

**Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften**

---

**Band 15**

**Die Anwendung der  
Strafvorschriften des GmbH-Rechts  
auf faktische Geschäftsführer**

**Von**

**Hans Dieter Montag**



**Duncker & Humblot · Berlin**

**HANS DIETER MONTAG**

**Die Anwendung der Strafvorschriften  
des GmbH-Rechts auf faktische Geschäftsführer**

**Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften**

**Herausgegeben von**

**Hans Joachim Hirsch, Günter Kohlmann**

**Michael Walter, Thomas Weigend**

**Professoren an der Universität zu Köln**

**Band 15**

**Die Anwendung der  
Strafvorschriften des GmbH-Rechts  
auf faktische Geschäftsführer**

**Von**

**Hans Dieter Montag**



**Duncker & Humblot · Berlin**

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Montag, Hans Dieter:**

Die Anwendung der Strafvorschriften des GmbH-Rechts auf  
faktische Geschäftsführer / von Hans Dieter Montag. – Berlin :  
Duncker und Humblot, 1994

(Kölner kriminalwissenschaftliche Schriften ; Bd. 15)

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 1992/93

ISBN 3-428-08139-0

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1994 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0936-2711

ISBN 3-428-08139-0

## Vorwort

Die nachstehende Abhandlung hat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln im Wintersemester 1992/93 als Dissertation vorgelegen. Die mündliche Prüfung fand am 8. Juli 1993 statt. Das Manuskript wurde im Herbst 1992 abgeschlossen. Später erschienene Literatur ist nach Möglichkeit berücksichtigt.

Besonderen Dank für die Erstkorrektur schulde ich meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Günter Kohlmann, der die Anregung für die vorliegende Arbeit gab und durch seine sehr effiziente Betreuung zu ihrem zügigen Abschluß beitrug. Gleichfalls zu danken habe ich Herrn Prof. Dr. Thomas Weigend für die Zweitkorrektur und den Herausgebern für die Aufnahme in die Reihe der Kölner Kriminalwissenschaftlichen Schriften.

Der Verfasser ist inzwischen Rechtsanwalt in Berlin.

Berlin, im Januar 1994

Hans Dieter Montag



# Inhaltsverzeichnis

## *Kapitel 1*

<b>Einleitung und Problemstellung</b>	<b>13</b>
I. Die Strafvorschriften des GmbHG .....	13
1. § 82 GmbHG .....	13
2. § 84 GmbHG .....	16
3. § 85 GmbHG .....	17
II. Der Kreis der potentiellen Normadressaten der Geschäftsführerdelikte .....	18
1. Der zivilrechtlich wirksam bestellte Geschäftsführer .....	18
2. Zur Frage der Täterqualität sog. faktischer Geschäftsführer .....	21
a) Erscheinungsformen faktischer Geschäftsführung .....	22
b) Die Problematik der Einbeziehung faktischer Geschäftsführer in den Normadressatenkreis der Geschäftsführerdelikte .....	23
(1) Fallbeispiel 1 .....	25
(2) Fallbeispiel 2 .....	25
(3) Fallbeispiel 3 .....	26
III. Der Gang der nachfolgenden Untersuchung .....	26

## *Kapitel 2*

<b>Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Strafbarkeit faktischer Organe</b>	<b>28</b>
I. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts .....	28
1. RGSt 16, 269 .....	28
2. RGSt 34, 412 und RGSt 43, 430 .....	30
3. RGSt 43, 407 .....	30
4. RGSt 64, 81 .....	31
5. RG, JW 1934, 696 .....	32
6. RGSt 71, 112 und RG, JW 1935, 2640 .....	33
7. RGSt 72, 187 .....	35
8. Die grundsätzlichen Aussagen der reichsgerichtlichen Rechtsprechung .....	36

II. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs .....	37
1. BGHSt 3, 32 .....	38
2. BGHSt 21, 101 .....	41
3. BGH bei Herlan, GA 1971, 33 .....	43
4. BGHSt 31, 118 .....	43
5. Die grundsätzlichen Aussagen der Rechtsprechung des BGH.....	45
6. Die Anwendung der vom BGH entwickelten Grundsätze in OLG Düsseldorf, NJW 1988, 3166 .....	48

### *Kapitel 3*

#### **Die Kritik des Schrifttums** 49

I. Verstoß gegen das Analogieverbot .....	49
1. Überschreitung des Wortsinns der Täterbeschreibung.....	50
2. Verstoß gegen den Gesetzeszweck .....	52
a) Fehlender Bezug zur Einzelnorm .....	52
b) Gefahr einer kumulativen Strafbarkeitsausweitung .....	53
c) Unmöglichkeit normgemäßen Verhaltens.....	55
3. Nichtbeachtung der „Sperrwirkung“ des § 14 Abs. 3 StGB.....	57
II. Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot .....	61
1. Zur Frage der Erstreckung des Bestimmtheitsgebotes auf die Rechtsprechung .....	62
2. Die Rechtsprechung als Adressat des Gebotes zur verfassungskonformen Auslegung von Rechtsnormen.....	63
3. Zwischenergebnis.....	64
III. Eigene Kritik.....	65

### *Kapitel 4*

#### **Lösungsansätze im Schrifttum** 70

I. Rückgriff auf zivilrechtliche Begriffsinhalte.....	70
II. Die Lehre von der sog. faktischen Betrachtungsweise als Auslegungsmethode.....	73
III. Die Garantentheorie.....	75
IV. Konkursverschleppung als Begehungsdelikt.....	76

Inhaltsverzeichnis	9
--------------------	---

*Kapitel 5*

**Zusammenfassende Stellungnahme und  
Entwicklung eines eigenen Lösungskonzeptes** 79

I. Die Bewertung der bisher angebotenen Lösungen	79
II. Der eigene Lösungsansatz	79
1. Die auszulegenden Tatbestandsmerkmale	80
a) Zur Problematik bei den sog. Verweisungsnormen	80
b) Die Reichweite der Täterbeschreibungen	82
2. Das methodische Vorgehen	82
a) Konkretisierung des Norminhalts durch Auslegung	82
b) Der Umfang des richterlichen Konkretisierungsauftrags	84
c) Besonderheiten bei der Konkretisierung unbestimmter, wertausfüllungsbedürftiger Tatbestandsmerkmale	86
(1) Der Begriff des normativen Tatbestandsmerkmals	86
(2) Die Bedeutung der in Bezug genommenen Werteordnung	87
(3) Zur Rangfolge der Rechtsfindungsmethoden	88
(4) Der Terminus des „unbestimmten Rechtsbegriffs“	88
d) Die Einordnung der Täterbeschreibungen in den Geschäftsführerdelikten	89
e) Zwischenergebnis	91

*Kapitel 6*

**Folgerungen aus der Auslegung  
der strafrechtlichen Vorschriften** 92

I. Einheitliche Bestimmung der Täterbeschreibungen in allen Geschäftsführerdelikten	92
II. Erfordernis eines Bestellungsaktes aufgrund des strafrechtlichen Regelungskonzeptes?	95
1. Argumente aus § 82 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG	95
2. Argumente aus § 84 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG	96
3. Argumente aus § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG	97
III. Erfordernis eines Bestellungsaktes aufgrund zivilrechtlicher Bezüge?	98
1. Zur Frage einer Ersetzung des Bestellungsaktes durch eine „konkludente Bestellung“	99
2. Die Notwendigkeit eines Verzichts auf das Erfordernis eines tatsächlichen Bestellungsaktes	101
IV. Die Herleitung der Kriterien für die richterliche Eigenwertung	102

*Kapitel 7***Die strukturellen Merkmale der  
Geschäftsführerschaft im Zivilrecht** 105

I. Das Konzept der gesetzlichen Regelung.....	105
II. Die unabdingbaren Rechte und Pflichten des Geschäftsführers.....	107
1. Die zwingenden Amtspflichten des Geschäftsführers .....	107
2. Die unentziehbaren Rechte des Geschäftsführers.....	108
3. Die Befugnisse der Geschäftsführers im Außenverhältnis.....	109
III. Die einvernehmliche Zuweisung der organtypischen Befugnisse.....	109
IV. Zwischenergebnis.....	110

*Kapitel 8***Auswirkung der zivilrechtlichen Merkmale  
der Geschäftsführung auf das Strafrecht** 111

I. Die uneingeschränkte Fähigkeit zur Ausübung organtypischer Befugnisse.....	111
1. Die rechtliche und tatsächliche Position des Täters im Unternehmen als Grundlage seiner Befugnisse.....	112
2. Die tatsächlichen Voraussetzungen einer entsprechenden Machtposition.....	112
3. Die Bedeutung dieses Abgrenzungsmerkmals .....	113
II. Die uneingeschränkte Fähigkeit zur rechtsgeschäftlichen Verpflichtung der Gesellschaft.....	113
1. Die tatsächlichen Voraussetzungen einer entsprechenden Machtposition.....	114
2. Die Bedeutung dieses Abgrenzungsmerkmals .....	115
3. Besonderheiten bei der Einflußnahme von Allein- und Mitgesellschaftern.....	116
III. Die einvernehmliche Zuweisung der Organkompetenzen.....	118
1. Die Notwendigkeit eines Einverständnisses der Gesellschafter .....	118
a) Die Notwendigkeit in Hinblick auf das zivilrechtliche Regelungskonzept.....	118
b) Die Notwendigkeit aufgrund des Schutzzwecks des § 85 GmbHG.....	118
c) Die für das Einverständnis notwendige Mehrheit in der Gesellschafterversammlung....	121
2. Die Notwendigkeit eines Einverständnisses auch des Geschäftsführers.....	122
3. Zur Erkennbarkeit der Kompetenzzuweisung.....	122
a) Die Erkennbarkeit innerhalb der Gesellschaft .....	122
b) Zur Erkennbarkeit nach außen.....	123

<b>Inhaltsverzeichnis</b>	<b>11</b>
---------------------------	-----------

*Kapitel 9*

<b>Schlußbetrachtung</b>	<b>125</b>
--------------------------	------------

I. Überprüfung des praktischen Nutzens des erarbeiteten Konzepts.....	125
1. Zu Fallbeispiel 1 .....	126
2. Zu Fallbeispiel 2 .....	127
3. Zu Fallbeispiel 3 .....	127
4. Ergebnis .....	129
II. Überprüfung der neueren Rechtsprechung anhand der vorgeschlagenen Lösung .....	130
1. BGHSt 3, 32 .....	130
2. BGHSt 21, 101 .....	131
3. BGHSt 31, 118 .....	131
4. OLG Düsseldorf, NJW 1988, 3166 .....	132

*Kapitel 10*

<b>Zusammenfassung in Thesen</b>	<b>135</b>
----------------------------------	------------

<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>138</b>
-----------------------------	------------



## *Kapitel 1*

### **Einleitung und Problemstellung**

Die vorliegende Arbeit geht der Frage nach, inwieweit sog. faktische Geschäftsführer einer GmbH taugliche Täter der Strafbestimmungen des GmbHG sein können. Zur Einführung in dieses Thema werden daher zunächst diese Strafnormen ihrem wesentlichen Inhalt nach dargestellt und dann dem Begriff und den Erscheinungsformen faktischer Geschäftsführung gegenübergestellt.

#### **I. Die Strafvorschriften des GmbHG**

Die der GmbH wesenseigene Haftungsbeschränkung auf ihr Gesellschaftsvermögen kann im Wirtschaftsleben zu besonderen Risiken für Außenstehende führen. Um diese Gefahren zu mindern, erlegt das GmbHG neben Gesellschaftern, Aufsichtsratsmitgliedern und Liquidatoren insbesondere den Geschäftsführern der Gesellschaft spezielle Pflichten auf und bedroht besonders gefährliche Verstöße mit Strafe. An dieser Stelle wird ein kurzer Überblick über Regelungsgehalt und Schutzrichtung der Strafbestimmungen des GmbHG gegeben, soweit sich diese an den Geschäftsführer richten. Auf nähere Einzelheiten, die für das vorliegende Thema von Belang sind, wird dann im weiteren Verlauf der Untersuchung im jeweiligen sachlichen Zusammenhang eingegangen.

##### **1. § 82 GmbHG**

§ 82 GmbHG stellt bestimmte unwahre Angaben über die Verhältnisse der Gesellschaft unter Strafe, die in unterschiedlicher Begehungsweise öffentlich gemacht werden, nämlich bei § 82 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 GmbHG sowie bei § 82 Abs. 2 Nr. 1 GmbHG durch Angaben gegenüber dem Registergericht, im Falle des § 82 Abs. 2 Nr. 2 GmbHG durch Angaben gegenüber einem unbegrenzten Personenkreis<sup>1</sup>. Die Vorschriften betreffen dabei in erster Linie Angaben, die im Zuge der Gründung der Gesellschaft oder bei der Veränderung ihrer Kapitalverhältnisse zu machen sind. Daneben richtet sich § 82 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG gegen falsche Angaben über Vorstrafen oder Berufsverbote von Geschäftsführern und § 82 Abs. 2 Nr. 2 GmbHG allgemein gegen eine falsche

---

<sup>1</sup> Tiedemann in Scholz, § 82 GmbHG, Rz 1.

Darstellung oder Verschleierung der Vermögenslage der Gesellschaft<sup>2</sup>. Nach der gesetzgeberischen Konzeption gründen sich nämlich die GmbH betreffende Eintragungen in das Handelsregister auf die gemäß § 78 GmbHG von den Geschäftsführern vorzunehmende Anmeldung und die dazu nach §§ 7, 8 GmbHG erforderlichen Angaben. Deren Richtigkeit wird vom Registergericht im Regelfall jedoch nicht nachgeprüft, sondern soll vielmehr grundsätzlich dadurch sichergestellt werden, daß entsprechende Falschangaben unter Strafe gestellt sind<sup>3</sup>.

So nimmt § 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG (sog. Gründungsschwindel) im wesentlichen stillschweigend auf die Verpflichtungen der Geschäftsführer nach §§ 7, 8 GmbHG Bezug<sup>4</sup>, indem Falschangaben über die in der Vorschrift genannten, für die vermögensmäßige Bewertung der Gesellschaft maßgeblichen Umstände während ihres Gründungsstadiums inkriminiert werden. Dadurch soll in erster Linie die Vortäuschung der Übernahme von Stammeinlagen und die Überbewertung von Sacheinlagen verhindert werden<sup>5</sup>. Daneben enthält § 82 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG (sog. Kapitalerhöhungstäuschung) eine ähnliche, sachlich weitgehend auf § 57 Abs. 2 GmbHG bezogene Regelung<sup>6</sup> für den Fall der Zuführung neuen Eigenkapitals bei einer bereits bestehenden Gesellschaft. Zudem inkriminiert § 82 Abs. 2 Nr. 1 GmbHG (sog. Kapitalherabsetzungsschwindel) in stillschweigendem Zusammenhang mit § 58 Abs. 1 Nr. 4<sup>7</sup> unwahre Angaben bei einer Herabsetzung des Stammkapitals, nämlich im Rahmen der dabei erforderlichen Versicherung über die Befriedigung oder Sicherstellung solcher Gläubiger, die sich bei der Gesellschaft gemeldet und einer Herabsetzung des Stammkapitals nicht zugestimmt haben.

Nicht auf die wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft, sondern auf die persönliche Geeignetheit der Geschäftsführer bezieht sich die Vorschrift des § 82 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG (sog. Eignungstäuschung). Danach sind unwahre Angaben im Rahmen der bei Anmeldung von Geschäftsführern nach §§ 8 Abs. 3 S. 1, 39 Abs. 3 S. 1 GmbHG abzugebenden Versicherung über das Vorliegen der in § 6 Abs. 2 GmbHG genannten Ausschlußgründe für eine Bestellung zum Geschäftsführer, z. B. über eine Vorstrafe wegen eines Konkursdeliktes, strafbar.

§ 82 GmbHG will mit diesen Strafdrohungen verhindern, daß es aufgrund falscher Angaben gegenüber dem Registergericht zu Eintragungen in das

---

<sup>2</sup> Meyer-Landrut in ML, § 82 GmbHG, Rz. 2.

<sup>3</sup> Kohlmann in Hachenburg, § 82 GmbHG, Rz. 15; Tiedemann in Scholz, § 82 GmbHG, Rz. 52.

<sup>4</sup> Tiedemann in Scholz, § 82 GmbHG, Rz. 3.

<sup>5</sup> Tiedemann in Scholz, § 82 GmbHG, Rz. 52.

<sup>6</sup> Meyer-Landrut in ML, § 82 GmbHG, Rz. 6; Kohlmann in Hachenburg, § 82 GmbHG, Rz. 70; Tiedemann in Scholz, § 82 GmbHG, Rz. 109.

<sup>7</sup> Meyer-Landrut in ML, § 82 GmbHG, Rz. 9; Kohlmann in Hachenburg, § 82 GmbHG, Rz. 82; Tiedemann in Scholz, § 82 GmbHG, Rz. 129.

Handelsregister kommt und dadurch die Öffentlichkeit, d. h. Gläubiger, zukünftige Gesellschafter oder andere Personen irregeleitet werden, die mit der Gesellschaft in Rechtsbeziehungen treten wollen und zu ihrer Information über die Verhältnisse der Gesellschaft in das Handelsregister möglicherweise Einblick nehmen<sup>8</sup>. Über § 82 Abs. 2 Nr. 2 GmbHG erstreckt sich dieser Schutz vor falscher Information zudem auch auf öffentliche Mitteilungen über die Lage der Gesellschaft.

Während in den bisher genannten Fällen Adressat der Angaben nämlich jeweils das Registergericht sein mußte, pönalisiert § 82 Abs. 2 Nr. 2 GmbHG die sog. Geschäftsлагetäuschung, d. h. unrichtige Darstellungen oder Verschleierungen der Vermögenslage der Gesellschaft in einer an die Öffentlichkeit gerichteten Mitteilung<sup>9</sup>. Ohne daß dies einer eigenständigen zivilrechtlich normierten Verhaltenspflicht entspricht<sup>10</sup>, macht sich danach strafbar, wer als Geschäftsführer etwa in Pressemitteilungen oder auch in Rundschreiben an alle Gläubiger solche Erklärungen abgibt<sup>11</sup>. In der Praxis kommt dies nicht selten bei Mitteilungen an die Gläubiger im Zuge unseriöser Sanierungsversuche vor<sup>12</sup>.

Durch § 82 GmbHG geschütztes Rechtsgut ist somit das Vertrauen der Gläubiger und der genannten sonstigen Dritten in die Wahrhaftigkeit der Eintragungen und Mitteilungen, die für die Öffentlichkeit wegen der Besonderheiten einer GmbH als Gesellschaftsform, insbesondere der Haftungsbeschränkung auf das vorhandene Gesellschaftsvermögen, von entscheidender Bedeutung sein können<sup>13</sup>.

Die Vorschrift verlangt dabei nicht, daß es zu einer konkreten Gefährdung der geschützten Rechtsgüter kommt<sup>14</sup>. Vielmehr ist sie als abstraktes Gefährdungsdelikt im Vorfeld des Betruges ausgestaltet<sup>15</sup>.

Taugliche Täter können nur die in der Vorschrift genannten Personen sein, so daß es sich insoweit um ein echtes Sonderdelikt handelt<sup>16</sup>. Tathandlung

---

<sup>8</sup> Kohlmann in Hachenburg, § 82 GmbHG, Rz. 14; Fuhrmann in Rowedder, § 82 GmbHG, Rz. 1; Tiedemann in Scholz, § 82 GmbHG, Rz. 8.

<sup>9</sup> Meyer-Landrut in ML, § 82 GmbHG, Rz. 9; Kohlmann in Hachenburg, § 82 GmbHG, Rz. 92; Tiedemann in Scholz, § 82 GmbHG, Rz. 138.

<sup>10</sup> Tiedemann in Scholz, § 82 GmbHG, Rz. 1.

<sup>11</sup> Meyer-Landrut in ML, § 82 GmbHG, Rz. 9.

<sup>12</sup> Meyer-Landrut in ML, § 82 GmbHG, Rz. 9; Richter, GmbHR 1984, 113, 116.

<sup>13</sup> Fuhrmann in Rowedder, § 82 GmbHG, Rz. 1; Tiedemann in Scholz, § 82 GmbHG, Rz. 8ff. Weitergehend sieht Kohlmann in Hachenburg, § 82 GmbHG, Rz. 14, bei § 82 Abs.1 Nr. 4 auch die Gesellschafter als vom Schutzbereich dieses Tatbestandes erfaßt an; dagegen Tiedemann in Scholz, § 82 GmbHG, Rz. 11.

<sup>14</sup> Fuhrmann in Rowedder, § 82 GmbHG, Rz. 1; Tiedemann in Scholz, § 82 GmbHG, Rz. 16f.

<sup>15</sup> Tiedemann in Scholz, § 82 GmbHG, Rz. 16.