

Dorothee Stracke
Zur Übertragbarkeit des
zivilrechtlichen Überschuldungsbegriffs
in das Strafrecht

Schriften zum deutschen,
europäischen und internationalen
Insolvenzrecht

S-INSO Band 8

Schriften zum deutschen, europäischen und internationalen Insolvenzrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Stefan Smid, Kiel
Rechtsanwalt Dr. Mark Zeuner, Hamburg
Rechtsanwalt Michael Schmidt, Berlin

S-INSO Band 8



De Gruyter Recht · Berlin

Dorothee Stracke

Zur Übertragbarkeit des
zivilrechtlichen
Überschuldungsbegriffs
in das Strafrecht



De Gruyter Recht · Berlin

Dr. iur. *Dorothee Stracke*, Rechtsanwältin, Frankfurt am Main

☺ Gedruckt auf säurefreiem Papier,
das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt.

ISBN 978-3-89949-392-4

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© Copyright 2007 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, D-10785 Berlin

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

Umschlaggestaltung: Christopher Schneider, Berlin

Datenkonvertierung/Satz: WERKSATZ Schmidt & Schulz GmbH, Gräfenhainichen

Druck und Bindung: Hubert & Co. GmbH & Co. KG, Göttingen

Meinen Eltern und Johannes

Vorwort

Die Problematik der Überschuldungsstrafbarkeit ist so aktuell wie alt. Seit seiner Schaffung ist der Überschuldungstatbestand umstritten. Die seit der Insolvenzrechtsreform für das Zivilrecht maßgebliche Überschuldungsdefinition lässt zahlreiche Fragen der Überschuldungsermittlung offen. Auch die in dem Gesetzesvorhaben zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) geplante Ergänzung des § 19 II InsO zur Frage der Behandlung von Gesellschafterdarlehen schafft nur hinsichtlich einer Detailfrage Sicherheit, hilft aber nicht über die grundlegenden Ermittlungsunsicherheiten hinweg. Die Überschuldung kann daher nach wie vor als eines der umstrittensten Phänomene des deutschen Rechts bezeichnet werden.

Für das Zivilrecht mag dieser Zustand wenig zufrieden stellend sein. Für das Strafrecht ist er angesichts der tief greifenden Einschnitte in die Freiheitsrechte des Einzelnen unerträglich. Der Versuch einer tragfähigen Auslegungsanleitung des strafrechtlichen Überschuldungstatbestandes ist daher Gegenstand dieser Arbeit. Nach Analyse der zugrunde liegenden historischen Entwicklung, Darstellung des zivilrechtlichen wie strafrechtlichen Ist-Zustandes und Auslotung der methodologischen Herangehensweise steht ein Vorschlag, wie nach aktueller Rechtslage der Überschuldungstatbestand bei Insolvenzverschleppung und Bankrott auszulegen ist.

Mein Dank gilt neben meiner Familie vor allem Professor Dr. Bernhard Haffke, dessen tragende Gedankenanstöße und zugleich tolerante Geisteshaltung für mich richtungsweisend waren.

Frankfurt am Main, den 8. Januar 2007

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Einleitung	1
A. Der strafrechtliche Überschuldungsbegriff – ein aktuelles Thema	1
B. Problemdarstellung und Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes	12
C. Ziel der Arbeit und Gang der Untersuchung	28
D. Systematische und wirtschaftswissenschaftliche Einordnung des Untersuchungsgegenstandes	41
Erster Teil	
Genese des Überschuldungsbegriffs – zivil- und strafrechtshistorische Entwicklung von den Anfängen bis zur Insolvenzrechtsreform – zugleich theoretische Grundlagen der aktuellen Überschuldungsmodelle	63
A. Insolvenzstrafbarkeit und „Überschuldung“ von den Anfängen bis zur Insolvenzordnung 1999	64
B. Erkenntnisse aus der historischen Entwicklung für die strafrechtliche Überschuldungsproblematik nach geltender Rechtslage – Eine Zwischenbilanz	183
Zweiter Teil	
Die Diskussion um den Überschuldungstatbestand nach In-Kraft-Treten der InsO am 1.1.1999	189
A. Entscheidungstiefe des Gesetzes – Verbindliche Festsetzungen in § 19 II InsO	193
B. Meinungsstand zur Überschuldungsermittlung in Ausfüllung der gesetzlichen Vorgaben von § 19 II InsO im Zivilrecht	225
C. Meinungsstand zur Feststellung der Überschuldung im Strafrecht (seit 1.1.1999) – eine kritische Analyse der seit Geltung des § 19 II InsO vertretenen Auffassungen zum strafrechtlichen Überschuldungsbegriff	276
Dritter Teil	
Problemlösung: Schritte auf dem Weg der Inhaltsbestimmung des strafrechtlichen Überschuldungsbegriffs: zu Übertragungszwang und Übertragbarkeit der Inhalte von § 19 II InsO ins Strafrecht	363

Inhaltsübersicht

A. Der personelle Anwendungsbereich des § 283 I Var. 1, II StGB	363
B. Das Bedürfnis strafrechtlicher Anknüpfung an den Überschuldungstatbestand auch bei Insolvenzverschleppung	376
C. Inhaltsbestimmung des strafrechtlichen Überschuldungstatbestandes .	384

Vierter Teil

Potentielle Auswirkungen einer Einführung internationaler Rechnungslegungsvorschriften (US-GAAP / IFRS (IAS)) für den handelsrechtlichen Einzelabschluss auf die strafrechtliche Überschuldungsproblematik	461
Zusammenfassung der Ergebnisse	465
Anhang: Übersicht der Gesetze im Zeitablauf (1794–1999)	467
Literaturverzeichnis	477
Stichwortverzeichnis	515

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Einleitung	1
A. Der strafrechtliche Überschuldungsbegriff – ein aktuelles Thema	1
I. Praktische Relevanz der Überschuldungsproblematik	1
II. Zur wissenschaftlichen Debatte um die Akzessorietät der Überschuldung	5
B. Problemdarstellung und Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes	12
I. Gesetzliche Regelungstechnik	13
1. In sachlicher Hinsicht	13
2. In personeller Hinsicht	14
II. Funktionszusammenhang	17
III. Unsicherheiten bei der Überschuldungsfeststellung	22
1. Der Überschuldung inhärente Unsicherheiten – Divergenz von objektiver Aussage und subjektiven Bestimmungsgrößen, Prognoserisiken	23
2. Reflexive Unsicherheiten (Meinungsvielfalt)	27
C. Ziel der Arbeit und Gang der Untersuchung	28
D. Systematische und wirtschaftswissenschaftliche Einordnung des Untersuchungsgegenstandes	41
I. Gesetzssystematische Einordnung des Untersuchungsgegenstandes	41
1. Der Überschuldungstatbestand im System des Strafrechts	41
a) Vorkommen des Überschuldungsbegriffs im Strafrecht	41
b) Einordnung des Untersuchungsgegenstandes in die Systematik des Insolvenzstrafrechts	42
2. Zur Frage nach der Übertragbarkeit des zivilrechtlichen Überschuldungsbegriffs (Zivilrechtsakzessorietät) – Die Rechtsnatur des insolvenzrechtlichen Überschuldungsbegriffs	45
II. Wirtschaftswissenschaftliche Einordnung des Phänomens der Überschuldung	47
1. Überschuldung als Beschreibung eines ökonomischen Zustands in Abgrenzung zur Zahlungsunfähigkeit	48
a) Die Überschuldung als Zeitraumilliquidität – Begriffsklärung in Abgrenzung zur Zahlungsunfähigkeit	48
b) Überschuldung als Produkt des Gläubigerschutzgedankens – allgemein und in Abgrenzung zur Zahlungsunfähigkeit	50
aa) Überschuldung als Gläubigerschutztatbestand – allgemein	50
bb) Überschuldung in Abgrenzung zur Zahlungsunfähigkeit	52

Inhaltsverzeichnis

2. Bilanzielle Ermittlung der Überschuldung – Sonderbilanz in Abgrenzung zur Handelsbilanz (bilanztheoretische Besonderheiten)	56
a) Grundsatz der Zweckentsprechung	56
b) Zweck der Handelsbilanz und Folgen für den Wertansatz	57
c) Zweck der Überschuldungsbilanz und Folgen für den Wertansatz	60

Erster Teil: Genese des Überschuldungsbegriffs – zivil- und strafrechtshistorische Entwicklung von den Anfängen bis zur Insolvenzrechtsreform – zugleich theoretische Grundlagen der aktuellen Überschuldungsmodelle	63
---	-----------

A. Insolvenzstrafbarkeit und „Überschuldung“ von den Anfängen bis zur Insolvenzordnung 1999	64
I. Altertum und Römisches Recht	64
1. Das Recht	64
2. Feststellungen im Hinblick auf die heutige Insolvenzgesetzgebung	69
II. Germanische Zeit, frühes und hohes Mittelalter	73
III. Gemeines Recht bis zur Reichskonkursordnung von 1877 (spätes Mittelalter und Neuzeit)	73
1. Entwicklung der Konkursrechte nach gemeinem Recht bis zum Preußischen Allgemeinen Landrecht (1794) – strafrechtlich, zivilrechtlich, bewertungstheoretisch, bilanziell	73
a) Strafrechtlich	74
b) Zivilrechtlich	76
c) Überschuldungsmessung	78
d) Zwischen-Feststellungen im Hinblick auf die heutige Insolvenzgesetzgebung, insbes. Überschuldungsstrafbarkeit	79
2. Landesgesetzgebung unter dem Einfluss des Code de Commerce: Preußisches Strafgesetzbuch von 1851 – Preußische Konkursordnung von 1855	80
a) Strafrecht	81
b) Zivilrechtlicher Eröffnungsgrund und Konkursantragsgrund	82
c) Überschuldungsmessung	83
d) Zwischen-Feststellungen im Hinblick auf die heutige Insolvenzgesetzgebung, insbes. Überschuldungsstrafbarkeit	86
3. Aktiennovelle des Norddeutschen Bundes 1870 und Reichsstrafgesetzbuch von 1871	86
a) Bankrott	86
b) Insolvenzverschleppung	86
IV. Die Reichskonkursordnung 1877/1898 bis zum 1. WiKG 1976	87
1. Zivilrechtlicher Eröffnungsgrund und Konkursantragsgrund	87
2. Bankrott	91

3. Insolvenzverschleppung	92
4. Überschuldungsmessung	97
a) Rückgriff auf die Bilanzierungsvorschriften aus der Handelsbilanz	97
b) Abkehr von der Handelsbilanz – Entwicklung überschuldungsspezifischer Bilanzregelungen	99
aa) Das Anschaffungskostenprinzip – Gründe der Einführung und Auswirkungen auf den Überschuldungstatbestand	100
bb) Niederstwertprinzip	104
cc) Maßgeblichkeit von Handels- und Steuerbilanz	105
c) Abkehr vom Bilanzforderndnis bei Insolvenzverschleppung als Folge der Abkehr von der Überschuldungsmessung anhand Handelsbilanzwerten	106
d) Abkehr von der Illusion des „wahren Wertes“	107
e) Zunehmende Abkehr von der Überschuldungsmessung auf reiner Liquidationswertbasis – Entwicklung verschiedener Überschuldungsmodelle	107
aa) Einstufig statisches Überschuldungsmodell	108
bb) Einstufig dynamisches Überschuldungsmodell	111
cc) Kumulative Überschuldungsprüfung	112
dd) Alternative (traditionell zweistufige) Überschuldungsprüfung	113
5. Zwischen-Feststellungen im Hinblick auf die Ausgangsfrage nach dem Verhältnis des strafrechtlichen Überschuldungsbegriffs zur zivilrechtlichen Vorgabe	114
V. Das 1. Wirtschaftskriminalitätsgesetz von 1976	114
VI. Entwicklung des Überschuldungsbegriffs in Rechtprechung und Literatur unter der Rechtslage nach dem 1. WiKG bis zur Insolvenzordnung	118
1. Zivilrechtlicher Eröffnungsgrund und Konkursantragsgrund	118
a) Inhalt und Argumentation der zweistufigen Modelle	118
aa) Modifiziert zweistufige Methode (und dreistufige Methode in Anlehnung an die modifiziert zweistufige)	120
bb) Traditionell zweistufige Methode	124
b) Die Aufstellung der Fortführungsprognose nach den zweistufigen Modellen	128
aa) Inhalt der Fortführungsprognose	128
bb) Prognosezeitraum	131
c) Der Wertansatz auf der Aktivseite der Überschuldungsbilanz – Betriebswirtschaftliche Bewertungsmethoden im Überschuldungsstatus	131
aa) Zur Wertfindung von Liquidationswerten im Überschuldungsstatus (in Ausfüllung der zweistufigen wie einstufig statischen Modelle)	132

Inhaltsverzeichnis

(1) Liquidationswertbestimmung anhand eigenständiger Ansatz- und Bewertungsvorschriften	133
(2) Rückgriff auf die Handelsbilanzwerte zur Liquidationswertbestimmung	137
bb) Zur Wertfindung von Fortführungswerten im Überschuldungsstatus (in Ausfüllung der <i>traditionell zweistufigen</i> Methode)	137
(1) Wertfindung unter Rückgriff auf die Grundsätze der Unternehmensbewertung im Überschuldungsstatus	138
(a) Gründe für den Rückgriff auf die Grundsätze der Unternehmensbewertung im Überschuldungsstatus	138
(b) Die einzelnen Methoden der Unternehmensbewertung im Rahmen der Überschuldungsfeststellung im Zeitablauf	140
(aa) Substanzwertverfahren	143
(bb) Am Zukunftserfolgswert ausgerichtete Bewertungsverfahren (Gesamtbewertung)	146
(cc) Kombinationsverfahren unter Synthese von Substanzwert und Zukunftserfolgswert	165
(2) (Korrigierte) Handelsbilanzwerte als Wertansatz in der Überschuldungsbilanz unter Annahme der Fortführung auf dem Boden der <i>traditionell zweistufigen</i> Methode	168
cc) Überschuldungsermittlung anhand der Handelsbilanzwerte auf Grundlage eigenständiger Überschuldungsmodelle	169
(1) „Jüngere“ einstufige Modelle auf Grundlage der Handelsbilanz unmittelbar vor der Insolvenzrechtsreform	169
(2) „Jüngere“ zweistufige Modelle auf Grundlage der Handelsbilanz vor der Insolvenzrechtsreform	170
(3) Das dreistufige Konzept der Kommission für Insolvenzrecht (1985)	170
(4) Das Für und Wider der handelsbilanziellen Ansätze	171
dd) Ergebnisunterschiede unter Anwendung der denkbaren Überschuldungsmodelle	172
(1) Unterschiede zwischen den einstufigen und zweistufigen Methoden	173
(2) Unterschiede zwischen der modifiziert und der <i>traditionell zweistufigen</i> Methode	173
(3) Ergebnisabweichungen aufgrund unterschiedlicher Wertansätze in der Überschuldungsbilanz	175
(a) Besonderheiten unter dem Ansatz von Handelsbilanzwerten	175
(b) Unterschiede Gesamtbewertung – Einzelbewertungsansätze	176

d) Der Wertansatz auf der Passivseite	176
2. Überschuldung im Strafrecht	178
a) In sachlicher Hinsicht	178
b) In personeller Hinsicht	180
B. Erkenntnisse aus der historischen Entwicklung für die strafrechtliche Überschuldungsproblematik nach geltender Rechtslage – Eine Zwischen- bilanz	183
I. Legitimation einer strafrechtlichen Anknüpfung an den Über- schuldungstatbestand – Strafbedürftigkeit des Handelns in der Krise (§ 283 I StGB), der Herbeiführung einer Krise (§ 283 II StGB) und das Weiterwirtschaften trotz der „Krise“ (§§ 84 GmbHG, 402 AktG u.a.)	183
II. Das Hand-in-Hand der strafrechtlichen und zivilrechtlichen Ent- wicklung einer Mitberücksichtigung von Belangen des Schuld- ners – die Ursprünge einer fortführungsbezogenen Vermögens- bewertung und der Beginn eines Strafwürdigkeitsverständnisses unter Berücksichtigung des Handlungsunwerts	184
III. Aspekte zur Zivilrechtsakzessorität	185
IV. Erkenntnisse zu den diskutierten Wertansätzen in der Über- schuldungsbilanz	186

**Zweiter Teil: Die Diskussion um den Überschuldungstatbestand
nach In-Kraft-Treten der InsO am 1.1.1999 189**

A. Entscheidungstiefe des Gesetzes – Verbindliche Festsetzungen in § 19 II InsO	193
I. Das Gerechtigkeitsurteil des Gesetzgebers als verbindliche Grenze der Auslegung und die Instrumente zur Bestimmung des Gesetzes- inhalts	193
II. Entscheidung des Gesetzgebers für die traditionell zweistufige Methode	196
III. Entscheidung des gesetzgebers für eine Reihenfolge der Prüfungs- schritte? Zwei- oder dreistufige Vorgehensweise?	200
IV. Entscheidung des Gesetzgebers für eine der Bewertungsmethoden?	205
1. Prämisse der Liquidation	205
2. Prämisse der Fortführung	207
V. Festlegungen im Hinblick auf den Inhalt der Fortführungsprognose? 1. Ziel der Fortführungsprognose Fortführungsfähigkeit und Fort- führungswille?	212
2. Entscheidung für den Prognoseinhalt – Zahlungsfähigkeits- prognose, Ertragsfähigkeitsprognose oder Rentabilitätsprognose? 3. Veräußerung ganzer Unternehmen als Fall der Fortführung in der Prognose bereits zu berücksichtigen?	214
3. Veräußerung ganzer Unternehmen als Fall der Fortführung in der Prognose bereits zu berücksichtigen?	217
VI. Festlegungen bezüglich Ansatz- und Bewertungsvorschriften auf der Passivseite?	220

Inhaltsverzeichnis

1. Differenzierende Bewertung auch der Passiva?	220
2. Ausschluss unsicherer Schulden (Rückstellungen) aus den „bestehenden Verbindlichkeiten“ im Überschuldungsstatus?	222
3. Zwingende Berücksichtigung <i>aller</i> bestehenden, auch der <i>nachrangigen</i> Verbindlichkeiten, insbesondere eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen?	224
B. Meinungsstand zur Überschuldungsermittlung in Ausfüllung der gesetzlichen Vorgaben von § 19 II InsO im Zivilrecht	231
I. Mehrstufige Vorgehensweisen im Rahmen der traditionell zweistufigen Methode	231
II. Auffassungen zur Ermittlung der Fortführungsfähigkeit	232
1. Prognoseinhalt	232
2. Prognosezeitraum	236
III. Ansatz- und Bewertungsvorschriften im Überschuldungsstatus	237
1. Die Ermittlung des Vermögens auf der Aktivseite – Methoden der Vermögensbewertung	238
a) Liquidationswertermittlung	238
b) Ermittlung der Fortführungswerte	241
aa) Einzelbewertungsverfahren	243
(1) Substanzwerte nach dem Substanzwertverfahren unter dem Teil- und dem Vollreproduktionsansatz	244
(2) (Modifizierte) Jahresabschlusswerte – Handelsbilanzwerte	245
(3) (Modifizierte) Übernahme internationaler Rechnungslegungsregeln für den Jahresabschluss	251
bb) Gesamtbewertungsansätze von Ertragswertverfahren und DCF-Verfahren	253
cc) Kombinationsverfahren	256
2. Im Einzelnen streitige Bilanzpositionen auf der Aktivseite der Überschuldungsbilanz	257
a) Der Goodwill in der Überschuldungsbilanz	257
aa) Der derivative Goodwill	257
bb) Der originäre Goodwill	258
b) Sonstige Aktivposten der Überschuldungsbilanz	260
3. Die Meinungsunterschiede bei der Wertermittlung auf der Passivseite	261
a) Streitige Passivposten im Rahmen einer differenzierenden Bewertung in Abhängigkeit vom Ergebnis der Fortführungsprognose	263
aa) Antizipierte Verbindlichkeiten und Kosten: Rückstellungen für Folgekosten bei Auslösung des Insolvenzverfahrens und Abwicklungsverluste	263
bb) Laufende Pensionsverpflichtungen	264
cc) Verfallbare Pensionsanswartschaften	265
b) Eigenkapitalersetzendes Darlehen	265

c)	Abweichungen aufgrund einer Zeitwertbilanzierung in Anlehnung an IFRS	266
IV.	Die Konkretisierungswirkung von IDW-Verlautbarungen bei der Überschuldungsfeststellung	269
1.	Rechtscharakter und Inhalt der IDW-Verlautbarungen – Eignung als Maßstab zur Tatbestandskonkretisierung?	269
a)	Stellungnahme des IDW-Fachausschusses Recht FAR 1/1996: Empfehlungen zur Überschuldungsprüfung bei Unternehmen:	271
b)	IDW Standard: Grundsätze zur Durchführung von Unternehmensbewertungen vom 18.10.2005 (IDW S 1)	272
2.	Eignung der IDW-Verlautbarungen zur Tatbestandskonkretisierung	273
V.	Zwischenergebnis – einheitlich erkennbare Tendenzen im Zivilrecht	274
C.	Meinungsstand zur Feststellung der Überschuldung im Strafrecht (seit 1.1.1999) – eine kritische Analyse der seit Geltung des § 19 II InsO vertretenen Auffassungen zum strafrechtlichen Überschuldungsbegriff	276
I.	Zur strafrechtlichen Rechtsprechung	276
II.	Die vertretenen Auffassungen zum Überschuldungstatbestand in sachlicher Hinsicht	278
1.	Strenge Zivilrechtsakzessorietät aufgrund des Regelungszusammenhangs	282
a)	Strenge Zivilrechtsakzessorietät bei Bankrott <i>und</i> Insolvenzverschleppungsdelikten – Zwingende Akzessorietät bereits bei gleicher Schutzrichtung als durchgängige Interpretationsmethode des Strafrechts (generelle Akzessorietät)?	283
b)	Strenge Zivilrechtsakzessorietät nur in Abhängigkeit vom konkreten normsystematischen Zusammenhang (nur konkret zwingende Akzessorietät) bei Bankrott <i>und</i> Insolvenzverschleppung bzw. <i>nur</i> bei Insolvenzverschleppung?	286
2.	Strafrechtsautonomer Begründungsansatz	295
a)	Faktische Betrachtungsweise als durchgängige Interpretationsmethode? Insolvenzverschleppung und Bankrott	295
b)	Das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG als legitimierend wirkendes Prinzip – Insolvenzverschleppung und Bankrott	297
c)	Autonomie aufgrund von Funktionsdivergenzen der Überschuldung in Insolvenz- und Strafrecht hinsichtlich des konkreten Rechtsgüterschutzes – Bankrott	300
3.	Inhaltsbestimmung der Überschuldung auf Grundlage eines strafrechtsautonomen Begründungsansatzes	302
a)	Vollständige Autonomie (Einstufige Modelle)	302
aa)	Immer Liquidationswerte	302
bb)	Immer Fortführungswerte	307
b)	Punktuelle Akzessorietät (modifiziert zweistufige Methode)	308
c)	Voll funktionale Akzessorietät (traditionell zweistufige Methode)	311

4. Im Einzelnen geforderte Abweichungen von § 19 II InsO von Vertretern des traditionell zweistufigen Überschuldungsbegriffs auch im Strafrecht	313
a) Strafrechtliche Besonderheiten und Modifizierungen hinsichtlich der Fortführungsprognose	314
aa) Subjektive Fortführungsabsicht oder objektive Überlebensfähigkeit?	314
bb) Wahrscheinlichkeitsgrad	316
(1) Going concern Annahme, solange sie nicht ganz unwahrscheinlich, d.h. solange wie Liquidation nicht sicher bevorsteht („in dubio pro reo“)	316
(2) Keine Korrekturen des § 19 II InsO	318
(3) In dubio contra reum – im Zweifel Liquidationswerte	319
(4) Going concern Annahme in Abhängigkeit von der Gefährlichkeit der zu beurteilenden Tathandlung – Sonderfall einer zwischen den einzelnen Tatbestandsalternativen des § 283 StGB differenzierenden Ansicht (Schlüchter)	322
cc) Prognoseinhalt: künftige Zahlungsunfähigkeit, Ertragsfähigkeit oder Rentabilität	326
dd) Prognosezeitraum	326
b) Strafrechtliche Besonderheiten und Modifizierungen hinsichtlich der Bilanzerstellung unter der Prämisse der Liquidation	327
aa) Zerschlagungsgeschwindigkeit	327
bb) Zerschlagungsintensität	327
c) Strafrechtliche Besonderheiten und Modifizierungen hinsichtlich der Bilanzerstellung unter der Prämisse der Fortführung	328
aa) Umgang mit den verschiedenen Bewertungsmethoden – Plädoyer für einen bestimmten Wertansatz oder Anerkennung der Vielheit in dubio pro reo	328
(1) Umgang mit der Bewertungsvielfalt „in dubio pro reo“	328
(2) Plädoyer für eine bestimmte Bewertungsmethode unter einem strafrechtsautonomen Ansatz	329
bb) Ansatz einzelner Aktiv- und Passivposten, insbesondere eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen	331
cc) Korrekturerfordernis aus der Sicht <i>ex post</i>	333
III. Die vertretenen Ansichten zum personellen Anwendungsbereich des Bankrotts – Darstellung und kritische Würdigung	337
1. Die Anwendungsproblematik des § 283 StGB bei Verbands- personen und Personenverbänden	337
a) Spannungsfeld von Straflosigkeit und Schuldner-eigenschaft der Verbands-person – korrigierende Auslegung des § 283 VI StGB	337
b) Die vermeintliche Rechtslücke bei der Gesellschaft bürger- lichen Rechts (GbR) – § 14 I Nr. 2 StGB – statische oder dyna- mische Verweisungsnorm?	340

2. Der Kreis potentieller Schuldner im Rahmen des § 283 StGB . . .	345
a) Variante 1: Beschränkung des Anwendungsbereichs von § 283 I Var. 1, II StGB auf juristische Personen und kapitalistische Personengesellschaften	346
b) Variante 2: Rechtsformunabhängige Beschränkung des Anwendungsbereichs von § 283 I Var. 1, II StGB auf Schuldner, die eine nicht nur geringe wirtschaftliche Tätigkeit ausüben . . .	349
c) Variante 3: jedermann, auch Verbraucher i.S.d. § 304 InsO . . .	357
d) Ausblick	359
IV. Zwischenbilanz	360

Dritter Teil: Problemlösung: Schritte auf dem Weg der Inhaltsbestimmung des strafrechtlichen Überschuldungsbegriffs – zu Übertragungszwang und Übertragbarkeit der Inhalte von § 19 II InsO ins Strafrecht 363

A. Der personelle Anwendungsbereich des § 283 I Var. 1, II StGB	363
I. Die maßgeblichen Kriterien zur Bestimmung des personellen Anwendungsbereichs – Rechtsgüterschutz als Strafzweck, Effizienzprinzip und dessen Ausprägungen (Subsidiarität und ultima ratio) .	363
II. Anwendungsbereich des § 283 I Var. 1 StGB	366
1. Juristische Personen und kapitalistische Personengesellschaften .	366
2. Natürliche Personen, insbesondere Verbraucher im Sinne der §§ 304 ff. InsO	369
III. Anwendungsbereich des § 283 II Var. 1 StGB	373
B. Das Bedürfnis strafrechtlicher Anknüpfung an den Überschuldungstatbestand – auch bei Insolvenzverschleppung	376
I. Subsidiaritätsprinzip und ultima ratio im Hinblick auf die zivilrechtlichen Insolvenzverschleppungsregelungen	376
II. Subsidiaritätsprinzip und ultima ratio im Hinblick auf die übrigen Insolvenzgründe bei Insolvenzverschleppung	378
C. Inhaltsbestimmung des strafrechtlichen Überschuldungstatbestandes .	384
I. Ebene der Problemlösung: Allein auf Tatbestandsebene oder Korrektur über die Stufen Vorsatz/Fahrlässigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld? – Garantiefunktion des Tatbestandes	384
II. Vorgaben des historischen Gesetzgebers	389
III. Zielbestimmung – Die maßgeblichen Eckpfeiler für die Inhaltsbestimmung des Überschuldungsbegriffs auf Tatbestandsebene . .	391
IV. Strafrechtsexterne Grenze der Auslegung: § 19 II InsO als unmittelbare Wortlautgrenze auch im Strafrecht?	394
1. Methodik zur Bestimmung von Autonomie oder zwingender Zivilrechtsakzessorietät	394
a) <i>Einheit der Rechtsordnung</i> vor dem Hintergrund der Trennung von strafrechtlicher Sanktionsnorm und vorgelagerter Verhaltensnorm	394

b) <i>Einheit der Rechtsordnung</i> als Postulat zur Vermeidung von Widersprüchen – Systematik denkbarer Widersprüche und der Grad ihrer Tolerierbarkeit	397
aa) Technischer Widerspruch	398
bb) Normative Widersprüche	401
c) Ableitungen für die Lösung der Akzessorietätsfrage	403
2. Konkrete Lösung der Akzessorietätsfrage	407
a) Erster Schritt: Unbedingte Zivilrechtsakzessorietät der Insolvenzverschleppungsdelikte?	407
aa) Blankettnorm?	407
bb) Norm des Sekundärstrafrechts, unechtes Sanktionsblankett	408
b) Zweiter Schritt: Bestimmung der den Insolvenzverschleppungsdelikten und dem Bankrott vorgelagerten Verhaltensnorm(en)	416
c) Strafrechtsautonomer Begründungsansatz bei § 283 I, II StGB	420
V. Methodik zur strafrechtsautonomen Begriffsbestimmung – Die strafrechtsimmanenten Prinzipien und Grenzen der Auslegung	421
1. Die maßgeblichen Auslegungsgrundsätze im gegenseitigen Ausgleich – Funktionalität, Rechtssicherheit und Subsidiarität	421
a) Funktionalität hinsichtlich der Verhaltenssteuerung	421
b) Sozialadäquanz und erlaubtes Risiko	422
c) Rechtsstaatliche Erfordernisse: Gesetzlichkeitsprinzip und ultima ratio	424
2. Das Gesetzlichkeitsprinzip und das Bestimmtheitsgebot im Besonderen	425
a) Lex stricta	426
b) Lex scripta	427
c) Lex certa	427
3. „In dubio pro reo“ in der Überschuldungsdiskussion – Eine Anwendungsform des Bestimmtheitsgrundsatzes	431
VI. Strafrecht autonome Begründung für das in § 283 I, II StGB maßgebliche Überschuldungsmodell	433
1. Verhaltenssteuernde Funktion des Strafrechts als Maßstab für die Inhaltsbestimmung der Krise	433
2. Stets Liquidationswerte?	436
3. Stets Fortführungswerte?	438
4. Traditionell zweistufige oder modifiziert zweistufige Methode?	439
5. Vereinbarkeit einer Überschuldungsermittlung nach der traditionell zweistufigen Methode mit dem Bestimmtheitsgebot (Art. 103 II GG)	441
VII. Die traditionell zweistufige Überschuldungsermittlung in ihrer strafrechtlichen Ausgestaltung	442
1. Fortführungsprognose	442
a) Inhalt der Fortführungsprognose	442
b) Wahrscheinlichkeitsurteil	446
c) Prognosezeitraum	447

d) Entbehrlichkeit der Prognoseerstellung bei hinreichendem Liquidationsvermögen beim Bankrott	448
2. Der Umgang des Strafrechts mit der Methodenvielfalt zur Fortführungsbewertung	449
a) Strafrechtsimmanente Grenzen der Auslegung: Bestimmtheitsgrundsatz und Funktionalität der Bewertungsmethoden als Bestimmungsgröße eines effizienten Überschuldungsstatbestands	449
b) Funktionalität der Gesamtbewertungsverfahren als der im Regelfall anzuwendenden Bewertungsmethoden (Ertragswertmethode und DCF-Verfahren)	453
c) Funktionalität der „im Einzelfall tätergünstigsten Bewertungsmethode“	456
3. Die Ergebnisse der „im Einzelfall tätergünstigste Lösung“ im Einzelnen	458
a) Umstrittene Bilanzpositionen	458
b) Der Umgang des Strafrechts mit den inhärenten Prognose- risiken bei der Ermittlung von Liquidationswerten	459
4. Die verbleibenden inhärenten Unsicherheiten der Überschuldungsfeststellung	459

Vierter Teil: Potentielle Auswirkungen einer Einführung internationaler Rechnungslegungsvorschriften (US-GAAP / IFRS (IAS)) für den handelsrechtlichen Einzelabschluss auf die strafrechtliche Überschuldungsproblematik	461
---	------------

Zusammenfassung der Ergebnisse	465
Anhang: Übersicht der Gesetze im Zeitablauf (1794–1999)	467
Literaturverzeichnis	477
Stichwortverzeichnis	515

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
a.E.	am Ende
a.F.	alter Fassung
AG	Aktiengesellschaft oder Amtsgericht je nach Kontext
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
APV	Adjusted Present Value
Art.	Artikel
art.	article
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BayOblG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebsberater, zit. nach Jahrgang und Seite
Bd.	Band
BeckRs	Rechtsprechungsdatenbank des Beck Verlag, Entscheidungsfundstellen zitiert nach Jahr und Nummer
betr.	betreffend
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis, zit. nach Jahrgang und Seite
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHR	Bundesgerichtshof, Rechtsprechung in Strafsachen
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, zit. nach Band und Seite
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, zit. nach Band und Seite
BR	Bundesrat
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
bspw.	beispielsweise
BT	Besonderer Teil oder Bundestag je nach Kontext
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BuW	Betrieb und Wirtschaft, zit. nach Jahrgang und Seite
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, zit. nach Band und Seite
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, zit. nach Band und Seite
bzw.	beziehungsweise
dass.	dasselbe
DAV	Deutscher Anwaltsverein
DB	Der Betrieb, zit. nach Jahrgang und Seite
DBW	Die Betriebswirtschaft, zit. nach Jahrgang und Seite
DCF	Discounted Cash Flow

Abkürzungsverzeichnis

ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe, dieselben
DStR	Deutsches Steuerrecht, zit. nach Jahrgang und Seite
DVBl	Deutsche Verwaltungsblätter, zit. nach Jahrgang und Seite
EEGInsO	Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung im Entwurf
EGInsO	Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung
EInsO	Insolvenzordnung im Entwurf
EStR	Einkommensteuerrichtlinie
etc.	et cetera
e.V.	eingetragener Verein
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht, zit. nach Jahrgang und Seite
f., ff.	folgende, fortfolgende
FK-InsO	Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goldammers Archiv, zit. nach Band und Seite
GBL	Gesetzblatt des Landes Baden-Württemberg
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
Gds.	Gedächtnisschrift
gem.	gemäß
ggf.	gegebenenfalls
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
GesO	Gesamtvollstreckungsordnung
GmbHR	Die GmbH-Rundschau, zit. nach Jahrgang und Seite
GOB	Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung
GUV	Gewinn- und Verlustrechnung
Halbbd.	Halbband
HFA	siehe IDW HFA
HGB	Handelsgesetzbuch
HK-InsO	Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung zit. nach Bearbeiter, § und Rn.
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
HWiStR	Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts
HWSt	Handbuch des Wirtschaftsstrafrecht
IAS	International Accounting Standards
IAS	International Accounting Standards Committee
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer
IDW ES	Entwurf eines IDW Standards
IDW FAR	IDW Fachausschuss Recht
IDW-FN	IDW Fachnachrichten, zit. nach Jahrgang und Seite
IDW HFA	IDW Hauptfachausschuss
IDW PH	IDW Prüfungshinweise
IDW PS	IDW Prüfungsstandard
IDW RH	IDW Rechnungslegungshinweise
IDW RS	IDW Stellungnahme zur Rechnungslegung.
IDW S	IDW Standard
i.e.S.	im engeren Sinn
IFRS	International Financial Reporting Standards
insbes.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
i.V.m.	in Verbindung mit

InVo	Insolvenz und Vollstreckung, zit. nach Jahrgang und Seite
i.w.S.	im weiteren Sinn
JA	Juristische Arbeitsblätter, zit. nach Jahrgang und Seite
JfB	Journal für Betriebswirtschaft, zit. nach Jahrgang und Seite
JR	Juristische Rundschau, zit. nach Jahrgang und Seite
Jura	Juristische Ausbildung, zit. nach Jahrgang und Seite
JurBüro	Das juristische Büro, zit. nach Jahrgang und Seite
JuS	Juristische Schulung, zit. nach Jahrgang und Seite
JZ	Juristenzeitung, zit. nach Jahrgang und Seite
Kap.	Kapitel
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KO	Konkursordnung
KR	Kriminalistik, zit. nach Jahrgang und Seite
kriminalistik	kriminalistik, zit. nach Jahrgang und Seite
krit.	kritisch
KritV	Kritische Vierteljahresschrift, zit. nach Jahrgang und Seite
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht (Konkurs, Treuhand, Sanierung), zit. nach Jahrgang und Seite
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar, Großkommentar zum StGB, zit. nach Bearbeiter, § und Rn.
MDR	Monatszeitschrift für Deutsches Recht, zit. nach Jahrgang und Seite
MoMiG	Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)
MRK	Menschenrechtskonvention
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift, zit. nach Jahrgang und Seite
NJW-RR	Neue Juristische Wochenzeitschrift, Rechtsprechungs-Report Zivilrecht, zit. nach Jahrgang und Seite
NK	Nomos Kommentar, Kommentar zum Strafgesetzbuch, zit. nach Bearbeiter, § und Rn.
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht, zit. nach Jahrgang und Seite
NWB	Neue Wirtschafts-Briefe, zit. nach Jahrgang und Seite
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, zit. nach Jahrgang und Seite
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung, zit. nach Jahrgang und Seite
obj.	objektiv
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
par.	paragraph
PrALR	Preußisches Allgemeines Landrecht
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RGBL.	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, zit. nach Band und Seite
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
RWS	Kommunikationsforum Recht, Wirtschaft, Steuern, zit. nach Jahrgang und Seite
S.	Seite
Sch/Sch	Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, zit. nach Bearbeiter, §, Rn.

Abkürzungsverzeichnis

SK	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, zit. nach Bearbeiter, §, Rn.
s.o.	siehe oben
sog.	so genannt(e/er/es)
Sp.	Spalte
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StuB	Steuern und Bilanzen, zit. nach Jahrgang und Seite
s.u.	siehe unten
subj.	subjektiv
StÄndG	Strafrechtsänderungsgesetz
StV	Strafverteidiger, zit. nach Jahrgang und Seite
u.a.	unter anderem
usw.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
Urt. v.	Urteil vom
US-GAAP	United States – Generally Accepted Accounting Principles
Var.	Variante
vgl.	vergleiche
VglO	Vergleichsordnung
WACC	Weighted Average Cost of Capital
WiKG	Erstes bzw. zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität
WiSt	Wirtschaftsstrafrecht, zit. nach Jahrgang und Seite
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerrecht, zit. nach Jahrgang und Seite
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapiermitteilungen, zit. nach Jahrgang und Seite
WPg	Die Wirtschaftsprüfung, zit. nach Jahrgang und Seite
WPr	Der Wirtschaftsprüfer, zit. nach Jahrgang und Seite
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht, zit. nach Jahrgang und Seite
ZAP	Zeitschrift für die Anwaltspraxis
z.B.	zum Beispiel
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft, zit. nach Jahrgang und Seite
ZfbF	Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung, zit. nach Jahrgang und Seite
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, zit. nach Jahrgang und Seite
ZHR	Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht, zit. nach Jahrgang und Seite
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht, zit. nach Jahrgang und Seite
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, zit. nach Jahrgang und Seite
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik, zit. nach Jahrgang und Seite
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, zit. nach Jahrgang und Seite

Einleitung

A. Der strafrechtliche Überschuldungsbegriff – ein aktuelles Thema

I. Praktische Relevanz der Überschuldungsproblematik

Die Überschuldung von Unternehmen und auch Privater ist von zunehmend großer Bedeutung für die Wirtschaftskriminalität; es gibt kaum ein Insolvenzverfahren, das nicht von strafrechtlich relevantem Verhalten begleitet wird.¹

Die Schätzungen hinsichtlich des prozentualen Anteils der durch deliktisches Handeln begleiteten Insolvenzen schwanken.² Laut jüngerer Erfahrungen aus der Praxis der Strafverteidigung und der Staatsanwaltschaft werden im Rahmen von 80 bis 90 % der Unternehmensinsolvenzen Straftaten begangen.³

Dabei hat speziell der Überschuldungstatbestand eine größere praktische Bedeutung für die Straf- als für die Insolvenz- und die übrigen Zivilgerichte.⁴

Denn die Mehrzahl der gerichtlichen Eröffnungsbeschlüsse juristischer Personen und sog. „kapitalistischer“ Personengesellschaften (solche, in denen kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person oder Personengesellschaft mit natürlicher Person als persönlich haftendem Gesellschafter ist, § 19 III InsO) werden auf die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft und nicht auf deren Überschuldung gestützt.⁵ Dabei ist die gegenüber der Zahlungsunfähigkeit geringere Bedeutung der Überschuldung als Insolvenzeröffnungsgrund letztlich auf den engen wirtschaftlichen Zusammenhang von Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit zu-

¹ Vgl. Pelz, Strafrecht in Krise und Insolvenz (2004), Vorwort sowie Rn. 3; Beck in Wabnitz/Janovsky, 2. Aufl. (2004), Kap. 6 Rn. 53.

² Über die Jahre verteilt reichen die Schätzungen von „rund ein Drittel“ (Wessels/Hillenkamp, BT 2, 26. Aufl. (2003), Rn. 458) über 50 % (Hammerl, Bankrottdelikte (1970), S. 47 ff.; Tiedemann/Sasse, Delinquenzprophylaxe (1973), S. 18; Tröndle/Fischer, StGB, 52. Aufl. (2004), Vor § 283 Rn. 6), 50–80 % (Kindhäuser, NK-StGB (1998), Vor § 283 Rn. 5) bis hin zu 80–90 % (Müller in Müller/Wabnitz/Janovsky, Wirtschaftskriminalität, 4. Aufl. (1997), Kap. 6 Rn. 8; Otto Jura 1989, S. 32). Vgl. zu den verschiedenen Schätzungen auch Beck in Wabnitz/Janovsky, 2. Aufl. (2004), Kap. 6 Rn. 53.

³ Pelz, Strafrecht in Krise und Insolvenz (2004), Rn. 6; Weyand, Insolvenzdelikte (2003), S. 5.

⁴ Die primär strafrechtliche Relevanz betonen besonders Altmeyden, ZIP 1997, S. 1174; Kirchof in HK-InsO, 3. Aufl. (2003), § 19, Rn. 4; Schmerbach in FK-InsO, 2. Aufl. (1999), § 19 Rn. 7; Smid in Smid, InsO (1999), § 19 Rn. 2; Uhlenbruck in Schmidt/Uhlenbruck, Krise, Sanierung und Insolvenz, 3. Aufl. (2003), Rn. 850. Zu entsprechenden Erfahrungen aus der Praxis der Staatsanwaltschaft vgl. Bieneck, wistra 2001, S. 54.

⁵ Vgl. insoweit auch v. Oncul, Rechtzeitige Auslösung (2000), S. 123; Penzlin, Auswirkungen der InsO (2000), S. 130.

Einleitung

rückzuführen.⁶ Dadurch wird die Gesellschaft im Regelfall zeitnah zum Überschuldungseintritt zahlungsunfähig, so dass sich das Insolvenzgericht dann im Rahmen der Prüfung der Eröffnungsvoraussetzungen für das Insolvenzverfahren (§ 16 InsO) auf den leichter nachzuweisenden, mit weniger Prognoserisiken behafteten und von Bewertungsunsicherheiten nahezu freien Eröffnungsgrund der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) konzentrieren kann.⁷

Und auch im Rechtsstreit um zivilrechtliche Schadensersatzansprüche wegen Insolvenzverschleppung sind die Gläubiger regelmäßig bestrebt, ihre Ansprüche auf den zeitnahen Eintritt der Zahlungsunfähigkeit zu stützen, um den erhöhten Beweisschwierigkeiten zu entgehen, denen die Gläubiger ausgesetzt sind, soweit sie die Beweislast für den Nachweis des Überschuldungseintritts trifft.⁸ In der zivilrechtlichen Diskussion wird daher der Überschuldungstatbestand unter isolierter Betrachtung seiner Eröffnungsfunktion teilweise auch für überflüssig erachtet.⁹

Demgegenüber kommt der Überschuldung im *Strafrecht* eine ganz eigenständige Bedeutung zu. Hier sind Staatsanwaltschaft und Gericht dazu angehalten, im Wege der Amtsermittlung den Zeitpunkt der *erstmaligen* Verletzung der Strafgesetze von Insolvenzverschleppung und Bankrott festzustellen, so dass es regelmäßig auf die Überschuldung als die der Zahlungsunfähigkeit im Regelfall vorgelagerte Vermögensinsuffizienz ankommt. Die Strafgerichte sehen sich daher der zusätzlichen Schwierigkeit ausgesetzt, in jedem Fall rückblickend feststellen zu müssen, *wann* Überschuldung eingetreten ist, um beurteilen zu können, welche Bankrotthandlungen bereits in der Phase der Überschuldung vorgenommen wurden, oder wann erstmals von strafrechtlich relevantem Unterlassen der Antragstellung auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens auszugehen ist.¹⁰

Insbesondere bei den Bankrottatbeständen der §§ 283, 283a StGB kommt der Überschuldung eine vollkommen eigenständige Bedeutung zu: Hier wird der Überschuldungsbegriff nicht als insolvenzrechtlicher Eröffnungsgrund, sondern als ein Krisenmerkmal relevant, das anzeigt, wann die in § 283 I StGB tatbestandlich umschriebenen Verhaltensweisen die Befriedigungsinteressen der Gläubiger so stark gefährden, dass diese unter Strafandrohung zu unterlassen sind.¹¹ Daher ist dem Wortlaut nach selbst bei nicht insolvenzantragspflichtigen Personen und Personengesellschaften eine an den Überschuldungstatbestand knüpfende Strafsanktion möglich, ebenso wie nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw. nach Ablehnung

6 Zum Zusammenhang zwischen Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit sogleich unter Einleitung D. II. 1. b) bb).

7 Vgl. *Uhlenbruck* in Schmidt/Uhlenbruck, *Krise, Sanierung und Insolvenz*, 3. Aufl. (2003), Rn. 850; zu weitgehend *Bichlmeier* in Bichlmeier/Engberding/Oberhofer (1998), S. 169, der die Überschuldung für überflüssig hält. Vgl. auch *Pelz*, *Strafrecht in Krise und Insolvenz* (2004), Rn. 81.

8 Vgl. zur Beweislastverteilung hinsichtlich des Überschuldungsnachweises *BGH* Urt. v. 7.3. 2005 – II ZR 138/03, NZI 2005, S. 351; *BHGZ* 126, S. 181, 200; *Bork*, *ZGR* 1995, S. 521; *K. Schmidt* in Scholz, *GmbHG*, 9. Aufl. (2002), § 64 Rn. 18; ausführlich *Höffner*, *Insolvenzverschleppung* (2003), S. 54 f.; *Altmeyen* in Roth/Altmeyen, *GmbHG*, 5. Aufl. (2005), § 64 Rn. 21 ff., 25.

9 *Bichlmeier* in Bichlmeier/Engberding/Oberhofer (1998), S. 169.

10 Vgl. *Pelz*, *Strafrecht in Krise und Insolvenz* (2004), Rn. 80.

11 Ausdrücklich zur praktischen Relevanz der Überschuldung als Krisenalternative im Rahmen des Bankrotts aus der Staatsanwaltschaft: *Bieneck*, *wistra* 2001, S. 54.

des Eröffnungsantrags mangels Masse jedes wirtschaftlich riskante oder gar unwirtschaftliche Handeln in der Zone der Überschuldung eine potentielle Bankrottstraftat darstellen kann.

In *tatsächlicher* Hinsicht beruht die Relevanz der Überschuldung vor allem darauf, dass im Zeitpunkt der Überschuldung als dem weniger offen zu Tage tretenden Vermögensinsuffizienztatbestand in der Regel keine Maßnahmen ergriffen werden, so dass in der Phase bis zum Eintritt der Zahlungsunfähigkeit bzw. bis zur Antragstellung auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens wegen Überschuldung, welcher regelmäßig weit nach Eintritt der Überschuldung gestellt wird,¹² die Unternehmensleitung in Gefahr gerät, sich nicht nur wegen Insolvenzverschleppung strafbar zu machen, sondern auch strafbare Handlungen im Sinne des § 283 StGB zu begehen. Der Überschuldung kommt angesichts ihres zeitlich früheren Eintritts daher eine weitaus größere Bedeutung für Insolvenzverschleppung und Bankrott zu als der Zahlungsunfähigkeit.¹³ Dies gilt umso mehr, als sowohl bei Insolvenzverschleppung (§ 401 II AktG, § 84 II GmbHG, § 130 b II HGB, § 148 II GenG) als auch im Rahmen des Bankrotts (§ 283 IV, V StGB) fahrlässiges Handeln unter Strafe gestellt ist.¹⁴

Mit dem stetigen Anstieg der Unternehmensinsolvenzen sind Vorstände und Geschäftsführer krisenbefangener Unternehmen in den vergangenen Jahren zunehmend in das Visier der Strafverfolgungsbehörden geraten.¹⁵

Dementsprechend sind auch auf rechtsberatender Seite die mit der Insolvenz verbundenen Strafbarkeitsrisiken für Vorstände und Geschäftsführer verstärkt in den Blickpunkt des Interesses gerückt und Fragen zur Vermeidung von Insolvenzverschleppung und Bankrottdelikten „an der Tagesordnung“.¹⁶

Hier eine exakte Grenze zwischen strafbaren Verhaltensweisen und unternehmerischen Fehlentscheidungen zu ziehen, ist angesichts der Unternehmenspraxis, in der

12 K. Schmidt in Schmidt/Uhlenbruck, Krise, Sanierung und Insolvenz, 3. Aufl. (2003), Rn. 850. Zu entsprechenden Erfahrungen aus der Praxis der Rechtsanwälte vgl. Penzlin, wistra 2004, 133.

13 Vgl. auch Altmeyen, ZIP 1997, S. 1174, der die anhand der Zahlungseinstellung offen zu Tage tretende Zahlungsunfähigkeit für die zivilrechtliche Insolvenzverschleppungshaftung als „kaum relevant“ bezeichnet. „Wenn die Gesellschaft bereits ihre Zahlungen eingestellt hat, wird sich der Konkurs kaum noch lange verschleppen lassen, da die Eröffnung des Konkursverfahrens alsbald von ungeduldigen Gläubigern beantragt wird“. Dies gilt konsequenterweise auch für die strafrechtliche Seite der Insolvenzverschleppung.

14 So sieht auch K. Schmidt die „praktische Hauptbedeutung des Überschuldungstatbestandes (...) nicht in der Befugnis des Gerichts, einen Eröffnungsbeschluss zu erlassen, sondern in der Selbstprüfungspflicht“ des Geschäftsführers und in den Insolvenzverschleppungssanktionen“ (in Schmidt/Uhlenbruck, Krise, Sanierung und Insolvenz, 3. Aufl. (2003), Rn. 850).

15 Vgl. zur hohen Anzahl an Insolvenzen im Jahr 2002 (84.428 Fälle) und 12.814 bekannt gewordene Insolvenzstraftaten die Nachweise bei Beck in Wabnitz/Janovsky, 2. Aufl. (2004), Kap. 6 Rn. 53. Im Zeitraum von Januar bis April 2005 war ein Anstieg der Insolvenzen die Deutschland um 13,8 % gegenüber dem entsprechenden Vorjahreszeitraum zu verzeichnen; allein im Juni 2005 waren im Vergleich zum Juni des Vorjahres 2000 Unternehmen und Verbraucher mehr insolvent, vgl. die Mitteilungen des Statistischen Bundesamtes unter <http://www.destatis.de/indicators/d/ins110ad.htm>. (Stand: 8.9.2005).

Vgl. insgesamt auch Weyand, Insolvenzdelikte, 6. Aufl. (2003), S. 5; Pelz, Strafrecht in Krise und Insolvenz (2004), Vorwort; Penzlin, wistra 2004, S. 133.

16 Penzlin, WM 2004, S. 155.

Einleitung

schnelle Entscheidungen auch auf nicht gesicherter Informationsbasis gefordert sind, bereits tatsächlich kaum möglich.¹⁷ Dies gilt besonders für die Strafbarkeitsrisiken in und wegen Herbeiführung der Überschuldung, deren Feststellung mit vielerlei Bewertungsunsicherheiten und Prognoserisiken verbunden ist.

Juristisch wird die Grenzziehung insbesondere dadurch erschwert, dass der strafrechtliche Überschuldungsbegriff auf allen Ebenen seiner Feststellung höchst umstritten ist.

Mit den Änderungen der am 1.1.1999 in Kraft getretenen Insolvenzordnung, die in § 19 II InsO erstmals eine detaillierter gefasste Legaldefinition der Überschuldung enthält, ist die Bewertungsunsicherheit insolvenzstrafrechtlich relevanten Verhaltens noch um ein Vielfaches gestiegen: Nicht nur, dass der Gesetzgeber die zwischenzeitlich in zivilrechtlicher Rechtsprechung und Literatur erreichte Einigung auf eine „modifiziert zweistufige“ Überschuldungsprüfung durch eine Überschuldungsdefinition ablöste, bei der sich die Frage der Vermögensbewertung unter der Prämisse der Fortführung wieder stellt, und damit die Diskussion um die richtige betriebswirtschaftliche Bewertungsmethode in Zivil- und Strafrecht erneut entfacht wurde.¹⁸ Vor allem stellt sich die Frage, *ob* überhaupt und wenn ja, *inwieweit* die zivilrechtliche Definition auch für das Strafrecht relevant ist, so dass die Diskussion um die richtige Methode – *einstufig, traditionell zweistufig, modifiziert zweistufig* – zwar für das Zivilrecht als beendet gelten kann, nicht aber für das Strafrecht. Im Gegenteil: Hier ist ein erneuter Streit um die richtige Methode der Überschuldungsfeststellung, insbesondere um die Verbindlichkeit der zivilrechtlichen Überschuldungsdefinition, entstanden, die zu höchst unterschiedlichen Auslegungsergebnissen von Überschuldung im Strafrecht führt. Dabei existiert bisher auch noch keine gefestigte Rechtsprechung zu den Auswirkungen des insolvenzrechtlich nun definierten Überschuldungsbegriffs auf das Strafrecht, die insoweit Klarheit bringen könnte. Die Möglichkeit einer grundlegenden Klarstellung der Überschuldungsfragen im Rahmen des derzeit im Entwurf befindlichen Gesetzesvorhabens zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) hat der Gesetzgeber verstreichen lassen.

Diese Unsicherheiten in *sachlicher* Hinsicht, wie der Überschuldungsbegriff im Strafrecht auszulegen ist, werden ergänzt durch die nach In-Kraft-Treten der InsO erhöhte Unsicherheit in *personeller* Hinsicht, auf welche Schuldnergruppen der Überschuldungstatbestand überhaupt Anwendung finden kann. Denn die Einführung eines eigens auf Private und nur geringfügig wirtschaftlich Tätige zugeschnittenen, kostengünstigeren und vereinfachten Verbraucherinsolvenzverfahrens (§§ 304 ff. InsO) einschließlich der Änderungen der InsO zum 1. Dezember 2001 hat zusätzlich zu einem enormen Anstieg der Insolvenzen *privater* Schuldner geführt und damit faktisch den Anwendungsbereich des § 283 StGB auf eine Schuldnergruppe erweitert, deren strafwürdiges Verhalten zuvor von § 288 StGB als einem Tatbestand ohne Überschuldungsvoraussetzung erfasst wurde.¹⁹ In Verbindung mit der zuneh-

¹⁷ Vgl. die Erfahrung auf Seiten der insolvenzrechtlichen Beratung *Penzlin*, WM 2004, S. 155.

¹⁸ Dazu sogleich näher unter Erster Teil A. VI. 1. a) und Zweiter Teil A. II.

¹⁹ Vgl. aus der staatsanwaltschaftlichen Praxis *Weyand*, Insolvenzdelikte, 6. Aufl. 2003, S. 5. Für das Jahr 2003 waren ca. 60.000 Insolvenzverfahren natürlicher Personen und damit eine Steige-

menden Überschuldung deutscher Privathaushalte²⁰ führt diese Entwicklung zu einem erhöhten Klärungsbedarf bei der Frage nach dem personellen Anwendungsbereich von § 283 StGB für den Fall der Überschuldung (Stichwort *Verbraucherbankrott*).

Von der Zunahme der Insolvenzen betroffen ist auch eine Vielzahl von *Einzelunternehmen* und *Freiberuflern*.²¹ Auch hier stellt sich die Frage der Anwendbarkeit des § 283 StGB im Überschuldungsfall, wenn Freiberufler und Einzelunternehmen nicht in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft oder beschränkt haftenden Personengesellschaft geführt werden, wie es § 19 I, III InsO für den Eröffnungsgrund der Überschuldung voraussetzt.

Die rechtlichen und tatsächlichen Unsicherheiten der Überschuldungsfeststellung bei gleichzeitig hoher Insolvenzhäufigkeit mit ca. 80 % begleitenden Straftaten vermitteln der Frage nach der Auslegung des strafrechtlichen Überschuldungsbegriffs daher eine tatsächliche und rechtliche Relevanz, die eine Klärung der Überschuldungsfrage dringend erforderlich macht.²²

Versuche, die Überschuldungsfrage zu klären, blieben daher in der wissenschaftlichen Diskussion nicht aus:

II. Zur wissenschaftlichen Debatte um die Akzessorietät der Überschuldung

Kraft seiner Natur als juristischer Festschreibung von schwer analysierbaren ökonomischen Realitäten gehörte der Überschuldungstatbestand schon immer zu den in Betriebs-, Zivil- und Strafrechtswissenschaft am stärksten umstrittenen Tatbeständen des Rechts überhaupt. Die richtige Vorgehensweise zur Feststellung von Überschuldung ist daher eine endlos diskutierte Frage.²³

zung im Vergleich zum Vorjahr i. H. v. ca. 28 % zu verzeichnen (vgl. *Henning*, ZinsO 2004, S. 585). Im ersten Halbjahr 2005 haben 30 937 Personen Verbraucherinsolvenz angemeldet. Das waren 37,5 Prozent mehr als im Vorjahreshalbjahr, vgl. die Mitteilungen des Statistischen Bundesamtes unter <http://www.destatis.de/indicators/d/ins110ad.htm>. (Stand: 8.9.2005); vgl. auch *Sebastian Wolff* in *Berliner Zeitung* v. 9.10.2005, Rubrik Wirtschaft, S. 11 „Immer mehr Verbraucher Pleite ...“

²⁰ Nach Schätzungen der Verbraucherzentralen waren in 2004 3 Millionen Haushalte überschuldet, vgl. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, Art. vom 19.8.2004, Rubrik Wirtschaft S. 12, „Viele sind überschuldet“. Vgl. zur Entwicklung in den Jahren zuvor auch die ausführliche Analyse von *Krug*, *Verbraucherkonkurs* (1998), S. 12 ff., 43. Auf ca. 3 Millionen belaufen sich auch die Schätzungen für 2005, vgl. *Wolff* in *Berliner Zeitung* v. 10.9.2005, Rubrik Wirtschaft, S. 11 „Immer mehr Verbraucher Pleite ...“.

²¹ Vgl. nur aus der Praxis der Staatsanwaltschaft *Weyand*, *Insolvenzdelikte*, 6. Aufl. 2003, S. 5.

²² Vgl. *Achenbach*, der dringend eine Klärung der Überschuldungsfrage für erforderlich hält (*Schlüchter-Gds.* (2002), S. 257 ff., 267). Kritik an der Schwerpunktsetzung in der Kommentarliteratur auf die Funktion als Eröffnungsgrund übt auch *Uhlenbruck* in *Schmidt/Uhlenbruck*, *Krise, Sanierung und Insolvenz*, 3. Aufl. (2003), Rn. 850.

²³ Vgl. allein die Vielzahl der zur *alten* Rechtslage erschienenen Monographien: *Biermann*, *Die Überschuldung als Voraussetzung der Konkurseröffnung* (1963); *Fischer*, *Die Überschuldungsbilanz* (1980); *Giebeler*, *Die Feststellung der Überschuldung einer Unternehmung unter beson-*

Einleitung

Einigkeit bestand und besteht noch immer nur insoweit, dass Überschuldung vorliegt, wenn das Vermögen die Schulden/(sichere)Verbindlichkeiten nicht mehr deckt.²⁴

Als sich vor In-Kraft-Treten der Insolvenzordnung die Überschuldung noch aus den Antragspflichten zu Lasten der Gesellschaftsorgane sowie aus §§ 207, 209 Konkursordnung (KO) ableitete und als Situation umschrieben war, in der „das Vermögen der Gesellschaft nicht mehr die Schulden deckt“ (§ 92 II 2 AktG, § 64 I GmbHG, §§ 130a I HGB, 99 I GenG), bestand auch im Zivilrecht noch Uneinigkeit, wie die Fortführungsfähigkeit eines zur Fortführung bestimmten Unternehmens bei der Ermittlung der Überschuldung zu berücksichtigen sei.

In Abhängigkeit von dem Gewicht, das der Fortführungsfähigkeit insoweit beigemessen wurde, wurden verschiedenstufige Überschuldungsbegriffe (Überschuldungsmethode) vertreten.

Die herrschende Lehre und zuletzt auch der BGH gingen unmittelbar vor In-Kraft-Treten der InsO von dem *modifizierten zweistufigen* Überschuldungsbegriff aus, wonach zunächst nach Liquidationswerten eine Überschuldungsbilanz zu erstellen war. Wenn danach rechnerisch Überschuldung vorlag, war eine Fortführungsprognose für das Unternehmen zu erstellen. Nur bei negativer Prognose lag (rechtlich) Überschuldung vor.²⁵

Die Diskussion wurde für das Zivilrecht mit der erstmals rechtsformübergreifend außerhalb der Spezialgesetze allgemeinverbindlich²⁶ formulierten und zugleich detaillierter gefassten Legaldefinition der Überschuldung in § 19 II InsO²⁷ zu-

derer Berücksichtigung der Beziehung zur Zahlungsunfähigkeit (1982); *Groth*, Überschuldung und eigenkapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen (1995); *Haack*, Der Konkursgrund der Überschuldung bei Kapital- und Personengesellschaften (1980); *Harneit*, Überschuldung und erlaubtes Risiko (1984); *Höfner*, Die Überschuldung als Krisenmerkmal des Konkursstrafrechts (1981); *Klar*, Überschuldung und Überschuldungsbilanz (1987); *Lütkemeyer*, Die Überschuldung der GmbH – ein Beitrag zum Recht der Unternehmensbewertung (1983); *Vonnemann*, Die Feststellung der Überschuldung (1989).

24 Vgl. *Tiedemann*, Insolvenzstrafrecht, 2. Aufl. (1996) Vor § 283 Rn. 150; *Groth*, Überschuldung (1995), S. 27. Zudem *Ulmer* in Hachenburg, GmbHG, 8. Aufl. (1997), § 63 Rn. 28; *Heinen*, Handelsbilanzen, 2. Aufl. (1986), S. 501; BGH Urt. v. 8.9.2004. Der Begriff der „*Verbindlichkeit*“ wird in diesem Zusammenhang im Sinne von „*Schuld*“ als einer sicheren Verbindlichkeit verstanden, auch wenn diese Einschränkung weder vom Gesetz selbst (§ 19 II InsO) noch in den Stellungnahmen von Literatur und Rechtsprechung eigens formuliert wird. Dazu näher unter Erster Teil B. I. 6.

25 BGHZ 119, S. 213 f.; BGH NJW 1998, S. 3201; BGHZ 129, S. 136; BGHZ 125, S. 148; BGHZ 126, S. 199. Dazu ausführlich sogleich unter Erster Teil A. VI. 1. a) aa).

26 Die Allgemeinverbindlichkeit beruht auf dem Zusammenhang von Definitionseinführung (§ 19 InsO) und Abschaffung der Definitionen in AktG, GmbHG, HGB und GenG (vgl. Begr. Zu Art. 38 Nr. 3 a) EEGInsO in BT-Drs. 12/3803, S. 81; vgl. auch *Moosmayer*, Einfluß der InsO (1997), S. 164).

27 § 19 InsO lautet in der derzeit geltenden Fassung:

„I. Bei einer juristischen Person ist auch die Überschuldung Eröffnungsgrund.

II. Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Bei der Bewertung des Vermögens des Schuldners ist jedoch die Fortführung des Unternehmens zugrunde zu legen, wenn diese nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist.

gunsten der *traditionell zweistufigen* Methode beigelegt, wonach eine überwiegende Fortführungswahrscheinlichkeit allein nicht die Überschuldung zu verhindern vermag, sondern lediglich Prämisse für die Wahl des Wertansatzes in der Überschuldungsbilanz ist.²⁸ Demgemäß liegt Überschuldung im Sinne der InsO vor, „wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Bei der Bewertung des Vermögens des Schuldners ist jedoch die Fortführung des Unternehmens zugrunde zu legen, wenn diese nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist.“

Keineswegs beigelegt ist der Streit um die richtige Überschuldungsmethode im Strafrecht. Mit der Definition des § 19 II InsO ist vielmehr eine Belebung der strafrechtlichen Überschuldungsdiskussion eingetreten, weil sich nun zusätzlich die Frage der Verbindlichkeit außerstrafrechtlicher Legaldefinitionen für die Auslegung gleichlautender Begriffe im Strafrecht stellt, die viele Autoren dazu veranlasst hat, sich grundlegend dem Verhältnis des zivilen Insolvenzrechts zum Strafrecht unter Einbeziehung der Überschuldungsproblematik zu widmen.²⁹ Dabei reichen die vertretenen Ansichten von einem vollständigen Gleichlauf von straf- und zivilrechtlicher Überschuldungsfeststellung bei Bankrott und Insolvenzverschleppung³⁰ über insoweit differenzierende Lösungen, wonach jedenfalls für die Insolvenzverschleppung eine Bindung an § 19 II InsO bestehe,³¹ bis hin zur vollständigen Unanwendbarkeit des zivilrechtlichen Überschuldungstatbestandes im Strafrecht.³²

III. Ist bei einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person, so gelten die Absätze 1 und 2 entsprechend. Dies gilt nicht, wenn zu den persönlich haftenden Gesellschaftern eine andere Gesellschaft gehört, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.“

28 Dazu ausführlich Erster Teil A. VI.1.a) aa) und Zweiter Teil, A. II.

29 Vgl. zur aktuellen Rechtslage allein an Dissertationen und Monographien *Moosmayer*, Einfluß der Insolvenzordnung auf das Insolvenzstrafrecht (1997); *Penzlin*, Strafrechtliche Auswirkungen der Insolvenzordnung (2000); *Plathner*, Der Einfluß der Insolvenzordnung auf den Bankrottatbestand (§ 283 StGB) (2002); *Reck*, Insolvenzstraftaten (1999); *Röhm*, Zur Abhängigkeit des Insolvenzstrafrechts von der Insolvenzordnung (2002); *Höffner*, Zivilrechtliche Haftung und Strafrechtliche Verantwortung des GmbH-Geschäftsführers bei Insolvenzverschleppung (2003). Zur zivilrechtlichen Diskussion unter § 19 II InsO auch die Monographien von *Kavollus*, Die Fortbestehensprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung (1997); Ritter v. *Oncuil*, Die rechtzeitige Auslösung des Insolvenzverfahrens (2000); *Drews*, Der Insolvenzgrund der Überschuldung bei Kapitalgesellschaften (2003); *Götz*, Überschuldung und Handelsbilanz (2004).

30 Aufgrund der Annahme zwingender Zivilrechtsakzessorietät der strafrechtlichen Begrifflichkeit *Bieneck* in Müller-Gugenberger/Bieneck, 3. Aufl. (2000), § 76 Rn. 33, 56; *Höffner*, BB 1999, S. 198; *Reck*, GmbHR 1999, S. 267 ff., der allerdings in seiner Auffassung über die Inhaltsbestimmung des zivilrechtlichen Überschuldungsbegriffs mit seinem Postulat für nur gering korrigierte „Buchwerte“ von der herrschenden Ansicht im Zivilrecht abweicht (*Reck*, ZinsO 2004, S. 661 ff. und S. 728 ff.). Strafrechtliche Besonderheiten durch das Erfordernis der Tatbestandsbestimmtheit berücksichtigen dennoch für eine Zivilrechtsakzessorietät *Moosmayer*, Einfluß der InsO (1997), S. 144 ff.; *Röhm*, Abhängigkeit des Insolvenzstrafrechts (2002), S. 165, 187 ff. Aus strafrechtsautonomen Gründen *Plathner*, Bankrottatbestand (2002), S. 200 ff., 210.

31 *Achenbach*, Schlüchter-Gds. (2002), S. 259; *Moosmayer*, Einfluß der InsO (1997), S. 56.

32 *Penzlin*, Auswirkungen InsO (2000), S. 213; *Wegner* in *Achenbach/Ransiek*, HWSt (2004), Kap. VII 1 Rn. 16 (S. 496) und Kap. VII 2 Rn. 8 (S. 548).

Einleitung

Sofern der zivilrechtliche Überschuldungsbegriff für nicht bindend erachtet wird, bleiben auch die verschiedenstufigen Überschuldungsmethoden relevant, so dass auf allen Ebenen der Überschuldungsermittlung, einschließlich der Frage nach der Berücksichtigung der Fortführungsfähigkeit des Unternehmens und der Wahl der für den jeweiligen Wertansatz heranzuziehenden Bewertungsmethode, unterschiedlichste Lösungen vertreten werden.

Die mit der Einführung der Legaldefinition einhergehende Verlagerung des Augenmerks von einer allein auf strafrechtspezifischen Erwägungen beruhenden Überschuldungsbestimmung hin zur Frage nach der Abhängigkeit strafrechtlicher Begriffsbildung von zivilrechtlichen Vorgaben wird besonders deutlich beim Vergleich der vor und nach der Insolvenzrechtsreform zum Insolvenzstrafrecht und der Überschuldung erschienenen Dissertationen; insofern reagieren die neueren Arbeiten auf die veränderten Anforderungen an die methodologische Herangehensweise bei der Auslegung des strafrechtlichen Überschuldungsbegriffs, die mit dem dogmatisch höheren Gewicht einhergehen, das nunmehr dem zivilrechtlichen Überschuldungsbegriff über seine Festlegung im Rahmen einer Legaldefinition zukommt:

Vor Einführung des § 19 InsO wurde vor allem im Rahmen des Bankrotts eine strafrechtsautonome Begriffsbildung von Überschuldung weniger problematisiert, als es sich unter Existenz der insolvenzrechtlichen Legaldefinition darstellt.³³ Angesichts der nach alter Rechtslage weniger konkreten und weniger augenfälligen, weil in konkurs- und gesellschaftsrechtlichen Regelungen verstreuten, Überschuldungsdefinitionen verwundert dieses nicht.

So fungierte das methodologische Argument im Rahmen strafrechtsautonomer Begründung mehr als Aufhänger eines durch wirtschaftliche Erwägungen entschieden Überschuldungsverständnisses denn als ausschlaggebendes Argument.

Wirtschaftliche Erwägungen im Hinblick auf die Wirkungsweise strafrechtlicher Sanktionierung waren zumeist bestimmend für ein konkretes Überschuldungsverständnis.³⁴

Damit zusammenhängend lässt sich anhand eines Vergleichs der zum strafrechtlichen Überschuldungsbegriff Stellung nehmenden Dissertationen beobachten, dass seit Geltung der InsO das strafrechtliche Überschuldungsverständnis weniger durch wirtschaftliche Erwägungen präjudiziert wird als durch eine vorangestellte

33 Extrem tritt der Unterschied in den Dissertationen von *Harneit* einerseits, *Plathner* andererseits, hervor. *Harneit* belässt es im Rahmen seiner 1984 erschienenen Dissertation bei einem Hinweis auf die Zulässigkeit abweichender Begriffsauslegung gleich lautender Begriffe in verschiedenen Funktionszusammenhängen und stützt sein Ergebnis zum Überschuldungsbegriff der Insolvenzverschleppungsdelikte und des Bankrotts auf eine Interessenabwägung im Rahmen einer Risikobewertung nach den Grundsätzen der strafrechtlichen Lehre vom erlaubten Risiko (*Harneit*, Überschuldung (1984), S. 76 ff., 99, 101 ff.). Ganz anders *Plathner*, der den Hauptteil seiner Arbeit der abstrakten Klärung der Abhängigkeit strafrechtlicher Begriffsbildung vom Zivilrecht widmet (*Plathner*, Bankrottatbestand (2002), S. 16–139).

34 So bei *Harneit*, Überschuldung (1984), S. 76 ff.; *Groth*, Überschuldung (1995), S. 124 ff.

Lösung zur methodologisch richtigen Vorgehensweise strafrechtlicher Begriffsbildung unter Existenz zivilrechtlich vorgeprägter gleich lautender Begriffe.³⁵

Eine fortschreitend stärkere Gewichtung des methodischen Problems strafrechtsautonomer Begriffsbildung lässt sich auch unter den zur neuen Rechtslage erschienenen Monographien zum Thema insolvenzstrafrechtlicher Begriffsbildung noch feststellen. Bereits *Moosmayer*³⁶ beginnt im Rahmen der Auslegung der Überschuldung mit einer im Ansatz abstrakten Klärung der „übergeordneten Frage nach der Akzessorietät des Strafrechts von außerstrafrechtlichen Regelungen“, den *Penzlin*³⁷ und *Röhm*³⁸ aufgreifen; *Röhm* allerdings will vornehmlich mit den Mitteln der klassischen Auslegungsmethodik die Bedeutung der Legaldefinition des § 19 II InsO für das Strafrecht klären: Er legt sein Augemerck auf die Eigenschaft des Überschuldungsmerkmals als auslegungsbedürftigem *Begriff* und richtet dementsprechend seine Argumentation anhand der klassischen Auslegungsmethoden zur Begriffsbestimmung aus, im Rahmen derer auch er die Akzessorietätsfrage bzgl. des Überschuldungstatbestandes vorab klärt, um erst anschließend den seines Erachtens maßgeblichen Überschuldungstatbestand des § 19 InsO näher zu erläutern.³⁹ Schließlich legt *Plathner* sogar den Schwerpunkt seiner Arbeit auf eine außerhalb der eigentlichen Begriffsauslegung stehende, methodologisch abstrakte Klärung des Verhältnisses gleich lautender Begriffe in Zivil- und Strafrecht, indem er vorwiegend die Zulässigkeit strafrechtsautonomer Begriffsbildung unter Analyse der bestehenden Rechtsfiguren wie der faktischen Betrachtungsweise untersucht.⁴⁰ Und *Höffner* wählt bereits im Titel die Insolvenzsverschleppung als Aufhänger für eine generelle Auseinandersetzung mit dem Subsidiaritätsprinzip.⁴¹

Insgesamt lässt sich als Tendenz beobachten: Vor der Insolvenzzordnung lag der Schwerpunkt bei der Suche nach dem strafrechtlichen Überschuldungsbegriff vermehrt auf der Frage, ob eine zivilrechtsgleiche Überschuldungsbestimmung sinnvoll wäre, also nach dem Übertragungssinn.

Mit der Definition des § 19 II InsO wird diese ergänzt, teils sogar überlagert durch die Frage nach einem Übertragungszwang; dabei ist festzuhalten, dass im Ergebnis die jüngeren Ansichten eher zu einer Annahme der strafrechtlichen Begriffsautono-

35 Vgl. zur alten Rechtslage *Harneit*, Überschuldung (1984), S. 76 ff.; auch *Groth*, Überschuldung (1995), S. 102 ff. Zur neuen Rechtslage *Moosmayer*, Einfluß der InsO (1997), S. 144 ff., 164; *Röhm*, Abhängigkeit des Insolvenzstrafrechts (2002), S. 82 ff., 158 ff.; *Plathner*, Bankrottatbestand (2002), S. 4 ff., 198 ff.

36 *Moosmayer*, Einfluß InsO (1997), S. 143, 144 ff., 164: Das Begriffsverständnis der insolvenzrechtlich vorgeprägten Strafnormelemente „lässt sich nicht ohne Inblicknahme der übergeordneten Frage nach der Akzessorietät des Strafrechts von außerstrafrechtlichen Regelungen auflösen.“ (S. 143).

37 Auch *Penzlin* zufolge ist „für das neue Insolvenzstrafrecht zu fragen, ob die zivilrechtlichen Vorgaben zu übernehmen sind, oder eine eigenständige strafrechtliche Auslegung möglich und geboten ist“ (Auswirkungen der InsO (2000), S. 70).

38 *Röhm*, Abhängigkeit des Insolvenzstrafrechts (2002), S. 155 ff.

39 *Röhm*, Abhängigkeit des Insolvenzstrafrechts (2002), S. 155 ff.

40 *Plathner*, Bankrottatbestand (2002), S. 16–139.

41 *Höffner*, Zivilrechtliche Haftung und strafrechtliche Verantwortung des GmbH-Geschäftsführers bei Insolvenzsverschleppung – Zugleich ein Beitrag zum ultima ratio-Prinzip.

Einleitung

mie neigen als die zur Rechtslage vor der Insolvenzrechtreform geäußerten Ansichten.⁴²

Desweiteren wirkt sich die mit Einführung der InsO ausdrücklich angestrebte Vorverlagerung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zwecks eines effektiveren Gläubigerschutzes⁴³ auf die Diskussion um den strafrechtlichen Überschuldungsbestand aus:

Während noch unter Geltung des modifiziert zweistufigen Überschuldungsbegriffs in der herrschenden Zivilrechtsliteratur und zuletzt auch in ständiger Zivilrechtsprechung des BGH bei der Suche nach dem strafrechtlichen Überschuldungsbegriff die Sorge um eine ausreichende Verwirklichung des Gläubigerschutzes geäußert wurde,⁴⁴ steht in der strafrechtlichen Diskussion nach Einführung des traditionell zweistufigen Überschuldungsbegriffs in § 19 II InsO⁴⁵ die Sorge um eine hinreichende Verwirklichung der rechtsstaatlichen Garantien für den Straftäter im Vordergrund. Insoweit reflektiert die durch die traditionell zweistufige Methode bedingte Vorverlagerung des Überschuldungseintritts⁴⁶ auf das Strafrecht und erzeugt eine der Strafbarkeitsausweitung gegensteuernde Reaktion des strafrechtlichen Schrifttums.⁴⁷

Nicht nur in der Begründung, auch im Ergebnis ist das Meinungsbild zur Überschuldung im Strafrecht höchst uneinheitlich. Dabei kommen selbst Ansichten, die in ihrer Argumentation denselben methodischen Ansatz verfolgen, im Ergebnis zu unterschiedlichen strafrechtlichen Überschuldungsbegriffen:

So legen einige die Überschuldung bei allen Straftatbeständen einheitlich aus,⁴⁸ andere wiederum unterscheiden zwischen den Überschuldungsbestandteilen bei *Insolvenzverschleppung* und *Bankrott*.⁴⁹ Divergenzen bestehen auch hinsichtlich des *Grades der Anlehnung an § 19 II InsO*, und zwar vor allem unter den Vertretern eines strafrechtsautonomen Begründungsansatzes. Die vertretenen Ansichten reichen von einer vollständig zivilrechtsgleichen Begriffsauslegung im Strafrecht, bis hin zu einem vollständig von den insolvenzrechtlichen Vorgaben abweichenden einstufigen Überschuldungsverständnis; dazwischen lässt sich auf jeder Ebene der zivil-

42 Vgl. insoweit die Nachweise bei Tröndle/Fischer, StGB, 52. Aufl. (2004), Vor § 283 Rn. 6.

43 Vgl. BT-Drs. 12/2443, S. 80 f., 84 f. und dazu Moosmayer, Einfluß der InsO (1997), S. 34 f.

44 Vgl. nur Harneit, Überschuldung (1984), S. 90 ff.

45 Die ganz h.M. interpretiert § 19 II InsO als Entscheidung des Gesetzgebers für die traditionell zweistufige Methode.

46 Ursache für die Vorverlagerung ist die geringere Relevanz einer positiven Fortführungsprognose, die allein nicht mehr die Überschuldung zu verneinen vermag, sondern lediglich als Maßstab für den Wertansatz der Vermögensgegenstände in der Überschuldungsbilanz fungiert, so dass dennoch Überschuldung vorliegt, wenn die Passiva die zu Fortführungswerten angesetzten Aktiva überwiegen. Vgl. dazu näher Moosmayer, Einfluß der InsO (1997), S. 34 f.; Penzlin, Auswirkungen der InsO (2000), S. 69 f.

47 Vgl. insbesondere zur Problematik der Tatbestandsbestimmtheit (Art. 103 II GG) vor allem Penzlin, Auswirkungen der InsO (2000), S. 150, 159; vgl. auch Moosmayer, Einfluß der InsO (1997), S. 144 ff.; auch Röhm, Abhängigkeit des Insolvenzstrafrechts (2002), S. 165.

48 Penzlin, Auswirkungen der InsO (2000), S. 159, 161; Röhm, Abhängigkeit des Insolvenzstrafrechts (2002), S. 165, 319 f.

49 Z.B. Achenbach, Schlüchter-Gds. (2002), S. 258; Franzheim, NJW 1980, S. 2502.

rechtlichen Überschuldungsfeststellung mindestens ein Vertreter finden, der insoweit noch zivilrechtsgleich vorgeht, und einer, der insoweit bereits eine Abweichung vornimmt:

Bieneck und *Bittmann* lehnen jede Modifikation im Strafrecht ab.⁵⁰

So vertritt *Tiedemann*⁵¹ eine mit der gesetzlichen Definition übereinstimmende Begriffsauslegung und trifft Modifikationen nur hinsichtlich der gesetzeskonkretisierenden Auslegungspraxis der Zivilgerichte und der herrschenden betriebswirtschaftlichen Praxis beim Wahrscheinlichkeitsurteil im Rahmen der Fortführungsprognose sowie dem Kreis zu berücksichtigender Bewertungsmethoden.⁵²

*Otto*⁵³, *Penzlin*⁵⁴ und *Ransiek*⁵⁵ nehmen darüber hinaus eine Abkehr von dem in § 19 II InsO verankerten methodischen Vorgehen nach der sog. traditionell zweistufigen Methode vor und wählen für den strafrechtlichen Überschuldungsbegriff eine Prüfung entsprechend der vor der Insolvenzordnung in der Zivilrechtspraxis herrschenden modifiziert zweistufigen Methode.

Die stärkste Abkehr von den zivilrechtlichen Vorgaben vollzieht *Franzheim*, wenn er auf dem Boden eines autonomen Begründungsansatzes und daher auch unter § 19 II InsO in noch aktueller Weise ausdrücklich die zweistufige Überschuldungsfeststellung ablehnt und das Krisenmerkmal der Überschuldung in § 283 StGB allein durch eine Liquidationsbilanz ermitteln will.⁵⁶

Unter den Vertretern einer zweistufigen Vorgehensweise, wie sie in § 19 II InsO angelegt ist, ist ferner umstritten, wie der Ansatz von Fortführungswerten in der Überschuldungsbilanz aus strafrechtlicher Sicht vorzunehmen ist. Nach den Methoden der Unternehmensbewertung entstammenden Substanz- oder Ertragswertmethoden/DCF-Verfahren⁵⁷, nach aktuell zu schätzenden Wiederbeschaffungs-/Herstellungskosten⁵⁸ oder anhand nur um die Aufdeckung stiller Reserven korrigierter handelsbilanzieller Buchwerte (fortgeschriebene historische Herstellungs- und Anschaffungskosten).⁵⁹

Die Stellungnahmen divergieren auch hinsichtlich des *Grades an Entscheidung zivilrechtlicher Vorfragen* zur Ermittlung des strafrechtlichen Überschuldungsstatbestandes.

50 *Bieneck* in Müller-Gugenberger/*Bieneck*, 3. Aufl. (2000), § 76 Rn. 34; *Bittmann*, wistra 1999, S. 17.

51 Vgl. *Tiedemann* in Scholz, GmbHG, 9. Aufl. (2002), § 84 Rn. 47 b.

52 *Tiedemann* „in dubio“ hinsichtlich der anzuwendenden Bewertungsmethode und Modifikation des Wahrscheinlichkeitsgrades bei der Fortführungsprognose in Insolvenzstrafrecht, 2. Aufl. (1996), Vor § 283 Rn. 156 f., dazu ausführlich unter Zweiter Teil II. 4.c) aa).

53 *Otto*, Aktienstrafrecht § 401 AktG, 4. Aufl. (1997), Rn. 37; *ders.*, BT, 6. Aufl. (2002), § 61 Rn. 83 ff.

54 *Penzlin*, Auswirkungen der InsO (2000), S. 154 ff., 158, 213.

55 *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht (1996), S. 153 ff.

56 *Franzheim*, NJW 1980, S. 2502.

57 Z. B. *Röhm*, Abhängigkeit des Insolvenzstrafrechts (2002), S. 165, 187 ff.

58 Z. B. *Beck* in Wabnitz/Janovsky, 2. Aufl. (2004), Kap. 6 Rn. 102.

59 So *Reck*, ZinsO 2004, S. 661 ff.

Einleitung

So legt sich *Röhm*, auf eine bestimmte Bewertungsmethode zum Ansatz von Vermögenswerten in der Überschuldungsbilanz fest,⁶⁰ während *Achenbach* die Notwendigkeit, sich für eine Bewertungsmethode zu entscheiden, bezweifelt.⁶¹

Eine abschließende Klärung der strafrechtlichen Überschuldungsfrage ist trotz der zahlreichen Stellungnahmen auch sieben Jahre nach In-Kraft-Treten der Insolvenzordnung noch nicht in Sicht. Vor allem fehlt es an einer gefestigten Rechtsprechung zum strafrechtlichen Überschuldungsbegriff; eine eindeutige Stellungnahme des BGH zur Frage der Zivilrechtsakzessorietät des strafrechtlichen Überschuldungsbegriffs nach In-Kraft-Treten der Insolvenzordnung ist noch nicht erfolgt.⁶² Nur vereinzelt finden sich in den nicht tragenden Passagen der Entscheidungen aus dem hier betrachteten Zeitraum von 1995 bis Mitte 2006 Hinweise auf die zukünftige strafrechtliche Bedeutung des neuen Insolvenzrechts, die für den Überschuldungstatbestand allerdings wenig ergiebig sind.

Der noch immer ausstehenden Klärung des strafrechtlichen Überschuldungsbegriffs⁶³ durch eine Beantwortung von Übertragungszwang, Übertragungssinn und Grenzen der Übertragbarkeit näher zu kommen, setzt sich die vorliegende Arbeit zum Ziel.

B. Problemdarstellung und Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes

Die Problematik strafrechtlicher Überschuldungsfeststellung ist vielschichtig und wird aus drei „Problemquellen“ gespeist, die über den strafrechtlichen Überschuldungstatbestand miteinander verflochten sind.

Die Problemquellen bei der Frage der Übertragbarkeit des zivilrechtlichen Überschuldungsbegriffs lassen sich einteilen in

- Probleme aufgrund *divergierender gesetzlicher Regelungstechnik* von Insolvenzverschleppungsdelikten⁶⁴ und Bankrott im Verhältnis zum zivilrechtlichen Insolvenzgrund,

60 *Röhm*, Abhängigkeit des Insolvenzstrafrechts (2002), S. 165, 187 ff.

61 Vgl. *Achenbach*, Schlüchter-Gds. (2002), S. 269.

62 Vgl. hierzu näher unter Zweiter Teil C. I.

63 Vgl. *Wegner* in *Achenbach/Ransiek*, HWSt (2004), Kap. VII 1 Rn. 15 (S. 495): Die Verbindlichkeit der Legaldefinitionen nach §§ 17 ff. InsO sei „rechtlich noch nicht abschließend geklärt“. *Achenbach*, Schlüchter-Gds. (2002), S. 258, 269 fordert weiterhin Klärung; ebenso *Tröndle/Fischer*, 50. Aufl. (2001), Vor § 283 Rn. 6: „Ob die Legaldefinition des § 19 II InsO für die Auslegung der §§ 283 ff. bindend ist, oder ein eigenständiger strafrechtlicher Krisenbegriff fortbesteht oder erforderlich ist, ist noch weithin ungeklärt“.

64 Insolvenzverschleppungsdelikte sind die §§ 401 I Nr. 1, II i.V.m. 92 II AktG; §§ 84 I Nr. 2, II i.V.m. 64 I GmbHG, §§ 148 I Nr. 2, II i.V.m. 99 I GenG, §§ 130b, 130a I, IV, (161 II) HGB. Aus Gründen der Vereinfachung wird im Folgenden auf eine zur genaueren Abgrenzung von § 283 StGB von *Tiedemann* empfohlene Bezeichnung als „Insolvenzverfahrensverschleppungsdelikte“ verzichtet (vgl. *Tiedemann* in *Scholz*, GmbHG, 9. Aufl. (2002), § 84 Rn. 7).

- Probleme aufgrund *divergierender Funktionen* des Überschuldungstatbestands bei Bankrott und Insolvenzverschleppungsdelikten untereinander und gegenüber der Funktion des zivilrechtlich definierten Überschuldungsbegriffs als Insolvenzeröffnungsgrund sowie
- Probleme aufgrund der aus dem zivilrechtlichen Überschuldungsbegriff resultierenden *Unsicherheiten* der Überschuldungsfeststellung.

I. Gesetzliche Regelungstechnik

1. In sachlicher Hinsicht

Die Problematik der gesetzlichen Regelungstechnik beginnt hinsichtlich des kernstrafrechtlich geregelten Bankrotts bereits damit, dass § 283 StGB „Überschuldung“ als Tatbestandsmerkmal voraussetzt, ohne sie in den Definitionskatalog des § 11 StGB aufzunehmen.

Angesichts der Existenz der zivilrechtlichen Definition von Überschuldung in § 19 II InsO stellt sich die Frage, ob diese auch für den Bankrottatbestand verbindlich ist, obwohl sie einer anderen Teilrechtsordnung entspringt.

Die Frage nach der Verbindlichkeit der zivilrechtlichen Vorgabe hat dabei durch die erstmals *genauere* gesetzliche Festlegung des Überschuldungsbegriffs in § 19 II InsO an Bedeutung gewonnen: Soweit § 19 II InsO Festsetzungen zur Überschuldungsermittlung enthält, ist nicht nur mehr nach der Übertragung zivilrechtlicher Vorgaben einer durch Rechtsprechung und Literatur geprägten zivilrechtlichen Auslegungspraxis zu fragen, sondern nach dem Zwang durch Vorgaben des Zivilgesetzgebers selbst. Eine strafrechtsautonome Auslegung steht nun unter erhöhtem Begründungszwang.

Dabei wirft die Regelungstechnik der in den gesellschaftsrechtlichen Gesetzen verankerten Insolvenzverschleppungsdelikte auch strafrechtsintern gegenüber dem Bankrott eigenständige Fragestellungen zur Inhaltsbestimmung des Überschuldungstatbestandes auf.

Dies ist nicht schon durch die Verankerung der Insolvenzverschleppungsdelikte in zivilrechtlichen Gesetzen als Normen des Nebenstrafrechts⁶⁵ bedingt, da auch der Bankrott unter Geltung der Konkursordnung bis zum Ersten Wirtschaftskriminalitätsgesetz (1. WiKG) von 1976⁶⁶ noch im Nebenstrafrecht (§§ 239 ff. KO) verankert war und seine kernstrafrechtliche Verortung nur dem Bedürfnis des Gesetzgebers verdankt, die generalpräventive Wirkung des *allgemein* bedeutsamen Bankrotts

⁶⁵ Nebenstrafrecht wird hier mit der h.M. *äußerlich-formal* verstanden. Nebenstrafrecht ist nach seiner technisch-formalen Stellung derjenige Strafrechtsteil, der nicht im StGB, sondern in anderen Gesetzen enthalten ist, vgl. *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen (1969), S. 63.

⁶⁶ Erstes Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 29. Juli 1976, BGBl 1976 I, S. 2034.

Einleitung

hervorzuheben.⁶⁷ Vielmehr ist es die *ausdrückliche Verweisung* der Insolvenzverschleppungsstraftatbestände auf die inhaltlich den § 19 II InsO inbezugnehmenden Zivilrechtsnormen zur Insolvenzantragspflicht, welche die zivilrechtliche Überschuldungsdefinition bei den Insolvenzverschleppungstatbeständen näher ins Blickfeld strafrechtlicher Anwendung rückt als der kernstrafrechtlich geregelte Bankrottatbestand.⁶⁸

Die Frage nach der Zulässigkeit einer von der zivilrechtlichen Definition abweichenden Auslegung des Überschuldungstatbestands für das Strafrecht kann daher schon aus Gründen der gesetzestechnischen Regelung nicht ohne weiteres einheitlich beantwortet werden, sondern ist für Bankrott und Insolvenzverschleppungsdelikte gesondert zu untersuchen.

2. In personeller Hinsicht

Auch in *personeller* Hinsicht wirft der gesetzliche Regelungszusammenhang Fragen hinsichtlich der Übertragbarkeit des zivilrechtlichen Überschuldungsbegriffs auf. Problemquelle ist hier die personelle Inkongruenz von § 19 I, III InsO und § 283 StGB.

Im Gegensatz zu den Insolvenzverschleppungsdelikten fehlt § 283 StGB eine dem § 19 I, III InsO entsprechende Einschränkung hinsichtlich der Rechtsform. Während die Überschuldung als Insolvenzeröffnungsgrund nur für juristische Personen und kapitalistische Personengesellschaften vorgesehen ist, kann dem Wortlaut des § 283 StGB zufolge jede Person den Tatbestand des Bankrotts auch bei Überschuldung erfüllen („*wer*“), soweit sie *Schuldner* ist.⁶⁹

⁶⁷ Art. 5 Ziffer 4; Art. 1 Nr. 5 des 1. WiKG; amt. Begr. BT-Drs. 7/3341, S. 34; vgl. auch Hammerl, Bankrottdelikte (1970), S. 37, Röhms, Abhängigkeit des Insolvenzstrafrechts (2002), S. 59, Tiedemann, Insolvenzstrafrecht, 2. Aufl. (1996), Vor § 283 Rn. 43.

⁶⁸ Beispielhaft für die Aktiengesellschaft: § 401 I Nr. 2 AktG bestraft den, der „es (...) entgegen § 92 II AktG unterlässt, (...) bei (...) Überschuldung die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen.“ § 92 II AktG lautet: „Wird die Gesellschaft zahlungsunfähig, so hat der Vorstand ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen. Dies gilt sinngemäß, wenn sich eine Überschuldung der Gesellschaft ergibt.“ Dieselbe Regelungstechnik findet sich in §§ 64 I, 84 I Nr. 2 GmbHG; §§ 99 I, 148 I Nr. 2 GenG; §§ 130a I 1, 130b I (§ 161 II) HGB.

⁶⁹ Der Sonderdeliktcharakter des § 283 StGB dergestalt, dass nur der Schuldner tauglicher Täter sein kann, ist einhellige Meinung; BGH, NJW 2001, S. 1874 ff.; Kühl in Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl. (2004), § 283 Rn. 2; Hoyer in SK-StGB (2002), § 283 Rn. 96; Bieneck in Müller-Gugenberger/Bieneck, 3. Aufl. (2000), § 77 Rn. 1 ff.; Weyand, Insolvenzdelikte, 6. Aufl. (2003), S. 34 Rn. 18; Tröndle/Fischer, StGB, 52. Aufl. (2004), Vor § 283 Rn. 18; Röhms, Abhängigkeit des Insolvenzstrafrechts (2002), S. 241 Fn. 808 m.w.N. Der Schuldnerbezug ergibt sich bereits aus dem grammatikalischen Zusammenhang, da der Täter „sein“ Vermögen durch die tatbestandlich umschriebenen Handlungen gefährden muss (§ 283 I, II, IV StGB). Der Schuldnerbezug lässt sich zudem unmittelbar auch aus dem tatbestandlichen Krisenerfordernis sowie der objektiven Strafbarkeitsbedingung des § 283 VI StGB und der auf diesen verweisenden §§ 283b III, 283c III StGB ableiten, da Krise, Zahlungseinstellung, Insolvenzverfahrenseröffnung und -ablehnung mangels Masse voraussetzen, dass der Täter Anderen zu geldwerten Leistungen verpflichtet ist. Zudem bezweckte der Gesetzgeber des 1. WiKG mit der Neuformulierung des § 283 StGB keine inhaltliche Abwei-

Damit ist der Anwendungsbereich des *zivilrechtlichen* Überschuldungsbegriffs im Hinblick darauf, wer Schuldner sein kann, auf den ersten Blick *enger* als der Anwendungsbereich des § 283 StGB.

Ob andererseits die *strafrechtlichen* Sanktionsnormen von Insolvenzverschleppung und Bankrott einen personell engeren Anwendungsbereich haben als das Zivilrecht, betrifft die generelle Problematik einer eigenständigen *Strafbarkeit von Verbands-
personen* (juristischen Personen und (teil-)rechtsfähigen Personengesellschaften).⁷⁰

Zu klären ist daher einerseits, ob sich im Rahmen des § 283 StGB in bzw. wegen Herbeiführung der Überschuldung entsprechend der zivilrechtlichen Einschränkung nur Organe juristischer Personen (§ 14 I Nr. 1 StGB)⁷¹ und Vertreter kapitalistischer Personenhandelsgesellschaften (§ 14 I Nr. 2 StGB) oder darüber hinaus alle am Handelsverkehr beteiligten *Kaufleute* bzw. Handelsgesellschaften (§ 14 I Nr. 2 StGB) strafbar machen können, und ob sogar *Verbraucher* im Sinne des § 304 I InsO (alle natürlichen Personen und Personengesellschaften, die keine oder nur eine geringfügige wirtschaftliche Tätigkeit ausüben,)⁷² dem personellen Anwendungsbereich des § 283 StGB in der Variante der Überschuldung unterfallen, soweit dies nicht aufgrund der tatbestandlichen Umschreibung der Bankrotthandlung ausgeschlossen

chung gegenüber den Vorgängernormen der §§ 239 StGB, die als Täter ausdrücklich den *Schuldner* bezeichneten; vgl. BT-Drs. 7/3341, S. 19 und *Tiedemann*, Insolvenzstrafrecht, 2. Aufl. (1996), Vor § 283 Rn. 59; *Röhm*, Abhängigkeit des Insolvenzstrafrechts (2002), S. 241. Diese Sonderdeliktseigenschaft weisen alle Insolvenztatbestände der §§ 283 ff. StGB mit Ausnahme des § 283d StGB auf: § 283d StGB erfordert zwar in der Person des Schuldners eine Krisensituation, als *Dritter* muss aber der Täter keine besonderen persönlichen Merkmale aufweisen. Da die auf Schuldnerseite erforderliche Krisensituation nicht die Überschuldung umfasst und die objektive Strafbarkeitsbedingung der Verfahrenseröffnung oder -ablehnung (Abs. I) nicht von den übrigen Bankrottdelikten abweicht, kann diese Ausnahme im Hinblick auf die Ausgangsfrage nach dem strafrechtlichen Überschuldungsbegriff vernachlässigt werden.

70 Ausführlich hierzu *Röhm*, Abhängigkeit des Insolvenzstrafrechts (2002), S. 242 ff.

71 Dass die von Bankrott und Insolvenzverschleppungsdelikten vorausgesetzte Schuldner-eigenschaft ein persönliches Merkmal im Sinne des § 14 StGB ist, ist einhellige Meinung *BGHSt* 28, S. 371; *Kühl* in Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl. (2004), § 283 Rn. 3; *Sch/Sch-Lencker*, 26. Aufl. (2001), § 14 Rn. 11. Ausreichend ist insoweit, dass der Täter in einer besonders engen, qualifizierten Beziehung zum geschützten Rechtsgut steht. Der Schuldner hat zumindest auf das Gläubiger-vermögen Einflussmöglichkeiten, die ihm typischerweise durch Einräumung von Kredit gewährt sind und im Falle pflichtwidriger Ausübung einen gesteigerten Unwertgehalt begründen, das Näheverhältnis mithin qualifiziert ist. Dabei werden auch die Kreditwirtschaft und der gesamte Wirtschaftsverkehr als umstrittene Rechtsgutsbestandteile durch das Schuldnerverhalten tangiert. Ebenso setzen die Insolvenzverschleppungsdelikte eine Pflicht zur Eröffnung des Insolvenzantrags und damit das Bestehen von Verbindlichkeiten voraus. Zudem ist die Insolvenzantragspflicht ausschließlich für Gesellschaften vorgesehen, welche die Kaufmannseigenschaft nach § 1 II HGB oder § 6 HGB erfüllen. Vgl. *Tiedemann*, Insolvenzstrafrecht, 2. Aufl. (1996), Vor § 283 Rn. 59; *Gracia Martin* in Bausteine (1994), S. 19, 22; ebenso *LK-Schünemann*, (Stand 1993), 11. Aufl. (2003), § 14 Rn. 41.

72 „Verbraucher“ im insolvenzrechtlichen Sinne der §§ 304 ff. InsO umfasst daher – abweichend von § 14 BGB – insbesondere auch Arbeitnehmer, Kleingewerbetreibende und Freiberufler, letztere weil die für das normale Regelinsolvenzverfahren geforderte wirtschaftliche Tätigkeit der gewerblichen Tätigkeit des § 1 HGB entspricht (vgl. *Pelz*, Strafrecht in Krise und Insolvenz (2004), Rn. 73). Dazu näher unter Dritter Teil A.

Einleitung

ist, wie etwa bei den auf die handelsrechtlichen Buchführungs- und Bilanzierungspflichtigen Bezug nehmenden § 283 I Nr. 5, Nr. 7 StGB.⁷³

Zum anderen ist zu klären, ob als Täter der Insolvenzverschleppungsdelikte und des Bankrotts auch die Verbandsperson selbst in Frage kommt, deren Strafmaß dann nur auf die Verhängung einer Geldstrafe hinausliefe. Auch wenn diese Frage für alle Insolvenzgründe und Krisenmerkmale relevant ist, wird sie unter dem Blickwinkel der Überschuldungsstrafbarkeit aufgrund vermögenswirksamer, also massebezogener Auswirkungen von Geldstrafe besonders zu würdigen sein.

Auch die Problematik einer *berichtigenden Auslegung* des § 283 VI StGB stellt sich bei allen Krisenmerkmalen, ist aber für das Handeln in der Überschuldung ebenso wie für das die Überschuldung herbeiführende Handeln von besonderer Bedeutung. In dem zu diskutierenden Fall einer Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 283 I Var. 1, II StGB auf den Personenkreis der insolvenzantragspflichtigen Rechtsformen kommt es gerade darauf an, wie der Konflikt zu lösen ist, dass einerseits die erforderliche *Schuldnereligenschaft* von der Verbandsperson erfüllt wird, § 283 VI StGB aber dem Wortlaut nach die objektive Strafbarkeitsbedingung an den *Täter*, also das handelnde Organ, anknüpft, so dass bei wortlautgetreuer Anwendung des § 283 StGB überhaupt kein Anwendungsfall für die erste Variante des § 283 I, II StGB verbliebe.

Von diesen überschuldungsspezifischen Fragen des personellen Anwendungsbereichs von § 283 zu trennen ist das *pars pro toto* unter dem Titel des „*faktischen Geschäftsführers/Vertreters*“ diskutierte, generelle Problem zu trennen, ob § 14 III StGB eine nur deklaratorische Bestätigung einer auch im Übrigen für die Bestimmung des Täterkreises anzuwendenden Betrachtungsweise nach faktischen Gesichtspunkten darstellt und damit auch derjenige Normadressat sein kann, der die Funktion eines Vertreters wahrnimmt, ohne dass er jemals zu einem solchen – auch nicht rechtsunwirksamen – bestellt wurde,⁷⁴ oder ob § 14 III die Möglichkeit einer faktischen Sichtweise abschließend für den Fall konstitutiv normiert, dass ein Bestellungsakt erfolgte, dieser aber rechtsunwirksam ist⁷⁵ bzw. zumindest nach zivilrechtlichen Grundsätzen eine faktische Organschaft vorliegt.⁷⁶ Diese Problematik des § 14 StGB stellt sich zunächst bei den Insolvenzverschleppungsdelikten, die als echte Unterlassungsdelikte nur denjenigen erfassen können, der auch tatsächlich die Möglichkeit hat, die gebotene Handlung vorzunehmen, im konkreten Fall also

73 Der Sonderdeliktcharakter von § 283 I Nr. 5, 7, StGB als Sonderdelikt für Kaufleute ist einhellig anerkannt, vgl. *Kühl* in Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl. (2004), Vor § 13 Rn. 33; *Wessels/Beulke*, AT, 33. Aufl. (2003), Rn. 38 ff.; *Sch/Sch-Lencker*, 26. Aufl. (2001), Vor § 13, Rn. 131; *Tröndle/Fischer*, StGB, 52. Aufl. (2004), Vor § 13 Rn. 35.

74 *Bruns*, GA 1982, S. 19 ff.

75 So die ganz h.M., *Sch/Sch-Lencker/Perron*, 26. Aufl. (2001), § 14 Rn. 42; *Hoyer* in SK-StGB (2005), § 14, Rn. 79 f.; *Tröndle/Fischer*, StGB, 52. Aufl. (2004), § 14, Rn. 14; *Kühl* in Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl. (2004), § 14, Rn. 6; *Demuth/Schneider*, BB 1970, S. 646; *Hoyer*, NStZ 1988, S. 368 ff.

76 Vgl. zur Problematik des faktischen Geschäftsführers ausführlich *Tiedemann*, NJW 1986, S. 1845; *ders.*, Insolvenzstrafrecht, 2. Aufl. (1996), Vor § 283 Rn. 68 ff., *Plathner*, Bankrottatbestand (2002), S. 41; *Schäfer*, wistra 1990, S. 81; *LK-Schünemann* (Stand 1993), 11. Aufl. (2003), § 14 Rn. 67.

die Insolvenz zu beantragen.⁷⁷ Je nachdem, ob in zivilrechtlicher Hinsicht der faktische (einseitig die Geschäftsführung usurpierende ebenso wie der nicht bestellte aber mit Einverständnis des Geschäftsherrn handelnde) Geschäftsführer für *insolvenzantragsberechtigt* gehalten wird,⁷⁸ also das besondere persönliche Merkmal nach § 14 StGB verwirklicht, oder nicht, gerät eine Übernahme der zivilrechtlichen Analogie ins Strafrecht in Konflikt mit dem Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 II GG, oder es scheidet eine Strafbarkeit aus.⁷⁹

Und auch hinsichtlich des persönlichen Merkmals der *Schuldner Eigenschaft* wird die Frage nach der Strafbarkeit faktischer Geschäftsführer relevant, nämlich dahingehend, ob die bei § 283 StGB und Insolvenzverschleppungsdelikten insoweit gleichermaßen erforderliche Zurechnung auch an den (ohne Existenz eines Bestellungsaktes) nur *faktisch* als Geschäftsführer Handelnden erfolgen kann.

Da allerdings diese Frage nicht von überschuldungsspezifischer Relevanz ist, soweit nicht gerade für die Akzessorietätsproblematik der Überschuldung relevante Ableitungen dahingehend diskutiert werden, ob die faktische Betrachtungsweise als generelle Auslegungsmethode anzuerkennen sei,⁸⁰ wird die Problematik des faktischen Geschäftsführers im Rahmen dieser Untersuchung auch nur soweit berücksichtigt, wie sie speziell für die Akzessorietätsfrage strafrechtlicher Begriffsbildung bedeutsam werden kann.

II. Funktionszusammenhang

Diese gesetzestechnischen Besonderheiten gehen Hand in Hand mit der zweiten Problemquelle: dem differierenden Funktionszusammenhang, in welchem der Überschuldungstatbestand des Bankrotts und der Insolvenzverschleppungsdelikte stehen.

Funktionsdifferenzen sind für die Bestimmung des strafrechtlichen Überschuldungsbegriffs besonders bedeutsam, weil der Funktionszusammenhang eines Tatbestandsmerkmals grundsätzlich ausschlaggebend für dessen Inhaltsbestimmung ist.⁸¹

⁷⁷ Vgl. *Tiedemann* in Scholz, GmbHG, 9. Aufl. (2002), § 84 Rn. 32; vgl. ausführlich hierzu auch *Plathner*, Bankrottatbestand (2002), S. 56 ff.

⁷⁸ Vgl. hierzu *K. Schmidt*, in Scholz, GmbHG 9. Aufl. (2002), § 64 Rn. 7.

⁷⁹ Vgl. hierzu ausführlich *Tiedemann* in Scholz, GmbHG 9. Aufl. (2002), § 84 Rn. 32 und hierzu *Plathner*, Bankrottatbestand (2002), S. 56 ff.

⁸⁰ Vgl. insoweit *Plathner*, Bankrottatbestand (2002), S. 39 ff.

⁸¹ Vgl. bereits *Engisch*, Einheit der Rechtsordnung (1935), S. 43 ff., 45 Fn. 1 m.w.N.; aus der methodischen Literatur ferner *Felix*, Einheit der Rechtsordnung (1998), S. 188 ff., *Zippelius*, Methodenlehre, 9. Aufl. (2005), S. 1, 54 f.; aus der strafrechtlichen Literatur zur Frage des Überschuldungstatbestandes *Achenbach*, Schlüchter-Gds. (2002), S. 259 f.; *Groth*, Überschuldung (1995), S. 98; *Harneit*, Überschuldung (1984), S. 99; *Moosmayer*, Einfluß der InsO (1997), S. 145; *Penzlin*, Auswirkungen der InsO (2000), S. 71; *Plathner*, Bankrottatbestand (2002), S. 200; *Röhm*, Abhängigkeit des Insolvenzstrafrechts (2002), S. 158 (allerdings ohne die Funktion zum Auslegungsmaßstab zu erklären); implizit *Tiedemann*, Insolvenzstrafrecht, 2. Aufl. (1996), Vor § 283 Rn. 155.

Einleitung

Unterschiede bestehen dabei sowohl im Verhältnis des Bankrotts zu § 19 II InsO als auch auf strafrechtlicher Ebene im Verhältnis Bankrott zu Insolvenzverschleppungsdelikten, wodurch eine insoweit differenzierende Untersuchung bei der Frage nach der Verbindlichkeit der zivilrechtlichen Überschuldungsdefinition für das Strafrecht gefordert ist.

Indem die *Insolvenzverschleppungsdelikte* das Unterlassen der in §§ 92 II AktG, 64 I GmbHG, 99 I GenG, 130a I, IV HGB geforderten Beantragung des Insolvenzverfahrens bei Vorliegen eines Insolvenzeröffnungsgrundes unter Strafe stellen, sanktionieren sie ein Verhalten, welches nicht nur unmittelbar sachlich und zeitlich mit dem Eintritt der Überschuldung korrespondiert, sondern auf die Überschuldung gerade in ihrer Funktion als Eröffnungsgrund i.S.d. §§ 16 I, 19 I InsO Bezug nimmt. Denn die Pflichtwidrigkeit des in den §§ 401 I Nr. 2, II AktG, 84 I Nr. 2, II GmbHG, 130b HGB, 148 I Nr. 2, II GenG, sanktionierten Verhaltens folgt unmittelbar aus der auf dem *Eröffnungsgrund* basierenden Antragspflicht. Die Überschuldung fungiert hier als *Auslöser der Insolvenzantragspflicht*.⁸²

Dementsprechend bestehen auch in personeller Hinsicht keine Divergenzen zwischen dem Anwendungsbereich der Insolvenzverschleppungsdelikte und der ihnen vorgelagerten Antragspflichtigkeit. Nur der in § 19 InsO festgelegte Personenkreis der Kapitalgesellschaften und „kapitalistischen“ Personengesellschaften ist tauglicher Täterkreis im Rahmen der Insolvenzverschleppungsdelikte. Dies gilt uneingeschränkt auch für die Genossenschaft, bei der die Überschuldung abweichend von § 19 I InsO nur in den von § 98 Nr. 1–3 GenG enumerativ aufgeführten Fällen Eröffnungsgrund ist, da kongruent auch die Antragspflicht nach § 99 I 2 GenG auf die Fälle des § 98 GenG beschränkt ist, also auch im Hinblick auf die Strafbarkeit keine Divergenzen zwischen Antragspflichtigkeit und Strafbarkeit entstehen können.

Demgegenüber kommt der Überschuldung im Rahmen des *Bankrotts* (§ 283 StGB) eine vom insolvenzrechtlichen Eröffnungsgrund unabhängige Funktion als Krisenmerkmal zu, da die sanktionierten Pflichtverletzungen in Handlungen bestehen, welche ihrer Art nach unabhängig von dem Vorliegen eines Eröffnungsgrundes sind, weil sie sich gerade nicht in der unterlassenen Antragstellung erschöpfen, sondern einen eigenständigen Handlungskern beinhalten. Die aufgeführten Verhaltensweisen „Vermögen beiseite schaffen“ (Abs. 1 Nr. 1), „Geschäfte“ i.S.d. Abs. 1 Nr. 2 „eingehen“, usw. sowie das „in einer anderen (...) Weise seinen Vermögensstand“ Verringern oder „seine wirklichen geschäftlichen Verhältnisse“ Verheimlichen oder Verschleiern (Abs. 1 Nr. 8) sind ihrer Art nach selbstständig.

§ 283 StGB enthält also eine Auswahl von näher umschriebenen Handlungen, die, wenn sie im Zeitpunkt der Überschuldung vorgenommen werden, „den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft grob widersprechen (...)“.⁸³ Weder erschöpfen sich diese Handlungen im bloß allgemein die Vermögensmasse gefähr-

⁸² Vgl. näher hierzu Dritter Teil B. und C und bereits auch *Tiedemann* in Scholz, GmbHG, 9. Aufl. (2002), Rn. 7 ff.

⁸³ Vgl. den Auffangtatbestand des § 283 I Nr. 8 StGB, der mit der Wortwahl „in einer anderen“ signalisiert, dass die zuvor in den Ziffern eins bis sieben aufgeführten Handlungen insoweit eine Auswahl darstellen.

denden Weiterwirtschaften trotz Antragspflicht (wie bei den Insolvenzverschleppungsdelikten), noch nehmen die von § 283 StGB tatbestandlich umschriebenen *Handlungen* auf die verfahrensrechtliche Seite und damit auf die Überschuldung als Eröffnungsgrund Bezug. Die Überschuldung markiert hier nur einen Grenzpunkt, dessen Eintritt zwecks Erhaltung der restlichen, den Gläubigern „zustehenden“⁸⁴ Masse, so dass der Täter im Zeitpunkt, da das Vermögen nicht einmal mehr zur Deckung seiner Verbindlichkeiten ausreicht, bestimmte, als besonders masseschädigend erkannte Handlungen zu unterlassen hat. Die Überschuldung fungiert im Rahmen des Bankrotts damit als *allgemeines Krisenmerkmal*, welches dem Täter gegenüber der verfahrensrechtlichen Situation *eigenständige* Sorgfaltspflichten auferlegt.⁸⁵

Bereits insoweit entspricht der Überschuldungsbegriff des Bankrotts in seiner Funktion nicht ohne weiteres dem insolvenzrechtlich definierten Eröffnungsgrund.

Auch die in personeller Hinsicht allgemein gehaltene Formulierung in § 283 I StGB („wer“) verursacht weitere Probleme hinsichtlich der „Kompatibilität“ des bankrottrechtlichen Überschuldungstatbestandes; dies nicht nur hinsichtlich des tauglichen Täterkreises selbst⁸⁶, sondern wiederum auch in Reflexion auf die Inhaltsbestimmung des strafrechtlichen Überschuldungstatbestandes in sachlicher Hinsicht:

84 Ob Vermögen des Schuldners den Gläubigern „zusteht“, ist in dem hier gemeinten Sinn danach zu beantworten, ob der Schuldner aus Gründen des Gläubigerschutzes nicht mehr frei über das Vermögen verfügen darf, wie es der Gesetzgeber für Schuldner mit Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen bereits dann für nötig erachtet, wenn die gegenüber dem Rechtsverkehr kundgemachte Haftungsmasse (gezeichnetes Stammkapital) gefährdet ist. Schon in der Zone der sog. *Unterbilanz*, wenn das nominelle Stammkapital/Grundkapital vom Reinvermögen der Gesellschaft (Aktiva abzüglich Verbindlichkeiten und Rückstellungen) nicht mehr voll gedeckt ist, ist der Schuldner daher aufgrund von Kapitalerhaltungsregeln gehindert, das Gesellschaftsvermögen durch Ausschüttung an seine Gesellschafter zu schmälern (zur Definition *Ulmer* in Hachenburg, GmbHG, 8. Aufl. (1991), § 30 Rn. 29 ff.; *Westermann* in Scholz, GmbHG, 9. Aufl. (2000), § 30 Rn. 17; *Groth*, Überschuldung (1995), S. 25 mit weiteren Abgrenzungen zu Verschuldung und Unterkapitalisierung. *Unterbilanz* entsteht daher in dem Augenblick, in dem Verluste und sonstige Eigenkapitalminderungen größeren Umfangs das Eigenkapital schmälern und als besondere Korrekturposten zum Kapital auf der Aktivseite der Bilanz ausgewiesen werden müssen, vgl. *Uhlenbruck*, InsO, 12. Aufl. (2003), § 19 Rn. 11. Das Gesellschaftsvermögen unterliegt (spätestens) dann einer Ausschüttungssperre (vgl. bspw. §§ 30 ff. GmbHG; demgegenüber noch weitergehender Schutz des Sondervermögens in der Aktiengesellschaft nach §§ 57, 58 V, 62 AktG, vgl. *Westermann* in Scholz, GmbHG, 9. Aufl. (2000), § 30 Rn. 1, 2, 5). Erst recht steht den Gläubigern das verbliebene Vermögen bei der von der Unterbilanz zu unterscheidenden *Überschuldung* zu, wenn es nicht einmal mehr zur Deckung aller Gesellschaftsverbindlichkeiten ausreicht (vgl. *Westermann* in Scholz, GmbHG, 9. Aufl. (2000), § 30 Rn. 17; auch *Tiedemann*, Insolvenzstrafrecht, 2. Aufl. (1996), Vor § 283 Rn. 155). Ob auch das Vermögen überschuldeter natürlicher Personen oder Personengesellschaften mit natürlicher Person als persönlich Haftendem den Gläubigern *zusteht*, ist mangels sonstiger Kapitalerhaltungsvorschriften und Insolvenzantragspflichten allein davon abhängig, ob der Bankrott bei Überschuldung auch auf diese Anwendung findet.

85 Dazu näher unter Dritter Teil A. und C. IV.

86 Der taugliche Täterkreis bezieht sich auf die Rechtsform des Schuldners und betrifft die Frage, ob tauglicher Täterkreis entsprechend der Einschränkung des § 19 I, III InsO nur die Geschäftsleitenden der juristischen Personen und kapitalistischen Personengesellschaften sein können. Dazu ausführlich unter Dritter Teil A.

Einleitung

Die von dem Kreis der gem. §§ 19 I, III, 16 I InsO auch bei Überschuldung antragspflichtigen Gesellschaftsformen losgelöste Tatbestandsformulierung legt ebenfalls nahe, dass die Überschuldung nach § 283 StGB in einem anderen, vom zivilrechtlichen Eröffnungsgrund gelösten Funktionszusammenhang steht.

Auf den ersten Blick scheint damit die bereits durch die gesetzestechnische Regelung nahe gelegte Vermutung durch die Divergenz der Funktionszusammenhänge bestätigt, dass der Überschuldungsbegriff der Insolvenzverschleppungsdelikte einer stärkeren Bindung an die zivilrechtliche Vorgabe in § 19 II InsO unterliege, als der Überschuldungstatbestand des Bankrotts.⁸⁷

Doch so eindeutig ist dies nicht, wie bereits durch die Existenz abweichender Meinungen belegt wird.⁸⁸

Die Problematik des Funktionszusammenhangs, in dem der strafrechtliche Überschuldungsbegriff verankert ist, ist vielschichtiger. Dies wird offenbar, wenn man die Funktion der Überschuldung vor dem Hintergrund der Tatsache beleuchtet, dass das Strafrecht den Verstoß gegen Verhaltensanforderungen sanktioniert,⁸⁹ die bereits in einer dem Straftatbestand vorgelagerten Verhaltensnorm verankert sind.⁹⁰ Dann zeigt sich, dass sich die auf den ersten Blick unterschiedlich erscheinenden Funktionen des strafrechtlichen Überschuldungsmerkmals je nach Fragestellung bei der Suche nach der Verhaltensnorm durchaus ähneln können.⁹¹ Denn auch die Funktion eines Tatbestandes und damit auch der Funktionszusammen-

87 So beschränkt auch *Achenbach* unter Berufung auf den unterschiedlichen Funktionszusammenhang des Überschuldungstatbestands in Insolvenzverschleppung und Bankrott von vornherein seine Fragestellung auf die bankrottatbestandliche Überschuldungsdefinition: „Im Rahmen der Strafnormen, welche die verspätete Stellung des Antrages auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens, die sog. Insolvenzverschleppung pönalisieren, kann eine Divergenz von Insolvenzrecht und Strafrecht nicht in der gleichen Weise auftreten.“ (*Achenbach*, Schlüchter-Gds. (2002), S. 258).

88 Den Überschuldungsbegriff im Rahmen der Insolvenzverschleppung von § 19 II InsO abweichend bestimmt z. B. *Penzlin*, Auswirkungen der InsO (2000), S. 137 ff.

89 „Die Notwendigkeit [einer trennscharfen Differenzierung zwischen Verhaltens- und Sanktionsnorm] ist heute im Grundsatz sowohl norm- und rechtstheoretisch als auch rechtssoziologisch unbestritten“ (*Haffke*, Coimbra-Symposium (1995), S. 89).

90 Zur Differenzierung zwischen Sorgfaltsnorm und strafrechtlicher Sanktionsnorm wird im Folgenden die von *Haffke* gewählte Terminologie übernommen. Danach *erfüllt* das Verhalten des Verbrechens den ersten Teil des Strafgesetzes (*Sanktionsnorm*), aber *übertritt*, er *verletzt* die dem Strafgesetz vorgelagerten Rechtsätze (*Verhaltensnorm*). (*Haffke*, Coimbra-Symposium (1995), S. 90). Dementsprechend können die Merkmale, aus denen die vorgelagerte Verhaltensnorm besteht, als *Normwidrigkeitsmerkmale* oder auch *Deliktsmerkmale* und die Merkmale der strafrechtlichen Sanktionsnorm auch als *Strafbarkeitsmerkmale* oder *Verbrechensmerkmale* bezeichnet werden (*Haffke*, a.a.O. S. 94). Vgl. auch den ähnlichen Ansatz bei *Moosmayer*, Einfluß der InsO (1997), S. 145. Näher so gleich unter Dritter Teil C. IV. 1. a).

91 Zur Notwendigkeit der Kenntnis über die Verhaltensnorm für die Inhaltsbestimmung von Tatbestandsmerkmalen vgl. nur *Haffke*, Coimbra-Symposium (1995), S. 94 f.: „Wir benötigen eine ganz klare Vorstellung von dem, was eigentlich der Inhalt der Verhaltensnorm ist; denn nur sie erlaubt die saubere und trennscharfe Differenzierung von Argumenten, die teils für oder gegen die Normwidrigkeit, teils für oder gegen die Strafbarkeit eines Verhaltens vorgebracht werden (S. 95). Um zu wissen, was Normwidrigkeitsmerkmale sind, muß man natürlich wissen, wie die Norm lautet (S. 94).“

hang eines Tatbestandsmerkmals werden durch die vorgelagerte Verhaltensnorm bestimmt.⁹²

Je nach Grad der Identifizierung von Normwidrigkeits- und Strafbarkeitsmerkmalen lässt sich eine größere oder geringere Funktionengleichheit des Überschuldungsbegriffs bei Insolvenzverschleppung und Bankrott erzielen.

Denn ausgehend von der Zwecksetzung der strafrechtlichen Insolvenzverschleppungsregelungen, die verhaltenssteuernde Wirkung der zivilrechtlich geregelten Insolvenzantragspflicht zu garantieren,⁹³ könnte die den Insolvenzverschleppungsdelikten vorgelagerte Verhaltensnorm ganz spezifisch anhand der Zweckrichtung der Insolvenzantragspflicht ausgerichtet werden. Mit dem Ziel, beschränkt haftende Rechtsträger bei Aufzehrung der Vermögensmasse durch Verbindlichkeiten zum Schutz der Neugläubiger vor Kontrahierungsschäden und zum Schutz der Altgläubiger von der weiteren Teilnahme am Wirtschaftsverkehr auszuschließen und dadurch die Gefahr einer weiteren Schmälerung der Vermögensmasse durch Eingehen neuer Verbindlichkeiten und drohende Verluste zu bannen,⁹⁴ könnte die den Insolvenzverschleppungsdelikten vorgelagerte Verhaltensnorm ganz konkret und mit der (über die Verweisung auf die zivilrechtliche Antragspflicht als Deliktsmerkmal inkorporierten) Antragspflicht identisch lauten: *„Du sollst im Falle des Vorliegens eines Eröffnungsgrundes Insolvenzantrag stellen.“*

Die Folge wäre eine Abweichung von den durch die Bankrottregelungen angedeutete Verhaltensnorm, die durch Umschreibung spezifisch massegefährlicher Handlungen dem Erhalt der den Gläubigern zustehenden Vermögensmasse dienen und dementsprechend lauten müsste: *„Du sollst die dort beschriebenen Handlungen unterlassen, wenn du überschuldet bist.“*

Dann wäre ein unterschiedlicher Funktionenzusammenhang des Überschuldungstatbestandes bzgl. Insolvenzverschleppung und Bankrott tatsächlich vorgezeichnet und auch eine Abweichung des bankrottrechtlichen Überschuldungstatbestands vom insolvenzrechtlichen Eröffnungsgrund nahe liegend.

Aber die Verhaltensnorm ist auch ganz abstrakt formuliert denkbar:⁹⁵ *„Du sollst die Befriedigungsinteressen deiner Gläubiger nicht gefährden, wenn du überschuldet bist“*, indem du die deinen Altgläubigern zustehende Vermögensmasse keiner weiteren Schmälerungsgefahr aussetzen darfst (weder durch dein Haftungsvermögen immer abstrakt gefährdendes Weiterwirtschaften am Markt (Insolvenzverschleppungsdelikte) und erst recht nicht durch die Vermögensmasse besonders gefährdende oder gar schädigende Handlungen, die über die allgemeine, durch die Teilnahme am Wirtschaftsverkehr bedingte Gefährlichkeit hinausgehen (Bankrott) und indem du die Neu-

92 Vgl. das anschauliche Beispiel anhand § 242 StGB bei *Haffke*, Coimbra-Symposium (1995), S. 95.

93 Die Normsuche aus der Aufgabe ableitend ebenso *Haffke*, Coimbra-Symposium (1995), S. 94.

94 Vgl. statt aller *Groth*, Überschuldung (1995), S. 26 und näher unter Dritter Teil A. I. und B.

95 Eine Abstrahierung der Verhaltens- von der Sanktionsnorm ist wegen des ansonsten drohenden Verlusts des Erkenntnisgewinns aus der Differenzierung zwischen Verhaltens- und Sanktionsnorm bei zu starker Identifizierung sogar wünschenswert, vgl. *Haffke*, Coimbra-Symposium (1995), S. 94.

Einleitung

gläubiger nicht gefährden darfst, deren Befriedigungsinteressen bei Kontrahierung mit dir ebenfalls gefährdet sind.⁹⁶

Unter diesem Abstraktionsgrad bei der Formulierung der den Sanktionsnormen vorgelagerten Verhaltensnorm läge den Insolvenzverschleppungsdelikten und dem Bankrott dieselbe Verhaltensnorm zugrunde, so dass sich insoweit auch hinsichtlich der Funktion des Überschuldungstatbestands eine Identität abzeichnen könnte.

Damit wird die Frage nach der Funktionsdivergenz von insolvenzverschleppungs- und insolvenzstrafrechtlichem Überschuldungstatbestand vor allem durch die Wahl des Abstrahierungsgrades bei der Formulierung der Verhaltensnormen bestimmt,⁹⁷ die es genauer zu untersuchen gilt.

Einer vorschnellen Ungleichbehandlung von Insolvenzverschleppungsdelikten und Bankrott steht zudem entgegen, dass es auch bei der Insolvenzverschleppung letztlich um die Funktion der Überschuldung als *Sorgfaltspflichten* auslösendes Moment geht, entsprechend der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes bei Überschuldung Insolvenzantrag zu stellen.⁹⁸

Zur Beantwortung der Frage, inwieweit § 19 InsO eine für das Strafrecht verbindliche Vorgabe darstellen kann, ist der Funktionszusammenhang beider Delikte genau zu untersuchen.

III. Unsicherheiten bei der Überschuldungsfeststellung

Der dritte und größte Problembereich betrifft die Unsicherheiten bei der Überschuldungsfeststellung, die vornehmlich Fragen nach der Vereinbarkeit einer zivilrechtsgleichen Auslegung des Überschuldungstatbestandes mit den rechtsstaatlichen Anforderungen an einen Straftatbestand aufwerfen. Aus ihm können sich wiederum Gründe ergeben, welche der Übertragbarkeit und – damit einhergehend – einer Verbindlichkeit der zivilrechtlichen Definition entgegenstehen können.

Die Unsicherheiten bei der Überschuldungsfeststellung sind in der zivilrechtlichen Überschuldungsdefinition selbst verankert und gehen letztlich auf das ihr zugrunde liegende Phänomen der Überschuldung als Umschreibung eines ökonomischen Zustands der Vermögensinsuffizienz zurück, der im Gegensatz zur Zahlungsunfähigkeit ein „zeitraumfüllendes Ereignis“ darstellt und nur mittelbar feststellbar ist.⁹⁹

⁹⁶ Daran ändert auch das Außenhaftungskonzept des BGH nichts, wonach der Neugläubiger bspw. nach § 64 I GmbHG, § 823 II BGB den vollen Kontrahierungsschaden ersetzt bekommt, weil insoweit der Schuldner personenverschieden ist.

⁹⁷ Dies bedeutet allerdings keine Beliebigkeit in der Wahl der Verhaltensnorm; vielmehr hat diese anhand feststehender Kriterien zu erfolgen, vgl. *Haffke*, Coimbra-Symposium (1995) S. 94.

⁹⁸ Insoweit ist *Achenbach* in Schlüchter-Gds. (2002), S. 258 zu widersprechen, der eine genauere Untersuchung der Überschuldung als Insolvenzverschleppungsstrafatbestand für entbehrlich hält.

⁹⁹ *Stüdemann*, Geleitwort in Klar, Überschuldung (1987), S. V. Hierzu näher sogleich unter Einleitung D. II. 1. a).

Denn „Überschuldung bewegt sich auf leisen Sohlen, schleicht sich ein, schimmert kurz auf, scheint wieder zu vergehen, tritt allmählich stärker ins Bewusstsein, steigt zunächst nur als Verdacht auf, wird erst später zur Gewissheit (...).“¹⁰⁰

Das Kernproblem im Rahmen der Überschuldungsfeststellung ist die Bewertung des Vermögens, bei der zum einen *zukunftsbezogene* Ereignisse zu berücksichtigen sind (Fortführungsprognose und ggf. Ansatz der Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten¹⁰¹ zu Fortführungswerten), die prognostische Aussagen über die künftige Entwicklung des Unternehmens verlangen und zum anderen eine *objektive* Aussage über die Vermögenssituation des Schuldners anhand einer Bewertung von Vermögensgegenständen gefordert wird, die ihrer Natur nach aber *subjektiv*, weil vom Wertenden abhängig ist.¹⁰²

Sowohl die Tatsache selbst, dass wegen Divergenz von einer objektiv zu treffenden Aussage anhand subjektiver Bestimmungsgrößen und wegen des Erfordernisses prognostischer Feststellung letztlich nur eine „Schätzung“ erfolgen kann, ob tatsächlich eine Vermögensinsuffizienz vorliegt (*der Überschuldung inhärente Unsicherheiten*), als auch in Reflexion darauf eine Vielzahl verschiedener Auffassungen und Bewertungsmodelle für die Überschuldungsermittlung besteht (reflexive Unsicherheiten – Meinungsvielfalt), führen auf strafrechtlicher Seite zu Bedenken, ob der Überschuldungstatbestand mit den rechtsstaatlichen Anforderungen an die Bestimmtheit eines Straftatbestands noch vereinbar ist:

1. Der Überschuldung inhärente Unsicherheiten – Divergenz von objektiver Aussage und subjektiven Bestimmungsgrößen, Prognoserisiken

Überschuldung meint eine objektiv vorliegende Vermögensinsuffizienz des Schuldners, zu deren Feststellung eine Bewertung des schuldnereischen Vermögens erforderlich ist.

Der „Wert“ eines Vermögens hängt aber grundsätzlich davon ab, welchen Nutzen er seinem aktuellen oder potentiellen Inhaber bietet, ist also stark subjektiv geprägt.

Dementsprechend wurde die Anfang des 20. Jh. in der konkursrechtlichen Debatte aufkommende Forderung, dass in Abkehr von handelsbilanziellen Werten in den Überschuldungsstatus¹⁰³ „wahre Werte“ einzusetzen seien, 1958 von *Pribilla* mit der heute einhellig herrschenden Erkenntnis bedacht, dass es *den wahren Wert* nicht gebe, da er vom Wertenden abhängig und damit subjektiv geprägt ist.¹⁰⁴

100 *Stüdemann*, Geleitwort in Klar, *Überschuldung* (1987), S. V.

101 Ob nur die Vermögensgegenstände oder auch die Verbindlichkeiten in Abhängigkeit von der Fortführungsfähigkeit der Gesellschaft in der Überschuldungsbilanz anzusetzen sind, ist umstritten. Näher dazu unter Erster Teil A. VI. 1. d) und Zweiter Teil A. VI. 1., B. III. 3. a).

102 Vgl. *Stüdemann*, Geleitwort in Klar, *Überschuldung* (1987), S. V.

103 Die Begriffe „Überschuldungsstatus“ und „Überschuldungsbilanz“ werden hier und im Folgenden synonym gebraucht.

104 *Pribilla*, KTS, 1958 Teil 1, S. 1 u. Teil 2, S. 17, 4: „Der wahre Wert“ sei eine „Utopie“.

Einleitung

Zahlreiche Modelle aus der Betriebswirtschaft zur Unternehmensbewertung versuchen den Spagat zwischen allgemeingültiger Aussage und subjektiver Bestimmungsgröße bestmöglich durch Näherungslösungen zu meistern.

Dabei sahen und sehen sie sich noch heute dem Problem ausgesetzt, geeignete Kriterien zur Objektivierung der anzusetzenden Werte zu bestimmen, für die verschiedene Lösungsmodelle im Rahmen der Bewertungsmethoden angeboten werden. Dass eine bilanzielle Ermittlung als objektivierender Faktor dieses Problem allein nicht zu lösen vermag, legt ausführlich *Hommel* dar, der auf die präjudizielle Wirkung der – von *subjektiven* Einschätzungen geprägten – Fortführungsprognose hinweist.¹⁰⁵

Zudem wird bezweifelt, ob die Methode der Vermögensbewertung generell ein geeigneter Ansatzpunkt für die Werte in der Überschuldungsbilanz ist.

Denn die von der Betriebswirtschaft entwickelten Grundsätze zur Vermögensbewertung wurden auf eine *Verkaufssituation* ausgerichtet, da das Bedürfnis objektivierter Werte vor allem in Situationen des Unternehmenskaufs bestand. Dementsprechend fragen die betriebswirtschaftlichen Regeln zur Unternehmensbewertung danach, welchen Wert ein potentieller Erwerber des Unternehmens zu zahlen bereit wäre und sind demzufolge dynamisch ausgerichtet.

Die dynamische Ausrichtung weckt Zweifel, ob sich die auch zur Überschuldungsfeststellung herangezogenen Methoden der Unternehmensbewertung hierfür überhaupt eignen.¹⁰⁶

Denn auch wenn im Rahmen der aktuellen Überschuldungsfeststellung dynamische Gesichtspunkte im Rahmen der Fortführungsprognose und bei Ansatz von Fortführungswerten zum Tragen kommen, so wird die Überschuldung in ihrer Umschreibung einer objektiven Situation als eine doch eher statischere Größe verstanden als die aus der dynamischeren Situation des Unternehmenskaufs ermittelten Größen von *Ertrag*, *Ertragswert* und *Ertragsfähigkeit*.¹⁰⁷

Mit der Entwicklung eines dynamisch ausgerichteten, zweistufigen Überschuldungsbegriffs, wonach je nach prognostizierter Überlebensfähigkeit des Unternehmens die Überschuldung auf unterschiedliche Weise zu ermitteln ist, wurde die Feststellung der Überschuldung vor allem mit dem Unsicherheitsfaktor der *Prognose* belastet. Das einer jeden Prognose inhärente Risiko einer Fehleinschätzung bedingt eine Unsicherheit, ob sich das aus der Sicht *ex ante* getroffene Urteil über die Fortführungsfähigkeit des Unternehmens *ex post* bestätigt oder möglicherweise gar keine Überschuldungssituation hätte angenommen werden dürfen.

Dabei begegnet auch die § 19 II InsO zugeschriebene Überschuldungsdefinition nach der sog. *traditionell zweistufigen Methode* nicht weniger Bedenken hinsichtlich

105 *Hommel*, ZfB 1998, S. 297 ff., 303, 304.

106 Vgl. *Tiedemann*, Insolvenzstrafrecht, 2. Aufl. (1996), Vor § 283 Rn. 157.

107 Deshalb für reine Liquidationswertbetrachtung im Strafrecht *Franzheim*, NJW 1980, 2501 und *wistra* 1984, S. 212 f. Weniger weitgehend *Tiedemann*, Insolvenzstrafrecht, 2. Aufl. (1996), Vor § 283 Rn. 157.

der Vereinbarkeit mit den rechtsstaatlichen Anforderungen an den Straftatbestand als bereits der vor der Insolvenzrechtsreform herrschende sog. mod. zweistufige Überschuldungsbegriff.¹⁰⁸

Zwar wird der Fortführungsprognose danach weniger Gewicht beigemessen, indem sie nunmehr als Bewertungsprämisse lediglich über den Ansatz von Liquidations- oder Fortführungswerten entscheidet und eine positive Prognose allein nicht mehr die Überschuldung zu verhindern vermag; jedoch werden dadurch die rechtsstaatlichen Bedenken einer strafrechtlichen Anknüpfung nicht gemindert. Denn die Verringerung der Prognosewirkung erfolgt lediglich zu Lasten des Täters, weil nunmehr eine positive Prognose allein nicht mehr vor der Strafbarkeit schützt; mit der traditionell zweistufigen Methode ist gegenüber der modifiziert zweistufigen Methode eine Vorverlagerung des Überschuldungseintritts verbunden, die bei Anknüpfung strafrechtlicher Tatbestände strafscharfend wirkt.

Neue Unsicherheiten birgt eine Vorgehensweise nach der traditionell zweistufigen Methode, indem sie die höchst streitige Bewertung von Vermögensgegenständen zu Fortführungswerten erforderlich werden lässt (dazu sogleich unter 2.).

Und nicht nur die dynamischen Elemente des Überschuldungsbegriffs bergen ein Schätzungsrisiko in sich. Sogar unter Annahme der Liquidation gestaltet sich die Bewertung des Vermögens schwierig. Der Liquidationswert hängt seiner Höhe nach ebenfalls von Annahmen ab – prognostizierte Liquidationsgeschwindigkeit und Zerschlagungsintensität –, die ihn zu den „am schwierigsten feststellbaren Werten zählen lässt.“¹⁰⁹

Dementsprechend findet sich bereits in den Motiven zur Konkursordnung von 1877 Kritik an dem damals rein liquidationswertorientiert ausgelegten Überschuldungstatbestand: Die Feststellung der Vermögensunzulänglichkeit setzte eine Schätzung der Aktiva und eine Prüfung der Schulden des Gemeinschuldners zum Zwecke gegenseitiger Abwägung voraus; eine derartige Vermögensübersicht sei ohne die entgegenkommende Mitwirkung des Gemeinschuldners oder die Zuhilfenahme „bedenklicher Fiktionen und Präsuntionen“ kaum zu erlangen.¹¹⁰

Andererseits steht diesen der Überschuldung inhärenten Unsicherheiten das Bedürfnis nach einem nahezu einhellig als unverzichtbar eingestuften strafrechtlich gewährleisteten Gläubigerschutz gegenüber.¹¹¹

Denn zivilrechtliche Sanktionen reichen gerade dann nicht, wenn das Vermögen ohnehin nicht mehr dem Täter für eigene Zwecke nützt, weil es vorrangig der Befriedigung von Gläubigern dient, also hinzukommende Verbindlichkeiten aus zivilrechtlicher Haftung auch keinen subjektiv größeren Schaden bedeuten. Hinzukommende Ansprüche belasten lediglich eine Vermögensmasse, von der im Falle der

108 Zur Regierungsbegründung (BT-Drs. 12/7302, S. 157) und den Auffassungen in Rechtsprechung und Lehre näher unter Zweiter Teil A. II., B. I.

109 Vgl. *Höffner*, BB 1999, S. 199.

110 Motive zum Entwurf der Konkursordnung, abgedruckt bei *Hahn/Mugdan*, Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band 4 (1881), S. 291 f.; *Arens*, Überschuldungsprüfung (1991), S. 98.

111 Dazu ausführlich unter Dritter Teil A. I., B.

Einleitung

Vollstreckung aller Gläubigeransprüche ohnehin nichts mehr für ihn verbleibt, was durch weitere zivilrechtliche Verbindlichkeiten geschmälert werden könnte. Zweckadäquate Insolvenzauslöser müssen daher die Gläubiger dazu befähigen, auslöseunwillige Schuldner gesetzlich zu einer *rechtzeitigen* Auslösung des Insolvenzverfahrens zu zwingen¹¹² und zweckadäquate Krisenmerkmale müssen *rechtzeitig* erhöhte Sorgfaltserfordernisse einfordern.¹¹³

Dabei ist auf der anderen Seite zu berücksichtigen, dass eine Einleitung des Insolvenzverfahrens und Einschränkungen bei der Zulässigkeit bestimmten Wirtschaftens (§ 283 StGB) rechtlich erst dann vertretbar sind, wenn die Gläubigeransprüche erkennbar gefährdet sind. Denn als Anknüpfungstatsache strafrechtlicher Sanktionen unterliegt der Überschuldungstatbestand aus rechtsstaatlicher Sicht einer erhöhten Legitimationsnotwendigkeit.

Sofern man daher eine sorgfältige Analyse der zukünftigen Unternehmensentwicklung zur Bestimmung dieses Zeitpunktes für erforderlich hält, anstatt eine ausschließliche Liquidationswertbetrachtung anzustellen, sind Prognoseelemente unverzichtbar.

Dies mindert wiederum die juristische Handhabbarkeit und gerät in Konflikt mit dem Gebot der Tatbestandsbestimmtheit als dem rechtsstaatlichen Garant für die Vorhersehbarkeit von Strafe.

Damit besteht das Dilemma, dass eine hohe Funktionsgerechtigkeit des Insolvenzauslösers und der Krisendeterminante grundsätzlich einen großen Unbestimmtheitsgrad in der Messung erfordert, während umgekehrt eine hohe Präzisierung und inhaltliche Festschreibung einen Verlust an Funktionsgerechtigkeit mit sich bringt.¹¹⁴ Die Fundamentalprinzipien des legitimierend wirkenden Strafbedürfnisses und des Gebots der Tatbestandsbestimmtheit stehen sich daher diametral gegenüber.

Die rechtsstaatlichen Bedenken mit dem Bedürfnis nach strafrechtlicher Sanktionierung von Handlungen in der Zone der Überschuldung in Ausgleich zu bringen, stellt die Strafrechtswissenschaft vor immense Probleme.

Die Komplexität dieses Problems bedingt dabei eine so große Vielzahl verschiedener Lösungsvorschläge, dass durch sie zusätzliche Unsicherheiten entstehen, die den Umgang mit dem strafrechtlichen Überschuldungsbegriff noch erschweren. Allerdings sind diese durch die *strafrechtliche* Diskussion bedingten Unsicherheiten im Rahmen einer strafrechtlichen Argumentation überwindbar und sind damit nicht selbst Problemgegenstand. Eigenständiger Bestandteil des Überschuldungsbegriffs, mit dem sich das Strafrecht im Rahmen der Frage nach der Übertragbarkeit des zivilrechtlichen Überschuldungsbegriffs auseinanderzusetzen hat, sind hingegen die verschiedenen Lösungsvorschläge zur Überschuldungskonkretisierung auf *zivilrechtlicher* Seite.

112 Vgl. auch *Hommel*, ZfB 1999, S. 299.

113 Vgl. auch *Groth*, Überschuldung (1995), S. 100.

114 Vgl. ebenso *Hommel*, ZfB 1999, S. 299 für die zivilrechtliche Problematik.

2. Reflexive Unsicherheiten (Meinungsvielfalt)

Dass die Objektivierungs- und Prognoseschwierigkeiten nur näherungsweise gelöst werden können ist ursächlich für eine nicht endende Diskussion um die „richtige“ Methode zur Ermittlung eines möglichst objektiven und richtig prognostizierten Wertes.

Raum wird der Diskussion dadurch gegeben, dass seitens des Gesetzgebers letztlich keine klärende Festschreibung einer von ihm anerkannten Vorgehensweise bei der Überschuldungsfeststellung erfolgte.

Vor Einführung des § 19 InsO war der Überschuldungsbegriff durch den Zivilgesetzgeber im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Regelungen zur Konkursantragspflicht und in der Konkursordnung nur grob als „Überwiegen von Schulden über das Vermögen“ umschrieben.¹¹⁵

Dementsprechend bestand zwar schon unter der Preußischen Konkursordnung 1855 Einigkeit darüber, dass eine Überschuldung dann vorliegt, wenn sich ein – (Überschuldungs)bilanziell ermitteltes – „negatives Eigenkapital“¹¹⁶ ergibt; hinsichtlich der Frage, wie diese Situation zu ermitteln ist, bestand schon auf betriebswirtschaftlicher und zivilrechtlicher Ebene in jeder denkbaren Hinsicht Uneinigkeit.

Wenn sich auch insoweit ein allgemeiner Konsens darüber entwickelt hat, dass die Überschuldung anhand einer vom Jahresabschluss abweichenden Sonderbilanz zu ermitteln sei, so ist stets umstritten geblieben, welche Werte in dieser Bilanz anzusetzen seien, insbesondere, wann Fortführungs- und wann Liquidationswerte anzusetzen seien und welches Gewicht einer prognostizierten Fortführungsfähigkeit beizumessen sei,¹¹⁷ welcher Wahrscheinlichkeitsgrad im Rahmen der Fortführungsprognose zu fordern sei und welche Methode dann zur Ermittlung des jeweiligen Vermögens (Liquidations-/Fortführungswertes) heranzuziehen sei.¹¹⁸

Auch nach Einführung der konkreter gefassten Überschuldungsdefinition des § 19 II InsO sind die Unsicherheiten im Rahmen der Überschuldungsfeststellung nicht beseitigt. Sogar der Streit um die richtige Vorgehensweise, die richtige Reihenfolge einzelner Prüfungsschritte im Rahmen der Feststellung der Überschuldung (*traditionelle* oder *modifiziert* zweistufige Methode) ist noch nicht restlos beseitigt.¹¹⁹

Insbesondere ist aber in Zivilrechtspraxis und Betriebswirtschaftslehre weiterhin umstritten, nach welcher Methode die Überschuldung zu ermitteln und nach welcher Bewertungsmethode der Wertansatz von Vermögensgegenständen und Verbindlichkeiten in der Überschuldungsbilanz vorzunehmen sei.¹²⁰

Allein die Vielzahl der vertretenen und zu unterschiedlichen Ergebnissen führenden Ansichten zur Wertermittlung von Liquidations- und besonders von Fort-

115 Dazu ausführlich unter Erster Teil A. IV. 1.

116 Vgl. näher dazu unter Erster Teil A. III. 2. c) sowie Götz, ZInsO 2000, S. 77; Höffner, BB 1999, S. 198.

117 Unterschiedlich insoweit die sog. traditionelle/einfache zweistufige Methode und die modifiziert zweistufige Methode (K. Schmidt)

118 Ausführlich dazu unter Erster Teil A. IV., VI.

119 Ausführlich hierzu Zweiter Teil A.

120 Vgl. Götz, ZinsO 2000, S. 77 mit Hinweisen auf Spliedt, DB 1999, S. 1941 ff.; K. Schmidt, GmbHR 1999, S. 9.

Einleitung

führungswerten, die mangels Festlegung durch den Gesetzgeber in der zivilrechtlichen und betriebswirtschaftlichen Praxis in ihrer Mehrzahl weiterhin zum Tragen kommen, bedingen eine Unsicherheit, die Bedenken darüber hervorruft, ob unter Zugrundelegung des zivilrechtlichen Überschuldungsverständnisses der strafrechtliche Überschuldungsstatbestand noch den rechtsstaatlichen Bestimmtheitsanforderungen genügt.¹²¹

C. Ziel der Arbeit und Gang der Untersuchung

Angesichts der Tatsache, dass sich entgegen der geäußerten Forderungen einer Gesetzesänderung¹²² seit nunmehr über 7 Jahren nach In-Kraft-Treten der Insolvenzordnung kein Wille des Gesetzgebers zu einer grundlegenden Änderung der gesetzlichen Überschuldungsdefinition abzeichnet, der Gesetzgeber nicht einmal das MoMiG zu grundsätzlichen Änderungen genutzt hat, setzt sich diese Arbeit zum Ziel, eine methodisch saubere Handhabung des strafrechtlichen Überschuldungsbegriffs unter den *bestehenden* gesetzlichen Gegebenheiten zu ermöglichen. Hinweise auf die geringfügigen Änderungen im Rahmen des MoMiG erfolgen an den insoweit betroffenen Stellen.

Dass sich noch keine Tendenz der Rechtsprechung hinsichtlich der strafrechtlichen Überschuldungsermittlung herausbilden konnte, soll Ansporn sein, der strafrechtlichen Praxis, insbesondere den Strafgerichten, eine Hilfestellung zu bieten, eine den rechtsstaatlichen Geboten des Strafrechts gerecht werdende Handhabung des Überschuldungsbegriffs in Bankrott- und Insolvenzverschleppungsdelikten zu finden.

Daher sucht diese Arbeit nach einer Auslegung des strafrechtlichen Überschuldungsmerkmals, die allen Prinzipien der Rechtsordnung, insbesondere den verfassungsrechtlichen Vorgaben, genügt. Gegebenenfalls ist aufzuzeigen, wo eine Auslegung aufgrund der erhöhten rechtsstaatlichen Anforderungen im Strafrecht nach derzeitiger Gesetzeslage nicht mehr möglich ist.

Das Ziel, eine methodischen Anforderungen genügende Handhabung des strafrechtlichen Überschuldungsbegriffs *de lege lata* zu finden, impliziert zugleich, dass rechtspolitisch wünschenswerte, aber nicht von Verfassung wegen gebotene Änderungen aus der Lösungsfindung ausgeklammert werden. Dementsprechend will die vorliegende Arbeit auch die in der Literatur geführte Diskussion für die praktische Anwendung fruchtbar machen, indem sie überwiegend rechtspolitisch motivierte, aus strafrechtlicher Sicht nicht zwingend gebotene Änderungsvorschläge aussondert und die verbleibenden Argumente systematisiert. Dabei sollen rein begriffliche

121 Penzlin folgert aus dem gesetzgeberischen „Versäumnis“ sogar die Verfassungswidrigkeit der insolvenzrechtlichen Regelung zur Überschuldung wegen Unbestimmtheit. „Der Gesetzgeber hat nahezu alle relevanten Bewertungsfragen offengelassen. Angesichts der Vielzahl der zur Ertragsbewertung vertretenen betriebswirtschaftlichen Ansätze erscheint sogar das Ergebnis vertretbar, dass das herkömmlich zweistufige Überschuldungsmodell (des § 19 II InsO) als strafrechtlicher Rechtsbegriff überhaupt nicht konkretisierbar ist.“ (Penzlin, Auswirkungen der InsO (2000), S. 157 f.).

122 Vgl. z. B. Penzlin, Auswirkungen der InsO (2000), S. 135 Fn. 630, 138.

Unterschiede bei vermeintlich inhaltlich divergierenden Positionen aufzeigt und die verbleibenden Argumente in eine umfassende, nach methodologischen Vorgaben geordnete Argumentation eingeflochten werden.

Der Vorgehensweise im Rahmen einer *geltungserhaltenden Reduktion* ähnlich, soll am Ende der Arbeit ein Überschuldungsbegriff stehen, der einerseits sämtlichen Anforderungen an einen Straftatbestand genügt, andererseits aber mit der geltenden Rechtslage bestmöglich in Einklang zu bringen ist.

Zurückhaltung bei der Entscheidung zivilrechtlicher Streitigkeiten

Die Arbeit widmet sich allein der *strafrechtlichen* Überschuldungsproblematik. Dementsprechend soll eine Vorentscheidung betriebswirtschaftlicher und zivilrechtlicher Streitigkeiten, die sich auf die Überschuldungsfeststellung auswirken, solange unterbleiben bis geklärt ist, inwieweit bei der strafrechtlichen Begriffsbildung überhaupt zivilrechtliche Streitigkeiten entschieden werden dürfen.

Diese Frage wird anhand des strafrechtlichen *Subsidiaritätsprinzips* zu klären sein, demzufolge es grundsätzlich „nicht Aufgabe des Strafrechts ist, zivilrechtliche Streitigkeiten zu entscheiden“¹²³.

Und selbst dort, wo das Subsidiaritätsprinzip dem Strafrecht keine unumstößliche Grenze setzt, sondern im Rahmen einer Abwägung gegen andere Prinzipien des Strafrechts überwunden werden könnte, sucht diese Arbeit primär einen verfassungsrechtlich haltbaren Umgang mit der Vielfalt der zivilrechtlichen und betriebswirtschaftlichen Auffassungen im Rahmen des strafrechtlichen Überschuldungsbegriffs. Ausgesondert werden lediglich für die betriebswirtschaftliche und zivilrechtliche Praxis nicht relevante Sondermeinungen, da sie auch in der Vorstellung des Normadressaten von Bankrott und Insolvenzverschleppungsdelikten in der Regel keine Berücksichtigung finden.

Insbesondere hinsichtlich der verschiedenen Bewertungsmethoden, die im Rahmen der Überschuldungsfeststellung miteinander konkurrieren, soll keine juristische Festschreibung erfolgen, die nicht unbedingt aus strafrechtlichen Gründen geboten ist. Andernfalls würde nicht nur ein Konflikt mit dem strafrechtlichen Subsidiaritätsprinzip erzeugt, sondern vor allem auch die Chance eines sich den Neuerungen wissenschaftlicher Erkenntnisse anpassenden, dynamischen Überschuldungstatbestandes verpasst. Mit jeder Änderung zivilrechtlicher Überschuldungsfeststellung wäre die Frage der Legitimation staatlichen Strafens nach einem dann überholten Überschuldungstatbestand zu stellen.

Dementsprechend ist auch *Achenbach* zufolge „mit der Erkenntnis der Notwendigkeit einer eigenständigen, strafrechtlichen Begriffsanalyse (...) nicht automatisch auch die Übernahme des Plädoyers für einen bestimmten Prüfungsansatz verbunden wie bei *Otto* und *Penzlin*.“¹²⁴

123 *Haffke*, KritV 1991, S. 166.

124 *Achenbach*, Schlüchter-Gds. (2002), S. 269 (Fn. 63) unter Hinweis auf *Otto*, Aktienstrafrecht, 4. Aufl. (1997), § 401 Rn. 37; *dens.*, BT, 5. Aufl. (1998), § 61 Rn. 87 und *Penzlin*, Auswirkungen der InsO (2000), S. 146 ff., 213).