



Philipp Schäuble

Die Auswirkungen
des Gesetzes
zur Modernisierung
des GmbH-Rechts
und zur Bekämpfung
von Missbräuchen
auf das GmbH-Strafrecht



PETER LANG

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	27
A. Einleitung	31
I. Ältere Reformen des GmbHG	32
II. Das MoMiG	33
1. Gesetzgebungsverfahren	33
2. Wesentliche zivilrechtliche Änderungen durch das MoMiG	34
a. Gründung und Sitz der GmbH	34
b. Kapitalaufbringung und Kapitalerhöhung	35
c. Kapitalerhaltung und Eigenkapitalersatz	36
d. Gesellschafterliste und gutgläubiger Erwerb	36
e. Bekämpfung von Missbräuchen	37
f. Unternehmergesellschaft	38
III. Begriff des GmbH-Strafrechts	38
IV. Gang der Untersuchung	39
B. Strafbarkeit des Geschäftsführers und des Gesellschafters wegen falscher Angaben bei einer verdeckten Sacheinlage sowie beim Hin- und Herzahlen der Einlage, § 82 I GmbHG	43
I. Einleitung	43
II. Verdeckte Sacheinlage und Hin- und Herzahlen im Zivilrecht	45
1. Begriffsklärungen	46
a. Begriff der verdeckten Sacheinlage	46
b. Begriff des Hin- und Herzählens der Einlage	47
c. Abgrenzung der verdeckten Sacheinlage vom Hin- und Herzahlen der Einlage	47
(a) Forderungen des Inferenten gegen die Gesellschaft oder Dritte	47
(b) Cash Pool	48
(c) Verpflichtung des Inferenten zu Dienstleistungen	48
2. Zivilrechtliche Rechtsfolgen vor Inkrafttreten des MoMiG	49
a. Verdeckte Sacheinlage	49
(a) Keine Befreiung des Inferenten von der Einlageschuld	49
(b) Rechtsfolgen	50
b. Hin- und Herzahlen	50
(a) Keine Befreiung des Inferenten von der Einlageschuld	51
(b) Rechtsfolgen	51

c. Kritik	51
3. Regelung der verdeckten Sacheinlage und des Hin- und Herzahlens durch das MoMiG	52
a. Neuregelung der verdeckten Sacheinlage	52
(a) Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens	53
(b) Dogmatische Einordnung der Anrechnungslösung	54
1.) Wirkung als gesetzlich angeordnete Annahme an Erfüllungs statt	54
2.) Vorteilsausgleich	55
3.) Parallele zur offenen Sachübernahme und der diesbezüglichen Differenzhaftung	55
4.) Erfüllungssurrogat eigener Art.	55
(c) Zwischenergebnis	56
b. Neuregelung des Hin- und Herzahlens	56
(a) Regelung zum Hin- und Herzahlen	57
(b) Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens	58
(c) Offenlegung des Hin- und Herzahlens gemäß § 19 V S. 2 GmbHG als Voraussetzung für die Befreiung von der Einlageschuld?	58
(d) Zwischenergebnis	59
III. Strafbarkeit vor Inkrafttreten des MoMiG	59
1. Strafbarkeit des Geschäftsführers gemäß § 82 I GmbHG wegen falscher Angaben bei einer verdeckten Sacheinlage vor Inkrafttreten des § 19 IV GmbHG	60
a. Schutzzweck des § 82 GmbHG	61
b. Akzessorietät des § 82 GmbHG zum Gesellschaftsrecht	61
c. Falsche Angaben	62
d. Angaben zum Zwecke der Eintragung	63
e. Gründungs- und Kapitalerhöhungsschwindel, § 82 I Nr. 1 und Nr. 3 GmbHG	64
f. Begründung der Strafbarkeit	65
(a) Falsche Versicherung des Geschäftsführers, § 8 II S. 1 GmbHG	65
(b) Falsche Angabe über die Art der Einlage (Behauptung einer Geldeinlage)	66
(c) Abweichende Auffassungen	67
1.) Versicherung gemäß § 8 II S. 1 GmbHG zur Begründung einer falschen Angabe ungeeignet	67
2.) Keine falsche Angabe, es sei denn die Verwendungsabsprache entwertet die Einlageleistung wirtschaftlich	68

3.) Einschränkung des Tatbestands bei sog. Verkehrs- und Umsatzgeschäften	68
(d) Zwischenergebnis	70
g. Vermutung einer Abrede bezüglich einer verdeckten Sacheinlage oder dem Hin- und Herzahlen der Einlage	70
h. Vorsatz	71
i. Zwischenergebnis: Strafbarkeit des Geschäftsführers gemäß § 82 I GmbHG vor Inkrafttreten des MoMiG bei verdeckten Sacheinlagen	71
2. Strafbarkeit des Geschäftsführers gemäß § 82 I GmbHG wegen falscher Angaben bei einem Hin- und Herzahlen der Einlage vor Inkrafttreten des § 19 V GmbHG	72
3. Strafbarkeit des Gesellschafters gemäß § 82 I GmbHG wegen falscher Angaben bei einer verdeckten Sacheinlage oder einem Hin- und Herzahlen der Einlage	73
a. Strafbarkeit des Gesellschafters wegen Gründungsschwindels, § 82 I Nr. 1 GmbHG	73
b. Strafbarkeit des Gesellschafters wegen Sachgründungsschwindels, § 82 I Nr. 2 GmbHG	73
c. Strafbarkeit des Gesellschafters wegen Kapitalerhöhungsschwindels, § 82 I Nr. 3 GmbHG	73
d. Zwischenergebnis	74
4. Zwischenergebnis	74
IV. Strafbarkeit nach Inkrafttreten des MoMiG	75
1. Strafbarkeit des Geschäftsführers gemäß § 82 I GmbHG wegen falscher Angaben bei einer verdeckten Sacheinlage nach Inkrafttreten des § 19 IV GmbHG	75
Exkurs: Strafbarkeit des Geschäftsführers wegen falscher Angaben nach der Erfüllungslösung des Regierungsentwurfs, § 19 IV S.1 GmbHG-E	76
• Falsche Versicherung gemäß § 8 II S. 1 GmbHG bzw. § 57 II S. 1 GmbHG	77
o Geldzahlung des Gesellschafters endgültig zur freien Verfügung der Geschäftsführer bewirkt?	77
o Vermögensgegenstand endgültig zur freien Verfügung der Geschäftsführer bewirkt?	78
• Falsche Angabe über die Art der Einlage	78
• Stellungnahme	79
Exkursende	80
a. Herrschende Ansicht: Begründung des Vorliegens einer falschen Angabe nach der Anrechnungslösung	80

(a) Falsche Versicherung gemäß § 8 II S. 1 GmbHG § 57 II S. 1 GmbHG unrichtig	80
(b) Falsche Angabe über die Art der Einlage	81
b. Kritik an einer Strafbarkeit gemäß § 82 I GmbHG bei einer verdeckten Sacheinlage	81
(a) Keine falsche Versicherung des Geschäftsführers	83
1.) Geldzahlung endgültig zur freien Verfügung der Geschäftsführer bewirkt (Auffassung Altmeppens)	83
2.) Stellungnahme zur Auffassung Altmeppens	84
3.) Keine falsche Versicherung wegen der Anrechnung des Werts des Vermögensgegenstandes?	86
(b) Falsche Angabe über die Art der Einlage bei bloßer Nichterwähnung der Verwendungsabrede	87
(c) Stellungnahme zur Begründung der Strafbarkeit gemäß § 82 I GmbHG nach der Anrechnungslösung	87
c. Weitere die Strafbarkeit gemäß § 82 I GmbHG verneinende oder einschränkende Auffassungen	88
(a) Unterscheiden zwischen (nur) unvollständigen und falschen Angaben einerseits und Einschränkung für sog. Verkehrs- oder Umsatzgeschäfte andererseits	88
(b) Einschränkung des subjektiven Tatbestands durch die Irrtumslehre	90
(c) Einstellung des Verfahrens gemäß § 153 StPO	90
(d) Zwischenergebnis	90
d. Lösungsvorschlag zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen: Abstellen auf den Schutzzweck des § 82 GmbHG	91
(a) Schutz der Richtigkeit der Angaben gegenüber dem Registergericht und ipso iure erfolgende Anrechnung	91
(b) Konkreter Schutz Dritter durch im Handelsregister verlautbarte Angaben	91
(c) Zwischenergebnis: Teleologische Reduktion, wenn die Gesellschaft den vollwertigen Vermögensgegenstand im Zeitpunkt der Anmeldung erhalten hat	93
(d) Teleologische Reduktion nur, wenn die Gesellschaft einen vollwertigen Sachgegenstand vor der Anmeldung erhalten hat – Keine Besserstellung bei einer verdeckt geleisteten Sacheinlage als bei einer ordnungsgemäß vereinbarten Sacheinlage	93
e. Nachweis	94
f. Strafbarkeit bei Altfällen	94

g. Ergebnis: Strafbarkeit des Geschäftsführers gemäß § 82 I GmbHG wegen falscher Angaben bei einer verdeckten Sacheinlage nach Inkrafttreten des § 19 IV GmbHG	95
2. Strafbarkeit des Geschäftsführers gemäß § 82 I GmbHG wegen falscher Angaben beim Hin- und Herzahlen der Einlage nach Inkrafttreten des § 19 V GmbHG	95
a. Falsche Angabe, wenn die Leistung nicht durch einen vollwertigen Rückgewähranspruch gedeckt ist, der jederzeit fällig ist oder durch fristlose Kündigung durch die Gesellschaft fällig werden kann	96
b. Offenlegung des Hin- und Herzahlens in der Anmeldung gegenüber dem Registergericht, § 19 V S. 2 GmbHG	97
(a) Konstitutive Wirkung des § 19 V S. 2 GmbHG für den Eintritt der Befreiung	97
(b) Keine konstitutive Wirkung des § 19 V S. 2 GmbHG für den Eintritt der Befreiung, aber strafrechtliche und zivilrechtliche Sanktionen bei Nichtoffenlegung	98
(c) Keine Voraussetzung für den Eintritt der Befreiungswirkung und keine strafrechtliche Sanktion bei Nichtoffenlegung des Hin- und Herzahlens	98
(d) Stellungnahme	98
1.) Ablehnung der Auffassung, § 19 V S. 2 GmbHG habe keine konstitutive Wirkung, die Nichtoffenlegung könne aber eine Strafbarkeit des Geschäftsführers begründen	98
2.) Ablehnung der Auffassung Altmeyers	100
3.) Stellungnahme zu § 19 V S. 2 GmbHG als konstitutive Voraussetzung der Befreiung	101
4.) Keine Einschränkung der Strafbarkeit unter Zugrundelegung der herrschenden Auffassung möglich ...	102
c. Strafbarkeit bei Altfällen	102
(a) Geltung des Offenlegungserfordernisses gemäß § 19 V S. 2 GmbHG bei Altfällen	103
(b) LG Erfurt Urteil 15.07.2010 – 10 O 994/09	103
(c) Stellungnahme	103
d. Zwischenergebnis: Strafbarkeit des Geschäftsführers gemäß § 82 I GmbHG wegen falscher Angaben beim Hin- und Herzählen nach Inkrafttreten des § 19 V GmbHG	104
3. Strafbarkeit des Gesellschafters gemäß § 82 I GmbHG bei einer verdeckten Sacheinlage oder dem Hin- und Herzahlen der Einlage nach Inkrafttreten des MoMiG	105

C. Ausschluss vom Amt des Geschäftsführers, § 6 II GmbHG	107
I. Einleitung	107
II. Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG	108
III. Neuregelung, § 6 II S. 2, S. 3 GmbHG	109
1. Darstellung der Neuregelung	109
a. Redaktionelle Änderungen hinsichtlich § 6 II S. 2 Nr. 1, 2 GmbHG	109
b. Neuregelung des § 6 II S. 2 Nr. 3 GmbHG	109
c. Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens	110
2. Ausschluss vom Geschäftsführeramt wegen Verurteilung aufgrund einer vorsätzlich begangenen Straftat, § 6 II S. 2 Nr. 3 GmbHG	110
a. Insolvenzverschleppung, § 6 II S. 2 Nr. 3 a GmbHG	111
(a) Zum Bezugsgegenstand des § 6 II S. 2 Nr. 3 a GmbHG	111
1.) Erfassung der für die Insolvenzverschleppung vor Inkrafttreten des MoMiG geltenden rechtsformspezifischen Vorschriften und des § 15a InsO	111
2.) Erfassung sämtlicher Alternativen des § 15a IV InsO	111
(b) Kein Ausschluss vom Geschäftsführeramt aufgrund der Verurteilung wegen fahrlässiger Insolvenzverschleppung ...	113
b. Insolvenzstraftaten, § 6 II S. 2 Nr. 3 b GmbHG	113
(a) Verurteilung wegen fahrlässigem Bankrott (§ 283 V StGB) oder Verletzung der Buchführungspflicht (283b StGB)	114
(b) Verurteilung wegen fahrlässigem Bankrott (§ 283 IV StGB)	114
(c) Verhältnis zwischen Verletzung der Buchführungspflicht (§ 283b I StGB) und fahrlässigem Bankrott (§ 283 IV Nr. 1 StGB)	115
c. Falsche Angaben, § 6 II S. 2 Nr. 3 c GmbHG	116
d. Unrichtige Darstellung, § 6 II S. 2 Nr. 3 d GmbHG	116
e. Verfassungsmäßigkeit der § 6 II S. 2 Nr. 3 a-d GmbHG: Verstoß gegen Art. 12 I GG und Art. 3 I GG ?	117
(a) Zum Grundrecht der Berufsfreiheit	118
1.) Schutzbereich und Eingriff in Art. 12 I GG	118
2.) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	118
3.) Bedenken gegen die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in Art. 12 I GG vor Inkrafttreten des MoMiG und die Reaktion des Gesetzgebers im Regierungsentwurf zum MoMiG	119

4.) Verstoß des § 6 II S. 2 Nr. 3 a-d GmbHG gegen	
Art. 12 I GG	119
i. Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 I GG	119
ii. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	120
(1) Legitimer Zweck und Geeignetheit	120
(2) Erforderlichkeit	121
(3) Angemessenheit	122
(b) Zum Gleichbehandlungsgrundsatz, Art. 3 I GG	124
1.) Vorliegen einer Ungleichbehandlung	124
2.) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	124
3.) Verstoß der § 6 II S. 2 Nr. 3 a-d gegen Art. 3 I GG	125
(c) Zwischenergebnis zu § 6 II S. 3 a-d GmbHG	126
f. Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr	
aufgrund einer Straftat gemäß §§ 263 bis 264a oder den §§ 265	
bis 266a StGB, § 6 II S. 2 Nr. 3 e GmbHG	127
(a) Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens	127
(b) Verstoß des § 6 II S. 2 Nr. 3 e GmbHG gegen Art. 12 I GG	
und Art. 3 I GG	128
1.) Legitimer Zweck und Geeignetheit	129
2.) Angemessenheit	129
(c) Verstoß des § 6 II S. 2 Nr. 3 e GmbHG gegen Art. 3 I GG ..	130
1.) Vorliegen einer Ungleichbehandlung	130
2.) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	131
(d) Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr	131
1.) Tatmehrheit (Realkonkurrenz), § 53 StGB	132
2.) Tateinheit (Idealkonkurrenz), § 52 StGB	133
3.) Gesetzeskonkurrenz	133
3. Verurteilung im Ausland, § 6 II S. 3 GmbHG	133
a. Voraussetzungen an die Tat	134
b. Anforderungen an das Strafverfahren im Ausland	134
4. Gesetzliche Vertreter von Zweigniederlassungen,	
§ 13e III S. 2 HGB	135
5. Übergangsrecht, § 3 II EGGmbHG	135
a. § 3 II EGGmbHG	136
b. Verstoß des § 6 II S. 2 Nr. 3 GmbHG gegen Art. 103 II GG	136
IV. Rechtsfolgen der Verurteilung wegen Begehung einer oder mehrerer	
vorsätzlicher Katalogtaten	136
V. Versicherung gemäß 8 III S. 1 GmbHG	137

D. Auswirkung der Änderungen des Kapitalerhaltungsrechts und des Eigenkapitalersatzes auf das GmbH-Strafrecht	139
I. Einleitung	139
1. Überblick über die zivilrechtlichen Regelungen	139
2. Strafrechtlich vermittelter Schutz	140
3. Modernisierung des Zivilrechts	141
4. Auswirkungen auf das Strafrecht?	141
II. Kapitalerhaltung und Eigenkapitalersatzrecht im GmbHG	142
1. Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG	142
a. Kapitalerhaltung, § 30 I GmbHG a.F.	143
(a) Begriff der Unterbilanz im Zivilrecht	143
(b) Der Begriff der Auszahlung	144
(c) Auszahlung trotz eines gleichwertigen Gegenanspruchs	144
1.) Kein Verstoß gegen das Kapitalerhaltungsgebot bei vollwertigem Gegenanspruch – bilanzielle Sichtweise ...	144
2.) BGH Urteil 24. November 2010 – II ZR 171/01 (November-Entscheidung)	144
(d) Leistungsempfänger der Auszahlung	145
(e) Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 30 I GmbHG a.F.	146
b. Eigenkapitalersatzrecht vor Inkrafttreten des MoMiG	146
(a) Die sog. Novellenregeln, §§ 32a, 32b GmbHG a.F.	147
(b) Die sog. Rechtsprechungsregeln	148
c. Der existenzvernichtende Eingriff	149
d. § 64 II S. 1 GmbHG a.F.	150
2. Zivilrechtliche Änderungen infolge des MoMiG	150
a. Kapitalerhaltung	151
(a) Ausnahme vom Kapitalerhaltungsgebot bei bestehendem Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag oder bei Deckung durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter, § 30 I S. 2 GmbHG	151
1.) Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag	152
2.) Vollwertiger Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch	152
(b) Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen, § 30 I S. 3 GmbHG	153
b. Gesellschafter als nachrangige Insolvenzgläubiger und Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen, §§ 39 I Nr. 5, 135 InsO ...	153
c. Haftung für Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, § 64 GmbHG	154

(a) Zahlungen nach Insolvenzreife der Gesellschaft, § 64 S. 1 GmbHG	154
(b) Zahlungen an Gesellschafter, welche die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft herbeiführen mussten, § 64 S. 3 GmbHG	154
1.) Begriff der Zahlung	155
2.) Empfänger der Zahlung	155
3.) Begriff der Zahlungsunfähigkeit	155
4.) Kausalität	156
d. Der existenzvernichtende Eingriff	156
III. Strafbarkeit des Geschäftsführers und des Gesellschafters wegen Verstoßen gegen das Kapitalerhaltungsgebot und das Eigenkapitalersatzrecht vor Inkrafttreten des MoMiG	157
1. Strafbarkeit wegen Untreue, § 266 I StGB	158
a. Ausschluss einer Untreuestrafbarkeit aufgrund eines Einverständnisses bzw. der Einwilligung der Gesellschafter	158
(a) Unwirksamkeit des Einverständnisses bzw. der Einwilligung: Auffassung des BGH	159
(b) Ansichten in der Literatur	160
b. Verstoß gegen § 30 I GmbHG	160
(a) Begriff der Unterbilanz im Strafrecht	161
(b) Fallgruppen verbotener Auszahlungen, § 30 I GmbHG a.F.	161
1.) Offene oder verdeckte Ausschüttung an die Gesellschafter	161
2.) Verstoß gegen § 30 I GmbHG a.F. analog durch die Rückgewähr eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen	161
3.) Rückgewähr durch Dritte gewährte Darlehen	162
4.) Bilanzneutrale Leistungen und die sog. November- Entscheidung des BGH	163
c. Gesellschafterdarlehen gemäß §§ 32a, 32b GmbHG a.F.	163
d. Der existenzgefährdende Eingriff	164
(a) Strafbarkeit des Gesellschafters	164
1.) BGH Urteil 13. Mai 2004 – 5 StR 73/03 (Bremer Vulkan)	164
2.) Kritik	165
(b) Strafbarkeit des Geschäftsführers	166
e. § 64 II S. 1 GmbHG a.F.	166
2. Strafbarkeit wegen Insolvenzstraftaten, §§ 283 – 283d StGB	167
a. Tathandlung gemäß § 283 I Nr. 1 StGB	167

b. Der Gesellschafter als Gläubiger – Sperrwirkung der Gläubigerbegünstigung, § 283c StGB	168
(a) Auffassung des BGH	168
(b) Haftung für den Geschäftsanteil oder eigenkapitalersetzende Darlehen	169
(c) Nachrangige Befriedigung im Insolvenzverfahren	169
(d) Zwischenergebnis	170
c. Interessentheorie	170
3. Ergebnis zur Strafbarkeit vor Inkrafttreten des MoMiG	171
IV. Die Strafbarkeit des Geschäftsführers und des Gesellschafters nach Inkrafttreten des MoMiG	171
1. Strafbarkeit wegen Untreue gemäß § 266 I StGB	172
a. Verstoß gegen § 30 I S.1 GmbHG	172
(a) Leistungen bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags oder Deckung durch vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter, § 30 I S.2 GmbHG	172
(b) Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen, § 30 I S. 3 GmbHG	173
(c) Rückzahlung an Dritte, sofern für den Rückzahlungsanspruch ein Gesellschafter eine Sicherheit bestellt hat oder als Bürge haftet	174
b. Verstoß gegen § 64 S. 3 GmbHG	174
(a) § 64 S. 3 GmbHG als eine die Strafbarkeit wegen Untreue begründende Vorschrift	174
(b) Unwirksamkeit des Einverständnisses der Gesellschafter ...	175
(c) Begriff der Zahlung im Strafrecht	175
1.) Abstellen auf den Erfolgseintritt	175
2.) BGH Beschluss 31. Juli 2009 – 2 StR 95/09	176
3.) Stellungnahme	176
(d) Empfänger der Zahlung	176
(e) Zahlungsunfähigkeit	177
1.) Begriff der Zahlungsunfähigkeit im Strafrecht	177
i. BGH Beschluss 23.Mai 2007 – 1 Str 88/07: Einheitliche Auslegung des Begriffs der Zahlungsunfähigkeit im Zivil- und Strafrecht	178
ii. Abweichende Auffassung	178
iii. Stellungnahme	178
2.) Feststellung der Zahlungsunfähigkeit	179
i. Betriebswirtschaftliche Methode	179

ii. Wirtschaftskriminalistische Methode	179
(f) Kausalität	180
1.) Zahlungen auf nicht fällige Gesellschafterverbindlichkeiten	180
2.) Zahlungen auf fällige Gesellschafterverbindlichkeiten ..	181
i. Auffassungen in der Literatur: grundsätzlich keine Erfassung von Zahlungen auf fällige Verbindlichkeiten und hieraus zu ziehende Konsequenzen	181
(1) Zahlungen auf fällige Gesellschafteransprüche als Verstoß gegen § 64 S. 1 GmbHG	181
(2) Abweichender Begriff der Zahlungsunfähigkeit im Rahmen des § 64 S. 3 GmbHG	182
(3) Eintritt der Zahlungsunfähigkeit nur bei solchen Zahlungen, die fällige Verbindlichkeiten nicht reduzieren	182
ii. Stellungnahme	183
(1) Ablehnung der Ansichten, § 64 S. 3 GmbHG erfasse nicht Zahlungen auf fällige Gesellschafterverbindlichkeiten	183
(2) Praktische Schwierigkeiten bezüglich des Nachweises der Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit	185
(3) Zwischenergebnis: Zahlungen auf fällige Gesellschafterverbindlichkeiten	185
3.) Konsequenzen für Konstellationen, die vor Inkrafttreten des MoMiG gegen § 30 I GmbHG verstießen	186
i. Rückzahlung von Darlehen an Gesellschafter	186
ii. Offene oder verdeckte Ausschüttungen	187
iii. Vollwertiger Rückzahlungsanspruch der Gesellschaft gegen einen Gesellschafter aufgrund der Zahlung (Cash Pool)	188
4.) Zahlungen, welche die Zahlungsunfähigkeit nicht unmittelbar herbeiführen	189
5.) Vermögensnachteil	190
6.) Entlastung des Geschäftsführers	191
c. Verstoß gegen § 64 S. 1 GmbHG	191
d. Der existenzgefährdende Eingriff	192
(a) Die Strafbarkeit des Gesellschafters	192

1.) Wegfall der Vermögensbetreuungspflicht des Gesellschafters	192
2.) BGH Beschluss 31. Juli 2009 – 2 StR 95/09	193
3.) Stellungnahme	194
(b) Die Strafbarkeit des Geschäftsführers	194
e. Ergebnis: Strafbarkeit wegen Untreue, § 266 I StGB	195
2. Strafbarkeit wegen Insolvenzstraftaten, §§ 283 – 283d StGB	196
a. Sperrwirkung der Gläubigerbegünstigung: Privilegierung gemäß § 283c StGB für Zahlungen an Gesellschafter, insbesondere die Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen	196
(a) Der Gesellschafter ist zugleich Geschäftsführer der Gesellschaft	196
(b) Der Gesellschafter ist nicht zugleich Geschäftsführer der Gesellschaft	197
1.) Ansprüche des Gesellschafters	197
2.) Anspruch auf Rückzahlung eines Gesellschafter- darlehens und gleichstehende Ansprüche	197
i. Auffassung Tiedemanns	198
ii. Auffassung Bienecks	198
iii. Stellungnahme	198
b. Sperrwirkung der Gläubigerbegünstigung (§ 283c StGB) gegenüber der Strafbarkeit wegen Untreue (§ 266 I StGB i.V.m. § 64 S. 3 GmbHG)?	199
c. Tathandlung des Beiseiteschaffens, § 283 I Nr. 1 StGB	200
d. Mögliche Aufgabe der Interessentheorie und Konsequenzen für eine Strafbarkeit	200
(a) BGH Beschluss 10. Februar 2009 – 3 StR 372/08	200
(b) Folgen für einen strafrechtlich vermittelten Schutz der GmbH	201
1.) Strafbarkeit gemäß § 283 I StGB	201
2.) Strafbarkeit gemäß § 283 II StGB	202
e. Ergebnis: Strafbarkeit wegen Insolvenzstraftaten, §§ 283 – 283d StGB	203
E. Insolvenzverschleppung, § 15a InsO	205
I. Einleitung	205
1. Geschütztes Rechtsgut der Insolvenzverschleppung	207
2. Akzessorietät	207
II. Die Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung nach Inkrafttreten des MoMiG, § 15a InsO	208

1. Voraussetzungen der Insolvenzantragspflicht	208
a. Juristische Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit	208
b. Insolvenzantragspflicht gemäß § 15a InsO für GmbHs, deren hauptsächliche Interessen im Ausland liegen?	208
(a) Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens	209
(b) Kritik an der Regelung de lege lata	210
(c) Ermittlung der hauptsächlichen Interessen, Art. 3 EuInsVO	210
(d) Zwischenergebnis	211
c. Vorliegen eines Eröffnungsgrundes	212
(a) Zahlungsunfähigkeit, § 17 InsO	212
(b) Überschuldung, § 19 InsO	212
1.) Begriff der Überschuldung	213
i. Einstufiger Überschuldungsbegriff	213
ii. Zweistufiger modifizierter Überschuldungsbegriff	213
2.) Passivierung von Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens	214
d. Zeitpunkt für die Insolvenzantragstellung	215
2. Adressaten der Insolvenzantragspflicht	215
a. Mitglieder des Vertretungsorgans, § 15a I S. 1 InsO	215
b. Gesellschafter der GmbH, § 15a III InsO	215
(a) Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens	216
(b) Führungslosigkeit der Gesellschaft	216
1.) Führungslosigkeit bei unbekanntem Aufenthalt oder Handlungsunwilligkeit des Geschäftsführers?	217
i. AG Hamburg Beschluss 27. November 2008 – 67c IN 474/08	217
ii. Abweichende Auffassungen in der Literatur	218
iii. Stellungnahme	218
2.) Führungslosigkeit bei faktischem Geschäftsführer?	219
i. Führungslosigkeit bei faktischem Geschäftsführer	220
ii. Abweichende Ansicht	220
iii. Stellungnahme	220
(c) Kenntnis des Gesellschafters	221
1.) Kenntnis des Insolvenzgrundes und der Führungslosigkeit	221
i. Wortlaut des § 15a III InsO	221
ii. Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens	222
iii. Zwischenergebnis	222

2.) Kenntnis oder Kennenmüssen?	222
i. Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens	222
ii. Kennenmüssen ausreichend	223
iii. Stellungnahme	223
3.) Nachforschungspflicht der Gesellschafter	224
4.) Bewusstes Verschließen vor der Kenntnis	225
(d) Ermittlung des Gesellschafters anhand der Gesellschafterliste	226
(e) Antragspflicht, wenn Gesellschafter keine natürliche Person ist	227
3. Die Handlungen gemäß § 15a IV, V InsO	228
a. Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens	229
b. Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG, § 84 I Nr.2 GmbHG a.F.	229
(a) Insolvenzverschleppung bei unterlassener oder nicht rechtzeitiger Antragstellung	229
(b) Insolvenzverschleppung bei nicht richtiger oder unvollständiger Antragstellung	230
c. Die Strafbarkeit gemäß § 15a IV InsO nach Inkrafttreten des MoMiG	231
(a) Nichtstellen des Insolvenzantrags (Unterlassen), § 15a IV Alt. 1 InsO	231
(b) Nicht rechtzeitiges Stellen des Insolvenzantrags, § 15a IV Alt. 3 InsO	231
(c) Nicht richtiges Stellen des Insolvenzantrags, § 15a IV Alt. 2 InsO	231
1.) Abgrenzung echtes oder unechtes Unterlassungsdelikt ..	232
2.) Voraussetzungen eines „richtig gestellten“ Insolvenzantrags	232
i. Voraussetzungen eines zulässigen Insolvenzantrags ...	232
ii. Konsequenzen für eine Strafbarkeit gemäß § 15 IV InsO Alt.2 InsO wegen nicht richtiger Insolvenzantragstellung	233
3.) Bekämpfung von Unternehmensbestattungen	234
(d) Subjektiver Tatbestand	236
d. Die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Insolvenzverschleppung, § 15a V InsO	237
(a) Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG	237
(b) Strafbarkeit des Gesellschafters wegen fahrlässiger Insolvenzverschleppung	238

1.) Wortlaut des § 15a InsO	238
2.) Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens	238
3.) Ansichten in der Literatur	239
i. Ausreichen fahrlässiger Unkenntnis bezüglich des Insolvenzgrundes und der Führungslosigkeit der Gesellschaft	239
ii. Positive Kenntnis bezüglich des Insolvenzgrundes und der Führungslosigkeit erforderlich	239
4.) Stellungnahme	240
(c) Strafbarkeit des Geschäftsführers wegen fahrlässiger Insolvenzverschleppung	240
4. Übergangsrecht, Art. 103d S. 1 EGIInsO	241
5. Gerichtliche Zuständigkeit, Änderung des § 74c I Nr. 1 GVG	242
F. Unternehmergeellschaft, § 5a GmbHG	243
I. Einleitung	243
1. Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens	243
2. Praktische Verbreitung	244
3. Gang der Untersuchung	245
II. Strafrechtliche Auswirkungen des Volleinzahlungsgebots und des Verbots von Sacheinlagen	246
1. Volleinzahlungsgebot, § 5a II S. 1 GmbHG	246
2. Verbot von Sacheinlagen, § 5a II S. 2 GmbHG	247
a. Zivilrechtliche Grundlegungen	247
(a) OLG München Beschluss vom 23.9.2010 – 31 Wx 149/10	247
(b) BGH Beschluss 19.4.2011 – II ZB 25/10	247
(c) Zusammenfassung	248
b. Konsequenzen für eine Strafbarkeit gemäß § 82 I GmbHG wegen falscher Angaben im Zusammenhang mit Sacheinlagen	248
(a) Strafbarkeit gemäß § 82 I GmbHG bei einer offen geleisteten Sacheinlage	248
(b) Strafbarkeit gemäß § 82 I GmbHG bei einer verdeckt geleisteten Sacheinlage	249
1.) Auffassungen zur Anwendbarkeit des § 19 IV GmbHG auf die UG	249
2.) Stellungnahme	250
3. Geltung der Sonderregelung zum Hin- und Herzahlen bei der UG ...	251
III. Strafrechtliche Auswirkungen des Gebots zur Bildung einer gesetzlichen Rücklage sowie der Verwendungsbeschränkung der gesetzlichen Rücklage, § 5a III GmbHG	251

1. Buchführungs- und Bankrottdelikte: Strafbarkeit wegen unrichtiger Darstellung, § 331 HGB, Bankrott, § 283 I Nr. 7 a StGB, und Verletzung der Buchführungspflicht, § 283b I Nr. 3 StGB	252
a. Strafbarkeit wegen Nichtbildung der gesetzlichen Rücklage, § 5a III S. 1 GmbHG	252
b. Strafbarkeit wegen missbräuchlicher Verwendung der gesetzlichen Rücklage, § 5a III S. 2 GmbHG	254
2. Strafbarkeit wegen Untreue, § 266 StGB	254
a. Strafbarkeit wegen Untreue (§ 266 I StGB) aufgrund der Nichtbildung der Gewinnrücklage, § 5a III S. 1 GmbHG	254
b. Strafbarkeit wegen Untreue (§ 266 I StGB) aufgrund missbräuchlicher Verwendung der Gewinnrücklage, § 5a III S. 2 GmbHG	255
(a) Verdeckte Gewinnausschüttung und hohes Geschäftsführergehalt als Verstoß gegen die Verwendungsbeschränkung gemäß § 5a III S. 2 GmbHG ...	256
(b) Strafbarkeit des Gesellschafters	257
c. Strafbarkeit wegen Verstoß gegen § 30 I S. 1 GmbHG	257
d. Strafbarkeit wegen Verstoß gegen § 64 S. 3 GmbHG	258
e. Ende der Geltung der Sonderregelungen, § 5a V GmbHG	258
IV. Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung, § 15a InsO	258
V. Strafbarkeit bei Verstoß gegen § 5a IV GmbHG	260
1. Einberufungspflicht bei drohender Zahlungsunfähigkeit, § 5a IV GmbHG	260
2. Strafrechtliche Konsequenzen	260
G. Ergebnisse	263
I. Strafbarkeit wegen falscher Angaben bei der verdeckten Sacheinlage und dem Hin- und Herzahlen der Einlage	263
1. Verdeckte Sacheinlage	263
2. Hin- und Herzahlen der Einlage	264
3. Auseinanderfallen der Rechtsfolgen zwischen verdeckter Sacheinlage und Hin- und Herzahlen der Einlage	265
II. Ausschluss vom Geschäftsführeramte, § 6 II S. 2 Nr. 3 und S. 3 GmbHG	266
1. Verfassungswidrigkeit	266
2. Einzelne Tatbestandsmerkmale	266
III. Kapitalerhaltung und Eigenkapitalersatz	267
1. Strafbarkeit wegen Untreue, § 266 StGB	267

a. Abwertung des § 30 I GmbHG als zentrale Vorschrift zur Begründung einer Strafbarkeit wegen Untreue	267
b. Ausnahme für die Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen, § 30 I S. 3 GmbHG	268
c. § 64 S. 3 GmbHG: Keine Kompensation für die Ausnahme von der Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen, § 30 I S. 3 GmbHG	268
d. Weitergeltung des existenzgefährdenden Eingriffs	269
2. Insolvenzstraftaten, §§ 283 – 283d StGB	270
3. Zusammenfassung: Kapitalerhaltung	271
IV. Insolvenzverschleppung	272
1. Verlegung der hauptsächlichen Interessen der GmbH ins Ausland	272
2. Pflicht des Gesellschafters zur Stellung des Insolvenzantrags	273
3. Die nicht richtige Antragstellung	273
V. Unternehmergesellschaft	274
1. Strafbarkeit gemäß § 82 I Nr. 1, 3 GmbHG wegen falscher Angaben	274
2. Strafbarkeit wegen Untreue aufgrund eines Verstoßes gegen die Verwendungsbeschränkung in § 5a III S. 2 GmbHG und die Pflicht zur Bildung einer Rücklage, § 5a III S. 1 GmbHG	275
3. Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung, § 15a InsO	276
4. Nichtanzeige der drohenden Zahlungsunfähigkeit	276
VI. Zusammenfassung	277
Literaturverzeichnis	279