

E n t s c h e i d u n g s b e s p r e c h u n g

Zur Untreue im Konzernverbund

1. Zur Pflichtwidrigkeit bei Untreuehandlungen zu Lasten konzernintegrierter GmbHs bei Zustimmung der Alleingesellschafterin

2. Anforderungen an die Feststellung zur vermögensschädigenden Überschuldung konzernabhängiger Gesellschaften durch Darlehensgewährung bei zentralem Cash-Management (Amtliche Leitsätze)

StGB § 266

BGH, Beschl. v. 31.7.2009 – 2 StR 95/09¹

I. Der zu besprechende Beschluss des Bundesgerichtshofs führt die Rechtsprechung des 5. Strafsenats („Bremer Vulkan“- Entscheidung)² zur Untreue zu Lasten konzernintegrierter GmbHs bei Zustimmung aller Gesellschafter fort. Auch wenn die Konstellation des konzerninternen Cash-Managements u.a. auch Fragen der Verantwortlichkeit einzelner Personen innerhalb des Konzerns nach § 14 StGB aufwirft,³ so betrifft die Entscheidung im Kern die zentrale Fragestellung, ob bzw. in welchem Umfang die Gesellschafter verpflichtet sind, bei der Disposition über das formal der Gesellschaft zugeordnete Vermögen auf „Eigeninteressen“ der GmbH bzw. die Interessen der Gesellschaftsgläubiger Rücksicht zu nehmen, und ob einer solchen Verpflichtung die Qualität einer Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB zukommt.

II. Nach den Feststellungen des Landgerichts war der Angeklagte Vorstand einer börsennotierten Holding-AG (R-AG), welche alleinige Gesellschafterin diverser Untergesellschaften war. Der Angeklagte veranlasste die beherrschten Tochter- und Enkelgesellschaften seit dem Jahr 1999, unbesicherte Darlehen an die Konzernmutter zu gewähren, um so Liquiditätslücken bei der R-AG zu schließen. Angesichts der sich verschlechternden Liquiditätssituation der Holding-Gesellschaft waren die Rückzahlungsansprüche seit Herbst 2000 nicht mehr werthaltig, wodurch die Liquidität der darlehensgebenden Untergesellschaften selbst gefährdet wurde. Gleichwohl ließ sich die R-AG auch in dieser Phase – mit Wissen und Billigung des Angeklagten – weitere Darlehen gewähren. Im Juni/Juli 2001 wurde für die vorgenannten Untergesellschaften Insolvenzantrag gestellt, und in der Folge jeweils das Insolvenzverfahren eröffnet.

Das Landgericht hat die Veranlassung bzw. Billigung der Darlehensgewährung an die Konzernmutter durch den Vorstand der Holding-AG als Untreue zu Lasten der beherrschten Tochterunternehmen gewertet. Der Bundesgerichtshof hat dem hinsichtlich der rechtlichen Bewertung zugestimmt, die Entscheidung des Landgerichts aber aufgrund lückenhafter

Tatsachenfeststellungen gleichwohl aufgehoben und an eine andere Strafkammer zurückverwiesen.

Der 2. Strafsenat hat zur Frage der Untreue zu Lasten einer GmbH bei Zustimmung aller Gesellschafter ausgeführt:

„[...] In der zivil- wie strafgerichtlichen Rechtsprechung ist jedoch anerkannt, dass es Fallkonstellationen gibt, in denen der Geschäftsführer als für das Vermögen einer Gesellschaft Treupflichtiger seine Pflichten nach § 266 Abs. 1 StGB auch dann verletzt, wenn er mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter handelt; danach gibt es einen Bereich, der einer Dispositionsmöglichkeit der Gesellschafter entzogen ist. Die Rechtsprechung hat eine Vermögensverfügung als gegenüber der Gesellschaft treuwidrig und damit wirkungslos angesehen, wenn sie geeignet ist, das Stammkapital der Gesellschaft zu beeinträchtigen, wenn der Gesellschaft durch die Verfügung ihre Produktionsgrundlagen entzogen werden oder wenn ihre Liquidität gefährdet wird, indem ihr das zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten benötigte Vermögen entzogen wird (vgl. BGHSt 49, 147, 157 ff. m.w.N.). Hieran hält der Senat [...] fest.“⁴

Diese rechtliche Beurteilung wird durch die neuere zivilgerichtliche Rechtsprechung zur Haftungsgrundlage in Fällen des „existenzvernichtenden Eingriffs“ [...] nicht in Frage gestellt.⁵

Zwar hat sich der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs seit 2007 vom bisherigen Konzept der Existenzvernichtungshaftung als Durchgriffshaftung des Gesellschafters gegenüber den Gesellschaftsgläubigern gelöst, die an den Missbrauch der Rechtsform der GmbH anknüpfte. Er hat stattdessen die Existenzvernichtungshaftung an die missbräuchliche Schädigung des im Gläubigerinteresse zweckgebundenen Gesellschaftsvermögens angeknüpft und sie in Gestalt einer Innenhaftung des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft als Fallgruppe der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung im Sinne des § 826 BGB eingeordnet [...].⁶

Daraus ist im Schrifttum gefolgert worden, an einer Untreuestrafbarkeit des Vorstands der herrschenden Gesellschaft könne in derartigen Fällen nicht festgehalten werden, da die deliktsrechtlich fundierte Pflicht, die Existenz der beherrschten Gesellschaft gefährdende Eingriffe zu unterlassen, nicht als Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB angesehen werden könne [...]. Diese Auffassung verkennt jedoch, dass die Einschränkung der zivilrechtlichen Dispositionsbefugnis des Alleingeschafters und der Umfang seiner eigenen strafrechtlichen Vermögensbetreuungspflicht nicht deckungsgleich sind. [...] Von dem Wechsel zu einer deliktsrechtlichen Haftungskonstruktion unberührt ist aber die Frage, in welchen Fällen die Treuepflicht des Gesellschafters gegenüber seiner Gesellschaft – die nunmehr auch nach zivilrechtlicher Betrachtungsweise als unmittelbar Geschädigte eines ihre Existenz gefährdenden Eingriffs angesehen wird, während die Gesellschaftsgläubiger nur mittelbar

¹ BGHSt 54, 52 = ZIP 2009, 1860.

² BGHSt 49, 147 = BGH NJW 2004, 2248.

³ Vgl. hierzu etwa *Schlösser*, GA 2007, 161 (166).

⁴ BGHSt 54, 52 (Rn. 24).

⁵ BGHSt 54, 52 (Rn. 26).

⁶ BGHSt 54, 52 (Rn. 27).

betroffen werden [...] – zur eigenen Vermögensbetreuungspflicht erstarkt. [...]⁷

Auch die Änderungen des GmbH-Gesetzes durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008 (BGBl. I 2026) geben zu einer anderen Beurteilung keinen Anlass. Insbesondere ist aus § 64 S. 3 GmbHG n.F., wonach Geschäftsführer einer GmbH dieser grundsätzlich zum Ersatz von Zahlungen an Gesellschafter verpflichtet sind, wenn diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, nicht die Schlussfolgerung zu ziehen, das Gesetz nehme nicht mehr den Gesellschafter, sondern nur noch den Geschäftsführer als den für den Erhalt der Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft Verantwortlichen in die Pflicht [...]. Die Regelung erfasst nach gesetzgeberischer Intention nur einen Teilbereich der Haftung für existenzbedrohende Vermögensverfügungen, [...] die Vorschrift berührt die bisherige straf- wie zivilgerichtliche Rechtsprechung zur Haftung des Gesellschafters für existenzgefährdende bzw. -vernichtende Eingriffe nicht [...].⁸

III. Zunächst sollen die zwei letztgenannten, sich aus den Veränderungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung nach Ergehen der „Bremer Vulkan“-Entscheidung des 5. Strafsenats (2004) ergebenden neuen Aspekte näher beleuchtet werden, welche von Relevanz für den Problembereich der Untreue (im Konzern) sein können.

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat ab dem Jahr 2007 seine Rechtsprechung zur Haftung der Gesellschafter im Falle eines sog. existenzvernichtenden Eingriffs, auf welcher die Untreue-Rechtsprechung des 5. Strafsenats im Wesentlichen basierte,⁹ „allein“ auf die Anspruchsgrundlage § 826 BGB umgestellt,¹⁰ und sich damit von der Konstruktion der unmittelbaren Außenhaftung der Gesellschafter gegenüber den Gläubigern der „existenzgefährdeten“ – und damit zur Befriedigung der Gläubiger nicht mehr fähigen – Gesellschaft nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 Abs. 1 StGB verabschiedet.¹¹ Daraus ist teilweise gefolgert worden, an einer Untreuestrafbarkeit des Vorstands der herrschenden Gesellschaft könne nicht festgehalten werden, da eine (nur) deliktsrechtlich fundierte Pflicht, die Existenz der Tochtergesellschaft gefährdende Eingriffe zu unterlassen, nicht als qualifizierte Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB angesehen werden könne.¹² Dies gelte insbesondere deshalb, weil der BGH das bisherige, im Weg der Rechtsfortbildung entwickelte Modell der Existenzvernichtungshaftung – welches an den Missbrauch der Rechtsform anknüpfte – explizit aufgegeben habe, die Annahme einer

solchen Pflicht mithin nicht mehr auf ein gesellschaftsrechtlich fundiertes Haftungsinstitut gestützt werden könne.¹³ Eine andere Betrachtung würde im Ergebnis dazu führen, dass selbst bei „normalen“ zivilrechtlichen Austauschverhältnissen eine Treupflicht der Vertragsparteien im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB anzunehmen wäre, was aber nach ständiger Rechtsprechung gerade abzulehnen sei.¹⁴

Nach anderer Auffassung soll die zivildogmatische Rückführung der Existenzvernichtungshaftung der Gesellschafter auf die inhaltlich klar bestimmte sittenwidrige Schädigung gemäß § 826 BGB eine untreuerechtliche Anknüpfung ermöglichen, der mit Blick auf das verfassungsrechtlich verankerte Bestimmtheitsgebot weniger Bedenken entgegenstünden als der früheren Konstruktion einer Anknüpfung der Haftung an des Kriterium der Existenzvernichtung.¹⁵ Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass dieses Kriterium mit all seinen Unsicherheiten nach wie vor tragendes Element der Rechtsprechung des II. Zivilsenats ist,¹⁶ die Verankerung bei der zivilrechtlichen Haftungsvoraussetzung der „sittenwidrigen Schädigung“ im Hinblick auf die Frage der hinreichenden Bestimmtheit des Straftatbestandes der Untreue keinen relevanten Fortschritt bedeutet. Auch die Argumentation des 2. Strafsenats, die Veränderung der Haftungskonzeption des II. Zivilsenats, der neuerdings von einer Innenhaftung nach § 826 BGB ausgehe, die Gesellschaft damit „nunmehr“ als selbst unmittelbar Geschädigte anerkenne, spreche noch deutlicher als die frühere Rechtsprechung für die Anerkennung einer Treupflicht im Sinne des § 266 StGB,¹⁷ geht fehl. Schon die Anknüpfung an § 266 StGB (i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB) lässt erkennen, dass auch bei der früheren Haftungskonzeption sehr wohl die Gesellschaft selbst als unmittelbar Geschädigte anerkannt wurde. Zudem sprach der II. Zivilsenat in seiner „Bremer Vulkan“-Entscheidung zur Außenhaftung der Gesellschafter gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft explizit von Ansprüchen aus *abgetretenem* Recht der Gesellschaft.¹⁸ Der Wechsel von der Außen- zur Innenhaftung mag – beispielsweise im Fall der Insolvenz – möglicherweise Auswirkungen auf die tatsächlich durchsetzbaren zivilrechtlichen Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger haben; im Hinblick auf die Anerkennung als selbst unmittelbar Geschädigte ist der Änderung der Rechtsprechung des II. Zivilsenats aber keineswegs ein Argument für die Annahme einer Untreue zu Lasten der Gesellschaft zu entnehmen.

Allerdings ist dem 2. Strafsenat dahingehend beizupflichten, als er *allein* durch die Änderung der Rechtsprechung des II. Zivilsenats die Annahme einer Untreue zu Lasten der Gesellschaft nicht per se für ausgeschlossen hält. Zunächst

⁷ BGHSt 54, 52 (Rn. 28).

⁸ BGHSt 54, 52 (Rn. 29).

⁹ Vgl. BGH NJW 2004, 2248.

¹⁰ Vgl. BGH NJW 2007, 2689 (= BGHZ 173, 246); BGH NJW 2008, 2437 (= BGHZ 176, 204); BGH(Z) NJW 2009, 2127.

¹¹ So noch BGH(Z) NJW 2001, 3622 (3623).

¹² Weller, ZIP 2007, 1681 (1688); Livonius, wistra 2009, 91 (93).

¹³ Livonius, wistra 2009, 91 (92 f.); Weller, ZIP 2007, 1681 (1688).

¹⁴ Livonius, wistra 2009, 91 (93).

¹⁵ Radtke/Hoffmann, GA 2008, 535 (538 f.).

¹⁶ Vgl. BGH(Z) NJW 2007, 2689 (2692): „Einordnung der Existenzvernichtungshaftung als besondere Fallgruppe des § 826 BGB [...]“. Hervorhebung vom Verf.

¹⁷ Vgl. BGH ZIP 2009, 1860 (1862).

¹⁸ BGH(Z) NJW 2001, 3622 (3623).

einmal ist in diesem Zusammenhang anzumerken, dass – auch wenn das Untreuestrafrecht die Tathandlung allein unter Rückgriff auf Wertungen des Gesellschaftsrechts ausfüllen kann, der Schutzbereich des § 266 StGB in der Anwendung auf Verhalten zu Lasten von (Kapital-)Gesellschaften also gesellschaftsrechtlich determiniert ist¹⁹ – grundsätzlich keine Bindung an die Beurteilung zivilrechtlicher Vorfragen durch andere Gerichte besteht,²⁰ und dass gesellschaftsrechtliche Grundsätze nur „dem Grunde nach“ auf das Strafrecht übertragbar sind.²¹ Zudem ist dem Austausch der Anspruchsgrundlage durch den II. Zivilsenat ohnehin keine Negierung einer strafrechtlich relevanten Vermögensbetreuungspflicht zu entnehmen.²² Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die der früheren Existenzvernichtungsrechtsprechung zugrunde liegenden gesellschaftsrechtlichen Wertungen nunmehr erkennbar im Rahmen der Prüfung der Sittenwidrigkeit der erfolgten Schädigung zum Tragen kommen. Auf diesem Wege wird auch die ungewollte Ausweitung des Haftungsinstituts auf „normale“ – nicht qualifizierte – synallagmatische Austauschverhältnisse vermieden. Schließlich war auch früher die *persönliche* Existenzvernichtungshaftung der Gesellschafter im Konzern mit § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 StGB auf eine deliktische Anspruchsgrundlage gestützt, da nach rein gesellschaftsrechtlichen Haftungsinstituten regelmäßig nur die Konzernmutter selbst – nicht aber deren Organe oder Gesellschafter – in Anspruch genommen werden kann.²³ Die Gegenauffassung verkennt schließlich, dass die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht auf der gesellschafts- bzw. konzernrechtlich begründeten Machtposition der Gesellschafter der Konzernmutter beruht, auf die Geschäftsführung des Tochterunternehmens faktisch unbegrenzt Einfluss nehmen zu können²⁴ – und nicht erst im Rückschluss aus möglichen Regressansprüchen herzuleiten ist. Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass allein die Veränderung der Rechtsprechung des II. Zivilsenats weder entscheidend für noch gegen die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB zugunsten der („Existenz-“)Interessen konzernintegrierter Gesellschaften spricht.

Auch durch den Umstand, dass durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008²⁵ die Pflicht des Geschäftsführers einer GmbH zum Erhalt der Zahlungsfähigkeit verschärft wurde, eine Haftung der Gesellschafter insoweit hingegen nicht kodifiziert worden ist, sieht *Livonius* die Rechtsprechung zur Untreue des Gesellschafters (im Konzern) in Frage gestellt.²⁶ Das MoMiG verdeutliche, dass die

Gesellschafter selbst gegenüber der Gesellschaft nicht vermögensbetreuungspflichtig seien, lediglich im Fall der Führungslosigkeit der Gesellschaft bei Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung zur Stellung eines Insolvenzantrags verpflichtet seien.²⁷ Dem hat der 2. *Strafsenat* allerdings zu Recht entgegengehalten, dass den neuen Regelungen – insbesondere § 64 S. 3 GmbHG n.F. – im Hinblick auf die Existenzvernichtungshaftung kein abschließender Charakter zukommt.²⁸ Allein dem Wortlaut ist ein solcher nicht zu entnehmen. Nach den Motiven des Gesetzgebers soll die neue Regelung im MoMiG die „bestehenden Mechanismen, welche die Gesellschaftsgläubiger gegen Vermögensverschiebungen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern schützen“, nur „ergänzen“; der Entwurf beabsichtige „keine abschließende Regelung der Existenzvernichtungshaftung und greif[e] demgemäß der weiteren Rechtsfortbildung nicht vor“.²⁹ Angesichts dieser klaren Ausführungen wird man dem Gesetzgeber, dem die Rechtsprechung des II. Zivilsenats zur Existenzvernichtungshaftung der Gesellschafter jedenfalls bekannt gewesen sein muss, kaum die Intention zur abschließenden Regelung des Pflichtenkreises und der Verantwortlichkeit aller potentiellen Schädiger unterstellen können.³⁰

Maßgeblich für die strafrechtliche Bewertung des „existenzgefährdenden Eingriffs“ durch Gesellschafter bleibt damit – auch angesichts veränderter Zivilrechtsprechung und MoMiG – die grundsätzliche Fragestellung, ob § 266 StGB durch die Annahme einer Untreue zu Lasten der Gesellschaft *contra legem* zu einer Gläubigerschutzvorschrift umgewandelt wird.

Nach absolut herrschender Meinung erstreckt sich die Schutzrichtung des § 266 StGB allein auf das Vermögen, umfasst hingegen nicht das Vertrauen in die Pflichttreue des Handelnden und die Redlichkeit des Wirtschaftsverkehrs als eigenständige Rechtsgüter.³¹ Das Gesellschaftsvermögen ist – wie es für Gesellschaften mit beschränkter Haftung etwa § 13 Abs. 1 GmbHG nahe legt – nach ganz überwiegender Auffassung formal der Gesellschaft selbst zuzuordnen, nicht unmit-

¹⁹ *Radtke/Hoffmann*, GA 2008, 535 (536).

²⁰ Vgl. *Meyer-Gofner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 52. Aufl. 2009, § 262 Rn. 2 ff. m.w.N.

²¹ Vgl. BGH NJW 2004, 2248 (2255).

²² So auch *Wessing/Krawczyk*, NZG 2009, 1176 (1177).

²³ Vgl. BGH NJW 2001, 3622 (3623); *Bauer*, Untreue durch Cash-Pooling im Konzern, 2008, S. 89.

²⁴ Vgl. BGH NJW 2004, 2248 (2253); BGH NJW 2001, 3622 (3623).

²⁵ BGBI. I 2008, S. 2026.

²⁶ *Livonius*, wistra 2009, 91 (94).

²⁷ *Livonius*, wistra 2009, 91 (95).

²⁸ BGH ZIP 2009, 1860 (1862).

²⁹ Vgl. BT-Drs. 16/6140, S. 46.

³⁰ So auch *Wessing/Krawczyk*, NZG 2009, 1176 (1177); ähnlich auch *Bittmann*, NSTZ 2009, 113 (118), der sich bei seinen Ausführungen zum nicht abschließenden Charakter der neuen gesetzlichen Regelung allerdings explizit nur auf die verschiedenen denkbaren – teilweise vom Wortlaut des § 64 S. 3 GmbHG n.F. nicht erfassten – Formen von Untreuehandlungen bezieht, nicht aber auf den Kreis potentieller Täter.

³¹ Vgl. BGH NJW 2000, 154, BGHSt 3, 32 (40); *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 266 Rn. 1; *Schünemann*, in: Laufhütte/Rising-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 7, 11. Aufl. 2005, § 266 Rn. 28; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 56. Aufl. 2009, § 266 Rn. 52e; *Kohlmann*, in: Hachenburg (Hrsg.), GmbHG, Kommentar, Bd. 3, 8. Aufl. 1997, Vor § 82 Rn. 58.

telbar den Gesellschaftern.³² Allerdings ist es unumstritten, dass der Alleingeschafter oder einvernehmlich handelnde Gesellschafter – die als Anteilseigner letztlich „wirtschaftliche Eigentümer“ der Gesellschaft sind³³ – grundsätzlich berechtigt sind, (auch formlos) der (Tochter-)Gesellschaft Vermögenswerte zu entziehen.³⁴ Die Gesellschaft hat gegenüber ihren Gesellschaftern keinen Anspruch auf Gewährleistung ihres Bestandes; die Gesellschafter können die Existenz beenden, sei es im Rahmen einer freiwilligen Liquidation oder eines Insolvenzverfahrens.³⁵ Deshalb sind solche Verfügungen, die in Übereinstimmung mit dem „wirtschaftlichen“ Vermögensinhaber – den Gesellschaftern – erfolgen, grundsätzlich nicht pflichtwidrig im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB.³⁶

Etwas anderes soll nach herrschender Auffassung aber dann gelten, wenn durch den Entzug von Vermögen entweder das Stammkapital angegriffen oder die Existenz der Gesellschaft gefährdet wird.³⁷ So heißt es in der „Bremer Vulkan“-Entscheidung des 5. Strafsenats, auf welche die vorliegende Entscheidung des 2. Strafsenats Bezug nimmt: „Insoweit gibt es einen Bereich, der einer Dispositionsmöglichkeit der Gesellschafter entzogen ist, weil Interessen anderer oder öffentliche Interessen berührt sind“.³⁸ In Erläuterung dieser Interessen spricht der 5. Strafsenat von Rechten und Pflichten der Gesellschaft im Rechtsverkehr. Es sei sicherzustellen, dass die Gesellschaft die Essenzialien einhalte, die für das Funktionieren des Wirtschaftskreislaufs unerlässlich seien, und auf die der Rechtsverkehr vertrauen können müsse.³⁹ Die grundsätzliche Dispositionsfreiheit der Gesellschafter über das Gesellschaftsvermögen sei daher innerhalb wie außerhalb der Liquidation auf den zur Erfüllung der Gesellschaftsverbindlichkeiten nicht benötigten Überschuss beschränkt.⁴⁰

Dem wird allerdings zu Recht entgegengehalten, dass Interessen der Gesellschaftsgläubiger sowie der Allgemeinheit durch den auf den Schutz des betreuten Vermögens gerichteten Untreuetatbestand nicht erfasst werden.⁴¹ Demgegenüber kann auch der Einwand nicht überzeugen, geschützt werde durch § 266 StGB ein *eigenes Bestandsinteresse* der Gesellschaft,⁴² das dafür notwendige Vermögen sei für die Gesellschafter „fremd“, und mithin ihrer Dispositionsbefugnis entzogen.⁴³ Zwar hat der 5. Strafsenat in seiner „Bremer Vulkan“-Entscheidung betont, dieses eigene Interesse der GmbH, ihre Fähigkeit aufrechtzuerhalten, ihren Verbindlichkeiten nachzukommen und ihre Existenz zu erhalten, stehe – als eigenes Vermögensinteresse – selbständig neben den Interessen des Rechtsverkehrs und der Gläubiger.⁴⁴ Auch die Befürworter einer Untreuestrafbarkeit müssen aber einräumen, dass sich keine Aussagen darüber finden, worin der materiale Gehalt dieses eigenständigen, von Gesellschafterinteressen unabhängigen und diesen möglicherweise gar entgegengesetzten Bestandsinteresses der Gesellschaft bestehen soll,⁴⁵ und dass die Verselbständigung des Gesellschaftsvermögens als eigenes Schutzobjekt der Untreue (nur) ein rechtliches Konstrukt zur Wahrung der Gläubigerinteressen ist.⁴⁶ Auch kann das Konzept des BGH nicht überzeugen, das Gesellschaftsvermögen aufzusplitten in ein (für die Gesellschafter „fremdes“) Gläubigergarantie-Kapital und einen der Ausschüttung an die Gläubiger offen stehenden Restteil.⁴⁷ Eigene Vermögensinteressen der Gesellschaft, die unabhängig vom Willen der Gesellschafter auf den Erhalt der Existenzfähigkeit gerichtet sind, sind nicht anzuerkennen.⁴⁸ Das einzuhaltende Pflichtenmaß bestimmt sich nach den Vorgaben des betroffenen Vermögensinhabers im Innenverhältnis zum

³² Vgl. BGHSt 34, 384; *Radtke/Hoffmann*, GA 2008, 535 (536); *Kasiske*, wistra 2005, 81; *Ransiek*, wistra 2005, 121 (122); *Fischer* (Fn. 31), § 266 Rn. 11a m.w.N.

³³ Vgl. *Lenckner/Perron*, (Fn. 31), § 266 Rn. 21b; *Fischer* (Fn. 31), § 266 Rn. 52e; *Dierlamm*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 266 Rn. 136; *Altmeyen*, in: Roth/ders. (Hrsg.), GmbHG, Kommentar, 6. Aufl. 2009, § 43 Rn. 159; *Wessing/Krawczyk*, NZG 2009, 1176 (1177) sprechen insoweit von einer rein „fiktiven Zuordnung“ des Gesellschaftsvermögens im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Sichtweise.

³⁴ BGH NJW 2004, 2248 (2250); *Livonius*, wistra 2009, 91.

³⁵ BGH NJW 2004, 2248 (2250); BGHZ 151, 181 (186); *Krause*, JR 2006, 51 (52) m.w.N.

³⁶ BGH wistra 2003, 344 (346); BGHSt 9, 203 (216); *Fischer* (Fn. 31), § 266 Rn. 49 u. 52; *Dierlamm* (Fn. 33), § 266 Rn. 136.

³⁷ Vgl. BGH ZIP 2009, 1860; BGH NJW 2004, 2248; BGHSt 35, 333 (339); *Bittmann*, GmbHR 2009, 1206 (1207); *Radtke/Hoffmann*, GA 2008, 535 (536); *Eisner*, EWiR 2004, 724 (725); *Schulze-Osterloh/Servatius*, in: Baumbach/Hueck (Hrsg.), GmbHG, Kommentar, 18. Aufl. 2006, Vor § 78 Rn. 2.

³⁸ BGH NJW 2004, 2248 (2252).

³⁹ BGH NJW 2004, 2248 (2252 f.).

⁴⁰ BGH NJW 2004, 2248 (2253).

⁴¹ *Fischer* (Fn. 31), § 266 Rn. 52e; *Lenckner/Perron* (Fn. 31), § 266 Rn. 21b; *Dierlamm* (Fn. 33), § 266 Rn. 136 f.; *Kasiske*, wistra 2005, 81 (86); *Altmeyen* (Fn. 33), § 43 Rn. 159; *Kutzner*, NStZ 2005, 270; *Labsch*, wistra 1985, 1 (7 f.); *Reiß*, wistra 1989, 81 (84).

⁴² *Radtke*, GmbHR 1998, 361 (362); *Tiedemann*, in: Scholz (Hrsg.), GmbHG, Kommentar, Bd. 2, 9. Aufl. 2002, Vor §§ 82 ff. Rn. 15; *Ransiek*, wistra 2005, 121 (122).

⁴³ BGH ZIP 2009, 1860 (1861); *Schaal*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, Kommentar, 4. Aufl. 2004; *Radtke/Hoffmann*, GA 2008, 535 (551) m.w.N.; *Kohlmann* (Fn. 31), Vor § 82 Rn. 63, 90.

⁴⁴ BGH NJW 2004, 2248 (2253), unter Bezugnahme auf BGH NJW 2001, 3622.

⁴⁵ *Radtke*, GmbHR 1998, 361 (362); ähnlich auch *Ransiek*, wistra 2005, 121 (122).

⁴⁶ *Ransiek*, wistra 2005, 121 (122); *ders.* in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, Kommentar, Bd. 3, 2008, Vor § 82 Rn. 23 m.w.N.

⁴⁷ So auch *Seier*, in: Achenbach/Ransiek (Hrsg.), Handbuch des Wirtschaftsstrafrechts, 2. Aufl. 2008, Kap. V 2 Rn. 291; *Fischer* (Fn. 31), § 266 Rn. 52e.

⁴⁸ *Kaufmann*, Organuntreue zum Nachteil von Kapitalgesellschaften, 1999, S. 123.

vermögensbetreuungspflichtigen potentiellen Untreuetäter.⁴⁹ Weist man bei juristischen Personen des Privatrechts der Gesellschaft als solcher (formal) die Vermögenshaberschaft zu, so liegt mangels eigener Handlungsfähigkeit die Befugnis, die Verhaltensvorgaben gegenüber dem Vermögensbetreuungspflichtigen treffen, (allein) bei den Gesellschaftern.⁵⁰ Sie handeln nicht „für“ den Vermögensinhaber, sondern „als“ Vermögensinhaber.⁵¹ Mithin ist die Gesamtheit der Anteilseigner Inhaber des Gesellschaftsvermögens im Sinne des § 266 StGB.⁵² Nicht zuletzt die Liquidationsbefugnis illustriert diese grundsätzliche Zuordnung der Gesellschaft zum Vermögen der Gesellschafter.⁵³ Der BGH(Z) selbst stellt bei der Determinierung des Kreises der Haftenden nicht auf die formaljuristische Konstruktion ab, sondern auf die tatsächliche Einflussmöglichkeit (der Gesellschafter).⁵⁴ Jedenfalls im Strafrecht muss eine solche „materielle“ Betrachtung auch bei der Bestimmung des Vermögensinhabers vorgenommen werden.

Der von der Rechtsprechung in den Vordergrund gerückte Gesichtspunkt der „eigenen Rechtspersönlichkeit“ und daraus erwachsender „eigener Vermögensinteressen“ der Gesellschaft wird der für die strafrechtliche Beurteilung nach § 266 StGB maßgeblichen materiellen Interessenlage nicht gerecht.⁵⁵ Seinen Ursprung findet der Ansatz des BGH im früheren Tatbestand des § 81a GmbHG a.F., welcher im Jahre 1970 aufgehoben wurde.⁵⁶ Dieser trug die – nicht amtliche – Überschrift „Untreue gegenüber der GmbH“.⁵⁷ Letztlich basieren auch die aktuellen Entscheidungen des BGH noch auf der Rechtsprechung zu dieser Norm. So nimmt beispielsweise die vorliegende Entscheidung Bezug auf die „Bremer-Vulkan“-Entscheidung aus dem Jahre 2004,⁵⁸ diese wiederum basiert maßgeblich auf einem Urteil des 3. Strafsenats aus dem Jahr 1988,⁵⁹ welches seinerseits umfassend auf die Rechtsprechung zu § 81a GmbHG a.F. verweist.⁶⁰ Nach dem Wortlaut des § 81 a GmbHG a.F. gehörten die Gesellschafter selbst nicht zum Täterkreis, und teilweise wurde in der Vorschrift ein Schutzgesetz auch zu Gunsten der Gesellschafter gesehen.⁶¹ Gleichwohl erscheint es gerade angesichts der vorgenannten Überschrift zumindest nachvollziehbar, dass

der Gesellschaft „eigene“, durch das Sondergesetz⁶² geschützte Interessen zugesprochen wurden.⁶³ Ob letztlich auch Gläubigerinteressen geschützt wurden war allerdings schon zu Zeiten dieses speziellen GmbH-rechtlichen Sondertatbestandes umstritten.⁶⁴ Eigene „materielle“ Vermögensinteressen der Gesellschaft im Sinne des § 266 StGB existieren aber jedenfalls nicht. Das Schutzgut des § 81a GmbHG kann damit – soweit es denn überhaupt je vom Gesellschafterwillen unabhängige Bestands- und Gläubigerschutzinteressen umfasst haben sollte – keineswegs nunmehr dem Untreuetatbestand des § 266 StGB zugeordnet werden,⁶⁵ auch wenn der Gesetzgeber im Zeitpunkt der Abschaffung des § 81a GmbHG a.F. offenbar davon ausging.⁶⁶ Dem steht jedenfalls das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG entgegen,⁶⁷ denn § 266 StGB ist für den Adressaten als reines Vermögensdelikt erkennbar. Der Umstand, dass man sich im Jahre 1933 dazu veranlasst sah, neben dem Vermögensdelikt der „normalen“ Untreue einen weiteren Sonderstrafatbestand einzuführen, illustriert in aller Deutlichkeit, dass der spezielle Schutzzweck der „GmbH-rechtlichen Untreue“ gerade nicht von § 266 StGB abgedeckt wurde.

Auch der Hinweis, es bedürfe der Harmonisierung der gesellschaftsrechtlichen Vorgaben einerseits und der strafrechtlichen Bewertung von gesellschaftsschädigenden Verhaltensweisen andererseits,⁶⁸ geht erkennbar fehl. Denn GmbH-rechtlicher Wesensschutz ist Gläubigerschutz,⁶⁹ der Untreuetatbestand dient hingegen allein dem Schutz des Vermögenseigners. Löst ein Verstoß gegen gesellschaftsrechtliche Vorschriften keine Untreuestrafbarkeit aus, so fehlt es mithin aufgrund der unterschiedlichen Schutzrichtungen an einem Widerspruch, welcher zwingend der Auflösung bedürfte. Soweit daher vorgebracht wird, man könne nicht die GmbH als rechtlich eigenständige Vermögensträgerin anerkennen, deren Vermögen nicht mit dem der Gesellschafter identisch ist, um die rechtlich getrennten Vermögen dann sogleich über eine wirtschaftliche Betrachtungsweise wieder einheitlich zu behandeln,⁷⁰ so trägt diese Argumentation den unterschiedlichen Schutzrichtungen des GmbH-Rechts einerseits und des Untreuetatbestandes andererseits nicht hinreichend Rechnung. Denn die Regelungen des Gesellschaftsrechts gehen über die Funktion des Schutzes des Vermögens der Gesellschaft bzw. ihrer Anteilseigner weit hinaus, sie dienen der Redlichkeit des Rechtsverkehrs, dem Schutz der Gläubigerin-

⁴⁹ Radtke/Hoffmann, GA 2008, 535 (537).

⁵⁰ Altmeyden (Fn. 33), § 43 Rn. 159; Radtke/Hoffmann, GA 2008, 535 (538).

⁵¹ Nelles, Untreue zum Nachteil von Gesellschaften, 1991, S. 546.

⁵² Lenckner/Perron (Fn. 31), § 266 Rn. 21b; Seier (Fn. 47), Kap. V 2 Rn. 282; Nelles (Fn. 51), S. 546.

⁵³ Vgl. Reiß, wistra 1989, 81 (84 f.).

⁵⁴ Vgl. BGH NJW 2007, 2689 (2693, Rn. 44).

⁵⁵ Vgl. Fischer (Fn. 31), § 266 Rn. 52e; Lenckner/Perron, (Fn. 31), § 266 Rn. 21b; Kaufmann (Fn. 48), S. 14 ff.

⁵⁶ Vgl. den Überblick bei Kohlmann (Fn. 31), Vor § 82 Rn. 54 ff.

⁵⁷ Siehe Vogel, GmbHG, Kommentar, 2. Aufl. 1956, § 81a Anm. 1.

⁵⁸ Vgl. ZIP 2009, 1860 (1862).

⁵⁹ Vgl. BGH NJW 2004, 2248 (2253).

⁶⁰ Vgl. BGH NJW 1989, 112 f.

⁶¹ Vgl. Vogel (Fn. 57), § 81a Anm. 1.

⁶² So RG(St) DR 1940, 29.

⁶³ Ähnlich auch Labsch, wistra 1985, 1 (7).

⁶⁴ Vgl. Kutzner, NStZ 2005, 271 m.w.N.; Vogel (Fn. 57), § 81a Anm. 1.

⁶⁵ So auch Labsch, wistra 1985, 1 (8); Lenckner/Perron, (Fn. 31), § 266 Rn. 21b;

⁶⁶ Vgl. Erster schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, BT-Drs. V/4094, S. 56.

⁶⁷ Vgl. allgemein zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Bestimmtheit eines Straftatbestandes BVerfG wistra 2009, 290.

⁶⁸ Radtke, GmbHR 1998, 311 f.

⁶⁹ Kutzner, NStZ 2005, 271.

⁷⁰ Ransiek (Fn. 46), Vor § 82 Rn. 23.

teressen etc. Auch wenn das Untreuestrafrecht die Tathandlung allein unter Rückgriff auf Wertungen des Gesellschaftsrechts ausfüllen kann, so ergibt sich daraus keinesfalls der Umkehrschluss, dass jeder Verstoß gegen die Wertungen des Gesellschaftsrechts auch eine Pflichtverletzung im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB darstellt. Der II. Zivilsenat hat klargestellt, dass § 30 GmbHG kein absolutes Verbot der Auszahlung an Gesellschafter statuiert – mithin schuldrechtliches und dingliches Geschäft nicht nach § 134 BGB nichtig sind – sondern lediglich die (zivilrechtliche) Rückzahlungspflicht des § 31 GmbHG auslöst.⁷¹ Auch der Einwand, mit der Rechtsform der GmbH seien erhebliche Haftungsvorteile verbunden, im Gegenzug sei eine strafrechtliche Absicherung der Gläubigerinteressen geboten,⁷² kann – soweit man die §§ 283 ff. StGB für nicht ausreichend erachtet – allenfalls als Appell an den Gesetzgeber gerichtet werden, nicht aber eine den Schutzzweck des Untreuetatbestands erweiternde Auslegung unter Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG rechtfertigen.

Auch Befürworter der Rechtsprechung des BGH müssen einräumen, dass bei Schädigungshandlungen im nahen zeitlichen Vorfeld der Insolvenz oder als deren Ursache die Anwendbarkeit der Untreue in Verdacht steht, auf dem „Umweg“ über den vermeintlichen Schutz des Gesellschaftsvermögens den Schutz von Gläubigerinteressen zu betreiben.⁷³ Tatsächlich wird der Untreuetatbestand durch die Rechtsprechung seinem Schutzzweck zuwider in den Dienst der Gläubigerinteressen gestellt,⁷⁴ deren strafrechtlicher Schutz von der gesetzlichen Konzeption her allein den Insolvenzdelikten (§§ 283 ff. StGB) vorbehalten ist.⁷⁵ Aufgrund der von der Rechtsprechung entwickelten sog. Interessentheorie⁷⁶ verblieb für die Insolvenzdelikte allerdings bisher nur ein sehr geringer Anwendungsbereich, wenn es sich bei der Schuldnerin um eine Handelsgesellschaft handelt.⁷⁷ Dies dürfte ein nicht unerheblicher Beweggrund für die sehr extensive Auslegung des Untreuetatbestands im Falle des „existenzgefährdenden Eingriffs“ (gewesen) sein. Der 3. Strafsenat hat nunmehr

angekündigt, er neige dazu, von der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs abzuweichen, und für die Zurechnung der Schuldneigenschaft maßgeblich daran anzuknüpfen, ob der Betreffende im Sinne des § 14 StGB im Geschäftskreis der vertretenen Gesellschaft tätig geworden ist.⁷⁸ Folglich komme in Konstellationen des existenzvernichtenden Eingriffs häufiger als bisher Tateinheit zwischen Bankrott und Untreue in Betracht.⁷⁹ Dieses Ergebnis sei gerechtfertigt, da durch dieselbe Handlung unterschiedliche Rechtsgüter – der Schutz der Gläubiger einerseits und das Vermögen der Gesellschaft andererseits – beeinträchtigt seien.⁸⁰ De facto ist aber auch die Rechtsprechung zur Untreue – wie zuvor ausgeführt – allein auf den Schutz der Gläubiger der Gesellschaft ausgerichtet, ein *darüber hinausgehendes*, (vermögens-)strafrechtlich anzuerkennendes Eigeninteresse der Gesellschaft besteht gerade nicht. Eine Untreuestrafbarkeit ist daher nicht nur aus Gründen der (fehlenden) Bestimmtheit und der Überdehnung des Schutzzwecks der Norm abzulehnen, ihr stehen angesichts der vorgenannten Ankündigung des 3. Strafsenats auch unter dem Gesichtspunkt der Gefahr einer unzulässigen doppelten Verwertung des „existenzbedrohenden Eingriffs“ erhebliche Bedenken entgegen.

IV. Der vorliegenden Entscheidung des Bundesgerichtshofs kann daher im Ergebnis nicht zugestimmt werden. Grund für die formale Trennung der Vermögensmassen im Gesellschaftsrecht ist das Interesse der Gläubiger am Erhalt der Gesellschaft.⁸¹ Der Schutz dieser Gläubigerinteressen ist aber auch nach der Rechtsprechung durch § 266 StGB gerade nicht intendiert.⁸² Daher ist im Strafrecht eine materielle Betrachtung der betroffenen Vermögensinteressen vorzunehmen, ohne dass dadurch der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung verletzt wäre. Nicht jeder Verstoß gegen zivil- oder gesellschaftsrechtliche Ge- und Verbote ist mit Strafe bedroht, vielmehr muss die strafrechtliche Sanktionierung als ultima ratio vom Gesetzgeber erkennbar gesondert bestimmt werden. Diesen Anforderungen mag § 81a GmbHG a.F. gerecht geworden sein. Der Vorschrift des § 266 StGB, ausgerichtet auf einen Schutz des Vermögens gegen Schädigungen „von innen heraus“, ist dagegen eine Untreuestrafbarkeit des „existenzgefährdenden“ Eingriffs der Anteilseigner in die eigene Gesellschaft schlicht nicht zu entnehmen. Die strafrechtlichen Grenzen der Verfügungsbefugnis der Gesellschafter werden mithin allein durch die Insolvenzdelikte (§§ 283 ff. StGB) bestimmt.

Rechtsanwalt Ulrich Leimenstoll, Köln

⁷¹ Vgl. BGH NJW 1997, 2599 (2600 f.).

⁷² Kohlmann (Fn. 31), Vor § 82 Rn. 60.

⁷³ Radtke/Hoffmann, GA 2008, 535 (536); ähnlich Krause, JR 2006, 51 (54).

⁷⁴ Vgl. Fischer (Fn. 31), § 266 Rn. 52e; Lenckner/Perron (Fn. 31), § 266 Rn. 21b; Arloth, NSZ 1990, 570; Seier (Fn. 47), Kap. V 2 Rn. 292, spricht gar von einer „Perversion“ des Untreuetatbestandes.

⁷⁵ Altmeyen (Fn. 33), § 43 Rn. 159; Seier (Fn. 47), Kap. V 2 Rn. 292.

⁷⁶ Danach ist eine Zurechnung der Schuldneigenschaft nach § 14 StGB nicht möglich, wenn der Entzug von Vermögen – wie regelmäßig – den (Eigen-)Interessen der Gesellschaft zuwiderläuft, der Betreffende daher subjektiv gerade nicht die Interessen der Gesellschaft wahrnehmen möchte, vgl. die Erläuterungen bei BGH wistra 2009, 275 (277) m.w.N.

⁷⁷ Vgl. BGH wistra 2009, 275 (277); Radtke, in: Joecks/Miebach (Fn. 33), Vor § 283 Rn. 55; Seier (Fn. 47), Kap. V 2 Rn. 292; Labsch, wistra 1985, 1 (6) m.w.N.

⁷⁸ BGH wistra 2009, 275 (277).

⁷⁹ BGH wistra 2009, 275 (277).

⁸⁰ BGH wistra 2009, 275 (278).

⁸¹ Vgl. Ransiek, wistra 2005, 121 (122).

⁸² Vgl. BGH NJW 2000, 154: „Der Untreuetatbestand dient nach seiner Zielrichtung nicht dem Gläubigerschutz [...]“.