

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 150

**Zivilrechtliche Haftung und
strafrechtliche Verantwortung
des GmbH-Geschäftsführers bei
Insolvenzverschleppung**

**Zugleich ein Beitrag
zum ultima ratio-Prinzip**

Von

Dietmar Höffner



Duncker & Humblot · Berlin

DIETMAR HÖFFNER

Zivilrechtliche Haftung und strafrechtliche Verantwortung
des GmbH-Geschäftsführers bei Insolvenzverschleppung

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Begründet von Dr. Eberhard Schmidhäuser (†)
em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Hamburg

Herausgegeben von Dr. Dr. h. c. (Breslau) Friedrich-Christian Schroeder
ord. Prof. der Rechte an der Universität Regensburg

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 150

Zivilrechtliche Haftung und strafrechtliche Verantwortung des GmbH-Geschäftsführers bei Insolvenzverschleppung

Zugleich ein Beitrag
zum ultima ratio-Prinzip

Von

Dietmar Höffner



Duncker & Humblot · Berlin

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von
Professor Dr. Felix Herzog, Berlin

Die Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin
hat diese Arbeit im Jahre 2000 als Dissertation angenommen.

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.

Alle Rechte vorbehalten
© 2003 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Selignow Verlagsservice, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0720-7271
ISBN 3-428-10644-X

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☉

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen. Die Abhandlung ist als ein Beitrag zur Entkriminalisierungsdiskussion im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts konzipiert. Rechtsprechung und Literatur haben bis Ende 2001 Berücksichtigung gefunden.

Mein Dank gilt all denen, die zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben. Mein vorzüglichster Dank gilt meinem Doktorvater Professor Dr. Felix Herzog. Er hat die verschlungenen Pfade, die zur Fertigstellung der Abhandlung führten, verständnisvoll verfolgt und die Entstehung der Arbeit mit viel menschlichem und fachlichem Beistand gefördert. Professor Dr. Cristoph G. Paulus hat innerhalb kurzer Zeit das Zweitgutachten erstellt. Den Herren Professoren Dres. Friedrich-Christian Schroeder und Eberhard Schmidhäuser danke ich für die Aufnahme in die Reihe Strafrechtliche Abhandlungen neue Folge.

Besonderer Dank gilt meinen Eltern, deren aufopferungsvolle Unterstützung meine Ausbildung und meinen Einsatz für diese Arbeit ermöglichte.

Berlin, Februar 2002

Dietmar Höffner

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	13
Einführung: Haftung und Strafrecht im Rechtssystem	16
A. Herkunft	16
B. Die Aufgabe des Strafrechts	19
I. Zu den absoluten Straftheorien	20
II. Zu den relativen Straftheorien	21
C. Zur Funktion des Haftungsrechts	22
I. Ausgleichsfunktion	22
II. Prävention/Rechtsgüterschutz	24
D. Zusammenfassung	25

Erster Teil

Zivilrechtliche Haftung und strafrechtliche Verantwortlichkeit des GmbH-Geschäftsführers bei Insolvenzverschleppung 27

A. Die Pflicht zur Stellung des Insolvenzantrages	28
I. Sinn und Zweck der Pflicht	28
II. Entstehung der Insolvenzantragspflicht	29
1. Zahlungsunfähigkeit	29
2. Überschuldung	32
3. Subjektive Voraussetzungen	35
a) Der Ansatzpunkt	36
b) Der Sorgfaltsmaßstab für den Pflichtinhalt	36
c) Die Dreiwochenfrist	37
(1) Beginn	37
(2) Bedeutung der Dreiwochenfrist	40
B. Zivilrechtliche Haftung: § 823 Abs. 2 BGB	41
I. Die Anspruchsgrundlage § 823 Abs. 2 BGB	41
II. Voraussetzungen des § 823 Abs. 2 BGB	42
1. Verstoß gegen ein Schutzgesetz	42
2. Schutzgesetzcharakter des § 64 Abs. 1 GmbHG	43
a) Persönlicher Schutzbereich: Einbeziehung der Gläubiger	44
b) Sachlicher Umfang: Quotenschaden	45
c) Rechtsprechungsänderung: Ersatz des negativen Interesses	46
3. Rechtswidrigkeit	48
4. Verschulden	48

a) Verschuldensmaßstab des § 64 Abs. 1 GmbHG	49
b) Gegenstand	50
III. Rechtsfolge: Schadenersatz	51
1. Altgläubiger	51
2. Neugläubiger	52
IV. Prinzipien der Anspruchsdurchsetzung	52
1. Die Prozessmaximen des Zivilprozesses	52
a) Dispositionsgrundsatz	52
b) Verhandlungsgrundsatz	53
2. Beweis- und Darlegungslast	53
a) Überschuldung	54
b) Verschulden	56
3. Informationsmöglichkeiten des Gläubigers	56
C. Strafrechtliche Verantwortlichkeit	57
I. Die Vorschrift des § 84 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 GmbHG	57
1. Rechtsgut/Schutzrichtung	57
2. Rechtsnatur	58
a) Abstraktes Gefährungsdelikt	58
b) Unterlassungsdelikt	59
c) Sonderdelikt	59
II. Tatbestandsvoraussetzungen von § 84 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 GmbHG	60
1. Zahlungsunfähigkeit	60
2. Überschuldung	61
3. Der subjektive Tatbestand	62
a) Vorsatz (§ 84 Abs. 1 GmbHG)	62
b) Fahrlässigkeit (Abs. 2)	63
c) Kenntnis der Antragspflicht	64
III. Durchsetzung des Strafanspruches	64
1. Prozessmaximen des Strafprozesses	65
a) Offizialprinzip	65
b) Akkusationsprinzip/Legalitätsprinzip	66
c) Opportunitätsprinzip	67
2. „Beweislast“ im Strafprozess	68
3. Informationsmöglichkeiten der Staatsanwaltschaft	69
IV. Rechtsfolge	70
D. Bestandsaufnahme: Vergleich zivilrechtlicher Haftung mit strafrechtlicher Verantwortlichkeit	71
I. Prozessuale Gestaltung	71
II. Tatbestandsebene	72
III. Beweislast	74
IV. Informationsmöglichkeiten	74
V. Rechtsfolge	75

Zweiter Teil

Strafrecht als ultima ratio der Rechtspolitik	77
A. Ultima ratio und Entkriminalisierung	78
B. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum ultima ratio Prinzip	80
I. Polare Ausgangsposition zum „Mittel“ Strafgesetz	80
II. Bundesverfassungsgericht und Gewaltenteilung	81
III. Ultima ratio und Verhältnismäßigkeit	84
1. Verhältnismäßigkeitsprüfung und Beurteilungsspielraum	85
2. Geeignetheit	86
3. Erforderlichkeit	89
4. Verhältnismäßigkeit (im engeren Sinne)	92
a) Strafmaß	92
b) Gesamtabwägung	96
(1) Erste Möglichkeit: Abwägung zwischen den Grundrechtsbereichen des verbotenen Verhaltens und denen des geschützten Rechtsguts ..	97
(2) Zweite Möglichkeit: Abwägung zwischen den Grundrechtsbereichen der Rechtsfolge (Strafe) und denen des geschützten Rechtsguts	98
5. Zusammenfassung	99
C. Überblick über die Herleitung des ultima ratio Grundsatzes in der Literatur ...	100
I. Subsidiaritätsprinzip	101
II. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Erforderlichkeit	102
III. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Verhältnismäßigkeit (i. e. S.)	103
IV. Strafwürdigkeit/Strafbedürftigkeit	104
V. Stellungnahme	105
1. Zur Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (Günther)	105
2. Zur Strafwürdigkeit	106
VI. Zwischenergebnis	108
D. Die Erforderlichkeit des Strafgesetzes	108
I. Der scheinbar einfache Lösungsansatz	109
II. Optimierung der Erforderlichkeit	110
III. Versteckte Komplexität des Erforderlichkeitsproblems	111
1. Zur Voraussetzung der gleichen Effektivität	112
2. Zur Voraussetzung des mildesten Mittels bei mehreren Beteiligten	115
3. Optimierungsprobleme	117
IV. Ergebnis	117
E. Das Subsidiaritätsprinzip	118
I. Allgemeiner Aussagegehalt	119
II. Wurzeln des Prinzips	120
1. Staatsphilosophisches Gedankengut (Föderalismus und Liberalismus)	121
2. Begründung im Naturrecht	123
3. Katholische Soziallehre	125
III. Verfassungsrechtliche Aspekte	128
1. Entstehung des Grundgesetzes	128
2. Rechtsgeltung des Subsidiaritätsgrundsatzes	130

3. Subsidiaritätsprinzip und Bundesverfassungsgericht	132
4. Subsidiaritätsprinzip zwischen Freiheit und Anarchie	133
IV. Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht	136
1. Subsidiäres Strafrecht in der marxistisch-leninistischen Ideologie und im Recht der DDR	137
2. Ablehnung: Sax	140
3. Wohlwollende Stimmen	141
4. Arthur Kaufmann	142
5. Brandt	143
6. Würdigung	145
7. Fazit	147

Dritter Teil

Insolvenzverschleppung und ultima ratio	148
A. Subsidiaritätsprinzip und Zivilrecht versus Strafrecht	148
B. Effektivierung der Rechtsverfolgung durch Privatisierung	151
I. Effektivierung durch Erhöhung des Haftungsrisikos	151
II. Effektivierung durch Aktivierung des Privatinteresses	153
1. Mobilisierung der Energie des persönlich Betroffenen	153
2. Präzisierung des Haftungstatbestandes durch Verfolgung der Schadenersatz- ansprüche	154
III. Gleichlauf von Herrschaft und Haftung	154
C. Betrachtung zum Rechtsgüterschutz	155
I. Rechtsgutsbezug bei § 84 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 GmbHG	156
II. Rechtsgutsbezug der Schadenersatzhaftung	158
III. Zwischenergebnis	159
D. Folgerungen für das Wirtschaftsstrafrecht	159
I. Privatisierung des Konflikts anstelle Privatisierung des Strafrechts	159
1. Susanne Walthers strafrechtliches Sanktionensystem	160
2. Die Stellung des Subsidiaritätsprinzips zur strafrechtlichen Wiedergutmachung	161
a) Einführung eines Umwegs	161
b) Denaturierung des Strafrechts	163
c) Verkümmern des privatrechtlichen Konfliktlösungspotentials	164
3. Schlussfolgerung	164
II. Der Vermögensschaden als wirtschaftsstrafrechtliches Rechtsgut	165
1. Das Argument des Vermögensschadens	166
2. Vermögensschaden als zivilrechtliches Schutzgut	167
E. Zusammenfassung	167
I. Das Strafbedürfnis	167
II. Auffangtatbestand	168
III. Praktische Gegenüberstellung Strafrecht – Zivilrecht	170

IV. Dogmatische Einbrüche im Strafrechtssystem durch § 84 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 GmbHG	171
1. Ultima ratio Prinzip	171
2. Auflösung des Rechtsgutsbezugs	172
3. Schlussfolgerung	172
V. Schluss	172
Literaturverzeichnis	174
Sachwortverzeichnis	194

Einleitung

Der Geschäftsführer einer GmbH hat bei Vorliegen eines Insolvenzgrundes die Pflicht, Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen (§ 64 Abs. 1 GmbHG). Diese Pflicht wird durch zwei Regelungsmechanismen abgesichert. In zivilrechtlicher Hinsicht wird § 64 Abs. 1 GmbHG als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB angesehen, mit der Folge, dass das Unterlassen der Antragstellung Schadenersatzpflichten auslöst. In strafrechtlicher Hinsicht wird durch § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG das Unterlassen der durch § 64 Abs. 1 GmbHG auferlegten Pflicht zum Straftatbestand gemacht. Es gibt damit zu ein und derselben Verhaltensnorm zwei unterschiedliche Sanktionsnormen¹.

Seit einiger Zeit wird dieses Nebeneinander zweier den GmbH-Geschäftsführer bestrafender Regelungen als „fragwürdig“² oder als „rechtspolitisch nicht ohne weiteres vertretbar“³ bezeichnet⁴. Ransiek stellt die Frage, ob neben der Schadenersatzpflicht eine strafrechtliche Absicherung überhaupt notwendig ist und wie man die Strafvorschrift rechtfertigen will⁵. Er weist darauf hin, dass die hohe Anzahl von Ablehnungen der Eröffnung von Konkursverfahren mangels Masse bei der GmbH jedenfalls den Verdacht begründe, dass weder die zivilrechtliche noch die daran anschließende strafrechtliche Regelung sonderlich effektiv sind⁶. Angesichts dieser Situation sei zu klären, ob sich der Sinngehalt strafrechtlicher Tatbestände darauf beschränken könne, zur wirksamen Erfüllung zivilrechtlicher Pflichten, Freiheitsstrafen anzudrohen, insbesondere wenn die erhofften Wirkungen ausbleiben⁷.

Hierzu muss angemerkt werden, dass der zivilrechtlichen Sanktion bis 1994 nicht allzu viel Aufmerksamkeit geschenkt wurde. Die deliktische Schadenersatzpflicht war durch die Beschränkung auf den Quotenschaden zur Wirkungslosigkeit verdammte⁸. Diese Situation änderte sich jedoch mit dem Urteil des II. Zivilsenats des

¹ Vgl. zum Verhältnis von Verhaltensnorm und Sanktionsnorm im Falle des § 823 Abs. 2 BGB und Strafgesetzen *Dörner*, JuS 1987, S. 522, S. 524 ff.

² *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, S. 152.

³ *Mertens*, *Lange-Festschrift*, S. 561, S. 578; vgl. auch *Canaris*, JZ 1993, S. 649, S. 652.

⁴ Kritisch bereits *Haffke*, *KritV* 1991, S. 165, S. 170 ff. Das Nebeneinander strafrechtlicher und zivilrechtlicher Regelungen ist auch aus der Sicht der ökonomischen Theorie des Rechts fraglich. Vgl. *Kirchner* in: *Ott/Schäfer*, *Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen*, S. 108 ff.

⁵ *Ransiek*, *Unternehmensstrafrecht*, S. 152.

⁶ *Ransiek*, *Unternehmensstrafrecht*, S. 162.

⁷ *Ransiek*, *Unternehmensstrafrecht*, S. 162.

⁸ Siehe dazu noch unten 1. Teil, B. II. 2. b).

Bundesgerichtshofs vom 6. Juni 1994⁹. Der Bundesgerichtshof hat für die sogenannten Neugläubiger¹⁰ die Beschränkung des Schadenersatzes aufgegeben und gibt dieser Gläubigergruppe nunmehr bei Verletzung der Pflicht des § 64 Abs. 1 GmbHG einen Anspruch auf Ersatz des vollen negativen Schadens gegen den Geschäftsführer. Aus der zivilrechtlichen Schadenersatzregelung ist dadurch ein „scharfes Schwert“ geworden. Das Verhältnis von zivilrechtlicher zu strafrechtlicher Sanktion stellt sich dadurch in neuer Dimension.

Folgendes Beispiel soll das Verhältnis verdeutlichen: Bei dem Fall BGH ZIP 1995, S. 211 (Urteil vom 7. Nov. 1994) wurde der Beklagte, alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der Schuldner-GmbH, vom Bundesgerichtshof in Zivilsachen zur Zahlung des negativen Interesses gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG an seinen Gläubiger, den Kläger, verurteilt¹¹. Dieses negative Interesse belief sich laut Sachverhaltsangaben auf 492.134,03 DM¹². Demgegenüber wurde das gegen den Beklagten wegen Konkursvergehens eingeleitete Strafverfahren nach § 153 a StPO gegen Zahlung einer Geldbuße von 9.000,-DM eingestellt¹³. Bei diesem zahlenmäßigen Vergleich erscheint die strafrechtliche Sanktion gegenüber der zivilrechtlichen lächerlich gering. Der Sinn des mit großem Aufwand betriebenen Verfahrens zur Ermittlung von Insolvenzkriminalität einschließlich der Konkursverschleppung wird dadurch in Frage gestellt.

Für gewöhnlich wird das Strafrecht als ein zusätzlicher Schutz angesehen, der bei besonders gefährdeten Rechtsgütern eingreifen soll. Weber etwa schreibt es werde „gleich klar“, dass der besondere Rechtsgüterschutz durch das Strafrecht notwendig ist, wenn man bedenke, dass das Zivilrecht mit seiner Ausgleichsfunktion und seiner Schadenersatzpflicht bei schädigenden Handlungen einen ersatzbereiten und finanzkräftigen Täter nicht von Eingriffen abhalten kann¹⁴. Im Falle der Insolvenzverschleppung hingegen ist angesichts des obigen Beispiels die Notwendigkeit des Strafrechts gerade nicht „gleich klar“. Vielmehr scheint bereits auf den ersten Blick der zivilrechtliche Schutzmechanismus dem Strafrechtstatbestand in vielerlei Hinsicht überlegen zu sein. Die Einzelheiten darzulegen ist Teil dieser Arbeit.

Hier soll der Frage nachgegangen werden, ob man nicht auf den zusätzlichen strafrechtlichen Schutz verzichten sollte und wie man dies begründen kann. Angesichts der Gemeinsamkeiten von Deliktsrecht und Strafrecht¹⁵ bemerkte Deutsch, die Einschränkung der Straftatbestände und die Erkenntnis, dass das Strafrecht sub-

⁹ BGHZ 126, S. 181.

¹⁰ Zu den Einzelheiten siehe unten 1. Teil, B. II. 2. c).

¹¹ BGH ZIP 1995, S. 211, S. 212 f.

¹² Der BGH hat den Fall zum Berufungsgericht zurückverwiesen, so dass der genaue Betrag nicht feststeht. Der genannte Betrag ist die Forderungsaufstellung des Lieferanten laut Tatbestand. Vgl. BGH ZIP 1995, S. 211, S. 212.

¹³ BGH ZIP 1995, S. 211, S. 212 (Im Tatbestand).

¹⁴ Weber in: Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, § 3 Rdn. 10.

¹⁵ Vgl. dazu unten die Einführung zu Haftung und Strafrecht im Rechtssystem.

sidiären Charakter hat, führe zur Rückbesinnung auf den stellenweise alleinigen Schutz durch das private Deliktsrecht¹⁶. Diese Äußerung enthält mit dem Hinweis auf den ultimo ratio Charakter des Strafrechts den Begründungsansatz für den Vorrang des zivilrechtlichen Schutzes.

Aufgabe dieser Arbeit ist zunächst, das System der zivilrechtlichen Haftung mit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit zu vergleichen. Zu diesem Zweck werden die jeweiligen Normen in ihren Voraussetzungen dargestellt (1. Teil). Danach wird dem Grundsatz der ultima ratio auf den Grund gegangen (2. Teil). Abschließend sollen die beiden ersten Teile zusammengeführt werden, was Schlussfolgerungen auf die Handhabung von Wirtschaftsstraftatbeständen zulassen wird (3. Teil).

¹⁶ *Deutsch*, Wahl-Festschrift, S. 340, S. 341.