

Kapitel 2

Rechtsprechungsanalyse und Diskussionsstand in der Literatur

Innerhalb der Entwicklung von Rechtsprechung und Literatur ist zwischen der Problematik der Zuordnung des Gesellschaftsvermögens und des Gesellschaftereinverständnisses zu für das GmbH-Vermögen nachteiligen Handlungen der Geschäftsführung zu unterscheiden. Erstere gilt jedenfalls für die strafgerichtliche Praxis im Sinne der Vermögensinhaberschaft der GmbH als geklärt¹; streitig ist dieser Komplex allein noch im Schrifttum, so dass sich die Darstellung insoweit darauf beschränken kann². Ausgeklammert werden soll die Problematik der Täterschaft, d. h. der Vermögensbetreuungspflicht auf Grund der Gesellschafterstellung als solche, da zumeist Personenidentität mit dem Geschäftsführer, faktische Geschäftsführung oder aber zumindest eine Teilnahmehandlung der Gesellschafter vorliegen. Im Vordergrund der nachfolgenden Darstellung insbesondere der strafgerichtlichen Rechtsprechung steht daher die Problematik des Gesellschaftereinverständnisses.

Die nachfolgende Darstellung geht verschlungene Wege: Zunächst wird die ältere strafgerichtliche Rechtsprechung erläutert³, nachfolgend die Entwicklung des Haftungsinstituts des existenzvernichtenden Eingriffs in der Rechtsprechung des *II. Zivilsenats* des BGH⁴, um dann deren wichtigste Grundbegriffe schwerpunktartig zu durchleuchten⁵. Es folgt die Darstellung des Anschlusses der Rechtsprechung der *Strafsenate* des BGH an diese gesellschaftsrechtlichen Tendenzen unter Einbeziehung des strafrechtlichen Schrifttums. Durch diese Form der Darstellung werden zunächst die Entwicklungen, aber auch die Wechselwirkungen und Interdependenzen zwischen den beiden Rechtsbereichen des Straf- und Gesellschaftsrechts, insbesondere ihrer jeweiligen Judikatur, transparent; gleichzeitig werden jedoch auch über die bloße relationistische Betrachtung hinaus die materialen Ansätze der jeweiligen Haftungsmaßstäbe berücksichtigt.

¹ Zutreffend Radtke/Hoffmann, GA 2008, 535 (537).

² Vgl. dazu unten III. 2.

³ Vgl. dazu unten I. 2.-4.

⁴ Vgl. dazu unten II. 1., 2.

⁵ Vgl. dazu unten II. 3.

Zu unterscheiden sind im Wesentlichen zwei Phasen: Zunächst bestand eine Dissonanz in der Rechtsprechung zwischen den *Strafsenaten* und dem *II. Zivilsenat* des *BGH*, die bis zum Ende des letzten Jahrhunderts andauerte, und die mit der Rechtsprechung zum „Bremer Vulkan“ durch den *BGH* Anfang dieses Jahrhunderts nivelliert wurde. Es wird aufzuweisen sein, dass der damit erreichte Gleichlauf von Zivil- und Strafrecht jedoch nicht Grund dafür sein sollte, „die Hände in den Schoß zu legen“, da dogmatische Defizite jedenfalls bei der Organuntreue trotz des erreichten Gleichlaufs offensichtlich sind.

I. Erster Teil der Rechtsprechungsanalyse: Strafrechtsprechung in Divergenz zur Zivilrechtsprechung – historischer Rückblick

Die Zeit der strafrechtlichen Rechtsprechung bis zu den „Bremer-Vulkan“-Urteilen des *BGH* war im Wesentlichen von einer offensichtlichen Divergenz zur gesellschaftsrechtlichen Rechtsprechung hinsichtlich der Bedeutung der Gesellschafterzustimmung in die GmbH schädigendes Geschäftsführerhandeln geprägt. Diese Unterschiedlichkeit ist auch für das Verständnis des heutigen Streitstandes noch bedeutsam.

Insoweit soll zunächst hinsichtlich der zu § 81a GmbHG a.F. und zu § 266 StGB ergangenen Rechtsprechung unterschieden werden. Die erstgenannte Vorschrift galt bis zum Jahre 1970 und ist kurz zu skizzieren.

1. § 81a GmbHG a.F.

§ 81a Absatz 1 Satz 1 GmbHG a.F. enthielt eine Aufzählung der möglichen Täter einer Untreue zum Nachteil der GmbH. Die Vorschrift lautete: „Wer als Geschäftsführer, Liquidator oder Mitglied eines Aufsichtsrats oder eines ähnlichen Organs einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung vorsätzlich zum Nachteil der Gesellschaft handelt, wird mit Gefängnis und mit Geldstrafe bestraft“⁶.

Eine spezialgesetzliche Regelung der Organuntreue wurde im Jahre 1884 jedoch zunächst betreffend die Aktiengesellschaft geschaffen⁷. Sie resultierte im Wesentlichen aus dem nur unzureichenden Schutz, den § 266 Absatz 1 StGB a.F.⁸ insoweit

⁶ Schon auf Grund der auffängenden Formulierung des „ähnlichen Organs“ kann wohl nicht von einem reinen *numerus clausus* der Täter – so jedoch *Schramm*, Untreue und Konsens (2005), S. 114 – ausgegangen werden.

⁷ Das Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) vom 20. April 1892 wurde erst am 26. April 1892 verkündet (vgl. RGBl. I, S. 477) und erlangte am 19. Mai 1892 Gesetzeskraft.

⁸ Fassung im Strafgesetzbuch vom 15. Mai 1871 (vgl. RGBl. I, S. 127).

bot: Nach dessen Nr. 2 wurden „Bevollmächtigte, welche über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers absichtlich zum Nachtheile desselben verfügen“ wegen Untreue bestraft. Ausweislich des klaren Wortlauts der Norm wurde insbesondere nicht der der Gesellschaft zugefügte Nachteil im Fall der treuwidrigen Belastung mit einer Verbindlichkeit erfasst⁹, womit die Vorschrift den Gegebenheiten des wirtschaftlichen Handelns, welche die Belastung des ganzen Vermögens der Gesellschaft und nicht nur einzelner Vermögensstücke mit sich brachte, nicht gerecht wurde. Da zudem die deutsche Wirtschaft in den Gründerjahren nach 1870 in eine tiefe Krise der Aktiengesellschaften geriet, welche den Ruf nach schärferen Gesetzen gegen unlautere Machenschaften laut werden ließ, erfolgte eine spezialgesetzliche Kodifizierung zunächst in Bezug auf die Aktiengesellschaft: Im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch wurde daher durch die Aktiennovelle vom 18. Juli 1884 in Artikel 249 die Untreue insbesondere der Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats sowie der Liquidatoren einer Aktiengesellschaft geregelt, wenn diese absichtlich zum Nachteil der Gesellschaft handelten. Man ging davon aus, dass durch die Verankerung der Vorschrift im Gesellschaftsrecht bei der Normauslegung bessere Rücksicht auf die Usancen des Handels und die Handelsbräuche genommen werden könnte¹⁰. Interessant ist der – im Vergleich zur heutigen Rechtslage – weit gefasste Rechtsgüterschutz der Vorschrift: Neben dem Schutz der Aktionärs- und Gläubigerinteressen sollte auch die gesamte Wirtschaft vor Krisen bewahrt werden¹¹.

Die Tatbestandsvoraussetzungen der aktienrechtlichen Untreue wurden nur unwesentlich verändert als § 312 in das neu geschaffene HGB vom 10. Mai 1887¹² übernommen, welches zusammen mit dem BGB am 1. Januar 1900 in Kraft trat. Dieser Vorschrift sprach – der an sich weiten Schutzrichtung des Vorgängers (Artikel 249 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs) gegenläufig – das *RG* einen Gläubigerschutzcharakter jedenfalls in Form der Schutzgesetzqualität im Sinne des § 823 Absatz 2 BGB zu Gunsten der Gläubiger der Aktiengesellschaft ab¹³. Nach dem ersten Weltkrieg erfuhr die Norm wegen der Wirtschaftskrisen und der Inflationszeit Änderungen im Rechtsfolgenbereich: So wurde durch Artikel IX der Notverordnung des Reichspräsidenten vom 19. September 1931 der besonders schwere Fall eingeführt sowie nochmalig verschärft und ergänzt durch das Strafrechtsänderungsgesetz vom 26. Mai 1933, nach dem ein besonders schwerer Fall insbesondere dann vorliegen sollte, wenn – teilweise in nationalsozialistischer Diktion – „die Tat das Wohl des Volkes geschädigt oder einen anderen besonders großen Schaden zur Folge gehabt“ hat. Durch das Aktiengesetz vom 30. Januar 1937 wurde die aktienrechtliche Untreue in § 294 AktG a.F. verankert, wobei der Wortlaut

⁹ *Nelles*, Untreue zum Nachteil von Gesellschaften (1991), S. 36 f., 39; *Seher*, Die aktienrechtliche Untreue in rechtsvergleichender Darstellung (1965), S. 15.

¹⁰ *Seher*, Die aktienrechtliche Untreue in rechtsvergleichender Darstellung (1965), S. 17; *Alsberg*, Die Auslegung der Handelsstrafgesetze (1932), 215 (225).

¹¹ *Seher*, Die aktienrechtliche Untreue in rechtsvergleichender Darstellung (1965), S. 17.

¹² RGBl. I, S. 219.

¹³ *RG JW* 1935, 3302.

im Wesentlichen dem § 312 HGB in der Fassung des Gesetzes vom 26. Mai 1933 entsprach (Absatz 1: „Wer als Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats oder als Abwickler vorsätzlich zum Nachteil der Gesellschaft handelt, wird mit Gefängnis bestraft“); der Norm wurde gläubiger-, insbesondere arbeitnehmerschützende Funktion zugesprochen¹⁴. Zwar wurde das Wort „absichtlich“ in „vorsätzlich“ abgeändert, was jedoch keinen Unterschied machte, da das *RG* und die Literatur schon vorher *dolus eventualis* genügen ließen¹⁵.

Der spezielle GmbH-rechtliche Organuntreuetatbestand des § 81a GmbHG a.F. wurde erst später im Zuge der Strafrechtsreform von 1933 neben § 266 StGB, dessen tatbestandlichen Voraussetzungen noch heute gelten, eingeführt¹⁶; tatbestandlich stimmte § 81a GmbHG a.F. im Wesentlichen mit dem späteren § 294 AktG 1937 überein: Neben besonderen Anforderungen an die Qualifikation des Täters wurde insbesondere ein Handeln zum Nachteil der Gesellschaft gefordert¹⁷. Im Hinblick auf die gleichzeitige Neuregelung des § 266 StGB wollte der Gesetzgeber auf die besondere generalpräventive Wirkung der gesellschaftsrechtlichen Spezialregelungen zur Untreue nicht verzichten¹⁸. Es dürfte zumindest nach der Entscheidung des *BGH* vom 18. März 1954¹⁹ wohl der überwiegenden Auffassung in der Literatur zu § 81a GmbHG a.F. entsprochen haben²⁰, dass die Vorschrift auch dem Schutz der Gläubigerinteressen dienen sollte²¹. *Klug* ging noch weiter und bezog das überindividuelle Rechtsgut der „Redlichkeit im Rechts- und Wirtschaftsverkehr“ mit in den Schutzbereich des § 81a GmbHG a.F. ein²². Begründet wurde dies mit dem Wortlautargument des § 81a Absatz 2 Satz 2 GmbHG a.F., nach dem ein besonders schwerer Fall insbesondere dann vorliegen soll, wenn die Tat „das Wohl

¹⁴ *Klug* in: Aktiengesetz, Großkommentar (1965), § 294 Anm. 4 f., 48; *Hirmer*, Zivil- und strafrechtliches Verbot pflichtwidriger Schädigung für Vorstandsmitglieder von unabhängigen und durch Beherrschungsvertrag gebundenen Aktiengesellschaften (1984), S. 97.

¹⁵ *Seher*, Die aktienrechtliche Untreue in rechtsvergleichender Darstellung (1965), S. 25 m.w.N.

¹⁶ Gesetz vom 26. Mai 1933 (vgl. *RGBl.* I, S. 295).

¹⁷ Soweit im Schrifttum zum Teil bereits das Handeln mit Nachteilsvorsatz ohne Eintritt eines objektiven Nachteils als ausreichend angesehen wurde – vgl. insoweit die Nachweise bei *Tiedemann* in: *Scholz*, GmbHG (2002), Vor §§ 82 ff. Rdnr. 11 –, ist die Rechtsprechung dem zu Recht nicht gefolgt, *Ransiek* in: *Ulmer*, GmbHG, Großkommentar (2008), Vor § 82 Rdnr. 16.

¹⁸ *Schäfer*, DJZ 1933, Sp. 789 (Sp. 795 f.); *Nelles*, Untreue zum Nachteil von Gesellschaften (1991), S. 45; *Schramm*, Untreue und Konsens (2005), S. 113.

¹⁹ *BGH*, GmbHR 1954, 75.

²⁰ *Hanft*, Strafrechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Einmann-GmbH (2006), S. 125 f.; *Schramm*, Untreue und Konsens (2005), S. 115; *Verf.*, ZStW 114 (2002), 467 (487); *Kohlmann*, Untreue zum Nachteil des Vermögens einer GmbH trotz Zustimmung sämtlicher Gesellschafter? (1984), 387 (395 in Fn. 22).

²¹ *Klug* in: *Hachenburg*, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (1959), § 81a Anm. 1; *Scholz*, Kommentar zum GmbH-Gesetz (1960), § 81a Rdnr. 2 (dagegen noch früher: *Scholz*, Kommentar zum GmbH-Gesetz (1950), § 81a Rdnr. 2); *H. Schneider*, GmbHR 1954, 75.

²² *Klug* in: *Hachenburg*, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (1959), § 81a Anm. 1. Vgl. zu überindividuellen Rechtsgutsbezügen der Organuntreue unten Kapitel 5, I. 2.

des Volkes geschädigt oder einen anderen besonders großen Schaden zur Folge gehabt“ hat²³. Des Weiteren wurde der erweiterte Rechtsgüterschutz teleologisch darin gesehen, dass der Gesetzgeber durch die Zulassung der Rechtsform der GmbH wegen der Begünstigung der Gesellschafter durch die Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen den an der Wirtschaft Teilnehmenden ein zusätzliches Risiko aufgebürdet habe; daraus erwachse für den Gesetzgeber die Verpflichtung, die Gläubiger auch strafrechtlich zu schützen²⁴. Markante Folge dieser Ansicht war es zunächst, dass eine Beseitigung der Strafbarkeit der Verantwortlichen der GmbH wegen Untreue durch eine Zustimmung (allein) der Gesellschafter nicht in Betracht kommen konnte, da diese nicht (alleinige) Träger der insoweit rechtlich geschützten Interessen waren²⁵. In weiterer Konsequenz dieser Auffassung ist § 81a GmbHG a.F. dann auch als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Absatz 2 BGB zu Gunsten der Gesellschaft, der Gesellschafter²⁶ und der Gläubiger, insbesondere der Arbeitnehmer, angesehen worden²⁷. Weitere Überlegungen zur dargelegten Rechtsgüterkonstitution sind – wie auch in Bezug auf die oben dargelegten Spezialnormen betreffend die Aktiengesellschaft, die ebenfalls keine eindeutige Positionierung hinsichtlich des Umfangs des Schutzbereichs der jeweiligen Norm erkennen lässt – nicht dargelegt; vertiefende Diskussionen dazu fanden kaum statt. Exemplarisch für diesen Mangel an dogmatischer Überlegung steht die zugleich darzustellende Rechtsprechung des RG und des BGH zu § 81a GmbHG a.F.²⁸.

Schließlich wurden mit Wirkung vom 1. Januar 1966 § 294 AktG 1937 und mit Wirkung vom 1. April 1970 § 81a GmbHG a.F. – neben u. a. den § 146 GenG a.F., § 142 VersAufsG, § 95 BörsG a.F. – als spezifisch gesellschaftsstrafrechtliche Tatbestände ersatzlos gestrichen²⁹; der Gesetzgeber ging davon aus, dass die jetzige Fassung des § 266 StGB die bisher pönalisierten Verhaltensweisen ebenso erfassen würde, obwohl insbesondere ein Täterkreis nunmehr nicht mehr ausdrücklich fest

²³ *Klug* in: Hachenburg, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (1959), § 81a Anm. 1, der trotz der „sprachpsychologischen Vorbelastung“ des Begriffs „Wohl des Volkes“ darin die Interessen der Allgemeinheit erfasst sieht.

²⁴ *Klug* in: Hachenburg, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (1959), § 81a Anm. 1.

²⁵ Siehe nur *Klug* in: Hachenburg, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (1959), § 81a Anm. 26.

²⁶ *BGH* MDR 1967, 480; MDR 1969, 909.

²⁷ *Klug* in: Hachenburg, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (1959), § 81a Anm. 45; *H. Schneider*, GmbHR 1954, 75. A.A. daher die Meinungen, die § 81a GmbHG a.F. keinen Rechtsgüterschutz im Bezug auf insbesondere Gläubiger beilegen; hier besteht die Schutzgesetzeigenschaft im Sinne des § 823 Absatz 2 BGB nur hinsichtlich der GmbH und der Gesellschafter, vgl. *Scholz*, Kommentar zum GmbH-Gesetz (1950), § 81a Rdnr. 2; *Vogel*, GmbH-Gesetz (1956), § 81a Anm. 1.

²⁸ Vgl. dazu unten 2.

²⁹ § 294 AktG 1937 entfiel durch Gesetz zur Einführung des Aktiengesetzes 1965 vom 06. September 1965 (vgl. BGBl. I, S. 1089), § 81a GmbHG a.F. durch das Erste Gesetz zur Reform des Strafrechts (1. StrRG) vom 25. Juni 1969 (vgl. BGBl. I, S. 645).

geschrieben ist³⁰. Die aktuelle Diskussion dreht sich zu einem nicht unmaßgeblichen Teil auch um die Frage, ob der heutige § 266 StGB zum Nachteil der GmbH geeignet ist, die Verletzung von insbesondere Gläubigerinteressen zu pönalisieren³¹; insoweit wird der hier dargestellte Befund, nach dem zu § 81a GmbHG a.F. ein erweiterter Rechtsgüterschutz vertreten wurde, im Rahmen historischer Auslegung verwertet³².

2. Rechtsprechung zu § 81a GmbHG a.F.

Diese Strafrechtsprechung nahm ihren Ausgangspunkt mit der Entscheidung des *RG* vom 20. September 1937³³. Vorher, in der Entscheidung vom 29. März 1909³⁴, sah das *RG* im Zusammenhang mit einem Konkursdelikt (§ 240 KO a.F.) zur möglichen Strafbarkeit aus § 266 Absatz 1 Nr. 2 StGB a.F. Entnahmen aus dem Vermögen der GmbH, welche den in § 29 GmbHG a.F. umschriebenen Rahmen, d. h. (vorbehaltlich einer anderen Bestimmung im Gesellschaftsvertrag) den Anspruch auf den nach der jährlichen Bilanz sich ergebenden Reingewinn überstiegen als unberechtigt, also als nicht durch das Einverständnis der Gesellschafter der Strafbarkeit entzogen, an³⁵. Des Weiteren betonte das *RG* die Fremdheit des Gesellschaftsvermögens gegenüber dem Gesellschafter; es hafte allein den Gesellschaftsgläubigern³⁶. Diese Grundsätze würden auch hinsichtlich des alleinigen Gesellschafters gelten³⁷. In seiner Entscheidung vom 20. September 1937 führte das *RG* aus: „Gerade bei einer GmbH, die ein Zwecksparunternehmen betreibt, darf die Fähigkeit, ihre Pflichten gegenüber ihren Gläubigern, namentlich gegenüber den Sparern, zu erfüllen, weder vereitelt noch gefährdet werden“³⁸ und stellte damit diesen Aspekt des Schutzes Dritter³⁹ besonders heraus. Zwar werden insoweit im Gegensatz zur Entscheidung des *RG* vom 29. März 1909 keine Grenzen des Gesellschaftereinver-

³⁰ BT-Drucksache V/4094, S. 56. Siehe im Schrifttum *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht (1969), S. 389; *Klug* in: Hachenburg, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (1959), § 81a Anm. 34 m.w.N., die in diesem Sinne Spezialität des § 81a GmbHG a.F. gegenüber § 266 StGB annehmen.

³¹ Vgl. dazu unten III. 2. b).

³² *Hanft*, Strafrechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Einmann-GmbH (2006), S. 125 ff.; *Schramm*, Untreue und Konsens (2005), S. 113, 115 f.; auch unter systematischen Gesichtspunkten: *Nelles*, Untreue zum Nachteil von Gesellschaften (1991), S. 138 ff. Vgl. dazu unten III. 2. c).

³³ RGSt 71, 353.

³⁴ RGSt 42, 278.

³⁵ RGSt 42, 278 (283).

³⁶ RGSt 42, 278 (283).

³⁷ RGSt 42, 278 (283), auch RGSt 71, 353 (355).

³⁸ RGSt 71, 353 (355 f.).

³⁹ Insoweit mag man darüber streiten, ob diese Entscheidung nur den besonders hohen Gläubigerschutz bei einem Zwecksparunternehmen erfassen soll und nicht allgemein die Gläubiger der Gesellschaft mit einbezieht, *Schramm*, Untreue und Konsens (2005), S. 114 in Fn. 198.

ständnisses definiert⁴⁰; jedoch erscheint schon hier und damit sehr früh der Aspekt der Gläubigergefährdung.

Der *BGH* nahm in seiner Entscheidung vom 17. Juni 1952 – ergangen zu § 81a GmbHG a.F. – Bezug auf diese Rechtsprechung des *RG* und stellte die eigene Rechtspersönlichkeit der GmbH heraus, welche die Unwirksamkeit des Einverständnisses der Gesellschafter bedinge⁴¹. Der *BGH* führte im Übrigen zur Pflichtwidrigkeit des Handelns aus, dass ihr Maßstab, sofern besondere Verpflichtungsgründe fehlten, sich nach „der Sorgfalt eines gewissenhaften und ehrbaren Geschäftsmannes“ richte⁴².

Auch mit der Entscheidung des *BGH* vom 24. Juni 1952 wurde die Rechtsprechung des *RG* unter Hinweis auf den aus § 29 GmbHG a.F. folgenden Anspruch der Gesellschafter auf den Reingewinn zitiert; eine „willkürliche“ Ausantwortung des Vermögens der Gesellschaft an Andere oder sich selbst sei deshalb nicht erlaubt⁴³. Erstmals argumentierte der *BGH* jedoch zusätzlich mit einem Verstoß gegen § 30 GmbHG als Grenze der gesellschaftlichen Dispositionsbefugnis⁴⁴, stellte aber gleichzeitig heraus, dass der Gläubigerschutzaspekt dieser gesellschaftsrechtlichen Vorschrift im strafrechtlichen Zusammenhang ohne Bedeutung sei; denn entscheidend sei allein die eigene Rechtspersönlichkeit der GmbH⁴⁵. Hier deutet sich erstmalig vorsichtig die Möglichkeit der grundsätzlichen Anerkennung eines dynamischen, außerhalb der starren Linie des auszuschüttenden Bilanzgewinnes nach § 29 GmbHG a.F. liegenden Gesellschaftereinverständnisses in den Grenzen des § 30 GmbHG an: Denn von der insoweit wirksamen Gesellschafterzustimmung betroffenen wären danach auch sog. verdeckte Gewinnausschüttungen, die im Vorgriff auf einen Reingewinn ausgekehrt werden, aber noch nicht zu einer Stammkapitalgefährdung führen.

Im Urteil vom 18. März 1954⁴⁶ judizierte der *BGH*, dass eine willkürliche Entnahme von Gesellschaftsvermögen auch dem Geschäftsführer nicht erlaubt sei, der zugleich einziger Gesellschafter sei, weil er „im Hinblick auf den Ausschluss seiner persönlichen Haftung das Gesellschaftsvermögen im Interesse der Gläubiger zu erhalten hat, wie dies das GmbH-Gesetz vorschreibt“. Insoweit findet zu § 81a GmbHG eine eindeutige Bezugnahme auf den Gläubigerschutzzweck der Norm im Rahmen des GmbHG statt, was im Vergleich mit der kategorialen Argumentation mit der eigenen Rechtspersönlichkeit der GmbH grundsätzlich einen Gesellschaftsdispositionsspielraum indiziert.

⁴⁰ Auf diesen Aspekt weist *Kohlmann*, Untreue zum Nachteil des Vermögens einer GmbH trotz Zustimmung sämtlicher Gesellschafter? (1984), 387 (389 f.) hin.

⁴¹ BGHSt 3, 23 (25).

⁴² BGHSt 3, 23 (24).

⁴³ BGHSt 3, 32 (40).

⁴⁴ Dies betont auch *Achenbach*, Schwerpunkte der BGH-Rechtsprechung zum Wirtschaftsstrafrecht (2000), 593 (596).

⁴⁵ BGHSt 3, 32 (39 f.).

⁴⁶ *BGH*, GmbHR 1954, 75.

Das unveröffentlichte Urteil vom 22. Juni 1954⁴⁷ zur Ausstellung von Gefälligkeitswechseln führte – ohne Bezugnahme auf Gläubigerschutzaspekte und ohne weitere Begründung – aus, dass die Zustimmung des oder der Gesellschafter einer GmbH zur Untreuehandlung des Geschäftsführers nach § 81 a GmbHG für die Strafbarkeit ohne Bedeutung sei.

Im Urteil des *BGH* vom 12. Januar 1956 zu § 81a GmbHG a.F. wurde zwar ausgeführt, dass „(d)ie Einwilligung der Gesellschafter (...) strafrechtlich (...) ohne Bedeutung“ sei⁴⁸. Der *BGH* betonte jedoch, dass die Disponibilität der Gesellschafter über das Vermögen der GmbH nicht das Stammkapital erfasst, so dass implizit ein derart begrenztes Verfügungsrecht der Gesellschafter anerkannt wurde⁴⁹.

In der unveröffentlichten Entscheidung vom 18. Oktober 1956⁵⁰ judizierte der *BGH* schließlich zu § 81a GmbHG a.F. unter Bezugnahme auf RGSt 42, 278 und 71, 353 sowie BGHSt 3, 23 und 3, 32, dass das Einverständnis der Gesellschafter mit einer Entnahme von Werten aus dem Vermögen der GmbH eine Untreue nicht ausschließe, und dies selbst dann nicht, wenn der Geschäftsführer sämtliche Geschäftsanteile besitze. Weitergehend heißt es: „Darauf, ob die Gesellschafter einer das Vermögen der GmbH schmälern den Verfügung des Geschäftsführers zugestimmt haben, kommt es deshalb für die Frage der Strafbarkeit der Verfügung nach § 81a GmbHG nicht an, sofern die Handlung pflichtwidrig war (...). Pflichtwidrig wären die Entnahmen gewesen, wenn dadurch die Liquidität des Unternehmens gefährdet oder gar das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen vermindert worden wäre“. Hier deutet sich mit dem Terminus der Liquiditätsgefährdung in der Rechtsprechung des *BGH* eine Justierung der Grenze der Wirksamkeit des Gesellschaftereinverständnisses oberhalb der Grenze des § 30 GmbHG an.

Diese Rechtsprechungslinie wurde fortgeführt, unter Bezugnahme auf die bisherige Rechtsprechung aufgearbeitet und verfeinert mit der unveröffentlichten Entscheidung des *BGH* vom 29. Januar 1964⁵¹, in der es zu § 81a GmbHG a.F. heißt: „Im allgemeinen rechtfertigt zwar die Zustimmung oder Genehmigung sämtlicher Gesellschafter pflichtwidrige, das Vermögen der GmbH schädigende Maßnahmen des Geschäftsführers nicht (BGHSt 3, 33 (sic), 39). Dies gilt aber nur, soweit solche Maßnahmen über die bloße Schmälerung des Gesellschaftsvermögens hinaus gegen zwingendes Recht oder gegen die Grundsätze eines ordentlichen Kaufmanns verstoßen“. Nachfolgend gibt die Entscheidung einen kurzen Überblick über die insoweit bisher vom *BGH* getroffenen Entscheidungen betreffend insbesondere den Angriff des Stammkapitals, das Beiseiteschaffen von Anlagevermögen und die Entziehung der Produktionsgrundlage (wofür BGHSt 3, 32 in Anspruch genommen wird, obwohl zumindest die veröffentlichte Entscheidung dies nicht hergibt, vielmehr dort mit einem Verstoß gegen § 30 GmbHG argumentiert wird⁵²), die Gefährdung der

⁴⁷ 1 StR 451/53.

⁴⁸ BGHSt 9, 203 (216).

⁴⁹ *Kohlmann*, Untreue zum Nachteil des Vermögens einer GmbH trotz Zustimmung sämtlicher Gesellschafter? (1984), 387 (392).

⁵⁰ 2 StR 434/56.

⁵¹ 2 StR 485/63.

⁵² BGHSt 3, 32 (40).

Liquidität der Gesellschaft (Urteil vom 17. Oktober 1956 – 2 StR 434/56) sowie schließlich Handlungen, die gegen sonstige kaufmännische Grundsätze verstoßen, wie die Ausstellung von Gefälligkeitsakzepten (Urteil vom 22. Juni 1954 – 1 StR 451/53). Die Entscheidung, insbesondere das letztgenannte Kriterium, bereitete in Zusammenschau mit dem Urteil in BGHSt 3, 23 – dort wurde als Maßstab die Sorgfalt eines gewissenhaften und ehrbaren Geschäftsmannes genannt – die spätere Entscheidung des *BGH* vom 29. Mai 1987 vor, welche letztlich allein auf die Willkürlichkeit der Vermögensverschiebung abstellte⁵³.

Das unveröffentlichte Urteil des *BGH* vom 2. Februar 1968⁵⁴, welches ebenfalls zu § 81a GmbHG a.F. erging, fällt hinter die bisher vom *BGH* dargelegten Grundsätze insoweit zurück, als lediglich pauschal und unter Bezugnahme auf die eigene Rechtspersönlichkeit der GmbH die Unwirksamkeit des Gesellschaftereinverständnisses angenommen wurde; der in der Entscheidung mitgeteilte Sachverhalt gibt Einzelheiten, insbesondere ob ein Verstoß gegen § 30 GmbHG oder eine wirtschaftliche Gefährdung gegeben ist, nicht her.

Der Rechtsprechung des *RG* und des *BGH* zu § 81a GmbHG a.F. können zur Bestimmung der Dispositionsbefugnis der Gesellschafter über das Vermögen der Gesellschaft keine klaren Konturen entnommen werden⁵⁵. In den Mittelpunkt der Argumentation wird überwiegend ohne nähere Ausführungen die eigene Rechtspersönlichkeit der GmbH gerückt; lediglich zum Teil erfolgt eine Bezugnahme auf Gläubigerschutzaspekte, andererseits werden solche als bedeutungslos dargestellt. Wenn überhaupt definiert, werden Grenzen einer Dispositionsbefugnis mit den nicht näher vermittelten Oberbegriffen des pflichtwidrigen oder willkürlichen Handelns umschrieben. Konkretisierend wird zum Teil eine Beschränkung des Anspruchs der Gesellschafter allein auf den jährlichen Bilanzgewinn gemäß § 29 GmbHG a.F. angenommen, zum Teil wird – die Grenzen der Gesellschafterdispositionsbefugnis erweiternd – auf den Stammkapitalerhalt des § 30 GmbHG, und weiter darüberhinausgehend die Gefährdung der Liquidität der Gesellschaft, das Beiseiteschaffen von Anlagevermögen, die Entziehung der Produktionsgrundlage und – allgemeiner gehalten – die Grundsätze eines ordentlichen Kaufmannes abgestellt.

3. Rechtsprechung zur Organuntreue nach § 266 StGB

In der unveröffentlichten Entscheidung des *BGH* vom 24. Februar 1976⁵⁶, welche nun erstmals zu § 266 StGB erging, führte das Gericht expressis verbis aus, dass der Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes nicht maßgeblich sei.

⁵³ BGHSt 34, 379 (389).

⁵⁴ 2 StR 630/67.

⁵⁵ *Kohlmann*, Untreue zum Nachteil des Vermögens einer GmbH trotz Zustimmung sämtlicher Gesellschafter? (1984), 387 (393): „(...) die Rechtsprechung (...) vermittelt ein bemerkenswert differenziertes Bild (...)“.

⁵⁶ 1 StR 602/75.

Im Beschluss vom 07. November 1978⁵⁷ legte der *BGH* dar, dass Untreue auch dann anzunehmen sei, wenn der Geschäftsführer, der Gesellschaftsgelder veruntreue, sämtliche Geschäftsanteile besitze. Dies wurde im unveröffentlichten Urteil des *BGH* vom 27. März 1979⁵⁸ bestätigt. Im Beschluss des *BGH* vom 03. Mai 1979⁵⁹ wurde lediglich ausgeführt, dass das Einverständnis der Gesellschafter, selbst bei Einpersonen-Gesellschaften, der Anwendung des § 266 StGB nicht im Wege stehe.

Die Entscheidungen des *BGH* vom 13. Februar 1979⁶⁰, 4. April 1979⁶¹ sowie vom 20. Mai 1981⁶² beschränken sich auf die Feststellung der Unwirksamkeit des Gesellschaftereinverständnisses bei willkürlichem Zuschieben von Vermögen der Gesellschaft.

Ähnlich verhält es sich mit dem Urteil des *BGH* vom 23. November 1982⁶³, soweit dort allein darauf abgestellt wird, dass über das Vermögen der GmbH, welche eine eigene Rechtspersönlichkeit darstelle, die Anteilseigner nur im Rahmen der Vorschriften des GmbHG verfügen können, ohne dass jedoch insoweit eine weitere Konkretisierung erfolgte. Bemerkenswert ist allein, dass der *BGH* in dieser Entscheidung im Gegensatz zu früheren Judizien ausdrücklich das „Interesse des Gesellschaftsgläubiger“ betonte.

Vorher, im unveröffentlichten Urteil vom 11. September 1979⁶⁴, legte der *BGH* – insoweit zunächst lediglich wiederholend – dar, dass § 266 StGB dann erfüllt sein könne, wenn der Geschäftsführer einer GmbH eigennützig zum Nachteil der Gesellschaft Vermögenswerte beiseite schaffe, was auch dann gelte, wenn er sämtliche Anteile der Gesellschaft inne habe; maßgebend sei nämlich, dass die GmbH mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet sei und weder ihre Organe noch ihre Gesellschafter berechtigt habe, das Vermögen der Gesellschaft willkürlich preis zu geben. Weiter heißt es jedoch, dass die gesetzlichen Bestimmungen über die Erhaltung des Gesellschaftsvermögens auch den Schutz der Gläubiger der Gesellschaft bezweckten; es gehe nicht an, dass sich der alleinige Gesellschafter auf die Vorteile der Vermögensstrennung durch die GmbH berufe, wenn es um seine Haftung gehe, andererseits aber Vermögensvermischung geltend mache, wenn er der GmbH willkürlich wirtschaftliche Werte zum eigenen Vorteil entziehe. Hier wurde vom *BGH* erstmalig der Gedanke des Missbrauchs der Gesellschaftsform der GmbH im Strafrecht bemüht.

⁵⁷ *BGH*, GA 1979, 311 (313).

⁵⁸ 5 StR 836/78.

⁵⁹ *BGH*, bei *Holtz* MDR 1979, 806.

⁶⁰ 5 StR 814/78.

⁶¹ BGHSt 28, 371 (372).

⁶² BGHSt 30, 127=3 StR 94/81. Die Ausführungen zur gesellschaftsrechtlichen Untreue sind insoweit nicht veröffentlicht.

⁶³ *BGH*, wistra 1983, 71.

⁶⁴ 1 StR 394/79.

Im Beschluss vom 17. November 1983 führte der *BGH* nur knapp aus, dass einer Untreue das Einverständnis der Gesellschafter nicht entgegen stehe⁶⁵. Im Beschluss vom 06. Mai 1986⁶⁶ wurde diese knappe Aussage wiederholt.

Im Urteil des *BGH* vom 17. März 1987⁶⁷ legte das Gericht lediglich dar, dass sich der Untreue zum Nachteil einer GmbH schuldig machen könne, wer im Einverständnis sämtlicher Gesellschafter handle oder selbst alle Geschäftsanteile inne habe.

Die Entscheidung des 3. *Strafsenats* vom 29. Mai 1987⁶⁸ stellt einen markanten – jedoch lediglich vorläufigen – Punkt in der Entwicklung der Rechtsprechung des *BGH* zur Bewertung des Gesellschaftereinverständnisses dar: Der *Senat* stellte heraus, dass „im allgemeinen das Verhalten eines Betreuungspflichtigen nicht mißbräuchlich oder pflichtwidrig“ sei, „wenn der Geschäftsherr vorher sein Einverständnis erteilt“ habe; strafrechtlich ohne Bedeutung sei jedoch die gesetzeswidrige oder „selbst ungetreue“ Zustimmung von Organen des Geschäftsherrn⁶⁹. Der *BGH* führte jedoch weitergehend, diesen *circulus vitiosus* verlassend aus, dass dies seinen Grund in der eigenen Rechtspersönlichkeit der GmbH finde, welche auch im Falle des Alleingesellschafters diesem die Vorteile der Vermögenstrennung und der beschränkten Haftung ermögliche. Ganz im Sinne des Missbrauchsgedankens – angedeutet schon in der unveröffentlichten Entscheidung vom 11. September 1979 –⁷⁰ legte der *Senat* weiter dar, dass der alleinige Gesellschafter sich nicht auf die Vorteile der Vermögenstrennung berufen könne, wenn es um seine Haftung gehe, andererseits aber Vermögenseinheit geltend mache, wenn er der GmbH willkürlich wirtschaftliche Werte zum eigenen Vorteil entziehe⁷¹. Unter Bezugnahme auf die Entscheidungen des *BGH* vom 29. Januar 1964⁷², in BGHSt 3, 23 sowie die sog. „Willkür“ rechtsprechung insbesondere in BGHSt 28, 371 und des *BGH* vom 20. Mai 1981 – 3 StR 94/81 – führte das Gericht aus: „Tatsächliche oder rechtsgeschäftliche Handlungen des Geschäftsführers einer GmbH, mit denen dieser (...) willkürlich Vermögen der GmbH verschiebt, sind, auch wenn das nach § 30 GmbHG geschützte Stammkapital der GmbH oder deren Liquidität dadurch unmittelbar noch nicht beeinträchtigt werden, in der Regel dann mißbräuchlich oder pflichtwidrig im Sinne des § 266 StGB, wenn – gegen die Grundsätze ordentlicher Kaufleute verstößend – die Vermögensverschiebung bei der GmbH unter Mißachtung der Pflicht nach § 41 GmbHG durch Falsch- oder Nichtbuchen verschleiert wird und die Zustimmung der Gesellschafter unter Mißbrauch der

⁶⁵ *BGH*, NStZ 1984, 118 (119).

⁶⁶ *BGH*, wistra 1986, 262.

⁶⁷ *BGH*, wistra 1987, 216.

⁶⁸ BGHSt 34, 379.

⁶⁹ BGHSt 34, 379 (384 f.).

⁷⁰ 1 StR 394/79. Dort stellte der *BGH* auf den Missbrauch der GmbH ab, hier auf den Missbrauch der Gesellschafterstellung, was im Ergebnis keinen Unterschied bedeutet, da sich die erste Form auf die Tathandlung selbst bezieht, die zweite hingegen auf die Zustimmung zu dieser Handlung.

⁷¹ BGHSt 34, 379 (385).

⁷² 2 StR 485/63.

Gesellschafterstellung erteilt wird“⁷³. Dabei erläuterte der *BGH* zum Aspekt des Gläubigerschutzes, dass den Vermögensinteressen Dritter – der Gesellschaftsgläubiger – „nicht die entscheidungserhebliche Bedeutung beigemessen oder (sie, *d. V.*) gar als gleichsam tatbestandliche Voraussetzung der Untreue zum Nachteil einer GmbH bei Zustimmung der Gesellschafter angesehen“ würde. Vielmehr maß der *BGH* in dieser Entscheidung dem Gläubigerschutz keine erhebliche Bedeutung zu: „Der Senat braucht nicht zu der Frage Stellung zu nehmen, ob die Interessen der Gläubiger der eigenen Rechtspersönlichkeit GmbH, die durch die Untreuehandlungen selbst den Nachteil erleidet, unmittelbar nach § 266 StGB geschützt sind (...) oder ob der strafrechtliche Schutz der Gläubiger der GmbH in §§ 283 ff. StGB abschließend geregelt ist (...). Denn trotz der Hinweise *auch* auf das (mittelbare) Interesse der Gesellschaftsgläubiger in den Fällen der Untreue zum Nachteil einer GmbH bei Zustimmung der Gesellschafter (...) hält der Bundesgerichtshof – ausdrücklich – den Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes nicht für maßgeblich, sondern hebt darauf ab, daß die GmbH sich als eigene Rechtspersönlichkeit darstellt (...)“⁷⁴. Diese Entscheidung des *BGH* lässt sich nach alledem zwar durchaus als Exzerpt der dargestellten Entwicklung aller vorherigen Judizien lesen, weist aber wegen des Hinweises auf den Missbrauch der Gesellschafterstellung durch den Verstoß gegen die „Grundsätze eines ordentlichen Kaufmanns“ und die davon umfasste Handlung des Nicht- bzw. Falschbuchens eine im Vergleich zur Kompetenzordnung im Gesellschaftsrecht in der Schrankenfassung hinsichtlich der Gesellschafterdispositionsbefugnis insbesondere wegen der unterschiedlichen Behandlung der verdeckten Gewinnausschüttung eindeutig überschießende Tendenz auf, und stand daher wegen dieser Disharmonie im Schrifttum unter erheblicher Kritik⁷⁵. Denn die verdeckte Ausschüttung ungebundenen Kapitals bei Zustimmung aller Gesellschafter begründet für sich allein – zur Klarstellung: ohne Verletzung des § 30 GmbHG und ohne Existenzgefährdung der Gesellschaft – zivilrechtlich keine Schadensersatzansprüche gegen den Empfänger⁷⁶. Dieses Spannungsfeld ist jedoch auf dem Hintergrund des heute erreichten Standes der Strafrechtsprechung nicht mehr von Erheblichkeit.

So wurde diese Rechtsprechung durch das Urteil des 3. *Strafsenats* vom 24. August 1988⁷⁷ nivelliert. Danach sind die Gesellschafter entsprechend der gesellschaftsrechtlichen Konzeption grundsätzlich frei, über das Gesellschaftsvermögen zu verfügen: „Einverständliche Entnahmen bereits erzielter Gewinne sind an sich erlaubt, also in der Regel kein rechtswidriger Nachteil für die GmbH. (...) Doch ist auch die Zahlung von Gewinnvorschüssen zulässig. (...) Wenn den Gesellschaftern Beträge aus einem tatsächlich vorhandenen Reingewinn oder im Vorgriff auf einen

⁷³ BGHSt 34, 379 (389).

⁷⁴ BGHSt 34, 379 (386).

⁷⁵ Siehe nur *Vonnemann*, GmbHR 1988, 329 (330 ff.); *Meilicke*, BB 1988, 1261 (1263); *Hellmann*, wistra 1989, 214; *Hans-Jochen Otto*, DB 1989, 1389 (1392); *Reiß*, wistra 1989, 81 (82); *Lipps*, NJW 1989, 502 f. Vgl. auch *Langkeit*, WiB 1995, 404; *dens.*, WiB 1995, 64 (65).

⁷⁶ *Meilicke*, BB 1988, 1261 (1262 f.).

⁷⁷ BGHSt 35, 333.

mit Sicherheit alsbald erzielten Reingewinn ausgekehrt werden, bedeutet dies für sich allein keinen rechtswidrigen Nachteil für die GmbH. Dies gilt selbst dann, wenn die entnommenen Beträge zu Tarnungszwecken falsch gebucht werden⁷⁸. Der Anwendungsbereich unwirksamer Gesellschafterzustimmungen wurde auf existenzgefährdende Handlungen des Pflichtigen beschränkt: Ein Missbrauch der Gesellschafterstellung liege dann vor, „wenn durch die an sich mögliche Entnahme die Existenz der GmbH gefährdet wird (...)“⁷⁹. Dies sei jedenfalls gegeben beim Angriff auf das Stammkapital nach § 30 GmbHG, jedoch insbesondere auch der Fall beim Entzug der Produktionsgrundlage oder bei Gefährdung der Liquidität der GmbH⁸⁰. Für sich allein genommen genüge eine lückenhafte oder falsche Buchführung jedoch nicht, auch wenn sie mit den Grundsätzen eines ordentlichen Kaufmanns unvereinbar sei⁸¹. Hinsichtlich der Existenzgefährdung berief sich der 3. *Strafsenat* in der Begründung lediglich auf die oben bereits erwähnte Entscheidung des 2. *Strafsenats* des BGH vom 29. Januar 1964⁸², welche insoweit allerdings nichts hergab, da darin weder der Terminus der „Existenzgefährdung“ Verwendung fand noch für die dort angeführten Begriffe der Entziehung der Produktionsgrundlage bzw. der Gefährdung der Liquidität Begründungen enthalten waren. Der 3. *Strafsenat* hatte damit das strafrechtliche Verbot der Existenzgefährdung thematisiert, bevor das privatrechtliche Haftungsinstitut des existenzgefährdenden bzw. -vernichtenden Eingriffs vom II. *Zivilsenat* überhaupt vollständig entwickelt war. In der Sache war damit eine Grenzziehung überhalb des Auszahlungsverbots des § 30 GmbHG geschaffen. Für diesen Bereich war zu diesem Zeitpunkt in der gesellschaftsrechtlichen Rechtsprechung – beim Handeln auf Weisung der Gesellschafter, d. h. mit ihrem Einverständnis – weder eine Schadensersatzhaftung der Gesellschafter aus dem Gesichtspunkt der Treuepflichtverletzung bzw. aus Delikt (§ 823 Absatz 2 BGB i. V. m. § 266 StGB) noch eine Haftung des Geschäftsführers aus § 43 Absatz 2 GmbHG gegenüber der Gesellschaft anerkannt⁸³. Zudem wurde in der Entscheidung des 3. *Strafsenats* keine normative Begründung für das Kriterium der Existenzgefährdung gegeben; Erwähnung fand allein der in der Rechtsprechung der *Strafsenate* des BGH bereits bestehende Gedanke des Missbrauchs der Gesellschafterstellung⁸⁴. Der wesentliche Grund für die Bereitschaft der strafrechtlichen Rechtsprechung, die Dispositionsgrenze für die Gesellschafter über den positiv-rechtlichen Kapitalschutz hinaus zu formulieren, dürfte darin zu sehen sein, den schwierigen bilanzziel-

⁷⁸ BGHSt 35, 333 (336 f.).

⁷⁹ BGHSt 35, 333 (337).

⁸⁰ BGHSt 35, 333 (337 f.).

⁸¹ BGHSt 35, 333 (336).

⁸² 2 StR 485/63.

⁸³ BGHZ 31, 258 (278); der Fall der Existenzgefährdung wurde ausdrücklich offen gelassen in BGHZ 122, 333 (336); BGH, NJW-RR 1994, 806 (807); BGHZ 142, 92 (95) und BGH, NJW 2000, 1571; Lutter, Vermögensveräußerungen einer abhängigen Aktiengesellschaft – Haftungsrisiken beim ‚asset stripping‘ (1990), 125 (143).

⁸⁴ BGHSt 35, 333 (337).

len Nachweis eines Verstoßes gegen § 30 GmbHG entbehrlich zu machen⁸⁵, da der 3. *Strafsenat* ausdrücklich feststellte, dass in den fraglichen Fällen „eine Prüfung des Sachverhalts auf der Grundlage einer nach ‚Zerschlagungswerten‘ aufgestellten Bilanz (...) nicht selten ergeben (wird, *d.V.*), daß das nach § 30 GmbHG geschützte Stammkapital (...) durch die Entnahmen bereits angegriffen worden ist“⁸⁶. In diesem angedeuteten Verständnis sah auch *Ulmer* in der Anwendung von an den Zukunftsaussichten der GmbH, d. h. ggf. an den Maßstäben der Bestandsgefährdung der Gesellschaft orientierten Berechnungsmethoden bei der Vermögensbilanzierung einen Bestimmungsweg, ob die positiv-rechtliche Kapitalerhaltungsgrenze des § 30 GmbHG verletzt sei⁸⁷; insgesamt wurde in der Literatur nachfolgend dem Begriff der Existenzgefährdung im Wesentlichen keine weitere Reichweite zugesprochen als dem Angriff auf das Stammkapital⁸⁸. In der Entscheidung vom 24. August 1988 fokussierte der *BGH* zwar die Rechtspersönlichkeit der GmbH als solche nicht *expressis verbis*; da sich die Entscheidung jedoch als „Fortführung von BGHSt 34, 379“ begreift und sich in ihr nichts Gegenteiliges finden lässt, dürfte zumindest insoweit Kontinuität anzunehmen sein. Der mit der Entscheidung vom 24. August 1988 erreichte Stand der „Existenzgefährdungs“-Rechtsprechung, der bei der Bestimmung der Wirksamkeit der Gesellschafterzustimmung insbesondere von den relativ unbestimmten Grundsätzen eine ordentlichen Kaufmanns dispensierte, wurde in mehreren Entscheidungen bis zum Urteil „Bremer-Vulkan“ des 5. *Strafsenats* vom 13. Mai 2004⁸⁹ zitiert bzw. fortgeführt⁹⁰.

Herausgestellt werden sollen insoweit zwei Entscheidungen:

Dem Urteil des 3. *Strafsenats* vom 10. Juli 1996⁹¹ lag eine faktische Konzernsituation zu Grunde. Der *BGH* begründete die Rechtsmissbräuchlichkeit des Alleingesellschaftereinverständnisses mit Leitungsmaßnahmen des Angeklagten, welche zum Konkurs der geschädigten GmbH führten, mit der „besonderen Bedeutsamkeit des Falles“. Diese liege darin, dass die abhängige und später geschädigte GmbH dem Angeklagten als alleinigen Geschäftsführer und dominierenden Gesellschafter der die GmbH beherrschenden Gesellschafterin von der Treuhand, welche die geschädigte Gesellschaft zuvor an die beherrschende Gesellschafterin verkauft hatte, „anvertraut“ gewesen sei. Dem Angeklagten seien nicht nur die historischen und politischen Hintergründe und die daraus resultierenden Probleme der Wirtschaftsunternehmen und ihrer Beschäftigten in den neuen Bundesländern bekannt gewesen, sondern der Kaufvertrag zwischen der die verkaufte GmbH beherrschenden

⁸⁵ *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH (2006), S. 217.

⁸⁶ BGHSt 35, 333 (338), zitiert bei *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH (2006), S. 218.

⁸⁷ *Ulmer*, Schutz der GmbH gegen Schädigung zugunsten ihrer Gesellschafter? (1988), 853 (868 ff.). Vgl. auch BGHSt 76, 326 (335).

⁸⁸ Siehe nur *Lipps*, NJW 1989, 502 (504).

⁸⁹ *BGH*, NJW 2004, 2248.

⁹⁰ *BGH*, wistra 1990, 99; wistra 1991, 107 (109); wistra 1991, 183; NStZ 1996, 540 (542); NJW 2000, 154 (155).

⁹¹ *BGH*, NStZ 1996, 540.

Gesellschafterin und der Treuhand habe auch außergewöhnliche Schutzklauseln enthalten, welche die verkaufte GmbH einerseits vor Ausplünderung durch Verkauf ihres Immobilienbestands oder sonstiger wichtiger Betriebsgrundlagen sowie andererseits die Arbeitnehmer vor einer Betriebseinstellung oder einem starken Abbau des Arbeitnehmerbestands schützen sollten⁹². Zudem nahm der 3. *Strafsenat* insoweit auf das „TBB“-Urteil des II. *Zivilsenats* vom 29. März 1993 Bezug, indem er ausführte, dass „(g)erade die Ausnutzung der besonderen Verhältnisse im Konzern (...) sich als Mißbrauch der beherrschenden Gesellschafterstellung darstellen (kann, d.V.) (vgl. BGHZ 122, 123, 130)“⁹³. Dieser Argumentation lässt sich entnehmen, dass der 3. *Strafsenat* in den Rechtsgüterschutzbereich der Organuntreue explizit auch Gläubigerinteressen (insbesondere solche der Arbeitnehmer) miteinbezog, denn die Bestandsschutzrechtsprechung des II. *Zivilsenats* im „TBB“-Urteil diene über den danach ermöglichten subsidiären Haftungsdurchgriff gerade dem Gläubigerschutz⁹⁴. Weitergehend ist das Urteil deswegen kritisiert worden, weil in den Vermögensschutzbereich des § 266 StGB über (zusätzliche) Gläubigerinteressen hinaus allgemeine wirtschafts- und sozialpolitische Interessen einbezogen worden seien⁹⁵.

Hervorzuheben ist zudem das Urteil des I. *Strafsenats* vom 20. Juli 1999, in welchem darauf hingewiesen wurde, dass der Untreuetatbestand seiner Zielrichtung nach nicht dem Gläubigerschutz diene und das als begründend für die Begrenzung der Gesellschafterdispositionsbefugnis die eigene Rechtspersönlichkeit der GmbH herausstellt⁹⁶.

Die Rechtsprechung der *Strafsenate* des BGH zu § 266 StGB bis zu dem „Bremer-Vulkan“-Urteil des II. *Zivilsenats* vom 17. September 2001⁹⁷ und der danach einsetzenden Entwicklung zeigt kaum ein besseres Bild als die zu § 81a GmbHG a.F. ergangene: Die Grenzen der Dispositionsbefugnis wurden mit den Oberbegriffen des pflichtwidrigen Handelns des Betreuungspflichtigen oder des „willkürlichen Zuschiebens von Vermögen“ bzw. der gesetzwidrigen oder „selbst ungetreuen“ Zustimmung der Gesellschafter umschrieben, erstmals fand jedoch der Gedanke des Missbrauchs der GmbH bzw. der Gesellschafterstellung Eingang in die Argumentation. Konkretisierungen der Grenze erfolgten über das Stammkapitalerhaltungsgebot des § 30 GmbHG, die Beeinträchtigung der Liquidität der Gesellschaft sowie die Grundsätze eines ordentlichen Kaufmannes. Das Urteil des 3. *Strafsenats* vom

⁹² BGH, NStZ 1996, 540 (542).

⁹³ BGH, NStZ 1996, 540 (542).

⁹⁴ Siehe dazu *Verf.*, ZStW 114 (2002), 467 (500 ff.).

⁹⁵ *Langkeit*, WiB 1996, 1131, sieht kritisch eine unzulässige Erweiterung des Schutzbereichs des § 266 StGB „zur Gewährleistung politischer Zwecksetzungen oder zur Wahrnehmung von Allgemeinwohlinteressen“. Vgl. auch *Saliger*, ZStW 112 (2000), 563 (570 f.) und *Detlev Geerds*, JR 1997, 340 (341). Eine Fortsetzung dieser Linie findet sich im Urteil des 5. *Strafsenats* des BGH „Bremer Vulkan“, in dem „öffentliche Interessen“ zu Grunde gelegt werden, vgl. BGHSt 49, 147 (158).

⁹⁶ BGH, NJW 2000, 154 (155).

⁹⁷ BGH, NJW 2001, 3622.

24. August 1988 stellt insoweit einen markanten Punkt in der Rechtsprechungslinie des *BGH* zur Organuntreue zum Nachteil der GmbH dar, als mit ihm der dogmatisch noch nicht entwickelte Begriff der Existenzgefährdung – als Grenzziehung oberhalb des Stammkapitalerhaltungsgebotes aus § 30 GmbHG – Eingang in die Argumentation findet und des Weiteren – dies zeigen die nachfolgenden Judizien der *Strafsenate* des *BGH* – einen zentralen Stellenwert erhält, d. h. die anderen bis dato entwickelten Kriterien zur Seite drängt. Es kann daher bis zum „Bremer-Vulkan“-Urteil des *II. Zivilsenats* vom 17. September 2001⁹⁸ als Ausgangspunkt der weiteren Entwicklung sowohl im Straf- als auch im Gesellschaftsrecht angesehen werden. In der Folge nahm der *II. Zivilsenat* in seiner Entscheidung vom 21. Juni 1999 auf diese Entscheidung zwar lediglich im Wege des obiter dictum Bezug und ließ die Anwendbarkeit des Existenzgefährdungsgedankens daher letztlich offen⁹⁹. Eine gesellschaftsrechtliche Parallele und den Beginn einer – zunächst auf Konzernlagen isolierten – Stütze dürfte diese strafrechtliche „Existenzgefährdungs“-Judikatur jedenfalls in der richterrechtlich entwickelten Bestandsschutzhaftung des Gesellschafters im sog. qualifizierten faktischen Konzern gefunden haben, welche insbesondere in der „TBB“-Entscheidung des *II. Zivilsenats* vom 29. März 1993 mit einem Missbrauch der Leitungsmacht in der Weise begründet wurde, dass „keine angemessene Rücksicht auf die eigenen Belange der abhängigen Gesellschaft (genommen wird, *d.V.*), ohne daß sich der ihr insgesamt zugefügte Nachteil durch Einzelausgleichsmaßnahmen kompensieren ließe“¹⁰⁰. Zu Recht wurde und wird in dieser Judikatur gesellschaftsrechtlich überwiegend die Anerkennung eines die Existenzfähigkeit sichernden Bestands- bzw. Eigeninteresses der Einpersonen-GmbH jedenfalls in sog. qualifizierter faktischer Konzernierung gesehen¹⁰¹. Diese Rechtsprechung des *II. Zivilsenats* bereitete in gesellschaftsrechtlicher Hinsicht seine nachfolgende Judikatur zur sog. „Existenzvernichtungs“-Haftung und damit die fortschreitende Annäherung von Gesellschafts- und Strafrechtsprechung vor; eingeleitet wurde sie durch den *II. Zivilsenat* mit seinem „Bremer-Vulkan“-Urteil vom 17. September 2001¹⁰².

Im Mittelpunkt der Argumentation der strafrechtlichen Rechtsprechung zu § 266 StGB stand zwar weiterhin überwiegend die eigene Rechtspersönlichkeit der GmbH; jedoch wurde zu der Frage des Telos` des § 266 StGB im Bezug auf den Gläubigerschutz keine einheitliche Linie in der Argumentation erreicht. So heißt es in der Entscheidung vom 20. Juli 1999 noch, dass „(d)er Untreuetatbestand (...) nach seiner Zielrichtung – im Unterschied etwa zu den §§ 283 ff. StGB – nicht dem Gläubigerschutz (dient, *d.V.*), sondern (...) allein den Schutz des Vermögens, das

⁹⁸ *BGH*, NJW 2001, 3622.

⁹⁹ BGHZ 142, 92 (95).

¹⁰⁰ BGHZ 122, 123 (130). Das Urteil des 3. *Strafsenats* des *BGH* vom 10. Juli 1996 nimmt darauf Bezug, vgl. *BGH*, NStZ 1996, 540 (542).

¹⁰¹ *Habersack* in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht (2010), Anh. § 318 Rdnr. 34; *Röhrich*, Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz (2000), 83 (107 f.).

¹⁰² *BGH*, NJW 2001, 3622.

der Pflichtige zu betreuen hat, (bezweckt, *d. V.*)¹⁰³. Der weitere gedankliche Schluss, dass das (eigene) Vermögen der GmbH für die Gläubiger als „Reservoir“ dient – dies kann als Kanalisierungs- bzw. Mediatisierungsargumentation bezeichnet werden – wurde jedoch noch nicht vollzogen. In der Entscheidung vom 29. Mai 1987 wurde dies allenfalls angedeutet und letztlich offen gelassen¹⁰⁴; erst später sollte sich diese Argumentation in der Rechtsprechung der *Strafsenate* verfestigen¹⁰⁵.

Die genannte Entwicklung der Rechtsprechung der *Strafsenate* des BGH kann nach alledem als schwankend und in normativer Hinsicht begründungsdefizitär angesehen werden. In vergleichender Betrachtung zum Gesellschaftsrecht, insbesondere zur gesellschaftsrechtlichen Rechtsprechung, die eine Haftung der Gesellschafter für Eingriffe oberhalb der Grenze des nach § 30 GmbHG geschützten Stammkapitals nicht zuließ, lag insbesondere auf Grund der Entscheidung des BGH vom 29. Mai 1987¹⁰⁶ eine Divergenz vor, welche auf dem Hintergrund des ultimaratio-Prinzips des Strafrechts problematisch war. Denn insbesondere die Behandlung der verdeckten Gewinnausschüttung, welche zivilrechtlich nicht ohne weiteres verboten ist und in strafrechtlicher Bewertung allenfalls eine – straflose – Vorbereitung einer Steuerhinterziehung bedeutet, zeigte exemplarisch, dass das Strafrecht verbot, was das Zivilrecht erlaubte. Diese Schieflage wurde durch die Entscheidung des 3. *Strafsenats* vom 24. August 1988¹⁰⁷ allenfalls abgeschwächt¹⁰⁸, jedoch nicht vollständig beseitigt, da – jedenfalls für Sachverhalte außerhalb von Konzernlagen – sich gesellschaftsrechtlich noch keine Existenzvernichtungshaftung herausgebildet hatte und auch seitens der strafrechtlichen Rechtsprechung eine normative Begründung für die Grenzfassung der Existenzgefährdung oberhalb des Stammkapitalschutzes noch nicht erfolgt war; der II. *Zivilsenat* nahm auf diese richtungsweisende Entscheidung des 3. *Strafsenats* zwar Bezug, ließ die Anwendbarkeit der strafgerichtlichen Existenzgefährdungsrechtsprechung jedoch offen¹⁰⁹. Man beruhigte ich allenfalls mit der Erwägung, dass die Erweiterung der Grenzziehung eine quantité négligeable darstellte, da bei einer Existenzgefährdung in den meisten Fällen – zum Teil unter Zugrundelegung einer Bilanzierung nach Zerschlagungswerten – auch schon eine Verletzung des § 30 GmbHG vorliegen dürfte¹¹⁰.

¹⁰³ BGH, NJW 2000, 154 (155).

¹⁰⁴ BGHSt 34, 379 (386). Die Verweise auf BGHSt 9, 203 (216) und BGH, wistra 1983, 217, gehen jedoch fehl, da dort jeweils nicht klar genug die gläubigervermittelnde Funktion des GmbH-Vermögens herausgestellt wird.

¹⁰⁵ Vgl. dazu unten III. 1.

¹⁰⁶ BGHSt 34, 379.

¹⁰⁷ BGHSt 35, 333.

¹⁰⁸ Weitergehend sieht Tiedemann, JZ 2005, 45, schon in dem Urteil des 3. *Strafsenats* vom 24. August 1988 die Beilegung der Kontroverse zwischen der Strafrechtsprechung des BGH und seiner Zivilrechtsprechung.

¹⁰⁹ BGHZ 142, 92 (95).

¹¹⁰ Gehrlein, NJW 2000, 1089 (1090); auch Gribbohm, ZGR 19 (1990), 1 (28).

4. Ergebnis

Mit Ausnahme der Bestandsschutzrechtsprechung für den sog. qualifizierten faktischen Konzern gab es zur Existenzgefährdungsrechtsprechung der *Strafsenate* des BGH in der gesellschaftsrechtlichen Rechtsprechung kein echtes Pendant; weder in der straf- noch in der gesellschaftsrechtlichen Rechtsprechung war dafür zudem ein allgemeines und tragfähiges dogmatisches Konzept, welches auch auf die nicht konzernierte GmbH anwendbar gewesen wäre, vorhanden. Dementsprechend konzentrierten sich die Auseinandersetzungen in der strafrechtswissenschaftlichen Literatur vornehmlich auf das ultima-ratio-Problem. Kritisiert wurde, dass das Strafrecht etwas pönalisierte, was zivilrechtlich erlaubt war, nämlich die negative Einflussnahme auf das Vermögen der GmbH oberhalb der Grenze der §§ 30, 31 GmbHG jedenfalls außerhalb der Bestandsschutzhaftung im qualifizierten faktischen Konzern. Diese Kritik ist wegen der grundsätzlichen Verhältnisbestimmung des Strafrechts zum Zivilrecht berechtigt¹¹¹. Sie ist jedoch überholt, da ihr durch die neuere Entwicklung entsprochen sein dürfte¹¹².

II. Zweiter Teil der Rechtsprechungsanalyse: Änderung der Zivilrechtsprechung

Die bis zur gesellschaftsrechtlichen Entwicklung der Existenzvernichtungshaftung virulente Problematik betraf die zentrale Frage, ob das Strafrecht als ultima ratio „weitergehen“ durfte als das Zivilrecht. Stellenweise wurde der Strafrechtsprechung der Existenzgefährdungshaftung Vorbildcharakter für das Gesellschaftsrecht zumindest im Bereich des gesetzlich nicht geregelten GmbH- Konzernrechts zugesprochen¹¹³.

Die weitere Entwicklung ist auf eine mögliche fortschreitende Annäherung der straf- und gesellschaftsrechtlichen Rechtsprechung hin zu untersuchen. Insbesondere die Fragen, ob das Strafrecht als Ersatz für (fehlende) gesellschaftsrechtliche Regelungen fungiert oder vielmehr umgekehrt eine Akzessorietät des Strafrechts zum Zivilrecht maßgeblich ist für eine echte Konkordanz zwischen Straf- und Gesellschaftsrechtsprechung, können nur hinreichend beantwortet werden, wenn man die Rechtsprechung des für das Gesellschaftsrecht zuständigen II. Zivilsenats sowie die zu Grunde liegenden maßgeblichen Strömungen in der Gesellschaftsrechtslehre und eine mögliche Bezugnahme der Rechtsprechung der *Strafsenate* des BGH näher untersucht.

¹¹¹ Vgl. dazu unten Kapitel 6, I. 3.

¹¹² Vgl. dazu unten III. 1.

¹¹³ Tiedemann in: Scholz, GmbHG (2002), Vor §§ 82 ff. Rdnr. 22; Ransiek, Untreue im GmbH-Konzern (2003), 207 (210).

1. Gesellschaftsrechtliche Ausgangslage: Wegfall des konzernrechtlichen Haftungsmaßstabes

In dem „Bremer-Vulkan“-Urteil des *II. Zivilsenats* des BGH vom 17. September 2001¹¹⁴ wurde im Wege des obiter dictum festgestellt, dass sich der Schutz der abhängigen GmbH gegen Eingriffe ihres Alleingesellschafters nicht – wie bislang judiziert – nach dem Haftungssystem des Konzernrechts des AktG richtet, sondern auf die Erhaltung des Stammkapitals und die Gewährleistung ihres Bestandsschutzes beschränkt ist, der eine angemessene Rücksichtnahme auf die Eigenbelange der GmbH erfordert, welche fehle, wenn Letztere infolge der Eingriffe ihres Alleingesellschafters ihren Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen könne. Vorher begründete der *II. Zivilsenat* mit den Urteilen „Autokran“ vom 16. September 1985¹¹⁵, „Tiefbau“ vom 20. Februar 1989¹¹⁶ und „Video“ vom 23. September 1991¹¹⁷ seine Rechtsprechung zum sog. qualifizierten faktischen Konzern, die auf der Rechtsfolgeenseite eine Verlustausgleichspflicht des herrschenden Unternehmer-Gesellschafters analog § 302 AktG und – im Falle der Vermögenslosigkeit der Gesellschaft – die Ausfallhaftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern in entsprechender Anwendung des § 303 AktG vorsah. Ein sog. qualifizierter faktischer Konzern ist gegeben, wenn auf Grund der im GmbH-Recht starken Stellung der Gesellschafter, welche sich in dem Weisungsrecht gegenüber dem Geschäftsführer abbildet, eine Unternehmensverbindung zu einer GmbH als Tochter besteht, ohne dass ein Beherrschungsvertrag vorliegt und sich – im Gegensatz zum sog. einfachen faktischen Konzern – die Ausübung der Leitungsmacht nicht auf einzelne, voneinander abgrenzbare Eingriffe ohne Leitungsstrukturdichte beschränkt, infolgedessen also sich einzelne Nachteilszufügungen nicht mehr isolieren lassen¹¹⁸. Die genannte Rechtsprechung wurde als zu weitgehend kritisiert, da sie auf Tatbestandsseite allein die dauernde und umfassende Ausübung von Leitungsmacht in der Gesellschaft durch den herrschenden Unternehmer-Gesellschafter verlangte, welche die Vermutung begründen sollte, dass dieser die Leitungsmacht zum Nachteil der Gesellschaft ausgeübt und dadurch den Zusammenbruch der Gesellschaft herbeigeführt habe, womit im Ergebnis allein die Identität von herrschendem Gesellschafter und Geschäftsführer haftungsbegründend wirkte¹¹⁹. Deshalb erfolgte mit dem „TBB“-Urteil des *II. Zivilsenats* vom 29. März 1993¹²⁰ eine Korrektur, nach der die Haftung nicht auf der dauernden und umfassenden Leitung der Gesellschaft, sondern auf

¹¹⁴ BGH, NJW 2001, 3622.

¹¹⁵ BGHZ 95, 330.

¹¹⁶ BGHZ 107, 7.

¹¹⁷ BGHZ 115, 187.

¹¹⁸ Habersack in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht (2001), Anh. II zu § 318 Rdnr. 1. Vgl. auch oben Kapitel I, II. 3. c).

¹¹⁹ Röhricht, Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz (2000), 83 (84).

¹²⁰ BGHZ 122, 123.

einem objektiven Missbrauch der Leitungsmacht durch das herrschende Unternehmen beruht. Die Rechtsprechung zur Haftung im sog. qualifizierten faktischen Konzern gehörte zu den am heftigsten diskutierten Problemen des Gesellschaftsrechts¹²¹; es kann nicht Aufgabe dieser strafrechtlichen Arbeit sein, diese Entwicklungslinien en détail nachzuzeichnen. Die Analogie zum Vertragskonzernrecht des AktG wurde durch das „Bremer-Vulkan“-Urteil ersetzt durch den Hinweis auf die Vorschriften des Stammkapitalschutzes aus § 30 GmbHG sowie eine über dieser Grenze ansetzenden Bestandsschutzgarantie. Konsequenz dieser Entscheidung war es, dass wegen des Wegfalls der analogen Konzernhaftung auch die dadurch ermöglichte Schadensersatzhaftung der Organmitglieder der beherrschenden Gesellschaft aus den §§ 309 Absatz 2, 317 Absatz 3 AktG ausschied mit der Notwendigkeit ihrer zivilrechtlichen Inanspruchnahme nunmehr über die deliktische Haftung des § 823 Absatz 2 BGB i.V.m. insbesondere § 266 StGB¹²². Insoweit folgte nach Auffassung des *II. Zivilsenats* die Vermögensbetreuungspflicht der Alleingesellschafterin gegenüber der abhängigen GmbH im Sinne des § 266 StGB aus ihrer Stellung als beherrschendes Unternehmen – die Entscheidung ließ offen, ob die Vermögensbetreuungspflicht die Alleingesellschafterin als solche traf oder vielmehr diese in ihrer Eigenschaft als sogenannte faktische Geschäftsführerin¹²³. Jedenfalls habe die Alleingesellschafterin die Pflicht, das Vermögen der GmbH insoweit zu betreuen, als sie bei ihren Dispositionen über Vermögenswerte der GmbH durch angemessene Rücksichtnahme auf deren „Eigeninteresse“ an der Aufrechterhaltung ihrer Fähigkeit, ihren Verbindlichkeiten nachzukommen, darauf zu achten habe, dass sie die Existenz der abhängigen Gesellschaft nicht gefährde. Die persönliche Verantwortlichkeit der natürlichen Personen als Organmitglieder der Alleingesellschafterin folgt dann entweder aus § 14 Absatz 1 Nr. 1 StGB¹²⁴ oder aber – ohne dass es des Rückgriffs auf diese Norm bedarf – aus der tatsächlichen Leitung der Geschäftsbesorgung im Sinne der durch das Tatbestandsmerkmal des „Treueverhältnisses“ autorisierten faktischen Betrachtungsweise¹²⁵. Die Terminologie der Existenzgefährdung entsprach derjenigen der Rechtsprechung der *Strafsenate* des BGH, weshalb der *II. Zivilsenat* in diesem Zusammenhang auch die Entscheidung des *3. Strafsenats* vom 24. August 1988 zur Existenzgefährdung durch Entnahmen aus GmbH-Vermögen mit Einverständnis aller Gesellschafter¹²⁶ zitierte. Gleichzeitig nivellierte der *II. Zivilsenat* damit die eingangs aufgestellten Maßstäbe zum Bestandsschutz, welche die analoge Vertragskonzernhaftung ablösten, zum Strafrecht. *Schünemann* nimmt insoweit das Akzessorietätsproblem auf und sieht in dem Verweis auf das Strafrecht keinen Fortschritt in der Klärung der Frage, wann ein pflichtwidriger bestandsvernichtender Eingriff vorliege, da das Strafrecht „nach Art eines renvoi“

¹²¹ Siehe die Nachweise bei *Zöllner* in: Baumbach/Hueck, GmbHG (2010), Schlussanhang Rdnr. 150.

¹²² *Schünemann*, LM H. 5/2002, § 309 AktG 1965, Bl. 902.

¹²³ Vgl. zur faktischen Geschäftsführung unten III. 1. a), 2. d).

¹²⁴ So der *II. Zivilsenat* im „Bremer-Vulkan“-Urteil, BGH, NJW 2001, 3622 (3623). Vgl. auch das „Bremer-Vulkan“-Urteil des *5. Strafsenats*, BGH, NJW 2004, 2248 (2252).

¹²⁵ *Schünemann*, LM H. 5/2002, § 309 AktG 1965, Bl. 902 R.

¹²⁶ BGHSt 35, 333.

wieder auf das Gesellschaftsrecht zurückverweise¹²⁷. Letztgenannte Bewertung ist indes nicht zwingend, da der *II. Zivilsenat* die Haftung der Alleingesellschafterin – einer Aktiengesellschaft – eben nicht (allein) deliktisch begründete, sondern auf den eigenständigen, dem Gesellschaftsrecht zuzuordnenden Haftungstatbestand des bestandsgefährdenden Eingriffs stützte¹²⁸. Die Haftung aus § 823 Absatz 2 BGB i.V.m. § 266 StGB war nur deshalb notwendig, weil die gesellschaftsrechtliche Haftung die Organe (natürliche Personen) der Gesellschafterin (juristische Person) nicht erfasste. Damit mögen im gesellschaftsrechtlichen Bereich Unschärfen vorliegen, wann von einer Existenzgefährdung ausgegangen werden kann; ein *circulus vitiosus* zwischen Straf- und Gesellschaftsrecht dürfte hingegen weniger zu befürchten sein. Zum Aspekt der Kontinuität der Rechtsprechung des *II. Zivilsenats* des *BGH* ist darauf hinzuweisen, dass dieser schon in seinem „TBB“-Urteil vom 29. März 1993 darauf abgestellt hatte, dass haftungsbegründend die unterlassene Rücksichtnahme auf die „eigenen“ Belange der abhängigen Gesellschaft sei, an der es im Fall einer Einpersonengesellschaft fehle, „wenn die Gesellschaft infolge der im Konzerninteresse ausgeübten Einwirkungen ihren Verbindlichkeiten nicht nachkommen kann“¹²⁹. In der Entscheidung „Bremer Vulkan“ wurde aber erstmalig ein „Eigeninteresse“ der GmbH anerkannt, dessen Verletzung zu einem eigenständigen gesellschaftsrechtlichen Haftungstatbestand wegen existenzgefährdenden Eingriffs – seit der Entscheidung des *II. Zivilsenats* des *BGH* vom 25. Februar 2002 benannt als Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs¹³⁰ – führte. Die hierzu ergangene gesellschaftsrechtliche Literatur, die im Rahmen dieser Arbeit nicht annähernd gewürdigt werden kann, ist mittlerweile äußerst umfangreich¹³¹.

Die Entscheidung wurde maßgeblich und insbesondere durch den damaligen Vorsitzenden des *II. Zivilsenats*, *Röhricht*, vorbereitet. *Röhricht* legte in einem Beitrag in der Festschrift zum 50jährigen Bestehen des *BGH* dar, dass die bis dato herrschende und insbesondere über die oben bereits genannten Leitentscheidungen „Autokran“¹³², „Tiefbau“¹³³ und „Video“¹³⁴ entwickelte Rechtsprechung des *BGH* zum sog. qualifizierten faktischen Konzern ihre Berechtigung verloren habe und praktisch bedeutungslos sei¹³⁵. Insbesondere sei die Voraussetzung aus dem „TBB“-Urteil des *II. Zivilsenats*, nach der die Haftung des herrschenden Gesellschafters die Ausübung der Leitungsmacht in einer Weise erfordere, „die keine angemessene-

¹²⁷ *Schünemann*, LMH. 5/2002, § 309 AktG 1965, Bl. 902 R f. Vgl. *dens.*, NStZ 2005, 473 (474); auch *Schramm*, Untreue und Konsens (2005), S. 121, 160 f. und *Radtke/Hoffmann*, GA 2008, 535 (542).

¹²⁸ *Arnold*, Untreue im GmbH- und Aktienkonzern (2006), S. 207.

¹²⁹ BGHZ 122, 123 (130).

¹³⁰ BGHZ 150, 61 (67 f.).

¹³¹ Siehe nur die Nachweise bei *Zöllner*, Gläubigerschutz durch Gesellschafterhaftung bei der GmbH (2006), 999 (1002 in Fn. 16).

¹³² BGHZ 95, 330.

¹³³ BGHZ 107, 7.

¹³⁴ BGHZ 115, 187.

¹³⁵ *Röhricht*, Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz (2000), 83 (86 ff.).

ne Rücksicht auf die eigenen Belange der abhängigen Gesellschaft nimmt, ohne daß sich der ihr insgesamt zugefügte Nachteil durch Einzelausgleichsmaßnahmen kompensieren ließe“, kaum nachweisbar¹³⁶. Zudem sei das gesetzliche Einzelausgleichssystem defizitär: Das Verbot der Auszahlung von Stammkapital vermöge für sich allein die Überlebensfähigkeit der GmbH und den notwendigen Gläubigerschutz nicht zu gewährleisten, da der Verstoß gegen den Stammkapitalerhalt aus § 30 GmbHG eine rein bilanzielle Betrachtungsweise voraussetze. Diese sei nicht in der Lage, die langfristigen tatsächlichen Auswirkungen einer Vermögensentnahme zu erfassen, da eine Vielzahl unternehmerischer Maßnahmen wie der Abschluss neuer Verträge im Namen eines anderen Unternehmens gar nicht bzw. – wie die Entnahme wichtiger Produktionsmittel – wegen in der Bilanz ausgewiesener Rücklagen oder in dem Ansatz allein des abgeschriebenen Anschaffungswertes nicht angemessen abgebildet würden¹³⁷.

Nach § 30 Absatz 1 Satz 1 GmbHG darf das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden. § 30 GmbHG ist eine zentrale Norm des Kapitalaufbringungs- und –erhaltungsgrundsatzes und dient als Rechtfertigung für den Grundsatz der Haftungsbeschränkung aus § 13 Absatz 2 GmbHG¹³⁸. Wichtigste Funktion des Stammkapitals ist es, den Gläubigern der Gesellschaft eine gewisse Mindestaussicht auf die Befriedigung ihrer Forderungen zu bieten¹³⁹. Damit wird eine gewisse Eigenständigkeit der Kapitalgesellschaft als juristische Person garantiert. Der Gesellschafter berührt solange die Stammkapitalgrenze des § 30 GmbHG nicht und kann daher in diesem Umfang Vermögen der GmbH entziehen, als er dadurch keine Unterbilanz herbeiführt. Der Schutz des Stammkapitals betrifft allerdings nicht nur den Gesellschafter, sondern er zieht sich als Grundsatz durch das gesamte GmbHG. Insbesondere Dritte müssen sich das Auszahlungsverbot des § 30 GmbHG entgegenhalten lassen, wenn es sich um ein Umgehungsgeschäft handelt und durch die Vermögenszuwendung an diesen tatsächlich eine Leistung an einen Gesellschafter erbracht wurde („Näheverhältnis“)¹⁴⁰.

Röhricht nahm in Anknüpfung insbesondere an *Fleck*¹⁴¹, *Martin Winter*¹⁴², *Ulmer*¹⁴³ und *Priester*¹⁴⁴ eine planwidrige gesetzliche und daher durch die Rechtsprechung zu füllende Gesetzeslücke an, wenn er das Ende des Gleichlaufs von

¹³⁶ BGHZ 122, 123 (130).

¹³⁷ *Röhricht*, Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz (2000), 83 (93).

¹³⁸ *Fastrich* in: Baumbach/Hueck, GmbHG (2010), § 30 Rdnr. 4.

¹³⁹ *Fastrich* in: Baumbach/Hueck, GmbHG (2010), § 30 Rdnr. 5.

¹⁴⁰ *Fastrich* in: Baumbach/Hueck, GmbHG (2010), § 30 Rdnr. 26.

¹⁴¹ *Fleck*, ZHR 149 (1985), 387 (396): „Eine absolute Grenze für eine fremdbestimmte Weisungs- und Interessenbindung des Geschäftsführers bildet daher das Verbot, durch eine Schädigung des Gesellschaftsunternehmens dessen wirtschaftliche Existenz auf das Spiel zu setzen“. Vgl. auch *dens.*, ZGR 19 (1990), 31 (36 ff.).

¹⁴² *Martin Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht (1988).

¹⁴³ *Ulmer*, ZHR 148 (1984), 391; *ders.*, Schutz der GmbH gegen Schädigung zugunsten ihrer Gesellschafter? (1988), 853.

¹⁴⁴ *Priester*, ZGR 22 (1993), 512.

Gesellschafts- und Gesellschaftsinteresse an einem vom Gesetz erstrebten Gläubigerschutz lozierte¹⁴⁵. Der Schutz des Gläubigers der GmbH entspreche dem Willen des deutschen Gesetzgebers und sei aus rechtlichen Gesichtspunkten geboten, was sich insbesondere an der Gesamtschau des vorhandenen Bestandes der gläubigerschützenden gesetzlichen Normen insbesondere zu Kapitalaufbringung und –erhalt, zur strafbewehrten Pflicht der frühzeitigen Stellung des Insolvenzantrags und zu kapitalersetzenden Gesellschafterhilfen (§§ 32a, b GmbHG a.F.) zeige. Auch die ökonomische Analyse spreche gegen einen gewollten Freiraum gläubigerschädigender Aktivität, da der angestrebte gesamtwirtschaftliche Effekt, nämlich das Ermöglichen selbstständiger unternehmerischer Tätigkeit bei begrenztem Risiko, bei zunehmender Gläubigerschädigung in sein Gegenteil verkehrt werde und Insolvenzkettenreaktionen die Gefährdung anderer, am ökonomischen Prozess Teilnehmender nach sich ziehen könnten¹⁴⁶. Das gesetzliche System gläubigerschützender Regeln setze daher auf die Existenz einer von den Gesellschaftern personenverschiedenen juristischen Person als Haftungsträger, der mit dem in ihm gebundenen Vermögen aus eigener Kraft seinen Verbindlichkeiten nachkommen könne und dessen Existenz außerhalb wie innerhalb der Insolvenz nur in einem geordneten Verfahren beendet werden dürfe, das den Gläubigerschutz sicherstelle (Verbot der „Liquidation auf kaltem Wege“¹⁴⁷)¹⁴⁸. *Röhricht* formulierte expressis verbis ein „Eigeninteresse“ der GmbH, denn die Erhaltung der Fähigkeit der Gesellschaft, ihre Verbindlichkeiten zu erfüllen, setze notwendigerweise die Erhaltung „ihrer Überlebensfähigkeit als lebende Gesellschaft“ voraus¹⁴⁹. Gleichzeitig war damit das „Eigeninteresse“ und die damit korrespondierende Pflicht zur Existenzrespektierung auf die Erhaltung dieser Fähigkeit beschränkt¹⁵⁰, denn die Notwendigkeit des Bestandsschutzes und der Existenzsicherung schützten nach *Röhricht* keinen in der juristischen Person verabsolutierten Selbstzweck, sondern allein eine Zweckschöpfung für unternehmerisches Handeln¹⁵¹. Zudem ergab sich aus der restriktiven Definition des „Eigen-

¹⁴⁵ *Röhricht*, Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz (2000), 83 (97 ff.).

¹⁴⁶ *Röhricht*, Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz (2000), 83 (98 f.). Zu einem anderen Ergebnis in der ökonomischen Analyse jedenfalls der Durchgriffshaftung kommt *Rubner*, „Solvat socius“ statt „caveat creditor“? Zur Haftung des GmbH-Gesellschafters wegen sog. existenzvernichtenden Eingriffs (2005), S. 183 ff.

¹⁴⁷ *Martin Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht (1988), S. 206.

¹⁴⁸ *Röhricht*, Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz (2000), 83 (103).

¹⁴⁹ *Röhricht*, Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz (2000), 83 (106).

¹⁵⁰ *Röhricht*, Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz (2000), 83 (106).

¹⁵¹ *Röhricht*, Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz (2000), 83 (103).

interesses“ auch das Verbot der Haftung für bloßes Missmanagement oder lediglich unternehmerische Fehlentscheidungen¹⁵².

Angesichts dieser dogmatischen Vorarbeiten, die in der strafgerichtlichen Rechtsprechungslinie zur Existenzgefährdung keine Entsprechung fanden und finden, dürfte die Bewertung, die begründungsdefizitäre strafgerichtliche „Existenzgefährdungs“-Rechtsprechung sei „geradezu Schrittmacher für das Gesellschaftsrecht“ gewesen¹⁵³, jedenfalls überzogen sein. Jedoch war und ist – dies zeigt die weitere Entwicklung dieser Rechtsprechung – die dogmatische Grundlage der Haftung gesellschaftsrechtlich umstritten und fortwährend im Fluss¹⁵⁴. Entscheidend für den Ansatz *Röhricht*s dürfte Folgendes sein: Ungeachtet ihrer feineren dogmatischen Herleitung dürfte der Figur des existenzgefährdenden bzw. -vernichtenden Eingriffs als Grundlage zunächst noch – insoweit in Anlehnung an die Formulierung in der „TBB“-Entscheidung¹⁵⁵ – der Gedanke des objektiven Missbrauchs zu Grunde liegen¹⁵⁶. Danach könnte das Außerachtlassen der gebotenen Rücksichtnahme auf das Eigeninteresse der Gesellschaft im „KBV“-Urteil einen Missbrauch „der Rechtsform der GmbH“ bedeuten¹⁵⁷. Auch dürfte mit der Anerkennung einer Haftung wegen existenzgefährdenden bzw. -vernichtenden Eingriffs das Abrücken von der Rechtsfigur des sog. qualifizierten faktischen Konzerns einher gegangen sein¹⁵⁸. Damit dürfte gleichzeitig eine Beschränkung der Haftung auf Konzernsverhalte entfallen sein: Denn es ist – mit *Röhricht* – nicht erkennbar, warum die Anerkennung eines gegen den Gesellschafter, auf Bestandsschutz der Gesellschaft gerichteten Eigeninteresses nur dann erfolgen soll, wenn der Gesellschafter noch anderweitig unternehmerisch tätig ist¹⁵⁹. Zwar besteht in dieser Konstellation die sog. „Konzerngefahr“, bei welcher der bei einer selbstständigen GmbH voraussetzende Gleichlauf der Interessen von Gesellschaft und Gesellschafter an einem

¹⁵² *Röhricht*, Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz (2000), 83 (105). Vgl. auch *BGH*, NZG 2005, 214 (215) und *Lamann*, Untreue im Konzern (2006), S. 94.

¹⁵³ *Kasiske*, wistra 2005, 81 (83).

¹⁵⁴ Siehe dazu *Karsten Schmidt*, NJW 2001, 3577 (3579 f.); auch *dens.*, JZ 2009, 10 (19 f.); *Altmeppen*, NJW 2002, 321 (322 ff.); *Wilhelm*, NJW 2003, 175 (178) jeweils m.w.N.

¹⁵⁵ BGHZ 122, 123 (130).

¹⁵⁶ *Röhricht*, Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz (2000), 83 (102, 111); *Wilhelm*, NJW 2003, 175 (177); *Lamann*, Untreue im Konzern (2006), S. 90 ff.

¹⁵⁷ In diese Sinne *BGH*, NJW 2002, 3024 (3025) – „KBV“.

¹⁵⁸ Siehe nur *BGH*, NJW 2002, 1803 (1805): „(...) hat der Senat die Rechtsprechung zur Haftung aus qualifiziert faktischem Konzern aufgegeben“; NZG 2005, 214: „(...) inzwischen überholte (...) Rechtsprechung des Senats zur Haftung im qualifiziert faktischen Konzern (...)“; NJW 2007, 2689 (2690): „Aufgabe der Haftung im so genannten qualifiziert faktischen Konzern“; *Goette*, DStR 2001, 1857; *Altmeppen*, NJW 2002, 321; (322 ff.); *Wilhelm*, NJW 2003, 175 (176 f.); *Lutter/Banerjee*, ZGR 32 (2003), 402 (407 f.). Kritisch insoweit *Zöllner*, Gläubigerschutz durch Gesellschafterhaftung bei der GmbH (2006), 999 (1012 in Fn. 48); *ders.* in: Baumbach/Hueck, GmbHG (2010), Schlussanhang Rdnr. 154 m.w.N.; *Karsten Schmidt*, NJW 2001, 3577 (3581).

¹⁵⁹ *Röhricht*, Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz (2000), 83 (118 f.).

wirtschaftlichen Erfolg des unternehmerischen Handelns nicht mehr gewährleistet ist, weil der herrschende Gesellschafter noch anderweitig unternehmerisch tätig ist und deshalb ein Interesse daran hat, seinen Einfluss in der abhängigen Gesellschaft zu ihren Ungunsten und zu Gunsten der anderweitigen unternehmerischen Aktivitäten einzusetzen¹⁶⁰. Weitere spezifische Gefahren der Konzernierung liegen insbesondere in der Kapitalaushöhlung von Gesellschaften¹⁶¹ sowie den Konzernstrategien zum Unterlaufen des Prinzips der realen Kapitalaufbringung, namentlich in Form des sog. „Teleskopeffekts“, der darin liegt, dass die gleichen Mittel zur nachfolgenden Gründung von mehreren Tochtergesellschaften eingesetzt werden¹⁶². Die Grenze des definierten Interessengleichlaufs besteht aber auch bei der nicht konzernierten Gesellschaft in ihrem Eigeninteresse, ihren Verbindlichkeiten nachkommen zu können, so dass insoweit wegen der auch hier vorhandenen Gläubigerinteressen kein kategorialer Unterschied besteht, allenfalls eine im Vergleich zur Konzernierung niedrigere Gefahrenschwelle der Existenzgefährdung bzw. -vernichtung¹⁶³.

2. Weiterentwicklung der Rechtsprechung des II. Zivilsenats: über das „Intermezzo“ der Durchgriffs(außen)haftung zur Innenhaftung aus § 826 BGB

Sowohl das „Bremer-Vulkan“-Urteil als auch die insoweit prägenden Vorarbeiten von *Röhricht* ließen es für die Existenzgefährdungs- bzw. -vernichtungshaftung letztlich offen, ob die Lösung des Gläubigerschutzproblems oberhalb der Stammkapitalgrenze in der Rechtsfolge einer Durchgriffs(außen)haftung oder einer Binnenhaftung zu sehen ist. Es ist überrascht daher nicht, dass das „KBV“-Urteil des II. Zivilsenats des BGH vom 24. Juni 2002 die Grundsätze des existenzvernichtenden Eingriffs¹⁶⁴, die sich in der Rechtsfolge im „Bremer-Vulkan“-Urteil noch auf eine Binnenhaftung (der Organe) des Alleingeschafters beschränkten, erstmalig als unbeschränkte Außenhaftung der Gesellschafter – im Wege der Durchgriffshaftung

¹⁶⁰ Siehe nur BGHZ 122, 123 (126). *Röhricht*, Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz (2000), 83 (119), weist zu Recht darauf hin, dass in diesen Konstellationen z. B. das französische Gesellschaftsstrafrecht einen Rechtfertigungsgrund annimmt, wenn die Benachteiligung der abhängigen Gesellschaft dem (Gesamt-)Konzerninteresse gilt, vgl. dazu unten Kapitel 3, IV.

¹⁶¹ Siehe dazu *Schanze*, Konzernspezifischer Gläubigerschutz: Vergleich der Regelungsansätze (1991), 473 (482 f.); *Busch*, Konzernuntreue (2004), S. 27 f.

¹⁶² *Schanze*, Konzernspezifischer Gläubigerschutz: Vergleich der Regelungsansätze (1991), 473 (482): Damit verbunden ist die „strukturelle Nachrangigkeit“ der jeweils gründenden Gesellschaft.

¹⁶³ *Röhricht*, Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz (2000), 83 (119).

¹⁶⁴ Der Terminus des existenzvernichtenden Eingriffs wird seit der Entscheidung des II. Zivilsenats des BGH vom 25. Februar 2002, vgl. BGHZ 150, 61 (67 f.), verwendet.

tung¹⁶⁵ – direkt gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft angewendet, wenn „ein Missbrauch der Rechtsform der GmbH (vorliegt, *d.V.*), der zum Verlust des Haftungsprivilegs führen muss, soweit nicht der der GmbH durch den Eingriff insgesamt zugefügte Nachteil schon nach §§ 30, 31 GmbHG vollständig ausgeglichen werden kann oder kein ausreichender Ausgleich in das Gesellschaftsvermögen erfolgt“¹⁶⁶. Die damit im Gegensatz zum „Bremer-Vulkan“-Urteil des *II. Zivilsenats* als subsidiäre Durchgriffs(außen)haftung des Gesellschafters gegenüber den Gesellschaftsgläubigern ausgestaltete Haftungskonstruktion hatte der *Senat* zunächst in seinen „Autovertragshändler“- und „Handelsvertreter“-Urteilen vom 13. Dezember 2004 fortgeführt¹⁶⁷, dann aber mit seinem „Trihotel“-Urteil vom 16. Juli 2007¹⁶⁸ aufgegeben, wobei neben der Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs weiterhin die Haftung wegen Vermögensvermischung, d. h. der fehlenden Unterscheidbarkeit der Vermögensmassen von Gesellschaft und Gesellschafter, anerkannt ist¹⁶⁹; das Gericht sieht – wie bisher auch – die Existenzvernichtungshaftung des Gesellschafters in einem missbräuchlichen Eingriff in das Gesellschaftsvermögen unter Verstoß gegen die Verpflichtung zur Respektierung seiner Zweckbindung zur vorrangigen Gläubigerbefriedigung, sanktioniert den Eingriff jedoch nicht mehr – wie noch im „KBV“-Urteil¹⁷⁰ – in Form einer Durchgriffs(außen)haftung „wegen Missbrauchs der Rechtsform der GmbH“ mit dem Verlust des Haftungsprivilegs des § 13 Absatz 2 GmbHG gegenüber den Gesellschaftsgläubigern¹⁷¹. Vielmehr konzipiert der *II. Zivilsenat* unter konsequentem Verzicht auf die Subsidiarität der Existenzvernichtungshaftung gegenüber den Erstattungsansprüchen aus den §§ 30, 31 GmbHG den Anspruch als reine Innen(ersatz)haftung des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft „selbst als Trägerin des geschädigten Gesellschaftsvermögens“ und ordnet diesen in § 826 BGB im Rahmen einer besonderen Fallgruppe der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung ein¹⁷². Unter teilweisem Rückgriff auf die Vorarbeiten von *Zöllner*¹⁷³ setzt der *II. Zivilsenat* an dem durch den Verstoß gegen die Respektierungspflicht „verletzten Schutzobjekt, das heißt an dem namentlich im Gläubigerinteresse gebundenen Gesellschaftsvermögen selbst – und nicht etwa bei den ‚mittelbar‘, das heißt reflexartig durch den Haftungsfonds geschützten Forderungen des einzelnen bzw. der Vielzahl der Gläubiger“¹⁷⁴ an. Darin kommt zum

¹⁶⁵ *Wilhelm*, NJW 2003, 175 (177 f.).

¹⁶⁶ *BGH*, NJW 2002, 3024 (3025).

¹⁶⁷ *BGH*, NZG 2005, 177; NZG 2005, 214.

¹⁶⁸ *BGH*, NJW 2007, 2689 – „Trihotel“.

¹⁶⁹ *BGH*, NJW 2006, 1344 (1346); *Habersack* in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht (2010), Anh. § 318 Rdnr. 48. Vgl. zur gesamten Entwicklung der Rechtsprechung siehe *Schall*, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz (2009), S. 216 ff.

¹⁷⁰ *BGH*, NJW 2002, 3024 (3025).

¹⁷¹ *BGH*, NJW 2007, 2689 (2691).

¹⁷² *BGH*, NJW 2007, 2689 (2692); fortgeführt in *BGH*, NZI 2008, 196 (197); NZI 2008, 238.

¹⁷³ *Zöllner*, Gläubigerschutz durch Gesellschafterhaftung bei der GmbH (2006), 999.

¹⁷⁴ *BGH*, NJW 2007, 2689 (2691). Ebenfalls für die Betrachtung des Schadens der Gläubiger lediglich als „Reflexschaden“ *Altmeppen*, NJW 2007, 2657 (2659).

Ausdruck, dass der *Senat* in dem missbräuchlichen Eingriff im Anschluss an *Zöllner* schon begrifflich und auch funktionell keinen Missbrauch der Rechtsform „GmbH“ sieht und Letzterer somit die Anordnung des § 13 GmbHG nicht relativieren kann¹⁷⁵. *Zöllner* hatte dargelegt, dass der Missbrauch der Rechtsform etwas anderes sei als der Eingriff in das Rechtsträgervermögen; unter dem Missbrauch der juristischen Person könne allenfalls eine Verhaltensweise begriffen werden, in der die juristische Person vorgeschoben werde, um etwas zu verbergen bzw. in der nach Eintritt der Insolvenz und im Wissen um sie weiterhin Geschäfte getätigt würden, sofern nicht in der Erwartung gehandelt würde, die Insolvenz zu überwinden¹⁷⁶. Ein solches Handeln der Gesellschafter gegenüber dem Gläubiger mit Außenwirkung liegt jedoch z. B. bei Entnahmen aus dem GmbH-Vermögen als rein „interner“ Vorgang nicht vor. Bei der reinen Innenhaftung gemäß § 826 BGB sei, so der *II. Zivilsenat* weiter, „die Gesellschaft als unmittelbar an ihrem – freilich zweckgebundenen – Vermögen Geschädigte die Gläubigerin des Anspruchs“¹⁷⁷. Und weiter: „Ein Direktanspruch der Gläubiger stünde im Widerspruch zu dem in den Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30, 31 GmbHG verwirklichten – bei der Existenzvernichtungshaftung zu beachtenden – Grundsatz, dass der Gläubigerschutz durch die Gesellschaft mediatisiert bzw. die gläubigerschützende Haftung zu Gunsten der Gesellschaft ‚kanalisiert‘ wird“¹⁷⁸. Die Sittenwidrigkeit werde begründet durch die „Selbstbedienung“ des Gesellschafters vor den Gläubigern der Gesellschaft“ in Form der „planmäßigen ‚Entziehung‘“ von Gesellschaftsvermögen¹⁷⁹. Der *II. Zivilsenat* behält somit den Begriff der „Existenzvernichtungshaftung“ entgegen der Ansicht *Zöllners* bei¹⁸⁰, für den diese Bezeichnung der Haftungsfigur sachlich verfehlt ist, da nicht die Beseitigung der Gesellschaft kennzeichnend sei – dafür wäre die Löschung im Register erforderlich –, sondern die Beseitigung der Fähigkeit der Gesellschaft zur vollen Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten¹⁸¹. Der *II. Zivilsenat* dürfte *Zöllner* jedoch darin gefolgt sein, dass die Rechtsgrundlage der Innenhaftung der Gesellschafter gegenüber der GmbH nicht in einer Treuepflicht begründet sei¹⁸², da sie nicht auf dem Gesellschaftsvertrag und nicht auf dem von den Gesellschaftern einander entgegen gebrachten Vertrauen beruhe¹⁸³. Weitergehend führt *Zöllner* aus, dass der Maßstab der Sittenwidrigkeit als allgemeiner Maßstab zu grob sei; mit ihm ließen sich Rücksichtspflichten, wie sie im Falle insbesondere der Nutzung einer GmbH „quasi aus vorangegangenen Tun, nämlich der Schaffung einer Gefähr-

¹⁷⁵ *Schanze*, NZG 2007, 681 (682).

¹⁷⁶ *Zöllner*, Gläubigerschutz durch Gesellschafterhaftung bei der GmbH (2006), 999 (1008 f.).

¹⁷⁷ *BGH*, NJW 2007, 2689 (2692).

¹⁷⁸ *BGH*, NJW 2007, 2689 (2693).

¹⁷⁹ *BGH*, NJW 2007, 2689 (2692).

¹⁸⁰ *BGH*, NJW 2007, 2689 (2690).

¹⁸¹ *Zöllner*, Gläubigerschutz durch Gesellschafterhaftung bei der GmbH (2006), 999 (1003); *ders.* in: Baumbach/Hueck, GmbHG (2010), Schlussanhang Rdnr. 122.

¹⁸² Vgl. zu den einzelnen Auffassungen zur dogmatischen Ableitung der Gesellschafterhaftung unten 3.

¹⁸³ *Zöllner*, Gläubigerschutz durch Gesellschafterhaftung bei der GmbH (2006), 999 (1011).

dungslage für die Gläubiger folgen“, nicht bestimmen, weshalb jenseits des klaren Bereichs des § 826 BGB weiterhin richterliche Rechtsfortbildung durch Herausarbeitung sachgerechter Grenzen der Einwirkungsbefugnis auf das Gesellschaftsvermögen von Nöten sei, freilich im Rahmen des Konzepts einer Innenhaftung¹⁸⁴. Zum Gesellschaftereinvertändnis direkt äußert *Zöllner* zwar, dass die Gesellschaft als „selbständiger Rechtsträger mit eigener Rechtsfähigkeit (...) als solcher nicht nur Träger von Rechten, sondern ebenso von Verbindlichkeiten“ sei¹⁸⁵. Das Einverständnis der Gesellschafter in die faktische dauerhafte Beeinträchtigung der Erfüllung dieser Verbindlichkeiten könne Letzteres nicht rechtfertigen; maßgeblich könne insoweit nur das Gläubigereinvertändnis sein¹⁸⁶. Diese Aussage bewegt sich zunächst auf bekannten Pfaden: Sie formuliert die an sich evidente Dispositionsbefugnis der Gläubiger über ihre Forderungen mit der zwingenden Folge, dass bei einer Gefährdung der Fähigkeit der GmbH, diese Forderungen zu erfüllen, die korrespondierende Dispositionsbefugnis der Gesellschafter über das Gesellschaftsvermögen endet. Die dogmatische Ableitung der Innenhaftung durch *Zöllner* verdient genauere Beachtung: Denn einerseits sieht *Zöllner* das Gesellschaftsvermögen der GmbH zwar im traditionellen Sinne zweckgebunden im Dienste des von den Gesellschaftern privatautonom verfassten Gesellschaftszwecks; andererseits sei die Gläubigerzweckbindung des Vermögens aber „eine dem Gesellschaftsvermögen aus Zielen der Rechtsordnung hypostasierte Regel“, „nichts anderes als die Kehrseite des Gläubigerinteresses an der Erhaltung der Solvenz der Gesellschaft“¹⁸⁷. „Diese Pflicht gründet nicht in der Treupflicht der Gesellschafter und sie beruht nicht auf dem Vorhandensein eines vornormativen Eigeninteresses der juristischen Person (...)“¹⁸⁸. Die Begründung nimmt der *II. Zivilsenat* in seinem „Trihotel“-Urteil nun auf, verzichtet auf die Herleitung der Rücksichtnahmepflicht aus einem „Eigeninteresse“ der Gesellschaft und sieht diese Pflicht vielmehr – ebenfalls unter Berufung auf *Zöllner* – „als das systemimmanente normative Korrelat der Instrumentalisierung der GmbH als haftungsbegrenzende Institution“¹⁸⁹.

Die dogmatische Diskussion im Gesellschaftsrecht zur Gesellschafterhaftung dürfte mit der „Trihotel“-Entscheidung noch nicht vollständig zu einem Abschluss gekommen sein¹⁹⁰. So dürften insbesondere die Folgeentscheidungen „Gamma“¹⁹¹ und „Sanitary“¹⁹² eher zu einer Relativierung der Existenzvernichtungshaftung als zu ihrer dogmatischen Absicherung geführt haben¹⁹³. In der „Gamma“-Entschei-

¹⁸⁴ *Zöllner*, Gläubigerschutz durch Gesellschafterhaftung bei der GmbH (2006), 999 (1016 f.).

¹⁸⁵ *Zöllner*, Gläubigerschutz durch Gesellschafterhaftung bei der GmbH (2006), 999 (1014).

¹⁸⁶ *Zöllner*, Gläubigerschutz durch Gesellschafterhaftung bei der GmbH (2006), 999 (1014).

¹⁸⁷ *Zöllner*, Gläubigerschutz durch Gesellschafterhaftung bei der GmbH (2006), 999 (1016 f.); vgl. *dens.* in: Baumbach/Hueck, GmbHG (2010), Schlussanhang Rdnr. 123.

¹⁸⁸ *Zöllner*, Gläubigerschutz durch Gesellschafterhaftung bei der GmbH (2006), 999 (1021).

¹⁸⁹ BGH, NJW 2007, 2689 (2691) – „Trihotel“.

¹⁹⁰ Karsten Schmidt, JZ 2009, 10 (19 f.).

¹⁹¹ BGH, NJW 2008, 2437 – „Gamma“.

¹⁹² BGH, NJW 2009, 2127 – „Sanitary“.

¹⁹³ Röck, Die Rechtsfolgen der Existenzvernichtungshaftung (2011), S. 22 f.

dung hatte der *II. Zivilsenat* zwar noch entschieden, dass das bloße Unterlassen hinreichender Kapitalausstattung keine Gesellschafterhaftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs begründe¹⁹⁴, nach der „Sanitary“-Entscheidung kommt jedoch eine Innenhaftung aus § 826 BGB nicht nur beim existenzvernichtenden Eingriff, sondern „auch bereits wegen sittenwidriger Verletzung der Liquidationsvorschriften (...) – unabhängig vom Vorliegen der speziellen Zusatzkriterien einer Insolvenzverursachung oder -vertiefung – in Betracht“¹⁹⁵. Somit droht der Untergang der Konturen des existenzvernichtenden Eingriffs „in einer Vielzahl deliktischer Haftungsvarianten des GmbH-Rechts“¹⁹⁶. Zudem dürfte weiterhin unklar sein, ob es neben der deliktischen Haftung wegen Existenzvernichtung nicht noch das weitergehende Bedürfnis für eine konzernspezifische Gesellschafterhaftung gibt¹⁹⁷. Der durch das „Trihotel“-Urteil eingetretene Rechtsprechungswandel dürfte zudem wesentliche Bedeutung für die Rechtsfolgenseite haben¹⁹⁸, dort wegen der Beschränkung des Anspruchs auf den Schaden, der zur Befriedigung der Gläubigeransprüche notwendig ist¹⁹⁹. So erfasste die Durchgriffs(außen)haftung die Einstandsverpflichtung der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden und nicht lediglich – so nunmehr die „Trihotel“-Entscheidung²⁰⁰ – den Ersatz des dem einzelnen Gläubiger entstandenen Ausfallschadens²⁰¹; der *II. Zivilsenat* hatte schon im Urteil vom 13. Dezember 2004 dem Gesellschafter den Nachweis gestattet, dass der Gesellschaft im Vergleich zur Situation des redlichen Verhaltens nur ein begrenzter Schaden entstanden sei²⁰². Eine Transponierung dieser Haftungsbeschränkung auf das Strafrecht hat Konsequenzen für den Schuldumfang: Insoweit hat der 5. *Strafsenat* im „Bremer-Vulkan“-Urteil hervorgehoben, dass unter strafrechtlichen Gesichtspunkten der Schadensumfang nicht den Betrag umfassen könne, den der Gesellschafter der Gesellschaft entzogen habe, sondern als Nachteil im Sinne des § 266 StGB nur der Anteil des verloren gegangenen Vermögens in Ansatz gebracht werden könne, der für die Erfüllung bestehender Verbindlichkeiten benötigt worden wäre²⁰³.

Als insoweit gefestigte Rechtsprechung dürfte auf Haftungstatbestandsebene feststehen, dass jedenfalls ein zur Insolvenz führender oder diese vertiefender und

¹⁹⁴ Dazu *Veil*, NJW 2008, 3264.

¹⁹⁵ *BGH*, NJW 2009, 2127 (2130) – „Sanitary“.

¹⁹⁶ *Röck*, Die Rechtsfolgen der Existenzvernichtungshaftung (2011), S. 23.

¹⁹⁷ Siehe dazu *Zöllner*, Gläubigerschutz durch Gesellschafterhaftung bei der GmbH (2006), 999 (1012 in Fn. 48); *dens.* in: Baumbach/Hueck, GmbHG (2010), Schlussanhang Rdnr. 154 m.w.N.; *Karsten Schmidt*, NJW 2001, 3577 (3581).

¹⁹⁸ *Habersack* in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht (2010), Anh. § 318 Rdnr. 36, 46.

¹⁹⁹ *Röck*, Die Rechtsfolgen der Existenzvernichtungshaftung (2011), S. 48 f.

²⁰⁰ *BGH*, NJW 2007, 2689 (2695) – „Trihotel“.

²⁰¹ *Habersack* in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht (2010), Anh. § 318 Rdnr. 36, 46; *Zöllner*, Gläubigerschutz durch Gesellschafterhaftung bei der GmbH (2006), 999 (1007 f.); *Hueck/Windbichler*, Gesellschaftsrecht (2008), S. 265.

²⁰² *BGH*, NZG 2005, 214 (215). Dazu *Goette*, DStR 2007, 1593 (1594).

²⁰³ BGHSt 49, 147 (165 f.). Dazu insbesondere *Krause*, JR 2006, 51 (54).

für den Gläubigerausfall kausaler Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen die Existenzvernichtungshaftung auslöst; durch die „Trihotel“-Entscheidung neu ausgesprochen wurde der Verzicht auf die Subsidiarität der Existenzvernichtungshaftung und die nunmehr bestehende Anspruchsgrundlagenkonkurrenz mit den §§ 30, 31 GmbHG, was konsequent der Binnenhaftungskonstruktion entspricht²⁰⁴.

3. Schwerpunktorientierte Analyse der gesellschaftsrechtlichen Entwicklung

Die gesellschaftsrechtliche Haftungskonstruktion, insbesondere die Begründung und Entwicklung ihrer Leitbegriffe, verdient der näheren Analyse. Auffällig ist zunächst, dass die eigene Rechtspersönlichkeit der GmbH im Gesellschaftsrecht zwar nominell als selbstverständlich anerkannt zu sein scheint²⁰⁵, ihr im Haftungsbegründungszusammenhang des existenzvernichtenden Eingriffs jedoch kaum ein Stellenwert zukommt. Insbesondere in den drei maßgeblichen Urteilen des *II. Zivilsenats* hierzu wird die GmbH als eigene Rechtsperson – anders als in der Rechtsprechung der *Strafsenate* des BGH zur Organuntreue²⁰⁶ – nicht explizit herausgestellt²⁰⁷, sondern über die Begriffe der „Existenzvernichtung“²⁰⁸ bzw. des „Eigeninteresses“²⁰⁹ eingegrenzt. Im Hinblick auf den hier interessierenden Stellenwert der Rechtspersonenqualität der GmbH soll die Analyse daher schwerpunktmäßig an diesen Begriffen ansetzen²¹⁰; in die Betrachtung einbezogen wird das jeweilige Phänomen einer Innen- bzw. Außenhaftung²¹¹.

a) Der Begriff der „Existenzvernichtungshaftung“

Im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum wurde schon vor dem „Bremer-Vulkan“-Urteil des *II. Zivilsenats* und in jüngerer Zeit zunehmend – neben *Röhricht*²¹² – die Einschränkung der Gesellschafterbefugnisse durch das Verbot existenzvernichten-

²⁰⁴ *Habersack* in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht (2010), Anh. § 318 Rdnr. 45.

²⁰⁵ Siehe schon *Priester*, ZGR 22 (1993), 512 (515).

²⁰⁶ Vgl. dazu insbesondere unten III. 1.

²⁰⁷ In den drei Leitentscheidungen des *II. Zivilsenats* zur Gesellschafterhaftung „Bremer Vulkan“, „KBV“ und „Trihotel“ kommen die Termini „Rechtsperson“, „Rechtspersönlichkeit“, „Rechtssubjekt“ und „Rechtssubjektivität“ nicht vor.

²⁰⁸ BGH, NJW 2002, 3024 (3025) – „KBV“; BGH, NJW 2007, 2689 (2691 ff.) – „Trihotel“.

²⁰⁹ BGH, NJW 2001, 3622 (3623) – „Bremer Vulkan“.

²¹⁰ Vgl. unten a) und b).

²¹¹ Vgl. unten c).

²¹² *Röhricht*, Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz (2000), 83 (100 f., 103).

der bzw. existenzgefährdender Eingriffe vertreten²¹³. *Zöllner* ist zuzugeben, dass der Begriff der „Existenzvernichtung“, den die Rechtsprechung des *II. Zivilsenats* insoweit einheitlich seit dem „Bremer-Vulkan“-Urteil – dort noch unter Bezugnahme auf die Strafrechtsprechung als „Existenzgefährdung“ – konsequent beibehalten hat²¹⁴, jedenfalls deshalb terminologisch verfehlt ist, weil die Existenzbeendigung der GmbH nicht haftungsbegründend ist²¹⁵. Dieser Argumentation kann allenfalls der Vorwurf einer formalistischen Betrachtungsweise entgegen gehalten werden, weil die Existenzvernichtungshaftung – wie auch die Haftung im qualifizierten faktischen Konzern – die Insolvenz der Gesellschaft voraussetzt²¹⁶, da ein haftungsrelevanter Eingriff nur dann gegeben ist, wenn die GmbH in Folge des Eingriffs ihren Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen kann²¹⁷ – so die Formulierung, die dem bisherigen Konzernhaftungskonzept entnommen²¹⁸ und beibehalten wurde²¹⁹. Mit „Existenz“ ist also die Solvenz der Gesellschaft gemeint. „Existenz“ beschreibt daher nicht die Rechtspersonenqualität der GmbH, sondern ihren Zweck, die Gläubigerinteressen zu befriedigen. Während diese Argumentation – verstanden in dem Sinne, dass Objekt einer Vernichtung jedenfalls nicht die Existenz der GmbH ist – an den Terminus der „Vernichtung“ anknüpft, ist jedoch darüber hinaus der Teilbegriff der „Existenz“ zu hinterfragen. *Schön* weist insoweit darauf hin, dass „Existenz“ eine ontologische Kategorie darstelle, die nur dem Menschen gemäß sei, da der juristischen Person kein Anspruch auf Existenz zustehe, ihre Auflösung vielmehr durch staatlichen Akt oder Handlung ihrer Gesellschafter bewirkt werden könne²²⁰. Vor diesem Hintergrund eines schon im ersten, intuitiven Zugriff unterschiedlichen Personenbegriffs ist zu fragen, ob im Begründungszusammenhang der

²¹³ *Martin Winter*, ZGR 23 (1994), 570 (585 ff.); *ders.*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht (1988), S. 202 ff.; *Priester*, ZGR 22 (1993), 512 (521 ff.); *Fleck*, ZGR 19 (1990), 31 (36 ff.); bezogen auf faktische Konzernlagen *Ulmer*, ZHR 148 (1984), 391 (418 ff.); *Wiedemann*, ZGR 32 (2003), 283 (292 f.); *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht (2002), S. 243 f.; *ders.*, NJW 2001, 3577 (3580); *ders.*, ZIP 1988, 1497 (1505 ff.); *ders.*, ZIP 1986, 146 (148 f.); *Habersack* in: *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht (2010), Anh. § 318 Rdnr. 34; *Lutter/Banerjee*, ZGR 32 (2003), 402 (407 ff.); *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG (2009), § 13 Rdnr. 29 m.w.N. aus den Voraufagen; *Gehrlein*, NJW 2000, 1089 (1090); *Keßler*, GmbHR 2001, 1095 (1099 f.); *Mülbert*, DStR 2001, 1937 (1941 ff.); *Nissing*, Eigeninteresse der Gesellschaft oder Liquidation auf kaltem Wege? (1993), S. 94 ff.

²¹⁴ Siehe nur *BGH*, NJW 2001, 3622 (3623) – „Bremer Vulkan“; *BGH*, NJW 2002, 3024 (3025) – „KBV“; *BGH*, NJW 2007, 2689 (2690) – „Trihotel“.

²¹⁵ *Zöllner*, Gläubigerschutz durch Gesellschafterhaftung bei der GmbH (2006), 999 (1003); *ders.* in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG (2010), Schlussanhang Rdnr. 122.

²¹⁶ *Zöllner* in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG (2010), Schlussanhang Rdnr. 123; *BGH*, NJW 2002, 1803 (1805); *BGH*, NJW 2007, 2689 (2690); *BGH*, NZI 2008, 196 (197).

²¹⁷ *BGH*, NJW 2001, 3622 (3623) – „Bremer Vulkan“; *BGH*, NJW 2002, 3024 (3025) – „KBV“; *BGH*, NJW 2007, 2689 (2690) – „Trihotel“.

²¹⁸ *BGHZ* 122, 123 (130) – „TBB“.

²¹⁹ *BGH*, NJW 2001, 3622 (3623) – „Bremer Vulkan“; *BGH*, NJW 2002, 3024 (3025) – „KBV“; *BGH*, NJW 2007, 2689 (2690) – „Trihotel“.

²²⁰ *Schön*, ZHR 168 (2004), 268 (271 f.).

Existenzvernichtungshaftung der Teilbegriff der „Existenz“ als Indiz für eine Gewichtung der Rechtspersonenqualität der GmbH gewürdigt werden kann.

Aufschluss darüber geben die zu diesem Haftungsmodell vertretenen normativen Grundlagen, die gesellschaftsrechtlich nach wie vor streitig sein dürften, nicht. Sie sind kaum mehr überschaubar. Neben der nunmehr vom *II. Zivilsenat* seit dem „Trihotel“-Urteil²²¹ in Anspruch genommenen Lösung über die deliktische Haftung des § 826 BGB wurden und werden im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum verschiedene Wege zur Begründung der Haftung der GmbH-Gesellschafter vertreten. So lagen der „KBV“-Entscheidung noch der von *Röhricht* ausformulierte Gedanke des Missbrauchs der Rechtsform der GmbH und der Gedanke des Verbots der Umgehung der Liquidationsvorschriften des GmbHG „auf kaltem Wege“, wie er von *Martin Winter* erstmals aus der Treuepflicht deduziert wurde²²², zu Grunde²²³. Daneben werden die erweiternde Auslegung bzw. die Analogie zu den §§ 30 f. GmbHG²²⁴, die Analogie zu den aktienkonzernrechtlichen Regelungen²²⁵, die Durchgriffshaftung wegen Unterkapitalisierung²²⁶, die Haftung aus einem zwischen der GmbH und ihrem Gesellschafter bestehenden mitgliedschaftlichen Sonderrechtsverhältnis²²⁷, die Gesellschafterhaftung für „gröblich“ sorgfaltswidriges Verhalten als (fremdnützige) Geschäftsleiterorganhaftung in analoger Anwendung des § 93 Absatz 5 Satz 2 und 3 AktG²²⁸, die Gesellschafterhaftung wegen Verletzung der Zweckförderungspflicht, deren gläubigerschützender Charakter aus dem Prinzip der dezentralen Gewinnverfolgung abgeleitet wird²²⁹, und „ein allgemeines, aus verschiedenen Rechtssätzen herzuleitendes Verbot, der Gesellschaft die für die Gläubiger benötigte Haftungsmasse zu zerstören, zu beschädigen oder zu entziehen“²³⁰, vertreten. Ausgeklammert werden soll hier die deliktische Gesellschafterhaftung aus § 823 Absatz 2 BGB

²²¹ BGH, NJW 2007, 2689.

²²² *Martin Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht (1988), S. 204 ff.

²²³ BGH, NJW 2002, 3024 (3025).

²²⁴ *Mülberr*, DStR 2001, 1937 (1942 f., 1947); *Fleck*, ZGR 19 (1990), 31 (36 ff.); *Raiser*, Die Haftung einer Schwestergesellschaft für die Schulden einer anderen Schwester nach dem Urteil „Bremer Vulkan“ des BGH (2003), 493 (503).

²²⁵ *Ulmer*, ZHR 148 (1984), 391 (418 ff.).

²²⁶ *Bitter*, WM 2001, 2133 (2137 ff.), der zwar ein Existenzinteresse der GmbH ablehnt, jedoch im Ergebnis ebenfalls von der Lückenhaftigkeit des gesetzlichen Gläubigerschutzsystems ausgeht. Siehe *dens.*, ZIP 2001, 265 (272 f., 278); *dens.*, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften (2000), S. 490 ff.; *Lutter/Banerjea*, ZGR 32 (2003), 402 (412 f.).

²²⁷ *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht (2002), S. 243; *ders.*, NJW 2001, 3577 (3579 f.); *ders.*, ZIP 1988, 1497 (1505 ff.); *ders.*, ZIP 1986, 146 (148 f.); *Priester*, ZGR 22 (1993), 512 (521 ff.). Siehe auch *Zeidler* in: Michalski, Kommentar zum GmbH-Gesetz (2002), Syst. Darst. 4, Rdn. 240.

²²⁸ *Altmeppen*, ZIP 2002, 1553 (1562 f.); *ders.*, ZIP 2001, 1837 (1845 f.), in Anlehnung an *Wilhelms* Organhaftungslehre, vgl. dazu unten b).

²²⁹ Siehe zusammenfassend *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH (2006), S. 471 ff.

²³⁰ *Schall*, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz (2009), S. 230, unter Bezugnahme insbesondere auf das Zahlungsverbot des MoMiG, die Kapitalerhaltungsvorschriften, die §§ 283 ff. StGB sowie § 117 AktG.

i.V.m. § 266 StGB: Soweit – wie oben dargelegt – der *II. Zivilsenat* diesen Weg im „Bremer-Vulkan“-Urteil gegangen ist, erklärt sich dies allein über die Unmöglichkeit der Inanspruchnahme der Organmitglieder als natürliche Personen über die dargelegten Grundsätze der Existenzgefährdungshaftung, welche nur den Alleingesellschafter – als juristische Person – erfasst; der *II. Zivilsenat* stützte jedoch – wie bereits oben dargelegt²³¹ – die Haftung der Alleingesellschafterin – einer AG – auf den eigenständigen, dem Gesellschaftsrecht zuzuordnenden Haftungstatbestand des bestandsgefährdenden Eingriffs²³². Eine selbstständige dogmatische Figur dürfte in der deliktsrechtlichen Haftung über § 266 StGB daher nicht zu sehen sein.

Unabhängig von den dogmatischen Feinheiten der genannten Ansätze dokumentiert die Vielfalt der vertretenen Auffassungen allenfalls einen breiten Konsens hinsichtlich eines über die Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften des GmbHG hinausgehenden rechtsfortbildenden Haftungsinstituts zum Schutze der Gesellschaftsgläubiger²³³. Die für alle der genannten Auffassungen zu Grunde liegende Motivation hierfür liegt darin, dass der Stammkapitalschutz sowie die gesetzlichen Insolvenzschutzmechanismen zu Gunsten der Gläubiger als nicht ausreichend angesehen werden²³⁴. Danach setzt insbesondere die Antragspflicht des Geschäftsführers auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu spät ein. Die herrschende Auffassung in der gesellschaftsrechtlichen Rechtsprechung und im Schrifttum überlässt die Gläubiger der GmbH nicht dem vom Gesetz aufgestellten Schutzrahmen²³⁵. Eine Minderheitenmeinung lehnt diese Auffassung dagegen im Wesentlichen mit den Argumenten ab, eine planwidrige Gesetzeslücke lasse sich nicht feststellen²³⁶ und weitergehende, über den Stammkapitalschutz hinausreichende Haftungsansprüche stünden wegen ihres Charakters als Berufsausübungsregelung im Sinne des Artikel 12 Absatz 1 Satz 2 GG unter dem Vorbehalt des Gesetzes²³⁷.

Die Rechtspersönlichkeit der GmbH spielt bei diesen Überlegungen jedoch allenfalls eine nachrangige Rolle. Die Haftungsbegründung folgt vielmehr reinen

²³¹ Vgl. oben 1.

²³² *BGH*, NJW 2001, 3622 (3623).

²³³ *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH (2006), S. 285 in Fn. 62.

²³⁴ *Schall*, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz (2009), S. 232.

²³⁵ *BGH*, NJW 2007, 2698 (2690): „(...) – zur Vermeidung einer durch das Haftungssystem der §§ 30, 31 GmbHG offengelassenen Schutzlücke (...) –“; *BGH*, NZI 2008, 196 (197): „(...) die das Basisschutzkonzept der §§ 30, 31 GmbHG ergänzende Existenzvernichtungshaftung (...)“; *Zöllner*, Gläubigerschutz durch Gesellschafterhaftung bei der GmbH (2006), 999 (1012); *Röhrich*, Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz (2000), 83 (98 ff.); *Bitter*, WM 2001, 2133 (2135 f.); *Priester*, ZGR 22 (1993), 512 (516 ff.); auch *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH (2006), S. 287, 321 ff., 371 ff., sieht die Notwendigkeit des Gläubigerschutzes über die gesetzlichen Sicherungen hinaus durch die rechtsfortbildende Gesellschafterhaftung für Verletzung der Zweckförderungspflicht.

²³⁶ *Ehrlicke*, AcP 199 (1999), 257 (275 ff.); *Rubner*, „Solvat socius“ statt „caveat creditor“? Zur Haftung des GmbH-Gesellschafters wegen sog. existenzvernichtenden Eingriffs (2005), S. 156 ff.; *ders.*, DStR 2005, 1694; *Nassall*, ZIP 2003, 969 (971).

²³⁷ *Nassall*, ZIP 2003, 969 (971 f.).

Zweck- und Interessenkautelen, die sich letztlich von der Personalität der Gesellschaft entfernen. In diesem Rahmen zielt das Kriterium der Existenzvernichtung auf eine Erfassung des spezifischen Gläubigerinteresses. Denn Maßnahmen der Geschäftsführung, welche die Gesellschaft schädigen, betreffen die Gruppen der Gesellschafter und der Gläubiger in unterschiedlicher Weise: Auf Grund des gesellschaftsrechtlich vorausgesetzten Interessengleichlaufs von Gesellschaftern und GmbH sind erstere jedenfalls bei Fremdgeschäftsführung dadurch stets verletzt, während das Gläubigerinteresse sich lediglich auf die Erhaltung der Solvenz der GmbH beschränkt, was im Begriff der Existenzvernichtungshaftung zum Ausdruck kommen soll²³⁸. Existenzvernichtung ist daher kein primäres Indiz für Rechtspersonalität, sondern in erster Linie ein Synonym für Gläubigerschutz; von den Vertretern einer echten Personalität der GmbH wird die Existenzvernichtungshaftung – trotz ihres insoweit missverständlichen Namens, der auf echte Subjektivität hinweisen könnte – daher auch als unzureichend angesehen²³⁹.

Bitter stellt in ökonomischer Analyse der Haftungsbeschränkung heraus, dass es in Wirklichkeit nicht um die Existenz der Gesellschaft geht, sondern um die Gläubigergefährdung durch Gesellschafter, welche die Beschränkung ihrer Haftung zur Externalisierung von Kosten einsetzen²⁴⁰. Liege dabei die Externalisierung von Risiken und Kosten im Wesen der Tätigkeit der Rechtsform „GmbH“²⁴¹, gehe es auf Grund der oben dargelegten Analyse der Schutzwürdigkeit der Gläubiger und der Berücksichtigung dieser Schutzinteressen über die gesetzlichen Vorgaben des GmbHG hinaus um eine Angemessenheitsbetrachtung, welche die Externalisierungsmöglichkeiten der Gesellschafter bis zur Solvenz der Gesellschaft begrenzen. „Existenz“ im Sinne der Existenzvernichtungsthese bedeutet somit nach der herrschenden Meinung die aus dem Abwägungsprozess ökonomischer Interessen resultierende Erhaltung der Solvenz zu Gunsten der Gläubiger. Auch *Röhricht* beruft sich auf die ökonomische Analyse zur Begründung der Existenzgefährdungs- bzw. -vernichtungshaftung²⁴². Andererseits bemüht *Rubner* ebenfalls die ökonomische Analyse des Rechts und kommt jedenfalls für die Durchgriffshaftung der Gläubiger auf die Gesellschafter zu dem genau entgegengesetzten Ergebnis: Danach könne der ökonomische Nutzen des Tatbestandes des existenzvernichtenden Eingriffs und der persönlichen Ausfallhaftung der Gesellschafter nicht gering genug eingeschätzt werden. Der gläubigerschützende Effekt der Existenzvernichtungshaftung werde dadurch beeinträchtigt, dass der Eingriff typischerweise von Gesellschaftern aus-

²³⁸ *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH (2006), S. 285.

²³⁹ Siehe nur *Wimmer-Leonhardt*, Konzernhaftungsrecht (2004), S. 267.

²⁴⁰ *Bitter*, WM 2001, 2133 (2136 f.). Zur ökonomischen Analyse der Haftungsbeschränkung siehe *dens.*, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften (2000), S. 150 ff.

²⁴¹ Siehe zur direkten Übertragung der ökonomischen Analyse des Rechts auf die Strafbarkeit wegen Organuntreue zum Nachteil der GmbH durch *Birkholz*, Untreuestrafbarkeit als strafrechtlicher „Preis“ der beschränkten Haftung (1998). Vgl. zu den wohlfahrtsökonomischen Lehre allgemein unten Kapitel 4, I.

²⁴² *Röhricht*, Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz (2000), 83 (98 f.).

gehe, die ihrerseits nur über eine unzureichende Solvenz verfügten. Zudem wirke sich die Haftung in ihrer tatbestandlichen Unbestimmtheit hemmend auf die unternehmerische Initiative der Gesellschafter aus und es würden bei Unternehmenszusammenbrüchen durch die Aufhebung der Haftungsbeschränkung Kettenreaktionen verstärkt, was zu einem Abwandern der Unternehmer in fremdländische Rechtsformen führe²⁴³.

Es überwiegt jedoch die Auffassung, welche eine über den gesetzlichen Stand des GmbHG hinausgehende Notwendigkeit des Gläubigerschutzes bejaht: Im Sinne einer Interessenbetrachtung sehen nämlich auch die Vertreter im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum, welche der Existenzvernichtungsterminologie ablehnend gegenüber stehen, die Notwendigkeit der Haftung der Gesellschafter über den Basisschutz der §§ 30, 31 GmbHG hinaus²⁴⁴. Der Streit um die Existenzvernichtungshaftung dürfte sich auf diesem Hintergrund daher im Wesentlichen – jedenfalls im Rahmen der herrschenden Auffassung – auf einen rein terminologischen Disput reduzieren.

Die Darstellung der gesellschaftsrechtlichen Haftung der Gesellschafter gegenüber GmbH bzw. Gesellschaftsgläubigern hat die Tendenz aufgezeigt, die Haftung aus Gläubigerschutzgesichtspunkten richterrechtlich über die gesetzlichen Vorgaben des GmbHG auszuweiten. Im Rahmen dieser funktionellen Betrachtung der Gesellschafterhaftung dürfte von Bedeutung sein, dass die legislatorischen Bestrebungen europaweit dahin tendieren dürften, den Schutz der Gläubiger insbesondere durch Absenkung des Mindeststammkapitals – soweit eine solche im Gebot des Mindeststammkapitals gesehen werden kann – weiter zu schwächen²⁴⁵. Insbesondere sieht der Vorschlag der Kommission der Europäischen Gemeinschaften für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft²⁴⁶ vor, das europaweit die neue Gesellschaftsform „SPE“ (Societas Privata Europaea) für kleinere und mittlere Unternehmen eingeführt werden soll, welche lediglich über ein Mindestkapital von einem Euro verfügen soll. Die deutsche GmbH-Reform sieht durch das am 1. November 2008 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)²⁴⁷ zwar eine Absenkung des Mindeststammkapitals nicht vor²⁴⁸, regelt jedoch in § 5a GmbHG für kapitalschwache Existenzgründer die Möglichkeit, eine GmbH als sog. haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft mit einem Stammkapital von nur einem Euro

²⁴³ Rubner, „Solvat socius“ statt „caveat creditor“? Zur Haftung des GmbH-Gesellschafters wegen sog. existenzvernichtenden Eingriffs (2005), S. 183 ff.

²⁴⁴ Zöllner, Gläubigerschutz durch Gesellschafterhaftung bei der GmbH (2006), 999 (1003 f.); Grigoleit, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH (2006), S. 287; Bitter, WM 2001, 2133 (2136).

²⁴⁵ Vgl. insbesondere für das französische Recht unten Kapitel 3, II.

²⁴⁶ KOM (2008) 396.

²⁴⁷ BGBl. I, S. 2026.

²⁴⁸ Der Regierungsentwurf hatte ursprünglich noch eine Absenkung des Mindeststammkapitals von € 25.000 auf € 10.000 vorgesehen, vgl. BT-Drs. 16/9737, S. 94 f.

zu gründen²⁴⁹. Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass die deliktsrechtliche Existenzvernichtungshaftung durch das MoMiG nicht angetastet werden soll²⁵⁰. Es wird vielmehr angenommen, dass die richterrechtliche Figur der Existenzvernichtungshaftung zukünftig an Bedeutung gewinnen wird²⁵¹. Konsequenzen für die bisherige strafrechtliche Bewertung der Organuntreue dürften durch das MoMiG demnach nicht zu erwarten sein²⁵². Hinsichtlich der haftungsbeschränkten Unternehmersgesellschaft tritt im Rahmen der Prüfung der Untreue zum Nachteil dieser Gesellschaft, die juristische Person ist²⁵³, an die Stelle des mangels Stammkapitals fehlenden Kapitalschutzes gemäß § 30 GmbHG der Schutz der Gewinnrücklage²⁵⁴.

Der Begriff der Existenzvernichtungshaftung steht nach alledem jedenfalls im Verständnis der herrschenden Auffassung nicht synonym für die Achtung der Rechtspersonenqualität der GmbH. Weitergehend sind daher zu untersuchen das für die Haftungsbegründung zum Teil (mit) herangezogene sog. Eigeninteresse der GmbH²⁵⁵ sowie die Differenzierung in der Ausgestaltung des Anspruchs als Innen- bzw. Außenhaftung²⁵⁶.

b) Der Begriff des „Eigeninteresses“

Der Begriff eines Eigeninteresses, dem die zivilrechtliche Rechtsprechung zunächst grundsätzlich ablehnend gegenüber stand²⁵⁷, nahm seine Entwicklung und zunehmende Konkretisierung über die Bestandsschutz-Rechtsprechung des *II. Zivilsenats* zum qualifizierten faktischen Konzern²⁵⁸ bis zu seiner erstmaligen ausdrücklichen Nennung im „Bremer-Vulkan“-Urteil²⁵⁹. Jedoch fand er schon seit dem „KBV“-Urteil in der Rechtsprechung des *II. Zivilsenats* keine Verwendung mehr²⁶⁰. Der Be-

²⁴⁹ Siehe zu den Neuregelungen im MoMiG *Schall*, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz (2009), S. 96 ff.; *Kindler*, NJW 2008, 3249.

²⁵⁰ BT-Drs. 16/6140, S. 46: Der Entwurf sei „keine abschließende Regelung der Existenzvernichtungshaftung und greift demgemäß der weiteren Rechtsfortbildung nicht vor.“

²⁵¹ *Leuering/Rubner*, NJW-Spezial 2007, 363 (364).

²⁵² *Bittmann*, NSTz 2009, 113 (118); *BGH*, NSTz 2010, 89 (91).

²⁵³ BT-Drs. 16/6140, S. 31.

²⁵⁴ *Bittmann*, wistra 2007, 321 (323); *ders.*, NSTz 2009, 113 (120); *Weiß*, wistra 2010, 361 (366).

²⁵⁵ Vgl. unten b).

²⁵⁶ Vgl. unten c).

²⁵⁷ Siehe nur das „Autokran“-Urteil des *II. Zivilsenats* in BGHZ 95, 330 (340 m.w.N., 345 f.) sowie BGHZ 119, 257 (262). In den Entscheidungen BGHZ 122, 333 (336), *BGH*, NJW-RR 1994, 806 (807); BGHZ 142, 92 (95) und *BGH*, NJW 2000, 1571 ließ der *II. Zivilsenat* es jeweils offen, ob eine Haftung des Alleingeschafters aus Treupflichtverletzung bei existenzgefährdenden Angriffen gegeben sei. Vgl. *Lutter*, Vermögensveräußerungen einer abhängigen Aktiengesellschaft – Haftungsrisiken beim ‚asset stripping‘ (1990), 125 (143).

²⁵⁸ BGHZ 122, 123 (130): Ausübung der Leitungsmacht in einer Weise, „die keine angemessene Rücksicht auf die eigenen Belange der abhängigen Gesellschaft nimmt (...)“.

²⁵⁹ *BGH*, NJW 2001, 3622 (3623).

²⁶⁰ *BGH*, NJW 2002, 3024.

griff des Eigeninteresses wird über den Inhalt einer Zwecksetzung für das Handeln eines Wirtschaftssubjekts definiert²⁶¹. Überwiegend werden mit dem Begriff des Eigeninteresses die Begriffe des Unternehmensinteresses und des Gesellschaftsinteresses in Verbindung gebracht²⁶². Der eher soziologisch geprägte Begriff des Unternehmensinteresses ist jedoch weitergehend und daher streng zu unterscheiden, weil in ihm zum einen über den Unternehmensbegriff die Differenzierung zwischen Gesellschaft und Unternehmen angelegt ist²⁶³, was für die vorliegende (Teil-) Untersuchung eines an der juristischen Person ansetzenden Interesses nicht zielfördernd ist. Zum anderen wird der Begriff des Unternehmensinteresses überwiegend interessenpluralistisch verstanden mit der Folge der Einbeziehung nicht nur der Gesellschafter-, sondern auch und insbesondere der Arbeitnehmerinteressen. Im weitesten Sinne definiert der Begriff des Eigeninteresses die Bindung der einvernehmlich handelnden Gesellschafter oder des Alleingesellschafters an den Gesellschaftszweck²⁶⁴ in dem Sinne, dass ein über letzteren definiertes Gesellschaftsinteresse gegenüber den Gesellschafterinteressen eigenständige Bedeutung zukommt²⁶⁵. Der Begriff des Eigeninteresses steht in einem engen Zusammenhang zum Begriff der Existenzvernichtung: So wird die Anerkennung des Eigeninteresses zum Teil als *conditio sine qua non* angesehen für die oberhalb des Stammkapitalschutzes ansetzende Existenzvernichtungshaftung, wodurch das Eigeninteresse gleichzeitig begrenzt sein soll auf die Bestandsschutzwahrung der Gesellschaft²⁶⁶.

Es wird vertreten, dass die Notwendigkeit zur Beachtung des Eigeninteresses dogmatisch aus der sog. Treuepflicht resultiert²⁶⁷; aber auch ohne den Rekurs auf die Treuepflicht wird ein Eigeninteresse angenommen, ohne dass dann jedoch eine eingehendere dogmatische Begründung für das Bestehen dieses Interesses gegeben wird²⁶⁸. Die Treuepflicht entspringt nach verbreiteter Auffassung dem Gesell-

²⁶¹ *Ziemons*, Die Haftung der Gesellschafter für Einflussnahmen auf die Geschäftsführung der GmbH (1996), S. 87.

²⁶² *Busch*, Konzernuntreue (2004), S. 168 f.; *Jochen Kaufmann*, Organuntreue zum Nachteil von Kapitalgesellschaften (1999), S. 70; *Ziemons*, Die Haftung der Gesellschafter für Einflussnahmen auf die Geschäftsführung der GmbH (1996), S. 81 ff.

²⁶³ *Wimmer-Leonhardt*, Konzernhaftungsrecht (2004), S. 257; *Ziemons*, Die Haftung der Gesellschafter für Einflussnahmen auf die Geschäftsführung der GmbH (1996), S. 85. Vgl. zu den Begriffen des Unternehmens und des Unternehmensinteresses unten Kapitel 7, III. 2., 4.

²⁶⁴ *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH (2006), S. 319.

²⁶⁵ *Wimmer-Leonhardt*, Konzernhaftungsrecht (2004), S. 196.

²⁶⁶ *Röhrich*, Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz (2000), 83 (103 ff.); *Priester*, ZGR 22 (1993), 512 (517 ff.); *Martin Winter*, ZGR 23 (1994), 570 (580 ff.); *ders.*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht (1988), S. 191 ff.

²⁶⁷ *Martin Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht (1988), S. 190 ff.; *ders.*, ZGR 23 (1994), 570 (580 ff.); unter Beschränkung auf den faktischen Konzern *Ulmer*, ZHR 148 (1984), 391 (419 ff.); *ders.*, ZIP 2001, 2021 (2026 f.).

²⁶⁸ *BGH*, NJW 2001, 3622 (3623) – „Bremer Vulkan“; *Röhrich*, Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz (2000), 83 (104 f.).

schaftsvertrag²⁶⁹ und ihr wird im Wesentlichen die Funktion zugesprochen, die Ausübung von Mitgliedschaftsrechten zu begrenzen²⁷⁰. Wird der Treuepflicht zwar insoweit auch eine Wirkrichtung nicht nur gegenüber den Mitgesellschaftern, sondern auch gegenüber der Gesellschaft zuerkannt, so wird sie zum Teil jedoch lediglich als „Sammelbecken für die Respektierung der im Gesellschaftszweck gebündelten, als Gesellschaftsinteresse apostrophierten gemeinschaftlichen Gesellschafterinteressen“ angesehen²⁷¹. Dies korrespondiert mit einer weit verbreiteten Auffassung in der Literatur, welche ein Eigeninteresse der Gesellschaft im Wesentlichen mit dem grundlegenden Einwand ablehnt, dass die Gesellschafter autonom Ziel und Interessen der Gesellschaft bestimmen, die Interessen also deckungsgleich seien – sog. Kongruenztheorie²⁷². Insoweit werden lediglich bei mitbestimmten GmbH Ausnahmen von diesem Grundsatz des Interessengleichlaufs zu Gunsten von Arbeitnehmerinteressen anerkannt, dies jedoch losgelöst von dem Anerkenntnis eines Eigeninteresses insoweit²⁷³. Jedenfalls bei einer Einpersonen-Gesellschaft ist somit nach dieser Auffassung der Wille der Gesellschafter mit dem der Gesellschaft identisch, so dass es ein von dem Gesellschafterinteresse abstraktes und unabhängiges, als Eigeninteresse formuliertes Gesellschaftsinteresse, mit dem eine Treuepflicht des Gesellschafters korrespondierte, nicht geben kann²⁷⁴. Die Unterschiede zu der Auffassung, welche das Eigeninteresse aus der Treuepflicht deduzieren, sind jedoch kleiner als es zunächst erscheinen mag: So wird zwar von der Ansicht, welche die Beachtung des Eigeninteresses durch eine Treuepflicht umgesetzt wissen will, postuliert, dass die Treuepflicht in diesem Sinne einer „Objektivierung und Normativierung“ unterliegt²⁷⁵, was zunächst einmal bedeutet, dass im Sinne einer organisationsrechtlichen Ableitung der Treuepflicht „juristische Personen als Interessenträger nicht nur nach außen, sondern auch im Verhältnis zu ihren Mitgliedern jedenfalls insoweit anzusehen (sind, *d.V.*), als Einwirkungen auf das dem Gesell-

²⁶⁹ Zöllner, Gläubigerschutz durch Gesellschafterhaftung bei der GmbH (2006), 999 (1003 f.); Grigoleit, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH (2006), S. 295 f.; Uwe H. Schneider/Burgard, Treupflichten im mehrstufigen Unterordnungskonzern (2003), 579 (582); Martin Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht (1988), S. 63 ff.

²⁷⁰ Zöllner, Gläubigerschutz durch Gesellschafterhaftung bei der GmbH (2006), 999 (1010).

²⁷¹ Zöllner, Gläubigerschutz durch Gesellschafterhaftung bei der GmbH (2006), 999 (1011). Vgl. auch Lutter, ZHR 162 (1998), 164 (183).

²⁷² Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Zweiter Teil, Die juristische Person (1983), S. 62, im materiellen Verständnis der GmbH als Personengesellschaft, „die nur um der Haftungsbeschränkung willen vermögensmäßig als juristische Person gegenüber den Gesellschaftern verselbständigt ist“; Lutter, ZIP 1985, 1425 (1428). Wiedemann, Die Unternehmensgruppe im Privatrecht (1988), S. 87; Zöllner, Die Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden (1963), S. 19 f.; ders., in: Baumbach/Hueck, GmbHG (1988), Anh. Konzernrecht Rdnr. 35; Schön, ZGR 1996, 429 (438).

²⁷³ Lutter, ZHR 162 (1998), 164 (183); Wimmer-Leonhardt, Konzernhaftungsrecht (2004), S. 197. Zur Problematik des Nebeneinanders von Mitbestimmung und Anerkennung eines Eigeninteresses siehe Ulmer, ZHR 148 (1984), 391 (409 f., 419).

²⁷⁴ BGHZ 119, 257 (262); Zöllner in: Baumbach/Hueck, GmbHG (2010), Schlussanhang Rdnr. 111 f.

²⁷⁵ Martin Winter, ZGR 23 (1994), 570 (581).

schaftszweck gewidmete Sondervermögen in Frage stehen“²⁷⁶. Des Weiteren soll es nach dieser Auffassung aber eine Verpflichtung des Alleingesellschafters oder der Gesellschaftergesamtheit auf ein objektives, vom privatautonom begründeten statutarisch festgehaltenen Gesellschaftszweck abstraktes Gesellschaftsinteresse nicht geben können²⁷⁷. Denn die Anerkennung der Treuepflicht schließe es nicht aus, dass sich die Gesellschafter von ihrer Beachtung dispensieren könnten²⁷⁸, da den Gesellschaftern auch nach dieser Auffassung die Dispositionsbefugnis über den Gesellschaftszweck zusteht²⁷⁹. Jedoch ist danach der Begriff des Eigeninteresses insoweit vom Gesellschafterinteresse zu unterscheiden, als den Gesellschaftern nicht das Recht zustehen soll, die Existenz der Gesellschaft durch die Umgehung des gesetzlichen Verfahrens zur Liquidation der GmbH zu vernichten, womit dieses so verstandene Eigeninteresse zum einen nicht privatautonom, sondern durch die Rechtsordnung begründet ist, und zum Zweiten aus Drittinteressen, nämlich im Wesentlichen solchen der Gläubiger, gespeist ist²⁸⁰. Der Unterschied zur Ansicht, welche ein Eigeninteresse und insbesondere seine Ableitung aus der Treuepflicht der Gesellschafter gegenüber der GmbH ablehnt, dürfte sich somit auf den – im Kern terminologischen – Vorwurf der verschleiernden „besten begriffsjuristischen Manier“²⁸¹ reduzieren. Denn auch ein Teil dieser Auffassung nimmt bei Existenzvernichtung (im Sinne der Solvenzvernichtung) eine Rücksichtspflicht der Gesellschafter gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft an, welche zwar nicht in der Privatautonomie der Gesellschafter wurzelt, sondern sich vielmehr als ein durch die von dem Gesetzgeber den Gesellschaftern ermöglichte Haftungsbeschränkung erzwungenes Vertrauen darstellt²⁸²; insoweit wird zwischen dem Verbandsinteresse und dem Haftungsverbandsinteresse als Gläubigerinteresse differenziert²⁸³. Diese Meinung im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum und die neuere Rechtsprechung des *II. Zivilsenats*²⁸⁴ sind sich im Wesentlichen darin einig, dass durch Rechtsfortbildung Dispositionsschranken aus Gründen des Gläubigerschutzes anerkannt werden müssen, welche material durchaus mit dem Begriffsinhalt des Eigeninteresses korrelieren²⁸⁵.

²⁷⁶ *Martin Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht (1988), S. 67.

²⁷⁷ *Martin Winter*, ZGR 23 (1994), 570 (582 f.).

²⁷⁸ *Martin Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht (1988), S. 190; *ders.*, ZGR 23 (1994), 570 (583).

²⁷⁹ *Martin Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht (1988), S. 197; *ders.*, ZGR 23 (1994), 570 (585). Darin sieht *Wimmer-Leonhardt*, Konzernhaftungsrecht (2004), S. 251, einen Widerspruch.

²⁸⁰ *Martin Winter*, ZGR 23 (1994), 570 (586 f.).

²⁸¹ *Zöllner* in: Baumbach/Hueck, GmbHG (1988), Anh. Konzernrecht Rdnr. 35.

²⁸² *Zöllner*, Gläubigerschutz durch Gesellschafterhaftung bei der GmbH (2006), 999 (1011).

²⁸³ *Zöllner*, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden (1963), S. 21 ff.

²⁸⁴ *BGH*, NJW 2002, 3024 (3025) – „KBV“; *BGH*, NJW 2007, 2689 (2690) – „Trihotel“; *BGH*, NZI 2008, 196 (197).

²⁸⁵ *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH (2006), S. 320 m.w.N.

Unabhängig von der möglichen Ableitung eines Eigeninteresses der Gesellschaft aus der Treuepflicht sind jedoch weitergehend die Ansichten zur Problematik darzustellen, wer bestimmend für das Gesellschaftsinteresse, d. h. für die wirtschaftliche Zwecksetzung der Gesellschaft ist. Hier stehen sich zwei extreme Positionen gegenüber.

Begreift man das Gesellschaftsinteresse – ggf. außerhalb des Bereichs von durch Gläubigerschutzerfordernisse gezogenen Grenzen – als kongruent mit den Gesellschafterinteressen, wäre der Interesseninhalt privatautonom durch die Gesellschafter gesetzt, d. h. nach der Kongruenztheorie kommt eine Interessenverfolgung durch die Gesellschaft als solche gar nicht in Betracht. Die Zwecksetzung ergäbe sich nach dieser extremen, nicht durch Existenzvernichtungsgesichtspunkte limitierten Position aus dem jeweiligen geschäftslenkenden Verhalten der Gesellschafter – denen nach *Nelles* die „Zwecksetzungsbefugnis“ zukommt²⁸⁶ –, das über § 37 Absatz 1 GmbHG auf die Geschäftsführung umgesetzt würde oder sich als faktische Geschäftsführung darstellte. Insoweit wird grundsätzlich problematisiert, ob der juristischen Person als solcher – abstrakt von ihren Gesellschaftern – ein Interesse im Sinne einer „Begehrensposition“²⁸⁷ gänzlich abgesprochen werden kann. Die gegenteilige Annahme würde die umfassende Anerkennung ihrer Rechtspersönlichkeit voraussetzen, jedenfalls dürfte der Verband nicht seinerseits lediglich und objekthaft Gegenstand von Interessen sein²⁸⁸. Letzteres bedarf jedenfalls der Annahme, dass ein Interesse nicht nur ein menschliches zu sein braucht, es somit nicht nur von einer natürlichen Person, sondern auch von einer juristischen Person als solcher verfolgt werden kann. Die Auffassung, welche ein Eigeninteresse ablehnt, bestreitet dies: Danach sind zwar der Verband und seine Mitglieder nicht gleich zu setzen. Andererseits existiert der privatrechtliche Verband aber nicht für sich selbst, sondern er bleibt eine mitgliedschaftliche Veranstaltung, die stets auf die einzelnen Individuen zurückzuführen ist: Es sind die Individuen, also die natürlichen Personen, welche den Verein gründen, seinen originären Zweck bestimmen, die Organisationsstruktur setzen, mit Hilfe des Verbandes eigene wirtschaftliche Zwecke verfolgen, den Verbandszweck ggf. abändern und den Verband möglicherweise liquidieren²⁸⁹. Auf diesem Hintergrund ist dem Verband als solchem die Verfolgung eines Zwecks als ein subjektives Recht, welches einer Rechtsperson zuzuordnen wäre, nicht möglich; die juristische Person ist danach als „Objekt“ aufzufassen, welche ihrerseits nach dem oben genannten Verständnis nur Gegenstand von Interessen sein kann. Unabhängig von der Frage der Handlungsfähigkeit der Gesellschaft nach außen im Sinne etwa organschaftlichen oder stellvertretenden Handelns einer dazu berufenen natürlichen Person zeigt sich, dass nach dieser Auffassung die Innehabung subjektiver Rechte allein als ein Prozess der Zuschreibung begrif-

²⁸⁶ *Nelles*, Untreue zum Nachteil von Gesellschaften (1991), S. 459, 491 f.

²⁸⁷ *Zöllner*, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden (1963), S. 18.

²⁸⁸ *Christoph Weber*, Privatautonomie und Außeneinfluß im Gesellschaftsrecht (2000), S. 210.

²⁸⁹ *Christoph Weber*, Privatautonomie und Außeneinfluß im Gesellschaftsrecht (2000), S. 211.

fen wird²⁹⁰. Insoweit ist dann jedoch die (juristische) Rechtsperson mit materialer Personenqualität nicht erheblich, sondern allenfalls ein Rechtssubjekt, welches in erster Linie „als logisch notwendiger Zurechnungsendpunkt für subjektive Rechte und instrumentell-rechtstechnischer Systembaustein“²⁹¹ begriffen wird. Somit kann es nach dieser Ansicht die Verfolgung von *eigenen* Interessen der GmbH nicht geben²⁹². Das „Rechtssubjekt“ existiert danach allenfalls im Sinne eines „Funktions-trägers“ von „Zweckgebundenheiten“²⁹³, nicht jedoch als Rechtsperson. Dies entspräche der herrschenden Auffassung der Zwecktheorien zur juristischen Person²⁹⁴.

Dem wird von der Auffassung, welche ein Eigeninteresse des Verbandes befürwortet, entgegengehalten, dass maßgeblich vielmehr das Einhergehen einer Bindung der Gesellschafter an die Zweckbegründung für die Gesellschaft sei; dadurch werde der juristischen Person ein Recht verschafft, was es erlaube, die Gesellschaft als Trägerin eines subjektiven Rechts zu bezeichnen²⁹⁵. Jedenfalls der Terminologie nach kann somit auch dieser Auffassung, welche das Eigeninteresse der Gesellschaft zentral über den Zweck des Verbandes definiert, eine Nähe zu den herrschenden Zwecktheorien zur juristischen Person nicht abgesprochen werden²⁹⁶. Jedoch weicht diese Auffassung insofern von der oben dargestellten Kongruenztheorie ab, als sie über ein autonomes Eigeninteresse eine echte Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft anerkennt, die – insoweit ähnlich wie die oben dargestellte Kongruenztheorie – zunächst auf die von den Gesellschaftern begründete Zweckverfolgung der Gesellschaft im Begründungszusammenhang rekurriert. Anders als die Kongruenztheorie enthält diese Auffassung jedoch ein paternalistisches Element, indem sie die Verpflichtung der Gesellschafter zur Respektierung des originär von ihnen selbst gesetzten Gesellschaftszwecks verabsolutiert und diese auch dann einfordert, wenn der aktuelle, privatautonome Gesellschafterwille von der Satzungslage abweicht. Die Verabsolutierung des Gesellschaftszwecks geht jedoch einher mit der Anerkennung der Privatautonomie der Gesellschafter, die es danach jederzeit in der Hand haben, den Zweck – im Rahmen der Gesetze – zu ändern. Tun sie dies nicht, später oder nicht formgerecht (Beurkundungszwang gemäß § 53 Absatz 2 Satz 1 GmbHG), so soll selbst bei der Vornahme einer einzelnen, an sich zweckwidrigen und das Gesellschaftsvermögen schädigenden Handlung nicht nur eine isolierte und unschädliche „punktuelle Satzungsdurchbrechung“ durch bloße Zustimmung der

²⁹⁰ Siehe zum Prozess der Instrumentalisierung und allein positivistischen Fundierung des Begriffs der juristischen Person im Sinne der Vorverlagerung der Bestimmung der Rechtssubjektqualität auf die – insoweit formale – Innehabung eines subjektiven Rechts insbesondere *Rittner*, Die werdende juristische Person (1973), S. 193 f., und *Raiser*, Der Begriff der juristischen Person. Eine Neubestimmung (1999), 104 (115 ff.). Vgl. dazu insgesamt unten Kapitel 7, II. 8. b).

²⁹¹ *Raiser*, Der Begriff der juristischen Person. Eine Neubestimmung (1999), 104 (118).

²⁹² *Christoph Weber*, Privatautonomie und Außeneinfluß im Gesellschaftsrecht (2000), S. 211.

²⁹³ *Rittner*, Die werdende juristische Person (1973), S. 194.

²⁹⁴ Vgl. dazu unten Kapitel 7, II. 7.

²⁹⁵ *Wimmer-Leonhardt*, Konzernhaftungsrecht (2004), S. 247.

²⁹⁶ *Wimmer-Leonhardt*, Konzernhaftungsrecht (2004), S. 245.

Gesellschafter vorliegen²⁹⁷, sondern eine Verletzung der Bindung der Gesellschafter an den Gesellschaftszweck; erforderlich sei vielmehr die Einhaltung der Satzungsänderungsformalien²⁹⁸. Hier reduziert sich die Argumentation nicht nur auf eine Formalie; vielmehr dürfte darin eine Einschränkung der Freiheit der Gesellschafter zu erblicken sein, um diese letztlich vor sich selbst zu schützen. Die eigene Freiheit (der Gesellschafter) findet ihre Grenze nicht dort, wo die Freiheit Anderer (der Gläubiger) beginnt, sondern sie wird bewusst unterhalb dieses Niveaus gehalten, das eigentlich möglich wäre, weil der Betreffende – der Gesellschafter – angeblich nicht in der Lage ist, seine Freiheit – hier durch Satzungsänderung – sinnvoll zu nutzen²⁹⁹. In diesem Sinne dürfte es erlaubt sein, von einem rechtlichen Paternalismus auszugehen, der dadurch gekennzeichnet ist, dass selbstgesetzgebendes, in diesem Sinne autonomes Handeln als strikt unzulässig, d. h. ohne hinreichende Grenzvermittlung im Hinblick auf anderer Autonomie, angesehen und damit – im Sinne einer Erscheinungsform von Heteronomie – missachtet wird³⁰⁰. Es dürfte damit eine Rechtspersönlichkeit anerkannt werden, deren materiales Verständnis sich in einem widersprüchlich-paternalistischen Gesellschaftsverständnis der Zwecksetzungsbefugnis der Gesellschafter verflüchtigt.

Erkennt man ein „Interesse“ der Gesellschaft an, ist nach der Berechtigung des Possessivzusatzes „eigen“ zu fragen. Abstrakt betrachtet könnte es sich bei dem zusammengesetzten Begriff des „Eigeninteresses“ um einen Pleonasmus handeln³⁰¹. Denn schon im isolierten Begriff des Interesses dürfte jedenfalls im hier relevanten wirtschaftlichen Kontext das Streben nach *Selbsterhaltung* als Grundlage von Tätigkeit nahe liegen. Nach *Hobbes* manifestiert sich darin die Zukunftsorientiertheit des menschlichen Handelns, wobei in Mittel-Zweck-Relation der Erwerb von Gütern Mittel und Voraussetzung für den Erfolg dieses Strebens ist³⁰². *Adam Smith*

²⁹⁷ Siehe *Martin Winter*, ZGR 23 (1994), 570 (583 ff.), der insoweit zwischen einem punktuellen Dispens von der Zweckbindung durch die Gesellschafter und nachteiligen Maßnahmen mit Dauerwirkung, die eine Satzungsänderung erforderlich machen, differenziert.

²⁹⁸ *Wimmer-Leonhardt*, Konzernhaftungsrecht (2004), S. 250 ff.; *Ziemons*, Die Haftung der Gesellschafter für Einflussnahmen auf die Geschäftsführung der GmbH (1996), S. 104 ff.

²⁹⁹ *Kai Möller*, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht (2005), S. 12.

³⁰⁰ Siehe zu dieser auf *Kant* zurückgehenden Paternalismusbestimmung *Kahlo*, Paternalismus im deutschen Strafrecht der Sterbehilfe? (2006), 259 (262, 264). Siehe zum Paternalismus im staatsrechtlich-ethischen Verständnis *Kant*, Über den Gemeinspruch (VIII, 290 f.): „Eine Regierung, die auf dem Princip des Wohlwollens gegen das Volk als eines Vaters gegen seine Kinder errichtet wäre, d. i. eine väterliche Regierung (*imperium paternale*), wo also die Unterthanen als unmündige Kinder, die nicht unterscheiden können, was ihnen wahrhaftig nützlich oder schädlich ist, sich bloß passiv zu verhalten genöthigt sind, um, wie sie glücklich sein sollen, bloß von dem Urtheile des Staatsoberhaupts und, daß dieser es auch wolle, bloß von seiner Gütigkeit zu erwarten: ist der größte denkbare Despotismus (Verfassung, die alle Freiheit der Unterthanen, die alsdann gar keine Rechte haben, aufhebt)“; siehe auch *Kant*, MdS, RL, § 49 (VI, 316 f.).

³⁰¹ Siehe *Jochen Kaufmann*, Organuntreue zum Nachteil von Kapitalgesellschaften (1999), S. 75, der das „eigenständige“ Gesellschaftsinteresse als ein „Paradoxon“ ansieht.

³⁰² *Gerhardt* in: HWPh (2007), S. 12813 f.

verstand den Begriff des Interesses im Sinne eines individuellen Nutzenkalküls³⁰³, insbesondere in der Ökonomie steht für ihn der Begriff des Interesses synonym mit dem Begriff des Eigeninteresses, das auf einen mittelbar oder unmittelbar monetär bewertbaren Vorteil gerichtet ist³⁰⁴. Auch in der französischen Aufklärung gründet das Interesse materialistisch in der Bedürfnisstruktur des Menschen und macht es zum Träger der ökonomischen Tätigkeit³⁰⁵. Doch das moderne Verständnis des „Interesses“ erweitert den Begriffsinhalt vom individuell-subjektiven Sinn hin zur Beschreibung objektiver Sachverhalte³⁰⁶. Wären somit – vorbereitet über die Sozialwissenschaften und virulent daher vornehmlich über den Begriff des „Unternehmensinteresses“, der neben dem Gesellschafterinteresse insbesondere das „Allgemeinwohl“ erfassen soll – kollektive bzw. transsubjektive, im Vergleich zu den Einzelinteressen „höherrangige“ Interessen formulierbar, wäre es auch möglich, zwischen Eigen- und Fremdinteressen zu unterscheiden, so dass dem Zusatz „eigen“ ein eigenständiger Sinn zugeschrieben würde. Eine in diesem Sinne strengere Unterscheidung von Interesse und Eigeninteresse findet sich bei *Bentham*, der den Interessebegriff in die Unterfälle des „extra-regarding interest“ und des „self-regarding interest“ differenziert, das letztgenannte Eigeninteresse, welches das hier im wirtschaftlichen Kontext relevante monetäre Interesse erfasst, also als einen Unterfall des Interesses begreift: Dabei stehen die beiden Unterfälle dieses utilitaristischen Interessebegriffs mit dem Glückseligkeitsstreben des Einzelnen in Zusammenhang, in dem der Mensch in seiner Rationalität selbst am besten erkennt, worin die eigene Freude und das eigene Leid bestehen und er sein Handeln danach ausrichtet³⁰⁷. Das Eigeninteresse ist dabei auf die Maximierung der eigenen Glückseligkeit gerichtet und stellt den Normalfall dar, während das „extra-regarding interest“ im Sinne der Abwesenheit jeglichen Eigeninteresses die Ausnahme begründet³⁰⁸. Zu fragen ist, ob der Begriff des Eigeninteresses der GmbH in diesem Sinne als „self-regarding interest“ verstanden werden kann. Da jedenfalls die Gesellschaft „ihre“ Interessen nicht formulieren kann und abhängig ist von deren Formulierung durch natürliche Personen, wobei nach dem Gesagten die Gesellschafter umsetzend in Betracht kommen, steht – unstreitig – den Gesellschaftern die Befugnis zur Definition des Gesellschaftszwecks und des gesellschaftlichen Handelns zu. Insoweit dürfte solange kein Bedarf darin bestehen, ein Eigeninteresse zu bemühen, als die

³⁰³ *Hottinger*, Eigeninteresse und individuelles Nutzenkalkül in der Theorie der Gesellschaft und Ökonomie von Adam Smith, Jeremy Bentham und John Stuart Mill (1998), S. 76 f.

³⁰⁴ *Hottinger*, Eigeninteresse und individuelles Nutzenkalkül in der Theorie der Gesellschaft und Ökonomie von Adam Smith, Jeremy Bentham und John Stuart Mill (1998), S. 137.

³⁰⁵ *Gerhardt* in: HWPh (2007), S. 12820.

³⁰⁶ *Schmidt-Leithoff*, Die Verantwortung der Unternehmensleitung (1989), S. 122.

³⁰⁷ *Hottinger*, Eigeninteresse und individuelles Nutzenkalkül in der Theorie der Gesellschaft und Ökonomie von Adam Smith, Jeremy Bentham und John Stuart Mill (1998), S. 223 ff. Siehe zum Verständnis des Glücks als Freude bzw. Vergnügen bei *Bentham Nussbaum*, Who Is the Happy Warrior? Philosophy Poses Questions to Psychology (2010), 81 (88 ff.).

³⁰⁸ *Hottinger*, Eigeninteresse und individuelles Nutzenkalkül in der Theorie der Gesellschaft und Ökonomie von Adam Smith, Jeremy Bentham und John Stuart Mill (1998), S. 229 ff.

Interessen von Gesellschafter und Gesellschaft deckungsgleich sind³⁰⁹. Die Gesellschaft unterliegt dem privatautonomen Willen der Gesellschafter, ein Verständnis, welches im Grundsatz auch innerhalb der Ansichten vorherrscht, die ein Eigeninteresse anerkennen. Denn das Eigeninteresse soll in seiner tautologischen Formulierung nach der überwiegenden Meinung innerhalb der Auffassung, welche diesen Begriff überhaupt anerkennt, zum Ausdruck bringen, dass das Interesse ein solches ist, welches nicht der Disposition der Gesellschafter unterliegt, und insoweit erst in einer Grenzsituation zum Tragen kommt³¹⁰. Der Possessivzusatz „eigen“ sichert also in diesem Sinne zum einen ausnahmesituationsbedingt und zum anderen einseitig und negativ zur Gesellschafterseite ab³¹¹. Die plakative Formulierung „eigen“ rechtfertigt nach diesem Verständnis, da dieses allein auf den genannten negativen Aspekt verweist, nicht eine vollständige Respektierung als juristische Person³¹². Ein komplementäres positives Bedeutungsverständnis im Sinne eines autonomen „self-regarding interest“ der juristischen Person wäre indes nur dann möglich, wenn man mit *Wilhelm* die GmbH als juristische Person „erst“ nähme³¹³, d. h. sie als eine rechtliche Konstruktion mit eigenem Ordnungswert anerkennt³¹⁴ und in diesem Sinne ein personifiziertes Verständnis der GmbH zu Grunde legte. *Wilhelm* bemängelt die infolge der Durchgriffshaftung nicht durchgehaltene Trennung von Gesellschaft und Gesellschafter und die damit verbundene fehlende Respektierung der juristischen Persönlichkeit der GmbH³¹⁵. Er vertritt im Gegensatz zur Aufhebung des Trennungsprinzips die Rechtsfolge der Organhaftung als Resultat einer Pflichtenbindung der Gesellschafter im Umgang mit dem Gesellschaftsvermögen in dem Sinne, dass Maßnahmen zu unterlassen seien, welche ein unvertretbares Risiko für die Gesellschaft begründen würden³¹⁶. Es handelt sich bei diesem Modell um eine Sorgfaltshaftung insbesondere des Alleingeschafters als Quasi-Fremdgeschäftsführer analog § 43 GmbHG³¹⁷. *Wilhelm* bezieht sich explizit auf *von Savigny*, wenn er ausführt, dass dieser in seiner Theorie der juristischen Person ein von den Mitgliedern abstrahiertes Eigeninteresse der juristischen Person vorausgesetzt habe³¹⁸. Richtig dürfte insoweit sein, dass nach *von Savigny* die Rechtspersönlichkeit

³⁰⁹ *Zöllner*, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden (1963), S. 20: „Es (das Verbandsinteresse, *d.V.*) gegenüber dem einheitlichen Willen aller Mitglieder durchzusetzen, hieße in Wahrheit, außerhalb des Verbands liegenden Interessen gegen seine Mitglieder zum Sieg zu verhelfen“.

³¹⁰ *Jochen Kaufmann*, Organuntreue zum Nachteil von Kapitalgesellschaften (1999), S. 70.

³¹¹ *Ransiek*, Untreue im GmbH-Konzern (2003), 207 (212 f.).

³¹² *Priester*, ZGR 22 (1993), 512 (520).

³¹³ *Wilhelm*, Die Vermögensbindung bei der Aktiengesellschaft und der GmbH und das Problem der Unterkapitalisierung (1978), 337 (391).

³¹⁴ *Wilhelm*, Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person (1981), S. 332; *Wimmer-Leonhardt*, Konzernhaftungsrecht (2004), S. 231 ff.

³¹⁵ *Wilhelm*, Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person (1981), S. 340 ff.

³¹⁶ *Wilhelm*, Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person (1981), S. 356 f.

³¹⁷ *Altmeppen*, ZIP 2001, 1837 (1843 f.); *Ulmer*, ZIP 2001, 2021 (2025).

³¹⁸ *Wilhelm*, Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person (1981), S. 340 ff., siehe insbesondere S. 343: „*Savigny* hat (...) seinen Begriff von der körperschaftlichen juristischen Person

der Korporation – in einem durchaus modernen Verständnis – nicht in den einzelnen Mitgliedern, sondern in dem idealen Ganzen besteht; andererseits hat *von Savigny* den zu Grunde liegenden Sozialgebilden, dem Substrat, keine besondere Aufmerksamkeit geschenkt, insbesondere leistete er keine vertiefte Differenzierung unter den juristischen Personen des Privatrechts. Prägend für *von Savignys* Theorie der juristischen Person war es vielmehr, ihre Entstehung streng etatistisch als einen Akt staatlicher Gewährung zu begreifen³¹⁹. Ob die damit verbundene heteronome, weil nur von dem hoheitlichen Gewährungsakt abhängige und daher im Wesentlichen allein gesetzespositivistisch bedingt Gestaltbarkeit der juristischen Person die von *Wilhelm* wohl intendierte transzendierte, d. h. von den sie begründenden natürlichen Personen abstrakte Hypostasierung der juristischen Person manifestieren kann, ist jedenfalls fraglich³²⁰. Es kommt hinzu, dass gegen *Wilhelms* Organhaftungslehre mit einigem Recht insbesondere angeführt wird, die Gesellschafterhaftung greife zum einen deswegen zu weit, weil sie auch Fälle der bloßen Untätigkeit der Gesellschafter erfasse³²¹ und dass es zudem systematisch eine „seltsame Regelungstechnik“ darstelle, den Verstoß eines Gesellschafters gegen GmbH-Recht dadurch zu sanktionieren, dass man ihn als Fremdgeschäftsführer behandle³²².

Jedenfalls im Ergebnis vergleichbar mit *Wilhelms* Lehre begründen *Ziemons* und *Wimmer-Leonhardt* die Inanspruchnahme der Gesellschafter durch die Gesellschaft auf der Grundlage einer Treuepflichtverletzung gegenüber der Gesellschaft³²³. Nach *Wimmer-Leonhardt* findet die Treuepflicht ihren Grund in der gesellschaftsrechtlichen Förderpflicht, stellt sich organisationsrechtlich als Bestandteil des Mitgliedschaftsverhältnisses dar und verbietet es dem Gesellschafter, ohne vorherige Zweckänderung oder der Auflösung der Gesellschaft dem Gesellschaftszweck zuwider zu handeln; soll der von den Gesellschaftern installierte Zweck der Gesellschaft, der statutarisch bei der Gründung der GmbH – als Unternehmensgegenstand – gewählt wurde, geändert werden, wäre dies oder die Auflösung der Gesellschaft jeweils im Einklang mit den Normen des GmbHG notwendig³²⁴. Ein ähnliches Verständnis legt *Ziemons* zu Grunde, wenn sie ebenfalls an einen Gesellschaftszweck anknüpft, welcher der GmbH gegenüber den Gesellschaftern Rechtssubjektivität vermittelt und dessen Verfolgung das die Privatautonomie der Gesellschafter be-

an solchen Körperschaften orientiert, die eine institutionelle, überindividuelle Zweckbestimmung oder Existenz haben und aufgrund dieser Ausrichtung zur Gänze zu der Individualität ihrer jeweiligen Mitglieder in Gegensatz stehen“.

³¹⁹ *Wimmer-Leonhardt*, Konzernhaftungsrecht (2004), S. 242. Vgl. zu *von Savignys* Fiktionstheorie unten Kapitel 7, II. 4. a).

³²⁰ Kritisch auf dem Hintergrund des positiven Rechts *Ulmer*, ZHR 148 (1984), 391 (418).

³²¹ *Wimmer-Leonhardt*, Konzernhaftungsrecht (2004), S. 215.

³²² *Ulmer*, ZIP 2001, 2021 (2025 f.).

³²³ *Ziemons*, Die Haftung der Gesellschafter für Einflussnahmen auf die Geschäftsführung der GmbH (1996), S. 81 ff.; *Wimmer-Leonhardt*, Konzernhaftungsrecht (2004), S. 231 ff.

³²⁴ *Wimmer-Leonhardt*, Konzernhaftungsrecht (2004), S. 244 ff.

schränkende Eigeninteresse der Gesellschaft darstellt³²⁵. Inhaltlich geht dieses nur durch Zweckänderung zu modifizierende Eigeninteresse der Gesellschaft auf deren Erhaltung und auf Rentabilität³²⁶. Beide rekurrieren zwar – wie *Wilhelm* – auf *von Savignys* Fiktionstheorie³²⁷, sehen das Wesen der juristischen Person jedoch in ihrem Gesellschaftszweck³²⁸ als „Lebensgesetz“³²⁹ bzw. „Leitidee“³³⁰ der Gesellschaft und dürften somit eher den heute herrschenden Zwecktheorien zur juristischen Person nahe stehen. Das Eigeninteresse in diesem Verständnis nach *Wimmer-Leonhardt* und *Ziemons* abstrahiert somit von den Interessen anderer natürlicher Personen, die sich zur GmbH als Gesellschafter oder Gläubiger positionieren³³¹. Die Folge eines solchen Verständnisses des „Eigeninteresses“ ist es, dass eine Verantwortlichkeit der Gesellschafter für gesellschaftsschädigende Handlung nicht nur in einer Grenz- bzw. Ausnahmesituation, d. h. im Falle des Angriffs auf das Stammkapital oder im Falle der Existenzvernichtung, in Betracht käme, sondern bei jedem kausal zugefügten Nachteil, wobei Einzelheiten des Risikogeschäfts und des Verschuldens hier nicht interessieren sollen. Anders als beim oben dargestellten Begriff der Existenzvernichtungshaftung sichert dieses Verständnis des Eigeninteresses daher nicht nur lediglich die Solvenz der GmbH im Gläubigerinteresse, sondern vielmehr die Interessen der GmbH umfassend gegen jegliche Nachteilszufügung durch die Gesellschafter; das Eigeninteresse ist nach diesen Auffassungen somit nicht mit dem Bestandsschutz der GmbH identifiziert, sondern geht über diesen Gläubigerschutz im Sinne eines echten Gesellschaftsschutzes hinaus. In diesem Sinne könnte in der Tat von einer umfassenden Eigenständigkeit der GmbH gegenüber ihren Gesellschaftern gesprochen werden³³²; diese Eigenständigkeit definierte jedenfalls inhaltlich ein „self-regarding interest“, wenn man von den Problematiken seiner vorgängigen Fremddefinition durch die zwecksetzenden Gesellschafter und der paternalistischen Überlagerung ihres Zweckhandelns absieht.

Dieses Verständnis der GmbH im Sinne *Wilhelms*, *Ziemons* oder *Wimmer-Leonhardts* als eine von den Interessen der Gesellschafter abstrakt zu betrachtende Interessenträgerin hat sich in der Gesellschaftsrechtswissenschaft jedoch nicht durchgesetzt. Gegen einen insgesamt im Vergleich zur Existenzvernichtungshaftung weiter gefassten Haftungsmaßstab wird eingewandt, dass sich gerade das Recht der

³²⁵ *Ziemons*, Die Haftung der Gesellschafter für Einflussnahmen auf die Geschäftsführung der GmbH (1996), S. 104 ff.

³²⁶ *Ziemons*, Die Haftung der Gesellschafter für Einflussnahmen auf die Geschäftsführung der GmbH (1996), S. 137.

³²⁷ *Wimmer-Leonhardt*, Konzernhaftungsrecht (2004), S. 234 f.; *Ziemons*, Die Haftung der Gesellschafter für Einflussnahmen auf die Geschäftsführung der GmbH (1996), S. 102.

³²⁸ *Wimmer-Leonhardt*, Konzernhaftungsrecht (2004), S. 244 f.; *Ziemons*, Die Haftung der Gesellschafter für Einflussnahmen auf die Geschäftsführung der GmbH (1996), S. 102 f.

³²⁹ *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Band I (1980), S. 10, zitiert bei *Wimmer-Leonhardt*, Konzernhaftungsrecht (2004), S. 244 in Fn. 633.

³³⁰ *Reuter*, ZGR 1987, 475 (483), zitiert bei *Wimmer-Leonhardt*, Konzernhaftungsrecht (2004), S. 244 in Fn. 633.

³³¹ *Wimmer-Leonhardt*, Konzernhaftungsrecht (2004), S. 272.

³³² *Priester*, ZGR 22 (1993), 512 (518).

GmbH – im Gegensatz zum Recht der Aktiengesellschaft – durch die Freiheit der Gesellschafter im Umgang mit der Gesellschaft auszeichne und zudem es rechtsgeschichtlich und rechtssystematisch nicht zu rechtfertigen sei, die GmbH allein um ihrer selbst willen zu respektieren³³³. Vielmehr könne ein Eigeninteresse – wenn es denn terminologisch anerkannt würde – nur den Schutz „außenstehender“ Dritter verfolgen, was sich insbesondere darin zeige, dass den Gläubigerschutzvorschriften des geschriebenen GmbH-Rechts die Statuierung eines Haftungsreservoirs im Interesse Dritter und in Absicherung gegen den Zugriff der Gesellschafter zu Grunde liege³³⁴. Mit diesem Verständnis des Eigeninteresses geht eine Verdoppelung des Gesellschaftsinteresses einher: Neben dem Gesellschafterinteresse an der Verwirklichung des Gesellschaftszwecks tritt das Eigeninteresse, das Gesellschaftsvermögen zur Befriedigung der Gläubiger einsetzen zu können – „(d)ie Gesellschaft hält gleichsam aus eigenem Recht, aber in fremdem Interesse, wie eine Treuhänderin der Gläubiger, den Gesellschaftern die Absonderung des gesellschaftsrechtlich gebundenen Vermögens entgegen“³³⁵.

Die herrschende Auffassung, soweit sie zumindest ein Eigeninteresse terminologisch anerkennt, lässt sich mit den Worten *Karsten Schmidts* zusammenfassen: „Man wird konzedieren müssen, dass es mit einem schützenswerten ‚Eigeninteresse‘ der Gesellschaft, solange nicht Dritte betroffen sind, nicht weit her ist“³³⁶. Das Eigeninteresse kommt danach allenfalls dann – und nur dann – ins Spiel, wenn – als bereits erwähnte Grenz- bzw. Ausnahmesituation – Gläubigerinteressen über es notwendigerweise vermittelt werden³³⁷. Insofern wird über den Possessivzusatz „eigen“ die Trägerqualität der juristischen Person, ihre Mediatisierungs- bzw. Vermittlungsfunktion als „Haftungsreservoir für die Gläubiger“³³⁸ definiert. Diese Mediatisierungsfunktion dient dazu, trotz inhaltlicher Fremdbestimmtheit des Interesses dieses als gesellschaftseigen zu definieren. Nach diesem Verständnis ist der Begriff des Eigeninteresses jedoch in der Tat verschleiernd³³⁹, denn ein in diesem

³³³ *Röhricht*, Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz (2000), 83 (103); *Ulmer*, ZHR 148 (1984), 391 (414 f.); *ders.*, ZIP 2001, 2021 (2025 m.w.N. in Fn. 50); *Wazlawik*, Die Konzernhaftung der deutschen Muttergesellschaft für die Schulden ihrer US-amerikanischen Tochtergesellschaft (2004), S. 267 f.

³³⁴ *Martin Winter*, ZGR 23 (1994), 570 (588).

³³⁵ *Schön*, ZHR 168 (2004), 268 (282).

³³⁶ *Karsten Schmidt*, NJW 2001, 3577 (3580).

³³⁷ *Ziemons*, Die Haftung der Gesellschafter für Einflussnahmen auf die Geschäftsführung der GmbH (1996), S. 96 f.

³³⁸ *Karsten Schmidt*, NJW 2001, 3577 (3580). Diese Kanalisierungs-, Vermittlungs- oder Trägerfunktion betonen *BGH*, NJW 2007, 2689 (2691) – „Trihotel“; *Altmeyden*, NJW 2007, 2657 (2659); *Martin Winter*, ZGR 23 (1994), 570 (588); *Priester*, ZGR 22 (1993), 512 (521); *Fleck*, ZGR 19 (1990), 31 (38); *Ulmer*, Schutz der GmbH gegen Schädigung zugunsten ihrer Gesellschafter? (1988), 853 (860).

³³⁹ *Zöllner*, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden (1963), S. 20, zum synonymen Begriff des „Verbandsinteresses“.

Sinne originärer Selbstzweck wird mit dem Schutz der GmbH als eigene Rechtspersönlichkeit nicht verfolgt³⁴⁰.

Fest dürfte ferner stehen, dass seit der Nivellierung der Unterschiede in der Haftung zwischen unabhängiger und qualifiziert faktisch konzernierter GmbH durch die Existenzvernichtungsrechtsprechung eine Beschränkung des Eigeninteresses – sollte ein solches angenommen werden können – auf Konzernlagen nicht mehr bestehen dürfte³⁴¹.

Zusammengefasst stellt sich der Meinungsstand zum Eigeninteresse daher im Wesentlichen viergliedrig dar: Innerhalb der Ansicht, welche ein Eigeninteresse anerkennt, wird weiter differenziert, ob dieses lediglich aus Gläubigerschutzgesichtspunkten auf die Existenz(=Solvenz-)Vernichtungsgrenze beschränkt ist oder ob es umfassend im Sinne der Abwehr jeglichen gesellschaftsschädigenden Verhaltens formuliert ist. Letztgenannter Position steht im diametralen Extrem die heute in der Minderheit befindliche gesellschaftsrechtliche Meinung entgegen, nach der ein Eigeninteresse verneint wird und zudem auch Gläubigerschutzgesichtspunkte – ohne Rekurs auf diesen Begriff – für die Ausweitung der Gesellschafterhaftung über den Basisschutz der §§ 30, 31 GmbHG nicht anerkannt werden³⁴². Schließlich ist die Anerkennung der Existenzvernichtungshaftung zu nennen, ohne dass der Begriff des Eigeninteresses dafür bemüht, die Existenz eines solchen vielmehr abgelehnt bzw. als unerheblich angesehen wird. Der maßgebliche Streit innerhalb der herrschenden Meinung in der Gesellschaftsrechtswissenschaft zur Gesellschafterhaftung, die sich aus den an erster und letzter Stelle genannten Auffassungen speist, dürfte im Hinblick auf die Existenz eines Eigeninteresses daher allenfalls terminologische Bedeutung und sich material im Wesentlichen darauf reduziert haben, welche Rechtsgrundlagen für den als notwendig erachteten Gläubigerschutz durch Solvenzsicherung der Gesellschaft über den Schutz der §§ 30, 31 GmbHG hinaus bestehen. Diese, die Existenz eines Eigeninteresses der Gesellschaft entweder bejahenden oder aber verneinenden Auffassungen fußen in ihrer Begründung auf Gläubigerschutzgesichtspunkten, begründen also allenfalls einen marginalen Unterschied; für eine kategoriale Bestimmung der Gesellschaftspersönlichkeit ist dieses funktionale Verständnis ungeeignet. Der Begriff des Eigeninteresses hat danach im Gesellschaftsrecht allein die Funktion, den Schutz der durch die GmbH mediatisierten Gläubigerinteressen zu gewährleisten. Ungeachtet der Anerkennung des Begriffs des Eigeninteresses kann daher innerhalb der herrschenden Auffassung im Gesellschaftsrecht und der gesellschaftsrechtlichen Rechtsprechung die gesamte Begründung der neuen Haftungsstruktur über Drittinteressen, ihre Rangfolgen und den Zeitpunkt ihrer Wechsel definiert werden. Mit den Worten *Wilhelms* „erst ge-

³⁴⁰ *Gehrlein*, NJW 2000, 1089 (1090).

³⁴¹ *Hanft*, Strafrechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Einmann-GmbH (2006), S. 31. Anders noch *Jochen Kaufmann*, Organuntreue zum Nachteil von Kapitalgesellschaften (1999), S. 78: „(...) zwei grundlegend unterschiedliche Rechtssituationen (...)“.

³⁴² *Ehricke*, AcP 199 (1999), 257 (275 ff.); *Rubner*, „Solvat socius“ statt „caveat creditor“? Zur Haftung des GmbH-Gesellschafters wegen sog. existenzvernichtenden Eingriffs (2005), S. 156 ff.; *ders.*, DStR 2005, 1694; *Nassall*, ZIP 2003, 969 (971 f.).

nommen“ – im Sinne materialer Personalität – wird die GmbH damit nicht. Beide Auffassungen innerhalb der herrschenden Meinung – die das Eigeninteresse bejahende, ein solches ablehnende – dürften insoweit auf dem Boden der Zwecktheorien stehen, da der Zweck des Gläubigerschutzes für die GmbH als mit konstituierend angesehen und es zudem im technizistisch-etatistischen Sinne offen gelassen wird, ob der für die juristische Person als maßgeblich angesehene Zweck durch die Gesellschafter oder durch das Gesetz definiert wird³⁴³. Im Wesentlichen fußt die Rechtspersönlichkeit auf der Anerkennung der GmbH als Haftungsverband in Form der Trennung des Gesellschaftsvermögens vom Vermögen der Gesellschafter und der Bindung dieses getrennten Vermögens zur vorrangigen Befriedigung der Gläubiger – „Absonderung und Zweckbindung“³⁴⁴ – einerseits sowie der Haftungsbeschränkung andererseits, bis zu deren Höhe dem Gesellschaftsvermögen somit die Funktion eines Haftungsfonds zukommt, aus deren vermeintlicher Unzulänglichkeit wiederum weitere, bestandssichernde Gläubigerschutznotwendigkeiten gefolgert werden. Vorrangig ist daher nicht die Personenqualität der GmbH, sondern das ihr im oben dargelegten Sinne zugeschriebene subjektive Recht, mithin – abstrakter gefasst – die heteronom definierte Eigenschaft der GmbH als Rechtsträgerin.

c) Konzept der Durchgriffs(außen)haftung: Aktivlegimitation der Gläubiger

Fraglich ist zudem, ob mit dem in dem „KBV“-Urteil verfolgten und auch insbesondere von *Bitter* vertretenen Konzept der Durchgriffs(außen)haftung eine Zuwendung zum direkten Gläubigerschutz indiziert wird im Sinne einer Übergehung der Personenqualität der Gesellschaft³⁴⁵. Die in diesem Sinne weitestgehende Ablehnung der Durchgriffshaftung als „Mißachtung oder (...) Einschränkung der Beachtung der Selbständigkeit der juristischen Person“ vertritt *Wilhelm*³⁴⁶. Prima facie scheint die Aktivlegitimation des Gläubigers gegen den Gesellschafter die GmbH ihrer gläubigerschützenden Mediatisierungs- und Kanalisierungsfunktion zu entledigen. Dies könnte dafür sprechen, dass die Rechtspersonenqualität der Gesellschaft keine Bedeutung spielt, sich durch das Konzept der Durchgriffs(außen)haftung vielmehr offenbart, dass es losgelöst von der GmbH allein um die Durchsetzung von umgeleiteten Gläubigerinteressen geht. Dagegen wäre jedoch einzuwenden, dass auch die Außenhaftung in das System der Existenzvernichtungshaftung eingebettet ist, was sich darin zeigt, dass die Durchgriffs(außen)haftung subsidiär ausgestaltet ist, d. h. nur dann greift, „soweit nicht der der GmbH durch den Eingriff insgesamt

³⁴³ Vgl. zu den Zwecktheorien unten Kapitel 7, II. 7.

³⁴⁴ *BGH*, NJW 2002, 3024 (3025) – „KBV“.

³⁴⁵ In diesem Sinne *Kasiske*, *wistra* 2005, 81 (83); *ders.*, JR 2011, 235 (236 f.); *Seier* in: Achenbach/Ransiek, *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht* (2008), S. 449; *Busch*, *Konzernuntreue* (2004), S. 175. Die weitestgehende Ablehnung der Durchgriffshaftung vertritt *Wilhelm*, *Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person* (1981), S. 285 ff.

³⁴⁶ *Wilhelm*, *Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person* (1981), S. 285.

zugefügte Nachteil schon nach §§ 30, 31 GmbHG vollständig ausgeglichen werden kann oder kein ausreichender Ausgleich in das Gesellschaftsvermögen erfolgt³⁴⁷. Die Durchgriffs(außen)haftung setzt insoweit also die Beendigung der Existenz der GmbH – verstanden als ihre Solvenz³⁴⁸ – voraus. Eine „Düpierung“ der Rechtspersönlichkeit der GmbH durch das Modell der Durchgriffs(außen)haftung dürfte sich auf Grund des Vorranges des Ausgleichs zu Gunsten der Gesellschaft somit nicht ohne Weiteres induzieren lassen. Zudem hat sich mittlerweile in der Rechtsprechung des *II. Zivilsenats* die gegenläufige Innenhaftungstendenz aus dem „Trihotel“-Urteil mit der Begründung durchgesetzt, dass der für die Durchgriffshaftung notwendige Missbrauch der Rechtsform „GmbH“ durch die Gesellschafter, welcher den Verlust des Haftungsprivilegs aus § 13 Absatz 2 GmbHG rechtfertigen könnte³⁴⁹, beim missbräuchlichen Eingriff der Gesellschafter in das Gesellschaftsvermögen gerade nicht vorliege³⁵⁰. In dem „Trihotel“-Urteil wird die Gesellschaft dann auch konsequent ausdrücklich als „Trägerin des geschädigten Gesellschaftsvermögens“³⁵¹ bezeichnet – damit steht die GmbH wieder subjekthaft im Zentrum des Geschehens und insbesondere wird der primäre Schaden bei ihr loziert, womit die oben genannte Argumentation eines direkten Gläubigerschutzes endgültig nicht mehr haltbar sein dürfte³⁵². Die in der Entscheidung verwendeten Begriffe „mittelbar“, „reflexartig“, „mediatisiert“ und „kanalisiert“ weisen darauf hin, dass der angestrebte Gläubigerschutz über die Inanspruchnahme der Gesellschaft vermittelt wird³⁵³.

Es kommt hinzu, dass selbst dann, wenn man in der Durchgriffshaftung ein Indiz für die (weitere) Missachtung der materialen Personenqualität der GmbH sehen würde, zu beachten wäre, dass die Grundlage dieser Haftungsfigur insoweit auch – wie in den Konzepten der Innenhaftung jedenfalls nach dortiger herrschender Auffassung – in der zweckwidrigen Verwendung der Haftungsbeschränkung durch die Gesellschafter gesehen wird³⁵⁴. Nach der zur dogmatischen Begründung der Durchgriffshaftung zu Grunde gelegten sog. Normzwecklehre ist die Aufbringung und Erhaltung von Stammkapital ohne Sinn, wenn ein Haftungsfonds praktisch nicht vorhanden zu sein braucht; sei das Stammkapital so gering, dass es die vom Gesetz vorgesehene Garantiefunktion, die sich aus dem dort zum Ausdruck kommenden Zusammenhang zwischen Kapitalsicherung und Ausschluss der Gesellschafterhaf-

³⁴⁷ BGH, NJW 2002, 3024 (3025).

³⁴⁸ Vgl. oben a).

³⁴⁹ Siehe BGH, NJW 2002, 3024 (3025), auch Bitter, WM 2001, 2133 (2137).

³⁵⁰ BGH, NJW 2007, 2689 (2692).

³⁵¹ BGH, NJW 2007, 2689 (2692).

³⁵² In diesem Sinne auch Radtke/Hoffmann, GA 2008, 535 (548, 551): „Die Entscheidung rückt die eigene Rechtspersönlichkeit der GmbH in den Vordergrund“. Auch Hoffmann, Untreue und Unternehmensinteresse (2010), S. 124, 126, 164 f.

³⁵³ Altmeppen, NJW 2007, 2657 (2659); Goette, DStR 2007, 1593 (1594).

³⁵⁴ Bitter, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften (2000), S. 100 ff., 121 ff.; ders., WM 2001, 2133 (2139 ff.).

tung ergebe, nicht übernehmen könne, so verliere letzterer seine Berechtigung³⁵⁵. Zu Grunde liegt danach eine Ermittlung bestimmter objektiver Mindestvoraussetzungen für eine Haftungsbeschränkung der Gesellschafter aus der gesetzlichen Wertung, die dazu führt, dass die zentrale Norm des § 13 Absatz 2 GmbHG im Wege der teleologischen Reduktion auf solche Fallgestaltungen nicht angewendet werden kann, die außerhalb dieses normativen Zwecks liegen³⁵⁶. Ein solcher Fall sei gegeben, wenn den Gläubigern auf Grund einer Unterkapitalisierung ein übermäßiges, nicht mehr mit dem Sinn und Zweck der Haftungsbeschränkung vereinbares Insolvenzrisiko aufgebürdet werde³⁵⁷. Im Grundsatz Gleiches gilt für die Ansicht, welche die Durchgriffshaftung auf einen Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) stützt³⁵⁸, da es sich bei der Normzwecklehre lediglich um einen Unterfall des allgemeinen Missbrauchstatbestandes handelt³⁵⁹. Aus dem Normzweckansatz folgert insbesondere *Bitter* die Möglichkeit, nach Gläubigergruppen zu differenzieren, da eine Schutzwürdigkeit bestimmter Gläubiger, die das Risiko bewusst eingingen, nicht bestehe³⁶⁰. Danach seien die Schadenskosten unfreiwilliger (Delikts-) Gläubiger zu internalisieren, da diese Gläubiger weder von einem Vertrag Abstand nehmen könnten noch ihnen die Möglichkeit eröffnet sei, das von ihnen getragene Risiko durch das Aushandeln von Risikoprämien auszugleichen; in der Gruppe der freiwilligen (Vertrags-)Gläubiger sei wiederum zu differenzieren zwischen Dienstleistungsgläubigern und Banken bzw. Warenlieferanten, da Ersteren in der Regel keine effizienten Sicherungsmöglichkeiten an den von ihnen erbrachten Produkten möglich sei³⁶¹. Diesen Erwägungen zu Grunde liegen die bereits oben erwähnten Erkenntnisse der ökonomischen Analyse, nach denen die Externalisierung von Risiken und Kosten im Wesen der Tätigkeit der Rechtsform „GmbH“ läge³⁶²; die Möglichkeit der Externalisierung würde dazu führen, dass der Gesellschafter über die GmbH auch Projekte durchführe, die sich gesamtwirtschaftlich betrachtet als negativ darstellten, da er Kosten, die nicht gegen ihn geltend gemacht werden könnten, in seine Investitionsentscheidung nicht einbeziehen müsse, so dass sich das Projekt für ihn selbst als positiv darstellen könne³⁶³. Die Ähnlichkeit zu der Auffassung, welche im Rahmen der Existenzvernichtungshaftung ein Eigeninteresse der GmbH

³⁵⁵ *Bitter*, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften (2000), S. 121 f.

³⁵⁶ *Bitter*, WM 2001, 2133 (2139).

³⁵⁷ *Bitter*, WM 2001, 2133 (2140).

³⁵⁸ Siehe nur BGHZ 31, 258 (271); 54, 222 (224); offen gelassen in BGHZ 68, 312 (315 f.).

³⁵⁹ *Bitter*, WM 2001, 2133 (2139).

³⁶⁰ *Bitter*, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften (2000), S. 555 ff.; *ders.*, WM 2001, 2133 (2140 f.). Eine Gläubigerdifferenzierung nehmen auch vor *Adams*, Eigentum, Kontrolle und Beschränkte Haftung (1991), S. 56 ff., und *Rubner*, DStR 2005, 1694 (1698 ff.).

³⁶¹ *Bitter*, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften (2000), S. 183; *ders.*, WM 2001, 2133 (2140 f.).

³⁶² Siehe zur direkten Übertragung der ökonomischen Analyse des Rechts auf die Strafbarkeit wegen Organuntreue zum Nachteil der GmbH durch *Birkholz*, Untreuestrafbarkeit als strafrechtlicher „Preis“ der beschränkten Haftung (1998), unten Kapitel 4, I. 3.

³⁶³ *Bitter*, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften (2000), S. 186, 556 ff.; *ders.*, WM 2001, 2133 (2136 f.).

anerkennt, zeigt sich darin, dass auch dort zur Haftungsbegründung eine Berufung auf die ökonomische Analyse erfolgt³⁶⁴.

Insoweit dürften sich die Auffassungen, die gleichermaßen unter Berufung auf ein Defizit des gesetzlich geregelten Gläubigerschutzes auf den Existenz(=Solvenz-)schutz der GmbH bzw. ein Eigeninteresse der Gesellschaft und ein Konzept der Innenhaftung abstellen, lediglich in dem Außenbild der Aktivlegitimation, jedoch – zumindest kategorial – nicht in den dogmatischen Grundlagen unterscheiden; jedenfalls ergibt sich aus dem Konzept der Durchgriffs(außen)haftung nicht zwingend eine weitergehendere Außerachtlassung der Rechtspersonenqualität der GmbH als in den anderen hier dargelegten (Innen-)Haftungskonzepten.

d) Gesellschaftsrechtliches Ergebnis

aa) Ausgangspunkt: Trennungsprinzip und beschränkte Haftung (Haftungsexklusivität)

Die bisherige Untersuchung zur Dispositionsbefugnis der Gesellschafter über das Vermögen der GmbH hat gezeigt, dass nahe zu alle Ansichten zwar von der eigenen Rechtspersönlichkeit der GmbH im Verhältnis zu den Gesellschaftern ausgehen, diese allerdings in ihrer Bedeutung auf die Rechtsträgerschaft der Gesellschaft reduzieren. Nach näherer Betrachtung hat sich zudem erwiesen, dass die Meinungen, welche eine Gesellschafterhaftung oberhalb des Basisschutzes aus den §§ 30, 31 GmbHG bis hin zur Existenzvernichtungsgrenze der GmbH – gemeint ist die Solvenzerhaltung – annehmen, mit Gläubigerschutznotwendigkeiten operieren, die sich mit im Wesentlichen wirtschaftlichen Argumenten auf eine mehr oder weniger angenommene Bedrohung der Gläubiger durch das Trennungsprinzip und die Haftungsexklusivität stützen. Dies gilt sowohl für die Konzepte einer Innen- als auch einer Durchgriffs(außen)haftung. Allein die Ansicht, welche eine Einschränkung der Dispositionsfreiheit der Gesellschafter gegen jegliche (gesellschaftszweckwidrige) Nachteilszufügung, also auch im Bereich oberhalb der Grenze der Existenzvernichtung fordert, dispensiert von dieser Grundlage und lehnt diese als unzureichend ab. Allerdings ist ihr ein widersprüchlich-paternalistisches Verhältnis zur Gesellschafterautonomie eigen.

Das Trennungsprinzip gemäß § 13 Absatz 2 GmbHG besagt, dass für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft deren Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen haftet. Dieser Grundsatz lässt sich daraus erklären, dass eine verselbstständigte Vermögenssphäre – eine solche der GmbH ist zumindest durch die Anerkennung der Vermögensfähigkeit als Teil der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft (§ 13 Absatz 1, 1. Halbsatz GmbHG: „Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten; (...)“) gegeben – auch die Haftung aus diesem Vermögen mit sich zieht; *Wieacker* folgert daraus: *quod universitas debet, sin-*

³⁶⁴ *Röhricht*, Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz (2000), 83 (98 f.).

guli non debent³⁶⁵. Beschränkte Haftung meint dabei nicht die Beschränkung der Haftung der Gesellschaft, denn diese haftet ja mit ihrem ganzen Vermögen – insofern erweist sich (auch bei einer natürlichen Person) jede nominal unbeschränkte Haftung allein auf Grund der Möglichkeit nicht hinreichenden Vermögens als faktisch beschränkt³⁶⁶. Vielmehr bedeutet Haftungsbeschränkung die Beschränkung der Haftung der Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen, also Haftungsexklusivität. Dieses zentrale Argument der beschränkten Haftung weist nun aber die Besonderheit auf, dass es nach herrschender Auffassung für die juristische Person nicht konstitutiv ist³⁶⁷. Schon positiv-rechtlich wird die Unabhängigkeit der Haftungsexklusivität vom Kriterium der Rechtspersönlichkeit aufgewiesen und dies in beide Richtungen: So existieren juristische Personen ohne Haftungsbeschränkung wie insbesondere die KGaA³⁶⁸ – hier haftet der Komplementär für Gesellschaftsverbindlichkeiten persönlich (vgl. § 278 Absatz 1 AktG) – und andererseits Gesellschaften ohne juristische Personenqualität wie die KG, bei der die Kommanditisten nach Leistung der Einlage nicht für Gesellschaftsschulden haften (vgl. § 171 Absatz 1 HGB – die Haftung ist begrenzt auf die Höhe der geleisteten Einlage)³⁶⁹. In die gleiche Richtung der Unabhängigkeit von Haftungsbeschränkung und Rechtspersönlichkeit weist der aktuelle Streit in der Gesamthandslehre um das neuere dogmatische Verständnis einiger Personengesellschaften als rechtsfähige Organisationen³⁷⁰. Die Gegenauffassung, welche die Haftungsbeschränkung als Konstitutivum der juristischen Person ansieht³⁷¹, führt im Wesentlichen das Argument der Gleichstellung der juristischen mit der natürlichen Person an, wonach es keine natürliche

³⁶⁵ Wieacker, Zur Theorie der Juristischen Person des Privatrechts (1988), 313 (320, 332 f.).

³⁶⁶ Adams, Eigentum, Kontrolle und Beschränkte Haftung (1991), S. 55.

³⁶⁷ Thomas Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften (2010), S. 11; Thomas Raiser, Die Haftungsbeschränkung ist kein Wesensmerkmal der juristischen Person (2000), 637 (640 f.); ders., der Begriff der juristischen Person. Eine Neubestimmung (1999), 104 (135); ders., Gesamthandsgesellschaft oder juristische Person – Eine Geschichte ohne Ende? (1998), 469 (484); Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Erster Teil, Die Personengesellschaft (1977), S. 98, und Zweiter Teil, Die juristische Person (1983), S. 262; Wimmer-Leonhardt, Konzernhaftungsrecht (2004), S. 242; Ziemons, Die Haftung der Gesellschafter für Einflussnahmen auf die Geschäftsführung der GmbH (1996), S. 98 ff.; Blaurock, Mindestkapital und Haftung bei der GmbH (2005), 3 (6); Grigoleit, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH (2006), S. 8 f.; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Band I (1980), S. 202 f.; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht (2002), S. 211.

³⁶⁸ Grigoleit, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH (2006), S. 12, nennt als weiteres Beispiel gesetzlich angeordneter fehlender Haftungsexklusivität bei gleichzeitiger Belassung von Rechtspersönlichkeit die Nachschusspflicht der Genossen in der Insolvenz der eG (vgl. § 105 Absatz 1 Satz 1 GenG).

³⁶⁹ Ziemons, Die Haftung der Gesellschafter für Einflussnahmen auf die Geschäftsführung der GmbH (1996), S. 100.

³⁷⁰ Grigoleit, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH (2006), S. 13 ff. Vgl. unten dd).

³⁷¹ Siehe insbesondere John, Die organisierte Rechtsperson (1977), S. 91, in ökonomisch-funktionaler Betrachtung: „Es bedeutet (...) in der Tat einen wichtigen Schritt, wenn einer selbständigen Handlungsmöglichkeit eine jedenfalls auch selbständige Haftungsmöglichkeit entspricht, d. h. auch ein Haftungsverband, der allein dem Gläubiger dieser Personifikation zur Verfügung steht.

Person gebe, deren Haftung sich ipso iure auf andere Personen erstrecke³⁷². Damit blendet sie nicht nur den in der juristischen Person angelegten Grundkonflikt des Neben- bzw. Miteinanders von juristischer Person und ihren – natürlichen – „Hinterleuten“ aus, sondern es wird dabei auch übersehen, dass das Trennungsprinzip nicht nur dualistisch, d. h. in dem Nebeneinander von Gesellschafter und Gesellschaft, sondern auch gleichsam in einer Person vereint denkbar wäre: Es wäre so zwar reduziert auf ein bloßes „Haftungsschott“; ein kategorialer Unterschied zwischen einem Einzelkaufmann, der eine Trennung von Privat- und Geschäftsvermögen vorgenommen hätte, und der juristischen Person im Verhältnis zu ihrem Gesellschafter, existierte aus der Perspektive einer Haftungsbeschränkung nicht³⁷³. Vielmehr lässt sich die Frage der Haftungsbeschränkung bzw. der Mithaftung der Gesellschafter auf die rechtspolitischen Probleme der Kreditwürdigkeit und damit der Funktionsfähigkeit einer Gesellschaftsform reduzieren³⁷⁴. Die Überlegung weist auf, dass aus dem Trennungsprinzip nicht notwendig der Grundsatz „quod universitas debet, singuli non debent“ folgt, der Grundsatz der Haftungsbeschränkung eben nicht zwingende Konsequenz der getrennten Vermögensmassen ist: Die Gesellschafterhaftung lässt die rechtliche Verselbstständigung des Verbandes und die Unterscheidung der Vermögensmassen im Grundsatz unberührt³⁷⁵. Daraus resultiert eine gewisse Disponibilität des Trennungsprinzips, welche in der Anerkennung der Rechtsfigur der Durchgriffshaftung exemplarisch aufgewiesen wird³⁷⁶, wenngleich diese Form der Haftung auf Grund der durch sie nicht in Frage gestellten rechtlichen Trennung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter begrifflich irreführend gefasst ist³⁷⁷ und im Vergleich zur Haftungsbeschränkung ein Regel-Ausnahme-Prinzip besteht³⁷⁸. *Grigoleit* hat zudem herausgestellt, dass es auch nicht sachgerecht wäre, die Haftungsexklusivität als notwendiges Element der juristischen Person zu qualifizieren. Danach erlaube es die Trennung von Status- und Haftungsfrage insbesondere, das Problem des Gläubigerschutzes durch die Mitglieder der juristischen Person legislatorisch und richterrechtlich zu bewältigen; eine zusätzliche Gesellschafterhaftung

Denn sonst ist die Personifikation in ihren Haftungsmöglichkeiten einer oder mehreren anderen Personifikationen völlig akzessorisch“.

³⁷² *Bydlinski*, Die Verantwortung juristischer Personen in der Gesellschaft (2000), 21 (48 f.).

³⁷³ *Ziemons*, Die Haftung der Gesellschafter für Einflussnahmen auf die Geschäftsführung der GmbH (1996), S. 98 f. Siehe auch *Priester*, ZIP 1986, 137 (140): „Durch die Möglichkeit eigener Geschäftsführung und die Weisungsbefugnis der Gesellschaftermehrheit gegenüber der Geschäftsführung können die Gesellschafter – formal über die GmbH, der Sache nach unmittelbar – ihre Geschäfte betreiben“.

³⁷⁴ *Thomas Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften (2010), S. 11; *Thomas Raiser*, Die Haftungsbeschränkung ist kein Wesensmerkmal der juristischen Person (2000), 637 (640 f.); *ders.*, der Begriff der juristischen Person. Eine Neubestimmung (1999), 104 (135).

³⁷⁵ *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH (2006), S. 240; *Thomas Raiser*, Die Haftungsbeschränkung ist kein Wesensmerkmal der juristischen Person (2000), 637 (640 f.).

³⁷⁶ Vgl. dazu unten bb).

³⁷⁷ *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH (2006), S. 240.

³⁷⁸ *Blaurock*, Mindestkapital und Haftung bei der GmbH (2005), 3 (6).

würde die Essentialia einer juristischen Person nicht beeinträchtigen³⁷⁹. Insbesondere die dargelegte Entwicklung der Gesellschafterhaftung durch den *II. Zivilsenat* weist auf die Richtigkeit dieser These: Die insoweit entwickelten Modelle der Durchgriffs(außen)haftung und der Innenhaftung der Gesellschafter gegenüber der GmbH stellen Korrekturmodelle einer Gläubigerbenachteiligung dar, welche den Status der GmbH als juristische Person unangetastet lassen. Andererseits zeigen sie auf, dass für den Haftungstatbestand nicht die juristische Person als solche von Erheblichkeit ist, sondern allein die durch die Haftungsexklusivität begründete Gefahrenlage.

Nach alledem lässt sich festhalten, dass der Ausgangspunkt der herrschenden dogmatischen Konstruktionen zur Gesellschafterhaftung die vermeintliche Notwendigkeit eines Gläubigerschutzes darstellt, welche wiederum aus der Beschränkung der Gesellschafterhaftung deduziert wird. Diese stellt jedoch kein Konstitutivum der juristischen Person dar.

bb) Entpersonalisierung und Interessenmediatisierung – Methodologie einer Haftungs begründung aus heteronomen Zweck- und Interessenannahmen

Im Zentrum der gesellschaftsrechtlichen Überlegungen zur Gesellschafterhaftung, sei es im Wege der Innen- oder der Durchgriffs(außen)haftung, steht die Haftungsbeschränkung. Soweit im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum über die Darstellung der Gefahren, die den Gläubigern der GmbH aus der Haftungsexklusivität der Gesellschaft erwachsen können, hinausgehend weitere grundlegendere Ausführungen zur Haftungsbeschränkung und zur Gesellschafterhaftung erfolgen, fußen diese weitgehend auf der sog. ökonomischen Analyse des Rechts, welche zwischen der rein deskriptiven ökonomischen Analyse und ihrem normativen Zweig unterscheidet³⁸⁰. Erstere versucht folgenanalytisch, die Effekte rechtlicher Normen und Entscheidungen zu erklären³⁸¹. Bezogen auf die vorliegende Problematik bedeutet dies, die juristischen Argumente des Für und Wider der Haftungsbeschränkung durch die ökonomische Perspektive im Kontext der individuellen Verhaltensanalyse zu präzisieren³⁸². Dabei wird das menschliche Handlungskalkül im Sinne einer individuellen Nutzenmaximierung begriffen und insoweit ein eigenständiges und rationales, im letzteren Sinne transitives und widerspruchsfreies Entscheidungsverhalten

³⁷⁹ *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH (2006), S. 10 f., 17.

³⁸⁰ *Posner*, *The Economic Analysis of Law* (2007), S. 24 f.: „The theory has normative as well as positive aspects. (...) As for the positive role of economic analysis of law – the attempt to explain legal rules and outcomes as they are rather than to change them to make them better – (...)“.

³⁸¹ *Birkholz*, Untreuestrafbarkeit als strafrechtlicher „Preis“ der beschränkten Haftung (1998), S. 157.

³⁸² *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH (2006), S. 31.

unterstellt³⁸³. Die normative ökonomische Analyse des Rechts hingegen versucht, Recht inhaltlich durch das Ziel der Wohlfahrtsökonomie, nämlich den möglichst nutzbringenden Einsatz der (gesamt-)gesellschaftlichen Ressourcen zu beeinflussen; hier geht es bei der Schaffung von Rechtsnormen, ihrer Kritik sowie ihrer Auslegung zur Rechtsgeltung im Einzelfall um die Durchsetzung des ökonomischen Postulats gesellschaftlicher Effizienz³⁸⁴. Diese Ansätze sind im Wesentlichen konsequenzialistisch geprägt. Die ökonomische Analyse des Rechts wird an späterer Stelle eingehender dargestellt und kritisiert³⁸⁵.

Die nachfolgend dargestellten Ansätze präferieren im Wesentlichen unter Beachtung der von der deskriptiven Analyse vorgegebenen Rahmenbedingungen zur Prognose des wirtschaftlichen Entscheidungsverhaltens eine Auslegung von (richter-)rechtlichen Normen zur Gesellschafterhaftung, welche prospektiv die größtmögliche ökonomische Effizienz im Sinne eines gesamtgesellschaftlichen Nutzens ermöglicht.

Röhricht beschreibt die Beeinträchtigung des auf Grund der Möglichkeit der Haftungsbegrenzung geschaffenen positiven gesamtwirtschaftlichen Effekts durch das „Überhandnehmen“ von Schädigungen und Insolvenzen, welche „nach Art einer Kettenreaktion die (...) Zerstörung der wirtschaftlichen Existenz anderer Teilnehmer am ökonomischen Prozeß nach sich“ zögen³⁸⁶. Er unterscheidet dabei in der Schutzbedürftigkeit zwischen den Gläubigern kleiner oder mittlerer Wirtschaftssubjekte und großen Kreditgebern, die durch das Ausbedingen entsprechender Sicherheiten in der Regel für sich selber sorgten: „Ohne angemessenen Gläubigerschutz müßte deshalb der von der Zulassung der Rechtsform der GmbH ausgehende ökonomische Schaden (...) den ursprünglich erstrebten volkswirtschaftlichen Nutzen spürbar übersteigen“³⁸⁷.

Spezifischer und mit unterschiedlichen Ergebnissen wird die ökonomische Analyse dort diskutiert, wo den Gefahren, welche die Haftungsexklusivität für die Gesellschaftsgläubiger begründet, am radikalsten begegnet wird, nämlich bei der Durchgriffs(außen)haftung, da diese zwar nicht die Beseitigung des Trennungsprinzips, jedoch die Durchbrechung des Prinzips der Haftungsbeschränkung bedeutet³⁸⁸. Im Gegensatz zu *Röhricht* wird dabei einerseits insbesondere in Konzernsituationen wegen der Durchgriffshaftung auf die Muttergesellschaft eine erhöhte Gefahr von

³⁸³ *Birkholz*, Untreuestrafbarkeit als strafrechtlicher „Preis“ der beschränkten Haftung (1998), S. 154 ff.

³⁸⁴ *Posner*, *The Economics of Justice* (1998), S. 49: „Normative economics holds that an action is to be judged by its effect in promoting the social welfare (...)“.

³⁸⁵ Vgl. unten Kapitel 4, I.

³⁸⁶ *Röhricht*, *Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz* (2000), 83 (98 f.).

³⁸⁷ *Röhricht*, *Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz* (2000), 83 (99).

³⁸⁸ Siehe zutreffend *Grigoleit*, *Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH* (2006), S. 240.

Kettenreaktionen in Form des Konzernzusammenbruchs gesehen³⁸⁹. Insbesondere bei einem Cash-Pooling-Management im Konzern sei es den Gläubigern kaum möglich, zukünftige Risiken abzuschätzen, so dass eine Existenzvernichtungshaftung in der Regel zu spät ansetze³⁹⁰. Die Existenzvernichtungshaftung sei aus der Perspektive der ökonomischen Analyse daher nicht in der Lage, Gläubigerschutz zu gewährleisten und schränke andererseits auf Grund des Haftungsrisikos den unternehmerischen Spielraum des Gesellschafters nicht unerheblich ein, was wiederum die Anziehungskraft der Rechtsform der deutschen GmbH mindere und die Attraktivität ausländischer Rechtsformen erhöhe³⁹¹.

Dem stehen auf Grundlage der ökonomischen Analyse Stimmen gegenüber, welche eine Durchbrechung der Haftungsbeschränkung im Wege des Durchgriffs im Einzelfall, auch und insbesondere in Konzernsituationen³⁹², als sinnvoll erachten³⁹³. Danach ist von Interesse, welche Auslegung der gesellschaftsrechtlichen Haftungsregelungen betreffend die Gesellschafter es ermöglicht, freiwilliges Handeln aller betreffenden Akteure (Gesellschafter, Gläubiger) effizient zu gestalten³⁹⁴. Bei der Frage, ob die Haftungsbeschränkung eine nach Effizienzgesichtspunkten unzulässige Möglichkeit der Kostenexternalisierung auf Dritte darstellt³⁹⁵, wird nach verschiedenen Gruppen von Gesellschaftsgläubigern differenziert: So wird eine Beseitigung der Haftungsexklusivität insbesondere bei unfreiwilligen (Delikts-)Gläubigern bejaht, da diese ihre Gläubigerposition gegenüber der betreffenden Gesellschaft nicht verhindern können, somit also von einem Vertrag nicht Abstand nehmen bzw. sog. Risikoprämien oder Verhaltensregulierungen aushandeln können³⁹⁶. Die Möglichkeit der Gesellschafter zur Kostenexternalisierung wird jedoch auch bei freiwilligen Gläubigern gesehen, die – auch infolge Vertragsbruch und Täuschung – das Risiko des Vertragsschlusses mit der Gesellschaft falsch einschätzen bzw. zu

³⁸⁹ Rubner, „Solvat socius“ statt „caveat creditor“? Zur Haftung des GmbH-Gesellschafters wegen sog. existenzvernichtenden Eingriffs (2005), S. 193 f.

³⁹⁰ Rubner, „Solvat socius“ statt „caveat creditor“? Zur Haftung des GmbH-Gesellschafters wegen sog. existenzvernichtenden Eingriffs (2005), S. 192.

³⁹¹ Rubner, „Solvat socius“ statt „caveat creditor“? Zur Haftung des GmbH-Gesellschafters wegen sog. existenzvernichtenden Eingriffs (2005), S. 194, 210.

³⁹² Lehmann, ZGR 15 (1986), 345 (363 ff.); Bitter, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften (2000), S. 205 f.; Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts (2005), S. 665 f.

³⁹³ Lehmann, ZGR 15 (1986), 345 (357 ff.); Adams, Eigentum, Kontrolle und Beschränkte Haftung (1991), S. 91 f.; Bitter, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften (2000), S. 204 f.

³⁹⁴ Adams, Eigentum, Kontrolle und Beschränkte Haftung (1991), S. 53 ff.; Bitter, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften (2000), S. 152 ff.

³⁹⁵ Posner, *The Economic Analysis of Law* (2007), S. 424: „Limited liability is a means not of eliminating the risks of entrepreneurial failure but of shifting them from individual investors to the voluntary and involuntary creditors of the corporation – it is they who bear the risk of corporate default“.

³⁹⁶ Adams, Eigentum, Kontrolle und Beschränkte Haftung (1991), S. 57 ff.; Bitter, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften (2000), S. 185 f.; Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts (2005), S. 665.

deren Nachteil sich das Risiko insbesondere durch Verhalten der Gesellschafter nach der vertraglichen Verpflichtung verändert³⁹⁷. In einigen Bereichen unfallge-
neigter Geschäftstätigkeiten der Gesellschaften wirke allerdings der Zwang zum
Abschluss von Haftpflichtversicherungen der Kostenexternalisierung entgegen³⁹⁸.
Zum Teil werden die Arbeitnehmer als besonders schutzwürdige Zwangsgläubi-
ger angesehen, weil Versuche dieser Gruppe, durch Kündigungsdrohung Sicherung
oder Kompensation für den Arbeitslohn zu erhalten, in der Regel aussichtslos sei-
en³⁹⁹. Die notwendige Eigenkapitalausstattung der Gesellschaft in Form der Fest-
legung eines standardisierten Mindestkapitals wird zwar grundsätzlich ebenfalls als
ein der Kostenexternalisierung entgegen wirkender Faktor angesehen, der jedoch
allein nicht hinreichen soll, so dass daneben im Einzelfall eine Ergänzung in Form
der Durchgriffshaftung als notwendig angesehen wird⁴⁰⁰. *Bitter* sieht auf Grundlage
der ökonomischen Analyse unter Abwägung der Vor- und Nachteile der Haftungs-
beschränkung in dem Durchgriff den „Versuch (...), die Vor- und Nachteile der
Haftungsbeschränkung auszubalancieren“⁴⁰¹.

Gegen die Zulässigkeit der Durchbrechung der Haftungsbeschränkung über die
Durchgriffshaftung wird vorgebracht, dass ein unabweisbares Bedürfnis hierfür
nicht bestünde: Insbesondere Banken und Lieferanten als Vertragsgläubiger könn-
ten auf dingliche oder persönliche Sicherheiten bei den Gesellschaftern zurückgrei-
fen⁴⁰². Die Ausfallrisiken der Arbeitnehmer seien – abgesehen von dem Risiko der
Arbeitslosigkeit – durch das Arbeits-, Sozial- und Insolvenzrecht im Hinblick auf
bestehende Entgelt- und Versorgungsansprüche abgesichert⁴⁰³. Ansprüche unfrei-
williger Deliktsgläubiger seien bereits dem Grunde nach unkalkulierbar, so dass
ihnen nicht einmal mit einer insoweit „angemessenen“ Kapitalausstattung begegnet
werden könne; im Übrigen werde die Rechtsform der GmbH gerade deshalb ge-
wählt, um eine unkalkulierbare gesetzliche Haftung zu vermeiden⁴⁰⁴. Auch *Grigo-
leit* lehnt die Durchgriffshaftung ab: Zentrale Legitimationsbegründungen für die
Haftungsbeschränkung seien die Freiwilligkeit der Risikoübernahme der Gläubiger
sowie der durch die Rechtsform ermöglichte Investitionsanreiz⁴⁰⁵. Andererseits er-
gebe sich für die Gesellschafter ein Spannungsverhältnis zwischen Erzielung von

³⁹⁷ *Adams*, Eigentum, Kontrolle und Beschränkte Haftung (1991), S. 61 ff.; *Bitter*, Konzernrecht-
liche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften (2000), S. 188 ff.; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der
ökonomischen Analyse des Zivilrechts (2005), S. 666.

³⁹⁸ *Adams*, Eigentum, Kontrolle und Beschränkte Haftung (1991), S. 59 f.

³⁹⁹ *Adams*, Eigentum, Kontrolle und Beschränkte Haftung (1991), S. 64.

⁴⁰⁰ *Adams*, Eigentum, Kontrolle und Beschränkte Haftung (1991), S. 69 f., 90 f.; *Bitter*, Konzern-
rechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften (2000), S. 201 f.; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch
der ökonomischen Analyse des Zivilrechts (2005), S. 666.

⁴⁰¹ *Bitter*, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften (2000), S. 204.

⁴⁰² *Rubner*, DStR 2005, 1694 (1698); *Blaurock*, Mindestkapital und Haftung bei der GmbH
(2005), 3 (10).

⁴⁰³ *Rubner*, DStR 2005, 1694 (1699); *Blaurock*, Mindestkapital und Haftung bei der GmbH
(2005), 3 (10).

⁴⁰⁴ *Rubner*, DStR 2005, 1694 (1700).

⁴⁰⁵ *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH (2006), S. 72.

Gewinnen mittels der Gesellschaft einerseits und im Privat- bzw. sonstigen Sondervermögen andererseits⁴⁰⁶. Unter dem Gesichtspunkt des Effizienzziels sei es konsequent, diesem Konflikt dadurch Rechnung zu tragen, dass die Gesellschafter wirksam zur ausschließlichen Verfolgung der Gewinninteressen der Gesellschaft, aus der Perspektive der Gesellschafter mithin zum dezentralen Gewinnziel, verpflichtet seien⁴⁰⁷. Auf dem Hintergrund dieser Verpflichtung der Gesellschaft sei eine Durchbrechung des Grundsatzes der Haftungsbeschränkung nicht angezeigt⁴⁰⁸. Denn die oben genannten zentralen Legitimationsgründe der Haftungsbeschränkung würden dann außer Kraft gesetzt; dem besonderen Risiko opportunistischen Verhaltens, das insbesondere bei der Einpersonen-GmbH und der Konzerngesellschaft am größten sei, sei vielmehr mit einer Innenhaftung wegen der Verletzung des Gebots der dezentralen Gewinnverfolgung zu begegnen⁴⁰⁹.

Auch Vertreter der sog. Neuen Institutionenökonomik lehnen eine Durchgriffshaftung ab. Im Unterschied zu den herkömmlichen wohlfahrtstheoretischen Ansätzen untersucht die Neue Institutionenökonomik rechtliche Regelungen als „Institutionen“⁴¹⁰. Es handelt sich dabei nicht um die spezialisierende Übertragung der neoklassischen Theorie auf juristischen Personen bzw. sonstige Korporationen; vielmehr möchte sich die Neue Institutionenökonomik dadurch absetzen, dass sie den analytischen Apparat der Wohlfahrtsökonomik zur Entwicklung institutioneller Ordnungen nutzt, um so den Geltungsbereich und die Prognosefähigkeit der Mikroökonomik zu vergrößern⁴¹¹. Institutionen werden daher in einem weiten und funktionellen Sinne als Einrichtungen verstanden, die helfen, Ungewissheiten des menschlichen Lebens zu verringern, das Treffen von Einzelentscheidungen zu erleichtern und die Zusammenarbeit zwischen den Einzelnen zu fördern⁴¹², so dass die Transaktionskosten insbesondere der wirtschaftlichen Aktivitäten abnehmen⁴¹³. Dabei wird vertragstheoretisch das Bestehen des „veil of ignorance“ vorausgesetzt. Dem menschlichen Verhalten wird somit keine vollkommene individuelle Rationalität zu Grunde gelegt, vielmehr wird hinsichtlich der Zustimmungsfähigkeit einer rechtlichen Regelung auf eine eingeschränkt-individuelle Rationalität der eigennutzenorientierten Akteure mit begrenzten Informationsverarbeitungskapazitäten abgestellt⁴¹⁴. Die Neue Institutionenökonomik sieht die Durchgriffshaftung deswegen kritisch, weil dadurch den freiwilligen Gläubigern der Gesellschaft im Nachhinein

⁴⁰⁶ Grigoleit, *Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH* (2006), S. 72.

⁴⁰⁷ Grigoleit, *Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH* (2006), S. 72.

⁴⁰⁸ Grigoleit, *Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH* (2006), S. 72 f.

⁴⁰⁹ Grigoleit, *Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH* (2006), S. 73.

⁴¹⁰ Vgl. zum Begriff der Institution unten Kapitel 7, I. 1.

⁴¹¹ Richter/Furubotn, *Neue Institutionenökonomik* (2003), S. 2.

⁴¹² Siehe zum individualistischen Ansatz der institutionenökonomischen Wirtschaftstheorie Mansdörfer, *Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts* (2011), S. 20 f.

⁴¹³ Richter/Furubotn, *Neue Institutionenökonomik* (2003), S. 8.

⁴¹⁴ Kirchner, *Zur ökonomischen Theorie der juristischen Person* (2006), 181 (190); Evers, *Die institutionelle Ausgestaltung von Wirtschaftsordnungen* (2003), S. 34; Richter/Furubotn, *Neue Institutionenökonomik* (2003), S. 192 ff., 552 f.

eine bessere Position eingeräumt werde, als sich dies in den Konditionen des zu Grunde liegenden Vertrages nieder geschlagen habe; auch würde der wesentliche, für die jeweiligen Gläubiger vorteilhafte Effekt der Trennung zwischen der juristischen Person und den Gesellschaftern durch ex-post-Umverteilungen umgangen werden, weil mit der Durchgriffshaftung für Gesellschaftsschulden in die Position der Gläubiger der Gesellschafter eingegriffen werde, die diese fehlende Absicherung gegen eine erweiterte Gläubigerkonkurrenz nicht in die Vertragskonditionen haben einbeziehen können⁴¹⁵. Um die für die juristische Person kennzeichnende Trennung der Sphären von juristischer Person und Gesellschafter unangetastet zu lassen, seien aus ökonomischer Sicht insbesondere die deliktsrechtliche Haftung und hinsichtlich unfreiwilliger (Delikts-)Gläubiger Versicherungslösungen vorzuziehen⁴¹⁶.

Die GmbH als Rechtsperson muss danach – folgt man der herrschenden Auffassung zur Gesellschafterhaftung – aus dem Blick geraten; die Gesellschaft ist gleichsam ein substanzarmer „durchlaufender Posten“ von Gesellschafter- und Gläubigerinteressen, welche wiederum anhand des im Zentrum stehenden Instituts der Haftungsexklusivität allein über ökonomische Analysen objektiv-heteronom definiert werden. Die widerstreitenden Interessen dieser Gruppen von natürlichen Personen, die in der juristischen Person „involviert“ sind, unterliegen dabei einem diffusen Abwägungsprozess, dessen Ergebnis letztlich auf eine Billigkeitsentscheidung hinausläuft. Die augenscheinliche Fehleranfälligkeit der Verfahren dürfte sich schon auf der empirischen Ebene an den Ergebnissen der ökonomischen Analysen zeigen, wie sie insbesondere von *Rubner*, *Blaurock* und *Grigoleit* einerseits sowie von *Adams* und *Bitter* andererseits erzielt werden, die das Effizienzkriterium jedenfalls in Konzernsituationen entgegengesetzt bewerten. Dass es in diesen Konstruktionen letztlich auf den Begriff der juristischen Person als Trägerin von eigenen Rechten und Pflichten nicht mehr entscheidend anzukommen scheint, zeigt sich insbesondere darin, dass ihre Grundlage nahezu alleinbegründend in der beschränkten Haftung und somit in dem Gläubigerschutz gesehen wird. Dies mag vom Ergebnis her stimmig sein, kann jedoch, wie oben dargelegt⁴¹⁷, in der Begründung nicht überzeugen.

Diese Kritik erfasst auch die Ansätze, welche die Durchgriffshaftung nicht allein auf ökonomische Argumente stützen, sondern den „Grundsatz ausgleichender Gerechtigkeit (...) als Postulat einer gewissen Einheit von Herrschaft und Verantwortung“ heranziehen⁴¹⁸. Auch hier bleibt nämlich fraglich, nach welchen Kriterien, wenn nicht allein nach heteronom-funktionalen, die Gerechtigkeitstheorie die Verantwortung der Gesellschafter gegenüber den Gläubigern begründet.

Den Vorwurf fehlender hinreichender Vermitteltheit und letztlich reiner Interessenargumentation trifft jedoch auch die Minderheitenmeinung, welche die juristische Person „ernst nimmt“ und den Gesellschaftern keinerlei Dispositionsbefug-

⁴¹⁵ *Kirchner*, Zur ökonomischen Theorie der juristischen Person (2006), 181 (192, 199).

⁴¹⁶ *Kirchner*, Zur ökonomischen Theorie der juristischen Person (2006), 181 (199).

⁴¹⁷ Vgl. oben aa).

⁴¹⁸ *Bydlinski*, Die Verantwortung juristischer Personen in der Gesellschaft (2000), 21 (79).

nisse in Bezug auf gesellschaftsvermögensschädigendes Handeln zubilligt. Denn die Autonomie der juristischen Person wurzelt in der Handlungsautonomie der sie schaffenden natürlichen Personen, also der Gesellschafter, die mit der Schaffung der Satzung ihre abstrakt-generellen Handlungsvorstellungen für die Gesellschaft tätig umgesetzt haben. Mithin ist die Setzung des Zwecks bzw. des Unternehmensgegenstands zwar – dies ist insoweit zuzugeben – der „Lebensnerv“ der GmbH, dies jedoch nur in tätiger Verbindung jedenfalls zum Gesellschafter. Diese Zwecksetzung zu verabsolutieren und sie aus ihrem privatautonomen Zusammenhang zu reißen, bedeutete eine unzulässige Hypostasierung der juristischen Person unter unzulässiger Transzendierung ihres Substrats, nämlich der natürlichen zwecksetzenden Subjekte. So hat es diese Meinung nicht vermocht, darzulegen, für wen denn sonst die juristische Person existieren – diese Meinung geht ja über den Gläubigerschutz hinaus – soll und wie sich auf einem solchen Hintergrund der Schutzbereich definieren könnte. Die Verabsolutierung des Gesellschaftszwecks bzw. des Unternehmensgegenstands übersieht zudem, dass es die Gesellschafter jederzeit in der Hand haben, diesen – im Rahmen der Gesetze – zu ändern. Hier reduziert sich die Argumentation letztlich auf eine paternalistische Formalie. Die Minderheitenmeinung, welche die juristische Person „ernst nimmt“, vertritt daher zwar eine Personalisierung der GmbH; die Personenqualität dieser der herrschenden, die GmbH entpersonalisierenden Meinung entgegengesetzten Extremauffassung stellt jedoch ebenfalls eine nicht hinreichend vermittelte, heteronome Interessenableitung dar.

Nach alledem gerät bei allen gesellschaftsrechtlichen Begründungsversuchen zur Gesellschafterhaftung eine hinreichend vermittelte Rechtspersönlichkeit der GmbH aus dem Blick; angesetzt wird nur noch am subjektiven Recht, das heteronom über unterschiedlich stark gewichtete Interessenlagen zugeschrieben wird. Die Begründung des neuen Haftungsmaßstabes stellt ab auf den Zweck der juristischen Person samt der Voraussetzung der beschränkten Haftung; dies führt zu einer Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens, die jedenfalls in Grenzbereichen nicht mehr privatautonom wurzelt, sondern in der durch Auslegung des Haftungsprivilegs gewonnenen richterrechtlichen Rechtsnorm, geschaffen wegen der besonderen Risiken der Insolvenz auch beim Agieren oberhalb des Stammkapitalerhalts⁴¹⁹.

Auf dem Hintergrund dieser umfassenden, alle gesellschaftsrechtlichen Begründungsversuche zur Gesellschafterhaftung treffenden Heteronomie- und Objektivismuskritik gelten daher die Ausführungen *Christoph Webers*, nach denen es nicht um das mögliche Eigeninteresse der Gesellschafter an der Integrität des Interessenverbandes gehe, „(...) sondern vielmehr ein übergeordnetes, der Disposition der Gesellschafter entzogenes Interesse der Rechtsgemeinschaft an einer Orientierung jeglichen Handelns am Gesellschaftsinteresse“ zur Debatte stehe⁴²⁰. Auch kann *Reuter* angeführt werden: „Soweit (...) Gesellschafter mit überwiegenden gesellschaftsfremden Sonderinteressen aus eigener Machtvollkommenheit die Unternehmenspolitik bestimmen, setzt das gesteigerte Bedürfnis ein, einen objektiven

⁴¹⁹ *Zöllner*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG* (2010), Schlussanhang Rdnr. 123.

⁴²⁰ *Christoph Weber*, *Privatautonomie und Außeneinfluß im Gesellschaftsrecht* (2000), S. 174 f.

Pflichtenkatalog zu formulieren und ein dem widersprechendes Handeln mit straf- und haftungsrechtlichen Folgen zu bedrohen. Darin besteht der verbindliche Kern des Grundsatzes der Einheit von Herrschaft und Haftung im Gesellschaftsrecht. (...) Doch setzt der (...) Weg die Möglichkeit voraus, das richtige Handeln im Interesse der Gesellschaft in etwa positiv zu bestimmen (...)“⁴²¹. Der Schlüssel dazu kann nur darin liegen, hinreichend vermittelte Kriterien zur Begründung der Gesellschafterhaftung und ihrer Konturierung zu entwickeln, was wiederum nur über eine freiheitsrechtliche Definition der Rechtspersönlichkeit der GmbH möglich sein dürfte, welche einerseits deren Vermögensselbstständigkeit respektiert, sie jedoch andererseits auf die subjektive Personalität sowohl der sie schaffenden als auch mit ihr agierenden Menschen zurückbindet und insoweit Haftungsgrund und -grenzen betreffend die Gesellschafter in entwickelter Gerechtigkeitstheorie vermittelt.

cc) Rechtsfähigkeit als Kriterium der Rechtspersönlichkeit

Prima facie könnte man der herrschenden Auffassung nicht einmal ein gesetzespositivistisches Verständnis der juristischen Person unterstellen. Liegt einer der gesellschaftsrechtlichen Kritikpunkte der richterrechtlichen Begründung einer Existenzvernichtungshaftung doch in einer möglichen Verletzung des Vorbehalts des Gesetzes⁴²² – im Übrigen ein Einwand, der seine strafrechtliche Parallele in der Problematik des möglichen Verstoßes gegen das Bestimmtheitsgebot findet, sollte in Befolgung akzessorischer Grundsätze die – rechtfertigende – Dispositionsbefugnis der Gesellschafter auch im Rahmen der Organuntreue bei der Existenzgefährdung enden⁴²³. Doch wäre eine solche Betrachtung verkürzt: Sie hätte allenfalls die Sonderproblematik der Gesellschafterhaftung im Blick, nicht jedoch die durch diese indizierte Bewertung der Personenqualität der Gesellschaft. Denn die Heteronomiekritik ist in dem Sinne eine Positivismuskritik, als sie auf die beliebige Regelbarkeit menschlichen Verhaltens zielt, also – unabhängig von formalen Regelungskompetenzen – auf ein materiales Begründungsdefizit hinweist, welches objektiv-unvermittelt Normsetzungen gleich welcher Rechtsqualität, sei es legislatorisch oder richterrechtlich, akzeptiert. In diesem Sinne reduziert sich hier die Essenz der Personalität der GmbH auf einen äußeren Akt der Zuschreibung von Rechten, also auf das Kriterium der Eigenschaft der Rechtsfähigkeit. Daraus müssen phänomenologisch Abgrenzungsschwierigkeiten resultieren. Die zunehmende Entpersonalisierung der GmbH in der Gesellschaftsrechtsprechung und -wissenschaft zeigt sich darin, dass ohne weitere Kriterien für Personenhaftigkeit das Recht die Rechtsträgereigenschaft an die Gesellschaft und weitergehend die Verpflichtung der Gesellschafter auf den Bestandsschutz der GmbH unvermittelt anheftet. Die Tendenz der herrschenden Meinung zur juristischen Person lässt sich daher mit der

⁴²¹ *Reuter*, Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen (1973), S. 155 f.

⁴²² Vgl. oben a).

⁴²³ Vgl. dazu unten III. 2. b) bb) (2).

Entwicklung einer Hinwendung zum subjektiven Recht und einer Abkehr von dem Rechtssubjekt beschreiben⁴²⁴.

dd) Dekonturierung der juristischen Person – Abgrenzungsschwierigkeiten zur Gesamthandsgesellschaft und begriffliche Unklarheiten im Trias Rechtsfähigkeit, Rechtssubjektivität und Rechtsperson

Eine maßgebliche Definition der juristischen Person über den Begriff der Rechtsfähigkeit muss zu Abgrenzungsschwierigkeiten gegenüber nicht personifizierten Gesellschaftsformen führen, denen eine solche Eigenschaft zuerkannt ist. Dies gilt insbesondere nach der richterrechtlichen Zuerkennung von Rechts- und Parteifähigkeit⁴²⁵ gegenüber der BGB-(Außen-)Gesellschaft. Auf dem Hintergrund des § 718 Absatz 1 BGB wurde die BGB-Gesellschaft zunächst als ein auf vertraglicher Grundlage beruhendes Schuldverhältnis der Gesellschafter, denen das Gesellschaftsvermögen als gemeinschaftliches Vermögen zugeordnet wurde, angesehen; Rechtsträger sind danach jeweils die Gesamthänder und das Gesamthandsvermögen ist ein den Gesamthändern zustehendes Sondervermögen⁴²⁶. Die für die BGB-Gesellschaft tätigen Geschäftsführer handeln als Vertreter aller Gesellschafter (§ 714 BGB) und das rechtsgeschäftliche Handeln der BGB-Gesellschaft zieht nach den §§ 421, 427 BGB grundsätzlich die gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter mit Privat- und Gesellschaftsvermögen nach sich⁴²⁷. Diese Lehre, die in ihrer klaren Abgrenzung der Gesamthand zur juristischen Person auch als „dualistisch“ bezeichnet werden kann, stieß auf Bedenken insbesondere wegen der unbefriedigenden Rechtsfolgen mit Blick auf die praktische Teilnahme der Gesellschaft bürgerlichen Rechts am Rechtsverkehr, insbesondere die Problematik des Gesellschafterwechsels⁴²⁸. Daher erarbeitete vornehmlich *Flume* mit seiner soziologisch geprägten „Gruppen“-Lehre ein Gegenkonzept: In Anlehnung an *von Gierkes* Lehre von der realen Verbandspersönlichkeit stellt danach die gesamthänderische Gesellschaft des bürgerlichen Rechts sich als eine auf personenrechtlicher Verbundenheit beruhende Personenmehrheit dar, die durch das Gesamthandsprinzip als organisatorische Einheit im Sinne einer „Gruppe“ verbundener Gesellschafter und damit als Rechtssubjekt anzusehen ist. Zuordnungssubjekt für das Vermögen sind danach nicht die Gesellschafter „in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit“, sondern – unabhängig von ihrer Zusammensetzung – die Gruppe als solche in Form

⁴²⁴ *Rittner*, Die werdende juristische Person (1973), S. 193 f.

⁴²⁵ BGHZ 146, 341.

⁴²⁶ *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht (2002), S. 199.

⁴²⁷ *Ulmer* in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5 (2009), § 705 Rdnr. 296.

⁴²⁸ *Ulmer* in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5 (2009), § 705 Rdnr. 297.

des Personenverbands⁴²⁹. Diese Gruppenlehre setzte sich durch, insbesondere das Grundsatzurteil des *BGH* vom 29. Januar 2001 bestätigte die Rechts- und Parteifähigkeit der BGB-(Außen-)Gesellschaft⁴³⁰, aus der ihre unbeschränkte Vermögensfähigkeit folgt⁴³¹. Insoweit soll die BGB-(Außen-)Gesellschaft jedoch keine juristische Person sein⁴³². Denn der Fortbestand jener setzt mindestens zwei Gesellschafter voraus, während bei dieser der Rückgang der Gesellschafterzahl auf eine Person die Existenz der Gesellschaft unberührt lässt; das Kennzeichen der Personengesellschaft ist weiterhin in ihrer Organisation in der persönlichen Verbindung zwischen den Gesellschaftern zu sehen⁴³³. Daraus folgt für die Vermögensstruktur zwar, dass das Vermögen der Gesamthandsgesellschaft zuzuordnen ist (Vermögensfähigkeit), es jedoch für die Gesellschafter wiederum nicht (komplett) fremd ist, weil die „Wertrechte“ der Gesellschafter, die mit ihrer Mitgliedschaft als Rechte an dem Vermögen korrespondieren, sich auf den Gesellschafterbestand verteilen⁴³⁴. Haftungsrechtlich korrespondiert damit die zwingende akzessorische persönliche Haftung der Gesellschafter, welche eine klare Trennung der Vermögenssphären – wie sie infolge der Personifizierung bei der juristischen Person herrscht und dort die Fremdheit des Gesellschaftsvermögens für den Gesellschafter begründet – zumindest kontraindiziert⁴³⁵.

Die Entscheidung des *BGH* ist in der Gesellschaftsrechtswissenschaft weitgehend begrüßt worden⁴³⁶; kritische, vorwiegend begriffssystematisch orientierte Gegenstimmen blieben hingegen vereinzelt⁴³⁷. Letztere hoben insbesondere die Abgrenzungsschwierigkeiten zur juristischen Person hervor: Da die Gruppenlehre der BGB-(Außen-)Gesellschaft an Stelle der Rechtspersönlichkeit „Rechtssubjektiv-

⁴²⁹ Einen Überblick über den komplexen Diskussionsverlauf und -stand gibt *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht (2002), S. 199 ff. Siehe auch *Flume*, ZHR 136 (1972), 177 (188 f.); *dens.*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Erster Teil, Die Personengesellschaft (1977), S. 68 ff.; *Ulmer*, Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft (2009), Vor § 705 Rdnr. 10; *Fabricius*, Relativität der Rechtsfähigkeit (1963), S. 139 ff.; *Wolfgang B. Schünemann*, Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft (1975), S. 110 ff.; *Soyka*, Untreue zum Nachteil von Personengesellschaften (2008), S. 27 ff.; *Brand*, Untreue und Bankrott in der KG und GmbH & Co KG (2010), S. 153 ff.

⁴³⁰ BGHZ 146, 341 (344 ff.), fortgeführt mit *BGH*, NJW 2002, 1207; NJW 2008, 69 (74).

⁴³¹ *Ulmer* in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5 (2009), § 705 Rdnr. 310.

⁴³² BGHZ 146, 341 (347).

⁴³³ *Ulmer* in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5 (2009), § 705 Rdnr. 308 f.; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht (2002), S. 207 f.

⁴³⁴ *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht (2002), S. 207.

⁴³⁵ *Reuter* in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 1. Halbband (2006), Vor § 21 Rdnr. 7; *Schramm*, Untreue und Konsens (2005), S. 84. Es wird hier deshalb nur eine Indizwirkung der Haftungsverfassung zu Grunde gelegt, weil die Haftungsexklusivität kein Konstitutivum der juristischen Person darstellt, vgl. dazu oben aa).

⁴³⁶ Siehe nur *Wertenbruch*, NJW 2002, 324 m.w.N. in Fn. 4.

⁴³⁷ *Beuthien*, NJW 2005, 855; *ders.*, JZ 2003, 715; *Pfeifer*, NZG 2001, 296; *Heil*, NZG 2001, 300; *Prütting*, EWiR 2001, 341.

tät“⁴³⁸ zuerkenne, müsse die Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft zwangsläufig eine andere sein als die der rechtsfähigen Vereinigungen mit Rechtspersonenqualität. Man stehe – so *Beuthien* – vor einem Begriffswirrwarr: Die Termini „Rechtssubjektivität“ und „Rechtspersönlichkeit“ verwickelten sich zu einem begrifflichen „Knäuel“⁴³⁹. Es frage sich, welche „Winzigkeit“ nach der Gruppenlehre der BGB-Gesellschaft als selbstständige Vermögensträgerin im Vergleich zur juristischen Person fehle. Der „positivistische“ Weg, die Rechtsnatur der Gesamthandsgesellschaften allein davon abhängig zu machen, ob das geltende Recht sie rechtssubjektiv verselbstständigt⁴⁴⁰, kann keine Lösung sein, da das Problem verschwimmender Grundbegrifflichkeiten durch eine bloße richterrechtliche bzw. gesetzliche Anordnung der Rechtsfähigkeit nicht gelöst sein dürfte. Auch eine Atomisierung des Oberbegriffs Rechtsfähigkeit in einzelne Differenzierungen wie etwa Grundrechts-, Erb- oder Deliktsfähigkeit⁴⁴¹ dürfte nicht weiter führen, da es für die Annahme von Rechtssubjektivität nur auf die generelle Rechtsfähigkeit ankommen kann⁴⁴². Vielmehr dürfte es einen Unterschied zwischen den Begriffen der Rechtssubjektivität und der Rechtspersönlichkeit eigentlich nicht geben, da der Begriff des „Rechtssubjekts“ nur der latinisierte Ausdruck von „Rechtsperson“ ist⁴⁴³. Der gesellschaftsrechtlichen Auffassung, welche ausschließlich natürliche und juristische Personen als rechtsfähig ansieht, muss die Zuerkennung der Rechtsfähigkeit der BGB-(Außen-)Gesellschaft daher „grotesk“ vorkommen⁴⁴⁴. Sollte ein signifikanter Unterschied zwischen juristischer Person und Gesamthand festgestellt werden können (und müssen), dürfte dies darüber geleistet werden können, der Personengesellschaft über den Begriff der „Gesamtrechtsfähigkeit“ eine „kollektive Kompetenz“ zuzusprechen, die der „Gemeinschaft der organisationsrechtlich verbundenen Gesellschafter“ zuzuordnen ist⁴⁴⁵, mithin den Begriff der Rechtsträgerschaft schon begrifflich auf den Verbund einer Mehrzahl von Personen zu beziehen. Über diesen Weg würde die Tendenz zur Personalisierung auch der Gesamthand durch die Verwendung eines anderen Begriffs der Rechtsträgerschaft, als er der juristischen

⁴³⁸ BGHZ 146, 341 (345); *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Erster Teil, Die Personengesellschaft (1977), S. 56 f.: „Die Gruppe ist als solche Rechtssubjekt. Mit diesem Terminus sollte jedoch nicht die Assoziation der Personenhaftigkeit verbunden werden. Die Gruppe ist auch als Rechtssubjekt nichts anderes als die Mitglieder der Gruppe in ihrer Verbundenheit.“; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht (2002), S. 199; *Hadding* in: *Soergel*, Kommentar zu Bürgerlichen Gesetzbuch, Vor § 705 Rdnr. 20 f., § 718 Rdnr. 3; auch *Habermeier* in: *Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2003), Vorbem zu §§ 705–740 Rdnr. 8 f.

⁴³⁹ *Beuthien*, NJW 2005, 855 (856).

⁴⁴⁰ In diesem Sinne *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht (2002), S. 201 ff.

⁴⁴¹ So die Theorie von der Relativität der Rechtsfähigkeit, siehe dazu *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht (2002), S. 212 f. Vgl. *Timm*, NJW 1995, 3209 (3211).

⁴⁴² In diesem Sinne *Karsten Schmidt*, Verbandszweck und Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht (1984), S. 37: „Wer stets fragen muß, ‚inwieweit‘ ein Verband rechtsfähig ist, wird schwerlich verallgemeinerungsfähige Antworten geben können“.

⁴⁴³ *Beuthien*, NJW 2005, 855 (856); *ders.*, JZ 2003, 715 (717).

⁴⁴⁴ *Prütting*, EWiR 2001, 341 (342).

⁴⁴⁵ *Beuthien*, JZ 2003, 715 (721).

Person zu Grunde gelegt wird, vermieden⁴⁴⁶, und es wäre zudem der Einwand ausgeräumt, es würde mit der Rechtsträgerschaft der BGB-(Außen-)Gesellschaft eine weitere Form der Quasi- oder Teil-Personalität akzeptiert.

Der Konfusionseinwand betrifft jedoch nicht allein die Zuerkennung der Rechtsfähigkeit der BGB-(Außen-)Gesellschaft, vielmehr lässt er sich auf die Rechtsträgerschaft der Gesamthandsgesellschaften insgesamt übertragen⁴⁴⁷. Nach *Karsten Schmidt* beschäftigt die Theorie der Gesamthand die Gegenwart so, „wie die Theorie der juristischen Person das 19. Jahrhundert beschäftigt hat“⁴⁴⁸. Eine Polarisierung in der Argumentation – Anerkennung der Rechtsträgerschaft bei den Personengesellschaften auf Grundlage der deutsch-rechtlichen Gesamthandslehre des 19. Jahrhunderts⁴⁴⁹, während ihre Beschränkung allein auf natürliche und juristische Personen nur auf der Grundlage der römisch-rechtlichen Doktrin zu verstehen sei⁴⁵⁰ – dürfte zwar im Großen und Ganzen zutreffen; sie helfe aber deswegen nicht weiter, weil das deutsche Gesellschaftsrecht keine historisch und dogmatisch konsistente Theorie der juristischen Person kenne⁴⁵¹ und der tiefere Sinne in der Anerkennung der Rechtsträgerschaft insoweit weit weniger in dem Bestreben nach dogmatischer Kohärenz als in der praktischen Bedeutung der mit der Rechtsfähigkeit verbundenen Parteifähigkeit der Personengesellschaft zu sehen sein dürfte⁴⁵². Mit dem oben genannten begrifflichen Lösungsweg der Zuerkennung einer „Gesamtrechtsfähigkeit“ verbliebe dann in vergleichender Perspektive von BGB-(Außen-)Gesellschaft insbesondere zu OHG bzw. KG der Einwand der Rechtsfortbildung ohne Gesetzeslücke⁴⁵³ bzw. der unnötigen Integration jeder BGB-(Außen-)Gesellschaft in das Recht der Handelsgesellschaften⁴⁵⁴. Die festzustellende fließende Grenze zwischen Personengesellschaft und Körperschaft⁴⁵⁵ könnte letztlich dazu führen, die Gesamthandsgesellschaften insgesamt den juristischen Personen gleich zu stellen, wie es die sog. monistische Lehre vertritt⁴⁵⁶. Diese Lehre argumentiert im Wesentlichen damit, dass in Betrachtung der Rechtsstatsachen ein gravierender Unterschied in Erscheinungsbild und Funktion zwischen juristischen Personen und Gesamt-

⁴⁴⁶ Siehe auch *Brand*, Untreue und Bankrott in der KG und GmbH & Co KG (2010), S. 175 ff., der zwar die Vermögensträgerschaft aus dem Prinzip der Gesamthand herauslösen, jedoch gleichzeitig die Abgrenzung der rechtsfähigen Personengesellschaften zu den juristischen Personen über den Begriff der Rechtspersönlichkeit aufrecht erhalten will.

⁴⁴⁷ Siehe nur *Zöllner*, Rechtssubjektivität von Personengesellschaften? (1993), 563 (566 ff.).

⁴⁴⁸ *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht (2002), S. 196.

⁴⁴⁹ So BGHZ 146, 341 (344).

⁴⁵⁰ *Wertenbruch*, NJW 2002, 323 (324).

⁴⁵¹ Vgl. dazu unten Kapitel 7, II. 9.

⁴⁵² *Habermeyer* in Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2003), Vorbem zu §§ 705–740 Rdnr. 9.

⁴⁵³ *Prütting*, EWiR 2001, 341 (342).

⁴⁵⁴ *Pfeifer*, NZG 2001, 296 (298).

⁴⁵⁵ *Beuthien*, NJW 2005, 855 (857).

⁴⁵⁶ *Thomas Raiser*, Gesamthandsgesellschaft oder juristische Person – Eine Geschichte ohne Ende? (1998), 469 (486); *ders.*, AcP 194 (1994), 503 f.; *ders.*, AcP 199 (1999), 104, 139 ff.; *Timm*, NJW 1995, 3209 (3211); *ders.*, ZGR 25 (1996), 247 (251 f.); *Hadding*, ZGR 30 (2001), 712 (718).

handsgesellschaften nicht festzustellen sei. Insbesondere erkennt die monistische Lehre das differenzierende Kriterium des vertraglichen Geflechts allein unter den Gesellschaftern als wesentlichen Unterschied zwischen Gesamthandsgesellschaft und juristischer Person mit dem Argument nicht an, dass die Rechtssubjektivität juristischer Personen auch Rechtsbeziehungen zwischen den Gesellschaftern nicht ausschliesse⁴⁵⁷, so dass allein die staatliche Anerkennung den Unterschied ausmache⁴⁵⁸. Diese kann aber mühelos auf die Gesamthand erstreckt werden, denn sie stellt kein materiales Konstitutivum ausschließlich der juristischen Person dar.

Entscheidend ist, dass die weit verbreitete Zustimmung zur richterrechtlichen Zuerkennung der Rechtsfähigkeit bei der BGB-(Außen-)Gesellschaft – Entsprechendes gilt im Hinblick auf die Gesamthandsgesellschaften insgesamt – ihren Grund im Wesentlichen darin findet, die Verkehrsfähigkeit dieser Personen(handels)gesellschaften zu effektivieren; die Diskussion ist somit ergebnisorientiert auf heteronome Interessendetails fokussiert, jedoch kaum grundlagenorientiert und dogmatisch ausgerichtet und führt im Ergebnis zu verschwimmenden Grundbegrifflichkeiten⁴⁵⁹.

ee) Zusammenfassung

Die bisherige Untersuchung zur Frage der Gesellschafterhaftung für nachteilige Einflussnahmen auf das Vermögen der GmbH hat gezeigt, dass die maßgeblichen Ansichten und Strömungen im Zivilrecht zwar – entsprechend dem positiven Recht (vgl. § 13 Absatz GmbHG) – die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft anerkennen, damit aber keine echte Akzeptanz im Sinne materialer Personalität verbinden. In diesem Sinne lässt sich bei der herrschenden Meinung zur Gesellschafterhaftung bei Existenzvernichtung der Begriff der Rechtspersönlichkeit reduziert zum einen über den bloß formal-etatistischen Status der juristischen Person (die Eintragung in das Handelsregister ist konstitutiv, vgl. § 11 Absatz 1 GmbHG) und zum anderen material allein über die ihr „verliehene“ Rechtsfähigkeit verstehen. Dies kommt in der oben dargelegten fließenden Grenze zwischen Körperschaft und Personengesellschaft sinnbildhaft zum Ausdruck. In einem solchen Verständnis verkümmert Rechtspersönlichkeit zu einem heteronom-objektiven Abwägungsprozess der Interessen in sie eingegliedelter bzw. von ihr betroffener natürlicher Personen (Gesellschafter, Gläubiger). Es gilt das Wort *Rittners*, nach dem „die Gleichung der herrschenden Lehre: juristische Person = Eigenschaft der Rechtsfähigkeit = privatrechtliche Vermögens- (und vielleicht auch Handlungs-)fähigkeit = Verselbständigung des Verbandsvermögens und Beschränkung der Haftung auf dieses – nichts anderes

⁴⁵⁷ Thomas Raiser, AcP 199 (1999), 104, 139 f.

⁴⁵⁸ Kritisch dazu Brand, Untreue und Bankrott in der KG und GmbH & Co KG (2010), S. 84 ff.

⁴⁵⁹ Beuthien, NJW 2005, 855: „Grundlagenunwissenheit des deutschen Gesellschaftsrechts“. Siehe auch Soyka, Untreue zum Nachteil von Personengesellschaften (2008), S. 256; Ott, Begriff und Bedeutung der juristischen Person in der neueren Entwicklung des Unternehmensrechts in der Bundesrepublik Deutschland (1982/83), 915 (921).

ist als eine ungeklärte Verbindung einiger vorwiegend soziologisch verstandener Bestandteile Gierkeschen Denkens mit der technisierenden Spätpandektistik⁴⁶⁰.

Zu untersuchen ist nun das Verhältnis des Strafrechts zu diesem gesellschaftsrechtlichen Befund.

III. Strafrecht

Mag die funktional-wirtschaftliche Betrachtung eines zu verwirklichenden Gläubigerschutzzweckes, der empirisch aus der schwachen Stellung der Gesellschaftsgläubiger resultiert, für das Zivilrecht hinnehmbar sein und insbesondere von der Gesellschaftsrechtswissenschaft kaum kritisch begleitet werden, so ist eine „Hereinnahme“ dieser Grundsätze in das Strafrecht über einen Akzessorietätsgrundsatz kategorial zu hinterfragen. Die im Gesellschaftsrecht geltende Entpersonalisierung und Interessenmediatisierung der juristischen Person steht im Strafrecht besonders auf dem Prüfstand, da sich dieses als ultima ratio in besonders kritischer Intention an einem Rechtsgutsbegriff zu messen hat, der nicht primär durch empirisch-zweckmäßige Gesichtspunkte bestimmt werden darf, sondern fundamental die einzelne Person als Vernunftsubjekt in die Strafrechtskonstitution mit einzubeziehen hat⁴⁶¹.

1. Rechtsprechung der Strafsenate des BGH

a) „Bremer-Vulkan“-Urteil des 5. Strafsenats des BGH vom 13. Mai 2004: Herstellung der Konkordanz zur gesellschaftsrechtlichen Rechtsprechung

Nach dem „Bremer-Vulkan“-Urteil des *II. Zivilsenats* vom 17. September 2001⁴⁶² wurde diese Entscheidung von den *Strafsenaten* des BGH trotz ihrer Übertragbarkeit auch auf Sachverhalte ohne Bezug zu einer faktischen Konzernierung zunächst insoweit nicht zitiert; vielmehr wurde weiterhin die „Existenzgefährdungslinie“ aus der Entscheidung des *3. Strafsenats* vom 24. August 1988⁴⁶³ isoliert fortgeführt: Das Urteil vom 22. Mai 2003 verweist lediglich insbesondere auf BGHSt 35, 333⁴⁶⁴; Gleiches gilt für das Urteil vom 18. Juni 2003, in dem der BGH zudem die eigene Rechtspersönlichkeit der GmbH besonders herausstellt⁴⁶⁵, sowie für das

⁴⁶⁰ Rittner, Die werdende juristische Person (1973), S. 195.

⁴⁶¹ Vgl. dazu unten Kapitel 6.

⁴⁶² BGH, NJW 2001, 3622.

⁴⁶³ BGHSt 35, 333.

⁴⁶⁴ BGH NJW 2003, 2924 (2926).

⁴⁶⁵ BGH, NJW 2003, 2996 (2998).

Urteil vom 11. September 2003⁴⁶⁶. Erstmals mit dem „Bremer-Vulkan“-Urteil des 5. *Strafsenats* vom 13. Mai 2004 zur Untreue zum Nachteil einer GmbH im sog. qualifizierten faktischen Konzern stellte der *BGH* heraus, dass

(i)n der zivil- wie auch strafgerichtlichen Rechtsprechung (...) anerkannt (ist, *d.V.*), daß es Fallkonstellationen gibt, in denen der Geschäftsführer als der für das Vermögen einer Gesellschaft Treupflichtige seine Pflichten nach § 266 Abs. 1 StGB auch dann verletzt, wenn er mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter handelt. Insoweit gibt es einen Bereich, der einer Dispositionsmöglichkeit der Gesellschafter entzogen ist, weil Interessen anderer oder öffentliche Interessen berührt sind. Der Zweck einer Kapitalgesellschaft erschöpft sich nämlich nicht in einer bloßen Vermögensanlage für die Gesellschafter. Jedenfalls wenn die Gesellschaft eine eigene wirtschaftliche Tätigkeit aufgenommen hat, handelt sie unter eigener Rechtspersönlichkeit als Wirtschaftssubjekt im Geschäftsverkehr und wird Träger von Rechten und Pflichten. Dies läßt gleichzeitig Schutzerfordernisse entstehen, die sicherstellen, daß die Gesellschaft die Essentialien einhält, die für das Funktionieren des Wirtschaftskreislaufs unerlässlich sind und auf die der Rechtsverkehr vertrauen können muss. (...) Den Gesellschaftern steht innerhalb wie außerhalb der Liquidation nur der Zugriff auf den zur Erfüllung der Gesellschaftsverbindlichkeiten nicht benötigten Überschuss zu. Das System der auf das Gesellschaftsvermögen beschränkten Haftung beruht auf der unausgesprochenen, für das Recht der Kapitalgesellschaft jedoch grundlegenden Voraussetzung, dass das Gesellschaftsvermögen, das zur Erfüllung der im Namen der Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten benötigt wird, in der Gesellschaft zum Zweck der Befriedigung ihrer Gläubiger verbleiben muß und damit der – im Recht der GmbH im übrigen sehr weitgehenden – Dispositionsbefugnis der Gesellschafter entzogen ist (...) ⁴⁶⁷.

Weiter heißt es:

Aufgrund dieser Pflichtenstellung der Alleingesellschafterin hat der *II. Zivilsenat* in dem parallelen Zivilverfahren eine gegen die Gesellschafterin persönlich gerichtete Ausfallhaftung unter dem Gesichtspunkt des existenzvernichtenden Eingriffs bejaht (vgl. BGHZ 149, 10 (17 f.) (...)). Als Alleingesellschafterin treffe die BVV-AG nämlich die Pflicht, das Vermögen von MTW insoweit zu betreuen, als sie bei ihren Dispositionen über Vermögenswerte der MTW durch angemessene Rücksichtnahme auf deren Eigeninteresse an der Aufrechterhaltung ihrer Fähigkeit, ihren Verbindlichkeiten nachzukommen, darauf zu achten hatte, daß sie die Existenz der MTW nicht gefährdete (BGHZ 149, 10 (...)). Dabei lehnt sich der *II. Zivilsenat* an die strafrechtliche Judikatur (BGHSt 35, 333 (...)) an, die zu den – oben aufgezeigten – Grenzen der Verfügungsbefugnis des Gesellschafters entwickelt wurde. Aus zivilrechtlicher Sicht begründet diese Rechtsprechung eine Ausfallhaftung des in diesem Sinne rechtswidrig handelnden Alleingesellschafters gegenüber dem Gläubiger der Gesellschaft; sie greift dabei aber auf die anerkannten Grenzen der Verfügungsbefugnis des Alleingesellschafters zurück. Dies verdeutlichen auch die später ergangenen Entscheidungen (BGHZ 150, 61 (...); BGHZ 151, 181 (...)), in denen das Rechtsinstitut des existenzvernichtenden Eingriffs weiter entwickelt wurde (...). Soweit dabei in der strafgerichtlichen Entscheidungspraxis der Begriff des existenzgefährdenden Eingriffs verwandt wird (...), bedeutet dies keinen wesentlichen Unterschied in den Anwendungsvoraussetzungen. Die terminologische Abweichung erklärt sich vielmehr daraus, daß für den strafrechtlichen Schadens- oder Nachteilsbegriff die schadensgleiche Gefährdung ausreicht (...), während im Zivilrecht der Gefährdungsgedanke in diesem Zusammenhang keine

⁴⁶⁶ BGH, wistra 2003, 457 (460).

⁴⁶⁷ BGHSt 49, 147 (158 f.).

Rolle spielt. Hat sich die Gefahr nämlich letztlich dann doch nicht verwirklicht, besteht zivilrechtlich kein ausgleichsfähiger Schaden⁴⁶⁸.

Hervorzuheben ist, dass der *BGH* zum einen die eigene Rechtspersonenqualität der GmbH herausstellt – eine Pointierung, wie sie sich in den Entscheidungen des *II. Zivilsenats* zur Gesellschafterhaftung „Bremer Vulkan“, „KBV“ und „Trihotel“, in denen die Termini „Rechtsperson“, „Rechtspersönlichkeit“, „Rechtssubjekt“ und „Rechtssubjektivität“ schlichtweg nicht vorkommen, nicht findet. Der *5. Strafsenat* führt die Rechtspersonenqualität der GmbH *expressis verbis* – entwickelt über das Schutzerfordernis des Wirtschaftsverkehrs und einen die Vertragspartner der GmbH begünstigenden Vertrauensgrundsatz – auf den Gläubigerschutz zurück, welcher der vom *Senat* verwendete Terminus der „Interessen anderer“ abdecken dürfte, wenngleich insoweit die Frage verbleibt, ob daneben noch andere Interessen vertreten sein könnten. Soweit der *5. Strafsenat* „öffentliche Interessen“ bemüht, und diese mit dem „Funktionieren des Wirtschaftskreislaufs“, „auf die der Rechtsverkehr vertrauen können muß“⁴⁶⁹ definiert, dürften damit insbesondere die schon von *Röhricht* erwähnten ökonomischen und abstrakt-gesamtwirtschaftlichen Gesichtspunkte der Vermeidung von verketteten Insolvenzen gemeint sein⁴⁷⁰. Hier dürfte fraglich sein, ob solche „Rechtsgüter“ zur Disposition der Gesellschafter stehen⁴⁷¹. Die Entscheidung erging zwar zu einem Sachverhalt einer in einen sog. qualifizierten faktischen Konzern eingebundenen GmbH, dürfte aber zumindest hinsichtlich der Aussagen zum mediatisierten Gläubigerschutz aufgrund der Bezugnahme zur parallelen Rechtsprechung des *II. Zivilsenats* auf diese Konstellation nicht beschränkt bleiben, was sich auch darin zeigt, dass die Grundsätze des existenzgefährdenden Eingriffs in den nachfolgenden Entscheidungen der Strafsenate des *BGH* – soweit ersichtlich – auch unabhängig von Konzernlagen fortgeführt wurden⁴⁷². Hervorzuheben ist, dass – insoweit in Konkordanz mit der bisherigen Rechtsprechung – der *BGH* die Existenzgefährdung und somit einen Bereich oberhalb des Stammkapitalschutzes aus § 30 GmbHG als Wirksamkeitsgrenze für eine Gesellschafterzustimmung annimmt. Nunmehr strebt der *5. Strafsenat* jedoch eine klare Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des *II. Zivilsenats* an, indem ausdrücklich auf dessen Urteile in den Fällen „Bremer Vulkan“⁴⁷³ und „KBV“⁴⁷⁴ Bezug genommen und betont wird, dass für die dort sowohl für die Binnenhaftung als auch die Durchgriffs(außen)haftung des Gesellschafters entwickelte Anspruchsgrundlage wegen existenzvernichtenden Eingriffs kein wesentlicher Unterschied in den Anwendungsvoraussetzungen bestehe: Es handele sich um eine lediglich terminologische Abweichung, die sich daraus erkläre, dass für den strafrechtlichen Schadens- bzw. Nachteilsbegriff

⁴⁶⁸ BGHSt 49, 147 (159 f.).

⁴⁶⁹ BGHSt 49, 147 (158).

⁴⁷⁰ *Röhricht*, Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz (2000), S. 98 f.

⁴⁷¹ Vgl. dazu unten Kapitel 5, I. 2. a).

⁴⁷² *BGH*, wistra 2006, 229 (230); wistra 2006, 265.

⁴⁷³ *BGH*, NJW 2001, 3622.

⁴⁷⁴ *BGH*, NJW 2002, 3024.

die schadensgleiche Gefährdung ausreiche⁴⁷⁵. Jedenfalls ermöglicht der 5. *Strafsenat* diese Angleichung insoweit, dass die Gefährdung „konkret und unmittelbar“ sein muss⁴⁷⁶. Der Drang nach (auch formaler) Kongruenz mit dem gesellschaftsrechtlichem Haftungsmodell geht so weit, dass der 5. *Strafsenat* – ohne Not – eine Vermögensbetreuungspflichtenstellung der AG als Alleingesellschafterin annimmt – unter Zurechnung der Pflichtenstellung der AG gemäß § 14 Absatz 1 Nr. 1 StGB an die Mitglieder des Organs der Muttergesellschaft⁴⁷⁷ sowie unter der Annahme mittelbarer Täterschaft kraft Organisationsherrschaft – und insoweit erstmalig jedenfalls für die dort zur Entscheidung stehende besondere Sachverhaltskonstellation des für die abhängige Gesellschaft nachteiligen Vermögenstransfers in einem Cash-Management-System nicht auf die Grundsätze der faktischen Geschäftsführung zurückgreift⁴⁷⁸. Dies ist als „terminologisch und begrifflich nicht zweifelsfrei“ kritisiert worden⁴⁷⁹, da in dem Sachverhalt „Bremer Vulkan“ eine derart qualifizierte Einflussnahme auf die Geschicke der abhängigen Gesellschaft gesehen werden könnte, dass faktische Geschäftsführung nahe liegen dürfte⁴⁸⁰. *Tiedemann* sieht im Übrigen die dogmatisch saubere Lösung darin, auf Seiten des Geschäftsführers der abhängigen GmbH eine Untreue und auf Seiten der Organe der Gesellschafterin eine Anstiftung hierzu anzunehmen⁴⁸¹. Lediglich in den seltenen Fällen, in denen der Gesellschafter faktisch keine Geschäftsführungsaufgaben wahrnimmt und sich auf das Einverständnis mit der schädigenden Handlung des Geschäftsführers beschränkt, wird die Frage nach der Vermögensbetreuungspflicht des Gesellschafters als solchem überhaupt virulent. Der Streit⁴⁸² beschränkt sich insoweit mangels einer

⁴⁷⁵ BGHSt 49, 147 (159 f.).

⁴⁷⁶ BGHSt 49, 147 (158). Siehe schon *BGH*, NJW 2003, 2996 (2998).

⁴⁷⁷ Kritisch hierzu *Schünemann*, LM H. 5/2002, § 309 AktG 1965, Bl. 902 R, und *Ransiek*, wistra 2005, 121 (125), die jeweils das faktische Treueverhältnis ausreichen lassen, so dass es der Heranziehung des § 14 StGB nicht bedarf.

⁴⁷⁸ BGHSt 49, 147 (160 f.), auch *BGH*, NStZ 2010, 89 (91). Gegen die Begrenzbarkeit der Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht der Gesellschafter auf diesen Sonderfall *Ransiek*, wistra 2005, 121 (124): Versucht man aber zu fassen, was hier das Besondere eigentlich sein soll, so bleibt wenig übrig; *ders.* in: Ulmer, GmbHG, Großkommentar (2008), Vor § 82 Rdnr. 19 ff.

⁴⁷⁹ *Tiedemann*, JZ 2005, 45 (46).

⁴⁸⁰ Siehe die Formulierung im Urteil des II. Zivilsenats des *BGH*, NJW 2001, 3622 (3623) – „Bremer Vulkan“: „Aufgrund dieser Stellung war B in der Lage, auf M und ihre Geschäftsführung faktisch unbeschränkt Einfluss zu nehmen“.

⁴⁸¹ *Tiedemann*, JZ 2005, 45 (47), unter Hinweis darauf, dass der 3. *Strafsenat* des *BGH* in seinem Urteil vom 10. Juli 1996, vgl. *BGH*, NStZ 1996, 540 (541), das ebenfalls zu einer (qualifiziert faktisch) konzernierten GmbH erging, noch konstruktiv im Rahmen der Unterscheidung von Gesellschafter und faktischem Geschäftsführer verblieben sei.

⁴⁸² Die herrschende Meinung lehnt eine Vermögensbetreuungspflicht des GmbH-Gesellschafters unabhängig von den Voraussetzungen faktischer Geschäftsführung ab: *Perron* in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar (2010), § 266 Rdnr. 26; *Schünemann* in: Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch (2005), § 266 Rdnr. 125; *Tiedemann* in: Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz (2002), Vor §§ 82 ff. Rdnr. 15, 17, 23; *Birkholz*, Untreuestrafbarkeit als strafrechtlicher „Preis“ der beschränkten Haftung (1999), S. 252 ff.; *Flum*, Der strafrechtliche Schutz der GmbH gegen Schädigungen mit Zustimmung der Gesellschafter (1990), S. 239 ff.; *Lichtenwimmer*, Untreueschutz

außenorientierten Wirkmacht dieser Gesellschafter auf den Treubruchtatbestand und dreht sich im Wesentlichen um die den einzelnen Details zu Umfang und Qualität geschäftsführenden Verhaltens vorgelagerten Grundfrage, ob das Verhältnis der Gesellschafter zum GmbH-Vermögen eigen- oder fremdnützig zu verstehen ist, wobei nach den hier dargelegten gesellschaftsrechtlichen Wertungen jedenfalls auf Grund des gläubigerschützenden Charakters von Kapitalerhaltung und – weitergehend – der Existenzsicherung der GmbH vieles eher für eine fremdnützig typisierte Stellung des Gesellschafters zum Gesellschaftsvermögen sprechen dürfte⁴⁸³. Auch die rechtliche Möglichkeit der Gesellschafter, über die Weisungsbefugnis aus § 37 Absatz 1 GmbHG ihre Interessen durch die Geschäftsführer durchzusetzen⁴⁸⁴, dürfte für eine Vermögensbetreuungspflicht der Gesellschafter sprechen. Diese Frage, insbesondere die nach der dogmatischen Herleitung dieser Pflicht, soll hier jedoch nicht weiter vertieft werden. Denn entweder ist Personenidentität vorhanden (alleingeschäftsführender Alleingesellschafter) oder aber es dürften – bei Personendiversität – in der Regel auf Grund der eigenen Interessen der Gesellschafter, welche diese durch schädigende Handlungen gegenüber der GmbH vertreten – die Grundsätze der faktischen Geschäftsführung zur Abdrängung des bestellten Geschäftsführers – „überragende Stellung in der Geschäftsführung“ – eingreifen⁴⁸⁵. Schließlich dürfte im Übrigen bei den wenigen verbleibenden und insoweit problematischen Fällen beim bewussten und gewollten Mitwirken an der Handlung des Geschäftsführers

der GmbH gegen den übereinstimmenden Willen der Gesellschafter? (2008), S. 123 ff.; *Schramm*, Untreue und Konsens (2005), S. 127 f. (unter Zugrundelegung des Gesellschafters als den wirtschaftlichen Eigentümer und somit fehlender Fremdheit des GmbH-Vermögens); *Kraatz*, ZStW 123 (2011), 447 (470). Für eine Vermögensbetreuungspflicht des Gesellschafters *Ransiek* in: Ulmer, GmbHG, Großkommentar (2008), Vor § 82 Rdnr. 20 f.; *ders.*, Untreue im GmbH-Konzern (2003), 207 (219 ff.); *ders.*, wistra 2005, 121 (123 f.); *Zieschang*, in: Park, Kapitalmarktstrafrecht, Handkommentar (2008), S. 172 in Fn. 177; *Wodicka*, Die Untreue zum Nachteil der GmbH bei vorheriger Zustimmung aller Gesellschafter (1993), S. 302 ff.; *Radtko*, GmbHR 1998, 361 (367 f.); *Radtko/Hoffmann*, GA 2008, 535 (551); *Hentschke*, Der Untreueschutz der Vor-GmbH vor einverständlichen Schädigungen (2002), S. 138 ff.; *Fleischer*, NJW 2004, 2867 (2868) für den Mehrheits- und Alleingesellschafter im faktischen GmbH-Konzern; *Kutzner*, NJW 2005, 271 „für die Organe der Konzernmutter als Alleingesellschafterin ihres Tochterunternehmens“. *Busch*, Konzernuntreue (2004), S. 79 ff., 116 f., leitet die Vermögensbetreuungspflichten im Konzern aus den jeweiligen Konzernstrukturen und der in ihnen herrschenden Leitungsmachtverhältnissen ab und bejaht Betreuungspflichten für die Konzernmutter gegenüber der Tochtergesellschaft im GmbH-Vertragskonzern, im Eingliederungskonzern und im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern.

⁴⁸³ *Radtko*, GmbHR 1998, 361 (367).

⁴⁸⁴ *Ransiek*, Untreue im GmbH-Konzern (2003), 207 (221); *ders.*, wistra 2005, 121 (124).

⁴⁸⁵ Faktische Geschäftsführung nimmt der BGH an bei „einer extremen Ausübung des Weisungsrechts durch einen Gesellschafter“, BGH, NSiZ 1996, 540 (541). Im Übrigen verlangt die Rechtsprechung des BGH eine „eigentliche“ Leitung des Unternehmens, BGHSt 21, 101 (105), eine „überragende Stellung in der Geschäftsführung“, BGHSt 31, 118 (122), bzw. eine „dominierende Position innerhalb des beherrschten Unternehmens“, BGH, NSiZ 1999, 558, bzw. „gegenüber dem formellen Geschäftsführer (...) zumindest das deutliche Übergewicht“, BGHSt 46, 62 (65). Siehe insgesamt den Überblick über die Rechtsprechung des BGH zur faktischen Geschäftsführung bei *Groß*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit faktischer Vertretungsorgane bei Kapitalgesellschaften (2007), S. 45 ff.

eine Teilnahmestrafbarkeit in Betracht kommen⁴⁸⁶. Jedenfalls wäre danach auch ohne die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht des Gesellschafters im Wesentlichen die Vergleichbarkeit der gesellschaftsrechtlichen und der strafrechtlichen Haftungsmaßstäbe gewahrt; eine tiefer gehende Problematisierung dieses Bereichs wäre für die Zwecke dieser Arbeit nicht angezeigt und würde allenfalls ohne Not verkomplizieren.

Stellt das Urteil zwar noch in der zivilrechtlichen Parallele auf die Durchgriffs(außen)haftung ab⁴⁸⁷, so dürfte der Sache nach der „Schwenk“ durch das „Trihotel“-Urteil des *II. Zivilsenats* des BGH hin zur Innenhaftung⁴⁸⁸ zu keiner Korrektur der strafrechtlichen Judikatur verpflichten⁴⁸⁹. Zwar wird vertreten, dass damit die Strafbarkeit wegen Untreue entfallen müsse, da eine deliktsrechtlich fundierte Pflicht nicht als Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB angesehen werden könne⁴⁹⁰. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass die strafrechtliche Haftungsbegründung wegen Existenzgefährdung, die insoweit kongruent mit der Rechtsprechung des *II. Zivilsenats* den mediatisierten Gläubigerschutz in den Mittelpunkt stellt, die Frage der deliktsrechtlichen Haftungskonstruktion letztlich unberührt lässt⁴⁹¹.

Die Entscheidung des 5. *Strafsenats* kann als Beginn des Eintritts in eine echte Phase der Konkordanz zwischen der straf- und der gesellschaftsrechtlichen Rechtsprechung angesehen werden⁴⁹². Denn erstmals wird der Begriff der Existenzgefährdung nicht nur in Tradition zu der seit BGHSt 35, 333 geltenden strafrechtlichen Rechtsprechungslinie vertreten, sondern auch in klarer Bestrebung zur Einheitlichkeit mit der Rechtsprechung des *II. Zivilsenats* begründet. Dabei fällt auf, dass der 5. *Strafsenat* – im Gegensatz zur Judikatur des *II. Zivilsenats* zur Gesellschaftershaftung wegen Existenzvernichtung – expressis verbis auf die Rechtspersönlichkeit der GmbH abstellt, diese jedoch noch über den Terminus des „Eigeninteresses“ – wie noch im „Bremer-Vulkan“-Urteil des *II. Zivilsenats* verwendet, aber danach aufgegeben – definiert⁴⁹³, welches sich wiederum aus Drittinteressen speist. Insoweit – im Rekurs auf Interessen Anderer – besteht eine Harmonie mit den herrschenden Ansätzen im Gesellschaftsrecht. Auffällig ist jedoch, dass der 5. *Strafsenat* trotz Aufgabe dieser Terminologie in der gesellschaftsrechtlichen Judikatur noch am Begriff des Eigeninteresses festhält; dies könnte in Zusammenschau mit der Betonung der Rechtspersönlichkeit der GmbH als eine andere Gewichtung der Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft gewertet werden.

Diese Rechtsprechung wird durch die *Strafsenate* bis heute fortgeführt⁴⁹⁴.

⁴⁸⁶ Gribbohm, ZGR 19 (1990), 1 (22).

⁴⁸⁷ BGHSt 49, 147 (159).

⁴⁸⁸ BGH, NJW 2007, 2689– „Trihotel“.

⁴⁸⁹ So hat der 2. *Strafsenat* des BGH in seiner Entscheidung vom 31.7.2009 auch am Konzept der Existenzgefährdung festgehalten, siehe NStZ 2010, 89.

⁴⁹⁰ Weller, ZIP 2007, 1681 (1688); Livonius, wistra 2009, 91 (93 f.).

⁴⁹¹ BGH, NStZ 2010, 89 (90); Wessing/Krawczyk, NZG 2009, 1176 (1177).

⁴⁹² Arnold, Untreue im GmbH- und Aktienkonzern (2006), S. 207.

⁴⁹³ BGHSt 49, 147 (159).

⁴⁹⁴ BGH, wistra 2006, 229 (230); wistra 2006, 265; NStZ 2009, 437 (438).

b) Weitere Entwicklungslinie der Strafrechtsprechung: „Zweiteilung des Gesellschaftsvermögens“?

Als eine weitere, eher leise von statten gehende Entwicklung, die Auswirkungen auf den Begriff der juristischen Person „GmbH“ als Vermögensträger hat, kann eine Tendenz in der Rechtsprechung der *Strafsenate* des *BGH* angesehen werden, die sich am besten unter dem Terminus „Zweiteilung des Gesellschaftsvermögens“⁴⁹⁵ fassen lässt. Ohne Not legt der *BGH* in einigen Judizien zu Grunde, dass oberhalb der Grenze der Existenzgefährdung eine Strafbarkeit des Geschäftsführers einer GmbH dann nicht möglich wäre, wenn insoweit Strafanträge gemäß § 266 Absatz 2 StGB i.V.m. § 247 StGB fehlen würden; folgerichtig nimmt der *BGH* hier an, dass oberhalb der Gefährdungsgrenze bei fehlendem Einverständnis der Gesellschafter eine Untreue vorliegen kann (während bei Erreichen dieser Grenze das Vorliegen eines solchen strafrechtlich ohne Bedeutung wäre), verlangt gleichwohl im Falle des Näheverhältnisses entsprechende Anträge der Gesellschafter gemäß § 247 StGB, anderenfalls ein Verfahrenshindernis bestünde⁴⁹⁶. Interessant ist das aus diesen Entscheidungen erkennbare Bestreben der *Strafsenate*, neben der juristischen Person auch in der Körperschaft agierende natürliche Personen als Vermögensträger anzuerkennen. Diese Annahme wird in den betreffenden Entscheidungen jedoch nicht begründet und findet insbesondere im Gesellschaftsrecht, das die strikte Trennung des Vermögens der GmbH und des Gesellschafters voraussetzt (vgl. § 13 Absatz 1 und 2 GmbHG), keine Stütze⁴⁹⁷. Mit Urteil vom 25. April 2006 hat der *1. Strafsenat* des *BGH* demgegenüber klargestellt, dass den Geschäftsführer „eine Pflicht zur Betreuung der Vermögensinteressen der Gesellschafter (...) nicht (trifft, d.V.). (...) Träger der geschützten Vermögensinteressen ist die GmbH selbst als juristische Person, nicht jedoch sind es ihre Gesellschafter“⁴⁹⁸. Insoweit bleibt die weitere Entwicklung abzuwarten. Soweit der *BGH* – insoweit gegenläufig – einzelne Parteimitglieder der CDU Deutschlands durch eine Untreuehandlung zum Nachteil der politischen Partei nicht unmittelbar in ihren Rechten verletzt sieht, so ist dies insbesondere den das Recht des nichtrechtsfähigen Vereins überlagernden Sondervorschriften der §§ 24, 26, 26a PartG geschuldet, die von einer Rechtsträgerschaft der Parteien ausgehen⁴⁹⁹.

Zudem deutet sich in einigen Entscheidungen des *BGH* an, dass – entgegen seiner ständigen Rechtsprechung, nach der die Schädigung des Gesamthandsvermögens nur insoweit bedeutsam ist, als gleichzeitig das Vermögen der Gesellschafter

⁴⁹⁵ Vgl. *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze (2012), § 266 Rdnr. 99.

⁴⁹⁶ *BGH*, NStZ-RR 2005, 86; *wistra* 2006, 29 (230); *wistra* 2009, 359 (360); siehe schon *BGH*, NJW 2003, 2924 (2926).

⁴⁹⁷ *Bittmann/Susann Richter*, *wistra* 2005, 51 (53).

⁴⁹⁸ *BGH*, NJW 2006, 1984 (1985).

⁴⁹⁹ *BGH*, NJW 2007, 1760 (1763); auch *BGH*, NJW 2011, 1747 (1749) – „Kölner Parteispendenaffäre“. Vgl. zum (rechtsfähigen) Idealverein *Eisele*, GA 2001, 378 (392) und *Schramm*, Untreue und Konsens (2005), S. 94, welche die Vereinsmitglieder als Vermögensträger ansehen und daher eine Übertragung der Grundsätze der Existenzgefährdung der juristischen Person ablehnen. Für die Übertragung der Existenzgefährdungsgrundsätze auf den eingetragenen Idealverein *Brand/Sperring*, JR 2010, 473 (477 f.).

berührt ist⁵⁰⁰ – die Aufweichungen in der Abgrenzung von Personengesellschaft zu juristischer Person⁵⁰¹ auch im Untreuestrafrecht im Sinne der Annahme bzw. eines Nichtausschlusses einer Schädigung des Gesamthandsvermögens als solches durchschlagen⁵⁰². In der Literatur finden sich Stimmen, die eine solche „Fremdheit“ des Vermögens wegen der weitgehenden Verselbstständigung der gesamthänderisch gehaltenen Vermögensmasse annehmen⁵⁰³. Insbesondere *Tiedemann* sieht wenig entgegen stehen, „bei entsprechendem kriminalpolitischen Bedürfnis (...) im Wege der Rechtsfortbildung einen eigenständigen strafrechtlichen Schutz des Vermögens einer KG zu verwirklichen“⁵⁰⁴. Eine vergleichbare Problematik stellt sich bei der sog. Vor-GmbH, die im Stadium zwischen notariellem Abschluss des Gesellschaftsvertrages und dem Entstehen der GmbH als juristische Person durch die Registereintragung besteht. Die Rechtsprechung des *BGH* ordnet ihr die Rechtsnatur einer eigenständigen Organisationsform zu, deren Recht sich nach dem GmbHG und dem Gesellschaftsvertrag richtet, soweit dort nicht die Rechtsfähigkeit vorausgesetzt wird⁵⁰⁵. Aus diesem richterrechtlichen Sonderrecht der Vor-GmbH folgern Stimmen im strafrechtlichen Schrifttum, das Vermögen der Vorgesellschaft trotz ihrer nicht vorhandenen Rechtspersönlichkeit im gleichen Maße gegen Untreuehandlungen zu schützen, wie dasjenige der eingetragenen GmbH⁵⁰⁶. Dem steht die herrschende Meinung gegenüber, die betont, dass das Gesamthandsvermögen zwar als Sondervermögen gilt, dieses jedoch rechtlich Gesellschaftervermögen darstellt⁵⁰⁷; zudem wird auf die nach dem positiven Recht grundsätzlich persönliche

⁵⁰⁰ Siehe nur BGHSt 34, 221 (222 f.); *BGH*, NJW 2003, 2996 (2999); wistra 2000, 178 (179 f.); NJW 1992, 250 (251); wistra 1991, 183; wistra 1984, 71. Siehe dazu *Brand*, Untreue und Bankrott in der KG und GmbH & Co KG (2010), S. 23 f.

⁵⁰¹ Vgl. dazu oben II. 3. d) dd).

⁵⁰² Siehe die Nachweise aus der insoweit unveröffentlichten Rechtsprechung des *BGH* bei *Tiedemann* in: Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz (2002), Vor §§ 82 ff. Rdnr. 26 in Fn. 95, und bei *Helmut Schäfer*, NJW 1983, 2850; *BGH* v. 02. September 1969 – 5 StR 214/69; *BGH* v. 25. September 1979 – 1 StR 702/78, *BGH* v. 23. Oktober 1979 – 1 StR 156/79 und *BGH* v. 07. April 1976 – 2 StR 640/75. Siehe auch die von *Bittmann/Susann Richter*, wistra 2005, 51, aufgeführten Entscheidungen des 5. Strafsenats des *BGH*, NJW 2003, 2924 (2926) – Mitgesellschafterin der GmbH als „alleingeschädigt“ –; NJW 2003, 2996 (2998) – Feststellung des Schadenseintritts bei einem Mitgesellschafter durch die Tatsacheninstanz wird nicht beanstandet –; wistra 2004, 25 – GmbH & Co. KG wird unausgesprochen als Verletzte angesehen –. Siehe zudem schon *LG Bonn*, NJW 1981, 469. Die Inanspruchnahme der Entscheidung RGSt 73, 299 – siehe *Hagemann*, „Grauer“ Kapitalmarkt und Strafrecht (2005), S. 330 – geht fehl, da der Senat dort von einer möglichen Beeinträchtigung der Vermögensinteressen des Mitgeschafters, und nicht derjenigen der Personengesellschaft als solcher, ausgeht (vgl. RGSt 73, 299 (300)).

⁵⁰³ *Grunst*, BB 2001, 1537 (1540); *Schultz*, BB 1988, 572 (573 f.); *Hans Richter*, GmbHR 1984, 137 (146) jeweils für die GmbH & Co. KG; *Helmut Schäfer*, NJW 1983, 2850 (2851); *Brand*, Untreue und Bankrott in der KG und GmbH & Co KG (2010), S. 213 f.; wohl auch *Uhlenbruck*, Die GmbH & Co. KG in Krise, Konkurs und Vergleich (1988), S. 49.

⁵⁰⁴ *Tiedemann* in: Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz (2002), Vor §§ 82 ff. Rdnr. 26.

⁵⁰⁵ Siehe nur BGHZ 21, 242 (246); 117, 323 (326 f.).

⁵⁰⁶ *Carsten Schäfer*, GmbHR 1993, 717 (720 f.); *Hentschke*, Der Untreueschutz der Vor-GmbH vor einverständlichen Schädigungen (2002), S. 222, 281 f.

⁵⁰⁷ *Hagemann*, „Grauer“ Kapitalmarkt und Strafrecht (2005), S. 332 f.; *Achenbach*, Schwerpunkte der BGH-Rechtsprechung zum Wirtschaftsstrafrecht (2000), 593 (595 f., 598 f.); *Fischer*, Straf-

Haftung der Gesellschafter der Personengesellschaften (vgl. §§ 128, 171 Absatz 1 HGB, d. h. bei der KG begrenzt auf die Höhe der geleisteten Einlage) und ihre im Vergleich zu den juristischen Personen grundsätzlich weitergehende Dispositionsfreiheit über das Gesellschaftsvermögen verwiesen⁵⁰⁸. Auch wenn insoweit lediglich vereinzelte Entscheidungen des *BGH* vorliegen und es auch nicht ausgeschlossen werden kann, dass es sich nur um Ungenauigkeiten handelt⁵⁰⁹, weisen sie in Zusammenschau mit den genannten Meinungen im Schrifttum auf, dass die gesellschaftsrechtliche Konturlosigkeit der juristischen Person, ihre allein vom subjektiven Recht her und über heteronome Interessendefinitionen zugeschriebene – insoweit „geschwächte“ – Rechtspersönlichkeit zumindest in Randbereichen auch das Untreuestrafrecht erfasst.

c) Ergebnis der Analyse der Strafrechtsprechung

Wie oben dargelegt⁵¹⁰, schwankte die Rechtsprechung der *Strafsenate* des *BGH* in der Zeit der Divergenz zum Zivilrecht zunächst zwischen der ausdrücklichen Annahme eines Gläubigerschutzes und seiner Ablehnung, während in der weitaus überwiegenden Zahl der Judizien zu § 81a GmbHG a.F. und § 266 StGB der *BGH* diese Frage offen gelassen hatte, so dass sich ein signifikanter Unterschied in der Anwendung des § 81a GmbHG a.F. und des § 266 StGB zumindest im Hinblick auf die Frage eines Gesellschaftsgläubigerschutzes nicht feststellen ließ. Mit Urteil des 3. *Strafsenats* vom 24. August 1988 nahm der *BGH* den dogmatisch noch nicht voll entwickelten Begriff der Existenzgefährdung für eine Grenzziehung der gesellschaftlichen Dispositionsbefugnis oberhalb des Stammkapitalerhaltungsgebotes aus § 30 GmbHG an; die Existenzgefährdung erreichte danach einen zentralen Stellenwert und drängte die anderen bis dato entwickelten Kriterien zur Seite. Seit der richtungsweisenden Entscheidung zum „Bremer Vulkan“ des 5. *Strafsenats* haben die *Strafsenate* des *BGH* über diesen Terminus der „Existenzgefährdung“ den „Schulterschluss“ zur zivilrechtlichen Existenzvernichtungshaftung der Gesellschafter in Form der Rechtsprechung des II. *Zivilsenats* des *BGH* erreicht und damit endgültig einen strafrechtlichen, mediatisierten und unabhängigen von Konzernlagen bestehenden Gläubigerschutz anerkannt.

Als Fazit des heute erreichten Standes der Rechtsprechung zur Organuntreue lässt sich daher formulieren, dass das Problem der ultima ratio des Strafrechts nicht mehr virulent sein dürfte: Die strafrechtliche Judikatur ist von dem Interesse der Konkordanz mit dem Gesellschaftsrecht geprägt; Befürchtungen, dass das Straf-

gesetzbuch und Nebengesetze (2012), § 266 Rdnr. 113; *Schramm*, Untreue und Konsens (2005), S. 84 f.; *Schulte* NJW 1983, 1773 (1174); *ders.*, NJW 1984, 1671; *Perron* in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar (2010), § 266 Rdnr. 21; *Winkelbauer*, wistra 1986, 17 (18); im Ergebnis auch *Soyka*, Untreue zum Nachteil von Personengesellschaften (2008), S. 267 f.

⁵⁰⁸ *Hagemann*, „Grauer“ Kapitalmarkt und Strafrecht (2005), S. 333 m.w.N.

⁵⁰⁹ *Bittmann/Susann Richter*, wistra 2005, 51.

⁵¹⁰ Vgl. oben I. 2.-4.

recht pönalisieren, was das Gesellschaftsrecht erlaube, gehen daher ins Leere. Die heutigen Probleme liegen auf einem anderen Gebiet, verlassen das in der ultima-ratio-Diskussion allein angelegte relationistische Argumentationsmuster und wenden sich der Notwendigkeit der Begründung des Gläubigerschutzes in den Grenzen der Existenzvernichtung bzw. -gefährdung der Gesellschaft zu. Hier ist es für das Strafrecht wichtig, die Legitimation einer Akzessorietät zu einem Gesellschaftsrecht zu klären, welches die Frage der Gesellschafterhaftung allein funktional-technizistisch, auf dem Hintergrund ökonomischer Analysen und unter Verzicht auf vorpositive Ansätze insbesondere zur Definition der Rechtspersönlichkeit der juristischen Person – welche die Probleme des Zusammenwirkens der GmbH und ihrer „Hinterleute“ in sich birgt – löst. Dies gilt insbesondere deshalb, als in der Strafrechtsprechung, auch im Urteil des 5. *Strafsenats* des BGH zum „Bremer Vulkan“⁵¹¹, die eigene Rechtspersönlichkeit der GmbH im Mittelpunkt der Argumentation steht. Auch die dargelegte Rechtsprechungslinie einer „Zweiteilung des Gesellschaftsvermögens“ weist auf, dass die fehlende Erheblichkeit der Rechtspersönlichkeit der GmbH im Gesellschaftsrecht, die sich dort in Aufweichungen in der Abgrenzung zur Gesamthandsgesellschaft niederschlägt, Auswirkungen auf die Strafrechtsprechung hat.

Es stellt sich vielmehr die Frage, ob strafrechtlich nicht eine eigene Begründung gerechtfertigt ist, die eigenständigen Kautelen folgt, jedoch den Grundsatz des ultima-ratio-Prinzips nicht verletzt. Zu dieser Frage, welche diejenige nach der Berechtigung einer Akzessorietät zum Gesellschaftsrecht enthält, sollen die Auffassungen im strafrechtlichen Schrifttum dargestellt werden.

2. Diskussionsstand in der strafrechtlichen Literatur

Die Diskussion des Problems der Untreue zum Nachteil der GmbH insbesondere in ihren Facetten der Anerkennung und der Reichweite einer Dispositionsbefugnis der Gesellschafter über das Gesellschaftsvermögen schädigende Eingriffe des Geschäftsführers lässt sich nach ihren Schwerpunkten in zwei zeitliche Abschnitte einteilen: Die Diskussionsstände vor und der nach der Konkordanzherstellung von Gesellschafts- und Strafrecht(sprechung). Die frühere Periode steht noch im Wesentlichen unter dem Eindruck der Bestrebungen der strafrechtlichen Autoren, den ultima-ratio-Charakter des Strafrechts herauszustellen und beschäftigt sich daher überwiegend mit der Frage nach der Strafwürdigkeit von Verhalten im Verhältnis zu dessen gesellschaftsrechtlicher Sanktionierung, hat also überwiegend quantitativ-vergleichenden Charakter.

Es lassen sich zu der zentralen Frage der Dispositionsbefugnis der Gesellschafter in der strukturierenden Terminologie *Schünemanns*⁵¹² grob vier Auffassungen unterscheiden: die jeweils strengen bzw. eingeschränkten Körperschafts- und Gesellschaftertheorien. Während die strenge Körperschaftstheorie ihren Ausgangs-

⁵¹¹ BGHSt 49, 147 (158).

⁵¹² *Schünemann* in: Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch (2005), § 266 Rdnr. 125.

punkt in der Annahme findet, dass die GmbH in zivilrechtlicher Hinsicht ein vom Gesellschafter abweichendes, eigenständiges „Interesse“ besitzt, welches dem Gesellschafter lediglich einen Anspruch auf den Jahresüberschuss gewähre, vertritt die eingeschränkte Körperschaftstheorie, dass die Pflichtwidrigkeit zumindest dann entfällt, wenn sich die Transaktion im Rahmen der „Grundsätze eines ordentlichen Kaufmannes“ bewegt. Die Gesellschaftertheorien verändern diese Grundsatzperspektive: Die Gesellschafter seien bei der Verfolgung ihrer Interessen durch die GmbH weitestgehend frei und nur an die Bestimmungen des GmbHG gebunden. Dabei lässt die eingeschränkte Gesellschaftertheorie die Pflichtwidrigkeit bei Gesellschafterzustimmungen dann nicht entfallen, wenn das Stammkapital angegriffen wird oder – darüber hinaus – eine Existenzgefährdung der Gesellschaft ausgelöst wird. Die strenge Gesellschaftertheorie sieht allein das Interesse der Gesellschafter und bejaht deshalb die Dispositionsbefugnis der Gesellschafter selbst bei existenzgefährdenden bzw. stammkapitalangreifenden Handlungen des Geschäftsführers. Sie geht davon aus, dass § 266 StGB allein die Interessen der Gesellschafter und nicht der GmbH-Gläubiger schützt; selbst die Zerstörung der GmbH wäre daher bei Zustimmung aller Gesellschafter nicht pflichtwidrig und somit nicht tatbestandsmäßig. Nicht zur strengen Gesellschaftertheorie gehörig, weil nicht an der Problematik der Dispositionsbefugnis der Gesellschafter ansetzend, aber durchaus ähnlich, sind hingegen die Auffassungen, welche die Gesellschafter aufgrund ihrer Befugnis, die Zwecke des Vermögenseinsatzes umfassend und selbst zu bestimmen, in ihrer Gesamtheit als Vermögensinhaber des Gesellschaftervermögens ansehen; hier mangelt es daher nicht an der Pflichtwidrigkeit des Handelns wegen des gegebenen Gesellschaftereinstimmens, sondern es fehlt bereits an der Fremdheit des Vermögens.

a) Strafrechtliche Regelungsweite und ultima-ratio-Prinzip

Die Körperschaftstheorien dürften heute als überholt zu bezeichnen sein. Zu ihr zählten im Wesentlichen die Judizien des *RG*, die ein Einverständnis der GmbH-Gesellschafter gar nicht erst anerkannten⁵¹³. Ihr können im Sinne der eingeschränkten Spielart *Fleck*⁵¹⁴, *Wagner/Hermann*⁵¹⁵ und *Hans Richter*⁵¹⁶ zugeordnet werden, die mit ihren generalklauselartigen Forderungen nach einem Verbot von „sittenwidrigen“ oder „willkürlichen“ Maßnahmen oder dem Gebot des Handelns eines „ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers“ die Dispositionsbefugnisse der Gesellschafter ähnlich kupierten wie es in der Entscheidung BGHSt 34, 379

⁵¹³ Vgl. oben I. 2. Auch *Ewald*, Untreue zwischen „verbundenen Unternehmen“ (1980), S. 218 f., vertritt für die faktisch konzernierte Aktiengesellschaft die Auffassung, dass das herrschende Unternehmen verpflichtet sei, sein Verlangen auf solcher Handlungen zu beschränken, die die abhängige Gesellschaft im Ergebnis, d. h. unter Einbeziehung eines eventuellen Ausgleichs, nicht schädigen.

⁵¹⁴ *Fleck*, ZGR 19 (1990), 31 (42 f.); *ders.*, EWIR 1987, 987 (988).

⁵¹⁵ *Wagner/Hermann*, BB 1999, 608 (609).

⁵¹⁶ *Hans Richter*, GmbHR 1984, 137 (145).

der Fall war. Insoweit ist mit den Entscheidungen des *II. Zivilsenats* und des *5. Strafsenats* des BGH zum „Bremer Vulkan“ der Gleichlauf nicht nur zwischen der zivil- und strafrechtlichen Judikatur, sondern auch dem materiellen Gesellschafts- und Strafrecht erreicht worden; zudem wurden Unterschiede zum Konzernrecht, d. h. in der Bewertung von Organ- und Konzernuntreue nivelliert. Der zum Teil heftig geführte Streit, den die Entscheidung BGHSt 34, 379 ausgelöst hat, und die allein relativen Argumentationen, nach denen ein strafrechtliches Verbot bei zivilrechtlich erlaubtem Verhalten nicht greifen könne, dürften daher heute obsolet sein. Die Darstellung des letztgenannten Streitstandes erscheint daher nicht notwendig; die maßgeblichen Auffassungen werden im Übrigen nachfolgend im Rahmen der Darlegungen zum aktuellen Diskussionsstand erwähnt, soweit die Ansichten nicht nur relationistisch, sondern in Bezug auf mögliche Grenzen einer Gesellschafterdispositionsbefugnis über das Gesellschaftsvermögen auch absolut argumentieren. Den Auffassungen, welche vor einem Überschießen des Strafrechts im Vergleich zur gesellschaftsrechtlichen Gesellschafterhaftung warnten, war insoweit im Übrigen auf dem Hintergrund einer Strafunrechtsbegründung, die den wesentlichen Unterschied zwischen Straf- und Zivilrecht darin erblickt, dass Ersteres eine Verletzung substantieller Freiheit zur Voraussetzung hat, auf die sich der Einzelne nicht selbstständig einzurichten vermag⁵¹⁷, beizupflichten.

Über diesen Befund zum Strafrecht als ultima ratio hinaus ist in der aktuellen Diskussion insbesondere zu hinterfragen, ob der nunmehr sowohl für unabhängige als auch qualifiziert faktisch konzernte GmbH manifestierte Kernpunkt der Entscheidung des *5. Strafsenats* zum „Bremer Vulkan“ akzeptabel ist, nach dem eine Zustimmung der Gesellschafter bei Herbeiführung der Existenzgefährdung schon oberhalb der Grenze des § 30 GmbHG unwirksam ist⁵¹⁸, und damit nicht die Wertung verbunden ist, dass das Vermögensdelikt, welches den Vermögensinhaber schützen soll, unzulässigerweise in ein Gläubigerschutzdelikt „umgemünzt“ wird⁵¹⁹. Eine Darstellung des mit den erwähnten Judizien erreichten Standes und der verbleibenden Streitpunkte ist daher angezeigt. Dieser aktuelle Streit entfernt sich von der relationistischen, quantitativen Reichweitendebatte zweier Rechtsgebiete. Er dreht sich im Wesentlichen um die Frage nach der Berechtigung eines Gläubigerschutzes durch § 266 StGB.

b) Der aktuelle Streit: Akzessorietät zum Gesellschaftsrecht und Gläubigerschutz durch § 266 StGB?

Der aktuelle Streit in der Literatur dreht sich im Wesentlichen darum, ob eine Grenze der Dispositionsbefugnis der Gesellschafter – in allein strafrechtlicher Betrachtung – überhaupt anzuerkennen ist, bzw. wo ggf. diese Grenze zu ziehen wäre, etwa

⁵¹⁷ Köhler, Strafrecht, Allgemeiner Teil (1997), S. 30. Zum Verhältnis von Zivilunrecht zu Strafrecht vgl. unten Kapitel 6, I. 3.

⁵¹⁸ Vgl. dazu umfassend unten b) bb) (2).

⁵¹⁹ Siehe nur Rönau, ZStW 119 (2007), 887 (908); Kubiciel, NStZ 2005, 353 (359).

bei der Stammkapitalgrenze oder darüber bei Existenzgefährdung der Gesellschaft. In der Terminologie *Schünemanns* handelt es sich um die strenge Gesellschaftertheorie sowie um zwei Spielarten der eingeschränkten Gesellschaftertheorie. Allein die letztgenannten Ansichten können eine Akzessorietät zum Gesellschaftsrecht für sich in Anspruch nehmen; die strenge Gesellschaftertheorie geht jedoch einen eigenen strafrechtlichen Weg. Diese Opposition spiegelt damit die Fixpunkte wider, an denen sich die Diskussion in der Literatur aktuell entzündet, nämlich um die Notwendigkeit der Anbindung des § 266 StGB an gesellschaftsrechtliche Vorgaben, welche neben der Dispositionsbefugnis auch die vorgelagerte Frage nach der Fremdheit des Vermögens der GmbH in Bezug auf die Gesellschafter erfasst. Dabei berührt eine Anbindung an gesellschaftsrechtliche Vorgaben auch die Frage einer Einordnung des § 266 StGB als Blankettnorm oder als Tatbestand mit normativen Tatbestandsmerkmalen, wobei die Antwort insoweit Auswirkungen auf die Anforderungen hätte, die dann an § 266 StGB durch das Bestimmtheitsgebot aus Artikel 103 Absatz 2 GG gestellt würden.

Unabhängig von diesen Positionierungen wird in der Diskussion auch das rechtshistorische Argument der Schutzrichtung des vormaligen § 81a GmbHG a.F. bemüht.

aa) Originär strafrechtliche Ansätze

(1) Fremdheit des Gesellschaftsvermögens in Relation zu den Gesellschaftern?

Streng genommen unterfällt der Frage nach einem akzessorischen Verhältnis von Straf- und Zivilrecht schon das Problem, ob die GmbH überhaupt Verletzte im Sinne des § 266 StGB sein kann, was voraussetzt, dass die GmbH eigenständige Vermögensträgerin ist; betroffen ist hier das Tatbestandsmerkmal der Fremdheit des Vermögens. Dies wird unter Abweichen von der gesellschaftsrechtlichen Vorgabe der eigenen Rechtspersönlichkeit der GmbH von einigen Stimmen im strafrechtlichen Schrifttum verneint: Zum Teil wird ein sog. wirtschaftliches Verständnis der GmbH zu Grunde gelegt und ausgeführt, dass in einer solchen Betrachtung letztlich das Vermögen der Gesellschafter mit dem der juristischen Person identisch sei, da der Alleingesellschafter als Interessenträger mit der GmbH eigene Zwecksetzungen verfolge⁵²⁰. Die selbstständige Rechtspersonenqualität der GmbH sei lediglich eine „haftungstechnische Konstruktion“, die zum Zwecke des Gläubigerschutzes geschaffen worden sei und entspreche daher nicht der wirtschaftlichen Situation; das Zivilrecht halte das Trennungsprinzip selbst nicht durch, was sich anhand des

⁵²⁰ *Labsch*, JuS 1985, 602 (604); für die Einpersonen-Gesellschaft *ders.*, wistra 1985, 1 (7); *Arloth*, NSSt 1990, 570 (573) für den geschäftsführenden Alleingesellschafter; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze (2012), § 266 Rdnr. 99; *Schramm*, Untreue und Konsens (2005), S. 124; aus funktionalistisch-systemtheoretischer Sicht *Bräunig*, Untreue in der Wirtschaft (2011), S. 220 f. *Hans Richter*, GmbHR 1984, 137 (146), sieht die zivilrechtliche Rechtspersönlichkeit und Vermögensträgerschaft grundsätzlich nicht dafür geeignet an, als Anknüpfungspunkt für eine strafrechtliche Vermögensbetreuungspflicht zu dienen, da auf die „wirtschaftlichen Verhältnisse“ abzustellen sei.

Haftungsdurchgriffs zeige⁵²¹. Zudem wird die aus der Lehre der realen Verbandspersönlichkeit fließende Organtheorie bemüht⁵²²: Diese zeige auf, dass dem Einverständnis des Organs deshalb Relevanz zusprechen sei, weil es ein durch die GmbH selbst erklärtes Einverständnis darstelle. Entsprechend der Metapher der universitas als corpus wären zivilrechtlicher Vermögensinhaber, d. h. die GmbH, und die zustimmende Person, das Organ, (teil-)identisch. Gegen diese Argumentation spricht jedoch die Existenz einer Regresspflicht des Organs, welche – entgegen von Gierke („Das Gemeinwesen kann daher dieselbe rechtswidrige Handlung oder Unterlassung, in welcher es einen Ausfluss seines organischen Lebens und somit einen ihm selbst zurechenbaren Fehler anerkennen muss, an dem schuldigen Gliede mit den ihm zu Gebote stehenden Straf- und Zuchtmitteln ahnden. Und es kann, wenn es Schadenersatz leisten musste, gegen die verantwortlichen Einzelnen Regress nehmen“⁵²³) – mit der Behauptung der unmittelbaren Repräsentation des Verbandes durch das Organ unvereinbar sein dürfte; denn „sie bedeutet nichts anderes, als dass sich der Verband von der als Organ handelnden Individualperson und ihrer bestimmten Willensäußerung distanzieren kann, d. h. aber von seinem vermeintlichen Willen“⁵²⁴. Es ist daher jedenfalls eine widersprüchliche Argumentation der sog. wirtschaftlichen Betrachtungsweise, sowohl die Organtheorie als auch die Durchgriffshaftung gegen die Trennung zwischen den Rechtspersönlichkeiten der Gesellschafter und der GmbH ins Feld zu führen. Nelles sieht zudem den Zwecksetzungsinhalt für das Vermögen bei juristischen Personen durch die gesetzliche Vorgabe des § 1 GmbHG, nach dem die GmbH „zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck“ gegründet werden darf, – anders als bei Unmündigen – als nicht definiert und daher offen für privatautonome Gestaltung⁵²⁵; diese in ihrem Inhalt jederzeit änderbare Gestaltungsbefugnis liege – anders als bei der Stiftung, bei welcher der Zweck bei Entstehung unabänderlich festgelegt sei – bei der Gesamtheit der Mitglieder in ihrer durch die Satzung definierten Verbundenheit⁵²⁶. Dieser seien „alle im Rahmen der rechtlichen Existenz der juristischen Person in Betracht kommenden Zielvorgaben vorbehalten, an denen sich die Handlungsorganisation zu orientieren hat“⁵²⁷, weshalb sie als Inhaberin des Gesellschaftsvermögens anzusehen sei. Dies soll nach Nelles ungeachtet des durch § 30 GmbHG normierten Stammkapitalschutzes gelten, da diese Vorschrift nicht die Auszahlung verbiete; vielmehr werde bei Zuwiderhandlung lediglich die Rechtsfolge einer Erstattungspflicht nach § 31 GmbHG ausgelöst⁵²⁸.

Diese Auffassungen können in Anlehnung an die oben genannte Diversifizierung als mit der strengen Gesellschaftertheorie verwandt bezeichnet werden, da sie im Ergebnis das Vermögen den Gesellschaftern zuordnen, gleichwohl aber nicht die

⁵²¹ Labsch, JuS 1985, 602 (604).

⁵²² Labsch, JuS 1985, 602 (604).

⁵²³ Von Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung (1887), S. 771.

⁵²⁴ Von Freier, Kritik der Verbandsstrafe (1998), S. 179.

⁵²⁵ Nelles, Untreue zum Nachteil von Gesellschaften (1991), S. 491.

⁵²⁶ Nelles, Untreue zum Nachteil von Gesellschaften (1991), S. 492, 546 ff.

⁵²⁷ Nelles, Untreue zum Nachteil von Gesellschaften (1991), S. 491.

⁵²⁸ Nelles, Untreue zum Nachteil von Gesellschaften (1991), S. 495.

Frage des Gesellschaftereinverständnisses betreffen; sie werden im Wesentlichen mit den Argumenten des Widerspruches zwischen Straf- und Zivilrecht und somit der notwendigen Einheit der Rechtsordnung angegriffen⁵²⁹. Wenn man ihnen jedoch folgte, würde eine Strafbarkeit wegen Untreue schon mangels Fremdheit des Vermögens ausscheiden⁵³⁰.

Es bestehen bei den wirtschaftlichen Auffassungen schon erhebliche Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem positiven Gesellschaftsrecht: Insbesondere die von *Nelles* abgelehnte Charakterisierung des § 30 GmbHG als Verbotsvorschrift ist schon schwerlich mit ihrem Wortlaut – „Das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft darf an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden“ – zu vereinbaren; jedenfalls wirkt das isolierte Abstellen auf die Rechtsfolge der Erstattungspflicht in § 31 GmbHG gekünstelt⁵³¹. Doch darüber hinaus sind die wirtschaftlichen Auffassungen auch daraufhin zu untersuchen, ob die Annahme einer absoluten Zwecksetzungsbefugnis der Gesellschafter nicht verkürzt erscheinen muss. Denn bei einer derartigen wirtschaftlichen Betrachtung werden die Interessen einer an der juristischen Person beteiligten Gruppe – die der Gesellschafter – absolut gesetzt und andere Interessen – die der Gesellschaftsgläubiger – schlichtweg ausgeblendet. Dies mag im Ergebnis vertretbar erscheinen, bedarf in der Begründung dann aber entweder eines Abwägungsprozesses, wie er in der oben dargelegten, von einigen Konstruktionen der Gesellschafterhaftung bemühten ökonomischen Analyse des Rechts – mit im Übrigen divergierenden Ergebnissen hinsichtlich der Notwendigkeit eines Gläubigerschutzes – zu Grunde gelegt wird⁵³². Sollte man sich von derartigen heteronomen Interessenabwägungen verabschieden wollen, wäre dann andererseits vorpositiv eine Leistung zu erbringen, die in einer tragfähigen strafrechtlichen Ablehnung eines Vermögensschutzes der juristischen Person bestünde.

(2) Uneingeschränkte Dispositionsbefugnis der Gesellschafter

Hier handelt es sich um „echte“ Vertreter der sog. strengen Gesellschaftertheorie. Ihre Argumentationen erscheinen auf den ersten Blick vielfältig, lassen sich jedoch bei näherer Betrachtung auf zwei Grundgedanken zurückführen: In subjekthafter Betrachtung auf die Stellung des Gesellschafters als maßgebliches und daher uneingeschränkt dispositionsbefugtes Willensorgan der GmbH und – objektiv – auf die Unzulässigkeit des Schutzes der Gesellschaftsgläubiger der GmbH durch § 266 StGB.

⁵²⁹ Siehe nur *Hentschke*, Der Untreueschutz der Vor-GmbH vor einverständlichen Schädigungen (2002), S. 96.

⁵³⁰ A.A. wohl *Carsten Schäfer*, GmbHR 1993, 780 (789), der bei einer von der zivilrechtlichen Zuordnung abweichenden Vermögenszuordnung eine Verlagerung der Problematik „auf eine andere Ebene des Tatbestands“ annimmt.

⁵³¹ Siehe auch *Birkholz*, Untreuestrafbarkeit als strafrechtlicher „Preis“ der beschränkten Haftung (1998), S. 80.

⁵³² Vgl. dazu insbesondere oben II. 3. d) bb), dd).

Soweit *Birkholz* für eine unbeschränkte Dispositionsbefugnis der Gesellschafter eintritt⁵³³, fußt dies auf dem Ansatz einer Übertragung der ökonomischen Analyse des Rechts auf das Untreuestrafrecht. Dieser Gedanke wird in diesem Zusammenhang gesondert untersucht werden⁵³⁴.

aaa) Gesellschafter als „oberstes“ Willensorgan der GmbH

Soweit vertreten wird, die uneingeschränkte Dispositionsbefugnis resultiere aus der Stellung des Gesellschafters als das „oberste Organ“⁵³⁵ der Gesellschaft⁵³⁶, die sich insbesondere in der Weisungsbefugnis gegenüber dem Geschäftsführer aus § 37 Absatz 1 GmbHG äußere, gelten die bereits oben zum Tatbestandsmerkmal der Fremdheit dargelegten Anmerkungen⁵³⁷. Denn in der Folgenbetrachtung setzt die Argumentation einer Dominanz der Gesellschafter zwar statt an der Vermögenszuordnung an der Dispositionsbefugnis der Gesellschafter an, der Argumentationskern bleibt jedoch unverändert: Abgestellt wird auf die gesellschaftliche Macht der Willensbildung bzw. Zwecksetzungsbefugnis, verfeinert in der tiefergehenden Argumentation der den Gesellschaftern jederzeit eröffneten Möglichkeit der Liquidation der Gesellschaft⁵³⁸. Auch hier ist die Argumentation noch nicht einmal auf dem Hintergrund des positiven Rechts widerspruchsfrei, da die materiellen Liquidationsvorschriften des GmbHG die Kapitalrückzahlung an die Gesellschafter zu Lasten der Gesellschaftsgläubiger verhindern (vgl. §§ 72, 73 GmbHG). Des Weiteren gilt auch hier: Es verbietet sich die Verabsolutierung der Rechte einer Interessengruppe, ohne dass die damit korrespondierende Negierung der anderen beteiligten Interessen schlüssig entwickelt worden wäre.

bbb) Unzulässigkeit des untreuestrafrechtlichen Gläubigerschutzes

Der Einwand erscheint zunächst einleuchtend, die eingehenderer Prüfung dürfte jedoch ergeben, dass der behauptete Widerspruch zwischen Gläubigerschutz einerseits und GmbH-Vermögensschutz andererseits zumindest im Rahmen der Vorgaben des positiven GmbH-Rechts auflösbar erscheint. Unter die Überschrift der ver-

⁵³³ *Birkholz*, Untreuestrafbarkeit als strafrechtlicher „Preis“ der beschränkten Haftung (1998).

⁵³⁴ Vgl. unten Kapitel 4, I. 3.

⁵³⁵ BGHSt 9, 203 (216).

⁵³⁶ *Perron* in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar (2010), § 266 Rdnr. 21b; *Labsch*, wistra 1985, 1 (7) für die GmbH mit mehreren Gesellschaftern; *Hoyer* in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2 (2010), § 266 Rdnr. 73; *Muhler*, wistra 1994, 283 (287); *Altmeyen* in: Roth/Altmeyen, GmbHG (2009), § 43 Rdnr. 159; *Corsten*, Einwilligung in die Untreue sowie in die Bestechlichkeit und Bestechung (2011), S. 92; *Ibold*, Unternehmerische Entscheidungen als pflichtwidrige Untreuehandlungen (2011), S. 216.

⁵³⁷ Vgl. oben (1).

⁵³⁸ *Nelles*, Untreue zum Nachteil von Gesellschaften (1991), S. 548: „Das Interesse an Bestandserhaltung ist nämlich schon als solches gesetzlich zur Disposition der Mitgliederversammlung gestellt. Ihr steht die Macht und das Recht zu, die juristische Person jederzeit durch ‚Liquidation‘ sterben zu lassen, ihren Bestand also zu vernichten“.

meintlichen Unzulässigkeit des Gläubigerschutzes durch § 266 StGB lassen sich die teleologische Auslegung des § 266 StGB, die Abgrenzung zu den Bankrottdelikten, insbesondere die Kritik an der sog. Interessenformel, und der Vergleich mit der Anwendung des § 266 StGB auf die natürliche Person subsumieren. Im Kern zielen alle Argumentationen jedoch darauf, dass das Recht der Untreue auf den Schutz des zu betreuenden GmbH-Vermögens und nicht auf den der Gläubiger abstellt.

aaaa) Argument der Unzulässigkeit des Gläubigerschutzes durch § 266 StGB

Es wird betont, dass § 266 StGB allein das zu betreuende Gesellschaftsvermögen – hinsichtlich der o.g. Vertreter, die in wirtschaftlicher Betrachtung von der Identität des Gesellschafter- und Gesellschaftsvermögens ausgehen⁵³⁹, wäre zu ersetzen: das zu betreuende Gesellschaftervermögen – und nicht das der Gesellschaftsgläubiger schützt mit der Folge der Unbeachtlichkeit einer gläubigerschutzbegründeten Grenzziehung für die Dispositionsbefugnis⁵⁴⁰. Soweit ersichtlich, dürften jedoch auch die Vertreter, die eine Grenze der Dispositionsbefugnis der Gesellschafter aus Gläubigerschutzerwägungen annehmen, im Prinzip den strafrechtlichen Schutzzweck der Organuntreue nicht über den engeren Zweck der Begünstigung durch das Vermögensreservoir der Gesellschaft definieren: Einer Großmutter würde man einen eigenständigen strafrechtlichen Vermögensschutz auch nicht deswegen absprechen, weil sie um Geld betrogen wurde, das sie für ihre Enkelin angespart hatte und welches sie bei sich für diesen Zweck verwahrte⁵⁴¹. Insoweit ist der Meinung zuzustimmen, die darauf abstellt, dass das Vermögen der GmbH zugeordnet ist, losgelöst von der Frage, warum dies so ist⁵⁴². Denn ein Abstellen auf die Zweckrichtung einer Vermögensmasse würde – abstrakt zu Ende gedacht – zu bodenlosen Verwerfungen jedenfalls in der Frage der Vermögenszuordnungen führen. Dieses Argument hat jedoch wenig Gehalt, wenn man es auf die Frage nach dem Grad

⁵³⁹ Vgl. oben (1).

⁵⁴⁰ *Altmeyers* in: Roth/Altmeyers, GmbHG (2009), § 43 Rdnr. 159; *Perron* in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar (2010), § 266 Rdnr. 21b; *Hoyer* in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2 (2010), § 266 Rdnr. 71 ff.; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze (2012), § 266 Rdnr. 99; *Reiß*, wistra 1989, 81 (84); *Kasiske*, wistra 2005, 81 (85); *ders.*, JR 2011, 235 (238); *Arloth*, NSTZ 1990, 570 (573); *Labsch*, JuS 1985, 602 (604); *ders.*, wistra 1985, 1 (8); *Wehleit*, Die Abgrenzung von Untreue und Bankrott (1985), S. 19 ff.; *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht (1997), S. 565 f.; *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887 (908); *Kubiciel*, NSTZ 2005, 353 (359); *Schramm*, Untreue und Konsens (2005), S. 122 f.; *Krause*, JR 2006, 51 (53); *Kutzner*, NJW 2005, 271 f.; *Dehne-Niemann*, wistra 2009, 417 (421 ff.); *Lichtenwimmer*, Untreueschutz der GmbH gegen den übereinstimmenden Willen der Gesellschafter? (2008), S. 286; *Mansdörfer*, Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts (2011), S. 188; *Corsten*, Einwilligung in die Untreue sowie in die Bestechlichkeit und Bestechung (2011), S. 93; für die Einpersonen-Gesellschaft *Hanft*, Strafrechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Einmann-GmbH (2006), S. 132 f.; auch *Kühl* in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar (2011), § 266 Rdnr. 20 a.

⁵⁴¹ Siehe das ähnliche Beispiel bei *Ransiek*, Untreue im GmbH-Konzern (2003), 207 (213).

⁵⁴² *Ransiek* in: Ulmer, GmbHG, Großkommentar (2008), Vor § 82 Rdnr. 23; *ders.*, Untreue im GmbH-Konzern (2003), 207 (212 f.); *ders.*, wistra 2005, 121 (122); *Achenbach*, Schwerpunkte der BGH-Rechtsprechung zum Wirtschaftsstrafrecht (2000), 593 (598); *Gribbohm*, ZGR 19 (1990), 1 (25 f.); *Radtke*, GmbHHR 1998, 361 (362).

einer Einschränkung der Dispositionsbefugnis über das Vermögen bezieht, denn dazu ließe sich aus der ausschließlichen Zuordnung des Vermögens zur Gesellschaft unmittelbar nichts gewinnen. Zur Annäherung an diese Fragestellung erscheint es vielmehr notwendig, in einem vorhergehenden Schritt zu klären, auf welchen Grundlagen den Gesellschaftern eine Dispositionsbefugnis im strafrechtlichen Sinne zugesprochen wird.

a) Träger der Dispositionsbefugnis über das Vermögen der GmbH

Ausgangspunkt ist zunächst, dass die juristische Person „GmbH“ als Betroffene einer strafrechtlich relevanten Zustimmung deshalb in Betracht kommt, weil sie die Trägerin des von der Handlung des Geschäftsführers betroffenen Vermögens ist. Von diesem Standpunkt aus betrachtet, müsste eine Zustimmung der Gesellschafter unbeachtlich sein, da sie auf Grund des Trennungsprinzips und der hier befürworteten Ablehnung der sog. wirtschaftlichen Betrachtungsweise gerade nicht als Inhaber des Gesellschaftsvermögens anzusehen sind⁵⁴³. Da die juristische Person als solche für sich selbst jedoch nicht handeln kann, kann die Zustimmung nur durch die Organe der Gesellschaft erteilt werden. Insoweit kommt die Gesamtheit der Gesellschafter als das „oberste“⁵⁴⁴ Willensbildungsorgan der GmbH in Betracht⁵⁴⁵; hingegen gilt der Geschäftsführer nicht als dispositionsbefugt, denn nach dem geltenden Zivilrecht begründete die Vertretungsbefugnis dieses Organs allein die Zurechnung einer für die GmbH erteilten Zustimmung gegenüber dritten Schädigern⁵⁴⁶. Somit wäre das Außenverhältnis betroffen, während vorliegend allein das durch die interne schädigende Handlung des Geschäftsführers berührte Innenverhältnis von Relevanz ist.

β) Strafrechtsdogmatische Einordnung der gesellschaftslicheren Zustimmungserklärung bei der Organuntreue und ihre Wirksamkeitsvoraussetzungen

In diesem Zusammenhang ist die strafrechtliche Einordnung der gesellschaftslichen Zustimmung zu klären, da sie Auswirkungen auf die Voraussetzungen der Zustimmungserklärung hat⁵⁴⁷. Insoweit unterscheidet die herrschende Meinung zwischen dem tatbestandsausschließenden Einverständnis und der rechtfertigenden Einwilligung: Ein Einverständnis liege dann vor, wenn schon der Straftatbestand expressis verbis oder implizit ein Handeln gegen den Willen des Rechtsgutsträgers

⁵⁴³ Kohlmann, Untreue zum Nachteil des Vermögens einer GmbH trotz Zustimmung sämtlicher Gesellschafter? (1984), 387 (399).

⁵⁴⁴ BGHSt 9, 203 (216).

⁵⁴⁵ Kohlmann, Untreue zum Nachteil des Vermögens einer GmbH trotz Zustimmung sämtlicher Gesellschafter? (1984), 387 (399); Hanft, Strafrechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Einmann-GmbH (2006), S. 50.

⁵⁴⁶ Carsten Schäfer, GmbHR 1993, 780 (791).

⁵⁴⁷ Siehe zum Folgenden Kohlmann, Untreue zum Nachteil des Vermögens einer GmbH trotz Zustimmung sämtlicher Gesellschafter? (1984), 387 (400 f.); Hentschke, Der Untreueschutz der Vor-GmbH vor einverständlichen Schädigungen (2002), S. 99 ff.; Schramm, Untreue und Konsens (2005), S. 46 ff.

voraussetze, während die Einwilligung nur solche Taten betreffe, die in fremde, zur Disposition des Verletzten stehende Rechtsgüter eingreife und bei denen die Freiheit der Willensbildung oder – betätigung nicht ausschließlich betroffen sei⁵⁴⁸. Eine andere Meinung nimmt bei Zustimmung stets einen Tatbestandsausschluss an, da jedes Rechtsgut zugleich eine Autonomiekomponente aufweise⁵⁴⁹. Zwar ist es richtig, dass jedes Rechtsgut im Sinne praktischer Vernunft intersubjektiv-vermittelt durch die Autonomie des Einzelnen (mit-)konstituiert ist⁵⁵⁰. Gleichwohl ist die Differenzierung des positiven Rechts in seine spezifischen Ausprägungen zwischen Tatbeständen, die die Freiheit des Willens betreffen, und sonstigen Delikten beachtlich, weil die zunächst geltende abstraktere Verbotsnorm der Respektierung der Autonomie des Einzelnen durch konkretere Normen aufgehoben wird⁵⁵¹. Wird also im Verbrechensaufbau die systematische Struktur einer Unterscheidung zwischen Tatbestandsmäßigkeit und Unrechtsausschluss akzeptiert, dürfte an der Unterscheidung zwischen (tatbestandsausschließendem) Einverständnis und (rechtfertigender) Einwilligung festzuhalten sein.

Für den Tatbestand der Untreue insbesondere zum Nachteil der GmbH bedeutet dies nach der herrschenden Meinung, dass die Zustimmung des Dispositionsbefugten schon den Tatbestand entfallen lässt⁵⁵², es sich mithin um ein Einverständnis handelt⁵⁵³. Denn die Untreue ist gekennzeichnet durch den Fehlgebrauch einer dem Täter übertragenen fremdnützigen Herrschaft, § 266 StGB pönalisiert also einen Vermögensangriff „von innen heraus“⁵⁵⁴. Der vom Täter realisierbare

⁵⁴⁸ Siehe nur *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil (1997), S. 243 f.; *Lenckner/Sternberg-Lieben* in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar (2010), Vorbem §§ 32 ff. Rdnr. 31.

⁵⁴⁹ Siehe nur *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I (2006), S. 545 ff.; *Maurach/Zipf*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1 (1992), S. 226; *Schmidhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil (1984), S. 114 f., zum Unterschied zwischen objektbezogener und verhaltensbezogener Autonomie.

⁵⁵⁰ Vgl. insbesondere unten Kapitel 6.

⁵⁵¹ *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil (1997), S. 243.

⁵⁵² *Corsten*, Einwilligung in die Untreue sowie in die Bestechlichkeit und Bestechung (2011), S. 84 f.

⁵⁵³ BGHSt 3, 23 (25); *OLG Hamm*, NStZ 1986, 119; *Radtke/Hoffmann*, GA 2008, 535 (538); *Radtke*, GmbHR 1998, 311 (316); *Schramm*, Untreue und Konsens (2005), S. 52 ff.; *Hentschke*, Der Untreueschutz der Vor-GmbH vor einverständlichen Schädigungen (2002), S. 101; *Auer*, Gläubigerschutz durch § 266 StGB bei der einverständlichen Schädigung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (1991), S. 182 f.; *Kohlmann*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des GmbH-Geschäftsführers (1990), S. 102 f.; *Tiedemann* in: *Scholz*, Kommentar zum GmbH-Gesetz (2002), Vor §§ 82 ff. Rdnr. 15; *Arloth*, NStZ 1990, 570 (573); *Dierlamm* in: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 4 (2006), § 266 Rdnr. 129; *Flum*, Der strafrechtliche Schutz der GmbH gegen Schädigungen mit Zustimmung der Gesellschafter (1990), S. 72; *Labsch*, Jura 1987, 411 (415); *Wodicka*, Die Untreue zum Nachteil der GmbH bei vorheriger Zustimmung aller Gesellschafter (1993), S. 330 ff.; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze (2012), § 266 Rdnr. 90; *Perron* in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar (2010), § 266 Rdnr. 21; *Lichtenwimmer*, Untreueschutz der GmbH gegen den übereinstimmenden Willen der Gesellschafter? (2008), S. 167 ff.; a. A. *BGH*, GmbHR 1954, 75; BGHSt 3, 32 (39 f.); 9, 203 (216); *Gribbohm*, ZGR 19 (1990), 1 (19 ff.); *Ibold*, Unternehmerische Entscheidungen als pflichtwidrige Untreuehandlungen (2011), S. 192 f.

⁵⁵⁴ *Kindhäuser*, Pflichtverletzung und Schadenszurechnung bei der Untreue (§ 266 StGB) (2003), 709 (710); *Schünemann* in: *Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch* (2005), § 266 Rdnr. 18, 20, 45;

Erfolgs- und Handlungsunwert bei der Untreue ist daher abhängig vom Schutzinteresse des Treugebers, dessen von ihm definierten Erlaubnisgrenzen für den Täter gelten⁵⁵⁵; die Befugnis des Rechtsgutsträgers, Handlungen zum Nachteil der Gesellschaft zuzustimmen, ist Bestandteil des autonomen Herrschaftsrechts des Vermögensinhabers: Es ergibt sich auch etwa deswegen keine andere Beurteilung bei der Untreue zum Nachteil der GmbH, weil Vermögensträger (GmbH) und Zustimmungsmittler (Gesellschafter) nicht personenidentisch sind: Da die Gesellschafter die Zustimmung nicht im eigenen Namen, sondern als Organ der GmbH erklären, ist sie der Gesellschaft als Rechtspersönlichkeit grundsätzlich zuzurechnen⁵⁵⁶. Auf der Ebene des Tatbestandes des § 266 StGB entfällt dann das Merkmal der Pflichtwidrigkeit⁵⁵⁷. Darüber hinaus wird in den Grenzen der Disponibilität auch auf das Tatbestandsmerkmal des Vermögensnachteils abgestellt⁵⁵⁸: Denn bei einem wirksamen Einverständnis mit der Vermögensminderung jedenfalls bei einer verdeckten Gewinnausschüttung wird eine Kompensation der Vermögenseinbuße der GmbH durch die Befreiung der Gesellschaft von dem Gewinnauszahlungsanspruch angenommen⁵⁵⁹.

An die Wirksamkeit des strafrechtlichen Einverständnisses werden nach herrschender Meinung, jedenfalls soweit der einzelne Tatbestand die rein tatsächliche Natur des Einverständnisses trägt, nicht die weiteren Voraussetzungen geknüpft, die für die Selbstbestimmungsvoraussetzungen der rechtfertigenden Einwilligung verlangt sind⁵⁶⁰. Für den Untreuetatbestand dürften sich danach folgende Wirksamkeitsvoraussetzungen ergeben, die im Wesentlichen der besonderen Struktur des § 266 StGB als Vermögensschutz gegen Angriffe „von innen heraus“ geschuldet sind (und die allerdings wegen der Interessensituation der Gesellschafter, die zu ihren eigenen Gunsten handeln, nur eine geringe Praxisrelevanz haben dürften): So muss eine Kundgabe des Einverständnisses nach außen nicht erfolgen, erst recht

ders., NStZ 2005, 473 (474); Rönau, ZStW 119 (2007), 887 (891); Perron, GA 2009, 219 (223); BVerfG, NJW 2010, 3209 (3212).

⁵⁵⁵ Schramm, Untreue und Konsens (2005), S. 68 f. Siehe auch Labsch, Jura 1987, 411 (415).

⁵⁵⁶ Kohlmann, Untreue zum Nachteil des Vermögens einer GmbH trotz Zustimmung sämtlicher Gesellschafter? (1984), 387 (403); Wodicka, Die Untreue zum Nachteil der GmbH bei vorheriger Zustimmung aller Gesellschafter (1993), S. 332.

⁵⁵⁷ BGH, NJW 2004, 2248 (2252 m.w.N.) – „Bremer Vulkan“; Kohlmann, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des GmbH-Geschäftsführers (1990), S. 102 f.; Dierlamm in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 4 (2006), § 266 Rdnr. 129; Perron in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar (2010), § 266 Rdnr. 21; Hentschke, Der Untreueschutz der Vor-GmbH vor einverständlichen Schädigungen (2002), S. 99 ff.;

⁵⁵⁸ BGHSt 35, 333 (336); Tiedemann in: Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz (2002), Vor §§ 82 ff. Rdnr. 15.

⁵⁵⁹ Hentschke, Der Untreueschutz der Vor-GmbH vor einverständlichen Schädigungen (2002), S. 105 ff.; Carsten Schäfer, GmbHR 1993, 780 (793 f.). Beide sehen die Grenze der Kompensationsfähigkeit in § 30 GmbHG, da im Falle des Verstoßes gegen das Gebot des Stammkapitalerhalts selbst ein ordentlicher Gewinnverwendungsbeschluss wegen dessen Nichtigkeit ein kompensationsfähiges Gewinnbezugsrecht als Gegenrecht nicht erbringen könnte.

⁵⁶⁰ Köhler, Strafrecht, Allgemeiner Teil (1997), S. 244; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil (1996), S. 374 f.

braucht sie nicht den Voraussetzungen des bürgerlichen Rechts für die Wirksamkeit von Willenserklärungen zu genügen⁵⁶¹. Denn das Einverständnis definiert – wie bereits dargelegt – als Bestandteil des autonomen Herrschaftsrechts des Vermögensinhabers die Erlaubnisgrenzen für den Täter und stellt damit lediglich eine Erweiterung des bereits *intern* eingeräumten Befugnisrahmens dar⁵⁶². Aus dem gleichen Grunde der engen normativen Verflechtung des Einverständnisses mit der definierten Pflicht(verletzung) wird zu verlangen sein, dass die Zustimmung frei von Willensmängeln ist⁵⁶³, darüber hinaus wird bei § 266 StGB zusätzlich Einwilligungsfähigkeit vorausgesetzt⁵⁶⁴, die jedoch in der Regel vorliegen dürfte. Nach herrschender Meinung muss zudem das Einverständnis stets vorher, d. h. im Zeitpunkt des Tatgeschehens, vorliegen⁵⁶⁵. Im Übrigen entspricht es der Auffassung des BGH, dass es in strafrechtlicher Hinsicht auf das Einverständnis sämtlicher Gesellschafter oder auf einen (Mehrheits-)Beschluss des die Gesamtheit der Gesellschafter repräsentierenden Gesellschaftsorgans ankommt⁵⁶⁶, wobei bei einem Mehrheitsbeschluss auch die Minderheitsgesellschafter mit der Frage der Billigung der betreffenden Pflichtwidrigkeit befasst gewesen sein müssen⁵⁶⁷. Zudem soll es nicht auf einen etwaigen Verstoß gegen die bei Gesellschafterentscheidungen zu beachtenden gesellschaftsrechtlichen Formvorschriften (vgl. § 47 ff. GmbHG) ankommen⁵⁶⁸. Dies bedeutet insbesondere, dass der das Einverständnis enthaltene

⁵⁶¹ Wodicka, Die Untreue zum Nachteil der GmbH bei vorheriger Zustimmung aller Gesellschafter (1993), S. 333; Hentschke, Der Untreueschutz der Vor-GmbH vor einverständlichen Schädigungen (2002), S. 104. A.A. im Wesentlichen aus Gründen der Rechtssicherheit insbesondere Schramm, Untreue und Konsens (2005), S. 177 ff. und Corsten, Einwilligung in die Untreue sowie in die Bestechlichkeit und Bestechung (2011), S. 36 f. Zu den hinsichtlich der Kundgabe einer Einverständniserklärung vertretenen Theorien siehe Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil (1996), S. 381 f.

⁵⁶² Labsch, Jura 1987, 411 (415).

⁵⁶³ Kohlmann, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des GmbH-Geschäftsführers (1990), S. 176; Wodicka, Die Untreue zum Nachteil der GmbH bei vorheriger Zustimmung aller Gesellschafter (1993), S. 332 f.; Hentschke, Der Untreueschutz der Vor-GmbH vor einverständlichen Schädigungen (2002), S. 104; Schramm, Untreue und Konsens (2005), S. 221 f.; Bräunig, Untreue in der Wirtschaft (2011), S. 213; Ibold, Unternehmerische Entscheidungen als pflichtwidrige Untreuehandlungen (2011), S. 196; differenzierend: Corsten, Einwilligung in die Untreue sowie in die Bestechlichkeit und Bestechung (2011), S. 101 ff.

⁵⁶⁴ Siehe nur Ibold, Unternehmerische Entscheidungen als pflichtwidrige Untreuehandlungen (2011), S. 196. Corsten, Einwilligung in die Untreue sowie in die Bestechlichkeit und Bestechung (2011), S. 35 m.w.N., 95, verlangt darüber hinausgehend zivilrechtliche Geschäftsfähigkeit, die in der Praxis ebenfalls in der Regel vorliegen dürfte.

⁵⁶⁵ Siehe umfassend Schramm, Untreue und Konsens (2005), S. 186, 189 ff.; Corsten, Einwilligung in die Untreue sowie in die Bestechlichkeit und Bestechung (2011), S. 38, 95; Ibold, Unternehmerische Entscheidungen als pflichtwidrige Untreuehandlungen (2011), S. 196; zur Aktiengesellschaft: BGHSt 50, 331 (343) – „Mannesmann/Vodafone“; zur GmbH: BGH, NJW 2010, 3458 (3461).

⁵⁶⁶ Zur Aktiengesellschaft: BGHSt 50, 331 (342) – „Mannesmann/Vodafone“.

⁵⁶⁷ BGH, NJW 2010, 3458 (3461).

⁵⁶⁸ Vgl. Kasiske, JR 2011, 235 (240 m.w.N.); BGHSt 35, 333 (337) mit Blick auf § 46 Nr. 1 GmbHG beim Einverständnis sämtlicher Gesellschafter. Offen gelassen bei bloßen Mehrheits-

Beschluss nicht in einer ordnungsgemäß einberufenen Gesellschafterversammlung gefasst werden muss⁵⁶⁹.

Nach alledem dürfte im Rahmen des strafrechtlichen Einverständnisses nicht das Ob, sondern allein die Reichweite der Dispositionsbefugnis der Gesellschafter problematisch sein.

Nur kurz soll an dieser Stelle auf den erst in jüngster Zeit vertretenen Ansatz einer Anwendung der sowohl für das zivilrechtliche Arzthaftungsrecht als auch das Arztstrafrecht entwickelten Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung auf § 266 StGB eingegangen werden. Die Rechtsprechung des 1. und 4. Strafsenats des BGH nimmt im Arztstrafrecht einen Ausschluss der normativen Zurechnung auf Rechtswidrigkeitsebene an: Der Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen der mangelhaften Aufklärung und der Einwilligung des Patienten fehlt, wenn die Einwilligung des Patienten in den Eingriff wegen Mängeln der vorherigen Aufklärung unwirksam ist, er ihm in ex-post-Betrachtung bei ausreichender Aufklärung jedoch zugestimmt hätte⁵⁷⁰. Angewendet auf den Untreuetatbestand bedeutete dies, „dass der bei einer pflichtwidrig getätigten finanziellen Ausgabe entstehende Vermögensnachteil genau dann nicht auf eine Pflichtverletzung im Sinne von § 266 StGB zurückführbar ist, wenn der Vermögensinhaber – beispielsweise (...) die Anteilseigner einer Kapitalgesellschaft – dem Täter die Ausgabe gestattet hätte, wäre er dazu (nach ordnungsgemäßer Information) befragt worden“⁵⁷¹. Auf diese Rechtsfigur und ihre Anwendbarkeit im Untreuestrafrecht kann hier nur kurz eingegangen werden⁵⁷²: Es bestehen erhebliche praktische Schwierigkeiten bei der Klärung der Frage, welche Entscheidung der Betreffende bei einer ordnungsgemäßen Aufklärung/Information getroffen hätte. Zudem käme beim Entfallen der Zurechenbarkeit des Erfolgsunrechts eine ansonsten verbleibende Versuchsstrafbarkeit bei der Untreue nicht in Betracht⁵⁷³. Schwer wiegt jedoch die Kritik, dass die hypothetische Einwilligung den Grundsatz der Subsidiarität der mutmaßlichen Einwilligung im Strafrecht unterläuft: Während die mutmaßliche Einwilligung dem autonomen Willen des Betreffenden trotz objektiv vernünftiger Maxime den Regelungsvorrang belässt⁵⁷⁴, würde diese über den Subsidiaritätsgrundsatz abgesicherte Sperre durch die hypothetische Einwilligung, jedenfalls bei Nichtausschließbarkeit objektiv-

entscheidungen der Gesellschafter: *BHG*, NJW 2010, 3458 (3461); insoweit a. A. *Corsten*, Einwilligung in die Untreue sowie in die Bestechlichkeit und Bestechung (2011), S. 111 ff. Einen Überblick über den Meinungsstand gibt *Hoffmann*, Untreue und Unternehmensinteresse (2010), S. 190 ff.

⁵⁶⁹ *Carsten Schäfer*, GmbHR 1993, 780 (791); *Schramm*, Untreue und Konsens (2005), S. 184 f.; *Hoffmann*, Untreue und Unternehmensinteresse (2010), S. 196 f.

⁵⁷⁰ Darstellung der Rechtsprechung bei *Sowada*, NSTZ 2012, 1 ff.

⁵⁷¹ *Rönnau*, StV 2011, 753 (756). Siehe auch *dens.*, Einrichtung „schwarzer“ (Schmiergeld-)Kassen in der Privatwirtschaft – eine strafbare Untreue? (2008), 713 (719 f.); *dens.*, ZStW 119 (2007), 887 (908 in Fn. 84); *Edlbauer/Irrgang*, JA 2010, 786 (789 f.).

⁵⁷² Zusammenfassung der Kritik der hypothetischen Einwilligung m.w.N. bei *Sowada*, NSTZ 2012, 1 (6 ff.).

⁵⁷³ *Edlbauer/Irrgang*, JA 2010, 786 (790); *Rönnau*, StV 2011, 753 (756): „weitreichende Folgen“.

⁵⁷⁴ *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil (1997), S. 259.

sachkundiger Handlung des Täters in Anwendung des Grundsatzes „in dubio pro reo“, durchbrochen. Zudem führte die rückwirkende Ausrichtung der hypothetischen Einwilligung zum Widerspruch mit dem Prinzip der Unbeachtlichkeit einer Genehmigung der Gesellschafter⁵⁷⁵.

γ) Das (Gegen-)Argument der Mediatisierung

Ist somit geklärt, dass den Gesellschaftern die Dispositionsbefugnis über das Vermögen der GmbH im strafrechtlichen Sinne zusteht, ist zu fragen, ob dieser Freiheit im Rahmen des § 266 StGB – insoweit in Akzessorietät zum Gesellschaftsrecht – Grenzen gesetzt sind oder ob die Übertragung dieser außerstrafrechtlichen Grundsätze außer Betracht zu bleiben hat.

Insoweit kommt zunächst die gesellschaftsrechtliche Vorgabe des § 30 GmbHG in den Blick, dem nach herrschender Auffassung gläubigerschützende Funktion zukommt. Zwar wird der Gläubigerschutz unstreitig nicht direkt von § 266 StGB erfasst; jedoch ist die vordergründige Argumentation der Unzulässigkeit des Gläubigerschutzes zu kurz gegriffen, da im Hinblick auf die Gläubigerinteressen die im Rahmen der Akzessorietät beachtlichen gesellschaftsrechtlichen Vorgaben und die dort umgesetzte Mediatisierung der Drittinteressen bzw. ihre Aufhebung in einem Existenz- bzw. Bestandsschutzinteresse der Gesellschaft schlichtweg ausgeblendet werden. Wie bereits oben ausgeführt⁵⁷⁶, dürfte insoweit der Meinung zuzustimmen sein, nach der das Vermögen abstrakt von der Frage, warum dies so ist, der GmbH zugeordnet ist⁵⁷⁷. Komplizierte Unterscheidungen, § 30 GmbHG schütze – auch – ein (ur)eigenes Interesse der GmbH und nicht nur Gläubigerinteressen⁵⁷⁸, dürften daher auf der Ebene der Auslegung einfachen Rechts nicht entscheidend sein: Der Schutz der Gläubigerinteressen ist durch die klare Anordnung des GmbHG das Interesse der GmbH, ihr – gesellschaftsrechtlich gesprochen – „Eigeninteresse“, welches die Gläubigerinteressen mediatisiert und kanalisiert. Dies ist der – wie oben dargelegt⁵⁷⁹ – vorherrschende Argumentationsstrang im Gesellschaftsrecht, der auch hier im Rahmen einer Akzessorietät widerspruchsfrei strafrechtlich zu Grunde gelegt werden kann⁵⁸⁰. Es geht hier allein um die

⁵⁷⁵ Vgl. dazu oben.

⁵⁷⁶ Vgl. oben aaaa).

⁵⁷⁷ Ransiek in: Ulmer, GmbHG, Großkommentar (2008), Vor § 82 Rdnr. 23; ders., Untreue im GmbH-Konzern (2003), 207 (212 f.); ders., wistra 2005, 121 (122); Achenbach, Schwerpunkte der BGH-Rechtsprechung zum Wirtschaftsstrafrecht (2000), 593 (598); Gribbohm, ZGR 19 (1990), 1 (25 f.); Radtke, GmbHR 1998, 361 (362).

⁵⁷⁸ Jochen Kaufmann, Organuntreue zum Nachteil von Kapitalgesellschaften (1999), S. 83 ff., unter Hinweis auf § 31 Absatz 2 GmbHG; Busch, Konzernuntreue (2004), S. 162.

⁵⁷⁹ Vgl. oben II. 3. b), d).

⁵⁸⁰ Siehe nur Ransiek, Untreue im GmbH-Konzern (2003), 207 (212 f.); Achenbach, Schwerpunkte der BGH-Rechtsprechung zum Wirtschaftsstrafrecht (2000), 593 (598); Gribbohm, ZGR 19 (1990), 1 (25 f.); Radtke, GmbHR 1998, 361 (363 f.); Radtke/Hoffmann, GA 2008, 535 (545); Carsten Schäfer, GmbHR 1993, 780 (789); Wodicka, Die Untreue zum Nachteil der GmbH bei vorheriger Zustimmung aller Gesellschafter (1993), S. 229 ff.; Auer, Gläubigerschutz durch § 266

Dispositionsbefugnis, die sich akzessorisch an die Vorgaben des Gesellschaftsrechts hält; insoweit ist das Stammkapital der Disposition der Gesellschafter entzogen. Es lässt sich somit nicht damit argumentieren, dass eine zivilgesetzlich angeordnete Begrenzung – wie sie etwa § 30 GmbHG vorsieht – strafrechtlich nicht durchschlagen dürfe, da diese – zumindest auch – Gläubigerschutzgesichtspunkten geschuldet ist. Denn auch das Strafrecht hat § 30 GmbHG zu beachten, der den Gesellschaftern vorschreibt, das Stammkapital als Haftungsfonds zu Gunsten der Gläubiger zu erhalten: Der geschriebene Basisschutz des § 30 GmbHG vermittelt daher in die Vermögensbetreuungspflicht gegenüber dem Gesellschaftsvermögen ein gleichsam fiduziarisches, gläubigerbezogenes Element, das auf die Dispositionsbefugnis durchschlägt. Andere, von der hier dargelegten Akzessorietät zum Gesellschaftsrecht abgehende, vielmehr eigenständig strafrechtliche Erklärungsmodelle der Grenzen der Dispositionsbefugnis über die Grundsätze der strafrechtlichen Teilnahmeakzessorietät, wie sie vornehmlich *Gribbohm* vertritt⁵⁸¹, dürften nicht weiterführen, da sie zirkelschlüssig argumentieren: Denn eine Teilnahme der Gesellschafter an einer Untreuehaupttat des Geschäftsführers durch das Einverständnis als Grenze der Dispositionsbefugnis definierte gleichzeitig stets die Strafbarkeit der Haupttat. Soweit *Reiß* schließlich argumentiert, dass durch eine Begrenzung der Dispositionsbefugnis der Gesellschafter es unmöglich gemacht werde, der GmbH rechtswidriges Organverhalten zuzurechnen, hingegen insbesondere § 31 BGB die Zurechnung rechtswidrigen Organverhaltens an die juristische Person ermögliche⁵⁸², ist dem zum einen entgegenzuhalten, dass sich § 31 BGB allein auf das Außenverhältnis, also auf Ansprüche Dritter gegen die juristische Person bezieht und daher das hier relevante Innenverhältnis zwischen Mitglied(ern) und juristischer Person nicht erfasst⁵⁸³. Zudem sind in entsprechender Anwendung des § 241 Nr. 3, 2. Variante AktG Gesellschafterbeschlüsse, die insbesondere gläubigerschützende Vorschriften verletzen, wozu der Verstoß gegen § 30 GmbH gezählt wird⁵⁸⁴, nicht (lediglich) rechtswidrig, sondern nichtig⁵⁸⁵. Ob in der akzessorischen Anwendung dieser Grundsätze ein Verstoß gegen das strafrechtliche Analogieverbot erblickt werden kann⁵⁸⁶, kann letztlich dahinstehen. Denn es kommt entscheidend hinzu, dass die Haftungsvorgaben des Gesellschaftsrechts gegen eine Zurechnung rechtswidrigen Organverhaltens sprechen – es wäre wi-

StGB bei der einverständlichen Schädigung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (1991), S. 220.

⁵⁸¹ *Gribbohm*, ZGR 19 (1990), 1 (22 f.).

⁵⁸² *Reiß*, wistra 1989, 81 (84 f.); auch *Labsch*, Jus 1985, 602 (605).

⁵⁸³ So auch *Reiß*, wistra 1989, 81 (84); *Auer*, Gläubigerschutz durch § 266 StGB bei der einverständlichen Schädigung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (1991), S. 188.

⁵⁸⁴ *Zöllner* in: Baumbach/Hueck, GmbHG (2010), Anhang nach § 47 Rdnr. 53; *Flum*, Der strafrechtliche Schutz der GmbH gegen Schädigungen mit Zustimmung der Gesellschafter (1990), S. 107 f.; *Wäßmer*, Untreue bei Risikogeschäften (1997), S. 91.

⁵⁸⁵ Dies betont *Auer*, Gläubigerschutz durch § 266 StGB bei der einverständlichen Schädigung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (1991), S. 215.

⁵⁸⁶ So *Labsch*, JuS 1985, 602 (605).

dersprüchlich, ein Einverständnis via Zurechnung anzuerkennen, gleichzeitig mit ihm jedoch Haftungsansprüche zu verknüpfen: So haftet der Geschäftsführer bei Zahlungen aus dem Stammkapital entgegen § 30 GmbHG gemäß § 43 Absatz 3 Satz 1, 1. Alternative GmbH⁵⁸⁷, was nach der Rechtsprechung des *BGH* auch für Existenzgefährdungen gilt⁵⁸⁸. Die fehlende Zurechnung von auch existenzgefährdenden bzw. -vernichtenden Gesellschafterbeschlüssen im Rahmen des Innenverhältnisses ergibt sich daher vor allem aus der oben dargelegten Haftungsstruktur gegenüber den Gesellschaftern⁵⁸⁹: In den Fällen der Gesellschafterhaftung gegenüber der GmbH, d. h. unabhängig von der Frage, ob es sich um einen lediglich existenzgefährdenden bzw. -vernichtenden, aber noch nicht das Stammkapital angreifenden Gesellschafterbeschluss handelt, dürfte somit eine Zurechnung ausgeschlossen sein⁵⁹⁰.

Zudem wird vertreten, dass auf Grund eines „personellen Verständnisses des Rechtsgutsbegriffs“ im Strafrecht die bloße „Statussicherung“ der juristischen Person, auf die sich der gesellschaftsrechtliche Kapitalschutz beschränke, via Unwirksamkeit des Gesellschafterbeschlusses nicht auf das strafrechtliche Einverständnis übertragbar sei⁵⁹¹. Hierbei handelt es sich um ein autonom-strafrechtliches Verständnis, das die Bestimmung der Disponibilität allein über die strafrechtliche Rechtsgutslehre vornimmt, jedoch diesen Gedanken nicht schlüssig zu Ende führt, da eine Rechtsgutskonstitution der juristischen Person „GmbH“ im Rahmen des § 266 StGB insoweit nicht geleistet wird⁵⁹².

Aus den Darlegungen zu den Voraussetzungen der Wirksamkeit des Einverständnisses betreffend Kundgabe, Willensmängel, Zeitpunkt, Form, Verfahren und materialer Reichweite der Gesellschafterdispositionsbefugnis ergibt sich, dass es sich bei dem strafrechtlichen Einverständnis nach heutigem Verständnis um einen allein strafrechtlich zu definierenden, selbstbestimmten besonderen Regelungswil-

⁵⁸⁷ Dies betonen *Flum*, Der strafrechtliche Schutz der GmbH gegen Schädigungen mit Zustimmung der Gesellschafter (1990), S. 146, und *Wodicka*, Die Untreue zum Nachteil der GmbH bei vorheriger Zustimmung aller Gesellschafter (1993), S. 239.

⁵⁸⁸ *BGH*, NJW 2001, 3622 (3624) – „Bremer Vulkan“.

⁵⁸⁹ Vgl. oben II. 3. b), d) bb). Siehe auch *Auer*, Gläubigerschutz durch § 266 StGB bei der einverständlichen Schädigung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (1991), S. 215 f., der die Grenze der grundsätzlichen Zurechnung auch rechtswidrigen Organverhaltens wegen Nichtigkeit des entsprechenden Gesellschafterbeschlusses beim Verstoß gegen §§ 30, 31 GmbHG sieht.

⁵⁹⁰ Siehe auch *Zieschang*, Strafbarkeit des Geschäftsführers einer GmbH wegen Untreue trotz Zustimmung sämtlicher Gesellschafter? (2003), 351 (362); *dens.* in: Park, Kapitalmarktsstrafrecht, Handkommentar (2008), S. 171 f., der im Falle des Angriffs auf die Existenz der Gesellschaft von der Nichtigkeit des entsprechenden Gesellschafterbeschlusses wegen Treuwidrigkeit ausgeht.

⁵⁹¹ *Kutzner*, NJW 2005, 271 f.

⁵⁹² Siehe *Kutzner*, NJW 2005, 271 (272), stützt sich lediglich auf eine unvermittelte Definition des Rechtsgutsbegriffs aus der Beziehung der Person zu ihrem Gut, welche im Falle der GmbH zu einer uneingeschränkten Dispositionsbefugnis der Gesellschafter führen soll. Diese Ansicht stimmt somit im Ergebnis und in ihrem im Wesentlichen allein „wirtschaftlichen“ und somit defizitären Begründungsaufwand mit den hier dargelegten Auffassungen einer umfassenden Disponibilität überein.

len des Einzelnen handelt⁵⁹³. Die formalen gesellschaftsrechtlichen Vorgaben zu den Grenzen der Dispositionsbefugnisse der Gesellschafter stellen vielmehr lediglich Indizien im Rahmen des originär strafrechtlich zu beurteilenden Einverständnisses dar⁵⁹⁴. Das strafrechtliche Autonomieverständnis der Zustimmung reduziert somit die Qualität einer Akzessorietät zum Gesellschaftsrecht: Erfasst von einer solchen Rückbindung an das Gesellschaftsrecht wären allein die materialen Voraussetzungen der Haftungstatbestände des §§ 30, 31 GmbHG und der Existenzvernichtungsrechtsfortbildung, nicht jedoch die weiteren (formalen) gesellschaftsrechtlichen Vorgaben betreffend die Einverständniserklärung, die vielmehr insoweit eigenen strafrechtlichen Regeln folgt. Die hier dargelegten Ansätze können daher im Rahmen der Einverständnisproblematik lediglich als (teil-)akzessorisch begriffen werden.

Scheinbar in paradox-intervenierender Argumentation ließe sich gegen den mediatisierten Gläubigerschutz durch das Strafrecht vorbringen, dass danach in letzter Konsequenz auch der Schutz der Gläubiger der GmbH-Gläubiger von § 266 StGB vermittelt sein müsste. Dagegen spricht jedoch, dass in gesellschaftsrechtlicher Hinsicht der Zweck der Vermögensbindung nach § 30 GmbHG sich unstreitig auf die unmittelbaren Gläubiger der GmbH beschränkt und auch für die über diesen Basisschutz hinausgehende Existenzvernichtungshaftung nichts Anderes gilt⁵⁹⁵. Mit der Existenzvernichtungsrechtsprechung wird somit lediglich der vorverlagerte Schutz dieser Gläubiger, nicht jedoch die mittelbare Ausweitung des Gläubigerkreises verfolgt. Zudem dürfte auch die mit der „Trihotel“-Entscheidung durchgeführte Abkehr von dem Konzept der Durchgriffs(außen)haftung, welche lediglich die unmittelbaren Gesellschaftsgläubiger aktiv legitimierte, nicht für eine Schutzzweckerweiterung durch die Existenzvernichtungshaftung sprechen; denn auch die Binnenhaftung ermöglicht die Limitierung des Anspruchs auf den Betrag, der zur Befriedigung der (unmittelbaren) Gesellschaftsgläubiger benötigt wird, also auf den Ersatz des diesem Gläubiger entstandenen Ausfallschadens⁵⁹⁶. Räumt somit zwar die Existenzvernichtungshaftung den Gläubigern der Gesellschaftsgläubiger keine Aktivlegitimation ein und wird auch im Rahmen des Binnenhaftungskonzepts auf der Rechtsfolgende der Schaden nicht erfasst, so könnte allenfalls der schon von *Röhrich* erwähnte weitergehende ökonomische und abstrakt-gesamtwirtschaftliche Telos der Existenzvernichtungshaftung, der in

⁵⁹³ *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil (1997), S. 243; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil (1996), S. 381: „eigenständige Rechtsfigur des Strafrechts“; *Schramm*, Untreue und Konsens (2005), S. 209: „Manifestation von Autonomie“.

⁵⁹⁴ *Brammsen*, DB 1989, 1609 (1614); zur Unabhängigkeit der Wirksamkeit des Einverständnisses von derjenigen damit einhergehender Rechtsgeschäfte siehe *Carsten Schäfer*, GmbHR 1993, 780 (790).

⁵⁹⁵ *BGH*, NJW 2002, 3024 (3025) – „KBV: (...) in dem die Vermögenswerte der Gesellschaft zunächst zur Befriedigung ihrer Gläubiger zu verwenden sind“; *BGH*, NJW 2007, 2689 (2690) – „Trihotel“: „(...) Zweckbindung zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger dienendes Gesellschaftsvermögen (...)“.

⁵⁹⁶ *BGH*, NJW 2007, 2689 (2695) – „Trihotel“.

der Vermeidung von verketteten Insolvenzen liegt⁵⁹⁷, für einen auf die Gläubiger der Gesellschaftsgläubiger ausgeweiteten Normzweck sprechen. Dieses gesellschaftsrechtliche Problem kann jedoch dahingestellt bleiben, denn eine andere Frage ist es, ob ein solcher Telos auch auf den Schutzbereich des Strafrechts durchschlägt. Anhaltspunkte dafür finden sich zwar im „Bremer-Vulkan“-Urteil des 5. Strafsenats des BGH, indem dort „öffentliche Interessen“ als Schutzgut der Organuntreue zu Grunde gelegt werden⁵⁹⁸. Es wird jedoch zu zeigen sein, dass es sich dabei nicht um eine echte strafrechtliche Rechtsgutserweiterung handelt, sondern insbesondere um eine Steigerung des Unrechtsgehalts, der sich allein in der Strafzumessung niederschlägt⁵⁹⁹.

bbbb) Exklusivität der Bankrottdelikte?

Maßgebliche Stimmen im Schrifttum verweisen auf die Bankrottdelikte, insbesondere auf § 283 StGB, als die ausschließlich gläubigerschützenden Normen⁶⁰⁰. Erkennt man den Gläubigerschutz in dem oben dargelegten Sinne als Reflex des GmbH-Vermögensschutzes, also als mediatisiert und kanalisiert an, ist die Existenz einer originär gläubigerschützenden Norm neben § 266 StGB jedoch ohne argumentativen Gehalt. Es kommt daher auch nicht mehr auf die Frage an, ob durch die sog. Interessenformel des BGH der Anwendungsbereich der Bankrottdelikte derart eingeschränkt ist, dass § 266 StGB lediglich als kriminalpolitisch notwendiger „Lückenbüßer“ zu dienen habe⁶⁰¹. Die Kritik an der Interessenformel, mit

⁵⁹⁷ Vgl. oben II. 1.

⁵⁹⁸ BGHSt 49, 147 (158).

⁵⁹⁹ Vgl. unten Kapitel 5, I. 2. a).

⁶⁰⁰ *Altmeppen* in: Roth/Altmeppen, GmbHG (2009), § 43 Rdnr. 159; *Perron* in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar (2010), § 266 Rdnr. 21b; *Hoyer* in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2 (2010), § 266 Rdnr. 71 ff.; *Höf*, Untreue im Konzern (2006), S. 81; *Kraatz*, ZStW 123 (2011), 447 (476); *Kaufmann*, Organuntreue zum Nachteil von Kapitalgesellschaften (1999), S. 67 ff.; *Arloth*, NStZ 1990, 570 (573); *Muhler*, wistra 1994, 283 (287); *Winkelbauer*, wistra 1986, 17 f.; *Labsch*, JuS 1985, 602 (605); *ders.*, wistra 1985, 1 (8); *Seier* in: Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht (2008), S. 437; *Busch*, Konzernuntreue (2004), S. 43; *Kasiske*, wistra 2005, 81 (85); *ders.*, JR 2011, 235 (240 f.); *Dehne-Niemann*, wistra 2009, 417 (421 ff.); *Krause*, JR 2006, 51 (54); *Reiß*, wistra 1989, 81 (84 f.); für die Einpersonen-Gesellschaft: *Hanft*, Strafrechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Einmann-GmbH (2006), S. 129; *Lichtenwimmer*, Untreueschutz der GmbH gegen den übereinstimmenden Willen der Gesellschafter? (2008), S. 287 ff.; auch *Kühl* in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar (2011), § 266 Rdnr. 20 a. Siehe auch *Birkholz*, Untreuestrafbarkeit als strafrechtlicher „Preis“ der beschränkten Haftung (1998), S. 284 ff.

⁶⁰¹ In diesem Sinne *Perron* in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar (2010), § 266 Rdnr. 21b; *Arloth*, NStZ 1990, 570 (571 ff.); *Hoyer* in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2 (2010), § 266 Rdnr. 71; *Winkelbauer*, wistra 1986, 17; *Labsch*, JuS 1985, 602 (607); *ders.*, wistra 1985, 1 (8); *Seier* in: Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht (2008), S. 437; *Kasiske*, wistra 2005, 81 (85 f.); *ders.*, JR 2011, 235 (239); *Kraatz*, ZStW 123 (2011), 447 (477); *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht (1997), S. 565; für die Einpersonen-Gesellschaft: *Hanft*, Strafrechtliche Probleme im Zusammen-

deren Hilfe der *BGH* bislang die Abgrenzung von Bankrott und Untreue in Fällen des gesellschaftsbezogenen Handelns vornahm⁶⁰², dürfte zwar berechtigt sein⁶⁰³. Soweit in wirtschaftlicher und subjektivierter Betrachtung für Bankrott ein Handeln im Interesse des Gemeinschuldners verlangt wird – anderenfalls soll Untreue zu dessen Nachteil vorliegen –, kann diese Voraussetzung nicht aus den §§ 266, 283 StGB gelesen werden, da die Untreue eine Bereicherungsabsicht nicht verlangt und Bankrott Tatbestandshandlungen (z. B. „Zerstören“, „Beschädigen“ und „Unbrauchbarmachen“ in § 283 Absatz 1 Nr. 1 StGB) vorsieht, die den Interessen des Gemeinschuldners widersprechen. Soweit die Interessenformel auf § 14 StGB gestützt wird, ist es denkbar, dass für die GmbH durch den Geschäftsführer gehandelt wird, wenn die Handlung nicht im Interesse der Gesellschaft liegt. In der Literatur ist daher die funktionale Betrachtung vorherrschend, die danach differenziert, ob der Geschäftsführer die spezifischen Handlungsmöglichkeiten einsetzt, die aus seiner Organstellung erwachsen. Der Streit kann jedoch dahingestellt bleiben; er steht abstrakt von der Grundproblematik der Dispositionsbefugnis der Gesellschafter, soweit ihm der Angelpunkt durch die Anerkennung eines mediatisierten Gläubigerschutzes genommen wird. Dies zeigt sich auch bei der sich andeutenden Abkehr des *BGH* von der Interessenformel, da insoweit die Existenzgefährdungsrechtsprechung im Bezug auf die Untreue unangetastet bleibt, vielmehr bei fehlendem tatbestandsausschließendem Einverständnis Tateinheit mit Bankrott angenommen wird⁶⁰⁴.

cccc) Der Vergleich zum Einzelkaufmann und zur Personengesellschaft

Auch der Vergleich zur natürlichen Person stützt einen akessorietätsfeindlichen, originär strafrechtlichen Ansatz nicht: Soweit insbesondere *Altmeppen* ausführt, dass nach Auffassung der herrschenden Meinung, welche eine Einschränkung der Dispositionsbefugnis der Gesellschafter anerkennt, genauso entschieden werden

hang mit der Einmann-GmbH (2006), S. 129 f. Siehe auch *Birkholz*, Untreuestrafbarkeit als strafrechtlicher „Preis“ der beschränkten Haftung (1998), S. 287 ff.

⁶⁰² BGHSt 28, 371 (372 ff.); 30, 127 (128); 34, 221 (223 f.); *BGH*, wistra 1986, 262; wistra 1984, 71; wistra 1982, 148 (149); NStZ 2000, 206 (207). Mit der Divergenzanfrage des 3. *Strafsenats* des *BGH* vom 15. September 2011 kündigt sich jedoch eine „Kehrtwende“ an: Darin legt der *Senat* im Anschluss an seinen Beschluss vom 10. Februar 2009, NStZ 2009, 437 (439) – damals war die Frage nicht entscheidungserheblich – (vgl. auch den Beschluss des 1. *Strafsenats* vom 1. September 2009, NStZ-RR 2009, 373), seine Abkehr von der Interessenformel dar; vielmehr komme es darauf an, ob der Vertreter im Sinne des § 14 StGB im Geschäftskreis des Vertretenen tätig geworden sei, *BGH*, ZIP 2011, 2403.

⁶⁰³ Siehe zu den nachfolgenden Ausführungen und zum Meinungsstand betreffend die Interessenformel: *Achenbach*, Schwerpunkte der BGH-Rechtsprechung zum Wirtschaftsstrafrecht (2000), 593 (600 ff.).

⁶⁰⁴ *BGH*, NStZ 2009, 437 (439): „Dieses Ergebnis ist jedoch gerechtfertigt, weil in diesen Fällen durch dieselbe Handlung unterschiedliche Rechtsgüter – der Schutz der Gläubiger einerseits und das Vermögen bzw. das Eigentum der Gesellschaft andererseits – beeinträchtigt werden“. Vgl. auch *Bittmann*, wistra 2010, 8 (10).

müsste, wenn es um die Vermögensinteressen eines nicht hinreichend kapitalkräftigen Einzelkaufmannes gehe, der mit seinem Einverständnis von Angestellten geschädigt werde⁶⁰⁵ – Entsprechendes hätte hinsichtlich der Personengesellschaft zu gelten –, so ist dieser Argumentation zu widersprechen. Denn dieser Betrachtung geraten die für die Untreue allgemein und die Organuntreue im Besonderen geltenden personalen Differenzen aus dem Blick, die durch zum einen – generell – die zutreffende Charakterisierung der Untreue als Vermögensangriff „von innen heraus“⁶⁰⁶ und – speziell – durch die eigenständige Vermögensmasse der GmbH und die davon abstrakten Disponenten, die Gesellschafter, vorgegeben sind, was sich durch die Phänomene einer „geringeren Haftungssensibilität verselbstständigter Organisationen“⁶⁰⁷ sowie die Schlagworte – positiv – von der „Korrespondenz von Herrschaft und Haftung“⁶⁰⁸ bzw. – negativ – vom „Auseinanderfallen von Gebrauch des Eigentums und Verantwortung für diesen Gebrauch“⁶⁰⁹ sowohl gesellschaftsrechtlich als auch organuntreuespezifisch auf den Punkt bringen lässt. Diese Differenzen begründen – in und außerhalb von Konzernlagen – die besondere Gefahr, dass der Vermögensbetreuungsverpflichtete die besondere Nähe zu dem Vermögen – untechnisch gesprochen – missbraucht. Es kommt hinzu, dass die Möglichkeit des Verletzten, sich auf Angriffe des Täters aus eigener Kraft einstellen zu können, einen gewichtigen Faktor in einer freiheitsrechtlich vermittelten Strafunrechtsbegründung darstellt: Insoweit dürfte die (Organ-)Untreue ein Paradebeispiel für die strafwürdige Verletzung eines gegenseitigen Anerkennungsverhältnisses darstellen.

bb) Akzessorische Ansätze

(1) Grenze der Dispositionsbefugnis beim gesellschaftsrechtlichen Basisschutz des § 30 GmbHG

Eine maßgebliche Meinung im strafrechtlichen Schrifttum nimmt die Grenze der gesellschaftsrechtlichen Dispositionsbefugnis bei der Verletzung, d. h. Unterschreitung des Stammkapitals an⁶¹⁰. *Kohlmann* sieht dies im Sinne der eingeschränkten Ge-

⁶⁰⁵ *Altmeppen* in: Roth/Altmeppen, GmbHG (2009), § 43 Rdnr. 159; in diesem Sinne auch *Reiß*, wistra 1989, 81 (84); *Wehleit*, Die Abgrenzung von Untreue und Bankrott (1985), S. 22; für die Einpersonen-Gesellschaft: *Hanft*, Strafrechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Einmann-GmbH (2006), S. 129.

⁶⁰⁶ *Kindhäuser*, Pflichtverletzung und Schadenszurechnung bei der Untreue (§ 266 StGB) (2003), 709 (710); *Schünemann* in: Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch (2005), § 266 Rdnr. 18, 20, 45; *ders.*, NStZ 2005, 473 (474); *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887 (891); *Perron*, GA 2009, 219 (223); *BVerfG*, NJW 2010, 3209 (3212).

⁶⁰⁷ *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH (2006), S. 7.

⁶⁰⁸ *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH (2006), S. 18.

⁶⁰⁹ BVerfGE 50, 290 (348).

⁶¹⁰ *Vonnemann*, GmbHR 1988, 329 (330 f.); *Schünemann* in: Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch (2005), § 266 Rdnr. 125; *Achenbach*, Schwerpunkte der BGH-Rechtsprechung zum Wirt-

sellschaftertheorie darin begründet, dass in der GmbH ein „Spannungsverhältnis“ von „Entscheidungsfreiheit der Gesellschafter“ einerseits und Gläubigerschutz andererseits angelegt sei⁶¹¹. Diese Ansicht bietet am wenigsten Angriffspunkte, da sie der gesetzlichen Regelung zur Gesellschafterhaftung entspricht – Basisschutz der §§ 30, 31 GmbHG – und insoweit kein Problem mit dem Bestimmtheitsgebot des Strafrechts zu befürchten steht.

(2) Grenze der Existenzgefährdung

In Übereinstimmung mit der gesellschaftsrechtlichen Rechtsprechung, der im dortigen Schrifttum vertretenen Auffassung, die eine Existenzvernichtungshaftung der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft annimmt, und der Rechtsprechung der *Strafsenate* des BGH nimmt eine einflussreiche Ansicht im strafrechtlichen Schrifttum als Grenze der gesellschaftsrechtlichen Dispositionsbefugnis die Existenzgefährdung der Gesellschaft an⁶¹². Diese Auffassung gerät jedoch in Konflikt mit dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz aus Artikel 103 Absatz 2 GG, § 1 StGB

schaftsstrafrecht (2000), 593 (599); *Ransiek*, Untreue im GmbH-Konzern (2003), 207 (214 f.); *ders.*, wistra 2005, 121 (122); *Dierlamm* in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 4 (2006), § 266 Rdnr. 137; *Höf*, Untreue im Konzern (2006), S. 64; *Kohlmann*, Untreue zum Nachteil des Vermögens einer GmbH trotz Zustimmung sämtlicher Gesellschafter? (1984), 387 (397); *Radtke*, GmbHHR 1998, 361 (365 f.); *Brammsen*, DB 1989, 1609 (1615); *Flum*, Der strafrechtliche Schutz der GmbH gegen Schädigungen mit Zustimmung der Gesellschafter (1990), S. 167 ff., der unter Bezugnahme auf *Ulmer*, Schutz der GmbH gegen Schädigung zugunsten ihrer Gesellschafter? (1988), 853 (868 ff.) bei den Bewertungsgrundsätzen im Rahmen des § 30 GmbHG grundsätzlich Fortbestehenswerte, nur bei eindeutig negativer Fortbestehensprognose Liquidationswerte ansetzen und existenzvernichtende Ausschüttungen jedenfalls dem durch die Anwendung einer modifizierten Interessenformel erweiterten Regelungsbereich des § 283 StGB überlassen will; *Jochen Kaufmann*, Organuntreue zum Nachteil von Kapitalgesellschaften (1999), S. 82 ff.; *Hentschke*, Der Untreueschutz der Vor-GmbH vor einverständlichen Schädigungen (2002), S. 115 ff.; *Carsten Schäfer*, GmbHHR 1993, 780 (789, 795); *Auer*, Gläubigerschutz durch § 266 StGB bei der einverständlichen Schädigung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (1991), S. 211, 220 ff., 230, 233, der zwar terminologisch als Grenze der Dispositionsbefugnis die Existenzgefährdung der Gesellschaft anerkennt, welche dann allerdings mit der Verletzung des Stammkapitalerhaltungsgebots gleich gesetzt wird; *Busch*, Konzernuntreue (2004), S. 165 ff., der allerdings eine Beschränkung der Gesellschafterdispositionsbefugnis auf den Betrag der gesetzlichen Mindesthöhe des Stammkapitals annimmt.

⁶¹¹ *Kohlmann*, Untreue zum Nachteil des Vermögens einer GmbH trotz Zustimmung sämtlicher Gesellschafter? (1984), 387 (404).

⁶¹² *Wodicka*, Die Untreue zum Nachteil der GmbH bei vorheriger Zustimmung aller Gesellschafter (1993), S. 254 ff.; *Gribbohm*, ZGR 19 (1990), 1 (28); *Tiedemann* in: Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz (2002), Vor §§ 82 ff. Rdnr. 15; *Radtke/Hoffmann*, GA 2008, 535 (548 f.); *Hoffmann*, Untreue und Unternehmensinteresse (2010), S. 170 ff.; *Kohlmann*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des GmbH-Geschäftsführers (1990), S. 110 f.; *Zieschang*, Strafbarkeit des Geschäftsführers einer GmbH wegen Untreue trotz Zustimmung sämtlicher Gesellschafter? (2003), 351 (362: „(...) wenn (...) die Existenz der GmbH angegriffen ist.“); *ders.* in: Park, Kapitalmarktsstrafrecht, Handkommentar (2008), S. 171; *Bittmann/Terstegen*, wistra 1995, 249 (253); *Waßmer*, Untreue bei Risikogeschäften (1997), S. 92 f.; *Detlev Geerds*, Die Rückzahlung kapitalersetzender Darlehen durch den Allein-Gesellschaftergeschäftsführer in der Krise der GmbH (1995), 689 (709, 711); *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband 1 (2003), S. 588; *Schmid* in:

zunächst insoweit, als der Begriff der Existenzgefährdung bzw. Existenzvernichtung schwer präzisierbar erscheint⁶¹³. Sofern gesellschaftsrechtlich eine Wahrscheinlichkeit verlangt wird, dass zum Zeitpunkt der Einflussnahme die wirtschaftliche Vernichtung des Unternehmens zu erwarten ist⁶¹⁴, stellt sich die Frage nach der Bestimmung dieser Wahrscheinlichkeit, bezogen auf den strafrechtlichen Gefährdungsbegriff nach dem Grad der erforderlichen schadensgleichen, konkreten Gefahr. Die Rechtsprechung begnügt sich insoweit mit dem Kausalzusammenhang zwischen Einflussnahme und Insolvenz⁶¹⁵, sieht sich aber erheblichen Einwänden im gesellschafts- und strafrechtlichen Schrifttum ausgesetzt. Danach könne das Kriterium der Kausalität für die Begründung der Haftungsrelevanz nicht hinreichen, vielmehr erscheine infolge der kaum möglichen Rückführbarkeit der Insolvenz auf eine konkrete Maßnahme eine Bilanzierung mit den damit verbundenen Unsicherheiten notwendig⁶¹⁶. Insoweit ist man auf die bereits oben aufgeworfene⁶¹⁷ Frage verwiesen, auf welcher Grundlage eine Bilanzierung zu erfolgen hat, nämlich unter Zugrundelegung von Fortführungs- oder – für den ggf. strafrechtlich

Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht (2011), § 31 Rdnr. 83d f.; *Schröder*, NJW 2010, 1169 (1172).

⁶¹³ *Ziemons*, Die Haftung der Gesellschafter für Einflussnahmen auf die Geschäftsführung der GmbH (1996), S. 195 f.; *Radtko*, GmbHR 1998, 361 (365); *Busch*, Konzernuntreue (2004), S. 177; *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH (2006), S. 219; *Schünemann* in: Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch (2005), § 266 Rdnr. 125 in Fn. 604: „verschwommene Kriterien“; *Tiedemann* in: Scholz, GmbHG (2006), Vor §§ 82 ff. Rdnr. 23; *Dierlamm* in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 4 (2006), § 266 Rdnr. 137; *Jochen Kaufmann*, Organuntreue zum Nachteil von Kapitalgesellschaften (1999), S. 125 f.; *Hentschke*, Der Untreueschutz der Vor-GmbH vor einverständlichen Schädigungen (2002), S. 131; zum Problem der Bestimmtheit siehe auch *Wattenberg*, StV 2005, 523 (524); *Salditt*, NJW 2005, 270 und *Meilicke*, BB 1988, 1261 (1263 f.); *Mansdörfer*, Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts (2011), S. 190.

⁶¹⁴ *Lutter/Banerjee*, ZGR 32 (2003), 402 (417): „(...) nur das nach Lage der Gesellschaft unvermeidbare Risiko (kann, d.V.) zur Haftung führen (...)“; *Bitter*, WM 2001, 2133 (2141): „Der Missbrauchstatbestand lässt sich dann aber mit dem Kriterium der Insolvenzwahrscheinlichkeit der Gesellschaft präzisieren, weil die Gläubiger – je nach Einzelfall – allenfalls ein Ausfallrisiko von 5 bis 10 % zu übernehmen bereit sind“.

⁶¹⁵ BGHSt 49, 147 (161): „Erreicht der Vermögenstransfer ein solches Ausmaß, dass die Erfüllung der eigenen Verbindlichkeiten des einlegenden Konzernmitglieds im Falle des Verlusts der Gelder gefährdet wäre, (...)“. Siehe auch *BGH*, NJW 2001, 3622 (3623) – „Bremer Vulkan“: „An einer solchen angemessenen Rücksichtnahme auf die Eigenbelange der abhängigen GmbH fehlt es dann, wenn diese infolge der Eingriffe ihres Alleingeschafters ihren Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen kann“; *BGH*, NJW 2002, 3024 (3025) – „KBV“: „Auf keinen Fall kann es ihnen erlaubt sein, der Gesellschaft ihr Vermögen ohne Rücksichtnahme auf ihre gesetzliche Funktion, an Stelle ihrer Gesellschafter als Haftungsträger zu dienen, zu entziehen und ihr dadurch die Möglichkeit zu nehmen, ihre Verbindlichkeiten (...) zu erfüllen“; *BHG*, NJW 2007, 2689 (2692) – „Trihotel“: „Die Existenzvernichtungshaftung soll wie eine das gesetzliche Kapitalerhaltungssystem ergänzende, aber deutlich darüber hinausgehende „Entnahmesperre“ wirken, indem sie die sittenwidrige, weil insolvenzverursachende oder vertiefende „Selbstbedienung“ des Gesellschafters vor den Gläubigern der Gesellschaft (...) ausgleicht“.

⁶¹⁶ *Radtko*, GmbHR 1998, 361 (365); *Hentschke*, Der Untreueschutz der Vor-GmbH vor einverständlichen Schädigungen (2002), S. 131.

⁶¹⁷ Vgl. oben I. 3.

Verantwortlichen regelmäßig ungünstigeren – Zerschlagungswerten. Gegen die letztgenannte, im Wesentlichen auf *Ulmer* zurückgehende⁶¹⁸ Lösung wird insbesondere vorgebracht, dass dieses ursprünglich gesellschaftsrechtliche Modell bei seiner Übertragung auf das Strafverfahrensrecht in Konflikt zum dort geltenden Zweifelsgrundsatz führen könnte: Denn insbesondere der Nachweis der subjektiven Tatseite – Erwartung des Fortbestands des Unternehmens beim Verantwortlichen – bereitet Schwierigkeiten⁶¹⁹. Die Frage der Wahl der Bilanzierungsart zum Nachweis der Kausalität von Maßnahme(n) und Insolvenz bezieht sich jedoch nicht auf ein spezifisches Problem der Bestimmung des Zeitpunktes der Existenzgefährdung, sondern betrifft auch die Feststellung des Verstoßes gegen § 30 GmbHG. Das gegen die Existenzgefährdungsgrenze vorgebrachte Quantitätsargument, der Abstand zwischen dem Angriff auf § 30 GmbHG und der Existenzgefährdung sei so groß nicht⁶²⁰, scheint vor dem Hintergrund der Unsicherheit einer Bestimmbarkeit Letzterer zunächst zwar nicht zu überzeugen; berücksichtigt man aber, dass für die Annahme einer Nichtfortführung ex ante insbesondere die tatsächliche Zeitnähe der Insolvenz ausreichen soll⁶²¹ und die Erstellung der entsprechenden Bilanz zum Zwecke des strafprozessualen Nachweises ex post erfolgt und insoweit mit Unwägbarkeiten behaftet ist⁶²², so sprechen gute Gründe dafür, den sicheren Nachweis auch ohne eine Bilanzaufstellung als möglich zu erachten⁶²³, da unter diesen Prämissen das Verbot der Existenzvernichtung bzw. die Existenzgefährdung allenfalls als „Extremfälle“ unternehmerischen Fehlverhaltens⁶²⁴ erfasst werden⁶²⁵. Dementsprechend sind bislang nur Verurteilungen wegen Organuntreue auf Grund von Handlungen bekannt, die unmittelbar vor dem wirtschaftlichen Zusammenbruch der Gesellschaft vorgenommen wurden⁶²⁵, was in der Tat für eine starke Nähe der

⁶¹⁸ *Ulmer*, Schutz der GmbH gegen Schädigung zugunsten ihrer Gesellschafter? (1988), 853 (868 ff.).

⁶¹⁹ *Radtke*, GmbHR 1998, 361 (366); *Gribbohm*, ZGR 19 (1990), 1 (27); *Fleck*, ZGR 19 (1990), 31 (41); *Flum*, Der strafrechtliche Schutz der GmbH gegen Schädigungen mit Zustimmung der Gesellschafter (1990), S. 160; auch *Tiedemann* in: Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz (2002), § 84 Rdnr. 47.

⁶²⁰ *Gehrlein*, NJW 2000, 1089 (1090); auch *Gribbohm*, ZGR 19 (1990), 1 (28). Siehe auch *Ransiek*, Untreue im GmbH-Konzern (2003), 207 (215); *dens.*, wistra 2005, 121 (122), der jedenfalls unter Zugrundelegung der *Ulmerschen* Bilanzierung nach Zerschlagungswerten keinen Unterschied zwischen den Grenzen des § 30 GmbHG und der Existenzgefährdung sieht. *Flum*, Der strafrechtliche Schutz der GmbH gegen Schädigungen mit Zustimmung der Gesellschafter (1990), S. 169, geht davon aus, dass jedenfalls existenzvernichtende Ausschüttungen in der Regel bei einem Abgehen vom „going-concern“-Prinzip von § 30 GmbHG erfasst werden.

⁶²¹ BGHSt 35, 333 (338); *Radtke*, GmbHR 1998, 361 (367).

⁶²² *Gribbohm*, ZGR 19 (1990), 1 (27); *Fleck*, ZGR 19 (1990), 31 (41).

⁶²³ In diesem Sinne *Wodicka*, Die Untreue zum Nachteil der GmbH bei vorheriger Zustimmung aller Gesellschafter (1993), S. 271 f. und BGHSt 35, 333 (338).

⁶²⁴ *Wodicka*, Die Untreue zum Nachteil der GmbH bei vorheriger Zustimmung aller Gesellschafter (1993), S. 263 unter Berufung auf *Martin Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht (1988), S. 213.

⁶²⁵ Dies stellt auch *Wodicka*, Die Untreue zum Nachteil der GmbH bei vorheriger Zustimmung aller Gesellschafter (1993), S. 270, heraus.

Grenze der Existenzgefährdung zum Basisschutz des § 30 GmbHG spricht. In diesem Zusammenhang der Beurteilung des Verhältnisses der Existenzgefährdung zum Basisschutz des § 30 GmbHG weist *Wodicka* zutreffend auf die Möglichkeit des Verstoßes gegen das Gebot des Stammkapitalerhalts hin, ohne dass eine Existenzgefährdung der Gesellschaft zu befürchten wäre⁶²⁶, was insbesondere dann der Fall sein kann, wenn das Stammkapital das Eigenkapital, das die Gesellschaft zum wirtschaftlichen Betreiben des Unternehmens benötigt, übersteigt⁶²⁷. In diesem Falle wäre ein Einverständnis der Gesellschafter strafrechtlich beachtlich, da die Haftungssystematik des GmbH-Gesetzes auf einem indirekten Gläubigerschutz aufbaut, der die Bestandssicherung der Gesellschaft bezweckt⁶²⁸. Es ließe sich in diesem Falle auch von einem lediglich „formellen“ Verstoß gegen § 30 GmbHG reden, da in material-mediatizierender Betrachtung die Gläubigerinteressen wegen des Vorhandenseins (noch) ausreichenden Eigenkapitals nicht gefährdet wären: Es fehlte daran, dass der Gesellschaft ihr Vermögen ohne Rücksichtnahme auf ihre gesetzliche Funktion, an Stelle ihrer Gesellschafter als Haftungsträger zu dienen, entzogen und ihr dadurch die Möglichkeit genommen wird, ihre Verbindlichkeiten zu erfüllen. Es handelt sich insoweit jedoch um eine zu vernachlässigende „Ausnahmeerscheinung“⁶²⁹. Der gesamte Schutz der GmbH gegenüber ihren Gesellschaftern baut gesellschaftsrechtlich vielmehr darauf auf, dass der Basisschutz der §§ 30, 31 GmbHG nicht ausreicht, um den über das Gesellschaftsvermögen mediatizierten Gläubigerinteressen hinreichend gerecht zu werden, was zu einer Gesellschaftshaftung, „vorverlagerung“ in den Bereich der Existenzvernichtung führt, welche wiederum über den Begriff der Existenzgefährdung auf das Strafrecht übertragen wird.

Das Problem der Wahrung des strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes ist jedoch vielschichtiger und knüpft zunächst an die streitige Frage an, ob es sich beim Tatbestandsmerkmal der Pflichtwidrigkeit um ein Blankett oder um ein normatives Tatbestandsmerkmal handelt⁶³⁰. Richtigerweise ist von Letzterem auszugehen, denn das Gesellschaftsrecht bestimmt die strafbewehrte Pflicht nicht selbst, sondern verweist lediglich auf deren rechtliche Voraussetzungen⁶³¹, d. h. das Strafrecht knüpft lediglich an den gesellschaftsrechtlichen Regelungseffekt an – die Begründung des Pflichtenverhältnisses des (Gesellschafter-)Geschäftsführers

⁶²⁶ *Wodicka*, Die Untreue zum Nachteil der GmbH bei vorheriger Zustimmung aller Gesellschafter (1993), S. 267 ff.

⁶²⁷ *Roth* in: *Roth/Altmeppen*, GmbHG (2009), § 5 Rdnr. 16.

⁶²⁸ *Wodicka*, Die Untreue zum Nachteil der GmbH bei vorheriger Zustimmung aller Gesellschafter (1993), S. 269.

⁶²⁹ *Roth* in: *Roth/Altmeppen*, GmbHG (2009), § 5 Rdnr. 16.

⁶³⁰ Die wohl herrschende Meinung geht von einem normativen Tatbestandsmerkmal aus, siehe nur *Schünemann* in: *Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch* (2005), § 266 Rdnr. 153; *Rönnau*, ZStW 119 (2007), 887 (904 f. m.w.N.); *Kraatz*, ZStW 123 (2011), 447 (450). Siehe auch *BVerfG*, NJW 2010, 3209 (3213); *BGH*, NJW 2011, 88 (91). A.A. insbesondere *Nelles*, Untreue zum Nachteil von Gesellschaften (1991), S. 505; *Dierlamm* in: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 4 (2006), § 266 Rdnr. 229; *ders.*, StraFo 2005, 397 (401 f.); *Mosiek*, StV 2008, 94 (97); *Sax*, JZ 1977, 663 (664); *OLG Stuttgart*, StV 2010, 80 (81).

⁶³¹ *Puppe*, GA 1990, 145 (163).

sowie der „Basisschutz“ der GmbH über § 30 GmbHG bzw. die weitergehende Existenzvernichtung – und führt dann eine „Weiterverarbeitung“ durch in Form der Überprüfung auf Schutzzwecktauglichkeit und Bestimmtheit; gegen das Blankett spricht auch, dass § 266 StGB bei der Figur des faktischen Geschäftsführers auf eine außerstrafrechtliche Pflichtenbegründung verzichtet⁶³². Für den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz bedeutet dies einen im Vergleich zum Blankett geminderten Prüfungsrahmen, da von der Garantie des Artikel 103 Absatz 2 GG nicht das durch das normative Tatbestandsmerkmal in Bezug genommene außerstrafrechtliche Recht erfasst ist⁶³³, vielmehr der Betroffene bei Zweifeln über die außerstrafrechtlichen Rechtsregeln durch das strafrechtliche Vorsatzerfordernis und die Irrtumsregeln geschützt ist⁶³⁴. Gleichwohl ist dies auf dem Hintergrund von Sinn und Zweck des Bestimmtheitsgrundsatzes in mehrfacher Hinsicht nicht unproblematisch: Geht es zum einen darum, dem personalen Rechtshandeln eine urteilskräftige Orientierungsmacht zu verleihen⁶³⁵, so ist der durch die infolge allein „erheblicher dogmatischer Feinarbeit“ bedingte Einordnung in die Kategorie des normativen Tatbestandsmerkmals begründete wesentliche Unterschied in der Überprüfbarkeit kaum haltbar⁶³⁶. Ließe man die Überprüfung des außerstrafrechtlichen Rechts deshalb zu, bestünden zum Zweiten vielmehr die bereits dargelegten, wenn auch im Ergebnis nicht durchschlagenden Zweifel an der Bestimmtheit der Haftungsvoraussetzungen⁶³⁷.

Des Weiteren findet der Bestimmtheitsgrundsatz aber auch in der legislativen Staatsfunktion der verfassungsmäßigen Gewaltenteilung seine zusätzliche Bestimmung⁶³⁸: Hier ist es drittens bedenklich, dass für die vom Strafrecht in Bezug genommenen Existenzvernichtungsgrundsätze gesetzliche Regelungen nicht bestehen, sondern allein auf die von der Rechtsprechung des *II. Zivilsenats* entwickelten Grundsätze rekurriert wird, womit auch die Existenzgefährdungsrechtsprechung der *Strafsenate* eine richterrechtliche Prägung erhält⁶³⁹. Dies wiederum – zum Vierten – kulminiert darin, dass es sich insoweit um einen komplexen Rechtsfortbildungsprozess handelt, dem – jedenfalls vor der „Trihotel“-Entschei-

⁶³² Rönna, ZStW 119 (2007), 887 (905).

⁶³³ Ransiek in: Ulmer, GmbHG, Großkommentar (2008), Vor § 82 Rdnr. 44.

⁶³⁴ BVerfGE 78, 205 (213); Schmidt-Aßmann in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Band VI (2007), Art. 103 Abs. 2 Rdnr. 300; Rönna, ZStW 119 (2007), 887 (904).

⁶³⁵ BVerfGE 45, 363 (371 f.); 48, 48 (56 f.); 64, 389 (393 f.); 85, 69 (72 f.); 86, 288 (311); 87, 209 (224); 92, 1 (12); 95, 96 (131); BVerfG, StV 2010, 70 (72); NJW 2010, 3209 (3210); Köhler, Strafrecht, Allgemeiner Teil (1997), S. 87.

⁶³⁶ Rönna, ZStW 119 (2007), 887 (905).

⁶³⁷ Siehe auch Tiedemann, ZIP 2004, 2056, der eine Strafbarkeit nur auf gesicherte Maßstäbe und Wertungen des Wirtschaftsrechts, die das Täterhandeln als eindeutig unvertretbar erscheinen lassen, stützen will, sowie zu weiteren vergleichbaren Restriktionsansätzen die Nachweise bei Rönna, ZStW 119 (2002), 887 (912 in Fn. 101).

⁶³⁸ Köhler, Strafrecht, Allgemeiner Teil (1997), S. 86; BVerfGE 87, 209 (224); 105, 135 (153). Siehe auch Nassall, ZIP 2003, 969 (971 f.), der in der richterlichen Rechtsfortbildung der Existenzvernichtungshaftung einen Verstoß gegen den Vorbehalt des Gesetzes sieht.

⁶³⁹ Zutreffend Hoyer in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2 (2010), § 266 Rdnr. 66.

derung des *II. Zivilsenats*⁶⁴⁰ – bescheinigt wurde, dass er weder durch eine hinlänglich gesicherte Rechtsprechung noch durch einen weitreichenden Konsens in der Wissenschaft gesichert sein dürfte⁶⁴¹. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf den zivilrechtlichen Haftungsumfang, der wiederum wesentlich von der Wahl eines Durchgriffs(außen)haftungskonzepts oder einer Binnenhaftungskonstruktion gegenüber der Gesellschaft abhängt, und nicht unerhebliche Auswirkungen auf das strafrechtliche Schuldmaß hätte. Zwar hat sich die Rechtsprechung des *II. Zivilsenats* nunmehr mit der „Trihotel“-Entscheidung auf das Konzept der Innenhaftung verdichtet, so dass *Radtke/Hoffmann* davon ausgehen, dass auf dem Hintergrund dieser Rückführung der Existenzvernichtungshaftung auf die „inhaltlich klar bestimmte“ sittenwidrige Schädigung die verfassungsrechtlichen Bedenken entschärft seien⁶⁴². Es dürften jedoch Zweifel bestehen, ob auch das Konzept der Binnenhaftung als hinreichend bestimmt gelten kann, denn selbst unter Zugrundelegung eines vom *BVerfG* weniger strengen Maßstabes an den Bestimmtheitsgrundsatz im Hinblick auf die Überlassung einer Konkretisierung von Tatbestandsmerkmalen durch die Rechtsprechung⁶⁴³, setzt dies das Bestehen einer gefestigten Kasuistik voraus⁶⁴⁴. Darin dürfte im Rahmen des Artikel 103 Absatz 2 GG, § 1 StGB das Hauptmanko der akzessorischen Bezugnahme auf die Existenzvernichtungsrechtsprechung des *II. Zivilsenats* durch die *Strafsenate* zu sehen sein, denn die sprunghafte Entwicklung der gesellschaftsrechtlichen Judikatur von der „Autokran“-Entscheidung aus dem Jahre 1985⁶⁴⁵ bis zur „Trihotel“-Entscheidung des Jahres 2007⁶⁴⁶ lässt daran zweifeln, ob tatsächlich insoweit „das Ende der Fahnenstange“ erreicht ist⁶⁴⁷. Dagegen spricht insbesondere die durch die der „Trihotel“-Entscheidung folgenden Judizien „Gamma“⁶⁴⁸ und „Sanitary“⁶⁴⁹ erfolgte Relativierung der Existenzvernich-

⁶⁴⁰ *BGH*, NJW 2007, 2689 – „Trihotel“.

⁶⁴¹ *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH (2006), S. 219.

⁶⁴² *Radtke/Hoffmann*, GA 2008, 535 (538 f., 549). Siehe auch *Hoffmann*, Untreue und Unternehmensinteresse (2010), S. 172.

⁶⁴³ *BVerfGE* 75, 329 (341, 342): „Wenn hiernach Strafvorschriften in der dargelegten Weise bestimmt sein müssen, so schließt dies nicht eine Verwendung von Begriffen aus, die in besonderem Maße der Deutung durch den Richter bedürfen. (...) Das Gebot der Bestimmtheit des Gesetzes darf indes (...) nicht übersteigert werden; die Gesetze würden sonst zu starr und kasuistisch und könnten dem Wandel der Verhältnisse oder der Besonderheit des Einzelfalles nicht mehr gerecht werden“.

⁶⁴⁴ *BVerfGE* 45, 363 (371 f.); 48, 48 (56 f.); 86, 288 (311); *BVerfG*, StV 2010, 70 (72); NJW 2010, 3209 (3211); *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil (1997), S. 89.

⁶⁴⁵ *BGHZ* 95, 330.

⁶⁴⁶ *BGH*, NJW 2007, 2689 (2691) – „Trihotel“.

⁶⁴⁷ *Karsten Schmidt*, JZ 2009, 10 (19 f.), der davon ausgeht, dass die dogmatische Diskussion im Gesellschaftsrecht zur Gesellschafterhaftung noch nicht zu einem Abschluss gekommen sein dürfte.

⁶⁴⁸ *BGH*, NJW 2008, 2437 – „Gamma“.

⁶⁴⁹ *BGH*, NJW 2009, 2127 – „Sanitary“.

tungshaftung⁶⁵⁰. Ob über diese Rechtsprechung eine zureichende „fallgruppenspezifische Obersatzbildung“⁶⁵¹ ermöglicht wird, bleibt abzuwarten.

Aus alledem folgt jedenfalls, dass eine legislatorische Regelung der von der Rechtsprechung vertretenen Existenzgefährdungsgrundsätze zwar Abhilfe bieten könnte⁶⁵². Nicht ausgeräumt wäre damit jedoch die grundsätzlich-methodologische Kritik auch an den akzessorischen Ansätzen, die im unbestimmt-freien Zugriff „Interessen“ der GmbH bzw. der in sie eingegliederten natürlichen Personen attribuiert, jedoch die Analyse des Rechtsbegriffs der Rechtsperson GmbH und die Einbeziehung der einzelnen Person als Vernunftsubjekt in die Strafrechtskonstitution meidet.

c) Das rechtshistorische Argument: Vergleich zu § 81a GmbHG a.F.

Innerhalb der strafrechtlichen Diskussion über das Ob und die Grenzen einer gesellschaftlichen Dispositionsbefugnis betreffend das Gesellschaftsvermögen von geringem Wert ist das rechtsgeschichtliche Argument, der Gesetzgeber habe durch die Aufhebung des § 81a GmbHG a.F. dessen – unmittelbar – gläubigerschützende Funktion in § 266 StGB verankert sehen wollen⁶⁵³. In der Tat scheint die Gesetzesbegründung zwar dafür zu sprechen, in der es insbesondere heißt: „Die bisherige Untreuevorschrift des § 81a soll aufgehoben werden, da die dort beschriebene Tat handlung bereits von § 266 StGB erfaßt wird“⁶⁵⁴. Andererseits wurden – wie bereits oben dargelegt⁶⁵⁵ – beide Normen im Jahre 1933 eingeführt, was gegen eine reine Spezialität des § 81a GmbHG a.F. im Verhältnis zu § 266 StGB spricht⁶⁵⁶. *Nelles* hat zudem zu Recht darauf hingewiesen, dass es methodologisch unzulässig ist, den früheren Regelungsgehalt einer durch Gesetz aufgehobenen Norm für die Bestimmung der Reichweite eines anderen Gesetzes heranzuziehen, da das Auf-

⁶⁵⁰ Vgl. dazu oben II. 2.

⁶⁵¹ *BVerfG*, NJW 2010, 3209 (3215).

⁶⁵² Siehe auch die abweichende Meinung der *Senatsmitglieder Voßkuhle, Osterloh und Di Fabio* im Beschluss des *BVerfG* vom 15. Januar 2009 – 2 BvR 2044/07 –, NJW 2009, 1469 (1477): „Auch der unter dem Grundgesetz seit jeher anerkannten Befugnis der Gerichte zur Fortbildung des Rechts (...) sind jedoch ihrerseits Grenzen gezogen. (...) Hat der Gesetzgeber eine eindeutige Entscheidung getroffen, so darf der Richter diese nicht auf Grund eigener rechtspolitischer Vorstellungen verändern und durch eine judikative Lösung ersetzen, die so im Parlament nicht erreichbar gewesen wäre (...).“ *Rüthers*, NJW 2009, 1461 (1462), sieht darin eine „wegweisende Bedeutung für die künftige Rechtsprechung des Gerichts“ und „eine grundsätzliche Umorientierung (...) in methodischen Fragen der Gesetzesauslegung“.

⁶⁵³ *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht (1969), S. 389; *Klug* in: Hachenburg, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (1959), § 81a Anm. 34 m.w.N., die in diesem Sinne Spezialität des § 81a GmbHG a.F. gegenüber § 266 StGB annahmen.

⁶⁵⁴ BT-Drucksache V/4094, S. 56.

⁶⁵⁵ Vgl. oben I. 1.

⁶⁵⁶ Siehe nur *Flum*, Der strafrechtliche Schutz der GmbH gegen Schädigungen mit Zustimmung der Gesellschafter (1990), S. 22; *Hanft*, Strafrechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Einmann-GmbH (2006), S. 127.

hebungsgesetz als solches nur das namentlich zitierte, aufgehobene Gesetz erfassen kann⁶⁵⁷. Die rechtsgeschichtliche Betrachtung hat somit einen janusköpfigen Charakter; ihr lassen sich keine belastbaren Anhaltspunkte für die Bestimmung des Ob und der Reichweite einer Grenze der Dispositionsbefugnis der Gesellschafter entnehmen⁶⁵⁸.

d) Strafrechtliche Besonderheiten bei der Untreue zum Nachteil der (qualifiziert faktisch) konzernierten GmbH?

Nach dem dargelegten erreichten Stand in der gesellschaftsrechtlichen Rechtsprechung und – unter Zugrundelegung der akzessorischen Rechtsanwendung insoweit – dem Gleichlauf mit der strafrechtlichen Rechtsprechung dürften keine Besonderheiten in der Bewertung der Untreue zum Nachteil der (qualifiziert faktisch) konzernierten GmbH mehr existieren. Auch insoweit gelten nunmehr die allgemeinen Grundsätze für die Grenzen einer Dispositionsbefugnis der Gesellschafter über das Vermögen der GmbH⁶⁵⁹. Damit ist die Gewichtung der Rechtspersönlichkeit der abhängigen GmbH keine andere als bei der nicht konzernierten. Zu hinterfragen ist die Bewertung von *Tiedemann*, die er auch nach dem „Bremer-Vulkan“-Urteil des *II. Zivilsenats* des BGH aufrecht erhalten hat, nach welcher der Tatbestand der Untreue Schutzfunktion für das GmbH-Konzernrecht hat⁶⁶⁰. Jedoch verfolgt der *II. Zivilsenat* nach der Entscheidung zum „Bremer Vulkan“ eine eigenständige Begründung zur Gesellschafterhaftung, welche von den Grundsätzen zur Organuntreue gemäß § 266 StGB dispensiert. Die Wertung, § 266 StGB sei konstituierend für ein nicht existentes GmbH-Konzernrecht dürfte daher nur noch auf dem Hintergrund Bestand haben, dass sich der gesellschaftsrechtliche Anspruch der GmbH gegen den Gesellschafter als solchen, aber nicht gegen dessen Organe richtet⁶⁶¹. Somit ist der Rückgriff auf § 266 StGB – insoweit kann *Tiedemann* noch zugestimmt werden – nur dann notwendig, wenn der Alleingesellschafter – wie typischerweise im Konzern – eine juristische Person ist und die Haftung des dortigen Verantwortlichen als natürliche Person im Raume steht⁶⁶². In Anbetracht einer spätestens seit der „Trihotel“-Entscheidung des *II. Zivilsenats*⁶⁶³ jedenfalls insoweit gefestigten

⁶⁵⁷ *Nelles*, Untreue zum Nachteil von Gesellschaften (1991), S. 141 f.

⁶⁵⁸ Kritisch insoweit auch *Tiedemann* in: Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz (2002), Vor §§ 82 ff. Rdnr. 11. Vgl. ablehnend zum rechtshistorischen Argument, dass mit Blick auf § 81a GmbHG a.F. die Gesellschafter in § 266 StGB nicht taugliche Täter sein könnten: *Hartung*, NJW 1996, 229 (232); *Ransiek*, Untreue im GmbH-Konzern (2003), 207 (222).

⁶⁵⁹ *Tiedemann* in: Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz (2002), Vor §§ 82 ff. Rdnr. 23; *Ransiek*, Untreue im GmbH-Konzern (2003), 207 (211).

⁶⁶⁰ *Tiedemann* in: Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz (2002), Vor §§ 82 ff. Rdnr. 22.

⁶⁶¹ Zutreffend *Ransiek*, Untreue im GmbH-Konzern (2003), 207 (210).

⁶⁶² Dies war die Konstellation in der Entscheidung des *II. Zivilsenats* „Bremer Vulkan“, BGH, NJW 2001, 3622.

⁶⁶³ BGH, NJW 2007, 2689 – „Trihotel“.

Rechtsprechung, nach der die Voraussetzungen des § 266 StGB für die unmittelbare Gesellschafterhaftung keine unmittelbare Rolle mehr spielen, erscheint die Annahme einer konstituierenden Funktion des Strafrechts für das GmbH-Konzernrecht höchst fraglich.

Im Zusammenhang mit der Organuntreue dürfte nach dem erreichten Gleichlauf von Gesellschafts- und Strafrechtsprechung und der damit einhergehenden Nivellierung der Unterschiede zwischen (qualifiziert faktisch) konzernierter und nicht-konzernierter GmbH von den vier speziellen Konstellationen der möglichen Untreue im Konzern, wie sie *Kohlmann* insoweit thematisiert hat – Handeln zum unmittelbaren Nachteil des Konzerns, Handeln zum unmittelbaren Nachteil der GmbH auf Anweisung der Konzernspitze bei gleichzeitigem Vorteilsausgleich, Handeln zum unmittelbaren Nachteil der GmbH auf Anweisung der Konzernspitze ohne Schadensausgleich, „faktische“ Geschäftsführung durch die Konzernspitze⁶⁶⁴ – aktuell nur noch die erstgenannte Konstellation von Relevanz sein. Zwar ist es hinsichtlich der zweitgenannten Konstellation richtig, dass ein Vermögensnachteil entfällt, wenn dem Vermögensabzug ein zu realisierender Ausgleichsanspruch gegenüber steht⁶⁶⁵; in den praktisch relevanten Fällen der Existenzgefährdung sind jedoch werthaltige Ausgleichsansprüche in der Regel nicht gegeben, so dass hier typischerweise die dritte Konstellation einschlägig ist. Die Konstellation der faktischen Geschäftsführung – vierte Konstellation – wird hier für den Gesellschafter der GmbH auch außerhalb von Konzernlagen als modellhaft zu Grunde gelegt. Interessant ist jedoch die in der ersten Fallgestaltung anklingende Frage nach der Nachteilszufügung bezogen auf den Konzern. Zu prüfen wäre hier die Fähigkeit des Konzerns als solchem, selbst Verletzter einer Untreue zu sein, was voraussetzen könnte, diesen selbst als Rechtsperson (jedenfalls im strafrechtlichen Sinne) zu begreifen. Dann könnte in gleichsam kumulativer Betrachtung neben der Einzelgesellschaft der Konzern gleichzeitig geschädigt werden⁶⁶⁶; jedenfalls könnten wechselseitig Vorteile und Nachteile zwischen Konzern und Einzelgesellschaft saldierend verrechnet werden, wobei als Subjekte der Verrechnung – intrasystematisch – auch die Vermögen der Einzelgesellschaften im Konzern in Betracht kommen oder gar – sollte insoweit Strafrechtsschutz begründbar sein – der Erhalt von Arbeitsplätzen in eine solche Ermittlung eines gruppeninternen Gleichgewichts zwischen Vorteilen und Lasten eingestellt würde. Diese Perspektive findet eine Parallele in der sog. *Rosenblum-Rechtsprechung* der französischen *Cour de Cassation*⁶⁶⁷.

⁶⁶⁴ *Kohlmann*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des GmbH-Geschäftsführers (1990), S. 191 ff.

⁶⁶⁵ Siehe nur *Tiedemann* in: Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz (2002), Vor §§ 82 ff. Rdnr. 23; *Ransiek*, Untreue im GmbH-Konzern (2003), 207 (208 ff.).

⁶⁶⁶ *Kohlmann*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des GmbH-Geschäftsführers (1990), S. 192: Es sei in dieser Konstellation zu prüfen, ob ein dem Konzern zugefügter Nachteil auch auf die in isolierter Betrachtung bevorteilte GmbH zurückschlage bzw. ob die der GmbH erwachsenen Vorteile – etwa durch einträgliche Geschäfte mit Konkurrenzunternehmen – dem Konzern als solchem zu Gute kämen.

⁶⁶⁷ Vgl. dazu unten Kapitel 3, IV.

e) Bewertung von „GmbH-eigenen Rechtsgütern“⁶⁶⁸

Hanft fragt zunächst abstrakt nach den Komponenten, welche die Existenz der juristischen Person ausmachen und die – konkret – im Rahmen der Bewertung eines strafrechtlichen Schutzes der GmbH durch § 266 StGB Berücksichtigung finden könnten. Er stellt heraus, dass in strafrechtlicher Betrachtung des Rechtsguts „GmbH“ „auf die hinter der juristischen Person stehenden menschlichen Interessen abzustellen“ sei⁶⁶⁹. Insoweit kommt er zu dem Schluss, dass die juristische Person nicht „um ihrer eigenen Existenz willen“ schutzwürdig sei: „Wird eine GmbH geschädigt, so erleiden lediglich die mit ihr in rechtliche Verbindung getretene natürlichen Personen die beschriebenen Folgen; deren Interessen sind (...) aner kennenswert, sie sind aber nicht solche der GmbH selbst“⁶⁷⁰. Als in diesem Sinne abstrakt aner kennenswert erachtet *Hanft* die Interessen des (Allein-)Gesellschafters, da die Einpersonen-GmbH dessen Vermögensrechte vermittele⁶⁷¹ sowie der GmbH-Gläubiger jedenfalls in Höhe des gesetzlichen Mindeststammkapitals der Gesellschaft, da dieses „ihnen als Ausgleich wenigstens in dieser Höhe einen gewissen Schutz“ biete⁶⁷², wobei in dieser Hinsicht auch der Arbeitnehmer jedenfalls hinsichtlich seiner laufenden Lohnforderungen als Gläubiger anzusehen sei⁶⁷³. Der Arbeitnehmer sei jedoch nicht in seinem Interesse am Erhalt des Arbeitsplatzes – also prospektiv – geschützt, da insoweit nur eine zukünftige Gläubigerstellung betroffen sei und es dem Arbeitgeber belassen bleibe, ob er überhaupt mit seinem Unternehmen am Wirtschaftsverkehr teilnehmen möchte⁶⁷⁴. Zudem sei strafrechtlich beachtenswert – sofern man das „Funktionieren des Wirtschaftsverkehrs“ als ein strafrechtlich zu schützendes Rechtsgut anerkennte – das „Vertrauen der Allgemeinheit in die Lauterkeit des Umgangs von GmbH-Geschäftsführern und -Gesellschaftern mit ihrer GmbH“ bzw. „das Verbot eines Rechtsformmissbrauchs im Allgemeininteresse“⁶⁷⁵, wobei insoweit einzuwenden ist, dass die durch das Auseinanderfallen von Herrschaft und Haftung begründete Gläubigergefährdung – wie von *Zöllner* zutreffend herausgestellt – keinen Rechtsformmissbrauch darstellen dürfte⁶⁷⁶. In strafrechtlicher Adaption

⁶⁶⁸ *Hanft*, Strafrechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Einmann-GmbH (2006), S. 104.

⁶⁶⁹ *Hanft*, Strafrechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Einmann-GmbH (2006), S. 105.

⁶⁷⁰ *Hanft*, Strafrechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Einmann-GmbH (2006), S. 109, 111.

⁶⁷¹ *Hanft*, Strafrechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Einmann-GmbH (2006), S. 118 f.

⁶⁷² *Hanft*, Strafrechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Einmann-GmbH (2006), S. 120.

⁶⁷³ *Hanft*, Strafrechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Einmann-GmbH (2006), S. 120. *Kohlmann*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des GmbH-Geschäftsführers (1990), S. 100; *ders.*, Untreue zum Nachteil des Vermögens einer GmbH trotz Zustimmung sämtlicher Gesellschafter? (1984), 387 (398); *ders.* in: Hachenburg, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (1997), Vor § 82 Rdnr. 60, stellt die Arbeitnehmer- mit den Gläubigerinteressen gleich.

⁶⁷⁴ *Hanft*, Strafrechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Einmann-GmbH (2006), S. 121.

⁶⁷⁵ *Hanft*, Strafrechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Einmann-GmbH (2006), S. 122.

⁶⁷⁶ Vgl. oben II. 2.

schütze § 266 StGB jedoch nicht die genannten Interessen der Gläubiger und die Allgemeininteressen, da diese Norm diese Rechtsgüter nicht erfasse⁶⁷⁷; *Hanft* bemüht insoweit vielmehr die bereits oben im Rahmen der originär strafrechtlichen Ansätze dargelegten Argumente für eine vollständige Dispositionsbefugnis der Gesellschafter, nämlich die Exklusivität der Bankrottdelikte sowie den Vergleich zum Einzelkaufmann als natürliche Person⁶⁷⁸. Die gegen diese Argumente vorgebrachten Bedenken⁶⁷⁹ gelten auch hier. Im Übrigen muss der Ansatz einer reinen Interessenanalyse der Heteronomiekritik verfallen: Solange diese Interessen unvermittelt von außen der Gesellschaft und ihren „Hinterleuten“ zugeschrieben werden und nachfolgend diffusen Abwägungsprozessen unterliegen, können sie keinen hinreichenden argumentativen Gehalt für einen strafrechtlichen, zwangsbewehrten Schutz entfalten.

3. Ergebnis: Konkordanzbestrebungen im Strafrecht

Die ultima-ratio-Problematik wurde durch den „Schulterschluss“ des Urteils des 5. *Strafsenats* mit dem des II. *Zivilsenats* jeweils in Sachen „Bremer Vulkan“ entschärft. Die Anpassungsbestrebungen des 5. *Strafsenats* an die gesellschaftsrechtliche Haftungsfigur gehen soweit, in Korrelation zur dortigen Passivlegitimation den Gesellschafter als vermögensbetreuungspflichtig anzuerkennen. Insoweit ist *Fleischer* Recht zu geben, wenn er ausführt, es sei nunmehr „in erfreulicher Weise eine Synchronisierung von Straf- und Gesellschaftsrecht auf dem schwierigen Feld der Konzerninnenfinanzierung“ erreicht⁶⁸⁰. Durch das Abrücken von der Rechtsfigur des sog. qualifizierten faktischen Konzerns und der Aufgabe des entsprechenden Haftungsinstituts durch die Gesellschaftsrechtsprechung dürfte sich diese Synchronisierung aber jedoch auch auf Konstellationen außerhalb von Konzernlagen erstrecken. In der Sache dürfte daher auch das Verdikt, der II. *Zivilsenat* greife zur Gesellschafterhaftungsbegründung auf strafrechtliche Grundsätze zurück, nicht mehr haltbar sein.

Das vorwiegend in der älteren strafrechtlichen Diskussion zur Dispositionsbefugnis der Gesellschafter über das Vermögen der GmbH fokussierte Verhältnis von Zivilrecht zum Strafrecht als ultima ratio hat somit auf dem Hintergrund der erreichten Standes der Rechtsprechung an Bedeutung verloren.

Die aktuelle Diskussion dreht sich im Wesentlichen um die Frage der Berechtigung eines eigenständigen, nicht-akzessorischen Ansatzes im Strafrecht, der den Gesellschaftern entweder das Vermögen der GmbH zuordnet oder ihnen eine grenzenlose Dispositionsbefugnis über das Gesellschaftsvermögen einräumt. Dagegen spricht zunächst das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung. Der Vergleich mit der

⁶⁷⁷ *Hanft*, Strafrechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Einmann-GmbH (2006), S. 132 f.

⁶⁷⁸ *Hanft*, Strafrechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Einmann-GmbH (2006), S. 129 f.

⁶⁷⁹ Vgl. oben b) aa) (2) bbb) bbbb) cccc).

⁶⁸⁰ *Fleischer*, NJW 2004, 2867 (2870).

Straflosigkeit der vermögens- und damit gläubigerschädigenden Handlung des Einzelkaufmanns missachtet das Auseinanderfallen von Eigentumsgebrauch und Gebrauchsverantwortung bei der juristischen Person und die dadurch begründete spezifisch erhöhte Gefährlichkeit der Organuntreue. Die Argumente der angeblichen Unzulässigkeit des Gläubigerschutzes sowie der Exklusivität der Bankrottdelikte dürften sich ferner mit einem durch § 266 StGB mediatisierten Gesellschaftsgläubigerschutz, der sich durch die Auslegung des einfachen Rechts ergibt, entschärfen lassen. Soweit für die akzessorietätsfeindliche Auffassung eine wirtschaftliche Betrachtungsweise geltend gemacht wird, offenbart sich darin eine heteronome Zuschreibung von Eigenschaften der GmbH; in diesem Zusammenhang wird die Beliebigkeit solcher Zuschreibungen auch darin aufgewiesen, dass die Auffassung, welche die Akzessorietät zum Gesellschaftsrecht annimmt, die dortigen weitgehend ökonomischen Begründungen übernimmt. Diese akzessorische Ansicht steht der originär strafrechtlichen Auffassung entgegen und erkennt grundsätzlich entsprechend den gesellschaftsrechtlichen Vorgaben einen mediatisierten Gläubigerschutz an; innerhalb dieser Auffassung spitzt sich die Diskussion auf die Frage zu, ob die gesellschaftsrechtliche Dispositionsbefugnis erst beim Basisschutz des Stammkapitalerhalts endet oder aber darüber hinausgehend schon bei der Existenzgefährdung der Gesellschaft. Letztgenannte Auffassung gerät in ein Spannungsverhältnis zum Bestimmtheitsgrundsatz, weil sich die Akzessorietät nicht auf Gesetzesrecht, sondern eine gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung bezieht, von der zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht hinreichend gesichert ist, ob es sich insoweit um eine gefestigte handelt.

Das historische Argument der Entwicklung der heutigen Organuntreue aus § 81a GmbHG a.F. spricht nicht uneingeschränkt für einen Gläubigerschutz durch § 266 StGB.

Soweit sich in der Strafrechtswissenschaft Ansätze finden, über die Analyse der juristischen Person „GmbH“ und ihrer „Hinterleute“ bzw. der an ihr Beteiligten und von ihr Betroffenen Lösungen zu den Fragen des Ob und ggf. der Grenzen einer gesellschaftsrechtlichen Dispositionsbefugnis über das Gesellschaftsvermögen zu erarbeiten, so ist dieser Ansatz insoweit richtungsweisend, als er die gegenwärtige Hauptdiskussion der Akzessorietät zu den gesellschaftsrechtlichen Vorgaben der Gesellschafterhaftung verlässt. Andererseits ist ein solcher Ansatz dann unbrauchbar, wenn er lediglich frei und heteronom „Interessen“ der GmbH bzw. der in sie eingegliederten natürlichen Personen definiert und diese dann diffusen Abwägungsprozessen unterwirft.

IV. Ergebnis

Auf dem Hintergrund einer gesellschaftsrechts-akzessorischen Auslegung der Untreue zum Nachteil der GmbH und eines damit erreichten Gleichlaufs lautet die aktuelle Grundfrage nicht mehr, ob das Strafrecht pönalisiert, was das Gesellschaftsrecht erlaubt, sondern vielmehr, „bis zu welchem Grade eine solche Harmo-

nisierung aus strafrechtlicher Sicht vertretbar ist“⁶⁸¹. Denn die Gesellschaftsrechtswissenschaft stellt vornehmlich auf den für die juristische Person nicht konstituierenden Begriff der Haftungsbeschränkung ab; die Begriffe der Rechtsfähigkeit bzw. Rechtssubjektivität ersetzen den Begriff der Rechtspersönlichkeit, wie sich an der neueren Dogmatik zur Gesamthandsgesellschaft zeigt. Diese depersonalisierenden „Ausfransungen“ finden bereits Parallelen im Strafrecht, wie die Rechtsprechung des *BGH* in Form der Anerkennung neben der juristischen Person in diese eingliederter natürlicher Personen als Vermögensträger bzw. der „Aufweichung“ einer strikten Trennungslinie zwischen juristischer Person und Personengesellschaft aufweist. Im Vordergrund der gesellschaftsrechtlichen Untersuchungen steht die ökonomische Analyse des Rechts; weitergehende vorpositive Analysen insbesondere zur Rechtspersönlichkeit der GmbH fehlen. Es offenbart sich daraus ein Korporationenverständnis, das zwar keinen anstaltsähnlichen Charakter hat, vielmehr personal rückgebunden ist, indem im Wesentlichen auf die Gesellschafter und die Gläubiger rekurriert wird. Jedoch wird bei dieser Rückbindung der Korporation an diese natürlichen Personen allein abwägend und unvermittelt auf deren Interessen abgestellt.

Aus der Analyse von gesellschafts- und strafrechtlicher Rechtsprechung sowie des Standes im jeweiligen Schrifttum ergeben sich somit weniger Lösungsansätze als vielmehr ungelöste Fragestellungen. Denn: Mag die funktional-wirtschaftliche Betrachtung des Gläubigerschutzes, die empirisch aus der schwachen Stellung der Gläubiger resultiert, für das Zivilrecht annehmbar sein, so kann dies für das Strafrecht nicht ohne Weiteres gelten. Die im Gesellschaftsrecht vorherrschende Entpersonalisierung und Interessenmediatisierung der juristischen Person muss hier besonders hinterfragt werden, da sich das Strafrecht als ultima ratio in besonders kritischer Intention an einem Rechtsgutsbegriff zu messen hat, der nicht primär durch empirisch-zweckmäßige Gesichtspunkte bestimmt werden darf, sondern die einzelne Person als Vernunftsubjekt in die Strafrechtskonstitution mit einzubeziehen hat. Von entscheidendem Interesse für das Strafrecht ist daher die Essenz der juristischen Person, ihre Konstitution durch den Menschen im spezifisch strafrechtlichen, d. h. an dem Einzelnen, am Prozess der praktischen Vernunft Teilhabenden orientierten Sinne. Dies folgt aus der Konstitution des Strafrechts als Verletzung des öffentlichen Basisvertrauens in Form eines gegenseitigen Anerkennungsverhältnisses⁶⁸².

Notwendig ist daher die Strafunrechtskonstitution der Organuntreue aus praktischer Vernunft. Anders als das Gesellschaftsrecht fordert das Strafrecht die Analyse des Rechtsbegriffs der Rechtsperson GmbH, mithin die Rekonstruktion der Korporation.

Zuvor bedarf es jedoch noch weiterer Schritte: Als „Kontrapunkt“ soll zunächst das anstaltliche Gesellschaftsverständnis des „abus de biens sociaux“ im französischen Gesellschaftsstrafrecht dargestellt werden, welches exemplarisch für einen transpersonalen Korporationenbegriff steht, der auf jegliche Rückbindung an das

⁶⁸¹ Wattenberg, StV 2005, 523 (526).

⁶⁸² Vgl. dazu unten Kapitel 6.

Subjekt verzichtet⁶⁸³. Nachfolgend wird die ökonomische Analyse des Rechts, insbesondere ihre Adaption auf die Organuntreue durch *Birkholz*, einer Kritik unterzogen⁶⁸⁴. In diesem Zusammenhang wird auch das Problem beleuchtet, ob dem Verfassungsrecht Vorgaben für das der ökonomischen Analyse des Strafrechts entspringende Argument entnommen werden können, nach dem das Untreuestrafrecht zurücktreten könne, wenn die zivilrechtliche Haftung der Gesellschafter eingreife⁶⁸⁵. Bevor die Grundlagen der Strafunrechtslehre aus praktischer Vernunft erläutert werden⁶⁸⁶, geht es zudem um die Erkenntnisse der Rechtsgutslehre zur Organuntreue⁶⁸⁷.

⁶⁸³ Vgl. dazu unten Kapitel 3.

⁶⁸⁴ Vgl. dazu unten Kapitel 4, I.

⁶⁸⁵ Vgl. dazu unten Kapitel 4, II.

⁶⁸⁶ Vgl. dazu unten Kapitel 6.

⁶⁸⁷ Vgl. dazu unten Kapitel 5.

Untreue zum Nachteil der GmbH
Versuch einer strafunrechtsbegründenden
Rekonstruktion der Rechtspersönlichkeit der Korporation
Anders, R.P.
2012, XVI, 446 S. 1 Abb., Hardcover
ISBN: 978-3-642-29331-3