

**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
<b>C. Strafrechtliche Verantwortlichkeit .....</b>	<b>57</b>
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
<b>D. Bestandsaufnahme: Vergleich zivilrechtlicher Haftung mit strafrechtlicher Verantwortlichkeit .....</b>	<b>71</b>
I. Prozessuale Gestaltung .....	71
II. Tatbestandsebene .....	72
III. Beweislast .....	74
IV. Informationsmöglichkeiten .....	74
V. Rechtsfolge .....	75

*Zweiter Teil*

<b>Strafrecht als ultima ratio der Rechtspolitik</b>	77
<b>A. Ultima ratio und Entkriminalisierung</b> .....	78
<b>B. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum ultima ratio Prinzip</b> .....	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
<b>C. Überblick über die Herleitung des ultima ratio Grundsatzes in der Literatur</b> ...	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
<b>D. Die Erforderlichkeit des Strafgesetzes</b> .....	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
<b>E. Das Subsidiaritätsprinzip</b> .....	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*

<b>Insolvenzverschleppung und ultima ratio</b>	148
<b>A. Subsidiaritätsprinzip und Zivilrecht versus Strafrecht</b> .....	148
<b>B. Effektivierung der Rechtsverfolgung durch Privatisierung</b> .....	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
<b>C. Betrachtung zum Rechtsgüterschutz</b> .....	155
I. Rechtsgutsbezug bei § 84 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 GmbHG .....	156
II. Rechtsgutsbezug der Schadenersatzhaftung .....	158
III. Zwischenergebnis .....	159
<b>D. Folgerungen für das Wirtschaftsstrafrecht</b> .....	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
<b>E. Zusammenfassung</b> .....	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
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>174</b>
<b>Sachwortverzeichnis .....</b>	<b>194</b>



## 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 Sanktionsnormen<sup>1</sup>.

Seit einiger Zeit wird dieses Nebeneinander zweier den GmbH-Geschäftsführer bestrafender Regelungen als „fragwürdig“<sup>2</sup> oder als „rechtspolitisch nicht ohne weiteres vertretbar“<sup>3</sup> bezeichnet<sup>4</sup>. Ransiek stellt die Frage, ob neben der Schadenersatzpflicht eine strafrechtliche Absicherung überhaupt notwendig ist und wie man die Strafvorschrift rechtfertigen will<sup>5</sup>. 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 sind<sup>6</sup>. 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 ausbleiben<sup>7</sup>.

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 verdammt<sup>8</sup>. Diese Situation änderte sich jedoch mit dem Urteil des II. Zivilsenats des

---

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

<sup>2</sup> *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, S. 152.

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

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> *Ransiek*, *Unternehmensstrafrecht*, S. 152.

<sup>6</sup> *Ransiek*, *Unternehmensstrafrecht*, S. 162.

<sup>7</sup> *Ransiek*, *Unternehmensstrafrecht*, S. 162.

<sup>8</sup> Siehe dazu noch unten 1. Teil, B. II. 2. b).

Bundesgerichtshofs vom 6. Juni 1994<sup>9</sup>. Der Bundesgerichtshof hat für die sogenannten Neugläubiger<sup>10</sup> 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, verurteilt<sup>11</sup>. Dieses negative Interesse belief sich laut Sachverhaltsangaben auf 492.134,03 DM<sup>12</sup>. Demgegenüber wurde das gegen den Beklagten wegen Konkursvergehens eingeleitete Strafverfahren nach § 153 a StPO gegen Zahlung einer Geldbuße von 9.000,-DM eingestellt<sup>13</sup>. 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 kann<sup>14</sup>. 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 Strafrecht<sup>15</sup> bemerkte Deutsch, die Einschränkung der Straftatbestände und die Erkenntnis, dass das Strafrecht sub-

<sup>9</sup> BGHZ 126, S. 181.

<sup>10</sup> Zu den Einzelheiten siehe unten 1. Teil, B. II. 2. c).

<sup>11</sup> BGH ZIP 1995, S. 211, S. 212 f.

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> BGH ZIP 1995, S. 211, S. 212 (Im Tatbestand).

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

<sup>15</sup> 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 Deliktsrecht<sup>16</sup>. 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).

---

<sup>16</sup> *Deutsch*, Wahl-Festschrift, S. 340, S. 341.