCLC 48; *Re Living Images Ltd* [1996] 1 BCLC 348; *Secretary of State for Trade and Industry v Mc Cormick* [1998] 2 BCLC 18. Inzwischen auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte: *D.C., H.S. and A.D. v United Kingdom*, Application No. 39031/97 (1999) und *WGS and MSLS v United Kingdom*, Application No. 38172/97 (1999) sowie *EDC v United Kingdom* [1998] BCC 370; jeweils in Bezug auf Art. 6(1) EMRK (Recht auf einen *fair trail)*. Anders allerding noch *R v Young* [1990] 12 Cr.App.Rep (S.) 262 (“*unquestionably a punishment*”).

64 Im Einzelnen näher S. 134ff.

65 Vgl. Section 1(1) CDDA.

1. Schlüsselbegriffe

Der Bereich der *directors' disqualification* wird an mehreren Stellen auf der Tatbestands- und Rechtsfolgenseite von den Begriffen *promotion*, *formation* und *management* bestimmt.[66] Das Gesetz selbst hält jedoch keine Definition bereit. Grundsätzlich hängt von der Auslegung der Begriffe ab, in welchem Umfang der CDDA zur Geltung gebracht werden kann: Legt man die Begriffe eher eng aus, verhilft man dem Interesse der Tätigkeitsverbots-Adressaten zu größerer Geltung[67]. Verschafft man den Begrifflichkeiten eher weiteren Spielraum, dann forciert man primär das Interesse der Öffentlichkeit.[68] Wenn dem Adressaten eines Tätigkeitsverbotes beispielsweise nicht nur die Geschäftsleitung, sondern auch die Gründung einer Gesellschaft verwehrt wird, dann kann das weitreichende Konsequenzen haben.[69]

a. Formation

Die geringsten Schwierigkeiten bereitet die Frage, was unter *formation* zu verstehen ist. Hiermit meint das Gesetz die Gründung einer Gesellschaft. Wird jemand mit einem Tätigkeitsverbot belegt, so ist es ihm untersagt, in irgendeiner Form eine *company* zu gründen. Wie eine Gründung im Einzelnen vonstatten geht, soll an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden.

b. Promotion

Aus dem Blickwinkel des deutschen Rechtes etwas schwieriger zu beantworten ist die Frage, was man unter *promotion* zu verstehen hat. *Promoter* ist, ähnlich wie das Wort „Gesellschaft", ein vieldeutiger Ausdruck. Im Rahmen des hier allein interessierenden Gesellschaftsrechtes lassen sich *promoter* in einem allgemeinen Sinne als diejenigen verstehen, die die Gründung der Gesellschaft begleiten[70], ihr gewissermaßen als „Geburtshelfer" zur Seite stehen.[71] Das Gesetz hält hierfür keine genaue De-

---

66 Vgl. für den Tatbestand z.B. Section 2 CDDA. Für die Rechtsfolge siehe Section 1(1) CDDA.

67 So mehrfach *Hicks*, vgl. u.a. *Hicks*, 1987 1 Mal.L.J. Lxxiv.

68 So tendenziell die Rechtsprechung und z.B. *Walters/Davis-White*, Directors' Disqualification, S. 342.

69 Speziell dazu näher unten S. 108ff.

70 *Farrar's* Company Law, S. 49: "*...the leading lights in its formation or flotation...*". Siehe auch *Palmer's* Company Law, Rn. 5.102 : "*a person who acts with intention of bringing a company into being*".

71 Vgl. *Henn/Alexander*, Laws of Corporations, 237: "*Midwife of the birth of the company is perhaps more apt.*". Vgl. zum Begriff auch *Erlanger v New Sombrero Phosphate Co*, [1878] 3 App Cas 1218, HL sowie *Whaley Bridge Calico Printing Co v Green*, [1879] 5 QBD 109.

finition bereit und auch die Rechtsprechung hat sich davor in Acht genommen, eine genaue Definition herauszuarbeiten.[72] Allerdings beschränkt sich die Tätigkeit eines *promoter* nicht notwendig auf das Gründungsstadium[73], sondern kann z.B. auch das spätere „In-Umlauf-Bringen" der Anteile bei einem *going-public* umfassen. Für die Einordnung als *promoter* genügt es, wenn man einen Teil der Arbeit selbst erledigt und sich für den Rest der Hilfe anderer bedient.[74] Ebenso kann jemand als *promoter* behandelt werden, der auf den ersten Blick nur Angestellter einer anderen Gesellschaft ist, wenn er an der Vergütung für die *promotion* beteiligt wird oder bei der *promotion* Mitspracherechte hat.[75] Der bloße Vertreter oder Erfüllungsgehilfe eines *promoters* allerdings ist nicht per se selbst *promoter*. Das spielt eine Rolle, soweit sich der *promoter* im Innenverhältnis z.B. eines Anwaltes, eines Wirtschaftsprüfers oder einer Bank bedient.

Für die Frage, warum der CDDA Tätigkeitsverbote in der Rechtsfolge auch auf *promoter* erstreckt, wird man hauptsächlich auf die enorme Einflussmöglichkeit der *promoter* auf das Wesen der späteren Gesellschaft verweisen müssen.[76] Sie können als zentrale Figuren vor allem bei kleinen *companies* das Leitungsorgan mit Personen ihrer Wahl besetzen und von vornherein deren Befugnisse festlegen. Will man die Öffentlichkeit vor ungeeigneten und zum Teil betrügerischen Geschäftsleitern umfassend schützen[77], so ist es konsequent, solchen Personen auch die Möglichkeit einer *promotion* zu verwehren, denn im Ernstfall könnte jemand in betrügerischer Absicht die Gründung einer Gesellschaft initiieren, den *board* mit wohlgesonnenen Personen besetzen, gutgläubige Geldgeber zu einer Investition überreden und sodann durch Betrug dieser Geldgeber oder durch zu hoch taxierte Serviceverträge zwischen sich und der Gesellschaft Schaden verursachen.[78] Perfektioniert wäre ein solches System

---

72 Vgl. *Farrar's* Company Law, S. 49; *Palmer's* Company Law, Rn. 5.101.

73 Siehe nur *Lagunas Nitrate Co. v Lagunas Syndicate* [1988] 2 Ch. 392.

74 Vgl. *Emma Silver Mining Co v Grant* [1879] 11 Ch D 918.

75 Vgl. *Lydney and Wigpool Iron Ore Co v Bird* [1885] 31 Ch D 328.

76 Siehe *Erlanger v New Sombrero Phosphate Co*, [1878] 3 App Cas 1218, HL: "*Companies Act gave to promoters an almost unlimited power to make the corporation subject to such regulations as they please, and for such purposes as they please, and to create it with a managing body whom they select, having such powers as they choose to give to those managers*".

77 Vgl. schon oben S. 8ff. In der vorliegenden Kostellation geht es dabei weniger um potentielle Gläubiger einer juristischen Person (Fremdkapitalgeber), sondern primär um den Schutz der Anteilseigner (Eigenkapitalgeber).

78 Eine ähnliche Fallgestaltung findet sich in *Re Darby* [1911] 1 K.B. 95, wo zwei *undischarched bankrupts* unter falscher Identität eine Gesellschaft ins Leben rufen und sodann versteckten Profit abzweigen wollten. Instruktiv

dann, wenn die *promoter* der neuen Gesellschaft auch noch die ehemaligen *directors* der Gesellschaft wären, deren Vermögen im Rahmen der Liquidation ausgekauft wurde.[79] Selbst wenn man später Ansprüche auf Ersatz begründen kann[80], wird es im Zweifel unmöglich sein, den erlittenen Schaden tatsächlich ausgleichen zu lassen.

c. Management

Während der Begriff des *promoter* noch vergleichsweise sicher konturiert werden konnte, bereitet die Frage, was unter *management* einer Gesellschaft verstanden werden kann, erhebliche Probleme.[81] Der Begriff des *management* nimmt aber insbesondere auf der Rechtsfolgenseite eines Tätigkeitsverbotes *die* zentrale Stellung ein, so dass eine möglichst klare Begriffsbestimmung notwendig ist. Die Begriffsbestimmung wird jedoch im Umfeld der Tätigkeitsverbote zusätzlich dadurch erschwert, dass der CDDA jede direkte und *indirekte* Beteiligung am *management* einer *company* erfasst.[82]

Ein Hauptproblem ist, dass man den Begriff *management* nicht ohne weiteres in rechtlichen Kategorien fassen kann.[83] Eine allgemeingültige Definition hätte schon mit dem Problem zu kämpfen, dass je nach Größe und Art des Unternehmens bestimmte Eigenheiten zu beachten wären. Während bei kleineren *companies* in aller Regel der *director* selbst die Geschicke in die Hand nehmen wird, steigt mit zunehmender Unternehmensgröße die Wahrscheinlichkeit, dass das *management* der Gesellschaft von den Direktoren auf Externe, z.B. ein „*managing committee*“ übertra-

---

auch *Gluckstein v Barnes* [1900] A.C. 240. Hier kauften die *promoter* das Inventar einer liquidierten Gesellschaft für 140000 Pfund auf, initiierten sodann die Gründung einer neuen Gesellschaft, zu deren Geschäftsleitung sie sich selbst bestellten, und verkauften dieser Gesellschaft das Inventar dann für 180000 Pfund. Den „*secret profit*“ bemerkte so zunächst niemand.

79 Siehe hierzu z.B. *Re Centrebind Ltd* [1967] 1 W.L.R. 377. In diesen Konstellationen muss man dann sowohl das Schutzinteresse der Fremdkapitalgeber der alten Gesellschaft als auch das der Eigenkapitalgeber der neuen Gesellschaft berücksichtigen.

80 Hierfür stützt sich die Rechtsprechung auf die *fiduciary duties* des *promoters* gegenüber der Gesellschaft.

81 Kritisch z.B. *Hicks*, 1988 J.B.L. 27, 40: „*so vague as to be almost meaningless to the legal mind...*“; gleichförmige Erfahrungen auch in Australien, vgl. *Hicks* aaO. und in Singapur, vgl. *Hicks*, 1987 Malayan Law Journal lxxiv ff (obwohl in Singapur zumindest *manager* vom Gesetz definiert wird); kritisch auch *Fitzpatrick*, 2002 Journal of Criminal Law 473.

82 Vgl. Section 1(1) CDDA: „*...whether directly oder indirectly, be concerned or take part in the…management...*“.

83 *Hicks*, 1988 J.B.L. 27ff; *Farrar's* Company Law, S.304; *Hicks,* 1987 Company Lawyer 243, 244 bemängelt, es gäbe keine funktionale Unterscheidung zwischen Direktorium, Management und bloßer Administration. Mit der Erkenntnis, dass eine Antwort fallabhängig ist, auch schon: *Bullock Report,* Report of the Committee of Enquiry of Industrial Democracy, Jan 1977, cmnd 6706 p 65 para 20.

gen wird.[84] Selbst wenn man den Begriff des *management* jedoch einigermaßen eingrenzen könnte, verbliebe das Problem, dass schon eine *indirekte* Beziehung zum *management* genügt. So kann theoretisch jede untergeordnete Person, die nicht Manager im engeren Sinne ist und die nicht im Zentrum der Entscheidungsprozesse steht, indirekt mit dem Management zu tun haben.[85] Daraus resultiert für Personen, die einem Tätigkeitsverbot entgegensehen, erhebliche Rechtsunsicherheit.[86] Vereinzelt wurde deshalb überspitzt formuliert, eine Person könne so „*almost unemployable in the corporate sector*" werden.[87]

Welche Untiefen der Begriff des *management* hervorbringen kann, zeigt sich exemplarisch an zwei Fällen. In einem in New South Wales (Australien) entschiedenen Fall arbeitete jemand für ein Fensterrahmenunternehmen.[88] Neben ihm waren nur ein Verkäufer und fünf Handwerker beschäftigt, er selbst durfte Verkäufe bis zu 200 A$ im Monat durchführen. Das zuständige Gericht hielt eine solch geringfügige Tätigkeit schon für *management*. In *R. v. Atterbury* war der wegen Verstoßes gegen ein Tätigkeitsverbot Angeklagte bloßer Angestellter einer Firma.[89] Er hatte für die Gesellschaft Waren gekauft, weil er als einziger die nötige Sachkunde besaß. Diese untergeordnete Tätigkeit wurde ebenfalls schon als ausreichend erachtet, um ihn als „*concerned in management*" anzusehen.

Abgesehen von solchen Extremfällen konzentriert sich die inhaltliche Bestimmung des Begriffes *management* in aller Regel auf die Frage, ob man als *manager* im Sinne des CDDA nur denjenigen verstehen will, der als Zentralgestalt mit der Entscheidungsfindung für das Unternehmen beschäftigt ist, oder ob *manager* auch schon derjenige ist, der täglich die ganz normalen Geschäfte der Gesellschaft führt. In *Re a Company*[90] war

---

84 *Palmer's* Company Law, Rn. 8.001. Gleichförmige Erfahrungen auch in Singapur, wo der sog. *Bullock Report* schon lange neun verschiedene *company* - Strukturen herausgearbeitet hat. Vgl. Report of the Committee of Enquiry on Industrial Democracy, Jan. 1977, Cmnd. 6706, S. 65.

85 *Hicks*, 1988 J.B.L. 27, 41.

86 Siehe z.B. *R. v. Campbell*: „*...appellant would not know what he could or could not do.*"; siehe auch *Griffiths/Parry,*1999 Insolvency Lawyer 199, 200. Das ist insbesondere deshalb problematisch, weil der CDDA diverse einschneidende Rechtsfolgen, z.B. strafrechtliche Verantwortlichkeit und persönliche Haftung, anordnet.

87 *Hicks*, 1987 Company Lawyer 243, 244; *Hicks*, 1988 J.B.L. 27, 41. Für eine restriktive Auslegung der Begrifflichkeiten spricht sich *Hicks* vor allem im Hinblick auf die quasistrafrechtliche Wirkung von Tätigkeitsverboten aus, vgl. zu dieser Forderung *Hicks*, 1987 1 Mal.L.J. Lxxiv.

88 *Re Altim Pty Ltd.* [1968] 2 N.S.W.L.R. 762. Generell zum begrifflichen Problem des *management* in Australien siehe *Cassidy*, 1995 Company and Securities Law Journal 221, 222f.

89 *R v Atterbury,*[1996] 2 Cr.App.R.(S.) 151.

90 *Re a Company* [1980] Ch 138.

das Gericht der Auffassung, man solle den Begriff *manager* nicht zu eng verstehen. Vielmehr sei *manager* nicht bloß in Bezug zu *managing directors* oder anderen *directors* des *board* zu setzen.[91] Der Begriff sei weitergehend dahin zu verstehen, dass *manager* jede Person sei, die im Zusammenhang mit den Angelegenheiten der Gesellschaft eine *supervisory control*, also so etwas wie die Oberaufsicht ausübe. Dabei müsse diese Person insoweit nicht mit dem Einzelfall an sich, sondern mit der allgemeinen Unternehmenspolitik oder der allgemeinen Unternehmensverwaltung in Zusammenhang gebracht werden können.

Eine ähnliche Definition des Begriffes lässt sich in einem australischen Fall des *Supreme Court of Victoria* ausmachen.[92] Hier stellte das Gericht als wesentlich heraus, dass sich *management* durch ein Element von *decision making* charakterisiere, und sich dieses auf das Unternehmen als Ganzes beziehen müsse. Wie in *Re a company* kam es dem Gericht nicht darauf an, dass die Entscheidungsträger Mitglieder des *board* waren. Darüber hinaus hielt es sogar für entbehrlich, dass die relevante Person in einer direkten Kommunikation mit dem *board* stand. Diese direkte Beziehung sei umso weniger zu fordern, je größer die Gesellschaft sei. Weitergehend hielt das Gericht eine Managerstellung auch dann nicht für ausgeschlossen, wenn die Person *auch* „normale" administrative Tätigkeiten ausgeführt hat. Entscheidend müsse man darauf abstellen, ob die Person mit ihrer Tätigkeit solchen Einfluss ausüben könne, dass sich eine Beeinflussung des „*business and financial standing*"[93] der Gesellschaft feststellen lasse.[94] Auf „*ultimate control*" komme es nicht an. Insoweit gefolgt ist dieser Rechtsprechung auch ein englisches Gericht.[95]

Will man die Ausführungen der vorgenannten zwei Fälle formelhaft auf einen Punkt bringen, so wird man als *manager* denjenigen verstehen müssen, der sich nicht an mühevoller Detailarbeit aufreibt, sondern die Fäden in der Hand hält und die großen Entwicklungslinien der Unternehmung

---

91 *Re a Company* [1980] Ch 138. Auf die Direktorenstellung kam es auch nicht an in *R v Doring* [2002] EWCA Crim 1695.

92 *Commissioner for Corporate Affairs v Bracht* [1989] 7 ACLC 40.

93 Hintergrund dieser Überlegung ist der Schutzgedanke der Vorschrift, den das Gericht zugunsten der Gläubiger und der Anteilseigner erblickt. Schutz ist immer dann erforderlich, wenn eine Tätigkeit die Finanzen der Gesellschaft nachhaltig beeinflussen kann.

94 Eine brauchbare Handhabe bietet hier die folgende vom Gericht an anderer Stelle ausgesprochene Formulierung: „Advice given to management, participation in ist decision making processes, and execution of it's decisions going beyond the mere carrying out of directions as an employee, would suffice."

95 Vgl. *Re Market Wizard Systems* [1998] 2 BCLC 282.

vorgeben und beeinflussen kann.[96] Dieses Grobraster lässt sich durch weitere Entscheidungen mit Detailfragen auffüllen:

In der Entscheidung *Tesco Supermarkets Ltd v Nattrass*[97] ging es um die Frage, ob der Manager einer Filiale einer Warenhauskette auch in Bezug auf die gesamte Gesellschaft als *manager* anzusehen war. Dabei ging das Gericht davon aus, dass die Person nicht notwendigerweise als *manager* der Gesellschaft anzusehen sei. Es handele sich in der Regel nur um ein Zahnrad im Gesamtgetriebe, das nicht die Angelegenheiten der Gesamtgesellschaft führe und auch nicht an der Ausarbeitung der großen Unternehmenslinien mitwirke.[98] In der Entscheidung *Austen* stellte das Gericht heraus, dass sich die Managementtätigkeit nicht auf die Innenbelange der Gesellschaft beschränke, sondern dass auch die Beziehungen zu Dritten davon erfasst seien.[99] *Management* erfasse sämtliche Belange einer Gesellschaft, die mit deren Geburt, Leben und Tod zu tun hätten.[100]

Wenn mit Hilfe der genannten Entscheidungen eine einigermaßen sichere Bestimmung des eigentlichen Begriffes *management* gelingen kann, so wird die Standortbestimmung im speziellen Umfeld des CDDA aber immer wieder durch die *indirekte* Beteiligung am *management* erschwert:

Im Fall *Corbin* stellte das Gericht auf der Tatbestandsseite des CDDA auf den Wortlaut des Gesetzes ab und argumentierte, das Gesetz spreche nicht von „*offences in respect of management*“, sondern von „*offences in connection with management*“.[101] Daher müsse jemand nicht selbst Entscheidungsträger sein, sondern es genüge, wenn er eine untergeordnete Stellung innehabe. Der Eindruck, dass die Gerichte den Begriff des *management* eher extensiv interpretieren, verstärkt sich schließlich in der Entscheidung *Campbell.*[102] Hier war ein Tätigkeitsverbot über einen unabhängigen Managementberater verhängt worden, der durch seine Beratung maßgeblichen Einfluss auf die Positionierung und Neuausrichtung der

---

96 In eine ähnliche Richtung, wenngleich zirkelschlüssig, argumentiert das Gericht in *Gibson v Barton*, 44 LJMC 86: „*...person who has the management of the whole affairs of the company.*“

97 *Tesco Supermarkets Ltd v Nattrass* [1971] All ER 127.

98 *Tesco Supermarkets Ltd v Nattrass* [1971] All ER 127; „*...nor was he within what has been called the „brain area“ of the company.*“

99 *Re Austen,*[1985] 1 BCC 99, 528.

100 *Re Austen,*[1985] 1 BCC 99, 528.

101 *R v Corbin* [1984] 6 Cr App R 17, allerdings noch nicht in Bezug auf den CDDA, sondern auf die damals insoweit gleichlautende Section 188 Companies Act 1948.

102 *R v Campbell* [1984] BCLC 83.

Gesellschaft genommen hatte.[103] Das erstinstanzliche Gericht stellte als wegweisende Weichenstellung wiederum die Frage, ob es um das Management spezieller Aufgaben, z.B. der Produktion, des Verkaufes oder des Handels gehe, oder ob ein „*central management*" anzunehmen sei. Die Rechtsmittelinstanz wagte sich noch weiter vor und argumentierte unter zwei Gesichtspunkten: Zum einen sei der Wortlaut so weit zugeschnitten, dass es Sinn und Zweck der Vorschrift nur sein könne, jemanden generell von den Belangen einer Gesellschaft fernzuhalten. Zum anderen sei die Gesetzesformulierung so weit, dass eine noch weitergehende Fassung gar nicht denkbar sei. Daher sei der Angeklagte als *manager* anzusehen. Noch weitergehender als das Gericht in *Re v Campbell* hielt ein schottisches Gericht ein „*central management*" nicht für zwangsläufig erforderlich, sondern begnügte sich schon damit, dass der Handelnde für alltägliche Entscheidungen verantwortlich war.[104]

In logischer Reihe zu *Re v Campbell* kann man abschließend die Überlegung anstellen, ob nicht auch ein Mehrheitsaktionär durch seine Stimmenmacht so maßgeblichen Einfluss auf die allgemeine Unternehmenspolitik nehmen kann, dass er als *managing person* angesehen werden könnte. In Australien ist diese Frage bejaht worden, während sie in Enland bislang nicht direkt beantwortet wurde.[105] In einem ähnlichen Fall war aber zu klären, ob der Sohn des kontrollierenden Mehrheitsaktionärs als *manager* eingeordnet werden kann. Das scheiterte im Ergebnis an der untergeordneten Stellung des Sohnes.[106] Richtigerweise wird man dem Mehrheitsaktionär zugestehen müssen, mit seiner Stimmenmacht ganz normal den *board* besetzen zu können. Sollte der Mehrheitsaktionär jedoch den Direktoren mit Abberufung drohen, wenn sie seine konkreten Vorstellungen nicht umsetzen, wird man die Schwelle zum *management* als überschritten ansehen müssen.[107]

---

103 *R v Campbell* [1984] BCLC 83: "*to guide the chairman through the troubled waters ahead.*"

104 *Drew v HM Advokate* [1996] SLT 1062. Allerdings ist fraglich, ob dieser Fall verallgemeinert werden kann, denn hier war die Person Angestellter einer Gesellschaft, die allein ihm und seiner Frau gehörte. Die Gesellschaft diente offensichtlich dem einzigen Zweck, sich hinter ihrer beschränkten Haftung zu verstecken. Eine klare Sphärentrennung war nicht möglich.

105 *Re Magna Alloys & Research Pty Ltd* [1974] 1 ACLR 203.

106 *Re Clasper Group Services Ltd* [1989] BCLC 143.

107 So im Ergebnis auch *Sinclair/Vogel/Snowden*, Company Directors, Rn. 7.17. Eine solche Abberufung ist anders als in Deutschland jederzeit möglich, vgl. Fn. 631.

Insgesamt lässt sich feststellen, dass zwar der Begriff des *managements* grundsätzlich definiert werden kann, dass für den Bereich der Tätigkeitsverbote aber wegen der Möglichkeit einer *indirekten* Beteiligung keine sicheren und allgemein gültigen Aussagen getroffen werden können.

2. Direktorenstellung

Einer der zentralen Anknüpfungspunkte der gesamten darzustellenden Materie ist neben dem *management* der Begriff des *director*. Die Einordnung einer Person als *director* spielt sowohl auf der Tatbestandsseite als auch auf der Rechtsfolgenebene der verschiedenen Tätigkeitsverbote eine Rolle.[108]

a. De iure director

Ohne an dieser Stelle weitergehend das Regelungssystem entwirren zu wollen, das sich insgesamt um die *directors* einer *company* spannt, soll zumindest in den Grundzügen dargestellt werden, was sich im englischen Gesellschaftsrecht hinter dem Begriff *director* verbirgt. Nur so lässt sich an späterer Stelle sachgerecht abschätzen, wie weit der Regelungsgehalt des CDDA reicht.

Der Begriff *director* selbst wird im englischen Recht nicht definiert. Allerdings enthält der CDDA in Section 22(4) (gleichlautend zu Section 741(1) C.A. 1985) den Hinweis, dass der Begriff *director* jede Person erfasst, die die Position eines *directors* innehat, unabhängig davon, wie sie im Einzelfall bezeichnet wird. Deshalb ist es unschädlich, wenn jemand als *manager* oder *governor* bezeichnet wird, solange er funktional die Tätigkeit eines *directors* ausübt.[109] Es ist demnach auch möglich, dass eine Gesellschaft Angestellte als „Technische Direktoren“ bezeichnet, ohne dass diese die Position eines Direktors im rechtlichen Sinne wahrnehmen. Interessanterweise beschränkt sich der Begriff *director* im englischen Gesellschaftsrecht nicht auf natürliche Personen. Prinzipiell kann daher auch

---

108 Vgl. für den Tatbestand z.B. Sections 6 und 8 CDDA. Für die Rechtsfolge siehe Section 1(1) CDDA.

109 *Re Lo-Line Electric Motors* [1988] BCLC 698: "*In my judgment the words "by whatever name called" show that the subsection is dealing with nomenclature; for example where the company's articles provide that the conduct of the company is committed to "governors" or "managers*"".

eine juristische Person *director* einer anderen Gesellschaft sein[110] und so auch Adressat eines Tätigkeitsverbotes werden. [111]

Will man den englischen *director* mit einem deutschen Geschäftsleiter vergleichen, dann sollte man im Auge behalten, dass sich jeder automatische Vergleich deutscher und englischer Gesellschaftsformen verbietet. So ist es nicht ohne weiteres möglich, die *company* an sich mit der deutschen GmbH oder AG zu vergleichen.[112] Soweit man jedoch die häufige Form der *public company limited by shares* (plc) herbeizieht, lassen sich viele Parallelen zur AG ziehen.[113] Im Gegensatz zur deutschen Aktiengesellschaft besitzt die englische *company* allerdings nur zwei Organe: Einen mit dem deutschen Vorstand vergleichbaren *board of directors* als Verwaltungsorgan und ein mit der Hauptversammlung vergleichbares *general meeting*.[114] Ein weiteres Kontrollorgan fehlt, das englische System folgt also dem *one-tier-system*.[115] Die Zuständigkeitsverteilung zwischen den beiden Organen richtet sich nach den *articles of association*. Danach sind dem *board* sämtliche Kompetenzen zugewiesen, soweit nicht ausnahmsweise das Gesetz, das *memorandum* oder die *articles* bestimmte Zuständigkeiten dem *general meeting* vorbehalten. Innerhalb des *board* besteht grundsätzlich das Kollegialprinzip.[116] Die Direktoren können dabei einen aus ihrer Mitte zum *chairman of the board* bestimmen.[117] Diese insbesondere bei größeren Gesellschaften wenig praktikable Lösung des Kollegialprinzipes wird in der Mehrzahl der Fälle aber hin zu einer Übertragung einzelner Zuständigkeiten abgewandelt.[118] Solchermaßen ausgestattete Direktoren erledigen die täglichen Geschäfte und sind bevollmächtigt, im Namen der *company* Entscheidungen zu treffen und Verträge ab-

---

110 Vgl.*Re Bulawayo Marcet, etc., Co.* [1907] 2 Ch. 458. Siehe auch *Gower/Davies*, Company Law, S. 308. Zum Ganzen mit rechtsvergleichendem Blickwinkel *Fleischer*, RIW 2004, 16ff. Jüngst wird in England diskutiert, diese Möglichkeit abzuschaffen, vgl. dazu *White Paper* „Modernising Company Law", Cm. 5553, 2002, para 3.32 - 3.35 (abrufbar unter http://www.dti.gov.uk/companiesbill/whitepaper.htm) .

111 Das ergibt sich aus Section 14 CDDA. Vgl. z.B. auch *Griffin*, Personal Liability, S. 135 und *Fidler*, 1992 3 J.I.B.L. 97. Siehe auch den bisher scheinbar einzigen Fall *Official Receiver v Brady* [1999] BCC 258.

112 Die GmbH wird man am ehesten noch mit einer *private limited company* vergleichen können. Vgl. BayObLGZ, DB 1985, 2670; Hachenburg/*Ulmer*, GmbHG, § 12 Rn. 33; Scholz/*Westermann*, GmbHG, Einl. Rn. 139 e.E.; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 12 Rn. 11.

113 *Bender*, Aktienrecht, S. 9.

114 *Triebel/Hodgson/Kellenter*, Engl. Handels-und Wirtschaftsrecht, S. 155; *Farrar's* Company Law, S. 308,329.

115 Siehe z.B. *Dreymüller,* Haftung des Board, S. 11. Zur Vergleichbarkeit von deutschem und englischem Modell und zur Frage der sich abzeichnenden Konvergenz siehe *Davies*, 2000 I.C.C.L.J. 435, 437ff.

116 *Meinhardt*, Company Law in G.B., Rz. 14.3; *Farrar's* Company Law, S. 329; *Palmer's* Company Law, Rn. 8.301.

117 Siehe *Palmer's* Company Law, Rn. 8.302.

118 Vgl. *Farrar's* Company Law, S. 329.

zuschließen.[119] Ihrer Funktion entsprechend werden sie als *executives* oder *full-time directors* bezeichnet. Von ihnen wird in der Regel ein *director* als *chief-executive* oder *managing director* ernannt.[120] Er ist als Bindeglied zwischen dem gesamten Management und dem *board* die wichtigste Person im Bereich der Geschäftsführung.[121] Nebenher nehmen im *board* insbesondere in größeren Gesellschaften auch sogenannte *non-executives* oder *part-time directors* ihre Aufgaben wahr.[122] Sie sind nicht bei der Gesellschaft angestellt und auch nicht in die Geschäftsführung eingebunden. Ihre Aufgabe besteht vielmehr darin, die Aktivitäten der *full-time directors* zu kontrollieren, sich über die finanziellen Verhältnisse der Gesellschaft zu informieren und an den Zusammenkünften des *board* teilzunehmen.[123] In Teilbereichen mag man Parallelen zu den Aufgaben eines deutschen Aufsichtsrates erkennen. Die *non-executives* sind ebenfalls Direktoren im Sinne von Section 741(1) C.A. 1985. Daher treffen sie grundsätzlich die gleichen Verpflichtungen und Verantwortlichkeiten wie jeden anderen Direktor. Für die Frage von Tätigkeitsverboten können die Gerichte jedoch unterschiedliche Maßstäbe anlegen.[124]

b. Shadow director

Eine ganze Reihe von Vorschriften des CDDA ist tatbestandlich derart zugeschnitten, dass nicht nur die *directors* erfasst werden, sondern auch sogenannte *shadow directors*.[125] Damit stellt sich die Frage, in welchen Fällen eine Person als *shadow director* anzusehen ist.[126] Für diese Frage lässt sich zunächst auf das Gesetz zurückgreifen. In Section 22(5) CDDA

---

119 *Mills*, On the Board, S. 85; *Farrar's* Company Law, S. 332.

120 *Farrar's* Company Law, S. 332. Das Gesetz selbst sieht eine Differenzierung zwischen *executives* und *non-executives* übrigens nicht vor. Der *managing director* ist oft die mächtigste Person der Gesellschaft, insbesondere dann, wenn er zugleich *chairman of the board* ist, vgl. *Palmer's* Company Law, Rn. 8.201. Zum Verhältnis zwischen *officer* und *director* siehe *Hofler*, 1996 Company Lawyer 258.

121 *Northey/Leigh*, Introduction to Company Law, S. 146.

122 *Farrar's* Company Law, S. 332. Die *non-executives* spielen insbesondere seit Anfang der 80er Jahre eine größere Rolle. Entscheidende Triebkraft für eine diesbezügliche Forcierung war allerdings das sog. *Cadbury Committee,* das Anfang der 90er Jahre zusammenkam; siehe Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance [1992], Appendix 1. Zu Reformbestrebungen in jüngster Zeit siehe *Higgs*, Review, 3.5.

123 *Mills*, On the Board, S. 88; *Souster*, The Responsible Director S. 40f; *Farrar's* Company Law, S. 332. Das *Cadbury Committee, para 4.12.,* hielt es für eine Schlüsselerkenntnis, dass *non-executives* unabhängig sein müssen: „*should be independent of management and free from any business or other relationship which could materially interfere with the exercise of their independent judgement*...".

124 Siehe unten S. 47ff. Vgl. auch *Finch*, 1992 M.L.R. 179, 203 und *Arsalidou*, 2002 Company Lawyer 107, 108ff.

125 Entsprechende Anknüpfungen finden sich in Sections 4(2), 6(3C), 8(1) CDDA. Eine Rolle spielt der Begriff für die vorliegenden Fragestellungen auch bei Section 216 I.A. 1986.

126 Für eine ordentliche Aufbereitung siehe *Morse*, The Corporate Dimension, S. 117ff. Eine Zusammenstellung der Rechtsprechung bietet *Hammerson*, 2001 N.L.J. 1703.

ordnet der Gesetzgeber jemanden dann als *shadow director* ein, wenn die wirklichen Direktoren einer Gesellschaft nach dessen Vorgaben und Weisungen handeln, gewissermaßen also nicht mehr als bloße Marionetten sind.[127] Die Erweiterung von Vorschriften auf solche Schattenmänner dient als Sicherungsmaßnahme dafür, dass Anforderungen, die das Gesetz an Unternehmensleiter stellt, nicht einfach dadurch umgangen werden können, dass die wahren Unternehmenslenker sich vom *board* fernhalten.[128] Section 22(5) CDDA nimmt dabei aber solche Fälle aus dem Anwendungsbereich der *shadow directors* heraus, in denen professionelle Hilfe gewährt wird.[129] Da den Regelungsadressaten im Zusammenhang der vorliegenden Arbeit immer ernste Konsequenzen drohen - immerhin stehen Tätigkeitsverbote im Raum – kommt es vor allem darauf an, wann man von einer Weisungsabhängigkeit ausgehen muss. Die Rechtsprechung prüfte dabei klassischerweise in mehreren Schritten[130]: Zunächst war zu klären, wer die *directors* der Gesellschaft (entweder *de facto* oder *de iure*) sind. Sodann war der Frage nachzugehen, ob die fragliche Person diesen *directors* vorgegeben hatte, wie diese in Bezug auf die Gesellschaft zu handeln haben.[131] Drittens bedurfte es der Feststellung, dass die *directors* diesen Vorgaben auch Folge geleistet haben. Zum Schluss war dann die Frage zu klären, ob die *directors* ein derartiges Verhalten gewöhnlich an den Tag gelegt haben. Dabei erwies sich die Beantwortung gerade dieser Frage als am schwierigsten. Die Weisungsbefolgung musste sich nämlich als eine gewöhnliche Praxis über einen bestimmten Zeitraum darstellen.[132] Das ließ sich aber nur im konkreten Einzelfall bestimmen.[133] Tendenziell scheint die Rechtsprechung in jüngerer Zeit mit der Kehrtwende in *Secretary of State v Deverell* einer weitläufigen Interpretation der *shadow directors* zuzuneigen.[134] Das äußert sich z.B. darin, dass die Weisungsbefolgung nur noch rein objektiv bestimmt wird und es auf

---

127 Gleichlautend mit Section 741(2) C.A. 1985, Section 251 I.A. 1986: „*...person in accordance with whose directions or instructions the directors of a company are accustomed to act.*".

128 Vgl. *Farrar's* Company Law, S. 337.

129 Gleichlautend mit Section 741(2) C.A. 1985: "*by reason only of advice given in a professional capacity.*".

130 Vgl. *Re Hydrodam (Corby) Ltd.* [1994] BCC 161.

131 Erforderlich ist insoweit Einfluss auf die Mehrheit des *board*. Vgl. *Re Unisoft Group Ltd (No.2)* [1994] BCC 766, 775.

132 Vgl. *Re Unisoft Group Ltd (No 3)* [1994] BCC 766 und *Hicks*, 1993 Company Lawyer 55, 59.

133 Vgl. *Farrar's* Company Law, S. 337.

134 Vgl. *Secretary of State for Trade and Industry v Deverell* [2000] 2 All E.R. 365.

die Sichtweise der Beteiligten nicht mehr ankommen soll.[135] Begründet wird diese Ausweitung vor allem mit dem Schutzbedarf der Öffentlichkeit.[136]

Ein hohes Risiko, als *shadow director* eingeordnet zu werden, trifft vor allem Anteilseigner, wenn sie Kontrolle ausüben können.[137] Diskutiert wird auch, ob eine Bank oder ein Gläubiger, der Finanzhilfen unter der Bedingung gewährt, die Unternehmenspolitik mitbestimmen zu können, als *shadow director* angesehen werden kann.[138] Die Gerichte sind insoweit jedoch noch zurückhaltend.[139]. Einen dritten Anwendungsbereich der *shadow directors* kann man sich schließlich dort vorstellen, wo im Rahmen einer Konzernierung die Interessen der Tochtergesellschaft von den Interessen der Muttergesellschaft überlagert werden.[140] Dabei sind zwei Konstellationen denkbar[141]: Zum einen könnte der *board* der Muttergesellschaft als Kollegialorgan Weisungen an die *directors* der Tochtergesellschaft gegeben haben. Dann kann man jedoch allenfalls die Muttergesellschaft als solche, nicht jedoch deren einzelne *directors* als *shadow directors* ansehen.[142] Daneben ist denkbar, dass einzelne *directors* der Muttergesellschaft *individuell* Weisungen an die Tochter erteilen.[143]

---

135 Siehe *Secretary of State for Trade and Industry v Deverell* [2000] 2 All E.R. 365 und erläuternd *Milman*, 2000 Insolvency Lawyer 171, 172.

136 Vgl. *Secretary of State for Trade and Industry v Deverell* [2000] 2 All E.R. 365.

137 Gemeint sind hiermit *natürliche* Personen als Mehrheitsaktionäre. Es ist nicht erforderlich, dass ein solcher Aktionär versteckt Einfluss nimmt. Selbst wenn seine Weisungen allen bekannt sind, schützt ihn das nicht, als *shadow director* angesehen werden zu können. Vgl. dazu *Secretary of State for Trade and Industry v Deverell* [2000] 2 All E.R. 365 und dazu *Milman*, 2000 Insolvency Lawyer 171f sowie *Payne*, 2001 Company Lawyer 90f.

138 Solche Konstellationen wird man vor allem dann antreffen, wenn sich die Gesellschaft in der Krise befindet und Geldgeber nur schwer zu finden sind. Ein Beispiel bildet *Re a Company (No. 005009 of 1987)* [1989] 4 BCC 424, wo die Klage jedoch im Ergebnis nicht erfolgreich war. Die grundsätzliche Möglichkeit bejahte das Gericht auch in *Re MC Bacon Ltd* [1990] BCLC 273. Wesentlich skeptischer zeigt sich das Gericht hingegen in *Kuwait Asia EC Bank v National Mutual Life Nominees Ltd* [1990] BCLC 868. Vgl. zum Ganzen auch *Bhattacharyya*, 1994 Company Lawyer 151f; *Turing*, 1994 J.I.B.L. 244ff; *Fidler*, 1992 3 J.I.B.L. 97ff.

139 *Re PFTZM Ltd, Jourdain v Paul* [1995] BCC 280 ; *Re A Company* (No 005009 of 1987) [1989] 4 BCC 424; *Re Tasbian Ltd* (No 3) [1992] BCC 358 (dazu *Slorach*, 1992 J.I.B.L. N-128f). Siehe auch *Bhattacharyya*, 1994 Company Lawyer 151f und 1995 Company Lawyer 314f, der das Risiko für Banken als gering einschätzt. Pessimistischer *Schulte*, 1999 Company Lawyer 80 („*arguably extends to the banker*").

140 Insoweit nimmt Section 741(3) C.A. 1985 zwar für bestimmte Bereiche die verbundenen Unternehmen aus dem Anwendungsbereich der *shadow directors* heraus. Es verbleibt jedoch ein gewaltiges Anwendungsfeld. Insbesondere sind die Vorschriften des CDDA anwendbar. Vgl. *Turing*, 1994 J.I.B.L. 244 und für eine deutsche Aufbereitung *Fleischer*, AG 1999, 355, 357f sowie aus konzernrechtlicher Perspektive *Hommelhoff/Hopt/Lutter,* ZGR 1998, 672, 756f.

141 Vgl. *Bhattacharyya*, 1994 Company Lawyer 151, 152.

142 *Re Hydrodam (Corby) Ltd* [1994] BCC 161: "*...if all they have done is to act in their capacity as directors of the ultimate holding company…the holding company is the shadow - director of the subsidiary, and they are not.*". Anderer Meinung war ein Gericht in Schottland: *Clydebank Football Club Ltd v Steedman* 2000 G.W.D. 31-1217.

143 Vgl. *Hammerson*, 2001 N.L.J. 1703.

Dann stellt sich die Frage, ob der jeweilige *director* der Muttergesellschaft als *shadow director* der Tochtergesellschaft angesehen werden kann.[144]

Bei allen Konstellationen, in denen es um die *shadow director* - Eigenschaft einer juristischen Person geht (z.B. juristische Person als Mehrheitsaktionär, Bank) erschließt sich die praktische Relevanz im Hinblick auf die Tätigkeitsverbote nicht ohne weiteres. Sie erklärt sich aber wiederum aus der Möglichkeit, auch juristische Personen in das Anwendungsfeld von Tätigkeitsverboten einbeziehen zu können.[145]

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass über den Begriff der *shadow directors* Umgehungsgestaltungen bei Tätigkeitsverboten abgedeckt werden können, wobei in jüngerer Zeit eine weitläufigere Interpretation an Momentum gewinnt.

c. De facto director

Eng mit der Frage der *shadow directors* verwoben ist der Begriff der *de facto* -Direktoren. Im Gegensatz zum *shadow director* gibt der *de facto director* tatsächlich vor, *director* zu sein und wird auch von der Gesellschaft selbst als *director* angesehen.[146] Es fehlt lediglich an einer wirksamen rechtlichen Bindung als *director*.[147] Der *de facto director* spielt für die weitere Betrachtung im Rahmen der Tätigkeitsverbote deshalb eine Rolle, weil in manchen Fällen die Vorschriften über wirksam berufene Direktoren auch auf ihn Anwendung finden können.[148]

Für die Frage, ob jemand *de facto* die Direktorenstellung innehat, kommt es entscheidend darauf an, in welchem Maße er in die Belange der Gesellschaft involviert ist und inwieweit er Kontrolle ausüben kann.[149] Weniger Schwierigkeiten bereitet eine Einordnung, wenn die Gesellschaft über-

---

144 Ablehnend das Gericht in *Re Hydrodam (Corby) Ltd* [1994] BCC 161 im Zusammenhang mit Section 214 I.A. 1986 (*wrongful trading*). Hier fehlte es an „individuellen" Weisungen. Dem Ansatz in *Re Hydrodam (Corby) Ltd.* ausdrücklich folgend: *Secretary of State for Trade and Industry v Laing and others* [1996] 2 BCLC 324.

145 Das ergibt sich aus Section 14 CDDA. Vgl. z.B. auch *Griffin*, Personal Liability, S. 135 und *Fidler*, 1992 3 J.I.B.L. 97. Siehe auch den bisher scheinbar einzigen Fall *Official Receiver v Brady* [1999] BCC 258. Siehe auch schon oben Fn. 110.

146 *Palmers* Company Law, Rn. 8.003; siehe beispielsweise *Re Swift 736 Ltd* [1993] BCLC 1. Zuerst hat diesen Punkt deutlich das Gericht in *Re Hydrodam (Corby)* [1994] 2 BCLC 180 herausgearbeitet.

147 *Butcher*, Directors' Duties, S. 235.

148 Vgl. z.B. *Griffin*, Personal Liability, S. 154 und *Re Lo-Line Electric Motors Ltd* [1988] BCLC 698.

149 *Griffin*, Personal Liability, S. 154.

haupt keinen formell bestellten *board of directors* hat.[150] Schwierigkeiten treten jedoch dann auf, wenn die Geschicke der Gesellschaft auf den ersten Blick von einem ordnungsgemäß berufenen *board of directors* gelenkt werden.[151] Das Problem ist besonders virulent, wenn die fragliche Person damit betraut ist, die Gesellschaft professionell in Fragen des Managements zu beraten.

Versucht man, die Herangehensweise der Rechtsprechung zu ordnen, so trifft man auf ein uneinheitliches Bild. Ein strenger Ansatz findet sich in *Re Richborough Furniture.*[152] Hier forderte das Gericht für einen *de facto director* den Nachweis, dass die Person entweder die einzige ist, die die Geschäfte der Gesellschaft leitet, oder aber, soweit weitere *directors* berufen sind, mit diesen anderen *directors* hinsichtlich deren Managementtätigkeit auf einer Stufe steht.[153] Weniger restriktiv näherte sich das Gericht noch in der früheren Entscheidung *Re Hydrodam (Corby) Ltd.* dem Begriff des *de facto director*.[154] Es stellte lediglich die Frage, ob die Person Funktionen in der Gesellschaft wahrgenommen hat, die eigentlich nur *directors* wahrnehmen. Nach Ansicht dieses Gerichtes reichte es nicht, wenn die fragliche Person nur Aufgaben erledigte, die üblicherweise Manager unterhalb der *board* - Ebene wahrzunehmen hatten.[155] Die Schwierigkeit dieser Abgrenzung wurde darin gesehen, dass nicht immer hinreichend genau die Trennlinie zwischen den Funktionen der *directors* und den Funktionen des darunter stehenden Managements gezogen werden konnte.[156]

Aber auch das Begründungsmuster in *Re Richborough Furniture* wird kritisiert. Der Ansatz erweist sich deshalb als schwierige Hürde, weil er auf eine Vergleichsbetrachtung zur Tätigkeit der anderen *directors* gestützt wird. So kann es vorkommen, dass eine Person zwar auf den ersten Blick nicht als *de facto director* eingestuft wird, obwohl sie Funktionen wahr-

---

150 Siehe z.B. *Re Morris v Kanssen* [1946] 1 All ER 586; *Re Lo-Line Electric Motors Ltd* [1988] BCLC 698.

151 Vgl. *Griffin*, 2000 C.F.I.L.R. 126, 127.

152 *Re Richborough Furniture* [1996] 1 BCLC 507.

153 Sogenannter "*equal footing test*", vgl. näher *Griffin*, 2000 C.F.I.L.R. 126, 129f.

154 Vgl. *Re Hydrodam (Corby) Ltd* [1994] 2 BCLC 180.

155 Sogenannter „*holding out test*", bestehend aus zwei Elementen: (1) „*must have been holding out by the company as having acted in the capacity of a director…*" und (2) "*participation comparable with that of a de iure director*"; vgl. *Griffin*, 2000 C.F.I.L.R. 126, 128.

156 Vgl. *Farrar's* Company Law, S. 336. Siehe auch *Secretary of State for Trade and Industry v Richardson* [1998] BCLC 110; *Secretary of State for Trade and Industry v Hickling* [1996] BCC 678; *Secretary of State for Trade and Industry v Morrall* [1996] BCC 229.

nimmt, die normalerweise *directors* vorbehalten sind. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die Tätigkeit der Person auf einer tieferen Managementstufe anzusiedeln ist, als die Tätigkeit der formell bestellten *directors*. Eine Vergleichsbetrachtung zur Tätigkeit der anderen *directors* ist auch deshalb zweifelhaft, weil sie auf der Annahme fußt, die Direktoren würden ihren Anteil zur Erledigung der Gesellschaftsangelegenheiten gleichförmig beisteuern. Gerade bei größeren Gesellschaften ist das aber eher die Ausnahme. Wie gesehen sind beispielsweise *non-executive directors* nicht mit der Erledigung von normalen Managementaufgaben betraut.[157]

Als zielführender wird es daher angesehen, die Erledigung von administrativen Aufgaben für die Annahme eines *de facto director* als hinreichend, nicht jedoch als notwendig anzusehen.[158] Wenn man sich so von der Notwendigkeit des Management - Kriteriums abwendet, stellt sich allerdings noch immer die Frage, welche Kriterien zielführend sein können. Als wegweisend könnte sich insoweit die Entscheidung *Secretary of State v Tjolle* herausstellen.[159] Hier legte das Gericht den Schwerpunkt auf die Frage, ob die betreffende Person als gleichberechtigtes Mitglied am kollektiven Entscheidungsprozess des *board* teilnehmen konnte.[160] Darüber hinaus soll es jedoch auch auf eine Gesamtschau möglicher Faktoren ankommen.[161]

Unabhängig von Definitionsfragen im Detail bleibt für die Tätigkeitsverbote festzuhalten, dass die Erweiterung auf *de facto directors* Sinn macht, weil sonst von einem (zufällig) unwirksamen Bestellungsakt abhinge, ob ein Tätigkeitsverbot verhängt werden kann.

IV. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass der Einfluss der Tätigkeitsverbote im englischen Gesellschaftsrecht nicht eng auf den Bereich der wirksam bestellten Geschäftsleiter begrenzt ist. Für den Bereich der

---

157 Vgl. oben S. 19ff.

158 In diese Richtung *Griffin, Personal Liability*, S. 157.

159 *Secretary of State v Tjolle* [1998] BCLC 333.

160 *Secretary of State v Tjolle* [1998] BCLC 333: „*...it is not a question of equality of power but equality of ability to participate in the notional board room.*"

161 *Secretary of State v Tjolle* [1998] BCLC 333; ankommen soll es beispielsweise auf "*whether or not there was a holding out by the company*", "*individual used the title*", "*individual had proper information*".

eigentlichen *Leitung* einer Gesellschaft hält der CDDA Erweiterungen in zwei Richtungen bereit: Zum einen lassen sich unter den Begriff des *director* an einigen Stellen auch *shadow-* und *de facto directors* fassen, daneben wird eine Ausweitung auf direkte und indirekte Beteiligungen am Management vorgenommen. Beachtlich ist, dass neben dem Bereich der *Leitung* einer Gesellschaft auch Fragen der *Gründung* mit den Tätigkeitsverboten in Verbindung gebracht werden.[162]

B. Nicht selbständig eintretende Tätigkeitsverbote

In der folgenden Darstellung der *directors' disqualification* kann man zwischen solchen Tätigkeitsverboten, die angeordnet werden müssen, und solchen, die selbständig eintreten, unterscheiden.[163] Für alle Tätigkeitsverbote, die nicht selbständig eintreten, folgen einige Ausführungen zunächst den möglichen tatbestandlichen Anknüpfungen, bevor danach die Fragen der Rechtsfolge und des Verfahrens geklärt werden können.[164]

I. Tatbestandliche Anknüpfungen

Bei den Tätigkeitsverboten, die erst durch eine geeignete Stelle verhängt werden müssen, kann man eine weitere Abschichtung treffen: Einerseits gibt es tatbestandliche Anknüpfungen, die speziell auf die Krise einer Gesellschaft zugeschnitten sind; daneben lassen sich Tatbestände aufreihen, die unabhängig von der Krise der Gesellschaft zum Zuge kommen können. In dieser Differenzierung schlägt sich die Mehrgleisigkeit der Ziele von Tätigkeitsverboten nieder: Tätigkeitsverbote, die sich auf die Krise fokussieren, haben vorwiegend die Verhinderung des Missbrauchs der limitierten Haftung und damit vor allem den Schutz der Gläubiger im Sinn.[165] Verbotstatbestände, die auch im normalen „Leben" einer Gesellschaft fruchtbar gemacht werden können, dienen einem weiter ausgreifenden Ziel, und haben neben der Verbesserung des allgemeinen Geschäftsleiterverhaltens auch die Belange der Anteilseigner und der breiteren Öffentlichkeit im Blick.[166]

---

162 Das ist deshalb beachtlich, weil so Fragen der Geschäftsleitung mit Fragen der Gesellschafter vermischt werden, was beispielsweise im deutschen Gesellschaftsrecht ungewöhnlich ist.

163 Zu den selbständig eintretenden Tätigkeitsverboten siehe unten S. 125ff.

164 Zur Rechtsfolge siehe unten S. 102ff. Zum Verfahren siehe unten S. 114ff.

165 Dazu schon oben S. 8.

166 Dazu schon oben S. 10.

1. Anknüpfungen vor der Krise

Im Rahmen der tatbestandlichen Anknüpfungen, die nicht erst in der Krise einer Gesellschaft ansetzen, wird zuerst von solchen Fällen zu handeln sein, in denen bei der Leitung eines Unternehmens Straftatbestände verwirklicht worden sind (Section 2 CDDA).[167] Daneben spielen die Situationen eine Rolle, in denen Geschäftsleiter bestimmten Informations- und Publizitätspflichten nur in ungenügender Form oder gar nicht nachgekommen sind (vorwiegend Sections 3 und 5 CDDA).[168] Zum Dritten gibt es eine Fallgruppe, in der es um die allgemeine Eignung der Direktoren im normalen Lebenszyklus einer Gesellschaft geht (Sections 8, 9A CDDA).[169]

a. Verurteilung wegen Straftaten (Section 2 CDDA)

Über Section 2 CDDA lässt sich ein Tätigkeitsverbot für solche Fälle verhängen, in denen Straftaten verwirklicht worden sind.[170] Dabei eröffnet die Vorschrift natürlich nicht für jede denkbare Straftat die Möglichkeit, dass eine *disqualification* angeordnet werden kann. Vielmehr beschränkt sich der Zuschnitt der Norm auf solche Straftaten, die eine Verbindungslinie zu einer bestimmten Gesellschaft aufweisen.[171] Den Lebensstadien einer Gesellschaft entsprechend werden von Section 2 CDDA Straftaten erfasst, die im Zusammenhang mit der *promotion*, der *formation*, dem *management*, der *liquidation* und der Löschung einer Gesellschaft auftreten können.[172] Seit der Insolvenzrechtsreform 2000 erfasst der Tatbestand auch solche Straftaten, die im Zusammenhang mit der *receivership* oder der *administrative receivership* auftreten können.[173]

---

167 Dazu sogleich.

168 Dazu unten S. 33ff.

169 Diese dritte Gruppe soll jedoch gesondert dargestellt werden, weil sie besser zu verstehen ist, nachdem die zentrale *unfitness*-Vorschrift in Section 6 CDDA aufbereitet wurde. Vgl. daher erst später unten S. 92ff.

170 Zur Parallelvorschrift in Australien (Section229(3)) siehe *Cassidy*, 1995 Company and Securities Law Journal 221, 225-233.

171 Für einen extrem weiteren Fokus denkbarer Tätigkeitsverbote nach strafrechtlicher Verurteilung vgl. *Hirsch/Wasik*, 1997 Cambridge Law Journal 599ff, die Tätigkeitsverbote für Direktoren in einen größeren Zusammenhang stellen.

172 Vgl. allgemein zu den Begriffen *promotion*, *formation* und *management* oben Seite 12ff.

173 Erweitert durch I.A. 2000, s.8, Sched. 4, para 3. Die *receivership* (Sections 28ff I.A. 1986) ist eine Zwangsverwaltung, die funktional als weitere Möglichkeit neben das Insolvenzverfahren tritt. Während dort vorwiegend die Verteilung des Vermögens unter den ungesicherten Gläubigern im Vordergrund steht, kann eine *receivership* nur dann zum Zuge kommen, wenn zu Gunsten eines Gläubigers eine sogenannte *floating charge* bestellt wurde. Dabei handelt es sich um ein –in Deutschland undenkbares- Kreditsicherungsmittel, das sich in der Regel auf das gesamte Vermögen der Gesellschaft in seiner jeweiligen Zusammensetzung bezieht und ein vorrangiges Befrie-

(1) Indictable offences

Um den tatbestandlichen Zuschnitt von Section 2 CDDA erfassen zu können, bedarf es zunächst eines kurzen Exkurses in die Weiten des englischen Strafrechtes. Section 2 CDDA erfasst nur sogenannte *indictable offences*. Will man das System der Straftaten in England (*crimes and offences)* grob strukturieren, so lassen sich insbesondere im Hinblick auf die verfahrensrechtlichen Fragen zwei Hauptkategorien bilden: die vorliegend einschlägigen *indictable offences* auf der einen Seite und die Straftaten, die über eine sogenannte *summary conviction* verhängt werden können, auf der anderen Seite. *Indictable offences*, die in aller Regel die schwereren Straftaten umfassen, werden in einem aufwendigeren Verfahren analysiert. Bevor der eigentliche Prozess beginnt, untersucht und entscheidet ein Richter, ob ein bestimmter Fall ausreichend beweisrechtlich abgestützt werden kann.[174] Wenn dies der Fall ist, wird im Anschluss ein Hauptverfahren durchgeführt, in dem ein Richter den Vorsitz führt, jedoch eine Jury abschließend über die Frage der Schuld entscheidet. Im Gegensatz dazu wird bei Straftaten mit *summary conviction* vom Erfordernis eines *indictment* abgesehen und der Richter entscheidet selbständig, d.h. ohne eine Jury, über die Frage der Schuld und des Strafmaßes.[175] Von dieser grundsätzlichen Einteilung gilt es jedoch auch bestimmte Sonderfälle abzuschichten. So sind *indictable offences* nicht in allen Fällen durch eine Kammer zu entscheiden. In einigen Fällen nicht so schwerer Delikte kann auch bei einem *indictable offence* die Frage der Schuld ausschließlich vom Richter der Hauptsache geklärt werden.[176] Allerdings sind dann dem richterlichen Ermessen hinsichtlich des Strafmaßes engere Grenzen gesetzt. Section 2 CDDA erfasst nun alle Formen der *indictable offences,* unabhängig davon, ob das normale Verfahren eingehalten wurde, oder ob der Richter den Fall selbständig bearbeitet hat.[177]

---

digungsrecht gewährt. Zur Durchsetzung einer *floating charge* kann ein *reveiver* entweder durch das Gericht (*official receiver*) oder ohne gerichtliche Mitwirkung bestellt werden. Ein *administrative receiver* zeichnet sich dadurch aus, dass er besondere weitergehende Befugnisse hat (Sections 42ff und Schedule 1 I.A. 1986). Insbesondere darf er im Gegensatz zu einem normalen *receiver* die Geschäfte der Gesellschaft weiterführen und ist nicht nur auf den Schutz und die Verwertung der Vermögensgegenstände zugunsten der Sicherheit beschränkt. Vgl. zur Definition Section 29(2) I.A. 1986. Siehe auch *Palmers* Company Law, Rn. 14.102.

174 Vgl. *Geldart*, Introduction to Englisch Law, 148; *Kiralfy*, The English Legal System, 142.

175 *Kiralfy*, The English Legal System, 163; *Geldart*, Introduction to Englisch Law, 148.

176 *Geldart*, Introduction to Englisch Law, 148; *Kiralfy*, The English Legal System, 163 meint, die Mehrzahl aller *indictable offences* würde in der Praxis ohne Jury abgeurteilt.

177 Vgl. Section 2: „*...whether on indictment or summarily*". Im Übrigen wird eine "*condicional discharge*" nicht als Verurteilung angesehen; vgl. *R v Young* [1990] BCC 549.

(2) Tatbestandlicher Zuschnitt

Ein Tätigkeitsverbot als Folge von begangenen Straftaten kann einen weiten Personenkreis betreffen. Anders als z.B. bei Section 6 CDDA beschränkt sich Section 2 CDDA nicht auf *directors*, sondern schließt unter anderem auch Manager, Angestellte und *insolvency practitioners* ein.[178]

Wie schon gesehen, erfasst Section 2 CDDA Verhaltensweisen in sämtlichen Stadien im Leben einer Gesellschaft.[179] Allerdings ist die Wahrscheinlichkeit dafür, dass Straftaten begangen werden, beim *management* besonders groß.[180] Das gilt bevorzugt, wenn die bestehende Gesellschaft in die Krise gerät.[181] Es ist als gesichert anzusehen, dass sich die Risikoneigung der verantwortlichen Personen insbesondere dann potenziert, wenn diese mit dem Rücken an der Wand stehen.[182] Gleitet eine Gesellschaft auf die schiefe Bahn ab, haben die verantwortlichen Personen wenig zu verlieren, jedoch viel zu gewinnen. Dementsprechend lässt sich vermuten, dass Section 2 CDDA zunächst einmal in solchen Konstellationen Bedeutung erlangt, in denen es um das Krisenmanagement der Gesellschaft geht. Man kann sich unter Section 2 CDDA daher Fälle vorstellen, in denen sich jemand wegen *fraudulent trading*[183] strafbar gemacht hat, ebenso ist allgemeiner an die Insolvenzstraftaten der Sections 206-219 *I.A. 1986* zu denken.[184] Daneben verbleiben aber auch bei nicht krisengeschüttelten Gesellschaften Anwendungsbereiche für Section 2 CDDA. Zu denken ist vor allem an strafbare Insidergeschäfte[185] und an

---

178 Vgl. *Hannigan*, 1987 L.M.C.L.Q. 188, 189.

179 Anschaulich *Farrar's* Company Law, S. 345: "*any aspect of the birth, life and death*".

180 Demgegenüber werden *promotion, formation* und *liquidation* bei Section 2 CDDA eine eher untergeordnete Rolle spielen. Hinsichtlich *promotion* könnte man sich etwa vorstellen, dass bei der Ausgabe von Aktien an die Öffentlichkeit (Primärmarkt) falsche oder irreführende Angaben gemacht werden (Section 397 FSMA 2000) oder bei der Aktienausgabe kein Prospekt veröffentlicht wurde (S.I. 1995 No. 1537, regs 4(1) und 16(2)). In Bezug auf die *formation* fällt eine Fallbildung schon erheblich schwerer, da der Begriff sehr eng zu verstehen ist. Im Zweifel werden Delikte eher unter *management* zu fassen sein. Für *liquidation* und *striking off* hat man insbesondere an solche Normen zu denken, durch die Mitwirkungspflichten mit dem *liquidator* aufgestellt werden (Sections 235, 430 I.A. 1986).

181 Insbesondere gilt dies natürlich in dem Stadium vor der Insolvenz.

182 Siehe z.B. *BMJ (Hrsg.)*, Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Bd. II (1973), Anlage 2, S. 7. Vgl. näher auch *Davies*, AG 1998, 346, 349.

183 Zum Begriff näher unten S. 53ff.

184 Sections 206-211 I.A. 1986 regeln: *fraud in anticipation of winding up; transactions in fraud of creditors; misconduct in course of winding up; falsification of company's books; material omissions from statement relating to company's affairs; false representations to creditors*. Siehe aus der Rechtsprechung z.B. *R v Kazmi* [1985] 7 Cr.App.R. (S.) 115; *R v Cobbey* [1993] 14 Cr.App.R. (S.) 82; *R v Millard* [1994] 15 Cr.App.R. (S.) 445.

185 Siehe z.B. *R v Goodman* [1992] BCC 625. Inzwischen begründet sich die Strafbarkeit über Section 52 *Criminal Justice Act 1993*. Vgl. dazu und zum Unterschied mit dem WpHG *Fairbairn*, 2001 I.C.C.L.J. 535, 536ff. Zu weiteren Sanktionsmöglichkeiten *Fleischer*, RIW 2001, 817, 822.

self-dealing.[186] Daneben können z.B. auch Verstöße gegen das Kartellrecht eine Rolle spielen.[187]

Letztlich läuft in den meisten Fällen die entscheidende Frage darauf hinaus, in welchen Konstellationen eine Verurteilung wegen eines *indictable offence* ausreicht, um eine Verbindung zum Management einer Gesellschaft annehmen zu können. Schließlich verlangt Section 2 CDDA ja ein „*in connection with*“ *the management*.[188]

Insoweit sind grundsätzlich drei verschiedene Betrachtungsweisen denkbar: Zum einen könnte vertreten werden, Section 2 CDDA sei restriktiv auszulegen und erfasse nur die Straftaten, die solche Verhaltensweisen umschließen, die das eigentliche Kernmanagement einer Gesellschaft betreffen. Dann wären beispielsweise nur Verstöße im Zusammenhang mit der Rechnungslegung oder mit Berichtspflichten erfasst. Für eine solche restriktive Handhabe der Vorschrift ist jedoch kein Anhaltspunkt ersichtlich.[189] Zum Zweiten könnte man sich auf den Standpunkt stellen, das *indictable offence* müsse beim Leiten der Gesellschaft verwirklicht worden sein. Auf diese Weise könnten verschiedene Fälle der Rechtsprechung unter einem Dach vereinigt werden: Sowohl in *R v Georgiou*[190] als auch in *R v Corbin*[191] und in *R v Austen*[192] wurde die Gesellschaft so geführt, dass dabei gesetzeswidrige Transaktionen durchgeführt wurden. Schließlich kann man jedoch einen noch weitergehenden Ansatz wählen. Danach sind alle Straftaten erfasst, die einen nicht nur unerheblichen *tatsächlichen* Zusammenhang zum Management einer Gesellschaft aufweisen.[193] Diesen Ansatz hat die Rechtsprechung zuletzt in *R v Goodman* gewählt und sich in der Begründung insbesondere auf den

---

186 Für *self-dealing* ist an Sections 317 (*failure to disclose interest in contract*), 342 C.A. 1985 (*prohibited loan transaction with director*) zu denken. Ausführlicher und mit rechtsvergleichendem Blickwinkel *Enriques*, 2000 I.C.C.L.J. 297, 302ff.

187 Vgl. Section 188 *Enterprise Act 2002*, durch die neuerdings die natürlichen Personen selbst strafrechtlich verantwortlich sind. Allgemein zu Tätigkeitsverboten bei Kartellrechtsverstößen siehe umfassend unten S. 97ff.

188 Vgl. allgemein zum Begriff des *management* schon oben Seite 14ff.

189 Vgl. *R v Goodman* [1992] BCC 625.

190 Vgl. *R v Georgiou* [1988] BCC 322. In diesem Fall hatte der Verurteilte Versicherungsgeschäfte weitergeführt, ohne die behördliche Genehmigung einzuholen und damit gegen den *Insurance Company Act 1982* verstoßen.

191 Vgl. *R v Corbin* [1984] 6 Cr App R 17. In diesem Fall hatte der Verurteilte mittels einer Gesellschaft mit Yachten gehandelt und war dabei betrügerisch tätig geworden.

192 Vgl. *R v Austen* [1985] 7 Cr App R 214. Hier hatte jemand in betrügerischer Weise mittels mehrerer Gesellschaften Transaktionen getätigt. Das Gericht kam erstmals zu der Überzeugung, dass Section 2 CDDA hinsichtlich des *management* sowohl interne als auch externe Belange erfasse („*management should extend to both internal and external affairs*“). Daher war eine Straftat auch ausreichend, die im Verhältnis zu einem Dritten begangen wurde.

193 Vgl. *R v Goodman* [1992] BCC 625 : “*some relevant factual connection with the management*”.

mutmaßlichen gesetzgeberischen Willen gestützt.[194] In diesem bisher ausführlichsten Fall zu Section 2 CDDA hatte ein *director* kurz vor dem Ausscheiden aus seiner Gesellschaft die eigenen Aktien verkauft und war dabei wegen eines *insider-dealings* mit den Strafvorschriften des *Company Securities Act 1985*[195] in Berührung geraten.[196] Obwohl dieser Verkauf der eigenen Aktien unter Ausnutzung des Informationsvorsprunges eigentlich nicht mit dem *management* im engeren Sinne zu tun hatte, hielt das Gericht ein Tätigkeitsverbot für eine angemessene Folge.[197]

Festzuhalten bleibt damit, dass Section 2 CDDA unter Zugrundelegung des letztgenannten Verständnisses einen weiten Anwendungsbereich bereithält, in dem sämtliche in- und externen Belange der Gesellschaft eine Rolle spielen können.[198]

(3) Rechtsfolge

Das Tätigkeitsverbot über Section 2 CDDA steht im Ermessen des zuständigen Gerichtes[199] und kann, wenn es sich um einen „*court of summary conviction*" handelt, für maximal fünf Jahre verhängt werden. In allen anderen Fällen ist ein Verbot von bis zu maximal fünfzehn Jahren möglich.

Am Tatbestand von Section 2 CDDA lässt sich im Übrigen auch zeigen, wie einzelne Vorschriften des CDDA miteinander verwoben sein können. So gibt es Fälle, in denen jemand gegen ein schon bestehendes Tätigkeitsverbot verstößt und daraufhin strafrechtlich verurteilt wird. Eine sol-

---

194 *R v Goodman* [1992] BCC 625. Kritisch hinsichtlich dieses weiten Ansatzes: *Nolan*, 1994 Company Lawyer 278, der „*relevant factual connection*" für viel zu unbestimmt hält. Eher zustimmend wohl: *Slorach*, 1992 ICCLR C 229, wenngleich dieser die grundsätzliche Notwendigkeit des Ansatzes im konkret entschiedenen Fall in Frage stellt. Der Entscheidung im Ganzen beipflichtend die *Urteilsbesprechung* in 1994 Company Lawyer 130.

195 Seit 1993 ist der *Criminal Justice Act, Part V* Heimat der Regelungen zu *insider dealings.*

196 Die Frage, ob ein *insider-dealing* irgendwie mit dem Management einer Gesellschaft verknüpft werden kann, lässt sich natürlich äußerst kontrovers diskutieren. Dem Ansatz des Gerichtes in *R v Goodman* kann man rechtsvergleichend auch Fallmaterial aus Kanada und den USA zur Seite stellen, das in die gleiche Richtung weist: *Multiple Access Ltd v McCutcheon* [1982] 138 DLR 1 (Supreme Court of Canada); *Diamond v Oreamuno* [1969] 24 NY 2d 494 (Court of Appeals of New York).

197 Allerdings weist das Gericht darauf hin, dass Section 2 CDDA wohl auch unter Zugrundelegung eines engeren Verständnisses anwendbar gewesen wäre: „*...it was unquestionably his duty not to use confidential information for his oun private benefit*". Kritisch im Hinblick auf das Ergebnis der Entscheidung *Sinclair/Vogel/Snowden*, Company Directors, Rn. 7.21, die meinen, die Verwertung der Information sei allein Privatsache des Direktors.

198 Vgl. auch *Farrar's* Company Law, S. 345; *Mayson/French/Ryan*, Company Law, S. 718.

199 Zu beachten ist, dass mehrere Gerichte zuständig sein können. Zum einen kann das Strafgericht ein Tätigkeitsverbot verhängen, Section 2(2)(b) CDDA. Zum anderen kann auf Antrag des *Secretary of State*, des *liquidators* oder eines Gläubigers, dem gegenüber die Straftat begangen wurde, das Gericht, das für die Abwicklung der Gesellschaft zuständig ist, ein Tätigkeitsverbot aussprechen, vgl. Section 2(2)(a) CDDA.

che strafrechtliche Verurteilung kann dann für das Verbot aus Section 2 CDDA fruchtbar gemacht werden.[200]

b. Verstoß gegen Publizitätspflichten (Sections 3 und 5 CDDA)

Über die Sections 3 und 5 des CDDA ist den Gerichten[201] die Möglichkeit eines Tätigkeitsverbotes in solchen Fällen eröffnet, in denen bestimmten Publizitätspflichten nicht nachgekommen worden ist.[202] Gesellschaften erscheinen naturgemäß als große, unüberschaubare und bisweilen auch abgeschirmte Akteure im wirtschaftlichen Miteinander. Dort wo Schatten das Geschäftsgebahren bedeckt, droht Missbrauch. Daher ist Publizität ein fundamentales Prinzip des Gesellschaftsrechtes, mit dessen Hilfe die Anteilseigner, Gläubiger und die Öffentlichkeit alle relevanten Informationen über eine Gesellschaft in Erfahrung bringen können.[203] Solchermaßen sichergestellte Transparenz dient als Schutzschild dagegen, dass Gesellschaften und insbesondere deren limitierte Haftung zu Lasten der Gläubiger, und vor allem bei großen Gesellschaften zum Nachteil der aktuellen und potentiellen Anteilseigner, eingesetzt werden.[204]

In England basiert das Prinzip von Information und Publizität im Wesentlichen auf vier tragenden Säulen.[205] Zum einen wird Öffentlichkeit über die sogenannte *Gazette* hergestellt, in der Mitteilung darüber gemacht

---

200 Vgl. z.B. *R v Young* [1990] BCC 549, wo jemand gegen ein Tätigkeitsverbot aus Section 11 CDDA verstoßen hatte.

201 Bei Section 3 CDDA ist jedes Gericht zuständig, dass die betroffene Gesellschaft abwickeln darf (vgl. Section 3(4) CDDA). Bei Section 5 CDDA fällt die Zuständigkeit grds. auf das Gericht, das eine strafrechtliche Verurteilung vorgenommen hat (vgl. Section 5(2) CDDA).

202 Vgl. den viel weitgreifenderen Ansatz in Australien (Section 230 C.A.), wo jeglicher Verstoß gegen das Corporations Law herangezogen werden kann. Siehe *Cassidy*, 1995 Company and Securities Law Journal 221, 234f. Interessant auch der Vergleich mit Singapur, wo Verstöße zu einem *automatischen* Tätigkeitsverbot führen können. Vgl. dazu *Hicks*, 1985 Malaya Law Review 329, 330.

203 Publizität tritt funktional neben Konzession und Staatsaufsicht, nur dass Fremdsteuerung durch Selbst- bzw. Marktsteuerung ausgetauscht wird, vgl. *Hopt*, ZHR 1977, 389, 400. Vgl. zur generellen Schutzrichtung der Publizität *Merkt*, Unternehmenspublizität, S. 132ff.

204 Diese Erkenntnis zieht sich auch durch das englische Gesellschaftsrecht von Anbeginn wie ein roter Faden, vgl. *Gower/Davies*, S. 533. Vgl. für Deutschland *Hopt*, ZHR 1977, 389, 400 und mit weiterem Ansatz *Merkt*, Unternehmenspublizität, S. 92f. Vgl auf europäischer Ebene *Report of the High Level Group of Company Experts*, S. 45 ("*key component of a regulatory regime*") und insbesondere die Verknüpfung zwischen effektiver *corporate governance* und Publizität bei den jüngsten Bestrebungen der Europäischen Kommission (siehe: *Aktionsplan der Kommission zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union*, S. 12ff, abrufbar unter: http://europa.eu.int/cgi-bin/eur-lex/udl.pl?REQUEST=Service Search&LANGUAGE=de&GUILANGUAGE=de&SERVICE=all&COLLECTION=com&DOCID=503PC0284) .

205 Neben diesen Säulen sind insbesondere die speziellen Publizitätspflichten von gelisteten Gesellschaften (Siehe *Listing Rules, para 9.1* und Section 329 C.A. 1985), die über Medien hergestellte Öffentlichkeit und nicht zuletzt die sogenannten *inspectors* (u.a. Section 432 C.A. 1985, ausführlicher unten S. 93ff) zu beachten.

wird, dass bestimmte Dokumente beim Register eingegangen sind.[206] Zum Zweiten gibt es das Register selbst, mit dessen Hilfe die Öffentlichkeit in die Lage versetzt werden soll, alle wichtigen Informationen über eine Gesellschaft in Erfahrung zu bringen.[207] Insbesondere betrifft das Informationen hinsichtlich des Gesellschaftsvertrages (*memorandum* und *articles*), der Direktoren, der Firma, der Anteilsverhältnisse und der Jahresabschlüsse. Damit das Register jederzeit auf dem aktuellen Stand bleibt, muss jede Gesellschaft zum Dritten einen sogenannten *annual return* beim Register einreichen. Dieses jährlich vorzulegende Schriftstück gibt Informationen über die Adresse der Gesellschaft, ihre Direktoren, den Typ der Gesellschaft und ihren Geschäftsbereich sowie bei Aktiengesellschaften über die jeweiligen Anteilseigner.[208] Die vierte Säule schließlich bildet die Pflicht der Gesellschaft, ihre finanziellen Verhältnisse in den Jahresabschlüssen offen zu legen und diese Abschlüsse von einem Prüfer kontrollieren zu lassen.[209] Ohne Zögern wird man in dieser Rechnungslegungspublizität den wichtigsten Pfeiler der Offenlegung erblicken können.[210] In gewisser Weise ist diese vierte Säule über eine Arkade mit der zweiten Säule verbunden, da die Jahresabschlüsse selbst auch in Kopie beim Register eingereicht werden müssen.[211]

(1) Unterschied zwischen den Sections 3 und 5 CDDA

Man muss man sich Section 3 und Section 5 als zwei nebeneinanderstehende Stützpfeiler ein und desselben Tatbestandes vorstellen. Eine zweisäulige Konstruktion ist allein deshalb erforderlich, weil Verstöße gegen Publizitätspflichten in manchen Fällen zu einer strafrechtlichen Verurteilung führen, während eine solche Verurteilung in anderen Fällen entweder nicht gesetzlich vorgesehen ist, nicht angestrebt wurde oder noch nicht

---

206 Siehe Section 711 C.A. 1985. Eingeführt 1972 in Umsetzung der 1. europäischen Gesellschaftsrechtsrichtlinie.

207 Dieses Register ist beim *Companies House* angesiedelt (siehe zu näheren Informationen: http://ws3.companieshouse.gov.uk/frame.cgi?OPT=free.) Dergleichen werden auch bei der Gesellschaft selbst diverse Register geführt, z.B. hinsichtlich der Direktorenverträge (Section 318 C.A. 1985), der *directors' dealings* und ihrer Anteile (Section 325 C.A. 1985).

208 Siehe Section 363f und 364a C.A. 1985.

209 Siehe insbesondere Section 221 ff C.A. 1985.

210 Erst die Rechnungslegung ermöglicht dem normalen Gesellschafter, Entwicklung und Risiko seines Engagements wirklich zu beurteilen. Zudem wird der Informationsasymmetrie zwischen Geschäftsleitern und normalen Gesellschaftern ein Stück weit entgegengewirkt. Besondere Bedeutung erlangt die Rechnungslegungspublizität, sobald am Kapitalmarkt agiert wird. Daher empfiehlt z.B. die *High Level Group of Company Law Experts* eine Differenzierung nach *listed*, *open* und *closed companies*, vgl. Report, S. 35.

211 Vgl. Section 242 C.A. 1985.

abgeschlossen ist. Immer dann, wenn ein Tätigkeitsverbot verhängt werden soll, nachdem ein strafrechtliches Verfahren zu einer Verurteilung im Wege einer sogenannten *summary conviction*[212] geführt hat,[213] befindet man sich im Anwendungsbereich von Section 5 CDDA.[214] Wenn eine strafrechtliche Verurteilung jedoch nicht zu einer *summary conviction* geführt hat, sondern zu einer Verurteilung nach Anklage, also zu einer sogenannten *conviction on indictment*, oder wenn überhaupt keine Verurteilung stattgefunden hat[215], kann sich ein Tätigkeitsverbot allenfalls aus Section 3 CDDA ergeben.[216]

Die Differenzierung zwischen den Sections 3 und 5 CDDA ist materiellrechtlich ohne weitere Bedeutung, spielt allerdings für die Frage des Verfahrens eine wichtige Rolle: Sollen wegen nicht beachteter Pflichten Tätigkeitsverbote über Section 5 CDDA verhängt werden, so ist dafür immer das Gericht zuständig, das zuvor auch schon das strafrechtliche Urteil ergehen lassen hat.[217] Geht es hingegen um ein Tätigkeitsverbot bei Section 3 CDDA, so ist nicht ein Strafgericht zuständig, sondern das Gericht, das für die Abwicklung der betroffenen Gesellschaft zuständig ist.[218] Dieser Unterschied ist deshalb von Bedeutung, weil das Strafgericht selbständig Erwägungen zu der Frage eines Tätigkeitsverbotes anstellen kann, während das Gericht bei Section 3 CDDA diese Frage nur dann untersuchen darf, wenn von anderer Seite ein dahingehender Antrag gestellt worden ist.[219]

---

212 Vgl. zu den Begrifflichkeiten im Zusammenhang mit einer strafrechtlichen Verurteilung schon oben S. 29.

213 Daraus wird sogleich ersichtlich, welchen Stellenwert der Gesetzgeber der ordnungsgemäßen Befolgung der Publizitätspflichten beimisst: Ein Strafgericht kann Tätigkeitsverbote sonst nur verhängen, wenn ein *indictable offence* erfüllt wurde (Section 2 CDDA), hier genügt jedoch schon ein *summarily*, um ein Tätigkeitsverbot verhängen zu können.

214 Das bezieht sich jedenfalls auf das letzte Urteil. Sollten davor Urteile wegen Verstößen gegen Berichtspflichten als *conviction on indictment* ergangen sein, so spielt das für die Anwendbarkeit von Section 5 CDDA keine Rolle, vgl. *Gower/Davies*, S. 222f. Das ergibt sich aus dem verschieden lautenden Gesetzestext in Section 5(1) und 5(2) CDDA.

215 Denkbar z.B., wenn eine bloße *default order* ergeht. Vgl. Section 3(3)(b) CDDA.

216 Vgl. den unterschiedlichen Wortlaut in Section 3(2) und 5(1) CDDA. Für die Fälle einer *conviction on indictment* bleibt neben Section 3 CDDA auch Section 2 CDDA zu beachten. Bei Lichte betrachtet wird Section 3 CDDA für diese Fälle kaum Bedeutung erlangen, weil ein Tätigkeitsverbot über Section 2 CDDA wesentlich leichter erreicht werden kann. Zum einen braucht das Gericht bei Section 2 CDDA nicht einen Antrag abzuwarten und zum anderen kann das Gericht schon allein deswegen, weil eine Straftat verwirklicht wurde, ein Tätigkeitsverbot verhängen. Bei Section 3 CDDA bedarf es hingegen weiterer Voraussetzungen, vgl. dazu sogleich.

217 Siehe Section 5(2) CDDA: „*court by which he is convicted*".

218 Siehe Section 3(4) CDDA.

219 Vgl. Section 3(2) CDDA: "*on application*". Zuständig für einen Antrag ist das *Secretary of State* oder einer der anderen in Section 16(2) CDDA genannten Antragsteller.

(2) Tatbestandlicher Zuschnitt

Im Tatbestand ist bei den Sections 3 und 5 CDDA vor allem von Interesse, wer erfasst wird und welche Pflichten zu einem Tätigkeitsverbot führen können.

(a) Personale Anknüpfung

Die Sections 3 und 5 CDDA erfassen nicht ausschließlich *directors*. Dadurch können theoretisch auch Tätigkeitsverbote gegen andere *officers* verhängt werden, sobald diese den entsprechenden Publizitätspflichten nicht nachgekommen sind.[220] Für diese Fälle würde es sich in bezug auf die künftige Direktorenstellung um echte *ex-ante* – Verbote handeln.

(b) Sachliche Anknüpfung

Die Tätigkeitsverbote in den Section 3 und 5 CDDA erfassen alle Fälle, in denen bestimmte Berichte oder Schriftstücke beim Register einzureichen sind.[221] Damit sind solche Tatsachen im Zusammenhang mit einer Gesellschaft nicht erfasst, die zwar bei der Gesellschaft, nicht jedoch beim Register öffentlich gemacht werden müssen.[222]

(aa) Erfasste Publizitätspflichten

Für die Frage, welche Publizitätspflichten ein Tätigkeitsverbot bewirken können, hält Section 3(3) CDDA einige wichtige, wenngleich nicht alle Fälle bereit.[223] Zum einen ist dabei die zentrale Section 242 C.A. 1985 erfasst, wonach die Direktoren einer Gesellschaft für jedes Berichtsjahr eine Kopie des Jahresabschlusses (*annual account*), des Direktorenberichtes[224] (*directors' report*) und des Prüfungsberichtes der Abschlussprüfer[225] (*auditors' report*) an das Register weiterleiten müssen.[226] Zum an-

---

220 Zum Verhältnis zwischen *officer* und *director* siehe *Hofler*, 1996 Company Lawyer 258. Erfaßt wird auch der *company secretary*, vgl.dazu *Hübner*, FS Großfeld, 459, 466.

221 Von den Sections 3 und 5 CDDA werden grundsätzlich sämtliche Publizitätspflichten erfasst, die sich aus dem *Companies Act* und dem *Insolvency Act 1986* (Teile I bis VII und Sections 411, 413, 414, 416, 417) ergeben, vgl. Section 27(7) CDDA.

222 Vgl. oben Fn. 207.

223 Siehe darüber hinaus beispielsweise Sections 396ff C.A. 1985: Registrierung von Sicherungsmitteln, Section 363 C.A. 1985 für die Vorlage des *annual account* und Section 703 P C.A. 1985 für den Fall des *winding up.*

224 Vgl. Section 234 C.A. 1985. Dieser Bericht ist vergangenheitsbezogen.

225 Vgl. Section 235(2) C.A. 1985.

226 Zu Reformbestrebungen bei den Berichtspflichten insbesondere für *small business companies* vgl. http://www.dti.gov.uk/companiesbill/smallbusiness.pdf. Unter anderem soll der *directors' report* ersetzt werden.

deren können Berichtspflichten auch einen bestellten *receiver* oder den *liquidator* treffen.[227] Dementsprechend erfasst Section 3(3) CDDA auch diese Fälle und verweist auf die Sections 41 und 170 I.A. 1986.

Die Fallgruppe, in der es um die Weiterleitung der Kopien der Jahresabschlüsse geht, wird in der Praxis eine exponierte Stellung einnehmen.[228] Grundsätzlich wird man dabei zwei verschiedene Konstellationen auseinanderhalten müssen: Zum einen die Fälle, in denen die Jahresabschlüsse nicht oder zu spät vorgelegt werden[229] und zum anderen solche Fälle, in denen die Dokumente rechtzeitig, aber inhaltlich falsch vorgelegt werden. Innerhalb dieser zweiten Fallgruppe kann man sodann theoretisch zwischen den Fällen unterscheiden, in denen die Jahresabschlüsse aus Unachtsamkeit falsch sind, und solchen Fällen, in denen vorgelegte Dokumente bewusst inhaltlich falsch publiziert werden.

Erstaunlich ist, mit welcher Frequenz einige Direktoren scheinbar gegen Publizitätsvorschriften verstoßen. So hatte ein Akteur in *Re Gilgate Properties Ltd* hundertfach die erforderlichen *accounts* nicht oder nicht rechtzeitig beim Register vorgelegt.[230] Der Direktor in *Re Civica Investments Ltd* brachte es sogar auf beachtliche 252 Verstöße in maximal 4 Jahren.[231] Solche Fälle, in denen Dokumente verspätet oder gar nicht beim Register vorgelegt werden, zeichnen sich in aller Regel dadurch aus, dass die Direktoren nachlässig, inkompetent oder überfordert sind.[232] Insofern stehen sie in ihrer Intensität zwar mit solchen Fällen gleich, in denen inhaltliche Fehler sich unbeabsichtigt eingeschlichen haben, sie werden aber überflügelt von den Fällen, in denen Dokumente bewusst inhaltlich falsch vorgelegt werden.

Für die Sections 3 und 5 CDDA stellt sich die Frage, ob auch die Fallgruppe vorgelegter, jedoch inhaltlich falscher Kopien der Jahresabschlüsse und Kopien zu einem Tätigkeitsverbot über die Sections 3 und 5 CDDA führen kann. Diesen Fall regelt Section 245 C.A. 1985 i.V.m. Sec-

---

227 Siehe für ein Beispiel für die Berichtspflichten des *receivers* und des *liquidators*: *Re Arctic Engineering Ltd* [1986] BCLC 253 (dazu *Birds*, 1986 Company Lawyer 27).

228 Genau dieser Pflicht kommen die *directors* am häufigsten nicht nach.

229 Siehe z.B. *Re Gilgate Properties Ltd* [13.03.1981] unveröffentlicht und *Re Civica Investments Ltd* [1983] BCLC 456.

230 Vgl. *Re Gilgate Properties Ltd* [13.03.1981] unveröffentlicht.

231 Vgl. *Re Civica Investments Ltd* [1983] BCLC 456.

232 Siehe paradigmatisch *Re Civica Investments Ltd* [1983] BCLC 456: "*mistakenly believed that it was not necessary to deliver annual accounts…;particular difficulties in preparing accounts; false impression…*".

tion 12(3) S.I. 1990 No. 2570 . Danach besteht für die Direktoren eine Korrekturpflicht, wenn sich ihnen im Nachhinein aufdrängt, dass die Jahresabschlüsse nicht mit den gesetzlichen Anforderungen übereinstimmen.[233] Die korrigierten Teile der Jahresabschlüsse sind dann wiederum in Kopie beim Register einzureichen.[234] An dieser Einreichungspflicht lässt sich mit dem Tätigkeitsverbot aus den Sections 3 und 5 CDDA anknüpfen. Wenn die nachträgliche Einreichung versäumt wird, kann der Verstoß zu einer *default order* oder zu einer strafrechtlichen Verurteilung führen, was dann für die Frage des Tätigkeitsverbotes nicht unerheblich sein wird.[235] Dabei beschränkt sich die Anknüpfung von Tätigkeitsverboten aber nicht nur auf versehentliche Verstöße, sondern erfasst auch vorsätzliche Falschmitteilungen.[236]

Bei solchen bewussten und zielgerichteten Falschdarstellungen der Finanzlage einer Gesellschaft kann man neben den Sections 3 und 5 CDDA speziell bei kapitalmarktorientierten Gesellschaften auch an die Fälle der *market manipulation* denken. In diesen Fällen, bei denen die *misleading statements* eine wichtige Rolle spielen, kann man über Section 397 FMSA 2000 zu einer strafrechtlichen Verurteilung gelangen[237], die ihrerseits Grundlage für ein Tätigkeitsverbot nach Section 2 CDDA sein kann.[238] Für alle Fälle nicht kapitalmarktorientierter Gesellschaften kann ein Tätigkeitsverbot auch über Section 2 CDDA erreicht werden, sobald der betrügerisch handelnde Geschäftsleiter strafrechtlich verurteilt worden ist.

(bb) Persistently

Für die Entscheidung, ob der Verstoß gegen eine Publizitätspflicht zur Verhängung eines Tätigkeitsverbotes nach Section 3 oder 5 CDDA führen soll, gibt das Gesetz dem jeweiligen Gericht ein Ermessen an die Hand.

---

233 Section 245(1) C.A. 1985 und S.I. 1990 No. 2570 (*The Companies (Revision of Defective Accounts and Report) Regulations 1990*).

234 Vgl. Section 245(2) C.A. 1985.

235 Vgl. Section 245(3) C.A. 1985 i.V.m. Section 12 S.I. 1990 No. 2570 (*The Companies (Revision of Defective Accounts and Report) Regulations 1990*). Siehe zur Ausstrahlung auf das "*persistently*" und die Vermutungsregelung in Section 3(2) unten Seite 36ff.

236 Vgl. nur (zur Vorgängervorschrift Sec 28 C.A. 1948) *Re Civica Investments Ltd* [1983] BCLC 456: „*maximum period...should be reserved for defaults of a serious nature such as, for example,...dishonest purpose, or wilfully and deliberately...*".

237 Zu Einzelheiten der *misleading statements* siehe *Palmers* Company Law, Rn. 11.139 ff. Eine strafrechtliche Verurteilung ist gemäß Section 397 FSMA 2000 bis zu 7 Jahren (durch *conviction* oder durch *indictment*) möglich. Vgl. zum FSMA 2000 *Fleischer*, RIW 2001, 817ff.

238 Zu Section 2 CDDA siehe schon oben S. 28ff.

Die Entscheidung des Gerichtes wird bei Section 3 CDDA maßgeblich davon beeinflusst, ob die betroffene Person *persistently*, also ausdauernd und beharrlich, gegen Publizitätspflichten verstoßen hat. Für die Annahme einer solchen Beharrlichkeit stellt der Gesetzgeber eine unwiderlegliche Vermutung auf: Wenn jemand innerhalb der letzten fünf Jahre bis zum Verbotsantrag mindestens dreimal wegen eines Verstoßes verurteilt worden ist, hat er *persistently* gegen seine Pflichten verstoßen.[239] Um der Frage vorzubeugen, welche Fälle als Verurteilung angesehen werden können, hat der Gesetzgeber auch diesbezüglich eine klare Regelung getroffen: Die betroffene Person muss entweder strafrechtlich verurteilt worden sein[240], was voraussetzt, dass der betroffene Verstoß strafbewehrt ist, oder es muss eine *default order* ergangen sein.[241] Eine solche *default order* fordert den säumigen Adressaten auf, seiner Mitteilungspflicht (gilt nur für Sections 242, 245 C.A. 1985 i.V.m. 12 S.I. 1990 No. 2570, 713 C.A. 1985 und Sections 41, 170 I.A. 1986) innerhalb einer festgesetzten Zeit nachzukommen, und ergeht auf Antrag eines Anteilseigners oder Gläubigers durch das Gericht.[242]

Für die Entscheidung darüber, ob ein Tätigkeitsverbot über Section 5 CDDA zu verhängen ist, gelten die Grundsätze der Section 3 CDDA entsprechend. Für Section 5 CDDA kommt es zwar nicht auf ein *persistently* an, jedoch kann das Strafgericht auch hier nur dann in Ermessenserwägungen eintreten, wenn die betroffene Person mindestens dreimal innerhalb der letzten fünf Jahre bis zur strafrechtlichen Verurteilung (also inclusive dieser) wegen einer *default order* oder wegen einer strafrechtlichen Verurteilung aufgefallen ist.[243] Entscheidend ist aber, dass die letzte, gerade ausgesprochene strafrechtliche Verurteilung *summarily* ergangen sein muss.[244]

Nicht in allen Fällen der Section 3 CDDA wird ein *persistently* über die Vermutungsregelung in Absatz 2 nachweisbar sein. Ein Antrag auf ein

---

239 Vgl Section 3(2) CDDA.

240 Siehe Section 3(3)(a) CDDA: entweder durch *indictment* oder *summarily*. Vgl. zu diesen Begriffen schon oben S. 29.

241 Vgl. Section 3(3)(b) CDDA.

242 Siehe z.B. Section 242(3) C.A. 1985.

243 Siehe Section 5(3) CDDA. Unter „*default order*“ fallen wie bei Section 3(3)(b) CDDA nur die dort genannten vier Vorschriften.

244 Siehe schon oben S. 33ff.

Tätigkeitsverbot ist deshalb jedoch noch nicht ausgeschlossen.[245] Allerdings stellt sich dann die Frage, wie man zum Nachweis der erforderlichen Hartnäckigkeit gelangen kann. Bei einem ersten gedanklichen Zugriff könnte man meinen, dass jegliche Form von Hartnäckigkeit auch ein dahingehend bestehendes subjektives Moment voraussetzt. Dann müsste man einem Direktor für die Annahme eines *persistently* mindestens vorwerfen können, dass er seinen Publizitätspflichten schuldhaft nicht nachgekommen ist.[246] Diesen Ansatz hat die Rechtsprechung jedoch ausdrücklich abgelehnt und festgestellt, dass es auf die Frage der Vorwerfbarkeit nicht ankommen kann.[247] *Persistently* sei, so das Gericht, allein davon abhängig, dass eine gewisse Häufigkeit und Kontinuität nachweisbar ist. Dabei könne man sich hinsichtlich der erforderlichen Häufigkeit an der gesetzgeberischen Intention orientieren, die in Section 3(2) C.A. 1985 zum Ausdruck gekommen ist. (dreifacher Verstoß in fünf Jahren).

Damit steht fest, dass die Frage der Vorwerfbarkeit nicht auf Tatbestandsebene von Bedeutung ist, sondern allenfalls auf der Rechtsfolgenseite für das *Ob* und das *Wie lange* eines Tätigkeitsverbotes relevant werden kann.[248]

(3) Rechtsfolge

Ein Tätigkeitsverbot auf Grundlage der Sections 3 und 5 CDDA steht im Ermessen des jeweiligen Gerichtes[249] und kann in allen Fällen für maximal fünf Jahre verhängt werden.

c. Zwischenergebnis

Die Untersuchung hat gezeigt, dass das englische Recht unabhängig von der Krise einer Gesellschaft dann Tätigkeitsverbote bereithält, wenn Straftaten im Zusammenhang mit der Leitung einer *company* verwirklicht wurden oder wenn Publizitätspflichten wiederholt missachtet wurden. Dabei beschränken sich beide Anknüpfungsfelder nicht auf Direktoren, sondern können einen weiter gefassten Personenkreis treffen. Für alle Ad-

---

245 Vgl. *Dine*, 1991 Company Lawyer 6.
246 So der Prozessbevollmächtigte des nachlässigen Direktors in *Re Arctic Engineering Ltd* [1986] BCLC 253.
247 *Re Arctic Engineering Ltd* [1986] BCLC 253.
248 Dazu näher unten S. 102ff.
249 Vgl. schon Fn. 201.

ressaten von Tätigkeitsverboten, die zuvor nicht selbst Direktoren einer *company* waren, handelt es sich um echte *ex-ante* – Verbote. Die möglichen Tätigkeitsverbote haben nicht allein den Schutz der Gläubiger im Blick, sondern dienen teilweise auch den Interessen der Anteilseigner und, soweit der Kapitalmarkt berührt wird, der Anleger.

2. Anknüpfungen in der Krise

Gelangen englische *companies* in das Fahrwasser der unternehmerischen Krise, dann offenbart sich häufig ein strukturell bedingtes Problem: Die Unternehmensleiter tendieren dazu, in der Abwägung zwischen Unternehmensfortführung und Abwicklung zu große Risiken einzugehen. Häufig führt das zum Unternehmenszusammenbruch, dessen Konsequenzen häufig allein die Gläubiger zu tragen haben. Ursache für dieses opportunistische Verhalten ist, dass die Unternehmensleiter zwar die Vorzüge eines wieder gesundenden Unternehmens genießen können, für den Fall des Unternehmenszusammenbruches jedoch die sogenannten *down-side-risks* nicht in gleichem Maße zu tragen haben.[250] Dieses strukturelle und zu einem Großteil durch das Fehlen eines Mindeststammkapitals bedingte Problem versucht das englische Recht im Wesentlichen durch zwei Mechanismen zu entschärfen: Durch die sogenannten *wrongful-* und *fraudulent trading* – Bestimmungen im Insolvenzrecht einerseits und durch Tätigkeitsverbote über die *unfitness* - Anknüpfung in Section 6 CDDA andererseits. Über die reinen *wrongful-* und *fraudulent trading*- Bestimmungen hinaus enthält der CDDA in Section 10 eine Anknüpfung, über die solches Verhalten ebenfalls zu Tätigkeitsverboten führen kann. In der Praxis spielt dabei Section 6 CDDA die herausragende Rolle, während Section 10 CDDA ein vergleichsweises Schattendasein fristet.[251] Das erklärt sich im Wesentlichen daraus, dass auf der einen Seite Section 6 CDDA noch andere Funktionen übernimmt, dass andererseits unabhängig von Section 10 CDDA die *wrongful-* und *fraudulent trading*- Bestimmungen schon einschneidende Rechtsfolgen bereithalten und dass diese Regelungen zum Dritten mit Durchsetzungsproblemen zu kämpfen ha-

---

250 Vgl. näher *Davies*, AG 1998, 346, 349.

251 Vgl. z.B. das Zahlenmaterial bei *Hicks*, No Hiding Place for the Unfit?, Appendix 4: z.B. 1995-97: Section 10 nur 1 Verfahren, Section 6 immerhin 1758 Verfahren.

ben.[252] Darüber hinaus sprechen Kostengründe nicht selten für ein Verfahren nach Section 6 CDDA.[253]

Damit dieses Zusammenspiel deutlich wird, soll in der folgenden Darstellung nicht nur der Section 6 CDDA, sondern auch dem *wrongful- und fraudulent trading* breiterer Raum zuteil werden.[254] Das bedeutet für den Bereich der Section 10 CDDA, dass etwas weitgreifender der Bezug zum eigentlichen Insolvenzrecht hergestellt werden muss, weil sich nur so das Wechselspiel zwischen den Tätigkeitsverboten und der Insolvenz gebührend darstellen lässt.[255] Nebenher gilt es, Section 4 CDDA zu beachten, die für betrügerische Verhaltensweisen bei der Abwicklung fruchtbar gemacht werden kann.[256]

a. Wrongful- / fraudulent trading (Section 10 CDDA)

Die Anknüpfung für Tätigkeitsverbote in Section 10 CDDA hält keine eigenen Tatbestandsmerkmale bereit, sondern verweist direkt auf das Insolvenzrecht. Dabei bezieht sich Section 10 CDDA auf zwei Vorschriften des Insolvency Act 1986 (I.A. 1986): Zum einen auf Section 213 (*fraudulent trading*) und zum anderen auf Section 214 (*wrongful trading*). Systematisch tritt das Tätigkeitsverbot neben zwei andere Rechtsfolgen des *wrongful-* und *fraudulent trading*, die ebenfalls dem Ziel dienen, gläubigerbenachteiligende Verhaltensweisen in der Krise hintanzuhalten: die persönliche Haftung der *directors* zum einen und deren strafrechtliche Verantwortung zum anderen.

(1) Systematisierung

Die heutigen Regelungen im I.A. 1986 gehen auf Vorarbeiten des *Cork Committee* zurück.[257] Die Zweigleisigkeit in den Sections 213 und 214 I.A. 1986 ist dabei der Unzulänglichkeit der Vorgängervorschrift in Sec-

---

252 Vgl. unten S. 52.

253 Bei Section 214 I.A. 1986 muss der *liquidator* das Kostenrisiko tragen. Vgl. *Ferran*, Company Law, S. 234 und unten S. 52.

254 Für Section 6 CDDA siehe unten S. 60ff.

255 Dazu sogleich im Anschluss.

256 Dazu sogleich unten S. 56ff.

257 Insolvency Law and Practice: Report of the Review Committee, Chairman, *Sir Kenneth Cork*, GBE, 1981/82, Cmnd 8558.

tion 332 C.A. 1948 geschuldet.[258] Diese war nicht in der Lage, dem intendierten Schutz der Gläubiger in der Krise wirksam zuzuarbeiten.[259] Es fehlte insbesondere an effektiven Mitteln, um schuldhaft und verantwortungslos handelnde Direktoren bestrafen und abschrecken zu können. Das *Cork-Committee* erkannte insoweit vier zentrale Hemmnisse.[260] Zum einen war die Verantwortung der Direktoren unter Section 332 C.A. 1948 davon abhängig, dass sie *absichtlich* zum Nachteil der Gläubiger oder sonst in betrügerischer Absicht handeln mussten.[261] Ein solcher Nachweis war jedoch nur äußerst schwierig zu erbringen.[262] Zum Zweiten vereinigte Section 332 C.A. 1948 sowohl zivilrechtliche als auch strafrechtliche Sanktionen unter einem Dach. Dementsprechend war selbst dann, wenn es nur um die zivilrechtliche Haftung ging, das anspruchsvollere Strafverfahren mit seinen strengen Beweisregeln zu beachten.[263] Zum Dritten konnte man die Waffen der Section 332 C.A. 1948 nur dann bemühen, wenn die Gesellschaft sich in der Liquidation befand. Viertens war der Verlauf der zivilrechtlichen Betrachtung nicht selten deshalb gehemmt, weil noch andere strafrechtliche Verfahrensschritte andauerten. Aus diesen Gründen empfahl das *Cork-Committee* eine Entzerrung von zivilrechtlichen und strafrechtlichen Aspekten dergestalt, dass die zivilrechtliche Verantwortung der Geschäftsleiter nur noch eintreten sollte, wenn diese Personen bei einem sogenannten *wrongful trading*[264] hinsichtlich der Gesellschaft beteiligt waren.[265] Diese persönliche Haftung sollte nicht notwendig davon abhängen, dass man dem Geschäftsleiter ein betrügeri-

---

258 Section 332 C.A. 1948 war seinerseits ein nahezu unveränderter Nachfolger von Section 275 C.A. 1929, die wiederum auf Section 75 C.A. 1928 (zu dessen Unzulänglichkeiten schon *Beckman/Ross*, 1991 N.L.J. 1744) und die Empfehlungen des *Greene-Committee* zurückzuführen ist.

259 Zum Schutzbedarf der Gläubiger vgl. schon *West Mercia Safetywear Ltd v Dodd and another* [1988] BCLC 250 und insbesondere *Colin Gwyer & Associates Ltd and another v London Wharf (Limehouse) Ltd and others* [2002] EWHC 2748 (Ch).

260 Insolvency Law and Practice: Report of the Review Committee, Chairman, *Sir Kenneth Cork*, GBE, 1981/82, Cmnd 8558, paras 1776-1780.

261 Dazu kam, dass die Gerichte hohe Anforderungen stellten, vgl *Re Patrick Lyon Ltd* [1933] Ch 786.

262 Vgl. *Re William C. Leitch Brothers Ltd* [1932] 2 Ch 71; *Re Patrick Lyon Ltd* [1933] 2 Ch 786; *Re Sarflax Ltd* [1979] 2 WLR 202; *Re Maidstone Buildings Provisions Ltd* [1971] 1 WLR 1085.

263 Kritisch zur Vermischung von Zivilrecht und Strafrecht *McFarlane*, 1984 N.L.J. 505; *Cork/Graham*, ZIP 1982, 1284.

264 Nach der Kommission sollte ein Fall des *wrongful trading* dann vorliegen, wenn *entweder* die Gesellschaft in betrügerischer Weise gehandelt hatte *oder* insolvent war und in diesem Stadium weitere Schulden angehäuft hatte, ohne eine vernünftige Aussicht zu haben, diese begleichen zu können. (Insolvenz sollte sowohl *balance sheet*- als auch *cash flow*- Insolvenz beinhalten).

265 Insolvency Law and Practice: Report of the Review Committee, Chairman, *Sir Kenneth Cork*, GBE, 1981/82, Cmnd 8558, paras 1781-1806. Weiterhin empfahl die Kommission, Klagen wegen *wrongful trading* auch in den Stadien *receivership* und *administration order* zuzulassen, und die Klagemöglichkeit auch direkt den betroffenen Gläubigern zuzugestehen.

sches Verhalten vorwerfen musste. Vielmehr sollte eine Verantwortlichkeit mit Hilfe eines objektiven Testes schon dann eintreten können, wenn man Defizite im Verhalten im Vergleich zu einem durchschnittlichen Geschäftsmann erkennen konnte.[266] Für Fälle von *fraudulent trading*, also von Betrug, hielt es die Kommission dagegen für angebracht, *nur noch* eine strafrechtliche Verantwortlichkeit anzuordnen. Dieses abgestufte System hätte also dazu geführt, dass zivilrechtlich relativ leicht eine persönliche Haftung erreichbar gewesen wäre, während das scharfe Schwert des Strafrechtes auf die Fälle der vorsätzlichen Gläubigerbenachteiligung beschränkt gewesen wäre. Die Vorschläge des *Cork-Committee* wurden jedoch nicht vollständig umgesetzt. Immerhin wurde im späteren Gesetzgebungsverfahren an der neuen Zweigleisigkeit von *fraudulent-* und *wrongful trading* festgehalten.[267] Allerdings wurde die zivilrechtliche Haftung nicht auf die Fälle des *wrongful trading* beschränkt, sondern auch weiterhin für die Fälle des *fraudulent trading* vorgesehen.[268]

Im Folgenden wird es darauf ankommen, die tatbestandlichen Bausteine, von denen das Tätigkeitsverbot in Section 10 CDDA abhängt, aufzubereiten.

(2) Wrongful trading

Immer dann, wenn ein Gericht einen *director* einer Gesellschaft im Rahmen von Section 214 I.A. 1986 dazu verurteilt hat, persönlich für die Schulden der Gesellschaft einstehen zu müssen, kann dieses Gericht gemäß Section 10 CDDA weitergehend auch ein Tätigkeitsverbot über den Direktor verhängen. Indem das Tätigkeitsverbot aus Section 10 CDDA sich an die Verurteilung zur persönlichen Haftung „ankoppelt“, ergänzt es die Regelungsziele der Section 214 I.A. 1986.[269] Anders als das reine Tätigkeitsverbot, das wie gezeigt auch Verhaltensmaßstäbe setzen soll[270], beschränkt sich die Funktion von Section 214 I.A. 1986 auf die privat-

---

266 Gemeint ist ein *ordinary businessman*.

267 Zunächst war *wrongful trading* in Section 15 I.A. 1985 geregelt, nach der Konsolidierung insolvenzrechtlicher Vorschriften dann in Section 214 I.A. 1986.

268 Immerhin wurde eine tatbestandliche Aufspaltung vorgenommen: Zivilrechtliche Folgen des *fraudulent trading* regelt jetzt Section 213 I.A. 1986, während die strafrechtlichen Folgen sich nach Section 458 C.A. 1985 richten. Diese Aufspaltung bewirkt insbesondere Unterschiede zwischen dem zivilrechtlichen Verfahren einerseits und dem strafrechtlichen Verfahren andererseits.

269 Zur Bedeutung von Section 214 I.A. 1986 für das dogmatische Gefüge des Gesellschaftsrechtes vgl. *Hicks*, 1993 Company Lawyer 16; *Prentice*, 1990 Oxf JLS 277.

270 Vgl. schon oben S. 8ff.

rechtliche Kompensation.[271] Funktional lässt sich Section 214 I.A. 1986 mit der Insolvenzverschleppungshaftung der §§ 64 Abs. 2 GmbHG, 92 Abs. 2, 93 Abs. 2 AktG im deutschen Recht vergleichen.[272] Da es sich in England um Fälle der faktischen Insolvenz handelt, geht es bei genauerer Betrachtung um den Missbrauch der limitierten Haftung.[273] Geschäftsleiter, die eine insolvente Gesellschaft weiterführen und so das an die Gläubiger verteilbare Vermögen weiter dezimieren, handeln unter dem Deckmantel der juristischen Person und lassen die Gläubiger im schlimmsten Fall unbefriedigt zurück.[274] Dementsprechend kann man Section 214 I.A. 1986 auch als Ausgleich dafür verstehen, dass es bei der Errichtung einer Gesellschaft in England nicht der Aufbringung eines bestimmten Mindestkapitals bedarf.[275] Es handelt sich um eine gesetzliche Ausnahme vom Grundsatz der eigenständigen Personalität der Gesellschaft, die eine Haftung der Geschäftsleiter für die Schulden der Gesellschaft nicht ohne weiteres zulässt.[276]

Section 214 I.A. 1986 kann dann zum Zuge kommen, wenn eine Gesellschaft sich im Stadium der *insolvent liquidation* befindet und ein Direktor dieser Gesellschaft zu irgendeinem Zeitpunkt vor der Liquidation wusste oder wissen musste, dass die Gesellschaft keine vernünftige Aussicht hat-

---

271 Siehe nur *Campbell*, 1994 Cambrian Law Review 69, 81. Primär geht es dabei um den Gedanken der Kompensation der Gläubigerverluste, weniger um strafrechtliche Gesichtspunkte. Allerdings sind diese nicht gänzlich ausgeschlossen, vgl. *Sealy*, Disqualification, S. 50. Zum Regelungsziel der Section 10 CDDA siehe *Schulte*, 1999 Company Lawyer 80, 81; *Griffin*, 2002 Insolvency Lawyer 32; allgemein *Drake*, 1989 J.B.L. 474; Re *Pamstock Ltd* [1994] 1 BCLC 716.

272 Bei genauerem Hinsehen zeigt sich natürlich, dass zwischen beiden Regelungen erhebliche Unterschiede bestehen. Auf einen tiefgreifenden sei an dieser Stelle hingewiesen: Während Section 214 I.A. 1986 lediglich die Altgläubiger davor schützen soll, dass ihre Quote in der Insolvenz geschmälert wird, nimmt die deutsche Rechtsordnung seit der bahnbrechenden Entscheidung BGHZ 126, 181 eine differenziertere Haltung ein. Unterschieden wird zwischen Altgläubigern, die ihre Quotenschäden ersetzt verlangen können und zwischen Neugläubigern, deren Schaden darin besteht, überhaupt einen Vertrag mit der Gesellschaft geschlossen zu haben. In England wurde eine solche Differenzierung, soweit ersichtlich, nur von *Oditah*, 1990 LMCLQ 221-1 und vom *liquidator* in *Re Purpoint Ltd* [1991] BCC 121 angedacht, allerdings hat das Gericht dies ausdrücklich abgelehnt.

273 Vgl. *Schulte*, 1999 Company Lawyer 80, 81; *Rajak*, 1989 N.L.J. 1374; *Oditah*, 1990 L.M.C.L.Q. 205ff.

274 Siehe z.B. *Re Produce Marketing Consortium Ltd (No 2)* [1989] BCC 569: „*purpose...to compensate creditors*".

275 *Griffin*, Personal Liability, S. 60. Diesen Aspekt beleuchtet auch das *Cork-Committee.*

276 Vgl. dazu *Schulte*, 1999 Company Lawyer 80, 81. Funktional geht es also um einen Durchgriff. Den Begriff "Durchgriff" sollte man allerdings mit Vorsicht verwenden, denn in den Kategorien des deutschen Gesellschaftsrechtes geht es beim Durchgriff immer um die Haftung der Gesellschafter, nicht jedoch der Geschäftsleiter. Eine undifferenzierte Betrachtung ist nur dort angebracht, wo Gesellschafter den *board* selbst in Personalunion besetzen. Solche Konstellationen finden sich in England häufig bei kleinen Gesellschaften (Vgl. *Oditah*, 1990 LMCLQ 205; für ein Beispiel siehe *Re Swift 736 Ltd* [1993] BCLC 1). Allgemein besteht jedoch keine Pflicht, dass ein *director* auch Anteilseigner sein muss, es sei denn, die *articles* sehen es so vor, vgl. Section 291(1) C.A. 1985. Der Begriff „Durchgriff" ist auch deshalb mit Vorsicht zu genießen, weil er eine Außenhaftung vermuten lässt. Bei Section 214 I.A. 1986 geht es jedoch nicht um eine direkte Haftung gegenüber den Gläubigern. Der *director* muss vielmehr in einen Pool zahlen, aus dem dann *alle* Gläubiger befriedigt werden.

te, diesem Schicksal zu entkommen.[277] Für die vorliegende Fallgestaltung spricht man immer dann von einer *insolvent liquidation*, wenn die Gesellschaft zu einem Zeitpunkt in das Stadium der Liquidation tritt, in dem ihr Vermögen nicht mehr ausreicht, um die angelaufenen Schulden und die Kosten für die Abwicklung zu begleichen.[278]

(a) Personale Anknüpfung

Anders als bei Section 213 I.A. 1986 kann sich eine Haftung aus Section 214 I.A. 1986 nur für *company directors* ergeben.[279] Diese Beschränkung auf *directors* bedeutet allerdings nicht, dass ein wirksamer Bestellungsakt vorliegen muss. Vielmehr lassen sich hier unter dem Begriff des *director* auch die schon vorgestellten *shadow directors* und die *de-facto directors* erfassen.[280] Die Erweiterung auf *shadow directors* ergibt sich dabei aus Section 214(7) I.A. 1986, während der Ausweitung auf *de-facto directors* die Rechtsprechung[281] den Weg geebnet hat.[282]

(b) Sachliche Anknüpfung

(aa) Einordnung eines Verhaltens als *wrongful trading*

Im Hinblick auf die weitgreifenden Haftungs- und Tätigkeitsverbotsfolgen eines *wrongful trading* stellt sich die Frage, wie das relevante Verhalten eines *director* möglichst eng umrissen werden kann. Bei bloßer Anwendung des Gesetzestextes würde Section 214 I.A. 1986 ein äußerst weites Spektrum möglicher Haftungsfälle eröffnen, so dass im Ergebnis

---

277 Darüber hinaus muss die Gesellschaft sich im *winding up* befinden. Vgl.Section 214(1) I.A. 1986. Dazu *Starnecker,* Englische Insolvenzverfahren, S. 57ff. Überblicksartig zum Ganzen *Morse/Marshall/Morris/Crabb*, Company Law, S. 282f und *Draper*, 1993 I.C.C.L.R. 400, 402ff.

278 Siehe Section 214(6) I.A. 1986: "*...at a time, when its assets are insufficient for the payment of its debts and other liabilities and the expenses of the winding up.*". Diese Definition beruht auf der sogenannten *balance sheet insolvency*. Unter den Begriff der *debts* fallen in diesem Zusammenhang auch zu erwartende und zukünftige Verbindlichkeiten; vgl. dazu *Insolvency Rules 1986, r. 13.12*. Wichtig ist, dass die an dieser Stelle gebräuchliche Definition der insolvent liquidation nicht als cash-flow-Insolvenz verstanden werden kann. Insoweit weicht das Gesetz von den Empfehlungen des *Cork-Committee* ab. Eine cash-flow-Insolvenz nimmt man an, wenn eine Gesellschaft die anfallenden Verbindlichkeiten nicht mehr begleichen kann („*debts as they fall due*"), vgl. dazu *Griffin*, Personal Liability, S. 6 und Goode, Centre Point, S. 436ff.

279 Wie schon erwähnt, stellte sich der Gesetzgeber damit in Opposition zu den Vorschlägen des *Cork-Committee*. Ein anderer und weitergehender Ansatz findet sich z.B. in Irland: Hier kann die persönliche Haftung auch auf funktional unter den Direktoren stehende Personen erstreckt werden. Zu den Gründen der Restriktion in England vgl. *Griffin*, Personal Liability, S. 80.

280 Siehe zu den Begriffen schon oben S. 21ff.

281 Vgl. *Re Hydrodam (Corby) Ltd* [1994] 2 BCLC 180.

282 Im Übrigen lässt sich dieses Ergebnis auch aus Section 251 I.A. 1986 (eine wortgleiche Entsprechung zu Section 22(4) CDDA) herleiten.

die Direktoren für jegliches Fehlverhalten im kritischen Stadium persönlich haftbar gemacht werden könnten.[283] In der Anwendungspraxis der Rechtsprechung kommt Section 214 I.A. 1986 dann zum Zuge, wenn eine Gesellschaft nach Überschreiten eines kritischen Zeitpunktes – dazu sogleich genauer - nicht aufhört, Geschäfte zu führen und Schulden anzusammeln und wenn dadurch die Haftungsmasse für die Gläubiger geschmälert wird.[284] Ausnahmsweise reicht es auch aus, dass keine neuen Verbindlichkeiten eingegangen worden sind. Z.B. kann durch die Zahlung bewusst überhöhter Gehälter an die Direktoren das Gesellschaftsvermögen vermindert werden.[285] In den Randbereichen ist die Konturierung der Vorschrift jedoch bislang nicht lückenlos gelungen, so dass eine angemessene Flexibilität in der praktischen Anwendung möglich ist.[286]

(bb) Kenntnis und Kennenmüssen in der Person des Direktors

Für die Frage, ob der betroffene Direktor auch für das Verhalten verantwortlich ist, bedarf es der Feststellung, dass der Direktor zu einem bestimmten Zeitpunkt[287] vor Beginn der *liquidation* positive Kenntnis hatte oder aber wissen musste, dass die Gesellschaft keine vernünftige Aussicht hatte, der *insolvent liquidation* entgehen zu können.[288] Da sich positive Kenntnis in der Praxis selten nachweisen lassen wird[289], gebührt das Augenmerk der Frage, wann man einem Direktor den Vorwurf machen kann, er hätte die Ausweglosigkeit der Lage erkennen müssen.[290] Insoweit stellt

---

283 *Griffin*, Personal Liability, S. 64. Kritisch wegen der tatbestandlichen Unbestimmtheit *Doyle*, 1992 Company Lawyer 1992, 96ff.

284 Das geht auf die Erwägungen des *Cork-Committee* zurück. Vgl. Insolvency Law and Practice: Report of the Review Committee, Chairman, *Sir Kenneth Cork*, GBE, 1981/82, Cmnd 8558, para 1806.

285 Vgl. *Griffin*, Personal Liability, S. 64. Für eine weitergehende Interpretation der Vorschrift in Ablehnung des *Cork-Committee* auch die Beratungen im Parlament. Vgl. dazu *Sealy*, Disqualification, S. 22; *Sealy*/*Milman,* Annotated Guide, S. 223.

286 Ähnlich *Vach*, Insolvenzrechtsreform, S. 175.

287 Das ist der Zeitpunkt, den der antragstellende Liquidator für das Erkennen bzw. Erkennenmüssen der Ausweglosigkeit angenommen hat. Zum Problem und der Unbestimmtheit dieser Anknüpfung z.B. im Vergleich zum deutschen Recht vgl. *Habersack/Verse*, ZHR 2004, 174, 176; *Wiesner*, BB 2003, 213, 215.

288 Section 214(2)(b) I.A. 1986:"*...that there was no reasonable prospect that the company would avoid going into insolvent liquidation*".

289 Alle vorliegenden Gerichtsentscheidungen beschäftigen sich mit der Frage des Wissenmüssens.

290 In der Rechtspraxis finden sich extrem unterschiedliche Fälle. So gibt es in einem Extrempunkt Fälle, in denen die Direktoren nach ihrer eigenen Überzeugung verantwortungsvoll handeln, und sich die Frage stellt, ob ihr Bestes noch gut genug war, um dem Vorwurf des *wrongful trading* zu entgehen. In einem anderen Extrem gibt es Fälle, in denen die Direktoren ganz offensichtlich betrügerische Praktiken an den Tag legen, um ihre Gesellschaft am Leben zu erhalten. Für diese Fallgruppe sei beispielhaft auf *Official Receiver v Doshi* [2001] 2 BCLC 235 hingewiesen: Hier hatte der Direktor Rechnungen über tatsächlich nicht bestehende Forderungen erstellt. Diese sollten dann über eine Factoring-Gesellschaft zu liquiden Mitteln gemacht werden. Das Gericht meinte, spätestens durch diese Machenschaften musste der Direktor davon ausgehen, dass eine *insolvent liquidation* nicht mehr

Section 214(4) I.A. 1986 eine Entscheidungshilfe zur Seite: Das Verhalten des jeweiligen Direktors wird daran gemessen, wie sich eine *reasonably diligent person*, also eine vernünftig und sorgfältig handelnde Person, in der jeweiligen Situation verhalten hätte. Bei der Frage, was vernünftig und sorgfältig ist, stellt sich das Problem, welches Wissen diese Vergleichsperson besitzt. Das Gesetz sieht insoweit eine Kombination aus einem *objektiven* und einem *subjektiven* Maßstab vor. Zum einen soll die Vergleichsperson das allgemeine Wissen, die Fähigkeiten und die Erfahrung haben, die man vernünftigerweise von einer Person in der Stellung des jeweiligen *director* erwarten darf.[291] Zum anderen wird jedoch auch fingiert, die Vergleichsperson hätte das Wissen, die Fähigkeiten und die Erfahrung des speziellen *director*.[292] Das entscheidende an dieser Kombination objektiver und subjektiver Kriterien ist, dass ein gewisser objektiver Maßstab niemals unterschritten werden kann.[293] Das Vergleichsniveau kann also immer angehoben, niemals jedoch abgesenkt werden.[294]

Diese legislatorische Annäherung grenzt zwar den Untersuchungsradius für die Gerichte ab, *en detail* bleibt es aber der Rechtsprechung vorbehalten, Einzelfragen zu klären.[295] Schwierigkeiten bereitet die Frage, was als „vernünftig" anzusehen ist und wann genau der „*moment of truth*" anzunehmen ist.[296] Die Fälle, in denen ein Direktor allein auf Grundlage seines *business instinct*, also spekulativ und ohne stützendes Zahlenwerk, zu dem Schluss kommt, seine Gesellschaft könne in Zukunft die *liquidation* vermeiden, werden die Gerichte wesentlich vorsichtiger beurteilen, als

---

vermeidbar war. (Das Besondere dieses Falles ist, das Untersuchungen nach Section 6 CDDA und 214 I.A. 1986 in einem Verfahren zusammentreffen).
Für das erste Extrem sei beispielhaft auf *Re Continental Assurance Co. of London plc* [2001] BPIR 733 hingewiesen (siehe dazu *Walters*, 2001 Insolvency Lawyer 211ff). In diesem Fall war eine Versicherungsgesellschaft überraschend in Probleme verwickelt worden, weil Klagen von Versicherten plötzlich in großer Zahl auftraten. Die Direktoren hatten mit aller Vorsicht eine Überlebensmöglichkeit der Gesellschaft angenommen. Für einen weiteren Fall, in dem die Direktoren ihr Bestes versuchten, vgl. *Re Sherborne Associates Ltd* [1995] BCC 40.

291 Vgl. Section 214(4)(a) I.A. 1986.

292 Vgl. Section 214(4)(b) I.A. 1986.

293 Siehe z.B. *Whitehouse/Arnold*, 1993 Solicitors' Journal 218, 219.

294 Dieser gemischte Maßstab ist von der rein subjektiven Betrachtung zu unterscheiden, die beispielsweise früher bei den *directors' duties* eine Rolle spielte. Vgl. dazu unten S. 69f.

295 Immerhin kann der erwartete Standard nie unter ein objektives Mindestmaß absinken. *Doyle*, 1992 Company Lawyer 96, 97 sieht darin eine lange überfällige Abwendung von den subjektiven Kriterien, die für die Frage der Pflichtverletzung eine Rolle gespielt haben. Im übrigen erkennt er darin einen wirtschaftlichen Nutzen, da unfähige Direktoren, die zwar engagiert und gutgläubig sind, so abgeschreckt werden. *Hicks*, 1993 Company Lawyer 55, 57 vermutet hinter Section 214(4) I.A. 1986 einen Schutz davor, dass sich *non-executive directors* vor der Haftung drücken, indem sie auf ihre untergeordnete Stellung verweisen.

296 Die Frage der Bestimmung des konkreten Zeitraumes soll hier nicht abschließend erörtert werden. Vgl. ausführlich *Habersack/Verse*, ZHR 2004, 174, 184ff.

solche Fälle, in denen greifbare Fakten die Vermutung stützen, die Gesellschaft hätte eine echte Chance gehabt, den Weg zurück aus der Krise zu finden.[297]

Für die Frage, ob solche Fakten für einen „*reasonable*“ - Test, wie ihn Section 214(4) I.A. 1986 vorsieht, vorliegen, kommen die Gerichte jedoch nicht umhin, den wirtschaftlichen Status der Gesellschaft zum fraglichen Zeitpunkt in die Betrachtung einzubeziehen.[298] Letztendlich darf nicht allein aus der Tatsache, dass die Direktoren von der Insolvenz der Gesellschaft wussten, auf die Annahme geschlossen werden, sie hätten von der Aussichtslosigkeit im Hinblick auf die drohende Liquidation ausgehen müssen. Hier zeigt sich die Schwierigkeit für die Gerichte: Es müssen immer die spezifischen Umstände zum Zeitpunkt der Entscheidungsfindung der Direktoren berücksichtigt werden[299] und das Gericht muss immer auch nach Hinweisen dafür suchen, dass die Direktoren einen realistischen Versuch unternommen haben, „das Ruder herumzureißen“.[300]

Wenn das Gericht sich einen Überblick über das wirtschaftliche Umfeld der Direktorenstellung im konkreten Fall verschafft hat, verlangt Section 214(4) I.A. 1986 eine zweite Konkretisierung insoweit, als genau zu bestimmen ist, welches Verhalten von dem Direktor erwartet werden durfte.[301] Dafür stellte die Entscheidung *Re Produce Marketing Consortium Ltd (No 2)* weiterführende Maßstäbe auf.[302] Es wurde klargestellt,

---

297 *Oditah*, 1990 L.M.C.L.Q. 205, 207ff.

298 Dafür muss sich das Gericht z.B. die Gewinn- und Verlustrechnung, die Umsatzzahlen, die Auftragseingänge und die Kontostände der Gesellschaft anschauen. Für Einzelheiten vgl. die Auflistung bei *Griffin*, Personal Liability, S. 66 und *Hicks*, 1993 Company Lawyer 55.

299 Stellt man die Frage in einen größeren Zusammenhang, so handelt es sich also um die auch im deutschen Recht bekannte Problematik, dass eine *ex-ante* getroffene Tatsachenentscheidung unter Wahrung der gebotenen Einschätzungsprärogative *ex-post* von einem Gericht beurteilt werden muss. Treffend insoweit das Gericht in *Re Brian D. Pierson (contractors) Ltd* [1999] BPIR 18: „*...it is easy to be wise with hindsight*“.

300 Indiziell können z.B. wirken: Generierung von Eigenkapital (z.B. durch Kapitalerhöhung); Überprüfung und eventuell Anpassung der Vergütung der Boardmitglieder und der Angestellten; Unterstützung von wichtigen Gläubigern (z.B. hauptkreditgebende Bank); regelmäßige *board*-Zusammenkünfte; konstantes *monitoring* der Geschäftsentwicklung; detailiert ausgearbeiteter Business-Plan; Neuorganisation oder Restrukturierung der Managementebene; vernünftige Aussicht auf einen neuen, lukrativen Vertrag; Inanspruchnahme von Expertenrat.

301 Hierbei sollte man sich vor Augen führen, dass die Testfrage bei Section 214 I.A. 1986 in größerem Zusammenhang auch dafür entscheidend ist, ob ein Direktor seine generelle Sorgfaltspflicht (*duty of care and skill*) verletzt hat. Daraus könnten sich dann wiederum gesellschaftsrechtliche Ansprüche über Section 212 I.A. 1986 ergeben. Die bei Sections 212 und 214 I.A. 1986 erwarteten Standards sind seit *Re D'Jan of London* Ltd [1993] BCC 646, *Norman v Theodore Goddard* [1992] BCC 14, *Cohen v* Selby [2001] 1 BCLC 176 und Re *Continental Assurance Company of London plc*, [2001] BPIR 733 para 399 als gleichförmig anzusehen. Für ein Nebeneinander von Sections 212 und 214 I.A. 1986 siehe auch *Re Howard Holdings Inc* [1998] BCC 549 und *Stocznia Gdanska SA v Latreefers Inc (No 2)* [2001] 2 BCLC 116.

302 *Re Produce Marketing Consortium Ltd (No 2)* [1989] BCC 569. Hilfreiche Einordnungen hält auch *Re Continental Assurance Co. of London plc*. [2001] BPIR 733 para 281 bereit.

dass es darauf ankommt, die *spezielle* Gesellschaft zu betrachten. So sind die Anforderungen an Wissen, Fähigkeiten und Erfahrung eines Direktors bei einer kleinen Gesellschaft wesentlich geringer, als dies bei großen Gesellschaften mit ausführlicheren Rechnungslegungsanforderungen der Fall ist.[303] Nichtsdestotrotz muss jeder Direktor bestimmte Mindeststandards beachten[304] und einer Informationsbeschaffungspflicht nachkommen, über die er sämtliches Wissen zu beschaffen hat, das man einem objektiven Durchschnittsdirektor als bekannt unterstellen würde.[305] Insoweit wird deutlich, dass das Gericht zwar sowohl subjektive als auch objektive Elemente berücksichtigt. Im Ergebnis wird jedoch dem objektiven Element der Section 214(4)(a) I.A. 1986 der Vorrang eingeräumt.[306] Der subjektive Maßstab erlangt dann größere Geltung, wenn der konkret handelnde Direktor mehr wusste oder konnte, als man von ihm im Normalfall verlangt hätte.[307] In diesem Fall kann er sich nicht auf den geringeren objektiven Standard berufen.[308] Von einem *executive director* wird man beispielsweise mehr Gespür für die Unvermeidlichkeit der Liquidation erwarten dürfen, als von einem *non-executive director*.[309] Ebenso müssen für einen erfahrenen Geschäftsmann oder jemanden, der im Bereich der Rechnungslegung oder des Gesellschaftsrechtes beruflich qualifiziert ist, härtere Maßstäbe angelegt werden, als für unerfahrene Direktoren.[310]

---

303 Zustimmend *Doyle,* 1992 Company Lawyer 96, 97. Dieser verweist auch auf eine praktische Überlegung: Die Höhe der Vergütung kann zur Bestimmung des jeweils geforderten Pflichtenkataloges herangezogen werden.

304 Das Gericht verweist auf die Pflicht jeder Gesellschaft, die finanziellen Verhältnisse der Gesellschaft in *accounting records* abzubilden (Section 221(1) und (2)(a) C.A. 1985) sowie die Pflicht, eine Gewinn- und Verlustrechnung und eine Bilanz aufzustellen (Section 227(1) und (3) C.A. 1985) sowie die Rechnungslegung der Hauptversammlung vorzulegen (Section 241 C.A. 1985).

305 Das Gericht gründet diese Annahme auf den Wortlaut von Section 214(4) I.A. 1986, der nicht nur von „*ought to know*" spricht, sondern ausdrücklich auch von „*ought to ascertain*". *Hicks,* 1993 Company Lawyer 55 konkretisiert dies für den Fall der Finanzen auf eine Obliegenheit zur „*adequate financial information*".

306 Hier zeigt sich deutlich der Unterschied zu der alten Regelung der Section 332 C.A. 1948. Im übrigen erinnert der Ansatz an die deutsche Unterscheidung zwischen subjektiviertem Fahrlässigkeitsvorwurf im Strafrecht einerseits und dem hier vergleichbaren objektivierten Fahrlässigkeitsvorwurf im Zivilrecht andererseits (§ 276 Abs. 2 BGB: „im Verkehr erforderliche Sorgfalt").

307 Beispiel bei *Pennington*, Corporate Insolvency Law, S. 235: ein *director* für Produktion ist gleichzeitig auch ein gut ausgebildeter Ingenieur.

308 Das gilt auch dann, wenn er einige der Aufgaben, die ihm übertragen worden sind, an jemanden anderes delegiert hat. Siehe *Doyle*, 1992 Company Lawyer 96, 97.

309 Vgl. *Griffin*, Personal Liability, S. 68. Gleichsinnig *Hicks*, 1993 Company Lawyer 55, 57. Ein Beispiel für die Frage der Verantwortung von *non-executive directors* im Rahmen von Section 214 I.A. 1986 findet sich in *Re Sherborne Associates Ltd* [1995] BCC 40. Siehe auch *Re Continental Assurance Co. of London plc*. [2001] BPIR 733 para 110.

310 Gleichsinnig *Fletcher/Butler,* 1989 Law Society's Guardian Gazette 19f; *Hicks*, 1993 Company Lawyer 55, 57; *Doyle*, 1992 Company Lawyer 96, 98. Probleme treten häufig dann auf, wenn Kompetenz und Fähigkeiten der einzelnen Boardmitglieder sehr unterschiedlich sind. Häufig trifft man bei großen Gesellschaften eine Bereichszuständigkeit der Direktoren an (*finance director* etc.). War die drohende *liquidation* für den einen früh erkenn-

Schließlich divergieren die Anforderungen natürlich auch je nach Größe und Börsennotierung der Gesellschaft.[311] Differenzierungen lassen sich damit für die Gerichte schon auf der Tatbestandsseite vornehmen.[312] Weitergehend können die Gerichte jedoch auch noch auf der Rechtsfolgenseite zwischen verschiedenen Mitgliedern der Geschäftsleitung differenzieren.[313]

(cc) Ausnahme nach Section 214(3) I.A. 1986

Selbst wenn festgestellt wurde, dass ein Direktor vernünftigerweise annehmen musste, die Gesellschaft könne der *insolvent liquidation* nicht mehr entgehen, zieht das noch nicht zwingend die Rechtsfolge der persönlichen Haftung und des drohenden Tätigkeitsverbotes nach sich. Section 214(3) I.A. 1986 hält für den Direktor ein Verteidigungsmittel für solche Fälle bereit, in denen dieser nach Erkennen der aussichtslosen Lage alle weiteren Schritte mit der Absicht unternommen hat, die Verluste der Gläubiger möglichst gering zu halten.[314] Für die Frage, ob der Direktor den Anforderungen der Section 214(3) I.A. 1986 gerecht wurde, wird er wiederum so behandelt, als wäre er eine *reasonable diligent person* im Sinne von Section 214(4) I.A. 1986. Das Gericht muss also zu der Überzeugung gelangen, dass eine vernünftige und sorgsame Person mit den Fähigkeiten, dem Wissen und der Erfahrung des Direktors in der konkreten Situation nicht in der Lage gewesen wäre, weitere, über die tatsächlich unternommenen Schritte hinausgehende, Versuche zu unternehmen, die Verluste der Gläubiger möglichst gering zu halten.[315]

Neben der Verteidigungsmöglichkeit der Section 214(3) I.A. 1986 wird noch darüber nachgedacht, ob ein *director* unter Hinweis auf Section 727

---

bar, muss das für den anderen nicht in gleichem Maße gelten. Deshalb muss man in den Mittelpunkt die Pflicht jedes Direktors stellen, die Kenntnis bestimmter Umstände alsbald dem Plenum mitzuteilen.

311 Vgl. *Re Produce Marketing Consortium Ltd (No 2)* [1989] BCC 569.

312 *Hicks*, 1993 Company Lawyer 55, 57.

313 Denkbar ist, die Haftsummen im Rahmen von Section 214 I.A. 1986 unterschiedlich hoch auszugestalten (siehe z.B. *Re Produce Marketing Consortium Ltd (No 2)* [1989] BCC 569 und *Re Brian D. Pierson (contractors) Ltd* [1999] BPIR 18) oder nur teilweise Tätigkeitsverbote über Section 10 CDDA zu verhängen.

314 Vgl. Section 214(3) I.A. 1986 : "*with a view to minimising the potential loss to the company's creditors*".

315 Zu inhaltlichen Einzelheiten vgl. *Griffin*, Personal Liability, S. 74 und *Sealy/Milman*, Annotated Guide, S. 24 sowie *Hicks*, 1993 Company Lawyer 55, 57 und *Doyle*, 1992 Company Lawyer 96, 99. Abgelehnt z.B. in *Rubin v Gunner* [2004] EWHC 316 (Ch).

C.A. 1985 den Rechtsfolgen des *wrongful trading* entgehen kann. Im Ergebnis wird das aber abgelehnt.[316]

(c) Effektivität der *wrongful-trading* - Regelung

Da die Funktionsfähigkeit des hier besprochenen Tätigkeitsverbotes über Section 10 immer davon abhängt, als wie schlagkräftig sich die *wrongful trading*- Haftung darstellt, soll ein kurzer Umblick deren Effektivität beleuchten. Nicht wenige Beobachter halten die Bestimmung zwar für einen enormen Fortschritt im Vergleich zu den früheren Regelungen, gleichwohl sehen sie die Durchschlagskraft der Regelung noch nicht als optimal an.[317] Die Durchsetzung der privatrechtlichen Funktion der persönlichen Haftung wird dabei durch rechtliche und tatsächliche Barrieren behindert.[318] Rechtlich stellt sich für den einzig klagebefugten Liquidator[319] insofern eine Schwierigkeit, als er das Risiko eines nicht erfolgreichen Prozesses tragen muss.[320] Falls die Klage gegen den *director* keinen Erfolg hat, kann der Liquidator die ihm dann auferlegten Kosten nicht ohne weiteres von der Gesellschaft zurückverlangen.[321] Es bleibt ihm lediglich die Möglichkeit, sich in die Reihe der unbefriedigten Gesellschaftsgläubiger einzureihen und auf eine Quote zu hoffen. Da Liquidatoren im Zweifel risikoavers agieren werden, sehen sie oft unter Abwägung der Risikoverteilung von einer *wrongful trading*- Klage ab.[322] Damit ist jedoch der

---

316 So auch *Re Produce Marketing Ltd (No 1)* [1989] BCLC 513: Hier hatte das Gericht ein Nebeneinander von Section 727 C.A. 1985 und Section 214 I.A. 1986 deshalb abgelehnt, weil der objektivierte Test beim *wrongful trading* nicht mit dem subjektiven Test der Section 727 C.A. 1985 vereinbar sei. Hinzuweisen ist jedoch auf *Re D'Jan of London Ltd* [1993] BCC 646, wo man das Gericht so verstehen kann, dass es für möglich hält, dass bei beiden *reasonable*-Prüfungen unterschiedliche Ergebnisse erzielbar sind; allerdings betraf der Fall eine Klage nach Section 212 I.A. 1986. Ablehnend hingegen auch *Halls v David & Another*, The Times v. 18.02.1989 unter Hinweis auf den schon vorhandenen Schutz in Section 214(3). Zustimmend dazu *Hancock/Johnson/Smith*, 1989 2 J.I.B.L. N 73f.

317 Siehe *Griffin,* Personal Liablity, S. 96f, *Campbell*, 1994 Cambrian Law Review 69, 78 und *Schulte*, 1999 Company Lawyer 80, 81f. Etwas zurückhaltender *Hicks*, 1993 Insolvency Law & Practice 134, 137 und *Walters*, The Corporate Dimension, S. 145, 159f.

318 Mit einer Analyse der Effizienz auch *Habersack/Verse*, ZHR 2004, 174, 180f.

319 Insofern weicht Section 214 I.A. 1986 von den Empfehlungen des *Cork-Committee*, welches auch den Gläubigern selbst eine Klagemöglichkeit einräumen wollte, ab.

320 *Hicks*, 1993 Company Lawyer 16, 19; *Hicks*, 1993 Insolvency Law & Practice 134; *Parry*, 1998 C.F.I.L.R. 121; *Schulte*, 1999 Company Lawyer 80, 81.

321 Das wäre nur dann möglich, wenn die Kosten im *winding up* angefallen wären. Das ist jedoch nicht der Fall, da eine Section 214 I.A. 1986 - Klage nicht unter „*asset of the company*" zu fassen ist. Siehe dazu *Re MC Bacon Ltd* [1990] BCLC 273.

322 Da es sich bei der Klage nicht um ein „*asset of the company*" handelt, besteht für die Liquidatoren auch keine Pflicht, eine Klage zugunsten der Gesellschaftsgläubiger anzustrengen.

Weg zu einem möglichen Tätigkeitsverbot nach Section 10 CDDA versperrt.

Im Ergebnis stellt sich damit folgendes Dilemma: Zur Durchsetzung des Tätigkeitsverbotes, welches nicht nur privatrechtliche Funktionen erfüllt, mangelt es an einer effektiven öffentlich-rechtlichen Verfahrensdurchsetzung. Wenn das Tätigkeitsverbot aber nicht effektiv durchsetzbar ist, führt das zwangsläufig zu einer Verhaltensanpassung einiger Direktoren. Naheliegend ist es dann, dass diese Direktoren bewusst ein *wrongful trading* - Verhalten in Kauf nehmen, weil sie von dem geringen Risiko einer Haftung und eines Tätigkeitsverbotes wissen.[323]

Neben die Verfahrensprobleme tritt die Schwierigkeit, dass der Liquidator punktgenau angeben muss, ab welchem Zeitpunkt die Direktoren von der Krise der Gesellschaft wissen mussten. Diese Einschätzung muss der Liquidator naturgemäß aus einer *ex-post*- Betrachtung heraus vornehmen. Das stellt sich jedoch häufig als unmöglich heraus.[324]

(3) Fraudulent trading

Neben der *wrongful trading* – Verantwortlichkeit kann sich das Tätigkeitsverbot aus Section 10 CDDA auch auf ein *fraudulent trading* beziehen. Dieses in Section 213 I.A. 1986 umschriebene Verhalten ist zivilrechtlich ausgestaltet und gehört in einen engen systematischen Zusammenhang zum strafrechtlichen Pendant in Section 458 C.A. 1985.

Section 213 I.A. 1986 kommt zum einen dann zum Zuge, wenn während der Abwicklung einer Gesellschaft offenbar wird, dass eine Person Geschäfte der Gesellschaft in der Absicht getätigt hat, die Gesellschaftsgläubiger oder die Gläubiger einer anderen Person zu schädigen. Zum anderen ist die Norm einschlägig, wenn eine Person sonst irgendwie in betrügerischer Absicht gehandelt hat. Dabei kommt es nicht wie bei Section 214 I.A. 1986 auf eine *insolvent liquidation* an. Genau der gleiche tatbestandliche Zuschnitt findet sich auch in Section 458 C.A. 1985. Der einzige Unterschied zu Section 213 I.A. 1986 besteht darin, dass diese Vorschrift nur anwendbar ist, wenn eine Gesellschaft abgewickelt worden

---

323 *Schulte*, 1999 Company Lawyer 80, 87. Verbesserungsvorschläge finden sich bei: *Griffin*, 2002 Insolvency Lawyer 32, 35 (erwägt, einen vom Staat errichteten „*central fond*", der sich im Laufe der Zeit selbst finanzieren kann und ein Antragsrecht für die Gläubiger); *Schulte*, 1999 Company Lawyer 80, 83 (schlägt vor, die Zuständigkeit einer staatlich finanzierten Institution zuzuweisen).

324 Vgl. im Einzelnen *Hicks*, 1993 Company Lawyer 16, 17 und *Griffin*, 2002 Insolvency Lawyer 32, 37.

ist, während Section 458 C.A. 1985 auf das Erfordernis der Abwicklung der Gesellschaft ausdrücklich verzichtet.[325] Im Wesentlichen ergeben sich damit jedoch keine materiellen Unterschiede. Differenzen kann man vielmehr insoweit ausmachen, als es um die Frage der Beweislast und der Beweisanforderungen bei Section 213 I.A. 1986 einerseits und Section 458 C.A. 1985 andererseits geht.[326] Prozessual unterscheidet sich Section 458 C.A. 1985 auch dadurch, dass ein strafrechtlich motivierter Antrag nicht vom *liquidator*, sondern vom Staat auszugehen hat. Für die an dieser Stelle relevante Frage eines Tätigkeitsverbotes über Section 10 CDDA spielt die strafrechtliche Verantwortlichkeit wegen *fraudulent trading* jedoch keine Rolle. Insoweit ist Section 4 CDDA die passende Alternative.[327]

(a) Personale Anknüpfung

Section 213 I.A. 1986 kann für sämtliche Personen zur Anwendung kommen, die wissentlich bei der Geschäftstätigkeit einer Gesellschaft mitgewirkt haben.[328] Insoweit unterscheidet sich die Vorschrift erheblich von der *wrongful trading* -Bestimmung, die nur für Direktoren im weiteren Sinne anwendbar ist.[329] Diese erweiterte personale Anknüpfung bleibt nicht ohne Auswirkungen auf das Tätigkeitsverbot der Section 10 CDDA. Während nämlich über Section 214 I.A. 1986 nur Direktoren der Gefahr eines Tätigkeitsverbotes ins Auge blicken müssen, führt die drohende *disqualification* über Section 213 I.A. 1986 dazu, dass auch Manager unterhalb der *board*-Ebene für die Zukunft mit den umfassenden Rechtsfolgen eines Verbotes kalkulieren müssen. Das entspricht einem echten *ex-ante* – Verbot. Damit ergibt sich ein sorgsam abgestuftes Regelungsregime für Section 10 CDDA: Sobald die Intensität des vorwerfbaren Verhaltens steigt, weitet das Gesetz seinen Anwendungsbereich auf einen größeren Personenkreis aus.

---

325 Siehe Section 458(2) C.A. 1985; daher kann es bei Section 458 C.A. 1985 auch nicht eines Antrages eines Liquidators bedürfen.

326 Obwohl die zivilrechtlichen Anforderungen an die Beweislage andere sind, wird sich der Prüfungsstandard bei Section 213 I.A. 1986 wohl eher einem strafrechtlichen Standard annähern, vgl. *Griffin*, Personal Liability, S. 42.

327 Vgl. dazu unten S. 56ff.

328 Section 213(2) I.A. 1986: „*persons who were knowingly parties to the carrying on of the business...*".

329 Wenngleich diese Unterscheidung sich faktisch nicht auswirkt. Das liegt an dem weiten Begriff des *shadow director*, vgl. *Milman*, 1992 N.I.L.Q. 1, 9.

Allerdings sollte der weitere personale Anwendungsbereich bei Section 213 I.A. 1986 nicht darüber hinwegtäuschen, dass in der Praxis mehrheitlich die Führungspersonen einer Gesellschaft in das Visier des Gesetzes genommen werden. Da Führungsaufgaben zumeist auch von Personen wahrgenommen werden, die aktiv im Management einer Gesellschaft tätig sind, werden beispielsweise *executive directors* am ehesten für eine Verantwortlichkeit nach Section 213 I.A. 1986 in Frage kommen.[330] Eine Bestätigung dieser Tendenz scheint sich auch bei der Analyse der Rechtsprechung zu ergeben.[331]

Beachtlich ist, dass von Section 213 I.A. 1986 auch solche Personen erfasst werden können, die bei der fraglichen Gesellschaft selbst überhaupt nicht angestellt sind, folglich auch nichts mit deren Management zu tun haben konnten.[332]

(b) Sachliche Anknüpfung

Section 213 I.A. 1986 erfasst anders als die *wrongful trading*- Bestimmung nicht schon jedes nachlässige Verhalten, sondern beschränkt sich auf solche Fälle, in denen jemand betrügerisch, also bewusst zum Nachteil anderer Akteure gehandelt hat.[333] Bei der Identifizierung eines betrügerischen Verhaltens stehen die Gerichte vor dem Problem, dass ein Nachweis nicht einfach zu führen ist.[334] Nicht selten wird sich daher auf Indizien verlassen.[335]

---

330 So *Griffin*, Personal Liability, S. 45.

331 Beispielhaft sei auf *Re Maidstone Buildings Ltd* [1971] 1 WLR 1085 verwiesen. Hier hielt es das Gericht nicht für ausreichend für die Annahme einer „*party to carrying on of a business*", wenn ein Sekretär nichts anderes macht, als seine Aufgaben zu erfüllen. Er sei nicht mit dem Management der Gesellschaft beschäftigt. Daraus leitet das Gericht den Schluss her, dass er auch nichts mit den Geschäften der Gesellschaft zu tun habe.

332 Vgl. *Re Bank of Credit and Commerce International SA ua.* [2000] 1 BCLC 263. Das Ergebnis des Gerichtes fußt auf 4 tragenden Überlegungen: Dem weiten Wortlaut, einer rechtspolitischen Einschätzung, einem Wortlautvergleich zu Sec. 212, 214 I.A. 1986 und einer rechtshistorischen Analyse der Vorgängervorschriften. Tendenziell ähnlich hatten zu der Vorgängervorschrift (sec 332 C.A. 1949) auch schon entschieden: *Re Gerald Cooper Chemicals Ltd.* [1978] Ch 262 und *Re Augustus Barnett & Son Ltd.* [1986] BCLC 170.

333 Zum Konzept des *fraud* vgl. *Scanlan*, 2003 Company Lawyer 234ff.

334 Vgl. zu den Schwierigkeiten *Milman*, 1992 N.I.L.Q. 1, 6; *Beckman/Ross*, 1991 N.L.J. 1744 und *Fletcher*, Insolvency, Rn. 27-015f. Aus konzernrechtlicher Sicht *Fleischer*, AG 1999, 350, 355. Vgl. auch *Fleischer*, DStR 2000, 1015, 1018 Aus der Rechtsprechung zuletzt *ADS v Brothers and others* [2001] 2 BCLC 324 (Hong Kong) und *Morphitis v Bernasconi* [2003] BCC 540 sowie *Morris v State Bank of India* [2003] BCC 735.

335 Siehe z.B. *Re Gerald Cooper Chemicals Ltd.* [1978] Ch 262; *Re William C Leitch Bros Ltd* [1932] 2 Ch 71 auf S. 77: „*If a company continues to carry on business and to incur debts at a time when there is to the knowledge of the directors no reasonable prospect of the creditors ever receiving payment of those debts, it is, in general, a proper inference that the company is carrying on business with intend to defraud.*" und darauf Bezug nehmend *Re L Todd (Swanscombe) Ltd* [1990] BCLC 454.

(4) Rechtsfolge

Die Verhängung des Tätigkeitsverbotes aus Section 10 CDDA steht im Ermessen des Gerichtes, das auch schon über die Verantwortlichkeit nach Section 213 bzw. 214 I.A. 1986 befunden hat.[336] Das Verbot kann für maximal fünfzehn Jahre ausgesprochen werden.

(5) Zwischenergebnis

Über Section 10 CDDA drohen Tätigkeitsverbote sowohl bei *wrongful*- als auch bei *fraudulent trading*. In der Praxis spielen Tätigkeitsverbote infolge von *fraudulent trading* aber keine große Rolle, weil die Beweisanforderungen sehr hoch sind. Verbote wegen *wrongful trading* sind in ihrer Entfaltung vorwiegend deshalb eingeschränkt, weil der *liquidator* ein Verfahren führen muss, das von Wirtschaftlichkeitserwägungen geleitet wird. Daneben tritt die Schwierigkeit, einem *director ex-post* die Kenntnis der Ausweglosigkeit der Lage nachweisen zu können. Insgesamt können die Tätigkeitsverbote der Section 10 CDDA i.V.m. den Sections 213 und 214 I.A. 1986 daher keinen maßgeblichen Beitrag leisten, wenn es um die die Bekämpfung des Mißbauchs der limitierten Haftung geht.

b. Bei der Abwicklung hervortretendes betrügerisches Verhalten (Section 4 CDDA)

Über Section 4 CDDA lässt sich ein Tätigkeitsverbot verhängen, wenn sich während der Abwicklung einer Gesellschaft herausstellt, dass eine Person, die mit dem Management der Gesellschaft zu tun hatte, betrügerisch gehandelt hat. Dabei kann sich der betrügerische Zusammenhang zum einen aus einem *fraudulent trading* ergeben (Section 4(1)(a) CDDA), zum anderen ist er dann denkbar, wenn eine Person sonst irgendwie wegen eines Betruges schuldig ist, der im Zusammenhang mit dem Management einer Gesellschaft begangen wurde oder wenn Pflichten gegenüber der Gesellschaft verletzt worden sind (Section 4(1)(b) CDDA). Section 4 CDDA ist dabei nicht auf *directors* beschränkt.[337]

---

336 Das ist jedes Gericht, das für das *winding up* der betroffenen Gesellschaft zuständig ist. Vgl. Sections 117-121 I.A. 1986.

337 Für Section 4(1)(a) CDDA fordert die Rechtsprechung aber, dass die Person, der ein Section 458 C.A. 1985 – Verstoß vorgeworfen wird, eine leitende Tätigkeit innehatte. Vgl. *R v Miles* [1992] Crim.L.R. 657. Für Section 4(1)(b) CDDA legt das Gesetz selbst den personalen Anwendungsbereich fest (*officer, liquidator, receiver, manager of corporate property*).

(1) Tatbestandlicher Zuschnitt

Was zunächst die erste Möglichkeit eines strafbaren *fraudulent trading* anlangt, deckt Section 4 CDDA den Bereich des *fraudulent trading* ab, der nicht von Section 10 CDDA erfasst wird. Wie schon gezeigt wurde, kann Section 10 CDDA nur dann zum Zuge kommen, wenn es um die zivilrechtlichen Implikationen eines *fraudulent trading* geht. Allerdings unterscheiden sich Section 4 und Section 10 CDDA in ihrer Konsequenz nicht: Beide Vorschriften lassen ein maximal fünfzehn Jahre dauerndes Tätigkeitsverbot zu. Daher fragt sich, ob es überhaupt einmal sinnvoll sein wird, ein Tätigkeitsverbot über Section 4 CDDA anzustreben, soweit es um *fraudulent trading* geht. Daran kann man ernsthaft zweifeln. Denn wie gesehen, ist der Nachweis eines *fraudulent trading* schwierig zu erbringen.[338] Daher werden in der Praxis äußerst wenige Fälle auftauchen, in denen es später um ein Tätigkeitsverbot auf Grundlage von Section 4 CDDA geht. Häufig werden die einschlägigen Konstellationen schon über das *wrongful trading* und damit über Section 10 CDDA erfasst worden sein. Diese Einschätzung wird auch dadurch bestärkt, dass es, soweit ersichtlich, bislang keine Rechtsprechung gibt, in der es um die Anwendung von Section 4 CDDA ging. Sinn macht ein Tätigkeitsverbot über Section 4(1)(a) CDDA daher eigentlich nur in den wenigen Konstellationen, in denen der tatbestandliche Zuschnitt von Section 458 C.A. 1985 und Section 214 I.A. 1986 so abweicht, dass nur der erste Tatbestand erfüllt ist. Das ist nur in drei Konstellationen denkbar[339]: Entweder war eine Gesellschaft überhaupt nicht abgewickelt worden und jemand hatte betrügerische Machenschaften an den Tag gelegt – dann ist Section 4 CDDA aber gerade mangels Abwicklung nicht anwendbar - oder es lag keine *insolvent liquidation* vor, obwohl jemand betrügerisch gehandelt hatte[340], oder aber es war die betrügerisch handelnde Person kein *director*, fiel jedoch in den Bereich der *every person* von Section 258 C.A. 1985.

Der Mangel an Rechtsprechung zu Section 4 CDDA verwundert jedoch insoweit, als die Vorschrift auch dann anwendbar ist, wenn ein sonstiger Betrug im Zusammenhang mit der Gesellschaft vorgelegen hat oder wenn

---

338 Siehe oben S. 55.

339 Die Möglichkeiten können entweder alternativ oder kumulativ vorliegen.

340 Dann wäre auch Section 6 CDDA nicht anwendbar, vgl. *Sinclair/Vogel/Snowden*, Company Directors, Rn. 7.23 und unten S. 63.

sonst eine Pflicht gegenüber der Gesellschaft verletzt worden ist. Immerhin muss sich das Fehlverhalten nicht notwendig auf den Zeitraum der Abwicklung erstrecken[341], und es können nicht nur Direktoren zur Verantwortung gezogen werden, sondern weitergehend *officers* und auch *liquidators*, *receivers* und *administrative receivers*.[342] Nebenher werden auch *shadow - directors* vom Tatbestand der Norm erfasst.[343] Damit bietet Section 4(1)(b) CDDA einen weiten Tatbestand, für dessen Erfüllung man sich eine Vielzahl denkbarer Konstellationen vorstellen kann. Eine Erklärung für das Schattendasein der Norm könnte sein, dass sämtliche Fälle von Pflichtverletzungen, die man unter Section 4(1)(b) CDDA subsumieren könnte, schon über Section 6 CDDA behandelt werden.[344] Allerdings könnte man die geringe praktische Bedeutung der Norm auch dann erklären, wenn jede Pflichtverletzung bei Section 4(1)(b) immer auch die Verwirklichung einer Straftat beinhalten müsste. Das ist aber bislang nicht geklärt.

(2) Rechtsfolge

Für den Fall, dass doch einmal ein Tätigkeitsverbot mittels Section 4 CDDA verhängt werden soll, steht sowohl die Frage des *Ob* als auch die Frage des *Wie lange* im Ermessen des Gerichtes, das für die Abwicklung der betroffenen Gesellschaft zuständig ist.[345] Das Tätigkeitsverbot kann für maximal fünfzehn Jahre verhängt werden.

(3) Tatbestandliche Überschneidungen zu Section 2 CDDA

Die einzelnen Tätigkeitsverbote lassen sich mitunter nicht trennscharf nebeneinander abbilden, sondern können sich in Randbereichen überschneiden.[346] Die Lebenssachverhalte, die sich unter den Tatbestand von Section 2 CDDA fassen lassen, werden beispielsweise nicht selten auch in die Anwendungsbereiche von Section 4 CDDA oder Section 6 CDDA fallen. Auf einige Feinheiten sei an dieser Stelle hingewiesen: Soweit man Secti-

---

341 Vgl. *Walters/Davis-White*, Directors' Disqualification, S. 293; *Dine*, 1991 Company Lawyer 6, 7.

342 Nach *Griffin,* Personal Liablity, S. 142 sollen unter "*officer of a company*" auch *administrator* und *supervisor of a voluntary arrangement* zu fassen sein. Die Anwendbarkeit auf *receiver* und *administrative receiver* besteht erst seit 2000 (eingeführt durch I.A. 2000, s.8, Sched. 4, para. 4).

343 Siehe dazu allgemein oben S. 21ff.

344 So *Sinclair/Vogel/Snowden*, Company Directors, Rn. 7.23.

345 Vgl. Section 4(2) CDDA.

346 Vgl. nur *Butcher*, Directors' Duties, S. 228.

on 4 CDDA wegen einer Verurteilung nach Section 458 C.A. 1985 in Betracht zieht (Absatz 1a), gestaltet sich die Vorschrift als spezieller Fall, der immer auch von Section 2 CDDA erfasst werden muss.[347] Geht es bei Section 4 CDDA jedoch um Fälle von Absatz 1b, wird nicht zwangsläufig auch der Tatbestand der Section 2 CDDA erfüllt sein. Denkbar sind nämlich Fälle, in denen jemand als *officer* seine Pflichten gegenüber der Gesellschaft verletzt, ohne gleichzeitig wegen eines *indictable offence* verurteilt worden zu sein.[348]

Beachten muss man weiterhin, dass Section 2 CDDA nicht wie Section 4 CDDA auf Fälle begrenzt ist, bei denen eine Gesellschaft abgewickelt worden ist.[349] Daneben kann Section 2 CDDA auch dadurch besondere Geltung erlangen, dass nicht nur ein *officer* von einem Tätigkeitsverbot betroffen sein kann, sondern auch andere Personen im Umfeld der Gesellschaft. Was die tätigwerdenden Gerichte anlangt, so kann bei Section 4 CDDA immer nur das Gericht eine *disqualification* anordnen, das die betroffene Gesellschaft abwickelt. Demgegenüber kann ein Tätigkeitsverbot über Section 2 CDDA zwar auch von diesem Gericht der Abwicklung angeordnet werden, darüber hinaus jedoch auch von dem Strafgericht, das den Delinquenten verurteilt hat.[350]

c. Zwischenergebnis

Die Untersuchung möglicher Tätigkeitsverbote in der Krise einer *company* hat bislang zutage gefördert, dass in der Praxis weder Section 10 CDDA noch Section 4 CDDA eine dominante Rolle spielen können.[351] Demnach muss die Hauptlast denkbarer Tätigkeitsverbote auf den Schultern der Section 6 CDDA ruhen.[352]

---

347 Das gilt nur dann nicht, wenn jemand gegen Section 458 C.A. 1985 verstoßen hat und seine Verantwortlichkeit festgestellt wurde, ohne dass jedoch eine strafrechtliche Verurteilung stattgefunden hat.(vgl. den Wortlaut von Section 4(1)(a) CDDA: „*guilty...whether he has been convicted or not*“).

348 Siehe *Sealy/Milman*, Annotated Guide, S. 570.

349 Siehe *Sealy/Milman*, Annotated Guide, S. 570.

350 Siehe Section 2(2)(a) und (b) CDDA.

351 Für eine Ausweitung der Section 10 CDDA – Verbote daher auch *Griffin*, 2002 Insolvency Lawyer 32ff.

352 Das bestätigt auch das Zahlenmaterial des *DTI* (Companies in 2002/2003, abrufbar unter: http://www.dti.gov.uk/cld/dtiannualreport.pdf): von 1998-2003 nur 3! Tätigkeitsverbote auf Grundlage von Section 10 CDDA. Für Section 4 ist leider keine Einzelaufschlüsselung möglich. Für Section 6 CDDA gab es allein 2002/2003 319 *gerichtliche* Verfahren und 1275 *undertakings* (dazu unten S. 117ff).

d. *Unfitness* bei insolventer Gesellschaft (Section 6 CDDA)

Tatsächlich erweist sich Section 6 CDDA als das zweifellos schneidigste Schwert aller möglichen Tätigkeitsverbote.[353] Anders als bei den schon vorgestellten Tätigkeitsverboten kann das Gericht hier nicht frei darüber entscheiden, ob eine *disqualification* verhängt werden soll. Vielmehr ist ein Tätigkeitsverbot zwingend anzuordnen, sobald der Tatbestand erfüllt worden ist.[354] Section 6 CDDA erfasst solche Fälle, in denen einem *director* einer Gesellschaft, die insolvent geworden ist, die Tauglichkeit zum Führen einer *company* abgesprochen wird.[355] Grundsätzlich kennt das englische Gesellschaftsrecht keine *ex-ante* - Beschränkung insoweit, dass nur Personen mit bestimmten Mindestqualifikationen[356] *director* werden können.[357] Allerdings behält sich der Gesetzgeber das Recht vor, im Nachhinein die *directors* auszulesen, die sich als ungeeignet erwiesen haben. Durch diese Inbezugnahme allgemeiner Eignungserwägungen hat sich Section 6 CDDA zum zentralen Kristallisationspunkt des gesamten CDDA entwickelt. Letztendlich entscheidet sich über diese Vorschrift die rechtspraktische und rechtspolitische Ausrichtung der Tätigkeitsverbote. Damit hängt auch eine Richtungsentscheidung für das Gesellschaftsrecht an sich zusammen: Über das Erfordernis einer Eignung werden die Fälle der *legitimate enterprises* von denen der *illegitimate failures* abgeschieden.[358]

---

353 Vgl. zur Parallelvorschrift in Nordirland (Artikel 9 Companies Order 1989) *Hoey,* 2000 Company Lawyer 245ff. Vgl. zum viel rigoroseren Ansatz in Irland (grundsätzlich 5 Jahre Verbot für Direktoren, wenn es zu einer *insolvent liquidation* gekommen ist, es sei denn, Mindestkapitalanforderungen werden erfüllt oder Direktor kann seine Integrität nachweisen!) *Linnanne*, 1995 Company Lawyer 26f.

354 Kritisch insoweit *Hicks,* ACCA Research Report 59, iii.

355 Vgl. Section 6(1)(a) und (b) CDDA.

356 Vgl. nur *Re City Equitable Fire Insurance Co Ltd* [1925] Ch 407; *Re Brazilian Rubber Plantations & Estates Ltd* [1911] 1 Ch 425 und etwas neuer *Re Dawson Print Group Ltd* [1987] BCLC 601: „*there is no professional qualification for being a director; anyone can become a director of a company*". Siehe auch *Hoey*, 1997 Company Lawyer 130, 131 und *Lord Hoffmann*, 1997 Company Lawyer 194. Einschränkungen gelten jedoch bei börsennotierten Gesellschaften, vgl. Listing Rules, para 3.8. Beachten sollte man auch die Reformbestrebungen hinsichtlich der directors' duties, die die Annahme, jeder könne Direktor werden, durch die Hintertür doch wieder relativieren werden. Vgl. dazu ausführlich unten S. 69f.

357 Kritisch *Dine*, Criminal Law in the Company Context, S. 102 und *Lightman,* 1996 J.B.L. 113. Für Qualifikationen bei *public companies Lightman*, 1996 J.B.L. 113. Qualifikationen ablehnend hingegen *Hicks*, 2001 J.B.L. 433, 451, der sonst Wettbewerbsnachteile englischer Gesellschaften im internationalen Kontext (vor allem am Kapitalmarkt) befürchtet, weil kein ausreichender Pool geeigneter Personen zur Verfügung stehen würde.

358 Vgl. *Walters/Davis-White*, Directors' Disqualification, S. 85.

(1) Systematik

Section 6 CDDA in der jetzigen Form muss als Synthese eines längeren rechtspolitischen Diskurses angesehen werden, in dem der seinerzeit unbefriedigende gesetzliche Status und die Vorschläge des *Cork-Committee* in Einklang gebracht werden mussten.[359] Im Gegensatz zur Vorgängervorschrift in Section 300 C.A. 1985, in der der Direktor *zwei* Gesellschaften in die Insolvenz geführt haben musste und in der es weder eine Mindestdauer, noch eine zwingende Anordnung für ein Tätigkeitsverbot gab, spiegeln sich in Section 6 CDDA Kernforderungen des *Cork-Committee* wider[360]: Zum einen reicht die Insolvenz *einer* Gesellschaft, um ein Tätigkeitsverbot begründen zu können. Zum anderen liegt die Anordnung eines Tätigkeitsverbotes bei Section 6 CDDA nicht mehr im Ermessen des Gerichtes und muss für mindestens zwei Jahre ausgesprochen werden.

Gleichwohl lassen sich in Section 6 CDDA nicht sämtliche Vorschläge des *Cork-Committee* ablesen: Weder konnte sich der Gesetzgeber zu einem automatischen Tätigkeitsverbot durchringen, wodurch jeder *director* einer insolventen und abgewickelten Gesellschaft zwingend für drei Jahre aus dem Verkehr gezogen worden wäre[361], noch lässt Section 6 CDDA zu, dass außer dem *Secretary of State*[362] jemand ein Verfahren in Gang setzen kann.[363] Ein automatisches Tätigkeitsverbot war deshalb auf erheblichen Widerstand getroffen, weil man befürchtet hatte, so auch ehrbare Geschäftsleiter vermutungshalber zu disqualifizieren, ohne den substantiierten Nachweis eines Fehlverhaltens erbringen zu können.[364]

(2) Personale Anknüpfung

Section 6 CDDA erfasst im Tatbestand nicht jede Person, sondern nur *directors*. Das ist als logische Konsequenz der gesetzgeberischen Intention

---

359 Vgl. schon oben S. 5ff.

360 Vgl. Insolvency Law and Practice: Report of the Review Committee, Chairman, *Sir Kenneth Cork*, GBE, 1981/82, Cmnd 8558, para 1818.

361 So aber noch der Vorschlag im *White Paper* „A Revised Framework for Insolvency Law", Cmnd. 9175.

362 Der *Secretary of State for Trade and Industry* entspricht dem Wirtschaftsminister. Er ist dem *Departement of Trade and Industry* (DTI) untergliedert.

363 So noch der Vorschlag des *Cork-Committee* (Insolvency Law and Practice: Report of the Review Committee, Chairman, *Sir Kenneth Cork*, GBE, 1981/82, Cmnd 8558, para 1818), das auch den *liquidator* und, mit Zustimmung des Gerichtes, auch einzelne Gläubiger als antragsberechtigt einstufen wollte.

364 Vgl. *Griffin*, Personal Liability, S. 148: "*...would have been a draconian measure because its enactment would have sought to penalise directors of a failed company on an unsubstantiated assumption that they had been a party to some form of misconduct*".

anzusehen, keine *ex-ante* - Auslese durchzuführen.[365] Bloße Manager können daher nicht in den Anwendungsbereich der Norm fallen. Der Begriff *director* ist aber wegen Section 22(4) CDDA nicht auf Direktoren im rechtlichen Sinne beschränkt, sondern erfasst auch *de facto directors*.[366] Daneben tritt eine Anwendbarkeit auf *shadow directors,* die der Gesetzgeber selbst in Section 6(3C) CDDA angeordnet hat.[367]

(3) Sachliche Anknüpfung

Der Tatbestand der Section 6 CDDA baut auf zwei Teilen auf. Zum einen muss es sich um eine Gesellschaft handeln, die insolvent geworden ist. Darüber hinaus ist festzustellen, ob das Verhalten des *director* die Annahme einer *unfitness* rechtfertigen kann.

Das Merkmal der Insolvenz ist dabei rein objektiv bestimmbar. Der Nachweis einer *unfitness* ist jedoch schwerlich objektiv auszumessen.[368] Im Ergebnis steht der zuständigen Stelle daher eine weite Einschätzungsprärogative zu. Daraus lässt sich die Fortentwicklung der Vorgängervorschrift in Section 300 C.A. 1985 aufzeigen. Während die Verhängung eines Tätigkeitsverbotes damals noch im Ermessen des Gerichtes stand, wird dem Gericht nunmehr eine verbindliche Anordnung abverlangt.[369] Diese Änderung stellt sich auf den ersten Blick als Verschärfung des Tätigkeitsverbotes dar, bei genauem Hinsehen zeigt sich jedoch, dass das wertende Element lediglich von der Rechtsfolgenseite auf die Tatbestandsseite verschoben worden ist: Während früher ein Ermessen eingeräumt wurde, kann das Gericht nunmehr im Hinblick auf die Ungeeignetheit von einer Einschätzungsprärogative auf Tatbestandsseite Gebrauch machen. Aus diesem Grund kann für die Bestimmung der *unfitness* auch

---

365 Jedenfalls nicht über eine allgemein gehaltene Eignungsprüfung.

366 Siehe nur *Griffin,* Personal Liablity, S. 154. Bedenken könnte man gegen diese Ausweitung z.B. haben, wenn man Section 6 CDDA mit Section 14 CDDA vergleicht, wo der Begriff enger gefasst wird. Im Ergebnis sprechen für diese Ausweitung aber die *ratio legis* von Section 6 CDDA und die Tatsache, dass es sich nicht wie bei Section 14 CDDA um eine Strafvorschrift handelt, die eng auszulegen ist (siehe *Re Richborough Furniture* [1996] 1 BCLC 507).

367 Vgl. zum Begriff des *shadow director* oben S. 21ff.

368 *Drake*, 1989 J.B.L. 474, 476: „*twofold test, one of fact, the other of opinion*". Zur inhaltlichen Bestimmung sogleich näher.

369 Jetzt: „ *The court shall make a disqualification order...*". Kritisch dazu *Hicks*, No Hiding Place for the Unfit? und *Vinolett J.* in *Re Pamstock Ltd* [1994] BCC 264 (282).

auf altes Fallmaterial zu Section 300 C.A. 1985 zurückgegriffen werden.[370]

(a) Insolvenz

Im Gegensatz zu einigen anderen Vorschriften des CDDA eröffnet Section 6 CDDA ihren Anwendungsbereich nur dann, wenn die Gesellschaft, deren *director* einem Tätigkeitsverbot entgegensieht[371], insolvent geworden ist. In diesem Zusammenhang ist eine Insolvenz anzunehmen[372], wenn die Gesellschaft entweder zu einer Zeit liquidiert wurde, zu der die Aktiva nicht mehr zur Begleichung der Passiva und der Abwicklungskosten ausreichten[373] oder wenn eine *administration order*[374] verfügt oder ein *administrative receiver*[375] ernannt worden ist. War der *director* bei mehreren Gesellschaften tätig, reicht es aus, wenn eine dieser Gesellschaften insolvent geworden ist.[376]

(b) Unfitness

Das Tätigkeitsverbot in Section 6 CDDA hängt davon ab, ob festgestellt werden kann, dass das bisherige Verhalten des *directors* ihn ungeeignet erscheinen lässt, um weiterhin im *management* einer Gesellschaft tätig werden zu können. *Management* ist dabei nicht in einem so umfassenden Sinne zu verstehen, dass damit die zukünftige Leitung jeder beliebigen Gesellschaft gemeint wäre; vielmehr bezieht sich der Begriff *management* bei Section 6 CDDA nur auf die Rolle, die der *director* in der insolventen Gesellschaft innegehabt hat.[377] Davon ist jedoch die Frage abzuschichten,

---

370 Diesbezüglich allerdings zur Vorsicht mahnend *Sealy*/*Milman,* Annotated Guide, S. 573.

371 Entweder zum Zeitpunkt der Insolvenz oder früher, vgl. Section 6(1)(a) CDDA.

372 Der Insolvenzbegriff ist ein funktionaler. Vgl. *Sealy*/*Milman,* Annotated Guide, S. 574.

373 Dieser Insolvenzbegriff stimmt mit dem beim *wrongful/ fraudulent trading* und bei Secton 216 I.A. 1986 überein. Vgl. deshalb schon oben Fn.278 und Fn. 783.

374 Eine *adminstration order* ist ein insolvenzrechtliches Institut neben dem normalen Insolvenzverfahren, dass primär auf die Erhaltung der Gesellschaft gerichtet ist. Gemäß Section 8 I.A. 1986 kann eine solches Verfahren angeordnet werden, wenn die Gesellschaft ihre Verbindlichkeiten nicht mehr begleichen kann und wenn Aussicht darauf besteht, dass die Gesellschaft weiterbestehen kann bzw. ein Vergleich mit den Gläubigern geschlossen werden kann oder aber wenn ein solches Verfahren eine höhere Wertrealisierung erwarten lässt als eine bloße Abwicklung. Vgl. näher und mit Rechtsvergleich *Campbell*, 1993 Solicitors Journal 562f.

375 Vgl. zur *administrative receivership* ausführlich oben Rn. 173.

376 Das ergibt sich aus Section 6(1)(b) CDDA. Vgl. z.B. *Re Bath Glass Ltd* [1988] BCC 130: „*if a respondent causes a new company to arise phoenix-like out of the ashes of the insolvent company his conduct in relation thereto will be relevant*".

377 Ausdrücklich so seit *Re Barings plc (No 5)* [1999] 1 BCLC 433. Argumentativ stützt sich das Gericht auf die Befreiungsmöglichkeit in Section 17 CDDA. Wenn diese nicht ad absurdum geführt werden solle, könne man *management* bei Section 6 CDDA nicht im Sinne von „*any company*" verstehen.

ob auch Fehlverhalten bei anderen Gesellschaften, bei denen der *director* in der Vergangenheit beschäftigt war, herangezogen werden kann.

(aa) Relevantes Verhalten bei mehreren Gesellschaften

Bevor der Begriff der *unfitness* inhaltlich ausgemessen werden kann, bedarf daher die Frage, auf welche Gesellschaft sich diese Untersuchung beziehen soll, näherer Klärung. Oft wird ein *director* nicht nur mit der Leitung der Gesellschaft betraut sein, die insolvent geworden ist, sondern zeitgleich oder zeitlich aufeinanderfolgend[378] als *director* mehrerer Gesellschaften tätig werden. Dieser Tatsache trägt Section 6 CDDA insoweit Rechnung, als immer dann, wenn die Tätigkeit bei mehreren Gesellschaften im Raum steht, das Verhalten als *director* bei allen Gesellschaften zusammengenommen entscheidend sein soll.[379] Damit ist jedoch noch nicht geklärt, wie die jeweiligen Verhaltensweisen gewichtet werden dürfen. Im Hinblick auf das Verhalten bei den anderen Gesellschaften (sogenannte *collateral companies*) schlug die Rechtsprechung zunächst eine zurückhaltende und vorsichtige Herangehensweise ein. Sie verlangte, dass zwischen dem Verhalten des *director* bei der *lead company* und dem bei den anderen Gesellschaften ein irgendwie gearteter Zusammenhang bestehen muss, ohne dabei jedoch dezidiert herauszuarbeiten, wann das der Fall sein soll.[380] Diese Herangehensweise basierte vor allem auf der Befürchtung, anderenfalls müsse der *director* unter Umständen wegen seines Verhaltens bei den anderen Gesellschaften mit einem Tätigkeitsverbot rechnen, obwohl sein Verhalten bei der *lead company* tadellos war. Das hielt man deshalb für unangebracht, weil Section 6 CDDA gerade eine insolvente Gesellschaft voraussetzt, die anderen *collateral companies* jedoch nicht notwendig insolvent sein müssen.

Von dieser Herangehensweise hat sich die Rechtsprechung jedoch schon bald abgewendet.[381] Nunmehr reicht jegliches Fehlverhalten bei anderen

---

[378] Siehe beispielsweise *Secretary of State v Ivens* [1997] 2 BCLC 334.

[379] Vgl. Section 6(1)(b) CDDA: „*either taken alone or taken together with his conduct as a director of any other company or companies*".

[380] Vgl. *Re Godwin Warren Control Systems plc* [1993] BCLC 80: "*some nexus*". Im Ergebnis wollte diese Ansicht bei den anderen Gesellschaften nur gleiche oder ähnliche Verhaltensweisen wie bei der "*lead company*" berücksichtigen. Zustimmend *Re Diamond Computer Systems Ltd* [1997] 1 BCLC 174.

[381] Vgl. *Secretary of State v Ivens* [1997] 2 BCLC 334. Diese Rechtsprechung stützt sich auf den Wortlaut von Section 6(1)(b) CDDA, der keine Restriktion erkennen lässt. Darüber hinaus wird argumentiert, die Verhaltensweisen bei der insolventen Gesellschaft könnten so vielgestaltig sein (siehe nur *Schedule 1* CDDA), dass sich die

Gesellschaften, um die Annahme einer *unfitness* im Hinblick auf die *lead company* anzunehmen. Es ist egal, ob ein *gleichartiges* Verhalten auch bei der insolventen Gesellschaft anzutreffen ist. Allerdings bleibt es bei einer zentralen Feststellung: *Allein* aus dem Verhalten bei den anderen Gesellschaften lässt sich eine *unfitness* nicht herleiten. Es muss auch bei der insolventen Gesellschaft selbst immer irgendwelche Anhaltspunkte dafür geben, dass der *director unfit* ist.[382]

Daraus ergibt sich die zwingende Folgefrage, ob im Umkehrschluss das Verhalten des Direktors bei anderen Gesellschaften dafür herangezogen werden kann, um die Annahme einer *unfitness* im Hinblick auf die *lead company* wenigstens abzuschwächen oder gar zu verhindern. Eine solche Betrachtung zugunsten des Direktors hat die Rechtsprechung schon früh klar verneint.[383] Allerdings ist diese klare Positionierung in späteren Entscheidungen nicht immer konsequent durchgehalten worden.[384]

Bei der Berücksichtigung des Verhaltens bei anderen Gesellschaften muss das Gericht immer auch Section 22(2)(b) CDDA beachten.[385] Dadurch kann ein Verhalten bei einer Gesellschaft, die nicht in Großbritannien registriert ist, nicht für die Bestimmung einer *unfitness* herangezogen werden. Allerdings muss diese Feststellung dann relativiert werden, wenn es sich bei der ausländischen Gesellschaft um eine Tochter einer englischen Gesellschaft handelt. In solchen Konzernlagen hat die Rechtsprechung in einer Entscheidung trotz Section 22(2)(b) CDDA zugelassen, dass das Verhalten des Direktors im Zusammenhang mit der Tochtergesellschaft für die Belange von Section 6 CDDA herangezogen werden kann.[386] Diese Annahme beruhte auf der Überlegung, dass das Handeln für die Tochtergesellschaft nicht isoliert betrachtet werden könne. Vielmehr handelten Mutter und Tochter zwar *rechtlich* in verschiedenen Sphären, *wirtschaft-*

These, bei den anderen Gesellschaften müsse das gleiche Verhalten vorliegen, schon rein praktisch gar nicht umsetzen ließe.

382 Vgl. *Secretary of State v Ivens* [1997] 2 BCLC 334: "*...conduct in connection with the collateral companies should assist the court in reaching a conclusion of unfitness in connection with the lead company.*". *Re Bath Glass Ltd* [1988] BCC 130: "*for the purpose of finding additional matters of complaint*".

383 Vgl. *Re Bath Glass Ltd* [1988] BCC 130: "*The section did not give the court a discretion to refuse to make a disqualification order on the basis that the conduct of a director in relation to companies other than the insolvent one made an order inappropriate*".

384 Vgl. *Re D J Matthews Ltd & Anor* [1988] BCC 513 und *Re Pamstock Ltd* [1994] BCC 264 jeweils im Hinblick auf späteres Verhalten des Direktors, das keine Verfehlungen mehr erkennen ließ.

385 Darin wird „*another company*" näher erläutert: „*one which...may be wound up under Part V of the Insolvency Act 1986.*".

386 Vgl. *Re Dominion International Group plc* [1996] 1 BCLC 572.

lich müsse man sie jedoch als Einheit ansehen.[387] Allerdings wird man abwarten müssen, ob diese Annahmen verallgemeinerungsfähig sind.[388]

(bb) Zukunftsprognose und Vergangenheitsbetrachtung

Bei einer ersten Betrachtung von Section 6 CDDA und unter Reflexion der gesetzgeberischen Intention, die Öffentlichkeit für die Zukunft zu schützen, scheint der wichtigste Akzent der Vorschrift auf dem *zukünftigen* Management zu liegen. Wäre diese Betrachtung uneingeschränkt zutreffend, dann hinge die Annahme bzw. Ablehnung einer *unfitness* allein von der Prognoseentscheidung des Gerichtes ab, ob der Direktor eine Gesellschaft in Zukunft so leiten kann, wie man es von ihm erwarten darf. Dieser Ansatz würde jedoch zwangsläufig auf tönernen Füßen stehen, denn Voraussagen in die Zukunft lassen sich nur dann mit einiger Sicherheit vornehmen, wenn man sie als Verlängerung der Achse zwischen Vergangenheit und Prognosezeitraum versteht. Die *unfitness* eines Direktors kann man deshalb theoretisch auf einem Zeitstrahl für drei verschiedene Zeiträume feststellen: *unfitness* in der Vergangenheit, zur Zeit der gerichtlichen Untersuchung und in Zukunft.

Dabei stellt sich bei Section 6 CDDA die Frage, ob man überhaupt eine Zukunftsprognose anstellen will und wenn ja, ob man aus vergangenem Verhalten zu dem Schluss gelangen darf, dass das erwartete zukünftige Verhalten des Direktors gerade keine Gefahr für das öffentliche Interesse darstellt. Mit anderen Worten gilt es also festzustellen, wie sehr die Zukunftserwägungen durch das schon Geschehene determiniert sind.

In dieser Frage lässt sich in der Rechtsprechung keine homogene Betrachtungsweise erkennen. In der früheren Entscheidung *Re Polly Peck International plc* wurde in den Mittelpunkt der Betrachtung die Gesetzesformulierung im Präsens *makes him unfit* gestellt.[389] Daraus ergebe sich, so das Gericht, dass das vergangene Verhalten des Direktors sowohl für das Jetzt als auch für die Zukunft eine *unfitness* zu Tage fördern müsse. Anders gewendet, könne man daher aus den Begleitumständen vergangener Verhaltensweisen sehr wohl zu dem Schluss kommen, dass sich ein Fehl-

---

[387] Die Verbindung zieht das Gericht, indem es argumentiert, eine Schädigung der Tochter würde sich zwangsläufig auch immer als Schmälerung des Anteiles der Mutter an der Tochter darstellen und daher den Mutterinteressen zuwiderlaufen.

[388] Kritisch gerade wegen der rechtlichen Selbständigkeit z.B. *Griffin,* Personal Liablity, S. 153.

[389] Vgl. *Re Polly Peck International plc* [1994] BCLC 574.

verhalten in Zukunft nicht wiederholen werde. Bei dieser Betrachtungsweise sind Fälle denkbar, in denen ein *director* eine Gesellschaft A durch Fehlverhalten in die Insolvenz getrieben hat, gleichwohl später ordnungsgemäß die Geschäfte der Gesellschaften B und C geführt hat, und nun in einer Art Gesamtschau der Vergangenheit kein Tätigkeitsverbot verhängt wird.

Wesentlich restriktiver und daher weit mehr auf den Schutz des öffentlichen Interesses bedacht, argumentiert das Gericht in der neueren Entscheidung *Secretary of State v. Gray*:[390] Das Gericht müsse immer dann ein Tätigkeitsverbot verhängen, wenn feststehe, dass der Direktor *in der Vergangenheit* ungeeignet war. Dann könne jedoch die Frage, ob und inwieweit ungünstige Begleitumstände damals zu einer *unfitness* geführt hätten oder ob der Direktor inzwischen wieder *fit* sei, nicht beachtet werden.[391] In dem gebildeten Beispiel kommt es für die Frage der *unfitness* nicht darauf an, ob und wenn ja wie der Direktor die Geschäfte der Gesellschaften B und C geführt hat. Dieser Ansatz führt *de facto* dazu, dass das Gericht gar keine Prognoseentscheidung abgibt, sondern allein eine Vergangenheitsbetrachtung vornimmt. In die gleiche Richtung weist auch die wichtige Entscheidung *Re Barings plc*.[392]

Dem engeren Verständnis in *Secretary of State v. Gray* hat man entgegengehalten, dass es mit dem Ansatz des Gesetzes, nicht primär zu bestrafen, sondern die Öffentlichkeit zu schützen, nicht im Einklang stehe, weil Tätigkeitsverbote möglich seien, ohne dass eine Gefahr für die Gläubiger weiter bestehe.[393] Das Gericht selbst hat diesen Einwand jedoch in zweierlei Richtung zu entkräften versucht: Zum einen gehe es weniger um individuelle Bestrafung als vielmehr um generelle Abschreckung und zum zweiten stehe einem Adressaten eines Tätigkeitsverbotes immer die Möglichkeit offen, um eine Befreiung zu bitten (*apply for permission*)[394].

---

390 Vgl. *Re Grayan Building Services Ltd, Secretary of State v Gray* [1995] BCC 554.

391 Vgl. *Re Grayan Building Services Ltd, Secretary of State v Gray* [1995] BCC 554 unter Verweis auf *Re Pamstock Ltd* [1994] 1 BCLC 716, wo es heißt: "*I am required to have tunnel vision and to consider whether in relation to Pamstock the respondent's conduct fell short of the minimum standard which the court today requires to be observed…even though the misconduct may have occurred some years ago and even though the court may be satisfied that the respondent has since shown himself capable of behaving responsibly*".

392 Vgl. *Re Barings plc (No.5)* [1999] 1 BCLC 433: "*the fact that a respondent might have shown himself unlikely to offend again was irrelevant to the question of unfitness*".

393 Früher schon *Re Crestjoy Products Ltd* [1990] BCLC 677.

394 Vgl. näher unten S. 120ff.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass in neuerer Zeit weniger Wert auf eine *zukunfts*bezogene Eignungsprüfung gelegt wird.

(cc) Inhaltliche Bestimmung der *unfitness* durch den Gesetzgeber

Die Frage, wann einem Direktor der Vorwurf der *unfitness* gemacht werden kann, lässt sich nicht sinnvoll beantworten, ohne dass man sich Gewissheit darüber verschafft hat, welche Erwartungen man an einen Direktor stellen darf. Daher müssen *unfitness* einerseits und der zu erwartende Pflichtenkatalog andererseits (*standard of director's duties*) als zwei Seiten der selben Medaille angesehen werden.[395] Allerdings sind die beiden Seiten nicht deckungsgleich. Der Begriff der *unfitness* wird sich, wie noch näher zu zeigen sein wird, nicht in der Frage erschöpfen, ob der Direktor eine Pflicht verletzt hat, sondern er wird auch andere Facetten der Leitungstätigkeit berücksichtigen.

Damit die Feststellung der *unfitness* nicht vollkommen im Unbestimmten zerfließt, hat der Gesetzgeber in einer Anlage zum CDDA (*Schedule 1*) bestimmte Gesichtspunkte aneinandergereiht, die den Gerichten als Wegweiser bei ihrer Entscheidungsfindung dienen sollen. *Schedule 1* gliedert sich in zwei Teile, von denen der erste allgemeine Erwägungen enthält, während der zweite nur für den speziellen Fall der Unternehmensinsolvenz anwendbar ist. Im Rahmen des hier besprochenen Tätigkeitsverbotes aus Section 6 CDDA spielt diese Differenzierung keine Rolle, da Section 6 CDDA nur dann zur Anwendung kommen kann, wenn eine Gesellschaft insolvent geworden ist. Allerdings kommt die Unterscheidung bei der noch zu behandelnden Section 8 CDDA zum Tragen, denn dort liegt nicht zwangsläufig eine insolvente Gesellschaft vor.[396] Die in der Anlage zum CDDA aufgelisteten Gesichtspunkte sind gemäß Section 9(1) CDDA nicht als abschließend anzusehen.[397] Daher können die Gerichte

---

395 *Dine*, 1991 Company Lawyer 6ff hat diese Verknüpfung schon früh hergestellt und auf den möglichen Einfluss des CDDA auf die Geschäftleiterpflichten hingewiesen. Ebenso *Sealy*, 2000 Company Lawyer 64 und *Sealy*, 2001 Company Lawyer 79, 80 ("*Any researcher undertaking a realistic examination of the subject of directors' duties today would be obliged to look for the bulk of his source material in the massive accumulation of examples of misfeasance and delinquency recorded in the judgments in the disqualification und unfair prejudice cases*.") sowie *Walters/Davis-White*, Directors' Disqualification, S. VII. Besonders auf den Zusammenhang mit der Sorgfaltspflicht hinweisend *Walters*, 2000 Company Lawyer 110, 114. Inzwischen scheint auch die Rechtsprechung auf diese Sichtweise eingeschwenkt zu sein: Vgl. *Re Swift 736 Limited* [1993] BCLC 796 und *Re Blackspur Group Plc* [1998] 1 WLR 422 ("*improve the standard of company directors*").

396 Vgl. dazu unten S. 92ff.

397 Section 9(1) CDDA: „*in particular*".

auch weitere Aspekte des jeweiligen Falles bei der Frage berücksichtigen, ob der Direktor ungeeignet ist.[398] Ebenso kann die Frage einer *unfitness* verneint werden, obwohl ein bestimmtes in *Schedule 1* aufgelistetes Kriterium verwirklicht worden ist.[399] Nicht sicher ist, ob den in S*chedule 1* aufgelisteten Kriterien ein größeres Gewicht zuteil werden soll, als etwaigen Faktoren, die nicht explizit erwähnt wurden.[400] Daneben bleibt unklar, wie die einzelnen Kriterien bei *Section 1* untereinander gewichtet werden dürfen.[401]

α) Schedule 1 – Part I

Unter den im ersten Teil der Anlage aufgeführten Gesichtspunkten lässt sich vergröbernd eine Dreiteilung vornehmen: Zum einen geht es um Fälle, in denen Geschäftsleiterpflichten tangiert sind. Sodann werden Konstellationen erfasst, in denen Unregelmäßigkeiten mit dem Vermögen der Gesellschaft aufgetaucht sind. Zum Dritten erfasst der erste Teil der Anlage auch Fragestellungen, in deren Mittelpunkt die Buchführung und die Unternehmenspublizität stehen. Zweifelhaft ist, ob diese drei Gruppen nur nebeneinander stehen oder ob es in Teilbereichen zu Überschneidungen kommt.[402] Für die Suche nach angemessenen Kriterien für eine *unfitnes*s mag diese Frage jedoch dahinstehen.

αα) Missachtung von Geschäftsleiterpflichten

Die *unfitness* eines Direktors kann sich gemäß Part I, Nr. 1 dann ergeben, wenn der *director* einer seiner Pflichten gegenüber der Gesellschaft nicht angemessen nachgekommen ist.[403] Die Problematik der Geschäftsleiterpflichten (*directors' duties*) eröffnet ein weites Feld, dessen Begrenzungen an dieser Stelle aus Platzgründen nicht erschöpfend ausgemessen

---

398 Siehe beispielsweise *Re Copecrest Ltd, Secretary of State v McTighe (No 2)* [1997] BCC 224; *Re Amaron Ltd* [1998] BCC 264; *Re Migration Services International Ltd* [2000] BCLC 666.

399 So *Walters*, 2000 Company Lawyer 110, 115.

400 Die Rechtsprechung scheint nicht geschriebene Faktoren als gleichwertig anzusehen, vgl. *Re Bath Class Limited* [1988] BCLC 329 und *Re Grayan Building Services Ltd* [1995] BCC 554 (hinsichtlich Section 242 C.A. 1985).

401 Hier scheint sich eine differenzierte Betrachtung der Gerichte abzuzeichnen.

402 Die Teile zwei und drei der Aufteilung werden ganz erheblich von den Geschäftsleiterpflichten überlagert.

403 Im vorliegenden Zusammenhang sollte man beachten, dass sich mittlerweile die Ansicht durchgesetzt hat, dass bei einer Gesellschaft mit fragwürdiger Solvenz den Interessen der Gläubiger der Vorrang vor den Anteilseignerinteressen einzuräumen ist. Das strahlt auf die Wirkungsrichtung der Treuepflicht der Direktoren aus. Siehe dazu *West Mercia Safetywear Ltd v Dodd and* another, [1988] BCLC 250; *Facia Footwear Ltd v Hinchcliffe* [1998] 1 BCLC 218. Allgemein dazu siehe *Prentice*, 1990 O.J.L.S. 265 und *Grantham*, 1991 J.B.L. 1ff sowie *Grantham*, 1991 M.L.R. 576ff.

werden können. Daher mag eine überblicksartige Darstellung genügen, zu deren Vertiefung auf speziellere Ausarbeitungen verwiesen werden muss.[404] Bislang gibt es in England keine gesetzliche Regelung, aus der sich die Pflichten eines Geschäftsleiters entnehmen ließen.[405] Der C.A. 1985 regelt lediglich einige Verwaltungsaufgaben und legt allgemeine Standards fest. Als Quelle von Systematik und Dogmatik lässt sich allerdings das reichhaltige Fallmaterial der Rechtsprechung ausmachen. Nicht zuletzt wegen der Unüberschaubarkeit und der bisweilen offen zu Tage tretenden Widersprüchlichkeiten in den vielen Gerichtsentscheidungen bestand und besteht ein Bedürfnis nach einem gesetzlichen Pflichtenkatalog.[406] Diesem Bedürfnis scheint nun erstmals Befriedigung verschafft werden zu können.[407] Die englische Gesellschaftsrechtsreform nähert sich ihrem Ziel, die Geschäftsleiterpflichten zu fixieren, mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit.[408] Jüngste Reformbestrebungen rücken einen gesetzlichen Pflichtenkatalog in den Mittelpunkt aller weiteren Überlegungen.[409]

In der Dogmatik basiert der geplante Pflichtenkatalog auf der althergebrachten Differenzierung zwischen den *fiduciary duties* (Loyalitätspflichten) und den *duties of care and skill* (Sorgfaltspflichten). Die Loyalitätspflicht hat mehrere Facetten[410], von denen insbesondere das Gebot, rechtmäßig zu handeln (*compliance with the strict terms of mandate*)[411] und das Erfordernis, zweckgebunden zu handeln (*proper purpose* - Dokt-

---

404 Vgl. z.B. in rechtsvergleichender Hinsicht: *Bedkowski*, Geschäftsleiterpflichten. Aus der europäischen Perspektive *Tupits*, 2000 I.C.C.L.J. 389, 390ff und allgemein für England *Gower/Davies*, S. 370ff. In breiterer Einbettung *Butcher*, 2000 I.C.C.L.J. 197, 198ff. Eher einen Schwerpunkt auf die Insolvenz legend *Pasban*, 2001 J.B.L. 33, 35ff. Tiefgehend zu den *fiduciary duties*: *Kasolowsky*, Fiduciary Duties in Company Law.

405 Zwar wurde mehrfach der Versuch einer Kodifikation unternommen, allerdings ohne durchschlagenden Erfolg. Vgl. beispielsweise *Green Committee* (1925), Report of the Company Law Amendment Committee, Cmnd. 2657, para 46.

406 Vgl. nur die Beispiele bei *Paton*, 2000 I.C.C.L.R. 309, 312.

407 Mit einer Umsetzung der Reformvorhaben wird man allerdings nicht in naher Zukunft rechnen können. Für einen Überblick über das *White Paper* vergleiche *Goddard*, 2003 M.L.R. 402ff.

408 Vgl. *Modern Company Law for a Competitive Economy: Final Report* (abrufbar unter : http://www.dti.gov.uk/cld/final_report/index.htm), dazu auch *Sheikh*, 2001 I.C.C.L.R. 311 und 2002 I.C.C.L.R. 88. Siehe weiterhin das *White Paper*, Modernising Company Law (abrufbar unter: http://www.dti.gov.uk/companiesbill/index.htm) und dazu *Goddard*, 2003 M.L.R. 402ff. Skeptisch *Linklater*, 2002 Company Lawyer 261.

409 Umgesetzt werden soll der Katalog als *Schedule 2*, der über *Clause 19* C.A. 1985 Gesetzeskraft erlangt.

410 Mit einer bündigen Kurzdarstellung im rechtsvergleichenden Rahmen *Fleischer*, WM 2003, 1045ff.

411 Es handelt sich um eine objektive Pflicht zur Einhaltung der Grenzen der Leitungsmacht im Gesellschaftsvertrag und im Gesetz.

rin)[412] Erwähnung verdienen. Daneben müssen Geschäftsleiter die Loyalitätspflicht im engeren Sinne beachten, was insbesondere bedeutet, dass sie in gutem Glauben im Interesse der Gesellschaft handeln müssen.[413] Damit in engem Zusammenhang stehen die Fragen, wie sich Direktoren in Situationen verhalten müssen, in denen ihre Interessen mit den Interessen der Gesellschaft kollidieren (*no conflict rule*) [414] und inwieweit sie Geschäftschancen der Gesellschaft persönlich nutzen dürfen (*no profit rule*).[415]

Hinsichtlich der Sorgfaltspflicht verspricht der beabsichtigte Pflichtenkatalog einiges an Neuem hervorzubringen. Ursprünglich galt hinsichtlich der Sorgfaltspflicht eines Direktors ein relativ niedriges Anforderungsniveau. Die Rechtsprechung verlangte nur die Einhaltung einer „allgemeinen Sorgfalt", die eine durchschnittliche Person unter denselben Bedingungen erwartungsgemäß im eigenen Interesse beobachten würde.[416] Dieser subjektive Ansatz wurde später jedoch, wenngleich von Kritik begleitet[417], so abgeändert, dass er dem Sorgfaltsmaßstab, der im Rahmen des *wrongful trading* von Bedeutung ist (subjektiv-objektive-Mischung)[418], entspricht.[419] Der beabsichtigte Pflichtenkatalog greift nunmehr diesen neuen Haftungsmaßstab auf und setzt damit einen Schlusspunkt unter die bislang schwelende Debatte.

---

412 Es handelt sich um eine objektive Pflicht, satzungsmäßige Befugnisse nur im Sinne des Satzungszweckes auszuüben. Vgl aus der Vielzahl der Rechtsprechung zuletzt *Bishopsgate Investment Management Ltd v Maxwell (No 2)* [1993] BCLC 1282.

413 Beachtenswert ist insoweit, dass der Pflichtenkatalog die Debatte über die Definition des Gesellschaftsinteresses beendet und zugunsten des *shareholder value* auflöst: „*Success of the company for the benefit of ist members as a whole*". Begründet wird dieses Ergebnis damit, dass sonst die Ahndung von Verstößen praktisch ausgeschlossen wäre, würde ein weiter gefasster Interessenbegriff doch im Unbestimmten zerfließen. Kritisch *Worthington*, 2001 M.L.R. 439, 447 und *Dean*, Company Lawyer 2001, 104, 111.

414 Hierfür sieht der Pflichtenkatalog vor, dass der Direktor sich nicht in eine solche Kollisionslage begeben darf (trotzdem durchgeführte Handlungen sind anfechtbar). Ausnahmen durch die Satzung bleiben möglich. Im übrigen gilt *Offenlegung* als wichtiges Mittel (Section 317 C.A. 1985). Für einen bündigen Überblick speziell für *self-dealings* siehe *Fleischer*, WM 2000, 1, 6.

415 Es gilt der Grundsatz, dass Direktoren Vermögen, Geschäftschancen und Informationen der Gesellschaft nicht zum Vorteil eines Kontrahenten oder zum eigenen Vorteil einsetzen dürfen. Vgl. *Bean*, 1994 Company Lawyer 266 und *Lowry/Edmunds*, 1998 M.L.R. 515.

416 Vgl. *Re City Equitable Fire Insurance Co Ltd* [1925] Ch 407: "*A director need not exhibit in the performance of his duties a greater degree of skill than may reasonably be expected from a person of his knowledge and experience*". Der Pferdefuß dieser Annahme war, dass ignorante und unfähige Direktoren nicht hafteten, während bei höherer Qualifikation auch das Haftungsrisiko stieg („incompetence is its own defence").

417 Vgl. *Berg*, 2000 J.B.L. 472, 490; *Farrar's* Company Law, S. 395; *Hicks*, 1994 L.Q.R. 390, 391f; *Nakajima*, 1994 Company Lawyer 123; *Riley*, 1999 M.L.R. 697; *Sealy*, 2001 Company Lawyer 79, 82.

418 Vgl. dazu schon ausführlich oben S. 47ff.

419 Bahnbrechend: *Norman v Theodore Goddard* [1991] BCLC 1028; *Re D'Jan of London Ltd* [1994] 1 BCLC 561. In die gleiche Richtung auch *Re Barings plc (No 5)* [1999] 1 BCLC 433. Siehe zum Ganzen auch *Hicks*, 1994 L.Q.R. 390.

Insgesamt wird man abzuwarten haben, wie sehr die Reformen der *directors' duties* sich auf das Tätigkeitsverbot aus Section 6 CDDA auswirken werden. Dabei wird insbesondere eine Rolle spielen, wie sehr sich die deckungsgleichen Flächen zwischen der *unfitness* einerseits und den *directors' duties* andererseits verkleinern oder vergrößern werden. Auf den ersten Blick droht Section 6 CDDA nunmehr eine größere Starre. Während die Rechtsprechung früher die Grenzen der *directors' duties* immer weiter expandieren konnte[420], bringt der Pflichtenkatalog eine Fixierung mit sich, deren Charakter abschließend ist.[421] Weiterentwicklungen durch die Rechtsprechung ist damit der Weg versperrt.[422] Diese Änderung muss sich jedoch nicht zwangsläufig auf Section 6 CDDA auswirken. Immerhin sind die Erwägungen des Gerichtes bei dem Tätigkeitsverbot gerade nicht abschließend in *Schedule 1* des CDDA fixiert, sondern eben nur als Leitlinien gedacht. Selbst wenn sich daher in Zukunft Bereiche auftun sollten, die mit der gesetzlichen Fixierung der Geschäftsleiterpflichten nicht abgedeckt werden können - beispielsweise äußert sich der Pflichtenkatalog nicht zu Geschäftsleiterpflichten im Konzern[423] oder bei Übernahmeangeboten[424] – können diese Bereiche durchaus im Hinblick auf eine Ungeeignetheit ausgeleuchtet werden. Langfristig wird die Frage nach den Geschäftsleiterpflichten daher entscheidend auf dem Spielfeld der Tätigkeitsverbote beantwortet werden.

ββ) Unregelmäßigkeiten im Hinblick auf das Gesellschaftsvermögen

Bei der zweiten von *Schedule 1* erfassten Fallgruppe steht weniger die Pflichtenbindung Geschäftsleiter – Gesellschaft als vielmehr das Gesellschaftsvermögen als solches im Mittelpunkt der Betrachtung. Die Aufmerksamkeit der Gerichte soll sich zunächst auf solche Fallgestaltungen konzentrieren, in denen Vermögen der Gesellschaft zweckentfremdet wurde oder in denen der *director* Teile des Gesellschaftsvermögens einfach für sich zurückbehalten hat.[425] In diesem Zusammenhang erscheinen

---

420 Zuletzt durch die überaus bahnbrechende Entscheidung *Re Barings plc (No 5)* [1999] 1 BCLC 433.

421 Siehe Clause 19, Absatz 1, letzte Zeile.

422 Skeptisch hinsichtlich des abschließenden Charakters *Worthington*, 2001 M.L.R. 439, 455. Für unzureichend hält den geplanten Katalog auch *Sealy*, 2001 Company Lawyer 79, 83.

423 Siehe dazu *Dine*, The Governance of Corporate Groups.

424 Siehe *Paton*, 2000 I.C.C.L.R. 309, 310ff.

425 Vgl. *Schedule 1, Part 1, Nr.2 CDDA*: „*misapplication or retention of...any money or other property of the company*".

sämtliche Fallgestaltungen denkbar, in denen Direktoren das Gesellschaftsvermögen in irgendeiner Weise persönlich nutzen.[426] Warum solche Fallgestaltungen in der Praxis nicht selten vorkommen, hat in Teilbereichen z.B. die Prinzipal-Agenten-Theorie überzeugend theoretisch untermauert.[427] Damit wird wiederum auch ein Bereich der sogenannten Geschäftschancenlehre tangiert, auf deren Grundlage es den Direktoren grundsätzlich untersagt ist, Vermögen der Gesellschaft zum eigenen Vorteil einzusetzen.[428] Genauso wird das Spielfeld der „*no conflict of interest rule*" abgeschritten[429], wenn sich beispielsweise Direktoren selbst billige Darlehen gewähren[430], Serviceverträge gestatten oder sonst irgendwie durch unausgeglichene direkte oder indirekte Austauschgeschäfte mit sich selbst Gesellschaftsvermögen einverleiben. Schließlich werden in diesem Zusammenhang auch all die Fragen Erwähnung verdienen, die sich um die Höhe der Direktorenvergütung allgemein (*directors' remuneration*) drehen, insbesondere wenn es um die Frage geht, ob *stock options* und dergleichen angemessen waren.

Ebenso werden Konstellationen erfasst, in denen das Wirken des Direktors im Hinblick auf das Gesellschaftsvermögen normalerweise zu einer Pflicht dergestalt führt, dass dieser Rechenschaft über sein Verhalten ablegen muss.[431] Hierbei wird man vor allem an die Fälle denken müssen, in denen der Direktor in die Situation eines Interessenkonfliktes gerät. Tritt ein solcher Konflikt mit den Interessen der Gesellschaft auf, so wird in Zukunft mit Verabschiedung der Gesellschaftsrechtsnovelle eine weitgehende Offenlegungspflicht bestehen, deren Missachtung zivilrechtliche Konsequenzen nach sich zieht.[432] Nicht mit letzter Sicherheit lässt sich der Formulierung in *Schedule 1, Part I, Nr. 2*, Alt. 2 (*obligation to ac-*

---

426 Einen gewissen Schutz bieten die Sections 320ff C.A. 1985, wodurch z.B. Eigentumsübertragungen und Darlehen zwischen der Gesellschaft und einem Direktor verboten oder eingeschränkt werden.

427 Diese Theorie hat nachgewiesen, dass sich für Geschäftsleiter beträchtliche Anreize ergeben, ihren Informationsvorsprung zum eigenen Vorteil auszunutzen und sich heimlich Vermögenswerte aus dem Gesellschaftsvermögen anzueignen. Vgl. dazu *Cooter/Freedman*, 66 N.Y.L.Rev. 1045, 1048.

428 Bislang allein richterrechtlich entwickelt, vgl. *Lowry/Edmunds*, 1998 M.L.R. 515. Nach Einführung eines abschließenden Kataloges für Geschäftsleiterpflichten dann in § 6 von *Schedule 2* zum C.A. 1985 kodifiziert.

429 Vgl. dazu schon oben Fn. 414.

430 Siehe dazu auch den Schutzmechanismus der Sections 330ff C.A. 1985, der Darlehen nur sehr eingeschränkt zulässt.

431 Vgl. *Schedule 1, Part 1, Nr. 2 CDDA*: „*conduct…giving rise to an obligation to account for*".

432 Section 317 C.A. 1985 wird ersetzt. Der Direktor muss dann Natur und Umfang eines „erheblichen Interesses" offen legen. Vgl. § 5 von *Schedule 2* zum C.A. 1985.

count for) entnehmen, ob sich das Handeln des Direktors bei dieser Fallgruppe stets auf das Gesellschaftsvermögen beziehen muss.

In die zweite Gruppe von *Schedule 1* fallen solche Fälle, in denen Gesellschaftsvermögen zu Lasten der Gesellschaftsgläubiger bewusst so verschoben wurde, dass es deren Zugriff entzogen ist (Sections 423- 425 I.A. 1986). Hier liegt also der Akzent weniger in der Bevorteilung des Direktors, als vielmehr in der Benachteiligung eines Gläubigers. Abgedeckt werden sowohl Konstellationen, in denen ein Direktor Vermögensgegenstände an Dritte verschenkt, als auch solche, in denen ein – auf den ersten Blick ausgeglichenes – Austauschgeschäft in Wahrheit einer Vermögensverschiebung gleichkommt. Entscheidend ist in allen Fällen, dass der *director* bewusst zum Nachteil eines Gläubigers handelt. Für Section 6 CDDA kommt es maßgeblich darauf an, in welchem Umfang der *director* für solche Transaktionen verantwortlich ist.

γγ) Unzulänglichkeiten bei Buchführung und Publizität

Im dritten Bereich von *Schedule 1, Part I* CDDA wird die Aufmerksamkeit der Gerichte auf Fallgestaltungen gelenkt, in deren Mittelpunkt die Buchführung und die Publizität des Unternehmens stehen. Innerhalb dieser Gruppierung lassen sich wiederum verschiedene Teilbereiche abschichten. Zum einen sollen die Gerichte bei der Suche nach einer *unfitness* darauf achten, in welchem Maße der Direktor für Unregelmäßigkeiten im Zusammenhang mit der normalen gesellschaftsrechtlichen Rechnungslegung (*accounting records*) verantwortlich ist. Hierbei geht es um die Buchführungsunterlagen, auf deren Grundlage spätere Bilanzen und Gewinn- und Verlustrechnungen erstellt werden. Diese Bücher müssen mit *reasonable accuracy* so geführt werden, dass sie die finanzielle Lage der Gesellschaft jederzeit exakt wiedergeben.[433] Darüber hinaus müssen die so erstellten Bücher über einen bestimmten Zeitraum[434] und an einem bestimmten Ort[435] aufbewahrt werden.

Neben der Pflicht, ihre Bücher ordentlich zu führen und zu archivieren, treffen die Gesellschaft zum Zweiten auch verschiedene Publizitätspflichten, die sich auf diese Buchführung beziehen. Jede Gesellschaft muss am

---

433 Vgl. Section 221 C.A. 1985.

434 Bei *private companies* 3 Jahre, bei *public companies* 6 Jahre, vgl. Section 222(5) C.A. 1985.

435 In aller Regel werden die Dokumente im „*registered office*“ aufbewahrt, vgl. Section 222(1) C.A. 1985.

Ende eines Geschäftsjahres sogenannte *annual accounts*, bestehend aus einer Bilanz und einer Gewinn- und Verlustrechnung, und einen *annual return*[436] aufbereiten.[437] Die *annual accounts* müssen von den Direktoren geprüft und unterzeichnet werden.[438] Treten hinsichtlich dieser Dokumente Unregelmäßigkeiten auf, so können auch diese für die Annahme einer *unfitness* eines Direktors berücksichtigt werden.

Schon bei einer flüchtigen Betrachtung dieser Anforderungen wird klar, dass es nicht wenige Fallgestaltungen geben wird, in denen –sei es durch Nachlässigkeit oder durch gezielte Manipulation- zu Unzulänglichkeiten bei der Buchführung und den Jahresabschlüssen kommen wird. Diese Fallgestaltungen, die im internationalen Kontext zuletzt insbesondere durch Enron, Worldcom und Co. in den Mittelpunkt der Aufmerksamkeit gerückt worden sind, kann das Gericht im Rahmen von Section 6 CDDA insoweit erfassen, als es das Ausmaß der Direktorenverantwortlichkeit (*extent of the director's responsibility*) in seine Betrachtung einbezieht. Daher wird eine Ungeeignetheit umso wahrscheinlicher sein, je schwerer der Vorwurf gegen den Direktor wiegt.

Zum Dritten erfasst *Schedule 1, Part I* solche Fälle, bei denen es um sonstige Publizitätspflichten der Gesellschaft geht. So muss gemäß Section 288 C.A. 1985 ein Register der Direktoren und Sekretäre geführt werden, aus dem sich jederzeit insbesondere die Zusammensetzung des *board of direktors* ergibt. Sodann verlangt Section 352 C.A. 1985, dass die Gesellschaft ein Mitgliederverzeichnis führt, das in aller Regel beim *registered office* aufzubewahren ist. Schließlich trifft die Gesellschaft auch eine Pflicht, die Bestellung einer *charge*[439] in einem Register festzuhalten.[440] Treten im Zusammenhang mit diesen Verzeichnissen Unregelmäßigkeiten auf, so können diese, soweit ein Direktor beteiligt bzw. verantwortlich war, für die Bestimmung einer *unfitness* herangezogen werden.

δδ) Abgrenzung zu den Sections 3 und 5 CDDA

Nachdem nunmehr die vom Gesetzgeber in diesem dritten Bereich fixierten Kriterien einer *unfitness* dargestellt wurden, verdient der zweite *Teil-*

---

436 Vgl. dazu schon oben S. 33ff, siehe auch Section 363f C.A. 1985.
437 Vgl. Sections 226f und 363 C.A. 1985.
438 Siehe Section 233 C.A. 1985.
439 Vgl. dazu schon oben Fn. 173.
440 Vgl. Sections 399, 415 C.A. 1985.

bereich, bei dem es um die Rechnungslegungspublizität der Gesellschaft geht, eine nochmalige Zuwendung. Diese erhöhte Aufmerksamkeit ist schon allein der Tatsache geschuldet, dass hiermit rechtspraktisch ein weites und bedeutendes Spielfeld abgesteckt wird. Es stellt sich die Frage, wie das Wechselspiel der Tätigkeitsverbote der Sections 3 und 5 CDDA einerseits und der Section 6 CDDA andererseits beschrieben werden kann. Als erste wichtige Wasserscheide dient hierbei die Insolvenz der Gesellschaft: Verstöße im Zusammenhang mit der Rechnungslegungspublizität können zu einem Tätigkeitsverbot wegen *unfitness* nach Section 6 CDDA nur dann führen, wenn die betroffene Gesellschaft das Stadium der Insolvenz erreicht hat.[441] Demgegenüber kann ein Tätigkeitsverbot über die Sections 3 und 5 CDDA auch die Direktoren einer wirtschaftlich gesunden Gesellschaft treffen.[442] Daneben sehen alle Tatbestände weitere Zugangsbarrieren vor: Während Section 6 CDDA ebenso wie Section 3 CDDA nur nach einem Antrag des *Secretary of State* zum Zuge kommt[443], setzt Section 5 CDDA immer zwingend voraus, dass der Direktor zuvor strafrechtlich verurteilt worden ist.[444] Während die Sections 3 und 5 CDDA jedoch mehrere Verstöße (*persistently*) voraussetzen[445], kann Section 6 CDDA theoretisch auch schon bei einmaligem Fehlverhalten anwendbar sein. Daneben ermöglichen die Sections 3 und 5 CDDA auch noch eine Ermessensentscheidung, während Section 6 CDDA auf der Rechtsfolgenseite keinen Spielraum mehr lässt. Der entscheidende Unterschied zwischen den jeweiligen Tätigkeitsverboten liegt darin, dass die Sections 3 und 5 CDDA nur Vorlagepflichten zum Register erfassen[446], während Section 6 CDDA weiter greift und z.B. auch schon die reine Pflicht zur Rechnungslegung und Bilanzierung erfasst.[447]

β) Schedule 1 – Part II (bei Insolvenz)

Unter den Gesichtspunkten, die nur im Falle einer Insolvenz eine Rolle spielen sollen, kann das Gericht sich zunächst mit der Frage beschäftigen, in welchem Maße der Direktor selbst für die Insolvenz der Gesellschaft

---

441 Vgl. schon oben S. 63.
442 Diese Möglichkeit besteht daneben auch noch über Section 8 CDDA. Dazu unten S. 92ff.
443 Vgl. für Section 3 oben Fn. 219.
444 Vgl. oben S. 36.
445 Siehe Section 3(2) CDDA.
446 Vgl. Sections 3(1) und 5(1) CDDA: „*...return, account…to be filed with, delivered or sent…to the registrar…*".
447 Vgl. *Schedule 1, Part I, Nr. 4a* (Section 221 C.A. 1985) und *Nr. 5a* CDDA (Section 226, 227 C.A. 1985).

verantwortlich ist. Sodann kann die *unfitness* davon beeinflusst werden, ob der Direktor dafür verantwortlich war, dass eventuell Liefer- oder Dienstleistungspflichten gegenüber Geschäftspartnern, die dafür schon im Voraus bezahlt hatten, nicht eingehalten wurden. Diese Fälle sind deshalb interessant, weil bei ihnen in der Regel anvertraute finanzielle Mittel für den Überlebenskampf der krisengeschüttelten Gesellschaft zweckentfremdet werden.[448] Zum Dritten spielt für die Frage der *unfitness* eine Rolle, ob die Gesellschaft bestimmte verbotene Transaktionen vorgenommen hat und welchen Anteil der *director* daran hatte. Verboten ist der Gesellschaft mit Beginn des *winding up* grundsätzlich jede Disposition über Vermögensgegenstände oder Anteile der Gesellschaft.[449] Ebensowenig darf die Gesellschaft nach Verhängung einer *administration order* oder nach Beginn der *liquidation* Transaktionen vornehmen, durch die Vermögenswerte unter ihrem Wert weggegeben werden[450] oder durch die einzelne Gläubiger im Hinblick auf ihre Befriedigung bevorteilt werden.[451] Für die *unfitness* bei Section 6 CDDA kann es abschließend auch darauf ankommen, ob der *director* bestimmten Organisations-, Berichts- und Mitwirkungspflichten nachgekommen ist, die sich im Endstadium einer Gesellschaft aus dem I.A. 1986 ergeben.[452]

γ) Zwischenergebnis

Die Analyse von *Schedule 1* ergibt, dass den Gerichten vom Gesetzgeber ein weiter Beurteilungsspielraum eingeräumt wird. Insbesondere durch die Aufnahme sämtlicher Pflichten des Geschäftsleiters für die Frage der *unfitness* kann es theoretisch zu einem kaum eingrenzbaren Anwendungsfeld für Tätigkeitsverbote kommen. Umso größere Aufmerksamkeit muss daher der Frage gelten, ob in der Rechtsanwendung Tendenzen für eine restriktive Anwendung erkennbar sind. Vorstellen könnte man sich beispielsweise, dass nur vorsätzliche oder besonders schwere Verstöße berücksichtigt werden.

---

448 Vgl. näher unten S. 85f.
449 Siehe Section 127 I.A. 1986.
450 Vgl. Section 238 I.A. 1986 ("*transaktions at an undervalue*").
451 Vgl. Section 240 I.A. 1986 ("*preferences*").
452 Einzelheiten in *Schedule 1, Part 2 Nr. 9, 10* CDDA, die auf Sections 98, 22, 47, 66, 99, 131, 234, 235 I.A. 1986 verweisen.

(dd) Inhaltliche Bestimmung der *unfitness* durch die Gerichte

Im Hinblick auf die Frage, wann im konkreten Fall das Pendel von *fit* zu *unfit* umschlägt, bewegt sich naturgemäß jede verallgemeinernde Einschätzung auf dünnem Eis.[453] Wenn man für zukünftige Fallgestaltungen eine relativ sichere Prognose wagen will, müssen die groben Entwicklungstendenzen der Rechtsprechung freigelegt werden. Insofern wird man drei Entwicklungsstufen ausmachen können:

In einem ersten Stadium Ende der achtziger Jahre neigten die Gerichte dazu, unabhängig vom konkreten Fall eine generelle Hürde zu errichten, deren Überwindung den Weg zu einer *unfitness* ebnen sollte. In damals entschiedenen Fällen findet sich der Versuch, eine Trennung zwischen bloßem Missmanagement auf der einen und fehlender geschäftlicher Eignung auf der anderen Seite vorzunehmen. Das Pendel sollte dann auf *unfit* umspringen, wenn jemand entweder durch mangelhafte Moral in geschäftlichen Angelegenheiten (*breach of standards of commercial morality*) oder durch völlige Inkompetenz (*gross incompentence*) aufgefallen war.[454] Einen wesentlichen Grund dafür, dass nicht schon jede einfache Inkompetenz (*mere mismanagement* oder *misjudgement*) ausreichen sollte, um jemanden als *unfit* einstufen zu können, sahen die Gerichte in der weitreichenden Wirkung, die ein Tätigkeitsverbot für die Freiheit der betroffenen Person mit sich bringt.[455] Dadurch, dass die Gerichte auf einen Moralbegriff abstellten, schienen sie auf der Suche nach einem *objektiven* Standard gewesen zu sein. Allerdings wurde die Objektivität eines sol-

---

453 Vgl. statt vieler *Fitzpatrick*, 1992 N.L.J. 596.

454 *Re Dawson Print Group Ltd* [1987] BCLC 601: „*some conduct which if not dishonest is at any rate in breach of standard of commercial morality, or some really gross incompetence…*"; *Re Lo-Line Electric Motors Ltd* [1988] BCLC 698: "*Ordinary commercial misjudgment is in itself not sufficient…must display a lack of commercial probity…in extreme case of gross negligence or total incompetence disqualification could be appropriate*."; ähnlich *Re Bath Glass Ltd* [1988] BCLC 329, 333: "*...serious failure or serious failures, whether deliberately or through incompetence*"; Siehe dazu auch *Howells*, 1988 Solicitors Journal 1470; darüber hinaus *Re Chartmore Ltd* [1990] BCLC 673 ("*gross incompetence*"); *Re Rolus Properties Ltd* [1988] 4 BCC 446; *Re McNulty's Interchange Ltd* [1989] BCLC 709; *Re Douglas Construction Services Ltd* [1988] BCLC 397; *Re Ipcon Fashions Ltd* [1989] 5 BCC 774; *Re Cladrose Ltd* [1990] BCLC 204.

455 Siehe jüngst noch *Re Barings plc (No 5)* [1999] 1 BCLC 433: "*reason…serious nature of a disqualification…prevent the respondent being concerned in the management of any company*"; Siehe zuvor schon *Re Lo-Line Electric Motors Ltd* [1988] BCLC 698: "*…the right of the individual must be fully protected.*" Das Gericht zieht zur Begründung auch die Querverbindung zum Strafrecht. Der strafrechtliche Charakter der Section 6 CDDA wird gleichwohl nicht als primär eingestuft.
Solche Autoren, die den strafrechtlichen Charakter der Tätigkeitsverbote propagieren, treten naturgemäß für eine hohe Hürde ein, vgl. z.B. *Dine,*1994 J.B.L. 325ff.

chen Verfahrens von Seiten der Literatur in Zweifel gezogen.[456] Aus den Entscheidungen selbst ließ sich nämlich nie entnehmen, was man unter *commercial morality* verstehen durfte. Im Ergebnis kam es in einem Gerichtsverfahren dann doch wieder darauf an, wie das konkrete Gericht den Begriff mit Leben füllte. Das wiederum hing jedoch entscheidend davon ab, ob das Gericht einen Schwerpunkt mehr auf das Unternehmertum und die individuelle Freiheit legte[457] oder ob es dem Schutz der Gläubigerinteressen den Vorrang einräumte.[458] Im Wechselspiel dieser beiden Interessenpole ließ sich ein rechtspolitischer Einschlag nicht gänzlich vermeiden. Gegen einen rein objektiven Standard spricht vor allem auch, dass die Gerichte auf eine *gross incompetence* des Geschäftsleiters abgestellt haben, die man wohl wie eine Art grober Fahrlässigkeit verstehen darf.

Als Zäsur und Begründung eines zweiten Stadiums lässt sich die Entscheidung *Re Sevenoaks Stationers (Retail) Ltd.* einordnen.[459] In dieser Entscheidung wandte das Gericht sich gänzlich von einem allgemein gültigen und vermeintlich objektiven Test ab und meinte, für die Frage der *unfitness* komme es allein auf die Fakten des konkreten Falles, nicht jedoch auf die *paraphrases* früherer Gerichtsentscheidungen an. Diese Auffassung ließ sich mit dem Argument untermauern, dass es die speziellen Richtlinien in *Schedule 1* in den früheren Entscheidungen noch nicht gab und deshalb eine generelle Richtungsbestimmung notwendig war. Gegen die Auffassung des Gerichtes spricht jedoch, dass *Schedule 1* gerade nicht als abschließend angesehen werden kann.[460] Wenn ein Gericht jedoch Aspekte in seine Entscheidungsfindung einbezieht, die nicht in *Schedule 1* erfasst sind, zeigt sich die Notwendigkeit einer Richtschnur, um einen gewissen Gleichlauf in den Gerichtsentscheidungen und damit auch ein höheres Maß an Rechtssicherheit gewährleisten zu können. Gegen einen rein einzelfallbezogenen Test spricht auch der Begriff der Ungeeignetheit selbst, dem ein Abgleich mit einem objektiven Vergleichsmaßstab immanent ist.[461] Um diese Tatsache kam das Gericht letztlich auch nicht her-

---

456 Vgl. *Dine*, Criminal Law, Chapter 5, die herausarbeitet, dass die Gerichte nicht klargemacht haben, ob es mehr auf das Verhalten der Person, oder auf die Schädigung der Gläubiger ankommen soll.

457 Siehe exemplarisch *Re Douglas Construction Services Ltd* [1988] BCLC 397.

458 Siehe dazu *Re Rolus Properties Ltd* [1988] 4 BCC 446.

459 Vgl. *Re Sevenoaks Stationers (Retail) Ltd* [1991] BCLC 325.

460 Siehe oben S. 68.

461 *Walters/Davis-White*, Direktors' Disqualification, S. 101, die deshalb die Frage der Ungeeignetheit als Mischung aus *law* und *fact* ansehen.

um, als es das Verhalten der Person einzuordnen hatte. Insoweit war wichtig, dass in der Entscheidung der erwartete Pflichtenstandard offenbar geringfügig abgesenkt wurde: Das Gericht meinte, *unfitness* setze nicht notwendig eine *total incompetence* voraus, sondern es reiche auch schon ein geringerer Grad.[462]

In einem dritten Stadium haben sich die Gerichte nunmehr wieder mehr an objektiven Standards orientiert. In den Mittelpunkt der Argumentation rückt immer öfter eine *proper standard* - Betrachtung.[463] Diese Herangehensweise sollte den Betrachter jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass nach wie vor keine klare Grenzziehung zwischen *fit* und *unfit* möglich ist. Was man als angemessenen Standard verstehen darf, lässt sich juristisch nicht zweifelsfrei festlegen. Gerade deshalb ist es noch immer Sache des jeweiligen Gerichtes, welchen konkreten Standard es an den ihm vorliegenden Fall anlegt. Sicher ist jedenfalls, dass das Gericht dem Adressaten keine strafrechtliche Schuld nachweisen muss. Tendenziell läuft der Test eher in die Richtung eines Fahrlässigkeitsstandards[464] und setzt nicht notwendig eine Täuschungs- oder Schädigungsabsicht voraus.[465] Natürlich wird jedoch beim Vorliegen eines entsprechenden Vorsatzes und einer Gläubigerschädigung eine *unfitness* umso leichter bejaht werden können. Im Ergebnis wird es auch weniger auf die Art des Fehlverhaltens einer Person ankommen, sondern vielmehr auf die Intensität eines Verstoßes und auf den Grad der persönlichen Vorwerfbarkeit. Die Intensität eines Verstoßes lässt sich ihrerseits daran ermessen, wie sehr das Interesse der Öffentlichkeit in Mitleidenschaft gezogen worden ist.[466] Was für die Frage der *unfitness* keine Rolle spielt, ist die Wiederholungs-

---

462 *Re Sevenoaks Stationers (Retail) Ltd.* [1991] BCLC 325: "*His trouble is not dishonesty, but incompetence or negligence in a very marked degree and that is enough to render him unfit; I do not think it is necessary for incompetence to be 'total*'".

463 Vgl. *Re Keypack Homecare Ltd* [1990] BCLC 440, 444 ("l*ack of regard for proper standards*"); *Re Pamstock Ltd* [1994] 1 BCLC 716, 736 ("*standard of conduct which is today expected…*"); *Re Grayan Building Services Ltd* [1995] BCC 554 und *Re Swift 736 Ltd* [1993] BCLC 1 (jeweils "*ordinary standards of commercial moralty*"). Zuletzt *Re Barings (No 5)* [1999] 1 BCLC 433: „*standards of probity and competence appropriate for persons fit to be directors of companies*".

464 So die Einschätzung von *Walters/Davis-White*, Direktors' Disqualification, S. 102. Allerdings muss zur reinen Fahrlässigkeit meist immer noch ein „Etwas" hinzukommen.

465 Siehe auch die ausgesprochenen Section 6- Tätigkeitsverbote in *Re Sevenoaks Stationers (Retail) Ltd.* [1991] BCLC 325 (Verhalten nicht "*dishonest*", aber "*markedly negligent/incompetent*"); *Re Melcast Ltd* [1991] BCLC 288 (kein „*dishonestly*" ggü. Gläubigern); *Re Austinsuite Furniture Ltd* [1992] BCLC 1047 (kein "*dishonesty*"); *Re Thorncliffe Finance Ltd* [1997] 1 BCLC 34 (kein "*dishonesty*"); *Re Linvale Ltd* [1993] BCLC 654 (kein "*dishonesty*").

466 Siehe *Griffin*, Personal Liability, S. 166.

gefahr.[467] Dieser Aspekt kann allein die Dauer eines Tätigkeitsverbotes beeinflussen.

Aus allen neueren Gerichtsentscheidungen lässt sich jedoch extrahieren, dass *incompetence* ein hinreichendes Kriterium für *unfitness* zu sein scheint. Diese Einschätzung wird auch durch die bekannte *Re Barings* - Entscheidung getragen.[468] Zweifelsfrei ist dabei aber nicht, welcher Grad von *incompetence* genau erforderlich ist. Daneben ist auch der Begriff der *incompetence* nicht ganz leicht mit Leben zu füllen. Das liegt daran, dass man darunter einerseits die bloße Unfähigkeit verstehen kann, seine Grundpflichten (im rechtlichen Sinne) zu erfüllen, *incompetence* andererseits jedoch auch als Sammelbegriff für das Treffen von wirtschaftlichen Fehlentscheidungen und die Übernahme von Risiken, die Verluste bescheren, verwendet wird. Die Gerichte sind bei der Beurteilung der unternehmerischen Entscheidungen aus mehreren Gründen traditionell zurückhaltend.[469] Aus diesem Grund wird niemand allein deshalb, weil er riskante Fehlentscheidungen getroffen hat, als ungeeignet eingestuft werden. Vielmehr wird sich jedes Gericht bei der Beurteilung einer eventuellen *incompetence* primär an den besser fassbaren rechtlichen Pflichten des Direktors festhalten und die Frage der *bad commercial decisions* lediglich als ergänzendes Element hinzuziehen.

Abschließend kann man sich noch an eine Aussage klammern, die die Rechtsprechung in *Re Barings* betont hat: Die Frage der *incompetence* soll sich von einem allgemeingültigen Maßstab leiten lassen. Fixpunkt für die Frage der Kompetenz soll dabei das *Privileg der limitierten Haftung* sein. Wer dieses in Anspruch nehme, müsse im Gegenzug bestimmte Pflichten wahren, aus deren Missachtung sich sodann eine *incompetence* ergeben könne.[470] Daraus könnte man entnehmen, dass auch schon einfache Inkompetenz ausnahmsweise für eine *unfitness* ausreichen kann. Al-

---

467 *Re Barings plc (No.5)* [1999] 1 BCLC 433: "*the fact that a respondent might have shown himself unlikely to offend again was irrelevant to the question of unfitness*".

468 *Re Barings plc, Secretary of State v Baker* [1998] BCC 583 und danach *Re Barings plc (No.5)* [1999] 1 BCLC 433 ("*demonstrating incompetence of such a high degree as to justify a disqualification order*").

469 *Business judgement* – Fragen liegen naturgemäß nicht im Kernbereich der gerichtlichen Kompetenzen. Darüberhinaus lässt sich eine *ex-ante* getroffene Entscheidung nur schwer *ex-post* verifizieren. Zum Dritten ist es gerade auch der Sinn der limitierten Haftung, die Aufnahme legitimen unternehmerischen Risikos zu forcieren; ein zu extensives Verständnis von *incompetence* würde dem jedoch entgegenlaufen.

470 Siehe *Re Barings plc (No.5)* [1999] 1 BCLC 433 unter Verweis auf *Re Grayan Building Services Ltd* [1995] BCC 554: „*...concept of limited liability...that those who avail themselves of those privileges must accept the standards...in place to protect creditors and shareholders*".

lerdings muss für diese Frage immer entscheidend auf das Hauptregelungsziel der Section 6 CDDA – den Schutz der Gläubiger – abgestellt werden.[471] Nur wenn das Interesse der Gläubiger in Gefahr ist, lässt sich ein Tätigkeitsverbot wegen *incompetence* rechtfertigen.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass der Graubereich im Übergang von *fit* zu *unfit* durch die Spruchpraxis der Gerichte nicht befriedigend ausgeleuchtet werden kann.[472] Unklar ist vor allem, was genau unter *incompetence* verstanden werden darf. Manche Entscheidungen weisen eher in die Richtung grober Fahrlässigkeit, sicher ist das aber nicht.[473]

(ee) Fallgruppenbildung

Damit verbleibt als letzte Möglichkeit, um etwas mehr Licht in das Dunkel zu bringen, nur der Versuch, solche Fallgruppen zu bilden, in denen typischerweise *unfitness* zu bejahen ist. Dabei sollte man bedenken, dass die verschiedenen Fallgruppen nicht kontaktlos nebeneinander stehen, sondern sich oft in einigen Bereichen überschneiden.

α) Aktivität im Insolvenzstadium – *insolvent trading*

Der häufigste Anknüpfungspunkt für Verfahren nach Section 6 CDDA ist der Vorwurf, der *director* habe die Gesellschaft veranlasst, im Stadium der Insolvenz weiter geschäftlich tätig zu sein und dadurch die Gläubiger geschädigt (sogenanntes *insolvent trading*).[474] In einigen entschiedenen Fällen reichte schon der Nachweis eines einmaligen Verstoßes bei einer Gesellschaft, um darauf eine *unfitness* zu begründen.[475] Das *insolvent trading* weist einige Verbindungslinien zum *wrongful trading* auf, denn bei beiden Formen geht es im Kern darum, dass ein *director* eine insolvente Gesellschaft dazu bringt, weiter Verbindlichkeiten einzugehen, ohne dass deren Erfüllung wahrscheinlich wäre.[476] Allerdings sind die An-

---

471 Siehe die Einschätzung von *Lord Hoffmann*, 1997 Company Lawyer 194, 197.

472 Ebenso *Ong*, 1998 Company Lawyer 7, 8; *Drake*, 1989 J.B.L. 474, 479; *Fitzpatrick*, 1992 N.L.J. 596. Mit gleichem Ergebnis und mit der Forderung nach einer rigoroseren Anwendung der *unfitness* - Bestimmung, damit der Schutz der Öffentlichkeit intensiviert wird, *Finch*, 1990 M.L.R. 385, 389f. Generell zum dogmatischen Hintergrund, warum Gerichte entweder schon jede Unfähigkeit oder aber nur rücksichtsloses Verhalten ausreichen lassen, siehe *Finch*, 1993 Industrial Law Journal 35, 36f, die den Unterschied zwischen rights-approach <-> privilege approach aufbereitet.

473 Vgl. zuletzt auch *Re Barings plc, Secretary of State v Baker* [1998] BCC 583: „*His trouble is not dishonesty but incompetence or negligence in a very marked degree and that is enough to render him unfit*".

474 Zu den beiden relevanten Arten der Insolvenz („*cash flow*" und „*balance sheet*") siehe schon oben Fn. 278.

475 *Re Amaron Ltd, DTI v Lubrani* [1997] 2 BCLC 115; *Re McNulty's Interchange Ltd* [1989] BCLC 709.

476 Siehe zum *wrongful trading* schon oben unter Section 10 CDDA auf S. 44ff.

forderungen an den Nachweis eines *insolvent trading* weniger formalistisch als bei Section 214 I.A. 1986. Es geht nicht darum, dass der Direktor zu einem bestimmten Zeitpunkt wusste oder wissen musste, dass die Gesellschaft die sogenannte *insolvent liquidation* nicht mehr vermeiden konnte. Vielmehr steht im Mittelpunkt die Frage, ob der Direktor ungerechtfertigte Risiken hinsichtlich der Finanzen der Gläubiger eingegangen ist.[477] Diese unterschiedliche Herangehensweise in der Fragestellung lässt Konstellationen zu, in denen zwar nicht der schwierige Nachweis eines *wrongful trading* erbracht werden kann, jedoch eine Ungeeignetheit wegen *insolvent trading* nachweisbar ist.[478]

β) Buchführung, Publizität und Überwachung der Finanzen

Einen weiteren wichtigen Anknüpfungspunkt für die Frage der *unfitness* bildet die sich aus Section 221 C.A. 1985 ergebende Pflicht der Gesellschaft, Bücher über ihre Geschäfte zu führen.[479] Treten insoweit Unregelmäßigkeiten auf, erhöht sich die Wahrscheinlichkeit, dass der verantwortliche *director* als *unfit* eingestuft wird, erheblich; unabhängig davon, ob sie im Zusammenhang mit einem *insolvent trading* oder isoliert zu Tage gefördert werden.[480] Den Grund dafür haben die Gerichte immer wieder in der Schlüsselstellung ausgemacht, die Section 221 C.A. 1985 für das Wohl der Gesellschaft einnimmt: Verstöße gegen diese Vorschrift zeigen, dass die Direktoren nicht in der Lage waren, sich adäquat über die finanziellen Verhältnisse der Gesellschaft zu informieren, was wiederum ein gewichtiges Indiz für die Frage der *incompetence* ist.[481] Wer jedoch nicht im Detail über die Finanzlage der Gesellschaft informiert ist, wird

---

477 Die Testfrage („*unwarranted risks with creditors' money*") stammt aus *Re Synthetic Technology Ltd, Secretary of State for Trade and Industry v Joiner* [1993] BCC 549 und ist Ausfluss des allgemeinen Prinzips, dass der Direktor in der Krise im Rahmen seiner fiduziarischen Pflicht gegenüber der Gesellschaft auch die Gläubigerinteressen berücksichtigen muss (siehe dazu *Palmers* Company Law, Rn. 8.506). Sie wurde adaptiert von *Re Living Images Ltd* [1996] 1 BCLC 348; *Re Richborough Furniture* [1996] 1 BCLC 507; *Re Moonlight Foods (U.K.) Ltd.* [1996] BCC 692; *Re City Pram and Toy Co. Ltd* [1998] BCC 537.Zuvor lehnten sich die Gerichte des öfteren an den Wortlaut der Section 214 I.A. 1986 an, siehe *Re Secretary of State for Trade and Industry v Taylor* [1997] 1 WLR 407.

478 Denkbar ist jedoch auch ein Parallellauf von Tätigkeitsverboten nach Section 10 CDDA (*wrongful trading*) und Section 6 CDDA (*insolvent trading*).

479 Diese Pflicht ist in *Schedule 1, Part 1 No 4(a)* CDDA aufgelistet, vgl. deshalb schon oben S. 69ff.

480 Siehe als Beispiele *Re Rolus Properties* [1988] 4 BCC 447; *Re T & D Services Ltd* [1990] BCC 592; *Re Chartmore Ltd* [1990] BCLC 673.

481 Siehe *Re Rolus Properties* [1988] 4 BCC 447; *Re Thorncliffe Finance Ltd, Secretary of State for Trade and Industry v Arif* [1997] 1 BCLC 34; *Re New Generation Engineers Ltd* [1993] BCLC 435; *Re Firedart Ltd, Official Receiver v Fairall* [1994] 2 BCLC 340.

im Hinblick auf die Entscheidung, eine Gesellschaft in der Krise weiter wirtschaften zu lassen, mit besonderem Rechtfertigungsdruck zu rechnen haben und mit hoher Wahrscheinlichkeit als *unfit* angesehen werden. Fälle, in denen Unregelmäßigkeiten mit der Buchführungspflicht aufgetreten sind, zeigen indessen auch, dass das Urteil einer *unfitness* durch einen Kaskadeneffekt beschleunigt wird: Wenn schon die Bücher nicht ordnungsgemäß geführt werden, treten häufig auch Unzulänglichkeiten bei den Jahresabschlüssen auf.[482] Dies wiederum wird als weiterer Aspekt die Frage nach der Eignung beeinflussen.[483]

Als ergänzendes Moment kann die mangelhafte Veröffentlichung von *annual accounts* und a*nnual returns* den Eindruck der Ungeeignetheit verstärken.[484] Diese Nachlässigkeit wird von den Gerichten zwar als weniger gravierend angesehen, als ein Verstoß gegen Section 221 C.A. 1985. Der Eindruck einer *unfitness* verstärkt sich jedoch mit der Häufigkeit der Verstöße.[485] Der Bezug zur *unfitness* stellt sich insoweit über zwei Seiten her: Einerseits ist die Nichtveröffentlichung der Berichte ein starkes Indiz, dass sie gar nicht ausgearbeitet wurden, wodurch wiederum die Pflicht der Direktoren, sich über die finanziellen Belange der Gesellschaft auf dem jeweiligen Stand zu halten, tangiert wird. Zum Zweiten bringt die mangelhafte Veröffentlichung die Gläubiger um deren Möglichkeit, sich adäquat über die finanziellen Verhältnisse der Gesellschaft zu informieren.[486]

Abgesehen von der wichtigen Section 221 C.A. 1985 haben die Gerichte ihre *unfitness*-Untersuchungen auch auf allgemeinere Erwägungen im Zu-

---

482 Siehe z.B. *Re Thorncliffe Finance Ltd, Secretary of State for Trade and Industry v Arif* [1997] 1 BCLC 34; *Re Western Welsh International System Buildings Ltd* [1988] 4 BCC 449 (noch zu Section 300 C.A. 1985).

483 Siehe *Schedule 1, Part 1 No 5(a) CDDA*.

484 Siehe zu den Begrifflichkeiten oben S. 33ff. Für Beispiele siehe *Re Bath Glass Ltd* [1988] BCLC 329 „*plainly a matter which can and should be taken into account*";*Re Pamstock Ltd* [1994] 1 BCLC 716: "*Although these defaults occurring over a long period and in relation to more than one company ...I do not think that these failures in themselves justify a conclusion that the respondent has been shown to be a person who is unfit…*"; *Re Carecraft Construction Co Ltd* [1993] BCC 336.

485 Siehe insbesondere *Re Swift 736 Ltd, Secretary of State for Trade and Industry v Ettinger* [1993] BCLC 896 ("*Isolated lapses in filing documents are one thing and may be excusable. Not so persistent lapses…Those who persistently fail…can expect to be disqualified*".
Siehe auch *Re Lo-Line Electric Motors* [1988] BCLC 698; *Re Hitco 2000 Ltd, Official Receiver v Cowan* [1995] 2 BCLC 63; *Re City Pram and Toy Co. Ltd* [1998] BCC 537. Oft werden sich die Gerichte am „*persistently*" in Section 3 CDDA orientieren, vgl. dazu schon oben S. 38ff ; siehe auch *Re ECM (Europe) Electronics Ltd* [1992] BCLC 814.

486 Siehe *Re Pamstock Ltd* [1994] 1 BCLC 716: „*The failure to file accounts and returns is a serious matter ...would have warned creditors that the company was making losses… if annual accounts are not filed creditors are deprived of a means of informing themselves of the position of those to whom credit is afforded*"

sammenhang mit der Verantwortung der Direktoren für die Finanzen der Gesellschaft gestützt. Zum einen wurde für den speziellen Fall eines einzelnen Direktors befunden, dass es eine über die Erstellung der Bücher hinausgehende Pflicht gibt, die Finanzen jederzeit zu kontrollieren. Aus einem Verstoß gegen diese Überwachungspflicht kann sich *unfitness* herleiten.[487] Zum anderen wurde der Akzent darauf gelegt, dass die Rechnungslegung der Gesellschaft immer ein wahres Abbild der realen Finanzlage geben muss.[488] Verstöße insoweit, die manchmal mit einem entsprechenden Täuschungsvorsatz, nicht mit bloßer Nachlässigkeit, einhergehen, können ebenfalls zu einer Ungeeignetheit führen.

γ) Gläubigerbevorzugung und -benachteiligung, Zweckentfremdung anvertrauter Mittel

Ein wichtiger Gesichtspunkt, der für die Gerichte bei der Bestimmung der Eignung eines Direktors immer wieder eine Rolle gespielt hat, ist, ob einzelne Gläubiger bevorzugt worden sind. Soweit eine solche Gläubigerungleichbehandlung festgestellt worden ist, war das oft ein zwar nicht tragender, jedoch unterstützender Gesichtspunkt im Hinblick auf die *unfitness*.

Eine gewisse Sonderrolle haben insoweit die Fälle eingenommen, in denen eine Gesellschaft Steuerverbindlichkeiten nicht beglichen hatte.[489] Einige Zeit wurden solche Fälle als verwerflicher eingeordnet, als Fälle, in denen Verbindlichkeiten gegenüber sonstigen Geschäftspartnern nicht beglichen worden waren.[490] Den Grund dafür sahen die Gerichte zum einen in der öffentlichen Natur der Verbindlichkeiten und der *quasi-trust* - Stellung der Gesellschaft und zum anderen in der Tatsache, dass die öffentliche Hand im Gegensatz zu Privatgläubigern nicht freiwillig Verbindlichkeiten mit der Gesellschaft eingegangen war. Seit *Re Dawson*

---

487 Siehe *Re Hitco 2000 Ltd, Official Receiver v Cowan* [1995] 2 BCLC 63. Ähnlich *Re Grayan Building Services Ltd* [1995] BCC 554 (Einrichtung von "*management accounts*"); tendenziell auch *Re New Generation Engineers* [1993] 435 ("*unable to monitor the company's financial position*").

488 Siehe *Re Austinsuite Furniture Ltd* [1992] BCLC 1047 (Erwerb einer Gesellschaft, um die Bilanz aufzubessern) und *Re Atlantic Computers plc, Secretary of State for Trade and Industry v Ashman* (1998, nicht veröffentlicht) (Verschleierung von Verbindlichkeiten); *Re New Generation Engineers* [1993] BCLC 435 („*accounting records were inadequate as they did not disclose with reasonable accuracy the financial position of the company*").

489 Statt vieler *Re T & D Services Ltd* [1990] BCC 592. Zum analogen Fall im deutschen Gewerberecht (Ungeeignetheit bei Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen) siehe BVerwG NVwZ 1987, 303).

490 *Re Howard Davey & Co* (07.12.1984, unveröffentlicht); *Re Flatbold* (21.02.1986, unveröffentlicht); *Re Cladrose Ltd* [1990] BCLC 204.

Print Group Ltd wurde die Sonderstellung von Verbindlichkeiten gegenüber der öffentlichen Hand jedoch zurückgedrängt.[491] Mit *Re Sevenoaks Stationers* wurde zudem ein neuer und allgemein gültiger Anknüpfungspunkt in Bezug auf die *unfitness* gefunden.[492] Nunmehr knüpft die Ungeeignetheit eines Direktors an der Tatsache an, dass nur die Gläubiger befriedigt werden, die auf eine Erfüllung ihrer Forderungen drängen, während die anderen Gläubiger nicht befriedigt werden.[493]

Eine solche Gläubigerungleichbehandlung scheint eher zu einer *unfitness* zu führen, als wenn ein Direktor nur wegen *insolvent trading* auffällt und alle Gläubiger gleich geschädigt werden. In der Regel wird eine Gläubigerungleichbehandlung allein jedoch nicht den Ausschlag für eine *unfitness* geben.[494] Anders gestaltet sich die Lage aber dann, wenn die Direktoren durch die Ungleichbehandlung eigene wirtschaftliche Ziele verfolgt haben.[495]

Eine gewisse Nähe zur Gläubigerungleichbehandlung weisen Fälle auf, in denen die Gesellschaft ihr von Kunden im Voraus anvertraute finanzielle Mittel nicht wie vereinbart einsetzt, sondern damit die strauchelnde Gesellschaft aufzufangen sucht.[496] Solche Konstellationen werden von den Gerichten als starke Indizien für eine Ungeeignetheit bewertet.[497]

δ) Phönix-Gesellschaften

Obwohl nicht in *Schedule 1* erwähnt, spielen auch die sogenannten Phönix – Fälle für die Frage der *unfitness* eine Rolle.[498] Diese zeigen sich in verschiedenen Facetten[499] und beschäftigen die Rechtsordnungen in aller

---

491 Vg. *Re Dawson Print Group Ltd* [1987] BCLC 601.

492 Vgl. *Re Sevenoaks Stationers (Retail) Ltd* [1991] BCLC 325.

493 Vgl. *Re Sevenoaks Stationers (Retail) Ltd* [1991] BCLC 325: "*...but that the Crown was not pressing for payment…It would be equally unfair to trade in that way…at the expense of creditors other than the Crown.*".

494 Speziell für Steuerverbindlichkeiten siehe *Re Dawson Print Group Ltd* [1987] BCLC 601 und *Re Sevenoaks Stationers (Retail) Ltd* [1991] BCLC 325.. Zu den Gefahren einer zu schnell angenommenen *unfitness* siehe *Walters/Davis-White*, Directors' Disqualification, S. 129.

495 Z.B., wenn die Direktoren der kreditgebenden und gegenüber anderen Gläubigern bevorzugten Bank persönliche Sicherheiten gegeben haben. Vgl. *Re Verby Print for Advertising Ltd, Secretary of State for Trade and Industry v Fine* [1998] 2 BCLC 23.

496 Diese Fälle fallen unter *Schedule 1, Part II CDDA* (*failure...supply goods or services which have been paid for in advance*).

497 Siehe *Re Western Welsh International System Buildings Ltd* [1988] 4 BCC 449; *Re Austinsuite Furniture Ltd* [1992] BCLC 1047; *Re City Investment Centres Ltd* [1992] BCLC 956.

498 Siehe *Re Travel Mondial Ltd* [1991] BCC 224; *Re Swift 736 Ltd* [1993] BCC 312; *Re Linvale Ltd* [1993] BCLC 654.

499 Vgl. *Milman*, 1997 J.B.L. 224ff. Vgl. auch *Hicks,* ACCA Research Report 59, S. 44, der auf Australien hinweist, wo das Problem sehr genau analysiert wurde, und bei den Phoenix-Fällen die Kategorien „*innocent offenders*", „*occupational hazard*" und „*careerists*" gebildet wurden.

Welt.[500] Phönix-Gesellschaften lassen sich mit den deutschen GmbH-Stafetten vergleichen und sind eine typische Begleiterscheinung der Insolvenz. In der Regel gerät eine juristische Person in die Krise und ist außerstande, ihre Gläubiger, ihre Arbeitnehmer oder den Staat zu befriedigen. Bald darauf wird die Gesellschaft zu Grabe getragen, während sämtliche Geschäftspartner auf ihren Forderungen sitzen bleiben. Wenig später entsteht aus der Asche der alten Gesellschaft, der griechischen Sagengestalt Phönix gleich, eine neue juristische Person, die das Geschäft der alten Gesellschaft übernimmt und weiterführt, ohne jedoch für deren Schulden haften zu müssen.[501] Die Direktoren der alten Gesellschaft sind dabei regelmäßig auch die Unternehmenslenker der neuen Unternehmung.[502] Dieses Spiel können die Geschäftsleiter beliebig wiederholen, ohne dass sie ohne weiteres persönlich haften müssen.[503] Grund dafür ist die rechtliche Selbständigkeit der juristischen Person, die einen Durchgriff auf die dahinter agierenden natürlichen Personen im Grundsatz nicht zulässt. Dieser Missbrauch der Rechtsform der juristischen Person, der vor allem bei kleinen *companies* droht[504], ist natürlich nicht im Sinne des Gesetzgebers.[505]

Unabhängig davon, durch welche Mechanismen im Einzelnen versucht wird, Vermögenspositionen von einer alten Gesellschaft auf eine neue zu übertragen, wird die Annahme einer *unfitness* immer dann wahrscheinlich, wenn die Transaktionen zum Nachteil der Gläubiger durchgeführt worden waren.[506] Die bloße Vermögenstransaktion von einer insolventen

---

500 Neben der englischen Rechtsordnung sei an dieser Stelle beispielhaft auf Australien, Neuseeland, Kanada, Malaysia und Singapur verwiesen, die auch dem *common law* verhaftet sind und daher in vielen Fragen gleichförmige Antworten wie England bereithalten. Vgl. nur die Berichte des Australischen *Law Reform Committee*, das Mitte der 90er Jahre nach Lösungen für das *Phönix-Syndrom* Ausschau hielt: *Curbing the Phoenix Company*, 3 Reports, abrufbar unter: http://www.parliament.vic.gov.au/lawreform/CLRC/images/CPC.

501 Mit den Worten des australischen *Law Reform Committee* (Fn. 500): „*The phoenix company is a company of limited liability that fails and is unable to pay its debts…soon afterwards the same business rises from the ashes of the former company with the same directors…*".

502 *Palmers* Company Law, Rn. 2.427: "*…carries on the same business under the same management and using the same or a similar name.*"; Paradigmatisch hierfür *R v Cole* [1998] BCC 87: Hier waren die alten Direktoren auch die neuen Direktoren. Darüber hinaus betrieben sie die neue Gesellschaft sogar in der gleichen Räumlichkeit und mit der gleichen Sekretärin.

503 Für ein besonders anschauliches Beispiel dieser verbreiteten Praxis siehe *Re Swift 736 Ltd* [1993] BCLC 1 (insgesamt 16 insolvente Gesellschaften, die zum Teil nacheinander das gleiche Geschäft weitergeführt haben).

504 Vgl. *Wilson*, 1996 N.I.L.Q. 345, 348.

505 Gleichwohl ist nicht jede Phoenix - Konstellation verwerflich. Eine solche *rescue*-Kultur wird dann verwerflich, wenn die Personen ganz absichtlich Missbrauch betreiben. Vgl. näher *Hicks,* ACCA Research Report 59, S. 43f.

506 Siehe *Re Copecrest Ltd, Secretary of State for Trade and Industry v McTighe (No. 2)* [1996] 2 BCLC 477 (Gesellschafter-Direktoren verschieben Vermögen von einer auf andere Gesellschaft, ohne adäquate Gegenleistung);

Gesellschaft auf eine neue Gesellschaft ist per se nicht verwerflich, da sie durchaus nachvollziehbaren wirtschaftlichen Erwägungen geschuldet sein kann.[507] Indiziell für eine *unfitness* wirken jedoch Intransparenz bei der Transaktion auf der einen und Preise, die unter den Erwartungen des Marktes zurückbleiben, auf der anderen Seite.

ε) Unzureichende Kapitalausstattung, überhöhte Direktorenbezüge

Neben den geschilderten Fallgruppen gibt es einige Gesichtspunkte, die allein nicht zu einer *unfitness* führen, die jedoch eine schon bestehende Tendenz verstärken können. Dazu zählt der Fall, dass die Gesellschaft nicht ausreichend mit finanziellen Mitteln ausgestattet ist.[508] Grundsätzlich lässt sich aus diesem Umstand nur sehr zurückhaltend eine Schlussfolgerung ziehen, denn das englische Gesellschaftsrecht kennt gerade keine Mindestkapitalausstattung.[509] Die Insolvenz einer nahezu eigenkapitalentleerten Gesellschaft kann daher nicht per se für eine *unfitness* ausreichen.[510] Der Eindruck der *unfitness* verstärkt sich jedoch dann, wenn der Direktor die Gesellschaft in ein sich ausweitendes Defizit abgleiten lässt und nicht den Versuch unternimmt, frisches Kapital zuzuführen.[511] Ebenso wird sich der Eindruck verstärken, wenn trotz dünner Kapitaldecke Zahlungsströme zum persönlichen Vorteil des Direktors zu verzeichnen sind. In aller Regel wird eine zweifelhafte Kapitalversorgung daher mit *insolvent trading*, Phönix –Aktivität oder Gläubigerungleichbehandlung einhergehen.[512]

Re Ipcon Fashions Ltd [1989] 5 BCC 773 (Übertragung des Geschäftes über 3 Gesellschaften, Weiterführen der "leeren" Gesellschaft); *Re Keypack Homecare Ltd* [1990] BCLC 440.

507 Siehe *Re Douglas Construction Services Ltd* [1988] BCLC 397; *Re Pamstock Ltd* [1994] 1 BCLC 716. Zu beachten bleibt aber, dass die Folgegesellschaft nicht den gleichen Namen verwenden darf, da sonst ein Verstoß gegen Section 216 I.A. 1986 droht, woraus sich wiederum ein eigenes Tätigkeitsverbot gründen kann. Vgl. dazu ausführlich unten S. 132ff.

508 Für ein Beispiel *Re Chartmore Ltd* [1990] BCLC 673 (wenig Eigenkapital, aber erhebliche finanzielle Anfangsbelastungen durch Übernahme eines bestehenden Geschäftes).

509 Etwas weniger zurückhaltend ist die Rechtsprechung, sobald es sich um eine *public company* handelt, oder wenn Defizite bei der *vorgesehenen* Kapitalausstattung auftauchen. Vgl. *Re Kaytech International plc, Secretary of State for Trade and Industry v Potier* [1999] BCC 390 (2,5 Mio. Pfund Stammkapital fehlen).

510 Siehe eingehend *Re Rolus Properties Ltd* [1988] BCC 446.

511 Beispielhaft *Re Pamstock Ltd* [1994] 1 BCLC 716 (hinsichtlich *Pamstock Ltd* ursprüngliche Kapitalausstattung 2 Pfund).

512 Vgl. *Re D.J. Matthews* Ltd [1988] 4 BCC 513; *Re Ipcon Fashions Ltd* [1989] 5 BCC 733; *Re Peppermint Park Ltd* [1998] BCC 23; *Re Pamstock Ltd* [1994] 1 BCLC 716.

Desweiteren können auch die Direktorenbezüge ein Indiz für eine *unfitness* sein. Dabei geht es nicht um die allgemeinen Fälle, in denen exzessive Vergütungen gezahlt werden (*fat cat* - Fälle)[513], sondern um solche Konstellationen, in denen die finanzielle Verfassung der Gesellschaft eine bestimmte Vergütung nicht mehr zulässt.[514] Dies gilt unabhängig davon, dass diese Vergütung objektiv gesehen sogar unbedenklich ist.[515]

ζ) Verletzung der Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft

Viele der schon dargestellten Fallgruppen könnte man anders ordnen und sie beispielsweise auch in die Fallgruppe der Treuepflichtverletzung überführen.[516] Daher sei an dieser Stelle nur kurz bemerkt, dass die Gerichte bei krisengeschüttelten Gesellschaften mit Treuepflichtverstößen verschiedenster Art den Nachweis einer *unfitness* geführt haben.[517] Bei der Fallgruppe der Treuepflichtverstöße treten naturgemäß stärker die Interessen der Gesellschaft und ihrer Anteilseigner in den Mittelpunkt der Betrachtung. Deshalb trifft man eher auf Fälle von Interessenkonflikten oder undurchsichtigen Transaktionen zu Lasten der Gesellschaft. Allerdings sind die Interessen der Gläubiger nicht gänzlich ausgeblendet: Immer, wenn die Gesellschaft in die Krise gerät, spielt das Interesse der Gläubiger eine potenzierte Rolle. Anerkanntermaßen bestimmt sich nämlich das *best interest of an insolvent company* unter Einschluss der Gläubigerbelange.[518]

η) Verletzung der Sorgfaltspflicht durch mangelhafte Überwachung

Ein Gesichtspunkt, der erst durch den Zusammenbruch der Baringsbank an Aktualität gewonnen hat, sei zuletzt genannt. Die *unfitness* eines Di-

---

513 Im Grundsatz ist es hier Sache der Anteilseigner, Grenzen zu ziehen, dann es geht ja primär um deren Vermögen. Allerdings versagt dieser Mechanismus natürlich in *owner-managed-companies.*

514 Zu denken ist dabei an die Krise der Gesellschaft. Vgl. nur *Sinclair/Vogel/Snowden*, Company Directors, Rn. 7.38.

515 Siehe z.B. *Re Keypack Homecare Ltd* [1990] BCLC 440; *Re Stanford Services Ltd* [1987] BCLC 607; *Re Cargo Agency Ltd* [1992] 2 BCLC 686; *Re Synthetic Technology Ltd, Secretary of State for Trade and Industry v Joiner* [1993] BCC 549; *Re Amaron Ltd* [1997] 2 BCLC 115.

516 Zur dogmatischen Einordnung der Treuepflicht siehe schon oben S. 69ff.

517 Siehe *Re Godwin Warren Control Systems plc* [1993] BCLC 80 (Vermögenstransaktion, Direktor hatte Eigeninteresse); *Re Living Images Ltd* [1996] 1 BCLC 348 (Umleitung von Vermögenswerten von der Gesellschaft weg); *Re Continental Assurance Co. of London plc* [1997] 1 BCLC 48; *Re Copecrest Ltd* [1996] 2 BCLC 477; *Re Park House Properties Ltd* [1997] 2 BCLC 530 (jeweils Abschöpfung von Gesellschaftsvermögen für persönliche Nutzung der Direktoren).

518 Vgl. näher schon oben Fn. 403. Siehe auch *Walters/Davis-White*, Directors' Disqualification, S. 144.

rektors kann sich auch dann ergeben, wenn er es versäumt hat, die Geschäfte der Gesellschaft ausreichend zu kontrollieren und zu überwachen.[519] Daraus haben die Gerichte eine *incompetence* hergeleitet, die als gewichtiges Argument für die Annahme der *unfitness* angesehen wird.[520]

(ff) Ergebnis zu den Fallgruppen

Die Fallgruppenbildung bestätigt, dass von Section 6 CDDA ein weites Spektrum abgedeckt werden kann. Für die Frage, welche konkreten Anforderungen an einen *director* gestellt werden können und wann genau er als *unfit* einzustufen ist, hilft aber auch eine Fallgruppenbildung nicht entscheidend weiter. Letztlich hält Section 6 CDDA daher einen unsicheren Tatbestand bereit, vor dem sich kein *director* sicher fühlen kann.

(4) Rechtsfolge

Wenn das Gericht zu der Überzeugung gelangt ist, dass der Direktor *unfit* ist, muss es sich über die Dauer des zu verhängenden Tätigkeitsverbotes Gedanken machen. Dabei gewährt das Gesetz ein Ermessen, dessen Ausübung nur durch äußere Schranken begrenzt ist. Eine Suspendierung muss für mindestens zwei Jahre, darf jedoch für maximal fünfzehn Jahre angeordnet werden.[521] Zwar gewährt Section 6 CDDA kein Entschließungsermessen, für die Frage der Rechtsfolge, insbesondere der Dauer eines Verbotes, haben die Gerichte aber mehrfach sogenannte *mitigating factors* berücksichtigt:

Zunächst spielt eine Rolle, wie das generelle Verhalten des Direktors im Hinblick auf sein Direktorenamt eingeordnet werden kann.[522] Aus dieser Betrachtung lässt sich Sicherheit für die Frage gewinnen, wie groß das Schutzbedürfnis der Öffentlichkeit tatsächlich ist. Darüber hinaus haben die Gerichte berücksichtigt, welche Konsequenzen die Unternehmenskrise für den Direktor hatte und ob er persönliche finanzielle Verluste verbu-

---

519 *Re Barings plc* [1998] BCC 583 und [1999] BCLC 433. Vgl. auch *Walters*, 1999 Company Lawyer 138, 142.

520 Teilweise hat diese Ausweitung harsche Kritik erfahren! Vgl. z.B. den Kommentar in *The Times*, 04.03.1998: „*Time was when company directors were disqualified to protect the public…the latest blackballed Barings bosses were punished for incompetence…But if such test were applied rigorously, swathes of Britain's boardrooms would be emptied at a stroke.*"

521 Zu Einzelheiten vgl. unten S. 105ff.

522 Allerdings spielt nur Verhalten eine Rolle, das im Zusammenhang mit dem Direktorenamt steht, vgl. *Re Westmid Packing Services Ltd, Secretary of State for Trade and Industry v Griffiths* [1998] 2 BCLC 646 und *Re Barings plc* [1998] BCC 583.

chen musste.[523] Diese Untersuchung war offensichtlich von der Einschätzung getragen, dass von einem nicht persönlich bereicherten Direktor weniger Gefahr für die Öffentlichkeit ausgeht. Dass diese Annahme aber nicht in allen Fällen stimmen kann, wurde insbesondere für den Fall des überforderten *owner-managers* festgehalten.[524] Daneben spielt manchmal eine Rolle, wie alt der *director* ist[525], ob er sich selbst auf professionellen Rat verlassen hat[526] und wie er sich in späteren Situationen (nach der als *unfit* eingestuften Phase) seiner Tätigkeit[527] und während des Tätigkeitsverbotsverfahrens verhalten hat[528].

(5) Zwischenergebnis

Die Untersuchung der Section 6 CDDA offenbart, dass über den relativ dehnbaren Begriff der *unfitness* ein weites Feld möglicher Konstellationen abgedeckt werden kann. Dabei machen Tätigkeitsverbote nicht schon vor solchen Fällen halt, in denen ein *director* Pflichten gegenüber der Gesellschaft verletzt hat. Erfasst werden vor allem auch solche Vorgänge, in denen das Interesse der Gläubiger in den Mittelpunkt rückt. Darüber hinaus zeigt eine Analyse der Rechtsprechung, dass der Begriff der *unfitness* in den Randbereichen nicht klar konturiert werden kann. Sichere Prognosen, ob ein bestimmtes Verhalten in Zukunft zu einem Tätigkeitsverbot wegen *unfitness* führen wird, lassen sich daher nicht immer treffen. Das widerstrebt dem abschreckenden Effekt der angestrebten Tätigkeitsverbote, schafft aber gleichermaßen Praktikabilität. Nimmt man schließlich hinzu, dass ein Tätigkeitsverbot über Section 6 CDDA auf der *unfitness* in der Vergangenheit aufbaut und jedenfalls im Tatbestand kein großer Wert auf die zukünftige Eigung gelegt wird, so verdeutlicht sich, dass die Vorschrift für den Bereich der Krise einer *company* die dominante Rolle spielen muss. Anders als die Sections 10 und 4 CDDA kann sich Section 6 CDDA daher auch in der Praxis weitgehend bewähren. Zu einem großen Teil hängt das mit der Tatsache zusammen, dass bei Section 6 CDDA

---

523 Z.B. in *Re Cargo Agency Ltd* [1992] 2 BCLC 686; *Re Pamstock Ltd* [1994] 1 BCLC 716; *Re Hitco 2000 Ltd, Official Receiver v Cowan* [1995] 2 BCLC 63.

524 Siehe *Walters/Davis-White*, Directors' Disqualification, S. 163.

525 Berücksichtigt in *Re Melcast Ltd* [1991] BCLC 288; anders hingegen in *Re Moorgate Metals Ltd, Official Receiver v Huhtala* [1995] 1 BCLC 503.

526 Vgl. *Re Rolus Properties Ltd* [1988] BCC 446.

527 Vgl. *Re Firedart Ltd, Official Receiver v Fairall* [1994] 2 BCLC 340.

528 Bei "Mitarbeit" eher großzügig *Re Firedart Ltd, Official Receiver v Fairall* [1994] 2 BCLC 340; streng hingegen *Re Barings* [1998] BCC 583 dagegen dann *Re Westmid Packing Services Ltd* [1998] 2 BCLC 646.

kein betrügerisches Verhalten nachzuweisen ist, sondern der Vorwurf eher in die Richtung einer gesteigerten Fahrlässigkeit zielt.

3. Weitere Anknüpfungen an *unfitness*

Eine gewisse Sonderrolle nehmen in der vorliegenden Darstellung die tatbestandlichen Anknüpfungen in den Sections 8 und 9A CDDA ein. Sie gehören systematisch eigentlich in den Bereich der Tätigkeitsverbote, die nicht speziell auf die Krise einer Gesellschaft zugeschnitten sind.[529] Wegen ihrer engen tatbestandlichen Anlehnung an Section 6 CDDA sollen sie jedoch erst jetzt behandelt werden.

a. Ungeeignetheit und Gesellschafts-/Kapitalmarktrecht nach DTI / FSA - Untersuchung (Section 8 CDDA)

In einen ganz engen Zusammenhang zu Section 6 CDDA sind die Tätigkeitsverbote einzuordnen, die auf Grundlage von Section 8 CDDA verhängt werden können. In der Rechtspraxis spielen diese Tätigkeitsverbote aber nicht annähernd eine so große Rolle.[530] Ebenso wie bei Section 6 CDDA knüpft das Gesetz seine Rechtsfolgen auch bei Section 8 CDDA an den zentralen Begriff der *unfitness*. Allerdings ist die Herangehensweise des Gesetzgebers eine andere: Während es bei Section 6 CDDA immer einer insolventen Gesellschaft bedarf, kann Section 8 CDDA bei jeder Gesellschaft zum Zuge kommen. Die Untersuchung der Gerichte ist also nicht primär auf den Lebensabend einer Gesellschaft fokussiert, sondern nimmt den gesamten Lebenszyklus in ihr Visier. In aller Regel wird es daher nicht primär um die Interessen der Gläubiger gehen. Nach vorwiegender Beachtung rufen vielmehr die Interessen der Anteilseigner und – soweit eine Börsennotierung vorliegt – der Anleger.

Da Section 8 CDDA auf die Insolvenz verzichtet, gerade aber die Insolvenz einer Gesellschaft für Außenstehende die Vermutung nahe legt, dass ein Fehlverhalten anzutreffen sein wird, fragt sich, durch welche Mechanismen man bei Section 8 CDDA auf Fehlverhalten aufmerksam werden kann. Insofern hat der Gesetzgeber eine Anknüpfung an zwei inquisitori-

---

529 Vgl. dazu schon oben S. 28ff.

530 Von 2000-2002 gab es nur 33 Section 8- *orders*, hingegen 2096 Section 6-*orders*; vgl. *DTI-Report, Companies in 2002-2003*, Section D1 (abrufbar unter http://www.dti.gov.uk/cld/dtiannualreport.pdf).

sche Mittel des *Department of Trade and Industry* (DTI) vorgesehen[531]: Ein Tätigkeitsverbot nach Section 8 CDDA kann immer dann in die Wege geleitet werden, wenn sich Verdachtmomente entweder aus einem Report der *company inspectors* oder aus einer sonstigen Untersuchung ergeben, mittels derer Informationen und Dokumente über die Gesellschaft erlangt wurden.[532] Ebenso wie bei Section 6 CDDA kann das Gericht ein Verfahren jedoch nur einleiten, wenn zuvor ein Antrag des *Secretary of State* gestellt worden ist.[533]

(1) Tatbestandliche Anknüpfung

Im Tatbestand hängt Section 8 CDDA wesentlich davon ab, ob dem *director* der Vorwurf gemacht werden kann, dass er *unfit to be concerned in the management of a company* ist. Bevor im Einzelnen dargestellt wird, woraus sich Anhaltspunkte für einen solchen Vorwurf ergeben können, sei darauf hingewiesen, dass die personale Anknüpfung bei Section 8 CDDA mit derjenigen bei Section 6 CDDA identisch ist. Deshalb kann insoweit auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden.[534]

(a) Anhaltspunkte aus dem Bericht der *company inspectors*

Anhaltspunkte dafür, dass ein Direktor ungeeignet ist, können sich zunächst aus einem Bericht der *company inspectors* ergeben. Die *company inspectors* werden vom *Secretary of State* ernannt und sind mit der Aufgabe betraut, die Geschäftstätigkeit einer Gesellschaft auf Ungereimtheiten hin zu untersuchen.[535] Ihre Ernennung kann verschiedene Gründe haben. Zum einen kann der Minister die *company inspectors* freiwillig mit pflichtgemäßem Ermessen ernennen – entweder aus eigenem Antrieb[536] oder auf Betreiben der Gesellschaft oder der Anteilseigner[537] – oder die

---

531 In Teilbereichen werden sie von Untersuchungsbefugnissen der FSA überlagert. Dazu sogleich unten S. 93f.

532 Vgl. allgemein *Lidbetter*, Company Investigations and Public Law, S. 210 ff.

533 Vgl. Section 8(1) CDDA. Ein Antrag ist zu stellen, wenn es „*expedient in the public interest*" ist.

534 Siehe oben S. 61f.

535 Für Einzelheiten muss auf die einschlägige Spezialliteratur verwiesen werden.

536 Section 432(2) C.A. 1985. Gründe dafür können sein : Anhaltspunkte für bewusste Gläubigerschädigung oder sonstige rechtswidrige Absichten oder für unfaire Benachteiligung bestimmter Anteilseigner; Verdacht, dass Gesellschaft für betrügerische oder sonst rechtswidrige Absichten errichtet wurde; Anhaltspunkte für Betrug bei der Errichtung der Gesellschaft ggü. der Gesellschaft oder deren Anteilseignern; mangelhafte Bereitstellung notwendiger Informationen.

537 Section 431 C.A. 1985. Bei Gesellschaften mit *share capital* bedarf es des Antrages von mindestens 200 Anteilseignern oder von mindestens 10% der ausgegebenen Aktien. Bei Gesellschaften ohne *share capital* bedarf es des Antrages von mindestens 20% der Mitglieder, die im *Company Register* eingetragen sind.

Ernennung ist zwingend durch die Entscheidung eines Gerichtes angeordnet worden[538]. In jedem Fall müssen die *company inspectors* nach ihrer unter Umständen sehr tiefgehenden Untersuchung[539] einen Abschlussbericht erstellen.[540] Dieser Abschlussbericht kann wichtige Informationen über das Innenleben der Gesellschaft bereithalten und so die Grundlage für ein Section 8 CDDA – Verfahren bilden. In einem solchen Verfahren kommt dem Bericht dann Beweiskraft zu.[541]

Neben der allgemeinen Einsetzung der *company inspectors*, die bei allen Gesellschaften erfolgen kann, gibt es auch noch speziell für den Kapitalmarkt vorgesehene Untersuchungsbefugnisse im *Financial Services and Markets Act 2000* (FSMA 2000).[542] Nach Section 167 FSMA 2000 können sowohl das DTI als auch die *Financial Services Authority* (FSA) *inspectors* mit der Aufgabe betrauen, die Geschäftstätigkeit und die Stimmenverhältnisse einer Gesellschaft und das Verhalten der Geschäftsleiter zu untersuchen. Darüber hinaus ist mittels Section 168 FSMA 2000 die Einsetzung von Inspektoren in einer ganzen Reihe spezieller Fälle möglich, von denen an dieser Stelle insbesondere der Verdacht auf *insider trading*[543] und der Verdacht auf *market abuse*[544] zu nennen sind.[545] Zum Dritten hält auch Section 169 FSMA 2000 einige spezielle Untersuchungsbefugnisse für sog. *authorised unit trust schemes* bereit. Allen Konstellationen ist gemeinsam, dass am Ende der Untersuchungen jeweils ein Abschlussreport zu erstellen ist, der wiederum als Basis für ein Verfahren nach Section 8 CDDA dienen kann.

---

538 Vgl. Section 432(1) C.A. 1985.

539 Zu den Untersuchungsmöglichkeiten der Inspektoren im Einzelnen sei auf den Guide des *DTI*, *Company Investigations – How they work* verwiesen. Abrufbar unter http://www.dti.gov.uk/cld/inv_htw.htm.

540 Vgl. Section 437 C.A. 1985.

541 Vgl. nur Section 441 C.A. 1985.

542 Diese Befugnisse beziehen sich auf sogenannte *authorised persons*, also solche, die zur Teilnahme am Marktgeschehen zugelassen sind. Zu Einzelheiten, welche Verhaltensweisen zulassungsbedürftig sind, vgl. *Palmers* Company Law, Rn. 11.009ff.

543 Siehe Section 168(2)(a) FSMA 2000.

544 Siehe Section 168(2)(d) FSMA 2000.

545 Der Anwendungsbereich für kapitalmarkbezogene *investigations* ist durch den FSMA 2000 erheblich erweitert worden, wodurch im Hinblick auf Section 8 CDDA ein weitaus größeren Pool möglicher kapitalmarktbezogener Fehlverhalten bereitgestellt wird. Zuvor war über den FSA 1986 eine Verbindung zu Section 8 CDDA nur über Sections 94 FSA 1986 (hinsichtlich *authorised unit trust schemes*) und über Section 177 FSA 1986 (*insider dealing*) möglich.
Was im Hinblick auf den FSMA 2000 besonders erwähnenswürdig erscheint, ist die Tatsache, dass der Gesetzgeber *investigations* auch für solche Fälle zulässt, in denen eine Person nicht *fit and proper* ist, um ihre Funktionen hinsichtlich einer Gesellschaft wahrzunehmen (vgl. Section 168(4)(d). Hier zeigt sich also eine enorme terminologische Annäherung an das *unfit* des CDDA. Für die Zukunft wird man besonderes Augenmerk darauf richten müssen, wie sich das Wechselspiel dieser Begrifflichkeiten entwickelt.

(b) Anhaltspunkte aus der Untersuchung von Informationen und Dokumenten

Die soeben dargestellte Möglichkeit, eine Gesellschaft mit Hilfe von Inspektoren zu untersuchen, birgt einen entscheidenden Nachteil: Sobald man ein solches Verfahren anstrengt, wird das öffentliche Interesse geweckt und den Spekulationen Tür und Tor geöffnet. Daraus resultiert nicht selten der Verlust von Vertrauen und ein handfester Schaden für die Gesellschaft und ihre Anteilseigner. Deshalb hat schon das *Jenkins Committee* 1962 gefordert, dass das DTI mit Untersuchungsmethoden ausgestattet werden müsse, deren Handhabe dem Blick der Öffentlichkeit verborgen ist.[546] Durch Umsetzung dieser Forderungen kann das DTI von verschiedenen Mechanismen Gebrauch machen, deren Umfang und Wirkkraft im Vergleich zum deutschen Recht als sehr weit anzusehen ist.[547] Über Section 447(2) C.A. 1985 kann das DTI jederzeit[548] Weisungen an eine Gesellschaft erteilen, bestimmte Dokumente und Informationen zur Verfügung zu stellen. Mit Hilfe der so erlangten Informationen kann dann ein Section 8 CDDA – Verfahren eingeleitet werden.[549]

Als Informationsquelle für Tätigkeitsverbote dienen weiterhin die Ermittlungsergebnisse, die das *Serious Fraud Office* im Hinblick auf vermuteten komplexen Betrug vorzuweisen hat. Über Section 2 *Criminal Justice Act 1987* kann der zuständige Direktor ausgewählte Personen auffordern, weiterführende Informationen und Dokumente bereitzuhalten.

Zum Dritten gibt es wiederum spezielle kapitalmarktrechtliche Untersuchungsrechte, durch die Informationen und Dokumente erlangt werden können. Im Einzelnen können die Behörden hier über die Sections 165, 171-173, 175 FMSA 2000 vorgehen.

(c) *Unfitness* bei Section 8 CDDA

In sachlicher Hinsicht dreht sich Section 8 CDDA allein um den Begriff der *unfitness*. Hierfür kann auf die Ausführungen bei Section 6 CDDA

---

546 Vgl. *Jenkins Committee* (1962), Cmnd. 1749, para 213ff.

547 Für einen guten Überblick der Möglichkeiten vgl. http://www.dti.gov.uk/cld/inv_powers.htm. Die Befugnisse sollen sogar noch erweitert warden. Vgl. *Companies (Audit, Investigations and Community Enterprise) Bill*, Part 1, Chapter 3 (cl. 18-21) (abrufbar unter: http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld200304/ldbills/008/2004008.htm).

548 Vgl. Section 447 C.A. 1985: "*At any time, if he thinks there is good reason to do so…*".

549 Siehe z.B. *Re JA Chapman & Co Ltd, Secretary of State for Trade and Industry v Amiss* [2003] All ER (D) 317; *Re Helene plc* (03.11.1999, nicht veröffentlicht).

verwiesen werden. Allerdings gilt dieser Verweis nur insoweit, als die bei Section 6 CDDA gewonnenen Erkenntnisse über *unfitness* nicht speziell für die Insolvenz einer Gesellschaft getroffen wurden. Anwendbar ist also insbesondere *Schedule 1, Part I*[550], allerdings gerade nicht *Part II*.[551] Im Hinblick auf die Akzentuierung einer *unfitness* bei Section 8 CDDA ist festzuhalten, dass es nicht primär um die Schutzinteressen der Gläubiger geht, sondern eher um die Interessen der Anteilseigner und der zukünftigen Investoren.[552] Sobald es sich um kapitalmarktorientierte Gesellschaften handelt, bündeln sich diese im Anlegerinteresse. Diese Akzentverschiebung erklärt sich schon aus der Tatsache, dass Section 8 CDDA gerade nicht nur gescheiterte Unternehmungen zum Gegenstand hat. Das Schutzinteresse der Gläubiger tritt aber besonders dann in den Vordergrund, wenn eine Gesellschaft in die Krise gerät und aus dem Geschäftsleben zu verschwinden droht. Im normalen Lebenszyklus einer Gesellschaft geht es naturgemäß eher um die Interessen der Gesellschaft und ihrer Anteilseigner, die durch ungeeignete Direktoren vernachlässigt zu werden drohen.[553] Darüber hinaus sind die Untersuchungsmittel, aus deren Ergebnissen sich ein Section 8 – Tätigkeitsverbot ergeben kann, gerade dem Schutz der Anteilseigner und Anleger geschuldet. Die Fälle bei Section 8 CDDA werden sich im Rahmen von *Schedule I, Part 1* also primär um Pflichtverletzungen gegenüber der Gesellschaft drehen.[554]

(2) Rechtsfolge

Wenn ein Gericht über Section 8 CDDA zu der Überzeugung gelangt ist, dass ein Direktor *unfit* ist, steht ihm auf der Rechtsfolgenseite ein Ermessen sowohl hinsichtlich des Ob[555] als auch im Hinblick auf die Dauer eines Tätigkeitsverbotes zu. Anders als bei Section 6 muss das Gericht nicht zwingend ein Tätigkeitsverbot anordnen.[556] Für den Fall, dass ein

---

550 Dazu oben S. 69ff.

551 Vgl. dazu schon oben S. 69ff (Part I) und S. 76 (Part II).

552 Siehe *Walters/Davis-White*, Directors' Disqualification, S. 142.

553 Siehe beispielhaft *Re Samuel Sherman plc* [1991] BCC 699 (Änderung der geschäftlichen Ausrichtung durch den Direktor ohne Zustimmung der Aktionäre (*ultra vires*)); *Re Looe Fish Ltd* [1993] BCLC 1160 (Manipulation der Stimmenverhältnisse der Hauptversammlung durch die Direktoren); *Re Atlantik Computers plc, Secretary of State for Trade and Industry v Ashman* (15.06.1998, nicht veröffentlicht) (manipulierte Bilanzen).

554 Siehe z.B. *Re JA Chapman & Co Ltd, Secretary of State for Trade and Industry v Amiss* [2003] All ER (D) 317 (Verletzung der *fiduciary duty*) und Fn. 553.

555 Geht zurück auf Insolvency Law and Practice: Report of the Review Committee, Chairman, *Sir Kenneth Cork*, GBE, 1981/82, Cmnd 8558, para 1819.

556 Kritisch dazu *Sinclair/Vogel/Snowden*, Company Directors, Rn. 7.31.

Tätigkeitsverbot angeordnet werden soll, kennt das Gesetz anders als bei Section 6 CDDA keine Mindestdauer, sondern begrenzt den Zeitraum lediglich auf maximal fünfzehn Jahre.[557]

(3) Zwischenergebnis

Section 8 CDDA hält vom tatbestandlichen Zuschnitt eine weit reichende Anknüpfung bereit, über die vor allem die Belange der Anteilseigner und Anleger Berücksichtigung finden können. In der Praxis spielt die Vorschrift bislang aber keine herausragende Rolle.

b. Ungeeignetheit und Kartellrecht (Section 9A-E CDDA)

Offensichtlich von der Effektivität der schon bestehenden CDDA – Regelungen im Hinblick auf das *corporate behaviour* überzeugt, hat der Gesetzgeber im Jahre 2002 durch Section 204 *Enterprise Act 2002*[558] eine Erweiterung vorgenommen, durch die der Anwendungsbereich der Tätigkeitsverbote aus dem engeren Korsett des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechtes befreit wurde: Nunmehr lassen sich über die Sections 9A – E CDDA Tätigkeitsverbote auch in kartellrechtlichen Konstellationen verhängen.[559] Dabei knüpft das Gesetz zum einen an kartellrechtliche Normen an und benutzt darüber hinaus den schon bekannten Begriff der *unfitness*, um feststellen zu lassen, ob die Disqualifikation einer Person angemessen ist. Diese Erweiterung auf das Kartellrecht verstärkt den Eindruck, dass die *directors' disqualification* mehr und mehr als geeignetes Mittel zur Verhaltenssteuerung angesehen wird.[560] Neben dem ursprünglichen Schutzzweck im Hinblick auf die Öffentlichkeit gewinnt so der abschreckende Charakter eines Tätigkeitsverbotes noch deutlicher an Gewicht.[561]

---

557 Siehe Section 8(4) CDDA.

558 Der Enterprise Act 2002 hat das britische Kartellrecht erheblich modifiziert. Erstmals sind nicht mehr nur zivilrechtliche Ansprüche gegen Unternehmen möglich, sondern direkte strafrechtliche Zugriffe auf die verantwortlichen natürlichen Personen.

559 Siehe allgemein *Frazer/Hinchliffe/George*, Enterprise Act 2002, Rn. 4.47ff (2002) und kurz *Viswanathan*, 2003 I.C.C.L.R. 139, 141.

560 Kritisch insoweit *Hicks*, 2001 J.B.L. 433ff.

561 Der Schutzbedarf der Öffentlichkeit erschließt sich jedenfalls nicht mehr so unmittelbar. Zum abschreckenden Moment passend *Guthrie*, Danger lurks beneath the director; Financial Times vom 07.10.2002: „*disqualification would be enough of a disaster for directors who…would find their careers as company bosses at an end*".

(1) Personale Anknüpfung

Vom personalen Zuschnitt her lehnt sich Section 9A CDDA eng an Section 6 CDDA an. Erfasst werden vom Wortlaut des Gesetzes nur *directors*. Dass damit jedoch auch eine Anwendbarkeit auf *de facto director* und *shadow director* möglich ist[562], wurde an anderer Stelle gezeigt und gilt auch bei Section 9A CDDA.[563]

(2) Sachliche Anknüpfung

In sachlicher Hinsicht füllt Section 9A CDDA eine Lücke, deren Schließung mit den bestehenden Vorschriften des CDDA kaum möglich war. *Competition law* dient anders als das Gesellschaftsrecht an sich, in erster Linie nicht dem Schutz der Gesellschafter oder der Gläubiger. Vielmehr macht sich das Kartellrecht die Durchsetzung eines möglichst freien Wettbewerbs zur Aufgabe. Wettbewerbsbeschränkende und marktmachtmissbrauchende Verhaltensweisen konnten so, wenn überhaupt, nur ausnahmsweise unter dem Blickwinkel der Gesellschafter- oder Gläubigerschädigung betrachtet werden. Die Wahrscheinlichkeit, als *director* einer involvierten Gesellschaft einem Tätigkeitsverbot entgegenzusehen, strebte damit gegen Null.

(a) Verstoß gegen das Kartellrecht

Section 9A CDDA kommt immer dann zum Zuge, wenn ein *breach of competition law* anzunehmen ist. Für die Belange dieser Vorschrift ist das der Fall, wenn entweder Section 2(1) *Competition Act 1998* (Com.A. 1998) oder Section 18 Com.A. 1998 bzw. Artikel 81 oder 82 EG verletzt worden sind. Section 2(1) Com.A. 1998 verbietet, ebenso wie die nahezu wortlautgleiche Parallelvorschrift in Artikel 81 EG, jegliche Vereinbarung zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken können. Section 2(1) Com.A. 1998 verhindert so horizontale und vertikale Wettbewerbs-

---

562 Zu den Begrifflichkeiten siehe oben S. 21ff.

563 Für *shadow directors* gilt Section 9E(5) CDDA; für *de facto directors* hat das *Office of Fair Traiding* eine Anwendung schon in Aussicht gestellt. Vgl. *OFT-Guidance, Competition Disqualification Orders*, abrufbar unter http://www.oft.gov.uk/NR/rdonlyres/eirj2qzvaogbdpyciemptbtyt7ppg4jj2w5ll6i2lnly4dotrw5m7jk6zkmkvzi2vomwhngz3cehtsknubvlshqwltg/oft510.pdf.

beschränkungen innerhalb des Vereinigten Königreiches, während Artikel 81 EG für den Handel zwischen EU- Mitgliedstaaten zum Tragen kommt. Daneben verbieten Section 18 Com.A. 1998 und Artikel 82 EG jeweils den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, soweit dadurch der Handel innerhalb Großbritanniens bzw. innerhalb der EU beeinträchtigt werden kann.

(b) *Unfitness* bei Section 9A CDDA

Neben der Feststellung eines wettbewerbsrechtlichen Vergehens muss der Direktor *unfit* sein. Ob das der Fall ist, bestimmt sich, anders als bei den gesellschaftsrechtlich angeknüpften Tätigkeitsverboten in den Sections 6 und 8 CDDA nicht nach *Schedule 1* CDDA. Eine Verwendung der dort angeführten Kriterien ist dem Gericht sogar ausdrücklich untersagt.[564] Vielmehr *muss* das Gericht Rücksicht darauf nehmen, ob das Verhalten des Direktors zu dem Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht beigetragen hat. Ist das nicht der Fall, hängt eine *unfitness* entscheidend davon ab, ob der Direktor vernünftige Gründe für die Annahme haben musste, dass ein Verstoß vorliegen konnte und ob er trotzdem keine Maßnahmen zur Verhinderung des Verstoßes ergriffen hat. Darüber hinaus *kann* das Gericht berücksichtigen, ob und gegebenenfalls wie das Verhalten des Direktors bei anderen Verstößen gegen das Kartellrecht[565] einzuordnen ist. Da sich bislang keine sichere Linie der Rechtsprechung ausmachen lässt, bleibt abzuwarten, wie sich dem Begriff der *unfitness* bei Section 9A CDDA genähert wird und welche Fallgruppen sich herausbilden.

(3) Verfahren

Ein Tätigkeitsverbot auf Grundlage von Section 9A CDDA wird von einem Gericht auf Antrag des *Office of Fair Trading* (OFT) ausgesprochen.[566] Damit das OFT die notwendigen Informationen für eine Antragstellung erlangen kann, wurde es, ähnlich wie das DTI im Bereich des Gesellschaftsrechtes[567], mit weitreichenden Untersuchungsbefugnissen ausgestattet.[568] Obwohl Aussagen zum gerichtlichen Verfahren bislang

---

564 Siehe Sections 9A(5),(6) CDDA.
565 Gemeint sind Verstöße im Sinne von Section 9A CDDA!
566 Zuständiges Gericht ist gemäß Section 9E(3) CDDA in England/Wales der *High Court*.
567 Siehe schon oben S. 93ff.
568 Siehe Sections 9C(1),(2) CDDA und Sections 26-28 Com.A. 1998.

kaum möglich sind, lassen sich jedenfalls für den zeitlich vorgelagerten Zeitraum der Antragstellung einige Konkretisierungen treffen. Das OFT hat in einem *consultation document* verlauten lassen, ob und in welchen Fällen es einen Antrag auf ein Section 9A - Tätigkeitsverbot stellen wird. Diese Handhabe wird durch ihre Auslesefunktion auch erheblichen Einfluss auf die später zu entscheidenden Fälle haben. Das OFT wird ausweislich des *consultation document* eine fünfstufige Prüfung vornehmen.[569] Für den zunächst festzustellenden Verstoß gegen das *competition law* will das OFT nur dann einen Antrag stellen, wenn ein solcher Verstoß durch ein Urteil oder eine Verfügung des OFT, der Europäischen Kommission, des *Competition Appeal Tribunal* oder eines europäischen Gerichtes festgestellt worden ist.[570] Verstöße gegen das europäische Wettbewerbsrecht sollen nur dann für ein Tätigkeitsverbot Berücksichtigung finden, wenn sie einen aktuellen oder potentiellen Bezug zum britischen Handel haben.[571] Zweitens wird es für den Antrag des OFT darauf ankommen, ob eine Geldbuße verhängt worden ist. Fälle ohne verhängte Geldstrafe sollen für Section 9A CDDA ohne Berücksichtigung bleiben. Drittens spielt eine Rolle, ob bei der betroffenen Gesellschaft des Direktors von der sogenannten *leniency*, also einer Kronzeugenregelung, Gebrauch gemacht wurde. Sobald das der Fall ist, wird das OFT jedenfalls gegen einen aktuellen Direktor keinen Antrag auf ein Tätigkeitsverbot stellen.[572] Zum Vierten spielt eine entscheidende Rolle, in welchem Umfang der Direktor für das kartellrechtliche Vergehen verantwortlich ist. Insoweit wird, wenig erstaunlich, ein Tätigkeitsverbotsantrag umso wahrscheinlicher, je intensiver der Direktor in den Verstoß verwickelt ist.[573] Das OFT behält sich einen Antrag ausdrücklich auch für solche Fälle vor, in denen der Direktor zwar nicht selbst die Fäden in der Hand hatte, in denen er es jedoch versäumt hatte, sich ausreichend über die ge-

---

569 Vgl. *OFT-Guidance*, Competition Disqualification Orders (Fn. 563).

570 Dagegen soll der bloße Verdacht auf einen Kartellrechtsverstoß nicht genügen.

571 Vgl. *OFT-Guidance*, Competition Disqualification Orders, Rn. 4.6f (Fn. 563).

572 Dieses Zugeständnis gilt, soweit die *leniency* reicht. Für ausgeschiedene Direktoren gilt das nicht unbedingt; daher bleibt ein späterer Antrag auf ein Tätigkeitsverbot möglich.

573 Indikatoren für eine direkte Verwicklung sollen sein: (1) aktive Durchführung der Rechtsverletzung, z.B. durch Preisabsprache mit Wettbewerber; (2) Planung, Genehmigung oder Ermunterung zur Rechtsverletzung; (3) Bestimmung oder Lenkung der direkt involvierten Personen; (4) Teilnahme an maßgeblichen Gesprächen über die Rechtsverletzung; (5) Einflussnahme auf Mitarbeiter, am Verstoß mitzuwirken; (6) Anordnung von Gegenmaßnahmen gegen nicht kooperative Wettbewerber.

schäftlichen Angelegenheiten der Gesellschaft zu informieren.[574] Eine solche Herangehensweise erinnert an die Vorgehensweise der Gerichte bei Section 6 CDDA, wo eine ähnliche Erkundigungspflicht für geeignete Direktoren entwickelt wurde.[575] Zu guter Letzt bezieht das OFT noch einen bunten Strauß verschärfender und mildernder Erwägungen in seine Entscheidungsfindung ein, um so abschließend bestimmen zu können, ob ein Antrag auf Erlass eines Tätigkeitsverbotes gestellt werden soll.[576]

(4) Rechtsfolge

Ebenso wie bei Section 6 CDDA, aber anders als bei Section 8 CDDA, steht dem Gericht auf der Rechtsfolgenseite lediglich ein Ermessen hinsichtlich des *Wie lange*, nicht jedoch im Hinblick auf das *Ob* zu. Sobald ein Kartellrechtsverstoß und eine Ungeeignetheit festgestellt worden sind, ist ein Tätigkeitsverbot zwingend zu verhängen. Dieses darf maximal fünfzehn Jahre andauern.

4. Zusammenfassung zum Tatbestand

Die Analyse der *zu verfügenden* Tätigkeitsverbote hat ein breites Spektrum tatbestandlicher Anknüpfungen aufgezeigt. Neben dem klassischen Gläubigerschutz dienen die Tätigkeitsverbote an manchen Stellen auch den Interessen der Anteilseigner und, soweit der Kapitalmarkt berührt wird, der Anleger. Neuerdings sind Tätigkeitsverbote zudem in kartellrechtlichen Konstellationen eine Option. Wie sich diese neue Möglichkeit in der Praxis bewähren wird, muss man abwarten.

Bislang liegt der Schwerpunkt möglicher Tätigkeitsverbote, die in der Krise ansetzen, mit großem Abstand bei Section 6 CDDA.[577] Im Vergleich zu dieser anwendungsfreundlichen und flexiblen tatbestandlichen Anbindung können die Tätigkeitsverbote der Sections 4 und 10 keinen nachhaltigen Erfolg verbuchen. Maßgeblich wird man diesen Befund da-

---

574 Für eine solche Feststellung sollen eine Rolle spielen (1) die Rolle des Direktors in der Gesellschaft; (2) das Verhältnis Direktor – direkt Verantwortliche; (3) generelles Wissen, Erfahrung, Fähigkeiten des Direktors im Vergleich zu einer Durchschnittsperson in seiner Funktion.
Spezielle kartellrechtliche Kenntnisse werden nicht vorausgesetzt. Gleichwohl meint das OFT, jeder Direktor müsse Basiswissen über die Unzulässigkeit von *Price-Fixing, Market-Sharing* etc. haben.

575 Vgl. oben S. 83f.

576 Vgl. im Einzelnen *OFT-Guidance*, Competition Disqualification Orders, Rn. 4.23f (Fn. 563).

577 Vgl. das Zahlenmaterial des *DTI* (Companies in 2002/2003, abrufbar unter: http://www.dti.gov.uk/cld/dtiannualreport.pdf): Für Section 6 CDDA gab es allein 2002/2003 319 *gerichtliche* Verfahren und 1275 *undertakings*.

mit erklären können, dass Section 6 CDDA gerade durch den unbestimmten Tatbestand als Auffangbecken dienen kann, während die spezielleren Tatbestände, vor allem Section 10 i.V.m. mit den Sections 213 und 214 I.A. 1986, mit praktischen Durchsetzungsschwierigkeiten zu kämpfen haben.

Section 6 CDDA erlangt bislang aber auch im Vergleich zu den Tatbeständen, die nicht speziell auf die Krise zugeschnitten sind, herausragende Bedeutung. Diese exponierte Stellung lässt sich im Hinblick auf die Sections 3 und 5 CDDA damit erklären, dass Section 6 CDDA deren Tatbestand teilweise überschneidet und in einigen Richtungen weitergeht. So beschränkt sich Section 6 CDDA gerade nicht auf die Registerpublizität. Vergleicht man den erheblich größeren praktischen Stellenwert der Section 6 CDDA im Verhältnis zu Section 8 CDDA, dann wird man als Hauptgrund dafür die Vielzahl kleiner *companies* ausmachen können, die allzu oft in die Krise geraten. Der von Section 8 CDDA primär bezweckte Schutz der Anteilseigner und Anleger kommt hingegen meist bei großen Gesellschaften und dort vor allem bei *public companies* zum Tragen. Diese können aber schon zahlenmäßig nicht mit den vielen kleinen Gesellschaften mithalten.[578] Daraus ergibt sich zwangsläufig eine kleinere Zahl von Tätigkeitsverboten.

II. Rechtsfolgen einer *disqualification order*

Neben der Frage der tatbestandlichen Anknüpfungen hängt die Wirkkraft der Tätigkeitsverbote auch davon ab, welche Konsequenzen einem Verbot folgen und wie ein Verbot verfahrensrechtlich durchgesetzt werden kann.

Für alle gerichtlich verfügten Tätigkeitsverbote bestimmen sich die eintretenden Rechtsfolgen über die allgemeine und vor die Klammer gezogene Regelung in Section 1(1) CDDA. Abgesehen von der schon bei den jeweiligen Tatbeständen geklärten Frage, wie lange ein Tätigkeitsverbot theoretisch verhängt werden kann, spielt hier vor allem eine Rolle, wie diese Möglichkeit durch die Gerichte genutzt wird und für welche Bereiche eine Person suspendiert wird.

---

578 Vgl. das Zahlenmaterial des *DTI* (Companies in 2002/2003, abrufbar unter: http://www.dti.gov.uk/cld/dtiannualreport.pdf): 2002/03 nur 11800 *public companies*, aber 1627900 *private companies*.

1. Entschließungsermessen

Hinsichtlich des bei den Sections 2, 3, 4, 5, 8 und 10 CDDA gewährten Entschließungsermessens ist von Interesse, ob die Zivilgerichte einerseits und die Strafgerichte andererseits die gleichen Maßstäbe anlegen. Wenn man davon ausgeht, dass dem gesamten CDDA übergreifende Regelungsziele innewohnen[579], müssten Ermessensfragen sich bei allen Tatbeständen nach den gleichen Grundsätzen richten.[580] Eine Besonderheit ergibt sich für die Strafgerichte aber insoweit, als diese immer zwischen mehreren Alternativen auf der Rechtsfolgenseite auswählen können, während die Zivilgerichte sich in der Regel speziell auf ein Tätigkeitsverbot konzentrieren.[581]

Hinsichtlich des Erschließungsermessens sind einige Erwägungen denkbar, denen das Gericht Bedeutung beimessen kann. Diese werden dann ohne weiteres auch die Dauer des Tätigkeitsverbotes beeinflussen. Eine grobe Strukturierung möglicher Erwägungen lässt sich am Besten durch australisches Fallmaterial treffen.[582] Da in Australien im Gegensatz zu England ein automatisches Tätigkeitsverbot eintritt[583] und die Direktoren im Anschluss um eine Befreiung bitten müssen, haben die Gerichte häufiger Gelegenheit, die Feinheiten ihrer Ermessensentscheidung auszuloten. Einige der dort aufgeworfenen Fragen sind inzwischen auch in England bei Section 2 CDDA, allerdings ohne direkte Bezugnahme, in *R v Goodman* herangezogen worden.[584] Zunächst kann man darauf abstellen, wie eng die begangene Straftat mit dem *management* der Gesellschaft verknüpft war.[585] Dabei wird man ein Tätigkeitsverbot eher dann bejahen müssen, wenn die Straftat in den Kernbereich des Managements hineinreicht, wenn also beispielsweise Bilanzen bewusst manipuliert worden sind, um so Dritte zu schädigen.[586] In *R v Goodman* wurde zur Kenntnis genommen, dass keine Straftat unter dem C.A. 1985 verwirklicht wurde,

---

579 Dazu schon oben S. 8ff.

580 So auch *Walters/Davis-White*, Directors' Disqualification, S. 300.

581 Siehe *Walters/Davis-White*, Directors' Disqualification, S. 301f.

582 Vgl. insbesondere *Re Macquarie Investments Pty Ltd* [1975] 1 ACLR 40; *Re Marsden* [1980] 5 ACLR 694 und *Re Magna Alloys & Research Pty Ltd* [1974-76] 1 ACLR 203.

583 Diese Möglichkeit findet sich in England nur ganz vereinzelt. Dazu unten S. 125ff.

584 *R v Goodman* [1992] BCC 625. Ansätze einer Ermessensdiskussion auch in *R v Young* [1990] BCC 549.

585 *Re Magna Alloys & Research Pty Ltd* [1974-76] 1 ACLR 203; *Re Macquarie Investments Pty Ltd* [1975] 1 ACLR 40.

586 Ähnlich *Re Macquarie Investments Pty Ltd* [1975] 1 ACLR 40, wo der *chairman* ein inhaltlich falsches Dokument über ein abgeschlossenes Geschäft vorlegte und benutzte.

sondern „lediglich“ unter dem *Companies Securities Act 1985* und dass dabei jedenfalls keine Gläubiger geschädigt wurden.[587] Andererseits wurde dieser „Vorteil“ dadurch aufgewogen, dass es sich um ein skandalöses Beispiel eines Insidergeschäftes handelte, bei dem der Direktor seine sämtlichen Anteile veräußert hatte.

Ähnliche Annäherungsversuche finden sich auch in Australien: Dort stellte man schon früh fest, dass ein Tätigkeitsverbot insbesondere dann angebracht sei, wenn jemand durch Unehrlichkeit im Umgang mit Geld aufgefallen war.[588] Eine weitere ermessenslenkende Erwägung kann sein, ob es wahrscheinlich ist, dass die begangene Straftat erneut begangen wird. Sodann wird man berücksichtigen müssen, inwieweit die betroffene Person in die Straftat involviert war. In *R v Goodman* war der *director* die einzige straffällige Person. Zu seinem Vorteil konnte ihm allenfalls gereichen, dass er unter dem Einfluss erheblichen Druckes gehandelt hatte. Allerdings wog dieser Aspekt in der Betrachtung des Gerichtes nicht schwer. Größeren Einfluss auf die Ermessensentscheidung kann die Frage haben, wie es um den generellen Charakter und die Reputation des Delinquenten bestellt ist.[589] In *R v Goodman* war der *director* zuvor nie durch eine Straftat oder ein Tätigkeitsverbot aufgefallen. Nicht ohne Berücksichtigung wird auch bleiben, ob die fragliche Person an dem Gerichtsverfahren insgesamt mitgewirkt hat oder ob sie sich jeder Aufklärung verweigert hat.[590] In *R v Goodman* kam dem *director* zugute, dass er sich schuldig erklärt hatte und dadurch das Verfahren zügig zum Abschluss gebracht werden konnte. Beachtet wird auch die Struktur der Gesellschaften, bei denen die Person noch tätig ist oder tätig werden könnte. Ebenso muss man auf die Art der Geschäftsmodelle dieser Gesellschaften und die insoweit tangierten Belange der Anteilseigner, Gläubiger und Arbeitnehmer

---

587 Die Frage, ob Gläubiger geschädigt worden sind, muss m.E. ein zentraler Wertungsgesichtspunkt sein. Ein Tätigkeitsverbot ist besonders erwägenswert, wenn die limitierte Haftung einer Gesellschaft missbraucht wird. Siehe als Beispiel für einen Fall, in dem es an dieser Schädigung gerade fehlte, und wo daraufhin auch nur ein sehr kurzes Tätigkeitsverbot verhängt wurde: *R v Young* [1990] BCC 549: „*It was not a case where somebody was exploiting limited liability in a cynical way with a disregard to proper responsibility or exploiting it because he was so stupid or ignorant that he was quite incapable of appreciating what had happened...*“.

588 Siehe *Re Macquarie Investments Pty Ltd* [1975] 1 ACLR 40.

589 Vgl. *Re Macquarie Investments Pty Ltd* [1975] 1 ACLR 40 (insbesondere auch in dem Zeitraum nach Verlassen der Managerstellung).

590 Vgl. *Re Macquarie Investments Pty Ltd* [1975] 1 ACLR 40.

Rücksicht nehmen.[591] Letztlich geht es um das Risiko, das der Delinquent für die Öffentlichkeit darstellen würde, wenn man ihn weiter gewähren lassen würde.[592] Neben diesen Aspekten hat das Gericht in *R v Goodman* noch der Frage Aufmerksamkeit geschenkt, welche Konsequenzen ein Tätigkeitsverbot für den weiteren Werdegang der betroffenen Person haben wird.

2. Auswahlermessen bei der Dauer

Hinsichtlich des Auswahlermessens auf der Rechtsfolgenseite hat der *Court of Appeal* bei Section 6 CDDA in zwei Entscheidungen versucht, den weiten Spielraum des Gesetzes (2-15 Jahre) durch einzelfallunabhängige Überlegungen zu strukturieren:

In *Re Sevenoaks Stationers* unterteilt er den Spielraum auf der Rechtsfolgenseite in drei Teilbereiche, die zum einen einen Zeitraum zwischen 2 und 5 Jahren (*minimum bracket*), sodann zwischen 6 und 10 Jahren (*middle bracket*) und schließlich ab 10 Jahren (*top bracket*) umfassen sollen.[593] Dabei soll der obere Bereich solchen Fällen vorbehalten bleiben, die sich durch eine besondere Schwere auszeichnen (*particulary serious cases*). Das soll unter anderem der Fall sein, wenn jemand schon zum wiederholten Mal mit einem Tätigkeitsverbot belegt wurde. Die mittlere Spanne sieht das Gericht für ernste Fälle vor, die untere Spanne hingegen für *not very serious* Fälle. Das Gericht lässt jedoch offen, wie die noch immer recht weiten Bereiche der einzelnen Spannen für den speziellen Fall mit Abstufungen zu versehen sind. Keine Erwähnung findet der Gedanke, dass das jeweilige Gericht bei der Ausübung seines Ermessens die Leitmotive des CDDA, also insbesondere den Schutz der Öffentlichkeit, im Auge zu behalten hat.

---

591 Siehe beispielsweise *Re Marsden* [1980] 5 ACLR 694*; Re Magna Alloys & Research Pty Ltd* [1974-76] 1 ACLR 203. Hinsichtlich der Arbeitnehmer kann es ausnahmsweise im Interesse des Arbeitsplatzschutzes erforderlich sein, den Direktor weiter gewähren zu lassen.

592 Vgl. zuerst schon für Australien *Re Magna Alloys & Research Pty Ltd* [1974-76] 1 ACLR 203; *Re Altim Pty Ltd* [1968] 2 NSWR 762; *Re Ferrari Furniture Co Pty Ltd* [1972] 2 NSWLR 790; *Re Macquarie Investments Pty Ltd* [1975] 1 ACLR 40; *Re Maelor Jones Pty Ltd* [1975] 1 ACLR 4; *Re Zim Metal Products Pty Ltd* [1977] 2 ACLR 533.

593 Vgl. *Re Sevenoaks Stationers (Retail) Ltd.* [1991] BCLC 325. Etwas skeptisch dazu *Stallworthy*, 1990 I.C.C.L.R. C69, 70.

Überlegungen dazu finden sich jedoch in der späteren Entscheidung *Re Westmid Packing Services Ltd*.[594] Hier verknüpft das Gericht die Suche nach der angemessenen Dauer mit den generellen Zielen des CDDA und entfächert diese in dreierlei Richtung: Es gehe zum einen darum, die Öffentlichkeit durch ein Aus-dem-Verkehr-Ziehen zu schützen. Darüber hinaus spiele jedoch auch der Gedanke der Abschreckung eine Rolle, der sich seinerseits im Hinblick auf den ungeeigneten Direktor (*individual deterrence*) und im Hinblick auf andere Direktoren (*general deterrence*) manifestieren müsse.

Diese Herangehensweise des *Court of Appeal* wurde nicht ohne Kritik hingenommen. Angemerkt wurde, dass es sich eher um eine Bestrafung handele, als um effektiven Schutz der öffentlichen Interessen. Die Kritik stützt sich darauf, dass das jeweilige Gericht nach den Grundsätzen des *Court of Appeal* nicht darauf achten muss, wie groß das vom Direktor *in Zukunft* ausgehende Risiko für die öffentlichen Interessen ist.[595] Für eine solche Zukunftsprognose hätte man z.B. auf die Wiederholungsgefahr beim jeweiligen Direktor abstellen können.[596]

In der Analyse der entschiedenen Fälle zeigt sich, dass im Rahmen der drei gezogenen Teilbereiche das Gros der Tätigkeitsverbote in die *minimum bracket* fällt.[597] Die Gerichte wählen ein Tätigkeitsverbot in dieser Spanne, wenn es keine Anzeichen dafür gibt, dass der Direktor unehrlich gehandelt oder absichtlich die Gläubiger geschädigt hat, selbst wenn sich beispielsweise *insolvent trading* mit mangelhafter Führung bzw. Überwachung der Finanzen oder mit unangemessenen Bezügen[598] gepaart hat.[599] An den oberen Bereich der *minimum bracket* kommen die Gerichte dann,

---

594 Vgl. *Re Westmid Packing Services Ltd, Secretary of State for Trade and Industry v Griffiths* [1998] 2 BCLC 646.

595 Vgl. *Walters/Davis-White*, Directors' Disqualification, S. 159. Dabei ist doch gerade die *zukünftige* Gefahr entscheidend für den Schutzbedarf der Öffentlichkeit! Selbst das *DTI* geht z.B. davon aus, dass nur in 15 Prozent aller Fälle eine Wiederholungsgefahr besteht. Vgl. *The Insolvency Service Executive Agency: Company Director Disqualification – A Follow Up Report*, S. 39.

596 In den USA nimmt die Wiederholungsgefahr einen größeren Stellenwert ein. Vgl. dazu ausführlich unten S. 168ff (6. Element des 6-Faktoren-Testes).

597 Siehe beispielhaft den Zeitraum Dez. 1986 bis Juni 1997: Mehr als 75 % der Fälle fallen darunter (3241 von 4269), vgl. *DTI Press Release* P/97/365, 05.06.1997.

598 Zu den einzelnen Fallgruppen vgl. schon oben S. 82ff.

599 Vgl. *Re Hitco 2000 Ltd, Official Receiver v Cowan* [1995] 2 BCLC 63 (2 Jahre); *Re Grayan Building Services Ltd* [1995] BCC 554 (2 Jahre); *Re Verby Print for Advertising Ltd, Secretary of State for Trade and Industry v Fine* [1998] 2 BCLC 23 (2 Jahre); *Re GSAR Realisations* [1993] BCLC 409 (3 Jahre); *Re Ward Sherrard Ltd* [1996] BCC 418 (3 Jahre).

wenn solche Verstöße bei mehreren Gesellschaften aufgetreten sind.[600] Sobald es irgendeinen Hinweis auf unehrliches, absichtliches oder selbstbedienerisches Verhalten gegeben hat, haben die Gerichte den Weg zu der *middle bracket* eröffnet.[601] An das obere Ende dieses Bereiches reichen die Tätigkeitsverbote heran, wenn Gesellschaftsvermögen zweckentfremdet wurde[602] oder wenn Verstöße mehrfach aufgetreten sind und offensichtlich kein Lernprozess eingesetzt hat.[603] Dass sich eine klare Grenzziehung zwischen den einzelnen Bereichen aber nicht vornehmen lässt, zeigt sich in der Tatsache, dass selbst Fälle ohne Unehrlichkeit und ohne mehrfache Verstöße in die *middle bracket* eingeordnet worden sind.[604]

Daraus lässt sich also ableiten, dass Unehrlichkeit zwar ein hinreichendes, aber keineswegs ein notwendiges Kriterium ist, um Tätigkeitsverbote im Mittelbereich zu verorten. Was den oberen Bereich der Tätigkeitsverbote über 10 Jahren angeht, so lassen sich dort nur wenige Fälle finden.[605] Insbesondere, wenn das Verhalten des Direktors strafrechtlich relevant und zudem möglichst nicht auf eine Gesellschaft beschränkt war, wird man zu einem solch langen Tätigkeitsverbot gelangen können.[606]

Aus diesem kurzen Umblick erhärtet sich der Eindruck, dass aus schon entschiedenen Fällen kein *sicherer* Rückschluss gezogen werden kann, welche Länge ein Tätigkeitsverbot haben wird, wenn diese oder jene Umstände in der Person des Direktors zusammenkommen. Sicher erscheint jedoch, dass die Gerichte, selbst wenn substantiell das gleiche Fehlverhalten anzunehmen ist, Tätigkeitsverbote dann länger ausgestalten, wenn es um wiederholte und auf mehrere Gesellschaften verteilte Verstöße geht.

---

600 Vgl. z.B. *Re Linvale Ltd* [1993] BCLC 654 (5 Jahre); *Re Ipcon Fashions Ltd* [1989] 5 BCC 774; *Re Western Welsh International System Buildings Ltd* [1988] 4 BCC 449 (5 Jahre).

601 Siehe *Re Godwin Warren Control Systems plc* [1993] BCLC 80 (6 Jahre).

602 Vgl. *Re Tansoft Ltd* [1991] BCLC 339 (7 Jahre); *Re Moorgate Metals Ltd, Official Receiver v Huhtala* [1995] 1 BCLC 503 (10 Jahre); *Re Continental Assurance Co. of London plc* [1997] 1 BCLC 48 (9 Jahre).

603 Vgl. *Re Melcast Ltd* [1991] BCLC 288; *Re Brooks Transport (Purfleet) Ltd* [1993] BCC 766 (7 Jahre); *Re Copecrest Ltd, Secretary of State for Trade and Industry v McTighe (No. 2)* [1996] 2 BCLC 477 (2. Beklagter: 6 Jahre); *Re Saver Ltd* [1999] BCC 221. Siehe auch die Anmerkung von *Ellis*, 1993 I.C.C.L.R. C99f.

604 Siehe *Re Synthetic Technology Ltd, Secretary of State for Trade and Industry v Joiner* [1993] BCC 549 (7 Jahre); *Re Firedart Ltd, Official Reveiver v Fairhall* [1994] 2 BCLC 340 (6 Jahre); *Re Richborough Furniture* [1996] 1 BCLC 507 (6 Jahre); [1997] 1 BCLC 34 (1. Beklagter 7 Jahre).

605 Von 11 bis 15 Jahre wurden zwischen Dezember 1986 und Juni 1997 nur 2% der Fälle eingeordnet, vgl. *DTI Press Release* P/97/365, 05.06.1997. Äußerst kritisch im Hinblick auf die mangelnde Ausreizung der oberen Bereiche *Hicks*, ACCA Research Report 59, S. 68, 74. *Hicks* plädiert sogar für dauerhafte Tätigkeitsverbote!

606 Siehe z.B. *Re Copecrest Ltd, Secretary of State v McTighe* (No 2) [1997] BCC 224 (1. Beklagter: 12 Jahre).

Damit wird, wenn auch nicht ausdrücklich, der erheblich größeren Gefahr für das öffentliche Interesse Rechnung getragen.

Fraglich ist, ob man die bei Section 6 CDDA aufgestellten Grundsätze auch auf die anderen Verbotstatbestände übertragen kann. Immerhin gibt es nur bei Section 6 CDDA eine Mindestdauer. Für den Bereich, in denen Tätigkeitsverbote von Strafgerichten verhängt werden, scheint es so, als ob sich die Strafgerichte an den Vorgaben der in *Re Sevenoaks Stationers* ausgearbeiteten Grobeinteilung orientieren würden.[607] Auch bei Section 8 CDDA haben die Gerichte trotz fehlender Mindestverbotsdauer bei der Suche nach einem angemessenen Tätigkeitsverbot Rückgriff auf Section 6 - Fälle genommen und die dort getroffenen Abstufungen auch für Section 8 CDDA angewandt.[608]

Welche Strukturierungen sich bei der Länge der verhängten Tätigkeitsverbote bei Section 9A CDDA abzeichnen werden und ob die in *Re Sevenoaks Stationers* für Section 6 CDDA vorgenommene Grobeinteilung auch hier übertragbar ist, wird man abzuwarten haben.

3. Reichweite eines Tätigkeitsverbotes

Im Hinblick auf die Reichweite von Tätigkeitsverboten ordnet Section 1(1) CDDA ein umfassendes und in seiner Reichweite beachtliches Verbot an, durch das die Person weder *director* einer *company* noch *receiver* eines Gesellschaftsvermögens[609] oder *insolvency practitioner*[610] werden kann. Darüber hinaus – und das ist das eigentlich Bemerkenswerte - ist der disqualifizierten Person jede direkte oder indirekte Teilnahme an der *promotion*, der *formation* oder dem *management* einer *company* ver-

---

607 Offensichtlich orientieren sich die Strafgerichte maßgeblich an dem Grad der subjektiven Vorwerfbarkeit einerseits und dem Schutzinteresse der Öffentlichkeit andererseits. Vgl. z.B. *R v Cobbey* [1993] 14 Cr.App.R. (S.) 82. („*dishonesty*"; 6 Jahre Verbot); *R v Millard* [1994] 15 Cr.App.R. (S.) 445 („*devious…manipulative, and thoroughly dishonest*"; 8 Jahre Verbot); *R v Edwards* [1998] 2 Cr.App.R. (S.) 213 ("*rationale…protection of the public*"; „*as a director…by reason of his inexperience, he was quite unsuited*"; Reduzierung von 10 Jahren auf 3 Jahre Verbot).

608 Siehe *Re Samuel Sherman plc* [1991] BCC 699 und bestätigend *Re JA Chapman & Co Ltd, Secretary of State for Trade and Industry v Amiss* [2003] All ER (D) 317. Für eine Übernahme der Grundsätze aus *Re Westmid Packing Services Ltd, Secretary of State for Trade and Industry v Griffiths* [1998] 2 BCLC 646 (siehe schon oben S. 105) spricht sich *Re Atlantik Computers plc, Secretary of State for Trade and Industry v Ashman* (15.06.1998, nicht veröffentlicht) aus, darüber hinaus wird in dieser Entscheidung für lower bracket – Fälle konstatiert, dass auch ein Tätigkeitsverbot von 1 Jahr oder weniger angemessen sein kann.

609 Vgl. zur *receivership* schon Fn. 173.

610 Vgl. zum *insolvency practitioner* Sections 388ff I.A. 1986. Der Begriff umfasst als Oberform bei Gesellschaften im wesentlichen den *liqidator, provisional liquidator, administrator* und den *administrative receiver*.

wehrt.[611] Durch die Erfassung indirekter Sachverhalte soll verhindert werden, dass sich eine disqualifizierte Person eines Strohmannes bedient.[612] Die ausdrückliche Erwähnung von *director* neben dem Begriff *management* soll sicherstellen, dass auch solche Direktoren erfasst werden, die, eventuell sogar entgegen ihrer Pflicht, keine *management* – Aufgaben wahrnehmen. Der Begriff *director* ist bei der Rechtsfolge von Tätigkeitsverboten nicht auf die *de iure* - Direktoren beschränkt, sondern umfasst auch die *de facto directors*.[613] Nicht umschlossen sein sollen hingegen die *shadow directors*.[614] Allerdings wird man diese Fallgruppe ohne weiteres unter den Begriff des *management* fassen können.[615]

Die heutige Regelung findet ihre erstmalige Verwendung in England im C.A.1929[616] und ist seither aus keinem nachfolgenden Gesetzeswerk hinwegzudenken gewesen.[617] Dabei beschränkt sich die Tragweite einer solchen Formulierung nicht nur auf das Vereinigte Königreich. Gleichlautende Regelungen finden sich z.B. auch in Singapur, Hong Kong und Australien.[618] Dadurch lässt sich der rechtstatsächliche Befund auf eine Vielzahl von Fällen stützen. Insoweit ist es keine Seltenheit, dass englische Gerichte z.B. auf australische Urteile zurückgreifen und umgekehrt.[619]

4. Mögliche Begrenzungen der Rechtsfolge

Bis zur Änderung der Section 1(1) CDDA durch den I.A. 2000[620] bestand bei den Gerichten einige Unsicherheit darüber, ob ein Tätigkeitsverbot in einem unfassenden Sinne zu verhängen ist oder ob man eine *disqualification* auf einzelne Bereiche der Section 1(1) CDDA, also beispielsweise allein auf das Direktorenamt einer *company*, nicht jedoch auf das *mana-*

---

611 Vgl. zu den Begriffen *promotion, formation, management* schon oben S. 12ff.
612 Vgl. z.B. *Griffiths/Parry*, 1999 Insolvency Lawyer 200.
613 Zum Begriff schon oben S. 24ff.
614 Das ergibt sich daraus, dass das Gesetz an anderer Stelle ausdrücklich eine Ausweitung auf *shadow directors* anordnet. Vgl. beispielhaft Section 6(3C) CDDA.
615 So zumindest *Walters/Davis-White*, Directors' Disqualification, S. 340.
616 Vgl. Sections 142, 217, 275 C.A. 1929.
617 Vgl. *Hicks*, 1987 Company Lawyer 243, 244; *Hicks*, 1988 J.B.L. 27, 40.
618 Siehe *Hicks*, 1987 Company Lawyer 243, 245.
619 Statt vieler *Commissioner for Corporate Affairs v Bracht* [1989] 7 ACLC 40 und im Gegenzug *Re Market Wizard Systems* [1998] 2 BCLC 282.
620 Änderung durch Section 5 I.A. 2000.

gement, beschränken konnte.[621] Mit der Neuformulierung dürfte nunmehr jedoch klargestellt sein, dass gerichtlich verfügte Tätigkeitsverbote alle in Section 1(1) genannten Rechtsfolgen umschließen müssen und eine Aussortierung einzelner Rechtsfolgen unzulässig ist.[622]

Unabhängig von dieser umfassend festzusetzenden Rechtsfolge stellt sich jedoch noch die weitere Frage, ob Gerichte das Tätigkeitsverbot auf alle möglichen *companies* erstrecken müssen oder ob eine Begrenzung auf ganz bestimmte Gesellschaften möglich ist. Der Wortlaut der Vorschrift scheint darauf hinzudeuten, dass ein Tätigkeitsverbot sich auf alle Gesellschaften beziehen muss. Für den Fall, dass eine Person bei mehreren Gesellschaften Direktorenämter inne hat, hätte dies zur Folge, dass die Person sämtliche Direktoren- und Managerämter aufgeben müsste, also auch hinsichtlich solcher Gesellschaften, die mit den Verhaltensvorwürfen in keinem Zusammenhang standen.[623] Die Rechtsprechung hat sich zu einem so weitreichenden Vorgehen nicht in allen Fällen veranlasst gesehen. In einigen Fällen wurden, unabhängig von einer noch möglichen *application for leave*[624], bestimmte Gesellschaften aus dem Anwendungsbereich der Section 1(1) CDDA herausgenommen.[625] In *Re Majestic Recording Studios Ltd.* wurde beispielsweise im Hinblick auf fünf verschiedene Gesellschaften eine *unfitness* festgestellt und dem Adressaten trotzdem die Möglichkeit belassen, als *director* einer sechsten Gesellschaft tätig zu bleiben.[626] Ähnlich wurde in *Re Lo-Line Electric Motors Ltd.* ein Tätigkeitsverbot verhängt und der Adressat konnte unter bestimmten Bedingungen Direktor zweier Familiengesellschaften bleiben.[627]

---

621 Im zweiten Sinne noch *Re Flatbold Ltd* (21.02.1986) und *Re Rolus Properties Ltd* [1988] 4 BCC 446 und unterstützend *Mithani*, 1993 Law Society's Gazette 25 sowie *Ong*, 1998 Company Lawyer 7, 9; anders dann *Re Gower Enterprises Ltd (No. 2)* [1995] 2 BCLC 201.

622 Vgl. z.B. *Walters*, 1999 Company Lawyer 239 ("*order amounts to a sweeping prohibition*"). Kritisch und mit Reformvorschlag im Hinblick auf die mangelhafte Flexibilität der Rechtsfolge *Hicks,* ACCA Research Report 59, iii sowie *Hicks*, 2001 J.B.L. 433, 446.

623 Erst in einem anschließenden Antrag auf teilweise Befreiung vom Tätigkeitsverbot (*application for leave,* Section 17 CDDA) könnte dann eine Begrenzung erreicht werden.

624 Dazu näher unten S. 120ff.

625 Beführwortend *Milman*, 1991 Company Lawyer 224. Anders *Sinclair/Vogel/Snowden*, Company Directors, Rn. 7.26, die meinen, einzelne Gesellschaften könnten *allein* durch einen späteren Befreiungsantrag aus dem Verbot herausgenommen werden, nicht jedoch schon durch die *order* selbst.

626 Vgl. *Re Majestic Recording Studios Ltd.* [1989] BCLC 1.

627 Vgl. *Re Lo-Line Electric Motors Ltd.* [1988] BCLC 698. Ähnlich auch *Re Chartmore Ltd* [1990] BCLC 673 und *Re Godwin Warren Control Systems plc* [1993] BCLC 80.

5. Automatisches Ende des Direktorenamtes

Sobald eine *disqualification order* verhängt worden ist, stellt sich in den Fällen, in denen die betroffene Person schon Direktor war, die Frage, ob sie automatisch aus dem Amt scheidet, oder ob es weiterer Schritte bedarf. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, was in den *articles of association* vereinbart worden ist.[628] Nur wenn dort für den Fall eines gesetzlichen Tätigkeitsverbotes angeordnet wird, dass der Direktor aus dem Amt scheidet, führt das Tätigkeitsverbot zu einer sofortigen Beendigung des Direktorenamtes.[629] Anderenfalls verbleibt der Direktor solange im Amt, bis er entweder selbst aus seiner Funktion ausscheidet oder durch ein ordnungsgemäßes Abberufungsverfahren entfernt worden ist.[630] Eine solche Abberufung der Geschäftsleitung kann, anders als z.B. bei deutschen Aktiengesellschaften, jederzeit von den Anteilseignern initiiert werden.[631] In jedem Fall wird ein disqualifizierter Direktor, der weiterhin tätig bleibt - unabhängig davon, ob er formal noch Direktor ist - gegen das Verbot des CDDA verstoßen und Sanktionen auf sich ziehen.[632]

6. In- und ausländische Reichweite

Die Reichweite des jeweiligen Tätigkeitsverbotes hängt entscheidend davon ab, wie ausufernd der Begriff der *company* in Section 1(1) CDDA verstanden werden darf. Eine erste begriffliche Ausdehnung nimmt das Gesetz vor, indem es über Sections 22A und 22B CDDA die Rechtsfolgen einer *disqualification order* auf sogenannte *building societies* und *incorporated friendly societies* erweitert.[633] Daneben wird wegen des Verweises in Section 22(9) CDDA zunächst einmal jede Gesellschaft erfasst, die unter dem C.A.1985 errichtet und registriert worden ist. Dazu zählen

---

628 Vgl. *Evans*, 1993 I.C.C.L.R. 271, 272.

629 So z.B. in den Standardformulierungen in *Article 81* von *Table A* zum C.A. 1985.

630 Vgl. *Evans*, 1993 I.C.C.L.R. 271, 272. Interessant ist, wie sich die Disqualifikation gegenüber Dritten auswirkt.

631 Vgl. Section 303 C.A. 1985 (dazu *Doyle*, 1997 Solicitors Journal 822f), der als Schlüsselvorschrift des britischen Gesellschaftsrechtes angesehen wird, weil dadurch zum Ausdruck kommt, dass die ultimative Kontrolle bei den Anteilseignern liegt. Allerdings kann die Vorschrift abbedungen werden. In Deutschland ist eine vorzeitige Abberufung nicht jederzeit, sondern nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes möglich, vgl. § 84 III 1 AktG.

632 Wenn der Direktor *de iure* nicht mehr im Amt ist, kann er noch immer als *de facto - director* tätig werden, was von Section 1(1) CDDA ebenso verboten wird. Unwissende Dritte, die mit der Gesellschaft kontrahieren, werden insoweit in ihrem guten Glauben an die wirksame Bestellung des Direktors geschützt. Vgl. dazu ausführlich *Evans*, 1993 I.C.C.L.R. 271, 272. Vgl. zu den Sanktionsmechanismen gegen den *director* bei einem Verstoß unten S. 123ff.

633 Beabsichtigt ist auch eine Erweiterung über Section 22C auf *limited liability partnerships*. Zu dieser neuen Gesellschaftsform siehe den *Limited Liability Partnerships Act 2000*.

neben den *companies limited by shares* auch die *guarantee companies* und die *unlimited companies*.[634] Aus dieser Menge werden wegen Section 22(2)(b) CDDA jedoch nur solche Gesellschaften für ein Tätigkeitsverbot aktuell, die zumindest auch nach Part V des I.A. 1986 abgewickelt werden können.[635] Deswegen wird man Tätigkeitsverbote nach richtigem Verständnis nicht auf *partnerships* erstrecken können.[636] Anwendbar ist Section 1(1) CDDA hingegen auf die Europäische Interessengemeinschaft.[637]

Erhebliche rechtspraktische Bedeutung kommt der Frage zu, inwieweit sich die Rechtsfolgenanordnung einer *disqualification order* auch auf ausländische Gesellschaften beziehen kann. Ein rein inländisches Verständnis von *company* hätte mit dem Problem zu kämpfen, dass sich eine disqualifizierte Person nach wie vor der Leitung einer ausländischen Gesellschaft annehmen könnte. Sobald diese Gesellschaft dann im englischen Regelungsgebiet aktiv würde, wäre der Schutzmechanismus des inlandsbezogenen Tätigkeitsverbotes ausgehebelt.[638] Die Frage, ob ausländische Gesellschaften vom Tätigkeitsverbot erfasst werden, hängt wegen Section 22(1)(b) CDDA entscheidend davon ab, ob eine ausländische Gesellschaft noch unter die Abwicklungsbestimmungen von Part V (Sections 220ff) I.A. 1986 fällt, ob es sich also um eine *unregistered company* handelt.

Für diese Frage muss man zwei Fallgestaltungen auseinanderhalten: Zum einen gibt es ausländische Gesellschaften, die zwar nicht in England ihren Firmensitz haben, die dort jedoch relativ fest Fuß gefasst haben. Solche Gesellschaften, die entweder eine *branch* oder einen *place of business* in Großbritannien errichtet haben, werden vom englischen Gesetzgeber mit Registrierungs- und Berichterstattungspflichten bedacht.[639] Daneben gibt

---

634 Zur Frage, ob man auch eine Partnerschaft (*partnership*) als von den Rechtsfolgen eines Tätigkeitsverbotes umfasst ansehen muss, vgl. *Griffiths*, 1999 N.L.J. 1346.

635 Grundsätzlich werden registrierte Gesellschaften schon nach Part IV I.A. 1986 abgewickelt. Solche Gesellschaften sind unproblematisch vom CDDA erfaßt. Part V I.A. 1986 erfaßt hingegen die Abwicklung von solchen Gesellschaften, die nicht registriert sind („*unregistered companies*").

636 Im Einzelnen ist diese Annahme nicht gesichert. Tendenziell so *Re Probe Data Systems (No.3) Limited* [1991] BCLC 586.

637 Vgl. *European Economic Interest Grouping Regulations 1989*, S.I. 1989 No. 638.

638 Diese Gefahr erkannte schon das *House of Lords* in den Beratungen zum CDDA. Vgl. Hansard, HL Vol 459, cols 571f: „*...Rogues may well use Jersey or other overseas companies to avoid risk of disqualification*".

639 Seit der Umsetzung der 11. Gesellschaftsrechtsrichtlinie der EU im Jahre 1993 gibt es in Großbritannien für relativ fest aufgestellte ausländische Gesellschaften zwei alternative Regelungsregime. Vorrangig –immer wenn eine *branch* anzunehmen ist - kommen die Registrierungs- und Mitteilungspflichten der Section 609A C.A. 1985 zum Zuge. Subsidiär – wenn nur ein *place of business* anzunehmen ist – kommt es zu einer Anwendung der Sections 691, 692 C.A. 1985.

es auch ausländische Gesellschaften, die keinen festen Standort in England errichtet haben, die jedoch am englischen Markt agieren. Für diese letztgenannten Gesellschaften ist zwar grundsätzlich nicht das englische Gesellschaftsrecht zuständig, gleichwohl genießen solche Gesellschaften keinen Immunitätsstatus. Wenn eine hinreichende Verbindung zum englischen Regelungsgebiet angenommen werden kann[640] ist eine Abwicklung über Section 225 I.A. 1986 möglich, sobald der Geschäftsbetrieb in England zum Erliegen kommt.[641] Solche *unregistered companies* werden also problemlos vom Anwendungsbereich der Section 22(1)(b) CDDA erfasst. Schwieriger ist die Frage für die mit Registrierungs- und Berichterstattungspflichten versehenen Gesellschaften zu beantworten. Nach überwiegendem Verständnis soll trotz dieser Pflichten keine *registered company* im Sinne von Section 220 I.A. 1986 anzunehmen sein.[642] Deshalb erstreckt sich jede *disqualification order* über Section 22(1)(b) CDDA auch auf solche Gesellschaften.

Vergröbernd lässt sich also zusammenfassen, dass gerichtlich verfügte Tätigkeitsverbote nicht vor nichtenglischen *companies* halt machen, sondern sich weitgehend auf alle Gesellschaften mit limitierter Haftung beziehen, sofern sie am englischen Markt agieren.[643] Inwieweit sich diese Handhabe mit den europarechtlich verbürgten Grundfreiheiten vereinbaren lässt, wird man genauer zu untersuchen haben.[644]

Noch größeres Kopfzerbrechen bereitet schließlich die Frage, wie man mit solchen Fällen umgehen soll, in denen eine ausländische Gesellschaft nicht am englischen Markt agiert, gleichwohl jedoch unter die englischen *winding-up*- Vorschriften fällt. Man kann sich z.B. eine deutsche AG vorstellen, die niemals in England gehandelt hat, sondern lediglich Schulden bei einer englischen Gesellschaft aus Geschäften angehäuft hat, die in Deutschland vorgenommen worden sind. Allein aus dieser Tatsache heraus könnte die deutsche AG nach englischem Recht abgewickelt werden und fällt so zumindest formal in den Anwendungsbereich des CDDA. Wie weit reichen nun die Befugnisse der englischen Jurisdiktion, wenn

---

640 Vgl. zu den Anforderungen an eine solche Verbindung *Re Compania Merobello San Nicholas SA* [1973] Ch 75; *Re Real Estate Development Co* [1991] BCLC 210; *Re Eloc Elektro-Optieck and Comunicatie BV* [1982] Ch 43.

641 Die Abwicklung als "*unregistered company*" ist unabhängig davon möglich, ob die Gesellschaft nach ihrem Heimatrecht aufgelöst wurde oder sonst aufgehört hat zu existieren, vgl. Section 225 I.A. 1986.

642 Vgl. *Walters/Davis-White*, Directors' Disqualification, S. 339.

643 Vgl. auch *Höfling*, Englisches Internationales Gesellschaftsrecht, S. 184f.

644 Ausführlicher für das deutsche Recht unten S. 357ff.

eine Person gleichzeitig Direktor einer englischen *company* und Vorstand dieser deutschen Aktiengesellschaft ist, und wenn wegen des Verhaltens bei der englischen *company* ein Tätigkeitsverbot verhängt worden ist? Bedeutet das automatisch, dass die betroffene Person auch ihr Vorstandsmandat in der deutschen Aktiengesellschaft niederlegen muss, weil diese von den *winding-up* - Vorschriften erfasst wird?[645] Wenn man diese Frage bejahen würde, dann könnte für den Fall, dass die betroffene Person ihr Vorstandsmandat in Deutschland nicht niedergelegt hatte, das englische Recht über Section 15 CDDA auf eine persönliche Haftung des Vorstandes für die englischen Schulden der Aktiengesellschaft dringen.[646] Diese Konsequenz verdeutlicht die Reichweite der Problematik: Ein solches Ergebnis würde fundamentalen dogmatischen Grundsätzen des deutschen Gesellschaftsrechtes widersprechen. Richtigerweise kann der gebildete Beispielfall deshalb nicht mehr in den Anwendungsbereich des CDDA fallen.[647] Diese Einschätzung verstärkt sich auch bei einem Blick auf die europäischen Grundfreiheiten. Art. 43 EG setzt der englischen Regelung an dieser Stelle eine Grenze, deren Überschreitung durch keinen vernünftigen Grund gerechtfertigt werden kann.[648]

III. Verfahren

Einzelheiten zum Ablauf des Verfahrens sollen an dieser Stelle keine Rolle spielen. Vielmehr sollen allein die grobe Struktur der Verfahrensmöglichkeiten und die dabei auftretenden Probleme betrachtet werden.

Grundsätzlich kann man zwischen gerichtlichen und außergerichtlichen Verfahren unterscheiden. Die außergerichtlichen Verfahren im Rahmen eines *undertakings* sind insoweit eine relativ neue Möglichkeit des englischen CDDA.[649]

Innerhalb der Gruppe der von einem Gericht durchgeführten Verfahren lassen sich solche Fälle auseinanderhalten, in denen das Gericht selbstän-

---

645 Solange die deutsche Gesellschaft überhaupt keinen Bezug zum englischen Recht hätte, wäre eine Erstreckung des Tätigkeitsverbotes auf die deutsche AG natürlich ausgeschlossen.

646 Vgl. zu der Sanktionswirkung der persönlichen Haftung ausführlich unten S. 124ff.

647 Gleichförmig *Sinclair/Vogel/Snowden*, Company Directors, Rn. 7.15.

648 Beispielhaft für die Niederlassungsfreiheit *R v HM Treasury, ex parte Daily Mail* [1989] QB 447, 459f und zuletzt EuGHE 1999 S.I-1459 (1485ff) („Centros“) sowie EuGH, Rs. C-208/00, NJW 2002, 3614 („Überseering“) und EuGH, Rs. C-167/01, ZIP 2003, 1885ff („Inspire Art“); Näher unten im Hinblick auf das deutsche Recht S. 357ff.

649 Dazu sogleich unten S. 117ff.

dig tätig werden kann[650] und solche Fälle, in denen es zuvor eines Antrages, zumeist durch den *Secretary of State*[651], bedarf (vor allem Section 6 CDDA[652]). Wenn ein Gericht die Frage eines Tätigkeitsverbotes klärt, dann nimmt diese Aufgabe entweder ein Gericht war, das für die Abwicklung der Gesellschaft zuständig ist (Sections 2, 3, 4 und 6 CDDA[653]) oder aber das Strafgericht (Sections 2 und 5 CDDA[654]). Ausnahmsweise ist, wie bei den Sections 8 und 9A CDDA der *High Court* zuständig.[655]

1. Probleme des gerichtlichen Verfahrens

Nachdem die Umsetzung der Vorschriften des CDDA in den ersten Jahren nach der Verabschiedung des Gesetzes mit einigen Schwierigkeiten zu kämpfen hatte, erhöhte sich in den neunziger Jahren die Anzahl der *disqualification orders* stetig.[656] Mit der zahlenmäßigen Zunahme der verhängten Tätigkeitsverbote traten jedoch auch einige Unzulänglichkeiten bei den bestehenden Vorschriften auf. So zeigte sich unter anderem, dass die Verfahren vor den Gerichten mitunter sehr lange dauerten[657], recht teuer waren[658] und dass die Flut der Verbotsanträge den Gerichten

---

650 Vgl. Section 2 und 5 CDDA. Bei Section 2 *kann* aber auch ein Antrag gestellt werden. Vgl. Section 16(2) CDDA.

651 Anders z.B. bei Section 2, 3 und 4 CDDA. Dort darf das Tätigkeitsverbot von mehreren Stellen beantragt werden. Neben dem *Secretary of State* sind auch der *official receiver* und der *liquidator* sowie ehemalige oder aktuelle Anteilseigner bzw. Gläubiger befugt. Vgl. Section 16(2) CDDA. Eine Sonderrolle nimmt auch Section 6 CDDA ein, weil dort durch Weisung des *Secretary of State* auch der *official receiver* antragsberechtigt ist. Vgl. Section 7(1)(b) CDDA. Unklar ist die Lage bei Section 10 CDDA. Vgl. näher *Walters/Davis-White*, Directors' Disqualification, S. 299.

652 Einen solchen Antrag soll der Wirtschaftsminister immer dann stellen, wenn er ein Tätigkeitsverbot im Hinblick auf das öffentliche Interesse für erforderlich hält. Siehe Section 7(1) CDDA: "*...expedient in the public interest*". Dieser Test umschließt zwei Erwägungen: (1) die Wahrscheinlichkeit eines erfolgreichen Verfahrens und (2) das öffentliche Interesse an sich. Vgl. *Walters/Davis-White*, Directors' Disqualification, S. 189. Bei Section 9A stellt den Antrag das OFT oder ein *specified regulator*, vgl. Section 9A(10) CDDA.

653 Vgl. Sections 2(2)(a), 3(4), 4(2), 6(3) CDDA. Daneben auch bei Section 216 I.A. 1986, vgl. Absatz 5.

654 Vgl. Sections 2(2)(b), 5(2) CDDA.

655 Vgl. Sections 8(3), 9E(3) CDDA.

656 Vgl. zu den Anlaufschwierigkeiten *Griffiths*, 1999 N.L.J. 1524 unter Verweis auf 18th Report of the Public Accounts Committee 1993-94, der feststellte: „*Against the background of a rise in the number of personal and corporate insolvencies from 24000 in 1987/88 to over 81000 in 1992/93, we are concerned that, of the 28000 cases where unfit conduct by company directors has been detected, the Secretary of State identified only 15 per cent as meriting an application to the courts for disqualification in the public interest...*".
Von 1994 zu 1995 haben sich die Verbote verdoppelt, vgl. *James,* 1997 Solicitors' Journal 152.

657 Vgl. *The Insolvency Service Executive Agency: Company Director Disqualification – A Follow Up Report* (1999), S. 3 (durchschnittlich 3 Jahre pro Verfahren von Insolvenz bis Tätigkeitsverbot!). *Ong*, 1998 Company Lawyer 7, 8 spricht von bis zu 6 Jahren!

658 Vgl. *Griffiths*, 1999 N.L.J. 1524. Speziell zu den hohen Kosten für die betroffenen Direktoren siehe *Walters*, 2000 Company Lawyer 90ff unter Hinweis auf die Aussagen von *Vice-Chancellor Richard Scott*. Vgl. auch *Milman*, 1999 Insolvency Lawyer 1. Zu den Kosten für die antragstellende Behörde, falls das Verfahren eingestellt wird, vgl. *Hoey*, 2000 Company Lawyer 245, 249 (mind. 100000 Pfund).

Kapazitätsgrenzen aufzeigte.[659] Deshalb bestand früh ein Bedürfnis, Tätigkeitsverbote schneller und kostengünstiger verhängen zu können. Solche zügigen Verfahren boten sich insbesondere dann an, wenn der antragstellende *Secretary of State* und der betroffene Direktor im Ergebnis einig darüber waren, dass ein Tätigkeitsverbot über eine bestimmte Zeit verhängt werden sollte.[660] Naheliegende Konsequenz einer solchen Einstimmigkeit wäre es dann gewesen, das gerichtliche Verfahren durch eine Art Vergleich zum Abschluss zu bringen (*settlement*). Gegen eine solche zügige Beilegung des Verfahrens hatte die Rechtsprechung in *Re Blackspur Group plc* jedoch tiefgreifende Bedenken angemeldet und so verhindert, dass eine Übereinkunft der Parteien zum Ende des Verfahrens führen konnte.[661] Das Gericht stellte dabei insbesondere auf den Wortlaut von Section 6 CDDA ab und erklärte, das Gesetz erfordere, dass *das Gericht* von der *unfitness* überzeugt sein müsse. Dann könne jedoch keine Parteiübereinkunft das Verfahren beendigen, sondern das Gericht müsse zuvor selbst für eine Meinungsbildung Zeit haben. Darüber hinaus erfordere eine wirksame Umsetzung der Regelungsziele des CDDA, insbesondere des Schutzes der Öffentlichkeit, dass das Gericht selbst über Länge und Dauer eines Tätigkeitsverbotes entscheide. Eine Parteivereinbarung – ein sogenanntes *undertaking* - würde in seiner Reichweite hinter einer *disqualification order* in mehrfacher Hinsicht zurückbleiben:

Zum einen würde ein späterer Verstoß gegen das *undertaking* nicht automatisch zu den Sanktionsmechanismen der Sections 13-15 CDDA überleiten.[662] Darüber hinaus gäbe es auch keine gesetzlich vorgesehene Möglichkeit, eine Befreiung von einem entsprechenden *undertaking*-Tätigkeitsverbot zu erlangen.[663] Schließlich fehle der Vereinbarung auch die zwingende Publizität durch Register-Mitteilung (Section 18(2) CDDA).[664]

---

659 Vgl. *Walters*, 2001 Company Lawyer 291, 294.

660 Die meisten Tätigkeitsverbote betrafen die *unfitness*-Tatbestände aus Sections 6 und 8 CDDA. Daher waren immer der *Secretary of State* und ein *director* am Verfahren beteiligt.

661 Vgl. *Re Blackspur Group plc, Secretary of State for Trade and Industry v Davies* [1998] BCC 11. Zustimmend *Griffiths*, 1999 N.L.J. 1524. Tendenziell großzügiger zuvor noch *Re Homes Assured Corporation plc* [1996] BCC 297 und *Secretary of State for Trade and Industry v Cleland* [1997] BCC 473.

662 Vgl. dazu unten S. 123ff.

663 Zu dieser Möglichkeit näher unten S. 120f.

664 Dazu näher unten S. 122.

Obwohl den Parteien durch die *Blackspur* - Rechtsprechung der Weg zu umfangreichen *undertakings* verwehrt blieb, ist immerhin ein gebündeltes Verfahren möglich. Mit einer Herangehensweise, die sich im Anschluß an *Re Carecraft Construction Co. Ltd* als sogenannte *carecraft-procedure* etabliert hat, ist es den Verfahrensbeteiligten möglich, dem Gericht einen Katalog unstreitiger Punkte vorzulegen, verbunden mit der Aufforderung, ein Tätigkeitsverbot in einem bestimmten Rahmen zu verhängen.[665] Durch diese Vorgehensweise kann das Verfahren zwar beschleunigt werden, entscheidender Unterschied zu einem *undertaking* ist jedoch, dass das letzte Wort über das Ob und Wie eines Tätigkeitsverbotes vom Gericht gesprochen wird.[666] Damit kann das Gericht zwar den Empfehlungen der Parteien folgen, notwendig ist diese Annahme jedoch nicht.

Insbesondere durch die Fülle der Gerichtsverfahren konnte die *carecraft-procedure* jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass weiterhin ein starkes Bedürfnis nach schnelleren und einfacher zu verhängenden Tätigkeitsverboten bestand. Daher kamen Forderungen nach Verfahren auf, in denen der *Secretary of State* eigenständig ein Verfahrensende herbeiführen können sollte. Solche Anregungen gingen nicht nur von der Regierungsseite aus[667], sondern auch von der Rechtsprechung selbst.[668]

2. Vereinfachung durch *undertakings*

Als Reaktion auf die Forderungen nach möglichen *disqualification undertakings* führte der Gesetzgeber im Rahmen des I.A. 2000 mehrere Vorschriften in den CDDA ein, durch die eine Verfahrensbeendigung durch den *Secretary of State* –seit Einführung der Sections 9A ff CDDA insoweit auch durch das OFT - möglich geworden ist. Die Regelungen sollten dabei zwei konkurrierende Ziele aufgreifen, deren gleichzeitige Verwirklichung bislang nicht möglich war: Die zahlenmäßige Forcierung der Tätigkeitsverbote einerseits und die gleichzeitige Kosten- und Zeitentlas-

---

665 Zunächst *Re Carecraft Construction Co. Ltd* [1993] BCLC 1259, danach der Court of Appeal in Secretary of State for Trade and Industry v Rogers [1996] 2 BCLC 513.

666 *In praxi* verkommt die gerichtliche Mitwirkung gleichwohl oft einer Übernahme der vorgeschlagenenen Punkte. Bündig *Walters*, 2001 Company Lawyer 291, 293: „*rubber- stamping exercise*".

667 Zuerst *Richard Scott* in einer Praxisanweisung 1995: „*the number and the increase has required a careful look to be taken at the procedures...*". *Siehe Practice Note* [1996] 1 All E.R. 442.

668 Siehe *Re Blackspur Group plc, Secretary of State for Trade and Industry v Davies* [1998] BCC 11; siehe auch *Official Receiver v Cooper* [1999] BCC 115.

tung[669] im Hinblick auf die Gerichtsverfahren andererseits.[670] Von den vermehrten Tätigkeitsverboten versprach man sich einen besseren Schutz der öffentlichen Interessen.[671]

Die nun möglichen *disqualification undertakings* beziehen sich allein auf die Tätigkeitsverbote, die an den Begriff der *unfitness* anknüpfen, also an die Sections 6, 8 und 9A CDDA.[672] Sie können nur dann zum Zuge kommen, wenn sich der betroffene Direktor mit einem bestimmten Tätigkeitsverbot einverstanden erklärt hat.[673] So gesehen handelt es sich also nicht um strikt verwaltungsrechtliche Tätigkeitsverbote mit einseitiger hoheitlicher Kompetenz, sondern um beidseitige Vereinbarungen.[674] Dabei liegt die Entscheidung darüber, ob ein Tätigkeitsverbot, mit dem sich ein Direktor einverstanden erklärt, angenommen werden soll, allein im Ermessen des *Secretary of State* respektive des OFT. Früher konnte der *Secretary of State* nur darüber entscheiden, ob ein Verfahren vor den Gerichten in Gang gesetzt werden sollte[675], nunmehr erstrecken sich seine Befugnisse nicht mehr nur auf die gerichtliche Verfahrenseröffnung, sondern er kann selbst zwischen dem gerichtlichen Verfahren einerseits und einem *undertaking* andererseits auswählen. Darüber hinaus kann er inhaltliche Fragen eines *undertakings* klären. Zum einen muss er dabei untersuchen, ob die Voraussetzungen des jeweiligen Tätigkeitsverbotes vorliegen. Daneben stellt sich die Frage, ob die Verhängung eines *disqualification undertakings* im Interesse der Öffentlichkeit erforderlich ist.[676]

Die abschließende Klärung der Frage der *unfitness* ist daher nicht mehr nur eine ausschließliche Domäne der Gerichte, sondern liegt jetzt auch in

---

669 Vgl. *Milman*, 2000 Insolvency Lawyer 67.
Durch schnellere Verfahren ("*fast track*") erhoffte man sich auch mehr Rechtssicherheit für die betroffenen Direktoren. Siehe dazu *Walters*, 2001 Insolvency Lawyer 86, 88.

670 Siehe *House of Commons Standing Committee B* (5. Sitzung, 07.11.2000). Zeitweise ging man von 300000 Pfund jährlich an Ersparnis für das DTI aus. Nebenher verspricht das neue Verfahren auch Kostensenkungen für die Gerichte und für die betroffenen Direktoren bereitzuhalten, vgl. dazu *Walters*, 2001 Insolvency Lawyer 86, 88.

671 Siehe *DTI Press Release* P/2000/808, 01.12.2000.

672 Kritisch insoweit *Walters*, 2001 Insolvency Lawyer 86, 90 und *Walters*, 2001 Company Lawyer 290, 291. Geschuldet sein könnte diese Begrenzung allerdings der erheblich größeren praktischen Bedeutung der *unfitness*-Bestimmungen im Vergleich zu Sections 2, 3, 4, 5 und 10 CDDA.

673 Problematisch ist dabei, ob der *Secretary of State* ein *undertaking* ablehnen kann, wenn der betroffene Direktor keine Zugeständnisse zu den Tatsachen machen will. Vgl. dazu *Walters*, 2002 Company Lawyer 123f.

674 Insoweit unterscheidet sich die englische Praxis z.B. von den USA, wo die SEC neuerdings einseitig Tätigkeitsverbote verhängen kann. Vgl. dazu näher unten S. 175ff.

675 Vgl. Sections 7(1) und 8(1) CDDA: „*if it appears...that it is expedient in the public interest...*".

676 Vgl. Sections 7(2A), 8(2A) und 9B(2) CDDA.

den Händen des *Secretary of State*.[677] Bedenkt man die Reflexwirkung, die der Begriff der *unfitness* auf die Geschäftsleiterpflichten haben kann[678], so stellt das eine bemerkenswerte Änderung dar, deren Entwicklungsrichtung man gespannt abzuwarten hat.

Trotz dieser Verlagerung sind die Gerichte bei den *disqualification undertakings* nicht gänzlich außen vor. Zum einen ist die Entscheidung darüber, ob ein *undertaking* akzeptiert oder abgelehnt wird, gerichtlich überprüfbar. Darüber hinaus kann auch der Inhalt eines *disqualification undertakings* voll gerichtlich überprüft werden.[679] Auf einen entsprechenden Antrag des Direktors hin kann das Gericht entweder die Dauer des Tätigkeitsverbotes verkürzen oder das Tätigkeitsverbot gänzlich aussetzen.[680]

Disqualification undertakings können entweder von vornherein, also ohne gerichtliches Verfahren, angenommen werden. Ebenso kann der *Secretary of State* bzw. das OFT aber auch während eines gerichtlichen Verbotsverfahrens ein *undertaking* akzeptieren und so das Ende des Gerichtsverfahrens herbeiführen.[681] In der Rechtsfolge sind die *disqualification undertakings* den gerichtlich verfügten *orders* exakt angeglichen worden.[682] Hinsichtlich der Länge der möglichen Tätigkeitsverbote und der Sanktionsmechanismen bei Verstößen ergeben sich deshalb keine Besonderheiten.[683] Beachten muss man jedoch, dass eine Befreiungsmöglichkeit nicht in den Kompetenzbereich des *Secretary of State* fällt, sondern, wie auch bei *disqualification orders*, dem Gericht vorbehalten ist.[684]

Von einigen Beobachtern werden Bedenken angemeldet, dass durch das *undertaking* - Regime enormer Druck auf die Direktoren ausgeübt werden könne, sich einem Vergleich zu beugen.[685] Ob diese Bedenken berechtigt

---

677 Entsprechendes gilt bei den *Competition Disqualification Undertakings* für das OFT.

678 Siehe ausführlicher schon oben S. 69ff.

679 Vgl. Section 8A CDDA. Diese Regelung muss man als Vorsichtsmaßnahme im Hinblick auf Art. 6 EMRK auffassen. Immerhin fungiert das DTI bei *undertakings* im Grunde als Kläger und Richter in Personalunion. Das *Trade and Industry Select Committee* hatte insoweit Bedenken.

680 Vgl. Section 8A CDDA.

681 Vgl. *Walters*, 2001 Company Lawyer 291, 295 und *Walters*, 2001 Insolvency Lawyer 86, 90 und hinsichtlich der kartellrechtlichen *undertakings* den *OFT-Guidance, Competition Disqualification Orders*, abrufbar unter http://www.oft.gov.uk/NR/rdonlyres/eirj2qzvaogbdpyciemptbtyt7ppg4jj2w5ll6i2lnly4dotrw5m7jk6zkmkvzi2vomwhngz3cehtsknubvlshqwltg/oft510.pdf.

682 Dadurch wurden die in *Re Blackspur Group Plc* [1998] 1 WLR 422 erhobenen Bedenken ausgeräumt.

683 Vgl. dazu Sections 1A(1),(2) und 13f CDDA.

684 Dazu sogleich.

685 Theoretisch kann das DTI dem Direktor drohen, wenn er nicht einwillige, drohe ihm ein längeres Tätigkeitsverbot vor Gericht. Siehe zu diesen Bedenken (*plea bargaining*) schon die frühe Besprechung im *House of Commons*, abrufbar unter http://www.parliament.the-stationery-

sind, wird man jedoch abzuwarten haben. Sicher ist zunächst einmal, dass die Möglichkeit der *undertakings* dazu führt, dass von herkömmlichen *orders* immer seltener Gebrauch gemacht wird.[686]

3. Befreiungsmöglichkeit (*leave to act*)

Nachdem ein Tätigkeitsverbot durch eine *disqualification order* oder ein *undertaking* verhängt worden ist, verbleibt dem Adressaten als letzte Möglichkeit, um doch noch in den Bereichen der Section 1(1) CDDA tätig werden zu können, einen Antrag auf Befreiung zu stellen.[687] Eine solche Befreiungsmöglichkeit kann man als letztes Teilglied im Gesamtsystem des CDDA ansehen. Das Tätigkeitsverbot als solches verwirklicht das vordringliche Ansinnen des CDDA, die Öffentlichkeit zu schützen, noch nicht zwangsläufig in einem *angemessenen* Umfang. Denkbar sind durch den tatbestandlichen Zuschnitt der jeweiligen Vorschriften Tätigkeitsverbote, ohne dass ein „Aus-dem-Verkehr-Ziehen" der betroffenen Person im Interesse der Öffentlichkeit notwendig wäre[688].

Manchmal können die negativen Aspekte eines Tätigkeitsverbotes im Vergleich zu den gesetzgeberischen Regelungszielen überwiegen.[689] Das hängt damit zusammen, dass die ursprünglichen Tätigkeitsverbote nicht zukunfts- sondern vergangenheitsbezogen sind.[690] Die Befreiungsmöglichkeit fungiert deshalb als Feinjustierung zwischen dem legitimen Interesse der Öffentlichkeit einerseits und dem Interesse der betroffenen Person andererseits.[691]

Wenig erstaunlich ist damit auch, dass die Gerichte erteilte Befreiungen oft von zwei Faktoren abhängig machen: Zum einen spielt eine Rolle,

---

office.co.uk/pa/cm199900/cmstand/b/st001107/pm/01107s01.htm#end. Kritisch wegen ähnlicher Bedenken auch schon *Hicks,* ACCA Research Report 59, iv („*Consent…can hardly be refused and is almost inevitable*") und schon in bezug auf die *disqualification orders Milman*, 1992 N.I.L.Q. 1, 16.

686 Gegenüber 1700 *Orders* im Zeitraum 2000/2001 hat sich das Verhältnis 2001/02 extrem zugunsten der *undertakings* verschoben: nun 1213 *undertakings* und 716 *orders*. Vgl. *DTI-Report, Companies in 2002-2003*, Section D1 (abrufbar unter http://www.dti.gov.uk/cld/dtiannualreport.pdf).

687 Siehe Section 17 CDDA.

688 So z.B. bei Section 6 CDDA, wo das Tätigkeitsverbot bei Vorliegen von *unfitness* zwingend anzuordnen ist, auch wenn gar keine Gefahr mehr für die Öffentlichkeit besteht.Vgl. schon oben S. 66ff, wo festgestellt wurde, dass Zukunftserwägungen für die Frage der *unfitness* grundsätzlich keine Rolle spielen.

689 Siehe *Griffin*, Personal Liability, S. 189.

690 Vgl. nur *Walters/Davis-White*, Directors' Disqualification, S. 364. Siehe auch schon oben S. 66ff.

691 Allerdins sollte man nicht verkennen, dass durch eine Befreiung der Schutz der Öffentlichkeit auch erheblich erodiert werden kann. Vgl. dazu *Re Congratulations Franchising Ltd, Secretary of State for Trade and Industry v Davies* (06.03.1998, nicht veröffentlicht), wo der Befreite erneut durch Fehlverhalten aufgefallen war. Vgl. auch *Hoey*, 2000 Company Lawyer 245, 248.

dass es für die betroffenen Kreise ein legitimes Interesse gibt, zum anderen kommt es darauf an, dass bei einer erteilten Erlaubnis das öffentliche Interesse noch ausreichend geschützt werden kann.[692] Was das legitime Interesse anlangt[693], so haben die Gerichte größeres Gewicht solchen Interessen beigemessen, die die Gesellschaft oder Dritte betrafen. Weniger entscheidend war hingegen, ob eine Befreiung für den Antragsteller selbst Vorteile brachte.[694] Deshalb spielt es also z.B. keine so große Rolle, dass der Betroffene gern bei der Gesellschaft weiter tätig sein möchte, wichtiger ist vielmehr, ob von seiner weiteren Tätigkeit das Schicksal der Gesellschaft und ihrer Arbeitnehmer abhängt.[695] Die Gerichte tendieren dahin, dem Antragsteller eine Befreiung zu verweigern, wenn das beabsichtigte Geschäft auch ohne beschränkte Haftung, also beispielsweise in einer Partnerschaft oder als Einzelkaufmann, verwirklicht werden kann.[696]

Was den Schutz der öffentlichen Interessen anlangt, so muss das Gericht sich unter Berücksichtigung der konkreten Gründe für das Tätigkeitsverbot immer fragen, ob die Öffentlichkeit trotz einer Befreiung noch ausreichend geschützt werden kann.[697] Prinzipiell werden die Gerichte insoweit eine Befreiung eher von bestimmten Bedingungen und Sicherungsmechanismen abhängig machen[698] und nur auf bestimmte Gesellschaften bezie-

---

692 So zuerst *Re Cargo Agency Ltd* [1992] BCLC 686; später *Re Gibson Davies Ltd* [1995] BCC 11. Auf den zweiten Aspekt rekurriert vor allem *Re Tech Textiles Ltd, Secretary of State for Trade and Industry v Vane* [1998] 1 BCLC 259. Weder auf den einen, noch auf den anderen Aspekt legte allerdings Wert *Re Barings plc (No 4), Secretary of State for Trade and Industry v Baker* [1999] 1 BCLC 262. Allerdings wird man diesen Fall als Sonderkonstellation ansehen müssen, vgl. *Walters*, 1999 Company Lawyer 239, 240 und *Parry*, 1999 I.C.C.L.R. N26, 27.

693 Siehe *Re Cargo Agency Ltd* [1993] BCLC 686: "*...should only be granted upon evidence of adequate protection from danger.*"; *Re Majestic Recording Studios Ltd.* [1989] BCLC 1; auf die Protektion abstellend auch *Re McQuillan* [1989] 5 BCC 137 unter Zuhilfenahme einer New South Wales-Entscheidung (*Re Altim Pty Ltd.* [1968] 2 NSWR 762).

694 Siehe *Re Gibson Davies Ltd* [1995] BCC 11; *Re TLL Realisations Ltd* (01.02.1999, nicht veröffentlicht). Es gibt allerdings auch Fälle, in denen die Interessen der Gesellschaft und des Antragstellers nicht auseinander zu halten sind (Kleine Gesellschaften mit Gesellschafter-Geschäftsführer). Vgl. dazu *Re Streamhaven Ltd* [1998] 2 BCLC 64.

695 Für die Wichtigkeit der Person für die Gesellschaft siehe z.B. *Re Tech Textiles Ltd, Secretary of State for Trade and Industry v Vane* [1998] 1 BCLC 259 und *Re TLL Realisations* (01.02.1999, nicht veröffentlicht) sowie *Secretary of State for Trade and Industry v Barnett* [1998] 2 BCLC 64.

696 *Re Streamhaven Ltd* [1998] 2 BCLC 64; *Re Amaron Ltd.* [1997] 2 BCLC 115; *Re D.J. Matthews* Ltd [1988] 4 BCC 513; auf diesen Gesichtspunkt hindeutend auch *Re Crestjoy Ltd* [1990] BCLC 677; *Re Chartmore Ltd* [1990] BCLC 673; *R v. Goodman* [1993] Cr.App.R.(S.) 147.

697 So besonders in *Re Barings plc (No 5)* [1999] 1 BCLC 433. Dazu *Parry*, 1999 I.C.C.L.R. N26, 27. Vgl. auch *Wise*, 2003 Insolv. Int., 17-19.

698 Denkbar sind z.B. erhöhte Publizitätsanforderungen (aktive Veröffentlichung, über das Register hinaus), so z.B. in *Re Brian Sheridan Cars Ltd* [1996] 1 BCLC 327 oder die Einsetzung eines *independent board member*, so z.B. in *Re Amaron Ltd* [1998] BCC 264 und in *Re Brian Sheridan Cars Ltd* [1996] 1 BCLC 327. Daneben können die

hen.[699] Das Hauptaugenmerk muss dabei der Frage gewidmet werden, ob sich das beanstandete Verhalten nicht wiederholen kann.[700] Generell haben die Gerichte dafür z.B. berücksichtigt, wie ernst das Fehlverhalten des Antragstellers war[701], wie die Geschäftsaussichten für die Gesellschaft waren[702] und ob bei der Gesellschaft eine ausreichende Kontrolle der Finanzen sichergestellt werden konnte[703].

IV. Registereintragung

Eine wichtige Funktion im Gesamtsystem des CDDA nimmt Section 18 ein. Über diese Vorschrift wird der *Secretary of State* verpflichtet, ein Register zu führen, aus dem sich jederzeit ergibt, gegen wen wann welche *disqualification order* verhängt wurde oder wer ein *undertaking* akzeptiert hat und ob eine Befreiung erteilt worden ist.[704] Für diese Aufgaben ermächtigt Section 18(1) den *Secretary of State*, Vorschriften zu erlassen, auf deren Grundlage die Gerichte die notwendigen Informationen übermitteln müssen.[705] Durch die Registerpublizität werden die Ziele des CDDA in mehrfacher Weise gefördert[706]: Zum einen versorgt das Register die interessierte Bereichsöffentlichkeit mit wichtigen Informationen über belastete Personen, wodurch informierte Entscheidungen möglich werden.[707] Darüber hinaus verstärkt das Register die Abschreckungsfunk-

---

Gerichte die Befreiung auch zeitlich befristen, so dass nach Ablauf der Frist eine Neuvorlage der Sache erforderlich ist, und eine Überprüfung der Umstände erfolgen kann. Vgl. z.B. *Re Chartmore* [1990] BCLC 673.

699 Siehe *Walters*, 1999 Company Lawyer 239, 240.

700 Vgl. z.B. *Re Barings plc (No.5)* [1999] 1 BCLC 262 "*the court in considering whether or not to grant leave should in particular pay attention to the nature of the defects in company management that led to the disqualification order and ask itself whether, if leave were granted, a situation might arise in which there would be a risk of recurrence of those effects*".

701 Mit einer Erlaubnis kann man eher dann rechnen, wenn die Dauer des Tätigkeitsverbotes in die *lower bracket* fällt (Vgl. zu den *brackets* oben S. 105ff).

702 Jemand, der schon eine Gesellschaft in die Insolvenz verabschiedet hat, muss beispielsweise nachweisen, dass seine aktuelle Gesellschaft gesund ist und laufenden Verbindlichkeiten nachkommen kann. Vgl. z.B. *Secretary of State for Trade and Industry vPalfreman* [1995] 2 BCLC 301.

703 Vgl. z.B. *Re Chartmore* [1990] BCLC 673.

704 Siehe Section 18(2),(3) CDDA.

705 Aktuell müssen die Gerichte auf Grundlage der *Companies (Disqualification Orders) Regulations 1986* (S.I. 1986 No. 2067, erweitert durch S.I. 1995 No. 1509) Informationen innerhalb von 14 Tagen an das *Companies House* übergeben.

706 Vgl. zur Wichtigkeit eines funktionierenden Registers *Hicks,* ACCA Research Report 59, S. 53f.

707 Nach Section 18(4) kann grundsätzlich jeder gegen eine angemessene Gebühr Einsicht nehmen. Darüber hinaus werden die Informationen inzwischen auch über das Internet öffentlich gemacht, siehe http://www.companieshouse.co.uk, wo man gezielt nach Personen suchen kann.

tion der Tätigkeitsverbote, indem es die betroffenen Personen öffentlich anprangert und so negativ auf deren Reputation wirken kann.[708]

v. Sanktionsmechanismen bei Verstoß gegen nicht selbständig eintretende Tätigkeitsverbote

Eine Person, die trotz einer verhängten *disqualification order* bzw. eines *undertakings* in einem der in Section 1(1) genannten Tätigkeitsfelder aktiv wird, muss mit strafrechtlichen und zivilrechtlichen Sanktionen rechnen.

1. Strafrecht

Eine strafrechtliche Ahndung ergibt sich in jedem Fall. Denkbar sind jedoch über Section 13 CDDA zwei verschiedene Wege: Zum einen drohen, falls eine Verurteilung *on indictment* verfolgt wird, eine Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe, zum anderen ist bei einer *summary conviction* eine Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe möglich.[709] Da sich der CDDA nicht auf natürliche Personen beschränkt, sondern auch juristische Personen Adressaten eines Tätigkeitsverbotes sein können[710], erweitert das Gesetz in Section 14 CDDA die strafrechtliche Verantwortbarkeit auch auf juristische Personen. In solchen Fällen können auch die hinter der juristischen Person tätigen natürlichen Personen strafrechtlich verantwortlich sein, obwohl sie persönlich nicht gegen Section 1(1) CDDA verstoßen haben. Dafür muss jedoch festgestellt werden, dass die natürlichen Personen das Verhalten der juristischen Person gebilligt oder forciert haben bzw. dass ihre Nachlässigkeit den Verstoß möglich gemacht hat.[711]

---

708 Der Reputationsgedanke wirkt wohl besonders stark bei großen Publikumsgesellschaften, bei denen sich der Pool der verfügbaren Direktoren aus einer überschaubaren Menge hochprofessioneller Führungskräfte speist. Zum Einfluss der Öffentlichmachung auf die Reputation auch *Perino*, 76 St.John's L.Rev. 671, 697.

709 Freiheitsstrafe und Geldstrafe drohen immer alternativ und kumulativ.

710 Vgl. erstmals und bisher scheinbar einzig *Official Receiver v Brady* [1999]BCC 258.
Hierfür muss man sich klar machen, dass in England, anders als in den meisten kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen, auch juristische Personen eine Direktorenstellung einnehmen können. Vgl. dazu schon die frühe Entscheidung *Re Bulawayo Market* [1907] 2 Ch 458.

711 Section 14(1) CDDA erfaßt so hinter der juristischen Person stehende *director*, *officer* und *manager* und solche Personen, die eine dementsprechende Stellung vorgeben.

2. Zivilrecht

Neben den strafrechtlichen Folgen, die ein Verstoß gegen eine *disqualification order* oder ein *undertaking* mit sich bringt, sind auch die zivilrechtlichen Implikationen der Section 15 CDDA zu beachten. Eine Person, die gegen das Verbot der Section 1(1) CDDA verstößt, muss mit der persönlichen Haftung für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft rechnen, die im Laufe ihres Tätigwerdens entstanden sind.[712] Entscheidender Anknüpfungspunkt für Section 15 CDDA ist dabei, ob eine Person *director* einer Gesellschaft war oder ob sie direkt bzw. indirekt am *management* der Gesellschaft beteiligt war.[713] Haftungsrechtlich tritt die verantwortliche Person dann neben die Gesellschaft, so dass die Gläubiger alternativ auf beide Schuldner zugreifen können.

Neben den für die Gesellschaft tätigen Personen, die mit einer *disqualification order* oder einem *undertaking* belegt worden sind, werden von der persönlichen Haftung für die angelaufenen Gesellschaftsschulden auch solche Personen bedroht, die *director* oder *manager* der Gesellschaft sind, ohne persönlich Adressaten eines Tätigkeitsverbotes zu sein. Allerdings nimmt das Gesetz eine solche Erweiterung nur dann vor, wenn die Leitungspersonen aufgrund von Weisungen einer disqualifizierten Person handeln bzw. handeln wollen, und wenn sie wissen, dass die weisungsgebende Person Adressat einer *disqualification order* oder eines *undertakings* war.[714] Auf diesem Wege soll dem Einsatz von Strohmännern entgegengewirkt werden. Beweisrechtlich stellt Section 15(5) CDDA eine Vermutungsregel auf, durch die schon die einmalige Befolgung einer Weisung als ausreichend angesehen wird, um für alle zukünftigen Handlungen eine widerlegliche Weisungsgebundenheit zu unterstellen.

VI. Zusammenfassung zu Rechtsfolge und Verfahren der zu verfügenden Tätigkeitsverbote

Für die *zu verfügenden* Tätigkeitsverbote lässt sich festhalten, dass die Frage eines Tätigkeitsverbotes, sieht man von Section 6 CDDA ab, immer im Ermessen der zuständigen Stelle steht. Wenn ein Verbot ausgesprochen wird, kann dieses nicht auf einzelne Teilbereiche der Section 1(1)

---

712 Vgl. Section 15(1) und (3) CDDA.
713 Siehe Section 15(4) CDDA. Zur Reichweite dieser Formulierung vgl. schon oben S. 14ff.
714 Siehe Section 15(1)(b) CDDA.

CDDA beschränkt werden. Darüber hinaus machen die Verbote nicht vor ausländischen Gesellschaften halt, sobald diese am englischen Markt agieren. Befreiungen von einem Verbot sind nur über eine *application for leave* denkbar. Verstöße gegen Tätigkeitsverbote werden strafrechtlich und durch eine persönliche Haftung für Gesellschaftsschulden geahndet. Neben der Zuständigkeit der Gerichte ist für alle *unfitness*- Tatbestände inzwischen auch ein *undertaking* möglich.

C. Selbständig eintretende Tätigkeitsverbote

Neben den *zu verfügenden* Tätigkeitsverboten kennt das englische Recht drei Konstellationen, in denen Personen ohne ein ausdrückliches Verbot nicht mehr *director* einer *company* werden dürfen. Solche selbständig eintretenden Verbote spielen bei den *undischarged bankrupts* (Section 11 CDDA)[715], im Zusammenhang mit einer *county court administration order* (Section 12 CDDA)[716] und bei den Phönix-Gesellschaften[717] eine Rolle. Bei Section 12 CDDA ist allerdings nicht ganz klar, ob es sich tatsächlich um ein selbständig eintretendes Verbot handelt.[718]

I. *Undischarged bankrupts* (Section 11CDDA)

In Section 11 CDDA wird solchen Personen, die im Privatbereich insolvent geworden und noch nicht rehabilitiert worden sind (*undischarged bankrupts*), der Zugang zu Gesellschaften verwehrt.[719] Der Regelungsgehalt der Vorschrift lässt sich geschichtlich zurückverfolgen bis zum C.A. 1928.[720] Seine Kodifizierung geht auf Anregungen des *Greene Committee* zurück.[721]

Obwohl die Insolvenz einer Privatperson noch nicht zwangsläufig impliziert, dass diese Person keine Kapitalgesellschaft leiten kann[722], hat die

---

715 Dazu sogleich.
716 Dazu unten S. 131ff.
717 Dazu unten S. 132ff.
718 Nimmt man den Wortlaut von Section 429 I.A. 1986 zur Hand, scheint dieser eher für eine zwingende Folge zu sprechen, da er zwar von „*may*" im Zusammenhang mit der Zurücknahme der *order* spricht, dann aber ohne weiteres Hilfsverb zu einem „*and make...*" bezüglich des Tätigkeitsverbotes übergeht. Vgl. *Griffiths/Parry*, 1999 Insolvency Lawyer 199; ebenso wohl *Palmer's* Company Law, Rn. 8.102f.
719 Zum *pendant* in Australien (Section229(1)) siehe *Cassidy*, 1995 Company and Securities Law Journal 221, 224.
720 Dort war in den Sections 75 und 84 eine Regelung angesiedelt.
721 Company Law Amendment Committee, Cmd. 2657 (1925-1926).
722 Das stellen auch *Griffiths/Parry,* Insolvency Lawyer 1999, 199 fest.

Regelung nie ernsthafte Kontroversen heraufbeschworen.[723] Dabei könnte man bei einem ersten gedanklichen Zugriff meinen, dass die privaten Finanzgebaren eines Direktors keine Rolle spielen können, weil wegen der Sphärentrennung die Gläubiger der juristischen Person keinen Zugriff auf das Vermögen der dahinterstehenden Direktoren haben.[724] Bei der Vorschrift geht es aber nicht darum, auf das Privatvermögen der Person zugreifen zu können. Vielmehr soll dem *bankrupt* die Möglichkeit verwehrt werden, nach dem privaten Bankrott unter dem Schutzmantel der beschränkten Haftung einer Gesellschaft erneut wirtschaftlich tätig zu werden und mit Hilfe der Gesellschaft Kredite aufnehmen zu können.[725] Schutzadressat dieser Überlegung sind also die potentiellen Gläubiger. Dass es eines solchen Schutzes bedurfte, stellte schon das *Greene Committee* in den zwanziger Jahren fest, nachdem viele Fälle bekannt geworden waren, in denen nicht rehabilitierte Konkursschuldner unter dem Deckmantel der limitierten Haftung einer Gesellschaft den Gläubigern desaströse Verluste beigebracht hatten.[726]

Nebenher geht die Vorschrift davon aus, dass jemand, der offensichtlich noch nicht einmal seine eigenen finanziellen Verhältnisse regeln kann, nicht in die Lage versetzt werden soll, als Geschäftsleiter eines Unternehmens und damit als Sachwalter über fremdes Vermögen tätig werden zu können.[727]

Im Hinblick auf das ohne weiteres eintretende Tätigkeitsverbot, welches *ex-ante* wirkt und nicht von einem Verhalten bei einer Gesellschaft abhängig ist, stellt sich Section 11 CDDA als deutlichste Ausnahme vom Gedanken des Gesetzgebers dar, im Grundsatz dem Unternehmergeist freien Lauf zu lassen.[728] Dieser Eindruck wird verstärkt, wenn man sich klarmacht, dass circa 20000 *bankruptcy*-Verfahren im Jahr betrieben werden.[729] Demgegenüber fällt die Zahl der *disqualification orders* ver-

---

723 Vgl. die Einschätzung bei *Griffiths/Parry,* Insolvency Lawyer 1999, 199, 202.

724 *Griffiths/Parry,* Insolvency Lawyer 1999, 199.

725 *Hicks,* 1988 J.B.L. 27, 30. *Ähnlich R v Brockley,* [1994] BCC 131: „*...escaping the consequences of his disabilities by turning himself into a company*"; *Re Majestic Recording Studios Ltd* [1989] BCLC 1.

726 Company Law Amendment Committee, Cmd. 2657, para 57.

727 *Gower/Davies*, S. 223.

728 Zu diesem Grundprinzip schon oben S. 5ff.

729 Vgl. die Angabe bei *Griffiths/Parry*, 1999 Insolvency Lawyer 199. Alle diese Fälle sind ja automatisch mit dem Regelungskreis des CDDA verwoben.

gleichsweise gering aus. So wurde 1997 beispielsweise nur von 1460 *orders* berichtet.[730]

1. Tatbestandlicher Zuschnitt

Sobald eine natürliche Person nicht mehr Herr ihrer Verbindlichkeiten ist, spricht man landläufig von *bankruptcy*.[731] Die hier verwendete Bezeichnung *bankruptcy* beschreibt allerdings noch nicht das Stadium, in dem jemand in Zahlungsschwierigkeiten gelangt ist. Erst, nachdem durch einen Gläubiger oder durch den Schuldner selbst ein Antrag, eine *bankruptcy petition*, bei Gericht gestellt worden ist[732], und das Gericht diesem Antrag stattgegeben hat, beginnt das Stadium der *bankruptcy* im rechtlichen Sinne.[733] Ziel dieses Verfahrens ist es, den Schuldner im Laufe der Zeit von seinen Verbindlichkeiten zu befreien (*discharge*). Das Verfahren dauert so lange, bis entweder das Gericht eine *discharge* verfügt[734], oder aber eine bestimmte Frist abgelaufen ist. Diese Frist endete bislang in der Regel drei Jahre, nachdem das Verfahren begonnen hat.[735] Seit der Reform durch den *Enterprise Act 2002* kann eine Befreiung unter Umständen auch schon nach 12 Monaten eintreten.[736] Für den Zeitraum der *bankruptcy* muss der Schuldner sich mit diversen Beschränkungen seiner Handlungsfreiheit arrangieren. Will er beispielsweise einen Kredit aufnehmen, der eine festgelegte Summe übersteigt, muss er den Kreditgläubiger auf seinen Status hinweisen.[737] Entschließt er sich, unter einem anderen Namen weiter Geschäfte zu tätigen, muss er seinen neuen Ge-

---

730 Vgl. *Insolvency General Annual Report 1997*. Vgl. auch das Zahlenmaterial des *DTI* (Companies in 2002/2003, abrufbar unter: http://www.dti.gov.uk/cld/dtiannualreport.pdf): 2002/2003 insgesamt 1777 *orders* und *undertakings*.

731 *Burke*, Volume 1, S. 982 und S. 183; Vgl. auch Part VIII I.A. 1986. Durch den *Enterprise Act 2002* wurde das Regime der *bancruptcy* zum Teil modifiziert.

732 So im Regelfall. Vgl. Section 264(1)(a)(b) I.A. 1986; Sonderfall ist der *criminal bankruptcy*, wo der Staat den Antrag stellt.

733 Siehe Section 278(a) I.A. 1986.

734 Für die Fälle eines *criminal bankruptcy* i.S.v. Section 264(1)(d) I.A. 1986 und für Wiederholungsfälle innerhalb der letzten fünfzehn Jahre.

735 Section 279(2)(b) I.A. 1986.

736 Die neuen Regelungen sind am 01.04.2004 in Kraft getreten. Vgl. zum Ganzen *The Association of Business Recovery Professionals Guidance*, abrufbar unter: http://www.r3.org.uk/news.cfm?id=2&objectID=79&action=display; siehe zum neuen Recht auch *Skene*, 2004 J.B.L. 171ff.

737 Section 360(1)(a) I. 1986; Ein Fall, wo diese Regel verletzt wurde, findet sich in Schottland: *Drew v HM Advokate* [1996] SLT 1062.

schäftspartnern seinen alten Namen offenlegen.[738] Die *bankrupts* werden dabei in einem Register geführt.[739]

Section 11 CDDA kommt so lange zur Geltung, bis die betroffene Person von ihren Verbindlichkeiten befreit ist.

2. Rechtsfolge

Hinsichtlich der Rechtsfolge von Section 11 CDDA ergeben sich keine Besonderheiten gegenüber den zu verfügenden Tätigkeitsverboten.[740] Allerdings beschränkt sich das Verbot auf die Tätigkeit als *director* und auf die *promotion*, *formation* und das *management* einer Gesellschaft.[741] Erfasst sind vom Verbot also weder die Tätigkeit als *insolvency practitioner* noch die Tätigkeit als *receiver*.

3. Befreiungsmöglichkeit (*leave to act*)

Der private Konkurs einer Person bedeutet nicht, dass sie unter keinerlei Umständen als *director* tätig werden kann. Es besteht ähnlich wie bei den *disqualification orders* und - *undertakings* noch die Möglichkeit, dass die Person beim Gericht eine Befreiung vom Verbot über eine a*pplication for leave* erbittet.[742] Allerdings ist es dann Sache des *bankrupt*, darzulegen, warum er trotz privater finanzieller Schwierigkeiten geeignet erscheint, als *director* in einer *company* tätig zu werden.[743] Die Befreiung vom Tätigkeitsverbot kann das Gericht erteilen, das auch schon zuvor mit der Konkursangelegenheit befasst war.[744] Allerdings darf eine solche Befreiung erst dann erteilt werden, wenn die diesbezügliche Absicht dem Konkursverwalter[745] mitgeteilt worden ist. Für das Gericht besteht keine

---

738 Section 360(1)(b) I.A.1986.

739 Zu der Bedeutung eines geführten Registers siehe schon S. 122f. Zwar sieht Section 18 CDDA keine Registerpflicht bei *bankrupts* vor, allerdings muss der *Secretary of State* ein solches Register seit den *Insolvency Amendment Rules 1999* (S.I. 199 No. 359) führen. Hauptvorteil ist, dass das *Companies House* bei der Errichtung von Gesellschaften Querverbindungen ziehen kann.

740 Vgl. daher oben S. 108f.

741 Zu den Begrifflichkeiten siehe oben S. 11ff.

742 Vgl. Section 11(1) CDDA a.E.; *Re McQuillan* [1989] 5 BCC 137.

743 Treffend *Gower/Davies*, S. 224, wo von "*reverse the burden of action*" die Rede ist. Auf diesen Aspekt hinweisend auch schon *Re Altim Pty Ltd* [1968] 2 NSWLR 762. Leicht vorstellbar ist, dass es dem Insolvenzschuldner in der Regel nicht gelingen dürfte, den erforderlichen Nachweis zu erbringen. Vgl. dazu *Griffiths/Parry*, 1999 Insolvency Lawyer 199, 200 und *Hicks*, 1987 Company Lawyer 243, 247, der darauf hinweist, dass bloße Ehrlichkeit noch nicht reichen wird, sondern der Nachweis von ‚Kompetenz' zu führen sein wird.

744 Vgl. Section 11(2) CDDA.

745 Das ist der *official receiver*.

Pflicht, eine Befreiung unter bestimmten Umständen zu erteilen. Vielmehr steht dem Gericht bezüglich des *Ob* und des *Wie* ein Ermessen zu. Bei der Ausübung des Ermessens muss es ebenso wie bei Section 17 CDDA[746] entscheidend darauf ankommen, ob die Öffentlichkeit auch dann ausreichend geschützt werden kann, wenn der *bankrupt* als Direktor einer Gesellschaft tätig wird.[747]

4. Sanktionsmechanismus bei Zuwiderhandlungen

Nicht zuletzt wegen der Unwägbarkeiten einer *application for leave* ignorieren viele *bankrupts* das Verbot der Section 11 CDDA und nehmen ihre Geschäftstätigkeit wieder auf oder bleiben einfach weiter tätig.[748] Das stellt die Behörden und Gerichte vor enorme Probleme, denn oftmals fehlt es an effektiven Mitteln, den Verstoß gegen das Tätigkeitsverbot aufzudecken.[749] In diesem Lichte verdeutlicht sich die Notwendigkeit von abschreckenden Sanktionen. Dabei kann man ebenso wie bei den *zu verfügenden* Tätigkeitsverboten zwischen strafrechtlichen und zivilrechtlichen Sanktionen unterscheiden.

a. Strafrecht

Section 11(1) CDDA qualifiziert einen Verstoß gegen das Tätigkeitsverbot als *offence*, also als Straftat. In diesem Zusammenhang wird diskutiert, ob die Rechtsfolge der Section 11 CDDA allein aufgrund des Verstoßes einzutreten hat[750], oder ob dem *bankrupt* der Einwand möglich sein müsse, er hätte gar nicht gewußt, dass er ein *undischarged bankrupt* sei.[751] Das würde dann wohl dem entsprechen, was man im deutschen Recht als subjektiven Tatbestand bezeichnet.[752] Der *Court of Appeal* ent-

---

746 Dazu schon oben S. 120ff.

747 Vgl. hinsichtlich des Ermessens z.B. *Re Altim Pty Ltd* [1968] 2 NSWR 762; *Re Ansett* [1990] 3 ACSR 357; *Re McQuillan* [1989] 5 BCC 137 (Nordirland).

748 Vgl. *Griffiths/Parry*, 1999 Insolvency Lawyer 199, 200.

749 Beispiele solcher Fälle finden sich bei *Hicks,* ACCA Research Report 59, S. 56; siehe auch *Griffiths/Parry*, 1999 Insolvency Lawyer 199, 201.

750 Dann würde es sich um ein *absolute offence* handeln.

751 Eine solche Argumentation baut z.B. darauf auf, dass man die Frist fälschlich für abgelaufen hielt.

752 Im Englischen sind dies Delikte mit *mens rea,* was sich wohl mit einer subjektiven Vorwerfbarkeit umschreiben lässt; jedenfalls besteht keine Beschränkung auf Vorsatz : *R v Tolson* [1889] 23 QBD 168; *Sweet v Parsley* [1970] AC 132. Den Ausdruck„*mens rea*“ kann man als ein Synonym für „*guilty mind*“ verstehen, er rührt wahrscheinlich von dem alten Grundsatz „*Actus non facit reum nisi mens sit rea*“ her, vgl. dazu *James*, Introduction to English Law, S. 176. Vgl. auch *Allen*, Criminal Law, S. 75: “*Mens rea builds on ideas of individual autonomy in that an individual should only be liable to the extend that he chose to act as he did either (1) intending...or being aware of the risk...(2)knowing or believing the relevant circumstances to exist*“.

schied sich für die erste Verständnismöglichkeit, und schnitt dem Verurteilten damit jeden Einwand ab.[753] Diese Interpretation bedurfte allerdings einiger Begründung, denn grundsätzlich besteht eine Vermutung dafür, dass der wegen einer Straftat zu Verurteilende Einwände geltend machen kann und somit die subjektive Seite eine Rolle spielt.[754] Anders ist es jedoch dann, wenn es sich um eine Straftat handelt, die soziale Bezüge aufweist, und wenn erst eine stringente Verantwortlichkeit geeignet erscheint, die Regelungsziele effektiv umzusetzen.[755] Für Section 11 CDDA stellte das Gericht einen sozialen Bezug fest und rekurrierte sodann auf den Regelungszweck der Vorschrift. Funktionen in einem Unternehmen sollten erst dann wieder aufgenommen werden, wenn die persönliche Schuldenproblematik bereinigt worden sei.[756] Dieses Ziel könne man nicht erreichen, wenn ein untätiger Konkursschuldner, der den Kopf in den Sand stecke, und sich sodann auf seine Unwissenheit berufe, besser behandelt würde, als jemand, der zunächst seine privaten Schulden geordnet hätte. Diesen Standpunkt machte sich das Gericht auch kürzlich in einem ähnlich gelagerten Fall zueigen, wo die Verurteilte fälschlich meinte, sie sei gar keine Managerin.[757]

Soweit ein *offence* i.S.v. Section 11 CDDA angenommen werden kann, kommt Section 13(a) CDDA zum Zuge, der auch schon bei den *disqualification orders* anwendbar war.[758] Über diese Vorschrift kann der *bankrupt* zu einer Freiheitsstrafe bis zu maximal zwei Jahren oder zu einer Geldstrafe verurteilt werden.[759]

Dabei lässt sich aus dem insoweit zugänglichen Fallmaterial eine gewisse Abschichtungssystematik entnehmen. Erste Richtlinien im Hinblick auf die Rechtsfolge finden sich in *R. v. Theivendran*.[760] In diesem Fall lag zwar ein Verstoß gegen die *bankruptcy order* vor, allerdings war der Schuldner nicht durch Unehrlichkeit aufgefallen. Der *Court of Appeal*

---

753 Vgl. *R v Brockley*, [1994] BCC 131. Zustimmend *R v Doring* [2002] Crim.L.R. 817 und dazu *Barsby*, 2002 Crim.L.R. 817-819.

754 So schon *Gammon* [1984] 2 All ER 503; siehe auch *B (A Minor) v DPP* [2000] 2 Cr.App.R. 265; *R v K* [2002] 1 AC 462.

755 *R v Brockley*, [1994] BCC 131 unter Verweis auf *Gammon* [1984] 2 All ER 503; allgemein *James*, Introduction to English Law, S. 177f.

756 Treffender als das Gericht meint *Fitzpatrick*, 2002 Journal of Criminal Law 473, dass es eigentlich um das legitime öffentliche Interesse an Marktintegrität gehe.

757 Vgl. *R v Doring* [2002] EWCA Crim 1695.

758 Vgl. schon oben S. 123f.

759 Vgl. näher oben S. 123f.

760 *R. v Theivendran* [1992] 13 Cr.App.R. (S.) 601.

versuchte Kriterien zu finden, bei denen der Freiheitsentzug anzuordnen ist. Dabei hielt er eine Freiheitsstrafe nur dann für angemessen, wenn der *bankrupt* rücksichtslos und absichtlich vorgegangen war.[761] Spätere Urteile bestätigen diesen Weg.[762] In den meisten Fällen war Unehrlichkeit im Spiel, in *R. v. Atterbury*[763] genügte schon Rücksichtslosigkeit.

b. Zivilrecht

Im Hinblick auf die zivilrechtlichen Auswirkungen eines Section 11- Verstoßes ergeben sich keine Besonderheiten. Wie auch schon bei den *disqualification orders* trifft den unerlaubt Handelnden und unter Umständen die von einer solchen Person installierten Strohmänner über Section 15 CDDA die persönliche Haftung für die Schulden der Gesellschaft.[764]

II. *County court administration order* (Section 12 CDDA)

In einiger Nähe zu den Fällen der *undischarged bankrupts* kann man die Fälle von Section 12 CDDA einordnen. Zwischen beiden Vorschriften besteht eine gewisse Ähnlichkeit auf Tatbestandsseite und die Rechtsfolgenanordnung ist nahezu identisch. Auch Section 12 erfasst Privatpersonen, die mit finanziellen Problemen zu kämpfen haben. Die Vorschrift verweist auf Fälle der Section 429 I.A. 1986, die sich ihrerseits auf eine *administration order* bezieht.[765]

Mit einer solchen *administration order* kann ein Gericht unter dem Regime des *County Courts Act 1984* einen Beschluß fassen, auf dessen Grundlage eine Privatperson zu Zahlungen verpflichtet wird. Ähnlich wie bei einer *bankruptcy order* sind auch in diesem Verfahren Privatpersonen betroffen, die nicht mehr Herr ihrer Verbindlichkeiten sind, und denen eine Entschuldung allein kaum möglich ist.[766] Insofern handelt es sich bei dem *county court* - Verfahren um eine weniger einschneidende alternative

---

761 *R. v Theivendran* [1992] 13 Cr.App.R. (S.) 601: "*if the contravention has been flagrant, that is to say deliberate or reckless, a custodial sentence would in principle be appropriate.*"

762 Weiteres Fallmaterial *R. v. Ashby* [1998] 2 Cr.App.R.(S.) 37: 4 Monate Freiheitsentzug und 12 Jahre Tätigkeitsverbot extra; *R. v. Vanderwell* [1998] 1 Cr.App.R.(S.) 439: Gesamtstrafe von 4 Jahren und 3 Monaten plus 15 Jahre extra Tätigkeitsverbot.

763 Vgl. *R. v Atterbury* [1996] 2 Cr.App.R.(S.) 601.

764 Vgl. schon oben S. 124f.

765 Diese *administration order* ist nicht zu verwechseln mit der gleichlautenden *order*, die gegenüber einer Gesellschaft im Rahmen des I.A. 1986 eine Rolle spielt.

766 Neben diesen zwei Möglichkeiten ist noch eine freiwillige Individualvereinbarung denkbar, um den Schuldner aus seiner Misere zu führen. Siehe Part VIII I.A. 1986.

Möglichkeit für einen Schuldner, seine Rehabilitation zu betreiben.[767] Der Sinn der *county court administration order* wird verständlich, wenn man sich die Vielzahl von Fällen mit Zahlungsschwierigkeiten in kleinem Maße vor Augen führt.[768] Würde jeder Kleinschuldner mit einer *bankruptcy order* belegt, wäre dieses System überlastet und der legislatorisch intentierte Schutz würde über sein Ziel hinausschießen.[769]

Wenn der Schuldner einer gerichtlich verfügten *administration order* nicht nachkommt, dann besteht die Möglichkeit[770], dass das Gericht seine Anordnung zurücknimmt. Anstelle der zurückgezogenen ursprünglichen *county court administration order* kann es dann die Anwendbarkeit von Section 429 I.A. 1986 anordnen. Eine solche Anordnung zieht für den unregelmäßig zahlenden Schuldner unter anderem das Tätigkeitsverbot der Section 12 CDDA nach sich.[771]

Über Section 12 CDDA wird es der betroffenen Person untersagt, als *director* oder *liquidator* einer *company* tätig zu werden. Daneben darf die Person weder bei der *formation*, *promotion*, noch im *management* einer Gesellschaft mitwirken.[772] Ein Verstoß gegen Section 12 CDDA führt zu den bekannten strafrechtlichen Konsequenzen aus Section 13 CDDA[773], jedoch nicht zu einer persönlichen Haftung der betroffenen Person über Section 15 CDDA.[774]

III. *Phoenix-companies* (Section 216 I.A. 1986)

Über Section 216 I.A. 1986 drohen Tätigkeitsverbote im Zusammenhang mit *phoenix companies*. Damit ist die Vorschrift neben Section 6 CDDA der zweite Ansatzpunkt, über den der Gesetzgeber dem Problem der Phönix-Gesellschaften mit Tätigkeitsverboten entgegenzuwirken versucht.[775]

---

767 Das zeigt sich mit Nachdruck für die hier relevanten Tätigkeitsverbote: Eine Anordnung eines *County Court* zieht jedenfalls im Grundsatz (anders als eine *bankruptcy order*) kein Tätigkeitsverbot nach sich.

768 Dementsprechend ist eine *county court order* auch nur für kleine Summen möglich. Bislang muss diese geringer als 5000 Pfund sein, vgl. Section 112(1)(b) *County Courts Act 1984*.

769 In diesem Sinne *Griffiths/Parry*, 1999 Insolvency Lawyer 199 unter Verweis auf 83 H.C. Deb. 6th ser. July 18, 1985, col. 550.

770 Vgl. Section 429(2) I.A. 1986: "...*if it thinks fit*...".

771 Daneben gelangt der Schuldner ebenso wie ein *bankrupt* nur eingeschränkt an Kredite. Vgl. Section 429(3)(a) i.V.m. Section 360(1)(a) I.A. 1986.

772 Zu den Begrifflichkeiten vgl. schon oben S. 11ff. Das Verbot darf für maximal 2 Jahre angeordnet werden.

773 Vgl. dazu ausführlicher oben S. 123ff.

774 Section 15 CDDA verweist nicht auf Section 12 CDDA!

775 Vgl. zur Behandlung der Phönix-Gesellschaften unter Section 6 CDDA schon oben S. 86f.

Section 216 I.A. 1986 widmet sich einem speziellen Erscheinungsbild des Phönix-Syndroms.[776] Es geht um die Fälle, in denen versucht wird, den *goodwill* einer gescheiterten Unternehmung zu verwerten, indem man den Namen der alten Gesellschaft beibehält.[777] Auf den ersten Blick mag das unternehmerische Kalkül verwundern, den Namen einer gescheiterten Gesellschaft weiterzuführen. Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass nicht selten die Unternehmung zu einem guten Stück von der Bekanntheit eines Namens oder einer Marke abhängt. Oft wird der wirtschaftliche Wert des Namens nicht durch die Erfolglosigkeit der Gesellschaft nivelliert.[778]

Das Gesetz versucht, eine Balance zwischen zwei widerstrebenden Zielen zu erreichen. Auf der einen Seite soll den Unternehmern eine zweite Chance eingeräumt werden, den *goodwill* zu maximieren, andererseits sollen die Gläubiger und die Öffentlichkeit jedoch sichergehen können, dass diejenigen, die den Namen verwenden, auch zu einer solchen Maximierung befähigt sind.[779] Immerhin besteht durch die Weiterbenutzung des früheren Geschäftsnamens die Gefahr, dass die Gläubiger meinen, der Träger des Geschäftes wäre gar nicht ausgewechselt worden.[780] Diesen Interessenkonflikt versucht das Gesetz aufzulösen, indem es die Weiternutzung des Gesellschaftsnamens nicht generell verbietet, sondern daran anknüpft, *wer* ihn weiternutzen will. Insoweit ist die Herangehensweise an dieses Teilproblem des Phönix-Syndroms eine ganz andere, als sie das *Cork Committee* vorgeschlagen hatte.[781]

1. Tatbestandlicher Zuschnitt

Section 216 I.A. 1986 findet Anwendung auf *director* und *shadow director* einer Gesellschaft, die insolvent geworden und sodann liquidiert wor-

---

776 Diese Regelung geht auf den Vorläufer in Section 17 I.A. 1985 zurück.

777 Vgl. zum Zusammenspiel Name – *goodwill*: *Wilson*, 1996 N.I.L.Q. 345, 348f.

778 Vgl. *Milman*, 1997 J.B.L. 224, 225.

779 Vgl. *Milman*, 1997 J.B.L. 224, 225.

780 *Palmers* Company Law, Rn. 2.427.2. Dieser Eindruck wird im besten Falle versehentlich erzeugt, im schlechteren und häufigeren Fall ist Betrug im Spiel, vgl. *Gower/Davies*, S. 200f.

781 *Griffin*, Personal Liability, S. 102: "*the effect is limited*". Das *Cork-Committee* erarbeitete verschiedene Lösungswege, auf deren Grundlage es eine Eindämmung des Problemes für möglich hielt. Zentrale Überlegung war es dabei, jemanden, der sowohl in der liquidierten Gesellschaft als auch in dessen Nachfolgerin eine Schlüsselrolle innehatet, persönlich für die Verbindlichkeiten der zweiten Gesellschaft haftbar zu machen. Vgl. Insolvency Law and Practice: Report of the Review Committee, Chairman, *Sir Kenneth Cork*, GBE, 1981/82, Cmnd 8558, para 1813ff.

den ist.[782] Das Verfahren der *insolvent liquidation* beschreibt das Gesetz als eine Liquidation, bei der das Vermögen der Gesellschaft nicht mehr ausgereicht hat, um die ausstehenden Forderungen und die Kosten der Abwicklung zu decken.[783] Dabei knüpft der Tatbestand personell nur dann an die Stellung der Direktoren an, wenn diese innerhalb der letzten zwölf Monate vor dem Liquidationsbeginn als solche tätig waren.[784]

Sachlich bezieht sich die Regelung allein auf den Namen der *neuen* Gesellschaft.[785] Dieser Name wird dann zu einem verbotenen Namen (*prohibited name*), wenn die liquidierte Gesellschaft in den letzten zwölf Monaten vor dem Beginn der Liquidation unter diesem Namen bekannt war[786], oder wenn der Name der liquidierten Gesellschaft dem Namen der neuen Gesellschaft so ähnlich ist, dass er eine Verbindung mit der neuen Gesellschaft suggeriert.[787] Dabei muss es sich nicht notwendig um den Namen handeln, unter dem die Gesellschaft firmiert,[788] sondern entscheidend kommt es auf den Namen an, den der Geschäftsverkehr mit der Unternehmung assoziiert. Probleme wirft die Anknüpfung an den Namen der Unternehmung immer dann auf, wenn es sich nicht um einen identischen Namen der Nachfolgegesellschaft handelt, sondern dieser nur ähnlich ist. Dann muss im Einzelfall unter Berücksichtigung der Sicht des Geschäftsverkehrs untersucht werden, ob die Ähnlichkeit so groß ist, dass sich eine Verbindung zum früheren Namen annehmen lässt.[789]

2. Rechtsfolge

Wenn jemand in den zwölf Monaten vor der Liquidation der insolventen Gesellschaft *director* war, verbietet ihm das Gesetz für die Zukunft, *director* irgend einer anderen Gesellschaft zu werden, die unter dem *prohibited*

---

782 Daher ist Section 216 I.A. 1986 dann nicht anwendbar, wenn die erste Gesellschaft nicht liquidiert wurde, sondern eine Abwicklung über eine *administrative receivership* oder eine *administration* stattgefunden hat. Ebensowenig greift die Vorschrift ein, wenn die erste Gesellschaft insolvent ist, aber nicht liquidiert wird, sondern weiter existiert.

783 Vgl. Section 216(7) I.A. 1986.

784 Vgl. Section 216(1) I.A. 1986.

785 Trotz Anknüpfung an den Namen geht es eigentlich jedoch nicht um den Namen an sich, sondern um den Direktor, der diesen Namen verwendet. Vgl. *Wilson*, 1996 N.I.L.Q. 345, 346.

786 Vgl. Section 216(2)(a) I.A. 1986.

787 Vgl. Section 216(2)(b) I.A. 1986: „*so similar...as to suggest an association with that company.*" Vgl. z.B. *Inland Revenue Commissioners v Nash* [2004] BCC 150 und *Ricketts v Ad Valorem Factors Ltd* [2004] BCC 164.

788 Siehe Section 216(6) I.A. 1986.

789 Vgl. *Griffin,* Personal Liability, S. 105.

name bekannt ist.[790] Ebensowenig darf der ehemalige *director* in irgendeiner Weise an der *promotion, formation* oder beim *management* einer solchen Gesellschaft teilhaben.[791] Insoweit entspricht die Gesetzesformulierung der Regelung bei Section 11 CDDA.[792] Noch weitergehender verbietet Section 216 I.A. 1986 dem ehemaligen Direktor sogar jegliches Wirtschaften ohne eine Gesellschaft[793], wenn dabei der verbotene Name verwendet wird. Das Tätigkeitsverbot tritt, wie schon bei den Sections 11 und 12 CDDA, automatisch ein.[794]

Das Verbot der Section 216 I.A. 1986 beginnt, wenn die ursprüngliche Gesellschaft in Liquidation geht und erstreckt sich auf einen Zeitraum von fünf Jahren.[795]

3. Ausnahmen vom Tätigkeitsverbot

Ausnahmen vom Tätigkeitsverbot bestehen in zwei Richtungen. Zum einen hindert der automatische Eintritt den ehemaligen *director* nicht, sich bei Gericht um eine Befreiung zu bemühen. Zum zweiten hält der Gesetzgeber drei Ausnahmen in den *Insolvency Rules 1986* (Chapter 22) bereit.

a. Befreiung durch *application for leave*

Ebenso wie bei den zu verfügenden Tätigkeitsverboten steht dem *director* auch bei Section 216 I.A. 1986 die Möglichkeit offen, eine Befreiung vom Verbot zu beantragen.[796] Eine solche Befreiung steht im Ermessen des Gerichtes, das für die Abwicklung der Gesellschaft zuständig ist.[797]

Zunächst war für die Gerichte entscheidend, ob die neue Gesellschaft ein tragfähiges Konzept vorweisen konnte.[798] Mittlerweile ist die Rechtsprechung großzügiger, und verweigert eine Befreiung erst dann, wenn das Verhalten des *directors* im Hinblick auf die liquidierte Gesellschaft einen

---

790 Siehe Section 216(3)(a) I.A. 1986.
791 Vgl. Section 216(3)(b) I.A. 1986.
792 Siehe oben S. 108ff.
793 Z.B. als Einzelkaufmann.
794 Der Automatismus wird zum Teil für unangemessen erachtet, weil selbst in den schwerwiegenderen Fällen von Section 6 CDDA ein vorheriges Verfahren erforderlich ist. Vgl. *Milman*, 1997 J.B.L. 224, 227.
795 Vgl. Section 216(3) I.A. 1986.
796 Vgl. Section 216(3) I.A. 1986: „*except with leave of the court*...".
797 Siehe Section 216(5) I.A. 1986; Vgl. auch *Wilson,* 1996 N.I.L.Q. 345.
798 Vgl. *Re Bonus Breaks Ltd* [1991] BCC 546. (Hier war die *Bonus Breaks Ltd.* liquidiert worden, danach wurde die *Bonus Break Promotions Ltd.* gegründet). Die Befreiung wurde verweigert, wenn der neuen Gesellschaft die gleichen Unwägbarkeiten drohten, wie der liquidierten Gesellschaft.

Verstoß gegen den CDDA darstellte.[799] Diese großzügige Befreiungsmöglichkeit wird mit einem Vergleich zu Section 17 CDDA begründet[800]: Anders als dort sei bei Section 216 I.A. 1986 nicht im Vorfeld geklärt worden, dass der *director* ungeeignet zum Führen einer Gesellschaft sei.

b. Insolvency Rules

Neben der Befreiungsmöglichkeit hält der Gesetzgeber drei Ausnahmen in den *Insolvency Rules 1986* (Chapter 22) bereit.[801] In diesen Fällen bedarf es keiner ausdrücklichen Befreiung vom Tätigkeitsverbot.

Unter Rule 4.228 werden solche Fälle erfasst, in denen die nachfolgende Gesellschaft das gesamte oder nahezu das gesamte Geschäft der liquidierten Gesellschaft übernimmt. Allerdings bedarf es bei den ausgeklammerten Fällen immer der Mitwirkung des Insolvenzverwalters[802] der ersten Gesellschaft, der die Übernahme durch die zweite Gesellschaft arrangiert. In diesen Fällen muss lediglich den Gläubigern der liquidierten Gesellschaft eine Benachrichtigung gegeben werden.

Rule 4.229 hält eine gewisse Übergangsregelung bereit. Danach kann ein Direktor einer liquidierten Gesellschaft dann ohne *application for* leave im Sinne von Section 216(3) I.A. 1986 bei einer neuen Gesellschaft mit dem grundsätzlich verbotenen Namen tätig werden, wenn innerhalb der ersten sieben Tage nach dem Beginn der Liquidation der ersten Gesellschaft ein solcher Antrag auf Befreiung gestellt wird. Für diese Fälle dauert die Übergangsfrist dann entweder sechs Wochen oder aber solange, bis das Gericht die Erlaubnis erteilt. Welcher Zeitpunkt entscheidend ist, hängt davon ab, welches Ereignis zuerst eintritt. Diese Regelung kann z.B. sinnvoll sein, wenn jemand von vornherein Direktor von zwei Gesellschaften mit ähnlichen Namen ist. Würde eine der Gesellschaften plötzlich liquidiert, würde das automatisch zu einem Verstoß gegen Sec-

---

799 Vgl. *Penrose v Official Receiver*, [1996] 1 WLR 482 (zuerst wurde die *Hudson Coffee Houses Ltd.* liquidiert, danach wurde die *Hudson Coffee Houses (Holdings) Ltd* gegründet).
Ausführlich zu den Eigenheiten des Falles und im Ergebnis zustimmend *Wilson*, 1996 N.I.L.Q. 345, 353ff.
Zustimmend auch *Re Lightning Electrical Contractors Ltd.*, [1996] BCC 950.

800 Dazu oben S. 120ff.

801 Kritik, weil so wichtige Aspekte auf die Verordnungsebene heruntergeschoben worden sind, anstatt sie im Gesetz selbst zu regeln, findet sich bei *Milman,* 1997 J.B.L. 224, 226.

802 Dieser wird entweder als liquidator, administrator oder administrative receiver oder aber als supervisor of a voluntary arrangement tätig.

tion 216 I.A. 1986 führen. Dieses Ergebnis macht aber dann keinen Sinn, wenn die Voraussetzungen für eine Befreiung vorliegen.

Rule 4.230 schließlich nimmt solche Fälle aus dem Anwendungsbereich der Section 216 I.A. 1986 heraus, in denen die nachfolgende Gesellschaft schon über einen Zeitraum von zwölf Monaten vor der Liquidation der ersten Gesellschaft den verbotenen Namen verwendet hat. Dafür darf die nachfolgende Gesellschaft allerdings in diesen zwölf Monaten auch nicht geschäftsuntätig gewesen sein.[803] Diese Ausnahmeregelung macht für solche Fälle Sinn, in denen ein Einzelgeschäft einer Gesellschaft auf eine Gruppe von Gesellschaften übertragen werden soll, und diese ähnliche Namen tragen.[804] Auf der anderen Seite hindert es vorausschauende Geschäftsleiter einer krisengeschüttelten Gesellschaft, schon im Voraus eine neue Gesellschaft zu gründen und deren Geschäft ruhen zu lassen, um dann schnellstmöglich unter einem neuen Rechtsträger weiter wirtschaften zu können.[805]

4. Sanktionsmechanismus bei Zuwiderhandlungen

Bei Verstößen gegen das Verbot aus Section 216 I.A. 1986 drohen strafrechtliche und zivilrechtliche Konsequenzen.

a. Strafrecht

Strafrechtlich drohen demjenigen, der ungeachtet des Verbotes tätig wird, über Section 216(4) I.A. 1986 Freiheitsstrafe (*imprisonment)* und Geldstrafe (*fine*).[806] Wie schon bei Section 11 CDDA[807] stellt sich auch an dieser Stelle die Frage, ob und inwieweit subjektive Elemente in der Person des verbotenerweise Tätigwerdenden eine Rolle spielen. Immerhin könnte hier jemand theoretisch einwenden, er hätte gar nicht gewusst, dass der verwandte Name der neuen Gesellschaft ein verbotener Name sei. Bei Section 11 CDDA war in der maßgeblichen Entscheidung *R v*

---

803 Verwiesen wird insoweit auf „*dormant*" = untätig im Sinne von Section 250(3) C.A. 1985. Dort heisst es: „*...no significant dormant transactions...*".

804 *Palmers* Company Law, Rn. 15.465/1.

805 Natürlich bleibt ein Missbrauch nicht völlig ausgeschlossen. Allerdings muss man den Gesamtzusammenhang sehen: Den Direktor kann man immer auch noch über Section 6 CDDA aus dem Verkehr ziehen.

806 Beispielhaft *R v Cole* [1998] BCC 87 genannt, wo die drei Angeklagten jeweils 200 gemeinnützige Stunden ableisten mussten.

807 Siehe oben S. 129f.

Brockley[808] festgestellt worden, dass subjektive Elemente keine Rolle spielen können. Unter Zuhilfenahme dieser Entscheidung kommt das Gericht in *R v Cole* im Rahmen von Section 216 I.A. 1986 zu dem gleichen Ergebnis.[809]

b. Zivilrecht

Wie zuvor bei den *disqualification orders* in Section 15 CDDA, ordnet das Gesetz auch in Section 217 I.A. 1986 die persönliche Haftung für die Schulden der Gesellschaft an. Der Durchgriff auf die geschützt agierenden Direktoren und Manager ist konsequent, wenn man die Bedrohung durch das Phönix-Syndrom ernst nehmen will. Wer die limitierte Haftung missbraucht, der soll sich im Zweifel auch nicht dahinter verstecken dürfen.

Gemäß Section 217(1)(a) I.A. 1986 ist eine Person für alle Schulden der Nachfolgergesellschaft[810] verantwortlich, die während ihrer Tätigkeit angefallen sind[811], wenn sie als Mitglied des *management* gegen § 216 I.A. 1986 verstößt.[812]

Weitergehend als im Bereich des Strafrechtes umschließt die zivilrechtliche Verantwortlichkeit auch solche Personen, die zwar nicht selbst gegen Section 216 I.A. 1986 verstoßen haben, die aber als Marionetten bei der Nachfolgergesellschaft tätig sind und den Weisungen einer Person Folge leisten, die ein Tätigkeitsverbot nach Section 216 I.A. 1986 beachten muss.[813] Insoweit gilt das bei den *zu verfügenden* Tätigkeitsverboten Gesagte entsprechend.[814]

---

808 Vgl. *R v Brockley* [1994] 1 BCLC 606.

809 Vgl. *R v Cole* [1998] BCC 87. Ebenso und auch ausdrücklich auf Section 216 I.A. 1986 bezogen *R v Doring* [2002] Crim.L.R. 817 und dazu *Barsby*, 2002 Crim.L.R. 817-819.

810 Diese muss die Fähigkeit haben, gemäß Part IV oder V I.A. 1986 abgewickelt werden zu können.

811 Vgl. Section 217(3) I.A. 1986.

812 Vgl. Section 217(4) I.A. 1986. Insoweit ist der Adressatenkreis enger als bei Section 216 I.A. 1986. Deshalb können *promoter und* Gründer (bzgl. *formation*) zwar gegen Section 216 I.A. 1986 verstoßen, sind jedoch nicht zivilrechtlich nach Section 217 I.A. 1986 verantwortlich.

813 Es kann sich z.B. um eine Ehefrau handeln, die die Geschäfte ihres Mannes auf dessen Weisungen hin führt. Vgl. *Palmers*, Company Law, Rn. 2.427.1.

814 Vgl. Section 217(1),(3),(5) I.A. 1986 und schon oben S. 124f.

c. Weitergehende Tätigkeitsverbote

Ein Verstoß gegen Section 216 I.A. 1986 kann neben den erwähnten Konsequenzen weitergehend dazu führen, dass ein umfassendes und auf alle *companies* bezogenes Tätigkeitsverbot verhängt wird.

Die strafrechtlich bewehrte Missachtung des Verbotes aus Section 216 I.A. 1986 kann zunächst zu einem weitergehenden Tätigkeitsverbot auf Grundlage von Section 2 CDDA führen.[815] Sollte alternativ ein Verfahren wegen Ungeeignetheit nach Section 6 CDDA eingeleitet werden, so kann der Verstoß gegen Section 216 I.A. auch als eine maßgebliche Argumentationshilfe zum Nachweis der *unfitness* dienen.[816]

IV. Zusammenfassung zu den selbständig eintretenden Tätigkeitsverboten

Bei den drei möglichen selbständig eintretenden Tätigkeitsverboten kommt die größte praktische Bedeutung der Section 11 CDDA zu. Wegen der hohen Zahl von *undischarged bankrupts* sind viele Personen betroffen.[817] Nicht annähernd so häufig kommt Section 216 I.A. 1986 zum Zuge.[818] Das könnte vor allem damit zusammenhängen, dass die relevanten Fälle auch unter dem Dach der Section 6 CDDA behandelt werden können.

D. Effektivität der Tätigkeitsverbote

Für die Frage, ob man aus dem Bereich der englischen Tätigkeitsverbote Anregungen für das deutsche Recht entnehmen kann, kommt es entscheidend darauf an, ob die englischen Tätigkeitsverbote die ihnen zugedachten Funktionen tatsächlich wahrnehmen können.[819] Trotz stetig steigender Zahlen bei den verhängten Verboten[820] sind immer wieder Zweifel auf-

---

815 Vgl. *Palmers* Company Law, Rn. 2.427.1. Vgl. zu Section 2 CDDA schon oben S. 28ff.

816 Unproblematisch zunächst in *Re Travel Mondial Ltd.* [1991] BCC 224 und in *Re Keypak Home Care Ltd.* [1990] BCLC 440. Nach näherer Betrachtung auch in *Re Migration Services International Ltd.*, Chancery Division, veröffentlicht 01.12.1999, Bezugnahme in *The Times* v. 02.12.1999.

817 Vgl. schon oben S. 125f.

818 Vgl. das Zahlenmaterial des *DTI* (*Companies in 2002/2003*, abrufbar unter: http://www.dti.gov.uk/cld/dtiannualreport.pdf): von 1998-2003): 2002/2003 nur 38 Fälle von Section 216 I.A. 1986, davon gerade einmal 5 Verurteilungen.

819 Zu den Funktionen siehe oben S. 8ff.

820 Laut *DTI-Report, Companies in 2002-2003*, Section D1 (abrufbar unter http://www.dti.gov.uk/cld/dtiannualreport.pdf) im Jahr 2000/2001 schon 1700, 2002/2003 schon 1777.

gekommen, ob das System des CDDA wirklich in der Lage ist, „*roughe directors*“ und „*fly-by-night-companies*“ aus dem Verkehr zu ziehen und ob so der Traum vom „*no hiding place for the unfit*“[821] verwirklicht werden kann.[822] In diesem Zusammenhang hat *Hicks* einen vielbeachteten Bericht erstellt, aus dessen Analyse sich weitreichende Erkenntnisse ableiten lassen.[823] Eine grundlegende Erkenntnis ist dabei, dass jede generalisierende Betrachtung von Kapitalgesellschaften an sich zu kurz greift. Das System der Tätigkeitsverbote wirkt vielmehr ganz unterschiedlich, je nachdem, ob es sich um eine kleine Gesellschaft oder um eine große Publikumsgesellschaft handelt.

Im eigentlichen Zielbereich, bei den kleinen Kapitalgesellschaften, die den überwiegenden Teil der Kapitalgesellschaften ausmachen[824], wird das Hauptziel – die Verhinderung des Missbrauches der beschränkten Haftung – nur allzu oft verfehlt. Ursache dafür ist, dass es einen unerschöpflichen Pool potentieller Direktoren gibt[825] und dass diese trotz eines Tätigkeitsverbotes noch im eigenen Namen tätig werden können. Selbst wenn man also die Zahl der Tätigkeitsverbote extrem steigern könnte[826], wäre damit noch lange nicht garantiert, dass auch nur annähernd alle ungeeigneten Direktoren erfaßt würden.[827] Darüber hinaus bleibt das *abschreckende* Element eines Tätigkeitsverbotes weit hinter den Erwartungen zurück: Zum einen trifft der Verlust der möglichen Haftungsbeschränkung die Direktoren in vielen Fällen deshalb nicht, weil sie als Gesellschaftergeschäftsführer einer kleinen Gesellschaft sowieso die persönliche Haftung für die Schulden der Gesellschaft übernommen haben (z.B. durch Kreditbürgschaften).[828] Zum zweiten läuft die Abschreckung in vielen Fällen deshalb ins Leere, weil eine Vielzahl der tätigen Direktoren - u.U. gerade durch die Laienstellung - keine oder ungenügen-

---

821 Der Begriff wurde *Hicks,* ACCA Research Report 59 entnommen.

822 Statt vieler sei genannt *Ong*, 1998 Company Lawyer 7, 9.

823 Vgl. *Hicks,* ACCA Research Report 59. Später auch *Hicks*, 2001 J.B.L. 433ff.

824 Das liegt daran, dass die Gründung einer solchen kleinen Gesellschaft ohne Probleme und nahezu kostenlos möglich ist.

825 Wie schon gesehen, kann grundsätzlich jeder Direktor werden. *Hicks,* ACCA Research Report 59, S. ii spricht von 2 Mio. Direktoren. Vgl. auch *Butcher*, Directors' Duties, S. 248 ("*some 3 million directors*").

826 Wodurch allerdings Kapazitätsgrenzen erreicht würden. Insbesondere müssen sich die extrem hohen Kosten dann dem gesamtwirtschaftlichen Nutzen entgegenstellen lassen.

827 Vergleicht man die Zahl der Insolvenzen/Auflösungen (z.B. für 1996/97 rund 83000) mit der Zahl der Tätigkeitsverbote (1996/97 rund 1200), so lässt sich erahnen, wie viele ungeeignete Geschäftsleiter den Fängen des CDDA entgegen. Vgl. zu den Zahlen *Hicks,* ACCA Research Report 59, Appendix 3. Skeptisch auch *Cheffins*, Company Law, S. 550f.

828 Darüber hinaus können sich die Privatpersonen mittels *bankrupcy*-Verfahren von ihren Schulden befreien.

de Kenntnisse von Bestehen, Reichweite und Umfang der Tätigkeitsverbote hat.[829] Zum Dritten können die Rechtsfolgen eines Tätigkeitsverbotes oft keinen Schrecken verbreiten: Die disqualifizierten Direktoren finden in aller Regel wieder eine unselbständige Anstellung oder beginnen ein Gewerbe im eigenen Namen – allerdings ohne beschränkte Haftung.[830] Darüber hinaus fällt deren Entscheidung zwischen *Sodom* und *Gomorrha*, also zwischen dem drohenden Tätigkeitsverbot einerseits und dem unerlaubten Weiterführen der krisengeschüttelten Gesellschaft andererseits, oft zugunsten der zweiten Alternative aus – schon allein deswegen, weil der drohende wirtschaftliche Verlust als schwerwiegender und akut eingestuft wird.[831] Zu guter Letzt können die Rechtsfolgen der Tätigkeitsverbote insbesondere absichtlich handelnde Direktoren schwer von ihren Plänen abbringen, da diese Zielgruppe darauf spekulieren kann, trotz eines Tätigkeitsverbotes den eigentlich folgenden Konsequenzen entgehen zu können.[832] Wenn jedoch schon die primären Ziele des CDDA – Schutz vor dem Missbrauch der beschränkten Haftung einerseits und Abschreckung andererseits – nicht wie gewünscht erreicht werden können, dann muss das übergreifende Ziel – „*raising of the standards*" – zwangsläufig auch auf der Strecke bleiben, weil sich angemessene Standards nur bei informierten und „ehrfürchtigen" Geschäftsleitern durchsetzen lassen.[833]

Will man den Einfluss des CDDA im Bereich der kleinen Kapitalgesellschaften bildlich zusammenfassen, so zeigt sich ein überfordertes System, dessen Wirksamkeit sich nur durch eine Steigerung der Taktzahl erhöhen ließe – allerdings würde sich dann die Frage nach der Kosten – Nutzen –

---

829 Vgl. *National Audit Office*, Insolvency Service Executive Agency, CDD, 1992/93 House of Commons 907, S. 2. Siehe zur inzwischen etwas verbesserten Kenntnis der Direktoren *The Insolvency Service Executive Agency*: Company Director Disqualification – A Follow Up Report S. 33f. Darüber hinaus wird das abschreckende Element durch eine unzureichende Sanktionierung von Tätigkeitsverbotsverstößen gehemmt. Verstöße gegen Tätigkeitsverbote sind extrem schwierig aufzudecken und werden nur ganz selten verfolgt. Siehe *Hicks*, ACCA Research Report 59, S. 52.

830 Allerdings ergibt sich wenigstens im Hinblick auf den verweigerten Vorzug der limitierten Haftung ein abschreckendes Moment, vgl. *Ong*, 1998, Company Lawyer 7.

831 Dieses Ergebnis ergab sich zumindest aus einer Befragung von Direktoren und *insolvency practicioners*, die *Hicks* durchgeführt hat. Ähnlich auch *Hicks*, 2001 J.B.L. 433, 435.

832 Das hängt damit zusammen, dass Verstöße gegen Tätigkeitsverbote selten ans Tageslicht gebracht werden können. Vgl. dazu *Hicks*, 2001 J.B.L. 433, 440. Für „Raubritter" reicht ein Tätigkeitsverbot nicht aus. Hier müssen zivilrechtliche Zurückerstattung und strafrechtliche Verurteilung Hilfe leisten.

833 Sinngleich *Ong*, 1998 Company Lawyer 7, 8. In diesem Zusammenhang weist *Hicks,* ACCA Research Report 59, S. 69 auch darauf hin, dass positive Standards definiert werden müssten. Damit schließt sich der Kreis zum Problem der kodifizierten *directors' duties*, vgl. dazu schon oben S. 69ff.

Relation neu stellen.[834] Gerade deshalb meinen einige, dass man für die kleinen Unternehmungen nicht mehr mit der Stellschraube der Tätigkeitsverbote hantieren sollte, sondern einen generellen Richtungswechsel hin zu anderen Gesellschaftsformen vornehmen sollte.[835] Überstrapaziert man das Instrument der Tätigkeitsverbote, dann kann der gewünschte Effekt sich auch in das Gegenteil verkehren, so dass potentielle Unternehmer von einem *business venture* absehen[836] oder ihre Entscheidungsfreude bei anstehenden Problemen getrübt wird.[837]

Ein gänzlich anderes Bild zeichnet sich hingegen bei Publikumskapitalgesellschaften. Hier scheinen die Ziele des CDDA sich in weitaus größerem Rahmen zu entfalten. Da bei großen Gesellschaften in aller Regel eine Trennung zwischen Anteilseignerstellung und Verwaltung anzunehmen ist und das Anforderungsprofil an Führungspersönlichkeiten sehr hoch ist, steht nur ein begrenzter Pool geeigneter Leute zur Verfügung.[838] Für diese wenigen Führungspersönlichkeiten ist die Direktorenstellung weniger notwendige Begleiterscheinung des Vorzugs der beschränkten Haftung als eigentliche Profession. Das Verdikt der Disqualifikation trifft diese Leute deshalb wesentlich härter, als es bei Management-Laien der Fall sein könnte.[839] Die Wahrscheinlichkeit, keine neue gleichartige Funktion mehr besetzen zu können, ist viel höher.[840] Dadurch steht zu erwarten, dass das Damoklesschwert der Disqualifikation im Bereich der

---

834 Schon 1997/98 hat der *Insolvency Service* 22 Millionen Pfund für *disqualification - proceedings* aufgewendet! Demgegenüber geht selbst die Behörde bei einer Direktorenrückfallwahrscheinlichkeit (*subsequent failure*) von 15 Prozent nur von einem finanziellen Vorteil für die Gläubiger von insgesamt 11 Millionen Pfund pro Jahr aus (bei angenommenenen 150000 Pfund Gläubigerverlust pro Insolvenz). Vgl. zu den Annahmen *The Insolvency Service Executive Agency:* Company Director Disqualification – A Follow Up Report (1999), S. 13 und 39. Kritisch zu den Kosten und der Effizienz auch *Milman*, 1999 Insolvency Lawyer 1f und *Cheffins*, Company Law, S. 552.

835 Vgl. z.B. *Hicks*, 1997 J.B.L. 306, 320ff, der die Schaffung einer „*business corporation*“ ohne Haftungsbeschränkung propagiert.

836 Mit diesen Befürchtungen *Ferran*, Company Law, S. 231; ebenso schon *Re Rolus Properties Ltd* [1988] 4 BCC 446.

837 Mit dieser Befürchtung *Cheffins*, Company Law, S. 552.

838 Siehe zur Personalnot bei deutschen Aufsichtsräten (Parallelproblem), z.B. FAZ vom 17.11.2003 („Recht und Steuern“) und zur Spezialisierung v.a. von Vorständen *Säcker*, AG 2004, 180, 182. Ähnlich für England *Hicks*, 2001 J.B.L. 433, 451.

839 Für die beachtliche abschreckende Wirkung eines Tätigkeitsverbotes vgl. auch die Erkenntnisse des *Senate Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs* in Australien, „Social and Fiduciary Duties and Obligations of Company Directors“ AGPS, Canberra 1989, S. 194: „*Evidence was given to the Committee that disqualification from office was the greatest threat to directors, nothwithstanding possible goal sentences and financial penalties, and therefore was an effective sanction.*“. Allerdings ist nicht ganz sicher, ob sich die Erkenntnisse nur auf Publikumsgesellschaften beziehen: dafür spricht jedoch der Ansatz der Kommission, vgl. S. 7: “*...The balance between ownership and the control has shifted towards the controllers...*”.

840 Vgl. *Hicks,* ACCA Research Report 59, S. 75.

Publikumsgesellschaften größeren Schrecken verbreiten kann, wodurch sich das Verhalten der betroffenen Personen zwangsläufig stärker anpassen wird.

E. Ergebnis zum englischen Recht

Insgesamt lässt sich für das englische Recht konstatieren, dass Tätigkeitsverbote im Gesellschaftsrecht fest verankert sind. Obwohl der CDDA und in Teilbereichen der I.A. 1986 ein feingliedriges System bereithalten, das automatische Verbote und zu verfügende *orders* und *undertakings* kennt, und das zwischen dem normalen Geschäftsbetrieb und der Krise einer Gesellschaft differenziert, spielt in der Praxis fast ausschließlich Section 6 CDDA eine Rolle. Damit zeigt sich eine deutliche Fokussierung auf die Interessen der Gläubiger. Diese vor allem bei kleinen Gesellschaften zum Zuge kommende Vorschrift sollte jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass Tätigkeitsverbote im Hinblick auf ihre Regelungsziele bei großen Gesellschaften mit professionellen Geschäftsleitern wesentlich effizienter wirken können.

Charakteristisch für englische Tätigkeitsverbote ist, dass sie sich in ihrer Rechtfolge nicht ausschließlich auf die Leitung einer *company* beschränken, sondern weitergehende Tätigkeiten im Umfeld einer Gesellschaft unterbinden. Darüberhinaus drohen bei Verstößen gegen Tätigkeitsverbote einschneidende Konsequenzen.

Im Hinblick auf die verfahrenstechnische Umsetzung von Tätigkeitsverboten gewinnen die *disqualification undertakings* immer deutlicher an Gewicht. Das reine gerichtliche Verfahren wird dadurch offenbar zu einem Großteil entbehrlich.[841]

---

[841] Das bestätigt auch das Zahlenmaterial des *DTI* (*Companies in 2002/2003*, abrufbar unter: http://www.dti.gov.uk/cld/dtiannualreport.pdf): Für Section 6 CDDA gab es allein 2002/2003 nur 319 *gerichtliche* Verfahren, aber 1275 *undertakings*.

KAPITEL 2: USA

Tätigkeitsverbote im US-amerikanischen Regelungskreis, sogenannte *bar orders*, sind, anders als in England, nicht nur auf der Ebene des Gesellschaftsrechtes angesiedelt.[842] Für die Praxis entscheidender Schauplatz ist das Kapitalmarktrecht. Diese Besonderheit lässt sich nur verstehen, wenn man sich das Grundgerüst der Regelungen vor Augen führt, die amerikanische Gesellschaften umgeben. Dabei kommt es in aller Regel[843] zu einem Wechselspiel auf zwei verschiedenen Ebenen, das weder in England noch in Deutschland so anzutreffen ist: Während Fragen des Gesellschaftsrechtes, wie z.B. die Gründung oder die Kapitalaufbringung, allein auf der Ebene der Einzelstaatenrechte geregelt werden (*state laws*), ist entscheidender Ort für Fragen des Kapitalmarktrechtes der Bundesstaat (*federal law*).[844] Wie später gezeigt wird, lassen sich beide Bereiche jedoch nicht immer trennscharf nebeneinander abbilden, sondern bilden nicht selten große Schnittmengen.[845] Hauptursache dafür ist die Ambivalenz des Investors: Einerseits tritt er als Gesellschafter auf, im gleichen Moment ist er jedoch auch Anleger.

Die Einzelstaatenregelungen ihrerseits sehen keine durchschlagende Möglichkeit vor, gegenüber Direktoren ein Tätigkeitsverbot auszusprechen. Eine solche Suspendierung vom Direktorenamt lässt sich jedoch auf der Ebene der *federal securities laws* erreichen. Auf dieser Ebene des Bundes-Kapitalmarktrechtes kann man Regelungen der Übersichtlichkeit halber immer in den Kategorien von Primär- und Sekundärmarkt messen.[846]

---

842 Im Folgenden soll mit dem Begriff „Tätigkeitsverbot" nur das Verbot gegenüber einem Direktor gemeint sein. Tätigkeitsverbote im Gesellschaftsrecht der Einzelstaaten finden sich z.B. in § 706 [d] New York Business Corporation Law und 15 Pennsylvania Consolidated Statutes Annotated § 1726 [c].

843 Sieht man einmal von nicht gelisteten oder an einer Einzelstaaten-Börse gelisteten Gesellschaften ab.

844 Sieht man einmal von den *blue sky laws* der Einzelstaaten ab.

845 Exemplarisch sei auf alle Fälle verwiesen, in denen Minderheitsaktionäre Schutz begehren (z.B. diskriminierende Mehrheitsentscheidungen, *squeeze-outs*, etc.) oder in denen die Haftung des Vorstandes durch Haftungsausschlussklauseln vermieden wird. Hier können sowohl gesellschaftsrechtliche Instrumentarien als auch kapitalmarktrechtliche Schutzmechanismen aktiviert werden. Der Drang zum Kapitalmarktrecht hat sich dadurch beschleunigt, dass die Staaten-Gesellschaftsrechte vielerorts nur wenige oder keine Schutzmechanismen bereithalten. Vgl. z.B. das Delaware-Statut und die „*race for the bottom*" - Problematik bei *Ferrara/Steinberg*, 129 U.Pa.L.Rev. 263, 267, *Cary*, 1974 Yale L.J. 663, 666 oder *Papmehl*, ZvglRWiss 2002, 200.. Zum Ganzen in seiner Evolution auch *Merkt*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, S. 54ff (Rn. 17ff). Siehe zu den Schwachstellen der Staatenrechte auch *Comment*, 1969 Va.L.Rev. 1103, 1120f.

846 Der Primärmarkt erfasst die erstmalige Distribution, die Regelungen drehen sich insbesondere um die Registrierung und die Prospektpflicht, während der Sekundärmarkt die schon ausgegebenen Wertpapiere erfasst und dort

Der Gesetzgeber ist dieser Einteilung gefolgt und hat für die Belange des Primärmarktes den *Securities Act 1933* (SA 1933) und für die Belange des Sekundärmarktes den *Securities Exchange Act 1934* (SEA 1934) erlassen. Da Tätigkeitsverbote grundsätzlich in beiden Teilbereichen eine denkbare Option sind, spielen sie auch in beiden Gesetzen eine Rolle. *Sedes materiae* der US-amerikanischen Tätigkeitsverbote für Direktoren sind daher Section 20(e) SE 1933 auf der einen und Section 21(d)(2) SEA 1934 auf der anderen Seite. Diese beiden Vorschriften müssen als *die* tragenden Säulen des gleichen Gebäudes angesehen werden, dessen Stabilität letztlich Gewähr für den Schutz vor sogenanntem *hard core fraud* bietet.[847] Um diesen Schutz gewährleisten zu können, verweist Section 20(e) SA 1933 auf Section 17(a)(1) SA 1933 und Section 21(d)(2) SEA 1933 verweist auf Section 10(b) SEA 1933. Darüber hinaus erklären beide Vorschriften die Feststellung einer *unfitness* bei dem jeweiligen Direktor als unumgängliche Voraussetzung für die Verhängung eines Tätigkeitsverbotes. Im Einzelnen bestimmen die Vorschriften folgendes:

Sec. 20(e) *Securities Act* (SA) für den Primärmarkt: „In any proceeding under subsection (b), the Court may prohibit, conditionally or unconditionally, and permanently or for such period of time as it shall determine, any person who violated section 17 (a) (1) from acting as an officer or director (...) if the person's conduct demonstrates *unfitness* to serve as an officer or director of any such issuer."

Nahezu gleichlautend ergänzt Sec. 21(d)(2) *Securities Exchange Act* (SEA) für den Sekundärmarkt: „In any proceeding under paragraph (1) of this subsection, the Court may prohibit, conditionally or unconditionally, and permanently or for such period of time as it shall determine, any person who violated section 10(b) or the rules or regulations thereunder from acting as an officer or director (…) if the person's conduct demonstrates *unfitness* to serve as an officer or director of any such issuer".

Neben den beiden vorgestellten Vorschriften wurde 2002 jeweils eine weitere Vorschrift in den SA 1933 und den SEA 1934 eingefügt, durch die der verfahrensrechtliche Zugang zu Tätigkeitsverboten erweitert wur-

---

insbesondere die Zirkulation geregelt wird. Vgl. *Jacobs*, 1973 Cornell L.Rev. 27, 28 und *Henn/Alexander*, Laws of Corporations, S. 811.

847 Diese Bezeichung geht zurück auf *Loss/Seligman*, Fundamentals of Securities Regulation, 3rd ed. (1989), S. 4914.

de.[848] Im tatbestandlichen Zuschnitt sind die neuen Sec. 8A(f) SA 1933 und Sec. 21C(f) SEA 1934 mit Sec. 20(e) SA 1933 und Sec. 21 (d)(2) SEA 1934 identisch, allerdings sind sie nicht auf die Gerichte zugeschnitten, sondern auf die *Securities and Exchange Commission* (SEC) selbst (mittels Verwaltungsverfahren): „In any cease-and-desist proceeding under subsection (a), the Commission may issue an order to prohibit, conditionally or unconditionally, and permanently or for such period of time as it shall determine, any person who has violated section section 17(a)(1) [bzw. sec. 10(b)] or the rules or regulations thereunder from acting as an officer or director (…) if the conduct of that person demonstrates unfitness to serve as an officer or director of any such issuer"

In der folgenden Betrachtung wird es demnach auf drei Punkte entscheidend ankommen: Zum einen muss geklärt werden, welche Konstellationen von den Sections 17(a)(1) SA 1933 und 10(b) SEA 1934 erfasst werden[849]; zum anderen wird detailliert zu untersuchen sein, wann ein Direktor in den Kategorien des US-amerikanischen Kapitalmarktrechtes als *unfit* angesehen werden kann.[850] Zum Schluss wird es darauf ankommen, wie Tätigkeitsverbote verfahrensrechtlich begleitet werden.[851] Zunächst gebühren einige Ausführungen jedoch noch einmal kurz der Vergangenheit, um das Umfeld der entscheidenden Vorschriften näher ausleuchten zu können.

F. Geschichtliche Entwicklung

Die Sections 20(e) SA 1933 und 21(d)(2) SEA bilden nicht den evolutorischen Ausgangspunkt der US-amerikanischen Tätigkeitsverbote. Schon bevor die beiden Vorschriften in das Kapitalmarktrecht integriert worden sind, bot sich den Bundesgerichten mittels ihrer *equity power* eine Möglichkeit, Tätigkeitsverbote auszusprechen.[852] Die Gerichte wurden dabei

---

848 *Sarbanes-Oxley-Act of 2002*, Sec. 1105, wodurch Sec 8A(f) SA 1933 und Sec 21C(f) SEA 1934 angefügt wurden ("*authority of the commission to prohibit persons from serving as officers or directors*").

849 Vgl. unten S. 150ff.

850 Vgl. unten S. 166ff.

851 Vgl. unten S. 174ff.

852 Siehe grundlegend *SEC v Materia*, 745 F.2d 197, 200: „*There need be only a reasonable likelihood that the activity complained of will be repeated…Once equity jurisdiction invoked, court has power to order all equitable relief necessary under the circumstances*". Siehe auch *Chris-Craft Industries, Inc. v Piper Aircraft Corp*., 480 F.2d 341, 390.

auf Antrag der SEC tätig.[853] Obwohl diese ungeschriebene Waffe der Gerichte in einigen Fällen eingesetzt wurde[854], fehlte ihr jedoch die Schneidigkeit und Klarheit, die von einer ausdrücklichen Kodifizierung ausgeht. Durch die erwähnte *equity power* allein war der Aktionsradius der SEC begrenzt: Zwar konnten damit Tätigkeitsverbote durch die SEC vor Gericht als *ancillary relief* beantragt werden[855], diese Anträge waren aber nur dann Erfolg versprechend, wenn sich das Tätigkeitsverbot auf die spezielle Gesellschaft bezog, in der Fehlverhalten zu Tage getreten war und wenn es sich um zeitlich eng bemessene Tätigkeitsverbotsanträge handelte (bündig: *court-ordered removal or suspension*).[856] Wollte die SEC jedoch generelle, d.h. nicht auf eine bestimmte Gesellschaft bezogene Tätigkeitsverbote verhängen lassen bzw. deren Dauer ausweiten, so scheiterten Anträge regelmäßig vor den Gerichten.[857] Solche Tätigkeitsverbote im engeren Sinne (*bar orders*), die eine generelle Abstinenz forderten, wurden deshalb in aller Regel nicht durch gerichtliche Verfügung, sondern durch eine Vereinbarung der SEC mit der jeweiligen Person verhängt.[858]

Die Wirkkraft aller materiell-rechtlichen Vorschriften steht und fällt in dem Maße, in dem effektive Regelungen für ihre Durchsetzung zur Verfügung stehen. Im Bewusstsein dieses Grundsatzes verabschiedete der Gesetzgeber 1990 den *Securities Enforcement Remedies and Penny Stock Reform Act*, um so zu Tage getretene Unzulänglichkeiten in verschiede-

---

853 Die SEC stellte einen Antrag auf ein Tätigkeitsverbot im Rahmen ihrer "*injunction*"-Möglichkeiten, die ihr ein umfangreiches Arsenal an Handlungsmöglichkeiten bereithielt; vgl. *Morrissey*, 2001 Tenn.L.Rev. 427, 432ff.

854 Insgesamt wurden laut *Stephen M. Cutler* rund 100 Tätigkeitsverbote verhängt (vgl. *Cutler* (Direktor der Division of Enforcement der SEC), Remarks at the Glasser Legal Works 20th Annual Federal Securities Institute (15.02.2002), abrufbar unter www.sec.gov/news/speech/spch538.htm).

855 Vgl. *Barnard*, 1989 Notre Dame L.Rev 32, 35. Dabei handelt es sich um Hilfsmittel, die das Gericht verhängt, damit das angestrebte Handeln oder Unterlassen effektiv durchgesetzt werden kann.

856 Eine *removal order* bedeutete lediglich, dass das Gericht den Direktor von seinem Amt abberief (vgl. dazu ausführlich *Sirodoeva-Paxson*, 1998 Hastings L.J. 97ff, hatte jedoch, anders als eine *suspension - order* keine Wirkungen in die Zukunft. Siehe für letztere z.B. *SEC v Florafax International, Inc.*, Lit.Rel.No. 10,617. Hier beantragte die SEC, dass die Leitungspersonen für drei Jahre nicht bei der konkreten Gesellschaft tätig werden dürfen.

857 Vgl. *Barnard*, 1989 Notre Dame L.Rev 32, 36. Der einzige Fall, in dem die SEC mit einem solchen Antrag das Gericht überzeugen konnte, war *SEC v Techni-Culture, Inc.*, Lit.Rel.No. 7108, 1975 SEC LEXIS 696: „*prohibited...to act as either officer or director of any public company*".

858 Siehe *SEC v Levin*, Lit.Rel.No. 13180, 1992 SEC LEXIS 596 (10 Jahre); *SEC v Lorin*, Lit.Rel.No. 13050, 1991 SEC LEXIS 2306 (10 Jahre); *SEC v Ward*, Lit.Rel.No. 13238, 1992 SEC LEXIS 1075 (5 Jahre); *SEC v BFMF*, Lit.Rel.No. 13301, 1992 SEC LEXIS 1524; *SEC v American Beef Packers, Inc.,* Fed.Sec.L.Rep. (CCH) 96,079; *SEC v Techni-Culture, Inc.*, Lit.Rel.No. 7108, 1975 SEC LEXIS 696; *SEC v Penn Central*, SEC Lit.Rel. 8378; *SEC v Florafax International, Inc.,* Lit.Rel.No. 10,617; *SEC v American Commonwealth Financial Corp.*, Lit.Rel.No. 8561; *SEC v Cloyce K. Box*, Lit.Rel.No. 9183; *SEC v Somatronics, Inc.,* Lit.Rel.No. 7141. Siehe auch *Sturc/Lins*, 1990 Legal Times 27f und *Frome*, 1990 N.Y.L.J. 3ff.

nen Bereichen des Kapitalmarktrechtes zu beseitigen.[859] Die Kodifizierung der Tätigkeitsverbote für Direktoren muss man dabei als einen Ausschnitt eines umfangreicheren Planes betrachten, durch den die SEC mit neuen operativen Möglichkeiten ausgestattet wurde.[860] Auf der Grundlage neuer und flexiblerer Mittel sollte der SEC eine noch effektivere Handhabe gegeben werden, um die Kapitalmarktrechte durchzusetzen und vor deren Missbrauch abzuschrecken.[861] Neben der Abschreckungswirkung[862] erhoffte man sich von Tätigkeitsverboten insbesondere auch einen Schutz des breiten Anlegerpublikums vor betrügerischen Geschäftsleitern.[863] Die *bar orders* sah der Kongress dabei als grundlegend an, um das Anlegerpublikum vor Diebstahl und Korruption im Zusammenhang mit Gesellschaften zu schützen.[864] Allerdings sollten die neuen Tatbestände der *d & o – bar orders* nicht die ohnehin schon bestehende Möglichkeit der Gerichte, Tätigkeitsverbote zu verhängen, obsolet werden lassen.[865]

Ursprünglich sollte das Verdikt einer *bar order* nur dann ausgesprochen werden können, wenn eine Person sich als *substantiell* ungeeignet expo-

---

859 Ein wesentliches Defizit der bestehenden SEC-Waffen war die mangelnde Abschreckungswirkung. Daneben war die SEC jedoch auch durch die zahlenmäßige Expansion der Marktakteure und die voranschreitende Internationalisierung überfordert. vgl. *Ferrara/Ferrigno/Darland*, 1991 Bus.Law. 33-36. Zum Ganzen auch *Block/Hoff*, 1990 N.Y.L.J. 5ff.

860 Unter anderem wurden weitreichendere *administrative powers* und *civil enforcement penalties* eingeführt. Vgl. dazu *Sturc/Lins*, 1990 Legal Times 27f; *Morris*, 1993 Admin.L.J. Am.U. 151ff ; *Block/Hoff*, 1990 N.Y.L.J. 5ff sowie *Abramowitz*, 1990 N.Y.L.J. 3ff. Zum unnachgiebigigen Einsatz der Mittel durch die SEC gerade in jüngerer Zeit siehe *Peloso/Indek*, 2002 N.Y.L.J. 3ff.

861 Ein wesentlicher Anstoß zur Kodifizierung der *bar orders* kam auch vom *Treadway Commission Report*, der die Tätigkeitsverbote als eines von drei Mitteln zum Kampf gegen betrügerische Finanzreporte vorgeschlagen hatte. (Report of the National Commission on Fraudulent Financial Reporting, H.R. Rep. No. 616, 101st Cong., 2d Sess. 14 (1990)).

862 Hierbei spielen sowohl Spezial- als auch Generalabschreckung eine Rolle; vgl. *McDermott*, 1982 J.Crim.L.&Criminology 604, 617f. Vgl. auch *Block/Hoff*, 1990 N.Y.L.J. 5ff . Später dann auch *Cutler* (Direktor der Division of Enforcement der SEC), Remarks at the Glasser Legal Works 20th Annual Federal Securities Institute (15.02.2002), abrufbar unter www.sec.gov/news/speech/spch538.htm): "*reinforce…deterrent effect*".

863 Vgl. *Commerce Clearing House*, Securities Reforms, 12 (1990) unter Verweis auf den Committee Report, 3101, 3103: "*...the bar provisions are intended to protect investors from persons who have already shown, by engaging in deliberate fraudulent conduct, that they should not be entrusted with power over investor funds*". Gleichförmig der damalige Chairman der SEC *Richard Breeden*: "*...to protect public investors from persons who have already demonstrated a propensity to abuse a position of corporate trust*" (Breeden Testimony, 30 (1990)). Vgl. auch *Morris*, 1993 Admin.L.J. Am.U. 151ff: "*protect both shareholders and the securities industry…*".

864 Gesprochen wurde von "*Corporate theft and corruption*". Zur Kritik an den damaligen Vorschlägen (v.a.: die *shareholder* werden um ihr Recht betrogen, die Geschäftsleitung einzusetzen und abzuberufen) vgl. *Block/Hoff*, 1990 N.Y.L.J. 5ff.

865 Vgl. *Commerce Clearing House*, Securities Reforms, 12 (1990) und *Frome*, 1990 N.Y.L.J. 3ff.

niert hatte.[866] Angedacht war also nur eine Anwendung der Tätigkeitsverbote auf ganz extreme Fälle (*egregious cases*).[867] Nachdem Ende der neunziger Jahre jedoch mehrere spektakuläre Unternehmenszusammenbrüche, von denen *Enron* und *Worldcom* nur die Spitze eines Eisberges bildeten[868], geeignet erschienen, das Vertrauen in den Kapitalmarkt und den Ruf der Direktoren nachhaltig zu erschüttern, sah sich der Kongress im Rahmen des *Sarbanes-Oxley-Act* genötigt[869], vom Erfordernis einer substantiellen Ungeeignetheit abzurücken und schon jede *unfitness* als ausreichend anzusehen.[870] Zudem wurde, wie schon angedeutet, den Gerichten die alleinige Entscheidungsmacht über *d & o – bar orders* entzogen.[871] Aus dieser Lockerung lässt sich ermessen, dass dem Bereich der Tätigkeitsverbote nach der Intention des Gesetzgebers mehr Aufmerksamkeit zukommen soll und dass diese erhöhte Aufmerksamkeit den Tätigkeitsverboten zur Durchsetzung integerer Kapitalmärkte auch zukommen wird.[872]

G. Tatbestandlicher Zuschnitt

Die folgende Darstellung orientiert sich an der Systematik der bestehenden Vorschriften. Zunächst sollen die primär- und sekundärmarktrechtlichen Vorschriften analysiert werden, bevor weitere Ausführungen der Frage der *unfitness* gebühren.

---

866 Diese Einschränkung war nach Kritik durch involvierte Kreise getroffen worden (z.B. *ABA Section Comment Letter* 7, 16-17 (1989)); ursprünglich sollte es nur auf eine Gesetzesverletzung, nicht aber auf eine *unfitness* ankommen. Vgl. *Ferrara/Ferrigno/Darland*, 1991 Bus.Law. 38.

867 Dementsprechend war der Erfolg von durch die SEC initiierten Tätigkeitsverboten nach wie vor durchwachsen. Nichtsdestotrotz nahm die Zahl der angestrebten Verfahren der SEC seit der Reform 1990 zu. Vgl. *Maletta/Lang*, in: The Securities Enforcement Manual, S. 152.

868 Siehe unten Fn. 915.

869 Zum *Sarbanes-Oxley-Act of 2002* siehe *Vanyo/Kagen/Claassen*, 1332 PLI/Corp 89, 91ff.

870 Siehe *Sarbanes-Oxley-Act of 2002*, Sec. 305(a). Dieses Ergebnis war im Laufe des Gesetzgebungsprozesses nicht absehbar. Zunächst hatte eine deutliche Mehrheit dafür plädiert, den *substantial unfitness* - Standard beizuhalten (Siehe Bericht des *House Financial Service Committee* (2002), S. 42f, abrufbar unter http://financialservices.house.gov/media/pdf/hr107414.pdf . Entscheidender Impuls für die Wende war jedoch der starke Fall der Aktienkurse im Juni/Juli 2002 infolge der Skandale um Enron, WorldCom, Xerox usw.

871 Siehe *Sarbanes-Oxley-Act of 2002*, Sec. 1105, wodurch Sec 8A(f) SA 1933 und Sec 21C(f) SEA 1934 angefügt wurden ("*authority of the commission to prohibit persons from serving as officers or directors*").

872 2002 gab es immerhin schon insgesamt 126 Anträge der SEC auf bar-orders. Siehe SEC-Jahresbericht, abrufbar unter http://www.sec.gov/pdf/annrep02/ar02enforce.pdf . Allerdings ist der *Sarbanes-Oxley-Act of 2002* erst Mitte des Jahres (30.07.2002) in Kraft getreten. Der Wille des Gesetzgebers lässt sich z.B. im Bericht des *House Financial Service Committee* (2002), S. 47 (Minderheitenvotum), (abrufbar unter http://financialservices.house.gov/media/pdf/hr107414.pdf) erkennen: „e*ffect would have been to lessen the unreasonable barriers...*".

I. Personale Anknüpfung

Für den Bereich der US-amerikanischen Tätigkeitsverbote sollte man die Differenzierung bedenken, dass *bar–orders* gegenüber Direktoren theoretisch *ex-ante* und *ex-post* verhängt werden können. In einer *ex-post* - Konstellation würde jemand, der zuvor schon Direktor war und sich in dieser Position als ungeeignet herausgestellt hat, für die Zukunft mit einem Tätigkeitsverbot als Direktor belastet werden. Dieser speziellere Ansatz liegt dem amerikanischen Konzept jedoch nicht zugrunde.[873] Adressat einer *bar–order* kann vielmehr *jede* Person werden, die für das Amt eines Direktors in Zukunft ungeeignet erscheint. Das bedeutet jedoch nicht, dass diese Person zuvor selbst tatsächlich als Direktor tätig gewesen sein muss oder dass das in Frage stehende Verhalten etwas mit einem Direktorenmandat zu tun haben müsste.[874] Damit sind also auch Fälle denkbar, in denen beispielsweise ein leitender Angestellter durch ernste Verfehlungen aufgefallen ist und es später um die Frage geht, ob diese Person Direktor werden darf.[875] Entscheidend ist allein, ob das Verhalten hinsichtlich des angestrebten Direktorenamtes als unzureichend einzustufen ist.

II. Sachliche Anknüpfung

Wegen der erheblich größeren rechtspraktischen Bedeutung der Tätigkeitsverbote auf dem Sekundärmarkt soll das Augenmerk zunächst auf den SEA 1934 gelenkt und erst danach die Primärmarktregelung im SA 1933 auf ihre Besonderheiten hin untersucht werden.

1. Sekundärmarkt - Sections 21(d)(2) und 21C(f) SEA 1934

Auf dem Sekundärmarkt interessiert bei den Ausgangsvorschriften der Sections 21(d)(2) und 21C(f) SEA 1934 im Rahmen des Tatbestandes vor allem, was Inhalt der Weiterverweisung auf die Section 10(b) SEA 1934 ist.

---

873 Ein solch spezieller Ansatz lag jedoch den Tätigkeitsverboten zugrunde, die vor der Kodifizierung 1990 möglich waren (als *ancillary relief*). Vgl. dazu oben S. 146ff.

874 Vgl. *Ferrara/Ferrigno/Darland*, 1991 Bus.Law. 67.

875 Vgl. Vgl. dazu *Maletta/Lang*, in: The Securities Enforcement Manual, S. 151 und *SEC v Sprecher*, 1996 U.S. App. LEXIS 10795, *10-11 (Adressat war weder *officer* noch *director*). Theoretisch könnte man auch an Tätigkeitsverbote für die Wirtschaftsprüfer denken. Allerdings sind dafür einige Hürden zu umschiffen. Vgl. *Kahn*, 2002 Tul.L.Rev. 1579ff.

a. Materielle Anforderungen der Sec 10(b) SEA 1934 - Rule 10(b)-5 SEA 1934

Section 10(b) SEA 1934 ist im Hinblick auf die Ziele der Marktintegrität und der Waffengleichheit am Kapitalmarkt als *die* zentrale Vorschrift aufzufassen. Sie soll Betrug in all seinen Facetten unterbinden. Dementsprechend weit ist die gesetzgeberische Formulierung ausgefallen. Das hat über die letzten Jahrzehnte dazu geführt, dass Section 10(b) SEA 1934 auf dem Gebiet des Kapitalmarktrechtes zu der am häufigsten von den Gerichten gewürdigten Vorschrift geworden ist.[876] Der Gesetzestext als solcher führt in seiner Weitläufigkeit nicht entscheidend weiter.[877] Deshalb ist es notwendig, die Vorschrift im Zusammenhang mit den zu ihr ergangenen *Rules* der SEC zu betrachten. Insgesamt gibt es zu Section 10(b) SEA 1934 eine große Zahl verschiedener Rules, die ein weites Spektrum manipulationsfreudiger Bereiche abdecken.[878] Für die hier angelegte Untersuchung und den Rahmen der Tätigkeitsverbote kommt es jedoch entscheidend nur auf Rule 10(b)-5 an.[879] Unter dieser Rule lassen sich sinnvollerweise sechs verschiedene Bereiche ausmachen, in denen Betrug das Kapitalmarktgeschehen beeinflussen kann. Zum einen gibt es die Fälle, in denen jemand am Kapitalmarkt auf der Grundlage von nicht öffentlich gemachten Informationen handelt, obwohl ein Handel nur nach einer Offenlegung legitim wäre.[880] Sodann gibt es Fälle, in denen irreführende oder sogar falsche Angaben im Zusammenhang mit der Unternehmenspublizität gemacht werden.[881] Eine dritte Gruppe erfasst solche Fälle, in denen Informationen, die für den Handel eines Wertes von Bedeutung wären, selektiv veröffentlicht werden, was landläufig als sogenann-

---

876 *Jacobs*, 1973 Cornell Law Review 27, 29; *Note*, 1973 Harvard L.Rev. 1007; *Rapp*, 1977 Ohio St.L.J. 67.

877 Letztendlich verliert sich die Norm in der allgemeinen Floskel „any manipulative or deceptive device or contrivance...of...rules and regulations".

878 U.a. Rules 10(b)-1, 10(b)-2, 10(b)-3, 10(b)-6, 10(b)-18 für Manipulation, 10(b)-4 und 10(b)-13 für „*short tendering*" und „*buying alongside*" einer *tender offer*, 10(b)-7 und 10(b)-8 hinsichtlich Marktstabilisierung und 10(b)-9 hinsichtlich sog. „*all-or-none offerings*".

879 17 C.F.R. § 240.10(b)-5 (1973). Diese Rule funktioniert als "*catch all*" für betrügerische Verhaltensweisen, vgl. *Chiarella v United States*, 445 U.S. 222, 234f. Unter ihrer Regide lässt sich ein feinmaschigeres Netz spannen, als mit dem weiten Wortlaut von Section 10(b) SEA 1934. Die Verhaltensweisen werden aufgespalten in: (1) *To employ any device, scheme, or artifice to defraud*; (2) *To make any untrue statement of a material fact or to omit to state a material fact necessary in order to make the statements made, in the light of the circumstances under which they they were made, not misleading, or* (3) *To engage in any act, practice or course of business which operates or would operate as a fraud or deceit upon any person.*

880 Siehe z.B. *Janigan v Taylor*, 344 F.2d 781.

881 Siehe z.B. *Fischman v Raytheon Mfg. Co.,* 188 F.2d 783; *Berger v Bishop Investment Corp.,* 695 F.2d 302; *Green v Jonhop, Inc.,* 358 F.Supp. 413.

tes *tipping* bezeichnet wird.[882] Eine weitere Fallgruppe nimmt sich den Konstellationen an, in denen ein Kapitalmarkt manipuliert wird.[883] Als fünftes werden die Fälle erfasst, in denen es um den Handel und die sonstige Tätigkeit von sogenannten *broker-dealers* geht.[884] Abschließend sollte man auch die Fälle im Auge behalten, in denen es allgemein um eine mangelhafte Unternehmensführung geht, was man am Besten mit dem Begriff des *corporate mismanagement* umschreiben kann.[885]

(1) Wichtige Fallgruppen

Für die Frage, ob und wann gegenüber *directors* Tätigkeitsverbote verhängt werden sollten, sind insbesondere die Fallgruppen eins, zwei und sechs von größerem Interesse. Diese Bereiche bieten gerade den *directors*, um deren Verhalten es in dieser Untersuchung ausschließlich geht, die Möglichkeit, sich als ungeeignete Unternehmensleiter zu disqualifizieren.[886] Ob und inwieweit sich auch andere Personen, z.B. *broker-dealer* durch Ungeeignetheit hervorheben können, stellt zwar eine interessante Frage dar, deren Beantwortung würde jedoch für die vorliegende Untersuchung vom schmalen Weg der „*directors' bar orders*" wegführen.[887]

Um den Überblick in der Vielzahl der denkbaren 10(b)-5 Konstellationen nicht zu verlieren, sollte man vor einer näheren Betrachtung der drei einzelnen Fallgruppen folgende Differenzierung vornehmen: Beim Insidertrading und bei Fällen mit mangelhafter Unternehmenspublizität ist der *Anleger* derjenige, der eine Investmententscheidung trifft (dieser Kauf/Verkauf fällt mangels Kenntnis der *material informations* zu seinen Ungunsten aus). Bei Fällen von *corporate mismanagement* hingegen trifft

---

882 Siehe z.B. *SEC v Texas Gulf Sulphur Co.,* 401 F.2d 833; *Nathanson v Weis, Voisin, Cannon, Inc.*, 325 F.Supp. 50.

883 Siehe z.B. *Thornton v SEC*, 171 F.2d 702.

884 Siehe nur *Opper v Hancock Sec. Corp.*, 250 F.Supp. 668 und *Mansbach v Prescott, Ball & Turben*, 598 F.2d 1017.

885 Z.B. bei *Superintendent of Ins. v Bankers Life & Cas.Co*., 404 U.S. 6.

886 Allerdings sollte man dabei im Auge behalten, dass Direktoren in aller Regel nur dann operativ tätig werden, wenn sie gleichzeitig auch als *officer* fungieren. Gerade das operative Geschäft und der Grad der persönlichen Verwicklung spielen für eine Verantwortlichkeit im Hinblick auf die Tätigkeitsverbote jedoch eine wichtige Rolle. *Outside-* und *non management directors* werden nur ausnahmsweise für Fehlverhalten verantwortlich sein. Bei ihnen kommt es dann anstelle des Handelns auf den Grad der Kenntnis an. Siehe auch *Hamilton/Motley/Turner*, Responsibilities, S.47.

887 Auch *broker-dealer, investment adviser, municipal* und *government securities dealer* oder *transfer agents* können mit einer eigenen *bar order* belegt werden. Vgl. dazu *Maletta/Lang*, in: The Securities Enforcement Manual, S. 156ff und *Arce*, 2000 Golden Gate U.L.Rev 593ff. Theoretisch könnte deren Fehlverhalten sogar für eine *director – bar order* herangezogen werden (vgl. Seite 150f). Diese Fälle sollen jedoch ausgeklammert bleiben.

die Investmententscheidung nicht der Anleger, sondern die *Unternehmensleitung*, die als Treuhänder der Gesellschaft auftritt.[888] (Geschädigt wird daher die Gesellschaft und damit indirekt die Summe der Anteilseigner).[889] Allen drei Fallgruppen ist jedoch gemeinsam, dass der „böse Bube" in der Regel ein Direktor ist.[890] Gerade daraus rechtfertigt sich die Relevanz für die vorliegende Untersuchung.

(a) Insidertrading

Eine mögliche Quelle für Tätigkeitsverbote gegenüber Direktoren stellt zunächst das Insidertrading dar.[891] Bei dieser rechtstheoretisch äußerst interessanten[892] und rechtspraktisch ebenso wichtigen Fallgruppe der möglichen Verstöße gegen Rule 10(b)-5 steht im Mittelpunkt aller legislatorischen Bemühungen das Bestreben, sämtlichen Marktteilnehmern im Grundsatz Chancengleichheit zuzugestehen.[893] Damit geht der gleiche Zugang zu transaktionswesentlichen Informationen einher.[894] Der Ansatz des Gesetzgebers zielt dabei nicht auf ein generelles Verbot ab, Insiderinformationen zum eigenen Vorteil einzusetzen. Der Wille des Gesetzgebers ist vielmehr darauf ausgerichtet, den Insider vor eine Wahl zwischen zwei Alternativen zu stellen: Entweder sieht er von der Verwertung seiner Information ab, oder er legt seine Information *vor* einer eigenen Transaktion der Öffentlichkeit vor (*disclose or abstain*).[895] Damit bleibt dem Insider die Wahl vorbehalten, seine geheime Information offenzulegen. Entschließt sich der Insider, seine Information preiszugeben, trifft ihn jedoch

---

888 Treffend *Comment*, 1969 Va.L.Rev. 1103, 1119: „*abuse of privileged authority to buy or sell on behalf of one's principal*".

889 Diesen wichtigen Unterschied stellt vorzüglich *Edson*, 1981 U.Cicago.L.Rev. 936, 940 heraus.

890 Unter den in Fn. 886 getroffenen Einschränkungen.

891 Vgl. für eine *bar order* bei *insider trading* z.B. *SEC, Litigation Release* No. 18717 / May 19, 2004 oder *SEC, Litigation Release* No. 18582 / February 19, 2004 (gegen *directors* von Enron).

892 Dies insbesondere im Hinblick auf die Frage, ob Insidertrading wirklich als schädlich für den Kapitalmarkt angesehen werden muss. Dabei stehen sich insbesondere das Ungerechtigkeitsargument und das Effizienzargument gegenüber. Vergleiche zum Für und Wider statt vieler *Carlton/Fischel*, 1983 Stan.L.Rev. 857ff. Im Hinblick auf die ökonomische Verträglichkeit des Insider Trading siehe *Dooley*, 1980 Va.L.Rev. 1, 55 („*does not cause any detectable injury to investors*") und *Wang*, 1981 S.Cal.L.Rev. 1217 („*anonymous investor is inevitably harmed*") und insbesondere den vielbeachteten Beitrag von *Manne*, Insider Trading and the Stock Market, S. 110, der das Insider Trading als wichtigen Mechanismus zur Kompensation der nach Innovation Strebenden („*entrepreneurs*") ansieht. Ausführlich und in ein breiteres Umfeld eingebettet auch *Fleischer*, Informationsasymmetrie, S. 188-194.

893 *Cary*, 1966 Bus.Law. 1009, 1010; *Fleischer*, 1965 Va.L.Rev. 1271, 1278-1280.

894 *SEC v Texas Gulf Sulphur Co.,* 401 F.2d 833: "*...that all investors trading on impersonal exchanges have relatively equal access to material information*". Zuvor auch schon *Chairman Cary in In the Matter of Cady, Roberts & Co.*, 40 SEC 907, 912 (1961).

895 Zu Einzelheiten, welche weiteren Voraussetzungen vorliegen müssen, wenn ohne Offenlegung gehandelt wird, vgl. z.B. *Wang*, 2001 I.C.C.L.J. 77, 99ff.

keine umfassende Offenlegungspflicht. Mitteilungsbedürftig sind nur solche Informationen, die die anderen Marktteilnehmer in die Lage versetzen, eine eigene Investitionsentscheidung zu treffen.[896] Ebensowenig ist jede Mehrinformation über die Verhältnisse einer Gesellschaft zwangsläufig eine Insiderinformation. Es muss sich vielmehr um eine wesentliche Information (*material information*) handeln, wobei die Schwelle zu einer Wesentlichkeit eher hoch angesiedelt wird.[897]

Was die nicht erlaubte Verwertung von Insiderinformationen anlangt, so sollte man sich im Hinblick auf eventuelle Tätigkeitsverbote vor Augen halten, dass Rule 10(b)-5 nicht auf den Teilbereich der *directors' dealings* beschränkt ist[898], sondern eine Erweiterung in zwei Richtungen bereithält: Zum einen kommen Tätigkeitsverbote nicht nur in Betracht, wenn ein Direktor mit Wertpapieren *seiner* Gesellschaft handelt, sondern unabhängig von der Frage, um welche Anteile es sich handelt. Darüber hinaus ist Rule 10(b)-5 wie schon erwähnt nicht auf die Person eines Direktors beschränkt, sondern kommt bei *jeder* Person zum Zuge. Deshalb sind gerade auch Konstellationen denkbar, in denen es um ein Tätigkeitsverbot für zukünftige Direktoren geht, ohne dass der Adressat zuvor als *Direktor* gegen das Insiderhandelsverbot verstoßen hat.[899]

(b) Irreführende Angaben bei der Unternehmenspublizität

Abgesehen von der Fallgruppe des Insidertrading, in der es keine absolute Offenlegungspflicht gibt, können transaktionswesentliche Informationen auch im Zusammenhang mit der allgemeinen Unternehmenspublizität eine Rolle spielen. Dabei kann man gedanklich die Unternehmenspublizität im engeren Sinne[900], also insbesondere die periodische Publizität[901], von

---

896 Damit bleibt sichergestellt, dass der Insider seine eventuell höheren Aufwendungen zum Erwerb der Information nicht vollständig abschreiben muss. Dadurch bleibt ein wichtiger Anreiz zur Beschaffung von Informationen erhalten. Vgl. *SEC v Texas Gulf Sulphur Co.*, 401 F.2d 833.

897 Entscheidend kommt es darauf an, ob ein vernünftiger Mensch die Information als wichtig im Hinblick auf eine konkrete Transaktionsentscheidung eingestuft hätte, vgl. *List v Fashion Park, Inc.*, 340 F.2d 457, 462 und unten Fn. 959.

898 Für die *directors' dealings* gibt es insbesondere Section 16a SEA 1934. Nicht zwangsläufig, aber in der Regel, muss es dabei um Insidertrading-Konstellationen gehen. Vgl. zum Verhältnis zu Section 10(b) und allgemein mit rechtsvergleichendem Blickwinkel *Fleischer*, ZIP 2002, 1217, 1221.

899 Vgl. schon oben S. 150f.

900 Vgl. §§ 13, 14, 15, U.S.C. §§ 78m, 78n, 78o SEA 1934 und §§ 7, 10, Schedule A, 15 U.S.C. §§ 77g, 77i, 77aa SA 1933 und die dazu ergangenen SEC-Rules.

901 Bei der periodischen Publizität spielen *annual reports, semi-annual reports, quarterly reports und current reports* eine Rolle. Vgl. als Beispiel *SEC, Litigation Release* No. 18551 / January 22, 2004 ("*wide-ranging scheme to*

der sonstigen anlassbezogenen Publizität (*ad-hoc* - Publizität oder sog. *policy of prompt corporate disclosure*), die insbesondere Pressemitteilungen beinhaltet, abschichten.[902] Während die periodische Publizität *gesetzlich* verankert ist[903], ist die anlassbezogene Publizität vor allem ein Werk der führenden Börsen.[904]

An dieser Stelle würde es zu weit führen, den Bereich der Unternehmenspublizität im Einzelnen darzustellen.[905] Die hier einzig relevante Frage ist in diesem Zusammenhang, in welchen Konstellationen ein Rule 10(b)-5-Verstoß in Betracht kommt. Unabhängig davon, ob es sich beispielsweise um eine Information in einer Pressemitteilung, einem Interview, einem Quartalsbericht oder einer Hauptversammlungsrede eines Direktors handelt, kommt Rule 10(b)-5 immer dann ins Spiel, wenn es um eine *transaktionswesentliche* Information geht.[906] Dabei spielen zum einen das *Ob*, sodann das *Wann* und zum anderen das *Wie* der Information eine Rolle. Im Hinblick auf das *Wann* interessieren Einzelheiten weniger.[907] Wichtig für Rule 10(b)-5 ist insbesondere, *dass* eine Information unter gewissen Umständen publiziert werden muss. Ein Verstoß gegen Rule 10(b)-5 ist also zunächst dann vorstellbar, wenn eine mitteilungs*pflichtige* Information *nicht* publiziert wird. Wenn eine Information jedoch lanciert wird, besteht kein Zweifel darüber, dass eine solchermaßen erstmals publizierte Information nicht falsch sein darf. Das gilt sowohl hinsichtlich mittei-

---

manipulate Enron's publicly reported earnings through a variety of devices designed to produce materially false and misleading financial results").

902 Vgl. für eine *bar order* bei *quarterly earning releases* z.B. *SEC, Litigation Release No. 18717* / May 19, 2004 (gegen *director* von Enron). Für eine *bar order* wegen Falschangaben bei Pressekonferenz siehe *SEC, Litigation Release No. 18582* / February 19, 2004 ("*At the analyst conference, Skilling and others knowingly made false and misleading statements…*").

903 Vgl. dazu *Sec.Act Rel.* No. 34-8995 (1970) und z.B. Section 13(a)(2) SEA 1934. Siehe auch *Gruson/Wiegmann*, AG 1995, 173, 175.

904 Z.B. *New York Stock Exchange Listed Company Manual*, Section 2, 202.05: "*A listed company is expected to release quickly to the public any news or information which might reasonably be expected to materially affect the market for its securities.*" Ähnlich die Regelungen der AMEX und der NASD. Nebenher gab es immer eine Debatte, ob man auch auf Grundlage von Rule 10(b)-5 eine allgemeine anlassbezogene Offenlegungspflicht herleiten kann, vgl. z.B. *Talesnick*, 1973 Denver L.J. 369ff.
Ergänzend kommt die anlassbezogene Publizitätspflicht aus Section 13(a)(1) SEA 1934 zum Zuge.

905 Gerade um die Regelpublizität spannt sich ein enges Netz, wobei der Rule 10(b)-5 nur ein kleiner Ausschnitt der Bezugspunkte zukommt. (Vgl. andere Vorschriften des SEA 1934 wie z.B. Section 18). Unter dem Blickwinkel der Publizität überblicksartig *Merkt*, Unternehmenspublizität, S. 186f.

906 Vgl. *Hamilton/Motley/Turner*, Responsibilities, S. 43.

907 Hierbei ist z.B. wichtig, dass ein *temporarily withholding* angebracht sein kann. Natürlich kann jedoch auch ein gezielt verzögerter Informationsfluss in den Bereich der Rule 10(b)-5 fallen. Siehe z.B. *Financial Indus. Fund, inc. v Mc Donnell Douglas Corp.*, 474 F.2d 514, 519.

lungspflichtiger als auch bezüglich freiwilliger Informationen.[908] Seit *Texas Gulf Sulphur* ist klargestellt, dass Rule 10(b)-5 verletzt wird, wenn eine Information bewusst zur Beeinflussung des Anlegerpublikums kolportiert wird und diese Information falsch, irreführend oder so unvollständig ist, dass sie irreführen kann.[909] Daneben kann Rule 10(b)-5 jedoch auch noch zum Zuge kommen, wenn sich eine zunächst eventuell sogar zutreffende Information im Laufe der Zeit als falsch herausstellt und der Informant weiß oder wissen muss, dass sich Anleger noch immer auf den Inhalt der Information verlassen.[910] Neben der Bekanntgabe unzutreffender Mitteilungen erfasst Section 10(b)-5 auch die selektive Veröffentlichung wichtiger Informationen.[911] Dabei handelt es sich in aller Regel um Konstellationen, in denen Informationen nur einzelnen Marktakteuren zugänglich gemacht werden, anstatt sie der breiten Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen.[912]

Aus diesem kurzen Rundblick der möglichen Konstellationen, in denen Publizitätserwartungen bei Rule 10(b)-5 eine Rolle spielen, wird deutlich, dass es eine Vielzahl möglicher Verhaltensweisen gibt, an denen ein Tätigkeitsverbot anknüpfen kann. Ob sich ein solches Tätigkeitsverbot jedoch tatsächlich rechtfertigen lässt, muss man von Fall zu Fall untersuchen. Einen bevorzugten Anwendungsbereich kann man sich insbesondere vorstellen, wenn, wie im Falle von *Enron*, Bilanzen gezielt „frisiert" worden sind.[913] Diese Fälle, in denen bewusst Verbindlichkeiten keine Erwähnung in der Bilanz finden und Gewinne künstlich aufgebläht werden, erscheinen deswegen bevorzugt für Tätigkeitsverbote geeignet zu sein, weil sie in aller Regel mit einer Vielzahl geschädigter Marktakteure und einer exorbitanten Schadenssumme einhergehen[914] und so nicht nur

---

908 Siehe für freiwillige Informationen *Etshokin v Texasgulf, Inc.*, 612 F.Supp. 1212, 1217 und *Basic, Inc. v Levinson*, 485 U.S. 224, 108 S.Ct. 978, 99 L.Ed.2d 194. Siehe auch *Brown*, 1985 Geo.Wash.L.Rev. 741, 748.

909 *SEC v Texas Gulf Sulphur*, 401 F.2d 833, 861-863; siehe auch *SEC v First Standard Corp.*, 1966-1967 Fed.Sec.L.Rep. (CCH) 91,824; *SEC v North Am. Research & Dev. Corp.*, 280 F.Supp. 106, 129f.

910 Siehe z.B. *Roeder v. Alpha Indus.,Inc.,* 814 F.2d 22, 27; *Butler Aviation Int'l, Inc. v Comprehensive Designers, Inc.,* 425 F.2d 842; *SEC v Manor Nursing Centers, Inc.*, 458 F.2d 1082, 1095. Siehe auch die Haltung der SEC in *Sec.Act Rel. 6084*, 17 SEC Dock. 1048, 1054 (1979), *Sec.Act Rel. 8995* (1970) und *Sec.Act Rel. 5699*, 9 SEC Dock. 472, 474 (1976); Vgl. auch *Baumann*, 1979 Geo.L.Rev. 935, 940 und tiefergehend 963.

911 Siehe dazu *Kobi*, 77 Ind.L.J. 551 tiefergehend zu *selective disclosure and insider trading* und *65 Fed. Reg*. 51,715, 51,716 (2000).

912 Siehe *SEC v Bausch & Lomb*, 420 F.Supp. 1226, 1238 und *Sec.Act.Rel. 5699*, 9 SEC Dock. 472, 474.

913 Siehe zu Einzelheiten der Enron-Taktik *Widen*, 2003 Bus.Lawyer 961, 973ff. Eine vorzügliche Darstellung der Manipulationstechniken beim *accounting fraud* nebst statistischem Material findet sich bei *Bessette/Biles/Macdaniel*, 1377 PLI/Corp 155ff.

914 Siehe auch unten die Kriterien einer *unfitness* auf S. 168ff.

den konkreten Aktionär schädigen, sondern den Kapitalmarkt insgesamt.[915] Die gesteigerte SEC-Tätigkeit auf diesem Feld scheint diese Überlegung zu stützen.[916]

(c) Corporate Mismanagement

Die Fallgruppe des *corporate mismanagement* verspricht bei einer ersten Betrachtung ein reich gefülltes Reservoir möglicher betrügerischer Verhaltensweisen sowohl gegenüber der Gesellschaft[917] als auch gegenüber den Anteilseignern[918] und den Gläubigern[919] bereitzuhalten.[920] Fehlver-

---

915 Für extreme Fälle dubioser Publizitätspolitik siehe auch *SEC v Adelphia Communications Corp.*, Accounting and Auditing Enforcement Release (AAE) Rel.No. 1599 (2002): Verschleiern von Verbindlichkeiten in Milliardenhöhe; künstliche Gewinnaufblähungen, um Erwartungen nicht zu enttäuschen; Insidergeschäfte der Führungspersonen, Ausräubern der Gesellschaft durch verdeckte Transaktionen, Falschangaben in SEC-Filings, Pressemitteilungen usw. – Die SEC hat neben anderen Maßnahmen wie Strafzahlungen auch Tätigkeitsverbote für die Hauptakteure beantragt. *Re PNC Financial Services Group, Inc.*, Securities Act Release No. 33-8112; AAE Rel. No. 1597 (2002): künstlich aufgeblähte Gewinne mithilfe sog. "*special purpose entities*", falsche und irreführende Unternehmenspublizität. *SEC v Worldcom, Inc.*, Lit.Rel.No. 17588, AAE Rel.No. 1585 (2002): Massiver Bilanzbetrug durch aufgeblähte Erträge mit dem Ziel, Investoren und Analysten zu täuschen, Umfang 3,8 Mrd. US$. *SEC v Frank M. Bergonzi at al.*, Lit.Rel.No. 17577, AAE Rel.No. 1581 (2002): weitreichender Bilanzbetrug durch künstlich hohe Einnahmen (2,3 Mrd. US$ vor Steuern zu viel), persönliche Bereicherung der Unternehmensleitung zu Lasten der Aktionäre – Die SEC hat unter anderem Tätigkeitsverbote für die *senior executives* beantragt. *Software Company Financial Fraud Sweep*, Lit.Rel.No. 17521, 17522, 17524 (2002): Bilanzmanipulation durch künstliche Einnahmen mittels "*roundtripping*". *SEC v Xerox Corporation*, Lit.Rel.No. 17465 (2002): Künstliche Einnahmensteigerung (2,8 Mrd. US-$ zwischen 1997 und 2000) durch betrügerische Rechnungslegung, u.a. durch Leasing-Modelle. *SEC v. Dean L. Buntrock et al*, Lit.Rel.No. 17435 (2002): Massiver und gezielter Finanzbetrug durch systematische Falschbilanzierung und Falschdarstellung in SEC-Filings, Aktionärsreports und Pressemitteilungen; die SEC hat u.a. gegen die involvierten *officers* Tätigkeitsverbote beantragt. *SEC v Spectrum Brands Corp. et al*, Lit.Rel.No. 17265 (2001) : Marktpreismanipulation durch falsche Mitteilung auf Website (angeblich Gegenmittel gg. Anthrax); die SEC beantragte u.a. ein Tätigkeitsverbot gegen den alleinigen Direktor und Officer. Für einen Primärmarktfall betrügerischer Machenschaften siehe *Telemarketing Stock Fraud Sweep*, 06.08.2002 (Lit.Rel.No. 17658-17661): Angebot unregistrierter Wertpapiere und dabei exorbitante Kommissionsgebühren, irreführende Angebotsunterlagen - Die SEC hat Tätigkeitsverbote beantragt.

916 Siehe die Fälle unter Rn. 915 für die häufiger werdenden Anträge der SEC auf Tätigkeitsverbote. Unterstützend die Auffassung der SEC selbst: *Cutler* (Direktor der Division of Enforcement der SEC), Remarks at the Glasser Legal Works 20th Annual Federal Securities Institute (15.02.2002), abrufbar unter www.sec.gov/news/speech/spch538.htm: „*...Division intends to expand its use…is needed now, more than ever to respond to large financial frauds, which no longer seem rare. That remedy is the officer and director bar…I am steadfastly determined to be more aggressive in seeking officer and director bars*". Insgesamt bestätigt sich der Eindruck auch durch statistisches Material: 2000 gab es 14 Anträge auf Tätigkeitsverbote bei *financial fraud and reporting*- Fällen, 2001 waren es schon 33. Im Jahr 2002 gab es insgesamt 126 Anträge (siehe Fn. 872).

917 Siehe z.B. *Ruckle v Roto Am. Corp.*, 339 F.2d 24.

918 Am häufigsten wird der Fall so liegen, dass einige oder alle Direktoren die Anteilseigner nicht von allen relevanten Fakten in Kenntnis setzen oder unwahre Aussagen machen und so den Voting-Prozess der Anteilseigner beeinflussen. Siehe z.B. *Simon v New Haven Board & Carton Co.*, 250 F.Supp. 297, 299 und *Barnett v Anaconda Co*., 238 F.Supp. 766,775 sowie *Schoenbaum v Firstbrook*, 405 F.2d 215.

919 Für den Fall einer ausnahmslosen Gläubigerschädigung siehe *Superintendent of Ins. of State of N.Y. v Bankers Life & Casualty Co.*, 404 U.S. 6, 12.

920 Als Schädiger kommen sowohl Direktoren, Officers als auch Anteilseigner mit Kontrollmehrheit in Betracht. Hier interessieren jedoch nur die Fälle, in denen Direktoren durch *mismanagement* aufgefallen sind. Die Anteilseigner sind ex ante machtlos, da die Einzelstaatenrechte den Direktoren ein weites autonomes Handlungsfeld eröffnen, vgl. *Note*, 1978 Harvard L.Rev. 1874, 1875.

halten von Direktoren bei der Leitung einer Gesellschaft können dabei in den verschiedensten Facetten auftreten, deren detaillierte Betrachtung den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen würde.[921] Die Aufgabe dieser Untersuchung darf deshalb nicht der Versuch sein, das Tableau zu entfalten; vielmehr muss es darum gehen, die Grenzen der Fallgruppe des *corporate mismanagement* in Bezug auf Rule 10(b)-5 auszuloten. Hierbei trifft man auf einen systemimmanenten Konflikt. Während das Fehlverhalten von Direktoren und die damit in aller Regel einhergehende Missachtung ihrer Sorgfalts- und Treuepflichten im Grundsatz allein Sache der gesellschaftsrechtlich geprägten Einzelstaatenrechte ist[922], überblendet jede extensive Anwendung der bundesstaatlich geprägten Rule 10(b)-5 den Bereich des Gesellschaftsrechtes und droht so, die Kompetenz der Einzelstaaten auf die Ebene des Bundes zu verschieben.[923] Die Frage muss daher lauten, bis zu welcher Grenze sich das Bundeskapitalmarktrecht dem Fehlverhalten von Direktoren annehmen darf.[924] Von dieser Frage hängt entscheidend ab, wie weit der Radius des Tätigkeitsverbotes aus Section 21(d) SEA 1933 zu ziehen ist. Die Lösung dieses Kompetenzproblemes hat eine Vielzahl von Gerichten beschäftigt und lässt sich daher am Besten in einer chronologischen Betrachtung der wichtigen Meilensteine nachvollziehen.

Ausgangspunkt des Diskurses bildet die Entscheidung *Ruckle v Roto Am. Corp.* In diesem Fall klagte ein Direktor und Anteilseigner mittels einer *derivatve action* gegen die übrigen Direktoren, die gleichzeitig die *officers* waren, weil diese bei einer Wertpapiertransaktion nicht das gesamte

---

921 Eine Orientierung mag insoweit das englische Recht geben, vgl. z.B. oben S.69. Für eine Fallgruppenbildung im US-amerikanischen Recht siehe *Jacobs*, 1973 Cornell L.Rev. 27, 75-104: (1) *Sales by a corporation of ist own securities für inadequate consideration;* (2) *Mismanagement involving stock options*; (3) *Purchases by a corporation of its own securities for excessive consideration;* (4) *Mismanagement in sales and purchases of corporate assets;* (5) *Mismanagement in corporate mergers and acquisitions*; (6) *Mismanagement in the sale of controlling block of shares;* (7) *Waste of corporate assets* und sog. Plünderung *(looting);* (8) *Mismanagement* bei *redemption* (Rückkauf eigener Aktien) und *liquidation*.

922 Vgl. *Jacobs*, 1973 Cornell L.Rev. 27, 30; *Drachman v Harvey*, 453 F.2d 722, 729; *McClure v Borne Chem. Co.*, 292 F.2d 824, 834.

923 Hierbei sollte man immer die Funktionendefizite der Staatengesellschaftsrechte im Hinblick auf den Minderheiten- und Gläubigerschutz berücksichtigen. Vgl. zu diesem Problem schon oben Fn. 845. Siehe auch *Merkt*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, S. 62 mit Rn. 28.

924 Im Grundsatz stehen sich zwei Auffassungen gegenüber: (1) *Congress did not seek to regulate transactions which constitute no more than internal corporate mismanagement*. Siehe dazu *Superintendent of Ins. of State of N.Y. v Bankers Life & Casualty Co.*, 404 U.S. 6, 12; *Birnbaum v Newport Steel Corp*., 193 F.2d 461, 464 und (2) *The mere fact that the sale or purchase transaction was part of a broader scheme of corporate mismanagement does not preclude an action under Rule 10(b)-5*. Siehe dazu *Herpich v Wallace,* 430 F.2d 792, 808; *Schlick v Penn-Dixie Cement Corp.,* 507 F.2d 374, 380; *Superintendent of Ins. v Bankers Life & Cas.Co.*, 404 U.S. 6.

board über die entscheidenden finanziellen Verhältnisse in Kenntnis gesetzt hatten und die Gesellschaft mutmaßlich geschädigt wurde.[925] Durch die Transaktion hatte der Kläger seine Stimmenmehrheit hinsichtlich seiner Aktien verloren. Das Gericht hielt es für möglich, dass eine Gesellschaft unter Rule 10(b)-5 von der Mehrheit ihrer Direktoren oder sogar dem gesamten *board* getäuscht werden kann.[926] Damit wurde die Hürde überwunden, dass die Direktoren als Agenten der Gesellschaft quasi die Gesellschaft selbst repräsentieren und sich die Gesellschaft selbst aber eigentlich nicht schädigen kann.[927]

Kurze Zeit später hatte das Gericht in *O'Neill v Maytag* über eine ähnlich gelagerte Konstellation zu entscheiden.[928] In diesem Fall hatte ein Aktionär mittels *derivative action* gegen die Direktoren geklagt und ihnen vorgeworfen, sie hätten bei einer Entflechtung zu viel Geld bezahlt und so die Gesellschaft erheblich geschädigt. Das Gericht konnte in dieser Entscheidung eine Abgrenzung zur ersten Entscheidung vornehmen: Anders als in *Ruckle* waren hier nicht wichtige Informationen durch die Direktoren zurückgehalten worden. Die Mehrheit der Richter meinte deshalb, die bloße Verletzung der Treuepflicht der Direktoren gegenüber ihrer Gesellschaft reiche allein nicht für eine Anwendung von Rule 10(b)-5 aus. Vielmehr müsse dazu ein Element von *deception*, also Täuschung, kommen.[929]

In der dritten wichtigen Entscheidung (*Schoenbaum v Firstbrook*) ging es wiederum um eine *derivative action* eines Gesellschafters im Namen der A-Gesellschaft.[930] Verklagt wurden deren *directors* und eine B-Gesellschaft, die über ihre Anteile an der ersten Gesellschaft soviel Einfluss ausüben konnte, dass sie in der Lage war, den *board* der ersten Gesellschaft teilweise mit eigenen Leuten zu besetzen. Der Kern der Klage

---

925 *Ruckle v Roto Am. Corp.*, 339 F.2d 24.

926 *Ruckle v Roto Am. Corp.,* 339 F.2d 24, 29.

927 Siehe auch *Condon v Richardson*, 411 F.2d 489, 491f; *Shell v Hensley*, 430 F.2d 819 und vgl. *Note*, 1969 Va.L.Rev. 1103, 1104 und tiefergehend *Jacobs*,1979 Cincinnati L.Rev. 643, 644ff. m.w.N.

928 Vgl. *O'Neill v Maytag*, 339 F.2d 764.

929 Das Gericht beruft sich auf *Birnbaum v Newport Steel Corp.*, 193 F.2d 461 und die dortige Aussage, dass Section 10(b) SEA 1933 nur auf solche betrügerischen Verhaltensweisen gerichtet sei, die gewöhnlich mit dem Handel von Wertpapieren in Verbindung stehen, nicht aber auf bloßes betrügerisches Missmanagement von gesellschaftlichen Angelegenheiten. (193 F.2d. 461, 464). Gleichwohl gesteht das Gericht gewisse Schwierigkeiten bei der Grenzziehung zu: „*But these difficulties do not justify our treating the section, or the rule, as a mandate to inquire into every allegation of breach of fiduciary duty respecting the issuance or sale of corporate securities*". (393 F.2d. 764, 768).

930 Vgl. *Schoenbaum v Firstbrook*, 405 F.2d 215.

richtete sich gegen diese neuen Direktoren und die B-Gesellschaft, die ihren Einfluss so geltend machten, dass Aktien der A-Gesellschaft zu einem niedrigen Preis an die B-Gesellschaft verkauft wurden. Der Preis bildete dabei nicht die Tatsache ab, dass auf dem Gelände der A-Gesellschaft eine neue Ölquelle gefunden worden war. Das Gericht kam zu der Überzeugung, dass die B-Gesellschaft als Großaktionär den Aktienverkauf wegen einer nicht nachvollziehbaren Überlegung veranlasst hätte, wodurch Rule 10(b)-5 verletzt worden sei. Demnach hätten die B-Gesellschafter und die Direktoren der A-Gesellschaft deren restliche Aktionäre getäuscht. Worauf das Gericht nicht explizit einging, war die, gerade im Hinblick auf die zuvor erwähnten Entscheidungen, naheliegende Überlegung einer nicht nachgekommenen Offenlegungspflicht des Käufers. Deshalb wurde im Anschluss teilweise von einer *new fraud* - Theorie gesprochen, für die es lediglich einer Kontrollmehrheit in Verbindung mit einem extrem unfairen Preis bedürfe, ohne dass man auf eine Offenlegungspflicht abstellen müsse oder es auf ein Betrugsmoment ankomme.[931]

Den vorläufigen Schlusspunkt in der Kette der Entscheidungen bildete schließlich *Santa Fe Industries, Inc v Green*.[932] In dieser Entscheidung setzte der *Supreme Court* dem ausufernden Streben der Vorinstanzen, die einen willkürlich vom Mehrheitsaktionär durchgeführten *merger* als Verletzung der Rule 10(b)-5 ansahen[933], eine Begrenzung und schlug eine restriktive Handhabe von Rule 10(b)-5 an. Während die Vorinstanzen eine Anwendung der Rule annahmen und sich auf diesem Weg offen gegen das materielle Recht der Einzelstaaten richteten, stellte der *Supreme Court* eine Anwendung der Rule nur dann in Aussicht, wenn das Verhalten der Handelnden täuschend und betrügerisch im Sinne des SEA 1934 sei.[934] Entscheidend sei, dass sich das Täuschungsmoment gerade auf die Transaktion beziehe. Deshalb reichte ein unfairer, wenngleich vom Einzelstaatenrecht (in diesem Fall Delaware) gedeckter *short form merger* nicht aus, um Section 10(b)-5 ins Spiel zu bringen.

---

931 Siehe z.B. *Note*, 1973 Harv. L. Rev. 1007 und *Cf. de Haas v Empire Petroleum Co.*, 300 F.Supp. 834, 837; *Penn Mart Realty Co. v Becker*, 300 F.Supp. 731.

932 Vgl. Santa Fe Industries, Inc v Green, 430 U.S. 462.

933 Der *Court of Appeals* wollte Rule 10(b)-5 schon dann zum Zuge kommen lassen, wenn es für das Verhalten der Direktoren kein "*justificable business purpose*" gibt. Vgl. *Green v Santa Fe Indus. Inc.*, 533 F.2d 1283, 1291.

934 Das Gericht stützte sich dabei auf den Wortlaut und die Entstehungsgeschichte von Section 10(b) SEA 1934 und Rule 10(b)-5.

Nach dem Machtwort in *Santa Fe Industries* schien der Anwendungsbereich der Rule 10(b)-5 endgültig stark beschnitten worden zu sein. Gleichwohl ist in mehreren späteren *Court of Appeal* - Entscheidungen der Tenor in *Santa Fe* restriktiv ausgelegt worden, wodurch dem Anwendungsbereich der Rule 10(b)-5 doch wieder eine größere Bedeutung zugemessen wurde.[935]

Für die hier wichtigen Tätigkeitsverbote lässt sich aus dieser Entwicklung zweierlei festhalten: Verletzt ein Direktor seine Pflichten gegenüber der Gesellschaft, ist der Anwendungsbereich der Rule 10(b)-5 nicht zwangsläufig versperrt.[936] Zugang zu einem Tätigkeitsverbot kann jedoch nur dann erlangt werden, wenn die Pflichtverletzung gleichzeitig auch ein betrügerisches Element beinhaltet und sich auf eine Wertpapiertransaktion bezieht.[937] Die Voraussetzungen für eine solche Konstellation sollen noch einmal detaillierter betrachtet werden. Allerdings kann eine Detailbetrachtung wegen der Fülle der 10(b)-5-Materie in der vorliegenden Arbeit nicht erschöpfend ausfallen und muss sich auf die für die Tätigkeitsverbote mutmaßlich relevanten Bereiche konzentrieren. Die anderen Bereiche können nur kursorisch abgeschritten werden.

(2) Tatbestandliche Einzelbausteine der Rule 10(b)-5

Ob die Voraussetzungen für eine Rule 10(b)-5 – Konstellation vorliegen, kann im Rahmen einer privaten Schadenersatzklage eines vermeintlich Geschädigten festgestellt werden, auf die sich das spätere Vorgehen der SEC beziehen wird.[938] Daneben besteht natürlich auch die Möglichkeit, dass die SEC gezielt und aufgrund eigener Verdachtsmomente ein Ver-

---

935 Vgl.*Healey v Catalyst Recovery of Pennsylvania*, 616 F.2d 641; *Kidwell v Meikle*, 597 F.2d 1273; *Alabama Farm Bureau Mutual Casualty Co. v American Fidelity Life Insurance Co.*, 606 F.2d 602; *Wright v Heizer Corp*, 560 F.2d 236; *Goldberg v Meridor*, 567 F.2d 209 (Tenor: Rule 10(b)-5 kann zum Zuge kommen, wenn board eine Pflichtverletzung oder einen Interessenkonflikt nicht offen legt, und dadurch Anteilseigner ihre Rechte, die ihnen die Einzelstaatenrechte zugestehen, nicht wirksam in Anspruch nehmen können). Vgl. zum möglichen Einsatzfeld auch *Ferrara/Steinberg*, 1980 U.Pa.L.Rev. 263, 287 („*unfairness coupled with either a failure to disclose or an affirmative deception*").

936 Siehe nur die spätere Entscheidung *In re Wells Fargo Securities Litigation*, 12 F.3d 922.

937 Die Abgrenzung zwischen Pflichtverletzung und Betrug kann im Einzelfall natürlich extrem schwierig sein. Siehe dazu *Langevoord*, 1983 Tex.L.Rev. 1247, 1248.

938 Eigentlich ist keine gesetzliche Grundlage für Schadenersatz bei Verletzung der Rule vorgesehen. Die Gerichte haben diese Tür jedoch schon frühzeitig geöffnet, siehe *Kardon v National Gypsum Co.*, 69 F.Supp. 512.

fahren für ein Tätigkeitsverbot anstrengt und Section 10(b)-5 inzident geprüft wird.[939]

(a) "In connection with the purchase or sale of any security"

Mit diesem Tatbestandsmerkmal wird sichergestellt, dass der Betrug sich auf eine Wertpapiertransaktion bezieht[940] und dass der Geschädigte oder Kläger[941] selbst Käufer oder Verkäufer eines Anteiles ist.[942] Es reicht nicht, dass er um eine Erwerbs- oder Verkaufschance gebracht wurde oder dass ihm lediglich ein Kaufangebot gemacht wurde.[943] Für die Frage, was als Kauf und Verkauf anzusehen ist, wird eine weite Auslegung eingeschlagen, die z.B. auch *merger* beinhaltet.[944] Was den Schädiger anbelangt, so haben die Gerichte festgestellt, dass dieser nicht selbst Käufer oder Verkäufer von Wertpapieren sein muss.[945] Vielmehr reicht bereits jedes Statement, dass einigermaßen bewusst die Investmententscheidung eines Investors beeinflussen sollte, um ein *in connection with* annehmen zu können.[946] Eher weit wird schließlich auch der Begriff *securities* ausgelegt, so dass er sich auf alle möglichen Formen handelbarer Papiere bezieht, und es auf eine Registrierung nach dem SA 1933 oder dem SEA 1934 nicht ankommt.[947]

---

939 Vgl. als anschaulichen Fall *Aaron v SEC*, 446 U.S. 680 100 S.Ct. 1945, 64 L.Ed.2d. 611. Siehe auch *Hamilton/Motley/Turner*, Responsibilities, S.37.

940 Probleme bereitete „*in connection with*" bei den *corporate mismanagement* - Fällen dann, wenn eine Wertpapiertransaktion nur ein winziger Teil eines viel umfassenderen Betrugsplanes war, und der Betrug sich weder auf den Wert der Wertpapiere, noch auf die Trading - Entscheidung als solche bezog. (Vgl. tiefergehend *Note*, 1973 Harvard L.Rev. 1007, 1013ff. Der Supreme Court hat in *Superintendent of Ins. v Bankers Life & Cas.Co.*, 404 U.S. 6 für solche Fälle das Tor der Rule 10(b)-5 eröffnet: „*...suffered an injury as a result of deceptive practices touching its sale of securities as an investor*". Vgl. umfassend auch *Lowenfels/Bromberg*, 2001 Bus.Lawyer 1ff.

941 Für die Tätigkeitsverbote reicht es aus, wenn eine Section 10(b) SEA 1934 - Verletzung durch eine private Klage (also nicht durch die SEC) festgestellt wurde.

942 Klargestellt in *Birnbaum v Newport Steel Corp.*, 193 F.2d 461.

943 Vgl. Bailey v Meister Brau, Inc., 320 F.Supp. 539, 544; Levine v Seilon, Inc., 439 F.2d 328; Cooper v Garza, 431 F.2d 578.

944 Vgl. *Drachman v Harvey*, 453 F.2d 722, 733; *Mader v Armel*, 402 F.2d 158, 160; *In re Penn Sec. Litigation,*347 F.supp. 1327, 1333; *SEC v National Sec.,Inc.*, 393 U.S. 453, 464-468. Zu weiteren Einzelheiten muss auf die unüberschaubare Rechtsprechung verwiesen werden.

945 Siehe z.B. *Basic, Inc. v Levinson*, 485 U.S. 224, 108 S.Ct. 978, 99 L.Ed.2d 194; *In re The Leslie Fay Companies, Inc. Securities Litigation*, 871 F.Supp. 686; *In re ZZZZ Best Securities Litigation,* 1994 WL 746649.

946 Vgl. *SEC v Texas Gulf Sulphur*, 401 F.2d 833; *Pelletier v Stuart-James Co*., 863 F.2d 1550; *Ellis v Merril Lynch & Co.,* 664 F.Supp. 979.

947 Vgl. *Hazen*, Law of Securities Regulation, S. 771.

(b) Betrugselement

Einige Schwierigkeiten bereitet die Frage, wie man das subjektive Element eines 10(b)-5 - Verstoßes exakt beschreiben kann. Diese Frage kann unmittelbare Auswirkungen auf den Problemkreis der Tätigkeitsverbote haben. Da der Regelungstext selbst keine genaue Antwort bereithält, hat sich lange Zeit ein Streit darum entfacht, ob die Rule lediglich vorsätzliche oder aber auch fahrlässige Verhaltensweisen erfasst.[948] Der *Supreme Court* hat diese Frage in *Ernst & Ernst v Hochfelder* zugunsten des Vorsatzes entschieden und dabei das Erfordernis eines *scienter*, also eines Wissens, aufgestellt.[949] Gesichert ist dabei, dass man ein *scienter* immer dann problemlos bejahen kann, wenn jemand zielgerichtet bestimmte Informationen falsch darstellt und die Absicht hat, dadurch jemanden zu täuschen.[950] Allerdings ist nach wie vor unklar, wie solche Fälle zu beurteilen sind, in denen jemand nicht zielgerichtet falsche Informationen verbreitet, sondern lediglich grob fahrlässig Angaben macht (sogenannte *recklessness*), über deren Wahrheitsgehalt er bei sorgfältiger Betrachtung selbst zweifeln müsste.[951] Aus den Entscheidungen des *Supreme Court* lässt sich insoweit keine Erkenntnis gewinnen.[952] Auf Grundlage des *Common Law* wurde unter gewissen Umständen das Augen-Verschließen vor der Wahrheit bzw. das Statement-Geben ohne an die Wahrheit der Aussage zu glauben als ausreichend erachtet, um ein *scienter* annehmen zu können.[953] Im Hinblick auf Rule 10(b)-5 gibt es eine Menge *Circuit*- und *District-Court* - Entscheidungen, die in ihrer Mehrzahl *recklessness* als ausreichend für eine 10(b)-5 - Klage angesehen haben.[954] Letzte Gewissheit kann in dieser Frage jedoch bislang nicht erzielt werden.[955] Eine Klärung in Bezug auf die Tätigkeitsverbote drängte sich bis zum *Sarba-*

---

948 Vgl. näher *Mann*, 1970 N.Y.U.L.Rev. 1206.

949 Vgl. *Ernst & Ernst v Hochfelder*, 425 U.S. 185, 96 S.Ct. 1375, 47 L.Ed.2d 668.

950 Vgl. Ernst & Ernst v Hochfelder, 425 U.S. 185, 96 S.Ct. 1375, 47 L.Ed.2d 668: „scienter- an intent to deceive, manipulate or defraud".

951 Eine mustergültige Umschreibung findet sich in *Hollinger v Titan Capital Corp*., 914 F.2d 1564, 1569: „*...highly unreasonable omission, involving not merely simple, or even inexcusable negligence, but an extreme departure from the standards of ordinary care, and which presents a danger of misleading buyers or sellers that is either known to the defendant or is so obvious that the actor must have been aware of it*.".

952 Weder aus *Ernst & Ernst v Hochfelder*, 425 U.S. 185, 96 S.Ct. 1375, 47 L.Ed.2d 668 noch aus *Aaron v SEC*, 446 U.S. 680 100 S.Ct. 1945, 64 L.Ed.2d. 611; vgl. *Bucklo*, 1977 Stanford L.R. 213, 219.

953 Vgl. *Derry v Peek*, 14 App.Cas. 337.

954 Vgl. *In re Wells Fargo Securities Litigation*, 12 F.3d 922; *Breard v Sachnoff & Weaver, Ltd,* 941 F.2d 142; *Backman v Polaroid Corp.,* 893 F.2d 1405; *Sundstrand Corp. v Sun Chemical Corp.,* 553 F.2d 1033; *Hollinger v Titan Capital Corp.*, 914 F.2d 1564, 1568. Bejahend auch *Baumann*, 1979 Geo.L.Rev. 935, 940.

955 Zu neueren Entwicklungen vgl. m.w.N. *Mixter*, 2001 Bus.Lawyer 967, 971f.

nes-Oxley-Act auch nicht auf, denn da Tätigkeitsverbote ohnehin nur bei *substantial unfitness* verhängt werden konnten, war kaum eine Konstellation denkbar, in der jemand lediglich *reckless* gehandelt hätte und man gleichwohl eine *substantial unfitness* bejaht hätte. Nachdem nun jedoch jede *unfitness* ausreichen kann, um ein Tätigkeitsverbot zu verhängen[956], könnte die Frage, ob man bloße *recklessness* für Rule 10(b)-5 ausreichen lässt, erstmalig auch für die Tätigkeitsverbote an Aktualität gewinnen.

Abschließend hat sich im Anschluss an *Ernst & Ernst v Hochfelder* eine Diskussion darüber Bahn gebrochen, ob das *scienter* - Erfordernis lediglich auf die privaten Schadenersatzklagen anzuwenden ist, oder aber auch dann, wenn die SEC selbst gegen Verletzungen der Kapitalmarktgesetze vorgehen will.[957] In *Aaron v SEC* hat der *Supreme Court* jedoch klargestellt, dass auch die SEC ein *scienter* nachweisen muss.[958]

(c) *Materiality*, *reliance*, Kausalität und Schaden

Abgesehen vom Nachweis eines *scienter* muss ein Schadenersatzkläger auch das Vorliegen der sogenannten *materiality* nachweisen. Dabei ist entscheidend, ob ein *vernünftiger* Investor die jeweilige Information als wichtig eingestuft hätte.[959] Es kommt jedoch nicht darauf an, dass der Investor bei Kenntnis der wahren Sachlage anders gehandelt hätte.[960] Schwierigkeiten bereitet die Frage der *materiality* immer dann, wenn Informationen bewusst vorsichtig formuliert worden sind, wenn bloße Prognosen oder sonstige *soft informations* publiziert werden oder wenn es um die Frage geht, ob bestimmte Vorverhandlungen im M&A - Bereich mitteilungsbedürftig sind.[961] Neben der *materiality* kommt es sodann fast immer auch auf die sogenannte *reliance* an.[962] Damit wird anders als bei der objektivierten *materiality* sichergestellt, dass der *individuelle* Investor gerade auch auf Grundlage der jeweiligen Information gehandelt hat.[963]

---

956 Siehe oben S.146.

957 Das Gericht hatte ausdrücklich nur die privaten Schadenersatzklage erwähnt. Vgl. z.B. *Berner/Franklin*, 1976 N.Y.U.L.R. 769, 770 und *Cox*, 1977 Hastings L.J. 569, 589.

958 Vgl. *Aaron v SEC*, 446 U.S. 680 100 S.Ct. 1945, 64 L.Ed.2d. 611.

959 Vgl. *Milton v Van Dorn Co.*, 961 F.2d 965; *TSC Industries, Inc. v Northway, Inc.,* 426 U.S. 438, 449. Siehe auch *Basic, Inc. v Levinson*, 485 U.S. 224, 108 S.Ct. 978, 99 L.Ed.2d 194 (*materiality* bei Fusionsvorverhandlungen).

960 Vgl. *Folger Adam Co. v PMI Industries, Inc.*, 938 F.2d 1529.

961 Zu Einzelheiten siehe *Hazen*, Law of Securities Regulation, S. 794-806.

962 *Reliance* muss nur dann nicht geprüft werden, wenn es um Fälle geht, in denen Informationen *nicht* offengelegt wurden (non-disclosure). Vgl. *Affiliated Ute Citizens of Utah v United States*, 406 U.S. 128, 92 S.Ct. 1456, 31 L.Ed.2d 741.

963 Siehe z.B. *List v Fashion Park,Inc.,* 340 F.2d 457, 462.

Auch dieser Nachweis kann erhebliche Schwierigkeiten bereiten, was in der Rechtsprechung zu Vermutungsregeln und der sog. *fraud on the market* - Theorie geführt hat.[964] Abschließend muss ein Investor, der auf Grundlage der Rule 10(b)-5 vorgehen möchte, auch noch Ausführungen zur Kausalität und zum erlittenen Schaden machen. Einzelheiten insoweit spielen für die Tätigkeitsverbote keine Rolle. Wichtig ist lediglich, dass das Element „Schaden" dann keine Rolle spielt, wenn nicht ein Investor klagt, sondern die SEC selbst gegen einen Direktor vorgeht.[965]

b. Zwischenergebnis

Für den Bereich des Sekundärmarktes ergibt sich grundsätzlich ein relativ breit aufgesetzter tatbestandlicher Ansatz, der aber vor allem durch die hohen Anforderungen in subjektiver Hinsicht begrenzt wird. Letzlich erklärt sich diese Begrenzung aus dem Grundansatz, lediglich Betrugskonstellationen abdecken zu wollen. Es geht also nicht, wie in Ansätzen im englischen Recht, um eine primäre und allgemeine Eignungsüberprüfung.

2. Primärmarkt - Sections 20(e), 8A(f) SA 1933 - Materielle Anforderungen der Sec 17(a)(1) SA 1933

Die Sections 20(e), 8A(f) SA 1933 verweisen zunächst ihrerseits auf Section 17(a)(1) SA 1933. Section 17(a)(1) SA 1933 erfüllt auf dem Primärmarkt annähernd die gleiche Aufgabe, die der Section 10(b) SEA 1934 auf dem Sekundärmarkt zufällt. Die enge Verwandtschaft der beiden Vorschriften lässt sich daran ermessen, dass seinerzeit Rule 10(b)-5 auf der Grundlage des 17(a) - Wortlautes ausgearbeitet worden ist.[966] Trotzdem führt Section 17(a)(1) SA 1933 im Vergleich nahezu ein Schattendasein.[967] Dies lässt sich nur verstehen, wenn man sich einige Besonderheiten vor Augen führt. Anders als die weitgeschnittene Vorschrift für den Sekundärmarkt, erfasst Section 17(a)(1) SA 1933 nur den betrügerischen *Verkauf* von Wertpapieren (*offer or sale*) und kann daher nie auf dem

---

964 Zu Einzelheiten siehe *Hazen*, Law of Securities Regulation, S. 806-816.

965 Siehe *Mutual Shares Corp. v Genesco, Inc.,* 384 F.2d 540, 547; *SEC v Fifth Ave. Coach Lines, Inc.*, 289 F.Supp. 3,40.

966 *Hazen*, 1979 B.C.L.Rev. 819, 844.

967 Von den ohnehin wenigen Fällen finden sich nur ganz vereinzelt solche, in denen Tätigkeitsverbote eine Rolle spielen. Siehe z.B. *Telemarketing Stock Fraud Sweep*, 06.08.2002 (Lit.Rel.No. 17658-17661) (näher oben Fn. 915.)

wichtigen Feld der betrügerischen *Käufe* fruchtbar gemacht werden.[968] Darüber hinaus ist im Zusammenhang mit Section 17(a)(1) SA 1933 noch immer nicht endgültig geklärt, ob die Vorschrift als Grundlage für eine private Schadenersatzklage eines Investors dienen kann.[969] Die große Zahl der 10(b)-5 – Prozesse beruhte aber gerade auf privaten Klagen. Zum Dritten besteht bei Section 17(a)(1) SA 1933 auch, anders als bei Section 10(b) SEA 1934, eine konkurrierende Zuständigkeit der Einzelstaatengerichte und der Bundesgerichte.[970]

Hinsichtlich der tatbestandlichen Bausteine der Section 17(a)(1) SA 1933 ergeben sich im Vergleich zu Section 10(b) SEA 1934 keine Besonderheiten.[971] Zwar hat der *Supreme Court* in *Aaron v SEC* ausdrücklich festgestellt, dass Section 17(a) SA 1933 nicht eines *scienter* - Nachweises bedarf, allerdings galt diese Feststellung nur für Section 17(a)(2),(3) SA 1933, nicht jedoch für Section 17(a)(1) SA 1933.[972]

3. Unfitness

Nachdem festgestellt worden ist, dass eine Person gegen die Primärmarktregelung aus Section 17(a)(1) SA 1933 oder die Sekundärmarktvorschrift aus Section 10(b) SEA 1934 verstoßen hat, ist der äußere Verteidigungswall, der die *d & o – bar orders* umgibt, durchschritten. Auf dem Weg zu einem Tätigkeitsverbot stellt sich jedoch noch eine innere und mindestens ebenso schwer zu überwindende Befestigung in den Weg der Antragsteller: Um eine Invasion zu verhindern, soll dieser Wall nach der Intention des Gesetzgebers nur dann durchschritten werden können, wenn die Antragsteller den Nachweis einer *unfitness* erbringen können. Wie zu zeigen sein wird, hat sich dieses Erfordernis seit Anbeginn der kodifizierten Tätigkeitsverbote als enges Nadelöhr erwiesen. Dieser Befund hängt entscheidend mit der Tatsache zusammen, dass bis zum schon erwähnten *Sarbanes-Oxley-Act* nicht nur eine einfache *unfitness* nachgewiesen werden musste, sondern eine gesteigerte Unfähigkeit und Ungeeignetheit, die

---

968 Vgl. *Hazen*, Law of Securities Regulation, S. 882; *Hazen*, 1978 Va.L.Rev. 641, 646. *Berner/Franklin*, 1976 N.Y.U.L.R. 769, 773.

969 Dagegen z.B.: *Landry v All American Assurance Co.*, 688 F.2d 381; *Shull v Dain, Kalman & Quail, Inc.*, 561 F.2d 152. Dafür *Osborne v Mallory*, 86 F.Supp. 869. Vg. auch *Hazen*, 1978 Va.L.Rev. 641.

970 Vgl. *Hazen*, 1979 B.C.L.Rev. 819, 846.

971 Vgl. *Vizcarrondo/Houston*, 1334 PLI/Corp 853, 881.

972 Siehe *Aaron v SEC*, 446 U.S. 680 100 S.Ct. 1945, 64 L.Ed.2d. 611 mit Verweis auf den Wortlaut ("*statutory language does not refer to intend to defraud"*).

der Gesetzgeber bündig mit *substantial unfitness* zu umschreiben pflegte. Um einschätzen zu können, in welchen Fällen eine Person nach der geltenden Rechtslage als *unfit* angesehen werden kann, kommt man nicht umhin, die Querverbindung zur früher entscheidenden *substantial unfitness* zu ziehen. Diese Notwendigkeit ergibt sich schon daraus, dass die nunmehr geltende Regelung nicht im luftleeren Raum getroffen wurde, sondern gerade als Reaktion auf die Erfahrungen mit der bis dahin geltenden Rechtslage zu werten ist. Aus dem *Sarbanes-Oxley-Act* und aus dessen Entstehungsgeschichte selbst lassen sich jedoch keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, wie der Begriff der *unfitness* verstanden werden darf.[973]

Als der Gesetzgeber 1990 erstmals die *d & o – bar orders* kodifizierte, sollte ursprünglich eine viel weitreichendere Regelung der Tätigkeitsverbote getroffen werden. Der nach den Empfehlungen der *Treadway Commission* zuerst entworfene Gesetzestext sah Tätigkeitsverbote für alle möglichen Verstöße gegen Offenlegungspflichten vor.[974] Weder war eine Beschränkung auf die Sections 17(a) SA 1933 und 10(b) SEA 1934 bezweckt, noch wollte man den Zugang zu Tätigkeitsverboten durch eine *substantial unfitness* einschränken. Wäre dieser Vorschlag umgesetzt worden, hätte schon fahrlässiges Verhalten zu Tätigkeitsverboten führen können.[975] Darüber hinaus wollte man das Urteil über Tätigkeitsverbote ursprünglich nicht allein in die Hände der Gerichte legen, sondern zugleich auch in die der SEC.[976] Eine so weitreichende Regelung stieß jedoch auf massiven Widerstand[977], was zuletzt in einer erheblichen Einengung des Tatbestandes gipfelte und zur *substantial unfitness* führte.[978]

---

973 Ebenso *Barnard*, 2004 Bus.Law. 391ff.

974 Vgl. H.R. 975, 101st Cong., 1st Sess. 135 CONG.REC.H272 (1989) und 135 CONG.REC.S3046-50 (1989). Kritik an diesen weitreichenden Befugnissen findet sich gebündelt bei *Block/Hoff*, 1990 N.Y.L.J. 5ff („*intrude into areas, such as the duties of care and loyalty of directors and officers traditionally left to the states*", "*deprive shareholders of their right to select*", "*provides the SEC with tremendous leverage*", "*ambigious standard of culpability*".

975 Siehe *Barnard*, 1989 Notre Dame L.Rev 32, 33.

976 Massive und grundsätzliche Kritik zum ersten Vorschlag findet sich bei *Barnard*, 1989 Notre Dame L.Rev 32, 38ff.

977 Gebündelt wurde die Kritik durch die *Business Law Section* der *American Bar Association*; siehe *Barnard*, 2002 Tul.L.Rev. 1253, 1256.

978 Man fürchtete, die SEC könnte durch eigene administrative Möglichkeiten zu stark werden. Siehe *Barnard*, 1989 Notre Dame L.Rev 32, 34: „*...unwarranted power and would distort its proper role in maintaining the integrity of the capital markets.*"

a. Die alte *substantial unfitness*

Nachdem die Kodifizierung abgeschlossen war, begannen die Gerichte, den unbestimmten Begriff der *substantial unfitness* mit Leben zu füllen.[979] Dabei orientierten sie sich an einer von der Rechtswissenschaft ausgearbeiteten Grobstruktur, die insgesamt sechs Faktoren heranzog.[980] Eine substantielle Ungeeignetheit sollte demnach davon abhängen (1) wie intensiv eine Gesetzesverletzung ist, (2) ob die betroffene Person als Wiederholungstäter im Hinblick auf die Kapitalmarktgesetze anzusehen ist, (3) wie intensiv die konkrete Person in einen umfassenderen Gesetzesverstoß involviert ist und welche genaue Rolle sie dabei gespielt hat, (4) welchen Grad der subjektiven Vorwerfbarkeit man annehmen kann (*degree of scienter*), (5) welche materiellen Interessen die Person bei der Gesetzesverletzung verfolgte und inwieweit diese befriedigt worden sind und (6) wie wahrscheinlich es ist, dass ein Fehlverhalten erneut zu Tage treten wird.

Nachdem anhand dieser ersten groben Einteilung der Untersuchungsradius abgesteckt wurde, galt es, jedem der einzelnen Elemente ein möglichst subsumtionsfähiges Gewand zu verleihen. Bei der ersten Frage, wie intensiv eine Gesetzesverletzung sein muss, konnten die Gerichte als ersten Fixpunkt Äußerungen der SEC-Verantwortlichen heranziehen. Die SEC wollte *bar orders* nur dann anstreben, wenn es sich um Fälle mit *egregiousness* handelt.[981] Wann eine solche Erheblichkeit jedoch anzunehmen war, ließ sich nur anhand konkreter Fragen beantworten. Dafür baten sich folgende Formulierungen an: (1) Haben die Investoren tatsächliche Verluste erlitten oder nur hypothetische? (2) In welcher Höhe sind die Verluste der Investoren insgesamt und für jeden einzelnen zu beziffern? (3) Wie viele Investoren haben Verluste erlitten? Hat die betroffene Person allein gehandelt oder bediente sie sich der Mithilfe anderer? (4) War der Gesetzesverstoß auf ein Unternehmen begrenzt oder erstreckten sich die Verstöße auf mehrere Schauplätze? (5) Handelte es sich bei der Gesetzesverletzung um eine isolierte Übertretung oder war sie Teil eines breiter angelegten Planes? (6) Wie ist die zeitliche Komponente des Planes ein-

---

979 Vgl. *SEC v Shah*, Fed.Sec.L.Rep. 98,374 und *SEC v Patel*, 61 F.3d 137, 141.

980 Dieser „*six-factor*"- Test geht auf Prof. Barnard zurück, vgl. *Barnard*, 1992 N.C.L.Rev. 1489ff. Er beruht auf Querverbindungen zu anderen Szenarios, in denen Gerichte über persönliche Geeignetheit entscheiden mussten.

981 Siehe *Breeden*, Hearings Before the Subcomm. on Securities of the Senate Comm. on Banking, Housing and Urban Affairs on S. 647, 101th Cong., 1st Sess. 62 (1990), S. 29f.

zuordnen? (7) Hat die Verletzung das Interesse der Öffentlichkeit auf sich gezogen?

Wenn die Auswertung dieses Fragenkataloges nicht zu einer *egregiousness* führte, konnten die Gerichte alternativ danach fragen, ob die betroffene Person schon mehrfach oder sogar chronisch gegen die Kapitalmarktgesetze verstoßen hat.[982] Wenn das der Fall war, sprach einiges dafür, den Weg zu den Tätigkeitsverboten zu eröffnen.

Daneben kam es entscheidend darauf an, welche Rolle die Person bei dem Gesetzesverstoß gespielt hat. Dabei wurde das Tor zu den *d & o – bar orders* eher dann geöffnet, wenn die Person während ihrer Verfehlung als Officer oder Direktor einer *public company* gehandelt hat[983], als wenn sie in einer anderen Funktion, z.B. als bloßer Angestellter, aufgefallen war[984]. Allerdings musste das nicht zwangsläufig in allen Fällen so sein. Anders gewendet, konnte man bei Personen, die nicht in der Führungsetage einer *public company* gehandelt haben, eine Vermutung gegen eine *bar order* annehmen, deren Widerlegung genauester Betrachtung bedurfte. Solche seltenen Fälle konnte man sich z.B. vorstellen, wenn ein Anwalt mehrfach in betrügerische Wertpapiertransaktionen mit seinen Unternehmensklienten verwickelt war[985] oder wenn ein Wirtschaftsprüfer bewusst den Wert eines Unternehmens falsch dargestellt hat, um den Betrug an Investoren zu erleichtern.[986]

Daneben konnten die Gerichte bei der Suche nach der substantiellen Ungeeignetheit auch darauf achten, ob die betroffene Person durch die Verletzung der Kapitalmarktgesetze persönlich finanzielle Vorteile erlangt hat. Wenn beispielsweise jemand als *tipper* nicht selbst gehandelt hat, wird die Wahrscheinlichkeit, dass man ihn als *substantial unfit* einstuft, wesentlich geringer sein, als wenn jemand bewusst Gelder in die eigene Tasche abzweigt.

Für die Frage, ob eine Suspendierung vom Direktorenamt angemessen ist, haben die Gerichte einen Schwerpunkt immer wieder auch auf die

---

982 Diese Testfrage lässt sich aus den Fällen vor der Kodifizierung und aus der Gesetzesentstehung extrahieren.

983 Siehe z.B. *SEC v First Pacific Bancorp*, 142 F.3d 1186, 1188f: komplexer Betrugsplan des *chairman of the board*.

984 Das ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des 1990er-Gesetzes. Vgl. H.R.REP.No. 616, 101st Cong., 2nd Sess. 27 (1990): "*especially appropriate…while serving in a corporate or other fiduciary capacity*".

985 Siehe z.B. *SEC v Electronics Warehouse, Inc*, 689 F.Supp. 53, 65 oder *SEC v Calvo*, 891 F.2d 457.

986 Siehe z.B. *E.S.M. Auditor Seen*, N.Y.Times, 26.09. 1987.

vierte Frage der Grobstruktur gelegt. Ein Tätigkeitsverbot war daher umso wahrscheinlicher, je größer der Grad des *scienter* bei der betroffenen Person war.[987] Wenn jemand lediglich grobfahrlässig gegen Section 17(a)(1) SA 1933 oder 10(b) SEA 1934 verstoßen hatte, wird ein Tätigkeitsverbot nur ganz ausnahmsweise zu rechtfertigen gewesen sein. Das hängt insbesondere mit der letzten Frage der Grobstruktur zusammen:

Immer dann, wenn jemand absichtlich gegen das Kapitalmarktrecht verstoßen hat, haben die Gerichte daraus einen wichtigen Indikator für den Schluss hergeleitet, dass die betroffene Person auch in Zukunft eine Gefahrenquelle für betrügerisches Verhalten darstellt.[988] Gerade diese Zukunftsprognose stellt aber den Kern der Frage dar, ob jemand als *substantial unfit* angesehen werden kann, denn davon hängt ab, ob die Öffentlichkeit weiterhin in Gefahr ist.[989] Die SEC ihrerseits hat sich des Öfteren darüber beklagt, dass die Gerichte für die Verhängung eines Tätigkeitsverbotes immer wieder darauf bestanden haben, dass der Antrag der SEC eine vernünftige Wahrscheinlichkeit drohenden zukünftigen Fehlverhaltens nachweisen kann (*reasonable likelihood of future misconduct*).[990] Genau genommen ist dieses Insistieren jedoch nicht ungewöhnlich, denn jegliche Form von *injunction* setzt eine bestimmte Wiederholungsprognose voraus.[991] Eine Prognose haben die Gerichte besonders dann bejaht, wenn jemand in der Vergangenheit *mehrfach* durch Kapitalmarktverstöße aufgefallen war. Größere Schwierigkeiten waren jedoch zu meistern, wenn eine Person *erstmals* durch einen Verstoß gegen Kapitalmarktgesetze aufgefallen war, dieser Verstoß jedoch als *egregious* einzustufen

---

987 Vgl. z.B. *SEC v Bonastia*, 614 F.2d 908, 913; *SEC v Softpoint, Inc.*, 958 F.Supp. 846, 851; *SEC v First Pacific Bancorp*, 142 F.3d 1186, 1188f: "*high level of scienter*". Siehe insbesondere auch den Posner-Fall, *SEC v. Drexel Burnham Lambert, Inc.,* 837 F. Supp. at 611, 613: *securities law violations with a "high degree of scienter*".

988 Siehe *SEC v Zubkis*, Fed. Sec. L. Rep. (CCH) 90,769. Siehe in anderem Zusammenhang *SEC v Paro*, 468 F.Supp. 635, 649; *SEC v J&B Indus.,Inc.,*388 F.Supp. 1082, 1084; *In re Application of K.B.*, 291 Md. 170, 178.

989 Siehe *Barnard*, 1992 N.C.L.Rev. 1489, 1518. Siehe auch *Perino*,2002 St.John's L.Rev. 671, 697, der herausarbeitet, dass Tätigkeitsverbote insbesondere der Spezialprävention dienen und dass sich gerade daraus das Erfordernis der Wiederholungsgefahr rechtfertigt.
Der Aspekt der Wiederholungsgefahr für den Schutz der Öffentlichkeit wurde auch schon in England herausgearbeitet, vgl. oben bei der Befreiungsmöglichkeit von Tätigkeitsverboten S. 120ff.

990 Dieses Erfordernis hat der SEC auch schon vor 1990 zu schaffen gemacht. Vgl. *SEC v Ingoldsby*, Fed.Sec.L.Rep. 95,351 (*insider trading als „isolated event"*) und *SEC v Scott*, 565 F.Supp. 1513 (trotz irreführenden Prospektes und mehrerer Verstöße in der Vergangenheit kein Erfolg vor Gericht).

991 Vgl. *Maletta/Lang*, in: The Securities Enforcement Manual, S. 136. Siehe z.B auch *SEC v Bilzerian*, 29 F.3d 689, 695; *SEC v Youmans*, 729 F.2d 413, 415; *SEC v Bonastia*, 614 F.2d 908, 912. Siehe auch *Barnard*, 2002 Tul.L.Rev. 1253, 1260. Die Prognose ist nur bei einer *disgorgement order* nicht erforderlich.

war.[992] Ob ein solcher einmaliger schwerwiegender Verstoß ein Tätigkeitsverbot tragen kann, lässt sich nicht mit letzter Sicherheit und noch weniger verallgemeinerungsfähig bestimmen.[993] Ausgeschlossen ist eine solche Annahme jedenfalls weder durch die Spruchpraxis[994] noch durch die Entstehungsgeschichte des *Remedies Act 1990*.[995] Allerdings hat die Rechtsprechung klargemacht, dass ein lebenslanges Tätigkeitsverbot (*lifetime ban*) auch bei einmaligen Verstößen nur denkbar ist, wenn *konkrete* Beweise für eine Wiederholung in der Zukunft vorliegen.[996]

Nachdem einige wesentliche Faktoren analysiert wurden, von denen die Annahme einer *substantial unfitness* abhängt, sei abschließend darauf hingewiesen, dass der „Sechs-Faktoren-Test" nicht als starre Struktur verstanden werden darf. Die Rechtsprechung hat sich insoweit eine angemessene Beweglichkeit vorbehalten. Weder werden die Faktoren als notwendig abgeschlossen betrachtet, noch legen die Gerichte auf Vollständigkeit wert.[997] Als *substantial unfit* kann jemand deshalb auch dann gelten, wenn bei ihm andere Faktoren zusammenkommen oder von den sechs Faktoren nur einige zu bejahen sind.[998] Kritiker kann dieser Befund je-

---

992 Ein spektakulärer erstmaliger Verstoß findet sich in *SEC v Robinson*, 2002 U.S. Dist. LEXIS 12811: „*defendant's violations were not only „egregious", but also „flagrant, indeed one might say outrageous*"; ebenso in *SEC v Softpoint, Inc.,* 958 F.Supp. 846, 851.

993 *Prof. Barnard* hat in 1992 N.C.L.Rev. 1489, 1518f interessante kriminologische Erkenntnisse bei Straftätern im Allgemeinen und sog. *white collar offenders* im Speziellen ausgewertet und kommt zu dem Schluss, dass selbst aus empirischem Material keine zweifelsfreien Schlüsse gezogen werden können. Letztlich, so resümiert sie, komme es auf den Instinkt des Gerichtes an. Die SEC ihrerseits sieht das Problemfeld pragmatischer und befürwortet auch in solchen Fällen Tätigkeitsverbote. Vgl. *Cutler* (Direktor der Division of Enforcement der SEC), Remarks at the Glasser Legal Works 20th Annual Federal Securities Institute (15.02.2002), abrufbar unter www.sec.gov/news/speech/spch538.htm): "*a single, serious beach…in my view, undeniably renders one "substantially unfit" for service as an officer or director*".

994 Siehe nur *SEC v Patel*, 61 F.3d 137, 142: „*not essential...that there be past violations...*".

995 Siehe *S.Rep.No.337*, 101st Cong., 2d Sess. 21 (1990).

996 Vgl. *SEC v Patel*, 61 F.3d 137, 142 ; siehe auch *SEC v Chester Holding Ltd.*, 41 F.Supp.2d 530 bzgl. der Ehefrau, die zuvor nicht gegen Kapitalmarktgesetze verstoßen hatte (Tätigkeitsverbot nur 5 Jahre).

997 Siehe die mustergültige Subsumtion des District Court in *SEC v Patel*, zitiert in *SEC v Patel*, 61 F.3d 137ff: „*that Patel's violations were not egregious in comparison with those of others and in view of the size of the loss avoided; that Patel was a first-time offender; that in his position as officer and director of Par, Patel allowed the false Application to be submitted and obstructed the FDA investigation of the Application by providing a "switched sample" of Maxzide to an FDA inspector; that Patel "showed some scienter in his actions, although he did not engage in clandestine trading*"; *that he was the sole economic beneficiary of his insider trading; and that, because he was a founder of Par and abused his position as officer and director, "the likelihood of future misconduct is sufficient to warrant the imposition of the injunctive relief requested.*"

998 Vgl. *SEC v Patel*, 61 F.3d 137, 141: „*six-factor test…useful in making the unfitness assessment…we do not mean to say that the six factors are the only factors…or even that it is necessary to apply all these factors in every case*".

doch nicht von ihrer Einschätzung abbringen, dass der „Sechs-Faktoren-Test“ eine allzu hohe Hürde markiert hat.[999]

b. Die neue *unfitness*

Die elementare Frage ist nun, ob die gewonnenen Erkenntnisse auf den aktuellen Begriff der *unfitness* übertragen werden können. Die Beantwortung dieser Frage erweist sich als vages Unterfangen. Der Gesetzgeber hat es erneut, wie schon 1990, versäumt, seine Vorstellungen von einer Ungeeignetheit in den Gesetzesmaterialien und in der Kodifikation selbst zum Ausdruck zu bringen.[1000] Daher ist es wiederum an den Gerichten, den Begriff der *unfitness* mit Leben zu füllen. Inwieweit sie sich dabei von ihrer Annäherung an die substantielle Ungeeignetheit entfernen, wird abzuwarten sein. Eine erste gewichtige Stellungnahme aus der Rechtswissenschaft mahnt an, dass man das Hauptaugenmerk auf den Kern der Frage - die Ungeeignetheit im Hinblick auf ein Officer- oder Direktorenamt – legen solle.[1001] Danach sei es entscheidend, ob die Person ein ausreichendes Verständnis ihrer fiduziarischen Rolle habe und ob sie diese Funktion in einer zukünftigen Position professionell und verantwortungsbewusst ausfüllen könne. Als Lackmustest soll dabei die Frage dienen, ob das Verhalten der Person so fernab der Normen professionellen Verhaltens einzuordnen ist, dass eine Rehabilitationsmöglichkeit als ausgeschlossen angesehen werden muss. Mit einiger Weitsicht wird man vorhersagen können, dass die Gerichte auch in Zukunft auf den Nachweis einer Wiederholungsgefahr mit *reasonable likelihood* bestehen werden.[1002]

Da *d & o – bar orders* nunmehr nicht mehr nur noch von den Gerichten verhängt werden können, sondern darüber hinaus durch die SEC, wird eine zentrale Frage auch darauf hinauslaufen, wie die *unfitness* im Zusammenhang mit SEC-Verfahren beschrieben werden kann. Archimedischer

---

999 *Cutler* (Direktor der Division of Enforcement der SEC), Remarks at the Glasser Legal Works 20th Annual Federal Securities Institute (15.02.2002), abrufbar unter www.sec.gov/news/speech/spch538.htm): “*burdensome and overly restrictive test*”. *Langevoort*, 2001 Wash.U.L.Q. 449, 466f: “*What would have been a strong threat becomes much more muted*”. Tendenziell auch *Levy*, 1994 Am.U.L.Rev. 645, 682.

1000 Wünschenswert wären Richtlinien gewesen, wovon *unfitness* abhängen soll (Grad des *scienter*, Art der Gesetzesverletzung, Charakter der Geschädigten, Umfang des Schadens etc.). Erstaunlich ist, dass der Kongress solche Fragen in anderem Zusammenhang detailgetreu geregelt hat, vgl. *Barnard*, 2004 Bus.Law. 391ff.

1001 *Barnard*, 2004 Bus.Law. 391ff.

1002 *Perino*, 2002 St.John’s L.Rev. 671, 696f: “*...courts are likely to continue to insist on a showing of potential future violations*”. Ebenso *Barnard*, 2004 Bus.Law. 391ff: “*In the absence of a clear directive from Congress to the contrary, there is no reason why they should not do so*”.

Punkt dieses Problemkreises muss dabei sein, ob die SEC zur Darlegung einer *unfitness* den Nachweis führen muss, dass die betroffene Person mit *reasonable likelihood* auch in Zukunft durch Fehlverhalten auffallen wird. Gerade dieses letzte Element des „6 – Faktoren - Testes" hatte bekanntlich das Missfallen der SEC auf sich gelenkt und war für deren Reforminitiative ursächlich gewesen.[1003] Ob der Kongress jedoch den Maßstab auf *unfitness* abgesenkt hat, um die SEC vom Nachweis einer Wiederholungsgefahr zu befreien, ist nicht erkennbar.[1004] Die SEC ihrerseits wird mit einiger Sicherheit versuchen, lediglich einen *some risk* - Nachweis zu führen, für den ein einmaliger Verstoß ausreichen würde. Dieser Schluss drängt sich deshalb auf, weil administrative Tätigkeitsverbote der SEC im Rahmen einer *cease-and-desist order* ergehen werden.[1005] Bei einer solchen Order muss die SEC aber regelmäßig nicht den Nachweis erbringen, dass eine Wiederholungsgefahr mit *reasonable likelihood* besteht.[1006] Ob die SEC mit diesem abgesenkten Nachweis auch bei administrativen Tätigkeitsverboten durchdringen kann, wird man abzuwarten haben.[1007] Vernünftigerweise dürfte ein solcher abgesenkter Nachweis nicht ausreichen. Berücksichtigt man die erheblich größeren Auswirkungen, die eine *bar order* im Rahmen einer *cease-and-desist order* im Vergleich zu einer herkömmlichen *cease-and-desist order* hat[1008], ist nicht ersichtlich, warum nicht auch hier wesentlich höhere Anforderungen an den Nachweis der Wiederholungsgefahr gestellt werden müssen.[1009]

[1003] Siehe oben S. 168ff. Siehe auch *Cutler* (Direktor der Division of Enforcement der SEC), Remarks at the Glasser Legal Works 20th Annual Federal Securities Institute (15.02.2002), abrufbar unter www.sec.gov/news/speech/spch538.htm): "*unreasonably high standard*".

[1004] Weder für die gerichtlich angeordneten *bar orders*, noch für die von der SEC verhängbaren Tätigkeitsverbote.

[1005] Vgl. dazu näher unten S.175ff.

[1006] Das gilt zumindest seit *In re KPMG Peat Marvick LLP*, Sec.Exch.Act Rel.No. 43852 (2001): „*Congress intended...that the showing of risk of future violations be significantly less than that required for an injunction....Though some risk is necessary...absent evidence to the contrary, a finding of violation raises a sufficient risk of future violation*" und der leicht abgeschwächten späteren Position der SEC in *In re KPMG Peat Marvick LLP*, Sec.Exch.Act Rel.No. 44050 (2001) und in der gerichtlichen Billigung in *KPMG v SEC*, 289 F.3d 109, 114 (2002).

[1007] *Perino*, 2002 St.John's L.Rev. 671, 696f: "*reasonable to expect more frequent imposition*".

[1008] Die enormen Auswirkungen einer bar order hat der Kongress z.B. bei Tätigkeitsverboten für Bankdirektoren herausgestellt („*...extraordinary power, which can do great harm to the individual affected and to his institution...it must be striktly limited and carefully guarded.*"), vgl. S.Rep.No. 1482, 89th Cong., 2d Sess. (1966). Auch die Gerichte haben die erheblichen Auswirkungen beschrieben: *Anonymous v FDIC,* 619 F.Supp. 872 („*serious hardship*"); *United States v Rubin*, 559 F.2d 975, 992f („*radical measure*").

[1009] Ebenso *Barnard*, 2004 Bus.Law. 391ff.

c. Zwischenergebnis zur *unfitness*

Die Untersuchung hat gezeigt, dass der Begriff der *unfitness* auf dem früheren Begriff der *substantial unfitness* aufbaut, und dass dieser frühere Begriff durch ein fein strukturiertes System ausgeformt worden ist. Für die Zukunft wird abzuwarten bleiben, wie sich die Koordinaten innerhalb dieses Systems verschieben und ob sich im Rahmen der *cease-and-desist order* eine andere Akzentuierung ergibt. Aus der rechtsvergleichenden Perspektive steht diese Frage jedoch nicht im Vordergrund. Der Wert der Erkenntnisse beruht vor allem darauf, dass die strukturbildenden Elemente als solche hervorgetreten sind.

H. Verfahren und Rechtsfolge

Einige abschließende Bemerkungen gelten der verfahrensrechtlichen Ausgestaltung von Tätigkeitsverboten und der Frage der Rechtsfolge. Hinsichtlich des Verfahrens sind das herkömmliche Gerichtsverfahren und die neuen Möglichkeiten der SEC zu unterscheiden.

I. Verfahren bei Antrag vor Gericht

Wenn die SEC ein Tätigkeitsverbot im Rahmen des herkömmlichen Verfahrens anstrengt, kommt es zu einem Antrag bei einem *Federal District Court*, der sich entweder auf Section 20(e) SE 1933 oder Section 21(d)(2) SEA 1934 bezieht. Das Gericht entscheidet dann darüber, ob dem Antrag auf eine *d & o – bar order* entsprochen wird oder ob das *injunction* - Begehren der SEC abgewiesen wird.[1010] Wird tatsächlich ein Tätigkeitsverbot verhängt, bietet diese gerichtliche Verfügung dann im Falle eines Zuwiderhandelns die Basis für weitere zivil- und strafrechtliche Maßnahmen.[1011] Gerichtlich verfügte Tätigkeitsverbote darf man nicht isoliert betrachten, sondern muss sie im großen Zusammenhang der möglichen richterlichen Rechtsfolgenandrohungen sehen. Dabei ergibt sich eine hierarchische Struktur, die von der einfachen *disgorgement* - Anordnung[1012] bis zur *obey-the-law - injunction*[1013] reicht, und in deren Abstufungen das

---

[1010] Vgl. allgemein zum Wesen der SEC Injunctions *Morrissey*, 2001 Tenn.L.Rev. 427ff und *Newkirk*/*Brandriss*, 2000 I.C.C.L.J. 29, 43ff.

[1011] *Maletta/Lang*, in: The Securities Enforcement Manual, S. 137.

[1012] Dadurch müssen rechtswidrig erlangte Vermögensvorteile wieder herausgegeben werden.

[1013] Danach ist dem Adressaten *jegliche* Verletzung der Kapitalmarktrechte untersagt.

Gericht die *bar order* je nach Schwere und Ausmaß des konkreten Falles einzuordnen hat.[1014] Auch innerhalb der *bar order* ist eine hierarchische Strukturierung möglich. Von deren Einzelheiten ist jedoch an anderer Stelle zu handeln.[1015]

II. Verfahren bei *cease-and-desist order*

Neben dem *injunction* - Antrag bei Gericht kommen seit dem erwähnten *Sarbanes-Oxley-Act* von 2002 *d & o – bar orders* auch auf administrativem Wege in Betracht. Ohne auf das Wohlwollen der Gerichte angewiesen zu sein, kann die SEC Tätigkeitsverbote gegenüber Direktoren nunmehr im Rahmen einer *cease-and-desist order* auf Grundlage der Sec. 8A(f) SA 1933 und Sec. 21C(f) SEA 1934 verhängen.[1016] Eine solche *cease-and-desist order* ist ein relativ neues Institut, dass der SEC erst 1990 im Rahmen des *Securities Enforcement Remedies and Penny Stock Reform Act* an die Hand gegeben wurde. Bis dahin waren die administrativen Werkzeuge zur Durchsetzung der Kapitalmarktrechte auf wenige Randgebiete beschränkt,[1017] und der Großteil der SEC - Sanktionen beruhte auf gerichtlich erwirkten *injunctions*. Mit Einführung dieses neuen Werkzeuges war es der SEC schon seit 1990 möglich, Tätigkeitsverbote gegenüber *broker-dealern*, *investment advisern* und anderen *regulated entities* zu verhängen, ohne auf die Mitwirkung der Gerichte angewiesen zu sein.[1018] Ausdrücklich keine Regelung hatte nach Meinungsverschiedenheiten jedoch das Problem der Direktoren – Tätigkeitsverbote auf dem Verwaltungswege gefunden. Mit der neuen Rechtslage ist dieser Unterschied nun beseitigt.

Eine *cease-and-desist order* ist in vielerlei Hinsicht mit einer *injunction* vergleichbar und kann wie diese sehr weitreichende Konsequenzen für den Adressaten haben. Verletzungen der Order führen auch zu einer zivilrechtlichen Verantwortlichkeit vor den Gerichten. Im Gegensatz zu einem Gerichtsverfahren bietet eine *cease-and-desist order* der SEC jedoch einige Vorteile. In aller Regel wird ein Ergebnis viel schneller erreicht und

---

[1014] Näher dazu *Barnard*, 2002 Tul.L.Rev. 1253, 1257f.
[1015] Siehe unten S. 177ff.
[1016] Anders als in England kommt es auf eine Zustimmung der betroffenen Person nicht an. Vgl. dazu oben S. 117ff.
[1017] Vgl. *Maletta/Lang*, in: The Securities Enforcement Manual, S. 137. Erfasst waren *broker-dealer*, *investment adviser* und andere *regulated entities.*
[1018] *Maletta/Lang*, in: The Securities Enforcement Manual, S. 138.

die verfahrensrechtlichen Anforderungen sind in mancherlei Hinsicht weniger streng als vor Gericht.[1019] Neben solchen Effizienzgesichtspunkten spielt eine Rolle, dass die SEC von einem weiten Ermessen Gebrauch machen und so relativ frei bestimmen kann, welche Belastungen sie der betroffenen Person auferlegt.[1020] Diese Rechtsfolgenanordnung wird auch von den Gerichten nur selten abgeändert.[1021] Trotz der offensichtlichen Vorteile bestehen jedoch einige Bedenken, ob die Verknüpfung der *cease-and-desist order* mit den Tätigkeitsverboten nicht als ein Fehlgriff des Gesetzgebers eingeordnet werden muss.[1022] Bedenkt man die Konsequenzen, die *d & o – bar orders* für die betroffenen Personen haben, mutet es bedenklich an, dass die SEC als Kläger und Richter in Personalunion über das berufliche Schicksal der Direktoren entscheiden darf.[1023] Dabei können jedenfalls Tätigkeitsverbote, die sich über längere Zeiträume erstrecken, in ihrer Wirkung strafrechtlichen Sanktionen gleichkommen.[1024] Das würde im Ergebnis jedoch bedeuten, dass auf noch nicht einmal zivilrechtlichem Wege Ergebnisse erzielt werden könnten, die sonst allenfalls unter den strengen Voraussetzungen des Strafrechtes möglich wären. Hinzu kommt, dass die SEC nicht neutraler Part des Verfahrens ist, sondern tendenziell einseitig ihre Positionen durchsetzen wird.[1025]

III. Rechtsfolge

Der Adressat eines Tätigkeitsverbotes darf nicht mehr als *officer* oder *director* von solchen Gesellschaften tätig werden, deren Aktien nach Section 12 SEA 1934 registriert und damit börsennotiert sind oder die gemäß Section 15(d) SEA 1934 verpflichtet sind, bestimmte Berichte an die SEC

[1019] Vgl. *Morrissey*, 2001 Tenn.L.Rev. 427, 463; *Barnard*, 2002 Tul.L.Rev. 1253, 1268.

[1020] Demgegenüber müssen Gerichte im Zweifel immer möglichst eng geschnittene Rechtsfolgen anordnen.

[1021] Vgl. Report of the Task Force on SEC Settlements, 47 Bus.Law. 1083ff: "…courts rarely disturb the sanction imposed as too severe".

[1022] So insbesondere *Barnard*, 2004 Bus.Law. 391ff und *Barnard*, 2002 Tul.L.Rev. 1253ff, die die Maßnahmen des *Sarbanes-Oxley-Actes* als überstürzt einstuft.

[1023] Die *cease-and-desist order* wurde ursprünglich geschaffen, um solche Fälle zu erfassen, in denen die Gefährdung der Investoren gering ist; außerdem ging man davon aus, dass die Konsequenzen einer *cease-and-desist order* weniger einschneidend seien als bei einem Gerichtsurteil. Vgl. *Smith*, 1999 Admin.L.Rev. 1197, 1202.

[1024] Für sog. *occupational bars* wurde der punitive Charakter abgelehnt; vgl. *Hudson v United States*, 522 U.S. 93, 117; *United States v Borjesson*, 92 F.3d 954, 956. Allerdings sind „*lifetime bars*" als quasi-strafrechtlich angesehen worden: *Proffitt v FDIC*, 220 F.3d 855, 860 („*punitive purpose*"); *Johnson v SEC*, 87 F.3d 484, 491 („*punishment*"); *McNabb v SEC*, 298 F.3d 1126, 1133 („*the most serious punishment available*"). Bedenken wegen des Strafcharakters hegte auch schon *Barnard*, 1989 Notre Dame L.Rev. 32, 50ff.

[1025] *Barnard*, 2002Tul.L.Rev. 1253, 1254. Siehe auch schon die früher geäußerten Kritiken oben Fn. 978.

zu senden (*supplementary and periodic information, documents and reports*).

1. Art und Dauer von Tätigkeitsverboten

Nachdem ein Gericht bzw. die SEC zu der Überzeugung gelangt ist, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen einer *bar order* gegeben sind, stellt sich die Frage, in welcher Form und über welchen Zeitraum ein Tätigkeitsverbot verhängt werden soll. Hierbei lässt sich zumindest ein erster Wegweiser dem Gesetz entnehmen. Immer wenn die Kapitalmarktgesetze *d & o – bar orders* vorsehen, wird auf der Rechtsfolgenseite angeordnet, dass ein Verbot „*conditionally or unconditionally, and permanently or for such period of time as it shall determine*" ergehen kann. Allerdings hat es der Gesetzgeber versäumt, die Differenzierungsmöglichkeiten auf der Rechtsfolgenseite näher zu konkretisieren und insbesondere an bestimmte Formen von Verhalten zu knüpfen.[1026] Deshalb verbleibt den Anwendern des Gesetzes ein Gestaltungsfreiraum hinsichtlich der Art und der Dauer. Einschneidende Folgen für den Adressaten können sich insbesondere aus der Dauer des Tätigkeitsverbotes ergeben.[1027] Im Wesentlichen sind folgende Tätigkeitsverbote denkbar, wobei deren Intensität immer weiter ansteigt: Eine bloße Abberufung durch das Gericht, ein zeitlich befristetes und auf ein bestimmtes Unternehmen beschränktes Verbot[1028], ein unbefristetes und auf ein bestimmtes Unternehmen beschränktes Verbot[1029], ein befristetes und auf einen bestimmten Wirtschaftszweig beschränktes Verbot[1030], ein befristetes, funktionales Verbot[1031], ein unbefristetes und auf einen bestimmten Wirtschaftszweig beschränktes Verbot[1032], ein unbefristetes, funktionales Verbot[1033], ein befristetes und für alle Unternehmen geltendes Verbot[1034] und zu guter Letzt ein unbefristetes und für alle

---

[1026] Kritisch insbesondere *Barnard*, 2004 Bus.Law. 391ff, die meint, man hätte die verschiedenen Arten von Tätigkeitsverboten an verschiedene Grade von *unfitness* koppeln können.

[1027] Befristete und dauerhafte Verbote pflegt man der Unterscheidbarkeit wegen als *suspension order* (befristet) und *bar order* (dauerhaft) zu bezeichnen. Abzugrenzen sind diese beiden Formen wiederum von bloßen Abberufungen durch das Gericht, die keine zukünftige Wirkung entfalten (*removal order*); siehe schon oben Fn. 856.

[1028] Sog. *limited-term corporation-specific suspension order*.

[1029] Sog. *permanent corporation-specific bar order*.

[1030] Sog. *limited-term industry-wide suspension order*.

[1031] Sog. *limited-term functional suspension order* (z.B. darf die Person nicht *financial officer* oder – *direktor* eines beliebigen Unternehmens werden).

[1032] Sog. *permanent industry-wide bar order*.

[1033] Sog. *permanent funktional bar order*.

[1034] Sog. *limited-term comprehensive suspension order*.

Unternehmen geltendes Verbot.[1035] Bei der Auswahl des angemessenen Tätigkeitsverbotes hat sich die Rechtsprechung schon frühzeitig Zurückhaltung auferlegt. Sie machte in der Vergangenheit nicht willkürlich von ihrem Ermessen Gebrauch, sondern stellte das Erforderlichkeitskriterium in den Mittelpunkt der Auswahl.[1036] Gleichwohl wurde das letzte aller Mittel, ein dauerhaftes Tätigkeitsverbot, in nicht wenigen Fällen angewandt.[1037] Wie die SEC von ihren neuen Möglichkeiten Gebrauch machen wird, muss man abwarten. Lebenslange Tätigkeitsverbote durch die SEC erscheinen jedoch, wie schon angedeutet, als eine sehr einschneidende Maßnahme, deren rechtssystematische Verankerung mit mehreren Fragezeichen zu versehen ist.[1038]

2. Fehlende Rehabilitationsmöglichkeit

Sobald ein Tätigkeitsverbot ausgesprochen worden ist, gibt es für den Adressaten keine Möglichkeit mehr, die Sanktion später beseitigen zu lassen. Diese Stringenz findet nicht von jeder Seite Zustimmung, denn ein Tätigkeitsverbot macht dann keinen Sinn mehr, wenn es seinen Zweck nicht mehr erfüllt.[1039] Stellt man die Schutzbedürftigkeit der Öffentlichkeit in den Mittelpunkt, müsste ein Tätigkeitsverbot zumindest dann nachträglich aufgehoben werden können, wenn der Adressat keine Gefahr mehr für die Öffentlichkeit darstellt. Eine solche Regelung würde sich auch in die Systematik einpassen, welche man im Vergleich zu anderen Tätigkeitsverboten erhellen kann.[1040]

[1035] Sog. *permanent comprehensive bar order*. Vgl. z.B. die Bestrebungen der SEC gegen einen Enron – director: *SEC*, Litigation Release No. 18582 / February 19, 2004 („*wide-ranging scheme to defraud by manipulating Enron's publicly reported financial results*").

[1036] Vgl. *SEC v Patel*, 61 F.3d 137, 142 :"*Before imposing a permanent bar, the court should consider whether a conditional bar… and/or a bar limited in time… might be sufficient, especially where there is no prior history of unfitness…*".

[1037] Vgl. z.B. *SEC v First Pacific Bancorp*, 142 F.3d 1186, 1193; *SEC v Chester Holdings Ltd*, 41 F.Supp. 2d 505; *SEC v Softpoint, inc.,* 958 F.Supp. 846; *SEC v Zubkis*, Fed. Sec. L. Rep. (CCH) 90,769; *SEC v Tanner,* Lit.Rel.No. 17790; *SEC v Scorpion Technologies, Inc.*, Lit.Rel.No. 17634 ; *SEC v Hollywood Trenz, Inc.*, Lit.Rel.No. 17539; *SEC v Leung*, Lit.Rel.No. 17458; *SEC v Johnson*, Lit.Rel.No. 17717; *SEC v Monus*, Lit.Rel.No. 14716.

[1038] Siehe auch *Barnard*, 2004 Bus.Law. 391ff, Fn. 157ff mit Ausführungen zu dogmatischen Verwerfungen mit dem Strafrecht.

[1039] Erstmals schon *Barnard*, 1989 Notre Dame L.Rev. 32, 40ff.

[1040] Vgl. Barnard, 2004 Bus.Law. 391ff, mit Verweis auf *health care provider, labor union officials* und *banking officials*.

I. Ergebnis zum US-amerikanischen Recht

Will man die wesentlichen Erkenntnisse zu Tätigkeitsverboten im US-amerikanischen Recht kurz zusammenfassen, dann ist grundsätzlich festzuhalten, dass diese nur den Bereich des Kapitalmarktes betreffen. Daneben wird der Anwendungsbereich auf Betrugskonstellationen beschränkt und es geht nicht um eine allgemeine Eignungsprüfung. Erwägungen zur Eignung werden vielmehr erst auf einer zweiten Stufe getroffen und kennzeichnen sich durch klare Strukturierungen. Insgesamt scheint der Bereich der Tätigkeitsverbote seit den negativen Börsenerfahrungen der letzten Jahre vermehrte Beachtung zu erlangen.

KAPITEL 3: DEUTSCHLAND

Im deutschen Recht wird die Frage, ob jemand Geschäftsführer bzw. Vorstand einer Kapitalgesellschaft werden kann, bislang gezielt vom Kapitalgesellschaftsrecht und vom Bankaufsichtsrecht aufgegriffen. Daneben bestehen allgemeine strafrechtliche und gewerberechtliche Anknüpfungspunkte, die jedoch nicht spezifisch auf die Person eines Geschäftsleiters zugeschnitten sind. Im Folgenden sollen zunächst die Möglichkeiten des Kapitalgesellschaftsrechtes und die Querverbindungen zu allgemeinen strafrechtlichen und gewerberechtlichen Vorschriften aufgezeigt werden, bevor danach der Blick auf das Bankaufsichtsrecht gelenkt wird.

J. Anknüpfungen für Bestellungshindernisse im Kapitalgesellschaftsrecht

Der Zugang zur Leitungsebene einer deutschen AG oder GmbH wird – sieht man von der Notwendigkeit der Geschäftsfähigkeit einmal ab[1041] - durch das Gesellschaftsrecht nur in zwei Konstellationen verwehrt: Zum einen, wenn jemand wegen einer Insolvenzstraftat verurteilt worden ist (§ 76 Abs. 3 Satz 3 AktG und § 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG) und darüber hinaus, wenn ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde ein Berufs- oder Gewerbeverbot verhängt hat (§ 76 Abs. 3 Satz 4 AktG und § 6 Abs. 2 Satz 4 GmbHG). Die Zugangsverweigerung tritt dabei automatisch ein. Daneben bestehen allgemeine Mechanismen des Straf- und Verwaltungsrechtes, die in ihrem tatbestandlichen Zuschnitt einen teilweise anderen Schwerpunkt setzen.[1042] Im Folgenden sollen die Regelungen des Kapitalgesellschaftsrechtes als „Bestellungshindernisse“ bezeichnet werden, während die allgemeinen Regelungen des Straf- und Verwaltungsrechtes als „Berufs- und Gewerbeverbote“ bezeichnet werden. Der Begriff „Geschäftsleiter“ meint in der weiteren Darstellung lediglich GmbH-Geschäftsführer und AG-Vorstände.

I. Geschichtliche Entwicklung und Regelungszweck

Die legislatorische Steuerung des Zugangs zu einem GmbH-Geschäftsführer- bzw. AG-Vorstandsamt im GmbHG und im AktG ist ei-

---

[1041] Vgl. §§ 6 Abs. 2 Satz 1 GmbHG, 76 Abs. 3 Satz 1 AktG.
[1042] Im Einzelnen unten S. 187 bis S. 207.

ne vergleichsweise junge Errungenschaft des deutschen Kapitalgesellschaftsrechtes.[1043] Die Bestellungshindernisse wurden erst 1980 im Rahmen der sogenannten „kleinen GmbH-Novelle“ in das Gesellschaftsrecht eingeführt.[1044] Zuvor waren zwar auch schon strafrechtliche und gewerberechtliche Berufsverbote möglich, allerdings war deren praktische Relevanz wegen der allzu engen Voraussetzungen eher gering.[1045] Auf dem Weg zu Bestellungshindernissen wird man zwei wesentliche Stationen ausmachen können: Zum einen verfasste Mitte der 70er Jahre *Klaus Tiedemann* sein bahnbrechendes Werk „Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität“, in dessen erstem Band er eine Ausweitung der Berufsverbote anregte.[1046] Diese Anregung stützte er einerseits auf rechtsvergleichende Erfahrungen, darüber hinaus aber auch auf empirische Untersuchungen, durch die er einen hohen generalpräventiven Effekt von Berufsverboten nachweisen konnte.[1047] Zum zweiten tagte Anfang der 70er Jahre eine vom Bundesjustizministerium eingesetzte Sachverständigenkommission, die sich mit der Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität zu befassen hatte und dabei als einen wichtigen Untersuchungsgegenstand das Konkursrecht der Kapitalgesellschaften analysierte.[1048] Hierbei beleuchtete man auch allfällige Berufsverbote von mehreren Seiten.

In einem ersten Schritt wurden rechtsvergleichend am Beispiel Frankreichs die Einsatzmöglichkeiten von Berufsverboten unter dem Blickwinkel des Konkursrechtes untersucht. Dabei konstatierte die Kommission eine „sehr große und gefürchtete Rolle“ solcher konkursrechtlichen Berufsverbote.[1049] Sodann wurde der Frage nachgegangen, ob im deutschen

---

[1043] Im Gegensatz z.B. zu England, wo Tätigkeitsverbote schon im 19. Jahrhundert eine Rolle gespielt haben, hat sich der Gesetzgeber der Materie erst in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts angenommen.

[1044] Novelle vom 04.07.1980, BGBl I S. 836.

[1045] Vgl. *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, Bd. 1, S. 73; Heidland, in: BMJ (Hrsg.), Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Bd. II (1973), Anlage 2, S. 42. Siehe auch *Assmann/Schneider*, WpHG, § 38 Rn. 43.
Zu den noch immer anzutreffenden Schwierigkeiten siehe *GroßkommStGB/Hanack*, § 70 Rn. 4 (insgesamt nur jährlich rund 70 mal angeordnet). Zu den Unzulänglichkeiten siehe näher unten S. 187ff.

[1046] Vgl. *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, Bd. 1; grundlegende Erwägungen zuvor (1972) auch schon in *Tiedemann*, Juristentagsgutachten, C 90.

[1047] Vgl. *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, Bd. 1, S. 73.

[1048] Siehe *BMJ (Hrsg.)*, Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Bd. II (1973).

[1049] Siehe *von Caemmerer*, BMJ (Hrsg.), Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Bd. II (1973), Anlage 1, S. 10. In Frankreich waren damals Berufsverbote auch möglich, wenn die gebotene Einleitung eines Insolvenzverfahrens nicht angezeigt wurde. Vgl. Art. 108 Loi No 65-563 du 13 juillet 1967. Berufsverbote waren des Weiteren nicht unbedingt an kriminelles Handeln gekoppelt, so dass al-

Recht im Konkursfall die Sanktionsmöglichkeiten gegen Geschäftsleiter ausreichend seien. Hierbei machte der Praktiker *Heidland* bemerkenswerte Ausführungen. Nach seiner Auffassung war es nicht sinnvoll, die *repressiven* Möglichkeiten, insbesondere die strafrechtliche Verfolgung, weiter auszuweiten; vielmehr sollten stattdessen *präventive* Mittel eingesetzt werden.[1050] Er meinte, ähnlich wie auch bei Apothekern, Ärzten, Rechtsanwälten, Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern und dem Führungspersonal von Banken müsse die Führung eines Unternehmens von gewissen Mindestanforderungen abhängig gemacht werden. Dabei sei denjenigen der Zugang zu verwehren, die schon einmal gezeigt hätten, dass sie *ungeeignet* seien, einen Betrieb zu führen.[1051] Offensichtlich schwebte *Heidland* jedoch nicht ein absoluter *ex-ante* - Schutz vor – also eine Zugangskontrolle von vornherein[1052] – sondern nur ein nachgelagerter, der seine Rechtfertigung aus früherer *Ungeeignetheit bei einer Insolvenz* beziehen sollte.[1053] Bloße Ungeeignetheit allein hätte nach diesen Ausführungen also nicht gereicht – eine Bestätigung dafür, dass zentraler Ansatzpunkt der Gläubigerschutz war. *Heidland* ging es bei seinen Überlegungen auch nicht um *automatische* Berufsverbote, sondern lediglich um konkret gefasste Tatbestände, deren Anwendung jedoch im *Ermessen* eines Gerichtes liegen sollte – wobei er anstelle der Strafgerichte die Konkursgerichte als prädestiniert ansah.[1054] Abschließend war sich *Heidland* auch der Tatsache bewusst, dass eine fristlose Zugangsverwehrung nicht durchsetzbar war. Daher plädierte er für *zeitlich begrenzte* Berufsverbote.

Eine teilweise völlig andere Herangehensweise an das Problem der Berufsverbote offenbarte sich hingegen bei dem Kommissionsmitglied *Odersky*. Dieser plädierte scheinbar für ein *generelles* Geschäftsführer - Berufsverbot für solche Personen, die schon eine GmbH in die Insolvenz ge-

---

so nicht auch zwangsläufig der Weg des Strafrechts beschritten werden musste, vgl. Tagungsberichte, Bd II (1973), S. 7.

1050 *Heidland*, BMJ (Hrsg.), Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Bd. II (1973), Anlage 2, S. 42.

1051 Beachtlich ist die wahrscheinlich unbewusste Parallelität zu England und den USA, wo es bekanntermaßen ja auch um die Eignung geht.

1052 Etwa in der Form, dass positiv bestimmte Fähigkeiten, z.B. im Hinblick auf die Buchhaltung und Bilanzierung nachgewiesen werden müssten.

1053 Beispielhaft verwies *Heidland* auf 1) Insolvenzverfahren über eigenes Vermögen eröffnet; 2) bzw. mangels Masse abgelehnt; 3) unterlassene oder mangelhafte Buchführung und Bilanzierung; 4) schuldhafte Verzögerung des Antrages auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens; 5) Herbeiführung des Vermögensverfalles; 6) Konkursdelikte.

1054 Siehe *Heidland*, BMJ (Hrsg.), Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Bd. II (1973), S. 9 und Anlage 2, S. 43f.

führt hatten – unabhängig von der Frage, ob diese Insolvenz durch personelle Defizite oder externe Faktoren herbeigeführt worden war.[1055]

Abgesehen von der materiellrechtlichen Seite allfälliger Bestellungshindernisse hatte sich *Odersky* auch mit dem Problem beschäftigt, wie diese verfahrenstechnisch abgesichert werden können.[1056] Dabei muss man sich klarmachen, dass ungeeignete Personen vor allem bei der GmbH in zweierlei Hinsicht zu mustern sind: Einmal, wenn sie nur Geschäftsleiter werden wollen und daneben, wenn sie eine GmbH erneut gründen wollen.[1057] Beide Fallgruppen werden freilich gerade bei kleinen GmbH allzu oft personell vermischt, weil die Gesellschafter selbst das Geschäftsführeramt übernehmen wollen.[1058] Daher war auch die für Bestellungshindernisse wichtige und nahe liegende Frage zu klären gewesen, ob denn nicht das Registergericht ungeeignete bzw. unzuverlässige Personen von der Gründung einer Kapitalgesellschaft ausschließen können sollte.[1059] Im Ergebnis wurde eine solche Zuständigkeit jedoch unter Hinweis auf die tatsächlichen Möglichkeiten und Kapazitäten des Registergerichtes verneint.[1060] Die Verantwortung sollte vielmehr bei den Strafgerichten und den Gewerbebehörden verbleiben.

Hinzuweisen ist auch darauf, dass *Odersky* für Bestellungshindernisse Personen im Visier hatte, die „…bereits wegen im Wirtschaftsleben begangener Straftaten (Betrug, Untreue usw.) vorbestraft sind, oder solche, die als insolvent bekannt sind, die selbst oder als Organ schon an Konkur-

---

[1055] Siehe *Odersky*, BMJ (Hrsg.), Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Bd. II (1973), S. 11. Allerdings sah auch *Odersky* das Problem der Angemessenheit eines Berufsverbotes für Geschäftsführer, die für die frühere Insolvenz nicht verantwortlich waren.

[1056] Siehe *Odersky*, BMJ (Hrsg.), Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Bd. II (1973), Anlage 5, S. 32-34.

[1057] Die zweite Fallgruppe eröffnet das Tor zu sämtlichen Fragestellungen des Gründungsschwindels (mangelnde Kapitalausstattung, Missbrauch der limitierten Haftung etc.).

[1058] Siehe zum Parallelproblem in England schon oben S. 8f und S. 139ff.

[1059] *Odersky*, BMJ (Hrsg.), Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Bd. II (1973), Anlage 5, S. 32.

[1060] *Odersky* formulierte wie folgt: „…dürfte es kaum möglich sein, die Voraussetzungen für die Versagung der Zulassung zur Betätigung bei der GmbH in Tatbeständen abschließend so zu fassen, dass das Registergericht die Vorraussetzungen des betreffenden Tatbestandes in einem relativ formalen Prüfungsgang feststellen könnte. Noch weniger aber dürfte in Betracht kommen, dem Registergericht generalklauselartig die Wertung zu übertragen, welche Personen wegen Ungeeignetheit oder Unzuverlässigkeit …ausgeschlossen werden sollen. Das würde die Prüfungsmöglichkeiten, aber auch den Verantwortungsbereich und schließlich auch die reale Belastbarkeit des Registergerichts bei weitem überschreiten.“.

sen beteiligt waren…".[1061] Es ging also zumindest ihm nicht nur um die Insolvenzdelikte der §§ 283 – 283d StGB.

Nach tiefgehenderen Beratungen und bereichsweise sorgsamer Abwägung der Vorschläge entschied sich die Kommission letztlich dafür, einen Gesetzesvorschlag zu unterbreiten, der im Wesentlichen die geltende Rechtslage widerspiegelt. Einziger Unterschied war, dass die Kommission neben den Konkursdelikten und den straf- und verwaltungsrechtlichen Berufsverboten noch einen dritten Grund für Bestellungshindernisse vorschlug: die Eintragung in das Schuldnerverzeichnis.[1062] Diese Fallgruppe wurde aber auch innerhalb der Kommission nicht ganz einheitlich bewertet und schließlich auch vom Gesetzgeber nicht übernommen.[1063]

Um das Gesamtsystem der deutschen Bestellungshindernisse verstehen zu können, fragt sich, was die Kommission bewogen hat, die im Einzelnen viel weitergehenden Vorschläge der Berichterstatter zu verwerfen und nur eine recht defensive gesetzliche Regelung vorzuschlagen. Hierbei ging die Kommission davon aus, dass eine allgemeine Ermächtigung oder eine Generalklausel, auf deren Grundlage ein Gericht ungeeignete Personen von der Vertretung einer Kapitalgesellschaft fernhalten könnte, erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt sei.[1064] Verfassungsrechtlich zulässig und im öffentlichen Interesse geboten sei aber eine Regelung, bei der den Personen bei genau umrissenen Voraussetzungen Bestellungshindernisse drohten. Das hielt man jedenfalls bei Konkursdelikten und bei den straf- und verwaltungsrechtlichen Berufsverboten für zweifelsfrei gegeben. Mit den Worten der Kommission: „Diese Entscheidungen sind so bedeutungsvoll und charakterisieren die Persönlichkeit in solch eindeutiger Weise, dass sie die Nichteignung zum gesetzlichen Vertreter einer Kapitalgesellschaft für die Dauer von fünf Jahren stets zur Folge haben sollten."[1065] Im späteren Gesetzgebungsverfahren wurde

---

[1061] *Odersky*, BMJ (Hrsg.), Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Bd. II (1973), Anlage 5, S. 27.

[1062] Vgl. *BMJ (Hrsg.)*, Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Bd. III (1973), S. 28 (Empfehlung 8a) c)). Hintergrund der Empfehlung war, dass jemand, der im Schuldnerverzeichnis steht, in der Regel nicht geeignet ist, eine Geschäftsleitung zu übernehmen.

[1063] Hauptgrund für die Ablehnung: Die Vermutung der *Ungeeignetheit* bei Eintragungen im Schuldnerverzeichnis kommt einer Beweislastumkehr zu Lasten des Betroffenen nahe; daher im Hinblick auf das Grundgesetz (Art. 12) äußerst problematisch. Vgl. auch BT-Drucks. 8/3908, S. 70.

[1064] *BMJ (Hrsg.),* Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Bd. III (1973), S. 28.

[1065] *BMJ (Hrsg.),* Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Bd. III (1973), S. 28.

dann noch einmal erwogen, Bestellungshindernisse auch auf weitere Straftatbestände wie Untreue und Betrug auszudehnen. Der Rechtssausschuss des Bundestages verwarf aber sämtliche Überlegungen.[1066]

Will man die Arbeit der Kommission nach eingehendem Studium der Akten zusammenfassen, so zeigt sich ein vorsichtiger Endvorschlag, der weit hinter dem für erforderlich gehaltenen zurückgeblieben ist, der dafür aber Rücksicht auf das damals Machbare genommen hat – insbesondere im Hinblick auf das Damoklesschwert der Verfassungswidrigkeit und unter Berücksichtigung der gerichtlichen Ressourcen. Ob die Gratwanderung am Rande der Verfassungsmäßigkeit erfolgreich war, wird noch näher zu untersuchen sein.[1067]

Was sich wie ein roter Faden durch sämtliche Erörterungen zieht, ist das Regelungsziel möglicher Bestellungshindernisse: Im deutschen Kapitalgesellschaftsrecht sollen Bestellungshindernisse insbesondere dazu dienen, die *Gläubiger* vor „ungeeigneten" Geschäftsleitern zu schützen, denn die Gläubiger sind oft primär Leidtragende fehlgeschlagener Unternehmenspolitik.[1068] Für das Verständnis der weiteren Ausführungen ist es wichtig, dass man die Beabsichtigung dieser *präventiven* Wirkung im Hinterkopf behält. Dabei sollte man „ungeeignet" aber nicht in dem weiten Sinne verstehen, den das englische Recht dem *unfit* zukommen lässt, sondern enger. Anders als in England, geht es bei den geltenden Bestellungshindernissen nicht um ein *raising of the standards*[1069], sondern nur darum, die wirklich schweren Fälle, gewissermaßen also die „*bad boys*", zu erfassen.[1070]

Wichtig ist auch, dass es nicht um einen umfassenden Schutz der Öffentlichkeit ging, sondern eben ausschließlich um das Interesse der Gläubiger. Keine Beachtung hat die Kommission daher z.B. den Interessen von

---

[1066] Vgl. BT-Drucks. 8/3908, S. 70. Die Sachverhaltsgestaltungen, die einer Verurteilung wegen solcher Straftaten zugrunde liegen, so die Ausschussbegründung, seien zu vielgestaltig und sowohl vom geschützten Rechtsgut wie vom Unrechtsgehalt der Tat her einem Bestellungsverbot nicht in jedem Fall angemessen.

[1067] Vgl. dazu unten S. 349ff.

[1068] Siehe z.B. *BMJ (Hrsg.)*, Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Bd. III (1973), S. 34 (Begründung zu Empfehlung 10). Siehe auch *Heidland*, Anlage 2, S. 40: „betroffenen Gläubiger…empört" und *Begr. RegE*, BT-Drucks. 8/1347, S. 47: „Verbesserter Gläubigerschutz". Gleichgerichtet *Stellungnahme des BRates*, BT-Drucks. 8/1347, Anlage 2, S. 66.

[1069] Vgl. dazu oben S. 8ff.

[1070] Andere Ansätze finden sich noch bei *Heidland*, BMJ (Hrsg.), Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Bd. II (1973), Anlage 2, S. 40: „Gläubiger und Gesamtwirtschaft" sowie „Unvermögen, Leichtsinn oder gar kriminelles Verhalten".

GmbH-Gesellschaftern oder von Aktionären geschenkt. Abschließend sei noch darauf hingewiesen, dass die Einführung der Bestellungshindernisse zwar von der Kommission für alle Kapitalgesellschaften vorgeschlagen wurde, Gegenstand des Diskurses war nach allen verfügbaren Unterlagen aber ausschließlich die GmbH.[1071] Ob die Bestellungshindernisse für die AG gleich wirken, konnte daher von der Kommission auch nicht untersucht werden. Dass die Kommission auch eine mögliche *abschreckende Wirkung* von Bestellungshindernissen bedacht hat, lässt sich nicht erkennen.

Im Folgenden sollen nun zunächst die allgemeinen strafrechtlichen und gewerberechtlichen Berufs- und Gewerbeverbote und deren spezifische Anwendbarkeit auf GmbH-Geschäftsführer und AG-Vorstände dargestellt werden, denn die Anwendbarkeit dieser älteren Mechanismen ist durch die Einführung der speziellen kapitalgesellschaftlichen Bestellungshindernisse keineswegs außer Kraft gesetzt worden.[1072] Im Gegenteil: In Teilbereichen sind diese Mechanismen sogar moderner.[1073] Bei der Darstellung dieser allgemeinen Verbote wird sogleich deren Unzulänglichkeit in der speziellen Materie der Kapitalgesellschaften deutlich werden. Die anschließende Darstellung der kapitalgesellschaftlichen Bestellungshindernisse kann der Leser dann umso besser im Gesamtsystem verorten. Der gewählte Aufbau folgt gleichzeitig und zwangsläufig einer schon für England vorgenommenen Systematisierung in *ausdrücklich anzuordnende* Berufsverbote und *automatisch eintretende* Bestellungshindernisse.

II. Ausdrücklich anzuordnende Berufsverbote

Bei den Berufsverboten sollen zunächst die Möglichkeiten des Strafrechtes dargestellt werden, bevor danach die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Möglichkeiten analysiert werden.

[1071] Ein Bezug zu § 76 AktG findet sich nur ganz kurz in *Begr. RegE*, BT-Drucks. 8/1347, S. 59: „entspricht der gleichen Regelung, wie sie für die GmbH vorgesehen ist…".

[1072] Zwar könnte man wegen der fast gleichförmigen Gesetzesformulierung im GmbHG/AktG und z.B. bei § 70 StGB auf den Gedanken kommen, dass der allgemeinere § 70 hier subsidiär ist, und keine weitergehende Bedeutung mehr im Kapitalgesellschaftsrecht hat. Wie noch zu zeigen sein wird, ist die Stoßrichtung von § 70 jedoch nicht identisch. Daher muss dieser weiterhin anwendbar sein.

[1073] So wurden durch das 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (15.05. 1986) Lücken geschlossen, die gerade auch die 1980 eingeführten §§ 6 Abs. 2 GmbHG und 76 Abs. 3 AktG nicht stopfen konnten. Beispielsweise war § 35 GewO vorher gar nicht auf Geschäftsführer und Vorstände anwendbar, so dass das GmbHG und das AktG solange leer liefen, wie sich die Geschäftsleiter hinter einer gewerbetreibenden juristischen Person „versteckten". Vgl. näher BT-Drucks. 10/318, S. 50, 51.

1. Strafgerichtliche Untersagung eines Berufes oder Gewerbes über § 70 StGB

In § 70 StGB sieht der Gesetzgeber die Möglichkeit vor, im Anschluss an eine strafrechtliche Verurteilung[1074] ein Berufsverbot zu erteilen. Diese Möglichkeit bestand, wie schon geschildert, auch vor Einführung der kapitalgesellschaftsrechtlichen Bestellungshindernisse.[1075] Im Hinblick auf GmbH - Geschäftsführer und Vorstände von Aktiengesellschaften wurde von ihr jedoch selten Gebrauch gemacht.[1076] Das strafrechtliche Berufsverbot ist als eine Maßregel der Besserung und Sicherung ausgestaltet worden, tritt dogmatisch also neben die Führungsaufsicht und die Entziehung der Fahrerlaubnis.[1077] Daher dient die Untersagung der Berufsausübung auch einzig und allein dem Zweck, die Allgemeinheit gegen spezifische Gefahren zu schützen.[1078] Nicht anwendbar ist das Berufsverbot hingegen, um ein Sühnebedürfnis zu stillen, um Schuld auszugleichen oder gar zum Zwecke der Abschreckung – es handelt sich eben gerade nicht um eine Nebenstrafe.[1079]

a. Voraussetzungen

Bei den Voraussetzungen von § 70 StGB ruft das Merkmal der „Anlasstat“ nach Beachtung. Daneben ist von Interesse, was man unter „Missbrauch“ oder „grober Pflichtverletzung“ zu verstehen hat.

[1074] Im Folgenden wird vereinfachend immer von „Straftat“ gesprochen; genau genommen bedarf es jedoch lediglich einer rechtswidrigen Tat. Auf die Frage der Schuld kommt es also nicht an.

[1075] Der Vorläufer der 1962 eingeführten Regelung in § 70 StGB fand sich in § 42 StGB.

[1076] *Heidland*, in: BMJ (Hrsg.), Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Bd. II (1973), Anlage 2, S. 28f.
Vgl. auch zur allgemein spärlichen Anwendung (jährlich nur rund 70 mal) BGH, MDR 1952, 146; *Niederschriften* zur Strafrechtsreform 1962, Bd. 4, S. 91 (Dr. Voll). GroßkommStGB/*Hanack*, § 70 Rn. 4 macht folgende Gründe dafür aus: (1) einschneidender Charakter; (2) Schwierigkeit der Gefahrprognose; (3)faktischer Vorrang von außerstrafrechtlichen Reaktionen.
Noch zum § 42 StGB a.F. machte der damalige Referent des BWirtschaftsministers die Richter für die spärliche Anwendung verantwortlich. Diese legten ihr Hauptaugenmerk auf die Strafe, deren Wesensinhalte Sühne und Abschreckung seien, demgegenüber trete der Sicherungszweck in den Hintergrund. Auch die strengen Voraussetzungen des richterlichen Berufsverbotes seien einer vollen Wirksamkeit hinderlich. Vgl. näher *Niederschriften* zur Strafrechtsreform 1962, Anhang Nr. 13, R 61, S. 444, 446 (Dr. Voll).

[1077] Vgl. StGB, Dritter Abschnitt, Sechster Titel (§§ 61ff).

[1078] Vgl. zur Prävention OLG Stuttgart, StV 1993, 403, 405.

[1079] Lackner, § 70, Rn. 1; Schönke/Schröder/*Stree*, § 70, Rn.1. In manchen europäischen Rechtsordnungen ist das Berufverbot als Nebenstrafe ausgestaltet (Schweiz, Frankreich, Österreich). Diese Möglichkeit wurde für das StGB aber ausdrücklich wegen kriminalpolitischen Bedürfnissen abgelehnt. Vgl. beispielsweise zu den Gesetzesberatungen *Niederschriften* zur Strafrechtsreform 1962, Bd. 4, S. 91 (Dr. Voll).

(1) Anlasstat in Beruf oder Gewerbe

Ein strafrechtliches Berufsverbot gegen einen GmbH-Geschäftsführer oder AG-Vorstand setzt voraus, dass diese Person eine rechtswidrige Tat begangen hat.[1080] Dabei reicht jedoch nicht jede denkbare rechtswidrige Tat aus, sondern diese muss in einer Beziehung zum Beruf oder Gewerbe der betroffenen Person stehen. Genauer gesagt, muss die rechtswidrige Tat gerade im Zusammenhang mit *dem* Beruf oder Gewerbe stehen, dessen weitere Ausübung vom Gericht verboten werden soll.[1081] Da es im vorliegenden Zusammenhang darum geht, Geschäftsführer und Vorstände in Zukunft von einem Mandat abzuhalten, müssen mögliche Straftaten zunächst einmal im Zusammenhang mit einer GmbH oder einer AG aufgetaucht sein, Straftaten in der Privatsphäre müssen hingegen außer Betracht bleiben. Im Folgenden soll es um die Fälle gehen, in denen Geschäftsleiter in Zukunft *generell* von einer Leitungstätigkeit abgehalten werden sollen.[1082]

Einige Schwierigkeiten bereitet aber die genaue Bestimmung der Sphäre im Umkreis der Gesellschaft, in der die Straftaten auftauchen müssen. Das liegt daran, dass nicht klar ist, was man sich unter den Begriffen „Beruf“ oder „Gewerbe“ im hier relevanten Zusammenhang vorzustellen hat und weil sich dem Schrifttum und der oberinstanzlichen Rechtsprechung für den Fall der Geschäftsleiter keine klare Aussage entnehmen lässt.[1083] Reicht es beispielsweise, als Buchhalter einer Bau-GmbH straffällig geworden zu sein, damit das Gericht eine eventuelle GmbH-Geschäftsführertätigkeit verbieten kann? Oder aber muss man die Straftat als Geschäftsführer begangen haben? Die Antwort auf diese Fragen hängt zunächst einmal davon ab, wie der Begriff des Berufes einzugrenzen ist.

Für den Beruf soll charakteristisch sein, dass es sich um eine Lebenstätigkeit handelt, die eine gewisse Sachkenntnis und Aufmerksamkeit fordert

---

[1080] Vgl. dazu § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB. Es kommt also nicht darauf an, ob die Tat als Vollendung oder Versuch begangen wurde oder ob der Verurteilte Täter oder Teilnehmer war. Ebensowenig spielt eine Rolle, ob er schuldhaft gehandelt hat.

[1081] Siehe GroßkommStGB/*Hanack*, § 70 Rn. 52: „…immer nur für den missbrauchten Beruf“. Noch weitgreifender BGHSt 22, 144, 145: „…Strafkammer geht offenbar davon aus, dass die Berufsausübung auch schon dann untersagt werden könne, wenn der Täter ganz allgemein für einen Beruf erworbene Kenntnisse oder Fähigkeiten bei der Begehung von Straftaten verwertet hat. Das ist indessen nicht der Fall…“. Zuvor zu § 42 StGB a.F. schon RGSt 68, 397, 399.

[1082] Davon sind die Fälle zu unterscheiden, in denen nur die Leitung *spezieller* Gesellschaften verwehrt werden soll.

[1083] Von der Rechtsprechung wird der Begriff „Beruf“ im Zusammenhang mit der Leitung einer Kapitalgesellschaft nach Durchsicht aller verfügbaren Entscheidungen nicht näher erörtert.

und auf Dauer gerichtet ist.[1084] Bezogen auf die Leitung einer Kapitalgesellschaft kann man unter diese Definition das Geschäftsführer- oder Vorstandsamt subsumieren.[1085] Zwar handelt es sich dabei nicht um ein „Berufsbild“ im klassischen Sinne[1086], trotzdem werden sowohl Geschäftsführer als auch Vorstände für einen längeren Zeitraum und unter Voraussetzung gewisser Kenntnisse bestellt. Dass es keine Ausbildung zum „GmbH-Geschäftsführer“ oder „Vorstand“ gibt, vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern. Es liegt gewissermaßen in der Natur der Leitungsfunktion, dass sich in ihr Elemente verschiedener Berufsbilder überschneiden.[1087] Demzufolge muss also z.B. auch der Beruf „Buchhalter“ als ein Aliud zum Beruf „Geschäftsführer“ angesehen werden. Verfolgt man diesen Ansatz konsequent weiter, reicht es nicht aus, sich als Buchhalter strafbar gemacht zu haben. Vielmehr muss man gerade als „Geschäftsführer“ straffällig geworden sein, damit ein generelles Berufsverbot im Hinblick auf das Geschäftsführeramt ausgesprochen werden kann.

Gegen diese Ansicht könnte man nun einwenden, dass sie dem Schutzzweck des strafrechtlichen Berufsverbotes – dem Schutz der Allgemeinheit – und darüber hinaus vor allem dem Schutzbedürfnis im Gesellschaftsrecht zuwiderlaufen kann. Wenn beispielsweise ein Buchhalter massiv Bilanzen manipuliert hat, läge es nahe, ihm auch die künftige Geschäftsleitertätigkeit generell zu untersagen, da gerade auch diese Tätigkeit die Möglichkeit der Bilanzmanipulation eröffnet. Eine solche Herangehensweise ließe sich vertreten, wenn man bei einem strafrechtlichen Berufsverbot weniger auf den Beruf als solchen abstellen könnte, als vielmehr auf die ausgeübte Tätigkeit.[1088] Dann ließe sich also in dem gebildeten Beispiel eine Verknüpfung zwischen Buchhalter und Geschäftsführer insoweit herleiten, als beide Aufgaben der Buchhaltung wahrzunehmen haben. Das würde im Ergebnis darauf hinauslaufen, dass man den Beruf „Geschäftsführer“ in sämtliche Aufgabenfelder aufgliedern müsste. Immer dann, wenn die frühere Straftat in einem „Teilaufgabenfeld“ eines

---

[1084] GroßkommStGB/*Hanack*, § 70 Rn. 13. Siehe unter verfassungsrechtlichem Blickwinkel Sachs/*Tettinger*, Art. 12 Rn. 29 und BVerfGE 54, 301, 313, BVerwGE 97, 12, 22.

[1085] Diese Annahme bestätigt ein Blick in die Laiensprache der Praxis; möglich beispielsweise, wenn man über http://www.google.de die Begriffe „Geschäftsführer“ und „Beruf“ verknüpft.

[1086] Zur Berufsbildlehre des BVerfG ausführlicher *Breuer*, in: Handbuch des Staatsrechts, Band VI, § 147 Rn. 35-41.

[1087] So ist ein Geschäftsleiter zumeist sowohl in kaufmännischer als auch in „technischer“ Sicht beansprucht. Vgl. zu den Anforderungen an Geschäftsleiter auch *van Venrooy*, GmbHR 2004, 237, 239.

[1088] Das scheint mit der oberinstanzlichen Rspr. kaum vereinbar. Vgl. stellvertretend BGHSt 68, 144, 145; allerdings wurde der spezielle Fall eines Leiters einer Kapitalgesellschaft nie ausführlich untersucht.

Geschäftsführers aufgetaucht wäre, könnte man der betroffenen Person den Zugang zum Geschäftsleiteramt durch ein Berufsverbot verwehren. Entsprechendes würde für das Vorstandsamt einer Aktiengesellschaft gelten.

Dieser Denkansatz ist im Ergebnis aber mit der geltenden Rechtslage nicht in Einklang zu bringen.[1089] Dagegen spricht zunächst einmal, dass es *den* Geschäftsführer oder *das* Vorstandsmitglied an sich nicht gibt.[1090] Jede Verallgemeinerungsfähigkeit scheitert daran, dass die denkbaren GmbH und Aktiengesellschaften vor allem in ihrer Größe und ihrer wirtschaftlichen Ausrichtung extrem breit gefächert sind. So wird das Tätigkeitsfeld eines Gesellschaftergeschäftsführers einer Ein-Mann-Bau-GmbH sich deutlich von dem einer konzernierten 5000-Angestellten-GmbH unterscheiden. Noch deutlicher zeigen sich die Differenzierungen bei einer AG, wo in der Regel selbst innerhalb des gleichen Vorstandes nicht alle Vorstandsmitglieder die gleichen Aufgaben wahrnehmen.[1091] Ein solch abweichender Denkansatz wäre daher allenfalls in jenen Konstellationen angebracht, in denen eine Gesellschaft ein klar umrissenes Aufgabenfeld hat (z.B. Finanzplanung) und eine frühere Verurteilung genau auf diesem Gebiet lag (z.B. angestellter Finanzmakler).[1092] Dann müsste sich das Berufsverbot jedoch auf spezielle Gesellschaften beziehen.[1093] Von dieser Möglichkeit wird an anderer Stelle zu handeln sein.[1094]

Auch über die Alternative des „Berufszweig-Verbotes“ des § 70 StGB kann der abweichende Denkansatz nicht begründet werden, denn die hier erörterte Konstellation zeichnet sich durch ein „Vom Weniger/Aliud[1095]

[1089] Gleichwohl ist klar, dass diese Auffassung an einem seidenen Faden hängt, dessen Stabilität schwindet, wenn man den Begriff „Beruf“ weitgreifender interpretiert. Es gibt eine gefestigte Rechtsprechung, die ein Berufsverbot auch für eine *Berufsgattung* zulässt. Vgl. stellvertretend BGH NJW 1965, 1388, 1389: „…kann es zulässig sein, einem Journalisten, der sich als Redakteur oder als Verleger strafbar gemacht hat, die Ausübung des Berufs eines Redakteurs und eines Verlegers zu untersagen“:

[1090] Ähnlich *van Venrooy*, GmbHR 2004, 237, 239ff.

[1091] Vgl. z.B. *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, S. 243.

[1092] Mit einem solchen Beispiel *Lutter*, DB 1980, 1317, 1320, der aber weniger an § 70 StGB, als an § 6 Abs. 2 GmbHG gedacht hat. Lutters Beispiel: „Wem die Ausübung der Berufstätigkeit eines Finanzmaklers für die Dauer von 3 Jahren untersagt worden ist, kann in dieser Zeit nicht Geschäftsführer einer Finanzierungs-GmbH sein“.

[1093] Das wiederum ist auf Grundlage des Wortlautes von § 70 Abs. 1 StGB schwer vertretbar, wenn man „Geschäftsleitung“ als eigenen Beruf qualifiziert. Eine solche Lösung ist nur über § 70 Abs. 3 StGB, und dann nur für ganz spezielle Fälle, möglich. Vgl. dazu ausführlich unten S. 196ff.

[1094] Vgl. unten S. 196ff.

[1095] Z.B. bloßer Buchhalter.

zum Mehr[1096]“ aus. Das Berufszweig-Verbot erfasst hingegen den Fall, dass das Berufsverbot nur auf einen Teil des zuvor ausgeübten Berufes erstreckt wird.

Darüber hinaus dürfte das Abstellen auf die ausgeübte Tätigkeit jedoch auch mit der Verfassung schwerlich in Einklang zu bringen sein. Da § 70 StGB ausdrücklich von „Beruf“ spricht, würde ein Abstellen auf die ausgeübte Tätigkeit die Folgen der Strafbarkeit für den Täter ausweiten – das dürfte im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG (Analogieverbot zu Lasten des Täters) bedenklich sein.[1097]

Daher kommen als taugliche Anlasstaten für *generelle* Berufsverbote als Geschäftsleiter also alle Taten in Betracht, die in der Funktion als Geschäftsführer oder Vorstand begangen worden sind.[1098] Abzuscheiden sind demgegenüber Straftaten, die beispielsweise als Handwerker, Sekretär oder leitender Angestellter bei einer GmbH oder AG verübt worden sind. Daraus ergibt sich für die strafrechtlichen Berufsverbote sogleich eine wichtige Erkenntnis: Sie können für Geschäftsführer und Vorstände zwar präventiv eingesetzt werden, ein umfassender richterlicher „Erstschlag“ scheitert aber gerade daran, dass es zunächst ein Fehlverhalten in einer Geschäftsleiterfunktion gegeben haben muss. Selbst wenn sich beispielsweise ein Buchhalter wegen schwerer Untreue zum Nachteil einer GmbH strafbar gemacht hat, kann ihn § 70 StGB nicht daran hindern, später als Geschäftsführer jedweder GmbH (z.B. einer Bau-GmbH) aufzutreten.

Da sich § 70 auch auf ein Gewerbeverbot erstreckt, fragt sich, ob und inwieweit diese Möglichkeit bei GmbH-Geschäftsführern und AG-Vorständen neben dem Verbot des „Berufes“ Sinn macht. Sinnvoll wäre diese Alternative nur dann, wenn die Geschäftsleitung einer GmbH oder AG als ein „Ausüben eines Gewerbes“ angesehen werden könnte. Legt man dem Begriff des Gewerbes eine ältere Definition zugrunde, erscheint dieser Weg gangbar. Danach sollte schon jede dauernde, auf Gelderwerb

---

[1096] Das meint den Geschäftsleiter.

[1097] Allerdings ist nicht ganz unstreitig, ob das Analogieverbot überhaupt auf die Maßregeln der Besserung und Sicherung, zu denen § 70 StGB ja gehört, anwendbar ist. Gegen eine Anwendbarkeit: Alternativkommentar/*Wassermann*, Art. 103, Rn. 46; Sachs/*Degenhart*, Art. 103 Rn. 57. Dafür wohl Maunz/Dürig/*Schmidt-Aßmann*, Art. 103 Rn. 196, 244; Dreier/*Schulze-Fielitz*, Art. 103, Rn. 17. Offengelassen wurde die Frage bei BVerfGE 74, 102, 126.

[1098] Zu beachten bleibt aber der Sonderfall des § 70 Abs. 3 Alt. 1 StGB. Vgl. näher unten S. 196ff.

gerichtete Haupt- oder Nebentätigkeit, die nicht bloße Vermögensverwaltung ist, als Gewerbe angesehen werden.[1099] Allerdings hat diese Definition mit dem Problem zu kämpfen, dass sie keine konturscharfe Abgrenzung zum „Beruf" ermöglicht. Nach neuerem, und mit anderen Rechtsgebieten, wie dem Handelsrecht und dem Gewerberecht gleichlaufendem Verständnis, soll Gewerbe dann anzunehmen sein, wenn ein irgendwie gearteter „Betrieb" in der Absicht dauernder Gewinnerzielung unterhalten wird, und dieser Betrieb auf die Herstellung, Verarbeitung oder den erlaubten Umsatz von Waren, Gütern oder sonstigen Leistungen gerichtet ist.[1100] Mit dieser Definition ist die Geschäftsleitertätigkeit schwerlich zu fassen. Das Hauptproblem ergibt sich daraus, dass ein Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft selbst keinen Betrieb unterhält, also nicht selbständig, sondern vielmehr ähnlich wie ein Angestellter tätig wird.[1101] Bei einer GmbH oder AG wird der Betrieb daher nicht vom Geschäftsleiter unterhalten, sondern von der Gesellschaft selbst.[1102] Damit ist jedenfalls für den Normalfall sicher, dass § 70 StGB in der Alternative des „Gewerbeverbotes" für Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften nicht zum Zuge kommen kann.[1103] Etwas anderes könnte allenfalls für den Extremfall gelten, dass es sich um eine Einmann-Gesellschaft handelt und der Gesellschafter auch Geschäftsleiter werden möchte. Rein wirtschaftlich könnte man sich in diesem Fall auf den Standpunkt stellen, dass das Gesellschaftsinteresse und das Interesse des Gesellschafters parallel laufen und daher dieser als „Gewerbetreibender" anzusehen ist. Rein rechtlich würde eine solche Annahme jedoch die Eigenständigkeit der juristischen Person unterwandern und ist daher abzulehnen.[1104]

Die Alternative des Gewerbeverbotes kann so für den hier untersuchten Bereich eigentlich nur noch dann Sinn machen, wenn die Person, der spä-

---

[1099] Siehe GroßkommStGB/ *Lang-Hinrichsen* (10. Auflage), § 42 Rn. 1.

[1100] GroßkommStGB/*Hanack*, § 70 Rn. 14. Ähnlich das BVerwG (siehe z.B. BVerwG DÖV 1995, 644) in ständiger Rechtsprechung zur Gewerbeordnung: „jede nicht sozial unwertige, auf Gewinnerzielung gerichtete und auf Dauer angelegte *selbständige* Tätigkeit…". Siehe zum Handelsrecht z.B. MüKoHGB/*K.Schmidt*, § 1 Rn. 18 unter Verweis auf BGHZ 63, 32, 33.

[1101] Im Einzelnen bestehen zwischen der Gesellschaft und der Leitungsperson ein Anstellungs- und ein Bestellungsverhältnis.

[1102] Unter dem Blickwinkel des „Kaufmanns" in die gleiche Richtung MüKoHGB/*K.Schmidt*, § 1 Rn. 53 und BGHZ 104, 95, 98; BGH NJW 1996, 1467, 1468.

[1103] Anders gestaltet sich die Anwendbarkeit bei selbständigen Unternehmern und Personengesellschaften.

[1104] Ebenso in Bezug auf „Kaufmann" BGHZ 5, 133, 134 und BGH ZIP 1986, 1457. In Bezug auf das Gewerberecht *Tettinger*/Wank, GewO, § 1 Rn. 27. Etwas anderes kann allenfalls bei „Strohmanngesellschaften" gelten. Dazu ausführlich Landmann/Rohmer/*Marcks*, GewO, § 35 Rn. 73-75.

ter die Geschäftsleitung verwehrt werden soll, Straftaten *als Gewerbetreibende* begangen hatte. Dieser Fall soll an anderer Stelle behandelt werden.[1105]

(2) Missbrauch und grobe Pflichtverletzung

Nachdem sich die Anwendbarkeit des § 70 StGB bei früheren Geschäftsführern und Vorständen auf solche Fälle reduziert hat, in denen diese in ihrer beruflichen Eigenschaft als Leitungspersonen Straftaten begangen haben, bedarf es einer näheren Erörterung, wie die Verbindung zwischen der Straftat und dem Beruf geknüpft werden kann. Diesbezüglich hält § 70 StGB zwei Alternativen bereit: Entweder muss der Beruf gerade missbraucht werden, um Straftaten zu begehen, oder es muss eine grobe Pflichtverletzung im Zusammenhang mit den beruflichen Pflichten festgestellt werden können. Während die erste Alternative Vorsatz erfordert[1106], genügt bei der Pflichtverletzung auch schon Fahrlässigkeit.[1107] Auf den ersten Blick lassen sich daher über die Alternative der fahrlässigen Pflichtverletzung viele Konstellationen fassen. Dem steht jedoch entgegen, dass ein Straftatbestand verwirklicht werden muss, und ein solcher nur dann zum Zuge kommen kann, wenn die fahrlässige Begehung überhaupt unter Strafe gestellt ist[1108]; darüber hinaus bedarf es immer einer *groben* Pflichtverletzung. Für den Fall eines GmbH-Geschäftsführers oder AG - Vorstandes lässt sich schwerlich ein Fall vorstellen, in dem dieser gerade in Ausübung der normalen Geschäftsleitung fahrlässig eine Straftat verwirklicht.[1109] Allenfalls in der Krise ist diese Konstellation denkbar.[1110] Der praktische Schwerpunkt von möglichen Berufsverboten bei Geschäftsleitern wird daher immer auf dem Missbrauchstatbestand liegen.[1111]

[1105] Siehe unten zum Verbot als Geschäftsleiter bei speziellen Gesellschaften S. 196ff.

[1106] Der Geschäftsleiter muss seine Möglichkeiten und Befugnisse bewusst und planmäßig zu Straftaten ausnutzen; vgl. GroßkommStGB/*Hanack*, § 70 Rn. 20; BGHSt 22, 144, 145; BGH MDR 1952, 146.

[1107] GroßkommStGB/*Hanack*, § 70 Rn. 17.

[1108] Daran fehlt es beispielsweise bei §§ 263, 266 StGB, 82 GmbHG, 399, 400 AktG, 331 HGB.

[1109] Anders ist dies z.B. bei einem Arzt, der fahrlässig einen Patienten am Körper verletzt.

[1110] Z.B. Fahrlässige Pflichtverletzung bei Verlust, Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, §§ 84 GmbHG, 401 AktG.
Denkbar ist auch eine fahrlässige Insolvenzstraftat nach §§ 283 – 283d StGB – allerdings würde für diesen Fall ein Berufsverbot nach § 70 StGB wenig Sinn machen, da §§ 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG und 76 Abs. 3 Satz 3 AktG schon ein automatisches Bestellungshindernis anordnen.

[1111] Allerdings wird damit häufig auch eine vorsätzliche *Pflichtverletzung* mitverwirklicht. Vgl. GroßkommStGB/*Hanack*, § 70 Rn. 21.

Abschließend stellt sich die Frage, welche Straftatbestände bei der Leitung einer Kapitalgesellschaft denkbar sind, um ein Berufsverbot zu begründen. Insoweit ist ein bunter Strauß von Straftaten vorstellbar, der sämtliche Stadien von der Gründung bis zur Beendigung einer Gesellschaft umfasst und dessen Aufschnüren den hier gesetzten Rahmen sprengen würde.[1112] Im Einzelnen hat man sowohl an spezialgesetzliche Vorschriften, wie z.B. den Gründungsschwindel nach § 82 Abs. 1 GmbHG bzw. § 399 Abs. 1 AktG, als auch an allgemeine Delikte des StGB, wie Betrug und Untreue, zu denken. Wichtig ist jedoch, dass die jeweilige Straftat gerade in der Eigenschaft als Leitungsperson verwirklicht worden ist und nicht nur „bei Gelegenheit" der Ausübung der Geschäftsleitung.[1113]

(3) Gefahrprognose und Gesamtabwägung

Wegen des einschneidenden Charakters eines strafrechtlichen Berufsverbotes für den Adressaten war man sich schon bei den Gesetzesberatungen der Tatsache bewusst, dass es – über das bloße Vorliegen einer Straftat hinaus – eines weiteren einschränkenden Elementes bedurfte. Dabei schwankte man zwischen einer Einschränkung durch eine „Ungeeignetheit" – Prüfung einerseits und einer „Gefahrprognose" andererseits.[1114] Der entscheidende Unterschied zwischen diesen beiden Möglichkeiten ist, dass das Abstellen auf die Geeignetheit vor allem das *bisherige* Verhalten der betroffenen Person berücksichtigen kann, während eine Gefahrprognose naturgemäß insbesondere *künftiges* Verhalten vorhersagen muss – ein zumeist schwieriges Unterfangen.[1115] Letztlich entschied man sich jedoch für die Prüfung der zukünftigen Gefährlichkeit, was unter der Prämisse des „Schutzes der Allgemeinheit" nachvollziehbar ist.[1116] Daher

---

[1112] Für eine monographische Aufarbeitung bei der GmbH siehe *Kohlmann*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit. Zu Einzelheiten siehe auch unten S. 264ff.

[1113] Siehe z.B. BGH NJW 1983, 2099 für den Fall eines Arztes. Vgl. auch GroßkommStGB/*Hanack*, § 70 Rn. 18 mit Fn. 8.

[1114] Für „Ungeeignetheit" z.B. Dr. Schmidt, Dr. Baldus und Dr. Gallas; vgl. *Niederschriften* zur Strafrechtsreform 1962, Bd. 4, S. 95f.

[1115] Vgl. sehr treffend Dr. Baldus, *Niederschriften* zur Strafrechtsreform 1962, Bd. 4, S. 95: „Auch beim Berufsverbot vermag der Richter eine sichere Prognose nicht erstellen… Wie soll der Richter wissen, welchen Eindruck der Vollzug der Strafe auf den Täter machen wird. Der Gesetzgeber sollte davon ausgehen, dass von dem Täter, der durch eine entsprechende Tat seine Nichteignung bewiesen hat, anzunehmen ist, dass er auch nach Verbüßung der Strafe gefährlich ist".

[1116] Allerdings wurde der Prognosezeitraum von „Entlassung aus dem Strafvollzug" auf „Zeitpunkt des Urteils" verkürzt. Vgl. *BegrRegE* 1962, S. 231.

muss bei einer Leitungsperson einer Kapitalgesellschaft immer geprüft werden, ob die Gefahr besteht, dass diese in Zukunft weitere Straftaten im Rahmen ihres Amtes begehen wird.[1117] Die bloße *Möglichkeit* künftiger Straftaten genügt nach allgemeinen Grundsätzen jedoch nicht; erforderlich ist vielmehr eine nahe liegende Wahrscheinlichkeit.[1118] Darüber hinaus reicht es noch nicht aus, dass generell berufsbezogene Straftaten drohen, sondern es muss sich dabei immer auch um „erhebliche" Straftaten handeln. Aus diesen Restriktionen ergibt sich, mit welchen Schwierigkeiten sich ein Gericht auseinandersetzen muss, wenn es tatsächlich ein Berufsverbot anordnen will. Wenig verwunderlich ist daher auch, dass Einzelheiten in der Rechtsprechung und der Lehre wenig geklärt sind.[1119] Sicher ist allerdings, dass sich die Prognose immer auf *Tatsachen* stützen muss.

Wenn das Gericht tatsächlich zu der Überzeugung gekommen ist, dass eine erhebliche Gefahr weiterer Straftaten besteht, muss es in einem letzten Schritt eine Gesamtwürdigung vornehmen.[1120] In diese können sowohl die Umstände der Anlasstat als auch Eigenheiten des Täters einfließen. So würde man bei einer Leitungsperson beispielsweise berücksichtigen müssen, ob diese generell geeignet ist, die Geschäftsführung wahrzunehmen oder ob nicht vielmehr charakterliche Mängel oder fehlende Kenntnisse und Fertigkeiten anzunehmen sind.[1121] Ebenso würde eine Rolle spielen, ob die „Anlasstat" ein Erstverstoß war, oder ob es sich um einen Wiederholungstäter handelt. Ist die Leitungsperson wegen der Anlasstat erstmalig straffällig geworden, sind an die Anforderungen ihrer weiteren Gefährlichkeit ganz besonders strenge Anforderungen zu stellen. Es spricht dann im Zweifel viel dafür, dass sie bereits durch die Verurteilung zu Strafe von weiteren Taten abgehalten wird.[1122]

[1117] Die zu erwartenden zukünftigen Straftaten müssen ebenso wie die frühere „Anlasstat" eine Beziehung zum Beruf des Geschäftsleiters aufweisen.

[1118] Vgl. GroßkommStGB/*Hanack*, § 70 Rn. 35, 41. Indizcharakter für die weitere Gefährlichkeit kann dabei die „Anlasstat" haben.

[1119] Vgl. GroßkommStGB/*Hanack*, § 70 Rn. 38. Unklar ist beispielsweise, ob die Gefahr weiterer Straftaten der Allgemeinheit drohen muss, oder ob auch die Gefährdung Einzelner ausreicht.

[1120] Diese Gesamtwürdigung muss dann auch das Prinzip der Verhältnismäßigkeit (§ 62 StGB) beachten (Gewicht der begangenen / prognostizierten Taten nebst Gefährlichkeit des Täters in Abwägung mit der Bedeutung und Tragweite des Berufsverbotes).

[1121] Vgl. GroßkommStGB/*Hanack*, § 70 Rn. 42.

[1122] BGH NStZ 1995, 124; BGH WISTRA 1988, 70.

b. Rechtsfolge

Kommt ein Gericht zu der Auffassung, dass die Voraussetzungen für ein strafrechtliches Berufsverbot vorliegen, eröffnet ihm das Gesetz hinsichtlich der Frage des *Ob* und des *Wie lange* ein Ermessen. Zwar ist wenig einsichtig, wie noch ein Spielraum für ein Entschließungsermessen verbleiben soll, nachdem das Gericht die Gefährlichkeit für die Allgemeinheit schon prognostiziert hat[1123], gleichwohl hat der Gesetzgeber sich ausdrücklich gegen ein automatisches Berufsverbot ausgesprochen. Für die Frage der Dauer des Berufsverbotes steckt das Gesetz lediglich die äußeren Grenzen ab. So muss ein Verbot immer für mindestens ein Jahr ausgesprochen werden[1124]; die Maximaldauer ist im Grundsatz auf fünf Jahre beschränkt. Maßgebend für die Bestimmung der Dauer des Verbotes ist allein die Prognose, wie lange die berufsspezifische Gefährlichkeit des Täters vermutlich andauern wird. In diese Vorausschau können sowohl die Umstände der Anlasstat als auch die Persönlichkeit und das soziale Verhalten des Täters einfließen.[1125] Wird eine hohe Dauer oder gar die zeitliche Höchstdauer angeordnet, bedarf dies der besonders eingehenden Begründung durch das Gericht. In absoluten Ausnahmefällen bietet § 70 Abs. 1 Satz 2 StGB sogar die Möglichkeit, ein lebenslanges Berufsverbot anzuordnen. Allerdings wird diese Möglichkeit bei Geschäftsführern und Vorständen kaum jemals denkbar sein. Es müsste sich wegen der strengen Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes schon um schwerste und chronische Berufskriminalität handeln, bei der eine Besserung nicht erwartet werden kann.[1126] Indiziell für solche Fälle würde wirken, dass frühere und zeitlich befristete Berufsverbote ohne Wirkung verstrichen sind. Eine Anwendung auf Ersttäter wird man daher nicht überzeugend vertreten können.[1127]

Die Folgen des Berufsverbotes für Geschäftsführer und Vorstände bestehen in der Verwirkung der Befugnis, das Geschäftsleiteramt innerhalb der

---

[1123] Vgl. zum Für und Wider einer fakultativen Anordnung *Niederschriften* zur Strafrechtsreform 1962, Bd. 4, S. 92, 94 (Dr. Voll, Dr. Lackner).

[1124] Ein Beweggrund für die Mindestdauer ist, dass durch eine längere Dauer der Fernhaltung von einem bestimmten Beruf ein Ungeeigneter umso leichter geneigt ist, sich einem anderen Beruf zuzuwenden. Vgl. *Niederschriften* zur Strafrechtsreform 1962, Bd. 4, S. 91 (Dr. Voll).

[1125] Vgl. GroßkommStGB/*Hanack*, § 70 Rn. 59.

[1126] Vgl. BGH NStZ 1995, 124.

[1127] Grundsätzlich ablehnend auch *Hamann*, Grundgesetz und Strafgesetzgebung, S. 58. Eher ablehnend GroßkommStGB/*Hanack*, § 70 Rn. 63a.

vom Gericht festgesetzten Zeit auszuüben. Zur Vermeidung von Umgehungen durch Strohmänner bestimmt § 70 Abs. 3 StGB, dass der Täter die verbotene Tätigkeit auch nicht *für einen anderen* ausüben oder durch eine von seinen Weisungen abhängige Person *für sich* ausüben lassen darf. Durch die Alternative der „Weisung" wird so verhindert, dass der Adressat als Schattenmann im Hintergrund die Fäden ziehen kann, während ein ihm gutgesonnener bestellter Geschäftsleiter seinen Anweisungen Folge leistet. Diese Konstellation wird insbesondere im Bereich der kleinen GmbH praktische Relevanz erlangen, wo nicht selten Familienmitglieder pro forma eingesetzt werden.[1128]

Über die Alternative „für einen anderen ausüben" erlangt der personale Anwendungsbereich der Geschäftsleiter-Berufsverbote nun doch noch einmal eine Ausweitung. Obwohl an früherer Stelle konstatiert wurde, dass Berufsverbote für Geschäftsführer von GmbH und Vorstände von Aktiengesellschaften nur dann denkbar sind, wenn diese *als Geschäftsleiter* Straftaten begangen haben[1129], sind über Abs. 3 Fälle denkbar, in denen jemand nicht Geschäftsleiter einer GmbH oder AG war, und sich das Berufsverbot gleichwohl auf diese Tätigkeit erstreckt: Wenn einem Handwerker oder Gewerbetreibenden die Ausübung seines Handwerks oder Gewerbes untersagt wurde, dann darf er einen Betrieb auch nicht als Geschäftsführer oder Vorstand einer Kapitalgesellschaft betreiben, deren Unternehmensgegenstand ganz oder teilweise mit dem untersagten Handwerk oder Gewerbe übereinstimmt.[1130] Gegenüber der früheren Aussage ist diese Annahme kein Widerspruch; es handelt sich jedoch hier auf der Rechtsfolgenseite nicht um ein *generelles*, auf alle Gesellschaften bezogenes Verbot, sondern um ein beschränktes. Hintergrund dieser Ausweitung ist jedoch allein der Umgehungsschutz.

Nach alledem kann z.B. dem straffälligen Bauingenieur, nicht jedoch dem delinquenten Buchhalter, untersagt werden, später als Geschäftsführer einer Bau-GmbH tätig zu werden. Dieser Ansatzpunkt sieht die Geschäftsleitung einer Kapitalgesellschaft jedoch nicht aus der Perspektive, dass die Geschäftsleitung an sich Gefahren mit sich bringen kann, sondern allein unter dem Gesichtspunkt, dass eine Kapitalgesellschaft nicht zur

---

[1128] Siehe z.B. *Montag*, Faktische Geschäftsführer, S. 23 und *Dinkhoff*, Faktische Geschäftsführer, S. 17. Aus der Rechtsprechung siehe z.B. BGHZ 31, 258 und BGH NJW 2000, 2285.

[1129] Vgl. oben S. 188ff.

[1130] GroßkommStGB/*Hanack*, § 70 Rn. 83; Tröndle/*Fischer*, § 70 Rn. 11.

Umgehung eines bestimmten Berufsverbotes dienen können soll. Der Bauingenieur soll eben auch nicht unter dem „Deckmantel“ einer GmbH als Bauingenieur tätig werden können. Deshalb ist der Ansatz des Gesetzgebers, *nicht alle* Gesellschaften zu erfassen, sondern nur solche, deren Unternehmensgegenstand betroffen ist, aus seiner Perspektive konsequent.

c. Verfahren

Einzelheiten zum gerichtlichen Verfahren, in dem das strafrechtliche Berufsverbot verhängt wird, interessieren für die vorliegende Untersuchung nicht.[1131] Hinzuweisen ist allein auf die in § 70a StGB angelegte Möglichkeit, das Berufsverbot zur Bewährung auszusetzen, falls sich im Laufe der Zeit herausstellt, dass der Täter doch nicht mehr gefährlich ist. An dieser Möglichkeit zeigt sich erneut, dass das strafrechtliche Berufsverbot allein die Prävention im Blick hat.[1132] Im Übrigen sind Verstöße gegen ein Berufsverbot über § 145c StGB strafbewehrt.

2. Verwaltungsbehördliche Untersagung eines Berufes oder Gewerbes über § 35 GewO

Neben dem strafrechtlichen Berufsverbot hält das deutsche Recht auch immer noch ein verwaltungsrechtlich angeknüpftes Verfahren bereit, über das bestimmte Tätigkeiten verboten werden können. Neben diversen spezialgesetzlichen Regelungen spielt die entscheidende Rolle dabei die Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit nach § 35 GewO.[1133]

a. Personale Anknüpfung bei „zukünftigen“ Geschäftsleitern von GmbH und AG

Bei der Frage der personellen Anwendbarkeit auf Geschäftsführer und Vorstände sollte man sich, um den Überblick über die denkbaren Konstellationen nicht zu verlieren, von der gewünschten *Rechtsfolge* her nähern: Ziel der Untersuchung ist, dass Personen am Ende eines Gewerbeuntersagungsverfahrens die Leitung einer Kapitalgesellschaft (Geschäftsführer,

---

[1131] Vgl. näher z.B. §§ 132a, 413 StGB.

[1132] Vgl. nur Schönke/Schröder/*Stree,* StGB, § 70a Rn. 1.

[1133] Daneben bleiben z.B. § 15 GastG, § 25 PBefG oder § 47 WaffG zu beachten. § 35 GewO gilt selbst nur für das Stehende Gewerbe, ist über §§ 59, 70a GewO aber auch für das Reisegewerbe und den Marktverkehr anwendbar.

Vorstand) nicht mehr übernehmen können dürfen. Hierbei kann es entweder sein, dass die betroffene Person zuvor schon *als* Geschäftsführer oder Vorstand tätig geworden ist und sich das Verfahren auf diese Tätigkeit bezieht. Genausogut ist es aber auch denkbar, dass die betroffene Person zuvor selbst Gewerbetreibender war.

(1) Verfahren bezieht sich auf frühere Gewerbetätigkeit

Wenn die betroffene Person früher ein Gewerbe betrieben hat und sich das Untersagungsverfahren nun darauf bezieht, gelingt die Verknüpfung des Gewerbeuntersagungsverfahrens mit dem hier angestrebten Verbot, als Geschäftsführer oder Vorstand einer GmbH oder AG nicht tätig werden zu können, nicht ohne weiteres. Im Grundsatz ist festzuhalten, dass sich ein Gewerbeverbot immer auf den Gewerbetreibenden selbst bezieht.[1134] Es kann also erst einmal nur der weitere Betrieb eines Gewerbes untersagt werden. Wie aber schon dargestellt wurde, ist für den Begriff des Gewerbes – unabhängig von Definitionsschwierigkeiten im Detail – charakteristisch, dass jemand *selbständig* tätig wird.[1135] Weil aber Leitungspersonen von Kapitalgesellschaften gerade nicht selbständig tätig werden, sondern das Gewerbe immer von der Gesellschaft selbst betrieben wird[1136], verfängt sich das gewünschte Ergebnis hier in einer Sackgasse. Abhilfe schafft jedoch § 35 Abs. 1 Satz 2 GewO, über den das Verbotsverfahren gegen einen früheren Gewerbetreibenden in seiner *Rechtsfolge* ausgedehnt werden kann.[1137] Mit Hilfe dieser Vorschrift kann es der betroffenen Person untersagt werden, als „Vertretungsberechtigter eines Gewerbetreibenden“ tätig zu werden.[1138] Damit kann also die zukünftige Geschäftsleitertätigkeit (Vertretungsberechtigter) bei einer GmbH / AG (Gewerbetreibender) untersagt werden.[1139] Diese Erweiterung hat jedoch nicht die Perspektive des Gesellschaftsrechtes und die Gefahren der Geschäftsleitung an sich im Blick, sondern dient, ähnlich

---

[1134] Vgl. § 35 Abs. 1 Satz 1.

[1135] Siehe schon oben S. 188ff und speziell *Tettinger*/Wank, GewO, § 1 Rn. 25.

[1136] Vgl. *Tettinger*/Wank, GewO, § 1 Rn. 65 und ausführlich im Zusammenhang mit Strohmanngesellschaften Landmann/Rohmer/*Marcks*, GewO, § 35 Rn. 73.

[1137] Diese Vorschrift wurde erst durch das 2. WiKG 1986 eingeführt, um die Umgehung der normalen Untersagung zu verhindern. Zuvor konnte man nämlich einfach eine GmbH gründen, und dort leitend tätig werden. Siehe BT-Drs. 10/318, S. 50.

[1138] Zur Lückenschließungsfunktion der Vorschrift (früher kam man oft nicht an die unzuverlässigen Geschäftsleiter heran!) vgl. BT-Drucks. 10/318, S. 50f.

[1139] So auch Landmann/Rohmer/*Marcks*, GewO, § 35 Rn. 94 a.E.

wie § 70 Abs. 3 StGB, allein dem Schutz vor der Umgehung eines anderen Gewerbeverbotes.[1140]

(2) Verfahren bezieht sich auf frühere Geschäftsführer- oder Vorstandstätigkeit

Denkbar ist auch, dass die betroffene Person schon früher als Geschäftsführer in einer GmbH oder als Vorstand einer AG tätig geworden ist. Zentraler Anknüpfungspunkt für das Verfahren ist dann wiederum der Begriff des „Gewerbes".[1141] Da aber Leitungspersonen von Kapitalgesellschaften nicht selbständig tätig werden, stellt sich diesmal die Frage, ob und in welcher Form § 35 GewO für *frühere* GmbH-Geschäftsführer und AG-Vorstände zur Anwendung kommen kann.

(a) Untersagungserstreckung über § 35 Abs. 1 Satz 2 GewO

Im Grundsatz bleibt zunächst einmal festzuhalten, dass sich ein Gewerbeverbot immer auf den Gewerbetreibenden selbst bezieht.[1142] Daher kann, wenn es um eine frühere Geschäftsleitertätigkeit der betroffenen Person geht, über § 35 GewO im Normalfall nur der Betrieb der gewerbetreibenden GmbH oder Aktiengesellschaft untersagt werden.[1143] Zwar bezieht sich das Gesetz schon in § 35 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GewO auf eine Unzuverlässigkeit der Leitungsperson eines Gewerbebetriebes, allerdings dient dieser Bezug nicht dazu, die Leitungsperson selbst aus dem Verkehr zu ziehen, sondern allein dem Zweck, eine Verhaltenszurechnung zum Gewerbetreibenden – auf der Tatbestandsseite - zu ermöglichen.[1144] Adressat des Verfahrens bleibt immer die gewerbetreibende Gesellschaft. Eine Erweiterung des Adressatenkreises auf die Geschäftsleiter ließe sich allenfalls über den schon erwähnten § 35 Abs. 1 Satz 2 GewO andenken, über den eine Gewerbeuntersagung „auf die Tätigkeit als Vertretungsberechtigter eines Gewerbetreibenden oder als mit der Leitung eines Gewerbebetriebes beauftragte Person" erstreckt werden kann. Was zunächst

---

[1140] Siehe Fn. 1137.

[1141] Vgl. *Tettinger*/Wank, GewO, § 35 Rn. 10.

[1142] Vgl. oben S. 199.

[1143] Aus dem Raster fallen daher auch schon einmal alle nicht gewerbetreibenden GmbH und Aktiengesellschaften.

[1144] Darüber hinaus ist § 35 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GewO auch nicht auf die *gesetzlichen* Vertreter, also Geschäftsführer und Vorstände von GmbH und AG, anwendbar, sondern nur auf vom Gewerbetreibenden *tatsächlich* „Beauftragte". Vgl. Friauf/*Heß*, GewO, § 35 Rn. 31; Landmann/Rohmer/*Marcks*, GewO, § 35 Rn. 67. Bei Geschäftsführern und Vorständen wird vielmehr eine Verhaltenszurechnung (als eigene!) nach allgemeinen Grundsätzen vorgenommen, vgl. *Tettinger*/Wank, GewO, § 35 Rn. 91.

nach einer Untersagung klingt, die gegen die Gesellschaft *und* akzessorisch gegen deren Geschäftsleiter gerichtet werden kann, erweist sich bei näherer Betrachtung jedoch als Irrweg. Es geht bei dieser Konstellation allein um eine *sachliche* Erweiterung der Gewerbeuntersagung – nicht jedoch um eine *personelle*.[1145] Das Verbot, als Vertretungsberechtigter oder Leitungsperson tätig zu werden, beträfe im vorliegenden Zusammenhang also lediglich die gewerbetreibende GmbH oder AG selbst.

(b) Untersagungsverfahren nach § 35 Abs. 7a GewO

Eine personelle Erweiterung auf frühere GmbH-Geschäftsführer und AG-Vorstände lässt sich jedoch über § 35 Abs. 7a GewO herleiten.[1146] Danach kann die Gewerbeuntersagung auch gegen „Vertretungsberechtigte" ausgesprochen werden, was bei Kapitalgesellschaften typischerweise die Geschäftsleiter sind.[1147] Die Regelung soll Gesetzeslücken schließen, die es ermöglichten, ein Gewerbeverbot zu umgehen.[1148] Daraus ergibt sich die wichtige Erkenntnis, dass Geschäftsleiter nach der Intention des Gesetzgebers also nicht primär „wegen der Geschäftsleitung" an sich aus dem Verkehr gezogen werden, sondern wegen des Gewerbeverbotes.

Bevor der Frage nachgegangen werden soll, welche weiteren Voraussetzungen für eine solche Untersagungsverfügung vorliegen müssen, harrt ein nahe liegendes Problem der Klärung: Kann eine Untersagungsverfügung gegen Geschäftsleiter auch unabhängig von der Gewerbeuntersagung gegen die Gesellschaft angestrengt werden oder bedarf es dafür eines bestimmten Zusammenhanges? Von der Beantwortung dieser Frage hängt maßgeblich ab, wie einsatzfreudig das Instrument tatsächlich ist. Beispielsweise könnten so eventuell auch Personen erfasst werden, obwohl die Gesellschaft inzwischen schon liquidiert worden ist oder der Betrieb eingestellt wurde.

Bei der Lösung der aufgeworfenen Frage lassen sich theoretisch zwei Extrempositionen gegenüberstellen. Will man den Gewerbeaufsichtsbehörden schlagkräftige Waffen an die Hand geben, so wird man sich hier auf

---

[1145] Vgl. näher *Tettinger*/Wank, GewO, § 35 Rn. 140f.

[1146] Im Detail bedarf es einer Verknüpfung von § 35 Abs. 7a Satz 3 mit Abs. 1 Satz 2 GewO, weil Abs. 7a allein nur den Fall betrifft, dass jemand unselbständig tätig war und sich die Untersagungsverfügung nur auf zukünftige *selbständige* Gewerbetätigkeiten bezieht! Vgl. z.B. BVerwG GewArch 1996, 241f; *Hahn*, GewArch 1997, 41, 43.

[1147] Vgl. §§ 35 Abs. 1 GmbHG und 78 Abs. 1 AktG.

[1148] Siehe BT-Drucksache 10/318, S. 50f und HessVGH GewArch 1994, 64, 65.

den Standpunkt stellen, eine Untersagungsverfügung gegen den Geschäftsleiter sei gänzlich losgelöst von einem Verfahren gegen die Gesellschaft möglich.[1149] Der betroffene Geschäftsleiter wird hingegen darauf beharren, dass das gegen ihn angestrengte Verbotsverfahren streng an das Vorliegen einer Verfügung gegen die Gesellschaft gekoppelt ist.[1150] Richtigerweise wird man einen Mittelweg einschlagen müssen: Der Wortlaut und die Systematik von § 35 Abs. 7a GewO sprechen für eine eingeschränkte Akzessorietät.[1151] Da das Verfahren gegen den Geschäftsleiter laut § 35 Abs. 7a Satz 2 GewO „fortgesetzt" werden kann, hängt zwar die *Einleitung* des erweiterten Verfahrens von einem Untersagungsverfahren gegen die Gesellschaft ab, nicht jedoch dessen *Fortsetzung*. Daher bedarf es zwar zunächst immer eines Verfahrens gegen die Gesellschaft; selbst wenn deren Betrieb jedoch zwischenzeitlich eingestellt worden sein sollte, kann der Geschäftsleiter noch erreicht werden.[1152] Diese Sichtweise des Abs. 7a ermöglicht ein gezielteres Einschreiten der Behörde, denn bei einer GmbH mit einem unzuverlässigen Geschäftsführer kann es ausreichen, die Untersagung gegen diesen zu richten, so dass eine Untersagung gegen die GmbH als Gewerbetreibende dann nicht mehr erforderlich ist.[1153]

b. Sachliche Anknüpfung

Nachdem Gewissheit erlangt wurde, welche Konstellationen zu der gewünschten Rechtsfolge führen können, muss geklärt werden, welche Voraussetzungen dafür vorzuliegen haben. Die zentrale Frage ist dabei, ob die betroffene Person unzuverlässig ist. Der Begriff der Unzuverlässigkeit eröffnet wegen seines weiten Anwendungsbereiches und wegen der fehlenden gesetzlichen Konkretisierung ein weites Feld, so dass eine detailgetreue Darstellung weit greifen würde.[1154] Im Folgenden sollen daher nur

---

[1149] So z.B. noch *Heß*, GewArch 1994, 360, 362 für den Fall des Widerrufs der Gewerbeerlaubnis. Diese Auffassung lässt sich wohl nur über eine Analogie zu Abs. 7a GewO (zu Lasten des Betroffenen) vertreten. Das ist jedoch abzulehnen.

[1150] So Teile der Literatur und Rechtsprechung unter Verweis auf den Wortlaut „auch". Vgl. VGH BW GewArch 1994, 373, 374, 420; HessVGH GewArch 1993, 159, 160; Landmann/Rohmer/*Marcks*, § 35 Rn 192.

[1151] So auch *Tettinger*/Wank, GewO, § 35 Rn. 223ff; BVerwG GewArch 1996, 241, 242; HessVGH GewArch 1998, 289, 290. Etwas großzügiger OVG NW GewArch 1998, 113.

[1152] In diese Richtung auch *Laubinger*, VerwArch 1998, 145, 181. Die Aufgabe des Gewerbes vor Eröffnung des Verfahrens nach Abs. 7a GewO reicht hingegen nicht! (vgl. dazu OVG Nds. GewArch 1998, 30, 31).

[1153] So auch Friauf/*Heß*, § 35 Rn. 194a.

[1154] Siehe für Einzelheiten Landmann/Rohmer/*Marcks*, § 35 Rn 28ff.

die spezifischen Aspekte der Unzuverlässigkeit im Hinblick auf das Führen einer Kapitalgesellschaft herausgearbeitet werden.

(1) Unzuverlässigkeit

In den Fällen, in denen jemand zunächst einmal selbst ein Gewerbe betrieben hat und es nun darum geht, ihm in Zukunft den Zugang zu einem Geschäftsführer- oder Vorstandsamt zu verwehren, muss neben der Unzuverlässigkeit in Bezug auf das Gewerbe auch festgestellt werden, dass die Person unzuverlässig als Leitungsperson ist.[1155] Wenn die Person zuvor schon als Geschäftsführer oder Vorstand bei einer GmbH oder AG tätig geworden ist, geht es ebenso um die Unzuverlässigkeit in der Funktion als Leitungsperson.[1156] Allerdings dürfte dieser Fall für die Behörde leichter zu handhaben sein, da sie schon auf spezielles Geschäftsleiterverhalten in der Vergangenheit zurückgreifen kann.

In jedem Fall handelt es sich bei der Frage nach der Unzuverlässigkeit um eine Prognose, ob die betroffene Person ihre Tätigkeit in Zukunft ordnungsgemäß ausüben wird.[1157] Die Prognose ist dabei an bestimmte Tatsachen gebunden.[1158] Diese in der Vergangenheit liegenden Tatsachen bilden den gegenwärtigen Erkenntnisstand der Behörde und sind damit Grundlage für die zukunftsgerichtete Entscheidung. Allerdings müssen die Tatsachen einen Bezug zum ausgeübten Gewerbe aufweisen.[1159] Hat jemand beispielsweise mehrfach *als Gewerbetreibender* Gelder veruntreut, wird die Behörde diese Tatsache auch für die Frage berücksichtigen können, ob die Person in Zukunft ein Geschäftsleiteramt besetzen können soll. Einfacher gestaltet sich die Prognose natürlich, wenn die Veruntreuungen beispielsweise schon in der Funktion als GmbH-Geschäftsführer aufgetreten sind. Die Prognose muss dabei auf mehr als bloße Zweifel gestützt werden, fester Gewissheit bedarf es allerdings nicht.[1160] Denkbar ist, dass jemand Eigentums- oder Vermögensstraftaten begangen hat[1161], gewerbebezogene Steuern nicht bezahlt[1162] hat oder sozialversicherungs-

---

[1155] Vgl. § 35 Abs. 1 Satz 2 GewO.
[1156] Siehe z.B. HessVGH GewArch 1994, 238, 239 und HessVGH GewArch 1998, 289, 290.
[1157] So speziell für das Gewerbe BVerwG 65, 1f; *Laubinger*, VerwArch 1998, 145, 148.
[1158] Siehe etwa *Badura*, in: Schmidt-Aßmann, BesVwR, Rn. 131; Landmann/Rohmer/*Marcks*, § 35 Rn 31.
[1159] Vgl. BVerwG GewArch 1961, 166.
[1160] Siehe Landmann/Rohmer/*Marcks*, § 35 Rn 32.
[1161] Z.B. BVerwG GewArch 1965, 7 (Gebrauchtwagenhändler und Untreue und Betrug); OVG Rheinl. Pfalz GewArch 1967, 204 (Baustoffgroßhandel und Betrug und Unterschlagung).
[1162] Siehe Landmann/Rohmer/*Marcks*, § 35 Rn 49 mit umfangreicher Rechtsprechung.

rechtlichen Pflichten nicht nachgekommen ist[1163]. Darüber hinaus wird bei der Frage der Unzuverlässigkeit in Bezug auf ein bestimmtes *Gewerbe* diskutiert, ob dafür mangelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ausreichen kann.[1164] So soll man von einem Gewerbetreibenden erwarten können, dass er bei anhaltender wirtschaftlicher Leistungsunfähigkeit ohne Rücksicht auf die Ursachen seiner wirtschaftlichen Schwierigkeiten seinen Gewerbebetrieb aufgibt.[1165] Diese Argumentation wird man auf den Fall übertragen können, in dem es um die Geeignetheit als Geschäftsführer oder Vorstand geht. Wer schon sein eigenes Gewerbe nicht rechtzeitig aufgegeben hat, wird wohl auch als Leitungsperson einer Kapitalgesellschaft nicht rechtzeitig eine Einstellung des Betriebes veranlassen. Abschließend wird im Zusammenhang der Gewerbe - Unzuverlässigkeit auch diskutiert, ob mangelnde Sachkunde ein hinreichender Grund für eine Untersagung sein kann.[1166] Allerdings ist anerkannt, dass dieser Unzuverlässigkeitstatbestand für sich nur in Ausnahmefällen ausreicht, weil man sonst durch die Hintertür eine Sachkundenachweispflicht statuieren könnte.[1167] Wo – wie bei der Leitung einer Kapitalgesellschaft – das Gesetz nicht ausdrücklich eine bestimmte Sachkunde als Zugangsvoraussetzung vorschreibt, kann die Fallgruppe nur zum Zuge kommen, wenn elementarste Kenntnisse und Fähigkeiten fehlen.[1168] Bei einer GmbH oder AG kann man sich diesen Fall nur sehr schwer vorstellen.

(2) Erforderlichkeit

Neben der Unzuverlässigkeit der betroffenen Person im Hinblick auf die Leitung einer GmbH oder AG muss die zuständige Behörde immer auch prüfen, ob eine Untersagungsverfügung erforderlich ist. Das ergibt sich für eine Untersagung bei früherem Betrieb eines Gewerbes nicht ausdrücklich aus § 35 Abs. 1 Satz 2 GewO, wird aber von der Rechtsprechung für notwendig gehalten.[1169] Für eine Untersagung bei früherer Lei-

---

[1163] Einzelheiten und Entscheidungen bei Landmann/Rohmer/*Marcks*, § 35 Rn 55f.

[1164] Landmann/Rohmer/*Marcks*, § 35 Rn 45ff; restriktiver Friauf/*Heß*, § 35 Rn. 61; *Kramer*, Der Schutz des Kundenvermögens, S. 136. Vgl. auch BVerwGE 65, 1, 4; BVerfG GewArch 1995, 242, 243.

[1165] Siehe BVerwGE 65, 1, 4.

[1166] Befürwortend *Fröhler/Kormann*, GewO, § 35 Rn 27; Friauf/*Heß*, GewO, § 35 Rn 74; *Tettinger*/Wank, GewO, § 35 Rn. 71.

[1167] BVerfGE 19, 330, 338; BVerfGE 34, 71, 78; *Laubinger*, VerwArch 1998, 145, 155; *Tettinger*, AöR 1983, 92, 120.

[1168] Vgl. *Tettinger*/Wank, GewO, § 35 Rn. 71.

[1169] Vgl. BVerwG GewArch 1995, 116 und 159; siehe auch Landmann/Rohmer/*Marcks*, GewO, § 35 Rn. 91.

tungstätigkeit ergibt sich das Erfordernis aus dem Verweis in Abs. 7a Satz 3 GewO.

Erforderlich ist eine Untersagung künftiger Leitungstätigkeit bei einer GmbH oder AG dann, wenn nicht auszuschließen ist, dass die betroffene Person ihre Tätigkeit als Leitungsperson einer GmbH oder AG auch in Zukunft fortsetzen oder erstmals aufnehmen wird.[1170] Das wird man bei einem früheren Gewerbetreibenden insbesondere dann annehmen können, wenn sich die Ausübung der leitenden unselbständigen Tätigkeit aufgrund seines beruflichen Werdeganges und persönlichen Lebenszuschnittes oder wegen der Erstreckung der Untersagung auf einzelne oder sogar alle Gewerbe für ihn als einzig akzeptable Alternative darstellt.[1171]

Darüber hinaus ist immer auch zu prüfen, ob die Untersagungsverfügung verhältnismäßig im engeren Sinne ist.[1172] Unverhältnismäßigkeit wird man bei Bejahung der Erforderlichkeit jedoch nur in extremen Ausnahmefällen annehmen können.[1173] Insbesondere wird man ein *auf alle* Gesellschaften ausgeweitetes Verbot, als Geschäftsleiter tätig zu werden, nicht als unverhältnismäßiges „allgemeines Berufsverbot“ ansehen können. Denn immerhin kann der Betroffene ja nach wie vor eine abhängige Beschäftigung unterhalb der Leitungsebene aufnehmen.[1174]

c. Rechtsfolge

Wenn die zuständige Behörde zu der Überzeugung gekommen ist, dass die betroffene Person im Hinblick auf die Ausübung eines GmbH-Geschäftsleiter- oder AG-Vorstandsamtes unzuverlässig ist, eröffnet sich ihr auf Rechtsfolgenseite ein Entschließungsermessen.[1175] Wenn sie von ihrem Ermessen dergestalt Gebrauch macht, dass eine Untersagung ausgesprochen wird, entfaltet diese Entscheidung so lange Rechtswirkungen, bis entweder eine Wiedergestattung nach § 35 Abs. 6 GewO anzunehmen ist oder allgemeine verwaltungsrechtliche Mittel die Rechtswirkung be-

---

[1170] Vgl. für den Fall des früheren Betriebes eines Gewerbes: HessVGH GewArch 1994, 23 und *Dickersbach*, WiVerw 1982, 65, 77. Für den Fall der früheren Tätigkeit als Geschäftsführer oder Vorstand: BVerwG GewArch 1996, 241, 243; VGH BW GewArch 1994, 373, 374; *Tettinger*/Wank, GewO, § 35 Rn. 233.

[1171] Siehe Landmann/Rohmer/*Marcks*, GewO, § 35 Rn. 94.

[1172] Siehe *Tettinger*/Wank, GewO, § 35 Rn. 115 und 147.

[1173] Siehe BVerwG GewArch 1995, 114, 115f.

[1174] Ähnlich auch HessVGH GewArch 1994, 238, 239.

[1175] Dies gilt für alle hier vorgestellten Konstellationen. Vgl. § 35 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 7a GewO (jeweils „kann“). Vgl. auch BVerwG GewArch 1992, 298, 299; BVerwG GewArch 1995, 200.

enden.[1176] Nebenher kann die Behörde auch von einem Auswahlermessen Gebrauch machen. Während sich die Untersagungsverfügung grundsätzlich nur auf die konkrete Gesellschaft bezieht, was einem bloßen Abberufungsverlangen gleichkommt, kann sie ausnahmsweise auch auf zukünftige unselbständige Tätigkeiten erstreckt werden. Das entspricht dann einem Tätigkeitsverbot im weiteren Sinne.[1177]

Das gewerberechtliche Verbot unterscheidet sich dabei in einem entscheidenden Punkt vom strafrechtlichen Berufsverbot. Während dieses zwar dem straffälligen Bauingenieur die künftige Leitungstätigkeit in einer Bau-GmbH versagen konnte, nicht jedoch dem delinquenten Buchhalter[1178], kann das Gewerbeverbot auch für den Buchhalter zum Zuge kommen. Denn dem früheren Buchhalter – egal ob er abhängig oder selbständig beschäftigt war – kann man auch die selbständige oder leitende Tätigkeit in Gewerbezweigen verbieten, in denen er zuvor nichts zu tun hatte.[1179] Dafür muss eben nur festgestellt werden, dass er insoweit als unzuverlässig einzustufen ist. Paradigmatisch sei hier auf den schon genannten Fall verwiesen, in dem ein Buchhalter massiv Bilanzen gefälscht hat. Diesen wird man sich kaum als zuverlässigen Geschäftsführer einer GmbH vorstellen können.

d. Verfahren und Registereintrag

Einzelheiten zum Verfahren der Gewerbeuntersagung spielen für die vorliegende Untersuchung keine Rolle.[1180] Wichtig ist, dass die Gewerbeuntersagung, die zukünftige Geschäftsleiterfunktionen betrifft, nach § 149 Abs. 2 Nr. 1b GewO in das Gewerbezentralregister einzutragen ist.

3. Zwischenergebnis

Will man die Ausführungen zu den straf- und gewerberechtlichen Berufsverboten prägnant zusammenfassen, sticht vor allem hervor, dass § 70

[1176] Zu denken ist z.B. an eine Rücknahme nach § 48 VwVfg oder an eine verwaltungsgerichtliche Aufhebung über § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

[1177] Vgl. *Tettinger*/Wank, GewO, § 35 Rn. 236f. Siehe auch *HessVGH*, GewArch 1994, 159, 160.

[1178] Vgl. oben S. 188ff.

[1179] Vgl. den Wortlaut von § 35 Abs. 1 Satz 2 GewO: „…oder auf alle Gewerbe erstreckt werden". Je nachdem, ob man zuvor selbst Gewerbetreibender war oder Leiter einer gewerbetreibenden GmbH / AG, kommt man dazu über § 35 Abs. 1 Satz 2 direkt oder über Abs. 7a Satz 3.
Vgl. auch Landmann/Rohmer/*Marcks*, GewO, § 35 Rn. 86. Die Regelung ist im übrigen verfassungskonform, vgl. BVerwG GewArch 1995, 116.

[1180] Insoweit kommen die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Vorschriften zum Zuge.

StGB praktisch kaum eine Rolle spielt und dass weder das strafrechtliche Berufsverbot, noch das Gewerbeverbot des § 35 GewO primär die Auswirkungen des Berufes „Geschäftsleiter“ auf das Umfeld einer Kapitalgesellschaft im Blick haben. Bei § 70 StGB geht es vor allem um die Verhinderung weiterer Straftaten und § 35 GewO verbietet die Geschäftsleitung vor allem, damit andere Gewerbeverbote gegen Umgehungen abgesichert werden können. Im Ergebnis treffen dabei beide Verbote nicht den Kern, der Tätigkeitsverboten im englischen und US-amerikanischen Recht innewohnt.

III. Selbständig eintretende Bestellungshindernisse der §§ 6 Abs. 2 GmbHG und 76 Abs. 3 AktG

Neben den allgemeinen und nicht speziell auf Geschäftsleiter gemünzten strafrechtlichen und gewerberechtlichen Möglichkeiten gibt es im Gesellschaftsrecht selbst Regelungen, die gezielt die Verhinderung zukünftiger Geschäftsleitung anstreben.

1. Insolvenzstraftaten der §§ 283ff StGB : §§ 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG und 76 Abs. 3 Satz 3 AktG

Eine erste beachtliche Hürde halten das AktG und das GmbHG bereit, indem sie die Geschäftsleitung sämtlichen Personen verwehren, die wegen einer Insolvenzstraftat nach den §§ 283 bis 283 d StGB verurteilt worden sind.[1181] Die Insolvenzstraftaten bilden im Gesamtsystem des Strafrechtes einen wichtigen Teilbereich des Wirtschaftsstrafrechtes ab, mit dem der sogenannten Wirtschaftskriminalität begegnet werden soll.[1182] Allerdings nehmen die Insolvenzstraftaten diese Aufgabe nicht losgelöst, sondern im Verbund mit diversen anderen Tatbeständen war, von denen insbesondere auf die tragenden Pfeiler der Betrugs- und Untreuetatbestände sowie auf verschiedene Bestimmungen im Nebenstrafrecht hinzuweisen ist.[1183] Offensichtlich hat der Gesetzgeber eine *umfassende* Verknüpfung von wirtschaftsstrafrechtlichen Normen mit den Bestellungshindernissen in den §§

[1181] Diese Hürde ist deshalb beachtlich, weil ausnahmslos alle Straftatbestände der §§ 283 – 283d StGB gleich erfasst werden. Dazu und zur Verfassungsmäßigkeit näher unten S. 349ff.

[1182] Dabei spricht *Tiedemann,* Wirtschaftsbetrug, S. IX treffend davon, die §§ 283 ff StGB würden das pathologische Ende unternehmerischer Tätigkeit regeln.

[1183] Vgl. paradigmatisch § 38 WpHG.

76 Abs. 3 AktG und 6 Abs. 2 GmbHG jedoch abgelehnt.[1184] Es führt also zunächst einmal nicht jede Form von Wirtschaftskriminalität zu Bestellungshindernissen. Vielmehr fokussiert der Gesetzgeber seine Aufmerksamkeit auf den zweifelsohne wichtigen Teilbereich der *gläubiger*bezogenen Insolvenzdelikte. In diesem Zusammenhang ist es von Wichtigkeit, dass der Begriff der Insolvenzdelikte in einem engeren und in einem weiteren Sinne verstanden werden kann.[1185] Im Rahmen des weiteren Begriffes geht es um sämtliche Delikte, die im Zusammenhang mit einer bevorstehenden oder eingetretenen Insolvenz zum Nachteil von Gläubigern, Staat und Dritten begangen werden.[1186] Dieses Verständnis hat der Gesetzgeber sich im Zusammenhang mit den Bestellungshindernissen für Geschäftsleiter allerdings nicht zueigen gemacht. Vielmehr beschränkt er sich auf den engeren Teilbereich der §§ 283 – 283 d StGB[1187], in dem es vor allem um die gleiche quotenmäßige Befriedigung aller Gläubiger (*par condicio creditorum*) und um das Zusammenhalten der Haftungsmasse geht.[1188]

a. Systembildung

Was die Insolvenzstraftaten im Einzelnen anbelangt, so lassen sich anhand der gesetzgeberischen Aufteilung die drei Bereiche Bankrott (§ 283 StGB), Verletzung der Buchführungspflicht (§ 283 b StGB) und Gläubiger-/Schuldnerbegünstigung (§§ 283 c, d StGB) ausfindig machen. Was der Gesetzgeber sich unter diesen Delikten vorstellt, erschließt sich dem ungeübten Betrachter allerdings nicht ohne weiteres: Ein prüfender Blick in den Gesetzestext stiftet erhebliches Unbehagen, denn eine Vielzahl von Handlungsalternativen verstellt den Blick für die großen Linien des Insolvenzstrafrechtes. Die vorliegende Bearbeitung kann es sich nicht zur Aufgabe machen, eine detailgetreue Aufarbeitung sämtlicher Verästelungen der §§ 283ff StGB zu liefern.[1189] Vielmehr sollen - gerade um den Blick

---

[1184] Siehe Fn. 1066.

[1185] Vgl. *GroßkommStGB/Tiedemann*, vor § 283 Rn. 2; *Grub/Rinn*, ZIP 1993, 1583, 1585.

[1186] Darunter kann man unter anderem Betrug, Kreditbetrug, Untreue, Steuerhinterziehung und das Nichtabführen von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung fassen. Vgl. ausführlicher *Richter*, GmbHR 1984, 137, 148f und *Teufel*, Insolvenzkriminalität, S. 65.

[1187] Zu diesem engeren Bereich sind eigentlich auch § 401 Abs. 1 Nr. 2 AktG bzw. § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG zu zählen. Allerdings verknüpft der Gesetzgeber diese Insolvenzantragspflicht nicht mit einem Bestellungshindernis für Geschäftsleiter. Zu Erweiterungsmöglichkeiten *de lege ferenda* siehe unten S. 264ff und S. 297f.

[1188] Vgl. *GroßkommStGB/Tiedemann*, vor § 283 Rn. 2, 7.

[1189] Diese anspruchsvolle Aufgabe muss der einschlägigen Spezialliteratur vorbehalten bleiben. Vgl. z.B. die äußerst umfangreiche Darstellung von *Tiedemann* im Großkomm/StGB.

auf die Bestellungshindernisse nicht zu verstellen – die systembildenden Linien nachgezeichnet und die praktischen Anwendungsmöglichkeiten im hier relevanten Zusammenhang aufgezeigt werden.

Den für die Praxis weitaus wichtigsten Stellenwert nimmt der Bankrotttatbestand in § 283 StGB ein. Dabei lassen sich bei den diversen im Gesetz aneinandergereihten Bankrotthandlungen zwei verschiedene Gruppen von Tatalternativen auseinanderhalten.[1190] Eine erste Gruppe bezieht ihren Kristallisationspunkt daraus, dass der Täter auf Vermögen, das eigentlich der Befriedigung der Gläubiger zur Verfügung stehen soll, *tatsächlich* einwirkt. Es handelt sich also um reale Vermögensdispositionen des Schuldners, durch die die Aktiva vermindert bzw. die Passiva erhöht werden. Daher kann man die so zusammengefassten Bankrotthandlungen auch als vermögens*bestands*bezogene Bankrotthandlungen bezeichnen.[1191] Eine zweite Gruppe von Tatalternativen bezieht sich hingegen nicht auf reale Vermögensdispositionen, sondern knüpft an die Richtigkeit von Informationen über den Vermögensstand des Täters bzw. an die Ordnungsgemäßheit der Informationsverwaltung des Täters an. Innerhalb dieser Gruppe ergibt sich eine Gläubigergefährdung also aus dem Entstehen von Unklarheiten hinsichtlich des schuldnerischen Vermögensstandes. Man kann insoweit von *informations*bezogenen Bankrotthandlungen sprechen.[1192]

Spannt man den Bogen der Insolvenzdelikte nun noch etwas weiter, so lassen sich auch die §§ 283 b - d StGB in das vorgestellte System eingliedern. Die in § 283 b StGB geregelte Verletzung der Buchführungspflicht lässt sich als *informations*bezogen einordnen; die in §§ 283 c, d StGB geregelte Gläubiger- bzw. Schuldnerbegünstigung ist hingegen als vermögens*bestands*bezogen anzusehen.

[1190] Diese systembildende Differenzierung wurde von *Krause*, Ordnungsgemäßes Wirtschaften, S. 35ff übernommen. Für sie spricht auch der Wortlaut des Gesetzes selbst, vgl. § 283 I Ziff 8 (Verringerung <–> Verschleierung).

[1191] Dazu zählen: § 283 I Ziff 1, Alt. 1 und 3 StGB (Beiseiteschaffen sowie Zerstören, Beschädigung und Unbrauchbarmachung von Vermögensbestandteilen), § 283 I Ziff 2, Alt. 1 und 2 StGB (Verlust- und Spekulationsgeschäfte, Differenzgeschäfte mit Waren sowie unwirtschaftliche Ausgaben), § 283 I Ziff 3 StGB (Veräußerung und Abgabe kreditierter Waren unter deren Wert), § 283 I Ziff 8 StGB (Generalklausel), § 283 II StGB (Krisenverursachung durch vorgenannte Handlungen).

[1192] Dazu zählen § 283 I Ziff 1, Alt. 2 StGB (Verheimlichen von Vermögensbestandteilen), § 283 I Ziff 4 StGB (Vortäuschen von Rechten…), § 283 I Ziff 5 StGB (Nichtführung oder mangelhafte Führung von Handelsbüchern), § 283 I Ziff 6 StGB (Entziehen von Handelsbüchern), § 283 I Ziff 7 StGB (mangelhafte oder nicht rechtzeitige Bilanzaufstellung), § 283 I Ziff 8 StGB (Generalklausel), § 283 II StGB (Krisenverursachung durch vorgenannte Handlungen)

Mit diesem Dualismus der Tatbestandsalternativen vor Augen, lässt sich das Regelungsziel der §§ 283 – 283 d StGB besser verstehen. Um die Gläubiger zu schützen, formiert der Gesetzgeber seine Strafandrohung zunächst einmal um den zentralen Begriff der *Krise* der Gesellschaft. Darunter darf man den Zeitraum im „Leben" einer Person verstehen, in dem eine Überschuldung[1193] oder eine drohende oder tatsächlich eingetretene Zahlungsunfähigkeit[1194] anzunehmen ist. „Person" kann man in dem hier wichtigen Zusammenhang der kapitalgesellschaftlichen Bestellungshindernisse holzschnitzartig auf die Fälle von juristischen Personen beschränken.[1195] Dabei tritt als Täter die vertretungsberechtigte natürliche Person, also der Vorstand oder der Geschäftsführer, auf.[1196]

Das strafrechtliche Verdikt droht in der Regel der Fälle dann, wenn eine *Krise* der Gesellschaft eingetreten ist und in diesem Stadium vom Täter *vermögensbestands*bezogene oder *informations*bezogene Handlungen vorgenommen werden. Solche Fälle regeln die §§ 283 Abs. 1, 283 c und 283 d StGB.[1197] Hintergrund dafür ist, dass aus dem Pool denkbarer Interessen (Gläubiger, Arbeitnehmer, Gesellschafter, etc.) gerade in der Krise der Gesellschaft das Gläubigerinteresse in den Fokus der schutzwürdigen Interessen gerät. *Vermögensbestands*bezogene bzw. *informations*bezogene Handlungen zum Nachteil der Gläubiger können jedoch auch außerhalb einer Krisensituation strafrechtlich relevant werden. Das ist zum einen der Fall, wenn durch sie die Krise der Gesellschaft erst herbeigeführt wird. Genau diesen Fall regelt § 283 Abs. 2 StGB,[1198] der jedoch wegen Schwierigkeiten des Kausalitätsnachweises in der Praxis kaum relevant

---

[1193] Vgl. § 19 Abs. 2 InsO: „…Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt." und näher *Uhlenbruck*, WISTRA 1996, 1, 5ff sowie *Bieneck*, StV 1999, 43.

[1194] Vgl. zur tatsächlichen Zahlungsunfähigkeit § 17 Abs. 2 InsO: „nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen". Vgl. zur drohenden Zahlungsunfähigkeit § 18 Abs. 2 InsO und näher *Uhlenbruck*, WISTRA 1996, 1, 3-5.

[1195] Zwar sind auch Konstellationen denkbar, in denen ein Bestellungshindernis zur Debatte steht, nachdem eine natürliche Person sich hinsichtlich ihres Privatvermögens nach §§ 283 – 283d StGB strafbar gemacht hat; allerdings spielen diese Fälle in der Praxis der Bestellungshindernisse bislang kaum eine Rolle. Ob sich *de lege ferenda* eine Ausweitung von Tätigkeitsverboten auf solche Konstellationen empfiehlt, wird unten S. 295f näher behandelt.

[1196] Diese scheinbar banale Feststellung ist dogmatisch nicht leicht herzuleiten. Sie gelingt i.E. durch eine berichtigende Auslegung im Zusammenhang mit § 14 StGB. Vgl. näher GroßkommStGB/*Tiedemann*, vor § 283 Rn. 63 und BGH NJW 1969, 1494.

[1197] § 283 Abs. 1 bezieht sich alternativ auf Überschuldung und drohende bzw. eingetretene Zahlungsunfähigkeit; § 283 c und d sprechen hingegen nur von Zahlungsunfähigkeit bzw. von drohender Zahlungsunfähigkeit (§ 283 d).

[1198] Allerdings meint *Krise* in diesem Zusammenhang nur Überschuldung und tatsächliche Zahlungseinstellung, nicht jedoch die schon *drohende* Zahlungseinstellung.

wird.[1199] Darüber hinaus setzt § 283 b *informations*bezogene Handlungen unter Strafe, soweit sie gegen Regeln ordnungsgemäßer Buchführung und Bilanzierung verstoßen.[1200]

Im Umkehrschluss lässt sich dem Gesetz also entnehmen, dass gläubigerbenachteiligende Handlungsweisen nicht zu jeder Zeit strafbewehrt i.S.d. §§ 283 – 283 d StGB sind, sondern nur dann, wenn sie in einer Krisensituation vorgenommen werden oder, lässt man § 283 b StGB beiseite, wenn eine Krisensituation durch eine entsprechende Handlung herbeigeführt wird.

Darüber hinaus können die §§ 283 – 283 d StGB immer erst dann zum Zuge kommen, wenn ein weiteres Merkmal – eine vom subjektiven Tatbestand und von der Schuld unabhängige – *objektive Bedingung der Strafbarkeit* anzunehmen ist. Erforderlich ist, dass der Täter die Zahlungen tatsächlich eingestellt hat oder dass das Insolvenzverfahren eröffnet wurde (bzw. die Eröffnung mangels Masse abgelehnt wurde).[1201] Damit wird der Anwendungsbereich der §§ 283 – 283 d StGB weiter eingeschränkt. Eine Strafverfolgung ist also nicht schon bei Ungereimtheiten vor oder in der Krise möglich, sondern erst dann, wenn sich die Krise zur „Katastrophe“ ausgeweitet hat und das „Leben“ der Gesellschaft recht sicher dem Ende entgegengeht.[1202] In dieser objektiven Strafbarkeitsbedingung realisiert sich somit die wirtschaftliche Gefahr, die in der Krisensituation ihren Ausdruck fand.[1203]

b. Im Hinblick auf Bestellungshindernisse wesentliche Einzelfragen

Nach diesem kurzem systematischen Umblick sollen nun ein paar ausgewählte Detailfragen des Insolvenzstrafrechts dargestellt werden, von denen wesentlich abhängt, ob und in welchem Umfang die Bestellungshindernisse der §§ 76 Abs. 3 Satz 3 AktG und 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG ihre

---

[1199] Vgl. *Tiedemann*, ZIP 1983, 514 und schon die zweifelnden Ausführungen in der *BegrRegE*, BT-Drucks. 7/3441, S. 20, 36f.

[1200] § 283 b StGB verzichtet deswegen auf das Merkmal der Krise, weil Verletzungen der Buchführungspflicht schon als solche eine *konkrete* Gefährdung für die Gläubiger darstellen. Vgl. näher GroßkommStGB/*Tiedemann*, vor § 283 Rn. 86 und die *amtliche Begründung, RegE* BTDrucks. 7/3441, S. 38.

[1201] Vgl. §§ 283 Abs. 6 sowie 283b Abs. 3, 283 c Abs. 3, 283d Abs. 4. Zahlungseinstellung wird in § 17 InsO aufgegriffen; Insolvenzverfahrenseröffnung bzw. –ablehnung richten sich nach §§ 26, 27 InsO.

[1202] Ähnlich *Tiedemann*, NJW 1977, 777, 783, der von „Eskalation der Krise“ spricht.

[1203] Vgl. *Otto*, Bruns-Gedächnisschrift, S. 281.

Wirkung entfalten können. Dabei können – nicht ohne einen Seitenblick zu den angloamerikanischen Rechtskreisen geworfen zu haben – Problemkreise in personeller und sachlicher Hinsicht abgeschichtet werden.

(1) Personell

Im Hinblick auf die Geschäftsleiter ist vor allem von Interesse, ob und wie diese persönlich adressiert werden können und ob auch im Hintergrund agierende Personen fassbar sind.

(a) Strafbarkeit der Geschäftsleitung - § 14 StGB und seine Grenzen

Im vorliegenden Zusammenhang geht es fast ausschließlich um Bestellungshindernisse, nachdem zuvor eine juristische Person insolvent geworden ist.[1204] Da jedoch im vorgelagerten Rechtsverkehr ausschließlich die Gesellschaft selbst als Rechtsperson aufgetreten sein wird und daher die Gläubiger allein auf Verbindlichkeiten der Gesellschaft abzielen, muss strafrechtlich eine Verbindung zur Geschäftsleitung gezogen werden. Nur deren Verurteilung ebnet den Weg zu den Bestellungshindernissen.[1205] Insoweit gelingt im Ergebnis über § 14 StGB eine Verknüpfung zwischen den Insolvenzdelikten und den Geschäftsleitern – allerdings nicht ohne erheblichen dogmatischen Aufwand und einiges Kopfzerbrechen.[1206] Letztlich wird so die vertretungsberechtigte natürliche Person, also der Vorstand der AG oder der Geschäftsführer der GmbH, zum Adressaten der Insolvenzdelikte.[1207]

Diese strafrechtliche Verwicklung der Geschäftsleitung einer Kapitalgesellschaft könnte aber in zweierlei Hinsicht an Grenzen stoßen: Zum einen sollen die §§ 283 – 283d StGB nicht auf den geschäftsführenden Einmann-Gesellschafter anwendbar sein.[1208] Diese Auffassung kann man

---

[1204] Vgl. schon Fn.1195.

[1205] Theoretisch können über § 14 Abs. 2 StGB auch externe Personen, wie z.B. Steuerberater, Leitende Bankangestellte, Sanierer und Unternehmensberater wegen der Insolvenzdelikte strafbar sein (vgl. *Tiedemann*, ZIP 1983, 513, 514, 516, 518) Daher kommen auch insoweit kapitalgesellschaftsrechtliche Bestellungshindernisse in Betracht. Diese Fälle sollen aber in der vorliegenden Bearbeitung keine Beachtung finden.

[1206] Die Verknüpfung gelingt i.E. durch eine berichtigende Auslegung im Zusammenhang mit § 14 StGB. Die *objektive Bedingung der Strafbarkeit* wird nicht, wie das Gesetz anordnet, auf den „Täter" bezogen, sondern auf den „Schuldner". Vgl. näher GroßkommStGB/*Tiedemann*, vor § 283 Rn. 63 und BGH NJW 1969, 1494.

[1207] Kritisch wegen Art. 103 Abs. 2 GG z.B. *Labsch*, WISTRA 1985, 1, 4 und *Matzen*, Zahlungsunfähigkeit, S. 20.

[1208] So *Biletzki*, NStZ 1999, 537 unter Verweis auf GroßkommStGB/*Tiedemann*, vor § 283, Rn. 68 und *Binz*, NJW 1978, 802.

allerdings kaum sachlich festigen.[1209] Sie hätte zur Folge, dass sämtliche Kleinst-GmbH, soweit bei diesen Unregelmäßigkeiten im Zusammenhang mit der Insolvenz aufgetreten sind, aus dem hier relevanten Raster der Bestellungshindernisse herausfallen würden. Darüber hinaus verlangt die Rechtsprechung bei den § 283ff StGB immer, dass die Geschäftsleitung ihre Handlungen im Interesse oder zumindest auch im Interesse der vertretenen AG oder GmbH vornimmt.[1210] Dabei soll es entscheidend auf das wirtschaftliche Interesse ankommen, dass die Geschäftsleitung mit ihrer Tat verfolgt.[1211] Handelt etwa der Geschäftsführer einer GmbH ausschließlich eigennützig, so sind jedenfalls die Insolvenzstraftatbestände nicht anwendbar.[1212] Im Ergebnis führt diese von mehreren Seiten kritisierte Rechtsprechung dazu[1213], dass der Anwendungsbereich der §§ 283ff StGB bei der AG und vor allem bei der GmbH erheblich eingeschränkt wird, denn Handlungen nach § 283 Abs. 1 Nrn. 1-8 StGB werden so gut wie nie im Interesse des schuldnerischen Unternehmens liegen.[1214] Damit wird auch der Weg zu kapitalgesellschaftlichen Bestellungshindernissen bis auf einen schmalen Spalt versperrt.[1215] Privilegiert wird durch diese Rechtsprechung der Kaufmann, der nicht im eigenen Namen handelt, sondern seine Unternehmung in der Rechtsform einer juristischen Person betreibt. Diesem droht zwar eine Strafbarkeit wegen Untreue, selbst eine dahingehende Verurteilung kann nach geltender Rechtslage jedoch nicht zu einem Bestellungshindernis führen.[1216]

[1209] Äußerst kritisch *Moosmayer*, NStZ 2000, 295, 296. Zuzugeben ist lediglich, dass die §§ 283 – 283 d StGB nicht auf den Gesellschafter anwendbar sind. Wenn dieser aber gleichzeitig Geschäftsführer ist, muss das Insolvenzstrafrecht natürlich anwendbar sein.

[1210] Siehe BGHSt 30, 127, 128f; BGHSt 34, 222, 223; BGH NJW 1969, 1994f, OLG Hamm, WISTRA 1985, 158, 159.

[1211] So schon BGHSt 28, 371, 374.

[1212] Denkbar sind dann allenfalls Unterschlagung und Untreue.

[1213] Kritisch und für ein eher funktionales Verständnis der Geschäftsleitung z.B.: *Arloth*, NStZ 1990, 570, 574; *Grub*, Insolvenzstrafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 152ff; *Herzberg*, Die Verantwortung, S. 91ff; *Schäfer*, WISTRA 1990, 81, 84f. Für eine Ausnahme bei Gesellschafter-Geschäftsführern *Hendel*, NJW 1977, 1943, 1947. Differenzierend und für zusätzliche *normative* Aspekte GroßkommStGB/*Tiedemann*, vor § 283 Rn. 83-85, zustimmend *Bieneck*, in Müller-Gugenberger, § 64 B I.

[1214] So auch GroßkommStGB/*Tiedemann*, vor § 283 Rn. 80: „praktisch unanwendbar". Ähnlich *Richter*, GmbHR 1984, 137, 143.

[1215] So auch GroßkommStGB/*Tiedemann*, vor § 283 Rn. 80. Ebenso *Tiedemann*, FS Dünnebier, S. 519, 522f und *Richter*, GmbHR 1984, 137, 143.

[1216] Untreue und die §§ 283ff StGB stehen so in einem Alternativverhältnis. Strafrechtlich ist die Dogmatik des BGH ohne praktische Auswirkungen, da beide Straftatbestände das gleiche Strafmaß bereithalten. Wie gesehen, hat die Abgrenzung aber für Bestellungshindernisse erhebliche Auswirkungen.

(b) Faktische Leitungspersonen und Schattenmänner

Insbesondere das Studium der englischen *directors' disqualifications* sensibilisiert für Fallgestaltungen, in denen nicht ein wirksam bestellter Direktor die Fäden in der Hand hält, sondern ein faktischer Geschäftsleiter oder eine im Hintergrund agierende Person (*de facto – director* und *shadow - director*). Dass eine Ausweitung von Tätigkeitsverboten auf solche Konstellationen sinnvoll sein kann, zeigt sich im englischen Recht an mehreren Stellen.[1217] Deshalb drängt sich auch für die Bestellungshindernisse im deutschen Recht die Frage auf, ob und inwieweit eine Ausweitung des personalen Anwendungsbereiches möglich ist.[1218] Freilich muss eine solche Betrachtung hier berücksichtigen, dass Ausgangspunkt der Erörterung nicht der Bereich der Bestellungshindernisse ist, sondern das Strafrecht. Daher geht es weniger um *funktionale* Überlegungen, als um die Berücksichtigung des strafrechtlichen Analogieverbotes zu Lasten des Täters. Zumindest für unwirksame Anstellungen als Vorstand oder Geschäftsführer einer AG oder GmbH ist eine Ausweitung des personalen Anwendungsbereiches jedoch möglich. Über § 14 Abs. 3 StGB können sich daher auch *faktische* Leitungspersonen wegen der Insolvenzdelikte strafbar machen – jedenfalls, soweit es einen tatsächlichen Bestellungsakt gegeben hat.[1219] Anders gestaltet sich die Lage aber bei Hintermännern, die die Fäden der Unternehmung in den Händen halten. Im Bereich der Unternehmensinsolvenzen kann für solche Fälle ein strafrechtlicher Durchgriff praktisch nie begründet werden[1220], so dass auch keine Bestellungshindernisse drohen.

[1217] Vgl. z.B. oben S. 61 ff und S. 102.

[1218] Zu den denkbaren Fallgruppen von faktischen Geschäftsleitern und Hintermännern siehe *Löffeler*, WISTRA 1989, 121ff und *Montag*, Faktische Geschäftsführer, S. 18ff.

[1219] Streitig ist aber, ob auch Fallgestaltungen darüber hinaus erfasst werden können (z.B. faktische Geschäftsleitung ohne tatsächliche Bestellung). Letzlich hängt das davon ab, ob man § 14 Abs. 3 StGB als abschließend oder als Ausfluss eines weitergehenden Prinzips ansieht. Für das erstere Verständnis noch: *Bruns*, GA 1982, 1, 19ff. und die Rechtsprechung (zuletzt BGH NStZ 2000, 35f) Für die andere, m.E. vor allem wg. § 103 Abs. 2 GG zutreffende, Auffassung z.B. *Stein*, S. 194ff; *Tiedemann*, NJW 1977, 777, 779f; *Grub*, Insolvenzstrafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 118f; *Hiltenkamp-Wisgalle*, Die Bankrottdelikte, S. 109ff; *Tiedemann*, FS Dünnebier, S. 519, 530 und *Biletzki*, NStZ 1999, 537, 538 (mit scharfer Kritik von *Moosmayer*, NStZ 2000, 295ff).

[1220] Dies gelingt nur ganz ausnahmsweise dann, wenn man die Schuldnereigenschaft und die „Zahlungseinstellung" des Vordermannes als solche des Hintermannes ansehen kann. Vgl. näher GroßkommStGB/*Tiedemann*, vor § 283, Rn. 71f. Vertretbar erscheint das nach *Tiedemann* in Fällen des gesellschaftsrechtlichen Durchgriffs, was freilich nur ausnahmsweise möglich ist. Der insoweit praktisch wichtigste Fall des qualifiziert faktischen Konzernes (beherrschender Mehrheitsgesellschafter) ist seit „Bremer Vulkan" aber nicht mehr über Durchgriffsregeln zu lösen, vgl. BGH NJW 2001, 1874ff.

(2) Sachlich

In sachlicher Hinsicht interessiert vor dem Hintergrund der Bestellungshindernisse vor allem, in welchen Bereichen die Insolvenzdelikte greifen können, wie die tatbestandliche Konturierung gelingt und von welcher Tätermotivation eine Bestrafung abhängt.

(a) Grundsätze ordnungsgemäßer Wirtschaft

Eine Schlüsselstellung im gesamten Bereich der *bestandsbezogenen* Insolvenzdelikte der §§ 283 – 283d StGB nimmt die vom Gesetzgeber an mehreren Stellen gebrauchte Anforderung an eine „ordnungsgemäße Wirtschaft" ein.[1221] Von diesem Merkmal hängt entscheidend ab, ob es zu einer Bestrafung kommt oder nicht.[1222] Leider handelt es sich bei den „Anforderungen an eine ordnungsgemäße Wirtschaft" nicht um eine klar definierbare Formel, sondern um einen unscharfen und ausfüllungsbedürftigen Begriff.[1223] Dadurch lässt sich auch im Hinblick auf die kapitalgesellschaftlichen Bestellungshindernisse keine zielgenaue Prognose aufstellen. Diese Tatsache könnte, wie noch näher zu untersuchen sein wird, der Zielerreichung allfälliger Bestellungshindernisse und Tätigkeitsverbote extrem zuwider streben, da die betroffenen Personen nicht klar wissen, in welchen Fällen das Damoklesschwert der Bestellungshindernisse droht.[1224] Ohne an dieser Stelle eine tiefgehende Aufarbeitung bieten zu wollen, bleibt zumindest soviel festzustellen: Die Gesetzesformulierung lässt sich nur mit einem Blick über den Tellerrand des Strafrechts hinaus deuten. Dabei kommt dem handelsrechtlichen Maßstab des ordentlichen Kaufmanns (§ 347 I HGB) und somit letztlich den Grundregeln ordnungsgemäßer Unternehmensführung entscheidende Bedeutung zu. Dadurch ergibt sich ein flexibler und zeitlich anpassungsfähiger Maßstab, der darüber hinaus auch auf die Eigenheiten des jeweiligen Unternehmens

---

[1221] Vgl. nur §§ 283 Abs. 1 Nr. 1, 3. Alt., Nr. 2, 1. Alt., Nr. 3, Nr. 8; 283d Abs. 1 StGB. Darüber hinaus lesen Rechtsprechung und Literatur den Begriff seit jeher auch in den praktisch wichtigen Begriff des „Beiseiteschaffens" (§ 283 Abs. 1, Nr. 1, 1. Alt. StGB) und in § 283 Abs. 1, Nr. 2, 2. Alt. StGB hinein. Siehe z.B. BGHSt 34, 309, 310. GroßkommStGB/*Tiedemann*, vor § 283, Rn. 101 spricht daher zu Recht von einem „Grundbegriff" des Insolvenzstrafrechts.

[1222] Die tatbestandlichen Vermögensdispositionen in § 283 StGB werden von der Rechtsprechung im Interesse eines umfassenden Gläubigerschutzes extensiv ausgelegt. Vgl. *Krause*, Ordnungsgemäßes Wirtschaften, S. 92.

[1223] Grundsätzlich skeptisch zur Vereinbarkeit der „wirtschaftlichen Betrachtungsweise" mit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot *Tiedemann*, FS Dünnebier, 519, 525f.

[1224] So können *ex-ante* sinnvolle Entscheidungen u.U. *ex-post* von der Rechtsprechung als „unvertretbar" eingestuft werden. Diese Gefahr droht umso mehr, als dass es nahe liegt, aus der Kenntnis des pathologischen Endergebnisses auf die *ex-ante* zu bestimmende Unvertretbarkeit zu schließen.

und der jeweiligen Branche Rücksicht zu nehmen hat.[1225] Für das Strafrecht kommt eine Rahmenüberschreitung dann in Frage, wenn die jeweilige wirtschaftliche Entscheidung oder Maßnahme als zweifelsfrei unvertretbar einzustufen ist.[1226] Im Einzelnen geht es also darum, unter den von der Geschäftsleitung eingegangenen Risiken die vertretbaren von den unvertretbaren abzuscheiden.[1227]

(b) Buchführung und Bilanzierung

Wie schon der Blick auf die Rechtsordnungen Englands und der USA verdeutlicht hat, spielt die Frage der Rechnungslegung und der Publizität in einer Gesellschaft eine zentrale Rolle für die Frage, ob die Gesellschaft funktionieren kann. Daher wurden in diesen Jurisdiktionen die Tätigkeitsverbote (*disqualifications* bzw. *bar orders*) jeweils mit der Frage der Rechnungslegung und der Publizität verknüpft.[1228] Da auch die Insolvenzdelikte der §§ 283, 283 b StGB an die Pflicht zur Buchführung und Bilanzierung anknüpfen, lässt sich ein Bestellungshindernis im deutschen Recht theoretisch auch in diesem Zusammenhang konstruieren.[1229] Die Schlagkraft dieser Waffe hängt aber entscheidend davon ab, in welchen Konstellationen und unter welchen Voraussetzungen die Insolvenzdelikte zum Einsatz gebracht werden können. Insoweit kann § 283 Abs. 1 StGB selbst immer nur für Straftaten zum Zuge kommen, wenn die Gesellschaft sich schon *in der Krise* befunden hat.[1230] Über diesen Weg sind Fälle erfassbar, in denen Unregelmäßigkeiten im Hinblick auf die Handelsbücher oder die Bilanz aufgetreten sind. Praktisch werden so also Fälle relevant, in denen z.B. ein GmbH-Geschäftsführer in der Endphase einer Gesellschaft Bücher und Bilanzen nicht, nicht rechtzeitig oder nicht ordnungs-

---

[1225] Primärassoziativ könnte man an eine Verletzung des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebotes aus Art. 103 Abs. 2 GG denken. Es ist i.E. allerdings gerade Ausfluss dieses Gebotes, dass unbestimmte Befugnisse zugunsten des Täters voll ausgeschöpft werden.

[1226] Insofern ist der strafrechtliche Rahmen enger als der außerstrafrechtliche. Siehe *Tiedemann*, ZIP 1983, 513, 521; *Tiedemann*, KTS 1984, 539, 547; *Tiedemann*, FS Dünnebier, S. 519, 532; *Richter*, GmbHR 1984, 137, 145.

[1227] Z.B. darf ein Unternehmer nicht wie beim Glücksspiel alles auf eine Karte setzen. Vgl. schon RGSt 61, 211, 213. Zum Problem der unternehmerischen Prognoseentscheidung ausführlicher *Zainhofer*, Kriminalistik 1992, 507, 510f.

[1228] Siehe oben S. 33ff und S. 83ff (England) und S. 154ff (USA).

[1229] Laut *Richter*, GmbHR 1984, 137, 149 wird § 283 Abs. 1 Nr. 5-7 StGB gerade wegen des Bestellungshindernisses in § 6 Abs. 2 GmbHG verstärkt angeklagt.
Die notwendige Verknüpfung ergibt sich, weil sowohl AG als auch GmbH über §§ 238ff HGB zur Buchführung und Bilanzierung verpflichtet sind. Der Zusammenhang zum Geschäftsführer/Vorstand ergibt sich über § 14 StGB und §§ 41 GmbHG, 91 AktG (Buchführungspflicht des Geschäftsleiters).

[1230] GroßkommStGB/*Tiedemann*, § 283 Rn. 106 hält diese Fälle für das praktische Schwergewicht des gesamten Insolvenzstrafrechts.

gemäß vorhält, beispielsweise, weil ihm die Gesamtsituation über den Kopf gewachsen ist.[1231] Für die Praxis jedoch mindestens genauso relevant – und auch für Bestellungshindernisse interessant - sind solche Fälle, in denen die Bücher und die Bilanzen gezielt oder durch Unvermögen schon im normalen Geschäftsbetrieb nicht, nicht ordnungsgemäß oder zu spät erstellt wurden und eine Krise *erst später* oder *gar nicht* eingetreten ist.[1232] Will man solche Fälle insolvenzstrafrechtlich würdigen, verbleiben nur zwei Wege: Entweder versucht man, § 283 Abs. 2 StGB ins Spiel zu bringen - dann müsste die Krise durch die fehlende oder mangelhafte Buch- oder Bilanzerstellung verursacht worden sein - oder man beschreitet den Weg des § 283 b StGB. Die erstgenannte Möglichkeit hat in der Praxis mit dem schon erwähnten Manko zu kämpfen, dass der Nachweis der Krisenverursachung nur schwer erbracht werden kann. Der forensische Schwerpunkt wird sich deshalb auf § 283 b StGB verlagern.[1233] Diese Vorschrift stellt nun bestimmte Buchführungs- und Bilanzdelikte unabhängig vom Vorliegen einer Unternehmenskrise unter Strafe. Der Gesetzgeber gründet die Strafbarkeitsandrohung dabei auf die zentrale Feststellung, dass eine ordnungsgemäße Buchführung in der modernen Wirtschaft eine „Grundvoraussetzung jeder ordnungsgemäßen Wirtschaftsführung“ ist.[1234] Dabei sieht er zwei Gründe, aus denen sich die Pflicht zur ordnungsgemäßen Buchführung und Bilanzierung rechtfertigt: Zum einen die Möglichkeit des Unternehmens, sich selbst über seine wirtschaftliche Lage zu informieren und zum anderen den Schutz der Gläubiger, sobald es um deren Befriedigungsinteresse geht.[1235] Auf den ersten Blick lässt sich damit über § 283 b StGB ein weites Feld bestellen, so dass das Tor zu möglichen kapitalgesellschaftlichen Bestellungshindernissen eigentlich weit aufgestoßen wäre. Bei näherer Betrachtung erweist sich diese Annahme jedoch als trügerisch. Sieht man einmal von der tatbestandlichen Verengung des § 283 b StGB auf die Rechnungslegung und die Bilanzie-

---

[1231] Zu den möglichen Ursachen ausführlicher *Reck*, GmbHR 2001, 424f.

[1232] Denkbar z.B., wenn der Geschäftsleiter rechtzeitig entfernt werden konnte und eine neue Geschäftsleitung das Ruder herumgerissen hat.

[1233] Die Statistik ist insoweit leider nicht detailiert genug. Vgl. *Polizeiliche Kriminalstatistik 2002*: Von insgesamt 6146 erfaßten Fällen bei den Insolvenzstraftaten fielen aber immerhin noch 1961 in den Bereich von § 283b StGB. Vgl. http://www.bka.de/pks/pks2002/index2.html.

[1234] Vgl. *BegrRegE* BTDrucks. 7/3441, S. 38.

[1235] Ähnlich die Rechtsprechung in BGH MDR 1981, 454. Die Gläubiger werden auch insoweit geschützt, als dass sie keine informationsbedingt fehlerhaften Entscheidungen treffen sollen. Vgl. *Krause*, Ordnungsgemäßes Wirtschaften, S. 38.

rung ab[1236], so ergibt sich eine wesentliche Restriktion dadurch, dass auch § 283 b StGB nur dann zur Anwendung gebracht werden kann, wenn die *objektive Strafbarkeitsbedingung* des Unternehmenszusammenbruches erfüllt wurde.[1237] Ebenso wie schon bei § 283 StGB kommt eine Strafbarkeit daher nur in Frage, wenn die Gesellschaft ihre Zahlungen letztlich eingestellt hat oder das Insolvenzverfahren eröffnet wurde (bzw. der Eröffnungsantrag mangels Masse abgelehnt wurde).[1238] Ob eine solche Einschränkung sinnvoll ist, mag an dieser Stelle dahingestellt bleiben. Die Sinnhaftigkeit für die Insolvenzstraftaten an sich und – unabhängig davon – für die Bestellungshindernisse wird an anderer Stelle ausführlicher und getrennt zu klären sein.[1239]

Festzuhalten bleibt damit zunächst, dass Unzulänglichkeiten bei der Buchführung und bei den Bilanzen dann im Insolvenzstrafrecht – und damit bei den Bestellungshindernissen - keine Rolle spielen, wenn die Gesellschaft nicht tatsächlich ihrem Ende entgegensieht. Auszuscheiden sind daher alle Fälle, in denen vorsätzliche Manipulationen und nachlässige Fehlkalkulationen zwar aufgetreten sind, die Gesellschaft gleichwohl weiter am Geschäftsleben teilnimmt. Gab es also beispielsweise massive Verstöße der Geschäftsleitung gegen Bilanzierungsvorschriften, konnte diese aber rechtzeitig abberufen und das Ruder herumgerissen werden, bleibt für eine insolvenzstrafrechtliche Verurteilung und damit für kapitalgesellschaftsrechtliche Bestellungshindernisse kein Raum.

(c) Bestellungshindernis und fahrlässiges Insolvenzdelikt

Das Einsatzfeld der kapitalgesellschaftsrechtlichen Bestellungshindernisse hängt entscheidend auch davon ab, welche Anforderungen das Strafgesetz an die Motivation des Täters stellt. Wenn z.B. im Insolvenzstrafrecht schon Fahrlässigkeit genügen würde, dann wäre der Anwendungsbereich für die gesellschaftsrechtlichen Bestellungshindernisse erheblich erweitert. Eng mit dieser Frage verbunden ist die schon aus England bekannte

---

[1236] In England und den USA knüpfen die Tätigkeitsverbote weitergehender auch an die Publizität an. Vgl. vor allem oben S. 33ff und S. 83ff (England) sowie S. 154ff (USA).

[1237] Vgl. § 283b Abs. 3 StGB, der § 283 Abs. 6 StGB für entsprechend anwendbar erklärt.

[1238] Mit guten Gründen kann man vertreten, dass auch das „Buchdelikt" an sich schon rechtswidrig und strafwürdig ist (so z.B. GroßkommStGB/*Tiedemann*, § 283b Rn. 2). Der Gesetzgeber beharrte aber auf der objektiven Strafbarkeitsbedingung, weil er ohne dieses Element einen Anreiz zur Denunziation sah. Die Staatsanwaltschaft müsste dann Ermittlungsmaßnahmen in funktionierenden Wirtschaftsunternehmen durchführen, was, insbesondere im Hinblick auf den Ruf des Unternehmens, nicht unproblematisch ist.

[1239] Vgl. näher unten S. 264ff.

Problematik, ob Tätigkeitsverbote bzw. Bestellungshindernisse letztendlich nur den skrupellosen Absichtstäter treffen sollen oder ob mit einem engmaschigeren Netz auch schon negativ aufgefallene unfähige oder unerfahrene Geschäftsleiter von Leitungsfunktionen ferngehalten werden sollen, womit man durch die Hintertür einen Mindeststandard von Geschäftsleiterfähigkeiten durchsetzen könnte.[1240]

Im Insolvenzstrafrecht lässt sich nun im Hinblick auf die zwei verschiedenen Gruppen von Tatmodalitäten folgende Verallgemeinerung treffen: *Bestandsbezogene* Tathandlungen erfordern ausschließlich den Vorsatz des Täters, wobei dolus eventualis ausreichend ist.[1241] Allenfalls für das Erkennen der Krisensituation – es genügt Fahrlässigkeit - und für das Verursachen der Krise (§ 283 Abs. 2 StGB) – es genügt Leichtfertigigkeit – werden geringere Anforderungen gestellt.[1242] Sämtliche „klassischen" Bankrotthandlungen, wie etwa das Beiseiteschaffen von wertvollen Vermögensgegenständen, um es vor den Gläubigern zu sichern, zeichnen sich damit durch gezielt handelnde Personen aus.

Anders zeichnet sich das Bild bei den *informationsbezogenen* Tatmodalitäten: Jedenfalls im Hinblick auf die Buchführung und die Bilanzierung reicht in der Regel schon Fahrlässigkeit aus.[1243] Daraus lassen sich weitere Erkenntnisse für die Bestellungshindernisse bei der AG und der GmbH entnehmen. Ohne Probleme kann man zunächst Bestellungshindernisse in solchen Fällen andenken, in denen der AG-Vorstand oder der GmbH-Geschäftsführer selbst mangelhafte Bücher oder Bilanzen erstellt hat und dies nachweisbar ist.[1244] Dabei werden sowohl die Fälle erfasst, in denen absichtlich gehandelt wurde, als auch jene Fälle, in denen Unvermögen vorlag. In der Praxis wird sich dieser Fall jedoch bei der AG eher nie und bei der GmbH eher selten finden lassen.[1245] In aller Regel werden sich GmbH-Geschäftsführer und AG-Vorstand darauf berufen, sie hätten z.B. einen Buchhalter oder Steuerberater mit der Buchhaltung und Bilanzerstellung betraut, sich um die Einhaltung ihrer Anordnungen jedoch nicht

---

[1240] Vgl. z.B. oben S. 78ff., wo letztendlich *incompetence* für ausreichend erachtet wurde oder oben S. 33ff (Sections 3 und 5 CDDA) , wo ein subjektives Element gar nicht zu prüfen ist.

[1241] Einzige Ausnahme ist § 283 Abs. 1 Nr. 2 StGB, der auch fahrlässig verwirklicht werden kann.

[1242] Vgl. § 283 Abs. 4 StGB.

[1243] Zu den Details vgl. § 283 Abs. 5 Nr. 1, 2; § 283b Abs. 2 StGB.

[1244] Vgl. GroßkommStGB/*Tiedemann*, § 283b Rn. 9.

[1245] Denkbar zumeist bei ganz kleinen Gesellschaften.

weiter gekümmert.[1246] Trotz dieses Einwandes bleibt eine strafrechtliche Verfolgung aber möglich.[1247] In der Praxis stellen gerade solche Fälle nicht sorgfältiger Auswahl oder Überwachung von beauftragten Personen einen gewichtigen Anwendungsbereich der Insolvenzdelikte dar.[1248] Den kapitalgesellschaftlichen Bestellungshindernissen eröffnet sich damit also scheinbar ein nicht zu verachtender Anwendungsbereich.[1249]

Allerdings dünnt sich die Menge verfolgungsfähiger Fälle dadurch aus, dass selbst dann, wenn lediglich fahrlässig Mängel bei der Buchführung oder Bilanz aufgetreten sind, immer noch die *objektive Strafbarkeitsbedingung* des Unternehmensunterganges hinzutreten muss.[1250]

(3) Praktische Relevanz der §§ 283ff bei GmbH und AG

Die Anwendbarkeit der §§ 283 – 283 d StGB bei juristischen Personen ist aus einer Reihe von Gründen, von denen die wichtigsten dargestellt wurden, eingeschränkt. Dies wirkt sich unmittelbar auf das Einsatzfeld der kapitalgesellschaftlichen Bestellungshindernisse aus. Deren Erfolgsaussichten stehen und fallen in dem Maße, in dem Strafverfahren nach §§ 283 – 283 d StGB erfolgreich zum Abschluss gebracht werden können. Daher soll abschließend zu den Insolvenzdelikten untersucht werden, in welchem Umfang diese bei der GmbH und der AG eine Rolle spielen.[1251]

Hierbei zeichnet sich ein Bild, in dem die GmbH deutlich in den Vordergrund drängt. Das hängt vor allem mit der extrem viel höheren Insolvenzanfälligkeit der GmbH und der GmbH & Co KG gegenüber der Aktiengesellschaft zusammen[1252], wobei an dieser Stelle dahinstehen soll, welche

---

[1246] Genau diese Schutzbehauptung war der Grund, warum der Gesetzgeber die Strafbarkeit der Buchdelikte entgegen dem *RegE* (Begr, BDrucks 7/3441 S. 38) nicht auf die vorsätzliche Begehung begrenzt hat. Vgl. *Bericht Sonderausschuss*, BDrucks 7/5291 S. 19.

[1247] Zum ähnlichen, aber umstrittenen Fall, dass der Geschäftsleiter angeblich keine finanziellen Mittel mehr für Steuerberater oder Hilfspersonen hat, und daher keine Bilanz aufstellen konnte, siehe *Pohl*, WISTRA 1996, 14ff m.w.N.

[1248] Siehe Lackner/*Kühl*, § 283b, Rn.2. Vgl. z.B. BGH KuT 1957, 24; zuvor schon RGSt 16, 277, 279; RGSt 45, 88ff und RGSt 58, 304, 305. Vgl. auch OLG Karlsruhe, Justiz 1977, 206 (Techniker-Geschäftsführer delegiert an kaufmännisch vorgebildeten Geschäftsführer) sowie BGH NStZ 1998, 248.

[1249] So z.B. auch *Biletzki*, NStZ 1999, 537, allerdings - aufgrund der selbst geschilderten Schwierigkeiten der Strafverfolgung – kaum überzeugend.

[1250] Vgl. §§ 283 Abs. 6 und 283b Abs. 3 StGB.

[1251] Laut *Polizeilicher Kriminalstatistik* gab es im Jahre 2002 6146 erfaßte Fälle. Vgl. http://www.bka.de/pks/pks2002/index2.html.

[1252] Vgl. schon *Doehring*, KTS 1986, 613, 621; *Bora/Liebl/Poerting/Risch*, Insolvenzkriminalität, S. 276. Siehe auch *Statistisches Jahrbuch 2003* (abrufbar unter http://www.destatis.de/basis/d/insol/insoltab1.htm): 20 034 insolvente GmbH und nur 508 insolvente Aktiengesellschaften.

Gründe dies im Einzelnen hat.[1253] Lässt man die Rechtsform einmal unberücksichtigt, zeigt auch ein Blick auf die Größe der betroffenen Unternehmen, dass die Insolvenzgefahr bei kleinen und mittleren Unternehmen überwiegt.[1254] Im Vordergrund der insolvenzstrafrechtlichen Problematik stehen daher Insolvenzen von Unternehmen in der Rechtsform der GmbH.[1255] Demzufolge sind es vor allem GmbH - Geschäftsführer, die ein Bestellungshindernis wegen einer §§ 283ff StGB – Verurteilung befürchten müssen.[1256] Demgegenüber drohen Bestellungshindernisse für AG - Vorstände wegen einer Insolvenzstraftat kaum. Zwar ist es theoretisch auch denkbar, dass ein GmbH-Geschäftsführer wegen einer Insolvenzstraftat verurteilt wurde und es später um seine Bestellung zum Vorstandsamt einer AG geht, allerdings dürften solche Fälle eher selten auftauchen.

(4) Zwischenergebnis

Die vor allem mit Blick auf das englische Recht gewählte Schwerpunktbildung hat zu Tage gefördert, dass das kapitalgesellschaftsrechtliche Bestellungshindernis infolge einer Insolvenzstraftat nur in speziellen Bereichen zum Einsatz kommen kann und dass die Wirkkraft bei der GmbH mit der Wirkkraft bei der Aktiengesellschaft nicht vergleichbar ist. Personell können Hintermänner nicht erfasst werden, sachlich verschwimmt die tatbestandliche Konturierung bei den *bestandsbezogenen* Handlungen. In allen Fällen misslingt eine Anbindung, wenn das betroffene Unternehmen nicht tatsächlich dem Ende entgegengesehen hat.

2. Gerichtliche Untersagung eines Berufes oder Gewerbes : §§ 6 Abs. 2 Satz 4 Alt 1 GmbHG und 76 Abs. 3 Satz 4 Alt. 1 AktG

Das Regelungsregime des allgemeinen strafrechtlichen Berufsverbotes wurde an anderer Stelle schon auf seine Ergiebigkeit im Hinblick auf Lei-

---

[1253] Vor allem das schon strukturelle Problem der unzureichenden Eigenkapitalausstattung und die oft anzutreffende Laienhaftigkeit der Leitungspersonen (oft kein oder mangelhaftes kaufmännisches Verständnis) heben die GmbH von der AG ab.

[1254] Vgl. GroßkommStGB/*Tiedemann*, vor § 283 Rn. 22.

[1255] Siehe *Liebl*, Geplante Konkurse, S. 47ff; *Tiedemann*, GmbH-Strafrecht, vor § 82, Rn 5.

[1256] Laut *Richter*, GmbHR 1984, 113, 115 wurden schon damals jährlich mehr als 4000 Strafverfahren gegen GmbH-Geschäftsführer eingeleitet.

tungspersonen von Kapitalgesellschaften untersucht.[1257] Es stellt sich nun die Frage, ob das Bestellungshindernis im GmbHG und AktG, das auf einem strafrechtlichen Berufsverbot aufbaut, einen weitergehenden Regelungsgehalt bereithält. Dafür ist daran zu erinnern, dass das strafrechtliche Berufsverbot die gewünschte Rechtsfolge, den Zutritt zu einem künftigen Geschäftsführer- bzw. Vorstandsamt zu verweigern, im Grundsatz nur zuließ, wenn die betroffene Person die Straftat in der Funktion *als Geschäftsleiter* begangen hatte.[1258] Allerdings konnte ein solches Berufsverbot theoretisch für *sämtliche* GmbH oder Aktiengesellschaften verhängt werden. Nur ausnahmsweise reichte es auch aus, dass die Person die Straftat nicht in der Funktion eines Geschäftsleiters, sondern in einem anderen Berufsfeld oder Gewerbe, begangen hatte. Dann war es über § 70 Abs. 3 StGB jedoch nur möglich, zukünftige Geschäftsleiterfunktionen für *spezielle* Gesellschaften zu versagen.[1259] Konkret durfte sich das Verbot, Geschäftsführer oder Vorstand zu werden, nur auf solche GmbH oder Aktiengesellschaften beschränken, deren Unternehmensgegenstand ganz oder teilweise mit dem Beruf oder Gewerbe der betroffenen Person übereinstimmte.

Genau diesen zweiten Fall erfasst nun die Regelung im GmbHG und AktG. Danach darf jemand, gegen den ein strafrechtliches Berufsverbot ausgesprochen wurde, nicht Geschäftsführer oder Vorstand von solchen Gesellschaften werden, deren Unternehmensgegenstand ganz oder teilweise mit dem Gegenstand des Verbotes übereinstimmt. Der Gesetzgeber hat also nur fixiert, was beim normalen Berufsverbot bei § 70 StGB sowieso selbstverständlich ist. Andererseits bleibt das Bestellungshindernis im GmbHG / AktG aber sogar hinter der Regelung des § 70 StGB zurück. Der Fall, dass gegen einen *früheren Geschäftsleiter* ein Berufsverbot z.B. für die Geschäftsleitung von GmbH verhängt wurde, lässt sich nicht unter die kapitalgesellschaftsrechtliche Regelung subsumieren. Denn eine Gesellschaft, deren Unternehmensgegenstand die Leitung einer Gesellschaft ist, wird man sich nur sehr selten vorstellen können.[1260] Daher verbleibt dem strafrechtlichen Berufsverbot also noch ein Teilbereich, in dem die

---

[1257] Siehe oben S. 187ff.
[1258] Vgl. oben S. 188ff.
[1259] Vgl. oben S. 196ff.
[1260] Denkbar ist dies vielleicht noch bei einer Holding, allerdings ist selbst deren Unternehmensgegenstand eher das Halten von Anteilen.

Regelung nicht vom kapitalgesellschaftlichen Bestellungshindernis überblendet wird.

Andererseits beseitigt das kapitalgesellschaftsrechtliche Bestellungshindernis aber gerade nicht alle Ungereimtheiten, die bei § 70 StGB aufgetaucht sind: So kann man zwar einen straffälligen Maurer hindern, später als Geschäftsführer einer Bau-GmbH tätig zu werden, allerdings versagen die Mechanismen dann, wenn beispielsweise ein delinquenter Buchhalter (z.B. Bilanzbetrug) Geschäftsführer einer Bau-GmbH werden will. In diesem Fall würde der Unternehmensgegenstand der Gesellschaft nicht mehr mit dem möglichen Berufsverbot als Buchhalter übereinstimmen. Den spezifischen Gefahren, die durch die frühere Delinquenz *gerade für das Geschäftsleiteramt* und damit letztlich für die Anteilseigner und Gläubiger drohen, kann man mit einer solchen Regelung nicht ausreichend begegnen. Aus der Analyse der Entstehungsgeschichte der Vorschrift lässt sich erahnen, dass den geistigen Vätern der kapitalgesellschaftlichen Bestellungshindernisse dieses Problem nicht bewusst war.[1261] Sie hatten zwar die Gefahr vor Augen, die beispielsweise ein früherer Metzger als späterer Geschäftsführer einer Fleischerei-GmbH darstellen kann.[1262] Sie erkannten aber gerade nicht, dass bestimmtes *Verhalten* unabhängig vom früheren Beruf und der Branche der späteren Gesellschaft eine erhebliche Gefahr für ein späteres Geschäftsleiteramt und für eine Kapitalgesellschaft an sich darstellen kann.[1263] Bei dem früheren Metzger, der danach Geschäftsleiter wird, geht es dem Gesetzgeber eben nicht um dessen spezifische Gefahr als Geschäftsführer einer GmbH, sondern noch immer um seine Gefährlichkeit als Metzger.

Aus der spezifischen Perspektive des Gesetzgebers ist die getroffene Regelung konsequent. Sie deckt aber gerade nur einen von zwei verschiedenen Aspekten ab, unter denen die Geschäftsführung einer Kapitalgesell-

---

[1261] Vgl. *Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, Bd. III (1973), S. 29f.

[1262] Siehe *Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, Bd. II (1973), S. 29: „Durch den vorgeschlagenen Leitsatz 8b) sollte die Beziehung zwischen einer bestimmten Tätigkeit, für die der Betroffene ein Berufsverbot erhalten habe, und dem Gegenstand der Gesellschaft, bei der er zum gesetzlichen Vertreter bestellt werden solle, hergestellt werden. Es solle dem Betroffenen nicht verwehrt sein, als Vertreter von Kapitalgesellschaften tätig zu werden, die auf einem anderen als dem vom Berufsverbot betroffenen Bereich tätig sind. Die Maßnahme nach dem vorgeschlagenen Leitsatz 8b) sollte das strafrechtliche Berufsverbot lediglich ergänzen. Einer noch weiteren Fassung der vorgeschlagenen Regelung standen verfassungsrechtliche Gründe entgegen".

[1263] Bei Kenntnis dieser Gefahr hätte man sich wohl auch kaum auf das Pauschalargument der "verfassungsrechtlichen Gründe" (siehe Fn. 1262) zurückziehen können.

schaft zu beleuchten ist. Sie widmet sich allein dem Problem, das sich stellt, wenn ein „anderer Beruf“ als „Geschäftsleitung“ verboten wurde und dieses Verbot gegen Umgehungen so abgesichert werden soll, dass man sich nicht hinter einer Kapitalgesellschaft als Geschäftsleiter verstecken können soll.[1264] Sie verkennt aber, dass es auch so etwas wie einen Beruf „Geschäftsleitung“ gibt, der ganz spezifische Gefahren – nicht für den Beruf an sich, sondern für das Gesellschaftsrecht – zu Tage fördert. Berücksichtigt man diesen eingeschränkten Blickwinkel des kapitalgesellschaftsrechtlichen Bestellungshindernisses, dann erscheint es auch nur konsequent, dass der Gesetzgeber sein Verbot allein auf solche Gesellschaften beschränkt hat, die mit dem „anderen Beruf“ zusammenhängen, indem sie einen dahingehenden Unternehmensgegenstand abdecken. Die so klaffende Lücke kann in der praktischen Anwendung allenfalls das Gewerbeaufsichtsrecht schließen.[1265]

3. Verwaltungsbehördliche Untersagung eines Berufes oder Gewerbes : §§ 6 Abs. 2 Satz 4 Alt 2 GmbHG und 76 Abs. 3 Satz 4 Alt. 2 AktG

Auch für den Fall, dass die Kapitalgesellschaftsrechte ein automatisches Bestellungshindernis vorsehen, nachdem eine verwaltungsrechtliche Gewerbeuntersagung ausgesprochen wurde, stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zur allgemeinen Regelung in § 35 GewO. Insbesondere interessiert auch hier, ob und wenn ja in welchem Umfang ein eigenständiger Anwendungsbereich auszumachen ist. Die gewünschte Rechtsfolge – Verbot, eine GmbH oder AG zu leiten – lässt sich über § 35 GewO in zwei Fallgestaltungen erreichen.[1266] Zum einen *kann* die Behörde eine Person, die ein *Gewerbe treibt*, über § 35 Abs. 1 Satz 2 GewO von der Geschäftsleitung einer *speziellen*, unter Umständen auch von *jeder* Gesellschaft, fernhalten.[1267] Darüber hinaus kann eine Person, die schon *als Geschäftsleiter* einer GmbH oder AG tätig war und daher kein Gewerbe betreibt, über § 35 Abs. 7a GewO von der zukünftigen Geschäftsleitung abgehalten werden.

[1264] Vgl. auch schon S. 198.
[1265] Vgl. schon S. 205f.
[1266] Vgl. schon oben S. 198ff.
[1267] Für ein generelles Verbot z.B. HessVGH GewArch 1993, 159, 160; HessVGH GewArch 1994, 238, 239.

Das kapitalgesellschaftsrechtliche Bestellungshindernis ist in seinem Anwendungsbereich gegenüber § 35 GewO sowohl enger als auch weitreichender. Es untersagt die Geschäftsleitertätigkeit zwingend für Gesellschaften, deren Unternehmensgegenstand ganz oder zum Teil mit dem verbotenen Gewerbe oder Beruf übereinstimmt. Diese Regelung ist für die Fälle, in denen *einem früheren Gewerbetreibenden* die spätere Geschäftsleitertätigkeit untersagt werden soll, zunächst einmal weitergehend. Denn über die §§ 6 Abs. 2 Satz 4 Alt. 2 GmbHG und 76 Abs. 3 Satz 4 Alt. 2 AktG tritt das Bestellungshindernis für bestimmte Gesellschaften *zwingend* ein, während eine solche Rechtsfolge bei § 35 Abs. 1 Satz 2 GewO im Ermessen der Behörde steht. Daher ist es unbedeutend, ob die Behörde bei § 35 GewO zuvor überhaupt eine Untersagungserstreckung auf die Geschäftsleiterfunktion vorgenommen hat. In jedem Fall darf der Gewerbetreibende wegen des GmbHG bzw. AktG nicht Geschäftsleiter von GmbHs und AGs werden, deren Unternehmensgegenstand sich mit dem früheren Gewerbe deckt.

Andererseits sind die §§ 6 Abs. 2 Satz 4 Alt. 2 GmbHG und 76 Abs. 3 Satz 4 Alt. 2 AktG jedoch auch enger, als das allgemeine Gewerberecht. Während im Verwaltungsrecht Fälle handhabbar sind, in denen jemand *zuvor Geschäftsleiter* und damit nicht Gewerbetreibender war und es um Unzuverlässigkeit bei künftiger Geschäftsleitung geht (§ 35 Abs. 7a GewO), kann man sich diese Fälle beim kapitalgesellschaftlichen Bestellungshindernis schwerlich vorstellen. Genau genommen müsste dafür die Gesellschaft, deren Leitung versagt werden soll, „Geschäftsleitung“ zum Unternehmensgegenstand haben.[1268] Insoweit hat das kapitalgesellschaftsrechtliche Bestellungshindernis keinen eigenen Anwendungsbereich.[1269] Es verbleibt hier vielmehr im *Ermessen* der Gewerbeaufsichtsbehörde, ob die Leitung von Gesellschaften künftig untersagt werden soll.

Ob dieser Dualismus von *zwingendem* Bestellungshindernis bei früherem Betreiben eines Gewerbes und *Ermessens*entscheidung bei früherer Ge-

---

[1268] Auf das über § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO untersagte Gewerbe (z.B. Baugewerbe) kann man den Wortlaut der §§ 6 Abs. 2 Satz 4 Alt 2 GmbHG und 76 Abs. 3 Satz 4 Alt. 2 AktG jedenfalls nicht beziehen. Dieses Gewerbe wurde ja gerade nicht dem Geschäftsleiter verboten, sondern seiner Gesellschaft!

[1269] Dafür spricht auch, dass 1980, als die §§ 6 Abs. 2 GmbHG und 76 Abs. 3 AktG eingeführt wurden, das Gewerberecht noch gar keine Untersagung gegen frühere Geschäftsführer und Vorstände kannte. Diese Möglichkeit wurde erst 1986 mit dem 2. WiKG geschaffen. Vgl. BT-Drucks. 10/318, S. 50f.

schäftsleitertätigkeit sinnvoll ist, darf erheblich bezweifelt werden, zumal die Rechtsfolge identisch ist.

Auch in einem anderen Zusammenhang könnte das kapitalgesellschaftsrechtliche Bestellungshindernis enger als das allgemeine Gewerberecht sein. Dies betrifft die Fälle, in denen derjenige, der nicht Geschäftsleiter werden soll, früher *als Geschäftsleiter* einer Gesellschaft aufgetreten war. Über § 35 Abs. 7a i.V.m. Abs. 1 Satz 2 GewO kann nach der Rechtsprechung theoretisch untersagt werden, eine Geschäftsleitertätigkeit bei *jeder* GmbH oder AG aufzunehmen.[1270] Ein so weitreichendes Verbot kann aber über den Wortlaut des GmbH- oder Aktiengesetzes nicht ohne weiteres erreicht werden. Das kapitalgesellschaftsrechtliche Bestellungshindernis darf sich ja gerade nur auf *bestimmte* Gesellschaften beziehen, deren Unternehmensgegenstand mit dem verbotenen Gewerbe übereinstimmt. Andererseits wird man – wenn jedes Gewerbe verboten ist – auch den Unternehmensgegenstand *jeder* Gesellschaft treffen, so dass das Bestellungshindernis doch zum gleichen Ergebnis kommt, wie das gewerberechtliche Verbot.

4. Rechtsfolge

Die kapitalgesellschaftsrechtlichen Bestellungshindernisse wirken direkt auf die Bestellung zur Geschäftsleitung. Liegt ein Bestellungshindernis vor, ist eine danach dennoch erfolgte Bestellung sofort wegen § 134 BGB nichtig.[1271] Eine schon zuvor erfolgte Bestellung wird sofort unwirksam.[1272] Daher bedarf es also keiner ausdrücklichen Abberufung mehr.[1273] Im Hinblick auf die Dauer zieht jede Verurteilung wegen einer

---

[1270] Siehe HessVGH GewArch 1993, 159, 160 (Verbot jeder selbständigen gewerblichen Tätigkeit incl. einer Erstreckung auf Vertretung von Gewerbetreibenden jeder Art für einen früheren GmbH-Geschäftsführer wegen mehrfachem Nichteinreichen von Steuererklärungen). Siehe auch HessVGH GewArch 1994, 238, 239 (Verbot jeder selbständigen gewerblichen Tätigkeit incl. einer Erstreckung auf Vertretung von Gewerbetreibenden jeder Art für einen früheren GmbH-Geschäftsführer wegen mehrfacher Nichtbegleichung von Schulden). Siehe auch OVG Lüneburg, GewArch 1998, 30f (für jede Tätigkeit als Vertretungsberechtigter); OVG NRW, DÖV 1996, 521 (für jede Tätigkeit als Vertretungsberechtigter): „…Die aus der Tätigkeit des Klägers als Vertretungsberechtigter der GmbH herrührenden Gründe für die Annahme seiner gewerberechtlichen Unzuverlässigkeit waren gewerbeübergreifender Natur".

[1271] Vgl. GroßkommAktG/*Kort*, § 76 Rn. 214, 221; KölnerKommAktG/*Mertens*, § 76 Rn. 105; MüKoAktG/*Hefermehl/Spindler/Kalss*, § 76 Rn. 92; Rowedder/*Schmidt-Leithoff*, GmbHG, § 6 Rn. 19; Scholz/*Schneider*, GmbHG, § 6 Rn. 12.

[1272] Vgl. GroßkommAktG/*Kort*, § 76 Rn. 215; KölnerKommAktG/*Mertens*, § 76 Rn. 105; Rowedder/*Schmidt-Leithoff*, GmbHG, § 6 Rn. 19; BGHZ 53, 210, 215; BGHZ 115, 78, 80.

[1273] Siehe v Godin/*Wilhelmi*, AktG, § 76 Rn. 8; GroßkommAktG/*Kort*, § 76 Rn. 221; *Hüffer*, AktG, § 76 Rn. 27; Rowedder/*Schmidt-Leithoff*, GmbHG, § 6 Rn. 19; BayObLG BB 1982, 1508; OLG Frankfurt FGPrax 1995, 42.

Insolvenzstraftat nach den §§ 283 – 283 d StGB ein fünfjähriges Bestellungshindernis nach sich. Für die Fälle der Bestellungshindernisse infolge eines Berufsverbotes richtet sich die Dauer hingegen an dem vom Strafgericht oder der Verwaltungsbehörde festgesetzten Zeitraum aus.

5. Zwischenergebnis

Will man die Ausführungen zu den kapitalgesellschaftsrechtlichen Bestellungshindernissen im GmbHG und im AktG kurz zusammenfassen, zeigt sich, dass allein das Bestellungshindernis infolge einer Insolvenzstraftat in den Bereich hineinreicht, in dem es um die „Eignung" *für ein Geschäftsleiteramt* im weiteren Sinne geht. Die Bestellungshindernisse infolge eines straf- oder gewerberechtlichen Berufsverbotes halten hingegen gegenüber den allgemeinen Verbotstatbeständen keinen wesentlichen eigenen inhaltlichen Kern bereit. Sie sind vielmehr dem Gedanken der Absicherung von Umgehungsversuchen verhaftet, die aus dem Verbot eines anderen Berufes (z.B. Maurer) entspringen könnten. Weiterführende und rechtsvergleichende Überlegungen werden daher vor allem das Bestellungshindernis infolge einer Insolvenzstraftat in den Blick nehmen müssen.

K. Anknüpfungen für Abberufungsverlangen und Tätigkeitsverbote im Bankaufsichtsrecht

Neben den allgemeinen strafrechtlichen bzw. verwaltungsrechtlichen Berufsverboten und den kapitalgesellschaftsrechtlichen Bestellungshindernissen, die für alle GmbH und Aktiengesellschaften Geltung erlangen, beeinflusst auch das Kreditwesengesetz (KWG) den Zugang zu einem Geschäftsleiteramt.[1274] Allerdings werden davon nur Geschäftsleiter von Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten betroffen.[1275] Diese Sonderregelung rechtfertigt sich aus dem enormen Stellenwert, den die Kredit- und Finanzdienstleistungsbranche im gesamtwirtschaftlichen System einnimmt. Von ihr hängt maßgeblich ab, wie die Versorgung der Wirtschaft

---

[1274] Mit „Geschäftsleiter" ist hier nur das Organ der juristischen Person gemeint (sog. *geborene* Geschäftsleiter). Ebenso handhabt es das KWG, vgl. § 1 Abs. 2 Satz 1 KWG, das allerdings auch *gekorene* Geschäftsleiter kennt (z.B. Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter), vgl. § 1 Abs. 2 Satz 2 KWG.

[1275] Zu den Definitionen dieser Institute vgl. § 1 Abs. 1 und 1a KWG. Die Beschränkung auf solche Institute ergibt sich aus § 36 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 KWG (jeweils: „Tätigkeit bei Instituten in der Rechtsform einer juristischen Person").

mit Fremdkapital funktioniert.[1276] Darüber hinaus ist sie durch ihre naturgemäß enge Verzahnung mit einer Vielzahl von Unternehmen besonders gefährdet, durch eine Krise eine umfangreiche Kettenreaktion auszulösen. Will man das Vertrauen in die Solvenz und Seriösität der Institute erhalten – mithin also die Gläubiger schützen – und darüber hinaus ordnungsgemäße Bankgeschäfte und Finanzdienstleistungen gewährleisten, kommt man nicht umhin, bestimmte Anforderungen an die Geschäftsleiter zu stellen.

Unternehmen in der Kredit- und Finanzdienstleistungsbranche werden in der Mehrzahl der Fälle in der Form der juristischen Person betrieben.[1277] Deshalb fallen insbesondere die GmbH-Geschäftsführer und AG-Vorstände in den Regelungsbereich der Vorschriften.[1278]

I. Sachlicher Anwendungsbereich

Das KWG kennt zwei verschiedene Anknüpfungspunkte, mittels derer die Tätigkeit der Geschäftsleiter beeinflusst werden kann. Zum einen hält es Regelungsmechanismen bereit, sobald gegen die Kredit- bzw. Finanzdienstleistungsgesellschaft als solche die Möglichkeit besteht, eine Erlaubnis aufzuheben. Darüber hinaus sind solche Fälle zu beachten, in denen – unabhängig von der Gesellschaft – Gesetzesverstöße des Geschäftsleiters nachweisbar sind. In beiden Fällen kann die zuständige Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) den betroffenen Geschäftsleiter abberufen oder ihm ein Tätigkeitsverbot erteilen.

1. Abberufungsverlangen und Tätigkeitsverbot bei Gründen zum Erlaubnisentzug, § 36 Abs. 1 KWG

Maßnahmen gegen Geschäftsleiter von Kredit- bzw. Finanzdienstleistungsgesellschaften können von der BaFin zunächst einmal dann ergriffen werden, wenn ein Anhaltspunkt vorliegt, aufgrund dessen der Gesellschaft selbst ihre Erlaubnis entzogen werden könnte und wenn der Ge-

---

[1276] Vgl. Schimansky/Bunte/Lwowski/*Fischer*, Band III, § 125 Anm. 9; Boos/*Fischer*/Schulte-Mattler, KWG, Einf, Rn. 46f und schon zuvor *Bericht des Wirtschaftsausschusses* (sog. Ruland-Bericht zu BT-Drucks. 3/2563).

[1277] Theoretisch sind auch Personengesellschaften geeignete Unternehmensträger. Vgl. nur § 2a Abs. 1 KWG.

[1278] Daneben jedoch auch die Geschäftsleiter von anderen juristischen Personen wie e.G. oder KG a.A. Vgl. zu den zugelassenen Instituten http://www.bafin.de/cgi-bin/bafin.pl?verz=07_Daten$b$anken_amp_Statistiken*01_Datenbanken&sprache=0&ntick=0&nofr=1&site=0&filter=b.

schäftsleiter dafür verantwortlich ist. Hintergrund dafür ist, dass das Betreiben von Bankgeschäften und das Erbringen von Finanzdienstleistungen grundsätzlich erlaubnisbedürftig sind.[1279] Von einer Vielzahl von Anahltspunkten, die den Entzug einer solchen Erlaubnis rechtfertigen können, genügen einige auch, um gegen den Geschäftsleiter vorgehen zu können. So bestimmt § 36 Abs. 1 KWG, dass einer der Gründe des § 35 Abs. 2 Nr. 3, 4 oder 6 vorliegen muss.[1280] Verantwortlich ist der Geschäftsleiter für einen solchen Verstoß auch dann, wenn er nicht selbst gehandelt hat oder die Mängel nicht in seinem Kompetenzbereich aufgetreten sind. Es reicht aus, wenn Kontrollen unterlassen oder angeordnete Maßnahmen mangelhaft durchgesetzt wurden oder wenn Organisationsmängel aufgetreten sind.[1281]

a. Gründe für die Versagung einer Erlaubnis für die Gesellschaft, § 35 Abs. 2 Nr. 3 KWG

§ 35 Abs. 2 Nr. 3 KWG verweist seinerseits auf § 33 KWG, in dem geregelt ist, in welchen Fällen einer Gesellschaft eine Erlaubnis nicht erteilt werden darf.[1282]

(1) Mangelnde Eigenkapitalausstattung

Mittels dieser Verweisungskette kann man gegen einen Geschäftsleiter vorgehen, wenn die Gesellschaft nicht über ausreichende Eigenmittel verfügt. Obwohl die Sicherung der Eigenmittel eigentlich Sache der Gesellschafter ist, kann man sich hier aber Fälle vorstellen, in denen die Eigenkapitalschwäche durch eine verfehlte Geschäftspolitik herbeigeführt wurde und daher von der Geschäftsleitung zu verantworten ist – beispielsweise, weil Kredite unvorsichtig vergeben wurden .

[1279] Vgl. § 32 KWG.

[1280] Vor der 6. KWG-Novelle war ein Vorgehen des damaligen BAKred nur bei Mängeln der Zuverlässigkeit oder der fachlichen Eignung des Geschäftsleiters oder bei Gefahr für die Erfüllung der Verbindlichkeiten gegenüber den Gläubigern möglich.

[1281] Vgl. Boos/*Fischer*/Schulte-Mattler, KWG, § 36 Rn. 7; Schimansky/Bunte/Lwowski/*Fischer*, Band III, § 128 Anm. 71, 75; Szagunn/Haug/Ergenzinger, KWG, § 36 Rn. 2.

[1282] Dabei läuft die Verweisung teilweise jedoch ins Leere. Die Versagungsgründe in Nr. 3, 5 und Abs. 3 machen für § 36 Abs. 1 KWG wenig Sinn.

(2) Unzuverlässigkeit und fachliche Ungeeignetheit

Darüber hinaus kann die BaFin gegen die Geschäftsleitung vorgehen, wenn sich Mängel in der persönlichen Zuverlässigkeit oder der fachlichen Eignung der Geschäftsführer zeigen.[1283] Mit dieser Verweisung wird der Bereich abgeschritten, in dem das Vorgehen der BaFin *in der Regel* seine Begründung finden wird.[1284]

Über den Maßstab der persönlichen Zuverlässigkeit wird Raum für eine flexible Sachverhaltsbewältigung geschaffen und der Bogen zum allgemeinen Gewerberecht gespannt, wo in § 35 GewO ebenso an die Zuverlässigkeit angeknüpft wird.[1285] Daher ist auch im KWG Unzuverlässigkeit anzunehmen, wenn der Betroffene nach seiner gesamten Persönlichkeit nicht die Gewähr dafür bietet, dass er seine Tätigkeit ordnungsgemäß betreiben wird.[1286] Allerdings muss man hier auf die Besonderheiten der Geschäfte eines Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitutes und die besonders hohe Vertrauensempfindlichkeit dieser Branche abstellen. Weiterhin ist zu berücksichtigen, welche Größe das Institut hat und in welchen Geschäftszweigen es tätig wird.[1287] Ebenso wie im allgemeinen Gewerberecht müssen sich die Erwägungen allerdings auch auf Tatsachen beziehen, die ihrerseits in der Vergangenheit begründet sein müssen.[1288] Neben den schon bei § 35 GewO geschilderten denkbaren Gründen für eine Unzuverlässigkeit wird man hier vor allem an Vermögensdelikte und an Geldwäsche zu denken haben. Daneben kann eine Rolle spielen, wenn der Geschäftsleiter schon Anordnungen der BaFin nicht beachtet oder häufig gegen Vorschriften des KWG verstoßen hat. Schließlich muss man auch solche persönlichen Defizite der Person berücksichtigen, die die Funktion im Institut beeinträchtigen können, beispielsweise eine Neigung zu unangemessen riskanten Geschäften.

Neben der persönlichen Unzuverlässigkeit kann sich ein Vorgehen der BaFin auch darauf stützen, dass der Geschäftsleiter fachlich ungeeignet ist. Anders als die Zuverlässigkeit, die schon beim Fehlen von Anhalts-

---

[1283] Siehe § 33 Abs. 1 Nr. 2, 4 KWG.

[1284] Es handelt sich um den „klassischen“ Anwendungsfall für ein Abberufungsverlangen. Vgl. Boos/*Fischer*/Schulte-Mattler, KWG, § 36 Rn. 10.

[1285] Vgl. oben S. 203ff. Dort erwähnte Einzelheiten zur Ausformung des Begriffes gelten auch hier.

[1286] Boos/*Fischer*/Schulte-Mattler, KWG, § 33 Rn. 29. Ein ausführlicher Beispielkatalog findet sich bei Reischauer/*Kleinhans*, KWG, § 33 Anm. 10.

[1287] So wird man an den Geschäftsleiter eines Universalkreditinstitutes besonders hohe Anforderungen stellen dürfen.

[1288] Boos/*Fischer*/Schulte-Mattler, KWG, § 33 Rn. 30.

punkten vermutet wird, muss sich die fachliche Eignung positiv ableiten lassen. Dabei ist in jedem Einzelfall die Qualifikation mit den Erfordernissen der übernommenen Geschäftsleiterfunktion abzugleichen, wodurch sich unterschiedliche Anforderungen je nach Geschäftsart und Größe des Institutes ergeben können.[1289] Gemäß § 33 Abs. 2 Satz 1 KWG muss der Geschäftsleiter in ausreichendem Maße theoretische und praktische Kenntnisse in den betreffenden Geschäften sowie Leitungserfahrung haben[1290], wobei die fachliche Eignung dabei durch das Gesetz vermutet wird, wenn eine dreijährige leitende Tätigkeit bei einem Institut vergleichbarer Größe und Art nachgewiesen werden kann.[1291] Die Vermutung des Gesetzes kann dabei natürlich über einen in Wahrheit ungeeigneten Geschäftsleiter hinwegtäuschen, ebenso wie ein eigentlich geeigneter Geschäftsleiter sich eventuell nicht auf die Regelvermutung berufen kann.[1292]

Denkbare Fälle, in denen ein Geschäftsleiter wegen Unzuverlässigkeit oder Ungeeignetheit abberufen werden kann, sind z.B. solche, in denen Mängel in der Geschäftsorganisation aufgetaucht sind oder Risiken unzureichend überwacht wurden. Ebenso kann man sich vorstellen, dass die Satzung der Gesellschaft verletzt wurde, Bücher manipuliert wurden oder sogar Geldwäsche betrieben wurde.

(3) Organisationsmängel

Von den Gründen, die sich auf einen möglichen Entzug der Erlaubnis für die Gesellschaft stützen, ist schließlich das Fehlen der notwendigen Betriebsorganisation zu nennen.[1293]

b. Gläubigergefährdung, § 35 Abs. 2 Nr. 4 KWG

Eine Abberufung oder ein Tätigkeitsverbot gegen einen Geschäftsleiter kann auch dann verfügt werden, wenn über die Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist. Ebenso reicht die Gefahr aus, dass die Gesellschaft ihre Verpflichtungen gegenüber ihren Gläubigern nicht mehr

---

[1289] Vgl. z.B. Schimansky/Bunte/Lwowski/*Fischer*, Band III, § 128 Anm. 37f.
[1290] Zu Einzelheiten der abverlangten theoretischen und praktischen Kenntnisse vgl. Szagunn/Haug/Ergenzinger, KWG, § 33 Rn. 13.
[1291] Siehe Boos/*Fischer*/Schulte-Mattler, KWG, § 33 Rn. 41.
[1292] Zur Beweiskraft der Regelvermutung siehe BVerwG NJW 1980, 2033.
[1293] Siehe Boos/*Fischer*/Schulte-Mattler, KWG, § 36 Rn. 14.

erfüllen kann.[1294] Entscheidend für das Vorgehen gegenüber dem Geschäftsleiter ist, dass dieser für die Insolvenz bzw. für die Gläubigergefährdung verantwortlich ist.[1295] Dies setzt nicht notwendigerweise voraus, dass er selbst Gefährdungstatbestände gesetzt hat; es genügt, dass in seinem Verantwortungsbereich die Fehlentwicklung aufgetreten ist oder dass er für eine unzureichende Organisation verantwortlich ist.

c. Gesetzesverstöße des Instituts, § 35 Abs. 2 Nr. 6 KWG

Ein Vorgehen gegen einen Geschäftsleiter kann schließlich auch darin begründet sein, dass die Gesellschaft nachhaltig gegen Vorschriften des KWG oder des WpHG verstoßen hat.[1296] Damit bringt das Gesetz zum Ausdruck, dass jede beliebige Person innerhalb der Gesellschaft die Verstöße begangen haben kann. Es reicht aus, dass die Aufsichtsnormen beim Abschluss der Geschäfte oder im sonstigen Verhalten der Gesellschaft nicht beachtet werden. In der Praxis bringt das für die BaFin eine erhebliche Beweiserleichterung mit sich, da sie nicht einem konkreten Geschäftsleiter nachweisen muss, dass er gegen die Vorschriften verstoßen hat. Erforderlich ist allein, dass der betroffene Geschäftsleiter verantwortlich für die Verstöße ist.[1297] Dafür kann es schon ausreichen, dass er die Verstöße geduldet hat oder dass ihm Kontroll- oder Organisationsversagen vorgeworfen werden kann. Allerdings setzt ein Vorgehen der BaFin voraus, dass der Geschäftsleiter zuvor verwarnt worden war.[1298]

2. Abberufungsverlangen und Tätigkeitsverbot bei Gesetzesverstößen des Geschäftsleiters, § 36 Abs. 2 KWG

Neben den Gesetzesverletzungen der Gesellschaft können auch Gesetzesverletzungen des Geschäftsleiters selbst zu Eingiffsbefugnissen der BaFin führen.[1299] Während bei § 35 Abs. 2 Nr. 6 KWG jedoch allein Verletzun-

---

[1294] Eine solche Gefahr besteht nach § 35 Abs. 2 Nr. 4 a, b KWG z.B., wenn bestimmte Quoten an Eigenkapital unterschritten werden.

[1295] Vgl. Boos/*Fischer*/Schulte-Mattler, KWG, § 36 Rn. 16.

[1296] Ebenso erfasst sind die zu den Gesetzen erlassenen Verordnungen und Anordnungen.

[1297] Siehe Boos/*Fischer*/Schulte-Mattler, KWG, § 36 Rn. 20.

[1298] Das ergibt sich aus einem Gegenschluß zu § 36 Abs. 2 KWG, dessen Anforderungen strenger sind. Vgl. Boos/*Fischer*/Schulte-Mattler, KWG, § 36 Rn. 20.

[1299] Diese Möglichkeit soll vor allem die Wirksamkeit von Ordnungsvorschriften, Aufsichtsmaßnahmen und Verwaltungsentscheidungen erhöhen, für die die Normen keine unmittelbare Sanktion vorsehen. Vgl. BegrRegE zu § 35 KWG.

gen des KWG und des WpHG berücksichtigt werden können[1300], hält § 36 Abs. 2 KWG einen weitgehenderen Katalog an Vorschriften bereit. So kann sich ein Gesetzesverstoß des Geschäftleiters z.B. auch aus dem DepotG oder dem BausparkassenG ergeben.[1301]

a. Vorsatz oder Leichtfertigkeit

Allerdings reicht ein Verstoß allein noch nicht aus; es muss darüber hinaus festgestellt werden, dass der Geschäftsleiter vorsätzlich oder leichtfertig gehandelt hat. Vorsatz setzt in diesem Zusammenhang voraus, dass der Geschäftsleiter die Geschäftsvorfälle, die gegen die Regelungen verstoßen oder Handlungspflichten auslösen, kennt.[1302] Leichtfertigkeit bedeutet einen erhöhten Grad von Fahrlässigkeit – vergleichbar mit der groben Fahrlässigkeit im Zivilrecht.[1303] Im vorliegenden Zusammenhang ist Leichtfertigkeit gegeben, wenn der Geschäftsleiter mit einem erheblichen Maß an Nachlässigkeit entweder Geschäftsvorfälle nicht zur Kenntnis nimmt oder in grober Achtlosigkeit darauf vertraut, dass die notwendigen bankaufsichtlichen Maßnahmen von den Mitarbeitern erfüllt werden.[1304] Dabei ist bedeutsam, dass es zu den Pflichten eines Geschäftsleiters gehört, sich über die wesentlichen bankaufsichtlichen Pflichten auf dem Laufenden zu halten.

b. Verwarnung

Über § 36 Abs. 2 KWG kann die BaFin gegen einen Geschäftsleiter erst dann vorgehen, wenn diesem zuvor eine Verwarnung ausgesprochen wurde. Diese muss die Gesetzesverstöße benennen und das Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des § 36 Abs. 2 KWG im Einzelnen begründen. Bei schwerwiegenden Verstößen ist sie bereits nach einmaliger Begehung denkbar.[1305]

[1300] Vgl. Fn. 1296.

[1301] Daneben sind außer KWG und WpHG noch erfasst: Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten; InvestmentG; Gesetz über Pfandbriefe und verwandte Schuldverschreibungen öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute; SchiffsbankG; HypothekenbankG sowie die jeweiligen Verordnungen und Anordnungen.

[1302] Vgl. Boos/*Fischer*/Schulte-Mattler, KWG, § 36 Rn. 23.

[1303] Vgl. Beck/Samm, KWG, § 36 Rn. 26; Boos/*Fischer*/Schulte-Mattler, KWG, § 36 Rn. 23. Vgl. auch RGSt 74, 257.

[1304] Boos/*Fischer*/Schulte-Mattler, KWG, § 36 Rn. 23.

[1305] Boos/*Fischer*/Schulte-Mattler, KWG, § 36 Rn. 24.

c. Fortgesetztes Verhalten

Eine Abberufung oder ein Tätigkeitsverbot nach § 36 Abs. 2 KWG setzt ferner voraus, dass es sich um ein fortgesetztes Verhalten des Geschäftsleiters handelt. Das bedeutet, dass es nach der Verwarnung erneut zu Gesetzesverstößen gekommen sein muss. Allerdings lässt der Wortlaut der Vorschrift durchaus zu, dass schon *ein* weiterer Verstoß gegen ein Gesetz zum Eingreifen der BaFin führen kann.[1306] Dabei reicht es jedoch nicht aus, dass der spätere Verstoß zusammenhanglos neben dem Verstoß steht, der zur Verwarnung geführt hat.[1307] Vielmehr muss es – da es sich um ein „Verhalten" handeln soll – einen inneren Zusammenhang zwischen dem Verstoß vor der Verwarnung und den späteren Verstößen geben. Dazu ist allerdings nicht erforderlich, dass gegen die gleiche Bestimmung erneut verstoßen wurde. Das Verhalten kann z.B. in mehrfach wiederholter Vernachlässigung von Anzeigepflichten unterschiedlicher Art bestehen. Liegen hingegen grundlegend unterschiedliche Rechtsverstöße vor, so wird dies für ein fortgesetztes Verhalten nicht ausreichen.[1308] Nebenher kann man von einem fortgesetzten Verhalten auch nur dann sprechen, wenn es einen gewissen zeitlichen Zusammenhang zwischen der Verwarnung und den späteren Verstößen gibt.[1309]

d. Verhältnis zu § 36 Abs. 1 KWG

Wegen der strengen Voraussetzungen, die die BaFin für ein Vorgehen gegen den Geschäftsleiter nach § 36 Abs. 2 KWG beachten muss, stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zu § 36 Abs. 1 KWG. So lassen sich leicht Fälle vorstellen, die zwar an § 36 Abs. 2 KWG scheitern würden, in denen man jedoch quasi durch die Hintertür des Abs. 1 zu einem Abberufungsverlangen oder einem Tätigkeitsverbot gelangen könnte. Grundsätzlich ist anerkannt, dass gesetzwidriges Verhalten, das eigentlich unter § 36 Abs. 2 KWG fällt, auch unter dem Blickwinkel von Abs. 1 begutachtet werden kann.[1310] So kann man aus mehrfachen Gesetzesverletzungen

---

[1306] So auch noch Szagunn/*Wohlschieß*, KWG (5.A.), § 36 Rn. 19; ebenso: Beck/Samm, KWG, § 36 Rn. 24 und Bähre/*Schneider*, KWG (3. A.), § 36 Anm. 4. Nicht eindeutig hingegen Boos/*Fischer*/Schulte-Mattler, KWG, § 36 Rn. 26 und Schimansky/Bunte/Lwowski/*Fischer*, Band III, § 128 Anm. 79.

[1307] Beck/Samm, KWG, § 36 Rn. 29.

[1308] Ebenso Boos/*Fischer*/Schulte-Mattler, KWG, § 36 Rn. 26; Bähre/*Schneider*, KWG, § 36 Anm. 3. Anders hingegen Szagunn/Haug/Ergenzinger, KWG, § 36 Rn. 19.

[1309] Reischauer/*Kleinhans*, KWG, § 36 Rn. 9; Szagunn/Haug/Ergenzinger, KWG, § 33 Rn. 19; Beck/Samm, KWG, § 36 Rn. 30.

[1310] Vgl. z.B. Szagunn/Haug/Ergenzinger, KWG, § 36 Rn. 20.

auch auf die Unzuverlässigkeit oder die Ungeeignetheit des Geschäftsleiters nach § 36 Abs. 1 i.V.m. §§ 35 Abs. 3 Nr. 3, 34 Abs. 1 Nr. 2, 4 KWG schließen.[1311] Würde man diese Betrachtung jedoch ohne Einschränkung zulassen, wäre es z.B. möglich, dass ein mehrfach leicht fahrlässig handelnder Geschäftsleiter ohne Verwarnung mit Maßnahmen der BaFin rechnen müsste. Dabei ergibt sich doch aus Abs. 2 gerade, dass bloße Gesetzesverstöße bei einfacher Fahrlässigkeit folgenlos bleiben sollen. Um solche Wertungswidersprüche zu vermeiden, ist es angebracht, auch bei § 36 Abs. 1 KWG – soweit das Anwendungsfeld des Abs. 2 berührt ist – eine *Verwarnung* zu fordern.[1312] Darüber hinaus sollte man Abs. 1 insoweit auch auf Fälle beschränken, in denen es um *schwerwiegende und nachhaltige* Gesetzesverstöße geht und in denen *noch andere* Indikatoren für eine Unzuverlässigkeit oder Ungeeignetheit sprechen.

II. Rechtsfolge

Wenn eine der geschilderten Fallgruppen von § 36 Abs. 1 KWG angenommen werden kann oder eine Gesetzesverletzung des Geschäftsleiters nach Abs. 2 vorliegt, eröffnet das Gesetz der BaFin zunächst ein Entschließungsermessen und sodann ein Auswahlermessen.

1. Entschließungsermessen

Was das Entschließungsermessen betrifft, so muss man das Vorgehen der BaFin gegen den Geschäftsleiter immer in zwei Richtungen absichern. Zunächst gilt es, die angestrebte Maßnahme in Relation zu einem möglichen Vorgehen gegen die Gesellschaft selbst zu setzen. § 36 KWG ermöglicht und gebietet ein flexibles Eingreifen der BaFin. Anstelle der Schließung des Institutes, die für diese Gesellschaft und die Gläubiger schwerwiegende Folgen haben kann, ist das Vorgehen gegen den Geschäftsleiter das mildere Mittel.[1313] Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit muss daher immer geprüft werden, ob Maßnahmen gegen den Geschäftsleiter anstelle eines Erlaubnisentzuges nach § 35 KWG in Betracht kommen. Darüber hinaus muss aber auch in die entgegengesetzte

---

[1311] Siehe Boos/*Fischer*/Schulte-Mattler, KWG, § 36 Rn. 24 und Bähre/*Schneider*, KWG, § 36 Anm. 4.

[1312] Ebenso Boos/*Fischer*/Schulte-Mattler, KWG, § 36 Rn. 24. Gegen eine Verwarnung bei Abs. 1 jedoch Szagunn/Haug/Ergenzinger, KWG, § 36 Rn. 20.

[1313] Vgl. Boos/*Fischer*/Schulte-Mattler, KWG, § 36 Rn. 1; Schimansky/Bunte/Lwowski/*Fischer*, Band III, § 128 Anm. 68.

Richtung untersucht werden, ob es anstelle eines Vorgehens nach § 36 KWG nicht mildere Mittel gibt. Denken kann man z.B. an eine bloße Verwarnung des Geschäftsleiters oder aber an eine Anordnung nach § 6 Abs. 2 KWG.

2. Auswahlermessen

Was das Auswahlermessen anbelangt, so hält das KWG bei den hier interessierenden Kapitalgesellschaften zwei mögliche Rechtsfolgen bereit: Zum einen kann die BaFin die *Abberufung* des verantwortlichen Geschäftsleiters verlangen; darüber hinaus kann sie auch ein *Tätigkeitsverbot* gegen den Geschäftsleiter aussprechen.[1314] Die Abberufung ist dabei eine Handlung mit dem Ziel, dass der Betroffene nicht mehr nach Gesetz, Satzung oder Gesellschaftsvertrag zur Führung der Geschäfte der Gesellschaft berufen ist.[1315] Das Abberufungsverlangen der BaFin greift allerdings nicht unmittelbar in die Rechtstellung des Geschäftsleiters ein. Vielmehr enthält es allein das Gebot an die Gesellschaft, dem Geschäftsleiter die Organfunktion zu entziehen.[1316] Bei Geschäftsführern und Vorständen von GmbH und Aktiengesellschaften erfolgt dies durch einen Widerruf der Bestellung.[1317] Damit bleibt dem Geschäftsleiter jedoch eine weitere Tätigkeit in einer anderen Stellung als der eines Geschäftsleiters möglich – u.U. auch eine leitende.[1318] Er darf als Geschäftsleiter andererseits aber auch nicht länger bei anderen Gesellschaften tätig sein.[1319]

Während die Abberufung sich auf schon bestehende Geschäftsleiterfunktionen beschränkt, kann die BaFin über ein *Tätigkeitsverbot* darüber hinaus auch das Ausüben zukünftiger Geschäftsleiterfunktionen verhindern.[1320] Dieses Verbot wirkt sofort und bedarf daher anders als eine Abberufung nicht des Widerrufes der Organstellung.[1321] Auch solange der gesellschaftsrechtliche Widerruf der Bestellung noch nicht erfolgt ist, darf

---

[1314] Das Tätigkeitsverbot ist nur bei juristischen Personen möglich!

[1315] Szagunn/Haug/Ergenzinger, KWG, § 36 Rn. 5; Bähre/*Schneider*, KWG, § 36 Anm. 2.

[1316] Boos/*Fischer*/Schulte-Mattler, KWG, § 36 Rn. 31.

[1317] Vgl. § 38 Abs. 1 GmbHG und § 84 Abs. 3 AktG. Nach Szagunn/Haug/Ergenzinger, KWG, § 36 Rn. 5 stellt das Abberufungsverlangen der BaFin auch einen „wichtigen Grund" dar, so dass selbst dann, wenn der Gesellschaftsvertrag einen Widerruf nur bei wichtigem Grund zulässt, ein Vorgehen möglich ist.

[1318] Szagunn/Haug/Ergenzinger, KWG, § 36 Rn. 5; Boos/*Fischer*/Schulte-Mattler, KWG, § 36 Rn. 33.

[1319] „Gesellschaften" meint insoweit solche, die vom KWG erfasst sind. Siehe auch das damalige Bundesaufsichtsamt, BAK IV 46.23.0 (609) vom 02.12.1975.

[1320] Vgl. *RegBegr.* zur 6. KWG-Novelle, BR-Drucks 963/96 Nr. 54.

[1321] Vgl. Boos/*Fischer*/Schulte-Mattler, KWG, § 36 Rn. 2; Szagunn/Haug/Ergenzinger, KWG, § 36 Rn. 6.

der Geschäftsleiter seine Funktion als Mitglied der Geschäftsführung oder des Vorstandes dann nicht mehr ausüben.[1322] Allerdings verhindert dieses Verbot allein nicht, dass der Geschäftsleiter zunächst noch Organ der Gesellschaft ist. Insoweit gleicht das Tätigkeitsverbot dem bloßen Abberufungsverlangen. Abberufungsverlangen und Tätigkeitsverbot wirken eben nur öffentlich-rechtlich[1323] – wodurch zunächst nur eine Lücke zwischen dem, was der Geschäftsleiter „darf" und dem, was er „kann", klafft.[1324] Allerdings kann das Tätigkeitsverbot eben zeitlich früher ansetzen.

Nicht ganz klar ist, in welcher Form die BaFin von ihrem Auswahlermessen zwischen Abberufungsverlangen und Tätigkeitsverbot Gebrauch machen kann. So ist zum einen denkbar, dass beide Möglichkeiten alternativ und losgelöst voneinander einsetzbar sind; andererseits kann man sich jedoch auch vorstellen, dass die BaFin nur im Sinne eines „entweder nur Abberufung, *oder auch* Tätigkeitsverbot" vorgehen können soll. Für ein losgelöstes Verhältnis würde sprechen, dass die BaFin für den jeweiligen Fall das Mittel wählen könnte, das *die Gesellschaft* am wenigsten belastet.[1325] So könnte sie ein Tätigkeitsverbot aussprechen, ohne eine Abberufung fordern zu müssen. Diese Konsequenz läge allein in den Händen der Gesellschaft. Andererseits würde die Regelung des Abberufungsverlangens dann eigentlich keinen rechten Sinn machen. Vielmehr erscheint es mit geordneten Verhältnissen einer Gesellschaft nicht vereinbar, dass ein Geschäftsleiter mit einem Tätigkeitsverbot weiter formal seine Organstellung behalten können soll. Richtigerweise kann die BaFin ein Tätigkeitsverbot deshalb nur dann anordnen, wenn sie daneben auch ein Abberufungsverlangen artikuliert hat.[1326] Für ein solches Verständnis spricht auch der Wortlaut von § 36 KWG.[1327]

[1322] Vgl. Boos/*Fischer*/Schulte-Mattler, KWG, § 36 Rn. 2.

[1323] Siehe Szagunn/Haug/Ergenzinger, KWG, § 36 Rn. 5, 9 und Bähre/*Schneider*, KWG, § 36 Anm. 3 sowie *Schork*, GewA 1962, 244. In der Regel wird sich aus einem Tätigkeitsverbot jedoch auch ein wichtiger Grund zum Widerruf ergeben.

[1324] Vgl. Boos/*Fischer*/Schulte-Mattler, KWG, § 36 Rn. 36.

[1325] Man wird das Abberufungsverlangen aber kaum als milder ansehen können. Siehe z.B. Bähre/*Schneider*, KWG, § 36 Anm. 3: „Untersagung der Geschäftsleitertätigkeit nimmt also die Wirkung der Abberufung tatsächlich vorweg und greift dadurch wirtschaftlich, aber auch rechtlich stärker in den Geschäftsbetrieb des KI ein". Aus der Sicht *des Geschäftsleiters* wird das Tätigkeitsverbot wohl sowieso immer schwerer wiegen.

[1326] So auch Boos/*Fischer*/Schulte-Mattler, KWG, § 36 Rn. 3; Bähre/*Schneider*, KWG, § 36 Anm. 3; Schimansky/Bunte/Lwowski/*Fischer*, Band III, § 128 Anm. 68; anders jedoch Szagunn/Haug/Ergenzinger, KWG, § 36 Rn. 7.

[1327] In § 36 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 KWG jeweils: „und…*auch*…Tätigkeit…untersagen".

III. Verfahren und Rechtsschutz

Die BaFin als Bundesanstalt des öffentlichen Rechtes wird in ihrer Tätigkeit verwaltungsrechtlich tätig. Das Verlangen der Abberufung und das Aussprechen eines Tätigkeitsverbotes sind daher jeweils als Verwaltungsakte einzuordnen, für die die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Vorschriften Platz greifen[1328], und deren Nichtbefolgung über Geldbußen sanktioniert werden kann.[1329]

Das Abberufungsverlangen ist ein Verwaltungsakt, der sich an die Gesellschaft und nicht an den betroffenen Geschäftsleiter richtet.[1330] Zum Handeln und damit zur Abberufung wird allein die Gesellschaft verpflichtet, so dass nach § 41 Abs. 1 Satz 1 VwVfG eine Bekanntgabe gegenüber der Gesellschaft zu erfolgen hat.[1331] Da das Abberufungsverlangen gegenüber dem abzuberufenden Geschäftsleiter jedoch eine Drittwirkung entfaltet – er wird in seinen individuellen Interessen erheblich berührt – muss man diesen als „Betroffenen" i.S.v. § 41 Abs. 1 Satz 1 VwVfG ansehen. Das führt dazu, dass auch der Geschäftsleiter selbst Rechtsschutz gegen das Verlangen der BaFin geltend machen kann.

Die Untersagung der Ausübung der Tätigkeit ist – anders als das bloße Abberufungsverlangen - ein Verwaltungsakt, der sich unmittelbar nur an den Geschäftsleiter richtet. Daher ist diesem der Verwaltungsakt zuzustellen, nicht hingegen der Gesellschaft. Diese wird zwar mittelbar durch das Tätigkeitsverbot tangiert, gleichwohl ist sie nicht als „Beteiligte" i.S.v. § 41 Abs. 1 Satz 1 VwVfG anzusehen.[1332]

Gegen die Maßnahmen der BaFin sind, wie im Verwaltungsrecht üblich, Widerspruch und Anfechtungsklage des jeweiligen Adressaten zulässig, in Sonderkonstellationen kann auch eine Feststellungsklage sinnvoll

---

[1328] Vgl. Szagunn/Haug/Ergenzinger, KWG, § 36 Rn. 12.

[1329] Siehe § 56 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 KWG (bis zu 500000 Euro).

[1330] Der Geschäftsleiter ist daher auch nicht Beteiligter i.S.v. § 13 Abs. 1 VwVfG, vgl. Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 41 Rn. 21f.

[1331] Grundsätzlich muss die Zustellung gegenüber dem Geschäftsführer bzw. Vorstand ergehen, selbst wenn dieser selbst von dem Verwaltungsakt betroffen ist. Vgl. Szagunn/Haug/Ergenzinger, KWG, § 36 Rn. 11; Boos/*Fischer*/Schulte-Mattler, KWG, § 36 Rn. 27; Bähre/*Schneider*, KWG, § 36 Anm. 2.

[1332] Trotzdem ist es sinnvoll, auch der Gesellschaft gegenüber für eine Bekanntgabe zu sorgen, damit diese sich um adäquaten Ersatz kümmern kann. Mit scheinbar anderer Auffassung zur „Beteiligung" der Gesellschaft Szagunn/Haug/Ergenzinger, KWG, § 36 Rn. 12.

sein.[1333] Gegen ein Abberufungsverlangen kann neben der Gesellschaft als Adressatin auch der Geschäftsleiter Rechtsmittel einlegen.[1334] Widerspruch und Anfechtungsklage entfalten allerdings nicht automatisch eine aufschiebende Wirkung.[1335]

IV. Registereintragung

Die Abberufung eines Geschäftsleiters wegen Unzuverlässigkeit oder Ungeeignetheit ist – wie schon beim allgemeineren § 35 GewO - nach § 149 Abs. 2 Nr. 1b GewO in das Gewerbezentralregister einzutragen. Eine solche Eintragung ist bei einem Tätigkeitsverbot ebenso erforderlich.[1336]

V. Rechtspraktische Bedeutung

In der Rechtspraxis wird den Eingriffsbefugnissen der BaFin gegenüber Geschäftsleitern eine große disziplinierende Wirkung bescheinigt.[1337] Dieser Befund lässt sich durch statistisches Material untermauern. Aus den noch auf das frühere Bundesaufsichtsamt für Kreditwesen (BAKred) bezogenen Jahresberichten ergibt sich, dass das BAKred 1995 in 82 Fällen gegenüber Geschäftsleitern Missbilligungen bzw. Verwarnungen ausgesprochen oder sogar deren Abberufung durchgesetzt hat.[1338] Der Jahresbericht 1996 verzeichnet 65 Missbilligungen bzw. Verwarnungen und 39 weitere Verfahren, die zum Ausscheiden der für die Mängel verantwortlichen Geschäftsleiter führten.[1339] Im darauffolgenden Kalenderjahr wurden 68 Missbilligungen bzw. Verwarnungen und 21 Abberufungen verfügt.[1340] Dem Jahresbericht 1998 zufolge sprach das BAKred 63 Missbilligungen und 25 Verwarnungen aus; 20 weitere Verfahren führten zum Ausscheiden der Geschäftsleiter.[1341] Für 1999 weist der Bericht in

---

[1333] Eine Feststellungsklage macht Sinn, wenn sich der VA z.B. dadurch erledigt hat, dass der Geschäftsleiter freiwillig zurückgetreten ist. Zum erforderlichen Feststellungsinteresse siehe Beckmann/Bauer, § 36 Nr. 5 (OVG Berlin v. 02.10. 1974).

[1334] Boos/*Fischer*/Schulte-Mattler, KWG, § 36 Rn. 37; Szagunn/Haug/Ergenzinger, KWG, § 36 Rn. 14.

[1335] Szagunn/Haug/Ergenzinger, KWG, § 36 Rn. 15.

[1336] Boos/*Fischer*/Schulte-Mattler, KWG, § 36 Rn. 35.

[1337] Vgl. *Hellwig*, in: Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentages 2002, Bd II/1, Sitzungsberichte (Referate und Beschlüsse), P59- P85, sub II 14.

[1338] Vgl. *BAKred*, Jahresbericht 1995, sub 3.3.

[1339] Vgl. *BAKred*, Jahresbericht 1996, S. 30.

[1340] Vgl. *BAKred*, Jahresbericht 1997, S. 48.

[1341] Vgl. *BAKred*, Jahresbericht 1998, S. 62.

107 Fällen Maßnahmen gegen Geschäftsleiter aus[1342], und für 2000 ist von 52 Beanstandungen die Rede, die zu fünf Ermahnungen, 36 Verwarnungen, elf Androhungen der Abberufung und drei Abberufungen geführt haben.[1343]

VI. Zwischenergebnis zum Bankaufsichtsrecht

Im Unterschied zu den allgemeinen Regelungen im Strafrecht und im Gewerbeaufsichtsrecht hat § 36 KWG speziell den Geschäftsleiter und die Auswirkungen seines Handelns für das Umfeld einer Gesellschaft, speziell für die Gläubiger, im Blick. Im Gegensatz zu den automatischen Bestellungshindernissen im Kapitalgesellschaftsrecht ermöglicht das Bankaufsichtsrecht eine Einzelfallprüfung, die abgestufte Ergebnisse zulässt. Insbesondere bei § 36 Abs. 2 KWG tritt eine sorgsam ausbalancierte Systematik zutage, deren Teilglieder sowohl im Bereich des Tatbestandes als auch hinsichtlich der Rechtsfolge für weitergehende Überlegungen analysiert werden sollten.

L. Ergebnis zum deutschen Recht

Will man zusammenfassen, auf welchem tatsächlichen Wege das deutsche Recht den Zugang zur Geschäftsleitung einer Kapitalgesellschaft beeinflussen kann, dann ergeben sich dafür mehrere Möglichkeiten. Allerdings haben weder das strafrechtliche Berufsverbot noch die gewerberechtliche Untersagungsverfügung den spezifischen Blickwinkel der juristischen Person und der sich speziell aus ihrer Leitung ergebenden Probleme eingenommen. Es geht entweder, wie bei § 70 StGB, um die Verhinderung weiterer Straftaten oder, wie bei § 35 GewO, primär um die Absicherung eines Gewerbeverbotes gegen Umgehungen. Rein *faktisch* lässt sich mit diesen allgemeinen Regelungen der Zugang zur Geschäftsleitung zwar beeinflussen, aus der Sicht des Gesellschaftsrechtes greifen die Regelungen jedoch zu kurz, weil sie von ihrem *Sinn* her nur peripher die Eigenheiten der Geschäftsleitung einer juristischen Person erfassen können. Anders gestaltet sich die Lage bei den kapitalgesellschaftsrechtlichen Bestellungshindernissen. Deren Zuschnitt hat ganz eindeutig den

---

[1342] Vgl. *BAKred*, Jahresbericht 1999, S. 59.
[1343] Vgl. *BAKred*, Jahresbericht 2000, S. 88-89.

Blickwinkel des Gesellschaftsrechtes umgesetzt. *Faktisch* können aber die §§ 6 Abs. 2 Satz 4 GmbHG und 76 Abs. 3 Satz 4 AktG keine eigene und über die allgemeinen Regelungen hinausreichende Wirkung entfalten. Letztlich beschränkt sich die Wirkkraft der Bestellungshindernisse daher auf die Fälle, in denen eine Insolvenzstraftat verwirklicht worden war. In diesem Zusammenhang fällt vor allem auf, dass alle Insolvenzstraftaten undifferenziert gleich behandelt werden, und dass den Bedürfnissen des Gesellschaftsrechtes nur eingeschränkt gedient werden kann, weil nur der „Lebensabend" berücksichtigt wird. Gänzlich ungeeignet erscheinen die Bestellungshindernisse, soweit man auf der Suche nach Antworten auf Differenzierungs- und Verfahrensfragen ist. Diese Lücke kann allein das Bankaufsichtsrecht schließen, das sowohl im Tatbestand als auch bei der Rechtsfolge und im Verfahren Differenzierungsmöglichkeiten aufzeigt und Abstufungen zulässt.

Insgesamt zeigen sich im deutschen Recht aus der Perspektive des Gesellschaftsrechtes Bausteine und Ansätze, ein dem englischen oder dem US-amerikanischen Recht vergleichbares Gesamtsystem ist hingegen nicht erkennbar.

KAPITEL 4: RECHTSVERGLEICH UND SCHLUSSFOLGERUNGEN

Nachdem dargestellt worden ist, wie die Gesetzgeber in England, den USA und Deutschland Einfluss auf den Zugang zum Geschäftsleiteramt einer Kapitalgesellschaft nehmen, soll nun der Frage nachgegangen werden, ob sich die verschiedenen Regelungssysteme vergleichen lassen. Aus einem solchen Vergleich steht zu erwarten, dass dem Verständnis der deutschen Regelungen aus einer neuen Perspektive zugearbeitet werden kann, und sich so auch neue Erkenntnisse ergeben werden. Der hier angestrebte Vergleich von Tätigkeitsverboten und Bestellungshindernissen in verschiedenen Rechtsordnungen ist zunächst einmal keine Rechtsvergleichung im klassischen Sinne. Während es bei dieser vor allem darum geht, einen identischen Lebenssachverhalt und die sich daraus ergebenden Probleme aus der Sichtweise verschiedener Rechtsordnungen zu begutachten, um so im besten Falle verschiedene rechtliche Lösungswege für das gleiche tatsächliche Problem zu erlangen[1344], geht es hier primär darum, ein in den Rechtsordnungen identisches rechtliches Mittel auf seine Einsatzmöglichkeiten in der Praxis hin zu untersuchen. Gewissermaßen wird also die Perspektive so verändert, dass das Problembewusstsein für das tatsächliche Geschehen in den Mittelpunkt der Betrachtung rückt. Dieses Vorgehen gestaltet sich gerade in solchen Konstellationen als vorteilhaft, in denen, wie bei den Bestellungshindernissen und Tätigkeitsverboten, die eigene Rechtsordnung ein vergleichsweise unvollkommenes Regelungsregime bereithält. Wollte man in solchen Fällen allein von einem bestimmten tatsächlichen Problem im deutschen Recht ausgehen, würde der Blick für die rechtsvergleichenden Lösungsmöglichkeiten erheblich erschwert werden.

M. Vergleich der Regelungszwecke und Folgerungen

Um die hier dargestellten Rechtssysteme überhaupt sinnvoll vergleichen zu können, kommt man nicht umhin, die mit ihnen verfolgten Regelungszwecke gegenüberzustellen. Nur so lässt sich der Kreis zur klassischen Rechtsvergleichung schließen. Erst wenn man die Funktionen kennt, die die jeweiligen Regelungen wahrnehmen, lassen sich überhaupt Ver-

---

[1344] Vgl. z.B. *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, S. 14 („*école de vérité*“).

gleichspaare herauskristallisieren, deren Effizienz analysiert werden kann.[1345]

I. Gläubigerschutz

Insoweit muss man dem englischen Regelungsregime des CDDA mit seinen Querverbindungen zum Insolvenzrecht relativ vielfältige Funktionen zugestehen. Während es in England anfangs allein darum ging, den Missbrauch der limitierten Haftung zu unterbinden, der sich ja zwangsläufig aus der einfachen Bereithaltung einer juristischen Person ergeben musste, sind inzwischen auch andere Aspekte in den Vordergrund gerückt.[1346] Die Bereitschaft des Gesetzgebers, dem Missbrauch der limitierten Haftung mit Tätigkeitsverboten entgegenzutreten, steht dabei ganz im Interesse des *Gläubigerschutzes*.[1347] Insoweit lassen sich im Ansatz Parallelen zum deutschen Recht erkennen, wo der Gesetzgeber vor allem bei der speziellen Regelung im KWG und bei den kapitalgesellschaftsrechtlichen Bestellungshindernissen den Gläubigerschutz vor Augen hatte.[1348] Ganz oberflächlich lässt sich der Gläubigerschutz hingegen nur bei den strafrechtlichen und gewerberechtlichen Berufsverboten ausmachen. Deren breiter Zuschnitt zum Schutz der Öffentlichkeit kann die Gläubiger naturgemäß nur am Rande schützen.

Nimmt man den Gläubigerschutz ins Visier, so würde eine verallgemeinerte Bezugnahme auf diesen verkennen, dass er verschiedene Facetten hat, die man sorgsam auseinanderhalten sollte. Beim Missbrauch der limitierten Haftung in England geht es vor allem um das Phänomen, dass kleine *companies* gegründet werden, und sich der Gründer als gleichzeitiger Direktor der Gesellschaft hinter dem Schutzschild der so entstandenen Gesellschaft verbergen kann. Wenn man so will, ist dieser Bereich des Gläubigerschutzes eigentlich gegen den Gründer und damit vor allem gegen den *Gesellschafter* gerichtet. Davon sollte man vorsichtshalber solche Fälle abscheiden, in denen der Schutz der Gläubiger seine Berechtigung aus einem Verhalten der *Geschäftsleitung* herleitet. Eine solche Differen-

---

[1345] Vgl. *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, S. 33 („methodische Grundprinzip der gesamten Rechtsvergleichung").
[1346] Zu Einzelheiten siehe schon oben S. 9.
[1347] Siehe S. 9.
[1348] Vgl. oben S. 180ff und S. 227ff.

zierung ist augenscheinlich geboten, wenn es sich um Fremdgeschäftsführer handelt.

Leider wird eine solche Differenzierung zwischen dem Gläubigerschutz, der sich aus dem Verhalten der Gesellschafter rechtfertigt, und dem Gläubigerschutz, der die handelnde Geschäftsleitung im Auge hat, in England jedoch nicht konsequent gehandhabt. Die Vermischung der zwei Bereiche hängt vor allem damit zusammen, dass der größte Teil aller *companies* kleine Gesellschaften sind, in denen die Anteilseigner auch die Geschäftsleitung übernehmen.[1349] Wenn sich jedoch Geschäftsleitung und Anteilseignerstellung sowieso in Personalunion vereinigen, dann ergeben sich daraus häufig Überblendungen, die den Problembereich der Anteilseigner mit dem der Direktoren vermischen. Als ein Beispiel dieser Vermischungen sei auf solche Fälle des gesellschaftsrechtlichen Durchgriffs verwiesen, in denen die englische Dogmatik auf die handelnden Direktoren zugreift.[1350] Darüber hinaus wird die Überblendung der beiden Problembereiche im CDDA auch an der Rechtsfolgenanordnung für Tätigkeitsverbote deutlich, die sowohl auf die Gesellschafterstellung als auch auf das Direktorenamt abzielt.[1351]

Die Generalisierung auf *einen* Gläubigerschutz wird auch dadurch verstärkt, dass das englische Gesellschaftsrecht keine grundlegende legislatorische Differenzierung zwischen kleinen und großen Kapitalgesellschaften kennt. Anders als in Deutschland, wo erhebliche rechtliche Unterschiede für GmbH und Aktiengesellschaft zu verzeichnen sind, behandelt das englische Recht alle Kapitalgesellschaften im wesentlichen gleich und differenziert nur danach, ob die Gesellschaft der Öffentlichkeit geöffnet ist oder nicht.[1352]

[1349] Siehe schon oben S. 9.

[1350] Fälle, die man nach deutschem Verständnis wohl als „Durchgriff" (auf die Gesellschafter) konstruieren würde, werden in England manchmal als Durchgriff (im untechnischen Sinne) auf die Direktoren konstruiert (unbeschränkte Außenhaftung). Vgl. z.B. § 216 I.A. (Phönix-Gesellschaften und weitergeführter Name, siehe konkret oben S. 138). Zum deutschen Recht hierzu kursorisch *K. Schmidt*, GesR, S. 234 und dogmatisch ganz klar *Wiedemann*, ZGR 2003, 283, 290f und *Flume*, Die juristische Person, S. 63ff. Das Parallelproblem der GmbH-Stafette wurde von der Rechtsprechung im Hinblick auf die beherrschende Stellung des Mehrheits - *Gesellschafters* nach den Grundsätzen des qualifiziert faktischen Konzerns untersucht, siehe BGH NJW 1996, 1283; siehe auch den Sachverhalt in FG Baden-Württemberg, Urteil v. 25.04.2001, Az. 3K 4/98 (erst V.W.GmbH; danach W.V. GmbH) (rechtliche Lösung inzwischen jedoch wegen „Bremer Vulkan" überholt, vgl. BGH NJW 2001, 1874ff).

[1351] Vgl. schon oben S. 108.

[1352] Vgl. Rowedder/*Schmidt-Leithoff*, GmbHG, Einl. Rn. 379f. Siehe auch *Behrens*, GmbH, Rn. 601.

Will man die Differenzierung zwischen gesellschafterindiziertem und durch das Verhalten der Geschäftsleitung gebotenem Gläubigerschutz aufrechterhalten, so gilt es, die deutschen Regelungen zu Bestellungshindernissen und Tätigkeitsverboten näher einzuordnen. Dabei fällt auf, dass sowohl § 70 StGB und § 35 GewO in den in dieser Arbeit vorgestellten Alternativen als auch § 36 KWG und die §§ 6 Abs. 2 GmbHG, 76 Abs. 3 AktG allein dem gegenüber der *Geschäftsleitung* gebotenen Gläubigerschutz geschuldet sind.[1353] Mit anderen Worten sind also die vorgestellten deutschen Regelungen nicht dafür gedacht, ein Bestellungshindernis oder ein Tätigkeitsverbot herbeizuführen, um allein den Missbrauch einer Gesellschaft (insbesondere deren Gründung) zu verhindern. Ob eine solche Regelung in Deutschland sinnvoll sein würde, wird noch näher zu untersuchen sein.[1354]

Wäre die Verhinderung des Missbrauches der limitierten Haftung das alleinige Schutzziel des englischen CDDA, dann hätte ein Vergleich mit den deutschen Regelungen, die Bestellungshindernisse und Berufsverbote vorsehen, mit unüberwindlichen Problemen zu kämpfen.[1355] Aus einzelnen Regelungen des CDDA ergibt sich jedoch, dass es nicht allein um den Schutz der Gläubiger vor bestimmten *Gründern und Gesellschaftern* geht, sondern darüber hinaus auch um einen Schutz vor bestimmten Arten von *Geschäftsleitern*. Das wird besonders deutlich an den Vorschriften, die auf eine *unfitness* der Geschäftsleitung abstellen.[1356] Da also sowohl das englische als auch das deutsche Recht Gläubigerschutz unter dem Vorsatz betreiben, Einfluss auf die *Geschäftsleiter* einer Kapitalgesellschaft zu nehmen und zu diesem Zwecke jeweils deren Zugang zum Geschäftsleiteramt reglementiert wird, lässt sich eine rechtsvergleichende Untersuchung auf einen gemeinsamen Nenner stützen.

II. Gesellschafter- bzw. Anlegerschutz

Abgesehen vom *Gläubigerschutz*, bei dem wie gesehen unter Umständen die Gesellschafter zum Zielobjekt von Tätigkeitsverboten werden können,

---

[1353] Für § 70 StGB und § 35 GewO konkretisiert sich das Schutzgut „Belange der Öffentlichkeit“ dann auf die Gläubiger, wenn es um solche Fälle geht, in denen jemand nicht eine Kapitalgesellschaft leiten können soll.

[1354] Vgl. unten S. 300f.

[1355] Dann könnte man genau genommen nur untersuchen, ob der Problembereich des Missbrauchs der beschränkten Haftung in Deutschland durch Tätigkeitsverbote neue Impulse beziehen kann.

[1356] Vgl. nur Sections 6, 8, 9A-E CDDA.

widmet sich der CDDA an einigen Stellen – insbesondere bei Section 8 CDDA - auch dem Schutzinteresse der *Gesellschafter*.[1357] Was auf den ersten Blick wie ein Widerspruch anmutet, findet seine Rechtfertigung bei näherem Hinsehen in der Tatsache, dass das Schutzinteresse der Gesellschafter je nach Größe der Gesellschaft erheblich variieren kann. So steigt, wie schon dargestellt wurde, das Schutzinteresse tendenziell dann, wenn es sich um größere Gesellschaften handelt und die Leitungsmacht in den Händen eines Fremdgeschäftsführers liegt[1358] – insbesondere, weil das Interesse der Anteilseigner mit dem Interesse der Geschäftsleiter allzu oft nicht mehr parallel läuft.[1359]

Im deutschen Recht lässt sich die Verbindung zwischen Bestellungshindernissen und Tätigkeitsverboten einerseits und dem Schutz der Gesellschafter andererseits nicht auffinden. Die Bestellungshindernisse in den §§ 6 Abs. 2 GmbHG und 76 Abs. 3 AktG wurden auf Grundlage der Vorarbeiten der Sachverständigenkomission für Wirtschaftsstrafrecht verabschiedet. Deren erklärtes Ziel war es allein, den Konkurs von Kapitalgesellschaften zu analysieren. Es ging also ausschließlich um die Belange der Gläubiger.[1360] Auch § 70 StGB kann man schwerlich als ausdrücklich gesellschafterschützend ansehen. Zwar geht es insoweit bei den Verboten um den Schutz der „Öffentlichkeit“, zu denen man auch die Gesellschafter zählen können wird, allerdings liegt das Hauptaugenmerk ganz eindeutig auf dem Schutz von Dritten. Nichts anderes gilt für § 35 GewO, dessen Schwerpunkt darauf liegt, *andere* Teilnehmer des Wirtschaftsverkehrs vor unzuverlässigen Personen zu schützen.[1361] Abschließend kann auch § 36 KWG nicht als gesellschafterschützend angesehen werden, sondern ist allein den Gläubigern und einem funktionierenden Geldkreislauf verpflichtet.[1362] Soweit der CDDA also den Schutz der Gesellschafter im Sinn hat, lässt sich ein auf Tätigkeitsverbote bezogener Vergleich zum deutschen Recht nicht anstellen. Umso dringlicher stellt sich allerdings die Frage, ob das deutsche Recht nicht effektiver arbeiten könnte, wenn

---

[1357] Vgl. schon oben S. 96.
[1358] Vgl. schon oben S. 9.
[1359] Zum Schutzbedarf der Anteilseigner vgl. auch *Frome*, 1990 N.Y.L.J. 3ff.
[1360] Siehe schon oben S. 182f und S. 185 m.w.N.
[1361] Die Gesellschafter selbst können sich ja insoweit schützen, als sie den Geschäftsleiter selbst anstellen und abberufen können. Ihr Schutz wird über § 35 GewO daher allenfalls nebenbei bewirkt.
[1362] Siehe schon oben S. 228. Vgl. zu den Überschneidungen zwischen Anleger und Gesellschafter auch *Ekkenga*, Anlegerschutz, S. 15f.

man den Schutz von Gesellschaftern von GmbH und Aktiengesellschaften mit dem Problembereich der Bestellungshindernisse und Tätigkeitsverbote verknüpfen würde. Für diese Frage wird es auch darauf ankommen, das Regelungsregime der US-amerikanischen *bar orders* zu berücksichtigen, denn dieses rechtfertigt sein Dasein zu einem Großteil aus dem Schutz des Anlegerpublikums, womit also künftige und aktuelle *Gesellschafter* betroffen sind.[1363] Wenn man so den Bogen auf „den Anleger" erweitern könnte, wäre zu guter Letzt auch der Einfluss von Tätigkeitsverboten auf die Funktionstüchtigkeit des Kapitalmarktes zu bedenken.[1364]

III. Beeinflussung der Geschäftsleiterpflichten

Daneben wird den Vorschriften des CDDA immer wieder auch bescheinigt, dass sie indirekt die Geschäftsleiterpflichten formen und auf diesem Wege zur Ausformung eines Verhaltenskataloges beitragen, den Geschäftsleiter beachten müssen (sog. „*raising of the standards*"). Diese Möglichkeit wird insbesondere dadurch eröffnet, dass der oft gebrauchte unbestimmte Begriff der *unfitness* den Gerichten die Möglichkeit bietet, durch die Hintertür der Disqualifikation Verhaltensanforderungen zu statuieren.[1365] Für Deutschland kann eine solche Tendenz bislang nicht festgestellt werden. Zwar gibt es auch im Bereich der deutschen Tätigkeitsverbote unbestimmte Rechtsbegriffe, wie z.B. den der „Unzuverlässigkeit"[1366], durch die Einzelfälle zu einer Wertungsgemeinschaft geformt werden könnten. Allerdings beziehen sich diese Begriffe, anders als in England, nicht speziell auf den Bereich des Gesellschaftsrechtes und Urteile ergehen auch nicht in einer so großen Zahl, dass die Geschäftsleiterpflichten dadurch nachdrücklich beeinflusst werden könnten. Daher kann ein Rechts*vergleich* insoweit nicht stattfinden. Zu überlegen ist jedoch, ob eine der englischen Tendenz vergleichbare Entwicklung auch in Deutschland angestrebt werden sollte.[1367]

[1363] Siehe schon oben S. 148.

[1364] Dazu unten S. 283. Zum Schutzbedarf der Anleger auf dem Kapitalmarkt prägnant *Pellens/Fülbier*, ZGR 2000, 572, 579f.

[1365] Als Durchbruch zu dieser Entwicklung kann man spätestens die Verfahren um die Barings-Bank ansehen. Vgl. *Re Barings plc, Secretary of State v Baker* [1998] BCC 583 und *Re Barings plc (No 5)* [1999] 1 BCLC 433.

[1366] Siehe § 35 GewO und § 33 Abs. 1 Nr. 2, 4 KWG.

[1367] Dazu unten S. 302ff.

IV. Effekt der Abschreckung

Eng mit der Frage, wie der englische *disqualification*- Mechanismus die Pflichten der Geschäftsleiter beeinflussen kann, ist auch die Erkenntnis verbunden, dass die Einflussnahme des Rechtes auf den Zugang zu einem Geschäftsleiteramt erhebliches *abschreckendes* Potential entwickeln kann.[1368] Zwar handelt es sich bei diesem Abschreckungsmechanismus nicht um ein gesetzgeberisches Ziel im eigentlichen Sinne, sondern vielmehr um ein Mittel, um die Ziele des Gesetzes zu erreichen. Die enge Verbundenheit mit den Zielen des Gesetzes rechtfertigt jedoch eine Darstellung an dieser Stelle. So wurde in englischen Gerichtsentscheidungen mehrfach herausgestrichen, dass eine *disqualification order* insbesondere deshalb angebracht sei, weil ihr ein *deterrence* – Element innewohne.[1369] Das Vertrauen in das abschreckende Element eines Tätigkeitsverbotes führte sogar soweit, dass eine Disqualifikation vorgenommen wurde, obwohl der betroffene Direktor keine Gefahr mehr für die Öffentlichkeit darstellte.[1370] Auch in den USA, in denen die Tätigkeitsverbote eine andere Grundausrichtung haben, erkannte man schon frühzeitig, wie sehr die Durchschlagskraft von Tätigkeitsverboten erhöht wird, weil diese eine abschreckende Wirkung entfalten.[1371] Die Kodifizierung der *bar orders* fußt sogar ausdrücklich auf der Erwartung, die Abschreckungswirkung der übrigen SEC-Waffen erhöhen zu können.[1372] Sowohl in England als auch in den USA ist man sich dabei der Tatsache bewusst, dass die Tätigkeitsverbote ihr abschreckendes Moment in zweierlei Richtung entfalten: So wird im besten Falle zum einen der betroffene Direktor von zukünftigem Fehlverhalten abgehalten werden können (*individual deterrence*); darüber hinaus werden von konsequenten Tätigkeitsverboten jedoch auch die übrigen informierten Geschäftsleiter abgeschreckt (*general deterrence*).[1373]

[1368] Siehe schon oben S. 10. Vgl. darüberhinaus Fn. 839.

[1369] Exemplarisch *Re Grayan Building Services Ltd* [1995] BCC 554 und *Re Westmid Packing Services Ltd, Secretary of State for Trade and Industry v Griffiths* [1998] 2 BCLC 646.

[1370] Siehe *Re Westmid Packing Services Ltd, Secretary of State for Trade and Industry v Griffiths* [1998] 2 BCLC 646.

[1371] Vgl. *McDermott*, 1982 J.Crim.L.&Criminology 604, 617f. Später auch *Cutler* (Direktor der Division of Enforcement der SEC), Remarks at the Glasser Legal Works 20th Annual Federal Securities Institute (15.02.2002), abrufbar unter www.sec.gov/news/speech/spch538.htm): "*reinforce…deterrent effect*".

[1372] Vgl. *Ferrara/Ferrigno/Darland*, 1991 Bus.Law. 33-36.

[1373] Siehe schon oben S. 10 (England) und S. 148 (USA).

Was die Bestellungshindernisse und Tätigkeitsverbote für Geschäftsleiter im deutschen Recht betrifft, so scheint der Aspekt der Abschreckungswirkung bislang in Gänze unterbelichtet zu sein. Für die nicht speziell gesellschaftsrechtlichen Regelungen der §§ 70 StGB und 35 GewO überrascht dieser Befund nicht. Da § 70 nach intensivem Abwägen aller Pro- und Kontrafaktoren nicht als Nebenstrafe, sondern als Maßregel ausgestaltet wurde, verbietet sich jeder Einsatz zum Zwecke der Abschreckung von vornherein.[1374] Etwas anderes wäre nur möglich, wenn man auf das Modell der Nebenstrafe umschwenken würde. Allerdings könnte man einen solchen Richtungswechsel nur unter Inkaufnahme kriminalpolitischer Verwerfungen vollziehen[1375], was in Anbetracht der Tatsache, dass Berufsverbote im Zusammenhang mit Geschäftsleitern nur einen Bruchteil des Anwendungsbereiches von § 70 StGB betreffen, wenig sinnvoll erscheint. Dass auch § 35 nicht der Abschreckung, sondern der Prävention dient, überrascht ebenso wenig. Das Gewerbeaufsichtsrecht soll eben nur die Allgemeinheit vor unzuverlässigen Personen schützen.[1376] Genau aus dem gleichen Grund kann auch § 36 KWG nicht der Abschreckung dienen.[1377] Die speziell für das Gesellschaftsrecht ausgearbeiteten Bestellungshindernisse im GmbHG und AktG lassen auch nicht erkennen, dass ein abschreckendes Element bedacht worden wäre. Allein in den Gesetzesmaterialien findet sich ein Hinweis, dass Berufsverbote eine „gefürchtete Rolle“ spielen könnten.[1378] Die defensive Umsetzung der zuvor in den Beratungen erörterten Vorschläge zeigt jedoch, dass die verabschiedeten Regelungen von Abschreckung weit entfernt sind.[1379] Für das deutsche Recht wird daher noch ausführlich zu klären sein, ob und wie dem Phänomen der Abschreckung bei allfälligen Tätigkeitsverboten zur Geltung verholfen werden kann. Das erfordert eine differenzierte Betrachtung für verschiedene Arten von Gesellschaften, die nicht geleistet werden kann, bevor einige andere rechtsvergleichende Einsichten gewonnen worden sind. Schon an dieser Stelle sei jedoch darauf hingewiesen, dass die Gewissheit, ihrem Beruf nicht mehr nachgehen zu können, vor allem pro-

---

[1374] Vgl. schon oben S. 187.
[1375] Siehe z.B. *Niederschriften* zur Strafrechtsreform 1962, Bd. 4, S. 91 (Dr. Voll).
[1376] Stellvertretend Landmann/Rohmer/*Marcks*, GewO, § 35 Rn. 30.
[1377] Zu den Zwecken des KWG siehe Boos/*Fischer*/Schulte-Mattler, KWG, Einf, Rn. 46f.
[1378] Siehe *von Caemmerer*, BMJ (Hrsg.), Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Bd. II (1973), Anlage 1, S. 10 mit Seitenblick auf die französische Regelung.
[1379] Zu den viel weiter gehenden Vorschlägen vgl. oben S. 182f.

fessionelle Geschäftsleiter beeinflussen können wird.[1380] Das sind bevorzugt Vorstände von Aktiengesellschaften, u.U. aber auch Geschäftsführer von größeren GmbH. Einen eher kleinen Einfluss darf man sich hingegen bei kleinen GmbH erhoffen, deren Geschäftsführer tendenziell auch anderen Betätigungen nachgehen können werden.

v. Vorzüge von Tätigkeitsverboten

Will man das Potential von Tätigkeitsverboten vereinfachen, dann bleiben zwei wesentliche Funktionen zurück: Abschreckung einerseits und Prävention andererseits.[1381] Die Prävention potentieller Tätigkeitsverbote verdient deshalb herausragende Beachtung, weil sie eine Lücke schließt, die andere Maßnahmen des Gesetzgebers nicht füllen könnten. Weder das reine Strafrecht noch eine zivilrechtliche Haftung sind in der Lage, Personen aus dem Verkehr zu ziehen und allein durch ihre „Nichtanwesenheit" Schutz für bestimmte Interessengruppen zu bieten. Das abschreckende Element ist auf der anderen Seite aber ebenso fördernswert. Zwar ist die Abschreckung kein alleiniges Wesensmerkmal der Tätigkeitsverbote, sondern zeichnet auch das Strafrecht und die Schadenersatzforderungen im Zivilrecht aus. Allerdings kann das abschreckende Tätigkeitsverbot die Geschäftsleiter viel intensiver erschüttern[1382], denn es zielt auf ihre Betätigung und fokussiert damit einen Kernbereich der Lebensverwirklichung.[1383] Im optimalen Fall kann so eine wirksame Abschreckung schon den Erstverstoß verhindern, während das präventive Element immer erst *nach* einem Verstoß und für die Zukunft greifen kann.

Interessanterweise kommen Prävention und Abschreckung je nach der Motivation des Geschäftsleiters unterschiedlich zur Geltung. Handelt es sich um einen Absichtstäter, dann begeht dieser ganz bewusst einen Verstoß und kann daher auch ganz bewusst und von vornherein von Verhalten abgehalten werden. Demgegenüber kann ein fahrlässig handelnder Geschäftsleiter jedenfalls im Vorhinein nicht so stark abgeschreckt wer-

---

[1380] Zu diesem Befund schon oben S. 139ff beim englischen Recht.

[1381] Prävention wird hier allein im Sinne von „Schutz der Allgemeinheit" gebraucht, nicht, wie im deutschen Strafrecht als Form der Abschreckung.

[1382] Vgl. z.B. auch *Hicks*, 2001 J.B.L. 433, 442.

[1383] Das ist im reinen Strafrecht nicht der Fall, es sei denn, es handelt sich um die Maßregel eines Berufsverbotes. Beim zivilrechtlichen Schadenersatz wird das abschreckende Moment häufig deshalb eingeschränkt sein, weil D&O – Versicherungen den Schaden ausgleichen.

den, da er ein Tätigkeitsverbot nicht bewusst in seine Handlung einbeziehen wird. Für einen solchen Fahrlässigkeitstäter gewinnt jedoch das präventive Element von Tätigkeitsverboten größere Bedeutung, weil gerade dadurch die „anderen" geschützt werden können.

Insgesamt könnten Tätigkeitsverbote die zivilrechtliche Schadenersatzhaftung und die strafrechtliche Verantwortlichkeit, die jeweils mit spezifischen Schwächen zu kämpfen haben, ergänzen.[1384] Die Binnenhaftung der Geschäftsleiter hat jedenfalls im deutschen Recht mit einigen Durchsetzungsschwierigkeiten zu tun.[1385] Darüber hinaus setzt sie aber auch einen Schaden der Gesellschaft voraus, der nicht in allen Fällen vorliegen wird. Zum Dritten kann die zivilrechtliche Schadenersatzhaftung immer nur im Nachhinein wirken und wird oft von langwierigen Gerichtsverfahren begleitet.

N. Gesellschaftsrecht versus Kapitalmarktrecht

Schon ein kursorischer Blick auf die Regelungssysteme in England, den USA und Deutschland offenbart, dass Bestellungshindernisse und Tätigkeitsverbote für Geschäftsleiter in unterschiedlichen Teilbereichen des Wirtschaftsrechtes eingesetzt werden. Das englische Regelungsregime spannt insoweit einen weiten Bogen, über den sämtliche *companies* erfasst werden können.[1386] Damit offenbart sich eine Herangehensweise, die das gesamte Kapitalgesellschaftsrecht abdeckt. Für die Anwendbarkeit des CDDA ist es daher ohne Belang, ob die betroffene *company* ein kleines Familienunternehmen ist, oder ob es sich um eine börsennotierte *public company* handelt. Eine gleichförmige Herangehensweise findet sich in Deutschland. Auch hier wurden die Bestellungshindernisse sowohl auf die GmbH als auch auf die AG erstreckt.[1387] Einen anderen Ansatzpunkt kann man jedoch in den USA ausmachen: Hier betreffen Tätigkeitsverbote nicht sämtliche Kapitalgesellschaften, sondern nur solche, die am Kapi-

---

[1384] Mit dieser Hoffnung auch der *Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe* (2002), Chapter III, 4.5, S. 69: "*Criminal and civil liability sanctions are often very difficult to effectuate, may often come too late, may have substantially different applications in the various Member States, and may in practice not operate as a strong deterrent against misconduct by directory*". Für den Bereich des Kapitalmarktes auch *Fleischer*, WM 2004, 157, 163f.

[1385] Vgl. §§ 43 Abs. 2 GmbHG und 93 Abs. 2 AktG.

[1386] Vgl. oben S. 111ff.

[1387] Siehe oben S. 180ff.

talmarkt in Erscheinung treten.[1388] Damit stellt sich die Frage, wie ein so abweichender Ansatzpunkt gerechtfertigt werden kann. Für den Bereich der USA wird man als Hauptursache für ein rein kapitalmarktrechtlich angebundenes Regelungssystem zunächst die Kompetenzverteilung zwischen dem Staatenbund und den Einzelstaaten ausmachen können. Selbst wenn der Bund von der Notwendigkeit *gesellschaftsrechtlich* angeknüpfter Tätigkeitsverbote überzeugt wäre, könnte er diese nicht ohne weiteres durchsetzen. Nebenher sollte man die unterschiedlichen Herangehensweisen in Europa und den USA jedoch vor allem vor dem Hintergrund der verfolgten Zwecke sehen. So steht im Zentrum der US-amerikanischen Tätigkeitsverbote von jeher der Anlegerschutz. Anlegerschutz ist dabei zu einem Großteil Schutz der Gesellschafter.[1389] Wenn man diese Erkenntnis nun mit der Frage verknüpft, wann Gesellschafter besonderen Schutzes bedürfen, so ergibt sich eine scheinbar banale Erkenntnis: Die Schutzbedürftigkeit der Gesellschafter steigt, wenn sich das Band zwischen den Gesellschaftern lockert und wenn diese nicht mehr selbst die Geschicke der Gesellschaft in den Händen halten, weil dann ihre Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten sinken. Will man diese Aussage in zwei Extremen abbilden, so ergibt sich eine relative Schutzunbedürftigkeit bei kleinen Gesellschaften, bei denen die persönliche Bande noch stärker ausgeprägt ist; die Schutzbedürftigkeit steigt jedoch, wenn es sich um eine Publikumsgesellschaft handelt. Als besonders schutzbedürftig müssen daher die Gesellschafter von börsennotierten Publikumsgesellschaften gelten, deren Geschäftspolitik in den Händen eines Fremdgeschäftsführers liegt. Dazu gesellen sich als verstärkende Faktoren die häufige Laienhaftigkeit der Aktionäre und die Schnelllebigkeit des Marktes.

Für den englischen CDDA ist dieser Gesellschafterschutz wie gesehen nicht das Hauptziel. Den geistigen Vätern der Regelungen ging es vielmehr um den Schutz der Gläubiger. Für eine solche Interessenausrichtung ist es jedoch konsequent, keine Beschränkung auf den Kapitalmarkt vorzunehmen. Ganz im Gegenteil: Wie sowohl die Untersuchungen in England als auch in Deutschland zeigen, ist der Schutz der Gläubiger vor allem eine Notwendigkeit bei kleinen Kapitalgesellschaften. Insbesondere kleinste Kapitalgesellschaften, bei denen die Geschäftsleitung in den

---

[1388] Vgl. oben S. 176.

[1389] In die gleiche Richtung z.B. auch *Assmann/Schneider*, WpHG, Vor § 21 Rn. 13. Tiefergehend auch *Ekkenga*, Anlegerschutz, S. 15-18.

Händen der Gesellschafter liegt, geraten häufiger in die wirtschaftliche Krise und lassen die Gläubiger unbefriedigt zurück. Bei großen Publikumsgesellschaften ist die wirtschaftliche Krise hingegen eher die Ausnahme als die Regel. Daher kann der englische Regelzuschnitt auf den ersten Blick überzeugen: Er stellt den Gläubigerschutz in sein Zentrum, indem er für alle *companies* Geltung erlangt. Er lässt dabei aber nicht die börsennotierten Gesellschaften außen vor, bei denen eine Krise zwar seltener vorkommen mag, die dafür jedoch stärkere Verwerfungen hervorrufen würde. Nebenbei kann ein solcher Regelungszuschnitt auch den Gesellschafterschutz mitverwirklichen: Er umfasst auch die großen kapitalmarktorientierten Publikumsgesellschaften.

Will man diese Erkenntnisse in den USA und in England zusammenfassen, so ergibt sich vereinfacht ein System kommunizierender Röhren: Während bei kleinen Kapitalgesellschaften das Schutzbedürfnis der Gesellschafter eher gering ausgeprägt ist und insbesondere in der Krise das Schutzbedürfnis der Gläubiger steigt, spielt bei börsennotierten Unternehmen das Schutzbedürfnis der Gläubiger seltener eine Rolle, während das Schutzbedürfnis der Gesellschafter nach besonderer Beachtung ruft. Tätigkeitsverbote sind dabei in allen Konstellationen mögliche Optionen.

Bei den deutschen Bestellungshindernissen zeigt sich eine alleinige Fokussierung des Gesetzgebers auf den Gläubigerschutz. Dem entspricht es, wenn die Bestellungshindernisse sich sowohl im GmbHG als auch im AktG auffinden lassen, allerdings auch nur dort, und gerade nicht im Kapitalmarktrecht. Für die weitere Bearbeitung ruft daher vor allem eine Frage nach Klärung: Würden *gesellschafter*- und *anleger*schützende Tätigkeitsverbote in Deutschland Sinn machen? Wenn man diese Frage bejahen würde, müsste man sodann überlegen, ob diese auf börsennotierte Gesellschaften beschränkt werden sollten, oder ob sie für alle Kapitalgesellschaften sinnvoll sind. Darüber hinaus hat der folgende Rechtsvergleich herauszuarbeiten, wie sehr dem *Gläubigerschutz* durch Tätigkeitsverbote gedient werden kann und auf welche Gesellschaften man eventuelle Maßnahmen beziehen sollte.

o. Tatbestandsgruppen

Die weitere Darstellung hat daher zunächst zu untersuchen, welche tatbestandlichen Anknüpfungen sich zur Durchsetzung des Gläubiger- oder des Gesellschafter- bzw. Anlegerschutzes mit Tätigkeitsverboten anbie-

ten. Sodann wird zu untersuchen sein, wie man die geeigneten Tatbestände weiter ausdünnen kann und wie ein sinnvolles Verfahren auszusehen hat. Bei den tatbestandlichen Anknüpfungen lässt sich eine Differenzierung insoweit treffen, als bestimmte Tatbestände eine Krise der Gesellschaft voraussetzen. Bei diesen geht es in der Regel primär darum, die Gläubiger zu schützen. Daneben gibt es diverse Tatbestände, die bei einer Gesellschaft immer eine Rolle spielen können.[1390] Von diesen soll zuerst gehandelt werden.

I. Anknüpfungen vor der Krise der Gesellschaft

Zu solchen Bereichen, die nicht zwangsläufig mit der Krise einer Gesellschaft zusammenhängen müssen, zählen neben den Straftaten die Informations- und Publizitätspflichten. Darüber hinaus rufen auch die Geschäftsleiterpflichten an sich und der Bereich der privaten Finanzschwierigkeiten nach Beachtung.

1. Straftaten des Geschäftsleiters

Ein Blick auf die Rechtsordnungen Deutschlands und Englands offenbart, dass der Zusammenhang zwischen Bestellungshindernissen, Tätigkeitsverboten und dem Strafrecht eine wichtige Rolle spielt.[1391] Vor dem Hintergrund, dass Tätigkeitsverbote für die betroffenen Personen einschneidende Konsequenzen haben können, erscheint es plausibel, deren Einsatz vor allem dann anzudenken, wenn der Bereich des Strafrechtes berührt wird. Denn in diesen Fällen wird man das Verhalten der betroffenen Personen in aller Regel als schwerwiegend einstufen können, so dass sich der Einsatz von Tätigkeitsverboten leichter rechtfertigen lassen wird, als wenn es um lediglich nachlässiges Verhalten geht, dass sich im außerstrafrechtlichen Bereich abspielt. Darüber hinaus garantiert eine Anbindung an das Strafrecht, dass besonders strenge Anforderungen an die Beweislage aufrechterhalten werden. Die Verbindung von Straftaten mit der Frage von Bestellungshindernissen bzw. Tätigkeitsverboten im deutschen Recht in § 70 StGB und im GmbHG bzw. AktG kann daher zumindest

---

[1390] Diese Differenzierung wurde auch schon für das englische Recht getroffen.

[1391] Siehe für England oben S. 28ff und für Deutschland vor allem den Bereich der Insolvenzstraftaten in Verbindung mit dem Bestellungshindernis (oben S. 207ff) sowie das strafrechtliche Berufsverbot (oben S. 187ff und S. 221ff).

dem Grunde nach überzeugen. Nähere Betrachtung verdient jedoch, ob die Ausgestaltung schlüssig ist.

a. Straftaten außerhalb der Gesellschaftssphäre

Ein erstes Problem, das sich insoweit stellt, ist die Frage, welchen zeitlichen Bereich strafrechtlichen Verhaltens man überhaupt berücksichtigen möchte. Dahingehend kann man grundsätzlich zwischen solchen Straftaten differenzieren, die jemand als Privatperson und unabhängig von einer Geschäftsleiterstellung begangen hat und solchen, die bei der Leitung einer Gesellschaft verwirklicht worden sind. Das englische Recht verfolgt einen gesellschaftsrechtlich verhafteten Ansatz und berücksichtigt deshalb nur solche Straftaten, die im Zusammenhang mit einer Gesellschaft verwirklicht worden sind.[1392] Straftaten, die in der Privatsphäre begangen wurden, bleiben hingegen von Section 2 CDDA vollkommen unberücksichtigt.[1393] Ein weitergehender Vorschlag konnte sich nicht durchsetzen.[1394]

Etwas differenzierter gestaltet sich die Rechtslage in Deutschland. Für § 70 StGB und das dort verankerte allgemeine Berufsverbot gilt im Grundsatz, dass nur solche Straftaten berücksichtigt werden können, die im Zusammenhang mit der Leitung einer Gesellschaft begangen worden sind.[1395] Ausnahmsweise reicht es auch aus, wenn die Straftaten im Zusammenhang mit einer früheren gewerblichen oder handwerklichen Betätigung begangen wurden.[1396] Ebenso wie in England bleiben aber solche Straftaten unberücksichtigt, die im reinen Privatbereich aufgetreten sind und die mit der beruflichen oder gewerblichen Betätigung in keinem direkten Zusammenhang stehen. Dieser Privatbereich lässt sich in Deutschland nur in einem ganz begrenzten Rahmen erfassen. Ein solcher Zugriff ist dann allerdings nicht über den allgemeinen § 70 StGB möglich, sondern nur über das kapitalgesellschaftsrechtliche Bestellungshindernis, das sich auf eine frühere Verurteilung wegen einer Insolvenzstraftat nach den §§ 283 – 283d StGB stützt.[1397] Im Rahmen einer solchen Verurteilung

---

[1392] Siehe S. 28.
[1393] Anders ist es z.B. in Australien, Neuseeland, Singapur, Malaysia und Irland. Dort kann *jeder* Betrug (fraud or dishonesty) zu einem Tätigkeitsverbot führen.
[1394] Vgl. *Jenkins Committee* (1962), Cmnd. 1749, para 2.5.
[1395] Siehe S. 188ff.
[1396] Einzelheiten oben S. 197.
[1397] Siehe oben S. 207ff.

wegen einer Insolvenzstraftat ist es denkbar, dass eine *Privatperson* wegen ihrer privaten Vermögensinsuffizienz verurteilt worden war. Man sollte diesen schmalen Sonderbereich im Hinblick auf das Gesamtsystem der Tätigkeitsverbote jedoch nicht überbewerten. Bezogen auf das Gesamtsystem schwindet seine Bedeutung in zweifacher Hinsicht: Zum einen dürfte schon die Privatinsolvenz bei den §§ 283 – 283d StGB eher die Ausnahme sein; darüber hinaus stellen aber auch die Insolvenzdelikte im System der Straftaten nur einen denkbaren Anknüpfungspunkt für Tätigkeitsverbote dar.[1398]

Will man die Lage vergröbernd zusammenfassen, können Delikte im Privatbereich weder in Deutschland noch in England zu Bestellungshindernissen oder Tätigkeitsverboten führen. Dieses Ergebnis leuchtet nicht ohne weiteres ein. Es lässt Fälle zu, in denen jemand beispielsweise wegen mehrfachen Betruges im privaten Bereich verurteilt worden ist; gleichwohl kann diese Person dann später sowohl in England als auch in Deutschland die Geschäftsleitung einer Gesellschaft übernehmen. Vor dem Hintergrund, dass jeder Geschäftsleiter als Treuhänder fremder Interessen tätig wird und daher der Erfolg der Geschäftsleitung in besonderem Maße von der Integrität der Person abhängt, wäre es naheliegender, wenn auch bestimmte Straftaten im Privatbereich ein Bestellungshindernis zur Folge hätten. So könnte man insbesondere begangene Straftaten, in denen das *Vermögen* betroffen ist, als starkes Indiz dafür werten, dass die verurteilte Person nicht in der Lage sein wird, ein zukünftiges Geschäftsleiteramt mit der notwendigen Verlässlichkeit auskleiden zu können. Diese Grundüberzeugung hat aber mit einigen Problemen zu kämpfen: Zunächst einmal unterstellt sie, dass bestimmte Straftaten im persönlichen Bereich *immer* die Ungeeignetheit für spätere Geschäftsleiterämter mit sich bringen. Dann muss sie sich jedoch fragen lassen, welche Straftaten eine solche Annahme rechtfertigen würden. Dabei ist es naheliegend, dass beispielsweise eine Körperverletzung nicht ausreichen kann, um den Zugang zu einer Geschäftsleitung verwehren zu können. Für ein Bestellungshindernis könnte man aber an Straftaten denken, die Geld- und Wertzeichenfälschung, Diebstahl, Unterschlagung, Betrug, Untreue oder Urkundenfälschung zum Inhalt haben. Die Verknüpfung von Straftaten im Privatbe-

---

[1398] Denn jedenfalls über § 70 StGB kann ja prinzipiell jede Straftat berücksichtigt werden, solange sie nur mit der Geschäftsleitertätigkeit zu tun hat.

reich mit Bestellungshindernissen hat aber einen erheblichen Nachteil: Anders als bei Straftaten, die bei der Leitung einer Gesellschaft aufgetaucht sind, hat man gerade noch keinen tatsächlichen Anhaltspunkt, dass die delinquente Person die Leitung einer Gesellschaft nicht ordnungsgemäß wahrnehmen wird. Bei im Umfeld einer Gesellschaft begangenen Straftaten ist daher das Band zwischen Straftat und zukünftiger Leitungstätigkeit durch einen „erfolglosen Praxistest" viel enger geknüpft. Die Berücksichtigung von Straftaten im Privatbereich ließe sich aber nur dann überzeugend vermitteln, wenn auch dort das Band zwischen Straftat und zukünftiger Leitungstätigkeit eng gezurrt werden könnte. Um eine solche Straffung erreichen zu können, könnte man daran denken, die Straftaten zwar nicht in ihrer Breite, wohl aber im Hinblick auf ihre Intensität weiter auszudünnen. So läge es nahe, nur eine vorsätzliche Begehung ausreichen zu lassen.[1399] Darüber hinaus könnte man sich auf solche Fälle konzentrieren, in denen es um schwere Straftaten oder um mehrfache Verurteilungen ging. Sowohl das englische als auch das deutsche Recht legen an anderer Stelle nahe, dass *wiederholte* Vergehen eher geeignet sind, eine einigermaßen sichere Prognose für die Zukunft anzustellen.[1400] Im Ergebnis kann aber auch eine solche Straffung nicht über den enormen Rechtfertigungsdruck hinwegtäuschen, den es zu überwinden gilt. Würde man jegliche Straftat im Privatbereich ausreichen lassen, dann würde man nicht maßgeschneidert z.B. die Gläubiger schützen, sondern allgemein eine ordentliche Geschäftsleitung verfolgen. Ein gezielter Schutz bestimmter Adressatenkreise lässt sich aber nur erreichen, wenn durch die begangene Straftat gerade das Schutzinteresse dieser bestimmten Gruppe bedroht ist. Ein allgemeiner „Wesenstest" für zukünftige Geschäftsleiter ist hingegen abzulehnen.

Auch dogmatisch ließe sich das Problem der Straftaten im Privatbereich nicht ohne weiteres mit den bestehenden deutschen Vorschriften bewältigen. § 70 StGB stößt schon bei den Straftaten im Zusammenhang mit der Leitung einer Gesellschaft an seine Grenzen.[1401] Das liegt vor allem daran, dass § 70 StGB eine allgemeine strafrechtliche Vorschrift ist, die gerade nicht speziell für den Fall der Straftaten von Geschäftsleitern entwickelt worden ist. So ist es im Allgemeinen richtig, dass § 70 für die Zu-

---

[1399] Das wird allerdings bei den hier erwähnten Straftaten zwangsläufig der Fall sein.
[1400] Siehe oben S. 195 (bei § 70 StGB) und S. 104 (Section 2 CDDA) jeweils für gesellschaftsbezogene Straftaten.
[1401] Siehe schon oben S. 187ff.

kunft nur die Ausübung solcher Berufe oder Gewerbe unterbinden kann, die zuvor im Zusammenhang mit einer Straftat ausgeübt wurden. Für den speziellen Fall einer Geschäftsleitung passt dieser Zuschnitt jedoch nicht. Deshalb wäre es - wenn überhaupt - passender, ähnlich wie für den speziellen Fall der Insolvenzstraftaten, ein kapitalgesellschaftsrechtlich verankertes Bestellungshindernis anzudenken.

b. Straftaten innerhalb der Gesellschaftssphäre

Bei den Straftaten, die im Umfeld einer Kapitalgesellschaft auftauchen, stellt sich zum einen die Frage, welche Stellung der Täter innegehabt haben muss. Daneben ist von Interesse, welche sachlichen Bereiche abgeschritten werden können.

(1) Personale Reichweite

Das englische und das deutsche Recht sind insoweit deckungsgleich, als in beiden Systemen der Zugang zu einem Geschäftsleiteramt nur bei solchen Straftaten reglementiert wird, die im Umfeld einer Gesellschaft aufgetaucht sind. Bei der Frage, um welche Straftaten es sich dabei handeln kann, ergeben sich jedoch Unterschiede. Das englische Recht bevorzugt einen weiten Ansatz, für den grundsätzlich jede denkbare Straftat ausreichend ist, solange sie mit der Gründung, der Leitung oder der Abwicklung einer Gesellschaft zu tun hatte.[1402] Dabei reicht insbesondere im Hinblick auf die Leitung der Gesellschaft schon jeder *tatsächliche* Zusammenhang und es ist nicht erforderlich, dass man Direktor war.[1403] Was den allgemeinen § 70 StGB im deutschen Recht betrifft, so sind auch über diesen grundsätzlich alle Straftaten taugliche Anlasstaten. Diese müssen nur im Zusammenhang mit dem ausgeübten Beruf, also mit der Geschäftsleitertätigkeit, begangen worden sein. Sie müssen darüber hinaus aber die Prognose rechtfertigen, dass es zu weiteren Straftaten kommen wird.[1404] Daneben ist ein direktes kapitalgesellschaftsrechtliches Bestellungshindernis nur bei den Insolvenzdelikten denkbar.

Daraus ergeben sich zwei wesentliche Unterschiede zu England: Zum einen reicht es bei § 70 StGB nicht aus, wenn eine Straftat als Gründer oder

---

[1402] Siehe S. 28.
[1403] Siehe S. 30ff.
[1404] Siehe S. 194f.

als Abwickler einer Gesellschaft begangen wurde[1405]; darüber hinaus kommt es in England nicht so sehr darauf an, ob in Zukunft weitere Straftaten zu erwarten sind.[1406] Was zunächst die Verengung des § 70 StGB auf den „Beruf" des Geschäftsleiters angeht, so erklärt sich dies aus dem unterschiedlichen Blickwinkel des deutschen und des englischen Rechtes: Der allgemeine deutsche § 70 StGB schaut allein aus der *spezifischen* Perspektive eines bestimmten Berufes und will weitere Straftaten verhindern, die die nicht näher spezifizierte Allgemeinheit gefährden würden. Demgegenüber nimmt das englische Recht die Perspektive von schutzwürdigen und vergleichsweise genau bestimmten Adressaten ein, und versucht, deren Gefährdung durch Straftaten in jede Richtung zu vermeiden. Dabei geht es aber gerade nicht darum, straffällige Personen vom Geschäftsleiteramt fernzuhalten, *um weitere Straftaten zu verhindern*, sondern allgemeiner darum, die Interessen bestimmter Gruppen vor Personen zu schützen, deren *Verhaltenstauglichkeit* bei einer Gesellschaft durch verwirklichte Straftaten in Frage gestellt ist. Der englische Ansatzpunkt ist dabei natürlich für die Belange des Gesellschaftsrechtes der wesentlich passendere. Er kann viel zielgenauer dem Interesse der schutzwürdigen Kreise, also insbesondere dem Interesse der Gläubiger und der Gesellschafter, zu Geltung verhelfen. Aus dieser Perspektive ist es dann auch konsequent, dass die weitere *strafrechtliche* Gefährlichkeit des Delinquenten für die Frage der Bestellungshindernisse und Tätigkeitsverbote keine herausgehobene Rolle spielen kann.

Damit wird wiederum deutlich, dass § 70 StGB naturgemäß nicht die Rolle wahrnehmen kann, die ein effektiver Schutz der Gläubiger- und Gesellschafterbelange bei begangenen Straftaten gebieten würde.[1407] Das war auch die Ursache dafür, dass im GmbHG und im AktG ein Bestellungshindernis für die Insolvenzstraftaten vorgesehen wurde. Für diesen speziellen Bereich hat der deutsche Gesetzgeber die Perspektive gewechselt und sich aus der Sicht der Gläubiger zu der Erkenntnis durchgerungen, dass die Verwirklichung der Insolvenzstraftaten der §§ 283 – 283d StGB sich mit der zukünftigen Führung einer Kapitalgesellschaft typischerweise

---

[1405] Es reicht allerdings, wenn der Geschäftsleiter bei der Gründung oder Abwicklung Straftaten begangen hat.

[1406] In England ist die Frage der Wahrscheinlichkeit zukünftiger Straftaten nur einer von mehreren ermessenslenkenden Gesichtspunkten. Vgl. S. 104.

[1407] Dazu auch schon oben S. 198.

nicht vereinbaren lässt.[1408] Ob dieses Bestellungshindernis bei Insolvenzstraftaten ausreichend ist, muss noch näher untersucht werden.[1409]

Zuvor bleibt aber zu klären, ob man Bestellungshindernisse für ein Geschäftsleiteramt auch vorsehen sollte, wenn ein Gründer oder Abwickler Straftaten bei der Gründung oder Abwicklung begangen hat. Insofern lässt sich dem englischen Recht keine Wegweisung entnehmen. Das liegt daran, dass im CDDA auf der Rechtsfolgenseite eines Tätigkeitsverbotes die Fragen der Geschäftsleitung, der Gründung und der Abwicklung vermischt werden. So darf beispielsweise jemand, der als Gründer Straftaten begangen hat, bei einem Tätigkeitsverbot weder als Gründer, noch als Geschäftsleiter tätig werden.[1410] Für eine so umfangreiche Rechtsfolge besteht aber in der Regel kein Bedürfnis. Will man die schon erwähnte Differenzierung zwischen Gläubigerschutz, der seine Rechtfertigung aus einem Verhalten der Gesellschafter bezieht, und Gläubigerschutz, der auf das Verhalten der Geschäftsleiter abzielt, aufrechterhalten, so muss es im Grundsatz ausreichen, einem straffälligen Gründer das weitere Tätigwerden als Gründer zu versagen.[1411] Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die begangene Straftat auch im Bereich der Geschäftsleitung erhebliches Unbehagen mit sich bringen würde.[1412]

Man kann weiterhin überlegen, ob eine solche Einschränkung auch dazu führen soll, dass ein Bestellungshindernis wegen einer Straftat bei der Leitung einer Gesellschaft sich auf solche Personen beschränken soll, die die Straftat *als Geschäftsleiter* begangen haben. Nimmt man das englische Regelungsmodell als Maßstab, dann müsste man nicht *als Geschäftsleiter* tätig geworden sein. Es würde vielmehr ausreichen, wenn man die Straftat als bloßer angestellter Manager begangen hätte.[1413] Für eine solche Erweiterung würde sprechen, dass es aus der Perspektive der schutzwürdigen Interessengruppen nicht darauf ankommt, *wer* eine Straftat begangen hat, sondern allein darauf, dass sich aus ihr eine Verhaltens - Ungeeignetheit in Bezug auf die Geschäftsleitung ergibt. Mit einem solchen erweiterten Ansatz könnte man z.B. auch den Gläubiger- oder Gesell-

---

[1408] Siehe oben S. 180ff.

[1409] Dazu sogleich unten S. 262ff.

[1410] Zu den Rechtsfolgen einer *disqualification order* siehe schon oben S. 102ff.

[1411] Zu der Differenzierung schon oben S. 243ff.

[1412] Das wird bevorzugt bei kleinen Gesellschaften der Fall sein, bei denen die Gründer als Gesellschafter und Geschäftsleiter in Personalunion die Kontrolle ausüben.

[1413] Vgl. den Wortlaut von Section 2 CDDA: „*...in connection with...management...*".

schafterschutz an sich umfassender gewährleisten. Ebenso wie schon bei den Straftaten in der Privatsphäre müsste aber auch eine solche Erweiterung erheblichem Rechtfertigungsdruck standhalten. Es handelt sich im Hinblick auf ein künftiges Geschäftsleiteramt immerhin um einen echten *ex-ante* Schutz[1414], der seine Rechtfertigung gerade nicht durch ein Fehlverhalten in einer Geschäftsleiterposition bezieht. Im Gegensatz zu den Straftaten im Privatbereich lässt sich allerdings eine tatsächliche Verbindung zwischen der möglichen Straftat und dem allgemeinen Geschäftsbetrieb herleiten.

Das Hauptproblem ergibt sich aber aus der notwendigen Grenzziehung. Der Blick auf das englische Modell zeigt, wie schwierig es ist, unterhalb der Organ-Geschäftsleitung eine klare Umrandung des Managements zu ziehen.[1415] Solange aber eine klare Abgrenzung des betroffenen Personenkreises nicht geleistet werden kann, sollte dem Gebot der Normenklarheit der Vorrang vor dem rechtspraktisch durchaus einleuchtenden Erweiterungsbedürfnis gewährt werden. Für eine klare Grenzziehung spricht auch, dass der wünschenswerte Abschreckungseffekt eines Tätigkeitsverbotes sich nur dann optimal entfalten kann, wenn die Normadressaten genau wissen, ob sie von einer Regelung erfasst werden oder nicht. Will man diese Überlegungen zusammenfassen, so sollten Straftaten also nicht schon dann zu einem Bestellungshindernis für ein Geschäftsleiteramt führen, wenn der verwirklichte Unrechtsgehalt offenbart, dass die straffällige Person ein Geschäftsleiteramt nicht verantwortungsbewusst ausfüllen können wird. Es muss vielmehr hinzukommen, dass die Straftat in der Stellung eines Geschäftsleiters begangen worden ist.

Vor diesem Hintergrund macht es Sinn, auch noch einmal das Zusammenspiel von § 70 StGB und dem Bestellungshindernis des GmbHG / AktG, das sich auf eine solche § 70 StGB – Verurteilung stützt, zu analysieren. Wie schon dargestellt wurde, können weder § 70 StGB noch die §§ 76 Abs. 3 Satz 4 HS 1 AktG und 6 Abs. 2 Satz 4 HS 1 GmbHG verhindern, dass z.B. ein bei einer GmbH angestellter Buchhalter, der wegen mehrfacher Unterschlagung und wegen Bilanzbetruges verurteilt worden ist, später als Geschäftsführer einer GmbH tätig werden kann. Ein Verbot kann sich nach den genannten Vorschriften allein auf solche Gesellschaf-

---

[1414] Weil man gerade noch nicht Geschäftsleiter war.
[1415] Vgl. oben S. 14ff.

ten erstrecken, deren Unternehmensgegenstand mit dem Beruf des Buchhalters zusammenhängt. Der Blick der *abstrakt* gefährdeten Gläubiger spräche – genauso wie im Bereich des delinquenten Managements - eher für ein generelles Bestellungshindernis. Aus den dort genannten Gründen ist dieses aber hier erst recht abzulehnen, weil eine Grenzziehung der erfassbaren Personen ganz und gar unmöglich ist.[1416]

(2) Sachliche Reichweite

Im Hinblick auf die denkbaren Straftaten nehmen weder das englische noch das deutsche Recht eine ausdrückliche Einschränkung vor. Die Auswahl der denkbaren Straftaten begrenzt sich aber jeweils naturgemäß, weil das strafbare Verhalten im Umfeld einer Gesellschaft aufgetaucht sein muss, so dass z.B. Tötungsdelikte außer Betracht bleiben. Damit kann Section 2 CDDA sowohl die Belange der Gläubiger als auch die der Gesellschafter schützen. Einen solchen Schutz könnte theoretisch auch § 70 bieten – weniger, weil der Gesetzgeber daran gedacht hätte, sondern als Begleiterscheinung.

Sowohl das englische als auch das deutsche Recht kennen aber eine Einschränkung der Straftaten im Hinblick auf ihre Schwere. In England reichen für ein Tätigkeitsverbot nur sogenannte *indictable offences*[1417], in Deutschland kann § 70 StGB nur dann zum Zuge kommen, wenn die Gefahr zukünftiger *erheblicher* Straftaten droht, was seinerseits von der Schwere der schon verwirklichten Straftat beeinflusst werden wird. Keine Begrenzung auf schwere Fälle gewährleistet hingegen das Bestellungshindernis, das sich auf eine Verurteilung nach den §§ 283 – 283 d StGB bezieht. Dort können vielmehr auch fahrlässig verwirklichte Straftaten berücksichtigt werden.[1418]

c. Sonderfall: Bestellungshindernis bei Insolvenzstraftaten

Eine gewisse Sonderstellung in der Reihe der Straftaten, die zu einem Bestellungshindernis führen können, nimmt in Deutschland der Bereich der Insolvenzdelikte ein. Die Verwirklichung solcher Insolvenzstraftaten hätte früher wie jede andere Straftat zu einem Berufsverbot über § 70 StGB

[1416] Vgl. zum Problem, das Wesen der Geschäftsleitung durch einzelne Tätigkeitsbereiche zu umschreiben, auch schon oben S. 189.
[1417] Dazu oben S. 29f.
[1418] Vgl. schon oben S. 218f.

führen können – je nach Entscheidung des Gerichtes. Seit Einführung der kapitalgesellschaftsrechtlichen Bestellungshindernisse führt eine Insolvenzstraftat jedoch automatisch zu einem Bestellungshindernis. Anders als bei § 70 StGB ist dieses Bestellungshindernis auch nicht auf einen bestimmten Berufszweig oder auf bestimmte Gesellschaften begrenzt[1419], sondern gilt für *sämtliche* GmbH und Aktiengesellschaften.

Wenn man so will, ist dieses Bestellungshindernis das einzige, in dem der Gesetzgeber bewusst die Perspektive einnimmt, die der Geschäftsleitung einer Gesellschaft im Hinblick auf das Gesellschaftsrecht zukommen muss. Es geht hier nicht wie bei § 70 StGB oder § 35 GewO um Gefahren eines „anderen Berufes" oder eines anderen Gewerbes (Maurer, Buchhalter, etc.), sondern um die Gefahren „der Geschäftsleitung". Die Erstreckung auf Kapitalgesellschaften dient hier auch nicht dazu, eine Kapitalgesellschaft als „Umgehungsmöglichkeit" für verbotene „andere Berufe" oder Gewerbe zu verweigern[1420], sondern hier geht es gerade um die Gefahren, die aus der Kapitalgesellschaft und ihrer Leitung selbst erwachsen können. So gesehen müssen also alle weiteren Überlegungen, die Bestellungshindernisse und Tätigkeitsverbote der Kapitalgesellschaft wegen in Betracht ziehen, sich an dem Bestellungshindernis in den §§ 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG und 76 Abs. 3 Satz 3 AktG orientieren.

In dieser Regelung eines *umfassenden* und *automatischen* Bestellungshindernisses zeigt sich ganz deutlich, dass der Gesetzgeber die Belange der *Gesellschaftsgläubiger* im Auge hatte.[1421] Die Entscheidung des Gesetzgebers zeichnet sich dabei durch zwei Einschränkungen aus: Es geht nur um Insolvenzdelikte und es geht allein um die Gläubigerbelange. Das wirft die Frage auf, ob eine solche Privilegierung der Gläubiger gegenüber anderen Interessengruppen und der Insolvenzstraftaten gegenüber anderen Straftaten schlüssig ist.

[1419] Das würde zumindest bei § 70 StGB gelten, wenn die Insolvenzstraftaten nicht als Geschäftsführer begangen wurden. Der gleiche Ansatz liegt auch dem Bestellungshindernis in den §§ 76 Abs. 3 Satz 4 HS 1AktG und 6 Abs. 2 Satz 4 HS 1GmbHG zugrunde.

[1420] Vgl. zu dieser Schutzrichtung der §§ 70 StGB und 35 GewO schon oben S. 198, S. 199 (§ 70 StGB) und 200, S. 201 (§ 35 Absätze 1 Satz 2, 7a GewO).

[1421] Zum Regelungszweck schon ausführlicher oben S. 180ff.

d. Erweiterungsmöglichkeiten de lege ferenda

Im Folgenden soll daher untersucht werden, ob sich, bezogen auf die Insolvenzdelikte, eine Erweiterung der erfassten Straftatbestände empfiehlt. Dabei lassen sich Straftaten des StGB und spezielle Straftatbestände, die entweder dem Schutz der Gläubiger, der Gesellschafter oder der Anleger dienen, auseinanderhalten.

Zunächst einmal steht fest, dass Gläubiger von Kapitalgesellschaften mit vorbestraften Geschäftsleitern ganz besonders schutzwürdig sind. Im Gegensatz zu den Gesellschaftern, die durch ihre Mitgestaltungsrechte zumindest theoretisch Einfluss auf die Geschäftsleitung nehmen können, ist ihnen in der Regel jede Einflussnahme verwehrt. Ihr Interesse tritt insbesondere dann in den Vordergrund, wenn die Gesellschaft in das Stadium der Krise geraten ist. Von Geschäftsleitern, die schon früher Straftaten in der Krise begangen haben, steht dabei zu erwarten, dass sie erneut die Gläubigerbelange nicht ausreichend berücksichtigen werden. So gesehen ist es konsequent, solche Geschäftsleiter schon vorbeugend von Geschäftsleiterämtern fernzuhalten. Das spricht für eine Privilegierung der Insolvenzstraftaten, die an die Krise anknüpfen.

(1) Erweiterung auf Grund des Gläubigerschutzes

Andererseits droht den Gläubigern aber von delinquenten Geschäftsleitern nicht erst *in* der Krise eine Vernachlässigung ihrer Belange, sondern schon zu einem früheren Zeitpunkt. Ein verurteilter Geschäftsführer etwa, der durch undurchsichtige Bilanzierungen und den Abzug von Kapital erst die Krise der Gesellschaft heraufbeschwört, erscheint ebenso gefährlich. Das spricht dafür, dass man aus der Sicht der Gläubiger sämtliche Straftaten berücksichtigt, die zum Ausdruck bringen, dass der Delinquent fremde Vermögensinteressen nicht ausreichend wahrnimmt. Dazu kann man mit Sicherheit bestimmte Fälle von Betrug und Untreue zählen. Auch bei der Ausarbeitung des kapitalgesellschaftsrechtlichen Bestellungshindernisses hatte man überlegt, solche Straftaten mit einem Bestellungshindernis zu verknüpfen. Letztlich scheiterte diese Idee aber, weil man der Meinung war, dass die Sachverhalte von Betrugs- und Untreuefällen so vielgestaltig und die betroffenen Rechtsgüter so verschieden seien, dass

ein Bestellungshindernis nicht immer angemessen sei.[1422] Diese Feststellung ist bei Tatbeständen wie Betrug und Untreue zweifellos richtig.[1423] Das allein rechtfertigt jedoch nicht, sie zu Lasten der Gläubiger vollkommen außer Betracht zu lassen.[1424] Sinnvoller wäre es, eine differenzierte Betrachtung vorzunehmen. So würde es sich eventuell anbieten, nicht *jeden* Betrug oder *jede* Untreue für ein Bestellungshindernis ausreichen zu lassen, sondern nur solche Fälle, in denen zu erwarten steht, dass die Interessen von Gläubigern ganz eindeutig nicht gewahrt werden. Dafür würde es zunächst auf der Hand liegen, wie im englischen Recht nur solche Straftaten zu berücksichtigen, die *im Zusammenhang mit dem Management* einer Gesellschaft aufgetaucht sind.[1425] Noch zielstrebiger könnte man auch auf die Formulierung von § 70 StGB zurückgreifen und auf den Missbrauch der Geschäftsleiterstellung oder eine Pflichtverletzung abstellen.[1426] Der große Nachteil einer solchen differenzierten Betrachtung liegt natürlich darin, dass sie zu einer Einzelfallprüfung zwingt, wodurch ein *automatisches* Bestellungshindernis als Instrument zu überdenken sein wird. Darüber hinaus ist aber auch dann noch nicht geklärt, wann genau z.B. ein Betrug für ein Bestellungshindernis ausreichen soll. Wenn man allein auf den „Zusammenhang zum Management“ oder auf eine „Pflichtverletzung“ abstellt, ergibt sich noch nicht sicher, ob der Schutz der Gläubiger ein Bestellungshindernis wirklich erfordert. Denkbar sind folgende zwei Standpunkte: Entweder meint man, *jeder* Betrug, den ein Geschäftsleiter in dieser Position verübt hat, reiche schon für die Annahme aus, dass die Gläubiger in Zukunft geschützt werden müssen, und daher ein Bestellungshindernis erforderlich sei. Eine solche Betrachtung würde weniger auf eine schon verübte bzw. eine erst versuchte Gläubigerschädigung oder deren unangemessene Behandlung abstellen, als vielmehr auf die Täuschung des Geschäftsleiters an sich – ganz nach dem Motto: „Wer einmal lügt, dem glaubt man nicht…“. Konsequenterweise müsste es für ein Bestellungshindernis zum Schutze der Gläubiger auch ausreichen,

---

[1422] Siehe oben S. 185.

[1423] Andererseits stellen auch die §§ 283 ff StGB ein sehr komplexes System dar, in dem der Unrechtsgehalt stark schwanken kann. Vgl. dazu ausführlicher unten S. 349ff.

[1424] In die gleiche Richtung z.B. auch LG Köln, NJW-RR 1995, 553: „Betruges oder Unterschlagung…obwohl auch hieraus Rückschlüsse auf die Zuverlässigkeit dieser Personen gezogen werden könnten“, allerdings den abschließenden Charakter der derzeitigen Regelung anerkennend. Für eine Ausweitung auch *Wachter*, GmbHR 2004, 88, 99.

[1425] Vgl. Section 2 CDDA: “in connection with…of a company“.

[1426] So *Fleischer*, WM 2004, 157, 165.

wenn der Geschäftsleiter früher z.B. die Gesellschafter betrogen hatte, oder aber man meint, ein Bestellungshindernis zu Gunsten der Gläubiger erfordere immer, dass schon in der Vergangenheit ein Betrug zu Lasten der Gläubiger feststehen muss. Dann würden beispielsweise nur Fälle ausreichen, in denen der Geschäftsleiter Kredite bei Gläubigern aufgenommen hat, obwohl klar war, dass diese nie zurückbezahlt werden können. Im Ergebnis spricht für den zweiten Ansatzpunkt, dass er eine klarere Grenzziehung ermöglicht. Wollte man schon jeden Betrug für ein Bestellungshindernis ausreichen lassen, würde der Zugriff eines Bestellungshindernisses im Unbestimmten zerfließen. Unter dem Blickwinkel des Gläubigerschutzes macht es daher Sinn, nur solche Betrugsfälle zu berücksichtigen, bei denen die Gläubiger schon geschädigt wurden oder in denen dies zumindest versucht worden ist.

Dabei sollte man auch schon den Vorfeldtatbestand des § 265b StGB berücksichtigen, der die Vorlage unrichtiger und unvollständiger Angaben im Zusammenhang mit einer Krediterlangung erfasst.[1427] Dieser setzt zwar nicht eine Gläubigerschädigung voraus, er schützt aber das Vermögen von (potentiellen) Geldgläubigern und bringt bei einem Geschäftsleiter zum Ausdruck, dass dieser auf die Belange der Geldgläubiger keine Rücksicht genommen hat.[1428]

Unter dem gleichen Blickwinkel wie beim Betrug könnte man auch über Bestellungshindernisse bei früherer Untreue nachdenken. Setzt man allerdings eine frühere Schädigung der Gläubiger oder einen dahingehenden Versuch voraus, so wird es kaum eine Konstellation geben, in der ein Bestellungshindernis sich auf eine Verurteilung nach § 266 StGB stützen kann. In aller Regel werden sowohl der Missbrauchs- als auch der Treubruchtatbestand allein gegenüber der Gesellschaft zum Zuge gekommen sein.[1429] Allerdings gibt es einen Teilbereich, in dem die Verurteilung wegen Untreue in jedem Fall zu einem Bestellungshindernis führen sollte. Das sind die Fälle, in denen eine Insolvenzstraftat nach den §§ 283 – 283

[1427] Zur Vorfeldfunktion näher *Tiedemann*, Wirtschaftsbetrug, § 265b Rn. 21.

[1428] Zum Rechtsgut von § 265a StGB (Vermögen potentieller Kreditgeber): siehe z.B. Tröndle/*Fischer*, StGB, § 265b Rn. 3; *Kindhäuser*, JR 1990, 520, 522; tendenziell auch BGHSt 36, 131. Anderer Auffassung die Gegenmeinung (Funktionsfähigkeit der Kreditwirtschaft): z.B. Schönke/Schröder/*Lenckner/Perron*, StGB, § 265b Rn. 3. Beides erwähnend *Tiedemann*, Wirtschaftsbetrug, § 265b Rn. 9.

[1429] Siehe z.B. Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schaal*, GmbHG, vor §§ 82-85 Rn. 10f. Der Treubruchtatbestand kann sich ausnahmsweise einmal auf Dritte beziehen, dann muss es jedoch eine vertraglich übernommene Vermögensfürsorgepflicht der Gesellschaft geben. Vgl. GroßkommAktG/*Otto*, vor § 399 Rn. 33.

d StGB des Geschäftsleiters deshalb scheitert, weil die Rechtsprechung fordert, dass er im Interesse oder zumindest auch im Interesse der Gesellschaft gehandelt haben müsse.[1430] Hier gebietet ein Wertungsvergleich, auch die § 266 – Verurteilung für ein Bestellungshindernis heranzuziehen.[1431]

Selbst wenn man sich auf den Standpunkt stellt, dass beispielsweise die Komplexität des Betrugstatbestandes automatischen Bestellungshindernissen entgegensteht, weil man bei einer undifferenzierten Anwendung „über das Ziel hinausschießen“ würde, bleibt die Frage offen, ob sich die *alleinige* Verknüpfung des Bestellungshindernisses mit den Insolvenzstraftaten vertreten lässt. Wenn man schon einige Delikte außen vor lässt, weil ihr Schutzmechanismus zu komplex ist, müsste man konsequenterweise alle Delikte berücksichtigen, deren Schutzrichtung eindeutig die Gesellschaftsgläubiger im Blick hat.[1432] So gesehen verwundert es, dass der Gesetzgeber ein Bestellungshindernis nicht anordnet, wenn ein Geschäftsleiter sich strafbar gemacht hat, weil er es unterlassen hatte, die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu beantragen.[1433] Diese in den §§ 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG, 401 Abs. 1 Nr. 2 AktG verortete Pflicht hat gerade die Belange der Gläubiger im Blick und ist gerade auch ihretwegen mit Strafe bedroht.[1434] Konsequenterweise muss ein Bestellungshindernis also auch diesen Tatbestand umfassen. Das gleiche gilt für die §§ 82 GmbHG, 399 AktG, nach denen sich ein Geschäftsleiter wegen der Abgabe unzutreffender Angaben strafbar machen kann. Auch diese Vorschriften dienen – neben dem Vertrauen in die Richtigkeit und Vollständigkeit der öffentlichen Informationen - den Vermögensinteressen von aktuellen und potentiellen Gesellschaftsgläubigern.[1435] Zum Dritten müsste eine konsequente Ausrichtung auf die Belange der Gläubiger auch

---

[1430] Siehe ausführlicher schon oben S. 212f.

[1431] So auch schon *Tiedemann*, FS Dünnebier, S. 519, 523.

[1432] So offenbar auch *Wachter*, GmbHR 2004, 88, 99, allerdings ohne tragfähige Analyse.

[1433] Für eine ähnliche Ausweitung auch schon früher *Heidland*, in: BMJ (Hrsg.), Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Bd. II (1973), Anlage 2, S. 42. Vgl. auch unten S. 297. Für eine Ausweitung spricht auch die Strafrechtspraxis. Im Vergleich zu den Insolvenzstraftaten nehmen die Insolvenzverschleppungsdelikte in der Praxis einen mindestens ebenbürtigen Platz ein. Vgl. die etwas ältere Darstellung von *Arntz*, Delikte bei Insolvenzen, S. 139ff. Vgl. für aktuelles Zahlenmaterial die *Polizeiliche Kriminalstatistik* z.B. für 2002 (abrufbar unter: http://www.bka.de/pks/pks2002/index2.html): Insolvenzverschleppung bei GmbH: 6860 erfaßte Fälle; Insolvenzstraftaten: 6146 erfaßte Fälle.

[1434] Michalski/*Dannecker*, GmbHG, § 84 Rn. 9; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schaal*, GmbHG, § 84 Rn. 1; GroßkommAktG/*Otto*, § 401 Rn. 3; BGH NJW 1982, 1952, 1954.

[1435] Michalski/*Dannecker*, GmbHG, § 82 Rn. 8f; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schaal*, GmbHG, § 82 Rn. 1; GroßkommAktG/*Otto*, § 399 Rn. 4; BGH GmbHR 1959, 27.

die §§ 400 AktG und 331 HGB berücksichtigen, nach denen unrichtige Darstellungen durch die Geschäftsleitung in bestimmten Fällen unter Strafe gestellt sind. Auch diese Vorschriften haben - zwar nicht ausschließlich, aber eben auch - das Interesse der Gläubiger an richtigen und vollständigen Informationen im Blick.[1436]

Alle genannten Vorschriften unterscheiden sich von den Insolvenzdelikten jedoch insoweit, als sie schon zu einem früheren Zeitpunkt im „Leben“ einer Gesellschaft ansetzen, und nicht erst in der Krise zum Zuge kommen. Die Fokussierung auf die Insolvenzdelikte wäre also konsequent, wenn erst das sinkende Schiff einer Unternehmung als ausreichend angesehen werden könnte, um zukünftige Geschäftsleiterstellungen zu verwehren. Dafür ist jedoch kein Grund ersichtlich. Effektiver Gläubigerschutz sollte vielmehr schon alle gläubigervernachlässigenden Verhaltensweisen eines Geschäftsleiters von der Gründung bis zur Abwicklung berücksichtigen. So gesehen ist eine Verurteilung auf Grundlage dieser Vorschriften mit den Worten der geistigen Urväter auch „bedeutungsvoll“ und charakterisiert die „Persönlichkeit des Geschäftsleiters in solch eindeutiger Weise“,[1437] dass sich ein Bestellungshindernis rechtfertigen würde.

Gegen eine alleinige Berücksichtigung der Insolvenzdelikte spricht auch, dass diese selbst nicht immer erst bei Verhaltensweisen in der Krise der Gesellschaft ansetzen. So sind über § 283 Abs. 2 StGB auch Fälle erfasst, in denen die Krise erst herbeigeführt wird und § 283b kann auch schon Pflichtverletzungen vor der Krise berücksichtigen.[1438] Zugegebenermaßen muss das Verhalten aber auch dann in eine Krise münden – insofern stellen die Insolvenzdelikte eine Besonderheit dar.

Damit bleibt festzuhalten, dass die Insolvenzdelikte deshalb eine herausragende Stellung einnehmen, weil sie fast immer mit einer tatsächlichen Schädigung der Gläubiger einhergehen werden – obwohl auch die §§ 283 – 283d StGB in manchen Konstellationen nur abstrakte Gefährdungsdelikte sind.[1439] Bei den genannten Straftatbeständen des GmbHG und AktG geht es jedoch immer nur um einen *abstrakten* Schutz der Gläubi-

---

[1436] Vgl. GroßkommAktG/*Otto*, § 400 Rn. 2f; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schaal*, GmbHG, vor §§ 82-85 Rn. 33.
[1437] Vgl. den Wortlaut der Reformkommission oben S. 184.
[1438] Vgl. ausführlicher oben S. 210.
[1439] Vgl. GroßkommStGB/*Tiedemann*, § 283 Rn. 3ff.

ger und eine tatsächliche Schädigung ist nicht immer ausgemacht. Diese geringere Intensität muss für die Frage eine Rolle spielen, wie man ein Bestellungshindernis ausgestalten kann – für die Frage des „Ob“ sollte sie hingegen ohne Bedeutung sein.[1440]

Zusammenfassend lässt sich daher für den Bereich der Straftaten unter dem Blickwinkel des Gläubigerschutzes konstatieren, dass Erweiterungen auf die allgemeinen Straftatbestände der §§ 263, 266 StGB notwendig sind, soweit dort die Gläubiger als Schädigungssubjekte eine Rolle gespielt haben. Daneben liegt es auf der Hand, weitere spezialgesetzliche Straftatbestände im GmbHG, AktG und im HGB zu berücksichtigen.

(2) Erweiterung auf Grund des Gesellschafterschutzes

Die Entscheidung des Gesetzgebers, ein automatisches kapitalgesellschaftsrechtliches Bestellungshindernis nur zum Schutz der Gläubiger zuzulassen, beschwört die Frage herauf, ob denn nicht auch der Schutz der *Gesellschafter* danach ruft, bei bestimmten Straftaten ein kapitalgesellschaftsrechtliches Bestellungshindernis anzuordnen. Gesellschafterschützende Straftaten können bislang nur über § 70 StGB zu einem Berufsverbot führen.[1441] Allerdings ist dieser Weg mit einigen Unebenheiten gepflastert und führt nicht zwangsläufig, sondern eher ausnahmsweise zu einem Verbot.[1442] Darüber hinaus liegt ihm der Blickwinkel des Strafrechtes, das weitere Straftaten verhindern will, nicht aber der des Gesellschaftsrechtes zugrunde.

Bei der Vorbereitung der §§ 6 Abs. 2 GmbHG und 76 Abs. 3 AktG operierte der Gesetzgeber allein unter dem Blickwinkel des Gesellschaftskonkurses. Die Belange der Gesellschafter konnten daher naturgemäß nicht berücksichtigt werden. Darüber hinaus ging es im Ergebnis zwar um ein Bestellungshindernis, das sowohl im GmbHG als auch im AktG verankert wurde, bei den Gesetzesberatungen wurde jedoch das Hauptaugenmerk auf die GmbH gelegt.[1443] Das war schon allein deshalb schlüssig, weil, wie schon erwähnt wurde, die Insolvenz ein Phänomen darstellt,

---

[1440] Zur Ausgestaltung des „Wie“ siehe näher unten S. 313ff.

[1441] Zwar kommen bei solchen Straftaten auch die Bestellungshindernisse im GmbHG und AktG zum Zuge, die an eine Verurteilung nach § 70 StGB oder ein Verbot nach § 35 GewO anknüpfen; diese führen aber gerade nicht direkt zu einem Bestellungshindernis, sondern sind von der Prüfung weiterer Voraussetzungen abhängig.

[1442] Vgl. zu den Einzelheiten der Prüfung oben S. 187ff. Zu den Unzulänglichkeiten auch schon oben Fn. 1045.

[1443] Siehe S. 186.

dass bevorzugt bei der GmbH auftaucht, bei der Aktiengesellschaft hingegen seltener eine Rolle spielt.[1444] Hebt man sich jedoch aus der Ebene der GmbH heraus und nimmt die angloamerikanischen Regelungsstrukturen als Richtschnur, dann liegt es auf der Hand, nach dem Schutz der Gesellschafter vor delinquenten Geschäftsleitern zu fragen. Ein solcher Schutzbedarf wird bei der kleinen GmbH mit ihrem typischerweise kleinen Gesellschafterkreis nicht ohne weiteres offenbar: Zumeist können die Gesellschafter durch ihre Weisungsbefugnisse und ihre Kontrollrechte ausreichend Einfluss nehmen, sie haben als einzelne in der Regel einigen Einfluss auf die Bestellung des Geschäftsführers und können ihn in ihrer Gesamtheit notfalls jederzeit abberufen. Wenn der Geschäftsführer sogar aus der Mitte der Gesellschafter gestellt wird, wird sich sein Verhalten im Zweifel am Interesse der Gesellschaftermehrheit orientieren, so dass er jedenfalls deren Interessen nicht zuwiderläuft. Schutzwürdig sind also allenfalls die Gesellschafterminderheiten, die mangels Stimmenmacht ihren Einfluss nicht geltend machen können.[1445] Der Schutz der Gesellschafter durch Bestellungshindernisse drängt sich daher bei der kleinen, durch eine persönliche Bande gekennzeichneten GmbH nicht so sehr auf. Das gilt umso mehr, als der Rechtsvergleich offenbart, dass Bestellungshindernisse bei der kleinen GmbH nur einen abgeschwächten Abschreckungseffekt erzielen werden.[1446] Der Schutzbedarf der Gesellschafter steigt jedoch in dem Maße, in dem ihre Einflussmöglichkeiten sinken. Das gilt zunächst für große GmbH, in denen die personalistische Struktur in den Hintergrund gedrängt wird. Der Schutzbedarf ist dann am größten, wenn es sich um eine Publikumsgesellschaft wie die Aktiengesellschaft handelt.[1447] In einer solchen Gesellschaft schrumpfen die Kontrollrechte breiter Gesellschafterschichten auf ein Minimum und eine Mitwirkung bei der Bestellung der Geschäftsleitung ist oftmals nur über einen Bruchteil der Stimmenmacht möglich.[1448] Eine vorzeitige Abberufung scheidet im Normalfall völlig aus. Will man das Verhältnis der Mehrzahl der Aktionäre untereinander und zur Geschäftsleitung kennzeichnen, so trifft der Begriff

---

[1444] Siehe S. 220.

[1445] Vgl. zu Parallelerwägungen in den USA *Frome*, 1990 N.Y.L.J. 3ff („*certain shareholders with the power to vote the violator out of office may be the direct beneficiaries of the wrongdoing. Alternatively the disgruntled shareholder may not have adequate voting power to remove the violator*".

[1446] Vgl. oben S. 139ff.

[1447] Siehe zu den Schutzdefiziten z.B. auch *Ekkenga*, Anlegerschutz, S. 28.

[1448] Abgesehen davon besteht oft auch nur ein Rendite- aber kein Beteiligungsinteresse. Vgl. *Leenenbach*, Kapitalmarktrecht, Rn. 8.5.

Anonymität die Lage sehr gut. Dazu gesellt sich das schon geschilderte Problem, dass die Interessen der Aktionäre nicht immer hinreichend von der Geschäftsleitung verfolgt werden (Prinzipal – Agenten – Problematik). Zum Dritten bedürfen durch den permanenten Wechsel der Aktionäre auch die potentiellen Anteilseigner eines erheblichen Schutzes. Bedenkt man schließlich auch den enormen abschreckenden Effekt, den Bestellungshindernisse in den Geschäftsleiterkreisen bei Publikumsgesellschaften erzeugen können[1449], macht es Sinn, vor allem für diesen Bereich von Gesellschaften kapitalgesellschaftsrechtliche Bestellungshindernisse zum Schutz der Gesellschafter anzudenken.

Bei den denkbaren Straftaten, die zu einem Bestellungshindernis führen könnten, kommen zunächst wiederum allgemeine strafrechtliche Delikte und sodann spezielle GmbH- und aktienrechtliche Straftatbestände in Betracht. Für die allgemeinen strafrechtlichen Tatbestände gilt wie schon beim Gläubigerschutz, dass allein ihre Komplexität und die Vielgestaltigkeit der denkbaren Fallgestaltungen nicht dagegen sprechen, sie für ein Bestellungshindernis fruchtbar zu machen.[1450] Allerdings sollte man auch hier nur solche Straftaten erfassen, die im Zusammenhang mit der Leitung einer Gesellschaft aufgetaucht sind.[1451] Darüber hinaus sollte entsprechend der Annahme bei den gläubigerbezogenen Straftaten auch eine direkte Verbindung der Straftaten zu den Interessen der Gesellschafter – insbesondere den *Vermögens*interessen – gesucht werden. So darf es also nicht ausreichen, *jeden* Betrug oder *jede* Untreue bei der Leitung einer Gesellschaft als ausreichend zu erachten. Was den Betrug nach § 263 StGB betrifft, so wird man alle Fälle erfassen müssen, in denen die Gesellschaft an sich oder einzelne Gesellschafter bwz. Aktionäre betrogen worden sind oder eine Schädigung versucht worden ist. Neben dem Betrug wird im Hinblick auf die Gesellschafter auch die Untreue nach § 266 StGB eine große Rolle spielen. Hierbei geht es allerdings immer nur um Fälle, in denen die Geschäftsleitung ihre Vertretungsmacht in Bezug auf das Vermögen der *Gesellschaft* missbraucht oder einen Treuebruch gegenüber der *Gesellschaft* begeht.[1452] Mittelbar werden dadurch jedoch die

---

[1449] Siehe oben S. 139ff.

[1450] Eine andere Frage ist jedoch, wie man das Verfahren für ein Bestellungshindernis dann gestaltet und ob dies effektiv möglich ist.

[1451] Vgl. im Zusammenhang mit dem Gläubigerschutz schon S. 258ff.

[1452] Vgl. näher z.B. GroßkommAktG/*Otto*, vor § 399 Rn. 22ff.

Vermögensinteressen der Gesellschafter betroffen. Denkbar sind beispielsweise Fälle, in denen ein Vorstand eigene Verbindlichkeiten mit Mitteln der Gesellschaft begleicht oder Aktienoptionen beziehen kann, weil er Bilanzen zuvor manipuliert hat.[1453]

Neben den Straftatbeständen des StGB sollte man auch an Strafvorschriften des GmbHG und AktG denken, soweit sie das Vermögensinteresse der Gesellschafter bzw. Aktionäre betreffen können. Zu berücksichtigen sind zunächst die §§ 82 GmbHG, 399 AktG. Diese schützen gutgläubige Dritte davor, dass sie durch falsche oder unwahre Angaben getäuscht werden. Dabei werden in aller Regel die Gläubiger diejenigen sein, die im Vertrauen auf die Richtigkeit bestimmter Angaben über ihr Vermögen disponieren. Manchmal dient § 399 AktG aber auch dem Schutz potentieller Aktionäre. Das ist immer dann der Fall, wenn diese im Vertrauen auf die Richtigkeit bestimmter Angaben Anteile an der Aktiengesellschaft erworben haben, obwohl sie das bei Kenntnis der wahren Sachlage nicht getan hätten.[1454] Allerdings setzt § 399 AktG selbst keinen Schaden voraus. Es handelt sich vielmehr um ein abstraktes Gefährdungsdelikt.[1455]

Beachten muss man weiterhin § 400 Abs. 1 AktG (inklusive des speziellen § 331 HGB – vor allem für die GmbH), der ähnlich wie § 399 AktG das Vertrauen in die Richtigkeit bestimmter Angaben des Vorstandes über die Geschäftsverhältnisse schützt.[1456] Zum geschützten Personenkreis muss man hierbei sowohl aktuelle als auch potentielle Aktionäre zählen, die im Vertrauen auf die Richtigkeit der Angaben entweder eine Teilhaberschaft begründet oder nicht beendet haben.[1457] Wie schon bei § 399 AktG handelt es sich aber auch hier nur um ein abstraktes Gefährdungsdelikt.[1458] Trotzdem wird man diesem Tatbestand in der Praxis erhebliche Relevanz zusprechen müssen.[1459]

[1453] Für den ersten Fall siehe z.B. RGSt 47, 32, 33; für manipulierte Bilanzen siehe z.B. RGSt 49, 358, 364 oder BGH WISTRA 1986, 69.

[1454] Siehe GroßkommAktG/*Otto*, § 399 Rn. 5; zu § 399 Abs. 1 Nr. 4 siehe BGHZ 96, 231, 243; BGHZ 105, 121, 126. Unter dem Blickwinkel des Schadenersatzes auch *Brandes*, WM 1992, 477.

[1455] Geßler/*Fuhrmann*, AktG, § 399 Rn. 2; KölnerKommAktG/*Geilen*, § 399 Rn. 9.

[1456] Vgl. für einen Fall, bei dem dann ein Tätigkeitsverbot Sinn machen würde: LG München I, ZIP 2003, 1450 (EM.TV – strafrechtliche Verurteilung).

[1457] Siehe OLG Braunschweig, WISTRA 1993, 31, 33; OLG Düsseldorf, ZIP 1986, 1357; OLG Koblenz, BB 1967, 1265.

[1458] Geßler/*Fuhrmann*, AktG, § 400 Rn. 4; KölnerKommAktG/*Geilen*, § 400 Rn. 5.

[1459] Allerdings kommt es oft nicht zu einer Verurteilung, weil insoweit die §§ 263, 266, 283 StGB schwerer wiegen. Vgl. GroßkommAktG/*Otto*, § 400 Rn. 7.

Im Hinblick auf die aktuellen Gesellschafter und Aktionäre sind auch die §§ 84 Abs. 1 Nr. 1, 401 Abs. 1 AktG von Bedeutung, bei denen der Geschäftsführer bei hälftiger Aufzehrung des Stammkapitals die Gesellschafter informieren bzw. bei dem der Vorstand bei hälftiger Aufzehrung des Grundkapitals die Hauptversammlung einberufen muss.[1460] Geschützt werden die Gesellschafter und Aktionäre hierbei insoweit, als sie im Hinblick auf die Krise geeignete Maßnahmen treffen können sollen.[1461] Es handelt sich auch bei diesem Tatbestand nur um ein abstraktes Gefährdungsdelikt.[1462]

Bei einem Vergleich von Betrug und Untreue einerseits und den dargestellten Straftatbeständen andererseits fällt auf, dass letztere nur abstrakt das Vermögen der aktuellen und potentiellen Gesellschafter und Aktionäre schützen, während es bei Betrug und Untreue – jedenfalls bei deren Vollendung - eine tatsächliche Vermögensschädigung gibt. Wegen der höheren „Intensität“ von Betrug und Untreue drängen sich Bestellungshindernisse umso mehr auf. Das bedeutet jedoch nicht, dass Bestellungshindernisse bei den §§ 82, 84 GmbHG, 331 HGB, 399, 400, 401 AktG ausscheiden sollten. Es kann hier nicht um eine Frage des „Ob“ gehen, sondern allein darum, wie man Bestellungshindernisse konkret ausgestalten sollte. Das wird sich als eine Frage des geeigneten Verfahrens erweisen.[1463]

(3) Erweiterung auf Grund des Anleger- und Funktionenschutzes

Will man das Einsatzfeld von Bestellungshindernissen zum Schutz der Gesellschafter vor delinquenten Geschäftsleitern komplettieren, ist es zwingend, dass man die Gerade vom allgemeinen Begriff des Gesellschafters über den spezielleren Begriff des Aktionärs bis hin zum Anleger erweitert.[1464] Das bedeutet zugleich eine Akzentverschiebung vom Gesellschaftsrecht weg und hin zum Kapitalmarktrecht. In diesem Bereich zeigt insbesondere das US-amerikanische Modell – im Ansatz aber auch der englische CDDA – dass Tätigkeitsverbote sehr viel Sinn machen –

[1460] Zum Schutz der Aktionäre Geßler/*Fuhrmann*, AktG, § 401 Rn. 2; KölnerKommAktG/*Geilen*, § 401 Rn. 3.
[1461] GroßkommAktG/*Otto*, § 401 Rn. 2.
[1462] Geßler/*Fuhrmann*, AktG, § 401 Rn. 4; KölnerKommAktG/*Geilen*, § 401 Rn. 9; GroßkommAktG/*Otto*, § 401 Rn. 6.
[1463] Dazu im Einzelnen unten S. 313ff.
[1464] Zu den Verflechtungen von Gesellschafter und Anleger siehe schon oben Fn. 1362.

vor allem, weil sie geeignet sind, die Verhaltenssteuerung der betroffenen Personen nachhaltig zu beeinflussen. Auch aus dem deutschen Recht selbst ließe sich eine solche Erweiterung mit systematischem Fundament ableiten: Begreift man den Bereich der Kreditwirtschaft als Synomym für die Versorgung der Wirtschaft mit *Fremd*kapital und stellt man dem die Versorgung der Wirtschaft mit *Eigen*kapital gegenüber – ein Aufgabenfeld gerade des Kapitalmarktes – dann erweisen sich beide Bereiche als zwei Seiten der selben Medaille.[1465] Wenn aber der Gesetzgeber im Bereich der Kreditwirtschaft Abberufungsverlagen und Tätigkeitsverbote zum Schutze der funktionierenden Geldwirtschaft *de lege lata* schon vorgesehen hat (§ 36 KWG), dann ist es nur konsequent, *de lege ferenda* über deren Einsatzmöglichkeiten am Kapitalmarkt nachzudenken. Dem entspricht das spezifische Schutzbedürfnis der Anleger, die als aktuelle und potentielle Investoren am schnelllebigen Kapitalmarkt ganz besonders von fairen Wettbewerbsbedingungen und integeren Marktakteuren abhängig sind.[1466] Nebenher könnten Tätigkeitsverbote gegen Geschäftsleiter auch dabei helfen, dem übergeordneten Funktionenschutz des Kapitalmarktes zu dienen[1467] – entsprechend den Regelungszielen des KWG[1468].

Insbesondere im Hinblick auf den Schutz der Anleger macht es daher Sinn, spezielle kapitalmarktrechtliche Straftatbestände als Anknüpfungspunkte für Bestellungshindernisse und eventuelle Tätigkeitsverbote zu suchen und ein Tätigkeitsverbot in Folge einer strafrechtlichen Verurteilung anzudenken.[1469] Will man insoweit der aus dem US-amerikanischen Recht übernommenen Aufteilung in Primär- und Sekundärmarkt folgen, ruft auf dem Primärmarkt zunächst § 61 BörsG nach Beachtung. Dieser Straftatbestand umfasst Fälle, in denen jemand entgegen § 23 Abs. 1 BörsG andere zu Börsenspekulationsgeschäften verleitet. Für den Bereich der Geschäftsleiter spielt § 23 aber regelmäßig keine Rolle[1470], so dass sich eine Anknüpfung an Geschäftsleiter-Tätigkeitsverbote nicht emp-

---

[1465] Dafür kann man als unterstützendes Moment auch die institutionelle Bündelung beider Bereiche unter dem Dach der BaFin ansehen.

[1466] Dazu gesellt sich die häufige Laienhaftigkeit der primär wertorientierten Anleger. Vgl. z.B. *Tiedemann*, Wirtschaftsbetrug, S. XII.

[1467] Dazu näher *Claussen*, S. 351 (faire Wettbewerbsbedingungen, Anlegerschutz, Markteffizienz).

[1468] Dazu Boos/*Fischer*/Schulte-Mattler, KWG, Einf, Rn. 46f.

[1469] Natürlich stehen diese Straftatbestände für börsennotierte Unternehmen nicht im luftleeren Raum, sondern ergänzen die allgemeinen Tatbestände des StGB und des AktG.

[1470] Vgl. Schwark, BörsG, § 23 Rn. 1; *Park*, BB 2001, 2069, 2071.

fiehlt. Denken könnte man jedoch an § 264a StGB, der zwar nicht auf den börslichen Kapitalmarkt beschränkt ist, dessen Schutzrichtung aber gerade auf die Anleger abzielt.[1471] Damit könnte man solche Fälle erfassen, in denen Geschäftsleiter durch unrichtige oder unvollständige Angaben das Anlegerpublikum verleiten, Anteile an ihrem Unternehmen zu erwerben[1472], indem beispielsweise die Bilanz geschönt[1473] oder die Ertragsfähigkeit allzu rosig dargestellt wird.[1474] Das weckt gedankliche Parallelen zum US- amerikanischen Recht, wo über Section 17(a)(1) SA 1933 ähnliche Fallgestaltungen zu Tätigkeitsverboten führen können.[1475]

Im Bereich des Sekundärmarktes gilt es, § 38 WpHG zu beachten, durch den sowohl der Insiderhandel als auch die Formen der Kurs- und Marktpreismanipulation unter Strafe gestellt sind. Dabei wird allerdings zumindest beim Insiderhandel weniger der konkrete Anleger, als die Funktionsfähigkeit der Kapitalmärkte geschützt[1476] – im Ergebnis kommt das jedoch einem abstrakten Anlegerschutz gleich.[1477] Das Verbot der Kurs- und Marktpreismanipulation dient neben anderen Aspekten[1478] auch dem Anlegerschutz.[1479] Für den Bereich des Insiderdeliktes werden Strafbarkeitslücken der allgemeinen Tatbestände des Betruges und der Untreue geschlossen[1480], die strafbare Kurs- und Marktpreismanipulation überschneidet sich in Teilbereichen mit den §§ 399, 400 AktG und 263 StGB[1481], weshalb sich jeweils auch eine Verbindung zu den schon dargestellten Straftaten im Hinblick auf die Gesellschafter ziehen lässt.[1482] Insbesondere eine Anknüpfung an das Insiderhandelsverbot würde dabei

---

[1471] Siehe *Tiedemann*, Wirtschaftsbetrug, § 264a Rn. 13. Neben dem Anlegerschutz spielt auch die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes eine Rolle.

[1472] Natürlich ist der personale Anwendungsbereich des § 264a StGB insgesamt viel weiter. Er soll hier aber auf den spezifischen Bereich des delinquenten Geschäftsleiters beschränkt werden. Zu dessen Strafbarkeit als Organ vgl. *Tiedemann*, Wirtschaftsbetrug, § 264a Rn. 76 und BGHSt 37, 106, 114.

[1473] Vgl. *Tiedemann*, Wirtschaftsbetrug, § 264a Rn. 52; *Grotherr*, DB 1986, 2584, 2589.

[1474] Siehe z.B. *Brenner*, Kriminalistik 1987, 66, 69 (mehrere umsatzschwache Jahre verschwiegen).

[1475] Vgl. näher oben S. 165f.

[1476] Siehe *Assmann/Schneider*, WpHG, Vor § 38 Rn. 4 und § 38 Rn. 1.

[1477] Vgl. *Claussen*, S. 402.

[1478] Hervorhebung verdient insbesondere der „Funktionsfähigkeit der Wertpapiermärkte“; vgl. *Begr RegE* 4. FMFG, BT-Drucks. 14/8017, S. 249.

[1479] Siehe z.B. *Altenhain*, BB 2002, 1874, 1875; *Lenzen*, ZBB 2002, 279, 284; *Ziouvas*, ZGR 2003, 113, 143f; *Assmann/Schneider*, WpHG, § 38 Rn. 1. Anders allerdings noch *Möller*, WM 2002, 310, 313 (nur Schutz der ordnungsgemäßen Preisbildung). Vorsichtig auch *Schwark*, WpHG, § 20a Rn. 5.

[1480] In der Regel wird § 263 StGB an der Täuschung und § 266 StGB an dem Vermögensschaden der Gesellschaft scheitern. Vgl. näher *Assmann/Schneider*, WpHG, Vor § 38 Rn. 14.

[1481] Näher *Assmann/Schneider*, WpHG, § 20a Rn. 10f.

[1482] Siehe oben S. 269ff.

Parallelen zum US-amerikanischen und zum englischen Recht aufzeigen, in denen Insiderhandel von Geschäftsleitern jeweils zu Tätigkeitsverboten führen kann.[1483] Ebenso wie dort, spielt das Problem der Insidergeschäfte auch in Deutschland eine immer größere Rolle.[1484] Will man an § 38 Abs. 1 WpHG ein Tätigkeitsverbot für Geschäftsleiter anknüpfen, sollte man dieses naturgemäß auf solche Fälle beschränken, in denen der Geschäftsleiter als solcher und als Primärinsider (§ 13 Abs. 1 Nr. 1WpHG) gegen das Insiderhandelsverbot verstoßen hat[1485], weil sich sonst Verwerfungen mit den angedachten gesellschaftsrechtlichen Bestellungshindernissen nicht vermeiden ließen.[1486] Nimmt man eine solche Einschränkung vor, bleibt die Anknüpfung auf der großen Rechtfertigungslinie, die Bestellungshindernisse deshalb andenkt, weil ein delinquenter Geschäftsleiter keine ausreichende Gewähr mehr für die Interessen der Anteilseigner bietet.[1487] Gemünzt auf den Organ-Insider bedeutet das auch, dass dieser sich durch die private Ausnutzung beruflicher Quellen als ungetreuer Sachwalter entlarvt hat[1488] und ihm der Zugang zur Geschäftsleitung insbesondere deswegen zu verwehren ist.

Einen ähnlichen Anknüpfungspunkt für ein Tätigkeitsverbot würde eine von einem Geschäftsleiter in seiner Funktion begangene strafbare und bestrafte Kurs- und Marktpreismanipulation bereithalten.[1489] In den denkbaren drei Teilgebieten der informations-, handels- und handlungsgestützten Manipulationen wird man den Schwerpunkt im Hinblick auf Geschäftsleiter bei den informationsgestützten Manipulationen ausmachen kön-

---

[1483] Zum US-amerikanischen Kapitalmarktrecht siehe oben S. 153ff. Für das englische Gesellschaftsrecht siehe oben bei Section 2 CDDA (S. 31) den Paradefall *R v Goodman* [1992] BCC 625. Daneben kann Insidertrading auch über Section 8 CDDA gewürdigt werden. Vgl. dazu S. 94.

[1484] Zu den theoretischen Hintergründen gilt das oben S. 153ff Gesagte in Deutschland entsprechend. Siehe ausführlicher auch *Claussen*, S. 402f und monographisch *Lücker*, Insiderinformationen, S. 13-29.

[1485] Vgl. § 38 WpHG i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 1 WpHG. Auch in England (Section 2 CDDA: „*in connection with…management*") wird dieser Ansatz gewählt. Anders ist es hingegen in den USA, in denen *jeder* Verstoß als Insider zu einer *bar order* führen kann – egal, ob man Direktor war. Allerdings ist der Verstoß auch nicht an eine strafrechtliche Verurteilung angeknüpft! Vgl. näher oben S. 153f mit Fn. 899.

[1486] Vgl. oben S. 264ff, wo nur Straftaten in der Funktion der Geschäftsleitung für ein Tätigkeitsverbot berücksichtigt werden sollen. Natürlich muss aber der Fall erfasst werden, dass der Geschäftsleiter die in dieser Funktion erlangten Informationen als Privatmann verwertet.

[1487] Zum Schutzbedarf eines Unternehmens vor Verwertung von Informationen durch das Organ siehe *Lücker*, Insiderinformationen, S. 26f.

[1488] Vgl. *Claussen*, S. 403.

[1489] Auf Manipulationen außerhalb der Organstellung sollte man aus den gleichen Gründen wie beim Insidertrading keine Rücksicht nehmen.

nen.[1490] So sind ohne weiteres Fälle denkbar, in denen Geschäftsleiter unrichtige oder irreführende Bilanzen, Lageberichte oder ad hoc-Mitteilungen benutzen, um Kurse oder Märkte zu manipulieren.[1491] Ebenso kann man sich das Streuen unrichtiger oder irreführender Informationen über die Medien anschaulich vorstellen.[1492] All diese informationsgestützten Manipulationen erinnern an das US-amerikanische Kapitalmarktrecht, in dem ähnliche Fallgestaltungen vor einem anderen dogmatischen Hintergrund mit einem Tätigkeitsverbot verknüpft werden können.[1493] So ist es über Section 10(b) S.E.A. 1934 i.V.m. Rule 10(b)-5 möglich, Tätigkeitsverbote im Zusammenhang mit falschen oder irreführenden transaktionswesentlichen Informationen zu verhängen. Zwar bedarf dieses Tätigkeitsverbot in den USA nicht einer strafrechtlichen Verurteilung, die gesteigerte SEC-Tätigkeit gerade auf diesem Feld[1494] macht jedoch deutlich, wie naheliegend ein Tätigkeitsverbot wäre, das an die Kurs- und Marktpreismanipulation von Geschäftsleitern anknüpfen würde. Bedenken könnte man dagegen allenfalls haben, wenn man meinte, dass Geschäftsleiter unrichtige Bilanzen, falsche Pressemitteilungen und ähnliches letztlich nur zum Wohle ihrer Gesellschaft in Kauf nehmen und sich daher die Legitimation für ein Tätigkeitsverbot nicht ergäbe. Eine solche Sichtweise würde allerdings verkennen, dass es gerade auch um die Interessen der *potentiellen* Aktionäre geht, und dass Manipulationstechniken in der Mehrzahl der Fälle gerade auch zum persönlichen Vorteil der tonangebenden Geschäftsleitung angewendet werden.[1495]

e. Zwischenergebnis zu den Straftaten

Will man die Ausführungen zu den Tätigkeitsverboten infolge einer Straftat zusammenfassen, dann ergibt sich für das deutsche Recht vor allem, dass die ausschließliche Anbindung der Bestellungshindernisse an die Insolvenzstraftaten nicht überzeugt. Weitere Straftaten können bislang nur über das Tor von § 70 StGB berücksichtigt werden, das aber in der Praxis

---

[1490] Zu der Einteilung vgl. *Fleischer*, Juristentagsgutachten, F 119. Zur Strafbarkeit der Geschäftsleiter, obwohl die Offenbarungspflichten eigentlich die juristische Person treffen siehe *Schwark*, WpHG, § 20a Rn. 21.

[1491] Siehe nur *Assmann/Schneider*, WpHG, Vor § 20a Rn. 21.

[1492] Zu einzelnen manipulierbaren bewertungserheblichen Umständen vgl. *VO zum Verbot der Kurs- und Marktpreismanipulation* (BGBl. 2003 I S. 2300), § 2 Abs. 3 Nr. 1-10.

[1493] Siehe oben S. 154f.

[1494] Vgl. oben S. 154ff mit Fn. 916.

[1495] Etwa, um durch bestimmte Kursbewegungen eigene Zusatzvergütungen einstreichen zu können (z.B. *stock options*). Vgl. für diese Hypothese auch das Fallmaterial in den USA, siehe z.B. oben Fn. 915.

keine Rolle spielt. Naheliegend und auch sinnvoll wäre eine Ausweitung der erfassten Straftatbestände unter dem Blickwinkel von Tätigkeitsverboten. Allerdings sollte sich diese nicht auf Straftaten zum Gläubigerschutz beschränken, sondern weitergehend auch den Schutz der Gesellschafter und der Anleger im Blick haben. Im Einzelnen halten sowohl das StGB mit den Betrugs- und Untreuetatbeständen als auch die speziellen Staftatbestände im GmbHG, AktG und HGB wertvolle Anknüpfungspunkte bereit.

2. Informations- und Publizitätspflichten

Ein Problemfeld, das in England zu Tätigkeitsverboten führen kann und das – wie bei den Straftaten – nicht unbedingt direkt von der Krise einer Gesellschaft abhängig gemacht wird, ist der weite Bereich der Informationen über Gesellschaftsbelange.[1496] Damit ist hier im weiteren Sinne jede Pflicht gemeint, der die Geschäftsleitung zur Information bzw. Publizität nachkommen muss.[1497] Das englische Modell des CDDA beschränkt sich dabei naturgemäß auf solche Pflichten, die alle *companies* treffen und bleibt gesellschaftsrechtlich verankert. Dem kann man solche Informationspflichten gegenüberstellen, die nur für spezielle Gesellschaften zum Tragen kommen. Zu denken ist dabei insbesondere an die kapitalmarktorientierten Gesellschaften, deren Regelungsumfeld weitergehende Informations- und Publizitätspflichten statuiert. Für diesen Bereich sensibilisiert insbesondere der Bereich der US-amerikanischen *bar-orders*, der ja ausschließlich kapitalmarktorientierte Gesellschaften anspricht und bei diesen Tätigkeitsverbote bereithält. Das deutsche Recht nimmt im Zusammenhang mit den Berufs- und Gewerbeverboten und den Bestellungshindernissen an keiner Stelle ausdrücklich bezug auf Informations- oder Publizitätspflichten. An versteckter Stelle wird deren Bereich jedoch über die Insolvenzstraftaten berührt.[1498]

Zu untersuchen ist im Folgenden, ob Tätigkeitsverbote bei der Verletzung von solchen Pflichten im Hinblick auf die Gläubiger, die Gesellschafter bzw. die Anleger sinnvoll sind. Dafür bietet sich eine getrennte Untersu-

---

[1496] Im Zusammenhang mit der Krise vgl. vor allem oben S. 83ff.

[1497] Zu begrifflichen Divergenzen zwischen „Information“ (begrenzter Adressatenkreis) und „Publizität“ (unbegrenzter Adressatenkreis) siehe grundlegend *Merkt*, Unternehmenspublizität, S. 8-11.

[1498] Daneben können Nachlässigkeiten bei der Fremd- und Selbstinformation auch bei § 35 GewO und § 36 KWG unter dem Blickwinkel von „Unzuverlässigkeit“ herangezogen werden.

chung für die GmbH und die nicht dem Kapitalmarkt zugewandte AG einerseits und die kapitalmarktorientierte AG andererseits an. Die Verknüpfung von Informationspflichten mit Tätigkeitsverboten liegt – unabhängig von der rechtsvergleichenden Vorgabe – vor allem deshalb auf der Hand, weil sie als nachdrückliche Maßnahme helfen könnte, die naturgegebene unzureichende Informationsversorgung des Marktes zu überwinden. Es ist gerade das Besondere des Gutes „Information", dass die Marktteilnehmer systematisch mit zutreffenden unternehmensbezogenen Informationen unterversorgt werden und permanent die Gefahr der Nicht- oder Falschinformation besteht.[1499]

a. Informationen im Gesellschaftsrecht

Im Gesellschaftsrecht drohen den Direktoren in England im Zusammenhang mit der Publizität Tätigkeitsverbote aus zweierlei Richtungen. Zum einen können die Sections 3 und 5 CDDA zum Zuge kommen, die Tätigkeitsverbote bei mehrfacher Missachtung der Registerpublizität vorsehen. Daneben kann ein Tätigkeitsverbot wegen *unfitness* über die Sections 6 und 8 CDDA ergehen, bei dem Verstöße gegen die Publizität eine wichtige Rolle spielen können.[1500] Die zwei wesentlichen Unterschiede der beiden Anknüpfungspunkte bestehen darin, dass zum einen bei Sections 3, 5 CDDA das Tätigkeitsverbot allein auf Verstöße gegen die Publizität gestützt wird, während bei der *unfitness* in aller Regel noch andere Aspekte mitberücksichtigt werden müssen[1501]; zum anderen geht es bei einer *unfitness* - Untersuchung nicht um die Registerpublizität, sondern um die bei der Gesellschaft angesiedelte Publizität, wobei die Rechnungslegungspublizität die herausragende Rolle einnimmt.

In Deutschland nimmt das Prinzip der Publizität ebenso wie in England im Bereich des Gesellschaftsrechtes eine fundamentale Stellung ein.[1502] Im Hinblick auf die Bestellungshindernisse lässt sich dieser Stellenwert

---

[1499] Näher *Merkt*, Unternehmenspublizität, S. 224f und *Assmann*, Prospekthaftung, S. 287ff.

[1500] Vgl. vor allem oben S. 83ff.

[1501] Dafür bedarf es bei den Sections 3 und 5 CDDA aber eines wiederholten Verstoßes („*persistently*").

[1502] Den Stellenwert in jüngerer Zeit grundlegend herausstellend *Merkt*, Unternehmenspublizität. Vgl. auch *Marx/Dallmann*, BB 2004, 929, 930. Aus ökonomischer Sicht ist die Funktion der Publizität bei der GmbH wegen der fehlenden Kapitalmarktöffnung allerdings *für die Gesellschafter* begrenzt. Dazu *Merkt*, Unternehmenspublizität, S. 226. Zum Zusammenhang zwischen Gläubigerschutz und Rechnungslegungs- und Publizitätspflicht schon *Buschmeyer*, Publizität sowie *Pellens/Fülbier*, ZGR 2000, 572, 581.

jedoch nicht ablesen.[1503] Bezogen auf das kapitalgesellschaftsrechtliche Bestellungshindernis der §§ 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG und 76 Abs. 3 Satz 3 AktG, das an eine Insolvenzstraftat anknüpft, wird in Ansätzen eine Verbindung erkennbar. Wie schon dargestellt, sind die Insolvenzstraftaten der §§ 283 – 283d StGB durch mehrere Stränge mit gesellschaftsrechtlichen Informationsbedürfnissen verknüpft. So ist insbesondere auf die Verletzung der Buchführungspflicht nach § 283 b StGB und auf einen Verstoß gegen § 283 Abs. 1 Nr. 5-7 StGB hinzuweisen.[1504] Die Strafdrohung des Insolvenzstrafrechtes, die Handelsbücher und Bilanzen ordnungsgemäß zu führen und aufzubewahren, stößt aber auf mehrere systemimmanente Grenzen. Zum einen muss es für alle Konstellationen zu einem Unternehmenszusammenbruch gekommen sein. Darüber hinaus beschränken sich die Vorschriften auf die Handelsbücher und Bilanzen, lassen aber z.B. die Registerpublizität außen vor. Dieser begrenzte Zuschnitt auf die gesellschaftsrechtliche Information ist aus der Sicht des Insolvenzstrafrechtes konsequent und systemgetreu. Aus dem Blickwinkel des Gesellschaftsrechtes und der Bestellungshindernisse greift er jedoch zu kurz. Er verkennt die fundamentale Bedeutung, die der Informationsbereithaltung in mehrere Richtungen zukommt: Information und Publizität dienen nicht nur den Gläubigern im Stadium der Krise dazu, den Ernst der Lage und die Aussicht ihres Befriedigungsinteresses einschätzen zu können. Es geht vielmehr auch schon im normalen Geschäftsleben einer Gesellschaft um adäquate Information der Gläubiger. Darüber hinaus dient insbesondere die ordnungsgemäße Buchführung und Bilanzierung aber auch und vor allem dem Unternehmen und seinen Gesellschaftern[1505] selbst.[1506] Erst eine umfassende Information über die Geschäftslage versetzt die Geschäftsleitung in die Situation, fundierte Entscheidungen treffen zu können und so im besten Fall die Unternehmung von der Krise fernzuhalten – ein Aspekt, den man gar nicht deutlich genug her-

---

[1503] Ein höherer Stellenwert drängt sich aber gerade wegen der unzureichenden Achtung der Publizitätsanforderungen durch die Gesellschaften auf. Vgl. für die Defizite bei kleineren Gesellschaften beispielhaft *Merkt*, Unternehmenspublizität, S. 158.

[1504] Daneben sind noch diverse andere *informations*bezogene Bankrotthandlungen erfasst. Vgl. zu Einzelheiten oben S. 209.

[1505] Zum spezifischen Stellenwert von Information und Publizität für den „Anleger“ sogleich unten S. 283ff.

[1506] Zu weiteren Adressatenkreisen wie Gläubiger, Öffentlichkeit etc. siehe EuGH, Slg. 1998, I-6843-Daihatsu. Speziell für die Gläubiger auch *Merkt*, Unternehmenspublizität, S. 317 und zuvor *Hopt*, Kapitalanlegerschutz, S. 305ff.

vorheben kann.[1507] Für die AG können diese Gesichtspunkte über das Insolvenzstrafrecht beispielsweise kaum tragen. Da sie im Vergleich zur GmbH weniger insolvenzanfällig ist, können Verstöße gegen die Grundsätze ordnungsgemäßer Rechnungslegung und Buchführung nur selten zu einem Insolvenzdelikt führen. Für den Bereich der Bestellungshindernisse scheiden daher solche Verstöße jedenfalls für die Aktiengesellschaft vollkommen aus. Aber auch im Bereich der GmbH kann die Anknüpfung von Bestellungshindernissen an die Insolvenz oft keine Wirkung entfalten. Nicht selten fehlt es schon an der strafrechtlichen Verurteilung, weil die Kausalität zwischen den Informationsdefiziten und der Insolvenz nicht nachweisbar ist.[1508]

Aus der rudimentären Verknüpfung der Bestellungshindernisse mit den Informationsbedürfnissen und aus dem lehrreichen Blick auf das angloamerikanische Recht lässt sich nur ein Schluß ziehen: Will man den enormen Stellenwert einer ordnungsgemäßen Information und Publizität im Umfeld einer Gesellschaft ernst nehmen, dann bietet sich eine weitgreifendere Verbindung zu Bestellungshindernissen und Tätigkeitsverboten an. Das wiederum bedeutet, dass der Ansatzpunkt der Publizität vom Insolvenzstrafrecht gelöst werden und auf ein breiteres gesellschaftsrechtliches Fundament gesetzt werden muss.

Dafür bietet es sich hier zunächst einmal an, die Anbindung eines denkbaren Tätigkeitsverbotes von einer vorhergehenden strafrechtlichen Verurteilung zu lösen und sich allein aus der Perspektive des Gesellschaftsrechtes zu nähern. Soweit Verstöße gegen die Publizität strafbewehrt sind (insbesondere § 331 HGB), ist dieser Bereich schon über solche Bestellungshindernisse bzw. Tätigkeitsverbote abgedeckt, die an eine strafrechtliche Verurteilung anknüpfen sollen.[1509] Das entspricht auch der Herangehensweise in England und in den USA, in denen Publizitätspflichten jeweils unabhängig von der Strafbarkeit berücksichtigt werden können.[1510]

[1507] Vgl. zum Informationsmangel als Auslöser der Krise z.B. GroßkommStGB/*Tiedemann*, vor § 283 Rn. 7 und R. 17. Zu den Parallelüberlegungen in England siehe oben S. 83ff.

[1508] Siehe GroßkommStGB/*Tiedemann*, vor § 283 Rn. 18.

[1509] Dazu oben S. 268 und S. 272.

[1510] In England besteht die Parallelität zwischen Section 2 CDDA einerseits und Sections 3, 5, 6 CDDA andererseits. In den USA gibt es in Sec. 24 SA 1933 und Sec. 32(a) SEA 1934 eigene Straftatbestände. Vgl. näher dazu *Martin*, Fraud, S. 36ff.

Eine erste Eingrenzung geeigneter Anknüpfungspunkte im Gesellschaftsrecht sollte dazu führen, nicht *jeden* Offenlegungzwang und jede Veröffentlichungspflicht zu berücksichtigen. Gerade im Hinblick auf die Schwere und die Konsequenzen, die ein Bestellungshindernis oder ein Tätigkeitsverbot haben kann, macht es wenig Sinn, z.B. sämtliche Vorlagepflichten zum Handelsregister zu berücksichtigen (z.B. für die GmbH § 78 GmbHG i.V.m. diversen anderen Vorschriften).[1511] Vielmehr sollte man als Ausgangspunkt der Betrachtung die finanziellen Belange einer Gesellschaft in den Mittelpunkt rücken und sich auf alle damit verbundenen Offenlegungs- und Veröffentlichungspflichten beschränken. Das führt dazu, dass die Buchführung und die Rechnungslegung die herausragende Stellung einnehmen.[1512] So wäre es konsequent, Tätigkeitsverbote gegen Geschäftsleiter[1513] an Verstöße gegen § 238 HGB (Pflicht zur Buchführung) und § 242 HGB (Pflicht zur Bilanzierung) sowie an § 264 HGB (Pflicht zur Erstellung von Anhang und Lagebericht) zu koppeln.[1514] Darüber hinaus müsste auch die Vorlagepflicht zum Handelsregister berücksichtigt werden, weil dieser nur allzu selten nachgekommen wird.[1515] So statuiert § 325 HGB die Pflicht der Geschäftsleiter, die Bilanz und diverse andere Schriftstücke beim Handelsregister einzureichen und diese Einreichung im Bundesanzeiger bekanntzumachen. Abschließend müsste auch Sorge dafür getroffen werden, dass die erstellten Bücher und Jahresabschlüsse aufbewahrt werden. Daher sollte auch § 257 HGB für Tätigkeitsverbote berücksichtigt werden. Über eine auf diese Vorschriften bezogene Anknüpfung ließe sich der Druck intensivieren, die erforderlichen Dokumente richtig und vollständig zu erstellen sowie rechtzeitig und vollständig beim Register einzureichen.[1516] Dogmatisch würde ein so angebundenes Tätigkeitsverbot die schon bestehenden straf-

---

[1511] Z.B. §§ 7, 39, 40, 57b, 65, 67 GmbHG. Für eine vollzählige Auflistung vgl. *Merkt*, Unternehmenspublizität, S. 149f mit Fn. 95ff.

[1512] Sinnvoll wären Tätigkeitsverbote wegen der weit verbreiteten Unzulänglichkeiten. Vgl. nur *Hommelhoff/Mattheus*, BB 2004, 93: „…große Zahl von Bilanzverstößen".

[1513] Eine Verknüpfung zu den Geschäftsleitern, die nicht Adressaten des HGB sind, ergibt sich über § 41 GmbHG und § 91 AktG. Vgl. zur AG bündig auch *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, S. 279-281.

[1514] Zur mangelhaften Bereitstellung der Unternehmensdaten vgl. *Marx/Dallmann*, BB 2004, 931 („angesichts schwacher Sanktionierung…faktisches Wahlrecht"); *Häger*, Publizitätsverhalten, S. 202, 206; *Nothhelfer*, BB 1996, 1655, 1656; *Noack*, Unternehmenspublizität, Rn. 84, 93.

[1515] Vgl. zur Missachtung von § 325 HGB durch die Gesellschaften *Gernoth*, BB 2004, 837 („bis zu 95 % der deutschen Gesellschaften" verweigern); *Jansen*, Publizitätsverweigerung, S. 1; *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 90 und *Marx/Dallmann*, BB 2004, 929ff.

[1516] Für die Notwendigkeit empfindlicher Sanktionierungen bei Verstößen gegen die Publizität auch *Marx/Dallmann*, BB 2004, 929, 934.

rechtlichen Vorschriften und den Ordnungswidrigkeitentatbestand des § 334 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 5 HGB ergänzen. Freilich wird noch im Einzelnen zu prüfen sein, ob sich für die GmbH und die AG die im Grunde als sinnvoll erkannte Anbindung an Tätigkeitsverbote verfahrenstechnisch umsetzen lassen wird.[1517]

Allerdings kann ein Tätigkeitsverbot nicht allein von der formalen Missachtung der genannten Vorschriften abhängen. Im Gegensatz zu einem Bußgeldverfahren nach § 334 HGB, das allein von einem formalen Verstoß abhängt und schon bei erstmaligem Verstoß eingeleitet werden kann, eröffnet ein Tätigkeitsverbot eine erheblich einschneidendere Rechtsfolge. Deshalb sollte auch die tatbestandliche Anknüpfung restriktiv gehandhabt werden. Dazu bieten sich grundsätzlich zwei verschiedene Wege an: Zum einen kann man die Intensität der Verstöße berücksichtigen – insbesondere, indem man vorsätzliches und fahrlässiges Verhalten abscheidet. Darüber hinaus kann man auch die Häufigkeit der Verstöße als Wasserscheide andenken – ein Weg, der in England bei den Sections 3 und 5 CDDA eingeschlagen wurde.[1518] Wie eine Ausgestaltung im Einzelnen aussehen könnte, muss einer eigenen Prüfung unter anderem Blickwinkel vorbehalten bleiben.[1519]

b. Informationen im Kapitalmarktrecht

Einen noch weitaus größeren Stellenwert als im reinen Gesellschaftsrecht nehmen Information und Publizität im Umfeld des Kapitalmarktes ein.[1520] Das hängt maßgeblich mit der banalen Erkenntnis zusammen, dass die Information selbst und ihre möglichst zügige Verwertung auf direktem Wege den Erfolg der Marktteilnehmer beeinflusst. Ganz im Vordergrund eines funktionierenden Informationssystems profitiert daher der individuelle Anleger, der eine rationale Transaktionsentscheidung nur dann treffen kann, wenn er verlässliche und rechtzeitige Informationen

---

[1517] Dazu ausführlicher unten S. 325ff.

[1518] Vgl. schon oben S. 33ff.

[1519] Siehe dazu unten S. 313ff.

[1520] Siehe schon *Schwark*, ZGR 1976, 271, 294; *Wiedemann*, BB 1975, 1591, 1593 sowie *Hopt*, in: IDW, Kapitalmarktorientierte Unternehmensüberwachung, S. 27ff. Für die Bedeutung im europäischen Rahmen schon *Assmann*, AG 1993, 549ff. Vgl. auch die dem US-amerikanischen Recht zugrunde liegende und an allen Ecken hervortretende *disclosure*- Philosophie. Siehe dazu statt vieler und prägnant *Brandeis*, Other People's Money, S. 92 *Sunlight is said to be the best of all disinfectants*...") und umfassend sowie kritisch im Hinblick auf einen *information overload*: *Paredes*, 2003 Wash.U.L.Q. 417ff.

erhält.[1521] Darüber hinaus dient ein funktionierendes Informationssystem aber auch der Effizienz des Kapitalmarktes.[1522] Will man daher über Tätigkeitsverbote bei der mangelhaften Bereitstellung von Informationen auf dem Kapitalmarkt nachdenken, dann bezweckt dies nicht allein den Schutz des individuellen Anlegers, sondern dient weitgreifenderen Regelungszielen: Neben einer informierten Transaktionsentscheidung geht es auch um die Gleichbehandlung der Anleger, um Marktintegrität sowie um einen transparenten Kapitalmarkt.[1523] Neben der Bereitstellung der reinen Information könnten Tätigkeitsverbote auch dem „Prinzip der Publizität" zuarbeiten.[1524] Im Ergebnis ließe sich so ein besserer Anlegerschutz erwarten.

Denkbar sind Tätigkeitsverbote sowohl auf dem Primärmarkt als auch auf dem Sekundärmarkt.

(1) Primärmarkt

Auf dem Primärmarkt könnten Tätigkeitsverbote dann Sinn machen, wenn es um unrichtige Prospekte geht.[1525] Unvollständige Prospekte spielen demgegenüber keine hervorgehobene Rolle.[1526] Aus dem weiten Bereich der Prospektpflicht geht es dabei nur um die Fälle, in denen *ein Geschäftsleiter* auf den Inhalt des Prospektes einwirkt, und sich infolgedessen Unzulänglichkeiten ergeben.[1527] Denkbar ist z.B., dass ein Vorstand Bilanzen fälscht oder gegen zwingendes Bilanzrecht verstößt, um so das Gesamtbild der Vermögens-, Ertrags- und Liquiditätslage in einem güns-

---

[1521] Weiter ausholend, im Kern aber ebenso, *Assmann/Schneider*, WpHG, § 15 Rn. 2. Vgl. zum Informationsmodell des Anlegerschutzes auch *Leenenbach*, Kapitalmarktrecht, Rn. 8.4.

[1522] *Kübler*, GesR, § 31 II 2, 3; *Wittich*, AG 1997, 1; sehr klar auch *Fleischer*, Juristentagsgutachten, F 23 und F 24-28.

[1523] Vgl. zum sog. magischen Viereck des Anlegerschutzes *Fleischer*, Juristentagsgutachten, F 26-28.

[1524] Der Begriff geht zurück auf *Hopt*. Vgl. schon ZHR 1976, 201, 204ff und ZGR 1980, 225ff.

[1525] Vgl. zu den historischen Erfahrungen mit rational eigensüchtigem Verhalten bei Erstemissionen z.B. *Zimmer*, in: Schwintowski, Wirtschaftsrecht, S. 39, 40ff. Als Beispiele für fehlerhafte Prospekte seien genannt: BGH NJW 1982, 2483 („Beton & Monierbau") sowie OLG Frankfurt ZIP 1994, 282 („Bond").

[1526] Hierfür erscheint ein Tätigkeitsverbot nicht ohne weiteres tragbar. Im Übrigen wird zumeist wegen der Vollständigkeitsprüfung durch die Zulassungsbehörde (vgl. näher unten S. 329f) auch schon gar keine Zulassung erteilt werden. Beachten sollte man allerdings die Fälle, in denen durch die Unvollständigkeit auch eine inhaltliche Unrichtigkeit bedingt ist.

[1527] Nebenher kann es noch diverse andere Prospektverantwortliche bzw. -erlasser geben, z.B. emissionsbegleitende Banken. Das *praktische* Problem dieser Einschränkung offenbart sich natürlich dann, wenn geklärt werden muss, *wer* für bestimmte Informationen im Prospekt verantwortlich ist.

tigerem Licht erscheinen zu lassen[1528] und auf diesem Wege eine Emission anzukurbeln.[1529]

Die Ziele der Prospektpflicht, also vor allem der Investorenschutz und die Sicherung der Informationseffizienz, könnten hier durch die spezifischen Eigenheiten der Tätigkeitsverbote (Prävention und Abschreckung) befördert werden.[1530] Allerdings wäre das problematisch, wenn ein Vorstand mit einem Prospekt recht selten zu tun hätte.[1531] Auf den ersten Blick spielt der Prospekt nur bei der Zulassung der Gesellschaft zur Börse eine Rolle.[1532] Dabei verbleibt es allerdings meist nicht, weil z.B. auch Kapitalerhöhungen eine Prospektpflicht nach sich ziehen werden.[1533] Ein auf den Primärmarkt bezogenes Tätigkeitsverbot könnte parallel neben der zivilrechtlichen Haftung für mangelhafte Prospekte in § 44 BörsG angesiedelt werden. Hinsichtlich der tatbestandlichen Anbindung könnte man dann auf die dort geltenden Grundsätze zur Fehlerhaftigkeit des Prospektes zurückgreifen.[1534] In der Praxis wird es dabei um solche Fälle gehen, in denen sich die Unrichtigkeit erst nach der Börsenzulassung herausgestellt hat.[1535]

(2) Sekundärmarkt

Auf dem Sekundärmarkt sollte man Tätigkeitsverbote vor allem im Zusammenhang mit den unternehmensbezogenen Informationen, beim Insidertrading und bei der Kurs- und Marktpreismanipulation sowie bei den Eigengeschäften der Vorstände und bei der Beteiligungspublizität in Betracht ziehen.

(a) Unternehmensbezogene Informationen

Wie nicht nur die jüngere Vergangenheit in Deutschland gezeigt hat, bestehen im Umfeld der Geschäftsleiter börsennotierter Gesellschaften eini-

---

[1528] Zu den Anforderungen des Prospektes in diesem Zusammenhang vgl. § 21 BörsZulV.

[1529] Ein so angebundenes Tätigkeitsverbot würde die für das Gesellschaftsrecht angedachten Tätigkeitsverbote bei Unzulänglichkeiten bei der Rechnungslegung unterstützen.

[1530] Vgl. zu den Zielen näher *Assmann*, Prospekthaftung, S. 24ff.

[1531] Wenn es beispielsweise nur um eine einmalige Prospekterstellung ginge, dann wäre im Sinne der Prävention schwer zu argumentieren.

[1532] Siehe § 30 BörsG.

[1533] Vgl. z.B. §§ 7, 69 BörsZulV bei Barkapitalerhöhungen.

[1534] Siehe dazu ausführlich *Schwark*, BörsG, § 45 Rn. 17ff. Anders als bei der zivilrechtlichen Haftung müsste man für Tätigkeitsverbote allerdings nicht auf einen Schaden und auf Kausalität rekurrieren.

[1535] Wenn Unzulänglichkeiten schon bei der Prüfung durch die Zulassungsstelle bemerkt werden, wird schon die Zulassung verweigert, so dass es gar nicht zu einem Anwendungsfall von § 44 BörsG kommen kann.

ge Anreize, der rechtzeitigen und inhaltlich richtigen Bereitstellung der unternehmensbezogenen Informationen nicht nachzukommen. Insbesondere der Blick auf das US-amerikanische Recht offenbart, dass Tätigkeitsverbote in solchen Fällen ein probates Mittel sein können, die Geschäftsleiter zu normgerechtem Verhalten anzuhalten.[1536] Über Rule 10(b)-5 können dort sämtliche transaktionswesentlichen Inormationen als Anknüpfungspunkt dienen.[1537] Das ist insoweit von Beachtlichkeit, als es keine Rolle spielt, ob die jeweilige Information mitteilungspflichtig war oder freiwillig kolportiert wurde. Die Verknüpfung der kapitalmarktrechtlichen Informationspflichten mit Tätigkeitsverboten lässt in Deutschland vor allem deshalb positive Effekte erwarten, weil unter den professionellen Geschäftsleitern börsennotierter Aktiengesellschaften der Abschreckungseffekt nicht zu verachten wäre.[1538] Darüber hinaus wäre eine solche Anbindung geeignet, der Schadensprävention im Bereich der Kapitalmarktpublizität zuzuarbeiten.[1539] Ein solchermaßen funktionierendes System würde neben die strafrechtliche Verantwortlichkeit und die zivilrechtliche Haftung der Geschäftsleiter treten und auf diesem Wege für eine Entlastung der beiden anderen Bereiche sorgen.

Inhaltlich müsste ein solches Tätigkeitsverbot zunächst einmal bei der Pflichtpublizität ansetzen. Über den schon im gesellschaftsrechtlichen Zusammenhang genannten Jahresabschluss und den Lagebericht hinaus (Verankerung in § 39 Abs. 1 Nr. 3 BörsG i.V.m. § 65 BörsZulV) wäre zuerst an die Zwischenberichte (§ 40 BörsG i.V.m. §§ 61, 62 BörsZulV) zu denken. Eine Anknüpfung von Tätigkeitsverboten bietet sich auch hier an, da der Schutzbedarf der Anleger sich nicht wesentlich von der Situation bei den Jahresabschlüssen unterscheidet. Ebenso wie dort vertrauen die Anleger auf die Richtigkeit der Berichte und messen ihrem Inhalt große Bedeutung für ihre Transaktionsentscheidung zu. Darüber hinaus bilden

---

[1536] Nicht ohne Grund weitet die SEC ihre Bestrebungen gerade auf diesem Gebiet aus. Vgl. schon oben Fn. 916.

[1537] Vgl. S. 154.

[1538] Vgl. schon oben S. 139ff. Für eine Anknüpfung von Informationspflichten an Tätigkeitsverbote auch schon *Fleischer*, Juristentagsgutachten, F 108.

[1539] Zur Bedeutung der Schadensprävention im kapitalmarktlichen Umfeld vgl. *Kalss*, ÖBA 2000, 641, 644. Zu solchen Erwartungen im US-amerikanischen Kapitalmarktrecht vgl. oben Fn. 863. Mit ähnlicher Argumentation im Bereich der Außenhaftung des Vorstandes für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen *Fleischer*, ZRP 2002, 532 r.Sp.

die Zwischenberichte ja gerade auch ein Bindeglied in der Kette der Jahresabschlüsse.[1540]

Wenn man die Gerade der Jahresabschlüsse und der Zwischenberichte weiterverlängert, muss man auch an die *ad-hoc*-Mitteilungen der Geschäftsleiter denken.[1541] Auch diese Pflichtmitteilungen der Geschäftsleitung verdienen es, mit der Frage der Tätigkeitsverbote verknüpft zu werden. Denn aus der Sicht der schutzwürdigen Anleger kann es keinen Unterschied machen, aus welchem Anlass eine bestimmte Information preiszugeben war.[1542] Für den Anleger ist entscheidend, dass er sich auf diese Information verlassen kann. Wie aber gerade die noch nicht so entfernten Erfahrungen mit dem Neuen Markt gezeigt haben, wurden *ad-hoc*-Mitteilungen nicht selten genutzt, um vermeintliche Großaufträge oder ähnliche Erfolgsmeldungen zu kolportieren.[1543] Das Damoklesschwert eines Tätigkeitsverbotes könnte in solchen Fällen den Missbrauch erheblich zurückdrängen.

Verlängert man zu guter Letzt die Gerade der Jahresabschlüsse, Zwischenberichte und der *ad-hoc*-Mitteilungen über den Bereich der Pflichtpublizität hinaus, müssen Tätigkeitsverbote auch die freiwilligen Angaben der Geschäftsleiter, z.B. in Pressekonferenzen oder Aktionärsbriefen, berücksichtigen.[1544] Das würde im Ergebnis dem US-amerikanischen Ansatz entsprechen, der ebensowenig zwischen Pflichtmitteilungen und freiwilligen Angaben differenziert. Diese Ausdehnung gebietet sich wiederum im Interesse der schutzwürdigen Anleger, aus deren Sicht es keinen Unterschied machen kann, ob eine erlangte Information freiwillig oder aufgrund gesetzlicher Vorschriften mitgeteilt wurde. Problematisch ist allerdings, dass freiwillige Angaben der Geschäftsleiter wesentlich schwerer konturiert werden können, weil das Gesetz gerade keine Angaben über den Informationsgegenstand bereithält. Greift der Ansatz eines Tätigkeitsverbotes zu weit aus, steht zu befürchten, dass der freiwillige

---

[1540] Vgl. *Fleischer*, Juristentagsgutachten, F 110.

[1541] Vgl. § 15 WpHG. Für eine solche Ausweitung spricht, dass die *ad-hoc*-Publizität die allgemeine Kapitalmarktpublizität ergänzen soll. Vgl. z.B. *Assmann*, ZGR 1994, 494, 527 Fn. 130.

[1542] Zur engen Verbundenheit mit der Regelpublizität siehe Schwark/*Zimmer*, WpHG, § 15 Rn. 12.

[1543] Vgl. aus schadenersatzrechtlicher Sicht z.B. zu „Infomatec“ u.a. LG Augsburg, ZIP 2001, 1881; LG München, ZIP 2001, 1814. Siehe auch *Rieckers*, BB 2002, 1213.

[1544] Für eine solche einheitliche Handhabe *unter Haftungsgesichtspunkten* auch *Fleischer*, Juristentagsgutachten, F 112. Für eine Erstreckung von Tätigkeitsverboten sowohl auf Pflichtmitteilungen wie auf freiwillige Angaben spricht auch § 400 AktG, der beide Bereiche strafbewehrt. Für den engen Zusammenhang zwischen Pflichtpublizität und freiwilliger Publizität auch *Merkt*, Unternehmenspublizität, S. 226.

Informationsfluss zwischen der Geschäftsleitung und dem Anlegerpublikum ins Stocken gerät, weil die Geschäftsleitung dem drohenden Tätigkeitsverbot durch Nichtinformation ausweicht.[1545] Um solche Gegenkräfte zu vermeiden, bietet es sich an, ein Tätigkeitsverbot an die zivilrechtliche Haftung der Geschäftsleitung anzulehnen und insoweit ebenso wie in den USA einen Gleichlauf herzustellen.[1546] Dafür wird es darauf ankommen, ähnlich wie bei § 15 WpHG einerseits auf die Unrichtigkeit der Darstellung und andererseits auf die Eignung zur erheblichen Kursbeeinflussung abzustellen.[1547] Im US-amerikanischen Recht gelingt eine Einschränkung über die Tatbestandsvoraussetzungen der Rule 10(b)-5, wobei vor allem über das *scienter* und die *materiality* eine Kanalisation möglich ist.[1548] Daneben lässt sich in den USA die Menge der Fälle weiter über die *unfitness* ausdünnen.[1549]

(b) Insidertrading und Kurs- und Marktpreismanipulation

Neben den unternehmensbezogenen Publizitätspflichten rufen auch das Insidertrading und die Kurs- und Marktpreismanipulation nach nochmaliger Betrachtung. Zwar wurden diese beiden Bereiche schon über die Strafvorschrift des § 38 Abs. 1 WpHG mit der Frage der Tätigkeitsverbote in Verbindung gebracht[1550]; gerade der Blick auf das US-amerikanische Kapitalmarktrecht zeigt aber, dass ein Tätigkeitsverbot als Konsequenz einer strafrechtlichen Verurteilung nicht der einzig gangbare Weg ist. Stellt man allein auf eine vorherige strafrechtliche Verurteilung ab, dann hängt der Erfolg eines Tätigkeitsverbotes zu einem Großteil von den strafrechtlichen Unwägbarkeiten ab.[1551] Diesen potentiellen Wirksamkeitshindernissen könnte man ausweichen, indem man die Frage der

---

[1545] Für das Problem der Unsicherheit über den Tatbestand und die darauf folgende Zurückhaltung der Geschäftsleiter siehe im Zusammenhang mit der *ad-hoc*-Publizität bei § 44a BörsG a.F. *Assmann/Schneider*, WpHG, § 15 Rn. 13-15. Gleiches lässt sich bei einem Tätigkeitsverbot erwarten.

[1546] Das gelingt in den USA, weil das Tätigkeitsverbot aus Section 21(d)(2) und 21C(f) SEA 1934 gerade einen Section 10(b) SEA 1934 – Verstoß voraussetzt. Im übrigen ist ja auch Section 10(b) SEA 1934 der Anlegerhaftung geöffnet worden Vgl. oben Rn. 938 und zuvor S. 145.

[1547] Im haftungsrechtlichen Zusammenhang siehe die Vorschläge bei *Baums* (Hrsg.), Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, Rn. 186.

[1548] Vgl. S. 163ff. Unter haftungsrechtlichem Blickwinkel auch *Fleischer*, Juristentagsgutachten, F 114f. mit einer Auswertung der US-amerikanischen Spruchpraxis.

[1549] Dazu schon oben S. 166ff.

[1550] Vgl. oben S. 275.

[1551] Ein wesentliches Problem ist z.B., dass § 38 Abs. 1 Nr. 4 mit dem Nachweis der Kursbeeinflussung eine sehr hohe Hürde statuiert. Vgl. *Tripmaker*, WISTRA 2002, 292; *Ziouvas/Walter*, WM 2002, 1487. Vgl. m.w.N. auch Schimansky/Bunte/Lwowski/*Hopt*, Band III, § 107 Anm. 71.

Tätigkeitsverbote *neben* das Strafrecht stellt. Die Strafandrohung im Insiderrecht und bei der Kurs- und Marktpreismanipulation hat als solche mit einigen Rechtfertigungsschwierigkeiten zu kämpfen. Zwar ist man sich überwiegend einig, dass das Kapitalmarktstrafrecht rechts- und kriminalpolitisch erforderlich und zweckmäßig ist.[1552] Dieser Befund kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich das Strafrecht mit dem vagen Rechtsgut der „Funktionsfähigkeit der Kapitalmärkte" weit von seinen Grundwerten der Rechtsklarheit und Bestimmtheit entfernt.[1553] Das führt dazu, dass sich Vollzugsdefizite wie geringe Verurteilungszahlungen, hohe Einstellungsquoten und hohe Dunkelfelder auftun. Vor dem Hintergund, dass sonstige Alternativen wie eine freiwillige Selbstkontrolle oder zivilrechtliche „Sanktionen" sich auch nicht als ausreichend erwiesen haben[1554], wird besonders deutlich, welche Lücke ein Tätigkeitsverbot schließen könnte. Insbesondere im Hinblick auf die enorme und punktgenau auf die Tätigkeit gerichtete Abschreckungswirkung lässt sich erwarten, dass mit Tätigkeitsverboten neben den bisherigen Sanktionsmechanismen eine bessere Sicherung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes geleistet werden könnte.

Gerade diese Abschreckungswirkung läge auch ganz auf der Linie europarechtlicher Vorgaben. So verlangen weder Art. 13 der alten Insider-Richtlinie noch Art. 14 Abs. 1 der Marktmissbrauchs-Richtlinie, dass das Strafrecht zum Zuge kommen muss.[1555] Vielmehr soll es allein darauf ankommen, dass Sanktionen „wirksam, verhältnismäßig und *abschreckend*" sind.[1556]

Eine Beachtung der Insiderverstöße und der Kurs-und Marktpreismanipulation unter dem Blickwinkel der Tätigkeitsverbote *neben* dem Strafrecht macht auch deshalb Sinn, weil beide Bereiche mit den unternehmensbezogenen Informationspflichten viele Berührungspunkte aufweisen. So sind sich zum einen Insiderdelikte und die Kurs- und Marktpreismanipulation sehr ähnlich, wenn man sie als zwei Formen des Marktmissbrau-

---

[1552] Siehe z.B. *Heise*, Insiderhandel, S. 41ff; *Mennicke*, Sanktionen, S. 479ff.

[1553] Vgl. *Haouache*, Börsenaufsicht, S. 19ff; vgl. auch *Assmann/Schneider*, WpHG, Vor § 38 Rn. 4f.

[1554] Vgl. *Heise*, Insiderhandel, S. 20ff; *Mennicke*, Sanktionen, S. 184ff und 207ff.

[1555] Vgl. z.B. *Assmann/Schneider*, WpHG, vor § 20a Rn. 8; vgl. die Richtlinien: Insiderrichtlinie (Richtlinie 89/592/EWG v. 13. November 1989; Abl. EG Nr. L 334 vom 18/11/1989 S. 30ff) und Marktmissbrauchs-Richtlinie (Richtlinie 2003/6/EG v. 28.01.2003; Abl. EG Nr. L 96 v. 12.04. 2003, S. 16ff).

[1556] Vgl. Art 14 Abs. 1 Satz 2 Marktmissbrauchs-Richtlinie (Richtlinie 2003/6/EG v. 28.01.2003; Abl. EG Nr. L 96 v. 12.04. 2003, S. 16).

ches auffasst.[1557] Darüber hinaus spielen – jedenfalls im Bereich der hier interessierenden Geschäftsleiter – vor allem die *informationsbezogene* Kurs- und Marktpreismanipulation[1558] und das auf nichtöffentlichen *Informationen* beruhende Insiderdelikt eine Rolle, wodurch sich das Dreieck zu den unternehmensbezogenenen Informationspflichten schließt. Zu guter Letzt zeigt sich insbesondere am speziellen Fall der *ad-hoc*- Publizität, wie eng der Bereich der unternehmensbezogenen Informationspflichten mit dem Insiderhandel und der Kurs- und Marktpreismanipulation verwoben sein kann. Ein wesentlicher Regelungsgrund für die *ad-hoc*-Publizität ist gerade die Verhinderung von Insiderdelikten[1559], und eine Verletzung von § 15 WpHG führt typischerweise auch zu einem Verstoß gegen § 20a Abs. 1 Nr. 1 WpHG[1560].

Nach alledem sollte man den Insiderhandel und die Kurs- und Marktpreismanipulation in solchen Fällen direkt mit der Frage der Tätigkeitsverbote verknüpfen, in denen ein Geschäftsleiter in seiner Organfunktion[1561] gegen das Gesetz verstoßen hat. Allerdings wird noch näher zu untersuchen sein, wie eine Anbindung an Tätigkeitsverbote *konkret* ausgestaltet werden kann.

(c) Sonstige Mitteilungspflichten

Unter den sonstigen Mitteilungspflichten, die im Umfeld des Kapitalmarktes nach Beachtung rufen, sollte man auch an die Eigengeschäfte der Geschäftsleiter (§ 15a WpHG) und an einige Fälle der Mitteilungspflichten der §§ 21ff WpHG denken.

(aa) Directors Dealings

Nimmt man das magische Viereck des Anlegerschutzes als Orientierungspunkt für Tätigkeitsverbote[1562], muss man konsequenterweise auch die Meldepflicht bei Eigengeschäften der Vorstände mit Aktien ihrer Gesellschaft berücksichtigen (§ 15a WpHG). Weil der Normzweck der so-

---

[1557] So Art 1 Nr. 2 Marktmissbrauchs-Richtlinie (Richtlinie 2003/6/EG v. 28.01.2003; Abl. EG Nr. L 96 v. 12.04. 2003, S. 16).

[1558] Dazu schon oben S. 276.

[1559] Vgl. schon *Hopt*, ZGR 1991, 50 und *RegE 2. FFG*, BT-Drucks. 12/6679, S. 48; siehe auch *Assmann/Schneider*, WpHG, § 15 Rn. 7, 9, 22; Schwark/*Zimmer*, WpHG, § 15 Rn. 3f und 10 sowie *Möllers*, ZBB 2003, 390, 391.

[1560] Vgl. Schwark/*Zimmer*, WpHG, § 15 Rn. 166.

[1561] Vgl. dazu schon oben Fn. 1485f.

[1562] So oben S. 283.

genannten *directors' dealings* sich mit den vier Leitprinzipien des Anlegerschutzes deckt[1563], ergeben sich auch einige Berührungspunkte zur *ad-hoc*-Publizität[1564] und zum Insiderhandel[1565]. Nicht nur diese Nähe, sondern auch die Erfahrungen mit marktmissbräuchlichen Transaktionen von Vorstandsmitgliedern vor der Einführung von § 15a WpHG legen es nahe, die Meldepflicht mit den Tätigkeitsverboten zu verknüpfen.[1566] Untermauern lässt sich eine solche Überlegung auch mit dem Blick auf das US-amerikanische Recht. Dort wird der Umgang mit Eigengeschäften zwar von der speziellen Section 16a SEA 1934 geregelt, der Zugang zu Tätigkeitsverboten steht aber mit Section 10(b) SEA 1934 trotzdem offen, weil es sich bei dem Eigengeschäft in der Regel um eine „transaktionswesentliche Information" und damit um ein Insidergeschäft handelt.[1567] Gerade diese Überblendung mit der Materie der Insiderdelikte lässt jedoch daran zweifeln, ob eine direkte Verknüpfung von § 15a WpHG mit einem Tätigkeitsverbot in Deutschland wirklich sinnvoll ist. Immerhin wird ein Großteil missbilligter Eigengeschäfte des Vorstandes schon über das Insiderhandelsverbot erfasst und verboten und kann daher schon gar nicht mehr zu einem eigenen Anwendungsbereich von § 15a WpHG führen.[1568] Mit anderen Worten ist also die Frage, ob § 15a WpHG noch einen eigenen Bereich umschließt, der es verdient, neben den Insiderdelikten mit der Frage der Tätigkeitsverbote verknüpft zu werden. Das wird man nur zögerlich annehmen können. Letztlich dient § 15a WpHG eben nur der Meldung, statuiert aber selbst kein eigenes Verbot.[1569] Der „Unrechtsgehalt" eines Nur - § 15a – Verstoßes ist daher wesentlich geringer, als wenn ein Insiderdelikt begangen wurde. Allerdings überzeugt eine so gerichtete Argumentation deshalb nicht, weil auch den Verstößen gegen die

---

[1563] Vgl. dazu Schwark/*Zimmer*, WpHG, § 15a Rn. 5-10; *Baur/Wagner*, Die Bank 2002, 530, 533; *Hutter/Leppert*, NZG 2002, 649, 655f; *Schneider*, AG 2002, 473, 474.

[1564] Vgl. die direkte Stellung von § 15a WpHG im Anschluß an die *ad-hoc*-Publizität in § 15 WpHG. Siehe auch *Fleischer*, ZIP 2002, 1217, 1220 und *Fleischer*, NJW 2002, 2977, 2978 sowie Assmann/Schneider/*Sethe*, WpHG, § 15a Rn. 2. Beide Vorschriften dürften jedoch nicht parallel anwendbar sein, da das Eigengeschäft keine „Tatsache" i.S.v. § 15 WpHG ist.

[1565] Vgl. *Rudolph*, BB 2002, 1036, 1040 und *Schneider*, BB 2002, 1817, 1818 sowie Assmann/Schneider/*Sethe*, WpHG, § 15a Rn. 6.

[1566] Vgl. z.B. die Fälle von „Intershop" und „Comroad" am Neuen Markt bei *Fleischer*, ZIP 2002, 1217, 1220.

[1567] Vgl. oben S. 154 und *Fleischer*, ZIP 2002, 1217, 1221.

[1568] § 15a WpHG wird oftmals nur dann zum Zuge kommen, wenn das Insiderhandelsverbot an der Erheblichkeitsschwelle von § 13 Abs. 1 a.E. WpHG scheitert. Ein Insider wird auch kaum verbotene Geschäfte tätigen und danach seiner Offenlegungspflicht nach § 15a WpHG nachkommen.

[1569] Eine Hauptaufgabe von § 15a WpHG ist es vielmehr, Insiderdelikte von Vorständen aufzudecken. Vgl. dazu Schwark/*Zimmer*, WpHG, § 15a Rn. 10; kritisch Assmann/Schneider/*Sethe*, WpHG, § 15a Rn. 6.

Publizität der Unternehmensinformationen (z.B. Finanzberichterstattung, *ad-hoc*-Publizität) nicht notwendig ein großer „Unrechtsgehalt" innewohnen muss, eine Anbindung an Tätigkeitsverbote jedoch bejaht wurde.[1570] Ebenso wie bei den Unternehmensinformationen geht es bei § 15a WpHG um die Bereitstellung der Information an sich, wodurch insbesondere die schnelle Verbreitung von Informationen am Kapitalmarkt gefördert wird.[1571] Daher ist es sinnvoller, die Anknüpfung für Tätigkeitsverbote auf ein breiteres Fundament zu stellen, und auch eine Anknüpfung an § 15a WpHG vorzusehen. Eine solche Ausweitung im ersten Zugriff ruft aber zwangsläufig nach einer Restriktion. Diese gebietet sich auf einer zweiten Stufe, auf der man dann die schweren Fälle aussondern kann, indem man beispielsweise auf eine Schädigungsabsicht oder eine wiederholte Begehung abstellt.[1572]

(bb) Kapitalmarktrechtliche Beteiligungspublizität

Ähnlich wie bei den Eigengeschäften der Vorstände, die nicht von § 14 Abs. 1 WpHG erfasst sind, spielt auch bei den Vorschriften der §§ 21ff WpHG zur Beteiligungstransparenz der „Unrechtsgehalt" und die betrügerische Neigung von Vorständen nicht die dominante Rolle. Vielmehr geht es auch dort mehr um Information und Transparenz. Ähnlich wie bei den *directors' dealings* soll neben anderen Leitzielen[1573] auch dem Missbrauch von Insiderinformationen entgegengewirkt werden.[1574] Der Bezug zum Vorstand und damit zu denkbaren Tätigkeitsverboten offenbart sich allerdings nicht ohne weiteres, da sich die §§ 21ff WpHG primär an die Aktionäre und nicht an das Organ einer Gesellschaft richten. Der Kreis zum Vorstand schließt sich aber in den häufigen Fällen, in denen eine Gesellschaft als Anteilseignerin auftritt, weil diese von ihrem Vorstand vertreten wird. Insoweit zeigen sich Parallelen zur Unternehmensinformation und –publizität, in denen ja auch primär die Gesellschaft verpflichtet wird, bestimmte Informationen bereitzustellen. Diese Gesichtspunkte sprechen dafür, auch die §§ 21ff WpHG, soweit es um Aktiengesellschaf-

---

[1570] Zu der Verbindungslinie von § 15a WpHG mit der Unternehmenspublizität vgl. Assmann/Schneider/*Sethe*, WpHG, § 15a Rn. 3.

[1571] Zur Verbreitungswirkung vgl. *Fleischer*, Juristentagsgutachten, F 123.

[1572] Dazu unten S. 313ff.

[1573] Vgl. im Einzelnen *Begr. RegE zu § 21 I*, BT-Drucks. 126679, S. 52 (Anlegerschutz, Vertrauensstärkung, Funktionstüchtigkeit der Wertpapiermärkte).

[1574] Vgl. *Caspari*, ZGR 1994, 530, 542. Siehe auch BT-Drucks. 12/6679, S. 52.

ten als Anteilseigner geht, mit der Frage der Tätigkeitsverbote zu verbinden. Allerdings zeigt die Nähe zu den Unternehmensinformationen, dass alle wesentlichen Konstellationen der §§ 21ff WpHG schon über die *ad-hoc* – Publizität abgedeckt werden.[1575] Immerhin erfasst bei börsennotierten Unternehmen, die bestimmte Stimmrechte innehaben, die *ad-hoc*-Publizität alle *kursrelevanten* Konstellationen. Im Ergebnis besteht daher für einen eigenen Bereich, an den Tätigkeitsverbote anknüpfen sollten, kein Bedarf mehr.[1576]

(3) Zwischenergebnis zum Kapitalmarktrecht

Im Bereich des börslichen Sekundärmarktes erscheint eine Anbindung an Tätigkeitsverbote im Bereich der unternehmensbezogenen Informationstatbestände und bei Verstößen gegen das Insiderhandelsverbot und das Verbot der Kurs- und Marktpreismanipulation angebracht, soweit der Vorstand selbst durch Unzulänglichkeiten aufgefallen ist. Daneben bietet sich eine Anbindung in solchen Fällen an, in denen Eigengeschäfte eines Vorstandes nicht ordnungsgemäß gemeldet worden sind. Auf dem Primärmarkt sollte man inhaltliche Verstöße eines Geschäftsleiters gegen die Prospektpflicht berücksichtigen.

3. Allgemeine Geschäftsleiterpflichten

Im englischen Recht können Tätigkeitsverbote vor allem deshalb weit in die Sphären des Gesellschaftsrechtes vordringen, weil sie eine generelle Anbindung an die Pflichten der Geschäftsleiter bereithalten. So ist es über die *unfitness* – Bestimmungen der Sections 6 und 8 CDDA und über die Brücke in *Schedule 1 – Part 1 Nr. 1* möglich, *jede* Verletzung einer Geschäftsleiterpflicht für ein Tätigkeitsverbot heranzuziehen.[1577] Ein Schutz vor einem Tätigkeitsverbot bietet sich dem Geschäftsleiter nur über die weitergehenden Überlegungen zur *unfitness*, die allerdings nicht selten in einem intransparenten Graubereich verschwimmen.[1578] Im Ergebnis führt

---

[1575] Zum Verhältnis zur *ad-hoc*- Publizität vgl. Assmann/*Schneider*, WpHG, Vor § 21 Rn. 34ff. Zwar gehen die §§ 21ff WpHG inhaltlich weiter, für die Anknüpfung an ein Tätigkeitsverbot ist das aber ohne Belang.

[1576] Insoweit ist die Situation anders als bei § 15a WpHG, dessen Anbindung an Tätigkeitsverbote auch *neben* dem Insiderhandelsverbot Sinn macht (vgl. oben S. 290f). Der entscheidende Unterschied zu dem „Restbereich", den die §§ 21ff WpHG neben § 15 WpHG noch ausfüllen, liegt darin, dass es dort nicht wie bei § 15a WpHG um direkte Geschäfte *des Geschäftsleiters* geht.

[1577] Siehe oben S. 69ff.

[1578] Vgl. S. 82.

das dazu, dass nicht nur die Geschäftsleiterpflichten den Bereich der *disqualifications* beeinflussen, sondern dass es zu einer Wechselwirkung kommt. Dadurch wird die Frage, wann eine Geschäftsleiterpflicht verletzt wurde, nicht selten maßgeblich *ex-post* durch die Tätigkeitsverbotsverfahren beantwortet.[1579]

Im US-amerikanischen Recht stellt sich ebenfalls – allerdings beschränkt auf die kapitalmarktorientierten Gesellschaften – die Frage, ob die Verletzung von Geschäftsleiterpflichten (Stichwort: *corporate mismanagement*) zu einer *bar order* führen können soll.[1580] Diese Debatte steht aber vor dem besonderen Hintergrund der Kompetenzkonflikte zwischen den Staatenrechten und dem Bundesrecht. Der Hilferuf an das Bundes-Kapitalmarktrecht erklärt sich ganz maßgeblich aus der Unzulänglichkeit der Staatengesellschaftsrechte, die oft keinen wirksamen Schutz der Gesellschafter bei Pflichtverletzungen der Geschäftsleiter bieten können.[1581]

Vor dem Hintergrund der angloamerikanischen Regelungsmuster stellt sich auch für das deutsche Recht die Frage, ob eine Anbindung von Tätigkeitsverboten an jede Pflichtverletzung eines Geschäftsleiters sinnvoll ist. Einer so weitgehenden Anknüpfung wird man mit Vorsicht begegnen müssen. Sie würde ebenso wie in England die Wechselwirkungen zwischen den Pflichtverletzungen und möglichen Tätigkeitsverboten intensivieren. Durch eine Ausbreitung der Tätigkeitsverbote in die Breite steht aber vor allem zu befürchten, dass deren Effekt der Abschreckung gemildert würde. Da sich das weite Feld der Geschäftsleiterpflichten auch in Deutschland nach wie vor in ständigem Wandel befindet, ergeben sich viele unscharfe Randbereiche. Der Abschreckungseffekt eines Tätigkeitsverbotes hängt aber in entscheidendem Maße von einem klaren Normenbefehl an den Geschäftsleiter ab. Darüber hinaus würde der Unsicherheit darüber Vorschub geleistet, ob ein bestimmtes Verhalten als Geschäftsleiter eventuell zu einem Tätigkeitsverbot führen kann. Das wiederum wäre der berechtigten Inkaufnahme unternehmerischer Risiken abträglich. Auch die Problemlage im US-amerikanischen Recht lässt sich mit den deutschen Gegebenheiten nicht vergleichen. Anders als dort kennt das deutsche Recht auf der Ebene des Gesellschaftsrechtes umfangreiche

---

[1579] Siehe z.B. Fn. 395 und S. 72.
[1580] Siehe S. 157ff.
[1581] Siehe schon oben S. 144 mit Fn. 845 sowie Fn. 923.

Schutzmechanismen für die Gesellschafter. Daher ist es sinnvoller, sich auf einige wenige Kernbereiche der Geschäftsleiterpflichten zu beschränken, die dafür aber umso schärfer tatbestandlich zu fassen sind. Als einen so wesentlichen Kernbereich kann man die angesprochenen Fragen rund um die Unternehmensinformation und –publizität ansehen. Paradigmatisch sei auf die Insidergeschäfte, die gerade auch einen Teil der Geschäftsleiterpflichten abdecken und dem Geschäftsleiter nach §§ 76, 93 AktG untersagt sind[1582], als ein Fall der Treuepflicht und auf die Pflicht zur Selbstinformation des Geschäftsleiters[1583] als ein Fall der Sorgfaltspflicht verwiesen.

4. Private Finanzschwierigkeiten

Nachdenken könnte man über Tätigkeitsverbote auch in all jenen Fällen, in denen ein potentieller Geschäftsleiter zuvor im privaten Bereich ernste finanzielle Schwierigkeiten hatte. Ein solcher Ansatz würde schützend wirken, könnte allerdings kein abschreckendes Moment entfalten.[1584] Im englischen Recht wird insoweit über Section 11 CDDA ein relativ rigoroser Weg eingeschlagen, da jeder, der privat insolvent ist, automatisch von einem Geschäftsleiteramt ferngehalten wird.[1585] Diesem Konzept liegt jedoch vor allem der Gedanke zugrunde, dass Personen, die als Privatleute keine weiteren Kredite erlangen können, nicht über den Umweg einer Gesellschaft an neue finanzielle Mittel gelangen sollen.[1586] Während der Ausarbeitung der kapitalgesellschaftsrechtlichen Bestellungshindernisse in Deutschland stand ein ähnlicher Vorschlag im Raum.[1587] Danach sollten alle Personen, die im Schuldnerverzeichnis eingetragen sind, für fünf Jahre nicht Geschäftsleiter werden können.[1588] Allerdings ging es dabei nicht wie in England um die Möglichkeit der Krediterlangung mittels einer Gesellschaft. Anders als in England sollte immerhin im Einzelfall ge-

---

[1582] Siehe Schimansky/Bunte/Lwowski/*Hopt*, Band III, § 107 Anm. 83 und GroßkommAktG/*Hopt*, § 93 Rn. 173 sowie *Mennicke*, Sanktionen, S. 211ff.

[1583] Die Selbstinformation muss sich natürlich auch auf die Rechnungslegung beziehen. Vgl. GroßkommAktG/*Hopt*, § 93 Rn. 84f und Scholz/*Schneider*, GmbHG, § 43 Rn. 73.

[1584] Der Schutzgedanke beruht auf der Vorstellung, dass jemand, der nicht einmal sein eigenes Vermögen kontrollieren kann, nicht als Sachwalter fremden Vermögens auftreten können soll.

[1585] Vgl. oben S. 125ff.

[1586] Vgl. schon Insolvency Law and Practice: Report of the Review Committee, Chairman, *Sir Kenneth Cork*, GBE, 1981/82, Cmnd 8558, para 132.

[1587] Siehe schon oben Fn. 1063.

[1588] Vgl. Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Bd. III (1973), S. 28f, 32.

prüft werden, ob sich aus den Umständen der Eintragung „schwerwiegende Bedenken“ gegen eine Bestellung herleiten lassen. Im Ergebnis wurde der Vorschlag jedoch nicht umgesetzt.

Gegen eine automatische Erfassung aller Privatinsolvenzen unter dem Blickwinkel von Tätigkeitsverboten spricht zunächst, dass eine Generalisierung nicht zu werkstelligen ist. Kaum überzeugend lässt sich begründen, warum jeder privat Insolvente nicht in der Lage sein soll, ein Geschäftsleiteramt bekleiden zu können. Kommt man daher nicht um eine Prüfung im Einzelfall herum, stellt sich zum Zweiten die Frage, nach welchen Kriterien man vorgehen können will. Immerhin lässt sich gerade noch keine Verbindung der Person zu Fehlverhalten in einem Geschäftsleiteramt ziehen, und „schwerwiegende Bedenken“ scheidet als der Einzelfallgerechtigkeit verhafteter und unbestimmter Begriff aus. Im Ergebnis sollte man daher keine allgemeine Anknüpfung vorsehen, sondern sich auf die schwerwiegenden Fälle beschränken. Das gelingt schon *de lege lata*, da strafwürdiges Verhalten auch bei der Privatinsolvenz von den §§ 283 – 283d StGB erfasst wird[1589] und damit für das kapitalgesellschaftsrechtliche Bestellungshindernis fruchtbar gemacht werden kann.

5. Zwischenergebnis

Von den Verhaltensweisen, die nicht zwangsläufig in der Krise einer Gesellschaft hervortreten müssen, bieten sich für weitergehende Überlegungen zu Tätigkeitsverboten im deutschen Recht einerseits die Straftaten und andererseits die vorgestellten Informations- und Publizitätstatbestände an. Abzulehnen ist hingegen eine Anbindung an allgemeine Geschäftsleiterpflichten oder eine generelle Berücksichtigung von privaten Finanzproblemen. Folgt man dieser Beschränkung auf Straftaten und Informations- und Publizitätstatbestände, führt das gleichzeitig zu *ex-post* ansetzenden Tätigkeitsverboten, die sich in allen Konstellationen auf früheres Fehlverhalten in der Position der Geschäftsleitung beziehen. Eine Sonderstellung nimmt insoweit nur der Bereich der Privatinsolvenz ein. Soweit dieser zu einer Strafbarkeit nach den §§ 283 – 283 d StGB führt, kann ein darauf aufbauendes Tätigkeitsverbot *ex-ante* wirken. Insgesamt zeigt die Darstellung, dass eine Erweiterung über den Bereich des Gläubigerschut-

---

[1589] Vgl. nur GroßkommStGB/*Tiedemann*, Vor § 283 Rn. 11.

zes geboten ist. Perspektivisch rufen im Bereich des reinen Gesellschaftsrechtes der Gesellschafterschutz und im Bereich des Kapitalmarktrechtes der Aktionärs- und Anlegerschutz nach Beachtung.

II. Anknüpfungen in der Krise der Gesellschaft

Neben den Konstellationen, in denen Bestellungshindernisse und Tätigkeitsverbote schon im normalen Geschäftsleben eine Rolle spielen könnten, bedarf der Zeitraum der unternehmerischen Krise einer gesonderten Betrachtung. Die bislang getroffenen Erwägungen zu den Straftaten und den Informationen und Publikationen im Unternehmensbereich beanspruchen nicht nur – aber auch - für die Krise Geltung. Der Blick auf das englische Recht offenbart jedoch, dass es in der Krise noch weitere spezifische Verhaltensmuster gibt, an die Tätigkeitsverbote angeknüpft werden könnten. Da sich die Krise der Gesellschaft zwangsläufig als Existenzbedrohung für die Gesellschaft darstellt, vermischen sich hier bevorzugt Fragen, die die Gesellschaft und die Gesellschafter betreffen, mit solchen, die allein die Geschäftsleiter berühren.

1. Wrongful- / fraudulent- / insolvent trading

Zunächst einmal fällt im englischen Recht auf, dass mit Tätigkeitsverboten für Geschäftsleiter an Verhalten angeknüpft wird, das in die Krise hineinreicht und durch das die Haftungsmasse der Gläubiger geschmälert wird. Diese Grundausrichtung liegt sowohl dem *wrongful*- und dem *fraudulent trading*[1590] als auch dem sogenannten *insolvent trading*[1591] zugrunde. In allen Fällen führt der Geschäftsleiter die Geschäfte der Gesellschaft weiter, obwohl er entweder weiß oder wissen musste, dass die Gesellschaft nicht mehr zu retten ist. Durch dieses absichtliche oder unbewusste „Nichtziehen der Reißleine“ gleitet die Gesellschaft dann noch tiefer in die Krise und die Gläubiger bleiben schlimmstenfalls unbefriedigt zurück.

Im deutschen Recht stellt sich das gleiche tatsächliche Problem, der Gesetzgeber hat darauf allerdings nicht mit identischen Regelungen reagiert. Unter funktionalen Gesichtspunkten kommt den englischen Regelungen

---

[1590] Vgl. oben S. 42ff.
[1591] Vgl. oben S. 82.

zum *wrongful-* und *insolvent trading* wohl die Insolvenzantragspflicht der Geschäftsleiter (§§ 64 Abs. 1 GmbHG und 92 Abs. 2 AktG) im Verbund mit der schadensersatzrechtlichen Sanktionierung bei Zahlungen in der Krise (§§ 64 Abs. 2 GmbHG und 92 Abs. 3 i.V.m. 93 Abs. 3 Satz 6 AktG) am nächsten.[1592] Auch diese Regelungen dienen dazu, eine bestimmte Haftungsmasse zu erhalten, ohne die die Fortsetzung der Unternehmenstätigkeit nicht gerechtfertigt ist.[1593] Das *fraudulent trading* wird man am ehesten mit einigen Tatalternativen des Bankrottes (§ 283 Abs. 1 StGB) vergleichen können.

Während in England die Sections 213 und 214 I.A. 1986 über Section 10 CDDA direkt zu einem Tätigkeitsverbot führen können, muss man in Deutschland differenzieren. Ein dem *fraudulent trading* vergleichbarer Sachverhalt könnte über § 283 StGB zu einer strafrechtlichen Verurteilung führen, womit automatisch ein kapitalgesellschaftsrechtliches Bestellungshindernis wegen einer Insolvenzstraftat verbunden wäre. Eine Verletzung der Insolvenzantragspflicht ist hingegen nach geltender Rechtslage nur dann mit einem Tätigkeitsverbot zu verknüpfen, wenn man den Weg über das strafrechtliche Berufsverbot beschreitet. Dieser Weg ist theoretisch denkbar, weil die §§ 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG und 401 Abs. 1 Nr. 2 AktG die Verletzung der Pflicht mit Strafe bedrohen – praktisch spielt diese Möglichkeit bislang aber keine Rolle. *De lege ferenda* empfiehlt sich daher – wie schon erwähnt - eine Ausweitung der kapitalgesellschaftsrechtlichen Bestellungshindernisse auf diese Straftaten.[1594] Was schließlich die Zahlungen der Geschäftsleitung in der Krise anlangt (§§ 64 Abs. 2 GmbHG und 92 Abs. 3 AktG), so gibt es im deutschen Recht keinen speziellen Straftatbestand, über den ein Berufsverbot hergeleitet werden könnte. Die wirklich schwerwiegenden Fälle werden jedoch von den Insolvenzstraftaten der §§ 283 – 283 c StGB erfasst und können über diesen Umweg zu einem Bestellungshindernis führen.

[1592] Zurückhaltend eher *Schumann*, DB 2004, 743, 747. Ähnlich wie hier *Hommelhoff/Hopt/Lutter*, ZGR 1998, 672, 754. Der unterschiedliche dogmatische Ansatz in England und Deutschland ist wohl maßgeblich darauf zurückzuführen, dass das englische Recht kein Mindeststammkapital als Haftungsfond kennt. Deshalb kann an dessen Bestand auch nicht die Krise einer Gesellschaft festgemacht werden. Vgl. zu den Unterschieden auch *Habersack/Verse*, ZHR 2004, 174ff. Zum Ganzen *Pernice*, Insolvenzverschleppung.

[1593] Vgl. Scholz/*K.Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 1.

[1594] Vgl. oben S. 264ff. Für eine ähnliche Ausweitung auch schon früher *Heidland*, in: BMJ (Hrsg.), Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Bd. II (1973), Anlage 2, S. 42 (vgl. oben Fn. 1053).

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass für den dargestellten Bereich im englischen Recht Tätigkeitsverbote unabhängig von Straftaten möglich sind. Das deutsche Recht kann dagegen nur über eine Straftat zu einem Bestellungshindernis oder Berufsverbot gelangen. Nach Betrachtung dieser englisch-deutschen Parallelen drängt sich die Frage auf, ob bei der Nichtstellung eines Insolvenzantrages ein Bestellungshindernis nicht direkt, also nicht über den Umweg der Straftat, sondern schon bei der Verletzung der §§ 64 Abs. 1 GmbHG und 92 Abs. 2 AktG möglich sein sollte. Gegen eine solche direkte Anbindung sprechen vor allem zwei Gründe: Zum einen stellt sich die in §§ 84 GmbHG und 401 Abs. 1 Nr. 2 AktG strafbewehrte Nichtbeachtung der Insolvenzantragspflicht als ein schneidiges und praktikables Mittel dar, weil schon leichteste Fahrlässigkeit für eine Verurteilung genügt. Auch eine außerstrafrechtliche Anbindung könnte daher wohl nicht viel effektiver arbeiten. Darüber hinaus stellt aber die Einbindung in das Strafrecht die verfahrenstechnische Absicherung sicher. Ein losgelöstes Tätigkeitsverbot ruft nach einer zuständigen Institution, was sich im Bereich des Gesellschaftsrechtes als schwieriges Unterfangen darstellen wird.[1595] Günstiger ist es daher, an die strafrechtliche Verurteilung anzuknüpfen und dann nicht den Weg über § 70 StGB zu beschreiten, sondern über ein kapitalgesellschaftsrechtliches Tätigkeitsverbot vorzugehen.

2. Gläubigerungleichbehandlung, hohe Vergütungen

Den in der Krise der Gesellschaft nicht selten anzutreffenden Fall der Gläubigerungleichbehandlung lässt das englische Recht als einen von mehreren Gesichtspunkten für die Frage zu, ob ein Geschäftsleiter ungeeignet ist und deshalb nach Section 6 CDDA disqualifiziert werden soll.[1596] In Deutschland lassen sich solche Fälle über das Insolvenzstrafrecht (§ 283c StGB) erfassen und können so zu einem kapitalgesellschaftsrechtlichen Bestellungshindernis führen. Ähnlich verhält es sich mit solchen Fällen, in denen trotz einer Krisensituation hohe Vergütungen an die Direktoren gezahlt werden. Während solche Konstellationen in England über Section 6 CDDA bewältigt werden[1597], kann in Deutschland § 283 Abs.1 Nr. 1 und 2 StGB zum Zuge kommen, soweit es sich um

[1595] Vgl. näher unten S. 325ff.
[1596] Siehe oben S. 85f.
[1597] Siehe oben S. 88f.

Entnahmen der Geschäftsleiter aus dem Gesellschaftsvermögen handelt und ein „Beiseiteschaffen“ oder eine „unwirtschaftliche Ausgabe“ anzunehmen ist.[1598]

3. Phönix-Gesellschaften und unzureichendes Eigenkapital

In England werden Tätigkeitsverbote für Direktoren auch in solchen Fällen angedacht, in denen der Problembereich der Phönix-Gesellschaften berührt wird. Das ist zum einen über Section 216 I.A. 1986 möglich, soweit der Name der Gesellschaften bestimmte Merkmale erfüllt.[1599] Darüber hinaus kann auch Section 6 CDDA zum Zuge kommen, wenn es sich um intransparente Vermögenstransaktionen von einer Gesellschaft auf eine andere Gesellschaft handelt.[1600] In einiger Nähe zu solchen Fällen stehen die Konstellationen, in denen eine Gesellschaft nicht ausreichend mit Kapital ausgestattet worden ist.[1601] Allen Fällen ist dabei gemeinsam, dass es sich bei näherer Betrachtung eigentlich weniger um ein Problem der Geschäftsleiter handelt als um ein Problem der Gesellschafter. Da in England aber nicht wenige Gesellschaften „*owner-managed*“ sind, verschwimmen beide Problembereiche.[1602]

Auch in Deutschland ist das Problem der Phönix-Gesellschaften unter dem Schlagwort der GmbH-Staffette bekannt geworden.[1603] Daneben treten auch in Deutschland erhebliche Probleme wegen unzureichender Eigenkapitalausstattung auf.[1604] In diesen Fällen sollte man jedoch von direkten Tätigkeitsverboten gegenüber Geschäftsleitern absehen. Sinnvoller ist es, auf die gesellschaftsrechtlichen Mechanismen zur Beeinflussung der Gesellschafter einzuwirken. So entschärfen sich in Deutschland viele Fälle schon dadurch, dass die Gründung einer Gesellschaft eines Mindestkapitals bedarf.[1605] Daher muss in Deutschland das Hauptaugenmerk vielmehr darauf gerichtet werden, dass das Stammkapital effektiv aufge-

---

[1598] Vgl. näher GroßkommStGB/*Tiedemann*, § 283 Rn. 31.
[1599] Siehe oben S. 132ff.
[1600] Siehe oben S. 86.
[1601] Siehe oben S. 88.
[1602] Vgl. schon oben S. 243ff.
[1603] Vgl. z.B. BGH NJW 1996, 1283 und FG Baden-Württemberg, Urteil v. 25.04.2001, Az. 3K 4/98.
[1604] Vgl. z.B. den Problemkreis des Haftungsdurchgriffs auf die Gesellschafter wegen Unterkapitalisierung bei Scholz/*Westermann*, GmbHG, Einleitung Rn. 12 und *K.Schmidt*, GesR, S. 524 oder die Probleme rund um die Kapitalaufbringung (z.B. § 19 GmbHG) und –erhaltung (z.B. §§ 30ff GmbHG). In größerem Zusammenhang auch *K.Schmidt*, GesR, S. 523.
[1605] Vgl. §§ 5 Abs. 1 GmbHG, 7 AktG. Vgl. mit dieser Verknüpfung aus der englischen Perspektive auch *Hicks*, No Hiding Place for the Unfit?, S. 84 und *Hicks*, 2001 J.B.L. 433, 452. Tendenziell auch *Davies*, AG 1998, 346, 353.

bracht und erhalten wird und Verstöße geahndet werden.[1606] Flankierend zum Gesellschaftsrecht werden sich die angesprochenen Fälle auch mit dem Strafrecht bewältigen lassen.[1607] Denkbar ist darüber hinaus auch, bestimmten potentiellen Gesellschaftern die Gründung einer Gesellschaft zu verwehren.[1608] Letztlich handelt es sich aber sowohl bei eigenkapitalentleerten Gesellschaften als auch bei GmbH-Stafetten um ein Problem des Missbrauchs der limitierten Haftung, für das sich ein genereller Zugriff *auf die Geschäftsleiter* aus systematischen Gründen verbietet.[1609] Das englische Recht verwischt diese Bereiche und kann zu sinnvollen Ergebnissen nur kommen, indem es ein Tätigkeitsverbot auf die Geschäftsleitung *und* die Gründung einer Gesellschaft erstreckt.[1610] Einziger Anhaltspunkt für die Geschäftsleitung ist bei den GmbH-Stafetten das Verhalten der Geschäftsleitung der alten Gesellschaft in der Krise. Diese erreicht man aber schon über die geschilderten Mechanismen.[1611]

4. Zwischenergebnis

Für den speziellen Bereich der Krise der Gesellschaft hat die Untersuchung gezeigt, dass einige Konstellationen schon jetzt von den deutschen Regelungen erfasst werden – insbesondere durch die weit zugeschnittenen Insolvenzdelikte der §§ 283 – 283d StGB. Eine strukturelle Lücke verbleibt aber dann, wenn die strafbewehrte Verletzung der Insolvenzantragspflicht in den §§ 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG und 401 Abs. 1 Nr. 2 AktG nicht mit der Frage der Tätigkeitsverbote verknüpft wird. Hinsichtlich der Gründer und Gesellschafter vor allem kleiner Gesellschaften ergeben sich weite Bereiche, in denen das englische Recht mit Tätigkeitsverboten aufwartet. Das deutsche Recht sollte insoweit jedenfalls im Grundsatz von Tätigkeitsverboten gegen Geschäftsleiter absehen und sich primär dem Zugang der Gründer und Gesellschafter zu einer Gesellschaft widmen.[1612]

[1606] Soweit eine Schmälerung *auf dem Verhalten der Geschäftsleitung* begründet ist, kommen ja wiederum die §§ 64 GmbHG und 92f AktG zum Zuge, wodurch sich Tätigkeitsverbote anknüpfen ließen. Vgl. oben S. 297ff.

[1607] Vor allem über § 283 StGB. Subsidiär wird man auch an § 263 StGB denken müssen.

[1608] Vgl. die Erwägungen der Reformkomission: *Odersky*, BMJ (Hrsg.), Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Bd. II (1973), Anlage 5, S. 26, 29. Siehe auch noch einmal unten S. 340ff.

[1609] Unklar insoweit *K.Schmidt*, GesR, S. 525, der z.B. auch bei Unterkapitalisierung auf die Organe zugreifen will.

[1610] Vgl. oben S. 102.

[1611] Vgl. die §§ 64 GmbHG und 92f AktG.

[1612] Siehe unten S. 340ff.

P. Allgemeine Eignungsprüfung

Wie der Blick auf das englische Recht verdeutlicht, könnte man Tätigkeitsverbote theoretisch auch verhängen, nachdem man eine allgemeine Eignungsprüfung vorgenommen hat. In Deutschland wurde eine Eignungsprüfung für den Bereich der Insolvenz früher einmal angedacht, letztlich aber nicht weiter verfolgt.[1613] In England kann eine solche Eignungsprüfung sowohl an Verhalten vor der Krise (vor allem Section 8 CDDA) als auch an solches in der Krise (Section 6 CDDA) anknüpfen. Eine solche Vorgehensweise hätte für das deutsche Recht den Vorteil, dass sie jeden Einzelfall detailgenau aufrollen könnte. Das besondere an der englischen Herangehensweise ist, dass die *unfitness* als solche schon für ein Tätigkeitsverbot ausreicht. Ein anderer Ansatz, der z.B. den US-amerikanischen *bar-orders* zugrunde liegt, lässt die *unfitness* hingegen nur als ergänzendes Moment zu, stützt sich aber primär auf eine genaue Gesetzesverletzung.

Über eine allgemeine Eignungsprüfung für deutsche Geschäftsleiter könnte man theoretisch in zwei Feldern nachdenken. Zum einen wäre sie als allgemeine *ex-ante* - Regelung denkbar, um alle Geschäftsleiter einer bestimmten Qualitätskontrolle zu unterziehen. Eine so weitreichende Überprüfung ließe sich aber kaum rechtfertigen. Sie hätte vor allem mit dem Problem zu kämpfen, dass sich kein genauer Anhaltspunkt dafür finden würde, an welcher Stelle die Ungeeignetheit ansetzen sollte. Darüber hinaus würde sich ein so angebundenes Tätigkeitsverbot kaum als verhältnismäßig im Hinblick auf die Rechtsfolge der Maßnahme bezeichnen lassen. Sinnvoller wäre ein speziellerer Ansatz, der sich auf vorangegangenes Handeln eines Geschäftsleiters stützt. Darüber hinaus müsste ein solcher Ansatz den Schutz der Gläubiger oder der Gesellschafter bezwecken. Daher soll zunächst untersucht werden, ob sich zum Schutz der Gläubiger eine allgemeine Eignungsprüfung empfiehlt.

I. Ungeeignetheit wegen Insolvenz im Gesellschaftsrecht

In Deutschland begegnet eine Eignungsprüfung im weiteren Umfeld der kapitalgesellschaftsrechtlichen Bestellungshindernisse bislang im allge-

---

[1613] Für eine ähnliche Ausweitung auch schon früher *Heidland*, in: BMJ (Hrsg.), Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Bd. II (1973), Anlage 2, S. 42.

meinen Gewerberecht und im Bankaufsichtsrecht.[1614] Für den Bereich des strafrechtlichen Berufsverbotes wurde über die Anknüpfung an eine „Ungeeignetheit“ ausführlich beraten. Im Ergebnis wurde der Vorschlag jedoch zugunsten der „Gefahrprognose“ nicht weiter verfolgt.[1615] Bei § 35 GewO wird nicht an eine Ungeeignetheit angeknüpft, sondern an den strukturell ähnlichen Begriff der Unzuverlässigkeit. Dieser Begriff hat jedoch nicht speziell die Gläubiger einer Gesellschaft im Blick, sondern richtet sich allein an den Gefahren eines Berufes oder Gewerbes für die Allgemeinheit aus. Konkreter auf die Belange der Gläubiger ausgerichtet ist hingegen das Bankaufsichtsrecht. Dieses kennt sowohl den Begriff der Unzuverlässigkeit als auch den der Ungeeignetheit. Dabei ist der Begriff der „Ungeeignetheit“ sehr konkret ausgeformt und bezieht sich unter dem Blickwinkel des Kreditgewerbes auf die Qualifikation und Erfahrung des Geschäftsleiters. Eine solche Ausgestaltung ließe sich jedoch auf den allgemeinen Bereich aller Gesellschaften nicht übertragen, weil mit der Verbreiterung des Ansatzpunktes auch die Anforderungen an die Qualifikation der Geschäftsleiter in den unklaren Bereich zerfließen. Bislang ist es nicht möglich, allgemeingültig für alle Geschäftsleiter bestimmte Anforderungen zu stellen. Vielmehr lassen sich nur bestimmte Kernbereiche ausmachen, von denen das Wohl der Gläubiger in der Krise entscheidend abhängt (z.B. ordnungsgemäße Selbst- und Fremdinformation). Eine Eignungsprüfung käme daher nicht umhin, generalklauselartig anzusetzen. Das bestätigt z.B. der Blick auf die Unzuverlässigkeit bei § 35 GewO oder § 36 KWG, bei denen jeweils nicht klar vorhergesagt werden kann, welche Fälle von den Tatbeständen erfasst werden. Nichts anderes gilt in England für Section 6 CDDA. Dort gibt es zwar in *Schedule 1* CDDA Konkretisierungen, die Wege der Rechtsprechung haben sich aber in der Vergangenheit nie vorhersagen lassen.[1616] Diese tatbestandliche Unbestimmtheit steht letztlich zwischen zwei Spannungspolen: Zum einen verschafft sie enorme Flexibilität; andererseits lässt jedoch die Vorhersehbarkeit und Planbarkeit erheblich zu wünschen übrig. Gerade diese Unsicherheit widerstrebt aber dem Effekt von Tätigkeitsverboten, auf die Adressaten abschreckend zu wirken. Will man den gewünschten Abschreckungseffekt ernst nehmen, dann könnte „weniger mehr sein“. Konkret

---

[1614] Vgl. zum Gewerberecht S. 203f und zum Bankaufsichtsrecht S. 230f.
[1615] Vgl. oben S. 194.
[1616] Ähnlich *Ong*, 1998 Company Lawyer 7, 8 und *Fitzpatrick*, 1992 N.L.J. 596.

fassbare und klar ausgeleuchtete Tatbestände sind geeigneter, einem Geschäftsleiter das drohende Verdikt aufzuzeigen. Darüber hinaus würden klar konturierte Tatbestände auch im Hinblick auf Europa und die Vergleichbarkeit nationaler Tätigkeitsverbote mehr Sinn machen.[1617]

Etwas anderes würde dann gelten, wenn die Ungeeignetheit selbst von klaren Bezugspunkten abhinge. So wäre es z.B. eine schneidige Regelung, wenn man jeden Geschäftsleiter, der eine Gesellschaft schon einmal in die Insolvenz geführt hat, als ungeeignet ansehen würde. Ein solcher Vorschlag findet sich schon in den Materialien zu den kapitalgesellschaftsrechtlichen Bestellungshindernissen[1618] und wurde auch in England debattiert.[1619] Damals wie heute stellt sich aber das Problem, dass eine so pauschale Regelung über das Ziel hinausschießt. So sicher, wie man viele tatsächlich ungeeignete Personen aus dem Verkehr ziehen würde, würden sich auch solche Geschäftsleiter im Netz verfangen, die keine persönlichen Defizite aufweisen, über die die Insolvenz vielmehr hereingebrochen ist.[1620] Letztlich käme man also, wollte man eine angemessene Regelung ausarbeiten, nicht um eine Ausformung umhin, die den Einzelfall angemessen prüfen kann.

Gerade diese dem Begriff der „Ungeeignetheit“ immanente Einzelfallprüfung steht aber im Bereich des Gesellschaftsrechtes, und damit vor allem bei der GmbH, vor einem weiteren Problem: Ihre verfahrenstechnische Umsetzung ist mit einem erheblichen Aufwand verbunden. Wollte man einen verwaltungsrechtlichen oder gerichtlichen Überwachungsmechanismus flächendeckend installieren, dann müsste man, soweit man die Ungeeignetheit an die Insolvenz anbindet, im Grunde für jede insolvente Gesellschaft prüfen, ob die Geschäftsleiter ungeeignet sind. Bei rund 800000 GmbH im Jahr 1998 und bei knapp 20000 GmbH-Insolvenzen im Jahre 2002 lässt sich nur erahnen, welche personellen und finanziellen Mittel dafür notwendig wären.[1621] Insbesondere die finanziellen Aufwendungen müssten sich aber in einer Kosten – Nutzen – Rechnung im Ver-

---

[1617] Dazu näher unten S. 357ff.

[1618] Siehe S. 182.

[1619] Vgl. *Hicks*, No Hiding Place for the Unfit?, S. 83 im Zusammenhang mit einer *insolvent liquidation*.

[1620] Denkbar z.B., weil ein Hauptvertragspartner insolvent geworden ist. In die gleiche Richtung in England auch *Hicks*, No Hiding Place for the Unfit?, S. 83.

[1621] Zum Zahlenmaterial über Insolvenzen vgl. *Statistisches Bundesamt*, http://www.destatis.de/basis/d/insol/insoltab1.htm. Zur Menge der GmbH vgl. Rowedder/*Schmidt-Leithoff*, GmbHG, Einl. Rn. 110. Die AG bleibt zahlenmäßig weit zurück. 2003 gab es nur 631 Insolvenzen.

gleich zu den tatsächlich eintretenden Schäden messen lassen. Für den Bereich des englischen CDDA jedenfalls zeichnet sich eine deutliche Verschiebung auf die Seite der Kosten ab.[1622] Darüber hinaus hätte ein Tätigkeitsverbot wegen allgemeiner Ungeeignetheit im Bereich der GmbH mit dem Problem zu kämpfen, dass die oftmals anzutreffende „Geschäftsleiter-Laienhaftigkeit" auch mit einer *ex-post* - Eignungsprüfung nicht überwunden werden könnte[1623] – einmal ganz davon abgesehen, ob dies rechtspolitisch wünschenswert wäre.[1624]

Im Ergebnis sollte man daher von einem allgemeinen Eignungstatbestand, dessen Voraussetzungen nicht klar konturiert werden können, Abstand nehmen. Besser ist es, sich auf klar umrissene Kernbereiche wie die Straftaten und die Verletzung von Informations- und Publizitätspflichten zu beschränken.

Das bedeutet gleichzeitig und zwangsläufig, dass man den englischen Bestrebungen eines „*raising of the standards*" für das deutsche Recht eine Absage erteilen muss – denn dieser Mechanismus funktioniert in England zu einem Großteil über den flexiblen Begriff der *unfitness*.[1625]

II. Allgemeine Ungeeignetheit im Kapitalmarktrecht

Auch für den Bereich des Kapitalmarktes, und damit vor allem im Hinblick auf aktuelle und potentielle Anleger, stellt sich die Frage, ob der Zugang zum Geschäftsleiteramt durch eine allgemeine Eignungsprüfung reglementiert werden sollte. Rechtsvergleichend ließe eine solche Regelung weder feste Verbindungen zu England noch zu den USA erkennen. Die englische *unfitness* hat zwar auch die Interessen der aktuellen Anteilseigner im Blick, sie entwickelt ihren Normenbefehl jedoch aus dem allgemeinen Gesellschaftsrecht. Das US-amerikanische Recht hingegen verzichtet auf eine direkte Anknüpfung an die persönliche Eignung und berücksichtigt *unfitness*-Erwägungen erst auf einer zweiten Stufe.

Im deutschen Kapitalmarktrecht gibt es bislang im Ansatz eine Tendenz, eine allgemeine Eignungsprüfung vorzunehmen: Für die Zulassung einer

---

[1622] Vgl. Fn. 834.

[1623] Das liegt daran, dass der Pool potentieller Geschäftsführer unerschöpflich ist. Vgl. zum Parallelproblem in England oben S. 139ff.

[1624] Immerhin würden dann die unternehmerische Tätigkeit und der Anreiz dazu erheblich eingeschränkt.

[1625] Und dabei insbesondere über die Anbindung der *unfitness* an die Geschäftsleiterpflichten.

Gesellschaft zum börslichen Handel ist gemäß § 16 Abs. 4 Nr. 1 BörsG erforderlich, dass die Leitungspersonen zuverlässig und geeignet sind. Das entspricht im Wesentlichen den Anforderungen, die auch schon im KWG und im allgemeinen Gewerberecht an die Geschäftsleiter gestellt werden[1626], allerdings unter Berücksichtigung der spezifischen Eigenheiten des Börsenhandels.[1627] Der Unterschied zum Bankaufsichtsrecht besteht aber gerade darin, dass im Bereich des Kapitalmarktes allein die Gesellschaft adressiert wird, während im KWG und im allgemeinen Gewerberecht der Geschäftsleiter selbst Adressat des Verfahrens werden kann. Darüber hinaus richtet sich § 16 BörsG auch nicht an die Geschäftsleiter eines *Emittenten*, sondern an die Führungspersonen der „Börsenhändler".[1628]

Für das deutsche Recht spricht gegen eine allgemeine Eignungsprüfung jedenfalls im Hinblick auf Tätigkeitsverbote der gleiche Grund, der auch im Bereich des Gesellschaftsrechtes angesprochen wurde. Ein unbestimmter und schwer konturierbarer allgemeiner Eignungsbegriff widerstrebt dem Ziel, das abschreckende Element möglicher Tätigkeitsverbote optimal zu entfalten. Als weniger durchschlagend erweisen sich im Bereich des Kapitalmarktes hingegen Erwägungen über den Aufwand und die Kosten eines geeigneten Verfahrens. Immerhin steht mit der BaFin schon eine schlagkräftige Institution zur Verfügung. Im Ergebnis ist eine allgemeine Eignungsprüfung aber abzulehnen. Das bedeutet jedoch nicht, dass Fragestellungen, die in England und in den USA unter dem Dach der *unfitness* behandelt werden, vollkommen auszublenden sind. Vielmehr fordert eine verhältnismäßige Anbindung von Tätigkeitsverboten im deutschen Kapitalmarktrecht, dass in einem *zweiten* Schritt die geschilderten informationsbezogenen Fallgestaltungen durch geeignete Parameter weiter ausgedünnt werden. Eine solche sekundäre Auslese macht jedoch nicht nur für den Bereich des Kapitalmarktes Sinn, sondern kann in nahezu allen hier vorgestellten Konstellationen, in denen Tätigkeitsverbote anzudenken sind, eine wichtige Funktion übernehmen.

[1626] Vgl. dazu schon oben S. 230ff (KWG) und S. 203f (GewO). Insbesondere müssen sich die Erwägungen auch auf Tatsachen beziehen. Vgl. dazu Schäfer/*Ledermann*, BörsG, § 7 Rn. 13.

[1627] Vgl. zu Einzelheiten und zu den Querverbindungen mit dem KWG und der GewO *Schwark*, BörsG, § 16 Rn. 22-24. Für eine Orientierung an § 33 Abs. 1 Nr. 2 KWG spricht sich *Walter*, WM 1986, 1493 aus. Siehe auch *Schlüter*, Börsenhandelsrecht, S. 434.

[1628] Vgl. näher *Schwark*, BörsG, § 16 Rn. 14ff.

Q. Eignungsprüfung als sekundäres Tatbestandselement

Obwohl sich eine *direkte* und ausschließliche Anbindung von Tätigkeitsverboten an eine allgemeine und konturlose Eignungsprüfung wie gesehen nicht anbietet, könnte einer gut strukturierten Eignungsprüfung die Funktion zukommen, die zunächst ausgewählten Fallgestaltungen weiter zu filtern. Im Hinblick auf den einschneidenden Charakter, den ein Bestellungshindernis oder Tätigkeitsverbot für den Adressaten hätte, ist es sinnvoll, nur die schwerwiegenden Konstellationen mit einem Verbot zu belegen. Dabei bedarf es für den Bereich der vorsätzlich straffälligen Geschäftsleiter jedenfalls für die hier besprochenen Straftaten im Grundsatz keiner weiteren Einschränkung, da sich insoweit schon durch den verwirklichten Unrechtsgehalt und den Grad der subjektiven Vorwerfbarkeit ein Tätigkeitsverbot rechtfertigen lässt.[1629] Anders gestaltet sich die Lage jedoch bei allen Konstellationen, in denen nicht an eine Straftat angeknüpft wird und bei den Fällen, in denen Straftaten fahrlässig verwirklicht wurden.[1630] Hier würde ein direktes Tätigkeitsverbot möglicherweise auch Fälle betreffen, in denen jemand einmalig und unbeabsichtigt eine Pflicht verletzt oder gegen das Gesetz verstoßen hat.

Der Blick auf den Begriff der *unfitness* und dessen Ausformung im US-amerikanischen Recht sowie eine allgemeinere Betrachtung der englischen Regelungen offenbart einige Strukturmerkmale, denen auch das deutsche Recht für weitergehende Überlegungen verstärkte Beachtung schenken sollte.

I. Grundlegung

Trotz der unterschiedlichen dogmatischen Verankerung der Eignungsprüfung in England und in den USA zeigt sich, dass man eine Strukturierung im Wesentlichen durch die Häufigkeit der Gesetzesverletzung, durch den Grad der subjektiven Vorwerfbarkeit und durch die zukünftige Wiederholungsgefahr vornehmen kann.

[1629] Das ergibt sich insbesondere daraus, dass alle Straftaten vorsätzlich in der Geschäftsleiterfunktion verwirklicht worden sein müssen.

[1630] In nahezu allen hier vorgestellten Fällen geht es um eine vorsätzliche Begehung. Anders ist dies bei fahrlässig verwirklichten Insolvenzdelikten (vgl. §§ 283 Abs. 4, 5; 283b Abs. 2 StGB) und bei den §§ 84 GmbHG, 401 AktG, die auch fahrlässig verwirklicht werden können.

1. Häufigkeit der Gesetzesverletzung

Eine Auslese der Fälle kann zunächst über die Frage gelingen, ob ein Geschäftsleiter schon häufiger gegen bestimmte Vorschriften verstoßen hat. Im englischen Recht findet sich diese Frage vor allem im Zusammenhang mit den Pflichten der Unternehmenspublizität. So verlangen die Sections 3 und 5 CDDA jeweils drei Verstöße[1631] und auch eine Ungeeignetheit, die sich auf die Unternehmenspublizität bezieht (Section 6 CDDA i.V.m. *Schedule 1, Part 1 Nr. 4f*), wird bevorzugt bei mehrfachen Verstößen bejaht.[1632] Theoretisch denkbar ist jedoch bei Section 6 CDDA auch ein einmaliger Verstoß.[1633] In den USA spielt die Häufigkeit der Gesetzesverletzung als Element des 6 – Faktoren – Testes für die *unfitness* eine Rolle.[1634] Sie ist allerdings kein notwendiges Erfordernis. Sie tritt vielmehr in eine Wechselwirkung mit der Schwere der Verstöße und kann daher bei extrem schwerwiegenden Fällen sogar ganz vernachlässigt werden.[1635]

In Deutschland begegnet die Frage der Häufigkeit bislang im weiteren Umkreis der Tätigkeitsverbote bei § 70 StGB. Dort wird unter dem Dach der Gefahrprognose eine Gesamtabwägung vorgenommen, in die die Frage einfließt, ob der Geschäftsleiter erstmalig straffällig geworden ist. Wenn es sich hierbei um mehrfache Verstöße gehandelt hat, dann lässt sich ein strafrechtliches Berufsverbot leichter rechtfertigen.[1636] Eine Verbindung zur Häufigkeit von Gesetzesverstößen kennt auch das Bankaufsichtrecht. Über § 36 Abs. 2 KWG kann ein Vorgehen nur dann gerechtfertigt werden, wenn der Geschäftsleiter durch ein „fortgesetztes" Verhalten aufgefallen war.[1637] Das ist typischerweise nicht bei einmaligen Verstößen möglich. Auch ein auf § 36 Abs. 1 KWG gestütztes Verfahren wegen Unzuverlässigkeit führt schneller zum Erfolg, wenn der Geschäftsleiter mehrfach gegen das KWG verstoßen hatte.[1638]

[1631] Vgl. oben S. 39.
[1632] Vgl. oben S. 84f.
[1633] Siehe S. 76.
[1634] Vgl. oben S. 168.
[1635] Siehe oben S. 169 und S. 170f.
[1636] Siehe oben S. 195.
[1637] Vgl. oben S. 234.
[1638] Siehe oben S. 230f.

2. Grad der subjektiven Vorwerfbarkeit

Neben der Frage der Häufigkeit der Verstöße sollte ein Tätigkeitsverbot auch davon abhängen, wie es um die Motivation des Geschäftsleiters bestellt ist. Das englische Recht ist insoweit aus der Sicht der Direktoren recht streng. Eine Eignungsprüfung über die *unfitness* kann schon bei einfacher Fahrlässigkeit zu einem Tätigkeitsverbot führen.[1639] Noch weitergehender kann über Section 3 CDDA sogar vollkommen unabhängig von der Frage der subjektiven Vorwerfbarkeit ein Tätigkeitsverbot verhängt werden.[1640] Im Gegensatz dazu legt das US-amerikanische Recht einen viel strengeren Maßstab an. Über das Erfordernis eines *scienter* lassen sich grundsätzlich nur vorsätzliche Verhaltensweisen erfassen. Ob auch grobfahrlässige Falschangaben zu einem Tätigkeitsverbot führen können, ist nach wie vor unklar.[1641] Sicher ist hingegen, dass einfache Fahrlässigkeit nicht ausreicht.[1642] Dieser abweichende Ansatz ist Konsequenz der unterschiedlichen Ausrichtung der Tätigkeitsverbote in England und den USA. Während es in England um eine allgemeine Eignungsprüfung geht, bettet das amerikanische Recht die Tätigkeitsverbote nur in das Umfeld betrügerischer Verhaltensweisen. Betrug ist aber naturgemäß nicht fahrlässig denkbar. Beiden Rechtsordnungen lässt sich jedoch entnehmen, dass ein Tätigkeitsverbot umso gerechtfertigter ist, desto schwerer der subjektive Vorwurf wiegt.[1643]

Im deutschen Recht spielt das subjektive Element naturgemäß eine Rolle, wenn das Strafrecht involviert ist. Insoweit ist das Berufsverbot über § 70 StGB atypisch, weil es nicht zwangsläufig ein schuldhaftes Handeln erfordert.[1644] Über das Erfordernis eines subjektiven Tatbestandes kann aber auch diese Nachsicht des Gesetzes nicht hinweghelfen. In der Mehrzahl der Fälle kommt § 70 StGB bei Geschäftsleitern deshalb nur zum Zuge, wenn diese vorsätzlich gehandelt haben.[1645] Einen Fall von Fahr-

---

[1639] Vgl. oben S. 80.

[1640] Die Frage des *persistently* ist vollkommen losgelöst von der Prüfung subjektiver Elemente. Vgl. oben S. 40. Siehe ausdrücklich auch *Re Arctic Engineering Ltd* [1986] BCLC 253.

[1641] Siehe S. 163f.

[1642] Eine solche Ausrichtung war in dem Gesetzgebungsverfahren einmal angedacht, konnte sich jedoch nicht durchsetzen. Vgl. oben S. 168.

[1643] Vgl. für England S. 80 und für die USA S. 168f und insbesondere Fn. 987 (Element Nr. 4 im Rahmen des 6-Faktoren-Testes).

[1644] Das hängt mit der Ausgestaltung als Maßregel der Sicherung und Besserung zusammen. Siehe oben S. 188 mit Fn. 1080.

[1645] Siehe oben S. 193 mit Fn. 1110.

lässigkeit kann man sich hingegen nur selten bis nie vorstellen. Anders gestaltet sich die Lage bei den Insolvenzstraftaten, die zu einem kapitalgesellschaftsrechtlichen Bestellungshindernis führen. Hier genügt jedenfalls für die informationsbezogenen Insolvenzstraftaten in der Regel eine fahrlässige Begehung.[1646] Auch das bankaufsichtsrechtliche Tätigkeitsverbot über § 36 KWG fordert ein subjektives Element. Während es bei § 36 Abs. 1 KWG lediglich darauf ankommt, dass der Geschäftsleiter „verantwortlich" ist, so dass in der Regel einfache Fahrlässigkeit ausreicht[1647], statuiert das Verfahren über § 36 Abs. 2 KWG eine hohe Hürde, für deren Überwindung nur Vorsatz oder Leichtfertigkeit ausreichen.[1648] Anders gestaltet sich die Lage beim allgemeinen gewerberechtlichen Berufsverbot. Hier geht es allein um die Zuverlässigkeit, so dass nicht geprüft werden muss, ob der Geschäftsleiter vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat.[1649]

3. Zukünftige Wiederholungsgefahr

Weitergehende Überlegungen zu einem Tätigkeitsverbot könnten zum Dritten auch berücksichtigen, wie wahrscheinlich zukünftiges Fehlverhalten des Geschäftsleiters ist. Die Frage danach, *wie* die zukünftige Wiederholungsgefahr einzuschätzen sein soll, erweist sich allerdings bei näherer Betrachtung als schwer aufzulösender Zielkonflikt. Die rechtspolitische Ausrichtung von Tätigkeitsverboten schwankt hier zwischen dem Schutz der Öffentlichkeit einerseits und der Abschreckungswirkung von Tätigkeitsverboten andererseits. Will man dem Schutzgedanken Priorität einräumen, dann kommt man nicht umhin, die Wahrscheinlichkeit erneuter Fehlverstöße zu verlangen. Legt man hingegen mehr Wert auf das abschreckende Element potentieller Tätigkeitsverbote, dann wird man bei der zukünftigen Wiederholungsgefahr großzügiger verfahren können.

Das englische Recht bewegt sich genau in diesem Zielkonflikt[1650] und hält daher auch keine allgemeingültige Antwort bereit. Bei manchen Tatbeständen, wie z.B. bei den Sections 3 und 5 CDDA, kommt es auf eine

---

[1646] Vgl. oben S. 219.
[1647] Vgl. oben S. 228f.
[1648] Vgl. oben S. 233.
[1649] Ähnlich, aber in bezug auf die *Verschulden*sunabhängigkeit *Tettinger*/Wank, GewO, § 35 Rn. 33.
[1650] Vgl. schon oben S. 8ff.

Wiederholungsgefahr gar nicht an.[1651] Zum Teil wird, wie bei Section 2 CDDA, eine Wiederholungsgefahr auf der Rechtsfolgenseite beim Ermessen berücksichtigt.[1652] Für den praktisch wichtigsten Bereich der Section 6 CDDA lässt sich aus der Rechtsprechung ablesen, dass im Rahmen der *unfitness* das abschreckende Moment potentieller Tätigkeitsverbote stärker in den Vordergrund gerückt wird. Während zunächst noch mehr darauf geachtet wurde, ob eine zukünftige Gefahr besteht[1653], ist man mittlerweile dazu übergegangen, schon das frühere Fehlverhalten an sich ausreichen zu lassen.[1654] Die Frage der Wiederholungsgefahr wird hingegen immer mehr von der Tatbestands- auf die Rechtsfolgenseite verlagert (insbesondere im Hinblick auf die Länge eines Verbotes[1655]) und spielt dann darüber hinaus bei der Frage einer Befreiungsmöglichkeit (*leave to act*) eine Rolle[1656]. Interessant ist, dass im Rahmen des *Tatbestandes* nie *positiv* gefragt wurde, ob eine zukünftige Gefahr besteht, sondern nur *negativ*, ob bestimmte Anhaltspunkte ausnahmsweise gegen eine Wiederholungsgefahr sprechen.[1657]

Auch bei den US-amerikanischen *bar-orders* spielt die Wiederholungsgefahr eine Rolle. Die Rechtsprechung stellte daran bis jetzt mit dem Erfordernis einer *reasonable likelihood* relativ hohe Anforderungen.[1658] Die SEC ihrerseits hält diesen Standard für zu hoch und möchte der Wiederholungswahrscheinlichkeit eher ein geringeres Gewicht zukommen lassen, damit Tätigkeitsverbote praktikabler werden.[1659] Nach der Umsetzung des *Sarbanes-Oxley-Act* könnte diese Forderung nun Fuß fassen.[1660] Ebenso wie in England steht auch die Debatte in den USA vor dem Hintergrund des geschilderten Zielkonfliktes zwischen Abschreckung und Prävention.[1661] Auch in den USA scheint das Pendel inzwischen mehr

---

[1651] Ein einleuchtender Grund dafür könnte sein, dass es in der Vergangenheit schon mehrfache Verstöße gegeben hat, und der Gesetzgeber allein daraus eine Prognose für die Zukunft bejaht.

[1652] Vgl. oben S. 104.

[1653] Vgl. *Re Polly Peck International plc* [1994] BCLC 574 und oben S. 66.

[1654] Vgl. oben S. 66f und S. 80.

[1655] Vgl. S. 105ff.

[1656] Siehe S. 122.

[1657] Vgl. oben S. 66ff.

[1658] Siehe S. 170.

[1659] Vgl. Fn. 1003.

[1660] Vgl. näher S. 173.

[1661] Vgl. aus der Literatur paradigmatisch einerseits *Langevoort*, 2001 Wash.U.L.Q. 449, 466f: "*What would have been a strong threat becomes much more muted*" (im Hinblick auf das enge Korsett des 6-Faktoren-Testes) und andererseits *Perino*, 2002 St.John's L.Rev. 671, 697, der herausarbeitet, dass Tätigkeitsverbote insbesondere der Spezial*prävention* dienen und das sich gerade daraus das Erfordernis der Wiederholungsgefahr rechtfertigt.

zugunsten der Abschreckung auszuschlagen. Auffällig ist, dass die Zukunftsprognose in den USA maßgeblich auf die Vergangenheitserfahrungen gestützt wird. So wird eine Wiederholungsgefahr insbesondere angenommen, wenn jemand schon mehrfach in der Vergangenheit gegen Vorschriften verstoßen hat.[1662]

Im deutschen Recht begegnet das Erfordernis der Wiederholungsgefahr im weiteren Umfeld von Tätigkeitsverboten zunächst bei § 70 StGB unter dem Dach einer „Gefahrprognose".[1663] Die Einbettung in das strafrechtliche Maßregelrecht bringt aber mit sich, dass es nicht weitgreifend um eine Gefahr von weiteren Gesetzesverletzungen geht, sondern allein um die Gefahr, dass weitere *Straftaten* verwirklicht werden. Durch die Ausgestaltung als Maßregel besteht bei § 70 StGB auch kein Zielkonflikt zwischen Prävention und Abschreckung. Die Gefahrprognose hat vielmehr allein das präventive Element im Sinn[1664], woraus sich die hohen Anforderungen an ihre Verwirklichung erklären. Daraus wiederum ergeben sich die Schwierigkeiten, eine Prognose erstellen zu können und die Unpraktikabilität von § 70 StGB im Allgemeinen.[1665] Letztlich kommt man daher auch bei § 70 StGB, wie schon in den USA, nicht umhin, die Zukunftsprognose ganz maßgeblich auf die Erfahrungen in der Vergangenheit zu stützen[1666] und ein Berufsverbot bevorzugt anzuordnen, wenn es in der Vergangenheit schon mehrfache Verstöße gegeben hat.[1667] Eine der Prüfung der Wiederholungsgefahr ähnliche Struktur findet sich schließlich auch im allgemeinen (§ 35 GewO) und im speziellen (§ 36 KWG) Gewerbeaufsichtsrecht. Dort muss für den Begriff der Unzuverlässigkeit jeweils eine Zukunftsprognose getroffen werden, die sich ihrerseits maßgeblich auf Erfahrungen in der Vergangenheit stützt.[1668] Letztlich handelt es sich dabei aber um eine im Vergleich zur „Wiederholungsgefahr" flexiblere Prüfung.

[1662] Für die USA siehe S. 170. In diese Reihe passen für England auch die Sections 3 und 5 CDDA, wo es in der Vergangenheit mehrere Verstöße gab, und wo deshalb wohl ganz auf eine Zukunftsprognose verzichtet wurde.

[1663] Vgl. oben S. 194f.

[1664] Siehe oben Fn. 1078.

[1665] Siehe oben Fn. 1076.

[1666] Vgl. dazu die Forderung, generell von der Vergangenheit auf die Zukunft zu folgern (oben Fn. 1115) und den Indizcharakter der Anlasstat (oben Fn. 1118).

[1667] Siehe oben S. 195.

[1668] Vgl. oben S. 203f und S. 230 und *Tettinger*/Wank, GewO, § 35 Rn. 27.

II. Ausformung

Nimmt man die im deutschen Recht angelegten Erkenntnisse zur Häufigkeit, zum subjektiven Element und zur Wiederholungsgefahr als Basis und erweitert sie um die rechtsvergleichend gewonnenen Erkenntnisse, dann lässt sich daraus ein Modell entwickeln, das den in dieser Arbeit aufgezeigten tatbestandlichen Anknüpfungen (Straftaten, Informations- und Publizitätspflichtverletzungen) als feinmaschiges Auswahlverfahren und damit als zweiter Prüfungsschritt zur Seite stehen kann.

1. Kombination von Häufigkeit, Vorwerfbarkeit und Schwere

Aus dem kurzen Umblick strukturbildender Elemente für mögliche Tätigkeitsverbote ergibt sich als Erstes, dass die Frage nach der Häufigkeit von Gesetzesverletzungen und die Frage nach der Motivation des Geschäftsleiters nicht zusammenhanglos nebeneinander abgebildet werden können. Es ergibt sich zwischen beiden Bereichen vielmehr eine Wechselwirkung dergestalt, dass die Anforderungen an die Häufigkeit tendenziell dann gesenkt werden können, wenn der Verstoß in subjektiver Hinsicht schwerer einzuordnen ist. Anders gewendet lassen sich Tätigkeitsverbote auch bei häufigen und weniger schweren Verstößen rechtfertigen.[1669] In der Sache erfasst man dadurch nicht primär den absichtlich handelnden Wirtschaftskriminellen, sondern vor allem den mehrfach grundsätzliche Anforderungen missachtenden Geschäftsleiter.

a. Erkenntnis für alle Gesellschaften

Will man diese Erkenntnis auf die Informations- und Publizitätspflichten im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht übertragen, ergibt sich zunächst, dass Tätigkeitsverbote dann Sinn machen, wenn ein Geschäftsleiter *mehrfach* solche Pflichten verletzt hat.[1670] Im deutschen Recht würde eine solche Regelung nicht als Fremdkörper wirken, sondern sich insbesondere in die Fließrichtung des Strafrechts und des Bankaufsichtsrechts einreihen. Eine solche Regelung bedarf keiner näheren Rechtfertigung bei mehreren *vorsätzlichen* Informations- oder Publizitätspflichtverletzungen. Einge-

---

[1669] Mit diesem Ziel scheinbar auch *Wachter*, GmbHR 2004, 88, 99.

[1670] Das gleiche gilt für die vorstehend aufgezählten Straftaten, die auch fahrlässig verwirklicht werden können, also die Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung und die diversen Begehungsformen der §§ 283 – 283d StGB.

hendere Erörterung verdienen aber die Fälle, in denen jemand beispielsweise mehrfach Bilanzen fahrlässig unrichtig oder gar nicht erstellt hat.[1671] Es liegt auf der Hand, dass ein Tätigkeitsverbot bei lediglich fahrlässig handelnden Geschäftsleitern großem Rechtfertigungsdruck ausgesetzt ist. Im Hinblick auf das präventive Element eines Tätigkeitsverbotes macht es zunächst einmal durchaus Sinn, auch lediglich unfähige Geschäftsleiter aus dem Verkehr zu ziehen. Zwar zeigt z.B. ein Seitenblick auf das Bankaufsichtsrecht, dass unter Umständen eine generelle Begrenzung auf Leichtfertigkeit angezeigt sein könnte (vgl. § 36 Abs. 2 KWG).[1672] Ein wirklicher und genereller Vergleich mit den hier diskutierten Fallgestaltungen trägt aber nicht, weil das Bankaufsichtsrecht einen weiten tatbestandlichen Zuschnitt hat[1673] und es hier allein um die bedeutende Kernmaterie von Information und Publizität geht.[1674] Der enge tatbestandliche Ansatz und die herausgehobene Stellung der Information für die Gesellschaft und ihr Umfeld rechtfertigen gewissermaßen eine Absenkung auf die Ebene der normalen Fahrlässigkeit. Eine Anknüpfung an bloße Fahrlässigkeit ist dem deutschen Recht auch nicht völlig fremd. So können, sieht man von weiteren Voraussetzungen im Detail einmal ab, schon jetzt theoretisch fahrlässig verwirklichte Insolvenzdelikte (insbesondere in Bezug auf die Buchführung) zu einem Bestellungshindernis über die §§ 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG und 76 Abs. 3 Satz 3 AktG führen.

Allerdings fragt sich, ob sich auch der abschreckende Gehalt eines solchen Tätigkeitsverbotes sinnvoll entfalten könnte. Bei einem fahrlässig handelnden Geschäftsleiter kann es dabei nicht wie bei einem vorsätzlich handelnden Geschäftsleiter darum gehen, ihn von vornherein von einem zukünftigen Verhalten abzuhalten. Vielmehr kann sich eine Abschreckung bei mehrfachen nichtvorsätzlichen Verstößen nur über eine stufenförmige Entwicklung ergeben. Bei einem ersten aufgetauchten Verstoß müsste dem Geschäftsleiter durch eine *Verwarnung* die Unzulänglichkeit seines Verhaltens aufgezeigt werden.[1675] Danach hat er, mit dem bald

---

[1671] Zu dieser tatbestandlichen Anknüpfung vgl. oben S. 279ff.

[1672] Ein Vergleich zu § 36 Abs. 1 KWG und der dort lediglich verlangten normalen Fahrlässigkeit hinkt hingegen, weil Abs. 1 immer vor dem Hintergrund gesehen werden muss, dass die Abberufung des Geschäftsleiters das mildere Mittel gegenüber der Schließung des Institutes ist. Die „Schließung" der Kapitalgesellschaft steht bei den hier erörterten Fällen aber nicht zur Debatte.

[1673] Vgl. oben S. 232, wo beispielsweise Verstöße gegen das DepotG oder das BausparkassenG ausreichen. Vgl. auch Fn. 1672.

[1674] Daneben bleiben natürlich die fahrlässig verwirklichten Straftatbestände zu beachten.

[1675] Für ein solches Element lassen sich schon Querverbindungen zum Bankaufsichtsrecht ziehen, vgl. oben S. 233.

drohenden Tätigkeitsverbot als Motivationshilfe im Hintergrund, die Möglichkeit, sein Verhalten an den Erfordernissen auszurichten. Gelingt dies in einer „Lernphase“ nicht und kommt es zu einem erneuten Verstoß, gibt es für den Geschäftsleiter noch immer die Möglichkeit, sich entweder kompetente Hilfe ins Boot zu holen oder aber sich zurückzuziehen. Nach einem dritten Verstoß könnte schließlich ein Tätigkeitsverbot ansetzen. Der abschreckende Gehalt vor einem dritten Verstoß zielt also darauf ab, den Geschäftsleiter vor die Wahl zwischen einer wie auch immer hergestellten Verbesserung seines Verhaltens und einem freiwilligen Rückzug aus seinem Amt zu stellen. Im Ergebnis spricht vieles dafür, dass Fahrlässigkeit – angelehnt an das englische Modell bei den Sections 3 und 5 CDDA – mit einem mindestens dreifachen Verstoß kombiniert werden sollte.

Allerdings gebietet sich im Hinblick auf die Fahrlässigkeit eine differenzierte Handhabung der unterschiedlichen Fallgruppen. Vorsicht ist in allen Fällen geboten, in denen es um *inhaltliche* Mängel im Zusammenhang mit Informationen geht. Das betrifft im Bereich des reinen Gesellschaftsrechtes vor allem die Fälle, in denen Jahresabschlüsse und Lageberichte inhaltlich falsch sind.[1676] Bedenkt man die vielen Zweifelsfragen bei der inhaltlichen Bewertung einer Bilanz, ist es angebracht, den Geschäftsleiter erst bei Leichtfertigkeit mit einem Tätigkeitsverbot zu bedrohen.[1677] Entsprechendes gilt für die fahrlässige Verwirklichung einer Insolvenzstraftat, soweit dabei *inhaltliche Unzulänglichkeiten* aufgetreten sind.[1678] Auch hier sollten Tätigkeitsverbote erst bei Leichtfertigkeit ansetzen.

Eine Anknüpfung bei Leichtfertigkeit gebietet sich zu guter Letzt auch bei fahrlässig verwirklichten Straftaten nach den §§ 84 GmbHG, 401 AktG, weil das bloß fahrlässige Verkennen der Krisensituation nicht ausreichend erscheint, ein Tätigkeitsverbot nach sich ziehen zu lassen. Eine solche Einschränkung rechtfertigt sich daraus, dass die punktgenaue Analyse der

---

[1676] Für den Lagebericht gilt das besonders, weil eine Risiko- und Chancenberichterstattung vorgenommen werden muss, die naturgemäß mit prognostischen Elementen versehen ist. Vgl. zum aktuellen Stand und zu den Änderungsvorschlägen durch das *Bilanzrechtsreformgesetz* (vgl. Begr RefE BilReG, abrufbar unter: http://www.bmj.de) *Kajüter*, BB 2004, 427ff.

[1677] Zu den Schwierigkeiten schon frühzeitig und sehr klar *Tiedemann*, Juristentagsgutachten, C 86-88. Zum Problem insbesondere für kapitalmarktorientierte Unternehmen siehe *Hommelhoff/Mattheus*, BB 2004, 93 („…schlichtweg überfordert“). Unter *Haftungs*gesichtspunkten i.E. ähnlich wie hier *Bayer*, BB 2004, 1, 7 („Begrenzung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit“).

[1678] Vgl. §§ 283 Abs. 4, 5; 283b Abs. 2 StGB. Gemeint sind alle Fälle, in denen ein Handelsbuch oder eine Bilanz nicht nur nicht geführt wurde oder nicht nur nicht aufbewahrt wurde.

Krise wegen ihres nicht zu unterschätzenden prognostischen Elementes auch erfahrene Geschäftsleiter überfordern kann.[1679] Im Ergebnis sollte dieses Tätigkeitsverbot jedoch schon beim Erstverstoß ansetzen.[1680]

Anders stellt sich die Situation in allen Fällen dar, in denen es mehr um *formale* Verstöße geht. Immer dann, wenn Bilanz, Anhang oder Lagebericht nicht oder nicht rechtzeitig oder nicht vollzählig beim Register eingereicht wurden oder eine Bekanntmachung unterblieb oder Dokumente nicht aufbewahrt wurden[1681], sollte man schon einfache Fahrlässigkeit ausreichen lassen. Das gleiche müsste im Rahmen der Insolvenzstraftaten der §§ 283 – 283d StGB gelten, wenn Handelsbücher oder Bilanzen gar nicht geführt bzw. aufgestellt oder wenn Handelsbücher nicht aufbewahrt wurden.[1682]

Wendet man sich von den fahrlässigen Verstößen ab, dann stellt sich bei den vorsätzlichen Verstößen nicht das Problem der Häufigkeit, sondern – abgesehen von den Beweisschwierigkeiten in der Praxis - umgekehrt die Frage, ob auch einmalige vorsätzliche Verstöße für ein Tätigkeitsverbot ausreichen sollten. Bei noch zwei vorsätzlichen Verstößen lässt sich ein Tätigkeitsverbot mit guten Gründen vertreten und auch in die Parallelstruktur zum Bankaufsichtsrecht einpassen.[1683] Ein singulärer vorsätzlicher Verstoß nimmt hingegen eine Sonderstellung ein, ist dem deutschen Recht jedoch nicht vollkommen fremd. Will man das abschreckende Element eines Tätigkeitsverbotes optimal entfalten, muss man bei schwerwiegenden Verstößen auch schon die erstmalige Begehung mit einem Tä-

---

[1679] Vgl. z.B. zum Prognoseelement bei „Zahlungsunfähigkeit“ Scholz/*K.Schmidt*, GmbHG, Vor § 64 Rn. 12. Auch die Analyse einer „Überschuldung“ erfordert einige Prognosen, da beispielsweise das noch bestehende Vermögen für den Fall der Weiterführung des Unternehmens zu beziffern ist, dies jedoch nur, soweit eine solche „überwiegend wahrscheinlich“ ist. Vgl. allgemein *Müller/Wabnitz*, Wirtschaftskriminalität, S. 75ff; vgl. zur Fortführungsprognose z.B. Scholz/*K.Schmidt*, GmbHG, Vor § 64 Rn. 18. Daneben sind auch etliche Detail umstritten, beispielsweise, ob der Firmenwert in Ansatz gebracht werden kann. Abschließend ist auch die „drohende Zahlungsunfähigkeit“ selbst denknotwendig mit einer Prognose verbunden.
Für §§ 84 Abs. 1 Nr. 1, 401 Abs. 1 Nr. 1 AktG und das dort bestehende Problem, die hälftige Aufzehrung des Stammkapitals exakt zu bestimmten vgl. nur Scholz/*Tiedemann*, GmbHG, § 84 Rn. 40ff.

[1680] Eine Differenzierung zu den leichtfertig verwirklichten Insolvenzdelikten der §§ 283- 283d StGB und zu den Informationspflichtverletzungen der §§ 242, 264, 325, 257 HGB rechtfertigt sich daraus, dass die §§ 84 GmbHG, 401 AktG im „Leben“ einer Gesellschaft nur einmal zum Zuge kommen, während die anderen erwähnten Pflichten im Grunde jährlich anlaufen.

[1681] Näher oben S. 279ff.

[1682] Vgl. §§ 283 Abs. 4, 5; 283b Abs. 2 StGB. Es geht um folgende Tatbestände: §§ 283 Abs. 1 Nr. 5; 283b Abs. 1 Nr. 1 („zu führen unterlässt“); §§ 283 Abs. 1 Nr. 5, 6; 283b Abs. 1 Nr. 2 („beiseite schafft, verheimlicht, zerstört, beschädigt“); §§ 283 Abs. 1 Nr. 7b; 283b Abs. 1 Nr. 3b („unterlässt…aufzustellen“).

[1683] Dort kann ein „fortgesetztes Verhalten“ bei § 36 Abs. 2 KWG theoretisch auch schon bei insgesamt zwei Verstößen angenommen werden. Vgl. oben S. 234.

tigkeitsverbot bedrohen. Nur so lässt sich erreichen, dass der absichtlich handelnde Geschäftsleiter schon von vornherein abwägt und z.B. von dem Vorsatz, eine Bilanz nicht richtig zu erstellen oder eine Falschmitteilung zu publizieren oder ein Eigengeschäft nicht anzugeben, Abstand nimmt. Allerdings ist es, gerade wenn es nur einen Verstoß gibt, angebracht, dass sich ein Tätigkeitsverbot auf *schwerwiegende* Einzelfälle beschränkt. Wann das der Fall ist, lässt sich jedoch über den Tatbestand schwierig für alle denkbaren Einzelfälle festlegen. Besser ist es deshalb, die Frage, ob ein schwerwiegender Verstoß vorliegt, im konkreten Verfahren von einer geeigneten Stelle klären zu lassen. Anhaltspunkte für mögliche Kriterien hält das US-amerikanische Recht schon jetzt bereit.[1684] Vor allem wird man dabei auf die Höhe eines eingetretenen Schadens und auf die Anzahl geschädigter Personen abstellen können.

b. Kapitalmarktorientierte Gesellschaften

Etwas gesondert gestaltet sich die Lage bei kapitalmarktorientierten Gesellschaften. Hier ruft die Schnelllebigkeit des Marktes und die Häufigkeit der Informationsbereitstellung nach einer gesonderten Betrachtung für die speziellen kapitalmarktrechtlichen Informationstatbestände. Anders als bei der jährlichen Publizität im Gesellschaftsrecht werden hier Informationen z.B. bei der *ad-hoc*-Publizität in viel höhererer Frequenz und deutlich fehleranfälliger publiziert. Lediglich fahrlässige Verstöße, die schon beim dritten Mal zu einem Tätigkeitsverbot führen, erscheinen hier unangemessen.[1685] Um speziell auch für die freiwillige Publizität nicht zu forcieren, dass aus Angst vor Tätigkeitsverboten Informationen gar nicht oder nur zögerlich bereitgestellt werden, empfielt es sich insgesamt, im Bereich des Kapitalmarktes Verstöße gegen Informationspflichten erst bei Leichtfertigkeit unter dem Blickwinkel von Tätigkeitsverboten zu würdigen[1686] und jedenfalls für den Sekundärmarkt auch bei der Häufigkeit großzügiger zu verfahren.[1687] Sinnvoll wäre es, insoweit erst nach

---

[1684] Vgl. die Erwägungen zur *egregiousness* oben S. 168f.

[1685] Mit guten Gründen gegen einfache Fahrlässigkeit, allerdings unter dem Blickwinkel der Haftung, *Fleischer*, Juristentagsgutachten, F 104.

[1686] Zur generellen Tendenz in Richtung „grobe Fahrlässigkeit" in *Haftungsfragen* im Kapitalmarktrecht (was im Wesentlichen der strafrechtlich geprägten Leichtfertigkeit entspricht) vgl. *Möllers*, ZBB 2003, 390, 391. Für Festlegung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit auch *Bayer*, BB 2004, 1, 7. Für eine tendenzielle Ausweitung auf einfache Fahrlässigkeit *Köndgen*, FS Druey, 791, 807-810. Für eine Restriktion auf Vorsatz eher *Thümmel*, DB 2001, 2331, 2333.

[1687] Zum Parallelproblem bei §§ 37b,c WpHG und der *ad-hoc*-Publizität siehe *Rieckers*, BB 2002, 1213, 1221.

dem fünften Verstoß mit einem Tätigkeitsverbot aufzuwarten. Eine Anbindung an Leichtfertigkeit würde sich auch im Sanktionensystem des Kapitalmarktrechtes einpassen. Bislang können z.B. Bußgelder bei Verstößen gegen Anforderungen bei der Zwischenberichterstattung nur bei mindestens Leichtfertigkeit verhängt werden.[1688] Das gleiche gilt bei Verstößen im Rahmen der *ad-hoc*-Publizität. Auch hier reicht einfache Fahrlässigkeit nicht für die Verhängung eines Bußgeldes aus.[1689] In diese Reihe lassen sich zum Dritten auch Verstöße gegen § 15a WpHG einstellen. Diese können ebenfalls nur bei mindestens Leichtfertigkeit zu einer Ordnungswidrigkeit führen.[1690] Abschließend zeigt sich das gesetzgeberische System auch an den neuen §§ 37b, c WpHG, die ebenfalls erst bei grober Fahrlässigkeit zum Zwecke des Schadensersatzes bemüht werden können.[1691]

Eine Anbindung an Leichtfertigkeit würde auch für den Bereich der fehlerhaften Prospekte Sinn machen, weil dabei, ähnlich wie bei der gesellschaftsrechtlichen Rechnungslegung, erhebliche inhaltliche Untiefen zu umschiffen sind.[1692] Da Prospekte jedoch wesentlich seltener erstellt werden als z.B. Informationen im Bereich des Sekundärmarktes bereitgestellt werden müssen, bedarf es insoweit keiner Ausweitung auf einen fünffachen Verstoß. Naheliegender wäre es, wie im allgemeinen Gesellschaftsrecht schon den dritten Verstoß zu würdigen.

Was vorsätzliche Verstöße betrifft, so gelten auch im Bereich des Kapitalmarktes die allgemeinen Erwägungen. Eine gewisse Sonderrolle im Rahmen der hier besprochenen tatbestandlichen Anknüpfungen für Tätigkeitsverbote auf dem Kapitalmarkt nehmen allerdings das Verbot der Kurs-und Marktpreismanipulation und die Insiderverstöße von Geschäftsleitern ein. Bei diesen handelt es sich, wie schon dargestellt, nicht um Informationspflichtverstöße im eigentlichen Sinne – sie beziehen sich in

---

[1688] Vgl. § 62 Abs. 1 Nr. 4 BörsG. Zum Begriff der Leichtfertigkeit vgl. *Schwark*, BörsG, § 62 Rn. 2.

[1689] Vgl. § 39 Abs. 2 Nr. 1b, 2a, 3, 4 WpHG (mindestens Leichtfertigkeit). Noch strenger (nur Vorsatz), falls man einen Verstoß gegen § 15 WpHG als Verletzung von § 20a Abs. 1 Nr. 1 WpHG würdigen will. Dazu ausführlicher Schwark/*Zimmer*, WpHG, § 15 Rn. 168.

[1690] Vgl. § 39 Abs. 2 Nr. 1c.

[1691] Vgl. §§ 37b Abs. 2 und 37c Abs. 2 WpHG. Beachten sollte man jedoch, dass es hier um „zivilrechtliche" grobe Fahrlässigkeit geht, nicht wie bei § 39 WpHG um strafrechtliche! Vgl. zur groben Fahrlässigkeit BGHZ 10, 16 und BGH NJW 1994, 1471.

[1692] Zu den Untiefen vgl. nur die Anforderungen in den §§ 13ff BörsZulV. Insbesondere enthält der Prospekt auch Bilanzen (vgl. § 21 BörszulV) Die zivilrechtliche Haftung wird in § 45 entsprechend auf grobe Fahrlässigkeit beschränkt. Allerdings gibt es dabei eine Beweislastumkehr.

den hier relevanten Alternativen jedoch auf Informationen.[1693] Naturgemäß können Verstöße gegen das Verbot der informationsbezogenen Kurs- und Marktpreismanipulation aus § 20a Abs. 1 Nr. 1 WpHG und Insiderdelikte von Geschäftsleitern nur vorsätzlich verwirklicht werden.[1694] Letztlich kann das aber auf die Frage der Tätigkeitsverbote keine Auswirkung haben. So wie in den anderen Fällen, muss ein wiederholter Verstoß für ein Tätigkeitsverbot ohne weiteres ausreichen. Ein einzelner Verstoß sollte hingegen nur dann zu einem Verbot führen können, wenn er hinreichend schwer ist. Freilich wird der Nachweis der Vorsätzlichkeit in der Praxis nur schwer zu führen sein.

Solchermaßen angebundene Tätigkeitsverbote würden im Bereich des Kapitalmarktes neben Bußgeldvorschriften und Straftatbestände rücken und im Vergleich der Voraussetzungen eine Mittelstellung einnehmen. Gegenüber den Bußgeldvorschriften würden die Tätigkeitsverbote sich deshalb abheben, weil sie in der Regel mehrere Verstöße voraussetzen würden; vom Kapitalmarktstrafrecht würden sie sich unterscheiden, weil sie nicht notwendig eine vorsätzliche Verwirklichung voraussetzen würden.

2. Wiederholungsgefahr

Abgesehen von Fragen der Häufigkeit und der subjektiven Motivation von Pflichtverletzungen oder Gesetzesverstößen von Geschäftsleitern steht auch für das deutsche Recht die Problematik aus, ob und wie man Tätigkeitsverbote von einer Wiederholungsgefahr abhängig machen will. Dabei ist zunächst klar, dass man den Interessenwiderstreit von Prävention und Abschreckung nicht einseitig zugunsten eines der beiden Regelungsmechanismen auflösen sollte. Eine optimale Lösung würde vielmehr beiden Mechanismen zur Entfaltung verhelfen. Auszuscheiden ist deshalb z.B. das strafrechtliche Modell des § 70 StGB, in dem der Prävention der alleinige Geltungsbereich zugestanden wird. Bei genauer Betrachtung der beiden Regelungsziele unter dem Dach der Wiederholungsgefahr zeigt sich, dass die Förderung der Abschreckung nicht notwendig mit der Vernachlässigung der Prävention einhergeht. Verhilft man vielmehr der Ab-

---

[1693] Vgl. oben S. 290.

[1694] Vgl. zu § 20a Abs. 1 Nr. 1 WpHG: *Schwark*, WpHG, § 20a Rn. 44; *Fleischer*, NJW 2002, 2977, 2979; *Möller*, WM 2002, 309, 316. Ein fahrlässiges Handeln kann man sich bei § 20a zwar theoretisch vorstellen, es ist aber noch nicht einmal bußgeldbewehrt. Vgl. zu § 14 WpHG Schwark, WpHG, § 14 Rn. 10, 48, 51.

schreckung zu herausragender Bedeutung, dann verwirklicht man gleichzeitig auch die Prävention mit. Ein Tätigkeitsverbot ist *immer* gleichzeitig auch präventiv. Genau genommen kann es daher nicht darum gehen, die Prävention zu forcieren. Das Problem stellen vielmehr allein solche Fälle dar, in denen eine Prävention nicht erforderlich ist, weil keine Wiederholungsgefahr droht. Dann ist zu fragen, ob man zugunsten der Abschreckung trotzdem ein Tätigkeitsverbot anordnen soll. Tendenziell spricht für eine defensive Lösung jedenfalls bei nichtvorsätzlichen Verstößen, dass das abschreckende Element von Tätigkeitsverboten sich ohnehin nicht so stark entfaltet, wie beim reinen Absichtstäter.[1695] Hier gilt es jedoch, eine Lösung vor allem an der *Praktikabilität* auszurichten. Wie insbesondere der Blick auf § 70 StGB und das US-amerikanische Recht verdeutlicht hat, wird ein zu strenges Festhalten am Nachweis einer Wiederholungsgefahr die Effizienz und Durchsetzbarkeit der Tätigkeitsverbote insgesamt gefährden. Gleichzeitig ist zu berücksichtigen, dass eine Wiederholungsgefahr bei mehrfachen Verstößen *typischerweise* besteht. Gerade deshalb wird in Deutschland und den USA eine Prognose auf die wiederholten Verstöße in der Vergangenheit gestützt. Eine praktikable Lösung sollte daher jedenfalls bei mehrfachen Verstößen vermutungshalber davon ausgehen, dass eine Wiederholungsgefahr besteht. Eine solche Regelung nimmt in Kauf, dass im Einzelfall ausnahmsweise dann doch der *Prävention* zugearbeitet wird, obwohl dies nicht erforderlich ist. Deshalb wäre es angemessen – ähnlich wie es bei Section 6 CDDA in England in Ansätzen deutlich wurde – *ausnahmsweise* den Nachweis zuzulassen, dass trotz mehrfacher Verstöße keine Wiederholungsgefahr besteht.

Schwieriger gestaltet sich die Lage in allen Fällen, in denen es nicht um mehrfache Verstöße geht, in denen vielmehr nur ein hinreichend schwerer Verstoß zu einem Tätigkeitsverbot führen soll. Hier lässt sich eine Prognose künftigen Fehlverhaltens jedenfalls nicht darauf stützen, dass es schon in der Vergangenheit häufiger Unzulänglichkeiten gab. Nach den vorgestellten Fallkonstellationen handelt es sich jedoch immer um Fälle, in denen ein Geschäftsleiter vorsätzlich handelte. Gerade im Hinblick auf den vorsätzlich handelnden Geschäftsleiter sollte man dem abschreckenden Potential von Tätigkeitsverboten zu großer Entfaltung verhelfen.

[1695] Vgl. oben S. 250ff. Allerdings muss man bei Mehrfachverstößen berücksichtigen, dass nicht notwendig alle Verstöße auf Fahrlässigkeit beruht haben müssen.

Denn der absichtlich handelnde Geschäftsleiter kann - anders als bei Fahrlässigkeitskonstellationen - ganz bewusst eine Folgenabwägung vornehmen und ein drohendes Tätigkeitsverbot in seine Entscheidung einbeziehen. Optimale Abschreckung könnte hier also schon den *Erstverstoß* verhindern helfen und würde sich nicht nur auf späteres Verhalten beziehen. Nimmt man hinzu, dass es sich nur um *schwerwiegende* Konstellationen handelt, so rechtfertigt sich daraus, die Anforderungen an eine Wiederholungsgefahr extrem zu senken. Ähnlich wie bei den Mehrfachverstößen ist es daher angebracht, eine Wiederholungsgefahr insbesondere wegen der Vorsätzlichkeit und unterstützt durch die Schwere des Verstoßes widerleglich zu vermuten. Das nimmt in Kauf, dass in wenigen Ausnahmefällen der Präventionsgedanke überstrapaziert wird; dies rechtfertigt sich jedoch zugunsten der abschreckenden Wirkung.

R. Zwischenergebnis zur Tatbestandsseite

Nach der Darstellung möglicher Tatbestände, über die der Weg zu Tätigkeitsverboten eröffnet werden könnte, ergibt sich, dass sowohl im Gesellschaftsrecht als auch im Kapitalmarktrecht Straftaten und informations- und publizitätsbezogene Tatbestände berücksichtigungsfähig sind. Für den speziellen Bereich der Unternehmenskrise hält das deutsche Recht ausreichende Regelungen bereit. Eine Anbindung an allgemeine Geschäftsleiterpflichten oder eine allgemeine Eignungsprüfung empfiehlt sich nicht.

Für den Bereich der hier erwähnten vorsätzlich verwirklichten Straftaten rechtfertigt sich ein Bestellungshindernis schon allein aus der strafrechtlichen Verurteilung. Für alle sonstigen Fälle empfiehlt sich *de lege ferenda* eine zweistufige Prüfung, bei der neben der reinen Pflichtverletzung oder dem Gesetzesverstoß noch zu prüfen ist, ob Häufigkeit, Vorwerfbarkeit und Schwere den geschilderten Erfordernissen entsprechen. Durch diese mehrstufige Prüfung scheidet ein automatisches Bestellungshindernis aus.

Im Einzelnen ergibt sich damit das folgende abgestufte System, das auf den Variablen Strafbarkeit, Motivation des Geschäftsleiters, Schwere und Häufigkeit aufbaut: Die §§ 263, 264a, 265b, 266 StGB führen, soweit sie in der Funktion der Geschäftsleitung verwirklicht wurden, direkt zu ei-

nem Tätigkeitsverbot.[1696] Zu einem sofortigen Tätigkeitsverbot können auch die vorsätzlich verwirklichten Straftatbestände der §§ 82, 84 Abs. 1 GmbHG, 331 HGB und 399, 400, 401 Abs. 1 AktG sowie § 38 WpHG führen.[1697] Anders gestaltet sich die Lage bei den Straftaten gemäß § 84 GmbHG und § 401 AktG, soweit diese fahrlässig verwirklicht werden können. Hier ist zwar auch der Erstverstoß für ein Tätigkeitsverbot fruchtbar zu machen, allerdings sollte ein Verbot erst bei Leichtfertigkeit ansetzen.[1698] Leichtfertigkeit sollte ebenfalls erst bei inhaltlichen Mängeln einer Bilanz zu einem Tätigkeitsverbot führen.[1699] Allerdings sollte ein solcher Verstoß gegen § 242 HGB erst bei mindestens dreifachem Fehlverhalten berücksichtigt werden.[1700] In allen übrigen Fällen von Gesetzesverletzungen im Gesellschaftsrecht, also bei Verstößen gegen die §§ 238, 264, 257, 325 HGB, sollte Fahrlässigkeit ausreichen; Tätigkeitsverbote sollten hingegen ebenfalls erst bei mindestens drei Verstößen eine Rolle spielen.[1701] Was abschließend den Bereich des Kapitalmarktrechtes anlangt, so sollten nichtvorsätzliche Verstöße dort auf dem Sekundärmarkt generell erst ab dem fünften Mal und bei Leichtfertigkeit Berücksichtigung finden.[1702] Das gilt also für Zwischenberichte, *ad-hoc*-Mitteilungen, freiwillige Angaben und Mitteilungen über *directors' dealings*.[1703] Für die Prospektpflicht im Primärmarktrecht sollte es bei einem dreifachen Verstoß verbleiben.

Für die vorsätzlichen Verstöße, soweit keine Straftat betroffen ist, muss hingegen sowohl im Gesellschafts- wie auch im Kapitalmarktrecht gelten, dass grundsätzlich jede mehrfache Begehung für ein Tätigkeitsverbot ausreicht, im Ausnahmefall sogar die einmalige Begehung, wenn es sich dabei um einen schwerwiegenden Fall handelt.[1704]

In das so hervortretende System ließe sich auch der Bereich der Insolvenzstraftaten der §§ 283 – 283d StGB einfügen, der bislang pauschal zu

---

[1696] Für §§ 263, 265b, 266 vgl. oben S. 264ff. Für § 264a vgl. oben S. 273f.

[1697] Vgl. für §§ 82, 84 Abs. 1 GmbHG, 331 HGB und 399, 400, 401 Abs. 1 AktG oben S. 264f und S. 269ff. Vgl. für § 38 WpHG oben S. 273ff.

[1698] Vgl. oben S. 315.

[1699] Vgl. oben S. 315.

[1700] Der Differenzierung liegt der Unterschied Straftat ←→ bloße Gesetzesverletzung zugrunde.

[1701] Vgl. oben S. 315.

[1702] Vgl. oben S. 317f.

[1703] Vgl. oben S. 283ff.

[1704] Vgl.für das Gesellschaftsrecht oben S. 317 und für das Kapitalmarktrecht oben S. 319. Aus einer solchen Behandlung zeigt sich wiederum eine Abstufung zu den vorsätzlich verwirklichten *Straftaten*, bei denen nach dem hier entwickelten System schon die einmalige Verurteilung ausreichen soll.

einem fünfjährigen Bestellungshindernis führt: Vorsätzliche Insolvenzstraftaten würden direkt zu einem Tätigkeitsverbot führen können. Soweit es um *inhaltliche* Unzulänglichkeiten solcher Konstellationen geht, die auch fahrlässig verwirklicht werden können[1705], sollte ein Tätigkeitsverbot hingegen erst bei Leichtfertigkeit ansetzen.[1706] Das eher *formal* geprägte Nichtführen bzw. –aufstellen von Handelsbüchern oder Bilanzen oder das Nichtaufbewahren von Handelsbüchern müsste demgegenüber schon bei normaler Fahrlässigkeit zu einem Tätigkeitsverbot führen.[1707] Allerdings sollten alle nichtvorsätzlichen Fälle erst zu einem Verbot führen, wenn mindestens drei Verstöße zu zählen sind.[1708]

Zu klären ist nach dieser Systembildung, wie man die Erwägungen zum tatbestandlichen Zuschnitt durch eine geeignete verfahrensrechtliche Anbindung sicherstellen kann.

s. Verfahrensfragen

Ein Blick auf das englische und das US-amerikanische Recht offenbart, dass sowohl ein gerichtliches als auch ein verwaltungsrechtliches Verfahren denkbar ist.[1709] Beide Möglichkeiten sind auch im deutschen Recht angelegt. So wird im strafrechtlichen Bereich immer der Weg über ein Gericht beschritten, während im allgemeinen und besonderen Gewerbeaufsichtsrecht das Vertrauen in eine Verwaltungsbehörde gesetzt wird.

I. Institutionelle Anbindung

Wegen dieser schon bestehenden Differenzierung soll auch in der vorliegenden Untersuchung für das Strafrecht und die sonstigen möglichen Tatbestände getrennt untersucht werden, wie ein geeignetes Verfahren aussehen kann.

[1705] Gemeint sind alle Fälle der §§ 283 Abs. 1 Nr. 5-7, 283b Abs. 1 StGB, in denen ein Handelsbuch oder eine Bilanz nicht nur nicht geführt wurde oder nicht nur nicht aufbewahrt wurde.

[1706] Vgl. schon oben S. 315.

[1707] Vgl. oben S. 313ff.

[1708] Siehe oben S. 316 mit Fn. 1680.

[1709] Zum englischen Recht siehe oben S. 114ff. Zum US-amerikanischen Recht siehe oben S. 174ff.

1. Straftaten

Im Bereich der Straftaten hält das deutsche Recht bislang zwei verschiedene Ansätze dafür bereit, wie man zu einem Bestellungshindernis oder Tätigkeitsverbot gelangen kann. Für das ausdrückliche Verbot des § 70 StGB ist das Strafgericht zuständig, das auch schon die Erwägungen zu der Straftat selbst angestellt hat. Demgegenüber kommt das automatische Bestellungshindernis im GmbHG und AktG ohne eine eigene Prüfungsinstanz aus. Das zeigt sich deutlich an den Insolvenzstraftaten, die als solche schon zu einem Bestellungshindernis führen. Will man den Ansatzpunkt von Straftaten für Bestellungshindernisse oder Tätigkeitsverbote erweitern, dann fragt sich, welchem Modell man folgen sollte. Da neben der strafrechtlichen Verurteilung als solcher bei Vorsatz keine weiteren Voraussetzungen, wie z.B. die Häufigkeit oder das subjektive Element, zu prüfen sind, würde es sich *prima facie* anbieten, die vorgestellten Straftaten, wie z.B. den Betrug, so wie in den §§ 6 Abs. 2 S. 3 GmbHG und 76 Abs. 3 S. 3 AktG direkt und automatisch zu einem Bestellungshindernis führen zu lassen. Allerdings hätte diese direkte Anbindung drei Schwachpunkte:

Zum einen wiegt schwer, dass bei den hier besprochenen Straftaten, die zu einem Verbot führen könnten, in einigen Fällen eine Einzelfallprüfung notwendig ist. So ist es insbesondere bei den allgemeinen Betrugs- und Untreuetatbeständen erforderlich, im Einzelfall zu prüfen, ob eine Verbindung zu der Leitung der Gesellschaft angenommen werden kann, um reine Straftaten im Privatbereich abzuscheiden.[1710] Diese Aufgabe müsste sinnvollerweise das Gericht mitübernehmen, das auch die Strafbarkeit selbst festgestellt hat. Das entspräche der Lösung des englischen Rechtes.[1711] Daneben spricht gegen ein automatisches Verbot, dass dann kein Gleichlauf mit nicht vorsätzlich verwirklichten Straftaten erzielt werden könnte. Diese müssen in jedem Fall einer Einzelfallprüfung unterzogen werden.[1712] Ein dritter Schwachpunkt eines automatischen und kapitalgesellschaftsrechtlich angebundenen Bestellungshindernisses offenbart sich insbesondere für alle besprochenen Straftaten, die – anders als die Insolvenzdelikte - nicht typischerweise mit einer Gläubigerschädigung einher-

---

[1710] Vgl. oben S. 265.
[1711] Vgl. oben S. 28ff.
[1712] Vgl. oben S. 313ff.

gehen. Ein automatisches Bestellungshindernis kommt nicht um eine starre Verbotsdauer herum, die – wie *de lege lata* bei den Insolvenzstraftaten – für alle Fälle gleich ist. Weil aber auf lediglich *abstrakten* Gläubigerschutz abzielende Straftaten auf der Rechtsfolgenseite flexibler an Tätigkeitsverbote angebunden werden sollten (insbesondere im Hinblick auf die Länge von Verboten), empfiehlt es sich, die Frage der Tätigkeitsverbote in die Hände des verurteilenden Strafgerichtes zu legen. Das gilt ebenso für die Insolvenzstraftaten, die wegen ihrer unterschiedlichen Struktur im Einzelfall danach rufen, auf der Rechtsfolgenseite flexibler an Tätigkeitsverbote angebunden werden zu können.[1713]

Im Ergebnis würde dem Strafgericht damit neben der Möglichkeit des Berufsverbotes über § 70 StGB die Möglichkeit gegeben, ein Geschäftsleiter-Tätigkeitsverbot zu verhängen. Dessen Zielrichtung wäre natürlich eine andere als die der allgemeinen Maßregel des strafrechtlichen Berufsverbotes, woraus sich auch die abweichenden Voraussetzungen erklären. Es geht eben nicht nur darum, in Zukunft weitere Straftaten zu verhindern.

2. Informationen und Gesellschaftsrecht

Schwierigkeiten bereitet die Frage, wie man die tatbestandlichen Anknüpfungen an Informations- und Publizitätspflichten im Gesellschaftsrecht sicherstellen kann. Problematisch ist dabei zum einen, wie die notwendigen Informationen zusammengetragen werden können und sodann, wie man das Verbot selbst durchsetzen kann.

a. Informationsbeschaffung

Im Bereich des englischen Rechtes ergibt sich zunächst für das Zusammentragen der notwendigen Informationen über potentielle *disqualification*-Adressaten ein relativ reibungsarmes System. Was den Bereich der Sections 3 und 5 CDDA anlangt, so geht es dort allein um *beim Register* einzureichende Schriftstücke. Durch diese wiederkehrende Vorlagepflicht ist es dem zuständigen *Companies House* permanent möglich, Verstöße

---

[1713] Vgl. z.B. das von *Stein*, AG 1987, 165 gebildete Beispiel einer fahrlässig zu spät erstellten Bilanz, in dem ein fünfjähriges kapitalgesellschaftsrechtliches Bestellungshindernis droht. Hier liegt die Notwendigkeit einer flexibleren Rechtsfolge auf der Hand. Ebenso *Stein*, AG 1987, 165, 174 selbst unter Hinweis auf Verfassungswidrigkeit.

zu erfassen und daraufhin Maßnahmen einzuleiten.[1714] Schwieriger ist die Erfassung, sobald es nicht mehr nur allein um Vorlageverstöße an sich, sondern um *inhaltliche* Unzulänglichkeiten geht. Das spielt insbesondere bei der Rechnungslegung und bei den *annual accounts* sowie den *annual returns* eine Rolle.[1715] Aber auch hier zeigt das englische Recht ein geordnetes System: Geht es um Verstöße, die letztlich in der Krise enden, kommt über Section 6 CDDA der *Secretary of State* ins Spiel und kann von weitreichenden Untersuchungsmöglichkeiten Gebrauch machen.[1716] So ist ihm über Section 7(4) CDDA die Möglichkeit gegeben, vom *administrator* oder vom *liquidator* relevante Informationen zu erlangen und selbst die Unterlagen der Gesellschaft in Augenschein zu nehmen, um nach Verstößen zu fahnden. Nebenher übernehmen die *official receivers* einen Großteil der Informationsbeschaffung.[1717] Geht es hingegen um solche Verstöße, die im „normalen Leben" einer Gesellschaft auftauchen und die nicht notwendig in der Krise enden, dann kommt dem englischen System der Tätigkeitsverbote zugute, dass es auch für die Zeit vor der Krise umfangreiche und vor allem tiefschürfende gesellschaftsrechtliche Untersuchungsbefugnisse gibt, auf deren Grundlage Unzulänglichkeiten zu Tage gefördert werden können.[1718] So kann der *Secretary of State* insbesondere *inspectors* einsetzen und auch sonst jederzeit Dokumente und Informationen der Gesellschaft anfordern.

Im deutschen Recht bereitet die wenigsten Schwierigkeiten der Bereich, in dem Dokumente beim Handelsregister einzureichen und danach bekanntzumachen sind. Diese sich aus § 325 HGB ergebenden Pflichten lassen sich über das Registergericht gemäß § 329 HGB überwachen. Schwieriger ist die Frage, wie man Fehlerquellen insbesondere bei den Jahresabschlüssen aufdecken will. Das Registergericht selbst prüft lediglich, ob die eingereichten Unterlagen vollzählig sind.[1719] Damit lässt sich jedoch nicht feststellen, ob beispielsweise eine Bilanz inhaltlich unrichtig ist. Eine inhaltliche Prüfung wird im Normalfall nur durch die Abschluss-

---

[1714] Vgl. schon oben S. 36.
[1715] Zu Einzelheiten siehe schon oben S. 74f.
[1716] Vgl. für einen guten Überblick der Möglichkeiten http://www.dti.gov.uk/cld/inv_powers.htm.
[1717] Vgl. *The Insolvency Service Executive Agency*: Company Director Disqualification – A Follow Up Report (1999), S. 9.
[1718] Siehe zu den Untersuchungsbefugnissen oben bei Section 8 CDDA, S. 93ff.
[1719] Geprüft wird weder Inhalt, noch fristgerechte Einreichung (vgl. dazu § 335 HGB i.V.m. § 132 FGG).

prüfer vorgenommen.[1720] Eine Erweiterung auf eine zusätzliche unabhängige Bilanzkontrolle, so wie im Rahmen des *Bilanzkontrollgesetzes* (BilKoG) für den Kapitalmarkt vorgesehen[1721], steht für die nicht kapitalmarktorientierten Gesellschaften wohl vorerst nicht im Raum.[1722] Der Mechanismus der Abschlussprüfung greift jedoch nicht bei sogenannten „kleinen" Kapitalgesellschaften und damit vor allem nicht bei vielen GmbH.[1723] Eine staatliche Stelle, die ähnlich dem englischen *Secretary of State* ganz gezielt Einsicht in die Dokumente nehmen kann, gibt es hingegen nicht. Konsequenterweise würde die Durchsetzbarkeit von Tätigkeitsverboten bei großen und mittelgroßen Gesellschaften also entscheidend davon abhängen, dass, soweit eine Abschlussprüfung stattgefunden hat, entdeckte inhaltliche Mängel an eine geeignete Stelle weitergeleitet werden. Bei kleinen Kapitalgesellschaften und damit vor allem bei der GmbH verbleibt jedoch eine strukturelle Lücke, in der Defizite bei der Bilanzierung nicht ohne weiteres *ex officio* aufgedeckt werden können. Diese Lücke ist aber Konsequenz der gesetzgeberischen Entscheidung, gerade kleine Gesellschaften nicht zu stark mit finanzintensiven und zeitlich aufwendigen Prüfverfahren und Prüfpflichten zu belasten.[1724] Letztlich ist das auch ein entscheidender Vorzug kleiner Gesellschaften, den man zugunsten möglicher Tätigkeitsverbote nicht in Frage stellen sollte. Immerhin verbleibt für die vor allem schutzwürdigen Gläubiger kleiner Gesellschaften mit der Offenlegungs- und Bekanntmachungspflicht aus § 325 HGB die theoretische Möglichkeit, sich über den Jahresabschluss zu informieren und Unzulänglichkeiten aufzudecken.[1725] Sollten sich insoweit Anhaltspunkte für Verstöße dartun, müsste es für die Gläubiger eine Möglichkeit geben, diese einer geeigneten Stelle weiterzuleiten, die dann ihrerseits über Tätigkeitsverbote entscheiden müsste. Nebenher greift je-

---

[1720] Vgl. §§ 316ff HGB. Bei der AG ist nebenher an die Sonderprüfung nach § 142ff AktG zu denken.

[1721] Dazu näher sogleich unten S. 329f.

[1722] Langfristig sollen aber auch kapitalmarktferne Gesellschaften nicht von einem Bilanz-„*Enforcement*" durch eine weitere Prüfstelle ausgespart bleiben. Dafür müssen aber organisatorische und finanzielle Untiefen umschifft werden. Vgl. näher *Hommelhoff/Mattheus*, BB 2004, 93, 95; *Hommelhoff*, BB 2002, Heft 34, Die Erste Seite; *Janssen*, in: IDW, Kapitalmarktorientierte Unternehmensüberwachung, S. 451. Zurückhaltend *Tielmann*, Durchsetzung, S. 228, 230.

[1723] Vgl. § 316 Abs. 1 HGB. Beachte auch die Fiktionswirkung von § 267 Abs. 3 HGB. Durch Umsetzung der Schwellenwertrichtlinie der EU (RiLi 2003/38/EG v. 13.5.2003) werden die Schwellenwerte für „kleine" Kapitalgesellschaften sogar noch heraufgesetzt. Damit fallen noch mehr Gesellschaften aus dem Raster. Vgl. dazu *Hoffmann/Lüdenbach*, GmbHR 2004, 145ff.

[1724] Unter dem Parallelblickfeld der Kosten bei der Publizität *Bader*/*Pietsch/Schulze zur Wiesche*, Flucht aus der Publizität, im Vorwort.

[1725] Z.B. über das Einsichtnahmerecht in das Handelsregister. Siehe § 9 HGB.

denfalls bei solchen GmbH, bei denen die Geschäftsführung nicht in den Händen der Gesellschaftermehrheit liegt, ein gesellschaftsinternes Kontrollsystem, mit dem die Gesellschafter den Geschäftsführer beeinflussen können.[1726]

Die Prüfdichte im deutschen Recht erhöht sich vor allem bei der GmbH erst dann wieder, wenn sich die Gesellschaft in der Krise befindet. Insbesondere wenn ein Insolvenzverwalter eingesetzt worden ist, werden Verstöße tendenziell eher aufgedeckt werden. Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass Verstöße gegen § 325 HGB bei allen Gesellschaften verfolgt werden können. Soweit es hingegen um inhaltliche Verstöße gegen die Buchführung und Bilanzierung geht, ist die Informationserlangung insbesondere bei „kleinen" Gesellschaften, und damit vor allem bei der GmbH, außerhalb der Krise nur sehr eingeschränkt möglich.

b. Zuständigkeit für ein Verbot

Es stellt sich die Frage, welche Stelle für Tätigkeitsverbote zuständig sein soll, wenn eine GmbH oder eine nicht kapitalmarktorientierte Gesellschaft betroffen ist. Grundsätzlich wären eine behördliche und eine gerichtliche Anbindung denkbar. Das englische Recht ist zunächst von der gerichtlichen Anbindung ausgegangen, hat aber insbesondere durch die Überlastung der Gerichte ein Parallelverfahren im Wege des *undertaking* zugelassen, über das für fast alle Tätigkeitsverbote der *Secretary of State* zuständig wird.[1727] Da es im deutschen Recht eine vergleichbare Institution nicht gibt, müsste erst eine eigene Behörde errichtet werden, die für die Verhängung von Tätigkeitsverboten zuständig wäre. Deshalb spricht einiges dafür, nicht den Weg einer Behörde zu beschreiten, sondern an vorhandene gerichtliche Strukturen anzuknüpfen. So wäre es am naheliegendsten, sämtliche Verstöße gegen die geschilderten Vorschriften dem Registergericht zuzuleiten. Für den Bereich des § 325 HGB ist das Registergericht ohnehin schon zuständig, für *inhaltliche* Unzulänglichkeiten bei der Buchführung und Bilanzierung müsste die Zuständigkeit hingegen ausgeweitet werden. Dabei sollte man jedoch nicht unterschätzen, welche strukturellen Erweiterungen des Registergerichtes notwendig wären, um der zu erwartenden Menge von Verfahren Herr werden zu können. Zwar

---

[1726] Vgl. näher Scholz/*Crezelius*, GmbHG, § 41 Rn. 8. Siehe auch § 42a Abs. 1 GmbHG.
[1727] Vgl. oben S. 117ff.

kann man nicht unbedingt davon ausgehen, dass sich in Deutschland eine dem englischen System vergleichbare Tätigkeitsverbots-Maschinerie herausbilden würde[1728], eine Überlastung der Registergerichte ist aber bei bald einer Million GmbH und einigen Aktiengesellschaften recht sicher zu erwarten.[1729] Das gilt umso mehr, als eine inhaltliche Prüfung der vorgelegten Dokumente und eine Eigenrecherche – insbesondere falls man auch „kleine" Kapitalgesellschaften einbeziehen würde - sehr zeitintensiv wäre. Im Ergebnis lässt sich jedoch für den Bereich der „kleinen" Gesellschaften keine praktisch handhabbare Umsetzungsmöglichkeit erblicken, um inhaltliche Verstöße systematisch aufzudecken und Tätigkeitsverboten zuführen zu können. Bei allen anderen Gesellschaften sollte man die Tätigkeitsverbote auch bei inhaltlichen Mängeln beim Registergericht ansiedeln, jedoch auf die anderswo gewonnenen Erkenntnisse zurückgreifen. Daher wäre es sinnvoll, die bei der Abschlussprüfung aufgetauchten Verstöße aufzugreifen, und die Abschlussprüfer zu verpflichten, diese Verstöße an das Registergericht weiterzuleiten. Falls Unzulänglichkeiten im Insolvenzverfahren oder bei der Liquidation an das Tageslicht befördert würden, müsste auch in solchen Fällen eine Weiterleitungspflicht an das Registergericht vorgesehen werden.

Letztlich muss festgestellt werden, dass inhaltliche Mängel im gesamten Bereich des Gesellschaftsrechtes für Tätigkeitsverbote nur dann fruchtbar gemacht werden können, wenn die vorhandenen Ressourcen – unabhängig davon, ob man ein Gericht oder eine Behörde betraut – extrem ausgeweitet werden.

3. Informationen und Kapitalmarktrecht

Auch für den Bereich des Kapitalmarktes stellt sich die Frage, wie Informationen erlangt werden können und auf welchem Wege Tätigkeitsverbote verhängt werden sollten.

a. Informationsbeschaffung

Hinsichtlich der Informationsbeschaffung unterscheidet sich der Bereich des Kapitalmarktes zunächst vom reinen Gesellschaftsrecht dadurch, dass es ein viel komplexeres Informationssystem, eine viel höhere Informati-

---

[1728] Insbesondere, weil es nicht ein so fein austariertes Untersuchungsrecht wie in England gibt.
[1729] Im Jahr 1998 waren es rund 800000 GmbH. Vgl. Rowedder/*Schmidt-Leithoff*, GmbHG, Einl. Rn. 110.

onsdichte und ausgefeiltere Kontrollmöglichkeiten gibt. Naheliegend ist es, mit der Sammlung der für Tätigkeitsverbote relevanten Fakten die BaFin zu beauftragen, weil diese schon *de lege lata* vielfältige Überwachungsfunktionen wahrnimmt.[1730] Dann stellt sich jedoch die Frage, wie die BaFin an die wesentlichen Informationen gelangen kann.

Was zunächst den Bereich der gesellschaftsrechtlichen Publizität, also den Jahresabschluss und den Anhang betrifft, wird bei kapitalmarktorientierten Gesellschaften bislang keine über das Gesellschaftsrecht hinausreichende inhaltliche Prüfung vorgenommen. Die Gesellschaften sind lediglich ausnahmsweise nach § 65 Abs. 1 BörsZulV verpflichtet, die Dokumente dem Publikum bei den Zahlstellen zur Verfügung zu stellen. In der Regel entfällt diese Pflicht aber schon, weil eine Veröffentlichung nach den §§ 325ff HGB stattgefunden hat. Beabsichtigt ist jedoch im Rahmen des *Bilanzkontrollgesetzes*[1731], für kapitalmarktorientierte Gesellschaften eine „Rechnungslegungs-*Enforcement*" einzuführen, über die dann Unternehmensabschlüsse von einer unabhängigen Stelle[1732] kontrolliert werden sollen. Das würde eine umfangreiche inhaltliche Prüfung mit sich bringen.[1733]

Eine inhaltliche Prüfung findet auch bei den Zwischenberichten nicht notwendig statt. Den *Zulassungsstellen*[1734] der Börsen werden die Dokumente zwar übermittelt, für eine inhaltliche Prüfung sind diese allerdings nicht berufen. Allenfalls erlangen sie einen Prüfervermerk eines Abschlussprüfers, falls die Gesellschaft den Zwischenbericht freiwillig prüfen lassen hat.[1735] Eine Pflicht zur Prüfung wird zwar diskutiert, ist aber bislang nicht statuiert worden.[1736] Ähnlich gestaltet sich die Lage für den Bereich des Primärmarktes, soweit ein Prospekt zu erstellen ist. Auch hier findet seitens der Zulassungsstelle keine tiefgreifende inhaltliche Prüfung

---

[1730] Dazu sogleich ausführlicher.

[1731] Vgl. dazu *RefE zum BilKoG*, abrufbar unter: http://bmj.bund.de/images/11723.pdf. Zum Ganzen auch *Hommelhoff/Mattheus*, BB 2004, 93ff.

[1732] Zuständig sein soll eine unabhängige Prüfstelle („Deutsche Prüfstelle Rechnungslegung", § 342b Abs. 1 S.1 HGB-E) und/oder die BaFin („zweistufiges *Enforcement*-Modell").

[1733] Siehe § 342b Abs. 2 S.1 HGB-E, § 37n Abs. 1 WpHG-E. Vgl. auch *Hommelhoff/Mattheus*, BB 2004, 93, 96. Zum Umfang („keine vollständige zweite Jahresabschlussprüfung") auch *Ernst*, BB 2004, 936, 937.

[1734] Die Zulassungsstelle ist eine mit der BaFin nicht zu verwechselnde besondere Kommission, vgl. § 31 BörsG. Ihr unterliegt die Entscheidung über die Börsenzulassung (§ 31 Abs. 1 S. 1 BörsG) und die Überwachung der Einhaltung von Zulassungsfolgepflichten (§ 31 Abs. 1 S. 2 BörsG). Vgl. auch *Leenenbach*, Kapitalmarktrecht, Rn. 3.14.

[1735] Vgl. zu dieser Option § 54 Abs. 3 BörszulV.

[1736] Für eine Prüfungspflicht siehe *Abschlussbericht der Regierungskommission Corporate Governance*, „Unternehmensführung – Unternehmenskontrolle – Modernisierung des Aktienrechts", 2001, Rn. 325.

des Prospektes statt. Was den Bereich der Erstzulassung angeht, so ist klar, dass die Zulassungsstelle die *formellen* Anforderungen an den Prospekt, also vor allem dessen Vollständigkeit, überprüft.[1737] Hinsichtlich des Inhaltes beschränkt sich die Prüfung allerdings bislang auf eine bloße Plausibilitätskontrolle.[1738] Mit Umsetzung der neuen EU-Prospektrichtlinie[1739] wird sich die Prüfungsdichte insoweit allerdings leicht verstärken.[1740]

Daraus ergibt sich zunächst, dass die BaFin in den genannten Bereichen in einem Verfahren für Tätigkeitsverbote bislang nur eingeschränkt und eher zufällig Informationen erlangen kann. Es würde daher auf der Hand liegen, die Untersuchungsmöglichkeiten und eventuell sogar -pflichten der BaFin über die allgemeinen Regelungen des § 4 WpHG hinaus auszuweiten und eine Informationsvernetzung z.B. mit der Zulassungsstelle vorzusehen.[1741] Untersuchungsmöglichkeiten würden vor allem dann Sinn machen, wenn sich später Anhaltspunkte für Unrichtigkeiten ergeben.[1742]

Reibungsärmer könnten Informationen über Eigengeschäfte der Geschäftsleiter für Tätigkeitsverbote aufbereitet werden. Für den Bereich von § 15a WpHG ist die BaFin selbst zuständig und kann daher auch relevante Informationen sammeln, weil die Geschäftsleiter Eigengeschäfte melden müssen.[1743] Daneben bestehen Auskunfts- und Vorlagerechte gegenüber den Geschäftsleitern.[1744] Ähnlich gestaltet sich die Lage bei der *ad-hoc*-Publizität. Dadurch, dass die BaFin vor der Veröffentlichung von *ad-hoc*-Mitteilungen in Kenntnis zu setzen[1745] und die Mitteilung später

---

[1737] Das ergibt sich vor allem aus § 30 Abs. 3 Nr. 3 BörsG. Vgl. *Zahn*, ZGR 1981, 101, 110.

[1738] Vgl. Assmann/Schütze/*von Rosen*, Handbuch Kapitalanlagerecht, § 2 Rn. 156; *Claussen*, § 9 Rn. 67; *Claussen*, BB 2002, 105, 107; *Fleischer*, Juristentagsgutachten, F 52; *Weber*, NJW 2003, 18, 21. Noch eingeschränkter ist der Prüfungsmaßstab bei § 8a VerkProspG (nur formelle Prüfung).

[1739] Vgl. *Richtlinie 2003/71/EG* v. 04.11.2003. Dazu *Weber*, NZG 2004, 360ff.

[1740] Vgl. *Kunold*, BB 2004, 501, 509 und *Crüwell*, AG 2003, 243, 250f.

[1741] Insoweit weist das beabsichtigte *Bilanzkontrollgesetz* in die richtige Richtung, weil es der BaFin auf einer zweiten Stufe Kompetenzen zuweist (§§ 37n,o,p Abs. 1 S.2 WpHG-E). Neuerungen verspricht auch das *Anlegerschutzverbesserungsgesetz,* durch das die bislang im WpHG verstreuten Befugnisse der BaFin in § 4 WpHG-E gebündelt und ausgeweitet werden sollen. (Vgl. RefE AnSVG, Zusammenfassung und Textentwurf in: ZBB 2004, 168ff). Dazu *Kuthe*, ZIP 2004, 883, 884.

[1742] Wenn also beispielsweise ein Prospekt die Prüfung schon durchlaufen hat.

[1743] Vgl. § 15a Abs. 1 Satz 1 a.E. WpHG, der bestimmt, dass der Geschäftsleiter Eigengeschäfte schriftlich mitzuteilen hat.

[1744] Vgl. § 15a Abs. 4 WpHG.

[1745] Vgl. § 15 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 WpHG.

an die BaFin zu übersenden ist[1746], erschließen sich ihr die notwendigen Informationen. Darüber hinaus kann sie von Auskunfts- und Vorlagerechten sowie von einem Untersuchungsrecht Gebrauch machen.[1747] Zugang zu Informationen hat die BaFin schließlich auch im Zusammenhang mit Insiderpapieren, da ihr die laufende Überwachung des Handels in Insiderpapieren obliegt.[1748] Bei Anhaltspunkten für Verstöße kann sie insbesondere von einem Auskunfts- und Vorlagerecht Gebrauch machen.[1749] Entsprechendes gilt abschließend auch im Bereich der Kurs- und Marktpreismanipulation.[1750]

b. Zuständigkeit für ein Verbot

Weniger Probleme als im Gesellschaftsrecht bereitet für den Bereich des Kapitalmarktes die Frage, wie man Tätigkeitsverbote verfahrenstechnisch anbinden kann. Rechtsvergleichend hält das englische Recht in Ansätzen Bezüge zum Kapitalmarkt bereit. Bei Section 8 CDDA gelten insoweit keine Besonderheiten im Vergleich zum gesellschaftsrechtlichen Bereich; der *Secretary of State* kann entweder ein Tätigkeitsverbot beim Gericht beantragen oder selbst im Wege eines *undertakings* ein Verbot verfügen.[1751] Im US-amerikanischen Recht konnte klassischerweise nur ein Gericht ein Verbot verhängen und die SEC war auf die Stellung eines dahingehenden Antrages beschränkt.[1752] Mittlerweile kann die SEC selbständig und unabhängig von Tätigkeitsverboten Gebrauch machen.[1753] Diese Befugnis ist weitreichender als das *undertaking* im englischen Recht, weil sie nicht auf die Mitwirkung und Zustimmung des betroffenen Geschäftsleiters angewiesen ist.[1754]

Für das deutsche Recht liegt es auf der Hand, sich an den Strukturen des Bankaufsichtsrechtes zu orientieren und auf die Ressourcen der BaFin zurückzugreifen. Dafür spricht, dass die BaFin als Allfinanzaufsicht sowohl

---

[1746] Vgl. § 15 Abs. 4 WpHG.
[1747] Vgl. § 15 Abs. 5 WpHG.
[1748] Vgl. § 16 Abs. 1 WpHG.
[1749] Vgl. § 16 Abs. 2 Satz 1, Abs. 4, 5 WpHG (Auskunft) und § 16 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4, 5 WpHG (Vorlage). Daneben besteht auch ein Betretungsrecht (§ 16 Abs.3 Satz 2 WpHG).
[1750] Überwachungspflicht: § 20b Abs. 1 WpHG; Auskunfts- und Vorlagerecht: § 20b Abs. 2 WpHG; Betretungsrecht: § 20b Abs. 3 WpHG.
[1751] Vgl. Section 8(1): „*may apply to the court*“ und Section 1A CDDA.
[1752] Siehe oben S. 174.
[1753] Vgl. oben S. 175f.
[1754] Vgl. schon Fn. 1016.

das Kreditgewerbe als auch den Bereich des Kapitalmarktes überwacht[1755], beide Bereiche funktionelle Ähnlichkeiten aufweisen[1756] und im Bereich des Kreditgewerbes schon Abberufungsverlagen und Tätigkeitsverbote möglich sind[1757]. Fraglich ist allein, ob man die BaFin nur für die Informationssammlung und die Vorbereitung eines Verbotes vorsehen sollte, während die Frage eines Tätigkeitsverbotes dann gerichtlich zu klären wäre oder ob die Bundesanstalt selbst über Verbote entscheiden können soll. Der Blick auf das anglo-amerikanische Recht zeigt, dass offenbar eine Tendenz besteht, sich von der alleinigen Zuständigkeit eines Gerichtes zu lösen.[1758] Dafür spricht insbesondere im Bereich des Kapitalmarktes, dass mehr Flexibilität und zeitnähere Entscheidungen zu erwarten sind.[1759] Auch das Bankaufsichtsrecht kennt eine direkte Verbots-Zuständigkeit der BaFin.[1760] Deshalb wäre es sinnvoll, die Frage der Tätigkeitsverbote auf dem Kapitalmarkt in die Hände der BaFin zu legen. Bedenken könnte man dagegen deshalb hegen, weil Tätigkeitsverbote einen extremen Einschnitt in die Sphäre des Betroffenen darstellen können, der in Einzelfällen strafrechtlichen Sanktionen nahe kommen kann.[1761] Allerdings trägt dieser Einwand dann nicht mehr, wenn man, wie im Bankaufsichtsrecht, eine gerichtliche Überprüfungsmöglichkeit der Verbote zulässt.[1762] Im Übrigen bringt die Anbindung an die BaFin mit sich, dass die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätze zu beachten sind.[1763] Dazu würde z.B. eine Anhörung des Geschäftsleiters gehören.[1764]

4. Zwischenergebnis zur institutionellen Anbindung

Will man die Erwägungen zu einer möglichen verfahrensrechtlichen Verankerung von Tätigkeitsverboten kurz zusammenfassen, dann spricht im Bereich der Straftaten einiges dafür, das Strafgericht selbst mit der Ver-

---

[1755] Siehe für den Bereich des Kapitalmarktes z.B. § 9 Abs. 1 WpHG, § 15 Abs. 2 Nr. 3 oder §§ 16, 20b WpHG
[1756] Vgl. schon oben S. 273.
[1757] Siehe oben S. 227ff.
[1758] Vgl. oben S. 117ff (*undertakings* in England) und S. 175f (*cease and desist- order* in den USA).
[1759] Zu den Problemen eines gerichtlichen Verfahrens vgl. insbesondere für England S. 115f. Schnelle Entscheidungen sind gerade auch im Hinblick auf den Schutzcharakter von Tätigkeitsverboten wünschenswert. Langwierige Gerichtsverfahren erhöhen die Gefahr, dass es zwischenzeitlich zu erneuten Verstößen kommt.
[1760] Vgl. schon oben S. 238ff.
[1761] Vgl. schon oben S. 8f (England) und S. 175f (USA).
[1762] Vgl. dazu oben S. 238f.
[1763] Siehe Schwark/*Beck*, WpHG, § 4 Rn. 5.
[1764] Vgl. z.B. §§ 25, 28ff, 39 VwVfG.

hängung von Tätigkeitsverboten zu betrauen. Für den Bereich der Verletzung von Informations- und Publizitätspflichten ergeben sich sowohl im reinen Gesellschaftsrecht als auch im Bereich des Kapitalmarktes Probleme, soweit es um die Aufdeckung *inhaltlicher* Unzulänglichkeiten geht. Unter Ausweitung der Ressourcen könnte im Bereich des Gesellschaftsrechtes das Registergericht für die Verhängung von Tätigkeitsverboten vorgesehen werden. Im Bereich des Kapitalmarktes bietet es sich hingegen an, auf die verwaltungsrechtlichen Möglichkeiten der BaFin zurückzugreifen und diese für Tätigkeitsverbote vorzusehen.

II. Entschließungsermessen

Neben der Frage, wer für die Verhängung von Tätigkeitsverboten zuständig sein soll, drängt sich auch das Problem auf, welchen Spielraum man der zuständigen Institution belassen sollte. Bei der Frage, ob ein Tätigkeitsverbot zwingend anzuordnen ist, gesteht das englische Recht in der Regel ein Entschließungsermessen zu. Selbst wenn daher die Voraussetzungen für ein Tätigkeitsverbot vorliegen würden, könnte von einem Verbot abgesehen werden. Anders ist dies allein bei gerichtlich verfügten Verboten wegen *unfitness* nach Section 6 CDDA. Dort muss das Gericht zwingend ein Verbot aussprechen.[1765] Im US-amerikanischen Recht steht die Möglichkeit von *bar orders* immer im Ermessen der Gerichte und der SEC.[1766] Ebenso kennt auch das deutsche Bankaufsichtsrecht in § 36 KWG ein Entschließungsermessen.[1767] Im Bereich des allgemeinen Gewerberechtes ist die Lage differenzierter: Die eigentliche Untersagungsverfügung gegen den Gewerbetreibenden ist zwingend anzuordnen; die Ausweitung auf den Geschäftsleiter liegt hingegen im Ermessen der Behörde.[1768] Für den Bereich des strafrechtlichen Berufsverbotes steht dem Gericht ebenfalls ein Entschließungsermessen zu.[1769] Was den Bereich der kapitalgesellschaftsrechtlichen Bestellungshindernisse angeht, so ist ein Ermessen nicht denkbar, da es gerade keine Prüfung in einem Verfahren gibt.

[1765] Vgl. Section 1(1) CDDA. Allerdings kommt es überhaupt erst zum Verfahren, wenn ein Antrag gestellt wurde. Das liegt aber gerade im Ermessen des *Secretary of State*. Vgl. Section 7(1) CDDA.

[1766] Vgl. näher oben S. 145.

[1767] Vgl. den Wortlaut von § 36 KWG: jeweils „kann".

[1768] Vgl. den Wortlaut von § 35 Abs. 1 Satz 1: „ist…zu untersagen" und von § 35 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 7a: „kann".

[1769] Vgl. den Wortlaut von § 70 Abs. 1: „kann".

Für ein Entschließungsermessen spricht allgemein, dass die zuständige Stelle immer zwischen verschiedenen Handlungsalternativen entscheiden kann. So könnte beispielsweise die BaFin im Bereich des Kapitalmarktes überlegen, ob sie nicht lediglich auf einem Bußgeld besteht. Auf der anderen Seite nimmt aber der Bereich der Tätigkeitsverbote vom tatbestandlichen Zuschnitt her eine Stellung ein, in der keine gleichwertigen Handlungsalternativen bestehen. Darüber hinaus würde für ein zwingendes Verbot sprechen, dass gerade dann die Ziele der Prävention und der Abschreckung zu Entfaltung gelangen würden. Das gilt zunächst für den Bereich des Strafrechtes, wo zumeist schon allein durch die Verwirklichung der Straftat - jedenfalls bei Vorsatz - sicher ist, dass ein Präventionsbedürfnis besteht.[1770] Die Ermessenerwägungen sind ja schon dadurch vorweggenommen, dass nur bestimmte Straftaten zu einem Verbot führen können. Das gilt aber auch im Bereich der Informations- und Publizitätspflichten. Schon die Vorauswahl über Häufigkeit und Schwere der zu berücksichtigen Fallgestaltungen reduziert die Konstellationen auf solche, in denen Tätigkeitsverbote erforderlich wären. Daher ist es sinnvoller, bei Vorliegen der genau umrissenen Merkmale kein Entschließungsermessen mehr zu gewähren, sondern ein Tätigkeitsverbot zwingend anzuordnen.[1771] Die notwendige Flexiblität in der Handhabung der Fallgestaltungen sollte besser über die Frage gelingen, in welcher Form und über welchen Zeitraum ein Verbot ausgesprochen werden kann.

III. Auswahlermessen

Ein erstes Ermessen bei der Frage der Ausgestaltung eines Verbotes kann beispielsweise bei der Frage ansetzen, auf welche Gesellschaften sich dieses beziehen soll. Das englische Recht beschreitet insoweit einen relativ rigorosen Weg und lässt generelle Einschränkungen z.B. auf kapitalmarktorientierte Gesellschaften nicht zu.[1772] Denkbar ist allerdings, dass bestimmte einzelne Gesellschaften, bei denen ein Direktor schon tätig ist, aus dem Verbot ausgeklammert werden.[1773] Eine *disqualification* umfasst

---

[1770] In eine ähnliche Richtung argumentierte man auch bei der Ausarbeitung von § 70 StGB, ohne dass sich dies letztlich durchsetzte. Vgl. *Niederschriften* zur Strafrechtsreform 1962, Bd. 4, S. 92, 94 (Dr. Voll, Dr. Lackner).

[1771] Das würde auch sicherstellen, dass Regelungen über Tätigkeitsverbote nicht so, wie z.B. bei § 70 StGB durch die Zurückhaltung der zuständigen Stelle praktisch keine Rolle spielen.

[1772] Siehe *Walters/Davis-White*, Directors' Disqualification, S. 317.

[1773] Vgl. oben S. 109.

im Übrigen immer sowohl die aktuelle Tätigkeit bei einer Gesellschaft als auch zukünftige Tätigkeiten bei Gesellschaften.[1774] Im US-amerikanischen Recht hat sich eine feingliedrige Stufenbildung etabliert, über die maßgeschneiderte Verbote verhängt werden können. So reichen die Möglichkeiten bei der Rechtsfolge von einem einfachen Abberufungsverlangen (*removal order*) über auf bestimmte Gesellschaften beschränkte Verbote bis hin zu einem dauerhaften Verbot für alle kapitalmarktorientierten Gesellschaften (*bar order*).[1775]

Im deutschen Recht gestaltet sich die Lage differenziert. Keinerlei Wahlmöglichkeiten halten die kapitalgesellschaftsrechtlich angeknüpften Bestellungshindernisse bereit, was sich aber wiederum aus dem Automatismus des Verbotes erklärt. Ein Verbot erstreckt sich daher immer auf alle GmbH und Aktiengesellschaften. Beim strafrechtlichen Berufsverbot des § 70 StGB hat das Gericht bei der Frage des Verbotsumfanges auch kein Ermessen. Je nach Fallgestaltung erstreckt sich das Verbot entweder auf alle Gesellschaften oder lediglich auf solche, deren Unternehmensgegenstand mit dem verbotenen Beruf übereinstimmt.[1776] Im allgemeinen Gewerberecht eröffnet sich der Behörde die Möglichkeit, differenzierte Untersagungen auszusprechen, die sich auch auf einige Gesellschaften beschränken können.[1777] Unter § 35 GewO kann man sich auch eine Differenzierung zwischen bloßen Abberufungsverlangen und weitergehenden Tätigkeitsverboten vorstellen.[1778] Am deutlichsten treten Differenzierungsmöglichkeiten im Bankaufsichtsrecht hervor. Dort ist im Gesetz selbst eine Differenzierung zwischen bloßem Abberufungsverlangen und weitergehendem Tätigkeitsverbot angelegt[1779], wodurch sich insbesondere eine Parallele zum US-amerikanischen Recht ziehen lässt. Mit dem englischen Recht hat das Bankaufsichtsrecht gemein, dass ein Abberu-

---

[1774] Siehe nur oben S. 111.

[1775] Näher oben S. 177.

[1776] Näher dazu oben S. 196f.

[1777] Vgl. für die originäre Untersagung über § 35 Abs. 1 Satz 2 GewO z.B. *Tettinger*/Wank, GewO, § 35 Rn.147 und für die Untersagung über § 35 Abs. 7a *Tettinger*/Wank, GewO, § 35 Rn.236f.

[1778] Dies wird zwar nirgendwo ausdrücklich erwähnt, ergibt sich aber z.B. aus der Kommentierung bei *Tettinger*/Wank, GewO, § 35 Rn.236 (entspricht Abberufungsverlangen) und Rn. 237 (entspricht zukünftigem Tätigkeitsverbot). Vgl. auch schon oben S. 205.

[1779] Vgl. schon oben S. 236f. Diese Differenzierung hat allerdings weniger das „Wohl" des Geschäftsleiters im Blick, als die Gesellschaft selbst. Das bloße Abberufungsverlangen soll vor allem verhindern, dass weitergehend der Gesellschaft selbst die Erlaubnis entzogen werden muss, was viel weitreichendere Konsequenzen hätte. Ein solcher Schritt steht aber bei den hier diskutierten Tätigkeitsverboten gar nicht zur Debatte.

fungsverlangen zwar aktuelle Tätigkeiten umfasst, jedoch nicht *ipso iuro* zu einer Beendigung der gesellschaftsrechtlichen Organstellung führt.[1780]

Eine Differenzierung zwischen Abberufungsverlangen und zukünftigem Tätigkeitsverbot würde zunächst einmal für sämtliche Verbote Sinn machen, die sich nicht auf eine strafrechtliche Verurteilung stützen und in denen nicht vorsätzlich gehandelt wurde. Allerdings sollte klargestellt sein, dass ein Verbot für spätere Ämter nicht erteilt werden kann, ohne den Geschäftsleiter von aktuellen Ämtern abzuberufen.[1781] Eine bloße Abberufung von bestehenden Geschäftsleiterämtern würde die Möglichkeit eröffnen, vermeintlich oder tatsächlich nicht so schwerwiegende Fälle zu handhaben. Allerdings wäre der zukünftige Präventionsgehalt gering und würde sich nur auf eine Gesellschaft beschränken, da zukünftige Tätigkeiten erlaubt blieben; auch die Abschreckung, in Zukunft nicht tätig werden zu können, wäre gehemmt, weil neue Geschäftsleiterämter angetreten werden könnten. Zumindest würde die Maßnahme dem Geschäftsleiter aber die Grenzen seines Verhaltens aufzeigen, damit eine gewisse zukünftige Abschreckung bewirken und dabei gleichzeitig nicht die beruflichen Chancen für die Zukunft verstellen. In seiner Wirkung käme ein solches Abberufungsverlangen einer letzten Warnung vor weitgreifenderen Tätigkeitsverboten nahe. Darüber hinaus kann die bloße Abberufung in manchen Fällen – ähnlich wie im Bankaufsichtsrecht – als milderes Mittel im Vergleich zu Maßnahmen gegenüber der Gesellschaft Sinn machen. Zu denken ist dabei vor allem an die Fälle im Kapitalmarktrecht, in denen die Marktzulassung einer Gesellschaft widerrufen werden könnte.[1782]

Für den Bereich der Tätigkeitsverbote in Folge von Straftaten kann man sich hingegen auf den ersten Blick schwer vorstellen, dass ein alleiniges Abberufungsverlangen ausreichend sein kann. Bedenkt man jedoch, dass auch Straftaten zum Teil fahrlässig verwirklicht worden sein können[1783], dann sollte man die theoretische Möglichkeit eines alleinigen Abberufungsverlangens auch hier für nicht vorsätzliche Straftaten offen halten.

[1780] Vgl. für England oben S. 111 und für das KWG oben S. 236.

[1781] Ein wenig Unklarheit besteht insoweit bislang noch im Bankaufsichtsrecht. Vgl. S. 236f.

[1782] Denkbar z.B., wenn Unzulänglichkeiten bei der Zwischenberichterstattung auftreten, vgl. § 43 S. 2 BörsG.

[1783] Vgl. die fahrlässig zu verwirklichenden Insolvenzdelikte (vgl. §§ 283 Abs. 4, 5; 283b Abs. 2 StGB) und die §§ 84 GmbHG, 401 AktG, die ebenfalls fahrlässig verwirklicht werden können.

Darüber hinaus sollte man bei in die Zukunft gerichteten Tätigkeitsverboten im Hinblick auf die erfassten Gesellschaften Differenzierungsmöglichkeiten vorsehen. Auf diese Weise wäre es möglich, in jedem Einzelfall eine möglichst angemessene Kombination von präventivem Gehalt und abschreckendem Charakter sicherzustellen. Denkbar ist beispielsweise, bei kapitalmarktaktiven Geschäftsleitern ein Verbot allein auf kapitalmarktorientierte Gesellschaften zu erstrecken.

IV. Publizität des Tätigkeitsverbotes

Ein ganz wesentlicher Baustein im Gesamtsystem von Verboten gegenüber Geschäftsleitern besteht darin, die Verbote der breiten Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Das gebietet sich unter dem Blickwinkel der Abschreckung unter mehreren Gesichtspunkten. Zum einen wirkt die Darstellung des Verbotes in der Öffentlichkeit für den betroffenen Geschäftsleiter abschreckend, weil er durch die Prangerwirkung um seine Reputation fürchten muss. Darüber hinaus dient die Information der Öffentlichkeit aber auch dazu, andere Personen vor Fehlverhalten abzuschrecken. Wie insbesondere die Erfahrungen im englischen Recht zeigen, hängt die Abschreckungswirkung zu einem Großteil davon ab, dass andere Personen über die Möglichkeit von Tätigkeitspersonen überhaupt informiert sind.[1784] Bislang kennen vor allem das deutsche Gewerberecht und das Bankaufsichtsrecht die Möglichkeit, einen Bezug zur Öffentlichkeit herzustellen. In beiden Fällen werden Verbote im Gewerbezentralregister aufgenommen.[1785] Auch strafrechtliche Berufsverbote werden registerrechtlich erfasst[1786]. Anders als im Gewerbezentralregister besteht für private Dritte aber kein Einsichtsrecht.[1787]

Im Hinblick auf mögliche Tätigkeitsverbote sollte man die handelsrechtlichen Ressourcen nutzen und eine Eintragung von Tätigkeitsverboten im Handelsregister vorsehen. Darüber hinaus bietet sich vor allem bei den kapitalmarktaktiven Gesellschaften an, die zentrale Stelle der BaFin auszunutzen, und über diese für Publizität zu sorgen. Vorstellen könnte man sich z.B. ein System wie in England, wo über das *Companies House* ein

---

[1784] Vgl. oben S. 139 mit Fn. 829.
[1785] Vgl. § 149 Abs. 2 Nr. 1b GewO.
[1786] Siehe § 4 BZRG.
[1787] Siehe nur http://www.bundeszentralregister.de/bzr/bzr4.htm. Für das Gewerberecht vgl. § 150 GewO.

Verzeichnis mit Namen der disqualifizierten Personen geführt wird, das für jedermann öffentlich einsehbar ist und in dem Informationen über die Dauer und die Rechtsgrundlage des Verbotes ersichtlich sind.[1788]

v. Zwischenergebnis zum Verfahren

Für den Bereich der Tätigkeitsverbote infolge von Straftaten sollte das Strafgericht, das die strafrechtliche Verurteilung vorgenommen hat, über das Tätigkeitsverbot befinden. Dessen Voraussetzungen sind jedoch nicht mit der Maßregel des § 70 StGB zu verwechseln. Für den Bereich der Informationen und der Publizität stellen sich bei den kapitalmarktrechtlichen Tatbeständen bei der Informationsbeschaffung teilweise Probleme. Eine Anbindung des Verfahrens an die BaFin liegt auf der Hand. Probleme bereitet auch der Bereich des Gesellschaftsrechtes. Hier verursacht im Bereich inhaltlicher Mängel zum einen die Informationsbeschaffung Kopfzerbrechen. Daneben steht die verfahrensrechtliche Absicherung insgesamt auf unsicherem Boden. Eine geeignete Behörde fehlt bislang. Daher spricht einiges für eine Anbindung an die Registergerichte. Sowohl eine behördliche als auch eine gerichtliche Lösung erfordern jedoch erhebliche finanzielle und personelle Ressourcen, um der Menge der Gesellschaften Herr zu werden.

Wenn die hier beschriebenen Voraussetzungen für ein Tätigkeitsverbot erfüllt sind, sollte der zuständigen Stelle kein weiteres Entschließungsermessen eingeräumt werden. Sinnvoll ist hingegen ein Auswahlermessen, durch das bei nicht vorsätzlich handelnden Geschäftsführern der Rückgriff auf eine bloße Abberufung möglich ist. Die Wirksamkeit möglicher Tätigkeitsverbote hängt insgesamt zu einem beachtlichen Teil davon ab, dass die Verbote in das Bewusstsein der breiten Öffentlichkeit gelangen.

t. Fragen der Rechtsfolge

Auf der Rechtsfolgenseite spielt vor allem ein Rolle, auf welche Tätigkeiten sich ein Verbot erstreckt, wie lange es verhängt werden kann und wie man Verstöße sanktionieren will.

[1788] Siehe http://www.companieshouse.gov.uk/ddir/. Die Informationen sind für jedermann über das Internet abrufbar. Zu den Vorzügen des modernen englischen Registerwesens vgl. *Gernoth*, BB 2004, 837, 841ff.

I. Sachlicher Umfang des Verbotes

Die Reichweite möglicher Tätigkeitsverbote hängt entscheidend davon ab, ob man sie auf die Funktion der Geschäftsleitung im rechtlichen Sinne beschränkt oder ob man auf der Rechtsfolgenseite eines Verbotes Ausweitungen auf andere Tätigkeiten und auf Umgehungskonstellationen zulässt.

1. Handeln als Geschäftsleiter

Bei der Frage, welche Tätigkeiten einem Geschäftsleiter nach einem Verbot untersagt sind, hält das englische Recht den umfangreichsten Ansatz bereit. Durch die Ausweitung des Verbotes über die Tätigkeit als Direktor hinaus auf die Gründung und sogar das Management einer Gesellschaft ist es dem Betroffenen faktisch unmöglich, eine einflussreiche Stelle im Umfeld einer Gesellschaft einzunehmen.[1789] Weniger umfangreich gestaltet sich das Verbot in den USA. Dieses ist zwar auch nicht auf den Begriff des *director* beschränkt, umfasst daneben jedoch nur noch die Stellung als *officer*.[1790] Es unterscheidet sich vom englischen Modell vor allem dadurch, dass sich das Verbot nur auf den Bereich der *Leitung* einer Gesellschaft beschränkt, während in England vor allem auch der Bereich der *Gründung* einer Gesellschaft verboten wird. Im deutschen Recht beziehen sich die kapitalgesellschaftsrechtlichen Bestellungshindernisse im GmbHG und im AktG nur auf die Geschäftsleiterstellung bei einer GmbH oder AG. Das gleiche gilt naturgemäß für die hier besprochenen Alternativen von § 70 StGB und § 35 GewO[1791] und auch im Bereich des Bankaufsichtsrechtes[1792].

Auch für weitergehende Tätigkeitsverbote sollte man an dieser Begrenzung auf die Geschäftsleiterstellung einer Gesellschaft festhalten. Zwar ist es überlegenswert, bestimmten Personen die *Gründung* insbesondere einer GmbH zu versagen, wenn zu befürchten steht, dass das Privileg einer juristischen Person missbraucht wird, allerdings wird damit ein eigener Bereich abgeschritten, den man nicht automatisch mit den Geschäftsleitern verbinden sollte. Das englische Recht geht in der Rechtsfolge deshalb

---

[1789] Näher dazu oben S. 102.
[1790] Siehe oben S. 176.
[1791] Siehe oben S. 196f und S. 205. Für eine weitergehende Rechtsfolge hätte schon die Ausgangsfrage anders gestellt werden müssen.
[1792] Vgl. oben Fn. 1274.

so weit, weil ein Großteil betrügerischer Praktiken bei der Errichtung einer *company* durch betrügerische Gesellschafter initiiert wird (Strohmanngründungen, GmbH-Staffetten etc.). Darüber hinaus sind gerade bei den kleinen *companies* ganz häufig Gesellschafter und Geschäftsführer personenidentisch. Würde man nur den Zugang zur Geschäftsleitung verbieten, wäre bei solchen Gesellschaften weiterhin ein großer Anreiz für kriminelle Praktiken vorhanden.

Auch in Deutschland war man sich der Tatsache bewusst, dass vor allem Gründungsschwindel ein Problem der *Gesellschafter* ist. Daher wurde auch hier die nahe liegende Frage gestellt, ob Gesellschafter eine bestimmte Eignung mitbringen müssen.[1793] Im Ergebnis wurde diese Frage jedoch mit der Argumentation abgelehnt, dass die bloße Beteiligung als Gründer keinen Rückschluss auf die tatsächliche Teilnahme an den Geschäften der Gesellschaft zulassen würde.[1794] Diese Argumentation überzeugt vordergründig, denn eine pauschale Wertung aller Fälle ist nicht möglich. Angemessene Ergebnisse lassen sich nur im konkreten Einzelfall erzielen. Immerhin sollte man über die Möglichkeit, jemandem die Gründung einer GmbH oder AG zu verwehren, aber in solchen Fällen nachdenken, in denen der Betroffene in der Vergangenheit tatsächlich als Gesellschafter den Vorteil der beschränkten Haftung bewusst zum Nachteil der Gläubiger ausgenutzt hat. Das muss jedoch einer eigenen Untersuchung vorbehalten bleiben, die vom Weg dieser Arbeit wegführen würde. Für die vorliegende Arbeit können die vermeintlich regelungsbedürftigsten Fälle dann erfasst werden, wenn man den Einfluss ausübenden Gesellschafter als Hintermann ansieht und ihn als faktisches Leitungsorgan in die Rechtsfolge eines *Geschäftsleiter* – Tätigkeitsverbotes einbezieht.[1795]

Wenn man daher Tätigkeitsverbote nur auf die Geschäftsleiterstellung erstreckt, ergibt sich daraus insbesondere – aber nicht nur – im Hinblick auf GmbH–Gesellschafter die Gefahr, dass das Verbot der Geschäftsleitung

---

[1793] *Odersky*, BMJ (Hrsg.), Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Bd. II (1973), Anlage 5, S. 26.

[1794] *Odersky*, BMJ (Hrsg.), Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Bd. II (1973), Anlage 5, S. 29.

[1795] Dazu sogleich unten. Freilich hat man damit noch nicht die vorgelagerten Fälle erfasst, denn der Gesellschafter muss nicht zwangsläufig selbst Geschäftsführer gewesen sein. Solange man aber – wie hier, aber anders als in England – auf der Tatbestandsseite keine Erweiterung auf Umgehungskonstellationen vornimmt, kommt in die Reichweite von Tätigkeitsverboten nur derjenige, der selbst Geschäftsleiter war.

durch Strohmänner umgangen wird.[1796] Bei der GmbH wird diese Gefahr dadurch verstärkt, dass die Gesellschafter weisungsbefugt sind.[1797]

2. Strohmann - Konstellationen

Insbesondere die Problematik der eingesetzten Strohmann-Geschäftsführer drängt zu der Frage, ob man Tätigkeitsverbote nur auf das Geschäftsführungsorgan im rechtlichen Sinne erstrecken sollte. Das englische Recht schlägt in diesem Zusammenhang wiederum den denkbar weitesten Weg ein und umschließt, wenn es von Direktoren handelt, sowohl schon auf der Tatbestandsseite als auch später auf der Rechtsfolgenseite sämtliche Personen, die als *de-facto director* einzuordnen sind[1798] und zumeist auch sogenannte *shadow directors*.[1799] Diese Ausweitung überzeugt, weil sie Umgehungsversuchen zumindest theoretisch entgegenstehen kann. Zwar bewältigt auch eine *rechtliche* Ausweitung auf Umgehungsgestaltungen nicht das Problem, dass man diese Fälle vor allem bei kleinen Gesellschaften *in der Praxis* nur schwer aufdecken kann[1800]; immerhin kann eine Ausweitung im Verbund mit einer empfindlichen Sanktionierung von Verstößen aber dafür sorgen, dass schon der Versuch als solcher in vielen Fällen abgeschreckt wird.[1801]

Das deutsche Recht kennt die Ausweitung auf nicht wirksam bestellte Geschäftsleiter bislang im weiteren Umkreis der kapitalgesellschaftsrechtlichen Bestellungshindernisse bei den Insolvenzdelikten.[1802] Dort ist jedenfalls eine Ausdehnung auf der *Tatbestands*seite möglich, wenn es einen tatsächlichen, aber rechtlich unwirksamen Bestellungsakt gab.[1803] Im

---

[1796] Als Strohmänner können auch andere Personen in Betracht kommen.

[1797] Allerdings müssen die Weisungen in extremen Fällen nichtiger Beschlüsse nicht befolgt werden. Davon sind z.B. Fälle erfasst, in denen gläubigerschützende Vorschriften verletzt würden. Vgl. näher Scholz/*Schneider*, GmbHG, § 43 Rn. 98.

[1798] Das ist Konsequenz von Section 22(4) CDDA, muss jedoch auch wegen der *ratio legis* gelten.

[1799] Zu den Begriffen siehe schon oben S. 19ff. Weil das Gesetz an manchen Stellen ausdrücklich eine Ausweitung des *Tatbestandes* auf *shadow directors* vornimmt (z.B. Section 6(3C) CDDA, ergibt sich im Umkehrschluß, dass dies nicht immer der Fall ist. Für die *Rechtsfolge* eines Verbotes werden solche Fallgestaltungen immer über das *take part in management* erfasst.

[1800] Vgl. mit einem Hinweis auf mögliche Ausweichmanöver z.B. *Stein*, AG 1987, 165, 172. Mit der Befürchtung der Verbotsumgehung im Bereich der nicht im Rampenlicht stehenden kleinen Kapitalgesellschaften auch *Fleischer*, WM 2004, 157, 165. Zum Problem, Verstöße gegen Tätigkeitsverbote in England aufzudecken, vgl. auch schon oben S. 139f mit Fn. 829.

[1801] Zur Sanktionierung vgl. S. 346f. Ein abschreckendes Potential kann sich auch umfangreich entfalten, da die beteiligten Personen bewusst handeln.

[1802] Für eine generelle und weitgehendere Untersuchung der faktischen Geschäftsführung bei Straftaten des GmbHG siehe *Montag*, Faktische Geschäftsführer.

[1803] Vgl. oben S. 214f.

Hintergrund agierende Schattenmänner können im Insolvenzstrafrecht hingegen nicht belangt werden.[1804] Die eigentliche „Strohmann"- Konstellation kennt allerdings das allgemeine Gewerberecht. Dort ist es sogar möglich, auf der *Rechtsfolgenseite* eine Untersagungsverfügung auf den Hintermann zu erstrecken.[1805] Allerdings werden die Überlegungen im Gewerberecht bislang nur auf Untersagungen gegen das Führen eines Gewerbes bezogen, nicht aber auf die hier diskutierten Fälle von Verboten als Geschäftsleiter.[1806] Auch beim allgemeinen strafrechtlichen Berufsverbot werden Umgehungsversuche abgesichert. Das ist dadurch möglich, dass die Berufsausübung durch eine weisungsabhängige Person untersagt wird.[1807] Im Bankaufsichtsrecht hat das Phänomen der Hintermänner hingegen keine Regelung gefunden.

Für den Bereich der *Rechtsfolge* von Tätigkeitsverboten spielen gerade *die* Fälle aus dem weiteren Umfeld der „faktischen Geschäftsleiter" eine Rolle, in denen jemand *bewusst* nicht selbst in Erscheinung treten will, weil er mit einem Verbot belastet ist.[1808] Dieses Verhalten enspricht inhaltlich dem der englischen *shadow directors* und ist in ähnlicher Form bei der GmbH schon seit langer Zeit zu beobachten.[1809] Solche Strohmann-Fälle sollte man gezielt auch mit in die Rechtsfolge eines Tätigkeitsverbotes einbeziehen. Problematisch ist bislang freilich, dass – ähnlich wie im englischen Recht – eine sichere Konturierung, *wann* jemand als Strohmann angesehen werden kann, schwer fällt.[1810]

[1804] Vgl. oben Fn. 1220.

[1805] Vgl. Friauf/*Heß*, GewO, § 35 Rn. 34; *Kienzle*, GewArch 1974, 253, 256; Landmann/Rohmer/*Marcks*, GewO, § 35 Rn. 72. Nicht ganz klar ist, ob man das Verbot auch auf den Strohmann selbst erstrecken kann. Vgl. näher Landmann/Rohmer/*Marcks*, GewO, § 35 Rn. 72.

[1806] Für die Untersagungsverfügung gegen Geschäftsleiter wird nur der Fall diskutiert, dass der usprünglich Gewerbetreibende *eine GmbH* als „Strohmann" benutzt, um weiter tätig werden zu können. (Vgl. Landmann/Rohmer/*Marcks*, GewO, § 35 Rn. 73f) Diese Konstellationen sind aber gerade schon über § 35 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 7a GewO erfasst.

[1807] Vgl. schon oben S. 197.

[1808] Die Strohmannkonstellationen sind nur ein Teil der denkbaren Anwendungsfelder von „faktischen Geschäftsleitern". Vgl. näher *Dierlamm*, NStZ 1996, 153 und *Montag*, Faktische Geschäftsführer, S. 22 sowie *Dinkhoff*, Faktische Geschäftsführer, S. 15 u. 17. Denkbar sind vor allem auch Konstellationen, in denen die Beteiligten unbewusst handeln.

[1809] Vgl. nur BGHZ 31, 258 oder BGHSt 3, 32. Aus jüngerer Zeit auch BGH NJW 2000, 2285.

[1810] Vgl. die allgemeineren Konturierungsversuche bei *Dierlamm*, NStZ 1996, 153, 156f (Wahrnehmung von Geschäftsführeraufgaben, Handeln mit Außenwirkung, Dauer), die aber beim bewussten Strohmann zu kurz greifen. Mit einem Rückgriff auf strukturelle Merkmale des Zivilrechts für den Bereich des Strafrechtes *Montag*, Faktische Geschäftsführer, S 136f. M.E. sollte ein Schwerpunkt wie im englischen Recht bei den *shadow directors* auf die Weisungserteilung und –befolgung sowie auf eine gewisse Dauer gelegt werden.

II. Automatismus im Hinblick auf die organschaftliche Bestellung

Eine grundlegende Frage eines Tätigkeitsverbotes ist auch, ob dieses mit seiner Rechtskraft seine Wirkungen automatisch entfaltet. Die kapitalgesellschaftsrechtlichen Bestellungshindernisse im GmbHG und AktG wirken direkt auf die Bestellung zur Geschäftsleitung. Liegt ein Bestellungshindernis vor, ist eine danach dennoch erfolgte Bestellung sofort wegen § 134 BGB nichtig.[1811] Eine schon zuvor erfolgte Bestellung wird sofort unwirksam.[1812] Daher bedarf es also keiner ausdrücklichen Abberufung mehr.[1813] Anders gestaltet sich die Lage im Bankaufsichtsrecht. Dort wirken weder das Abberufungsverlangen noch das Tätigkeitsverbot direkt auf das Geschäftsleiteramt ein. Die Unwirksamkeit von Handlungen des Geschäftsleiters kann nur dann erreicht werden, wenn diesem *gesellschaftsrechtlich* seine Organstellung entzogen wird.[1814] Ebenso wie im deutschen Bankaufsichtsrecht gestaltet sich die Lage in England. Ein wirksames Tätigkeitsverbot lässt die organschaftliche Stellung unberührt.[1815] Etwas anderes lässt sich nur dann erreichen, wenn der Gesellschaftsvertrag für diesen Fall eine automatische Beendigung der Organstellung vorsieht.

Diese Trennung von Tätigkeitsverbot und Organstellung überzeugt. Ein automatisches Ende der Organstellung nach einem verhängten Tätigkeitsverbot würde einen dogmatischen Bruch darstellen, für den es keine Notwendigkeit gibt. Immerhin ist nach einem verhängten Tätigkeitsverbot eine zeitnahe Abberufung wegen eines wichtigen Grundes möglich.[1816] Darüber hinaus besteht für ein automatisches Ende der Organstellung dann keine große Notwendigkeit, wenn Verstöße gegen Tätigkeitsverbote ausreichend sanktioniert werden.[1817]

III. Dauer

Einige allgemeine Gedanken gebühren auch der Frage, wie lange jemand durch ein Tätigkeitsverbot von einer Geschäftsleiterstellung ferngehalten

---

[1811] Vgl. GroßkommAktG/*Kort*, § 76 Rn. 214, 221.
[1812] Vgl. GroßkommAktG/*Kort*, § 76 Rn. 215.
[1813] Siehe v Godin/*Wilhelmi*, AktG, § 76 Rn. 8; GroßkommAktG/*Kort*, § 76 Rn. 221; *Hüffer*, AktG, § 76 Rn. 27; BayObLG BB 1982, 1508; OLG Frankfurt FGPrax 1995, 42.
[1814] Siehe auch schon oben S. 236f.
[1815] Vgl. oben S. 111.
[1816] Siehe für das Bankaufsichtsrecht schon oben Fn. 1317.
[1817] Dazu unten S. 346f.

werden sollte. Richtet man sich insoweit an den zwei maßgebenden Zielen von Tätigkeitsverboten – dem Schutz anderer und der Abschreckung – aus, lässt sich im Sinne des Präventionsgedankens grundsätzlich festhalten, dass Tätigkeitsverbote nur so lange andauern sollten, wie ein Schutzbedürfnis tatsächlich besteht. Daraus ergibt sich sogleich, dass die Dauer von Tätigkeitsverboten individuell bemessen sein sollte, weil eine Generalisierung nicht möglich ist. Eine generelle Dauer wäre nur dann vertretbar, wenn man das präventive Element von Tätigkeitsverboten vollkommen vernachlässigen und nur das abschreckende Moment fördern wollte. Hinsichtlich der Länge von Verboten lässt sich sodann festhalten, dass die Dauer von Tätigkeitsverboten mit der Schwere der Verstöße korrellieren sollte. Das ergibt sich zwar nicht notwendig aus der Sicht der Prävention, denn ob länger Schutz gewährt werden muss, hängt nicht zwingend von der Schwere eines Verstoßes ab; es gebietet sich allerdings im Hinblick auf die Abschreckung. Optimale Abschreckung verwirklicht sich eher, wenn schwerere Verstöße auch längere Verbote nach sich ziehen. In die gleiche Richtung zielt auch die Tendenz, häufigere Verstöße mit längeren Verboten zu bedenken. Genau diese Tendenzen zeigen sich auch in England und den USA. Dort führen schwerere und häufigere Verstöße tendenziell zu längeren Tätigkeitsverboten.[1818]

Der Blick auf das englische Recht sensibilisiert auch für die Frage, ob es bei möglichen Tätigkeitsverboten eine gesetzlich vorgesehene Mindestdauer geben sollte. Diese Frage stellt sich natürlich nur für Tätigkeitsverbote, nicht hingegen für reine Abberufungsverlangen. In England ist bei der praktisch wichtigen Section 6 CDDA mindestens ein Verbot von zwei Jahren auszusprechen.[1819] Eine ähnliche Regelung findet sich in Deutschland beim strafrechtlichen Berufsverbot, wo das Verbot mindestens für ein Jahr ausgesprochen werden muss.[1820] Aus der Sicht des Schutzcharakters von Tätigkeitsverboten überzeugt diese starre Regelung deshalb nicht, weil sie unterstellt, dass in keinem Fall ein kürzeres Verbot für den Schutz ausreichend wäre. Dabei ist gerade im Hinblick auf den Schutzcharakter eine generelle Bestimmung einer notwendigen Dauer sehr schwer theoretisch durchzuführen. Bedenken könnte man sodann an der

---

[1818] Vgl. für England z.B. bei Section 6 CDDA oben S. 105f und für die USA oben S. 177.
[1819] Siehe S. 90. Bei anderen Tätigkeitsverboten gibt es keine Mindestdauer.
[1820] Vgl. oben S. 196.

Kombination von verwehrtem Entschließungsermessen und Mindestdauer haben.[1821]

Sinnvoll ist eine Mindestdauer aber aus zwei anderen Gründen: Zum einen befördert sie schon im Vorfeld das abschreckende Element, weil potentielle Adressaten von einer sicheren und nicht nur kurzfristigen Beschäftigungssperre ausgehen müssen. Darüber hinaus könnte eine sinnvoll eingefügte Mindestdauer dem langfristigen Schutzcharakter zuarbeiten, weil Geschäftsleiter dann in manchen Fällen wegen der Länge des Verbotes ihre berufliche Perspektive wechseln werden.[1822]

Im Ergebnis scheint es angemessen zu sein, eine Mindestdauer im deutschen Recht für vorsätzliche Verstöße vorzusehen, bei den nichtvorsätzlichen Verstößen hingegen wegen der ohnehin nur eingeschränkten Abschreckung von einer solchen Maßnahme abzusehen.

Eine gewisse Sonderstellung nimmt die Frage ein, ob man auch unbefristete Verbote zulassen sollte. Dem englischen Recht ist ein solches Tätigkeitsverbot auf Lebenszeit fremd, das US-amerikanische Recht kennt diese Möglichkeit hingegen.[1823] Im deutschen Recht findet sich eine vergleichbare Regelung beim strafrechtlichen Berufsverbot, wo über § 70 Abs. 1 Satz 2 StGB ausnahmsweise für immer ein Beruf verboten werden kann.[1824] Sowohl das US-amerikanische Recht als auch das deutsche Maßregelrecht legen jedoch nahe, dass unbegrenzte Tätigkeitsverbote nur in absoluten Ausnahmefällen und unter extremen Voraussetzungen möglich sein sollten.[1825] Vorstellbar wäre dies allenfalls bei mehrfachen Verstößen vorsätzlicher Art, wenn beispielsweise frühere Tätigkeitsverbote wirkungslos verstrichen sind.

IV. Ahndung von Verstößen gegen Verbote

Eine letzte, und gerade im Hinblick auf die abschreckende Wirkung von Tätigkeitsverboten wichtige Frage der Rechtsfolge ist, wie man Verstöße

---

[1821] Wenn man –wie vorgeschlagen- kein Entschließungsermessen gewährt (oben S. 334), dann führt beispielsweise jede der vorgeschlagenen Straftaten, soweit vorsätzlich verwirklicht, sicher zu einem Tätigkeitsverbot mit Mindestdauer. Dagegen könnte man einwenden, dass das einem automatischen Verbot sehr nahe kommt.

[1822] Mit dieser Hoffnung argumentierte man schon bei der Ausarbeitung von § 70 StGB. Vgl. oben Fn. 1124.

[1823] Vgl. für Beispiele nur oben Fn. 1037.

[1824] Siehe schon oben S. 196. Theoretisch denkbar ist ein dauerhaftes Verbot mangels abweichender gesetzlicher Regelung auch bei § 36 KWG.

[1825] Vgl. für die USA oben S. 171 und für § 70 StGB oben S. 196.

gegen Tätigkeitsverbote sanktionieren kann. Die kapitalgesellschaftsrechtlichen Bestellungshindernisse selbst halten insoweit keine eigenen Sanktionen bereit. Die wichtigste Konsequenz einer trotz Bestellungshindernis erfolgten Bestellung ist lediglich, dass diese über § 134 BGB nichtig ist.[1826] Direkte persönliche Konsequenzen für den Geschäftsleiter hat das freilich nicht. Im allgemeinen Gewerberecht und im speziellen Bankaufsichtsrecht legt der Gesetzgeber die Ahndung von Verstößen gegen Verbote bzw. Untersagungen, als Geschäftsleiter tätig zu werden, in die Hände des Ordnungswidrigkeitenrechtes. Für Verstöße gegen Untersagungen nach § 35 GewO können daher nur die allgemeinen Bestimmungen des OWiG zur Anwendung kommen, was zur Konsequenz hat, dass Bußgelder bis höchstens eintausend Euro verhängt werden können.[1827] Immerhin ist aber eine Strafandrohung bei „beharrlicher" Wiederholung vorgesehen.[1828] Wirksamer im Hinblick auf die Höhe des Bußgeldes scheint für Geschäftsleiter das KWG zu sein. Dort ist es über § 56 Abs. 1 KWG möglich, ein Bußgeld bis zu einer Höhe von fünfhunderttausend Euro zu verhängen.[1829] Was schließlich das strafrechtliche Berufsverbot anlangt, so sind Verstöße über § 145 c StGB mit Strafe bedroht. Beachtlich ist insoweit, dass auch der im Hintergrund agierende Schattenmann von der Strafdrohung erfasst wird.[1830]

Will man über die Sanktionierung von Verstößen *de lege ferenda* nachdenken, so ist zunächst sicher, dass die Wirkkraft der eigentlichen Tätigkeitsverbote mit der Frage steht und fällt, wie wirksam Verstöße gegen Verbote sanktioniert werden können.[1831] Dabei zeigen sowohl der Blick auf das deutsche Recht als auch die Analyse der englischen Regelungen, dass zwei potentiell wirksame Wege gangbar sind: Zum einen kann man den Geschäftsleiter mit empfindlichen finanziellen Forderungen konfrontieren; daneben erscheint es sinnvoll, strafrechtliche Konsequenzen anzudrohen. Die strafrechtliche Drohung macht deshalb Sinn, weil sie über die Wirkkraft eines Tätigkeitsverbotes hinaus noch Potential entfalten kann. Ultimativ droht dem Geschäftsleiter auf diesem Wege sogar die Freiheits-

---

[1826] Vgl. OLG Naumburg FGPrax 2000, 121; BayObLG BB 1982, 1508; GroßkommAktG/*Kort*, § 76 Rn. 221; Hachenburg/*Mertens*, GmbHG, § 35 Rn. 17.
[1827] Vgl. § 17 Abs. 1 OWiG.
[1828] Vgl. § 148 Nr. 1 GewO.
[1829] Vgl. § 65 Abs. 4 KWG.
[1830] Vgl. Tröndle/*Fischer*, StGB, § 145c Rn. 4.
[1831] Für Erfahrungen in England vgl. *Hicks*, ACCA Research Report 59, S. 52.

strafe.[1832] Die Androhung finanzieller Einbußen lässt sich – wie im KWG – durch ein Bußgeld oder – wie in England – durch eine persönliche Haftung für die Gesellschaftsschulden gegenüber Gesellschaftsgläubigern umsetzen.[1833] Für das deutsche Recht empfiehlt sich die Anbindung an ein empfindliches Bußgeld deshalb, weil eine persönliche Außenhaftung *für Gesellschaftsschulden* im dogmatischen Gebäude des Gesellschaftsrechtes einen Fremdkörper darstellen würde.[1834] Darüber hinaus wäre so der Gleichlauf zum Bankaufsichtsrecht hergestellt.

v. Zwischenergebnis zur Rechtsfolge

Will man die Überlegungen im Bereich der Rechtsfolge zusammenfassen, dann sollten Tätigkeitsverbote auf die Funktion der Geschäftsleitung beschränkt werden. Allerdings gebietet sich eine Ausweitung auf Umgehungsgestaltungen, indem auch Strohmann-Fälle verboten werden. Wichtig ist eine wirksame Sanktionierung, falls gegen Tätigkeitsverbote verstoßen wurde. Im Hinblick auf die Dauer von Verboten gebietet sich eine flexible Lösung; eine Mindestdauer ist für den Bereich der vorsätzlich handelnden Geschäftsleiter empfehlenswert. Für diesen Bereich sollte man in extremen Ausnahmefällen auch die Tür für dauerhafte Tätigkeitsverbote offen halten. Abzulehnen ist hingegen ein Automatismus im Hinblick auf die organschaftliche Bestellung.

u. Verfassungsrechtliche Würdigung

Wie bei fast jeder einschneidenden Maßnahme in die Freiheit einer Person schwebt auch über Bestellungshindernissen, strafrechtlichen Berufsverboten und allgemeinen Tätigkeitsverboten das Damoklesschwert der Verfassungswidrigkeit. Zu untersuchen ist daher zum einen, ob die geltenden Bestimmungen den Anforderungen des Grundgesetzes genügen und sodann, ob die weitergehenden Überlegungen einer verfassungsrechtlichen Prüfung standhalten würden.

[1832] Für den Vorteil der Freiheitsstrafe gegenüber der Geldstrafe als letztmöglicher Sanktion im Bereich der Wirtschaftskriminalität schon *Tiedemann*, Juristentagsgutachten, C 90.

[1833] Siehe für England oben S. 124.

[1834] Das bedeutet natürlich nicht, dass eine Außenhaftung generell abzulehnen ist. Vgl. zu einem solchen Vorschlag in jüngerer Zeit z.B. *Fleischer*, Juristentagsgutachten, F 102 für den Bereich des Kapitalmarktes.

I. Verfassungsmäßigkeit bestehender Vorschriften

Im Hinblick auf die bislang bestehenden Vorschriften, mittels derer die zukünftige Ausübung eines Geschäftsleiteramtes verhindert werden kann, drängt vor allem das Bestellungshindernis infolge einer Insolvenzstraftat (§§ 6 Abs. 2 Satz 2 GmbHG, 76 Abs. 3 Satz 2 AktG) auf das Parkett der verfassungsrechtlichen Analyse.[1835] Namentlich von *Stein* wurden schon frühzeitig schwerwiegende Bedenken dagegen erhoben, ob dieses Bestellungshindernis mit Art. 3 und Art. 12 GG vereinbar ist.[1836] Unter dem Blickwinkel des allgemeinen Gleichheitssatzes nötigt das Bestellungshindernis deshalb zu näherem Hinsehen, weil die *alleinige* Anbindung an die Insolvenzdelikte und das Außerachtlassen *anderer* Straftaten nicht ohne weiteres einleuchtet. Der Prüfungsmaßstab von Art. 3 GG, und darüber hinaus von Art. 12 GG drängt sich auch deshalb auf, weil durch das Bestellungshindernis *sämtlichen* Insolvenzdelikten das automatische fünfjährige Verbot folgt, obwohl unter dem Dach der Insolvenzdelikte unterschiedlichste Handlungsformen und Unrechtsgehalte vereint sind.[1837]

Was zunächst die alleinige Berücksichtigung der Insolvenzdelikte betrifft, so lässt sich der Entstehungsgeschichte allein entnehmen, dass diese „bedeutungsvoll“ sein sollen und die Persönlichkeit „in eindeutiger Weise“ charakterisiert wird.[1838] Offensichtlich übersehen wurde aber der praktisch ebenso bedeutsame Bereich[1839] der §§ 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG, 401 Abs. 1 Nr. 2 AktG, in dem die Insolvenzverschleppung unter Strafe gestellt wird.[1840] Wie *Stein* mustergültig nachweist, bestehen zwischen den Insolvenzdelikten einerseits und der Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung andererseits hinsichtlich Deliktstyp, geschütztem Rechtsgut, Täterkreis, Deliktscharakter und Strafrahmen keine wesentlichen Unter-

---

[1835] Keine Bedenken bestehen hingegen bei § 70 StGB und dem daran angebundenen kapitalgesellschaftsrechtlichen Bestellungshindernis. Vgl. dazu schon BVerfGE 25, 88, 101 (zu § 42 StGB a.F.) und näher GroßkommStGB/*Tiedemann*, § 70 Rn. 3 m.w.N.
Bedenken bestehen ebenso wenig bei § 35 GewO und dem daran angebundenen kapitalgesellschaftsrechtliche Bestellungshindernis. Vgl. dazu schon BVerfGE 7, 377 und BVerwG GewArch 1996, 411.

[1836] Vgl. *Stein*, AG 1987, 165ff, die ihre Prüfung zunächst am GmbHG orientiert, ihre Schlussfolgerungen aber sodann auf das AktG erstreckt. Zustimmend *Voerste*, AG 1987, 376; zweifelnd auch KölnerKommAktG/*Mertens*, § 76 Rn. 106 sowie MüKoAktG/*Hefermehl/Spindler/Kalss*, § 76 Rn. 92; zurückhaltender hingegen OLG Naumburg, GmbHR 2000, 378, 380; *Michalski/Heyder*, GmbHG, § 6 Rn. 21; *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG, § 6 Rn. 16; Scholz/*Schneider*, GmbHG, § 6 Rn. 20.

[1837] Dazu schon ausführlich oben S. 208ff.

[1838] Vgl. *BMJ (Hrsg.)*, Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Bd. III (1973), S. 27. Siehe auch schon oben S. 184.

[1839] Zur Relevanz in der Praxis vgl. *Stein*, AG 1987, 165, 170f.

[1840] Zu diesen Delikten schon oben S. 264ff.

schiede.[1841] Auch in der Praxis der Strafverfolgung spielen beide Deliktsgruppen annähernd die gleiche Rolle.[1842] Unter dem Blickwinkel von Art. 3 GG, der den Gesetzgeber selbst bindet[1843], muss sich dieser deshalb fragen lassen, ob es für die Ungleichbehandlung der im Wesentlichen vergleichbaren Straftatbestände einen sachlichen Grund gibt. Selbst wenn man den Erwägungsspielraum des Gesetzgebers bis an die Grenze der willkürlichen Ungleichbehandlung ausdehnen wollte[1844], lässt sich hier kein solcher sachlicher Grund ausmachen. Der Gesetzgeber scheint von seinem Erwägungsspielraum vielmehr gar keinen Gebrauch gemacht zu haben.[1845] Im Ergebnis ist die alleinige Anbindung an die Insolvenzdelikte daher mit Art. 3 GG nicht zu vereinbaren.

Einiges Kopfzerbrechen bereitet auch der Ansatz des Gesetzgebers, ausnahmslos *alle* Insolvenzdelikte der §§ 283 – 283d StGB dem automatischen und in allen Fällen fünfjährigen Bestellungshindernis zuzuordnen. Diese Generalisierung muss sich zunächst ebenfalls am Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG messen lassen. Dieser Maßstab drängt sich auf, weil der Gesetzgeber – wie das BVerfG mehrfach betont hat – unter dem Dach von Art. 3 GG nicht wesentlich Ungleiches willkürlich gleich behandeln darf.[1846] Aus den Materialien der Gesetzgebung lässt sich wiederum nicht erkennen, ob der Gesetzgeber bewusst Differenzierungsmöglichkeiten innerhalb der Insolvenzdelikte ausgemessen hat. Erkennbar ist nur, dass *die* Insolvenzdelikte insgesamt den Täter so eindeutig beschreiben können sollen, dass sich ein Bestellungshindernis rechtfertigt.[1847] Bei objektiver Betrachtung der Insolvenzdelikte zeigt sich jedoch, dass das Spektrum der Insolvenzdelikte vom absichtlich handelnden Wirtschaftskriminellen bis

---

[1841] *Stein*, AG 1987, 165, 168f.

[1842] Vgl. für aktuelles Zahlenmaterial die *Polizeiliche Kriminalstatistik* z.B. für 2002 (abrufbar unter: http://www.bka.de/pks/pks2002/index2.html): Insolvenzverschleppung bei GmbH: 6860 erfaßte Fälle; Insolvenzstraftaten: 6146 erfaßte Fälle.

[1843] Vgl. schon BVerfGE 1, 14, 16; siehe auch v.Mangoldt/Klein/*Starck*, GG, Art. 3 Rn. 2.

[1844] Zur negativen Grenzfunktion des allgemeinen Willkürverbotes vgl. v.Mangoldt/Klein/*Starck*, GG, Art. 3 Rn. 12 a.E. Zur beachtlichen Weite des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraumes vgl. v.Mangoldt/Klein/*Starck*, GG, Art. 3 Rn. 44.

[1845] Auch für *objektiv* sachliche Gründe ist nichts ersichtlich. Man kann bei der Insolvenzverschleppung insbesondere nicht annehmen, dass der Weg über § 70 StGB einen ausreichenden Ersatz bietet (v.a., weil dieses Verbot gerade nicht automatisch ergeht und fast nie verhängt wird).

[1846] Vgl. zuerst BVerfGE 4, 144, 155; später dann BVerfGE 50, 177, 186; 51, 295, 300; 60, 16, 42.

[1847] Vgl. wiederum *BMJ (Hrsg.)*, Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Bd. III (1973), S. 28. Siehe auch schon oben S. 184.

zum fahrlässig handelnden Einmaltäter reicht.[1848] Legt man das gesetzgeberische Ziel zugrunde, straffälligen Personen den Deckmantel der juristischen Person zu verwehren[1849], so spricht einiges dafür, dass der Gesetzgeber nicht den fahrlässig handelnden Bilanzlaien im Blick hatte, sondern den vorsätzlich handelnden Täter. Dafür spricht unter anderem auch, dass der Reformgesetzgeber immer wieder die Unzulänglichkeit des strafrechtlichen Berufsverbotes nach § 70 StGB angeprangert hat, diese Vorschrift aber ohnehin nur im Bereich der schweren Straftaten zum Zuge kommen konnte.[1850] Vor diesem Hintergrund müsste man die beiden Extremfallgruppen der Insolvenzstraftaten als „wesentlich ungleich" einstufen. Anders ließe sich nur dann argumentieren, wenn es dem Gesetzgeber um eine allgemeine Eignungsprüfung nach englischem Vorbild gegangen wäre, bei der schon die Unfähigkeit an sich für ein Bestellungshindernis fruchtbar gemacht worden wäre. Dann wäre eine Anbindung an sämtliche Insolvenzstraftaten unter dem Blickwinkel der „Gleichheit des kleinsten gemeinsamen Nenners" nachvollziehbar gewesen. Selbst dann wäre jedoch die fünfjährige Dauer in allen Fällen nicht zu rechtfertigen. Nimmt man eine wesentliche Ungleichheit der verschiedenen Insolvenzdelikte an, dann steht die Vereinbarkeit mit Art. 3 GG auf tönernen Füßen. Für einen sachlichen Gleichbehandlungsgrund ließe sich insoweit kein Anhaltspunkt erblicken.

Die Gleichbehandlung aller Insolvenzstraftaten der §§ 283 – 283d StGB im Hinblick auf das Bestellungshindernis müsste auch den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 12 GG genügen. Insoweit kann als gesichert gelten, dass die Betätigung als Geschäftsleiter in den sachlichen Schutzbereich der Berufsfreiheit fällt[1851] und dass es sich bei einem Bestellungshindernis in der Diktion des BVerfG um eine „subjektive Zulas-

---

[1848] Vgl. schon oben S. 207ff. Siehe auch *Stein*, AG 1987, 165, 173: Einerseits die fahrlässige Verwirklichung von § 283 b StGB, andererseits der mehrfach bestrafte betrügerische Bankrotteur.

[1849] Siehe BT-Drucks. 8/1347, S. 31 und *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, Bd. 1 (1976), S. 73; *Heidland*, in: BMJ (Hrsg.), Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Bd. II (1973), Anlage 2, S. 40ff.

[1850] Zum Ganzen schon oben S. 180ff. Ein weiteres Indiz für diese Behauptung ist die Wortwahl von *Tiedemann*, Juristentagsgutachten, C 90 (schon 1972), der die spätere Reformgesetzgebung maßgeblich mitgeprägt hat: „für *schwerwiegende* Fälle und Rückfalltaten vor allem die verschärfte Möglichkeiten von Berufsverboten…erwogen werden".

[1851] Die verfassungsrechtliche Definition des Berufes gleicht der schon oben S. 188ff verwendeten. Vgl. daher zur Anwendung auf die Geschäftsleitung schon dort. Siehe zum Begriff auch BVerfGE 7, 377, 397; BVerfGE 54, 301, 313.

sungsvoraussetzung“ handelt.[1852] Berufsverbote dürfen nur zum Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter angeordnet werden.[1853] Der Zweck des Bestellungshindernisses, wirtschafts*kriminellem* Verhalten unter dem Deckmantel der juristischen Person vorzubeugen, liegt im öffentlichen Interesse.[1854] Dass ein Berufsverbot für Personen, von denen im Geschäftsleiteramt spezifische Gefahren ausgehen, zur Bekämpfung dieser Gefahr geeignet ist, steht außer Frage.[1855] Weniger eindeutig ist jedoch, ob das Bestellungshindernis auch „erforderlich“ und „verhältnismäßig“ ist. Das fünfjährige Bestellungshindernis wäre nicht erforderlich, wenn der Gesetzgeber ein anderes, gleich wirksames, aber die Berufsfreiheit weniger fühlbar einschränkendes Mittel hätte wählen können, um den verfolgten Zweck zu erreichen.[1856] Denkbar ist insoweit eine registerrechtliche Eignungsprüfung im Einzelfall oder aber die Möglichkeit für den potentiellen Geschäftsleiter, seine Eignung trotz strafrechtlicher Verurteilung darzulegen. Beide Möglichkeiten stehen hinter dem *automatischen* Bestellungshindernis aber insoweit zurück, als sie wegen des Zeitverzuges nicht gleich wirksam wären und weil sie enorme Ressourcen verschlingen würden.[1857] Davon einmal abgesehen, würden diese Möglichkeiten rein faktisch einem automatischen Bestellungshindernis gleichkommen, falls die Bestellung keinen Aufschub duldet und anstelle einer aufwendigen Prüfung lieber eine andere Person berufen wird.[1858] Im Hinblick auf die Wirksamkeit lässt sich daher neben einem automatischen Verbot keine Alternative erblicken.[1859] Denkbar wäre aber ein weniger einschneidendes Bestellungshindernis im Hinblick auf die Rechtsfolge. So wäre es dem Gesetzgeber ohne weiteres möglich gewesen, eine stufenförmige Dauer vorzusehen, bei der beispielsweise vorsätzlicher Bankrott

---

[1852] Zur Stufenlehre allgemein Sachs/*Tettinger*, GG, Art. 12 Rn. 100-122 und *Breuer*, in: Handbuch des Staatsrechts, Band VI, § 148 Rn. 7f; v.Mangoldt/Klein/*Manssen*, GG, Art. 12 Rn. 120ff; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 846-859. Zur Einordnung auf der 2. Stufe siehe das Parallelproblem beim Berufsverbot für Rechtsanwälte: BVerfGE 44, 105, 117f; BVerfGE 48, 292, 296; *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 12 Rn. 26.

[1853] Vgl. z.B. BVerfGE 13, 97, 107; BVerfGE 19, 330, 337; 69, 209, 218.

[1854] Zum Wesen der „Wirtschaftskriminalität“ und zum Bezug zum Strafrecht vgl. z.B. *Müller/Wabnitz*, Wirtschaftskriminalität, Vorwort und S. 81; *Albrecht*, in: Wirtschaftskriminalität, S. 102ff; zum typischen Täter siehe *Tiedemann*, Juristentagsgutachten, C 22 (Berufstäter, Situationstäter, Gelegenheitstäter).

[1855] Keine Rolle würde es spielen, wenn nicht *alle* ungeeigneten Personen durch das Bestellungshindernis ausgesiebt würden, da der verfolgte Zweck nicht in Gänze erreicht werden muss. Vgl. v.Mangoldt/Klein/*Manssen*, GG, Art. 12 Rn. 129.

[1856] Siehe z.B. BVerfGE 75, 246, 269 und *Ipsen*, Staatsrecht II, Rn. 638.

[1857] Verwiesen sei nur auf die Erfahrungen in England. Siehe oben S. 139ff.

[1858] Mit diesem Hinweis *Stein*, AG 1987, 165, 173.

[1859] Zu weiteren „Ideen“, die jedoch alle schon im Ansatz nicht zielführend sind, siehe *Stein*, AG 1987, 165, 173f.

zu einem längeren Bestellungshindernis als ein fahrlässiges Bilanzdelikt geführt hätte. Im Ergebnis würde aber auch eine solche Regelung weniger wirksam sein, als ein für alle Fälle langes Verbot, weil die Wahrscheinlichkeit erhöht wird, dass Personen, die eigentlich aussortiert werden müssten, aus dem Raster fallen. Im Ergebnis muss die Regelung daher grundsätzlich als erforderlich eingestuft werden. Höchst fragwürdig ist dieser Schluß aber für den Bereich der mitumfassten *fahrlässig* verwirklichten Straftaten. Ob man unter der Prämisse der „Wirtschafts*kriminalität*" überhaupt Bestellungshindernisse vorsehen kann, wenn jemand fahrlässig handelt, lässt sich mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verneinen.[1860] Genau genommen schließen sich beide Bereiche logisch gegenseitig aus.[1861]

Selbst wenn man die Regelung als erforderlich ansieht, können die dargelegten Wirksamkeitsgesichtspunkte aber unter dem Dach der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne keine Geltung mehr erlangen. Im Widerstreit zwischen der Schwere des Eingriffs einerseits und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe andererseits hat der Gesetzgeber die Grenze der Zumutbarkeit durch die Pauschalregelung überschritten. Das Fehlen jeglicher Abstufung oder Differenzierung kann vor dem Hintergrund der zu bekämpfenden „Wirtschaftskriminalität" nicht als verhältnismäßig angesehen werden. Ein fahrlässig falsch Bilanzierender ist im Hinblick auf Wirtschafts*kriminalität* naturgemäß weniger gefährlich, als der Absichtstäter. Daher gebietet sich sowohl auf Tatbestands- als auch auf der Rechtsfolgenseite eine – im Übrigen praktisch mögliche – Differenzierung. Im Ergebnis erfüllt das Bestellungshindernis daher nicht die Anforderungen des Art. 12 GG.

II. Verfassungsmäßigkeit weitergehender Vorschläge

Steht die Frage der Verfassungsmäßigkeit der hier gemachten Vorschläge im Raum, so muss Ausgangspunkt aller weiteren Überlegungen die Feststellung sein, dass die Verfassungsmäßigkeit zu einem Großteil vom ver-

---

[1860] Vgl. zum Begriff der „Wirtschaftskriminalität" Fn. 1854. Ein letzter Anker der Argumentation zur „Erforderlichkeit" wäre der Hinweis, die Ausweitung auf Fahrlässigkeit folge aus dem praktischen Problem, dass Vorsatz faktisch kaum nachweisbar ist.

[1861] Zum Widerspruch der Begriffe „Wirtschaftskriminalität" und „fahrlässig" vgl. für den Bereich der Jahresabschlüsse auch *Hauser*, Wirtschaftskriminalität, S. 37-50 (*Schädigungs*handlungen und *Verschleierungs*handlungen).

folgten Zweck der Tätigkeitsverbote abhängt. Während der Reformgesetzgeber 1980 die Bestellungshindernisse als Reaktion auf Wirtschafts*kriminalität* verstanden wissen wollte und insbesondere den Idealfall des absichtlich die Gläubiger schädigenden Straftäters vor Augen hatte[1862], liegt der vorliegenden Arbeit ein weitgreifenderer Ansatz zugrunde: Es geht hier *nicht nur* um den Absichtstäter, der hinter dem Schutzschild einer juristischen Person zum eigenen Vorteil die Gläubiger schädigt, sondern darüber hinaus auch um eine Grundtauglichkeit zum Führen einer Kapitalgesellschaft. Es geht auch nicht primär – wie bei § 70 StGB – um die Gefahr, dass jemand in Zukunft Straftaten begehen könnte.[1863] Im Mittelpunkt der Betrachtung steht vielmehr die Gefahr, dass jemand wegen seiner mangelnden Eignung eine Kapitalgesellschaft nicht so führen kann oder führen können will, dass insbesondere die Belange der Gläubiger und Gesellschafter respektive Anleger ausreichend geachtet werden. Diese Beachtung ist jedoch notwendig, weil das Gebilde der juristischen Person spezifische Eigenheiten aufweist, die nach Schutz Verlangen.[1864] Gläubiger- und Gesellschafter- bzw. Anlegerschutz sind dabei unter dem Blickwinkel des Verfassungsrechtes besonders wichtige Gemeinschaftsgüter.[1865] Immerhin kann der Gesetzgeber solche Gemeinschaftsgüter durch seine wirtschafts- und sozialpolitischen Vorstellungen und Ziele als

---

[1862] Vgl. oben S. 351.

[1863] Straftaten werden hier nur als einer von mehreren Aspekten angesehen, die dafür sprechen, dass jemand eine Kapitalgesellschaft nicht führen können sollte.

[1864] Damit ist im Hinblick auf die Gläubiger vor allem die Gefahr gemeint, dass das unternehmerische Risiko auf diese abgewälzt wird. Im Hinblick auf die Gesellschafter geht es vor allem darum, dass diese ihre Rechte und Interessen nicht ausreichend gegenüber der Geschäftsleitung durchsetzen können. Zu Einzelheiten des Gläubiger- und Gesellschafterschutzes vgl. schon oben S. 243ff und S. 245ff.

[1865] Der Gläubigerschutz ist zentrales Wertungsprinzip des Gesellschaftsrechtes und notwendiges Gegengewicht zur beschränkten Haftung, vgl. nur *Wiedemann*, GesR, Bd I, S. 513ff.
Für den *Gesellschafter*schutz ist die Bedeutung in jüngerer Zeit vor allem unter dem Blickwinkel des Anlegerschutzes herausgearbeitet worden. Vgl. nur im Hinblick auf die Kapitalmärkte *Fleischer*, Juristentagsgutachten, F 19ff und *Kalss*, Anlegerinteressen. Die herausragende Bedeutung zeigt sich auch an den Reformbemühungen des Gesetzgebers. Vgl. dazu nur das 4. FMFG und diesbezüglich Begr. RegE, BT-Drucks. 14/8017, S. 62; eingehend auch *Fleischer*, NJW 2002, 2977. Ebenso das 10-Punkte-Programm der BReg zur Verbesserung der Unternehmensintegrität und des Anlegerschutzes, Pressemitteilung, BB 2003, 693ff mit Erläuterung *Seibert*; kritisch *Kiethe*, ZIP 2003, 707ff.
Fundamentale Bedeutung kommt aber auch dem Schutz des *aktuellen* Gesellschafters zu, soweit dessen Interessen nicht selbständig geschützt werden können. Die Finanzierungsbereitschaft und das Vertrauen der aktuellen Gesellschafter bilden das Rückgrat einer auf Eigenkapital und Unternehmertum gegründeten Volkswirtschaft.
Der Schutz der Gesellschafter ist in jüngerer Zeit vor allem unter dem Schlagwort *Corporate Governance* in den Blick gerückt worden. Vgl. nur das Transparenz- und Publizitätsgesetz, in Kraft getreten am 26.07.2002, und die Regelung in § 161 AktG. Zum Ganzen auf europäischer Ebene vgl. *Aktionsplan der EU-Kommission*, KOM 2003, 284, abgedruckt in Sonderbeilage NZG 2003, Heft 13.

besonders wichtig herausstreichen.[1866] Tätigkeitsverbote zum Schutze dieser Gemeinschaftsgüter dienen daher zunächst einmal einem *legitimen* Zweck.

Nimmt man diese Aussage als Richtschnur, so wird überhaupt verständlich, warum Tätigkeitsverbote nicht nur den absichtlich Handelnden treffen können sollen. Mit dieser Ausweitung des „Zweckes" lässt sich die verfassungsrechtliche Fragestellung anders als bei den geltenden Bestellungshindernissen beantworten. Vor dem Hintergrund der Berufsfreiheit des Art. 12 GG sind die hier gemachten Vorschläge daher sowohl geeignet als auch erforderlich. Geeignet sind sie vor allem deshalb, weil Personen, die sich in der Vergangenheit nicht in der Lage gezeigt haben, die hier statuierten Anforderungen an eine optimale Unternehmensführung zu erfüllen, in Zukunft von einer Tätigkeit abgehalten werden können. Dadurch entfaltet sich zugunsten der Gläubiger und / oder Gesellschafter ein Schutzmechanismus. Nebenher kann sich, je nach Motivation des (potentiellen) Geschäftsleiters ein Abschreckungsmechanismus entfalten, durch den dann indirekt ebenfalls Schutz gewährt wird. Erforderlich sind Tätigkeitsverbote generell deshalb, weil kein anderes gesetzgeberisches Mittel in der Lage ist, Schutz und Abschreckung durch die Nichtanwesenheit eines Geschäftsleiters zu erzeugen. Speziell sind die hier vorgeschlagenen Tätigkeitsverbote deshalb erforderlich, weil kein abgestufteres System ersichtlich ist, das gleich wirksam arbeiten könnte. Bezogen auf nicht vorsätzlich handelnde Geschäftsleiter ergibt sich die Erforderlichkeit daraus, dass nur so sichergestellt werden kann, dass Personen, die elementarste Anforderungen an die Geschäftsleitung nicht erfüllt haben, in Zukunft zum Schutze der Gläubiger und / oder Gesellschafter / Anleger von einer weiteren Tätigkeit abgehalten werden.

Auch im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne bestehen – anders als bei den geltenden Bestellungshindernissen – keine Bedenken.[1867] So geht es nicht um *pauschale* Verbote, sondern um ein abgestuftes System, bei dem sowohl auf der Tatbestands- als auch auf der Rechts-

---

[1866] Vgl. dazu und zu der nicht anzunehmenden Begrenzung auf vorstaatliche Gemeinwohlbelange näher *Breuer*, in: Handbuch des Staatsrechts, Band VI, § 148 Rn. 11.

[1867] Im Ergebnis in die gleiche Richtung *Fleischer*, WM 2004, 157, 166. Anders ohne tiefere Erörterung und bezogen auf kapitalmarktrechtliche Bestellungshindernisse *Mülbert*, JZ 2002, 826, 835, der nur den befristeten Entzug der Geschäftsführungsbefugnis zulassen will. Dieser Ansatz verkennt, dass im Außenverhältnis nach wie vor wirksam gehandelt werden könnte, und damit der *Schutzcharakter* des Verbotes unterminiert wäre. Nebenher kann eine solche Maßnahme kaum Abschreckung erzeugen.

folgenseite Differenzierungen vorgesehen sind. Während es bei den Voraussetzungen insbesondere auf Häufigkeit, Motivation, Wiederholungsgefahr und Schwere[1868] ankommt, können auf der Rechtsfolgenseite Unterscheidungen im Hinblick auf die Art (Abberufung, Tätigkeitsverbot) und die Dauer[1869] vorgenommen werden. Darüber hinaus geht es hier nicht um eine unbestimmte Eignungsprüfung, sondern um klar umrissene Tatbestände, so dass auch das rechtsstaatliche Gebot der Normenklarheit beachtet wird. Nach alledem sollten die Anforderungen an Art. 12 GG und die Berufsfreiheit gewahrt bleiben.[1870]

Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die hier erörterten denkbaren Tätigkeitsverbote drängen sich auch nicht aus dem Blickwinkel von Art. 3 GG auf. Es geht zunächst weder um eine alleinige Berücksichtigung von Insolvenzstraftaten, sondern um einen breiter angelegten tatbestandlichen Zugriff. Vor dem Hintergrund des verfolgten legitimen Zweckes von Tätigkeitsverboten scheidet eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung wesentlich gleicher Fallgruppen aus. Aber auch umgekehrt kommt es nicht zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Gleichbehandlung wesentlich ungleicher Fallgestaltungen. Vielmehr wird bei den Voraussetzungen und bei der Rechtsfolge der erfassten Fälle klar differenziert.[1871]

Bedenken könnte man im Hinblick auf Art. 3 GG allenfalls dann haben, wenn man von den hier dargestellten Möglichkeiten für Tätigkeitsverbote nur einen Teil berücksichtigt. Das wäre vor allem denkbar, wenn man aus Kosten – Nutzen – Erwägungen heraus Tätigkeitsverbote für den Bereich des Gesellschaftsrechtes nur zum Teil vorsieht – naheliegend zum einen wegen der verfahrensrechtlichen Schwierigkeiten, inhaltliche Unrichtigkeiten bei der Rechnungslegung ordnungsgemäß erfassen zu können und zum anderen, weil das Verfahren der Tätigkeitsverbote selbst enorme Ressourcen verschlingt.[1872] Selbst dann stünde dem Gesetzgeber aber bei

---

[1868] Auf dieses Erfordernis wurde von der Verfassungsrechtsprechung in anderem Zusammenhang abgestellt, siehe BVerfGE 66, 337, 355 und BVerfGE 72, 26, 33f sowie BVerfGE 69, 233, 244.

[1869] An anderer Stelle gebietet die verfassungsrechtliche Spruchpraxis eine zeitliche Befristung, siehe z.B. BVerfGE 66, 337, 359-362.

[1870] Im Ergebnis in die gleiche Richtung *Fleischer*, WM 2004, 157, 166.

[1871] Welche Auswirkungen sich für die *de lege lata* gleich behandelten Insolvenzdelikte ergeben würden, wurde für den Bereich des Tatbestandes schon oben S. 321f dargestellt.

[1872] Zu den Schwierigkeiten schon oben S. 325ff.

Art. 3 GG noch immer eine weite Einschätzungsprärogative zu.[1873] Strukturell begründete Differenzierungen wird man insoweit kaum als willkürlich ansehen können.

III. Ergebnis zur verfassungsrechtlichen Würdigung

Für das geltende Bestellungshindernis infolge einer Insolvenzstraftat ergeben sich verfassungsrechtliche Verwerfungen sowohl im Hinblick auf Art. 3 GG als auch bei Art. 12 GG. Die hier gemachten weitergehenden Vorschläge sollten demgegenüber mit der Verfassung vereinbar sein.

V. Europäischer Kontext

Unabhängig von verfassungsrechtlichen Erwägungen auf nationaler Ebene werden die Überlegungen zu Tätigkeitsverboten vor allem auch durch den europäischen Rahmen geprägt.[1874] Von Interesse ist hierbei vorrangig, welche praktischen Auswirkungen sich aus dieser Erweiterung des Horizontes für die *Umsetzung* von Tätigkeitsverboten ergeben.[1875] Für den Bereich des Gesellschaftsrechtes steht zu erwarten, dass nationale und auf deutsche Kapitalgesellschaften beschränkte Tätigkeitsverbote durch andere europäische Gesellschaftsformen ausgehebelt werden könnten. Das gilt spätestens, seitdem mit der jüngeren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) zur Niederlassungsfreiheit gemäß Artt. 43, 48 EG der Wettstreit der Gesellschaftsrechte eröffnet worden ist.[1876] So wird es in Zukunft häufiger vorkommen, dass beispielsweise eine spanische Kapitalgesellschaft auf dem deutschen Markt agiert.[1877] Will nun der deutsche Gesetzgeber verhindern, dass eine Person, der die Leitungstätigkeit deutscher Kapitalgesellschaften untersagt wurde, als Leitungsperson einer ausländischen Kapitalgesellschaft auf dem deutschen Markt tätig wird, dann kann er nur versuchen, deutsche Tätigkeitsverbote auch auf

---

[1873] Vgl. z.B. Sachs/*Osterloh*, GG, Art. 3 Rn. 10.

[1874] Nebenher gilt es, vor allem im Bereich des Kapitalmarktes die *internationale* Dimension im Auge zu behalten. Zum Ziel europäischer Gesetzgebung in diese Richtung vgl. *Merkt*, RIW 2004, 1, 2.

[1875] Daneben stellt sich die grundsätzlichere Frage, ob Tätigkeitsverbote generell mit dem europäischen Recht vereinbar sind. Für die hier gemachten Vorschläge lässt sich eine Europarechtswidrigkeit nicht erkennen.

[1876] Vgl. zuletzt EuGHE 1999 S.I-1459 (1485ff) („Centros“) und EuGH, Rs. C-167/01, ZIP 2003, 1885ff („Inspire Art“). Zu ersterem statt vieler *Lutter*, BB 2003, 7ff und *Zimmer*, BB 2003, 1ff sowie *Leible/Hoffmann*, RIW 2002, 925ff. Zu letzterem statt vieler *Drygala*, EWiR 2003, 1029f und *Horn*, NJW 2004, 893ff sowie *Maul/Schmidt*, BB 2003, 2297ff; *Stoller*, JuS 2003, 846 und *Zimmer*, NJW 2003, 3585ff.

[1877] Vgl. z.B. *Bayer*, BB 2004, 1, 5.

solche ausländischen Gesellschaften zu erstrecken, die auf dem deutschen Markt tätig werden. Eine vergleichbare Entwicklung ließ sich schon bei den englischen *disqualifications* beobachten: Der englische Gesetzgeber, der schon vor *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art* der Gründungstheorie verhaftet war[1878], musste sich seit jeher mit Umgehungsgestaltungen auseinandersetzen.[1879] Im Ergebnis hat er das Problem gelöst, indem er Tätigkeitsverbote nicht vor englischen *companies* halt machen lässt, sondern eine Ausweitung auf alle Gesellschaften mit limitierter Haftung vorsieht, sofern sie am englischen Markt agieren.[1880]

Wenn der deutsche Gesetzgeber diesem Modell folgt, dann stellt sich allerdings die Frage nach der Vereinbarkeit mit europäischem Recht. Insbesondere könnte man erwägen, ob die Begrenzung der potentiell verfügbaren Leitungspersonen bei der in Deutschland tätigen ausländischen Gesellschaft mit deren Niederlassungsfreiheit vereinbar wäre. Da es der Gesellschaft und den Gesellschaftern nach wie vor unbenommen ist, auf dem deutschen Markt tätig zu werden und sich in Deutschland niederzulassen[1881], kann die Niederlassungsfreiheit überhaupt nur eine Rolle spielen, wenn die ausländische Gesellschaft daraus das Recht herleiten könnte, auch Personen, die in Deutschland verbotsbelastet wären, zu engagieren. Geschäftsleiter, die die Gesellschaft „mitbringt", würden von den deutschen Regelungen ja ohnehin nicht erfasst. Diesen Schluß wird man indes kaum ziehen können. Jedenfalls nach bisherigem Verständnis soll die Niederlassungsfreiheit nur dafür sorgen, dass die Gründung *und Leitung* von Unternehmen und Unternehmensteilen möglich ist.[1882] Diese Mög-

---

[1878] Vgl. z.B. *Horn*, NJW 2004, 893, 894 und *Großfeld*, Internationales Unternehmensrecht, S. 28.

[1879] Die Gefahr der Umgehung erkannte schon das House of Lords in den Beratungen zum CDDA. Vgl. *Hansard*, HL Vol 459, cols 571f: „*...Rogues may well use Jersey or other overseas companies to avoid risk of disqualification*".

[1880] Vgl. schon oben S. 111ff.

[1881] Zum Inhalt der Niederlassungsfreiheit (Möglichkeit des Zuzugs ohne weitere Gründungsprozedur) vgl. z.B. *Altmeppen*, NJW 2004, 97, 104. Die vorliegende Arbeit geht gerade auch nicht von Tätigkeitsverboten gegen *Gesellschafter* aus.
Zum Begriff der Niederlassungsfreiheit allgemeiner (Aufnahme und Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit) vgl. *Schnichels*, Niederlassungsfreiheit, S. 27; *Everling*, DB 1990, 1853 und EuGH, Rs. 55/94, Slg. 1995, S. I-4165, Rn. 25 („Gebhard").
Sichergestellt wird die Möglichkeit, sich problemlos in Deutschland niederzulassen, durch die neue EuGH-Rechtsprechung, zuletzt EuGHE 1999 S.I-1459 (1485ff) („Centros") und EuGH, Rs. C-167/01, ZIP 2003, 1885ff („Inspire Art").

[1882] Vgl. EuGH, Rs. C 70/95, Slg. 1997, S. I-3395, Rn 26 ("Sodemare"); EuGH, Rs. C 255/97, Slg. 1999, S. I-2835, Rn. 18 („Pfeiffer") und EuGH, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Rn. 23 ("Gebhard"). Vgl. z.B. auch *Gross*, AG 1990, 530; *Schnichels*, Niederlassungsfreiheit, S. 28; *Stork*, Sitzverlegung, S. 103.
Betroffen wäre die Niederlassungsfreiheit aber wohl, wenn man die Definition von Dauses/*Roth*, Handbuch EU-Wirtschaftsrecht, E.1 Rn. 40 zu Grunde legt: "alle Vorgänge und Tätigkeiten, die die Installation, Organisation

lichkeit verwehren deutsche Tätigkeitsverbote aber (jedenfalls unmittelbar) nicht.[1883] Solange das deutsche Recht Tätigkeitsverbote auf der *Tatbestandsseite* an deutsche Gesellschaften anbindet und nur auf der *Rechtsfolgenseite* aus der Sicht des Adressaten eine Erweiterung auf ausländische Gesellschaften vornimmt, ist das nicht primär eine Frage der Niederlassungsfreiheit der ausländischen Gesellschaft, sondern eine Frage der Rechte *des potentiellen Geschäftsleiters*. Anders würden die Dinge nur dann liegen, wenn das deutsche Recht schon auf der Tatbestandsseite ausländische Gesellschaften in den Anwendungsbereich von Tätigkeitsverboten einbeziehen würde. Dann könnte insbesondere bei einer Gesellschaft, deren „Heimatrecht" keine Tätigkeitsverbote kennt, die Niederlassungsfreiheit tangiert sein.[1884]

Selbst wenn man sich jedoch auf den Standpunkt stellen wollte, dass der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit der ausländischen Gesellschaft tangiert ist, dann hätte jedenfalls nach klassischem Verständnis kein Verstoß vorgelegen. Nach dem ursprünglichen Konzept der „Inländergleichbehandlung" würden bei den hier angedachten Tätigkeitsverboten ausländische Gesellschaften nicht gegenüber inländischen Gesellschaften diskriminiert.[1885]

Allerdings steht diese Argumentation deshalb auf Messers Schneide, weil durch die Weiterentwicklung des Konzeptes der Niederlassungsfreiheit eine konturlose Ausweitung des Anwendungsfeldes eingesetzt hat. Mit der Abkehr von der bloßen „Inländerdiskriminierung" und der Propagierung des „Beschränkungsverbotes" können jetzt nicht mehr nur diskriminierende, sondern auch unterschiedslos auf Ausländer und Inländer angewandte Vorschriften die freie Standortwahl in der EU behindern.[1886]

---

und Unterhaltung einer Niederlassung betreffen". Siehe auch Rn. 44: "auch alle staatlichen Maßnahmen, die nur mittelbar die Aufnahme und Ausübung der Erwerbstätigkeit beeinflussen…*wie auch die Anstellung von Arbeitskräften*".

1883 Für eine eventuelle mittelbare Beeinflussung vgl. Fn. 1882 a.E.

1884 Selbst dann würde nach der weitergedachten Argumentation eines Beobachters nicht zwangsläufig eine Verletzung der Niederlassungsfreiheit vorliegen. Vgl. *Altmeppen*, NJW 2004, 97, 100ff, der auch weiterhin deutsches Recht auf ausländische Gesellschaften anwenden will. Hauptargument ist, der EuGH hätte *diese* Frage gerade nicht erörtert. Dagegen in der Konsequenz z.B. *Schumann*, DB 2004, 743ff und äußerst kritisch *Sandrock*, BB 2004, 897ff.

1885 Vgl. zum Konzept der „Inländergleichbehandlung" statt vieler *Dolzer*, Niederlassungsfreiheit, S. 3ff; *Eyles*, Niederlassungsrecht, S. 71ff; *Everling*, FS von der Groeben, 111, 117; *Fikentscher*, Wirtschaftsrecht, S. 504ff; *Hailbronner*, JuS 1991, 917; *Nachbaur*, EuZW 1991, 470.

1886 Vgl. zum Konzept des „Beschränkungsverbotes" statt vieler *Knobbe-Keuk*, DB 1991, 298; *Knobbe-Keuk*, DB 1990, 2573; *Behrens*, ZGR 1994, 15; *Immenga*, JA 1993, 259 und *Steindorff*, EuR 1988, 19, 32. Siehe zuletzt

Geht man davon aus, dass die hier vorgeschlagenen Tätigkeitsverbote dem „Beschränkungsverbot“ unterfallen würden[1887], dann wäre eine Vereinbarkeit mit dem Europarecht nur anzunehmen, wenn die Beschränkung durch Tätigkeitsverbote einem *höherrangigen Interesse* Deutschlands diente (zwingender Grund des Gemeinwohls), wenn dieses höherrangige Interesse nicht bereits durch EU-Recht geregelt wäre, wenn dieses Interesse durch das Herkunftsland nicht ausreichend geschützt würde und wenn die Tätigkeitsverbote die am wenigsten einschneidende Maßnahme wären (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz).[1888] Der Sache nach kommt das dem *ordre-public*-Vorbehalt nahe, der aus dem deutschen internationalen Privatrecht bekannt ist.[1889] Ob Tätigkeitsverbote diesen Ansprüchen genügen würden, wird man jedenfalls für die europäische Ebene mit realistischer Skepsis versehen müssen.[1890] Für eine Vereinbarkeit mit dem Europarecht spricht abseits dieses Fragenkataloges nur, dass der EuGH die Grundsätze der *Keck*-Rechtsprechung auch auf die Niederlassungsfreiheit ausgedehnt hat, wodurch dem „Beschränkungsverbot“ seinerseits Begrenzungen auferlegt wurden.[1891]

EuGH, Rs. C 255/97, Slg. 1999, S. I-2835, Rn. 18 („Pfeiffer“) und EuGH, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Rn. 23 (“Gebhard“), davor schon EuGH, Rs. C-19/92, Slg. 1993, I-1663 (“Kraus“). Zweifelnd wohl *Lackhoff*, Niederlassungsfreiheit, S. 211ff.

1887 Man könnte versuchen zu argumentieren, dass es sich bei den Tätigkeitsverboten nicht um *spezifische Zugangsbehinderungen* handelt, sondern um eine Maßnahme als Teil eines *integrierten nationalen Ordnungssystems*, und daher nur das Diskriminierungsverbot gilt. Das wird man allerdings schwerlich vertreten können. Zum Ganzen Grabitz/Hilf/*Randelzhofer/Forsthoff*, Art. 43 EGV, Rn. 89 a.E. und 106.

1888 Vgl. ausführlicher z.B. *Schnichels*, Niederlassungsfreiheit, S. 117-120. Etwas andere Begrifflichkeit beim EuGH, vgl. EuGH, Rs. C 255/97, Slg. 1999, S. I-2835 („Pfeiffer“) und EuGH, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Randnr. 37 (“Gebhard“): „Beschränkung verstößt gegen Artikel 52 EG-Vertrag in Verbindung mit Artikel 48 EG, selbst wenn sie in nichtdiskriminierender Weise angewandt wird, es sei denn, dass sie aus zwingenden Gründen des Gemeinwohls gerechtfertigt ist, geeignet ist, die Verwirklichung des verfolgten Zieles zu gewährleisten, und nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist“. Siehe zu den Beschränkungsmöglichkeiten der Niederlassungsfreiheit auch Calliess/Ruffert/*Bröhmer*, EG, Art. 43 Rn. 22ff.

1889 Vgl. von Bar/*Martiny*, S. 211ff. Einen ähnlichen ordre-public-Vorbehalt gibt es auch in Art. 46 EG selbst (Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit). Dessen Voraussetzungen wird man bei Tätigkeitsverboten jedoch nie bejahen können. Vgl. näher zu den Schutzgütern *Brigola*, Grundfreiheiten, S. 30.

1890 Skeptisch wird man schon die Einordnung von Gläuber-, Gesellschafter- und Anlegerschutz als „höherrangiges Interesse“ ansehen müssen. Zur Einordnung der „zwingenden Gründe des Allgemeininteresses“ vgl. ausführlich Grabitz/Hilf/*Randelzhofer/Forsthoff*, vor Art. 39-55 EGV, Rn. 154ff. Immerhin hat der EuGH als solche Gründe anerkannt: das Ansehen der Kapitalmärkte (EuGH, Rs. C-384/93, Slg. 1995, I-1141, 1182 („Alpine Investments“)) und die Lauterkeit des Handelsverkehrs (EuGH, Rs. C-34/95, Slg. 1997, I-3843, 3891 („de Agostini“)).

1891 Vgl. EuGH, Verb Rs. 418-421/93, 460-462/93, 464/93, 9-11/94, 14-15/94, 23-24/94 und 332/94, Slg. 1996, I-2975, Rn. 32 (“Semeraro“). Der EuGH führt aus, eine nationale Regelung könne dann nicht gegen Art. 43 EG verstoßen, wenn sie für alle im Inland tätigen Wirtschaftsteilnehmer gelte, sie ferner nicht die Regelung der Bedingungen für die Niederlassung bezwecke und die beschränkenden Wirkungen zu *ungewiß und mittelbar* seien.
Mit gleichem Ergebnis, aber unter Nichtberücksichtigung der Entscheidung „Semeraro“ (vielmehr unter Zuhilfenahme einer Analogie) *Brigola*, Grundfreiheiten, S. 142.

Der deutsche Gesetzgeber könnte nach alledem eine Ausweitung von Tätigkeitsverboten auf die Organstellung ausländischer, in Deutschland agierender Gesellschaften nur dann *sicher* vornehmen, wenn schon die Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften *an sich* nicht tangiert wäre.

Zu denken ist dann aber auch noch an die Niederlassungsfreiheit der nichtdeutschen *Geschäftsleiter*. Unstreitig ist, dass Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft sich auf Art. 43 EG berufen können.[1892] Allein dadurch, dass das deutsche Recht den Geschäftsleitern einer deutschen Kapitalgesellschaft ein Tätigkeitsverbot erteilt, wird aber nicht die Niederlassungsfreiheit ausländischer Geschäftsleiter berührt. Diesen ist nach wie vor die Leitung einer Kapitalgesellschaft in Deutschland möglich. Selbst wenn sie beispielsweise als Leiter einer holländischen Kapitalgesellschaft in Deutschland Fehlverhalten an den Tag gelegt haben, würde dieses nicht für die Frage nach deutschen Tätigkeitsverboten berücksichtigt werden können. Die Niederlassungsfreiheit kommt aber dann ins Spiel, wenn Ausländer als Geschäftsleiter einer *deutschen* Gesellschaft mit einem Tätigkeitsverbot bedacht würden.[1893] Dann wären wieder die Grenzen des „Beschränkungsverbotes“ zu beachten.

Perspektivisch scheint die *national* verankerte Möglichkeit, Tätigkeitsverbote in der Rechtsfolge auf im Inland tätige ausländische Gesellschaften zu erstrecken, daher nur die zweitbeste Lösung zu sein. Schwenkt man den Blick vom reinen *Gesellschaftsrecht* auf den Bereich der europäischen *Kapitalmärkte* um, dann wird umso deutlicher, wie vorteilhafter eine *europäische* Lösung wäre.[1894] Schon jetzt zeichnen sich die europäischen Kapitalmärkte durch eine weit fortgeschrittene Verflechtung aus und börsennotierte Unternehmen werden immer häufiger länderübergreifend tätig.[1895] Der Schlüssel zum Erfolg nationaler Tätigkeitsverbote wird

---

[1892] Vgl. schon *Everling*, Niederlassungsrecht, S. 16 (zu Art. 52 EGV). Siehe auch *Schnichels*, Niederlassungsfreiheit, S. 31. Selbst wenn man dem nicht folgen will, greift noch immer die Arbeitnehmerfreizügkeit ein, die am gleichen Maßstab wie die Niederlassungsfreiheit zu prüfen ist.

[1893] Auch Ausländer können deutsche Kapitalgesellschaften leiten. Vgl. nur KölnerKommAktG/*Mertens*, § 76 Rn. 101 sowie Baumbach/*Hueck*, GmbHG, § 6 Rn. 9.

[1894] Daher auch die Bestrebungen der EU-Kommission, europaweite Berufsverbote einzuführen. Vgl. Vgl. *Aktionsplan der EU-Kommission zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und zur Verbesserung der Corporate Governance* vom 21.05. 2003, KOM (2003) 284 endg, abgedruckt in: NZG 2003, Sonderbeilage 13 (ausgewiesen als mittelfristige Maßnahme von 2006-2008). Kritisch zur europäischen Dimension und für nationale Lösungen hingegen *Wiesner*, BB 2003, 213, 215.

[1895] Beschleunigend wirkten die Liberalisierung der Wertpapierdienstleistungen, elektronische Marktplätze, die Internationalisierung von Finanzportfolios und nicht zuletzt die Einführung des Euro.

deshalb darin liegen, europarechtliche Vorgaben – z.B. durch eine Richtlinie – zu machen und so europaweit das Fundament für gesellschaftsrechtlich und kapitalmarktrechtlich angebundene Tätigkeitsverbote zu legen. In dem Moment, in dem alle europäischen Gesellschaftsrechte Tätigkeitsverbote kennen, erübrigt sich im nationalen Umfeld die Frage, wie man sich gegen Umgehungen absichern kann. Für den nationalen Bereich stellt sich dann nur noch die Frage, ob man schon im Bereich des *Tatbestandes* auf Fehlverhalten bei anderen, nicht deutschen Kapitalgesellschaften, zurückgreifen können soll.[1896] Das wäre dann der letzte Baustein auf dem Weg zu einem europaweit funktionierenden System von Tätigkeitsverboten. So ließe sich verhindern, dass *ex-post* angebundene Tätigkeitsverbote dazu führen können, dass Personen nach einem Tätigkeitsverbot von einer Rechtsordnung zur nächsten „springen" können.

Im Übrigen zeigt der Gedanke europaweiter Tätigkeitsverbote auch, wie wichtig eine klar konturierte und vergleichbare tatbestandliche Anknüpfung ist. Solange die europäischen Gesellschaftsrechte in ihrem dogmatischen Gedankengebäude unterschiedlichen Strukturen folgen, ist es für den Erfolg von Tätigkeitsverboten wichtig, dass Vergleichbarkeit hergestellt werden kann.[1897] Für die hier vorgestellten Anbindungen an Straftaten und Informations- und Publizitätspflichtverletzungen wäre das ohne weiteres möglich. Würde man sich hingegen auf einen offenen Tatbestand wie den der *unfitness* verlassen, stünde zu befürchten, dass die nationalen Instanzen jeweils unterschiedliche Maßstäbe anlegen könnten.

Vgl. zur Frage europaweiter Wertpapieraufsicht *Wittich*, WM 1999, 1613f und *Kurth*, WM 1998, 1715f. Bislang wurde insbesondere 1997 die FESCO gegründet (nunmehr CESR), nach der schon Standards für die Prüfung der fachlichen Eignung und Zuverlässigkeit bei der Zulassung von Wertpapierfirmen verabschiedet wurden (vgl. http://www.europefesco.org).
Zur Verflechtung der europäischen Kapitalmärkte siehe auch *Merkt*, Juristentagsgutachten, G 15ff; *Roegele*, in: Rolfes, S. 523, 527; *Hopt/Baum*, WM-Sonderbeilage Nr.4/1997, 3ff und *Wymeersch*, 2000 I.C.C.L.J. 481, 493ff. Zur internationalen Dimension vgl. *Bagheri/Nakajima*, 2001 I.C.C.L.J. 49ff.

[1896] Beispielsweise könnte man dann die Feststellung eines englischen Gerichtes zu Straftaten bei der Leitung einer englischen *plc* auch für die Frage heranziehen, ob dieser Person der Zugang zur Leitung einer deutschen Kapitalgesellschaft verwehrt werden kann. Bislang ist dies nicht möglich. Vgl. z.B. KölnerKommAktG/*Mertens*, § 76 Rn. 103.

[1897] Beispielhaft sei auf die Frage des Mindeststammkapitals oder die Struktur der Leitungsebene verwiesen. Annäherungsversuche der europäischen Gesellschaftsrechte gibt es aber immerhin schon insoweit, als man einen einheitlichen *wrongful-trading* – Tatbestand erwägt. Vgl. dazu schon *Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe* (2002), Chapter III, 13. (abgedruckt in: ZIP 2003, 863). Kritisch insoweit *Habersack*, ZHR 2004, 174ff und *Wiesner*, BB 2003, 213, 215.

w. Schlussbetrachtung

Nachdem innerhalb der Rechtsordnungen Englands und der USA untersucht wurde, ob und wie Personen der Zugang zur Geschäftsleitung von Kapitalgesellschaften verwehrt werden kann, erscheint das deutsche Recht in neuem Licht. Während das Studium der deutschen Regelungen aus sich heraus mühsam ist und systematische Erwägungen wegen der eingeschränkten Perspektive allzu oft im Dunkel enden müssen, vermag der Blick über den Tellerrand der eigenen Rechtsordnung den Betrachter in eine neue Perspektive zu erheben. Vom erhobenen Standpunkt der Rechtsvergleichung aus wird zur Gewissheit, was zunächst nur eine vage Vermutung war: Die Regelungen im deutschen Recht decken insgesamt nur einen Teil möglicher Anwendungsfelder für Tätigkeitsverbote ab und lassen darüber hinaus inhaltlich an manchen Stellen Vollständigkeit vermissen. Während die kapitalgesellschaftsrechtlichen Bestellungshindernisse in Deutschland bislang nur die Gläubiger im Blick haben, hat die Untersuchung gezeigt, dass *de lege ferenda* eine Erweiterung zugunsten des Gesellschafter- bzw. Anlegerschutzes geboten erscheint. In diesem Zusammenhang spricht zugleich manches für eine Ausweitung des Betrachtungshorizontes über den Bereich des Gesellschaftsrechtes hinaus bis zum Kapitalmarkt. Die Professionalität der Marktteilnehmer, die hohe Informationsdichte und die institutionelle Durchdringung des Kapitalmarktes bieten viele Anhaltspunkte dafür, dass Tätigkeitsverbote in diesem Bereich ganz besonders wirksam dem Anlegerschutz und damit indirekt der Funktionstüchtigkeit des Kapitalmarktes zuarbeiten können. Rechtsvergleichend steht hier vor allem das US-amerikanische Kapitalmarktrecht Pate. Zum Teil den Anlegerschutz überlagernd ruft auch der Gesellschafterschutz nach Beachtung. Wie die Untersuchung gezeigt hat, sprechen gute Gründe dafür, Tätigkeitsverbote dann zum Schutze der Gesellschafter in Erwägung zu ziehen, wenn deren Interessen nicht adäquat wahrgenommen werden können. Das gilt nicht ausnahmslos für den Kapitalmarkt, ist aber vor allem dort allzu oft mit Händen zu greifen.

Die Untersuchung vor allem des englischen Rechtes hat des Weiteren zu Tage gefördert, dass Tätigkeitsverbote im Hinblick auf die Interessen der Gläubiger einer Gesellschaft eine beachtliche Rolle spielen können. Das deutsche Recht trägt dieser Erkenntnis bislang nicht ausreichend Rechnung. Perspektivisch verspricht jedoch nicht eine Erweiterung der beste-

henden Regelungen das Potential der Tätigkeitsverbote optimal zu entfalten, sondern eine systematische Neuausrichtung.

Wechselt man den Blickwinkel von den Adressaten, in deren Interesse Tätigkeitsverbote angedacht werden sollten und wendet sich einer inhaltlichen Standortbestimmung zu, dann offenbart der vorliegende Rechtsvergleich, dass für das deutsche Recht ein Gesamtsystem möglich ist, in dem sowohl das Gesellschaftsrecht als auch das Kapitalmarktrecht umfasst sind und in dem einige Strukturmerkmale bestehender deutscher Regelungen in ein größeres Raster eingefügt werden müssen. Dieses System basiert auf zwei Grundsäulen: Auf begangenen Straftaten einerseits und auf Tatbeständen, die die Information bzw. Publizität im Blick haben, andererseits. Diese äußerst bedeutsamen Bereiche liefern die Anknüpfung für Tätigkeitsverbote. Daneben lässt sich für alle Fälle, in denen es nicht um vorsätzliche Straftaten geht, über eine sekundäre Eignungsprüfung, die auf den Parametern Häufigkeit, Motivation, Wiederholungsgefahr und Schwere aufbaut, eine Strukturierung der Fälle erreichen.

Vergleicht man dieses System mit den bestehenden deutschen Regelungen, ergeben sich dabei drei grundsätzliche Unterschiede: Bislang setzen die deutschen Regelungen nicht bewusst die Erkenntnis um, dass Tätigkeitsverboten ein enormes abschreckendes Potential innewohnen kann. Darüber hinaus liegt den deutschen Bestellungshindernissen bislang kaum der Gedanke zugrunde, dass Tätigkeitsverbote nicht nur den absichtlich handelnden Wirtschaftskriminellen, sondern auch den unfähigen Geschäftsleiter im Blick haben können.[1898] Zum Dritten treten die kapitalgesellschaftsrechtlichen Bestellungshindernisse in ihrer jetzigen Form automatisch ein, während das hier entwickelte System auf einer Prüfung im Einzelfall beruht.

Fernab aller inhaltlichen Überlegungen hat der vorliegende Rechtsvergleich auch offenbart, dass neben der Frage des tatbestandlichen Zuschnittes von Tätigkeitsverboten ebenso wichtig ist, wie man diese in einem geeigneten Verfahren begleiten kann. Der große Vorteil der bestehenden Bestellungshindernisse liegt darin, dass diese um eine aufwendige Einzelfallprüfung umhin kommen. Wie gezeigt wurde, sorgt aber gerade ein solcher Automatismus für Pauschalierungen, die den optimalen Zu-

[1898] Bislang kommt dieser Gedanke nur bei § 35 GewO und § 36 Abs. 1 KWG zum Ausdruck.

schnitt für den jeweiligen Fall vermissen lassen und die die Grenze der Verfassungsmäßigkeit überschreiten. Für die weitergehenden Vorschläge bereitet der Bereich des Kapitalmarktes keine unüberwindlichen Probleme. Eine große Unbekannte verbirgt sich jedoch im allgemeinen Gesellschaftsrecht, wenn es nicht um Straftaten geht, weil es dort keine der BaFin vergleichbare Institution gibt und die Menge der bestehenden Gesellschaften nach enormen Ressourcen ruft. Unabhängig davon, ob man die Frage der Tätigkeitsverbote in die Hände der Gerichte oder einer zu errichtenden Behörde legen will, wird sich daher im Gesellschaftsrecht an der Frage der Finanzierung Einiges entscheiden.

Wenn Tätigkeitsverbote perspektivisch für den Bereich des deutschen Gesellschaftsrechtes und für den Bereich des Kapitalmarktes erwogen werden, sollte man zu guter Letzt die internationale, zumindest aber die europäische Dimension im Auge behalten. Für den Bereich des deutschen Gesellschaftsrechtes gilt das spätestens, seitdem mit der Anerkennung der Gründungstheorie durch den EuGH der Wettstreit der Gesellschaftsrechte eröffnet worden ist. Deutsche Tätigkeitsverbote, die sich auf deutsche GmbH und Aktiengesellschaften beschränken, drohen spätestens dann in ihrer Wirkkraft begrenzt zu sein, wenn der Adressat eines Verbotes auf adäquate ausländische Gesellschaftsformen ausweichen und diese in Deutschland einsetzen oder sich von ihnen bestellen lassen kann. Nichts anderes gilt schließlich auch im Bereich des Kapitalmarktrechtes, in dem Integrationsbewegungen naturgemäß und schon über einen längeren Zeitraum zu einer Verflechtung der europäischen Finanzmärkte führen und in dem nationale Reformanstrengungen gegen den Strom der europäischen Entwicklung zum Scheitern verurteilt sind.