Untreue im GmbH- Konzern

Eine Untersuchung zur Anwendung des Untreuetatbestandes auf die konzernierte Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
des Fachbereiches Rechtswissenschaften
der Universität Osnabrück

vorgelegt

von

Rechtsanwalt
Matthias Lamann, LL.M.

aus

Nordhorn

Osnabrück, 2006

Berichterstatter:

Prof. Dr. Andreas Ransiek

Mitberichterstatter:

Prof. Dr. Hans Achenbach

Tag der mündlichen Prüfung:

27.06.2006

Für meine Ehefrau Simona,
meinen Sohn Malte

und

meine Eltern

Literaturverzeichnis

Achenbach, Hans
In: 50 Jahre Bundesgerichtshof
Festgabe der Wissenschaft
Herausgegeben von: Canaris, Claus- Wilhelm
Heldrich, Andreas u.a.
Band IV: Strafrecht, Strafprozessrecht
Schwerpunkte der BGH- Rechtsprechung zum Wirtschaftsstrafrecht
S.593ff
München 2000

Achenbach, Hans/ Wannemacher, Wolfgang J.
Beraterhandbuch zum Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht
Bearbeitet von: Seier, Jürgen u.a.
2. Ergänzungslieferung Januar 1999
Herne/ Berlin 1999

Altmeppen, Holger
Grundlegend Neues zum „qualifiziert faktischen“ Konzern und zum Gläubigerschutz in der Einmann- GmbH
Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH vom 17.09.2001- II ZR 178/ 99 „Bremer Vulkan“, ZIP 2001, 1874
ZIP 2001 S.1837ff

ders.
Gesellschafterhaftung und „ Konzernhaftung“ bei der GmbH
NJW 2002 S.321ff

ders.
Zum richtigen Verständnis der neuen §§ 293a- 293g AktG zu Bericht und Prüfung beim Unternehmensvertrag
ZIP 1998 S.1853ff

Arloth, Frank
Zur Abgrenzung von Bankrott und Untreue in der GmbH
NStZ 1990 S.570ff

Arzt, Günther
In: Festschrift für Hans- Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag
Herausgegeben von Wolfgang Frisch und Werner Schmid
Zur Untreue durch befugtes Handeln
S.365ff
Köln, Berlin, Bonn, München 1978

ders.
Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt
JA 1980 S.713ff

Assmann, Heinz- Dieter
In: Festschrift 100 Jahre GmbHG
Herausgegeben von: Lutter, Marcus
Ulmer, Peter
Zöllner, Wolfgang
Der faktische GmbH- Konzern
S.657ff
Köln 1992

ders. Gläubigerschutz im faktischen GmbH- Konzern durch richterliche Rechtsfortbildung (Teil 2)
JZ 1986 S.929ff

Baumbach, Adolf
Hueck, Alfred Kommentar zum GmbHG
Bearbeitet von: Zöllner, Wolfgang
Hueck, Adolf
Schulze- Osterloh, Joachim
Fastrich, Lorenz
17. Auflage
München 2000

Biletzki, Gregor Strafrechtlicher Gläubigerschutz bei fehlerhafter Buchführung durch den GmbH- Geschäftsführer
NStZ 1999 S.537ff

Binding, Karl Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts
Besonderer Teil Band I
2. Auflage
Leipzig 1902

Birkholz, Matthias Untreuestrafbarkeit als strafrechtlicher "Preis" der beschränkten Haftung
Berlin 1998

Bitter, Georg Der Anfang vom Ende des „qualifiziert faktischen GmbH- Konzerns"
- Ansätze einer allgemeinen Missbrauchshaftung in der Rechtsprechung des BGH-
WM 2001 S.2133ff

Bittmann, Folker Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung nach der Insolvenzordnung
Teil 1
wistra 1998 S.321ff
Teil 2
wistra 1999 S.10ff

Bittmann, Folker/
Terstegen, Ralf Auswirkungen der Rechtsprechung der Zivilgerichte zur Haftung im qualifizierten faktischen GmbH- Konzern auf das Strafrecht
wistra 1995 S.249ff

Bittmann, Folker
Richter, Susann Zum Geschädigten bei der GmbH- und der KG- Untreue
wistra 2005 S.51ff

Bloy, Rene Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung
GA 1996 S.424ff

Brammsen, Joerg Strafbare Untreue des Geschäftsführers bei einverständlicher Schmälerung des GmbH- Vermögens?
DB 1989 S.1609ff

Burgard, Ulrich Die Förder- und Treupflicht des Alleingesellschafters einer GmbH Überlegungen zu einer gläubigerschützenden Corporate Governance bei der GmbH
ZIP 2002 S.827ff

Dirk Busch Konzernuntreue
Eine Untersuchung spezifischer Untreuestrafbarkeit innerhalb von Konzernverbindungen mit Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung.
Frankfurt am Main/ Berlin u.a. 2004

Cramer, Peter Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht
Berlin/ Zürich 1962

Derksen, Roland Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft
ZStW 1993 S.162ff

Dierlamm, Alfred Der faktische Geschäftsführer im Strafrecht- ein Phantom?
NStZ 1996 S.153ff

Dreher, Meinrad Interessenkonflikte bei Aufsichtsratsmitgliedern von Aktiengesellschaften
JZ 1990 S.896ff

Drüke, Heiner Die Haftung der Muttergesellschaft für Schulden der Tochtergesellschaft
1. Auflage
Köln/ Berlin/ Bonn u.a. 1990

Ebenroth,/ Thomas
Müller, Andreas Kündigung, Heilung und Mitwirkungspflichten bei fehlerhaften Organschaftsverträgen im GmbH- Konzernrecht
BB 1991 S.358ff

Ehricke, Ulrich Zur Begründbarkeit der Durchgriffshaftung in der GmbH insbesondere aus methodischer Sicht
AcP 1999 S.258ff

Eisenhardt, Ulrich In: Festschrift für Gerd Pfeiffer zum Abschied aus dem Amt als Präsident des Bundesgerichtshofes
Zum Weisungsrecht der Gesellschafter in der nicht mitbestimmten GmbH
S.839ff
Herausgegeben von: Freiherr v. Gamm, Otto Friedrich
Raisch, Peter
Tiedemann, Klaus
Köln/ Berlin/ Bonn/ München 1988

Emmerich, Volker Supermarkt und die Folgen
JuS 1992 S.102ff

ders.	Nachlese zum Autokran- Urteil des Bundesgerichtshofs zum GmbH-Konzernrecht GmbHR 1987 S.213ff
Emmerich, Volker/ Habersack, Mathias	Aktien- und GmbH- Konzernrecht 2. Auflage München 2001
Emmerich, Volker Sonnenschein, Jürgen Habersack, Mathias	Konzernrecht 7. Auflage München 2001
Ensthaler, Jürgen Kreher, Markus	Verlustausgleichspflicht im qualifizierten faktischen GmbH- Konzern BB 1995 S.1422ff
Ewald, Karl	Untreue zwischen verbundenen Unternehmen Bochum 1980
Fleck, Hans- Joachim	Missbrauch der Vertretungsmacht oder Treubruch des mit Einverständnis aller Gesellschafter handelnden GmbH- Geschäftsführers aus zivilrechtlicher Sicht ZGR 1990 S.31ff
ders.	Zur Haftung des GmbH- Geschäftsführers GmbHR 1974 S.224ff
ders.	Die Drittanstellung des GmbH- Geschäftsführers ZHR 149 S.387ff
ders	Zur Abberufung des GmbH- Geschäftsführers GmbHR 1970 S.221ff
Fleischer, Holger	Konzernuntreue zwischen Straf- und Gesellschaftsrecht NJW 2004 S.2867ff
Flum, Michael	Der strafrechtliche Schutz der GmbH gegen Schädigungen mit Zustimmung der Gesellschafter Konstanz 1990
Franzheim, Horst	Zur Strafbarkeit des Komplicen- und Dirnenlohnbetruges Ein Beitrag zum Begriff des Vermögensschadens GA 1960 S.269ff
Gehrlein, Markus	Einverständliche verdeckte Gewinnentnahmen der Gesellschafter als Untreue (§ 266 StGB) zu Lasten der GmbH NJW 2000 S.1089f

Geilen, Gerd Aktienstrafrecht
Köln/ Berlin/ Bonn u.a. 1984

Geitzhaus, Georg Verlustausgleichspflicht als Motor der Konzernplanung
GmbHR 1989 S.397ff

Goette, Wulf Haftungsvoraussetzungen in qualifiziert faktischen Konzern
DStR 1993 S.568ff

ders. Anmerkung zu BGH, Beschluss v. 20.03.2000, II ZR 322/ 98
DStR 2000 S.1065ff

Görner, Andre
Kling, Michael Die Ausfallhaftung des GmbH- Gesellschafters (II)
Ausgewählte Fragen zum Anwendungsbereich im Rahmen der Kapitalaufbringung und Erhaltung
GmbHR 2004 S.778ff

Gribbohm, Günter Untreue zum Nachteil der GmbH
Zur Harmonisierung zivil- und strafrechtlicher Pflichten des GmbH-Geschäftsführers und –gesellschafters
ZGR 1990 S.1ff

Großkommentar zum AktG Begründet von: Gadow, W.
Heinichen, E.
Herausgegeben von: Hopt, Klaus J.
Wiedemann, Herbert
10. Lieferung: §§ 15- 22 AktG
Bearbeitet von: Windbilcher, Christine
4. Auflage
Berlin/ New York 1999

Grunewald, Barbara Gesellschaftsrecht
4. Auflage
Tübingen 2000

Güntge, Georg- Friedrich Untreueverhalten durch Unterlassen
wistra 1996 S.84ff

Hachenburg Großkommentar zum GmbHG
Herausgegeben von: Ulmer/ Peter
Bearbeitet von: Kohlmann, Günter
Mertens, Hans- Joachim
Raiser, Thomas u.a.

1. Band: Allgemeine Einleitung; §§ 1- 34
8. Auflage
Berlin/ New York 1992

2. Band: §§ 35- 52
8. Auflage
Berlin/ New York 1997

3. Band: §§ 53- 85; Register
8. Auflage
Berlin/ New York 1997

Hardwig, Werner Beiträge zur Lehre vom Betruge
GA 1956 S.6ff

Hartung, Wolfgang Kapitalersetzende Darlehen- eine Chance für Wirtschaftskriminelle?
NJW 1996 S.229ff

Hefendehl, Roland Vermögensgefährdung und Expektanzen
Das vom Zivilrecht konstituierte und vom Bilanzrecht konkretisierte Herrschaftsprinzip als Grundlage des strafrechtlichen Vermögensbegriffs
Berlin 1994

Hellmann, Uwe Verdeckte Gewinnausschüttungen und Untreue des GmbH-Geschäftsführers
wistra 1989 S.214ff

Henze, Hartwin Entwicklung der Rechtsprechung des BGH im GmbH- Recht- Freud und Leid der Kommentatoren
GmbHR 2000 S.1069ff

Herzberg, Rolf Dietrich Garantenpflichten aufgrund gerechtfertigten Vorverhaltens
- BGH NJW 1970, 2252-
JuS 1971 S.74ff

ders. Täterschaft und Teilnahme
Eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen
München 1977

Hommelhoff, Peter Konzernpraxis nach „Video“
- Zugleich eine Erwiderung auf eine Urteilsschelte-
DB 1992 S.309ff

ders. In: Festschrift für Reinhard Goerdeler
Bilanz- und Konzernrecht
Herausgegeben von: Havermann, Hans
Der Verlustausgleich im Mehrmütter- Vertragskonzern
S.221ff
Düsseldorf 1987

Hüffer, Uwe Kommentar zum Aktiengesetz
5. Auflage
München 2002

Jakobs, Günther Strafrecht Allgemeiner Teil
Die Grundlagen und die Zurechnung
2. Auflage
Berlin/ New York 1991

Jescheck, Hans- Heinrich/ Weigend, Thomas Lehrbuch des Strafrechts
Allgemeiner Teil
5. Auflage
Berlin 1996

Kasiske, Peter Existenzgefährdende Eingriffe in das GmbH- Vermögen mit Zustimmung der Gesellschafter als Untreue
wistra 2005, S.81ff

Kaufmann, Jochen Organuntreue zum Nachteil von Kapitalgesellschaften
Frankfurt a.M. 1999

Kleindiek, Detlef Fehlerhafte Unternehmensverträge im GmbH-Recht
ZIP 1988 S.613ff

ders. Haftung, freie Beweiswürdigung und Beweiserleichterung im qualifizierten faktischen Konzern- Zugleich eine Bilanz der Heidelberger Konzernrechtstage
GmbHR 1992 S.574ff

Kohlmann, Günter Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des GmbH Geschäftsführers
Heidelberg 1990

ders. In: Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag am 17. Oktober 1984
- Handelsrecht und Wirtschaftsrecht in der Bankpraxis-
Herausgegeben von: Hadding, Walther
Immenga, Ulrich
Mertens, Hans- Joachim
Pleyer, Klemens
Schneider, Uwe H.
Untreue zum Nachteil des Vermögens einer GmbH trotz Zustimmung aller Gesellschafter?
S.387ff
Berlin/ New York 1984

Kölner Kommentar Kommentar zum AktG
Herausgegeben von: Zöllner, Wolfgang
Bearbeitet von: Biedenkopf, Kurt H.
Koppensteiner, Hans- Georg u.a.
Band 1/ 1. Lieferung (§§ 1- 147 AktG)
1. Auflage
Köln/ Berlin/ Bonn/ München 1970

Konzen, Horst Geschäftsführung, Weisungsrecht und Verantwortlichkeit in der GmbH und GmbH & CO KG
NJW 1989 S.2977ff

Kort, Michael Rechtsfortbildung im GmbH- Konzernrecht
Rückblick auf den „Supermarkt"- Beschluss des BGH und dessen Umfeld
ZIP 1989 S.1309ff

ders. Der „private" Großaktionär als Unternehmer?
DB 1986 S.1909ff

Krieger, Gerd Kann die Praxis mit TBB leben?
ZGR 1994 S.375ff

Kropff, Bruno In: Festschrift für Johannes Semmler
Unternehmen und Unternehmensführung im Recht
Herausgegeben von: Bierich, Marcus
Hommelhoff, Peter
Kropff, Bruno
Benachteiligungsverbot und Nachteilsausgleich im faktischen Konzern
S.517 ff
Berlin/ New York 1993

ders. Das TBB- Urteil im Aktienkonzernrecht
AG 1993, S.485ff

Küper, Wilfried Strafrecht Besonderer Teil
Definitionen mit Erläuterungen
3. Auflage
Heidelberg 1999

Labsch, Heinz Untreue (§ 266 StGB)
Grenzen und Möglichkeiten einer neuen Deutung
Lübeck 1983

ders. Einverständliche Schädigung des Gesellschaftsvermögens und Strafbarkeit des GmbH- Geschäftsführers- BGH NStZ 1984 S.118
JuS 1985 S.602ff

ders. Die Strafbarkeit des GmbH- Geschäftsführers im Konkurs der GmbH
wistra 1985 S.1ff

ders. Grundprobleme des Missbrauchstatbestandes der Untreue
Jura 1987 S.343ff

ders. Der Kreditkartenmissbrauch und das Untreuestrafrecht
NJW 1986 S.104ff

Lackner, Karl/
Kühl, Kristian
Kommentar zum Strafgesetzbuch
22. Auflage
München 1997

Lampe, Ernst- Joachim
Unternehmensaushöhlung als Straftat
GA 1987, S.241ff

Leipziger Kommentar
Kommentar zum Strafgesetzbuch
Herausgegeben von: Jähnke, Burkhard
Laufhütte, Heinrich- Wihelm
Odersky, Walter

8. Lieferung (§§ 25- 27)
Bearbeitet von: Roxin, Claus
Berlin/ New York 1993

27. Lieferung (§§ 265a, 265b, 266, 266a, 266b StGB)
Bearbeitet von: Bubnoff, Eckhart v.
Gribbohm, Günter
Schünemann, Bernd
Tiedemann, Klaus
11. Auflage
Berlin/ New York 1998

Lesch, Heiko
Gemeinsamer Tatentschluss als Voraussetzung der Mittäterschaft ?
JA 2000 S.73ff

Limmer, Peter
Die Haftungsverfassung des faktischen GmbH- Konzerns
1. Auflage
Köln 1992

Lutter, Marcus
In: Entwicklungen im GmbH- Konzernrecht
2. Deutsch- Österreichisches Symposium zum Gesellschaftsrecht vom 21.und 22. Februar 1986 in Landshut
6. ZGR- Sonderheft
Herausgegeben von: Doralt, Peter
Hommelhoff, Peter
Roth, Günter H.
Semler, Johannes
Das System des deutschen GmbH- Konzernrechts
S.192ff
Berlin/ New York/ 1986

ders.
Die Haftung des herrschenden Unternehmens im GmbH- Konzern
Überlegungen zur „Autokran“- Entscheidung des BGH vom 16.9.1985
ZIP 1985 S.1425ff

Lutter, Marcus/
Hommelhoff, Peter
Kommentar zum GmbHG
15. Auflage
Köln 2000

Lutter, Marcus/
Timm, Wolfram
Zum Veba/ Gelsenberg- Urteil des BGH
BB 1978 S.836ff

Nomos Kommentar
Kommentar zum Strafgesetzbuch
Gesamtredaktion: Neumann, Ulfried
Puppe, Ingeborg
Schild, Wolfgang
Band IV, Besonderer Teil (§§ 249- 358)
Bearbeitet von: Kuhlen, Lothar
Paeffgen, Hans- Ullrich
Puppe, Ingeborg
Ransiek, Andreas
Seelmann, Kurt u.a.
Stand: 10. Lieferung September 2001
Frankfurt/ Bonn/ Bielefeld 2001

Maurach, Reinhart
Zipf, Heinz
Strafrecht Allgemeiner Teil
Teilband 1: Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat
8. Auflage
Heidelberg 1992

Maurach, Reinhart/
Schroeder, Friedrich-Christian/
Maiwald, Manfred
Strafrecht Besonderer Teil
Teilband 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte
9. Auflage
Heidelberg 2003

Maurer, Frank
Untreue bei der juristischen Person unter besonderer Berücksichtigung des Eigenkapital(ersatz)rechts
GmbHR 2004 S.1549ff

Meister, Burkhardt W.
Die Sicherheitsleistung der GmbH für Gesellschafterverbindlichkeiten
WM 1980 S.390ff

Michalski, Lutz/
Zeidler, Finn-
Die Ausgleichshaftung im qualifizierten faktischen Konzern
Eine Analyse für die Praxis –
NJW 1996 S.224ff

Mosiek, Marcus
Risikosteuerung im Unternehmen und Untreue
- Zur Untreuestrafbarkeit Unternehmensverantwortlicher in Aktiegesellschaft und GmbH bei Verstößen gegen gesetzliche Risikosteuerungspflichten-
wistra 2003 S.370ff

Muhler, Manfred
Darlehen von GmbH- Gesellschaftern im Strafrecht
wistra 1994 S.283ff

Mülbert, Peter
Unternehmensbegriff und Konzernorganisationsrecht
- Bemerkungen zum BGH- Beschluss vom 17.3.1997- II ZR 3/ 96 (VW/ Niedersachsen)
ZHR 163 S.1ff

Müller- Christmann, Bernd/ Schnauder, Franz
Durchblick: Zum strafrechtlichen Schutz des Gesellschaftsvermögens
JuS 1998 S.1080ff

Müller- Gugenberger, Christian/ Bieneck, Klaus
Handbuch des Wirtschaftsstraf- und -ordnungswidrgkeitenrechts
Bearbeitet von: Pfohl, Michael
Schmid, Wolfgang u.a.
3. Auflage
Münster/ Köln 2000

Münchener Kommentar
Kommentar zum Aktiengesetz
Band 1: §§ 1- 53
Herausgegeben von: Kropff, Bruno
Semler, Johannes
Bearbeitet von: Bayer, Walter
Doralt, Peter
Heider, Karsten
Pentz, Andreas
Semler, Johannes
2. Auflage des Geßler/ Hefermehl/ Eckhardt/ Kropff
München 2000

Nelles, Ursula
Untreue zum Nachteil von Gesellschaften-
Zugleich ein Beitrag zur Struktur des Vermögensbegriffs als Beziehungsbegriff
Berlin 1991

Otto, Harro
Aktienstrafrecht (Erläuterungen zu den §§ 399- 410 AktG)
Berlin/ New York 1997

ders.
Täterschaft, Mittäterschaft und mittelbare Täterschaft
Jura 1987 S.246ff

Pache, Sven
Spätlese- Die Rechtsentwicklung nach dem „ Supermarkt „- Beschluß des BGH
GmbHR 1995 S.90ff

Palandt, Heinrich
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Bearbeitet von: Bassenge, Peter
Heinrichs, Helmut
Thomas, Heinz u.a.
63. Auflage
München 2004

Poseck, Roman
Die strafrechtliche Haftung der Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft
Baden- Baden 1997

Radtke, Henning Einwilligung und Einverständnis der Gesellschafter bei der sog. GmbH- rechtlichen Untreue
GmbHR 1998 S.311ff, S.361ff

Raiser, Thomas Recht der Kapitalgesellschaften
2. Auflage
München 1992

Ransiek, Andreas Strafrecht im Unternehmen und Konzern
ZGR 1999 S.613ff

ders. In: Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag
Herausgegeben von: Hirsch, Hans Joachim
Wolter, Jürgen
Brauns, Uwe
Untreue im GmbH- Konzern
Köln 2003

ders. Untreue zum Nachteil einer abhängigen GmbH- „Bremer Vulkan“
wistra 2005 S.121ff

Rehbinder, Eckard Treuepflichten im GmbH- Konzern
Besprechung der Entscheidung BGHZ 65, 15
ZGR 1976 S.386ff

Reiß, W. Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Entnahme als strafbare Handlung des Geschäftsführers
wistra 1989 S.81ff

Richter, Hans Der Konkurs der GmbH aus der Sicht der Strafrechtspraxis
GmbHR 1984 S.137ff

Röhricht, Volker In: Festschrift aus Anlass des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof
Herausgegeben von: Geiß, Karlmann
Nehm, Kay
Brandner, Hans Erich
Hagen, Horst
Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz
S.83ff
Köln/ Berlin/ Bonn/ München 2000

ders. Das Wettbewerbsverbot des Gesellschafters und des Geschäftsführers
WPg 1992 S.766ff

Rönnau, Thomas/ Hohn, Kristian Der praktische Fall- Strafrecht: Forscherdrang
JuS 2003 S.998ff

Roth, Günter/ Altmeppen, Holger
Kommentar zum GmbHG
4. Auflage
München 2003

Rowedder, Heinz
Kommentar zum GmbHG
Bearbeitet von: Fuhrmann, Hans
Koppensteiner, Hans- Georg
Rittner, Fritz
3. Auflage
München 1997

ders.
In: Entwicklungen im GmbH- Konzernrecht
2. Deutsch- Österreichisches Symposium zum Gesellschaftsrecht vom 21.und 22. Februar 1986 in Landshut
6. ZGR- Sonderheft
Herausgegeben von: Doralt, Peter
Hommelhoff, Peter
Roth, Günter H.
Semler, Johannes
Bestandsschutz im faktischen GmbH- Konzern
S.20ff

Rudolphi, Hans- Joachim
Anmerkung zu BGH, Urteil v. 3.11.1993
NStZ 1994 S.433ff

Schmidt, Karsten
Gesellschaftsrecht
3. Auflage
Köln/ Berlin/ Bonn u.a. 1997

ders.
Gesellschafterhaftung und „Konzernhaftung“ bei der GmbH
Bemerkungen zum „Bremer Vulkan“ Urteil des BGH vom 17.09.2001
NJW 2001 S.3577ff

ders.
Anmerkung zu BGH, Urteil v.13.12.1993 (II ZR 89/ 93)
NJW 1994 S.447ff

Schnauder, Franz/ Müller- Christmann, Bernd
Durchblick: Der zivilrechtliche Schutz des GmbH- Vermögens vor dem Zugriff der Gesellschafter
JuS 1998 S.980ff

Schneider, Eberhard
Die Untreue nach dem neuen Aktienrecht.
1972

Schneider, Uwe
Konzernbildung, Konzernleitung und Verlustausgleich im Konzernrecht der Personengesellschaften- Zugleich ein Beitrag zur Bedeutung des Gervais-Urteils für die Entwicklung des Konzernrechts-
ZGR 1980 S.511ff

Scholz, Klaus
Kommentar zum GmbH- Gesetz
Bearbeitet von: Priester, Hans-Joachim
Schmidt, Karsten u.a.
Schneider, Uwe H.
Tiedemann, Klaus
Winter, Heinz
Westermann, Harm Peter

1. Band: §§ 1-44, Anhang Konzernrecht
9. Auflage
Köln 2000

2. Band: §§ 45-85
9. Auflage
Köln 2002

Scholz, Klaus
Kommentar zum GmbH- Gesetz
Bearbeitet von: Priester, Hans-Joachim
Schmidt, Karsten u.a.
Schneider, Uwe H.
Tiedemann, Klaus
Winter, Heinz
Westermann, Harm Peter

1. Band: §§ 1-44, Anhang Konzernrecht
8. Auflage
Köln 1993

Schönke, Adolf/ Schröder, Horst
Kommentar zum Strafgesetzbuch
Bearbeitet von: Cramer, Peter
Eser, Albin
Heine, Günter
Lenckner, Theodor
Perron, Walter
Sternberg- Lieben, Detlev
Stree, Walter
26. Auflage
München 2001

Schulte, Theo
Strafbarkeit der Untreue zum Nachteil einer KG
NJW 1984 S.1671ff

Schulze- Osterloh, Joachim
Gläubiger- und Minderheitenschutz in der steuerlichen Betriebsaufspaltung
ZGR 1983 S.123ff

Schwark, Eberhard
Die Haftung des herrschenden Unternehmens im qualifizierten faktischen GmbH- Konzern- BGHZ 95, 330 („Autokran“)
JuS 1987 S.443ff

Seibt, Christoph
Zentrales Cash- Management im GmbH- Konzern.
NJW Spezial (Heft 5) 2004 S.219ff

Sonnenschein, Jürgen/ Holdorf, Britta Unbegrenzte Haftung eines GmbH- Gesellschafters im Konzern
JZ 1992 S.715ff

Sowada, Christoph Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungsdelikt
Jura 1986 S.399ff

Stimpel, Walter Die Rechtsprechung des BGH zur Innenhaftung des herrschenden Unternehmens im GmbH- Konzern
AG 1986 S.117ff

ders. Haftung im qualifizierten faktischen GmbH- Konzern
Besprechung der Entscheidung BGHZ 107,7
ZGR 1991 S.144ff

Stodolkowitz, Heinz Dieter Die Haftung im qualfizierten faktischen GmbH- Konzern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs
ZIP 1992 S.1517ff

Systematischer Kommentar Kommentar zum Strafgesetzbuch
Bearbeitet von: Günther, Hans- Ludwig
Hoyer, Andreas
Horn, Eckhard
Rudolphi, Hans- Joachim u.a.
Band II: Besonderer Teil (§§ 80- 358)
Stand: 36. Lieferung/ April 2001
Neuwied/ Kriftel 2001

Timm, Wolfram Grundfälle zum Konzernrecht
JuS 1999 S.553ff, S.656ff, S.760ff, S.S.867ff, S.966ff

ders. Neuere Entwicklungen im GmbH- (Vertrags)- Konzernrecht
GmbHR 1992 S.211ff

ders. Grundfragen des „qualifizierten“ faktischen Konzerns im Aktienrecht
NJW 1987 S.977ff

Ulmer, Peter Fehlerhafte Unternehmensverträge im GmbH-Recht
Tragweite und Folgen des BGH- Beschlusses vom 24.10.1988
BB 1989 S.10ff

ders. Verlustübernahmepflicht des herrschenden Unternehmens als konzernspezifischer Kapitalerhaltungsschutz
AG 1986 S.123ff

ders. Gläubigerschutz im qualifizierten faktischen GmbH- Konzern
NJW 1986 S.1579ff

ders. Der Gläubigerschutz im faktischen GmbH- Konzern beim Fehlen von Minderheitsgesellschaftern
ZHR 1984 S.391ff

ders. In: Festschrift für Gerd Pfeiffer zum Abschied aus dem Amt als Präsident des Bundesgerichtshofes
Schutz der GmbH gegen Schädigungen zugunsten ihrer Gesellschafter?
Zur Relevanz der Rechtsprechung zu § 266 StGB für das Gesellschaftsrecht
S.853ff
Herausgegeben von: Freiherr v. Gamm, Otto Friedrich
Raisch, Peter
Tiedemann, Klaus
Köln/ Berlin/ Bonn/ München 1988

ders. In: Festschrift 100 Jahre GmbHG
Herausgegeben von: Lutter, Marcus
Ulmer, Peter
Zöllner, Wolfgang
Gesellschafterhaftung gegenüber der GmbH bei Vorteilsgewährung unter Verstoß gegen § 30 I GmbHG
S.363ff
Köln 1992

ders. Von „TBB“ zu „Bremer Vulkan“- Revolution oder Evolution?
ZIP 2001 S.2021ff

Vonnemann, Wolfgang Die Haftung im qualifizierten faktischen Konzern
Zum Stand des Konzernhaftungsrechts nach dem Tiefbau- Urteil des BGH vom 20.2.1989
BB 1990 S.217ff

ders. Strafbarkeit von GmbH- Geschäftsführern wegen Untreue zu Lasten der GmbH mit Zustimmung der Gesellschafter?
GmbHR 1988 S.329ff

Wabnitz, Heinz- Bernd
Janovsky, Thomas Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts
München 2000

Wahl, Axel Die Haftung für „existenzvernichtende Eingriffe“ in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung
GmbHR 2004 S.994ff

Wassmer, Martin Paul Untreue bei Risikogeschäften
Heidelberg 1997

Wehleit, Karl Die Abgrenzung von Bankrott und Untreue
Kiel 1985

Wellkamp, Ludger Organuntreue zum Nachteil von GmbH- Konzernen und Aktiengesellschaften
NStZ 2001 S.113ff

Welzel, Hans Das Deutsche Strafrecht
6. Auflage
Berlin 1958

Wessels, Johannes
Beulke, Werner
Strafrecht Allgemeiner Teil
31. Auflage
Heidelberg 2001

Wessels, Johannes
Hillenkamp, Thomas
Strafrecht Besonderer Teil
2. Band: Straftaten gegen Vermögenswerte
24. Auflage
Heidelberg 2001

Wiedemann, Herbert
Hirte, Heribert
In: 50 Jahre Bundesgerichtshof
Festgabe der Wissenschaft
Herausgegeben von: Canaris, Claus- Wilhelm
Heldrich, Andreas u.a.
Band II: Handels- und Wirtschaftsrecht, Europäisches und Internationales Recht
Konzernrecht
S.337ff
München 2000

Wilhelm, Jan
Rechtsformen und Haftung bei der juristischen Person
Frankfurt 1981

ders.
In: Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag
In Gemeinschaft mit: Ballerstedt, Kurt
Mann, F.A.
Herausgegeben von: Jakobs, Horst Heinrich
Knobbe- Keuk, Brigitte
Picker, Eduard
Wilhelm, Jan
Die Vermögensbindung bei der Aktiengesellschaft und der GmbH und das Problem der Unterkapitalisierung
S.337ff
Köln 1978

ders.
Konzernrecht und allgemeines Haftungsrecht
DB 1986 S.2113ff

Wilken, Oliver
Cash- Management und qualifiziert faktische Konzernierung
- Neue Perspektiven nach der Bremer Vulkan- Entscheidung des BGH vom vom 17.09.2001- II ZR 178/ 99, DB 2001 S.2338-
DB 2001 S.2383

Winkelbauer, Wolfgang
Strafrechtlicher Gläubigerschutz im Konkurs der KG und der GmbH & CO KG
wistra 1986 S.17ff

Winter, Martin
Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH- Recht
Rechtsformspezifische Aspekte eines allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Prinzips
München 1988

ders. Eigeninteresse und Treupflicht bei der Ein- Mann- GmbH in der neueren BGH- Rechtsprechung
ZGR 1994 S.570ff

Wodicka, Josef Maria Die Untreue zum Nachteil der GmbH bei vorheriger Zustimmung aller Gesellschafter
Frankfurt 1993

Zieschang, Frank In: Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag
Herausgegeben von: Hirsch, Hans- Joachim
Wolter, Jürgen
Brauns, Uwe
Strafbarkeit des Geschäftsführers einer GmbH wegen Untreue trotz Zustimmung sämtlicher Gesellschafter ?
S.351ff
Köln 2003

Gliederung

Seite

1. Kapitel
Einleitung

A. Vorwort **1**

B. Gang der Untersuchung **3**

C. GmbH und Konzern in der Realität des Wirtschaftlebens **4**
- I. Die GmbH **4**
  - 1. Grundmodell **4**
  - 2. Einmann- GmbH und Einpersonengesellschaften **5**
- II. Konzern **5**
  - 1. Verbreitung von GmbH- Konzernen und Gefahren der Konzernierung **5**
    - a) Gefahren für die Minderheitsgesellschafter **7**
    - b) Gefahren für die Gläubiger der abhängigen Gesellschaft **9**
  - 2. Unterordnungskonzerne (§ 18 I AktG) **9**
    - a) Tatbestandvoraussetzungen **9**
      - aa) Herrschendes Unternehmen **10**
      - bb) Einheitliche Leitung **11**
      - cc) Abhängigkeit (§ 17 AktG) **11**
      - dd) Zusammenfassung **12**
    - b) Einteilung der Unterordnungskonzerne **12**
      - aa) Vertragskonzern **12**
        - (1) Beherrschungsvertrag
          - (a) Definition **12**
          - (b) Auswirkungen auf den Untreuetatbestand **13**
        - (2) Gewinnabführungsvertrag (§ 291 I S.1 2.Alt. AktG) **14**
      - bb) Faktische Konzerne **15**
        - (1) Definition **15**
        - (2) Auswirkungen auf den Untreuetatbestand **15**
      - cc) Qualifiziert faktische Konzerne **17**
        - (1) Definition **17**
        - (2) Auswirkungen auf den Untreuetatbestand **18**
      - dd) Eingliederung **18**
  - 2. Gleichordnungskonzerne **18**
    - a) Vertraglicher Gleichordnungskonzern **19**
    - b) Faktischer Gleichordnungskonzern **19**
    - c) Strafrechtliche Gesichtspunkte **19**

2. Kapitel
Die Untreue im faktischen Konzern

1. Untertitel
Die Untreuestrafbarkeit der Geschäftsführer der abhängigen Gesellschaft und des herrschenden Unternehmens

A. Fremdheit des Vermögens **20**
I. Vermögen **20**
II. Fremdheit **20**

B. Die Vermögensbetreuungspflicht **21**
I. Die Voraussetzungen der Vermögensbetreuungspflicht **22**
1. Gesamtschau der Rechtsprechung **22**
a) Verpflichtung zur fremdnützigen Vermögensfürsorge **23**
b) Raum für eigenverantwortliche Entscheidungen **23**
c) Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen als Hauptpflicht **24**
d) Dauer und Umfang der Tätigkeit **24**
e) Art der Tätigkeit **25**
2. Charakter einer Geschäftsbesorgung **25**
3. Schlussfolgerung **27**
II. Anwendung auf den Geschäftsführer **30**
1. Der Geschäftsführer der abhängigen Gesellschaft **30**
a) Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der von ihm geleiteten GmbH **30**
b) Vermögensbetreuungspflicht gegenüber den Gesellschaftern **32**
c) Gegenüber dem herrschenden Unternehmen **32**
d) Gegenüber anderen Gesellschaften, insbesondere Schwestergesellschaften **34**
e) Vermögensbetreuungspflicht gegenüber dem Konzern **35**
2. Der Geschäftsführer oder der Vorstand der herrschenden Gesellschaft **36**
a) Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der abhängigen Gesellschaft **36**
aa) Gesellschafterstellung **36**
bb) Faktische Geschäftsführung **36**
(1) Definition **36**
(2) Vermögensbetreuungspflicht **38**
cc) Tatsächliches Treueverhältnis **38**
b) Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der eigenen Gesellschaft **39**
3. Entscheidungen von Kollegialorganen **40**

C. Die Tathandlungen **40**
I. Übersicht und Definitionen **40**
1. Missbrauch der Verpflichtungs- und Verfügungsbefugnis **40**
2. Treuepflichtverletzung **41**
II. Pflichtwidriges Geschäftsführerverhalten **41**
1. Geschäftsführer einer selbständigen Gesellschaft **41**
a) Die Folgepflicht des Geschäftsführers **41**
aa) Weisungen von unzuständiger Stelle **42**
bb) Nichtige Weisungen **42**
cc) Anfechtbare Weisungen **44**
b) Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes (§ 43 I GmbHG) **44**

2. Geschäftsführer der abhängigen Gesellschaft **45**
3. Geschäftsführer der herrschenden Gesellschaft **45**

D. Die Fremdheit des Gesellschaftsvermögens und das Einverständnis der Gesellschafter in vermögensschmälernde Maßnahmen **45**
I. Zivilrechtliche Ausgangslage **47**
1. Mehrgliedrige (abhängige) Gesellschaft **47**
a) Inhalt der Treuepflicht **48**
b) Formen der Veranlassung **50**
c) Beispiele pflichtwidriger Einflussnahmen **50**
2. Die eingliedrige (abhängige) Gesellschaft im faktischen Konzern **51**
a) Stammkapital **51**
aa) Begriff **52**
bb) Funktion des Stammkapitals als Dispositionsgrenze **52**
b) Bestandsgefährdung **53**
3. Konsequenzen der „Bremer Vulkan“- Entscheidung **55**
a) Überblick **55**
b) Tatbestand der Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs **56**
aa) Missachtung des Eigeninteresses der GmbH **56**
bb) Vermögensentzug **56**
cc) Insolvenz **57**
dd) Keine Wiederherstellung der Fähigkeit **57**
c) Alternative Konzepte in der Literatur **57**
aa) Treuepflichtverletzung **57**
bb) Unverzichtbare Gesellschafterhaftung für „gröblich“ sorgfaltswidriges Verhalten **59**
cc) Analoge Anwendung des § 117 AktG **60**
4. Zwischenergebnis **61**
II. Strafrechtliche Konsequenz im Hinblick auf die eingliedrige Gesellschaft **61**
1. Eingeschränkte Dispositionsbefugnis der Gesellschafter **61**
a) Stammkapital, § 30 GmbHG **61**
b) Liquiditäts- und Existenzgefährdung **62**
c) Grundsätze eines ordentlichen Kaufmanns und Willkürverbot **63**
e) Gesetz- und sittenwidrige Maßnahmen **64**
f) Absoluter Vermögensschutz (strenge Körperschaftstheorie) **64**
2. Die faktische Betrachtungsweise **65**
a) Der Gesellschafter als wirtschaftlicher Eigentümer der GmbH **65**
b) Die Argumente **66**
aa) Die Gesellschafter als das maßgebliche Willensbildungsorgan **66**
bb) Gläubigerschutz und Rechtsgut des § 266 **66**
cc) §§ 283ff als die einschlägigen Normen **67**
dd) Die Interessenformel **67**
ee) Die Zwecksetzungsbefugnis der Gesellschaftergesamtheit **68**
ff) Die Aufhebung des § 81a GmbHG a.F. **69**
gg) Vergleich zur natürlichen Person **69**
hh) Fragmentarischer Charakter des Strafrechts **70**
3. Die Begrenzung der Einwilligungsbefugnis der Gesellschafter als der zutreffende Ansatz und Herausarbeitung geeigneter Kriterien zu ihrer Konkretisierung **71**
a) Zivilrechtliches Argument **71**

b) Keine Aufgabe der Grundsätze der „Bremer Vulkan“- Entscheidung durch die „KBV“- Entscheidung **72**
c) Rechtsfolgenbetrachtung: Argument aus § 283 **73**
d) Das Verbot einer kalten Liquidation **76**
e) Das Verbot des § 30 I GmbHG als zwingendes Recht **76**
f) Die Grundsätze eines ordentlichen Kaufmanns als ungeeignetes Kriterium **77**
g) Ablehnung der strengen Körperschaftstheorie **78**
III. Inhaltliche Ausgestaltung der Dispositionsgrenzen **79**
1. Das durch § 30 GmbHG geschützte Vermögen **79**
a) Bilanzierungsmethode **79**
aa) Ansatz von Buchwerten **79**
bb) Zerschlagungswerte im Falle der Existenzgefährdung **79**
cc) Der Ansatz von Buchwerten als die zutreffende Bilanzierungsmethode **81**
b) Begriff der Auszahlung **83**
c) Die Gefährdung von Gläubigerinteressen als notwendige Voraussetzung **85**
2. Die Existenzgefährdung **87**
a) Überblick **87**
b) Einschränkung unter dem Gesichtspunkt Gläubigerschutz **88**
c) Existenzgefährdung und Rechtsmissbrauch **90**
d) Erfordernis einer tatsächlichen Existenzvernichtung ? **94**
IV. Mehrgliedrige Gesellschaft **97**
1. Ausgangssituation **97**
2. Die gesteigerte Treuepflicht als Grundlage möglicher weitergehender Dispositionsgrenzen **97**
a) formell ordnungsgemäße Beschlussfassung **98**
b) „informelle“ Weisungen **99**
V. Fazit **102**

E. Vermögensnachteil **103**
I. Begriff **103**
II. Nachteilszufügung durch den Geschäftsführer der abhängigen Gesellschaft **105**
1. Nachteil des herrschenden Unternehmens **105**
2. Nachteil der abhängigen Gesellschaft **105**
a) Weisungen des Konzerns innerhalb der Dispositionsgrenzen **105**
aa) Konzernzustandshaftung **106**
bb) Verhaltenshaftung **106**
b) Weisungen des Konzerns, die die Dispositionsgrenzen überschreiten **107**
III. Kompensierung des Vermögensverlustes durch konzernbedingte Vorteile **107**
IV. Eignung von Schadensersatzansprüchen zur Verlustkompensation **108**
1. Unbeachtlichkeit von Ersatzansprüchen **108**
2. Eignung zur Verlustkompensation **109**

2. Untertitel
Die Untreuestrafbarkeit des Allein- oder Mehrheitsgesellschafters der abhängigen Gesellschaft

A. Fremdheit des Gesellschaftsvermögens **112**

B. Vermögensbetreuungspflicht **112**
I. Verneinende Ansicht **112**
1. Stammkapitalerhaltungsgebot und Existenzgefährdungsverbot lediglich als Schranken der Dispositionsbefugnis **112**
2. Inkongruenz von Gesellschafts- und Strafecht **114**
3. Wirtschaftliche Betrachtungsweise **115**
4. Historisches Argument **115**
II. Die einschlägigen Entscheidungen des Bundesgerichtshofes und anderer Gerichte **115**
1. Darstellung **115**
a) BGH, Urteil vom 29.5.1987 **115**
b) LG Berlin, Urteil vom 21.01.1994 **116**
c) BGH, Urteil vom 10.07.1996 **116**
d) BGH, Urteil vom 14.07.1999 **118**
e) BGH, Urteil vom 20.07.1999 **118**
f) BGH, Urteil vom 17.09.2001 („Bremer Vulkan“) **119**
g) BGH, Urteil vom 13.05.2004 („Bremer Vulkan“) **119**
2. Fazit **120**
IV. Eine Vermögensbetreuungspflicht bejahende Stimmen im Schrifttum **121**
III. Stellungnahme- Der sich auf Gesellschafteraufgaben beschränkende Gesellschafter **124**
1. Die eingliedrige Gesellschaft **124**
a) Überprüfung anhand der notwendigen Merkmale einer Vermögensbetreuungspflicht **124**
aa) Fremdnützigkeit **124**
bb) Eigenverantwortlichkeit **125**
cc) Fazit **126**
b) Tatbestand des § 266 **126**
c) Die Rechtsbegrenzung als typisches Merkmal der Vermögensbetreuungspflicht **126**
d) Keine Inkongruenz von Straf- und Gesellschaftsrecht **127**
e) Partielle Vermögensbetreuungspflicht **128**
f) Die Vermögensbetreuungspflicht als Konsequenz der internen Kompetenzverteilung **128**
2. Die GmbH ohne Mehrheits- oder Alleingesellschafter **130**
3. Die mehrgliedrige Gesellschaft mit einem Mehrheitsgesellschafter- das Schädigungsverbot **131**
a) Inhalt des gesellschaftsrechtlichen Schädigungsverbots **131**
b) Vermögensbetreuungspflicht **131**
aa) gegenüber der Gesellschaft **131**
bb) Gegenüber dem oder den Minderheitsgesellschaftern **133**
(1) Fremdnützig typisiertes Schuldverhältnis **133**
(2) Fazit **134**
4. Vermögensbetreuungspflicht im Konzern **134**
a) Die spezifischen Konzerngefahren als möglicher Anknüpfungspunkt **134**
b) Ingerenz **134**
aa) Nahe, adäquate Gefahr **135**
bb) Pflichtwidrigkeit **135**
cc) Die Unanwendbarkeit des § 13 **137**
c) Ableitung einer Vermögensbetreuungspflicht aus einem tatsächlichen Treueverhältnis **137**
d) Vermögensbetreuungspflicht und mittelbare Beteiligung **138**

aa) Mittelbare Beteiligungen in der Rechtsprechung des BGH **138**
bb) Stellungnahme **139**
cc) Die Vermögensbetreuungspflicht der Tochter- gegenüber der Enkelgesellschaft in mehrstufigen Unternehmensverbindungen **140**
IV. Stellungnahme- Der sich nicht auf Gesellschafteraufgaben beschränkende Gesellschafter **140**
1. Die tatsächliche Wahrnehmung von Geschäftsführungsaufgaben **141**
2. Gegenüber dem formell bestellten Geschäftsführer überragende Stellung **142**
3. Auftreten nach außen **142**
4. Dauer der Tätigkeit **143**
5. Einverständnis der Mitgesellschafter **143**
V. Zwischenergebnis **144**

C. Treuepflichtverletzung **145**
I. Aktives Tun **145**
II. Das Problem von Kollegialentscheidungen in der mehrgliedrigen Gesellschaft **146**
1. Die Untätigkeit aller Gesellschafter **146**
2. Beschlussfassung durch alle Gesellschafter bzw. den Mehrheitsgesellschafter **148**
3. Unterlassungstäterschaft des Minderheitsgesellschafters **148**

D. Der Gesellschafter als mittelbarer Täter oder Mittäter **149**

3. Untertitel
Die Untreuestrafbarkeit des Aufsichtsrates

A. Fremdes Vermögen **152**

B. Vermögensbetreuungspflicht **152**
I. Der eigenen Gesellschaft gegenüber **152**
1. Verpflichtung zur fremdnützigen Vermögensfürsorge **152**
2. Raum für eigenverantwortliche Entscheidungen **153**
3. Fazit **153**
II. Vermögensbetreuungspflichten innerhalb von Konzernen **154**

C. Pflichtverletzung **154**

3. Kapitel
Die Untreue im Vertragskonzern

1. Untertitel
Die Untreuestrafbarkeit des Geschäftsführers

A. Der Geschäftsführer des herrschenden Unternehmens **155**
I. Gesellschaftsrechtliche Ausgangslage **156**
1. Schranken des Weisungsrechts **157**
a) Übersicht **157**
b) Speziell- Verstoß gegen zwingendes Gesetzesrecht **158**
aa) Freie Disposition **158**

bb) Kein Wegfall des § 30 GmbHG **159**
c) Folgerungen für die Vermögensbetreuungspflicht **160**

B. Der Geschäftsführer abhängigen Gesellschaft **162**
I. Pflicht gegenüber der abhängigen Gesellschaft **162**
II. Pflicht gegenüber dem herrschenden Unternehmen **162**

C. Vermögensbetreuungspflicht der Gesellschafter **165**

2. Untertitel
Vermögensbetreuungspflichten im Vertragskonzern durch isolierten Gewinnabführungsvertrag

A. Geschäftsführer der herrschenden Gesellschaft **165**

B. Geschäftsführer der abhängigen Gesellschaft **165**

3. Untertitel
Übrige Tatbestandsmerkmale des § 266

A. Pflichtverletzung **167**

B. Nachteil **168**
I. Verlustausgleichspflicht gemäß §§ 302, 303 AktG analog **168**
1. Einzelheiten zu § 302 AktG **168**
II. Schadensersatzanspruch gemäß § 309 II AktG **169**
III. Schadensersatzanspruch gegen das herrschende Unternehmen **169**

C. Einverständnis der Gesellschafter **169**

D. Fazit **170**

4. Kapitel
Zusammenfassung der Ergebnisse

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AG	Die Aktiengesellschaft –Zeitschrift-
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
BayOLG	Bayrisches Oberstes Landesgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeisgerichts
BB	Der Betriebsberater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BT	Besonderer Teil des Strafrechts
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
DStR	Deutsches Steuerrecht
f.	für
FernAbsG	Fernabsatzgesetz
ff.	fortfolgende
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goltdammer`s Archiv für Strafrecht
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH- Rundschau (mit Sonderfragen der GmbH & CO KG
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
LK	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
KG	Kommanditgesellschaft
MüKo	Münchener Kommentar
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift- Rechtsprechungs- Report
NK	Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OLG	Oberlandesgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RN	Randnummer
S.	Seite

SK	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
s.o.	siehe oben
StGB	Strafgesetzbuch
u.a.	und andere
v.	von/ vom
vgl.	Vergleiche
Vor	Vorbemerkung
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht
WM	Wertpapier- Mitteilungen
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
z.B.	zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

1. Kapitel
Einleitung

A. Vorwort

Betrachtet man die Vielzahl von Veröffentlichungen zum Thema Untreue in der GmbH[1], stellt sich natürlich die Frage, warum dem noch eine weitere hinzugefügt werden soll. Man könnte sich durchaus auf den Standpunkt stellen, dass die in diesem Bereich strittigen Rechtsfragen zwar nicht geklärt, die vertretenen Ansichten in ihren Argumenten aber doch so gefestigt seien, dass eine weitere Untersuchung keine weitere Klärung bringen könne.
Dem ist aber zu entgegnen, dass es vorliegend nicht um die selbständige GmbH geht, sondern um die Untreue im GmbH-**Konzern,** also innerhalb sämtlicher Unternehmensverbindungen, an denen in der Rolle der abhängigen Gesellschaft mindestens eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung beteiligt ist.[2] Damit stellt sich zwangsläufig die Frage, wie sich diese Konzerneinbindung und insbesondere konzerninterne „Kommandostrukturen“ auf die Tatbestandsvoraussetzungen der Untreue auswirken. Folglich gibt es einige Autoren, die die Voraussetzungen der Strafbarkeit im GmbH- Konzern in Einzelfragen als „unklar“ beziehungsweise „ungeklärt“ ansehen oder auch von einem dogmatischen Dunkelfeld sprechen.[3] Im Übrigen wird die Weite des Tatbestandes des § 266 insbesondere im Konzernbereich als problematisch angesehen.[4] Es ist also noch Klärungsbedarf gegeben.
Erst in jüngster Zeit ist dieser Problemkreis dadurch in den Blickpunkt geraten, dass er Gegenstand höchstrichterlicher Rechtsprechung geworden ist, dieses insbesondere durch die „Bremer Vulkan“ – Entscheidungen des 2. Zivilrechtssenates[5] und des 5. Strafrechtssenats des BGH.[6] Diese Entscheidungen hatten zur Konsequenz, dass nun auch im Schrifttum erörtert wird, ob die Untreue innerhalb von Konzernen besonderen Voraussetzungen unterliegt oder die gleichen Grundsätze gelten, die auf die selbständige GmbH Anwendung finden.[7] Sollte aber letzteres der Fall sein, ist es erforderlich, erneut auf die schon bisher umstrittenen Fragen einzugehen.
Im Mittelpunkt stand und steht dabei die Frage, ob, und wenn ja, wann der Geschäftsführer einer GmbH den Tatbestand der Untreue verwirklicht, wenn er der GmbH im Einverständnis mit den Gesellschaftern einen Vermögensnachteil zufügt. Eine Vielzahl von Veröffentlichungen dreht sich

---

[1] Siehe zum Beispiel die Schrifttumshinweise in LK/ Schünemann § 266 RN 125 Fn 587.
[2] Baumbach/ Hueck/ Zöllner Schlußanh. 1 RN 1; Flum S.192; Schwark JuS 1987 S.443, S.444.
[3] Achenbach/ Wannemacher/ Seier § 21 RN 247.
[4] Scholz/ Tiedemann Vor §§ 82ff GmbHG RN 11.
[5] BGH NJW 2001 S.3622ff.
[6] BGH NJW 2004 S.2248ff.
[7] Busch „Konzernuntreue“; Ransiek, in: FS für Kohlmann; Fleischer NJW 2004 S.2867ff. Vor der „Bremer Vulkan“-Entscheidung haben ansatzweise Flum („Der strafrechtliche Schutz der GmbH gegen Schädigungen mit Zustimmung der Gesellschafter“) und Wodicka („Die Untreue zum Nachteil der GmbH bei vorheriger Zustimmung aller Gesellschafter“) in ihren Monographien diesen Themenkomplex behandelt, zu verweisen ist des Weiteren auf die Mongraphie von Ewald („Untreue zwischen verbundenen Unternehmen“).

um diesen Problemkreis.[8] Daher ist es auch nicht erstaunlich, dass diese Frage als *magna quaestio* des GmbH- Strafrechts bezeichnet wird.[9]

Die Klärung dieser Frage, die bisher hauptsächlich nur im Zusammenhang mit der selbständigen GmbH erörtert worden ist[10], ist aber auch entscheidend für den Gegenstand dieser Untersuchung, den GmbH- Konzern.

Häufigste Erscheinungsform des GmbH- Konzerns ist der der faktischen Konzernierung, d.h. in der Rolle der abhängigen Gesellschaft befindet sich eine GmbH, wobei die Abhängigkeit aber gerade nicht durch einen Beherrschungsvertrag herbeigeführt wird. Vielmehr ist es so, dass sich die Abhängigkeit aus dem Umstand ergibt, dass sich die Mehrheit der GmbH- Anteile oder deren Gesamtheit in der Hand eines Gesellschafters befinden.[11]

Folgt man nun der eingangs geschilderten Ansicht, die Dispositionsbefugnis der Gesellschafter sei eingeschränkt, verwirklicht der Geschäftsführer der abhängigen GmbH den Tatbestand des § 266, wenn er eine Weisung des Mehrheits- oder Alleingesellschafters ausführt, die zu einer Verminderung desjenigen Kapitals führt, das die Stammkapitalziffer der abhängigen GmbH abdeckt. Geht man dann noch zusätzlich davon aus, diesen Gesellschafter treffe ebenfalls eine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber „seiner“ GmbH, ist auch ein tauglicher Täter des § 266.

Ist dieser Gesellschafter wie im Regelfall ebenfalls eine juristische Person, kommt zwar eine strafrechtliche Sanktion dieser gegenüber nicht in Betracht. Das deutsche Rechtssystem kennt keine Strafbarkeit juristischer Personen, vorgesehen ist in § 30 OWiG lediglich die Unternehmensgeldbuße.[12] Dieses wird aber dadurch relativiert, dass § 14 I Nr.1 die Merkmalsüberwälzung auf die gesetzlichen Vertreter der juristischen Person ermöglicht. Folglich verwirklicht der Geschäftsführer oder der Vorstand des herrschenden Unternehmens den Tatbestand des § 266, wenn er in dieser Eigenschaft dem Geschäftsführer der abhängigen Gesellschaft eine Weisung erteilt, die gegen § 30 I GmbHG verstößt. Das Merkmal der Vermögensbetreuungspflicht ist auf ihn übergegangen.

Diese kursorischen Ausführungen stehen aber- wie oben schon erläutert - unter dem Vorbehalt, dass tatsächlich die für die selbständige GmbH in der Literatur und der Rechtsprechung umstrittenen Grundsätze Anwendung finden.

Im Übrigen hat die „Bremer Vulkan“- Entscheidung des 2. Zivilrechtssenates des BGH[13] gezeigt, dass durchaus noch Bewegung in diesem Bereich ist und Klärungsbedarf besteht. Entgegen der herrschenden Meinung waren die entscheidenden Richter zu dem Ergebnis gekommen, dass zumindest der Alleingesellschafter seiner GmbH vermögensbetreuungspflichtig sein und sich daher unter bestimmten Umständen wegen einer Untreue zu ihrem Nachteil strafbar machen könne.[14]

---

[8] Brammsen DB 1989 S.1609ff; Gribbohm ZGR 1990 S.1ff; Fleck ZGR 1990 S.31ff; Zieschang, in: FS für Kohlmann S.351ff. Im Übrigen unter anderem die Monographien von Flum („Der strafrechtliche Schutz der GmbH gegen Schädigungen mit Zustimmung der Gesellschafter“) und Wodicka („Die Untreue zum Nachteil der GmbH bei vorheriger Zustimmung aller Gesellschafter“).

[9] Fleischer NJW 2004 S.2867, S.2869.

[10] Als Ausnahme ist insbesondere zu verweisen auf die Monographie von Busch „Konzernuntreue“.

[11] Emmerich/ Habersack Anh. I § 318 AktG RN 22; Lutter/ Hommelhoff Anh.§ 13 GmbHG RN 9; Ransiek ZGR 1999 S.613, S.630.

[12] Tröndle /Fischer Vor § 13 RN 34.

[13] BGH NJW 2001 S.3622ff.

[14] BGH NJW 2001 S.3622, S.3622.

B. Gang der Untersuchung

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich auch schon ansatzweise, wie in dieser Untersuchung vorgegangen werden soll.
Zunächst ist zu klären, ob die Konzerneinbindung der GmbH zur Folge hat, dass sich ganz neue Probleme im Hinblick auf den Untreutatbestand ergeben oder ob die bisherige Diskussion auch für diesen Problemkreis fruchtbar gemacht werden kann. Dabei wird zwischen den einzelnen Konzerntypen zu unterscheiden sein.
Je nachdem, zu welchem Ergebnis die Untersuchungen führen, kann entweder auf die bisherigen Probleme eingegangen oder müssen gänzlich neue Ausführungen zu den Voraussetzungen der Untreue im GmbH- Konzern gemacht werden.
Überblickt man des Weiteren das bisherige Schrifttum zur Untreue im GmbH- Konzern, stellt man fest, dass vielfach vier Konstellationen der Untreue innerhalb von Konzernverbindungen unterschieden werden.[15] Dieses sind:
1. Der Geschäftsführer handelt zum unmittelbaren Nachteil seiner abhängigen Gesellschaft, aber auf Anweisung der Konzernspitze bei gleichzeitigem (werthaltigem) Nachteilsausgleich. Hier kommt zum Beispiel eine Untreue des Geschäftsführers der abhängigen Gesellschaft als auch des anweisenden Allein- oder Mehrheitsgesellschafters beim faktischen oder qualifiziert faktischen Konzern in Betracht.
Durch den Begriff des „Nachteilsausgleichs“ zeigt sich eine weitere Besonderheit der Untreue in konzernrechtlichen Verbindungen. Unter Umständen ergeben sich aus der Konzernierung selbst Ausgleichsansprüche zwischen der abhängigen und der herrschenden Gesellschaft, die geeignet sein könnten, das Tatbestandsmerkmal des „Vermögensnachteils“ auszuschließen. Voraussetzung ist dann aber auf jeden Fall, dass diese Ansprüche werthaltig sind, d.h. einen dem Verlust der abhängigen Gesellschaft entsprechenden wirtschaftlichen Wert haben.[16]
2. Wird das Tatbestandsmerkmal des Vermögensnachteils aber erst dann nicht verwirklicht, wenn ein werthaltiger Ausgleichsanspruch vorhanden ist, kommt eine Untreue erst recht dann in Betracht, wenn von der Konzernspitze kein Nachteilsausgleich gewährt wird.
3. Die formell bestellten Geschäftsführer der abhängigen GmbH sind tatsächlich entmachtet und es kommt zu einer faktischen Geschäftsführung durch den Allein- oder Mehrheitsgesellschafter.
4. Der Geschäftsführer der abhängigen Gesellschaft handelt zum unmittelbaren Nachteil des Konzerns und nur mittelbar zum Nachteil seines Unternehmens.
Wie oben schon festgestellt, ist der Geschäftsführer der GmbH gegenüber der Gesellschafterversammlung weisungsgebunden. Folglich ist die faktische Konzernierung die häufigste und damit praxisrelevanteste Erscheinungsform eines GmbH- Konzerns und ist diese daher auch die erste, die untersucht werden soll. Dabei wird zunächst auf die oben unter Nummer 1 angeführte Fallgestaltung eingegangen.
Geht es in dieser Untersuchung um den Untreuetatbestand, bietet es sich an, den Aufbau auch an den zentralen Voraussetzungen dieser Norm – Fremdheit des Vermögens, Vermögensbetreuungspflicht, Vermögensnachteil- auszurichten. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass der Geschäfts-

---

[15] Kohlmann RN 361ff.
[16] Bittmann/ Terstegen wistra 1995 S.249, S.254.

führer die Gesellschaft nach außen vertritt und sie durch seine Rechtsgeschäfte berechtigen oder verpflichten kann (§ 36 I GmbHG). Selbst wenn also die Gesellschafter in großem Umfang von ihrem Weisungsrecht Gebrauch machen, benötigen sie dennoch den Geschäftsführer als Ausführungsorgan.
Dementsprechend wird zunächst auf die Voraussetzungen einer Strafbarkeit des Geschäftsführers nach § 266 eingegangen. Erst danach sollen die Gesellschafter in den Blickpunkt geraten.

C. GmbH und Konzern in der Realität des Wirtschaftlebens

I. Die GmbH

Die praktische Relevanz der GmbH ist groß. Die Attraktivität dieser Gesellschaftsform ergibt sich insbesondere aus dem Umstand, dass im Vergleich zur Aktiengesellschaft ein größerer Gestaltungsspielraum im Hinblick auf den Gesellschaftsvertrag gegeben ist. Mittlerweile übersteigt das als Stammkapital in den GmbHs gebundene Vermögen längst das Grundkapital der Akteingesellschaften.[17] Die Gesamtzahl der GmbH liegt inzwischen im Bereich zwischen 800.000 und 1 Million.[18]
So bedeutsam die GmbH mittlerweile für das Wirtschaftsleben- insbesondere im Hinblick auf den Mittelstand wird sie als die geeignete Organisationsform angesehen[19]- ist, so umfangreich sind die verschiedenen wirtschaftlichen Funktionen. Da sie sich sowohl für personalistische Zusammenschlüsse als auch kapitalistische Großunternehmen eignet, wird sie als „Allzweck- Instrument“ angesehen und entweder eingesetzt, um bestimmte erwerbswirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Ziele als Gesellschaftszweck der GmbH zu verfolgen, oder, um als Einzelteil einer rechtlich mehrschichtigen und häufig aus mehreren Gesellschaften bestehenden unternehmerischen Konzeption dazu zu dienen, im Rahmen weiter gespannter unternehmerischer Ziele wirtschaftliche oder rechtliche Absichten zu erreichen.[20]

1. Grundmodell

Grundsätzlich geht das GmbHG aufgrund der klaren Trennung der Befugnisse von Gesellschafter und Geschäftsführer davon aus, dass sie personenverschieden sind. Insbesondere die Befugnis zur Ausübung des Weisungsrechts gemäß § 37 I GmbHG macht eigentlich nur unter dieser Voraussetzung Sinn.
Des Weiteren ergibt sich aus § 47 I GmbHG (Gesellschafterversammlung) und die Verwendung des Plurals „Gesellschafter“, dass das GmbHG grundsätzlich eine Gesellschaft vor Augen hat, die aus mehreren, durch einen Zweck verbundenen Gesellschaftern besteht.
Dieses Grundmodell wird als mehrgliedrige Gesellschaft bezeichnet.[21]

---

[17] Scholz/ Westermann Einleitung RN 28; Grunewald 2.E. RN 5.
[18] Scholz/ Westermann Einleitung RN 28.
[19] Scholz/ Westermann Einleitung RN 31.
[20] Scholz/ Westermann Einleitung RN 32.
[21] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 30 V 1..

2. Einmann- GmbH und Einpersonengesellschaften

Konzernrechtlich relevant ist vor allem die Konstellation, dass sich alle Gesellschaftsanteile in der Hand eines Gesellschafters (Alleingesellschafter) befinden. Eine solche Gesellschaft entsteht entweder dadurch, dass sie bereits durch nur eine Person gegründet wird (§ 1 GmbHG) oder sich später alle Anteile in der Hand eines Anteilseigners vereinen.
Diese Organisationsform wird oftmals von Unternehmen gewählt, die besonders risikoreiche Geschäftsbereiche, wie zum Beispiel die Entwicklung neuer Produkte, ausgliedern wollen. Eine solche GmbH ist dann in der Regel eine 100 % tige Tochter der Muttergesellschaft.
Daneben gibt es aber auch Gesellschaften, die einen Alleingesellschafter haben, der auch zugleich Geschäftsführer ist. Eine solche Organisationsform ist gerade im Mittelstand weit verbreitet. Sie wird oftmals von Inhabern eines Einzelunternehmens gewählt, die ihr unternehmerisches Risiko mindern wollen und daher für ihre Firma die Rechtsform einer GmbH wählen. Eine Regelung diesbezüglich findet sich insbesondere in § 35 IV GmbHG.
Diese Modelle werden übereinstimmend als eine sogenannte Einmann- GmbH[22] oder Einpersonengesellschaft[23] bezeichnet.

II. Konzern

Unter einem Konzern ist der Zusammenschluss mehrerer rechtlich selbständiger Unternehmen unter einheitlicher Leitung zu einer neuen wirtschaftlichen Einheit zu verstehen[24], wobei sich aus der Definitionsnorm des § 18 AktG die grundsätzliche Unterscheidung zwischen Unterordnungs- und Gleichordnungskonzernen ergibt. Zu beachten sind im übrigen die Vermutungsregelungen des § 18 I S.2 und S.3 AktG.
Die Ursachen für eine Konzernbildung können vielfältig sein. In den Vordergrund rücken aber zum Einen die Ausgliederung von Tochtergesellschaften, an denen dann häufig Dritte beteiligt werden, und zum Anderen die Übernahme bisher selbständiger Unternehmen durch ein anderes Unternehmen.[25] Weitere mögliche Ursachen sind der Abschluss von Unternehmensverträgen und personelle Verflechtungen in der Führungsebene.[26]

1. Verbreitung von GmbH- Konzernen und Gefahren der Konzernierung

Exakte Zahlen über die Verbreitung von GmbH- Konzernen gibt es nicht. Schätzungen gehen davon aus, dass zwischen 30- 50 % der Gesellschaften in der Rechtsform einer GmbH in irgendeiner Weise mit einem anderen Unternehmen konzernverbunden sind.[27]

---

[22] Grunewald 2.E. RN 4.
[23] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 30 V 2; Schnauder/ Müller- Christmann JuS 1998 S.980, S.980.
[24] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 4 I..
[25] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 1 III 2a).
[26] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 1 III 2b).
[27] Scholz/ Westermann Anhang Konzernrecht RN 3.

Wie oben aber schon angedeutet, entsteht eine Vielzahl dieser Konzerne durch die nachträgliche Gründung von Tochtergesellschaften, denen die Erledigung spezieller Aufgaben übertragen wird und die eine Aufteilung des Haftungsrisikos innerhalb des Konzerns zur Folge haben.[28]
Daneben gibt es aber auch eine Vielzahl von kleinen und mittleren „GmbH- Familienkonzernen“, bei denen sich die Beteiligten nicht einmal bewusst sind, dass auf ihre Beziehungen mit Rücksicht auf die Aufteilung ihrer unternehmerischen Aktivitäten auf mehrere abhängige Gesellschaften mbH auch konzernrechtliche Grundsätze Anwendung finden.
Ein gutes Beispiel für diese geschilderten Konstellationen ist der folgende, vom BGH entschiedene Fall:[29]
Der Angeklagte war zusammen mit seiner Ehefrau Gesellschafter der von ihnen gegründeten „WUV- GmbH“, an der sie jeweils 42,5 % des Stammkapitals hielten. Der restliche Anteil in Höhe von 15 % war einem Dritten geschenkt worden.
Diese Gesellschaft kaufte die „S- GmbH“, deren Alleingesellschafterin sie damit wurde. Der Kaufpreis wurde vollständig durch Kredite finanziert, die durch Grundpfandrechte auf Grundstücke der „S- GmbH“ abgesichert wurden.
Innerhalb der „WUV- GmbH“ hatte der Angeklagte eine beherrschende Stellung, unter anderem, weil er der alleinige Geschäftsführer war, die er sowohl dazu ausnutze, dem Geschäftsführer der „S-GmbH“ umfangreiche Weisungen zu erteilen, als auch dazu, selbst in erheblichem Umfang die Vermögensangelegenheiten der „S-GmbH“ wahrzunehmen.
Des Weiteren schloss die „S- GmbH“ mehrere Beraterverträge mit der „B- UnternehmensberatungsGmbH“ ab, deren Mitgesellschafter und Geschäftsführer der Angeklagte war und musste sie der „WUV- GmbH“ ein zinsloses Darlehen gewähren.
Die Ertragsaussichten der „S- GmbH“ waren auch schon vor dem Ankauf durch die „WUV-GmbH“ schlecht, insbesondere aufgrund der Beschäftigung von relativ schlecht qualifizierten aber gut bezahlten Arbeitnehmern, verschärfte sich durch die Tätigkeit des Angeklagten aber noch weiter. Die Sanierung sollte daher durch eine Arbeitskräfteabbau erfolgen, die sich daraus ergebenden Kosten aufgrund eines bestehenden Sozialplanes und der Lohnfortzahlung wollte der Angeklagte aber dadurch vermeiden, dass Arbeitnehmer in zum Teil eigens dazu gegründete Tochtergesellschaften umgesetzt und dort weiterbeschäftigt würden.
Des Weiteren wurden zu diesem Zweck und mit dem Ziel der Schaffung eines baugewerblichen Konzerns von dem Angeklagten fünf weitere GmbH- an einer war die Ehefrau zur Hälfte beteiligt-zu weit überhöhten Preisen an die „S- GmbH“ verkauft.
Schließlich geriet die S- GmbH in Konkurs.
An diesem Beispiel zeigt sich nicht nur, dass GmbH als Tochtergesellschaften oftmals zur Risikoabwälzung dienen und sogar innerhalb einer Familie Konzernverflechtungen entstehen können, sondern auch die Gefahren, die sich eine abhängige Gesellschaft und insbesondere eine GmbH ausgesetzt sieht. Die Ursache hierfür liegt in ihrer Organisationsverfassung.
Das oberste Organ der GmbH sind die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit als Gesellschafterversammlung[30], deren Kompetenzen und Aufgaben sich aus der Satzung und aus §§ 46, 53 GmbHG

[28] Scholz/ Westermann Anhang Konzernrecht RN 1/ 3.
[29] BGH NJW 1997 S.66ff.
[30] Eisenhardt, in: FS für Pfeiffer S.839

ergeben. Demgemäss sind sie insbesondere berechtigt, den oder die Geschäftsführer zu bestellen, abzuberufen oder zu entlassen (§ 46 Nr.5 GmbHG) und ihn oder sie zu prüfen und zu überwachen (§ 46 Nr.6 GmbHG). Des Weiteren sind nur sie berechtigt, Entscheidungen auf der Ebene des Gesellschaftsvertrages zu treffen und können sie daher die Satzung mit einer qualifizierten Mehrheit von 75 % der abgegebenen Stimmen ändern (§ 53 GmbHG). Neben diesen unternehmenspolitischen Grundsatzentscheidungen haben sie darüber hinaus die Befugnis, dem oder den Geschäftsführern allgemeine oder spezielle Weisungen im Hinblick auch auf die laufende Geschäftsführung zu erteilen (§ 37 I GmbHG). Die Herrschaft in der GmbH liegt damit bei den Anteilseignern.[31]
Demgegenüber sind die Geschäftsführer zwar das notwendige Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan der GmbH.[32] Im Innenverhältnis sind sie durch die Gesellschafter zur Führung der Geschäfte der Gesellschaft berufen und vertreten die GmbH gerichtlich und außergerichtlich (§ 35 I GmbHG). Diese Vertretungsmacht ist im Außenverhältnis zwar unbeschränkbar (§ 37 II GmbHG), im Innenverhältnis jedoch sind die Geschäftsführer, wie schon erläutert, weitestgehend von den Weisungen der Gesellschafterversammlung abhängig und an diese gebunden (§ 37 I GmbHG). Ihnen steht also in der laufenden Geschäftsführung nur dann eine selbständige Entscheidungskompetenz zu, wenn die Gesellschafter nicht von ihrem Weisungsrecht Gebrauch machen.[33]
Daraus ergibt sich, dass der Mehrheitsgesellschafter, der über 75 % der Stimmen verfügt, die Organisation der abhängigen GmbH weitgehend seinen Vorstellungen anpassen kann.
Entscheidend ist aber die Weisungsgebundenheit der Geschäftsführer. Aufgrund der Tatsache, dass die Gesellschafter in allen Angelegenheiten der Gesellschaft und damit auch über Fragen der Geschäftsführung Beschlüsse fassen können, die sodann vom Geschäftsführer zu vollziehen sind, ist es dem Mehrheitsgesellschafter ohne weiteres möglich, seine Vorstellungen über die Geschäftspolitik durchzusetzen.
Dieses zeigt das obige Beispiel, da der Angeklagte als Mehrheitsgesellschafter (faktisch handelte es sich bei den Anteilen seiner Ehefrau um seine Anteile) der „S- GmbH“ und Alleingesellschafter der „WUV- GmbH“ in der Lage war, den Geschäftsführer der „S- GmbH“ anzuweisen, nachteilige Verträge wie die Unternehmenskäufe oder die Gewährung eines zinslosen Darlehens abzuschließen.
An diesem Beispiel zeigt sich auch, dass der Mehrheitsgesellschafter nicht gezwungen ist, den Weg über die Beschlussfassung durch die Gesellschafterversammlung mit ihren Formalien zu gehen, sondern es sich vielmehr anbietet, der Geschäftsführung der abhängigen Gesellschaft unmittelbar Weisungen zu erteilen.[34]
Folglich entstehen durch die Konzernierung besondere Gefahren sowohl für den Minderheitsgesellschafter als auch die Gesellschaftsgläubiger.

a) Gefahren für die Minderheitsgesellschafter

Soweit Minderheitsgesellschafter vorhanden sind- dies wird insbesondere der Fall sei, wenn die Anteile einer vormals selbständigen GmbH zu mehr als der Hälfte an ein anderes Unternehmen

---

[31] Schmidt § 36 I 2 a); Wodicka S.33; Eisenhardt, in: FS f. Pfeiffer S.840.
[32] Schmidt § 36 II 1a).
[33] Wodicka S.33.
[34] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 29 II..

verkauft werden und ein Anteilseigner sich weigert, seine Anteile zu veräußern[35]- müssen diese damit rechnen, dass das herrschende Unternehmen an der Gesellschafterversammlung vorbei agiert und seine eigenen Interessen eventuell auf ihre Kosten durchsetzt. Auf diesem Wege wird sogar das Recht zur Beschlussanfechtung vereitelt.[36]

Gerade in der GmbH ist der Minderheitenschutz aber besonders wichtig, da die Minderheit aufgrund der personalistischen Struktur der GmbH und der Tatsache, dass GmbH– Anteile aufgrund eines fehlenden organisierten Kapitalmarktes nicht ohne weiteres übertragbar sind, oftmals nicht nur finanziell, sondern auch existenziell betroffen sind.[37]

Verschärfend kommt hier noch hinzu, dass es kein kodifiziertes GmbH- Konzernrecht gibt. Zwar sind einzelne Bereiche außerhalb des GmbHG geregelt, so zum Beispiel die Definitionsnormen der §§ 15-19 AktG, die allgemein nur an das Vorliegen verbundener Unternehmen anknüpfen. Was aber die abhängige GmbH als solche betrifft, sind die §§ 311ff AktG auch nicht entsprechend anwendbar, da sie schon dem Wortlaut nach eine abhängige AG oder KGaA voraussetzen.[38]

Des Weiteren bedingen die §§ 312 –315, 318 AktG das Vorhandensein eines nicht weisungsgebundenen Geschäftsführungsorgans und eines obligatorischen Aufsichtsrates, der zur Prüfung des Abhängigkeitsberichts berufen ist. Der Geschäftsführer der GmbH ist aber gerade weisungsgebunden und der Aufsichtsrat im Regelfall lediglich fakultativ.

Damit können aber auch die §§ 311,317 AktG nicht entsprechend angewendet werden. Zwar gestatten sie die nachteilige Einflussnahme auf die abhängige Gesellschaft, aber nur unter der Voraussetzung eines Nachteilsausgleichs. Dessen Einhaltung wird aber gerade durch den Abhängigkeitsbericht und dessen Prüfung durch ein unabhängiges Organ- das die GmbH im Regelfall gerade nicht aufweist- gewährleistet.[39]

Damit stellt sich die Frage, ob nicht der Straftatbestand der Untreue neben den bisher diskutierten gesellschaftsrechtlichen Schutzmechanismen wie beispielsweise der mitgliedschaftlichen Treuepflicht und dem daraus abgeleiteten Schädigungsverbot[40] eine Möglichkeit zum Schutz der Gesellschafterminderheit bietet.

Soweit der Mehrheitsgesellschafter unter bestimmten- im Rahmen dieser Untersuchung noch zu klärenden Voraussetzungen- den Tatbestand der Untreue zu Lasten der abhängigen GmbH verwirklicht, stünde der Gesellschaft ein Schadensersatzanspruch aus § 823 II BGB in V. mit § 266 zu. Dieser könnte dann von den Minderheitsgesellschaftern im Wege der actio pro socio durchgesetzt werden.

Im Übrigen übt das Strafrecht immer noch eine gewisse Abschreckungswirkung aus.

---

[35] Ein Beispiel hierfür ist die Bildung des Konzerns Aventis aus der Hoechst AG und der französischen Pharmafirma Rhone- Poulenc. Hier hatten sich einige Minderheitsaktionäre geweigert, ihre Aktien an die Mutterholding Aventis zu veräußern. Hierzu wurden sie nun aber durch ein sogenanntes Squeeze- out- Verfahren gezwungen.

[36] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 29 II..

[37] Scholz/ Westermann Anhang Konzernrecht RN 4; Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 29 II..

[38] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 29 III 2a).

[39] Scholz/ Westermann Anhang Konzernrecht RN 12; Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 29 III 2a).

[40] Siehe hierzu Burgard ZIP 2002 S.827ff.

b) Gefahren für die Gläubiger der abhängigen Gesellschaft

Das oben geschilderte Beispiel zeigt daneben nicht nur die Gefahren, die eventuellen Minderheitsgesellschaftern aus der Konzernierung erwachsen, sondern auch diejenigen, die für die Gläubiger der abhängigen Gesellschaft entstehen. Schon als selbständige Gesellschaft weist die GmbH eine erhöhte Insolvenzanfälligkeit auf.[41] Ist aber ein unternehmerischer Mehrheitsgesellschafter vorhanden, der die wirtschaftliche Ziele der abhängigen Gesellschaft denen des Konzerns unterordnet, kann dieser oftmals geneigt sein, die abhängige GmbH zugunsten des Konzerns zu schädigen oder sogar auszuplündern. In einem solchen Fall ist im strafrechtlichen Schrifttum auch von „Unternehmensaushöhlung“ die Rede.[42]
So hat es auch der Angeklagte getan, indem er die „S-GmbH“ anwies, seiner „WUV- GmbH“ ein zinsloses Darlehen zu gewähren. Damit wird die Insolvenzanfälligkeit aber nochmals gesteigert, wie das Beispiel der in Konkurs gegangenen „S- GmbH“ zeigt.
Ist ein Minderheitsgesellschafter vorhanden, führt die mitgliedschaftliche Treuepflicht eventuell auch zu einem refelexartigen Schutz der Gläubiger. Diese mitgliedschaftliche Treuepflicht besteht aber nicht, wenn nur ein unternehmerischer Alleingesellschafter vorhanden ist.
Hier ist meines Erachtens zu klären, ob diese Lücke nicht durch den Untreuetatbestand geschlossen werden kann.
Zunächst soll aber auf die einzelnen Konzerntypen eingegangen werden.

2. Unterordnungskonzerne (§ 18 I AktG)

Um einen Unterordnungskonzern handelt es sich gemäß § 18 I AktG, wenn ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst sind. In einer solchen Situation besteht nach allgemeiner Meinung die oben schon geschilderte Konzerngefahr für die abhängige Gesellschaft. Diese ergibt sich daraus, dass der bei einer selbständigen Gesellschaft ohne weiteres vorauszusetzende Gleichlauf der Interessen der Gesellschaft und ihrer Gesellschafter an einem maximalen wirtschaftlichen Erfolg des Gesellschaftsunternehmens nicht mehr gewährleistet ist, wenn ihr herrschender Gesellschafter noch anderweitige unternehmerische Interessen außerhalb der Gesellschaft verfolgt und deshalb geneigt sein kann, seinen Einfluss in der abhängigen Gesellschaft zu deren Nachteil zur Förderung seiner anderen unternehmerischen Interessen durchzusetzen.[43]

a) Tatbestandvoraussetzungen

---

[41] Scholz/ Westermann Anhang Konzernrecht RN 14
[42] Lampe GA 1987 S.241, S.243. Unter einer Unternehmensaushöhlung ist ein Vorgang zu verstehen, bei dem die Substanzwerte einer Kapitalgesellschaft oder einem Unternehmen im Allgemeinen entzogen werden und nur die Belastungen (Verbindlichkeiten, Arbeitsverträge etc.) in diesem verbleiben. Dies führt dazu, dass eine ordnungsgemäße Liquidation in der Regel nicht mehr möglich ist und der Insolvenzantrag mangels Masse abgewiesen wird.
[43] BGHZ 95 S.330; S.334; Emmerich/ Habersack Anh. I § 318 AktG RN 4; Röhricht, in: FS 50 Jahre BGH S.83; Timm JuS 1999 S.553, S.556; Schnauder/ Müller- Christmann JuS 1998 S.980, S.983.

aa) Herrschendes Unternehmen

Der Gesellschafter einer GmbH ist Unternehmen im Sinne der §§ 15-19 AktG, wenn er neben einer maßgeblichen Beteiligung an der betreffenden abhängigen GmbH auf mindestens eine weitere Gesellschaft maßgeblichen Einfluss ausüben kann oder ein eigenes einzelkaufmännisches Unternehmen betreibt.[44] Hierfür kann selbst eine freiberufliche Tätigkeit genügen.[45] Entscheidend ist also die Verfolgung unternehmerischer Interessen auch außerhalb der Gesellschaft, wobei diese stark genug sein müssen, um die ernste Besorgnis zu begründen, der Anteilseigner könne um ihretwillen seinen Einfluss zum Nachteil der GmbH geltend machen.[46] Ausreichend ist daher die Möglichkeit einer solchen Einflussnahme.[47] Für die Unternehmenseigenschaft kommt es dabei nicht auf die Rechtsform an, sondern auf die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten sein zu können. Folglich kommen sowohl natürliche Personen, d.h. insbesondere Einzelkaufleute, juristische Personen wie zum Beispiel Kapitalgesellschaften, Vereine und Genossenschaften als auch Personenhandelsgesellschaften als Unternehmen im Sinne des Konzernrechts in Betracht.[48] Dieses ergibt sich insbesondere aus dem folgenden Zitat: „Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats kann auch eine natürliche Person Unternehmen im konzernrechtlichen Sinne sein. Der Senat ist auch bereits in seiner Entscheidung vom 23. 9. 1985 davon ausgegangen, dass dies nicht voraussetzt, dass der beherrschende Gesellschafter seine anderweitigen wirtschaftlichen Interessen in einem eigenen einzelkaufmännischen Unternehmen verfolgt. Die Gefahren, die aus der unternehmerischen Betätigung außerhalb der abhängigen Gesellschaft für deren Gläubiger und etwaige Minderheitsgesellschafter entstehen, sind nicht geringer, wenn diese Betätigung ausschließlich auf der Grundlage maßgeblicher Beteiligung an anderen Gesellschaften ausgeübt wird; das gilt jedenfalls dann, wenn die unternehmerische Betätigung in der Ausübung von Leitungsmacht - auch - in jenen anderen Gesellschaften besteht.“[49] Herrschend im Sinne des § 17 I AktG ist ein Unternehmen, wenn es seine wirtschaftlichen Zielsetzungen bei der abhängigen GmbH durchsetzen kann[50], d.h. wenn es über gesicherte rechtliche Möglichkeiten verfügt, dem abhängigen Unternehmen Konsequenzen für den Fall anzudrohen, dass es seinem Willen nicht Folge leistet, so dass sich das abhängige Unternehmen seinem Einfluss nicht zu entziehen vermag.[51]

---

[44] Lutter/ Hommelhoff Anh. § 13 AktG RN 6; Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 2 II1.

[45] BGH NJW 1994 S.3288, 3290. Dabei ist wie folgt argumentiert worden: „Für die Anwendung besonderer konzernrechtlicher Rechtssätze ist ausschlaggebend, dass es für ein abhängiges Unternehmen mit Gefahren verbunden sein kann, wenn der herrschende Gesellschafter außerhalb der Gesellschaft unternehmerische Interessen verfolgt. Der Grund für solche besonderen Gefahren liegt darin, dass es für den Gesellschafter wirtschaftlich vorteilhaft sein kann, den anderweitigen Interessen zu Lasten der Belange der von ihm abhängigen Gesellschaft den Vorzug zu geben. Ein derartiger Interessenkonflikt kann auch entstehen, wenn die Interessenverfolgung außerhalb der Gesellschaft in einer freiberuflichen Tätigkeit besteht.“

[46] BGHZ 69 S.334, S.337; 74 S.359, S.364; 80 S.69, S.72; OLG Köln GmbHR 1990 S.456, S.457; Hachenburg/ Ulmer Anh. § 77 GmbHG RN 20; Emmerich GmbHR 1987 S.213, S.214; Lutter/ Timm BB 1978 S.836, S.837; Ulmer NJW 1986 S.1579, S.1581; Schwark JuS 1987 S.443, S.444.

[47] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 2 II 2. Nach anderer Ansicht muss der betreffende Gesellschafter tatsächlich leitend auf das andere Unternehmen einwirken, Kort DB 1986 S.1909, S.1911; Mülbert ZHR 163 S.1, S.33/ 34.

[48] Lutter/ Hommelhoff Anh. § 13 GmbHG RN 6; Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 2 II 1; Timm JuS 1999 S.656, S.656.

[49] BGH NJW 1994 S.446, S.446.

[50] Timm JuS 1999 S.656, S.656.

[51] BGHZ 121 S.137, S.146; OLG Düsseldorf AG 1994 S.36, S.37/ 38.

bb) Einheitliche Leitung

Des Weiteren erfordert ein Konzern die Zusammenfassung mehrerer rechtlich selbständiger Unternehmen unter einheitlicher Leitung (§ 18 I AktG). Auf die Definition dieses Tatbestandsmerkmals ist vom Gesetzgeber verzichtet worden, obwohl es zentrale Bedeutung hat. Einigkeit besteht dabei dahingehend, dass unerheblich ist, auf welchem Wege eine einheitliche Leitung erzielt wird. Zu denken ist insbesondere an ausdrückliche Weisungen, Richtlinien für die gemeinsam zu verfolgende Politik, personelle Verflechtungen oder die Einrichtung von Konzernarbeitskreisen, aber auch an eine informelle Einflussnahme durch Wünsche, Ratschläge oder Empfehlungen.[52] Im Übrigen ist aber streitig, unter welchen Voraussetzungen von einer einheitlichen Leitung zu sprechen ist.
Nach dem engeren Konzernbegriff ist nur dann vom Vorliegen eines Konzerns auszugehen, wenn die Konzerspitze für die zentralen unternehmerischen Bereiche und dabei insbesondere das Finanzwesen eine einheitliche Planung aufstellt und bei den Konzerngliedern ohne Rücksicht auf deren Selbständigkeit durchsetzt. Es muss also für den Konzern einheitlich festgelegt werden, welchen Beitrag jedes Konzernunternehmen zum Konzernerfolg leisten muss, über welche Mittel es verfügen darf und wie diese aufzubringen sind.[53]
Nach dem weiten Konzerbegriff hingegen ist die einheitliche Finanzplanung zwar eine hinreichende, nicht aber eine notwendige Voraussetzung für das Vorliegen eines Konzerns. Ausreichend ist unter Umständen auch die einheitliche Planung in anderen zentralen Unternehmensbereichen wie etwa Einkauf oder Personalwesen, wenn die Koordinierung in den genannten Bereichen Ausstrahlungen oder Rückwirkungen auf das Gesamtunternehmen hat.[54]

cc) Abhängigkeit (§ 17 AktG)

Weiteres wesentliches Merkmal eines Konzerns ist die Abhängigkeit der Tochtergesellschaften von einem herrschenden Unternehmen („Mutter“).[55] Diese ist nach § 17 I AktG, wie durch die Verwendung des Wortes „kann“ deutlich gemacht wird, nicht erst gegeben, wenn der beherrschende Einfluss tatsächlich ausgeübt wird, sondern schon dann, wenn die Möglichkeit der Einflussnahme gegeben ist. Sie setzt voraus, dass das herrschende Unternehmen über fortdauernde und organisatorisch abgesicherte Mittel verfügt, die es ihm erlauben, dem abhängigen Unternehmen seinen Willen aufzuzwingen, und die die oben geschilderte Konzerngefahr begründen. Erforderlich ist des Weiteren, dass diese Einflussmöglichkeit wie zum Beispiel durch den Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung gesellschaftsrechtlich bedingt oder vermittelt wird, die bloß wirtschaftliche Abgängigkeit reicht nicht.[56]
Die Feststellung einer solchen Abhängigkeit wird durch die Vermutungsregelung des § 17 II AktG erleichtert.

---

[52] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 4 III 1e); Timm JuS 1999 S.656, S.658.
[53] Windbilcher, in: Großkommentar § 18 AktG RN 24/ 25.
[54] BayObLG AG 1998 S.523, S.524; MüKo/ Bayer § 18 AktG RN 33; Scholz/ Emmerich Anhang Konzernrecht RN 33; Timm JuS 1999 S.656, S.658.
[55] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 4 III; Timm JuS 1999 S.656, S.658.
[56] BGH NJW 1997 S.1855; 1856; Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 3 II 3..

dd) Zusammenfassung

Dem Tatbestandsmerkmal der Zusammenfassung kommt keine eigenständige Bedeutung zu.[57]

b) Einteilung der Unterordnungskonzerne

Bei den Unterordnungskonzernen lassen sich wiederum grob Vertrags- und faktische Konzerne unterscheiden, bei letzteren wiederum (einfach) faktische und qualifiziert faktische Konzerne.

aa) Vertragskonzern

Wesentliches Merkmal eines Vertragskonzerns ist die Gestaltung des Verhältnisses zwischen herrschender und abhängiger Gesellschaft durch einen Unternehmensvertrag im Sinne der §§ 291, 292 AktG, dessen grundsätzliche Zulässigkeit im GmbH-Recht außer Streit steht.[58] Die einschlägigen Rechtsnormen des Aktiengesetzes sind dabei ganz allgemein analog anzuwenden, nur im Einzelfall müssen für die GmbH nicht passende Regelungsteile unberücksichtigt bleiben[59], wobei dies nach herrschender Meinung insbesondere für die §§ 293a- 293g AktG gilt.[60] Im übrigen kann die GmbH solche Verträge sowohl als herrschende als auch abhängige Gesellschaft abschließen.[61] Dabei sind die folgenden Typen zu unterscheiden:

(1) Beherrschungsvertrag

(a) Definition

Die Begriffsmerkmale des Beherrschungsvertrages ergeben sich aus den § 291 I S.1 1.Alt AktG in Verbindung mit den §§ 18 I S.2, 291 II, 304 III S.1 und 308 I AktG.[62] Es handelt sich also um einen Vertrag, durch den sich die Gesellschaft der Leitung eines anderen Unternehmens beliebiger Rechtsform und Nationalität unterstellt (§ 291 I S.1 1.Alt. AktG) und der daher das herrschende Unternehmen berechtigt, dem Vorstand oder den Geschäftsführer der abhängigen Gesellschaft Weisungen zu erteilen (§ 308 I S.1 AktG) und letzteren verpflichtet, diese zu befolgen (308 II S.1 AktG). Folglich geht die Weisungskompetenz der Gesellschafterversammlung mit Ausnahme derjenigen Befugnisse, die wie zum Beispiel die Befugnis zur Satzungsänderung nach § 53 I GmbH zwingend diesem Organ, d.h. der Gesellschafterversammlung, zugewiesen ist, auf die herrschende Gesellschaft über und begibt sich die GmbH ihrer wirtschaftlichen Selbständigkeit.[63] Ist nichts anderes festgelegt, können diese Weisungen auch nachteilig für das Tochterunternehmen sein, wenn

---

[57] MüKo/ Bayer § 18 AktG RN 27.
[58] Baumbach/ Hueck/ Zöllner Schlussanhang I RN 36; Timm JuS 1999 S.760, S.763.
[59] Lutter/ Hommelhoff Anh. § 13 GmbHG RN 48.
[60] Baumbach/ Hueck/ Zöllner Schlussanhang I RN 43; Altmeppen ZIP 1998 S.1853, S.1857/ 1858; **a.A.:** Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 32 I 2a).
[61] Baumbach/ Hueck/ Zöllner Schlussanhang I RN 36.
[62] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 11 II..
[63] BGHZ 105 S.324, S.331/ 338; 103 S.1, S.4/5; Baumbach/ Hueck/ Zöllner Schlussanhang I RN 48; Lutter/ Hommelhoff Anh. § 13 GmbHG RN 50; Timm JuS 1999 S.760, S.763.

sie nur im Konzerninteresse erfolgen (308 I S.2 AktG). Folglich wird auf diesem Wege von Rechts wegen der Vorrang des Konzerninteresses vor dem Interesse der beherrschten Gesellschaft gewährleistet, die Konzernleitung legalisiert[64] und damit vergleichbar einer Satzungsänderung in den rechtlichen Status der beherrschten GmbH eingegriffen. Daraus ergibt sich nach allgemeiner Meinung die Notwendigkeit einer analogen Anwendung insbesondere der §§ 53, 54 GmbHG.[65] Demgemäss ist ein Beherrschungsvertrag mit einer GmbH als abhängiger Gesellschaft wirksam, wenn

- er entsprechend § 54 III GmbHG in das Handelsregister der beherrschten GmbH eingetragen wird[66],
- er schriftlich abgefasst wird (§ 293 III AktG analog)[67],
- die Gesellschafterversammlung der abhängigen GmbH zugestimmt hat, wobei dieser Beschluss der notariellen Beurkundung bedarf (§ 53 II S.1 GmbHG analog)[68]. Nach herrschender Meinung bedarf es dabei gemäß § 33 I S.2 BGB der Zustimmung aller Gesellschafter.[69]
- die Zustimmung in der herrschenden Gesellschaft mit satzungsändernder Mehrheit erfolgt ist, d.h. es bedarf einer ¾ - Mehrheit gemäß § 293 II, I S.2 AktG (analog im Falle der GmbH).[70] Dieser Beschluss bedarf aber nur in der AG, nicht aber in der GmbH der notariellen Beurkundung. Bei letzterer ist Schriftform ausreichend.[71]

(b) Auswirkungen auf den Untreuetatbestand

Kennzeichnend für den Beherrschungsvertrag ist also insbesondere, dass sich die abhängige Gesellschaft der Leitung des herrschenden Unternehmens vertraglich unterstellt. Sind damit aber unter bestimmten Umständen auch nachteilige Weisungen zulässig, kann das herrschende Unternehmen die abhängige Gesellschaft zum Beispiel anweisen, einen bestimmten Geschäftsabschluss, der vielleicht für die Einzelgesellschaft vorteilhaft wäre, für den Gesamtkonzern aber Nachteile mit sich brächte, zu unterlassen.
Dieser Weisung muss der Geschäftsführer Folge leisten (§ 308 II S.1 AktG). Soweit in einem solchen Fall das Weisungsrecht der Gesellschafter mit dem des herrschenden Unternehmens kollidiert, weil zum Beispiel die Gesellschafter den Geschäftsführer anweisen, den Geschäftsabschluss doch noch zu tätigen, hat das Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens den Vorrang.[72]

---

[64] Lutter/ Hommelhoff Anh. § 13 GmbHG RN 50.
[65] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 32 II 2; Timm JuS 1999 S.760, S.763.
[66] Baumbach/ Hueck/ Zöllner Schlussanhang I RN 37; Lutter/ Hommelhoff Anh. § 13 GmbHG RN 59; Timm JuS 1999 S.760, S.763.
[67] Baumbach/ Hueck/ Zöllner Schlussanhang I RN 38.
[68] Lutter/ Hommelhoff Anh. § 13 GmbHG RN 54.
[69] Baumbach/ Hueck/ Zöllner Schlussanhang I RN 39; Scholz/ Schmidt § 45 GmbHG RN 54; Drüke S.99; Ebenroth/ Müller BB 1991 S.358, S.359, Emmerich JuS 1992 S.102, S.103; Pache GmbHR 1995 S.90, S.92; Timm GmbHR 1992 S.211, S.215; Ulmer BB 1989 S.10, S.13; Kort ZIP 1989 S.1309, S.1311; Kleindiek ZIP 1988 S.613, S.616; **a.A. :** Hachenburg/ Ulmer Anh. § 77 GmbHG RN 203a.
[70] Timm JuS 1999 S.760, S.763; Raiser § 54 RN 17.
[71] Lutter/ Hommelhoff Anh. § 13 GmbHG RN 55/ 62.
[72] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 32 III 1..

Handelte es sich bei der GmbH um eine selbständige Gesellschaft, verwirklichte der Geschäftsführer durch den Nichtabschluss des gewinnbringenden Vertrages den Tatbestand der Untreue. Er hätte eine hinreichend konkrete Geschäftschance vereitelt.[73]
Da die Weisung aber im Konzerninteresse erfolgt und der Geschäftsführer daher folgepflichtig ist, kommt eine Untreue nicht in Betracht. Sein Verhalten ist zumindest gerechtfertigt, wenn nicht sogar schon nicht pflichtwidrig im Sinne eines Verstoßes gegen die Vermögensbetreuungspflicht.
Diese Ausführungen zeigen, dass es in dem Fall, dass das herrschende Unternehmen nicht zugleich Anteilseigner der abhängigen Gesellschaft ist, auf eine Vermögensbetreuungspflicht der Gesellschafter nicht ankommt. Vielmehr fragt es sich, ob und inwieweit sich aus dem Beherrschungsvertrag selbst eine Vermögensbetreuungspflicht des herrschenden Unternehmens gegenüber der abhängigen Gesellschaft ergibt.
Eine weitere Besonderheit des Vertragskonzerns ist die Verlustausgleichspflicht gemäß § 302 AktG, die unstreitig auch im GmbH- Vertragskonzern gilt.[74] Damit ist das herrschende Unternehmen verpflichtet, jeden während der Vertragsdauer auftretenden Jahresfehlbetrag der Gesellschaft auszugleichen. Infolgedessen könnte es schon an der Pflichtwidrigkeit einer Handlung, zumindest aber am Nachteil fehlen.

(2) Gewinnabführungsvertrag (§ 291 I S.1 2.Alt. AktG)

Durch den Gewinnabführungsvertrag verpflichtet sich die abhängige Gesellschaft, ihren gesamten Bilanzgewinn an das herrschende Unternehmen abzuführen, wobei sich der Mindestinhalt aus den §§ 291 I S.1, 304 III S.1 AktG ergibt.[75] Einerseits verpflichtet sich die abhängige Gesellschaft zur Abführung ihres gesamten Gewinns, andererseits das herrschende Unternehmen zur Zahlung eines Ausgleichs.
Unter Gewinn ist dabei der Bilanzgewinn zu verstehen. Dieser wird unter Berücksichtigung der §§ 300 Nr.1 und 301 AktG in Verbindung mit den handelsrechtlichen Bilanzierungsvorschriften und etwaigen Abreden der Parteien in einer Vorbilanz ermittelt, womit er dem Jahresüberschuss im Sinne des § 275 II Nr.20, III N.19 HGB entspricht.[76]
Für den Gegenstand der Untersuchung interessant sind dabei solche Gewinnabführungsverträge, die nicht mit einem Beherrschungsvertrag verbunden sind (isolierte Gewinnabführungsverträge[77]). Da der Beherrschungsvertrag dem herrschenden Unternehmen ein Weisungsrecht und damit einen größeren Einfluss in der Sphäre der abhängigen Gesellschaft einräumt, begründet er zwangsläufig auch eine weitergehende Pflichtenstellung. Sollten also aus dem Beherrschungsvertrag Vermögensbetreuungspflichten folgen, wären diese jedenfalls weitergehender als diejenigen, die sich –eventuell- aus einem isolierten Gewinnabführungsvertrag ergeben.
Handelt es um einen isolierten Gewinnabführungsvertrag in dem Sinne, dass er nicht mit einem Beherrschungsvertrag verbunden ist, ist auf den ersten Blick zumindest zweifelhaft, ob dieser Auswirkungen auf die Voraussetzungen des Untreuetatbestandes haben kann. Lediglich die Befug-

[73] Scholz/ Tiedemann Vor §§ 82ff GmbHG RN 20
[74] BGHZ 105 S.168, S.182; Scholz/ Emmerich Anhang Konzernrecht RN 187.
[75] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 12 II..
[76] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 12 IV 1..
[77] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 12 III 2..

nis des herrschenden Unternehmens, den Gewinn zu vereinnahmen, kann zunächst keine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der abführungspflichtigen Gesellschaft begründen, da keine Einflussnahmemöglichkeit auf den Geschäftsablauf besteht.
Als konzernspezifisches Untreueproblem könnte sich demgegenüber die Frage stellen, ob sich nicht eine Vermögensbetreuungspflicht des Geschäftsführers der abführungspflichtigen Gesellschaft gerade aus der Abführungspflicht ergibt.[78]

bb) Faktische Konzerne

(1) Definition

Ein faktischer[79] Konzern ist dann gegeben, wenn zwar kein Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag abgeschlossen wurde, dennoch aber das herrschende Unternehmen die tatsächliche Leitungsmacht besitzt.[80] Dieses ist insbesondere dann entsprechend der Vermutungsregelung des § 17 II AktG der Fall, wenn letzteres entweder eine Mehrheitsbeteiligung besitzt oder sogar Alleingesellschafter der abhängigen GmbH ist. Denn die Konsequenz einer solchen Anteilsverteilung ist, dass das herrschende Unternehmen die Stimmenmehrheit in der Gesellschafterversammlung besitzt und somit aufgrund der oben beschriebenen Weisungsgebundenheit der Geschäftsführung ohne vertragliche Legitimation sein anderweitig verfolgtes Interesse auch in der abhängigen GmbH durchsetzen kann.[81] Aufgrund dieser Ausgangssituation ist häufig von einer sogenannten „natürlichen Konzernoffenheit“ der GmbH die Rede[82], wobei sich, wie oben schon erläutert, erschwerend auswirkt, dass die §§ 311- 318 AktG, die die faktische Konzernierung der AG regeln, nicht entsprechend anwendbar sind. Folglich ist hier eine Regelungslücke gegeben, die durch die Rechtsprechung zu schließen ist.[83]

(2) Auswirkungen auf den Untreuetatbestand

Aus diesem Aufbau ergibt sich zwanglos, dass für die Frage, wann eine Untreue innerhalb dieser konzernrechtlichen Verbindungen gegeben ist, die bisher diskutierten GmbH- spezifischen Probleme fruchtbar gemacht werden können.
Grundsätzlich hat der Allein- oder Mehrheitsgesellschafter, der nicht anderweitig unternehmerisch tätig ist, die gleichen Rechte und Befugnisse wie der Allein- oder Mehrheitsgesellschafter, der sich nicht auf die Beteiligung an einer GmbH beschränkt. Ersterer kann genauso gut dem Geschäftsführer die Weisung erteilen, ein für die GmbH nachteiliges Rechtsgeschäft abzuschließen oder Vermö-

---

[78] Busch S.109
[79] Diese Form der Konzernierung wird in Abgrenzung zum Vertragskonzern oftmals auch als Nichtvertragskonzern bezeichnet.
[80] Baumbach/ Hueck/ Zöllner Schlussanhang I RN 80; Schmidt § 39 III 1; Wodicka S.129; Flum S.194; Schwark JuS 1987 S.443, S.447; Ensthaler/ Kreher BB 1995 S.1422, S.1422; Geitzhaus GmbHR 1989 S.397, S.398; Goette DStR 1993 S.568, S.568.
[81] Emmerich/ Habersack Anh. I § 318 AktG RN 22; Lutter/ Hommelhoff Anh.§ 13 GmbHG RN 9; Ransiek ZGR 1999 S.613, S.630.
[82] Wodicka S.127; Ensthaler/ Kreher BB 1995 S.1422, S.1422; Geitzhaus GmbHR 1989 S.397, S.398.
[83] BGHZ 65 S.15, S.18/ 19; ZIP 1985 S.1263, S.1266; Hachenburg/ Ulmer Anh. § 77 GmbHG RN 55; Baumbach/ Hueck/ Zöllner Schlussanhang I RN 99; Assmann, in: FS 100 Jahre GmbHG S.681.

gensgegenstände von der GmbH in sein Privatvermögen zu überführen, insbesondere im Wege der verdeckten Gewinnausschüttung. Der einzige Unterschied besteht lediglich, wie oben schon geschildert, darin, dass dieses Risiko bei einem anderweitig unternehmerisch tätigen Gesellschafter größer ist. Rechtlich gesehen ist die Ausgangssituation identisch.
Ebenso gilt dieses aber auch für die Pflichten des Gesellschafters. Unabhängig von der Konzernzugehörigkeit sind diese für beide Arten von Gesellschaftern identisch.
Damit ist spielt aber die Frage nach den strafrechtlichen Grenzen der Weisungsbefugnis bzw. die Frage, wann ein Einverständnis der Gesellschafter für den gemäß der Weisung bzw. dem Einverständnis handelnden Geschäftsführer die Verwirklichung des § 266 ausschließt, eine entscheidende Rolle.
Gleiches gilt für die Frage nach der Vermögensbetreuungspflicht des Gesellschafters. Ist der herrschende Gesellschafter gegenüber der abhängigen Gesellschaft vermögensbetreuungspflichtig, kann eine für die Tochtergesellschaft nachteilige Weisung unter Umständen eine Strafbarkeit nach § 266 nach sich ziehen. Aufgrund der Merkmalsüberwälzung gemäß § 14 I Nr.1 stünde dann der Geschäftsführer bzw. der Vorstand des herrschenden Unternehmens in der strafrechtlichen Verantwortung.
Diese Ausführungen gelten darüber hinaus nicht nur für den einstufigen faktischen Konzern, sondern auch für den mehrstufigen.
Einstufig ist ein Konzern, wenn es eine beherrschende Muttergesellschaft gibt, die entweder an einer Tochtergesellschaft oder an mehreren Tochtergesellschaften eine Mehrheits- oder Alleinbeteiligung besitzt.
Mehrstufig ist ein Konzern, in dem mindestens zwischen Mutter-, Tochter- und Enkelgesellschaft unterschieden werden kann. Voraussetzung ist also, dass die Muttergesellschaft eine Mehrheits- oder Alleinbeteiligung an einer / mehreren Tochtergesellschaft(en) besitzt, die wiederum Mehrheits- oder Alleinbeteiligungen an einer oder mehreren Enkelgesellschaft(en) besitzt(en).[84]
Durch eine solche Mehrstufigkeit wird der mögliche Täterkreis noch einmal erweitert.
Beispielhaft kann hier auf den Sachverhalt verwiesen, der der „Bremer- Vulkan- Entscheidung“ des BGH zu Grunde liegt. [85]
Im Jahre 1992 gelangte die B-AG durch den Abschluss eines Abtretungs- und Veräußerungsvertrages mit der Treuhandanstalt in den Besitz der M- GmbH. Zwar wurden von der B- AG unmittelbar nur 2 % der Anteile und die restlichen von der V – GmbH gehalten, diese Gesellschaft befand sich aber wiederum zu 100 % im Besitz der B- AG. Die M- GmbH war also eine Gesellschaft ohne konzernfreie Minderheit und die B- AG damit mittelbarer Alleingesellschafter.[86] Die abhängige M- GmbH wurde dann in den Liquiditätsausgleich des B- Konzerns einbezogen, was zur Folge hatte, dass von der EU zweckgebunden für die ostdeutsche M- GmbH genehmigten Fördermittel zum Teil an westdeutsche Töchter der B-AG flossen. Diese finanzielle Abhängigkeit wurde dann noch weiter durch den Beitritt der M- GmbH zum sogenannten CC- Vertrag verstärkt. Dieser war von der B-AG und den Beteiligungsgesellschaften zwecks Regelung der konzerninternen Finanzierungen und Geldanlagen abgeschlossen worden und verpflichtete die Töchter, frei verfügbare liquide Mittel

[84] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 4 I..
[85] BGH NJW 2001 S.3622ff (Bremer Vulkan).
[86] vgl. Lutter/ Hommelhoff Anh. § 13 GmbHG RN 41; Baumbach/ Hueck/ Zöllner Schlussanhang I RN 96.

ausschließlich bei der Treasury von B anzulegen und Betriebsmittelkredite nur bei ihr aufzunehmen. Folglich flossen die danach gezahlten EU Fördermittel an die Konzernzentrale und waren der Verfügung der M- GmbH entzogen. Dies hatte zur Folge, dass mit dem finanziellen Zusammenbruch der B-AG im Jahre 1996 – schon am 22.12.1995 hatte der Vorstand der B- AG gegenüber der M-GmbH erklärt, dass ihre Zahlungsahnforderungen an das zentrale Cash- Management nicht mehr bedient werden könnten- diese nicht mehr in der Lage war, der M-GmbH ihr Kapital zurückzuzahlen, womit deren Forderungen in der Bilanz auf Null wertberichtigt werden mussten. Dies führte zwangsläufig zu einer Unterbilanz und einer Überschuldung der M- GmbH und nur daher nicht zur Insolvenz, da sie auf Betreiben der Treuhandanstalt aus dem B- Konzern ausgegliedert und finanziell unterstützt wurde.
Diese Konzernstruktur ist ein typisches Beispiel für einen mehrstufigen faktischen Konzern, zeigt aber insbesondere auch die Ausweitung des möglichen Täterkreises. Als Täter einer Untreue zu Lasten der M- GmbH kämen hier in Betracht:
- der Geschäftsführer der M-GmbH, da er den Weisungen der Konzernzentrale Folge geleistet hat.
- die Gesellschafterin V-GmbH. Da diese eine juristische Person ist, würde das Merkmal der Vermögensbetreuungspflicht auf den oder die Geschäftsführer übergewälzt (§ 14 I Nr.1). Den Tatbestand der Untreue könnten die oder der Geschäftsführer verwirklicht haben, indem sie die Weisung der Muttergesellschaft zur Abführung der Liquidität an die Enkelgesellschaft weitergeleitet haben. Die B- AG hätte also die V- GmbH angewiesen, die M- GmbH anzuweisen, die Finanzmittel an das zentrale Cash- Management abzuführen („Befehlskette“), wobei aber zuzugeben ist, dass eine direkte Weisung der B- AG an die M- GmbH realitätsnaher ist.
- die B- AG. Hier würde das Merkmal der Vermögensbetreuungspflicht auf den Vorstand übergewälzt (§ 14 I Nr.1). Des Weiteren könnte der Vorstand auch als faktischer Geschäftsführer der M-GmbH anzusehen sein, womit es auf eine Vermögensbetreuungspflicht aus der Gesellschafterstellung nicht mehr ankäme.
In diesem Zusammenhang zeigt sich noch einmal, wie entscheidend die Beantwortung der Frage nach den Grenzen der Weisungsbefugnis der Gesellschafter ist. Gibt es solche nicht, wäre die Strafbarkeit des Geschäftsführers der M-GmbH ausgeschlossen, da er nur eine solche Weisung befolgt hat.
Schließlich besteht auch die Möglichkeit eines fehlenden Nachteils aufgrund konzernrechtlicher Ausgleichsansprüche, der zum Beispiel auf der Verletzung der mitgliedschaftlichen Treupflicht beruhen könnte.

cc) Qualifiziert faktische Konzerne

(1) Definition

Einen schwer abzugrenzenden und gesetzlich nicht geregelten Sonderfall des faktischen stellt der qualifiziert faktische Konzern dar, wobei als entscheidendes Differenzierungskriterium die Intensität der Abhängigkeit herangezogen wird. So soll es sich einerseits um einen einfachen faktischen Konzern handeln, wenn der abhängigen Gesellschaft noch ein deutliches Maß an Selbständigkeit belassen werde, ihr Eigeninteresse im Grundsatz fortwährend gesichert sei und sich einzelne Maßnahmen der Leitungsausübung unterscheiden ließen, andererseits aber um einen qualifiziert

faktischen, wenn das herrschende Unternehmen dauernd und umfassend in nachteiliger Weise wiederholt Einfluss nehme, einzelne schädigende Maßnahmen nicht mehr isolierbar seien, die Tochtergesellschaft wie eine Betriebsabteilung geführt werde und damit quasi eine Situation wie bei Abschluss eines Beherrschungsvertrages gegeben sei.[87] Dadurch werde die Geschäftstätigkeit der abhängigen Gesellschaft zu Lasten ihrer eigenen Existenz- und Entwicklungsfähigkeit dem Konzerninteresse unterworfen und breitflächig auf dieses Interesse ausgerichtet.[88]
Durch die „Bremer Vulkan"- Entscheidung hat der II. Zivilrechtssenat des Bundesgeruichtshofes- seine Rechtsprechung zum qualifiziert faktischen Konzern aber aufgegeben[89] und wendet diese daher nicht mehr an. Aufgrund dessen erübrigt sich ein weiteres Eingehen auf diese Rechtsfigur und die Vielzahl der damit verbundenen Probleme.[90]

(2) Auswirkungen auf den Untreuetatbestand

Handelte es sich beim qualifiziert faktischen Konzern also nur um einen faktischen Konzern mit höherer Leitungsdichte durch die Muttergesellschaft, hätte grundsätzlich auf die Ausführungen zum faktischen Konzern verwiesen werden können. Die Probleme bzw. Fragestellungen wären identisch gewesen.

dd) Eingliederung

Die engste Form der Konzernierung bildet schließlich die Eingliederung, die zur Folge hat, dass die eingegliederte Gesellschaft zur Betriebsabteilung des herrschenden Unternehmens wird. Geregelt ist diese Art des Zusammenschlusses ausschließlich für die AG in den §§ 319- 327 AktG, womit diese Vorschriften nicht analog auf die GmbH anwendbar sind. Daher kommt die Eingliederung einer GmbH ebenso wenig in Betracht wie die Eingliederung einer anderen Gesellschaft in die GmbH.[91]
Damit ergibt sich aber auch, dass die Eingliederung im Hinblick auf die Thematik der Untersuchung keine Rolle spielen kann. Die Bildung eines GmbH- Konzerns durch Eingliederung ist nicht möglich.

3. Gleichordnungskonzerne

Im Gegensatz zu den Unterordnungskonzernen handelt es sich um einen Gleichordnungskonzern gemäß § 291 II AktG, wenn mehrere Unternehmen unter einer einheitlichen Leitung zusammenge-

---

[87] Baumbach/ Hueck/ Zöllner Schlussanhang I RN 82; Schmidt § 39 III 3a; Lutter, in: Hommelhoff S.208; Flum S.194; Hommelhoff DB 1992 S.309, S.309/ 310; Ulmer ZHR 1984 S.391, S.422.
[88] BGH NJW 1986 S.188, S.190; GmbHR 1993 S.283, S.284.
[89] BGH NJW 2001 S.3622, S.3623; NJW 2002 S.1803, S.1805; NJW 2002 S.3024, S.3025.
[90] Hierzu kann auf die folgenden Fundstellen verwiesen werden: Baumbach/ Hueck/ Zöllner Schlußanh. I RN 83; Lutter/ Hommelhoff Anh. § 13 GmbHG RN 18; Stodolkowitz ZIP 1992 S.1517ff; Michalski/ Zeidler NJW 1996 S.224ff; Goette DStR 1993 S.568ff; ders. Goette DStR 2000 S.1066ff; Krieger ZGR 1994 S.375ff; Ensthaler/ Kreher BB 1995 S.1422ff; Kropff AG 1993 S.485ff; Kleindiek GmbHR 1992 S.574ff; Schwark JuS 1987 S.443ff; Schmidt NJW 1994 S.447ff; Geitzhaus GmbHR 1989 S.397ff; Assmann JZ 1986 S.929ff.
[91] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 29 III 2e); Emmerich/ Habersack Anhang I § 318 AktG RN 2.

fasst werden, ohne dass eine der beteiligten Gesellschaften von einer anderen abhängig wäre. Als Koordinierungsmittel kommen hierbei insbesondere personelle Verflechtungen in Betracht.[92]
Dabei darf sich die Koordinierung der Geschäftspolitik der einzelnen Unternehmen nicht auf einzelne Teilaspekte oder auf einzelne Betriebe der Unternehmen unter Ausklammerung anderer beschränken, vielmehr muss sie die beteiligten Unternehmen in ihrer Gesamtheit erfassen.[93]
Naheliegendstes Beispiel ist hier der Geschäftsführer, der diese Funktion für zwei oder mehrere GmbH ausübt.

a) Vertraglicher Gleichordnungskonzern

Ein vertraglicher Gleichordnungskonzern liegt vor, wenn die einheitliche Leitung der Unternehmen auf einem Vertrag beruht, durch den sich die Beteiligten freiwillig einer einheitlichen Leitung unterstellen. Diese gestaltet sich dann entweder so, dass eines der beteiligten Unternehmen die Gesamtleitung übernimmt, wobei die einzelnen Unternehmen aber rechtlich selbständig bleiben, oder ein neues gemeinsames Leitungsorgan gebildet wird. Auf diesem Wege entsteht zwischen den beteiligten Gesellschaften eine BGB- Innengesellschaft.[94]

b) Faktischer Gleichordnungskonzern

Ein solcher entsteht, wenn sich eine Gesellschaft rein tatsächlich auf Dauer der Leitung eines anderen Unternehmens unterstellt. Ausreichend hierfür ist der bloße Umstand der einheitlichen Leitung, die sich insbesondere bei dieser Art des Konzerns aus der personellen Verflechtung auf der Leitungsebene ergibt. Die Schaffung gemeinsamer Leitungsorgane oder besondere Absprachen sind demgegenüber keine Voraussetzung.[95]

c) Strafrechtliche Gesichtspunkte

Das obige Beispiel eines Geschäftsführers, der diese Funktion für zwei oder mehrere Gesellschaften ausübt, zeigt auch schon, dass es im Hinblick auf die Aspekte Vermögensbetreuungspflicht und Einverständnis der Gesellschafter keine Besonderheiten gibt. Als Geschäftsführer besteht gegenüber beiden GmbH eine Vermögensbetreuungspflicht, d.h., die Situation ist nicht anders als bei einer selbständigen GmbH. Die Frage nach der Vermögensbetreuungspflicht des Gesellschafters stellt sich zwar auch, hier aber ohne Konzernbezug, da keine anderweitige unternehmerische Tätigkeit gegeben ist.

---

[92] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 4 IV 2..
[93] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 4 IV 1..
[94] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 4 IV 2a)
[95] BGH NJW- RR 1999 S.1047, S.1050; Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 4 IV 2b).

2. Kapitel
Die Untreue im faktischen GmbH-Konzern
1. Untertitel
Die Untreuestrafbarkeit der Geschäftsführer der abhängigen Gesellschaft

A. Fremdheit des Vermögens

I. Vermögen

Der Vermögensbegriff des § 266 entspricht dem des § 263[96], womit auch im Rahmen des Untreuetatbestandes die verschiedenen Vermögenstheorien Bedeutung erlangen können.[97]
Für den Gegenstand der Untersuchung spielen diese unterschiedlichen Ansätze aber keine Rolle, da es um die abstrakte Frage nach der Vermögensbetreuungspflicht der Gesellschaftsorgane geht, nicht aber um die Bejahung oder Verneinung eines Vermögensnachteils und damit einer Untreuestrafbarkeit im konkreten Fall. Ausreichend ist damit ein Ausgehen von der allgemeinen Formulierung, dass es sich bei dem Vermögen um die Gesamtheit der geldwerten Güter einer juristischen oder natürlichen Person handelt.[98]

II. Fremdheit

Die Existenz des Untreuetatbestandes rechtfertigt sich durch den Umstand, dass sich Vermögensinhaber aus tatsächlichen (z.B. die mangelnde Erfahrung im Umgang mit großen Geldmengen, Zeitnot) oder rechtlichen Gründen oftmals gezwungen sehen, die Besorgung ihrer finanziellen Angelegenheiten ganz oder teilweise Dritten zu überlassen. Diese Ausführungen

---

[96] Tröndle/ Fischer § 266 RN 56; Scholz/ Tiedemann Vor §§ 82ff GmbHG RN 13; Lackner/ Kühl § 266 RN 17.
[97] Die rein juristische Theorie wird in der aktuellen Diskussion nicht mehr vertreten (Tröndle/ Fischer § 263 RN 54; Kaufmann S.15). Danach wurde das Vermögen als Inbegriff der Vermögensrechte und –pflichten einer Person verstanden, wobei der wirtschaftliche Wert keine Berücksichtigung fand. Dementsprechend sollte der Schaden in einem de facto Rechtsverlust oder im Ausbleiben der rechtlich zustehenden Gegenleistung zu sehen sein (RGSt 3 S.332, S.333; Binding S.240).
Demgegenüber vertrat der BGH zunächst einen rein wirtschaftlichen Vermögensbegriff in dem Sinne, dass das Vermögen aus allen ökonomisch werthaften, geldwerten Positionen, unabhängig von ihrer rechtlichen Anerkennung bestehe. Damit gehörten auch widerrechtlich erlangte Güter zum Vermögen und gebe es grundsätzlich keine wirtschaftliche Werte, die nicht gegen Betrug, Untreue usw. geschützt seien (RGSt 44 S.230, S.233; BGHSt 1 S.264, S.266; 3 S.99, S.102; 26 S.346, 347).
Zwischen diesen beiden Ansichten steht die juristisch- ökonomische Vermögenslehre. Diese stimmt im Ausgangspunkt mit der wirtschaftlichen Betrachtungsweise überein, begrenzt jedoch den Bereich des geschützten Vermögens unter rechtlichen Gesichtspunkten. Danach ist Vermögen die Summe aller geldwerten Positionen einer Person, die ihrer rechtlichen Verfügungsmacht unterliegen und die ihr unter dem Schutz der Rechtsordnung (Welzel S.301/ 302; Franzheim GA 1960 S.269, S.277) oder wenigstens ohne deren Missbilligung zustehen (Schönke/ Schröder/ Cramer § 263 RN 82; Cramer S.100; Lenckner JZ 1967 S.105, S.107).
Außerhalb des Systems der geschilderten Theorien steht die personale Vermögenslehre. Danach ist das Vermögen als Grundlage der Persönlichkeitsentfaltung anzusehen, womit bei der Schadensfeststellung von subjektiven Maßstäben auszugehen und vor allem die Minderung der wirtschaftlichen Potenz des Opfers und der Zweck der Verfügung zu berücksichtigen sei. Das Vermögen sei damit eine personal strukturierte Einheit, die die Entfaltung der Person im gegenständlichen Bereich gewährleiste (Bockelmann JZ 1952 S.461, S.464; Hardwig GA 56 S.6, S.17/ 18).
[98] Tröndle/ Fischer § 266 RN 55

beanspruchen erst recht für juristische Personen als rechtliche Konstrukte Geltung, da sie ohne einen gesetzlichen Vertreter schon aus tatsächlichen Gründen nicht am Rechtsverkehr teilnehmen können.[99]
Diese Nähe eines Dritten zu dem Vermögen begründet aber auch zwangsläufig die Gefahr, dass er sich unbefugt bereichert. Schutzgut des § 266 ist also das fremde Vermögen, die Tat muss sich mithin auf dieses beziehen.
Die Beurteilung der Fremdheit richtet sich dabei nach ganz überwiegender Auffassung nach dem materiellen Zivilrecht.[100] Danach gebietet § 13 I GmbHG die Einordnung der GmbH als juristische Person, die damit Inhaberin des Gesellschaftsvermögens ist.[101]
Damit ist das Gesellschaftsvermögen der abhängigen Gesellschaft für den Geschäftsführer unzweifelhaft[102] fremd im Sinne des § 266.

B. Vermögensbetreuungspflicht

Kennzeichnend für § 266 ist des Weiteren die Aufteilung in 2 Tatbestände: den Missbrauchs- und den Treuebruchstatbestand.[103]
Ersteren beschreibt das Gesetz als den Missbrauch der dem Täter durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumten Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten.
Entscheidend ist also ein Missbrauch der Verpflichtung- und Verfügungsbefugnis, also das im Rahmen des rechtsverbindlich wirkenden Könnens des Täters erfolgende bewusste Überschreiten der Grenzen des im Innenverhältnis einzuhaltenden rechtlichen Dürfens.[104] Dieses ist aber nur durch wirksames rechtsgeschäftliches oder hoheitliches Handeln möglich.[105] Folglich ist hierbei insbesondere an Verfügungen, wie zum Beispiel die Belastung eines Vermögensrechtes mit einem Pfandrecht, der Erlass einer Forderung oder eine Übereignung zu denken. Das rein tatsächliche Einwirken auf fremdes Vermögen wird hingegen nicht durch den Missbrauchstatbestand erfasst.[106]
Den Treuebruchstatbestand kennzeichnet das Gesetz als die Verletzung der dem Täter kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen.
Hier kann eine bloß faktische Herrschaft über die Vermögensinteressen eines anderen unter Umständen ausreichend sein.[107]
Wie das Verhältnis der beiden Tatbestände zueinander zu beschreiben ist, ist umstritten, wobei sich dieser Meinungsstreit an der Kennzeichnung des Geschädigten als desjenigen, „dessen Vermögensinteressen der Täter zu betreuen hat“ entzündet hat.

---

[99] Hachenburg/ Kohlmann Vor § 82 GmbHG RN 59; Wabnitz/ Janovsky 2 Kapitel VII 1..
[100] Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 6; Tröndle/ Fischer § 266 RN 11; LK/ Schünemann § 266 RN 70; Labsch Jura 1987 S.343, S.347.
[101] BGH NJW 2002 S.3024, S.3025; Scholz/ Emmerich § 13 GmbHG RN 10/ 12; Wabnitz/ Janovsky 2 Kapitel VII 1..
[102] LK/ Schünemann § 266 RN 70; Dreher/ Tröndle § 266 RN 11; Kohlmann RN 201.
[103] Dreher/ Tröndle § 266 RN 6; Scholz/ Emmerich Vor §§ 82ff GmbHG RN 14/ 15; Ewald S.99.
[104] BGHSt 5 S.61, S.63; BGH JR 1985 S.28, S.28.
[105] BGH wistra 1996 S.72, S.72; Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 14; Scholz/ Tiedemann Vor §§ 82ff GmbHG RN 14.
[106] Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 15.
[107] BGH NJW 1984 S.800, S.800; Tröndle/ Fischer § 266 RN 31.

Zusammenfassend teilt sich das Meinungsspektrum in 3 Ansichten auf.
Überwiegend wird davon ausgegangen, dass der Missbrauchstatbestand lediglich einen Spezialfall des Treuebruchstatbestandes darstellt. Es handele sich um einen besonders hervorgehobenen Anwendungsfall (monistische Theorie).
Folglich setze die Verwirklichung sowohl der ersten als auch der zweiten Alternative die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht voraus.[108]
Die Gegenansicht betont hingegen die Eigenständigkeit der Missbrauchs- und der Treuebruchsalternative. Beide seien sich einander ergänzende Untreuetatbestände mit der Konsequenz, dass der Missbrauchstatbestand im Innenverhältnis keine Vermögensbetreuungspflicht erfordere (dualistische Theorie). Die Kennzeichnung des Geschädigten als desjenigen, „dessen Vermögensinteressen der Täter zu betreuen hat“ diene nur dazu, die Person des Geschädigten zu bezeichnen.[109]
Darüber hinaus werden von einer gewichtigen Meinung die Anforderungen an die Vermögensbetreuungspflicht im Rahmen des Missbrauchstatbestandes reduziert. Die Befugnis müsse dem Täter lediglich im Interesse des Vermögensinhabers und nicht nur im eigenen Interesse eingeräumt worden sein. Eine inhaltsgleiche Übertragung der Anforderungen an die Vermögensbetreuungspflicht des Treuebruchstatbestandes führe hingegen zu Strafbarkeitslücken.[110]
Wie man sich aber auch entscheidet, auf jeden Fall ist die Vermögensbetreuungspflicht das wesentliche Merkmal zumindest des Treubruchstatbestandes. Folglich kann eine Auseinandersetzung mit den verschiedenen Ansichten unterbleiben, wenn man zu dem Ergebnis kommt, dass die Person, die als Täter der Untreue in Frage kommt, der GmbH gegenüber vermögensbetreuungspflichtig ist.

I. Die Voraussetzungen der Vermögensbetreuungspflicht

Der Treuebruchtatbestand ist durch das Tatbestandsmerkmal „durch Treueverhältnis begründete Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen“ sehr weit geraten. Unumstritten ist daher, dass zumindest er durch das ungeschriebene Merkmal der Vermögensbetreuungspflicht konkretisiert werden muss[111], wenn man nicht sogar seine Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgebot des Art.103 II GG in Zweifel zieht.[112]
Im Übrigen gibt es für die Frage, welche tatbestandlichen Voraussetzungen eine Vermögensbetreuungspflicht hat, zwei Erklärungsversuche, die sich aber nicht im Sinne eines Theorienstreits gegenüberstehen, sondern sich vielmehr gegenseitig ergänzen.

1. Gesamtschau der Rechtsprechung

In der Rechtsprechung wird das Merkmal der Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen in einer Art Gesamtschau nach dem Gewicht und der Bedeutung des fraglichen Vorgangs bestimmt. Offensichtlich wird diese Vorgehensweise, wenn man die folgende Aussage betrachtet:

---

[108] BGHSt 24 S.386, S.387; Tröndle/ Fischer § 266 RN 18.
[109] Labsch NJW 1986 S.104, S.107/108.
[110] Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 2.
[111] LK/ Schünemann § 266 RN 58; Tröndle/ Fischer § 266 RN 5.
[112] Labsch S.202; Arzt, in: FS für Bruns S.367.

„Ob eine Wahrnehmung von Vermögensinteressen im Sinne des Treubruchstatbestandes vorliegt, kann nur nach den gesamten Umständen des Falles entschieden werden: der Grad der Selbständigkeit, der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit und der Verantwortlichkeit des Verpflichteten, die Dauer, der Umfang und die Art seiner Tätigkeit sind hierfür nur Beweisanzeichen.“[113] Das heißt, dass die genannten Merkmale nicht kumulativ zu prüfen sind, dass ein nicht vorliegendes Merkmal durch das Vorliegen eines anderen kompensiert und die Vermögensbetreuungspflicht dennoch gegeben sein kann.
Eine wesentliche Rolle im Rahmen dieser „Indizkonstruktion“[114] spielen die folgenden Merkmale:

a) Verpflichtung zur fremdnützigen Vermögensfürsorge[115]

Dieses Begriffsmerkmal bereitet keine weiteren Probleme. Die Pflicht muss sich lediglich auf fremdes Vermögen beziehen. Ausgeschieden werden damit insbesondere Schuldverhältnisse, die dadurch charakterisiert werden, dass fremde Vermögensinteressen auf eigene gegenläufige treffen. Gemeint sind damit insbesondere Leistungsaustauschverhältnisse, wo die Parteien die vertragliche Beziehung nur deshalb knüpfen und aufrechterhalten, um ihren eigenen Vorteil zu verfolgen.[116]
Keine Vermögensbetreuungspflicht begründen daher Veräußerungsverträge[117], Gebrauchs- und Nutzungsüberlassungsverträge[118], Darlehen[119] oder Werkverträge[120].
Eine Verpflichtung zur fremdnützigen Vermögensfürsorge kann sich unter Umständen ebenfalls aus der faktischen Herrschaft über fremde Vermögensinteressen ergeben. Eie solche tatsächliche Verfügungsmacht reicht aber nur aus, wenn damit ein schützenswertes Vertrauen in die pflichtgemäße Wahrnehmung der Vermögensinteressen verbunden ist.[121]
Zu denken ist dabei insbesondere an die folgenden zwei Fallgruppen:
Erstens geht es um zivilrechtlich nicht wirksam entstandene Betreuungsverhältnisse, bei denen aufgrund des tatsächlichen oder mutmaßlichen Willens der Beteiligten und tatsächlicher Pflichtenübernahme gleichwohl ein faktisches, fremdnütziges Herrschaftsverhältnis über fremdes Vermögen entstanden ist. So insbesondere auch beim faktischen Geschäftsführer einer GmbH.[122]
In der zweiten Fallgruppe geht es um zivilrechtlich erloschene Betreuungsverhältnisse, bei denen nach dem Willen der Beteiligten das Betreuungsverhältnis tatsächlich fortbesteht.[123]

b) Raum für eigenverantwortliche Entscheidungen

Erforderlich ist des Weiteren, dass dem Täter die ihm übertragene Tätigkeit nicht durch ins einzelne gehende Weisungen vorgezeichnet ist, sondern ihm Raum für eigenverantwortliche Entscheidungen

[113] BGHSt 13 S.315, S.317.
[114] Küper S.338.
[115] BGH NJW 2004 S.2248, S.2252; NJW 1991 S.2574, S.2574.
[116] BGH GA 1977 S.18, S.19.
[117] BGHSt 9 S.84, S.87.
[118] BGHSt 8 S.271, S.272.
[119] BGH GA 1977 S.18, S.19.
[120] BGH NJW 1978 S.2105, S.2106.
[121] BGH NJW 1997 S.66, S.67; wistra 1999 S.419, S.419.
[122] BGH NJW 1997 S.66, S.67; Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 30; LK/ Schünemann § 266 RN 63.
[123] Tröndle/ Fischer § 266 RN 32; LK/ Schünemann § 266 RN 62.

und eine gewisse Selbständigkeit verbleibt.[124] Dieses Kriterium ist aber von der Rechtsprechung sehr extensiv ausgelegt und damit zum Teil zur Bedeutungslosigkeit abgewertet worden. So soll sich das Einkassieren, Verwalten und Abliefern von Geld dann als Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen darstellen, wenn der Kassierer lediglich zur Kontrolle der Einnahmen und der Ablieferungen Bücher zu führen, Quittungen zu erteilen und Wechselgeld herauszugeben hat.[125] Ausreichend ist damit die allgemeine berufliche Selbständigkeit gegenüber dem Auftraggeber in der Erfüllung von Aufträgen, womit zum Beispiel auch ein Bankinhaber erfasst sein soll.[126]
Im Ergebnis dient dieses Kriterium „eines gewissen Spielraumes, einer gewissen Bewegungsfreiheit oder Selbständigkeit“ lediglich der Abgrenzung zu rein mechanischen Tätigkeiten wie der Arbeit als Bote oder der Erledigung untergeordneter Einzelaufträge. Unerheblich ist dabei, ob die Tätigkeit hinter der eines Vermögensverwalters mehr oder weniger zurückbleibt.[127] Insbesondere sei eine eigene Dispositionsbefugnis nicht erforderlich, da ansonsten nur noch Geschäftsführer von Unternehmen und selbständige Verwalter von Vermögensmassen fremde Vermögensinteressen im Sinne des § 266 wahrzunehmen hätten.[128]

c) Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen als Hauptpflicht

Darüber hinaus muss die Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen den Hauptgegenstand der Rechtsbeziehung bilden. Es muss sich um die Verletzung eines Treuverhältnisses handeln, das den Täter gerade zur Betreuung von Vermögensinteressen des Treugebers verpflichtet, wobei es sich stets um Beziehungen von einigem Gewicht und um Pflichten oder Pflichtenkreise von gewisser Bedeutung handeln muss.[129]
Konsequenterweise sieht die Rechtsprechung in dem vorsätzlichen Verstoß gegen die Pflicht, sich vertragsgemäß zu verhalten, keine Untreue.[130] Einfache schuldrechtliche Verpflichtungen begründeten kein Treuverhältnis im Sinne von § 266, da es nicht Zweck dieser Vorschrift sei, die Nichterfüllung oder Verletzung von Leistungs- oder allgemeinen, auf Treu und Glauben beruhenden Schuldnerpflichten schlechthin als Untreue zu bestrafen.[131]
Vielmehr müsse die Pflicht wirtschaftlich betrachtet den wesentlichen Inhalt des Rechtsverhältnisses darstellen und sich nicht nur nebenher ergeben.[132]

d) Dauer und Umfang der Tätigkeit

Zum Teil wird in einigen Entscheidungen darauf abgestellt, dass es sich um Tätigkeiten von gewisser Dauer handele und sie einen über einen Einzelfall hinausgehenden Umfang gehabt hätten.[133]

---

[124] BGH NJW 1991 S.2574, S.2574.
[125] BGH wistra 1989 S.60, S.61.
[126] BGH BB 1958 S.323, S.323.
[127] RGSt 69 S.58, S.60/ 61.
[128] BGHSt 13 S.315, S.318.
[129] BGHSt 1 S.186, S.188/ 189; 3 S.289, S.293/ 294.
[130] BGHSt 24 S.386, S.388.
[131] BGHSt 28 S.20, S.23/ 24.
[132] BGHSt 4 S.170, S.172.
[133] RGSt 77 S.337, S.343; BGHSt 13 S.315, S.317.

e) Art der Tätigkeit

Schließlich soll auch die Art der Tätigkeit einen Anhaltspunkt liefern können.[134] So hat der BGH- betrachtet man die Kassierer- und Buchführungsfälle[135]- erkennbar darauf abgestellt, welche Höhe die von der betroffenen Schädigungshandlung betroffenen Vermögenswerte hatten und damit welche Funktion der Täter hatte.

2. Charakter einer Geschäftsbesorgung

In der Literatur wählt man hingegen einen anderen Ansatz, indem man den Charakter des Betreuungsverhältnisses als Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 BGB in den Vordergrund stellt.[136]
Nach zivilrechtlicher Definition ist Geschäftsbesorgung eine selbständige, eigene Überlegung erfordernde Tätigkeit wirtschaftlicher Art im Interesse eines anderen (des Geschäftsherren) innerhalb einer fremden wirtschaftlichen Interessenssphäre, wobei diese Tätigkeit eigentlich dem Geschäftsherren selbst obläge, ihm aber von einem anderen abgenommen wird.[137]
Dieses Merkmal übe eine Abgrenzungsfunktion zu den Schuldverhältnissen aus, die zur Leistung an den Vertragsgegner verpflichteten und diene als Kristallisationspunkt für die einzelnen Kriterien der Selbständigkeit, Bewegungsfreiheit und Verantwortlichkeit.[138]
Einigkeit besteht aber nur im Hinblick auf den Ansatz „Geschäftsbesorgung“ und die fremdnützige Typisierung des Schuldverhältnisses[139], die daraus gezogenen Schlussfolgerungen differieren aber.
So wird zum Beispiel darauf abgestellt, dass maßgebliches Kriterium innerhalb des Begriffes „Geschäftsbesorgung“ die Selbständigkeit des Betreuungspflichtigen sei.[140] Der Täter müsse eine Garantenstellung über das fremde Vermögen in dem Sinne haben, dass sein Herrschaftsbereich über die einzelne Sache hinausgehe und daher das Vermögen als solches betreffe.[141] Eine solche „qualifizierte Herrschaft“ bedeute Abwesenheit von Kontrolle, wobei unter Kontrolle nicht die Frage einer nachträglichen Nachprüfung, sondern die gleichzeitige Steuerung und Überwachung zu verstehen sei. Folglich sei tauglicher Täter des Treuebruchstatbestandes, wer sich bei seiner fremdnützigen Tätigkeit gewissermaßen selbst zu kontrollieren habe.[142]
Hieraus folge, dass der Rechtsprechung im Hinblick auf Kassierern und ähnlichen Personen zuzustimmen sei. Da der Täter in diesen Fällen selbst über seine Tätigkeit Buch zu führen habe, handele er ohne aktuelle Kontrolle und übe durch die in seine Kompetenz fallende Rechenschaftslegung eine Herrschaft über das Vermögen als solches aus.[143] Eine engere Bestimmung des Täterkreises

---

[134] BGHSt 13 S.315, S.317.
[135] BGHSt 13 S.315 S.318/ 319; 18 S.312, S.313; wistra 1989 S.60, S.61.
[136] Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 23a; LK/ Schünemann § 266 RN 74; Tröndle/ Fischer § 266 RN 29.
[137] BGHZ 56 S.204, S.207.
[138] LK/ Schünemann § 266 RN 74.
[139] Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 23a; NK/ Kindhäuser § 266 RN 50; LK/ Schünemann § 266 RN 75; Lackner/ Kühl § 266 RN 11.
[140] LK/ Schünemann § 266 RN 82; Maurer GmbHR 2004 S.1549, S.1549.
[141] Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 23a; NK/ Kindhäuser § 266 RN 56; LK/ Schünemann § 266 RN 85.
[142] LK/ Schünemann § 266 RN 85.
[143] LK/ Schünemann § 266 RN 86.

würde den vom historischen Gesetzgeber gewollten Schutzbereich des § 266 reduzieren und sei aus Opferschutzgesichtspunkten abzulehnen.[144]
Des Weiteren könne sich die Selbständigkeit selbstverständlich auch aus einer Leitungsbefugnis in einem Betrieb ergeben.[145] Auf das Typusmerkmal der Selbständigkeit könne unter Umständen auch ganz verzichtet werden, wenn die übrigen Züge des Betreuungsverhältnisses besonders stark ausgeprägt seien, etwa bei einer Vertrauensstellung für Dispositionen über das gesamte Vermögen wie bei der Anlageberatung.[146]
Als weiteres Erkennungszeichen könne herangezogen werden, ob das ausbedungene Verhalten typisch oder doch wesentlich vermögensfürsorgerischer Natur sei, wohingegen nicht darauf abzustellen sei, ob bei zivilrechtlicher Betrachtung eine Haupt- oder Nebenpflicht in Rede stehe.[147]
Letzteres ergebe sich daraus, dass auch durch Nebenabreden zu solchen Verträgen, die nicht durch eine vermögensfürsorgerische Hauptpflicht gekennzeichnet sein, eine fremdnützige Obhutstellung begründet werde, so zum Beispiel beim Kaufvertrag unter Eigentumsvorbehalt. Erforderlich sei aber die tatsächliche Übernahme einer solchen selbständigen Obhutstellung.[148]
Daneben wird zwar auch auf den Geschäftsbesorgungscharakter als maßgebliches Kriterium abgestellt, erforderlich sei es aber, wie die Rechtsprechung das Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht anhand einer wertenden Gesamtbetrachtung zu bestimmen. Anhaltspunkte seien,
- ob die Vermögensbetreuung eine Hauptpflicht darstelle, d.h. sie nicht nur eine beiläufige sondern mitbestimmende Pflicht sei,
- dass der Täter eine Möglichkeit zur selbständigen Entscheidung innerhalb eines gewissen Ermessensspielraumes habe. Entscheidend sei hier das Fehlen von Kontrolle.
- dass den Täter eine besondere herausgehobene Pflicht treffe, Vermögensinteressen eines Dritten zu betreuen, d.h. drohende Vermögensnachteile abzuwenden.[149]
Gemäß einem weiteren Ansatz wird eine besonders qualifizierte Garantenbeziehung zu dem fremden Vermögen für erforderlich gehalten, die auch die Verfolgung der wirtschaftlichen Ziele des Geschäftsherren umfasse und damit in der Regel auf eine Vermögensmehrung gerichtet sei.
Daneben sei auf die Selbständigkeit abzustellen und ein gewisses Maß an Dispositionsbefugnis zu fordern, womit als Täter der Untreue alle diejenigen ausschieden, die wie Verkäufer in Ladengeschäften, Kassierer und Auslieferungsfahrer ausschließlich nach festen und detaillierten Regeln Geschäfte abzuschließen bzw. abzuwickeln hätten und denen der Gewahrsam an Waren oder Geld nur für eng begrenzte Zwecke und den dafür erforderlichen Zeitraum, verbunden zumeist mit täglicher Ablieferungspflicht, eingeräumt sei.[150]
Einigkeit besteht dann aber wieder dahingehend, dass die von der Rechtsprechung benutzten Kriterien Dauer, Art und Umfang der Tätigkeit untauglich oder zumindest von nur bedingtem Aussagewert seien.[151] So habe der Kassenbote, der die Tageseinnahmen seiner Firma zur Bank zu bringen habe und nach 25 jähriger Tätigkeit mit einer Million das Weite suche, keinen Augenblick

---

[144] LK/ Schünemann § 266 RN 86.
[145] LK/ Schünemann § 266 RN 86.
[146] LK/ Schünemann § 266 RN 86 a.E..
[147] So auch Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 24.
[148] NK/ Kindhäuser § 266 RN 56; LK/ Schünemann § 266 RN 88.
[149] Tröndle/ Fischer § 266 RN 29.
[150] Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 23a.
[151] Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 23a; LK/ Schünemann § 266 RN 87.

Vermögensinteressen der Firma selbständig wahrzunehmen gehabt, wohingegen der Auftrag zu einer einzelnen Tätigkeit wie zum Beispiel nach sachverständigen Ermessen das Gemälde eines alten Meisters zu ersteigern oder ein Aktienpaket zu erwerben, durchaus eine Vermögensbetreuungspflicht begründen könne.[152]

3. Schlussfolgerung

Meines Erachtens wird man dem Rechtsgut des § 266 StGB nicht gerecht, wenn man zu hohe Anforderungen an das besondere Treueverhältnis stellt.
Rechtsgut der Untreue ist das Vermögen als solches. Dieses ist besonders schutzwürdig, da sich Vermögensinhaber aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen vielfach gezwungen sehen, die Erledigung ihrer finanziellen Angelegenheiten ganz oder teilweise Dritten zu überlassen und zu diesem Zweck diesen Personen Zugriff auf ihre finanziellen Mittel zu gewähren. Bei juristischen Personen ergibt sich dieses Erfordernis schon allein aus der Natur der Sache, da sie sich als bloße Rechtskonstrukte nicht selbst um ihre geschäftlichen Dinge kümmern können.[153] Aber auch natürliche Personen sind aufgrund Zeitmangels oder fehlenden Erfahrungen in der Finanzwelt darauf angewiesen, dass andere Personen ihr Geld gewinnbringend anlegen.
Ergibt sich also oftmals ein Zwang, außenstehenden Personen Vertauen zu schenken und Zugriff auf einen wesentlichen Bereich des Privatlebens zu gewähren, bedarf es auch einer Vorschrift, die den Missbrauch dieses Vertrauens verhindert. Dies ist insbesondere erforderlich, da die Verwaltung fremden Vermögens mittlerweile ein unverzichtbares Element unserer Wirtschaftsordnung ist und fortwährender ungestrafter Missbrauch mit der Konsequenz, dass die Menschen ihr Geld sozusagen „unter dem Kopfkissen“ aufbewahren, diese zusammenrechen lassen würde.
Andererseits muss man den Strafrahmen der Untreue von bis zu 5 Jahren beachten. Vergleicht man diesen mit dem der Unterschlagung – bis zu drei Jahre Freiheitsstrafe- als dem Grundtatbestand der Vermögensdelikte, zeigt sich, dass die bloße Zueignung oder Zufügung eines Vermögensnachteils einen erhöhten Strafrahmen nicht rechtfertigt. Dieses Ergebnis wird dadurch bestätigt, dass es den Qualifikationstatbestand der „veruntreuenden Unterschlagung“ (§ 246 II StGB) gibt, der ein Freiheitsstrafe von bis zu 5 Jahren androht und dann einschlägig ist, wenn die Sache dem Täter „anvertraut“ war.
Ein erhöhtes Strafmaß ist also nur dann gerechtfertigt, wenn zwischen dem Vermögensinhaber und dem Täter ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht, dass durch die Tat missbraucht/ verletzt wird und dessen Missbrauch/ Verletzung ein besonderes Unrecht darstellt.[154] Allein schon aus dem Begriff Treueverhältnis ergibt sich, dass eine besondere innere Beziehung zwischen diesen Personen bestanden haben muss, die durch die Tathandlung „verraten“ wird.
Diesen Tatsachen wird man meines Erachtens am ehesten gerecht, wenn man eine Gesamtschau vornimmt.
Im Hinblick auf das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot (Art.103 II GG) kann diese Feststellung allein nicht ausreichend sein. Erforderlich ist vielmehr die Ermittlung von Kriterien, anhand derer

---

[152] LK/ Schünemann § 266 RN 87.
[153] Hachenburg/ Kohlmann Vor § 82 GmbHG RN 59; Wabnitz/ Janovsky 2 Kapitel VII 1..
[154] Busch S.50

sich am konkreten Sachverhalt feststellen lässt, ob eine besondere Pflichtenstellung vorliegt oder nicht.
Ausgangspunkt der Überlegungen muss es dabei sein, dass nach dem Gesetzeswortlaut die Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, aus Gesetz, behördlichen Auftrag, Rechtsgeschäft oder einem Treuverhältnis folgt.
Ein tatsächliches Treueverhältnis entsteht nur in den Fällen, in denen ein Betreuungsverhältnis zivilrechtlich zum Beispiel aufgrund Nichtigkeit des Vertrages nicht wirksam ist. Nicht erfasst sind daher ethisch- moralische Verpflichtungen aus Verwandtschaft, alte Freundschaft oder das Bestehen einer dauernden Geschäftsverbindung.[155] Der Begriff „Treue“ macht dabei deutlich, dass, wie oben schon angesprochen, zwischen dem Vermögensinhaber und dem Pflichtigen ein besonderes Vertrauensverhältnis bestehen muss.
Dieses Vertrauen kann aber unabhängig davon enttäuscht werden, ob dem Täter die ihm übertragene Tätigkeit durch ins Einzelne gehende Weisungen vorgezeichnet ist. Zur Verdeutlichung kann hier das Beispiel eines Kassierers in einem Supermarkt herangezogen werden.
Diesem ist grundsätzlich durch Anweisungen seines Arbeitgebers vorgezeichnet, wie die Kasse zu führen und wann die Abrechnung zu machen ist. Seine Aufgabe besteht darin, die den einzelnen Waren zugeordneten Preise abzulesen und zu addieren, um letztendlich die Summe von dem Kunden einzuziehen.
Dennoch besteht zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer aufgrund des Arbeitsvertrages ein Vertrauensverhältnis und mithin ein Treueverhältnis, da ersterer darauf vertrauen muss, dass der Kassierer tatsächlich jede Warenposition in die Summenbildung einbezieht und nicht etwa dem Kunden die Bezahlung teilweise oder gänzlich unterlässt. Denn grundsätzlich hat er die Möglichkeit, genau dieses zu tun.
Er könnte zum Beispiel aufgrund persönlicher Sympathie oder aus Mitleid mit einer vermögenslosen Person davon absehen, den Kaufpreis einzuziehen. Dieses könnte der Arbeitgeber nicht verhindern, da er den Arbeitnehmer nicht während der gesamten Arbeitszeit überwachen kann.
Folglich ist nicht entscheidend, ob der Täter die Befugnis hat, selbständig im Sinne eines Vermögensverwalters kraft eigenen Ermessensspielraums Vermögensinteressen wahrzunehmen, sondern lediglich die rechtliche Möglichkeit, dieses tatsächlich zu tun. Diese rechtliche Möglichkeit ergibt sich für den Kassierer aus dem Arbeitsvertrag, der es ihm in Verbindung mit § 56 HGB ermöglicht, im Namen seines Geschäftsherren über die Ware gegenüber dem Kunden zu verfügen.
Folglich ist auch der Kassierer im Supermarkt aufgrund Treueverhältnisses verpflichtet, die Vermögensinteressen seines Arbeitgebers wahrzunehmen, und zwar in dem Sinne, dass er das im Warenbestand vorhandene Kapital durch Kassieren des Kaufpreises zu erhalten und umzuschichten[156] hat.
Dieser Schluss rechtfertigt sich auch bei einem Vergleich mit der veruntreuenden Unterschlagung gemäß § 246 II.
Anvertraut im Sinne dieser Vorschrift ist die Sache dem Täter, wenn sie ihm in dem Vertrauen hingegeben oder Belassen wurde, er werde mit der Sache nur im Sinne des Anvertrauenden verfahren, sie also zu einem bestimmten Zweck verwenden, sie aufbewahren oder zurückgeben.[157]

---

[155] Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 30; Maurach/ Schroeder/ Maiwald § 45 RN 29.
[156] Unter der Wahrnehmung von Vermögensinteressen ist auch die Erhaltung und Umschichtung des Vermögens zu verstehen (NK/ Kindhäuser § 266 RN 67).

Folglich ist dem Kassierer der Inhalt der Kasse anvertraut, da sein Arbeitgeber ihm das eingenommene Geld bis Geschäftsschluss belässt, damit es dann an ihn abgegeben werde.
Es kann aber im Hinblick auf das Strafmaß keinen Unterschied machen, ob der Arbeitgeber dadurch einen Nachteil erleidet, dass Geld nicht einkassiert wird, oder geschädigt wird, indem Geld aus der Kasse genommen wird. In beiden Fällen entsteht derselbe Schaden, einmal dadurch, dass ein im Warenbestand vorhandener Wert nicht realisiert wurde (Untreue), im anderen Fall aufgrund des Umstandes, das ein vorhandener Wert wieder entzogen wird (veruntreuende Unterschlagung).
Festzuhalten ist also, dass die aufgrund Gesetzes etc. gegebene rechtliche Möglichkeit, über fremde Vermögensinteressen zu verfügen, unabhängig von dem mit dieser Befugnis eventuell verbundenen Entscheidungsspielraum im Innenverhältnis zum Geschäftsherren ausreichend ist für die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht.
Erforderlich ist in diesem Zusammenhang jedoch die Abwesenheit von Kontrolle durch den Geschäftsherren, da ansonsten der Geschäftsführer keine Möglichkeit hätte, die ihm eingeräumte Befugnis auch umzusetzen. Kontrolle ist dabei in dem Sinne einer gleichzeitigen Steuerung und Überwachung zu verstehen, nicht jedoch eine nachträgliche Nachprüfung.[158]
Dabei soll aber nicht verkannt werden, dass durch diese Interpretation eine Ausuferung des Untreutatbestandes in den Geringfügigkeitsbereich droht. Denn schließlich nimmt auch eine Werkstatt letztendlich Vermögensinteressen des Auftraggebers wahr.
Folglich sind die Leistung rein mechanischer Tätigkeiten und die Ausführung untergeordneter Verrichtungen wie zum Beispiel Botenaufträge nicht ausreichend, um eine Vermögensbetreuungspflicht zu begründen.[159]
Im Übrigen ist die lediglich tatsächliche Schädigungsmöglichkeit nicht ausreichend, da grundsätzlich jeder theoretisch in der Lage ist, einem anderen einen irgendwie gearteten Vermögensnachteil zuzufügen.
Dennoch ist es zutreffend, wenn im Einzelfall die faktisch vorhandene Herrschaft - Herrschaft dabei verstanden als Vorhandensein einer Machtstellung, die in der Zugriffsmöglichkeit auf fremdes Vermögen besteht[160]- über Vermögensinteressen als ausreichend für eine Vermögensbetreuungspflicht angesehen wird. Denn gleichzeitig wird die Einschränkung gemacht, dass damit zusätzlich ein schützenswertes Vertrauen in die Wahrnehmung der Vermögensinteressen verbunden sein muss.[161]
Schützenswert ist dieses Vertrauen aber nur, wenn vorher zwischen dem Vermögensinhaber und dem vermeintlich Pflichtigen ein Vertrauenstatbestand geschaffen wurde. Dieses setzt voraus, dass einerseits letzterer durch sein Verhalten deutlich macht, dass er die Vermögensinteressen des anderen wahrnehmen und an seiner Stelle unter Nutzung seiner Befugnisse handeln will, andererseits der Vermögensinhaber auf eine beliebige Art und Weise erkennen lässt, dass er damit einverstanden ist. Dieses kann durch ein ausdrücklich erklärtes Einverständnis oder aber auch durch ein bloßes Hinnehmen der Handlungen des Anderen erfolgen.

---

[157] Tröndle/ Fischer § 266 RN 16.
[158] LK/ Schünemann § 266 RN 85.
[159] Maurach/ Schroeder/ Maiwald § 45 RN 36
[160] Busch S.50
[161] BGH wistra 1999 S.419, S.419; Tröndle/ Fischer § 266 RN 31.

Widerspricht hingegen der Vermögensinhaber der Übernahme, kann er nicht darauf vertrauen, dass der andere seine Vermögensinteressen wahrnimmt. Im Übrigen fehlen letzterem dann auch die Möglichkeiten, einen Angriff von „innen“ heraus auf das Vermögen vorzunehmen.
Entsprechend ist anerkannt, dass sich eine Garantenpflicht aus der tatsächlichen Übernahme eines Pflichtenkreises ergeben kann. Die tatsächliche Übernahme kann sich dabei unter anderem aus der Erteilung von Weisungen ergeben.[162]
Zweitens muss die sich aus Gesetz etc ergebende Pflicht fremdnützig typisiert sein. Dieses ergibt sich schon aus dem Gesetzestext, der von fremden Vermögensinteressen spricht.
Damit wird- wie oben schon angedeutet- die Grenze zum vertraglichen Leistungsaustausch gezogen, da hier der Handelnde kein Geschäft des Gläubigers ausführt und ihm daher auch keine Vermögensdisposition abnimmt, die er grundsätzlich nur selbst treffen kann.[163] Vielmehr ist es so, dass jede Vertragseite um ihres eigenen Vorteils willen handelt[164] und dem jeweils anderen nicht die Möglichkeit eingeräumt wird, durch Tätigkeiten, die eigentlich nur dem Vermögensinhaber zustehen, auf dessen Vermögen einzuwirken.
Damit ist das ebenfalls häufig benutzte Kriterium, dass die Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen sich als Hauptpflicht des Rechtsverhältnisses darstellen müsse[165], schon erfasst. Wenn eine fremdnützige Typisierung vorliegt, ist die Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen ohnehin zumindest eine der Hauptpflichten des Rechtsverhältnisses. Als zusätzliches Kriterium ist es überflüssig, da es sich lediglich um einen anderen Begriff für fremdnützige Typisierung handelt.
Unzutreffend ist des Weiteren ein Abstellen auf die Dauer des Treueverhältnisses. Wenn das Rechtsverhältnis fremdnützig typisiert ist und der Pflichtige die tatsächliche Verfügungsmacht über Vermögensinteressen des Vermögensinhabers besitzt, kann es nicht darauf ankommen, wie lange diese Pflichtenstellung besteht. Denn selbst wenn sie nur einen Tag andauert, ergibt sich für den Pflichtigen die Möglichkeit, seine Verfügungsmacht einzusetzen und dem Vermögensinhaber einen Schaden zuzufügen, der bei einer entsprechend umfassenden Verfügungsmacht erheblich sein kann.
Ist ein Rechtsverhältnis aber nicht fremdnützig typisiert und /oder hat der Pflichtige keine tatsächliche Verfügungsmacht, kann auch der Ablauf einer langen Zeitspanne nicht dazu führen, dass eine Vermögensbetreuungspflicht entsteht. Ein Bote ist und bleibt ein Bote, auch wenn er die Tätigkeit zwanzig Jahre ausübt.

II. Anwendung auf den Geschäftsführer

1. Der Geschäftsführer der abhängigen Gesellschaft

a) Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der von ihm geleiteten GmbH

Die GmbH ist gemäß § 13 I GmbHG eine selbständige juristische Person des Privatrechts und kann somit Inhaberin eigener Rechte sein. Daneben vertritt der Geschäftsführer gemäß § 35 I GmbHG

[162] BGH NStZ 2002 S.421, S.423.
[163] BGHZ 56 S.204, S.207.
[164] NK/ Kindhäuser § 266 RN 70.
[165] NK/ Kindhäuser § 266 RN 69.

die GmbH im Außenverhältnis, wobei diese Vertretungsbefugnis, wie schon erläutert, durch die Gesellschafterversammlung nur im Innenverhältnis eingeschränkt werden kann (§ 37 II GmbHG). Er ist also befugt, die GmbH durch Rechtsgeschäfte, die in ihrem Namen vorgenommen werden, wirksam zu verpflichten, womit er zumindest in dieser Hinsicht ein beträchtliches Maß an Bewegungs- und Entscheidungsfreiheit besitzt und ein notwendiges Handlungsorgan ist.[166] Des weiteren hat er bei Erledigung der Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes einzuhalten (§ 43 I GmbHG) und haftet für Schäden, die durch die Verletzung dieser Obliegenheit entstehen. Ebenso haftet er aber auch gemäß § 43 III S.3 GmbHG, wenn er entgegen der Stammkapitalerhaltungsvorschrift des § 30 GmbHG Ausschüttungen auf Weisung der Gesellschafter vornimmt und das Kapital daher nicht mehr zur Befriedigung der Gläubiger ausreicht. Damit hat das GmbHG ihm eine Garantiepflicht im Hinblick auf das Stammkapital der Gesellschaft auferlegt. Die Vermögensbetreuungspflicht des Geschäftsführers ergibt sich somit sowohl aus dem Gesetz als auch aus der rechtsgeschäftlichen Bestellung.

Dieses Ergebnis wird zum Teil für den Fall in Frage gestellt, dass es sich um einen Strohmann-Geschäftsführer handelt[167], also einen solchen, der trotz seiner formalen Organstellung überhaupt keine Leitungsaufgaben im Hinblick auf die GmbH wahrnimmt. Häufig sind die Fälle, in denen der „faktische“ Geschäftsleiter nicht in der Öffentlichkeit als solcher auftreten darf – zum Beispiel aufgrund vorheriger Insolvenzstraftaten- oder will und daher zum Beispiel seine geschäftlich völlig unbedarfte Ehefrau zur Geschäftsführerin macht oder einen sonstigen Angestellten der tatsächlich nur den Firmen- LKW fährt.

Dabei wird darauf abgestellt, dass ein Strohmann- Organ gegenüber der juristischen Person erst dann treuepflichtig sei, wenn es aufgrund der formalen Rechtsposition und unter Ausnutzung derselben für sie tätig werde.[168]

Dabei handelt es sich aber um den falschen Ansatz.

Zieht man die oben herausgearbeiteten Kriterien heran, zeigt sich, dass der Strohmann- Geschäftsführer aufgrund seiner Bestellung die rechtliche Möglichkeit hat, über die Vermögensinteressen der Gesellschaft zu verfügen. Ob im Innenverhältnis zum tatsächlichen Geschäftsführer etwas anderes vereinbart worden ist, spielt dabei keine Rolle. Entscheidend ist lediglich, dass ihm die entsprechenden Befugnisse anknüpfend an seine formale Position zur Verfügung stehen.

Dieses Rechtsverhältnis ist auch fremdnützig typisiert, da es grundsätzlich die Aufgabe des Geschäftsführers ist, die Vermögensinteressen der Gesellschaft wahrzunehmen.

Folglich ist auch der Strohmann- Geschäftsführer seiner GmbH gegenüber vermögensbetreuungspflichtig. Diese besteht auch unabhängig davon, ob er tatsächlich für die GmbH tätig wird oder nicht. Da die Vermögensbetreuungspflicht an den Bestellungsakt anknüpft, kann es auf späteres tatsächliches Handeln nicht ankommen.[169]

---

[166] Schmidt § 36 II 1; Wodicka S.30.
[167] Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 33; Ransiek, in: FS für Kohlmann S.218.
[168] Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 33.
[169] LK/ Schünemann § 266 RN 125.

b) Vermögensbetreuungspflicht gegenüber den Gesellschaftern

Die Gesellschafter sind berechtigt, den Geschäftsführer zu bestellen, abzuberufen oder zu entlassen (§ 46 Nr.5 GmbHG). Insbesondere aus dem Recht zur Bestellung des Geschäftsführers könnte man den Schluss ziehen, dass letzteren mit den Gesellschaftern ein besonderes Rechtsverhältnis in dem Sinne verbinde, dass er verpflichtet sein soll, die in der GmbH verbundenen wirtschaftliche Interessen der Gesellschafter wahrzunehmen.
Des Weiteren hat der Geschäftsführer eine tatsächliche Herrschaftsmacht über die Vermögensinteressen der Gesellschafter, da er durch sein Handeln bestimmt, wie erfolgreich die GmbH wirtschaftet und wie viel Gewinn sie daher an die Gesellschafter ausschütten kann. Denn schließlich können sich Maßnahmen im Rahmen der Geschäftstätigkeit der abhängigen Gesellschaft positiv oder negativ auf das Vermögen der Gesellschafter auswirken, indem zum Beispiel der Geschäftsführer durch falsche Entscheidungen den Jahresüberschuss „seiner“ GmbH und damit auch den darauf bezogenen Auszahlungsanspruch (§ 29 I GmbHG) des Gesellschafters mindert.
Der Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht steht aber entgegen, dass zwischen den Anteilseignern und dem Geschäftsführer kein Rechtsverhältnis im Sinne eines Treueverhältnisses besteht. Der Geschäftsführer ist Vertreter der sonst handlungsunfähigen juristischen Person, nicht aber der Gesellschafter. Zwischen dem Geschäftsführer und den Gesellschaftern steht die GmbH als eigenes Zuordnungsobjekt von Rechten und Pflichten. Die Frage der fremdnützigen Typisierung kann sich daher nicht mehr stellen.
Dieses folgt schon aus dem Charakter der GmbH als juristischer Person. Obwohl es sich um ein rechtliches Konstrukt handelt, ist die juristische Person der natürlichen Person gleichgestellt. Folglich entsteht zwar ein Treuverhältnis des Geschäftsführers zum Zeitpunkt der Bestellung, dieses bezieht sich aber auf die GmbH als juristischer Person. Diese steht zwischen den Gesellschaftern und dem Geschäftsführer.
Des Weiteren handeln die in der Gesellschafterversammlung verbundenen Gesellschafter als Organ der GmbH und damit in ihrem Interesse, wobei es oftmals einen Interessengleichlauf geben wird.
Folglich ist die Bestellung des Geschäftsführers so zu verstehen, dass die Gesellschafter an Stelle der juristischen Person, die dazu selbst nicht in der Lage ist, für diese tätig werden, und daher nicht in dem Sinne, dass man in der GmbH lediglich die rechtliche Verkörperung der wirtschaftlichen Interessen der Gesellschafter sieht, die den Geschäftsführer in ihrem eigenen Interesse beauftragen, stellvertretend für sie ihre Ziele durchzusetzen.
Grundsätzlich geht der Geschäftsführer durch den Anstellungsvertrag mit der abhängigen GmbH mithin nur dieser gegenüber vertragliche Pflichten ein, zu denen dann auch die Vermögensfürsorge gehört.
Infolgedessen trifft den Geschäftsführer gegenüber den Gesellschaftern seiner GmbH keine Vermögensbetreuungspflicht.

c) Gegenüber dem herrschenden Unternehmen

Aufgrund des oben unter b) gefundenen Ergebnisses ist dann auch klar, dass den Geschäftsführer einer faktisch konzernierten GmbH keine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber dem herrschen-

den Unternehmen treffen kann. Denn schließlich ist dieses nichts anderes als der Mehrheits- oder Alleingesellschafter.
Zwar ist auch hier nicht von der Hand zu weisen, dass er zumindest bis zu einem gewissen Grad auch eine faktische Herrschaft- die unter bestimmten Voraussetzungen ausreichend ist- über die Vermögensinteressen des Allein- oder Mehrheitsgesellschafters hat.
Treffend ist in diesem Zusammenhang das Beispiel einer Kredit- GmbH, die die 100 % tige Tochter des Autokonzerns B ist und die ausschließlich zu dem Zweck gegründet wurde, Finanzierungsmittel für Vertragshändler und Käufer von Fahrzeugen des B- Konzerns zur Verfügung zu stellen. Mittlerweile beteiligt sich die Kredit GmbH über eine zwischengeschaltete Teilzahlungs- GmbH aber ebenfalls an der günstigeren Finanzierung von Fahrzeugen der C- AG, was mittelbar zu einem Umsatzrückgang bei der B- AG führt.[170]
Es bleibt also festzuhalten, dass ein Herrschaftsverhältnis besteht. Dieses müsste aber zusätzlich noch ein schützenswertes Vertrauen in die Wahrnehmung der Vermögensinteressen des Allein- oder Mehrheitsgesellschafters bzw. des Konzerns hervorgerufen haben.
Hieran wird es aber in aller Regel fehlen, da der Geschäftsführer- wie schon erläutert- durch den Anstellungsvertrag nur „seiner“ GmbH verpflichtet wird. Folglich wird auch nur das Vertrauen in Anspruch genommen, er werde die Vermögensinteressen dieser Gesellschaft betreuen. Ließe man es hingegen für eine Vermögensbetretungspflicht ausreichen, dass der Geschäftsführer mittelbar durch die Wahrnehmung seiner Aufgaben auch Einfluss auf die Vermögensinteressen der Anteilseigner hat, würde sein Pflichtenkreis zu weit ausgedehnt. Insbesondere könnten sich Interessenkollisionen zwischen den verschiedenen Vermögensbetreuungspflichten in der Weise ergeben, dass die beabsichtigte Maßnahme vorteilhaft für die abhängige Gesellschaft, aber nachteilig für die Anteilseigner ist.
Folglich bedarf es zur Annahme eines Pflichtenverhältnisses zum Vermögen des Allein- oder Mehrheitsgesellschafters besonderer Anhaltspunkte.
Diese können sich erstens aus dem Anstellungsvertrag des Geschäftsführers mit der abhängigen Gesellschaft ergeben. Im Sinne des Vertrages zugunsten Dritter könnte hier festgelegt werden, dass er Maßnahmen zu unterlassen hat, die sich zwar günstig auf die GmbH auswirken, gleichzeitig aber zu einem Vermögensnachteil beim Allein- oder Mehrheitsgesellschafter führen.
Üblich und sinnvoll ist es des Weiteren, dass ein leitender Angestellter der Muttergesellschaft zum Geschäftsführer der abhängigen Gesellschaft bestellt wird. Auf diesem Wege kommt es zu einer doppelten Absicherung der Einflussnahmemöglichkeiten, da einerseits ein Anstellungsverhältnis und andererseits ein gesellschaftsrechtliches Weisungsrecht besteht.
Dabei ist grob zwischen den folgenden Fallkonstellationen zu unterscheiden.
(1) Der Angestellte wird zum Geschäftsführer bestellt und bleibt auch für das herrschende Unternehmen in wesentlichem Umfang tätig, indem er zum Beispiel weiter einen Posten innerhalb der Konzerngeschäftsführung bekleidet. In diesem Fall ist die Geschäftsführertätigkeit ein unselbständiger Teil des Anstellungsvertrages zur Muttergesellschaft.[171]
Aufgrund der Bestellung ist der Geschäftsführer aufgrund der obigen Erläuterungen auf jeden Fall der abhängigen Gesellschaft vermögensbetreuungspflichtig. Mit einer solchen Aufgabe wird aber

[170] Dieses Beispiel verwendet Kohlmann in leicht abgewandelter Form in RN 360.
[171] Scholz/ Schneider § 35 GmbHG RN 165a.

regelmäßig von der Muttergesellschaft nur ein solcher Angestellter betraut, der die entsprechende Ausbildung besitzt und daher schon vorher in leitender und verantwortlicher Position tätig war und auch weiter tätig ist. Dann hat aber schon vorher eine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der Muttergesellschaft bestanden und besteht diese auch fort.
(2) Der Angestellte wird zum Geschäftsführer bestellt und ist nur für die Tochtergesellschaft tätig. Diese Bestellung führt nicht zur Aufhebung des Arbeitsverhältnisses mit der Muttergesellschaft[172], womit auch die Vermögensbetreuungspflicht gegenüber dieser fortbesteht.
Schließt der Angestellte aber aus Anlass der Bestellung auch mit der Tochtergesellschaft einen Anstellungsvertrag ab, ruht das Arbeitsverhältnis zur Muttergesellschaft.[173]
Infolgedessen sind für die Zeitdauer des Ruhens die sich aus dem Vertrag ergebenden Pflichten suspendiert[174], womit der Anstellungsvertrag nicht mehr als Grundlage für die Annahme eines Treueverhältnisses herangezogen werden kann. Daraus folgt, dass für diesen Zeitraum auch die Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der Muttergesellschaft ruht.
(3) Schließlich besteht auch die Möglichkeit, dass der Angestellte für beide Gesellschaften tätig ist und mit beiden einen Anstellungsvertrag abgeschlossen hat.[175] Hier bestehen Vermögensbetreuungspflichten sowohl gegenüber der abhängigen als auch der herrschenden Gesellschaft.
Drittens bestehen besondere Anhaltspunkte, wenn gegenüber dem Allein- oder Mehrheitsgesellschafter faktisch eine Vermögensbetreuungspflicht übernommen worden ist.[176]
Möglich ist dieses zum Beispiel in mehrstufigen Konzernen, wenn der Geschäftsführer der Muttergesellschaft aufgrund des Umfanges seiner Einflussnahme auf die Tochtergesellschaft deren faktischer Geschäftsführer und gleichzeitig noch bestellter Geschäftsführer der Enkelgesellschaft ist.

d) Gegenüber anderen Gesellschaften, insbesondere Schwestergesellschaften

Im Hinblick auf die übrigen konzernverbundenen Unternehmen gilt das zum Gesellschafter Gesagte entsprechend. Durch die Bestellung zum Geschäftsführer und/ oder den Abschluss des Anstellungsvertrages entsteht zunächst einmal ausschließlich ein Treueverhältnis gegenüber der eigenen Gesellschaft.
Zwar hat der Geschäftsführer in dieser Funktion die tatsächliche Möglichkeit, der Schwestergesellschaft einen Schaden zuzufügen, indem er zum Beispiel einen wichtigen Kunden abwirbt, einen von der Schwestergesellschaft beabsichtigten Vertragsschluss zugunsten seiner eignen Gesellschaft vereitelt etc.. Dabei ist aber zu betonen, dass es sich nur um eine tatsächliche Schädigungsmöglichkeit handelt, da sich die einzelnen Gesellschaften im Konzern zwar auf einer Stufe befinden, sie rechtlich gesehen jedoch in keiner Beziehung zueinander stehen und daher voneinander unabhängig sind.
Bei dem oben gewählten Beispiel des Kassierers ist dieses anders. Diesem ist durch seine Anstellung von seinem Geschäftsherrn auch die rechtliche Möglichkeit eingeräumt worden, Einfluss auf dessen Vermögensinteressen zu nehmen. Seine Befugnis zum Abschluss von Geschäften, die in

[172] Scholz/ Schneider § 35 GmbHG RN 165b.
[173] Scholz/ Schneider § 35 GmbHG RN 165b.
[174] Palandt/ Putzo Vorb. v. § 620 BGB RN 1.
[175] Scholz/ Schneider § 35 GmbHG RN 165c.
[176] Kohlmann RN 361 a.E..

einem Supermarkt gewöhnlich abgewickelt werden, ergibt sich aus § 56 HGB. Eine vergleichbare Befugnis fehlt aber dem Geschäftsführer im Hinblick auf die Schwestergesellschaft.
Folglich gibt es kein Treueverhältnis, das zur Folge hat, dass sich das Handeln des Geschäftsführers als Angriff von „innen“ heraus und damit als Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht darstellt.
Anders ist die Situation lediglich dann zu beurteieln, wenn einer der folgenden, zum Teil schon unter c) dargestellten Ausnahmefälle gegeben ist. Dieses sind:
(1) Der Geschäftsführer der abhängigen Gesellschaft ist gleichzeitig zum Geschäftsführer der Schwestergesellschaft bestellt worden.
(2) Er ist entweder faktischer Geschäftsführer der Schwestergesellschaft oder besitzt eine vergleichbare Machtstellung, aus der sich ein schützenswertes Vertrauen in die Wahrnehmung der Vermögensinteressen ergibt.
(3) Er ist gleichzeitig Geschäftsführer der Muttergesellschaft/ Mitglied der Konzerngeschäftsführung. Hier besteht – soweit man eine Vermögensbetreuungspflicht des Gesellschafters gegenüber seiner GmbH anerkennt- die Möglichkeit einer übergeleiteten Vermögensbetreuungspflicht aufgrund der Eigenschaft der Muttergesellschaft als Allein- oder Mehrheitsgesellschafterin der Schwestergesellschaft.
(4) Unter der Voraussetzung, dass man eine Vermögensbetreuungspflicht des Gesellschafters anerkennt, besteht darüber hinaus die Möglichkeit, dass die Geschäftsleitung der Muttergesellschaft diese Pflichtenstellung gegenüber der Tochtergesellschaft auf die Geschäftsleitung der Schwestergesellschaft überleitet.[177]
Dieses ergibt sich aus der Tatsache, dass der Pflichtige bei Fehlen einer entgegenstehenden Vereinbarung mit dem Vermögensinhaber befugt ist, einen Erfüllungsgehilfen (Substituten) mit der Wahrnehmung der Pflichtenstellung zu beauftragen. Letzterer steht dann zum Vermögensinhaber in einem Treuverhältnis.[178]

e) Gegenüber dem Konzern

Nach § 18 I S.1 AktG ist ein Konzern der Zusammenschluss mehrerer rechtlich selbständiger Unternehmen unter einheitlicher Leitung. Bleiben die einzelnen Gesellschaften aber rechtlich selbständig, sind sie weiter Zuordnungssubjekt für gesellschaftsrechtliche Rechte und Pflichten.[179]
Dem Konzern kommt daher keine eigene Rechtspersönlichkeit zu, es handelt sich zwar um eine wirtschaftliche, nicht aber rechtliche Einheit.
Die Bezugnahme des § 266 auf fremdes Vermögen zeigt aber, dass eine Vermögensbetreuungspflicht nur gegenüber einer natürlichen oder juristischen Person bestehen kann. Denn unter Vermögen versteht man die Gesamtheit der geldwerten Güter einer natürlichen oder juristischen Person, abzüglich der Verbindlichkeiten.[180]

---

[177] Busch S.112
[178] LK/ Schünemann § 266 RN 66/ 67
[179] Emmerich/ Sonneschein/ Habersack § 1 I 1..
[180] Tröndle/ Fischer § 263 RN 53.

Da der Konzern als solches aber keine Rechtspersönlichkeit hat, kann nicht er, sondern können nur die einzelnen Konzerngesellschaften Begünstigte einer Vermögensbetreuungspflicht sein.

2. Der Geschäftsführer oder der Vorstand der herrschenden Gesellschaft

a) Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der abhängigen Gesellschaft

aa) Gesellschafterstellung

Die faktische Konzernierung ist eine Konsequenz des Umstandes, dass ein Gesellschafter alle oder die Mehrheit der GmbH- Anteile besitzt und daneben noch anderweitig unternehmerisch tätig ist. Unter der Voraussetzung, dass auch der Gesellschafter seiner GmbH gegenüber vermögensbetreuungspflichtig ist[181], und dass es sich bei dem Allein- oder Mehrheitsgesellschafter um eine juristische Person handelt, könnte das besondere persönliche Merkmal der Vermögensbetreuungspflicht auf den Geschäftsführer der herrschenden Gesellschaft gemäß § 14 I Nr.1 übergewälzt werden.[182] Insofern könnte er sich wegen einer Untreue zum Nachteil der abhängigen Gesellschaft strafbar machen.

bb) faktische Geschäftsführung

Einen Fremdkörper innerhalb der klaren Organisationsstruktur der GmbH bildet die nicht unumstrittene Rechtsfigur des faktischen Geschäftsführers, die aber nicht nur im Rahmen konzernrechtlicher Sachverhalte von Bedeutung ist, sondern auch auf das Verhältnis eines Gesellschafters zu seiner Gesellschaft Anwendung findet.
Die Frage, ob eine Person ein solcher ist, stellt sich zum Beispiel in den Fällen, in denen ein Ausschlussgrund nach § 6 II S.3 GmbHG vorliegt. Die aufgrund einer Straftat nach den §§ 283 bis 283d verurteilte Person, die oftmals Geschäftsführer einer in die Insolvenz gegangenen GmbH war, möchte trotzdem die Geschäftstätigkeit in der Form einer GmbH fortsetzen. Dazu macht sie zum Beispiel den Ehepartner, der von geschäftlichen Dingen keine Ahnung hat, zu einem sogenannten Strohmann- Geschäftsführer, der keinen Einfluss auf die Geschäftsführung hat. Dieser verbleibt beim faktischen Geschäftsführer, der die GmbH aus dem Hintergrund ohne förmlichen Bestellungsakt leitet.

(1) Definition

In Einzelfragen ist die Figur des faktischen Geschäftsführers umstritten und werden ihr, insbesondere wenn es um die Strafbarkeit nach §§ 82, 84 GmbHG geht, Bedenken entgegengebracht. Versucht man sich aber einen Überblick zu verschaffen, kristallisieren sich die folgenden Tatbestandsvoraussetzungen heraus:

---

[181] Zu dieser Frage soll in einem anderen Zusammenhang Stellung genommen werden. Eine nähere Auseinandersetzung würde hier zu einem Verlust der Übersichtlichkeit führen.
[182] BGH NJW 2001 S.3622, S.3623.

(a) Der Gesellschafter muss faktisch Geschäftsführungsaufgaben wahrgenommen haben. Hierunter fallen insbesondere[183]:

> Bestimmung der Unternehmenspolitik
> Bestimmung der Unternehmensorganisation
> Einstellung und Entlassung von Mitarbeitern, Ausstellung von Zeugnissen
> Gestaltung der Geschäftsbeziehungen zu Vertragspartnern der Gesellschaft einschließlich der einschließlich der Vereinbarung von Vertrags- und Zahlungsmodalitäten
> Entscheidung der Steuerangelegenheiten
> Verhandlungen mit Kreditgebern
> Steuerung von Buchhaltung und Finanzierung
> Die Höhe des Gehalts

Dabei ist davon auszugehen, dass bei der Gesamtbewertung des Sachverhalts von den genannten 8 Merkmalen mindestens 6 gegeben sein müssen, um mit ausreichender Sicherheit eine faktische Geschäftsführung annehmen zu können. Nur dann gehen alle Dispositionen weitgehend von der betreffenden Person aus und hat er auf sämtliche Geschäftsvorgänge bestimmenden Einfluss.[184] Folglich ist es nicht ausreichend, wenn der Gesellschafter lediglich seine Befugnisse wahrnimmt, indem er durch die Erteilung von Weisungen bestimmenden Einfluss auf die Geschäftsführung ausübt.[185]

(b) Des weiteren muss der Gesellschafter im Hinblick auf das formell bestellte Organ, soweit ein solches noch vorhanden ist, eine überragende Stellung[186] haben, d.h. er muss sämtliche unternehmerischen Entscheidungen von Bedeutung maßgeblich beherrschen und bestimmen, und zwar derart, dass die Mitwirkung anderer Entscheidungsträger nur einen untergeordneten Stellenwert einnimmt.[187]

(c) Drittens muss der faktische Geschäftsführer in seiner Organfunktion nach außen und für unternehmensfremde Dritte erkennbar aufgetreten sein.[188]

(d) Viertens ist es erforderlich, dass die Geschäftsführertätigkeit von nicht unerheblicher Dauer ist.[189]

---

[183] Dierlamm NStZ 1996 S.153, S.156.
[184] Kohlmann RN 14; Dierlamm NStZ 1996 S.153, S.156.
[185] LK/ Schünemann § 266 RN 125; Flum S.244.
[186] Zum Teil wird auch ein bloßes Übergewicht als ausreichend angesehen, so zum Beispiel von: LK/ Schünemann § 266 RN 125.
[187] Scholz/ Tiedemann § 84 GmbHG RN 33; Dierlamm NStZ 1996 S.153, S.156.
[188] Kohlmann RN 14; Dierlamm NStZ 1996 S.153, S.156. Dieses Erfordernis ergebe sich aus dem Gesetz selbst, da in § 37 I GmbHG die Befugnisse des Geschäftsführers im Außenverhältnis zwischen der Gesellschaft und Dritten geregelt seien Folglich liege in der Vertretung der Gesellschaft nach außen ein nach der gesetzgeberischen Wertentscheidung wesentliches Merkmal des Geschäftsführerhandelns. Des Weiteren ergebe sich aus der Regelung des § 39 GmbHG, in der die Anmeldepflicht zum Handelsregister kodifiziert sei, ebenfalls eine Vorschrift, die dem Zwecke der im Außenverhältnis wirkenden Publizität diene Dierlamm NStZ 1996 S.153, S.156/ 157).
Anderer Ansicht ist Tiedemann, Seiner Meinung nach ist es nicht erforderlich, dass der faktische Geschäftsführer in dieser Eigenschaft nach außen aufgetreten ist, da § 84 GmbHG in beiden Tatbeständen nicht vom Vertrauensschutz im Rechtsverkehr, sondern von formellen, erfolgsunabhängigen Handlungspflichten handele (Scholz/ Tiedemann § 84 GmbHG RN 33). Diese Feststellung gilt für ihn offenbar auch im Rahmen des § 266, da er in seinen Ausführungen zur Untreue auf die an der angegebenen Fundstelle gemachten Ausführungen zum faktischen Geschäftsführer verweist (Scholz/ Tiedemann Vor. §§ 82ff GmbHG RN 15).
[189] Dierlamm NStZ 1996 S.153, S.157.

(e) Fünftens muss die betreffende Person sich zumindest im Einverständnis mit den Gesellschaftern mit den Geschäftsführungsaufgaben befassen.[190] Folglich reicht die einseitige Anmaßung der Unternehmensführung nicht aus.[191] Umstritten ist dabei, ob das Einverständnis der Gesellschaftermehrheit[192] ausreichend ist oder alle Gesellschafter[193] zustimmen müssen. Für das Erfordernis der Einstimmigkeit spricht die Tatsache, dass eine Willenbildung außerhalb der Gesellschafterversammlung nur unter dieser Voraussetzung beachtlich ist.[194]

(2) Vermögensbetreuungspflicht

Erfüllt der Geschäftsführer der herrschenden Gesellschaft diese Voraussetzungen, ist er zugleich der faktische Geschäftsführer der abhängigen Gesellschaft. In seinen tatsächlichen Befugnissen steht er damit dem formell bestellten Organ mit nur einer Ausnahme in nichts nach. Diese Ausnahme ergibt sich aus dem Umstand, dass er ohne formellen Bestellungsakt die GmbH nicht wirksam durch Rechtsgeschäft verpflichten kann, da er weder durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft die Befugnis eingeräumt bekommen hat, über das Vermögen der GmbH zu verfügen oder sie zu verpflichten. Die Missbrauchsalternative scheidet damit im Hinblick auf den faktischen Geschäftsführer aus; es fehlt am Rechtsverhältnis.
Im Übrigen steht er aber dem formell bestellten Organ gleich, womit auf die diesbezüglichen Ausführungen verwiesen werden kann. Er ist also der GmbH vermögensbetreuungspflichtig.

cc) Tatsächliches Treueverhältnis

Aber selbst wenn der Geschäftsführer der herrschenden Gesellschaft nicht gleichzeitig der faktische Geschäftsführer der abhängigen Gesellschaft ist, kommt dennoch eine Vermögensbetreuungspflicht in Betracht.
Maßgeblich ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 10.07.1996[195], die auf der schon getroffenen Feststellung beruht, dass auch eine faktische Herrschaft über fremdes Vermögen ausreichend für eine besondere Pflichtenstellung im Sinne des § 266 sein kann.
„Ob der Angeklagte ′faktischer Geschäftsführer′ im Sinne der zu den sogenannten Geschäftsführer- und Organdelikten entwickelten Rechtsprechung (...) war, kann dahingestellt bleiben. Der Treubruchstatbestand des § 266 I Alt.2 StGB knüpft nicht an die formale Position als Geschäftsführer an, sondern an die tatsächliche Verfügungsmacht über ein bestimmtes Vermögen, wenn damit ein schützenswertes Vertrauen in eine pflichtgemäße Wahrnehmung der Vermögensinteressen verbunden ist.“ Dann handele es sich um eine bedeutsame vermögensbezogene Pflichtenstellung.[196]

---

[190] Scholz/ Tiedemann § 84 GmbHG RN 34.
[191] LK/ Schünemann § 266 RN 125; Kohlmann RN 16; **a.A.:** Dierlamm NStZ 1996 S.153ff, der das Einverständnis der Gesellschafter nicht in seinen Katalog der Voraussetzungen aufgenommen hat.
[192] Kohlmann RN 16.
[193] Scholz/ Tiedemann § 84 GmbHG RN 33.
[194] Scholz/ Tiedemann § 84 GmbHG RN 33; Flum S.243, der konsequenterweise auf das Einstimmigkeitserfordernis verzichtet, wenn eine förmlicher Gesellschafterbeschluss vorhanden ist.
[195] BGH NJW 1996 S.66ff.
[196] BGH NJW 1997 S.66, S.67.

Die Vermögensbetreuungspflicht hängt also nicht davon ab, ob eine bestimmte Organstellung bekleidet wird, sondern von den oben genannten Voraussetzungen Pflicht zur fremdnützigen Vermögensfürsorge, Raum für eigene, selbständige Entscheidungen, Charakter der Fürsorgepflicht als Hauptpflicht und des Fehlens von Kontrolle. Entscheidend sind also rein tatsächliche Umstände, die unabhängig von der Stellung als Organ gegeben sein können.
Somit sei die Stellung als faktischer Geschäftsführer zwar eine hinreichende, nicht aber eine notwendige Bedingung. Im Rahmen des § 266 handelt es sich um ein Scheinproblem.[197]
Demgegenüber ist bei den §§ 82, 84 GmbHG problematisch, dass es um Straftatbestände handelt, die an eine bestimmte Organeigenschaft anknüpfen und daher auch die entsprechenden rechtliche Handlungsbefugnisse voraussetzen.

b) Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der eigenen Gesellschaft

Dass der Geschäftsführer des herrschenden Unternehmens diesem gegenüber vermögensbetreuungspflichtig ist, ist einleuchtend. Dennoch muss auf diesen Punkt noch einmal gesondert eingegangen werden, da der Umstand der Konzernierung den Pflichtenkreis auch im Hinblick auf das herrschende Unternehmen erweitert. Das entscheidende Stichwort aus dem Gesellschaftsrecht ist dabei das der *Konzernleitungspflicht.*
Diese ist das Gegenstück zum Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens. Aus der Möglichkeit, als Konzernspitze die vorhandenen eigenen Ressourcen und die der Beteiligungsgesellschaften so einzusetzen, dass ein möglichst großer Vorteil (Gewinn) für den Gesamtkonzern ersteht, ergibt sich für den Geschäftsführer/ Vorstand die Verpflichtung, diese Option durch Nutzung der Mitgliedschaftsrechte aus Beteiligungen auch wahrzunehmen. Aus der Stellung als Obergesellschaft ergeben sich also nicht nur Rechte, sondern ebenfalls Leitungs- und Überwachungspflichten innerhalb rechtlich zulässiger Konzernleitung.[198]
Diese Pflicht besteht dabei ausschließlich gegenüber dem herrschenden Unternehmen, nicht jedoch gegenüber der abhängigen Gesellschaft.[199]
Damit entspricht sie der Pflicht des Geschäftsführers einer selbständigen Gesellschaft, in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden (§ 43 I GmbHG). Dem Geschäftsführer fallen daher unter anderem die typischen Managementfunktionen zu, insbesondere auch, die Stellung des Unternehmens im Markt ständig zu beobachten und zu fördern. Chancen und Risken, Stärken und Schwächen des Unternehmens sind sorgfältig und frühzeitig zu ermitteln, damit rechtzeitig reagiert und geplant werden kann. Zu dieser Förderpflicht gehört auch, die Chancen, die sich zur Gewinnsteigerung bieten, tatsächlich wahrzunehmen.[200]
Ansonsten entsteht ein Schadensersatzanspruch der (herrschenden) Gesellschaft gemäß § 43 II GmbHG.
Diese Verpflichtungen stellen den typischen Fall der fremdnützeigen Vermögensfürsorge dar, d.h. aus der gesellschaftsrechtlichen ergibt sich eine strafrechtliche Pflichtenstellung, die bei dem

[197] Achenbach/ Wannemacher/ Seier § 21 RN 215.
[198] Scholz/ Schneider § 43 GmbHG RN 43; Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 24 IV 3b).
[199] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 24 IV 3b).
[200] Scholz/ Schneider § 43 GmbHG RN 73.

Leitungsorgan des herrschenden Unternehmens entsprechend den obigen Erläuterungen erweitert ist.

3. Entscheidungen von Kollegialorganen

Insbesondere bei Gesellschaften mit einem größeren Geschäftsumfang ist es üblich, dass die Geschäftsführung aus mehreren Geschäftsführern besteht, denen einzelne Zuständigkeitsbereiche zugewiesen sind. Hier ergibt sich oftmals das Problem, das ein Geschäftsführer durch die Mehrheit überstimmt wird, womit sich anschließend für den Fall, dass die auf diese Weise beschlossene Maßnahme den Tatbestand des § 266 erfüllt, die Frage nach der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des überstimmten Mitglieds des Kollegialorgans stellt.
Maßgeblich in diesem Zusammenhang ist zunächst das Lederspray- Urteil, wo festgestellt wurde, dass ein strafrechtlicher Vorwurf hinsichtlich eines garantenpflichtwidrigen Unterlassens nur entfalle, wenn der Geschäftsführer alles ihm Mögliche und Zumutbare zur Herbeiführung einer rechtmäßigen Kollegialentscheidung getan habe.[201] Wann diese Voraussetzungen gegeben sind, ist in der Literatur noch nicht abschließend geklärt, auf jeden Fall muss der Geschäftsführer aber in der Beratung und in der Abstimmung für eine rechtmäßige Beschlussalternative eintreten.[202]
Im Hinblick auf den Geschäftsführer der GmbH ist aber zu beachten, dass er gegenüber dem Vermögen der Gesellschaft von vorneherein eine besondere treuhänderische Verpflichtung hat. Von daher ist es gerechtfertigt, strengere Kriterien anzulegen und zu fordern, dass er jedes rechtlich zulässige Mittel ergreift, um einen schädigenden Beschluss zu verhindern.[203] Damit ist er bei beschlossener Schädigung der Gesellschaft verpflichtet, die Gesellschafter zu warnen.[204]

C. Die Tathandlungen

I. Übersicht und Definitionen

1. Missbrauch der Verpflichtungs- und Verfügungsbefugnis

Unter Missbrauch ist jede im Verhältnis zum Geschäftsherren bestimmungswidrige rechtswirksame Ausübung der mit der Geschäftsführung verbundenen Befugnisse zu verstehen. Kennzeichnend für den Missbrauchstatbestand ist damit die Überschreitung des „rechtlichen Dürfens“ im Innenverhältnis im Rahmen des „rechtlichen Könnens“ im Außenverhältnis.[205]
Eine Verfügung ist die rechtsgeschäftliche oder zumindest zivilrechtswirksame Änderung, Belastung, Übertragung oder Aufhebung eines Vermögensrechts, eine Verpflichtung, die Begründung einer Verbindlichkeit durch Abschluss von Verträgen, Anerkenntnis von Schulden oder Übernahme

[201] BGHSt 37 S.106, S.126/ 131.
[202] LK/ Schünemann § 266 RN 125 Fn 598.
[203] Kohlmann RN 176.
[204] LK/ Schünemann § 266 RN 125; Kohlmann RN 176.
[205] Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 14/ 17.

einer Bürgschaft.[206] Eine Verfügung oder Verpflichtung kann auch durch Unterlassen erfolgen, wenn das Schweigen rechtlich in seinen Wirkungen einer positiven Erklärung gleichgesetzt ist.[207]
Die Missbräuchlichkeit muss sich dabei aus der Art bzw. dem Inhalt des Geschäfts ergeben, was zum Beispiel nicht der Fall ist, wenn der Vermögensbetreuungspflichtige auftragsgemäß Forderungen einzieht, um das Geld später für sich zu behalten.[208]

2. Treuepflichtverletzung

Eine Verletzung der Treuepflicht, d.h. die gänzlich unterbliebene oder nicht ordnungsgemäße Ausführung der dem Täter übertragenen Geschäftsbesorgung, kann sich sowohl aus einem rechtsgeschäftlichen als auch aus einem tatsächlichem Verhalten, aus einem positiven Tun oder einem Unterlassen ergeben.[209] Der Täter hat die ihm obliegende Geschäftsbesorgung dann nicht ordnungsgemäß ausgeführt, wenn er bei seiner Tätigkeit gegen gesetzliche Bestimmungen bzw. Richtlinien verstößt, die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes (§ 43 I GmbHG) außer acht lässt oder Weisungen nicht befolgt.[210]
Will man an ein Unterlassen anknüpfen, ist insbesondere dann eine Pflichtverletzung zu bejahen, wenn die betreffende Person die ihm anvertrauten Vermögenswerte nicht vor Schäden schützt, und zwar unabhängig davon, ob ein Schaden auf Grund natürlicher Ursachen oder durch das Handeln anderer droht.[211] Des weiteren ist zu berücksichtigen, dass aus dem Gebot, die Vermögensinteressen des Geschäftsherren wahrzunehmen, zugleich das Verbot folgt, diese zu schädigen, d.h. der Pflichtige darf die ihm übertragenen Aufgaben nicht zum Nachteil des Geschäftsherren ausüben.[212]

II. Pflichtwidriges Geschäftsführerverhalten

1. Geschäftsführer einer selbständigen Gesellschaft

a) Die Folgepflicht des Geschäftsführers

Grundsätzlich ist der Geschäftsführer verpflichtet, den Weisungen der Gesellschafter Folge zu leisten. Haftungsbefreiend wirken im Übrigen die Zustimmung der Gesellschafter zu vom Geschäftsführer vorgeschlagenen Maßnahmen oder die nachträgliche Billigung.[213]
Ausnahmsweise besteht diese Pflicht des Geschäftsführers aber nicht, sondern macht er sich, wenn er die Weisung befolgt, eventuell sogar gemäß § 43 II, III S.3 GmbH schadensersatzpflichtig. Dieses ist insbesondere dann der Fall, wenn es sich nicht um eine fehlerfreie, mit Gesetz und Gesellschaftsvertrag in Übereinstimmung stehende und folglich verbindliche Weisung handelt.[214]

---

[206] Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 15.
[207] Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 16.
[208] BGH wistra 1984 S.143, S.143; Labsch Jura 1987 S.411, S.415.
[209] Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 35.
[210] Hachenburg/ Kohlmann Vor § 82 GmbHG RN 142.
[211] Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 35a.
[212] Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 36.
[213] Scholz/ Schneider § 43 GmbHG RN 96.
[214] BGHZ 31 S.258, S.278; Scholz/ Schneider § 43 GmbHG RN 95; § 37 RN 50.

Dabei ist danach zu differenzieren, ob es sich um nichtige oder anfechtbare Weisungen handelt oder um solche, die eine unzuständige Person getätigt hat.

aa) Weisungen von unzuständiger Stelle

Weisungsberechtigt sind ausschließlich die Gesellschafter durch Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung.[215] Hieraus ergibt sich,
(1) dass einerseits die Weisung eines Gesellschafters allein, sei er auch der Mehrheitsgesellschafter, nicht ausreicht. Denn fehlt es an einem Beschluss der Gesellschafterversammlung, hatten die Minderheitsgesellschafter nicht die Möglichkeit, am gesellschaftsinternen Willensbildungsprozess teilzunehmen und würde demzufolge ihr Mitwirkungsrecht verkürzt.[216]
Für den Geschäftsführer einer konzernierten GmbH bedeutet dies, dass er der Weisung des unternehmerischen Mehrheitsgesellschafters zur Vornahme einer bestimmten Handlung im Rahmen der laufenden Geschäftsführung nur Folge leisten darf, wenn zuvor die Gesellschafterversammlung zugestimmt hat. Zwar ist offensichtlich, dass der Mehrheitsgesellschafter aufgrund seiner Anteilsmehrheit auf jeden Fall seine Interessen durch einen Mehrheitsbeschluss nach § 47 I GmbHG durchsetzen kann, eine Zusammenkunft bietet den Minderheitsgesellschaftern aber zumindest die Möglichkeit, durch Beratung auf ihn einzuwirken. Des Weiteren ist die Regelung des § 47 IV GmbHG zu beachten. Geht es um Rechtsgeschäfte mit dem Mehrheitsgesellschafter wie zum Beispiel den Verkauf von Maschinen unter dem marktüblichen Preis an die Muttergesellschaft, darf dieser bei der Beschlussfassung diesbezüglich sein Stimmrecht nicht ausüben. Folglich kann die Minderheit eine Weisung an den Geschäftsführer erreichen, beschlussgegenständliche Rechtsgeschäfte mit dem Mehrheitsgesellschafter nicht oder zu einem anderen Preis zu tätigen.[217]
(2) dass andererseits auch der Aufsichtsrat und der Beirat keine Weisungen erteilen können. Diese Einschränkungen gelten aber nicht für Aufsichtsräte oder Gesellschafter mit satzungsmäßigen Sonderrechten.[218]
(3) für den Alleingesellschafter gemäß § 48 III GmbHG, dass er eine Gesellschafterversammlung an jedem Ort und zu jedem Zeitpunkt abhalten kann. Er hat lediglich nach der Beschlussfassung eine Niederschrift darüber aufzunehmen und zu unterschreiben. Folglich kommt die Weisung des Alleingesellschafters immer von zuständiger Stelle und ist daher für den Geschäftsführer verbindlich. Die Pflicht zur Niederschrift ist ein Formerfordernis, womit die unterbliebene Protokollierung den Beschluss nicht nichtig macht.[219] Er bleibt also verbindlich.

bb) Nichtige Weisungen

Eine Nichtigkeit von Weisungen ist in Anlehnung an § 241 AktG[220] in den folgenden Fällen anzunehmen:

---

[215] Scholz/ Schneider § 43 GmbHG RN 97.
[216] Hachenburg/ Mertens § 43 GmbHG RN 71; Baumbach/ Hueck/ Zöllner § 43 GmbHG RN 22.
[217] Baumbach/ Hueck/ Zöllner Schlussanhang I RN 59.
[218] Scholz/ Schneider § 43 GmbHG RN 97.
[219] Scholz/ Schmidt § 48 GmbHG RN 78.
[220] Grunewald 2. E. RN 94; Konzen NJW 1989 S.2977, S.2982.

(1) Die Weisung verstößt gegen den Gesellschaftern oder dem Geschäftsführer auferlegte öffentlich- rechtliche Pflichten aus dem Bereich des Kartell-, Umwelt- oder Steuerrechts.
(2) Es handelt sich um einen Verstoß gegen sonstige, dem öffentlichen Interessen dienende allgemeingesetzliche Bestimmungen. Zu denken ist dabei insbesondere an die §§ 134, 138 BGB oder an strafrechtliche Bestimmungen. So kann der Geschäftsführer nicht verpflichtet sein, aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses irgendwelche Straftaten- zu denken ist hier insbesondere an umweltstrafrechtliche Bestimmungen- zu begehen.[221] Eine Sittenwidrigkeit ist insbesondere dann zu bejahen, wenn Personen absichtlich zum Beispiel durch den Verzicht einer illiquiden GmbH auf einen Zahlungsanspruch geschädigt werden, die wie die Gesellschaftsgläubiger einen Beschluss nicht anfechten können.[222]
Erforderlich ist aber ein Verstoß gegen zwingende Gebote der Rechtsordnung von hoher Tragweite, womit die Grenzen des Weisungsrechts hier erkennbar im Bereich von Extremfällen liegen.
(3) Der Weisung stehen zwingende gesellschaftsrechtliche Bestimmungen entgegen, die überwiegend oder ausschließlich dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger dienen. Dieses sind insbesondere das Stammkapitalerhaltungsgebot nach § 30 GmbHG, § 43a GmbHG und die Pflicht zur Stellung eines Konkursantrages nach § 64 GmbHG.[223]
(4) Unter besonderen Voraussetzungen kann des Weiteren ein Treuepflichtverstoß der Gesellschafter die Nichtigkeit begründen. Dafür ist aber nicht jede für die GmbH nachteilige Weisung ausreichend, sondern nur eine solche, die aus der Sicht eines neutralen Beobachters zur Erreichung von Sondervorteilen auf Kosten der Gesellschaft oder eines Minderheitsgesellschafters führt. Damit geht es im Kern um Rechtsmissbrauch, Verfolgung gesellschaftsfremder Interessen und solche Entscheidungen, die den unternehmerischen Ermessensspielraum grob überschreiten. Ein relevantes Beispiel hierfür ist eine Anordnung an den Geschäftsführer, deren Befolgung aufgrund eines vollständigen Liquiditätsentzuges zu einer Existenzgefährdung der GmbH führen würde.[224]
Nicht ausreichend sind demgegenüber Beschlüsse, die bei objektiver Betrachtung mit hoher Wahrscheinlichkeit oder sogar mit Sicherheit Schaden verursachen werden oder solche, die eine verdeckte Zahlung an die Gesellschafter aus dem freien Vermögen- d.h. keine Bindung durch § 30 I GmbHG oder Bestandsinteressen- anordnen.[225]
(5) Darüber hinaus kann sich die Nichtigkeit aus verfahrensrechtlichen Gründen ergeben. Denkbar sind insbesondere Einberufungsmängel wie
- ein Verstoß gegen § 49 GmbHG,
- ein Gesellschafter wird nicht geladen
- die Ladung erfolgt auf unrichtige Art und Weise oder an einen falschen Ort. In einem solchen Fall steht es dem Geschäftsführer frei, die Beschlüsse in eigener Verantwortung auszuführen.[226]

Die in dieser Versammlung gefassten Beschlüsse sind nur dann nicht nichtig, wenn alle Gesellschafter erschienen oder vertreten sind und sich auf die Gesellschafterversammlung eingelassen haben (§ 51 III GmbHG).[227]

---

[221] Zieschang, in: FS für Kohlmann S.355.
[222] BGHZ 15 S.382, S.386; Konzen NJW 1989 S.2977, S.2982.
[223] Scholz/ Schneider § 43 GmbHG RN 98; Konzen NJW 1989 S.2977, S.2982.
[224] Scholz/ Schneider § 37 GmbHG RN 52; Fleck ZHR 149 S.387, S.408; Konzen NJW 1989 S.2977, S.2982.
[225] Scholz/ Schneider § 37 GmbHG RN 52; § 43 GmbHG RN 95.
[226] Scholz/ Schneider § 43 GmbHG RN 98.

(6) Schließlich können auch Beurkundungsfehler einen Nichtigkeitsgrund darstellen (§ 241 Nr.3 AktG).

cc) Anfechtbare Weisungen

Neben den genannten Fehlern, die eine Nichtigkeit zur Folge haben, gibt es auch diejenigen, die den Beschluss der Gesellschafter lediglich wegen Verletzung des Gesetzes oder der Satzung (§ 243 AktG) anfechtbar machen. Dies sind zum Beispiel[228]:
(1) Der Beschluss der Gesellschafter stellt aufgrund der Verfolgung gesellschaftsfremder Interessen eine Treuepflichtverletzung dar[229], ohne die unter b) Punkt (5) genannten Voraussetzungen zu erfüllen.
(2) Die Weisung widerspricht der Satzung, indem zum Beispiel angeordnet wird, den Sitz der Gesellschaft zu verlegen oder eine andere Firma zu verwenden. Eine Ausnahme gilt nur, wenn ein satzungsdurchbrechender Gesellschaftsbeschluss vorliegt.[230]
Ist in einem solchen Fall die Anfechtungsfrist abgelaufen und damit der Beschluss unanfechtbar geworden, besteht zwar einerseits eine uneingeschränkte Folgepflicht des Geschäftsführers, ist er andererseits aber auch von einer eventuellen Haftung entlastet.[231]
Ist die Frist hingegen noch nicht abgelaufen, ist wie folgt zu differenzieren:
(1) Aufgrund besonderer Umstände im jeweiligen Einzelfall ist mit einer Anfechtung nicht zu rechnen. Dann besteht eine Folgepflicht mit gleichzeitiger Haftungsentlastung.[232]
(2) In allen anderen Fällen muss der Geschäftsführer die Möglichkeit einer Anfechtung in Betracht ziehen. Dann steht es ihm frei, die Weisung auszuführen oder nicht, er muss vorher aber mit der gebotenen Sorgfalt prüfen, ob die entsprechende Maßnahme tatsächlich verwirklicht werden soll. Führt er sie aus, trägt er hierfür bei erfolgreicher Anfechtung die volle Verantwortung.[233]
(3) Gleiches gilt bei schon angestrengter Anfechtungsklage.[234]

b) Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes (§ 43 I GmbHG)

Pflichtwidrig handelt der Geschäftsführer weiterhin, wenn er durch sein Handeln oder Unterlassen gegen die Grundsätze eines ordentlichen Geschäftsmannes gemäß § 43 GmbHG verstößt[235], mithin nicht so sorgfältig handelt, wie es für einen ordentlichen Geschäftsmann in verantwortlich leitender Position bei selbständiger treuhänderischer Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen angemessen ist.[236]
Dies ist insbesondere der Fall, wenn

---

[227] Grunewald 2.E. RN 94.
[228] Baumbach/ Hueck/ Zöllner § 37 GmbHG RN 12/ 31; Konzen NJW 1989 S.2977, S.2981 a.E./ S.2982.
[229] Scholz/ Schneider § 37 GmbHG RN 53a; Scholz/ Winter § 14 GmbHG RN 61; Konzen NJW 1989 S.2977, S.2982.
[230] Scholz/ Schneider § 37 GmbHG RN 53.
[231] Scholz/ Schneider § 43 GmbHG RN 101; Eisenhardt, in: FS für Pfeiffer S.849.
[232] BGHZ 76 S.154, S.159; Eisenhardt, in: FS für Pfeiffer S.849.
[233] Scholz/ Schneider § 43 GmbHG RN 103; Fleck GmbHR 1974 S.224, S.227.
[234] Scholz/ Schneider § 43 GmbHG RN 103; Eisenhardt, in: FS für Pfeiffer S.849; Konzen NJW 1989 S.2977, S.2982.
[235] Scholz/ Tiedemann Vor §§ 82ff GmbHG RN 15; Maurer GmbHR 2004 S.1549; S.1549; Müller/ Christmann-Schnauder JuS 1998 S.980, S.985.
[236] Scholz/ Schneider § 43 GmbHG RN 32

(1) sich der Geschäftsführer gegenüber der GmbH nicht loyal verhält,
(2) er seine Pflicht zur Unternehmensleitung nicht wahrnimmt,
(3) er Vermögensgegenstände der GmbH zu marktunüblichen Bedingungen, insbesondere ohne adäquate Gegenleistung, entnimmt[237],
(4) hinreichend konkrete Geschäftschancen der GmbH nicht wahrnimmt[238],
(5) etc..[239]

2. Geschäftsführer der abhängigen Gesellschaft

Die oben genannten Verhaltensweisen stellen auch in der Person des Geschäftsführers der abhängigen Gesellschaft eine Pflichtwidrigkeit dar. Der Unterschied besteht lediglich darin, dass die Weisungen von einer Gesellschafterversammlung stammen, die von einem unternehmerisch tätigen Mehrheits- oder Alleingesellschafter dominiert wird.
Im Rahmen der faktischen Konzernierung handelt der Geschäftsführer damit pflichtwidrig, wenn er verbindlichen Weisungen der Geschäftsleitung des herrschenden Unternehmens, die diese in ihrer Eigenschaft als Mehrheits- oder Alleingesellschafter erteilt hat, nicht nachkommt.[240]

3. Geschäftsführer der herrschenden Gesellschaft

Grundsätzlich gilt auch für diesen das, was für den Geschäftsführer der selbständigen Gesellschaft herausgearbeitet worden ist. Pflichtwidrig handelt es also, wenn er verbindliche Weisungen der Gesellschafter seiner GmbH ignoriert oder die Grundsätze eines ordentlichen Geschäftsmannes verletzt.
Seine Pflichtenstellung ist aber insoweit erweitert, als für ihn- wie oben im Rahmen der Vermögensbetreuungspflicht schon erläutert- die Pflicht zur Konzernleitung besteht. Diese ist für den Geschäftsführer Teil der allgemeinen Unternehmensleitung.[241]
Unterlässt er es also zum Beispiel, die Tochtergesellschaft zum Abschluss eines Vertrages anzuweisen, der für den Gesamtkonzern günstig sein wird, oder überwacht er die Tochtergesellschaften unzureichend, handelt er pflichtwidrig.

D. Die Fremdheit des Gesellschaftsvermögens und das Einverständnis der Gesellschafter in vermögensschmälernde Maßnahmen

Wie sich aus den obigen Erläuterungen ergibt, ist die Pflichtwidrigkeit der Handlung Tatbestandsmerkmal beider Untreuetatbestände. Geschützt wird das Vermögen des Vermögensinhabers.
Eine Pflichtverletzung oder ein Missbrauch ist aber ausgeschlossen, wenn der Geschäftsherr mit dem dem eigentlichen Auftrag widersprechenden Verhalten einverstanden ist, die Verletzung der

---

[237] Maurer GmbHR 2004 S.1549, S.1550.
[238] Maurer GmbHR 2004 S.1549, S.1550.
[239] Einen Überblick über gegen § 43 GmbHG verstoßende Verhaltensweisen findet sich in der Kommentierung Scholz/ Schneider zu § 43 GmbHG.
[240] Hachenburg/ Kohlmann Vor § 82 GmbHG RN 307.
[241] Scholz/ Schneider § 37 GmbHG RN 65.

Vermögensbetreuungspflicht billigt oder eine entsprechende Weisung erteilt[242] und somit gemäß der herrschenden Meinung ein tatbestandsausschließendes Einverständnis[243] und nicht nur ein Rechtfertigungsgrund (Einwilligung)[244] gegeben ist. Einigkeit besteht dabei dahingehend, dass diese Grundsätze uneingeschränkt gelten, wenn der Geschäftsherr eine Personenhandelsgesellschaft ist und die daran Beteiligten als Entscheidungsträger folglich über das Vermögen verfügen und somit auch einer für die Gesellschaft nachteiligen Maßnahme zustimmen können.[245] Umstritten ist aber, ob und inwieweit die Befugnis der Gesellschafter als notwendiges Willensbildungsorgan einer GmbH zu einer solchen strafbefreienden Maßnahme gegeben ist.

Fraglich ist aber, wer Inhaber des Gesellschaftsvermögens ist. In Betracht kommen hier sowohl die Gesellschafter, im faktischen Konzern also das herrschende Unternehmen, als auch die GmbH selbst.

Diese Frage stellt sich insbesondere bei der sogenannten Einmann-GmbH[246], also einer Gesellschaft, deren Anteile sich in der Hand eines Gesellschafters, der auch noch Geschäftsführer ist, befinden. Hier erscheint es zunächst als zu formal, die Gesellschaft als Vermögensinhaberin anzusehen, obwohl doch der Gesellschafter ungehindert zum Beispiel durch eine Gewinnausschüttung auf das Vermögen zugreifen kann.

Konsequenzen hat die Beantwortung dieser Frage insbesondere für eine eventuelle Untreuestrafbarkeit des Geschäftsführers. Geht man davon aus, dass die Gesellschafter faktisch die Vermögensinhaber sind, können sie im Rahmen einer Gesellschafterversammlung durch Mehrheitsbeschluss nach § 47 I GmbHG den Geschäftsführer zum Beispiel anweisen, dass gesamte Gesellschaftsvermögen an sich selbst unter Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30ff GmbHG auszukehren. Da sie ja Vermögensinhaber sind, ist ihr Wille maßgeblich und der Geschäftsführer strafrechtlich- zumindest im Hinblick auf § 266- entlastet. Dieses Ergebnis beanspruchte dann auch für den faktischen Konzern Geltung, d.h. dass herrschende Unternehmen könnte die abhängige Gesellschaft ohne strafrechtliche Konsequenzen aushöhlen.

Geht man dagegen davon aus, dass auch im Strafrecht zwischen den Vermögenssphären des Gesellschafters und der Gesellschaft zu unterscheiden ist, können der entlastenden Wirkung der Gesellschafterzustimmung bzw. – weisung Grenzen gesetzt sein. Dann kommt sowohl eine Untreuestrafbarkeit des Geschäftsführers als auch eine Anstiftung bzw. Mittäterschaft der Gesellschafter in Betracht, d.h. eine Aushöhlung der abhängigen Gesellschaft durch die Muttergesellschaft hätte strafrechtliche Konsequenzen.

---

[242] Die Erteilung von Weisungen ist das wesentliche Mittel zur Ausübung der Leitungsmacht im faktischen Konzern. So war es auch in dem Sachverhalt, der der „Bremer Vulkan“- Entscheidung zu Grunde lag: Die herrschende B- AG erteilte der abhängigegn M- GmbH die Weisung, ihre liquiden Mittel an das zentrale cash- management abzuführen. Auf Weisungen der Gesellschafter sind nach einhelliger Auffassung (Scholz/ Tiedemann Vor §§ 82ff GmbHG RN 23; Kohlmann RN 362; Konzen NJW 1989 S.2977, S.2979/ 2980; Brammsen DB 1989 S.1609, S.1614) die jeweiligen für das Einverständnis entwickelten Grundsätze maßgeblich.

[243] Lackner/ Kühl § 266 RN 20; Hachenburg/ Kohlmann Vor § 82 GmbHG RN 183; Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 21, 38; Tröndle/ Fischer § 266 RN 49; Scholz/ Tiedemann Vor §§ 82ff GmbHG RN 13; Kohlmann RN 179; Flum S.76; Nelles S.523; Brammsen DB 1989 S.1609, S.1609; Vonnemann GmbHR 1988 S.329, S.330; Labsch Jura 1987 S.411, S.415; Maurer GmbHR 2004 S.1549; S.1550.

[244] BGHSt 9 S.203, S.216; Gribbohm ZGR 1990 S.1, S.19.

[245] BGH wistra 1989 S.264, S.266; 1991 S.183, S.183; NJW- RR 1986 S.371, S.372; Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 21; Lackner/ Kühl § 266 RN 20; Winkelbauer wistra 1986 S.17, S.18; Schulte NJW 1984 S.1671, S.1672.

[246] Rund 80 % aller GmbH fallen in diese Kategorie (Burgard ZIP 2002 S.827/ S.827).

Entscheidend ist also die Klärung der Frage, ob dem Einverständnis der Gesellschafter oder des Gesellschafters Grenzen gesetzt sind.
Die GmbH ist eine juristische Person und damit- nach gesellschaftsrechtlicher Sichtweise- Inhaberin des Gesellschaftsvermögens. Zwar ist im zivilrechtlichen Schrifttum umstritten, ob es ein vom Interesse der Gesellschafter unabhängiges Gesellschaftsinteresse gibt[247], dieser Streit ändert aber nichts an der oben festgestellten Tatsache: rechtlich handelt es sich um Vermögen der GmbH und nicht der Gesellschafter.[248] Diese Tatsache wird als das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip umschrieben.[249]
Ob man diese Sichtweise aber so ohne weiteres auf das Strafrecht übertragen kann, ist zumindest nicht auf den ersten Blick klar. Insbesondere die oben geschilderte Einmann- GmbH macht deutlich, dass hier die Interessen von Gesellschaft und geschäftsführendem Gesellschafter faktisch identisch sind.
Exemplarisch kann dabei auf die folgende Konstellation zurückgegriffen werden:
A ist sowohl Geschäftsführer als auch Alleingesellschafter der A- GmbH. Letztere besitzt bei einer beliebigen Bank ein Kontokorrentkonto, auf dem sich Firmengelder befinden oder für das noch ein Dispositionskredit gegeben ist. Diese verfügbaren Finanzmittel überweist der A nun auf sein eigenes Konto und verwendet sie für private Zwecke. Infolgedessen wird die A- GmbH insolvent.
Nun stellt sich die Frage, ob dieses Verhalten eine Untreue zum Nachteil der Gesellschaft darstellt.
Dabei stellt man fest, dass A im Rahmen einer „Gesellschafterversammlung“ als alleiniger Gesellschafter dieser Auszahlung, die er später als Geschäftsführer auch selbst vorgenommen hat, zugestimmt hat. Sein Wille ist mit dem der Gesellschaft deckungsgleich.
Damit stellt sich aber die Frage, ob der Disposition des Gesellschafters über das Gesellschaftsvermögen Grenzen gesetzt sind.

I. Zivilrechtliche Ausgangslage

1. Mehrgliedrige (abhängige) Gesellschaft

Im Gesellschaftsrecht ist grundsätzlich unumstritten, dass die Gesellschafter keine unbeschränkte Einwirkungsbefugnis auf das Gesellschaftsvermögen haben und es eines Korrektivs für das in der Mitgliedschaft verkörperte Einflusspotential bedarf.[250] Zur Begründung werden dazu verschiedene Ansätze herangezogen, wobei sich mittlerweile aber das Konzept der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht sowohl für die abhängige als auch die selbständige GmbH durchgesetzt hat.[251]
Folglich sollen die anderen Ansätze, die im Übrigen einen konzernrechtlichen Bezug haben, nur kurz dargestellt werden:

---

[247] Scholz/ Emmerich § 13 GmbHG RN 2; Schnauder/ Müller- Christmann JuS 1998 S.980, S.984.
[248] Bittmann/ Richter wistra 2005 S.51, S.52; Ransiek wistra 2005 S.121, S.122.
[249] BGH NJW 2002 S.3024, S.3025; Scholz/ Emmerich § 13 GmbHG RN 3.
[250] BGH NJW 2001 S.3622, S.3623; NJW 2002 S.1803, S.1805; NJW 2002 S.3024, S.3025; Baumbach/ Hueck/ Zöllner Schlussanhang I RN 98; Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 30 II 1; Schnauder/ Müller- Christmann JuS 1998 S.980, S.984
[251] BGHZ 65 S.15, S.18; 95 S.330, S.340; BGH NJW 2002 S.1803, S.1805; Emmerich/ Habersack Anhang I zu § 318 AktG RN 27; Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 30 III 1a); Burgard ZIP 2002 S.827, S.831.

Das Konzept der Konzernverschuldenshaftung stützt sich hauptsächlich auf die Annahme, dass in sämtlichen Konzernen das herrschende Unternehmen zu einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung verpflichtet sei, wobei die Verletzung dieser Regeln aus der Tatsache der zentralen Konzerngeschäftsführung widerleglich zu vermuten sei. Folglich bestehe die Pflicht, die Tochtergesellschaft nicht nur im Interesse des Konzerns, sondern auch in dem der übrigen Gesellschafter sowie Gläubiger zu führen und somit die gebotene Rücksicht auf die wirtschaftliche Selbständigkeit und Existenzfähigkeit der abhängigen Gesellschaft zu nehmen. Werde gegen diese Grundsätze verstoßen, ergebe sich folgerichtig eine Schadensersatzpflicht des herrschenden Unternehmens aus positiver Vertragsverletzung (§ 276 BGB).[252]
Des Weiteren wird auch eine sogenannte Organhaftung aller maßgeblichen Gesellschafter und damit auch einschließlich des herrschenden Unternehmens diskutiert, da die Ausübung der Gesellschafterbefugnisse aufgrund der eigenen Rechtspersönlichkeit der GmbH fremdbezogen und jede fremdbezogene Machtausübung pflichtgebunden sei. Argumentiert wird dabei, dass das herrschende Unternehmen, wenn es schon durch die Ausübung seiner Leitungsmacht rein tatsächlich die Führung und Leitung der abhängigen GmbH übernehme und sich damit faktisch an die Stelle des Geschäftsführers setze, auch genauso wie der eigentliche Geschäftsführer, d.h. analog § 43 analog, haften müsse. Dieses sei insbesondere dann der Fall, wenn das Bestandsinteresse der abhängigen Gesellschaft verletzt werde. [253]
Nach Ansicht von Limmer ergibt sich die Haftung des herrschenden Unternehmens aus einer Sonder(rechts)beziehung zu der abhängigen Gesellschaft, womit die Mitglieder speziellen Verhaltenspflichten gegenüber den anderen Mitgliedern unterworfen seien und aus deren Verletzung sich eine gesetzliche Haftung ergebe. Die Grundlage für die Annahme einer solchen Rechtsbeziehung sei dabei die erhöhte Einwirkungsmöglichkeit des Konzerns auf die Güter der abhängigen Gesellschaft.[254]
Daneben wird auch noch vorgeschlagen, die §§ 311, 317 AktG analog auf den GmbH- Konzern anzuwenden, da das System der gesteigerten Treuepflicht nicht mit der Realität der Nachteilszufügung gegenüber der faktisch abhängigen GmbH im Einklang stehe und den Anforderungen nicht gewachsen sei.
Folglich bestehe zwar ein generelles Schädigungsverbot, andererseits könne die Rechtswidrigkeit der Maßnahme aber durch einen Nachteilsausgleich abgewendet werden.[255]

a) Inhalt der Treuepflicht

Nach zutreffender Ansicht ergibt sich die Haftung des herrschenden Unternehmens und damit des Mehrheitsgesellschafters aus der gesellschaftsrechtlich anerkannten Treuepflicht des Gesellschafters gegenüber der GmbH und den Minderheitsgesellschaftern, wobei der Treuepflicht gegenüber ersterer der Vorrang gebührt.[256] Aus dieser ergibt sich die Verpflichtung, insbesondere bei Aus-

---

[252] Lutter ZIP 1985 S.1425, S.1434; Schneider ZGR 1980 S.511, S.523.
[253] Wilhelm S.285 ff; ders. DB 1986 S.2113, S.2117; Geitzhaus GmbHR 1989 S.397, S.403.
[254] Limmer S.64/ 79.
[255] Kropff, in: FS f. Semmler S.537; Rowedder, in: Hommelhoff S.29; Schulze- Osterloh ZGR 1983 S.123, S.155/ 156.
[256] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 30 III 1b); Emmerich/ Habersack Anhang I zu § 318 AktG RN 27. Im Übrigen habe das herrschende Unternehmen eine „gesteigerte“ Treuepflicht. Sei sie als Korrektiv für das in der

übung der mitgliedschaftlichen Verwaltungs- und Herrschaftsrechte auf den gemeinsamen Zweck sowie die legitimen Interessen und Rechte der Mitgesellschafter Rücksicht zu nehmen. Die mitgliedschaftliche Treupflicht verbietet dem herrschenden Unternehmen ebenso wie jedem anderen Gesellschafter jede schädigende Einflussnahme auf die abhängige Gesellschaft, ohne dass es darauf ankommt, in welcher Form sich diese Einflussnahme vollzieht.[257]

Liegt kein Einverständnis des Minderheitsgesellschafters vor, entfällt daher grundsätzlich jede Befugnis der Muttergesellschaft, auf das Vermögen der Tochtergesellschaft ohne gesellschaftsrechtliche Legitimation zuzugreifen. Eine solche Legitimation besteht nur, wenn der Transfer aufgrund der Interessenlage des Tochterunternehmens aus unternehmerischen Gründen noch als vertretbar erscheint.[258]

Ob es sich um eine solche unerlaubte Einflussnahme handelt, beurteilt sich am Maßstab des satzungsmäßigen Zwecks und Unternehmensgegenstandes der Gesellschaft.[259] Dieses ist bei einer wirtschaftlichen Zielen dienenden GmbH die gemeinsame Erzielung von Gewinn für alle Gesellschafter durch den Betrieb eines Unternehmens in Selbständigkeit, d.h. ohne gleichzeitige Unterworfenheit unter die Ziele eines anderen Unternehmens[260], vorstellbar und zulässig ist aber auch eine einem gemeinnützigen Zweck dienende GmbH. Unerheblich ist daher, ob es auf seiten der abhängigen Gesellschaft zu feststellbaren Vermögensschäden kommt, d.h. verboten sind auch solche Maßnahmen, die lediglich dem Gesellschaftszweck oder dem Unternehmensgegenstand zuwiderlaufen, ohne einen Vermögensnachteil im Sinne der Differenztheorie herbeizuführen.[261]

Dabei ist eine Schädigung unter Berücksichtigung der §§ 311, 317 AktG und des § 43 GmbHG zu bejahen, wenn der pflichtbewusste und ordentliche Geschäftsführer einer unabhängigen Gesellschaft, der sich allein am Interesse der Gesellschaft und ihrer Gesellschafter orientiert, die Maßnahme wegen ihrer Risiken unterlassen hätte, d.h. die Muttergesellschaft darf ihre Tochtergesellschaft nicht zu Maßnahmen veranlassen, die mit den sich aus § 43 GmbHG ergebenden Maßstäben für eine ordentliche Geschäftsführung in einer unabhängigen GmbH nicht vereinbar sind.[262]

Dabei ist zu betonen, dass sich diese Ausführungen nur auf die mehrgliedrige (abhängige) GmbH beziehen.

Mitgliedschaft verkörperte Einflusspotential des Gesellschafters in der unabhängigen GmbH schon überaus wichtig, steigere sich diese Bedeutung noch, wenn der Mehrheitsgesellschafter zusätzlich noch ein anderes unternehmerisches Interesse verfolge. Dann ergebe sich unter Umständen nicht nur ein Schädigungsverbot, sondern sogar ein präventiv wirkendes Wettbewerbsverbot (Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 30 II 1.).

[257] BGHZ 65 S.15, S.18; Scholz/ Emmerich Anhang Konzernrecht RN 71; Hachenburg/ Ulmer Anh. § 77 GmbHG RN 81/ 90; Lutter/ Hommelhoff Anh. § 13 GmbHG RN 13; Baumbach/ Hueck/ Zöllner Schlussanhang I RN 98, Schmidt § 39 III 2; Raiser § 53 RN 32/33; Assmann, in FS 100 Jahre GmbHG S.681; Ulmer ZHR 1984 S.391, S.393; Rehbinder ZGR 1976 S.386, S.391; Geitzhaus GmbHR 1989 S.397, S.403; Stimpel AG 1986 S.117, S.120; Winter ZGR 1994 S.570, S.581; Schwark JuS 1987 S.443, S.447.

[258] BGH NJW 2004 S.2248, S.2254. Die Bremer Vulkan AG hatte nicht nur mittel- und unmittelbar sämtliche Anteile der M- GmbH in der Hand, sondern auch 89 % der Anteile der VWS- GmbH. Diese wurde ebenfalls in das zentrale cash- management System einbezogen und musste Gelder an dieses abführen. 11%- tiger Minderheitsgesellschafter dieser GmbH war die Stadt Stralsund.

[259] Baumbach/ Hueck/ Zöllner Schlussanhang I RN 55.

[260] BGHZ 95 S.330, S.334; Baumbach/ Hueck/ Zöllner Schlussanhang I RN 53.

[261] Emmerich/ Habersack Anh. I § 318 AktG RN 23; Baumbach/ Hueck/ Zöllner Schlussanhang I RN 55.

[262] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 30 III 2; Emmerich/ Habersack Anh. I § 318 AktG RN 30.

b) Formen der Veranlassung

Für das herrschende Unternehmen gibt es eine Vielzahl von Möglichkeiten, seine Vorstellungen in der abhängigen GmbH durchzusetzen.
Erstens kann die Konzernmutter direkte Weisungen an den oder die Geschäftsführer richten.[263]
Zweitens kann eine Veranlassung auch über die Beschlüsse der von dem herrschenden Unternehmen beherrschten Gesellschafterversammlung erfolgen.[264]
Drittens eröffnen auch personelle Verflechtungen die Ausübung von Leitungsmacht. Ist also der Geschäftsführer oder ein leitender Angestellter des herrschenden Unternehmens gleichzeitig Geschäftsführer der abhängigen Gesellschaft, können die unternehmerischen Interessen der Konzernmutter unmittelbar umgesetzt werden.[265]
Viertens ist eine Veranlassung auch in der Form denkbar, dass die abhängige Gesellschaft dem herrschenden Unternehmen eine Vollmacht erteilt und dieses daraufhin im Namen der Tochtergesellschaft Rechtsgeschäfte abschließt.

c) Beispiele pflichtwidriger Einflussnahmen

Treuepflichtwidrige Maßnahmen des Mehrheitsgesellschafters als herrschendes Unternehmen sind zum Beispiel
aa) die Inanspruchnahme von Sachen und Rechten der abhängigen Gesellschaft ohne angemessene Gegenleistung, insbesondere die Berechnung unangemessener Konzernverrechnungspreise[266], Veranlassung der abhängigen Gesellschaft zur Zahlung von Rechnungen des herrschenden Unternehmens[267] oder Verlagerung von Aufträgen von der abhängigen Gesellschaft auf das Mutterunternehmen.[268]
bb) Maßnahmen der Konzernfinanzierung.
In den Blickpunkt geraten sind hier die sogenannten Cash Management- Systeme.
Diese sind dadurch gekennzeichnet, dass die Konzerntochter oder die Konzerntöchter- in der Regel auf Weisung des herrschenden Unternehmens- ihre überschüssige Liquidität an die Muttergesellschaft abführen und dafür eine der abgeführten Summe entsprechende Gutschrift erhalten. Die freien Finanzmittel werden dann zentral angelegt und verwaltet, womit die Verwaltungs- und Fremdkapitalkosten gesenkt und höhere Anlagegewinne ermöglicht werden.
Im Gegenzug erhalten die Tochtergesellschaften von der Muttergesellschaft bei bestehendem Finanzbedarf Darlehen.[269]
Die Veranlassung zum Beitritt zu einem solchen System ist nicht an sich pflichtwidrig.[270]

---

[263] Emmerich/ Habersack Anhang I zu § 318 AktG RN 30; Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 25 I.2..
[264] Emmerich/ Habersack Anhang I zu § 318 AktG RN 30; Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 25 I.2a).
[265] Hüffer § 311 AktG RN 22.
[266] BGHZ 124 S.111, S.118/ 119; 65 S.15 S.18/ 19.
[267] OLG Jena GmbHR 2002 S.112ff.
[268] LAG Köln ZIP 2003 S.1893ff.
[269] Seibt NJW Spezial 2004 S.219, S.219; Wilken DB 2001 S.2383, S.2383.
[270] BGH NJW 2004 S.2248, S.2253; Emmerich/ Habersack/ Sonnenschein § 25 II 2b); Seibt NJW Spezial 2004 S.219, S.219.

Pflichtwidriges handeln liegt erstens erst dann vor, wenn, wie im Fall der „Bremer Vulkan"- AG, die Liquidität der abhängigen Gesellschaft weiter vereinnahmt wird, ohne dass ein vollwertiger Gegenanspruch gegeben und damit existenznotwendige Liquidität- sollte ein Finanzbedarf der abhängigen Gesellschaft entstehen, könnte dieser nicht mehr durch das Cash Management- System gedeckt werden- entzogen wird.[271]
Zweitens ist eine Pflichtwidrigkeit zu bejahen, wenn die mit der Zentralisierung verbundenen Synergieeffekte nicht in sachgerechter Weise an die abhängige Gesellschaft zum Beispiel in Form günstiger Darlehenszinsen weitergegeben werden[272].
Drittens stellen sich auch solche Anlagen als pflichtwidrig dar, die –soweit ein Minderheitsgesellschafter vorhanden ist- aufgrund der Interessenlage des Tochterunternehmens aus unternehmerischen Gründen als nicht mehr vertretbar erscheinen.[273]
cc) die Veranlassung zur Abordnung qualifizierten Personals von der abhängigen Gesellschaft zum herrschenden Unternehmen.[274]
dd) die Veranlassung der abhängigen Gesellschaft zu übermäßig riskanten oder spekulativen Geschäften vor allem dann, wenn die eventuellen Vorteile daraus allein dem herrschenden Unternehmen zufließen sollen.[275]
ee) Konzernumlagen. Dabei handelt es sich um Zuwendungen der abhängigen Gesellschaft, durch die Leistungen der Konzernleitung vergütet werden sollen.[276] Die Veranlassung hierzu ist pflichtwidrig, wenn durch sie Leistungen des herrschenden Unternehmens vergütet werden, die im Interesse des Gesamtkonzerns und nicht im Interesse der abhängigen Gesellschaft erfolgt sind.[277]

2. Die eingliedrige (abhängige) Gesellschaft im faktischen Konzern

In Bezug auf die Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht ist aber im Rahmen der Einmann- GmbH zu beachten, dass eine Treuepflicht aufgrund der fehlenden Minderheitsgesellschafter nur gegenüber der Gesellschaft besteht.[278] Dem gleichzustellen ist der Fall, dass sämtliche Minderheitsgesellschafter mit dem Vorgehen des Mehrheitsgesellschafters einverstanden sind.[279]
Diese Treuepflicht führt zu den folgenden, enger gezogenen Grenzen der Dispositionsbefugnis des Alleingesellschafters oder der gemeinschaftlich handelnden Gesellschafter.

a) Stammkapital

[271] BGH NJW 2001 S.3622, S.3623.
[272] Emmerich/ Habersack § 311 AktG RN 48.
[273] BGH NJW 2004 S.2248, S.2254.
[274] OLG Stuttgart AG 1979 S.200, S.202.
[275] Scholz/ Emmerich Anhang Konzernrecht RN 81.
[276] BGHZ 141 S.79, S.85.
[277] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 25 II 2c).
[278] BGH NJW 2001 S.3622, S.3623; Scholz/ Emmerich § 13 GmbHG RN 38; Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 30 V 2.; Emmerich/ Habersack Anhang II § 318 AktG RN 8; Röhricht, in: FS 50 Jahre BGH S.103; Müller-Christmann/ Schnauder JuS 1998 S.980, S.985.
[279] BGH NJW 2004 S.2248, S.2254; Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 30 V 1..

aa) Begriff

Ein wesentlicher Begriff des GmbHG ist das Stammkapital, § 30 GmbHG. Durch dieses wird die Entscheidungsbefugnis der Gesellschafter begrenzt, indem das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft nicht an die Gesellschafter ausgezahlt werden darf. Dieser Grundsatz wird unter anderem als „Grundpfeiler“ oder „Kernstück“ des GmbH- Rechts bezeichnet.[280] Wird diese Grenze durch Ausschüttungen unterschritten, müssen die Gesellschafter gemäß § 31 I GmbHG dieses Kapital der GmbH erstatten. Die besondere Bedeutung des Stammkapitals ergibt sich dabei unter anderem aus § 31 III und IV GmbHG. Kann ein Gesellschafter den gesetzeswidrig erhaltenen Auszahlungsbetrag nicht zurückzahlen, sind die übrigen Gesellschafter entsprechend ihrem Anteilsbesitz ohne Erlassmöglichkeit verpflichtet, dessen Zahlungsverpflichtung zu übernehmen.
Das Erfordernis des Stammkapitals ist eine Konsequenz des Grundsatzes der realen Kapitalaufbringung und des Kapitalerhaltungsgrundsatzes und dient als Rechtfertigung der beschränkten Haftung der GmbH.[281] Zentrale Funktion des Stammkapitals ist es also, den Gläubigern der Gesellschaft eine gewisse Mindestaussicht auf die Befriedigung ihrer Forderungen zu bieten.[282] Daneben hat es auch den Zweck, der Kapitalgesellschaft einen bestimmten Teil des Sondervermögens als ihr zur freien Verfügung stehendes Betriebskapital zu erhalten. Damit wird eine gewisse Eigenständigkeit der Kapitalgesellschaft als juristische Person garantiert.[283]

bb) Funktion des Stammkapitals als Dispositionsgrenze

Der Gesellschafter ist bei der Verfolgung eigener Interessen also an die zwingenden Vorschriften über die Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung und damit an § 30 GmbHG gebunden[284] und kann daher, so lange er keine Unterbilanz herbeiführt, Vermögensgegenstände der Gesellschaft in sein Privatvermögen überführen.
Eine Unterbilanz liegt vor, wenn das Vermögen nach bilanzieller Betrachtungsweise nicht mehr das Stammkapital deckt, also wenn das Vermögen zwischen „Null“ und dem Nennwert des Stammkapitals liegt, oder anders ausgedrückt, wenn das Reinvermögen nicht mehr ausreicht, um die Summe aus Verbindlichkeiten und der Stammkapitalziffer abzudecken.[285]
Demgemäss ist die GmbH lediglich in Höhe der Stammkapitalziffer schutzfähiges Vermögenssubjekt und können die Gesellschaftsgläubiger zur Deckung ihrer Forderungen ausschließlich die Erhaltung dieser Summe erwarten.[286] Im Übrigen schuldet der alleinige Gesellschafter der GmbH daher weder wegen Treuepflichtverletzung noch unter dem Gesichtspunkt der unerlaubten Hand-

[280] RGZ 168 S.292, S.297/ 298; BGHZ 28 S.77, S.78.
[281] BGH NJW 2004 S.3024, S.3025; Scholz/ Westermann § 30 GmbHG RN 1.
[282] Baumbach/ Hueck § 30 GmbHG RN 1; Lutter/ Hommelhoff § 30 GmbHG RN 1; Ulmer, in: FS 100 Jahre GmbHG S.363.
[283] Lutter/ Hommelhoff § 30 GmbHG RN 1; Scholz/ Westermann § 30 GmbHG RN 1.
[284] BGH NJW 2002 S.1803, S.1804; NJW 2001 S.3622, S.3623; BGHZ 122 S.123, S.130; Maurer GmbHR 2004 S.1549, S.1550.
[285] Maurer GmbHR 2004 S.1549, S.1550.
[286] Baumbach/ Hueck/ Zöllner Schlussanhang I RN 100.

lung, vorbehaltlich der Schranke des § 826 BGB, Schadensersatz, wenn er der Gesellschaft Vermögen entzieht, das nicht zur Deckung des Stammkapitals benötigt wird.[287]
Dieser Schutz des Stammkapitals betrifft aber nicht nur die Gesellschafter. Zwar verbietet § 30 GmbHG ausschließlich die Auszahlung an sie, dieser Grundsatz zieht sich aber durch das gesamte GmbHG. Zu berücksichtigen sind hier insbesondere §§ 33 II, III, 34 III, 43 III S.1, 43a GmbHG. Damit handelt es sich auch um einen Verstoß gegen das Gebot der Stammkapitalerhaltung, wenn sich der Geschäftsführer mit Zustimmung aller Gesellschafter ein Baudarlehen aus dem Gesellschaftsvermögen gewährt und dabei der GmbH das nach § 30 GmbHG geschützte Vermögen entzieht.
Dritte Personen müssen sich das Auszahlungsverbot des § 30 I GmbHG entgegenhalten lassen, wenn es sich um ein Umgehungsgeschäft handelt und daher durch die Vermögenszuwendung an diesen in Wahrheit eine Leistung an einen Gesellschafter erbracht wurde.[288]
Konzernrechtlich ist dabei an die Konstellation zu denken, dass die abhängige Gesellschaft Zahlungen an eine andere Gesellschaft leistet, die ebenfalls in einem Abhängigkeitsverhältnis zum herrschenden Unternehmen - also Mehrheitsgesellschafter- steht. Die maßgebliche Beteiligung an beiden Gesellschaften rechtfertigt es, von einer „qualifizierten Nähe“ aufgrund wirtschaftlicher Verbundenheit und daher einer Leistung an den Mehrheitsgesellschafter auszugehen.[289]

b) Existenzgefährdung

Weiterhin ist ein schutzwürdiges Eigeninteresse der GmbH gegenüber den Gesellschaftern insoweit gegeben, als um ihren Bestand geht.[290] Die Dispositionsfreiheit der Gesellschafter muss dort ihre Grenze finden, wo durch den Abzug existenznotwendiger Liquidität oder wesentlicher Teile des Anlage- und Umlaufvermögens, die für die Fortsetzung der Unternehmenstätigkeit erforderlich sind, das Gesellschaftsvermögen aktiv geschädigt und die Existenz der GmbH gefährdet wird.[291]

---

[287] BGHZ 122 S.333, S.336.
[288] Scholz/ Westermann § 30 GmbHG RN 29; Maurer GmbHR 2004 S.1549, S.1552.
[289] vgl. BGH GmbHR 1986 S.113, S.114; GmbHR 1991 S.99, S.101; Maurer GmbHR 2004 S.1549, S.1552.
[290] BGH NJW 2002 S.1803, S.1805; NJW 2002 S.3024, S.3025; Emmerich/ Habersack Anh. I zu § 318 AktG RN 35; Scholz/ Schneider § 37 GmbHG RN 52; Hachenburg/ Ulmer Anh. § 77 GmbHG RN 75; Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 30 V 2.; Henze GmbHR 2000 S.1069, S.1072; Wahl GmbHR 2004 S.994, S.999; Schnauder/ Müller-Christmann JuS 1998 S.980, S.983.
[291] Emmerich/ Habersack Anh. I § 318 AktG RN 34; Lutter/ Hommelhoff Anh. § 13 GmbHG RN 41; Röhricht, in: FS 50 Jahre BGH S.103/ 104; Schnauder/ Müller- Christmann JuS 1998 S.980, S.984. Noch weiter geht Wilhelm (DB 1986 S.2113, S.2117/ 2113), der auf Grundlage eines verselbständigten Eigeninteresses der GmbH von einer zwingenden organschaftlichen Sorgfaltshaftung der Gesellschafter nach § 43 GmbHG ausgeht, wenn die Geschäftsführung kein Eigengewicht mehr besitze und damit entmachtet sei, da dann die notwendige Kontrolle nicht mehr gegeben sei. Ein Bedürfnis zur Kontrolle bestehe dabei insbesondere in vermögensschwachen oder –losen Gesellschaften, da hier oftmals der Drang bestehe, durch Spekulationsgeschäfte zu Lasten Dritter die Gesellschaft zu sanieren oder um jeden Preis durchzuhalten.
Ein weitergehendes Eigeninteresse erkennt auch Burgard ZIP 2002 S.827ff an. Seiner Meinung nach besteht das Eigeninteresse der Gesellschaft darin, dass die Gesellschafter ihren gesetzlichen und statutarischen Verpflichtungen nachkommen, d.h. insbesondere die Verfassung der Gesellschaft in ihrer jeweiligen Fassung beachten, ihre rechtliche Selbständigkeit respektieren und ihren Zweck fördern, sie insbesondere nicht schädigen (S.834). Auch der Alleingesellschafter sei an dieses Gebot, die Verfassung und die rechtliche Selbständigkeit zu beachten, und an seine mitgliedschaftliche Treue- und Förderpflicht gebunden. Auf deren Inhalt könne er nur in den Grenzen des zwingenden Rechts Einfluss nehmen, sie aber nicht abbedingen (S.836). Letztendlich geht es ihm um die Einführung einer gläubigerschützenden „Corporate Governance“ bei der GmbH (S.828).

Die Rechtsordnung bietet dem Gesellschafter also keine Rechtfertigung zur aktiven Ruinierung seiner Gesellschaft[292], wohl aber zu einer geordneten Auflösung innerhalb der gesetzlichen Regelungen.

Der Bundesgerichtshof (II. Zivilrechtssenat) stellt im Rahmen seiner „Bremer Vulkan"- Entscheidung insoweit fest, dass sich der Schutz der abhängigen GmbH gegen solche existenzgefährdenden Eingriffe durch ihren Alleingesellschafter nicht nach dem Haftungssystem des Konzernrechts des Aktiengesetzes richtet.

„Er beschränkt sich auf die Erhaltung ihres Stammkapitals im Sinne der §§ 30f GmbHG .... und die Gewährleistung ihres Bestandschutzes in dem Sinne, dass ihr Alleingesellschafter bei Eingriffen in ihr Vermögen und ihre Geschäftschancen angemessene Rücksicht auf ihre seiner Disposition entzogenen ***eigenen***[293] Belange zu nehmen hat. An einer solchen angemessenen Rücksichtnahme auf die Eigenbelange fehlt es dann, wenn diese infolge der Eingriffe ihres Alleingesellschafters ihren Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen kann."[294]

Dieses Kriterium rechtfertigt sich durch die Feststellung, dass das Verbot der Auszahlung von Stammkapital für sich allein noch nicht ausreicht, die als Fähigkeit, ihren Verbindlichkeiten nachzukommen, verstandene Überlebensfähigkeit der GmbH zu gewährleisten und damit mittelbar einen Gläubigerschutz zu erzielen.[295] Die Existenz der GmbH kann zum Beispiel auch den Entzug notwendiger Produktionsgrundlagen erfolgen, der nicht unbedingt eine Verletzung des § 30 I GmbHG darstellt. Der Verstoß gegen diese Beschränkung zieht einen Ersatzanspruch aus dem Gesichtspunkt des „existenzvernichtenden Eingriffs" nach sich.[296]

„Das System der auf das Gesellschaftsvermögen beschränkten Haftung beruht auf der unausgesprochenen, für das Recht der Kapitalgesellschaften jedoch grundlegenden Voraussetzung, dass das Gesellschaftsvermögen, das zur Erfüllung der im Namen der Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten benötigt wird, in der Gesellschaft zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger verbleiben muss und damit der – im Recht der GmbH im Übrigen sehr weitgehenden- Dispositionsbefugnis der Gesellschafter entzogen ist. Die GmbH hat zwar keinen Anspruch gegen ihre Gesellschafter auf Gewährleistung ihres Bestandes. Sie können die Existenz der Gesellschaft im Grundsatz jederzeit- sei es im Rahmen einer freiwilligen Liquidation, sei es im Rahmen eines Insolvenzverfahrens – beenden(....). In jedem Fall hat ihre Beendigung jedoch in einem geordneten Verfahren zu erfolgen, in dem die Vermögenswerte der GmbH zunächst zur Befriedigung ihrer Gläubiger zu verwenden sind. 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 entzeihen und ihr dadurch die Möglichkeit zu nehmen, ihre Verbindlichkeiten- ganz oder teilweise- zu erfüllen. Den Gesellschaftern steht innerhalb wie außerhalb der Liquidation nur der Zugriff auf den zur Erfüllung der Gesellschaftsverbindlichkeiten nicht benötigten Überschuss zu."[297]

---

[292] BGH NJW 2002 S.3024, S.3025.
[293] Hervorhebung durch den Verfasser.
[294] BGH NJW 2001 S.3622, S.3623.
[295] BGH NJW 2002 S.1803, S.1805; NJW 2002 S.3024, S.3025; Röhricht, in: FS 50 Jahre BGH S.93.
[296] BGH NJW 2002 S.3024, S.3025.
[297] BGH NJW 2002 S.3024, S.3025, in diese Richtung auch: BGH GmbHR 1996 S.366, S.367.

Notwendig ist eine Anerkennung eines Bestandsinteresses der Gesellschaft, da nach herrschender Meinung[298] im Rahmen des § 30 GmbHG eine rein bilanzielle Betrachtungsweise Anwendung findet. Diese wirft die zwei Probleme auf.
Erstens bleibt der Abzug von Vermögensgegenständen oder Liquidität solange ohne Sanktion, wie der rechnerische Gesamtwert des noch der Gesellschaft verbleibenden Vermögens zu fortgeschriebenen Buchwerten noch Rücklagen in Höhe der satzungsmäßigen Stammkapitalziffer aufweist.
Zweitens handelt es sich um reine Momentaufnahme.
Damit ist die bilanzielle Betrachtung nicht in der Lage, die langfristigen Auswirkungen einer Vermögensentnahme zu erfassen.[299]
Werden der Gesellschaft etwa wichtige Produktionsmittel entzogen, kann dieses die GmbH aufgrund der schädlichen Auswirkungen auf die Ertragskraft geradewegs in die Unterbilanz oder Überschuldung treiben, obwohl zunächst nur der Anschaffungswert des betroffenen Gegenstandes als Aktivposten aus der Bilanz verschwindet.[300] Hier kann dann auch- sollte sich eine einzelne offene oder verdeckte Kapitalauszahlung tatsächlich identifizieren lassen- der Einzelausgleichsanspruch gemäß §§ 30,31 GmbHG nicht weiterhelfen, da diese Zahlung in der Regel zu spät kommen wird, um den bereits eingetretenen weitergehenden Schaden zu neutralisieren und die Wettbewerbsfähigkeit der Gesellschaft wieder herzustellen.[301]
Ein zusätzliches Problem ist, dass das seiner Überlebensfähigkeit beraubte Unternehmen schnell weitere Verbindlichkeiten anhäuft. Zu denken ist dabei insbesondere Miet-, Energie- und Lohnkosten und solche für einen eventuellen Sozialplan, die sogar anfallen, wenn das Unternehmen sofort stillgelegt wird. Da das satzungsmäßige Stammkapital in der Regel recht knapp ist, führt dies oftmals sogar zur Masselosigkeit.[302]
Eine weitere Besonderheit der Gesellschaft mit einem Alleingesellschafter ist die Verzichtbarkeit einer formellen Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung gemäß §§ 47, 48 GmbHG. Das Erfordernis des Beschlusses dient, indem sich der Minderheitsgesellschafter dann in entsprechender Anwendung aktienrechtlicher Vorschriften mit der Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage (§ 246 AktG) gegen Weisungen an den Geschäftsführer wehren kann, dem Minderheitenschutz. Ist eine schutzbedürftige Minderheit aber nicht vorhanden, kann auch auf das Erfordernis einer formellen Beschlussfassung verzichtet werden.[303]

3. Konsequenzen der „Bremer Vulkan“- Entscheidung

a) Überblick

Die Rechtsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns ist -wie oben schon erläutert- mittlerweile vom 2. Zivilrechtssenat des BGH aufgegeben[304] und die dadurch entstandene Lücke durch die unter 1.

---

[298] Scholz/ Westermann § 30 GmbHG RN 12; Röhricht, in: FS 50 Jahre BGH S.95.
[299] Ulmer, in: FS für Pfeiffer S.869
[300] Röhricht, in: FS 50 Jahre BGH S.93.
[301] Röhricht, in: FS 50 Jahre BGH S.94.
[302] Röhricht, in: FS 50 Jahre BGH S.95.
[303] Konzen NJW 1989 S.2977, S.2979.
[304] BGH NJW 2001 S.3622, S.3623; BGH NJW 2002 S.1803, S.1805.

und 2. geschilderten Grundsätze gefüllt worden. An die Stelle der Haftung aus qualifiziert faktischer Konzernierung sind also- zumindest nach Ansicht des genannten Senats und einiger Stimmen in der Literatur[305]- die nicht auf Konzernsachverhalte beschränkte Ausfallhaftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs und die Haftung aus Treuepflichtverletzung gegenüber Mitgesellschaftern getreten.[306]
„Der Schutz der abhängigen GmbH gegen Eingriffe ihres Alleingesellschafters folgt nicht dem Haftungssystem des Konzernrechts des Aktienrechts (§§ 291ff AktG). Er beschränkt sich auf die Erhaltung ihres Stammkapitals i. S. der §§ 30f GmbHG, für die im Rahmen des § 43 III GmbHG auch ihre Geschäftsführer haften, und die Gewährleistung ihres Bestandsschutzes in dem Sinne, dass ihr Alleingesellschafter bei Eingriffen in ihr Vermögen und ihre Geschäftschancen angemessene Rücksicht auf ihre seiner Disposition entzogenen eigenen Belange zu nehmen hat. An einer solchen angemessenen Rücksichtnahme auf die Eigenbelange der abhängigen GmbH fehlt es dann, wenn diese infolge der Eingriffe ihres Alleingesellschafters ihren Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen kann (...). Zu einer Haftung des Alleingesellschafters für die Verbindlichkeiten der von ihm beherrschten GmbH führt aber auch ein solcher bestandsvernichtender Eingriff nur dann, wenn sich die Fähigkeit der GmbH zur Befriedigung ihrer Gläubiger nicht schon durch die Rückführung entzogenen Stammkapitals gem. § 31 GmbHG wiederherstellen lässt.“[307]
Dabei handelt es sich um eine akzessorische Außenhaftung des Gesellschafters gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft.[308]

b) Tatbestand der Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs

aa) Missachtung des Eigeninteresses der GmbH

Der Gesellschafter muss seine Treuepflicht gegenüber der GmbH verletzt haben, indem er nicht angemessen Rücksicht auf ihr Eigeninteresse an der Erhaltung ihrer Fähigkeit zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern genommen hat.[309]

bb) Vermögensentzug

Durch diesen Pflichtverstoß muss der Gesellschafter der GmbH Vermögen entzogen haben, dass sie zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten benötigte. Vorausgesetzt ist also, dass die Fähigkeit der Gesellschaft zur Erfüllung der Forderungen der Gesellschaftsgläubiger in einem ins Gewicht fallenden Ausmaß beeinträchtigt worden ist.[310] Als Beispiele herangezogen werden hier ebenfalls der Abzug von Finanz- oder Anlagevermögen, die Überbürdung unvertretbarer Risiken oder die

---

[305] Ulmer ZIP 2001 S.2021, S.2024; Altmeppen ZIP 2001 S.1837, S.1838; ders. NJW 2002 S.321, S.324; Görner/ Kling GmbHR 2004 S.778, S.785; Wahl GmbHR 2004 S.994, S.999.
[306] BGH NJW 2002 S.1803, S.1805.
[307] BGH NJW 2001 S.3622, S.3623.
[308] BGH NJW 2002 S.3024, S.3025; NJW 2002 S.1803, 1805; Görner/ Kling GmbHR 2004 S.778, S.778.
[309] BGH NJW 2001 S.3622, S.2623.
[310] BGH NJW 2002 S.3024, S.3025; NJW 2002 S.1803, S.1805; NJW 2001 S.3622, S.3623; Wahl GmbHR 2004 S.994, S.999.

Übertragung der Rolle des Kostenträgers auf die Gesellschaft und der Entzug notwendiger Produktionsanlagen.[311]

cc) Insolvenz

Dieser Vermögensentzug muss schließlich zur Insolvenz der GmbH oder zumindest zu einer Insolvenzvertiefung (Verringerung der Insolvenzquote zu Lasten der Gläubiger der Gesellschaft[312]) geführt haben.[313]

dd) Keine Wiederherstellung der Fähigkeit

Haftungsvoraussetzung ist des Weiteren, dass die Fähigkeit der Gesellschaft zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger nicht schon durch die Erfüllung der Rückzahlungsverpflichtung gemäß §§ 30, 31 GmbHG wiederhergestellt werden kann.[314]

c) Alternative Konzepte in der Literatur

Im Anschluss an die „Bremer Vulkan"- Entscheidung ist auch in der Literatur die Abkehr vom qualifiziert faktischen Konzern zur Kenntnis genommen worden. Als Reaktion wurden insbesondere die folgenden Ansätze entwickelt:

aa) Treuepflichtverletzung

Nach Ansicht von Ulmer hat der BGH durch seine Entscheidung die durch das TBB- Urteil aufgestellten Haftungsvoraussetzungen allenfalls moderat weiterentwickelt, aufgrund seiner Klarstellung der „Eingriffshaftung" aber den Weg zum Abschied vom qualifiziert faktischen Konzern geebnet.[315] Ebenso sieht auch Karsten Schmidt in der Entscheidung erstens eine Abwendung von der konzernrechtlichen Begründung der Haftung des Alleingesellschafters gegenüber der von ihm beherrschten GmbH und zweitens eine Hinwendung zu einer den Gläubigerschutz einschließenden Verschuldenshaftung.[316] Ein Anspruch bestehe folglich unter den folgenden Voraussetzungen:

---

[311] Görner/ Kling GmbHR 2004 S.778, S.779/780.
[312] Görner/ Kling GmbHR 2004 S.778, S.780.
[313] BGH NJW 2002 S.1803, S.1805.
[314] BGH NJW 2002 S.3024, S.3025; NJW 2001 S.3622, S.3623.
[315] Ulmer ZIP 2001 S.2021, S.2024.
[316] Schmidt NJW 2001 S.3577, S.3579. Andererseits will er aber nicht von einer gänzlichen Aufgabe dieses Haftungsmodells sprechen. In Fällen extremer Organisations- und Vermögensvermischung komme eine Verlustdeckungshaftung des herrschenden Unternehmens in diesen seltenen Fällen qualifizierter Abhängigkeit einer GmbH- Tochter noch in Betracht. Dass dies unmöglich sei, habe der BGH mit seiner Entscheidung nicht zum Ausdruck gebracht (NJW 2001 S.3577, S.3581).

(1) Abhängigkeit der GmbH. Mit Aufnahme dieses Kriteriums habe sich der BGH für diejenige Ansicht entschieden, die auch schon nach der TBB- Entscheidung das Vorhandensein eines Konzerns im Sinne des § 18 AktG für nicht erforderlich gehalten hatte.[317]
(2) Eingliedrigkeit der GmbH, d.h. es gibt nur einen Gesellschafter.
(3) Existenzgefährdender Eingriff des Alleingesellschafters ohne angemessene Rücksichtnahme auf die Eigenbelange der abhängigen GmbH im Sinne einer „kalten Liquidation". Erfasst seien dadurch insbesondere die Umverteilung von Vermögenswerten auf andere verbundene Unternehmen und sonstige abhängigkeits- oder konzernbedingte, die Lebensfähigkeit der nachteilig betroffenen Tochter GmbH gefährdende Umstrukturierungen.
(4) Insolvenz der abhängigen Gesellschaft.
(5) Nichteingreifen der Kapitalsicherungsvorschriften §§ 30,31 GmbHG. Insoweit werde auf das vorherige negative Tatbestandsmerkmal der Unmöglichkeit eines Einzelausgleichs Bezug genommen.
(6) Verschulden des Alleingesellschafters, wobei hier der Maßstab des § 276 I S.1 BGB a.F. Anwendung finde, d.h. es gelte ein objektiver Fahrlässigkeitsmaßstab. Im übrigen gelte eine Beweislastumkehr gemäß § 282 BGB a.F..[318]
Dogmatische Grundlage dieses Anspruchs sei die gegenüber der abhängigen Gesellschaft bestehende (Treue)Pflicht des Alleingesellschafters, ihre Existenzfähigkeit nicht zu gefährden[319], d.h. bestandsvernichtende Eingriffe seien nicht erlaubt.[320] Als Beispiele für solche Eingriffe werden über das operative Tagesgeschäft hinausgehende strategische (Finanzierungs-)Maßnahmen oder Unterlassungen genannt, die bei einer Betrachtung ex ante als ruinös erscheinen und die Gesellschaft in die Insolvenz treiben. Bezug genommen wird in diesem Zusammenhang insbesondere auf Fälle greifbarer Unterkapitalisierung.[321]
Bezeichnet wird die Schadensersatzpflicht des Alleingesellschafters zusammenfassend als Haftung „wegen Verstoßes gegen seine Pflichten aus der Sonderverbindung zur GmbH".[322]
Anspruchsinhaber sei die GmbH als solche, die Ersatz des durch den Eingriff entstandenen Schadens verlangen könne, wobei dieser mit dem Gläubigerausfall identisch sein könne, aber nicht müsse.
Im Hinblick auf die Höhe des Anspruchs seien Sinn und Zweck der Eingriffshaftung zu bedenken. Da sie darauf abziele, der insolventen GmbH die Befriedigung ihrer Gläubiger zu ermöglichen, sei die Schadensersatzpflicht bei Geltendmachung durch den Insolvenzverwalter der Gesellschaft auf die Beseitigung der Überschuldung begrenzt. Ein darüber hinaus gehender Schaden wie zum Beispiel der Verlust des Stammkapitals werde nicht durch diesen Anspruch erfasst. Unbenommen bleibe dem Gesellschafter im übrigen der Hinweis, der eingriffsbedingte Schaden sei aufgrund einer

---

[317] Ulmer ZIP 2001 S.2021, S.2023; a.A. Schmidt NJW 2001 S.3577, S.3579. Seiner Ansicht nach muss es sich bei dem Alleingesellschafter nicht einmal um ein herrschendes Unternehmen handeln, d.h. ein Abhängigkeitsverhältnis soll gänzlich verzichtbar sein.
[318] Ulmer ZIP 2001 S.2021, S.2028.
[319] Ulmer ZIP 2001 S.2021, S.2027.
[320] Schmidt NJW 2001 S.3577, S.3580.
[321] Schmidt NJW 2001 S.3577, S.3570.
[322] Ulmer ZIP 2001 S.2021, S.2027; Schmidt NJW 2001 S.3577, S.3580.

schon vorher vorhandenen Überschuldung geringer als der vom Insolvenzverwalter geltend gemachte.[323]

bb) Unverzichtbare Gesellschafterhaftung für „gröblich“ sorgfaltswidriges Verhalten

Nach Meinung von Altmeppen stellt die Entscheidung zumindest für die eingliedrige GmbH den endgültigen Abschied vom qualifiziert faktischen Konzern dar.[324] Im übrigen handele es sich zwar um einen konzernrechtlichen Sachverhalt, letztendlich gehe es in der Entscheidung aber ausschließlich um den Gläubigerschutz in der eingliedrigen GmbH im allgemeinen, d.h. unabhängig von einer konzernrechtlichen Einbindung.[325]
Aufgrund dieser Entscheidung sei nun wie folgt zu differenzieren.
Vorrangig seien die Kapitalerhaltungsregeln §§ 30, 31, 43 III GmbHG anzuwenden; hieraus ergebe sich eine verschuldensunabhängige (Garantie)Haftung des Alleingesellschafters, für die die seit dem TBB- Urteil anerkannten Beweiserleichterungen[326] anwendbar seien.[327]
Hiervon seien die Konstellationen zu unterscheiden, die sich nicht mit den Kapitalerhaltungsregeln lösen ließen. In diesem Zusammenhang habe der BGH ein Eigeninteresse auch der eingliedrigen GmbH insoweit anerkannt, als es um die Erhaltung der Fähigkeit, ihre Gläubiger zu befriedigen, gehe.[328] Hieraus ergebe sich ein Haftungsanspruch der eingliedrigen Gesellschaft gegenüber dem Alleingesellschafter, der auf einer analogen Anwendung von § 43 GmbHG, § 93 V S.2 und S.3 AktG basiere.[329] Demgemäss hafteten der beherrschende Gesellschafter und der Geschäftsführer der abhängigen Gesellschaft gesamtschuldnerisch, wenn ersterer eine Weisung zu einem gröblich sorgfaltswidrigen Umgang mit dem Gesellschaftsvermögen erteile, deren Befolgung für den Geschäftsführer –wegen entgegenstehender Gläubigerinteressen- eine persönliche Haftung gemäß § 93 V S.2 und S.3 AktG analog zur Folge hätte.[330] Um eine gröbliche sorgfaltswidrige Vernichtung von Gesellschaftsvermögen zu Lasten der Gläubiger handele es sich, wenn der Vermögensverlust eine Folge einer Verletzung des Mindeststandards ordnungsgemäßen unternehmerischen Verhaltens entweder durch den Gesellschafter und/ oder den Geschäftsführer sei.
Erforderlich sei eine solche Haftung in der eingliedrigen GmbH, da die Gläubiger auf zwei Dinge vertrauen dürften:
(1) Erstens darauf, dass das Stammkapital der GmbH weder unmittelbar noch mittelbar zurückgenommen werde.

---

[323] Ulmer ZIP 2001 S.2021, S.2028.
[324] Altmeppen ZIP 2001 S.1837, S.1838.
[325] Altmeppen ZIP 2001 S.1837, S.1838; ders. NJW 2002 S.321, S.324 .
[326] Der Kläger muss lediglich Umstände darlegen und gegebenenfalls beweisen, die die Annahme zumindest *nahe legen*, dass bei der Unternehmensführung im Hinblick auf das Konzerninteresse die eigenen Belange der GmbH über bestimmte, konkret ausgleichsfähige Einzeleingriffe hinaus beeinträchtigt worden sind (BGHZ 122 S.123, S.132/ 133), d.h. nachzuweisen ist lediglich der objektive Missbrauch, nicht aber die tatsächliche Interessenbeeinträchtigung.
[327] Altmeppen ZIP 2001 S.1837, S.1839/ 1840.
[328] Altmeppen ZIP 2001 S.1837, S.1840.
[329] Altmeppen NJW 2002 S.321, S.324; ders NJW 2002 S.321, S324.
[330] Für eine analoge Anwendung nur auf den Geschäftsführer: Burgard ZIP 2002 S.827, S.839, insbesondere in Fn 168.

(2) Zweitens darauf, dass das zu ihrer Befriedigung erforderliche Gesellschaftsvermögen nicht durch einen gröblichen Verstoß gegen den Mindeststandard unternehmerischen Verhaltens vernichtet werde.[331]
Im Detail habe dieser Anspruch die folgenden Voraussetzungen:
(1) Eingliedrigkeit der GmbH
(2) gröblicher Verstoß gegen den Mindeststandard unternehmerischen Verhaltens im Sinne des § 93 V S.2 und S.3 AktG. Dieses Verhaltenselement kennzeichne das Erfordernis einer rechtswidrigen und schuldhaften Handlung des Alleingesellschafters (oder des Geschäftsführers).[332]
(3) Unfähigkeit der GmbH, ihre Gläubiger zu befriedigen und damit Verletzung des „rudimentären" Eigeninteresses der Gesellschaft. [333]
(4) Kausalität zwischen den erstgenanten Voraussetzungen.
Die Beweisführung sei insoweit erleichtert, als es ausreichend sei, dem Alleingesellschafter eine irgendwie geartete Beteiligung an einer gröblich sorgfaltswidrigen Geschäftsführung nachweise. Dann gelte die Vermutung, dass eine Gesellschaft, die zum Zeitpunkt der Handlung noch nicht insolvent gewesen sei, wegen des gröblichen Verstoßes in die Insolvenz geführt wurde.[334]
Ebenso wie Ulmer ist auch Altmeppen im übrigen der Ansicht, dass die Höhe des Anspruchs durch den Gläubigerausfall begrenzt werde, d.h. die Gesellschafterhaftung ende in dem Moment, in dem genug Masse vorhanden sei, um alle Gesellschaftsgläubiger vollständig zu befriedigen.[335]

cc) Analoge Anwendung des § 117 AktG

Burgard geht von einer noch weitergehenden Schadensersatzpflicht des Alleingesellschafters[336] unabhängig von der Konzerneingebundenheit[337] der GmbH aus. Zwar könne er in den Grenzen des zwingenden Rechts das Gesellschaftsinteresse definieren und sich punktuell von seinen Pflichten entbinden. Untersagt sei ihm aber die vorsätzliche Schädigung der Gesellschaft,
da hierin ein Verstoß gegen die Grundsätze anständiger Kaufmannschaft im Sinne des § 117 AktG zu sehen sei. Folglich müssten sich die Gesellschaftsgläubiger auf ein Mindestmaß an Gesellschaftstreuem Verhalten des Alleingesellschafters verlassen können. § 117 AktG sei daher analog anzuwenden, allerdings mit Ausnahme von Abs. 4 und Abs. 7 Nr.1.[338]
Die Gesellschaft als Anspruchsinhabern könne aber in den Grenzen der Erhaltung des Stammkapitals (§ 30 GmbHG) auf den Ersatzanspruch nachträglich verzichten.[339]

---

[331] Altmeppen ZIP 2001 S.1837, S.1845.
[332] Altmeppen ZIP 2001 S.1837, S.1841.
[333] Altmeppen ZIP 2001 S.1837, S.1845.
[334] Altmeppen ZIP 2001 S.1837, S.1846.
[335] Altmeppen ZIP 2001 S.1837, S.1846.
[336] In der mehrgliedrigen GmbH entstehe dieser ein Anspruch aus positiver Forderungsverletzung, wenn die Gesellschafter die ihnen aufgrund des mitgliedschaftlichen Treueverhältnis obliegenden Pflichten schuldhaft verletzten und dadurch einen Schaden verursachten. Der Sorgfaltsmaßstab ergebe sich aus den §§ 708, 277 BGB (ZIP 2002 S.827, S.836).
[337] Burgard ZIP 2002 S.827, S.830 (in Fn 35).
[338] Burgard ZIP 2002 S.827, S.837.
[339] Burgard ZIP 2002 S.827, S.838.

4. Zwischenergebnis

Zivilrechtlich unterliegt der Gesellschafter bei der Verfolgung seiner wirtschaftlichen Interessen durch die GmbH zwei Grenzen. Erstens darf durch § 30 I GmbHG gebundenes Vermögen nicht an ihn ausgezahlt werden und zweitens muss er angemessen Rücksicht nehmen auf das Existenzinteresse der GmbH, verstanden als die Erhaltung der Fähigkeit, Ihren Verbindlichkeiten nachzukommen.

II. Strafrechtliche Konsequenz im Hinblick auf die eingliedrige Gesellschaft

1. Eingeschränkte Dispositionsbefugnis der Gesellschafter

Aus dem Umstand, dass im Gesellschaftsrecht der Dispositionsbefugnis der Gesellschafter- damit auch dem herrschenden Unternehmen im faktischen Konzern- über das Gesellschaftsvermögen die oben genannten Grenzen gesetzt sind, wird überwiegend geschlossen, dass damit auch im Strafrecht die Möglichkeit der Gesellschafter, den Geschäftsführer zu entlasten, eingeschränkt ist.
Nach dieser Ansicht besteht zwar grundsätzlich die Möglichkeit für die Gesamtheit der Gesellschafter, durch ihr Einverständnis die Strafbarkeit des Geschäftsführers nach § 266 StGB wegen vermögensmindernder und gesellschaftsschädigender Maßnahmen auszuschließen, wobei aber aufgrund der eigenen Rechtspersönlichkeit der GmbH gewisse Grenzen selbst bei der Einmann- GmbH, wo also der Alleingesellschafter zugleich auch Geschäftsführer ist, zu berücksichtigen seien.[340] An die Stelle der freien Dispositionsbefugnis des Vermögensinhabers dürfe nicht ein gleiches freies Belieben der Organe oder Vertreter der juristischen Person treten.[341] Komme es zu einer Überschreitung der Beschränkungen, könne der Wille der Gesellschafterversammlung nicht mehr der GmbH zugerechnet werden, da dann das Interesse der GmbH als Vermögensinhaberin und das Interesse der Gesellschafter auseinander fielen.[342] In einer solchen Situation bestehe aber die Möglichkeit, das unwirksame Einverständnis der Gesellschafter bei der Strafzumessung zu berücksichtigen.[343] Im Hinblick auf die Frage jedoch, wo diese Grenzen zu ziehen sind, werden verschiedene Vorschläge gemacht.

a) Stammkapital, § 30 GmbHG

Nach Ansicht vieler Autoren endet die Dispositionsbefugnis der Gesellschafter – entsprechend der vorstehend geschilderten zivilrechtlichen Ausgangslage- dort, wo gegen diese zwingenden Vorschriften der §§ 30, 33 II GmbHG verstoßen wird und damit insbesondere dann, wenn entgegen §

---

[340] BGH wistra 1983 S.71, S.72; 1986 S.262, S.262; 1990 S.99, S.99; 1996 S.70, S.70; Scholz/ Tiedemann Vor §§ 82ff GmbHG RN 15; Ulmer, in FS f. Pfeiffer S.870; Gribbohm ZGR 1990 S.1, S.28; Fleck ZGR 1990 S.31, S.49; Hartung NJW 1996 S.229, S.231.
[341] Gribbohm ZGR 1990 S.1, S.20.
[342] Flum S.245.
[343] BGH NStZ 1995 S.185, S.186.

30 GmbHG durch die schädigende Handlung eine Unterbilanz herbeigeführt wird.[344] Unbeachtlich sei das Einverständnis der Gesellschafter demgemäss auch dann, wenn durch die Auszahlung nicht nur das Stammkapital aufgezehrt, sondern darüber hinaus die GmbH überschuldet oder eine bereits bestehende Überschuldung, d.h. die Verbindlichkeiten sind höher als die zum Verkehrswert angesetzten Aktivposten[345], noch weiter vertieft werde. Dann erfolgten die Entnahmen nur noch aus Fremdmitteln und damit ausschließlich auf Kosten der Gesellschaftsgläubiger.[346]
Das Gesellschaftsvermögen sei also als das Sondervermögen der juristischen Person der Disposition der Gesellschafter entzogen, soweit es zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlich sei. Insofern stelle es ein selbständiges Schutzobjekt des § 266 dar, wohingegen jenseits der Grenze des § 30 GmbHG § 266 keine Anwendung finde und vermögensschädigende Handlungen des Geschäftsführers wie zum Beispiel die Vornahme von Risiko- oder Spekulationsgeschäften ohne Berührung des Stammkapitals mit Zustimmung der Gesellschafter folglich strafrechtlich irrelevant seien. Das Vermögen der Gläubiger werde auf diesem Wege nur mittelbar und nur nach Maßgabe der Vorschriften des GmbHG geschützt.[347]

b) Liquiditäts- und Existenzgefährdung

Diese Schranke wird oftmals als nicht ausreichend angesehen.
Zusätzlich[348] sollen daher auch solche Maßnahmen des Geschäftsführers mit Einverständnis der Gesellschafter als strafrechtlich relevant anzusehen sein, die ohne die Herbeiführung einer Unterbilanz die Existenz der Gesellschaft gefährden[349], d.h. mit hoher Wahrscheinlichkeit zum Zusammenbruch der GmbH und damit zum Verlust des Stammkapitals führen müssten.[350] Insbesondere könne man auf diesem Wege das Risiko vermindern, dass die GmbH auf kaltem Wege außerhalb des gesetzlich durch die §§ 60ff GmbHG vorgesehenen Verfahrens liquidiert werde.[351]
Der BGH hat dieses Kriterium in zahlreichen Entscheidungen angewendet.
Untreuerelevant sei eine mit Zustimmung aller Gesellschafter durchgeführte, an sich zulässige Gewinnentnahme, die über die bloße Vermögensminderung hinaus schädliche Folgen habe und

---

[344] LK/ Schüneman § 266 RN 125 c) bb); Hachenburg/ Kohlmann Vor § 82 GmbHG RN 201; Achenbach, in: FS 50 Jahre BGH S.598/ 599; Radtke GmbHR 1998 S.361, S.369; Brammsen DB 1989 S.1609, S.1615; Richter GmbHR 1984 S.137, S.144.
[345] Scholz/ Westermann § 30 GmbHG RN 17.
[346] BGH wistra 1990 S.99, S.99; Hachenburg/ Kohlmann Vor § 82 GmbHG RN 201.
[347] Kohlmann, in: FS für Werner S.397/ 398.
[348] Lediglich Wodicka (S.269/ 271) will das Verbot der Existenzgefährdung nicht als zusätzliches, sondern als das einzig maßgebliche Kriterium begreifen. Folglich sei eine Untreuestrafbarkeit des Geschäftsführers zu verneinen, wenn die Auszahlung zwar gegen § 30 GmbHG verstoße, nicht aber die Existenz der GmbH gefährde. Er begründet seine Auffassung mit dem Argument, dass isolierte, nicht mit einer Bestandsgefährdung verbundene Verstöße gegen § 30 GmbHG nicht das eigene Bestandsinteresse der Gesellschaft tangierten und folglich ein anderes Vorgehen unzulässig Gläubigerschutz unter dem Dach des § 266 betreiben würde.
[349] BGHSt 35 S.333, S.339; BGH StV 2000 S.487, S.489; BGH wistra 1995 S.144, S.144; Kohlmann RN 193; Wassmer S.93; Hellmann wistra 1989 S.214, S.218; Fleck ZGR 1990 S.31, S.43; Gehrlein NJW 2000 S.1089, S.1090.
Dieses Kriterium sieht Bitter WM 2001 S.2133, S.2141 als unzutreffend an, da eine Existenzgefährdung durch stammkapitalüberschreitende Risiken nicht generell verboten sei. Unzulässig sei demgegenüber die „einseitige Spekulation auf Kosten der Gläubiger“, die vorliege, wenn die Insolvenzwahrscheinlichkeit der Gesellschaft das normalerweise von den Gläubigern zu tragende maß übersteige.
[350] Fleck ZGR 1990 S.31, S.43.
[351] Winter S.206.

daher als rechtswidriger Nachteil für die Gesellschaft zu werten sei. Solche zusätzlichen negativen Folgen seien insbesondere dann gegeben, wenn durch die an sich mögliche Entnahme die Existenz der GmbH gefährdet werde, wobei als konkrete Beispiele der Entzug der Produktionsgrundlage oder eine Aushöhlung durch vorweggenommene Gewinnausschüttungen genannt werden. Weitere mögliche Anhaltspunkte seien die Gefährdung der Liquidität oder besonderer entgegenstehender Interessen der Gesellschaft.

Der Schluss auf eine Existenz- oder Liquiditätsgefährdung liege nahe, wenn es sich um relativ große Entnahmen handele und die Gesellschaft in absehbarem zeitlichen Zusammenhang damit in Konkurs gerate. Im Übrigen werde eine nach Zerschlagungswerten aufgestellte Bilanz unter den genannten Voraussetzungen, d.h. Gewinnentnahme und Insolvenz, nicht selten ergeben, dass das nach § 30 GmbHG geschützte Stammkapital durch die Entnahmen bereits angegriffen worden sei.[352]

Diese Erwägungen sind daran anschließend dahingehend präzisiert worden, dass eine unmittelbare Beeinträchtigung des Stammkapitals nicht erforderlich sei. Vielmehr sei die Zustimmung schon dann unbeachtlich, wenn die beabsichtigte oder durchgeführte Vermögensverschiebung für sich alleine genommen oder als Teil einer Gesamtstrategie geeignet sei, dass nach § 30 GmbHG geschützte Kapital und damit die gesetzlich geschützten Eigeninteressen der GmbH zu gefährden.[353]

In einer weiteren Entscheidung wurde festgestellt, dass die Gesellschafter über das Gesellschaftsvermögen nicht verfügen dürften, wenn dadurch eine konkrete Existenzgefährdung für die Gesellschaft entstehe, was jedenfalls bei einem Angriff auf das durch § 30 GmbHG geschützte Kapital der Fall sei. Dieser könne zum Beispiel in einer Erhöhung des Haftungsrisikos durch einen Vertragsschluss zu sehen sein.[354]

Einige Autoren sehen in diesem Zusammenhang aber die Gefahr, dass die Anwendung dieses Kriteriums zu einer allgemeinen Vertretbarkeitskontrolle geschäftlicher Entscheidungen mutieren könne. Eine Anwendung sei daher nur zu befürworten, wenn es um die Bewertung von Vermögensentnahmen gehe, d.h. um unmittelbar oder mittelbar den Gesellschaftern zugutekommende Ausschüttungen, womit zum Beispiel die Herbeiführung einer Existenzkrise durch von den Gesellschaftern abgesegnete Risikogeschäfte nicht zu einer Strafbarkeit nach § 266 führen würde.[355]

c) Grundsätze eines ordentlichen Kaufmanns und Willkürverbot

Insbesondere die Rechtsprechung hat die Zustimmung der Gesellschafter mehrfach auch dann als unbeachtlich eingestuft, wenn sie, da die betreffende Handlung des Geschäftsführers zu einer willkürlichen Schädigung des Gesellschaftsvermögens führe, gegen die Grundsätze eines ordentlichen Kaufmanns verstoße.[356] Dann handele es sich um eine „selbst ungetreue Zustimmung“. Folglich wurde schon für den Fall eine Untreuestrafbarkeit bejaht, dass der Geschäftsführer im Einverständnis mit den Gesellschaftern ohne Verletzung des § 30 GmbHG und ohne Gefährdung

[352] BGH NJW 1989 S.112, S.113.
[353] BGH NJW 1997 S.66, S.69.
[354] BGH NJW 2000 S.154, S.155.
[355] Fleck ZGR 1990 S.31, S.42.
[356] BGHSt 3 S.32, S.40; 9 S.203, S.216; 34 S.379, S.389; BGH NStZ 1984 S.118, S.119; wistra 1983 S.71, S.72.

der Liquidität der Gesellschaft, aber unter Missachtung der Pflicht nach § 41 GmbHG durch Falsch- und Nichtbuchen Vermögensverschiebungen verschleiert hat.[357]
Dieser Position ist im Schrifttum insbesondere für die Konstellation, dass der Geschäftsführer zugleich Gesellschafter ist, vereinzelt zugestimmt worden.[358] Grundlage der Argumentation ist dabei die Betonung der eigenen Rechtspersönlichkeit der GmbH und der Trennung der Vermögenssphären von Gesellschaft und Gesellschafter. Diese Konstruktion der juristischen Verselbständigung in Kombination mit der Vermögensbindung diene dem Verkehrs- und Gläubigerschutz, woraus folge, dass auch der Gesellschafter- Geschäftsführer als Ausgleich für den Ausschluss seiner persönlichen Haftung das für ihn fremde Gesellschaftsvermögen im Interesse der Gläubiger zu erhalten habe. Indem er in die Geschäftsführerstellung einrücke, übernehme er eine Vermögensfürsorgepflicht nach Maßgabe des § 43 I GmbHG und dürfe daher nur ordnungsgemäß über das Vermögen der GmbH verfügen, d.h. er müsse eine Entnahme verbuchen und sie auf seinen Gewinnanspruch verrechnen.[359]
Als Anhaltspunkt für die Anforderungen an ein ordnungsgemäßes Wirtschaften wird dabei auf § 283 Nr.1,2,3,8 verwiesen. Ein Geschäftsführerverhalten, dass nach § 283ff strafwürdig wäre, sei für die Gesellschafter auch im Rahmen des § 266 nicht zustimmungsfähig.[360]
Flum will dagegen diesen Sorgfaltsmaßstab nur dann auf den Gesellschafter anwenden, wenn es sich erstens um einen Mehrheitsgesellschafter handele und dieser zweitens auf informellem Wege den Geschäftsführer Weisungen erteile. In einer solchen Situation sei der Geschäftsführer nicht von der Einhaltung der von ihm gemäß § 43 I GmbHG geforderten Sorgfalt eines ordentliche Geschäftsmannes entbunden und komme daher eine Untreuestrafbarkeit in Betracht.[361]

d) Gesetz- und sittenwidrige Maßnahmen

Wie oben schon erläutert, ist eine Weisung der Gesellschafter an den Geschäftsführer aus dem Blickwinkel des Gesellschaftsrechts unter anderem dann nichtig, wenn sie gegen zwingende gesetzliche Verbote verstößt oder sittenwidrig ist.
Mit Blick auf § 266 wird daher vertreten, eine solche Weisung sei auch im Strafrecht unbeachtlich und könne den Geschäftsführer, der sie befolge, nicht vom Vorwurf der Untreue entlasten. Zu beachten sei allerdings, dass § 266 einen Nachteil der Gesellschaft selbst erfordere und daher eine Schädigung Dritter wie zum Beispiel der Gesellschaftsgläubiger nicht ausreiche.[362]

e) Absoluter Vermögensschutz (strenge Körperschaftstheorie[363])

Einen noch weitergehenden Schutz billigte das Reichsgericht dem GmbH-Vermögen zu.

---

[357] BGHSt 34 S.379, S.389.
[358] Scholz/ Tiedemann Vor §§ 82ff GmbHG RN 15; Wilhelm, in: FS für Flume S.389/ 390; DB 1886 S.2113, S.2119.
[359] Wilhelm, in: FS für Flume S.389/ 390.
[360] Scholz/ Tiedemann Vor §§ 82ff GmbHG RN 15.
[361] Flum S.188.
[362] Fleck ZGR 1990 S.31, S.42.
[363] Benennung nach LK/ Schünemann § 266 RN 125 c) bb).

Zum einen wurde postuliert, dass § 29 die maßgebliche Vorschrift für die Grenze der Dispositionsbefugnis des Gesellschafters sei. Hiernach habe der Anteilseigner lediglich einen Anspruch auf den Bilanzgewinn, soweit sich aus dem Gesellschaftsvertrag nicht etwas anderes ergebe. Aus dieser Vorschrift zog das Reichsgericht den Schluss, dass Vermögensentnahmen außerhalb der Grenze des § 29 und des Gesellschaftsvertrages einen Angriff auf ein auch für den Gesellschafter fremdes Vermögen darstellten, auf das er nur im Wege der Liquidation zugreifen könne und das allein den Gesellschaftsgläubigern hafte. Die Gesellschafter könnten eine Schädigung des Gesellschaftsvermögens nicht gestatten, womit die Pflichtwidrigkeit des Geschäftsführerhandelns selbst bei Zustimmung aller Gesellschafter nicht entfalle.[364]

2. Die faktische Betrachtungsweise

a) Der Gesellschafter als wirtschaftlicher Eigentümer der GmbH

Demgegenüber rechtfertigt ein solches Einverständnis nach Ansicht einiger Autoren die Verneinung einer Untreuestrafbarkeit des Geschäftsführers in jedem Fall selbst bei Verstoß gegen zwingendes GmbH- Recht, da die Gesellschafter die wirtschaftlichen Eigentümer der Gesellschaft seien.[365] Im Mittelpunkt steht dabei die folgende Feststellung:
„Der von der Rspr. In den Vordergrund gerückte Gesichtspunkt der ´eigenen Rechtspersönlichkeit´ der GmbH wird der für eine strafrechtliche Beurteilung nach § 266 maßgeblichen materiellen Interessenlage nicht gerecht: Soweit es bei der Erhaltung des Vermögensbestandes der GmbH um die Interessen der Gesellschafter als den ´wirtschaftlichen Eigentümern´ geht, entscheidet über einen Missbrauch bei vermögensmindernden Dispositionen allein ihr Wille.“[366]
Diese Sichtweise hat im einzelnen die folgenden Auswirkungen:
Im Hinblick auf die Einmann- GmbH mit personengleichem Geschäftsführer sei im Rahmen des § 266 bereits das Tatbestandsmerkmal der Fremdheit sowohl im Hinblick auf eine eventuelle Strafbarkeit des Geschäftsführers als auch des Gesellschafters zu verneinen.[367] Folglich könne der Alleingesellschafter uneingeschränkt über das Gesellschaftsvermögen verfügen und den Geschäftsführer –also sich selbst- zum Beispiel anweisen, eine beliebige Menge Kapital vom Konto der Gesellschaft auf ein Privatkonto zu überweisen.
Gleiches gelte auch für den Fall der Personenverschiedenheit von Alleingesellschafter und Geschäftsführer im Hinblick auf den Gesellschafter. Schädiger und Geschädigter seien identisch.[368] Für den Geschäftsführer sei das Gesellschaftsvermögen dagegen offensichtlich fremd. Hier stelle sich dann die Frage nach eventuellen Grenzen der Einwilligungsbefugnis der Gesellschafter, diewie oben geschildert- zu verneinen sei.[369]

---

[364] RGSt 42 S.278, S.283/ 284.
[365] Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 21; Roth/ Altmeppen § 43 GmbHG RN 129; Labsch JuS 1985 S.602, S.606.
[366] Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 21.
[367] Labsch JuS 1985 S.602, S.604 Fn 38, ders. wistra 1985 S. 1, S.7.
[368] Labsch wistra 1985 S.1, S.7.
[369] Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 21.

Handelt es sich hingegen um eine GmbH, an der mehrere Gesellschafter beteiligt sind, wird von den Vertretern dieser Ansicht der Begriff der „Gesellschaftergesamtheit“ in den Mittelpunkt gerückt. Labsch zum Beispiel ordnet den Vermögensbestand der GmbH dieser Gesellschaftergesamtheit als dem obersten Organ zu[370] und verneint daher eine Untreuestrafbarkeit des Geschäftsführers, wenn alle Gesellschafter der vermögensschmälernden Maßnahme zugestimmt oder eine entsprechende Weisung erteilt habe.[371]

b) Die Argumente

aa) Die Gesellschafter als das maßgebliche Willensbildungsorgan

Ausgangspunkt der Argumentation ist dabei eine faktische Zuordnung des Gesellschaftsvermögens. Wirtschaftlich gesehen sei der Vermögensbestand der GmbH den Anteilseignern, d.h. dem Vermögen der Gesellschaftergesamtheit, zuzurechnen.[372] Die Rechtsprechung stelle zu sehr ein eigenständiges Vermögenserhaltungsinteresse der Gesellschaft in den Vordergrund und schenke zu wenig dem Umstand Beachtung, dass die GmbH- Anteile gleichzeitig verkörperte Vermögens- und Erwerbsinteressen der Gesellschafter sein. Vielmehr stellten die Vorschriften des GmbHG über die Geschäftsführung die Rolle der Gesellschafter als Kapitalgeber eindeutig in den Vordergrund, indem sie die Gesellschafter zum höchsten Organ der GmbH bestimmten und demgemäss den Geschäftsführer von ihren Weisungen abhängig machten. In Wahrheit seien es die Gesellschafter, die als Willensbildungsorgan der Gesellschaft den Auftrag des Geschäftsführers bestimmten.[373] Folglich sei es konsequent, dass die Gesellschaft ihnen gegenüber auch keinen Bestandsschutz genieße und die Gesellschafter sie jederzeit auflösen könnten.[374]

bb) Gläubigerschutz und Rechtsgut des § 266

Zweitens gehe der Ansatz, zum Zwecke der Einschränkung der Einwilligungsbefugnis der Gesellschafter zu vermögensschädigenden Maßnahmen eine eigene Rechtspersönlichkeit zu begründen, fehl, da eine solche Ausgestaltung der GmbH lediglich eine haftungstechnische Konstruktion darstelle, die ausschließlich die GmbH- Gläubiger und die schuldrechtliche Haftung ihnen gegenüber im Blick habe.[375] Daher könnten auch die zwingenden, gläubigerschützenden Vorschriften des GmbHG nichts daran ändern, dass das Gesellschaftsvermögen der GmbH allein das der Gesamtheit der Gesellschafter sei und damit die Gegenansicht zu einer strafrechtlichen Einschränkung der Dispositionsbefugnis über eigenes Vermögen im Interesse fremder Vermögensinteressen, nämlich der Gläubiger, führe. Die sich ergebende Strafbarkeit des Geschäftsführers nach § 266 sei dem Untreuetatbestand aber fremd und entspreche nicht dem durch ihn geschützten Rechtsgut, da allein

[370] Labsch JuS 1985 S.602, S.604.
[371] Labsch wistra 1985 S. 1, S.7.
[372] Roth/ Altmeppen § 43 GmbHG RN 130; Labsch JuS 1985 S.602, S.604.
[373] Muhler wistra 1994 S.283, S.284.
[374] Tröndle/ Fischer § 266 RN 53.
[375] Labsch JuS 1985 S.602, S.604.

ein Schutz der Gläubiger bewirkt werde. Gesellschaftsfremde Interessen der Gläubiger, der Arbeitnehmer oder der Allgemeinheit schütze § 266 aber gerade nicht.[376]
Letztendlich werde damit die Untreuestrafbarkeit zur Verfolgung von gläubigergefährdenden „Missbräuchen der Rechtsform“ eingesetzt, was sich erstens nur schwer damit vereinbaren ließe, dass weder den Geschäftsführer noch den einzelnen Gesellschafter eine allgemeine Treuepflicht für Vermögensinteressen von Gläubigern treffe, und sich zweitens nur schwer in die Dogmatik des § 266 integrieren lasse.[377] § 266 werde damit für Aufgaben in Anspruch genommen, für die dieser nach seinem Schutzzweck nicht bestimmt sei.[378]
Im Übrigen komme es zu einer Zweiteilung des Gesellschaftsvermögens unter dem Gesichtspunkt des § 266.[379]
Schließlich wird zur Begründung auf die „KBV“- Entscheidung des BGH vom 24.06.2002[380] verwiesen. Durch diese sei der Ansatz einer Binnenhaftung der Gesellschafter wegen Missachtung des Eigeninteresses der GmbH aus der „Bremer Vulkan“- Entscheidung aufgegeben worden, indem nunmehr eine Duschgriffshaftung der Gesellschafter selbst begründet werde. Damit sei aber klargestellt, dass es nicht um den Schutz der GmbH um ihrer selbst willen gehe, sondern um Gläubigerschutz. Der durch die „Bremer Vulkan“- Entscheidung beschrittene Umweg über ein Eigeninteresse der GmbH, das zunächst einen Anspruch der Gesellschaft begründe, der dann im Interesse der Gesellschaftsgläubiger geltend gemacht werde, sei damit hinfällig geworden.[381]

cc) §§ 283ff als die einschlägigen Normen

Andererseits sei aber auch klar, dass eine Handlung des Geschäftsführers, die auf eine zum Beispiel gegen § 30 GmbHG verstoßende Zustimmung hin erfolge, unter dem Gesichtspunkt rechtlich geschützter Gläubigerinteressen rechtswidrig sei.[382] Damit stelle sich zwar das Problem einer Strafbarkeitslücke, da eine Untreuestrafbarkeit des Geschäftsführers auf jeden Fall ausgeschlossen sei [383], zur Schließung derselben könne aber auf die §§ 283ff zurückgegriffen werden. Diese Normen dienten gerade dem Gläubigerschutz und seien folglich besser geeignet, die auch von der Gegenansicht als strafwürdig angesehenen Verhaltensweisen zu erfassen. Indem man Tatbestände anwendete, könne den zwingenden Kapitalsicherungsvorschriften, die als Ausgleich für die beschränkte Haftung der Gesellschafter dienten, Rechnung getragen werden.[384]

dd) Die Interessenformel

Ein weiteres Argument ergebe sich aus der von der Rechtsprechung im Hinblick auf § 14 I vertretenen Interessenformel.

---

[376] Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 21; Reiß wistra 1989 S.81, S.84; Kasieke wistra 2005 S.81, S.85.
[377] Tröndle/ Fischer § 266 RN 53.
[378] Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 21; Arloth NStZ 1990 S.570, S.573.
[379] Tröndle/ Fischer § 266 RN 53.
[380] BGH NJW 2002 S.3024ff.
[381] Kasiske wistra 2005 S.81, S.83.
[382] Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 21.
[383] Wehleit S.68.
[384] Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 21, Labsch JuS 1985 S.602, S.607.

Geht es um die Strafbarkeit des GmbH- Geschäftsführers nach § 283 I Nr.1, stellt sich das Problem, dass dort von „Bestandteilen seines Vermögens“, d.h. des Vermögens der GmbH, die Rede ist. Folglich setzt eine Bestrafung des Geschäftsführers gemäß § 283 I Nr.1 zum Beispiel wegen einer Aushöhlung der Gesellschaft eine Anwendung des § 14 I voraus, der in allen drei Fällen fordert, dass der Normadressat „als Organ“, „als Gesellschafter“ oder „als gesetzlicher Vertreter“ der juristischen Person handelt.
Im Hinblick auf diese Norm vertritt die Rechtsprechung die sogenannte Interessenformel. Die sich aus dem Wort „als“ ergebende notwendige Verknüpfung sei nur gegeben, wenn der Geschäftsführer zumindest auch im Interesse des Vertretenen, also der GmbH handele. Demgegenüber sei § 266 zu bejahen, wenn der Geschäftsführer ausschließlich im eigenen oder dem Interesse Dritter die Schädigungshandlung vornehme.[385]
Aus der Sicht der Vertreter einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise habe sich die Rechtsprechung dadurch unnötigerweise den Weg zu den §§ 283ff versperrt. Um aber der nun drohenden Strafbarkeitslücke im Hinblick auf als besonders strafwürdig empfundene, eigennützige und gläubigerschädigende Handlungen entgegenzutreten, sehe sie sich gezwungen, § 266 anzuwenden[386], womit die Gegenansicht lediglich eine Konsequenz eines unzutreffenden Verständnisses des § 14 I sei.[387]
Ein Handeln „als“ Vertreter liege vielmehr vor, wenn es mit dem Aufgaben- und Pflichtenkreis, der mit der Vertretung wahrgenommen werden solle, in einem funktionalen Zusammenhang stehe. Der Geschäftsführer müsse sich also bei der Schädigungshandlung der konkreten Möglichkeiten bedienen, die sich aus seiner Organstellung ergäben.[388]

ee) Die Zwecksetzungsbefugnis der Gesellschaftergesamtheit

Nelles Argumentation beruht im Kern auf den Begriffen „Zwecksetzungsbefugnis“ und „Zieldefinitionsmacht“. Vermögenspositionen seien demnach demjenigen zuzuordnen, der nach der Rechtsordnung im Verhältnis zu jedem Dritten verbindlich festlegen könne, welche Zwecksetzungen mit der jeweiligen Vermögensposition zu verfolgen seien.[389] Fehle wie bei einem Geschäftsunfähigen diese Fähigkeit zur autonomen Definition der Zwecke des Vermögenseinsatzes, trete an die Stelle des Rechts auf autonome Zwecksetzung die Zwecksetzung durch das Gesetz.[390]
Bei der GmbH werde der konkrete Organisationszweck durch die Satzung und damit durch die Gesellschafter selbst festgelegt. Diesbezüglich gewähre das GmbHG den Gesellschaftern in § 1 einen weiten Spielraum: möglich sei jeder gesetzlich zulässige Zweck.
Daher seien der Gesamtheit der Mitglieder der juristischen Person alle im Rahmen der rechtlichen Existenz der GmbH in Betracht kommenden Zielvorgaben vorbehalten, an denen sich die Handlungsorganisation zu orientieren habe. Sie habe die Zwecksetzungsbefugnis.[391]

---

[385] BGHSt 28 S.371, S.372; 30 S.127, S.128, ebenso: Biletzki NStZ 1999 S.537, S.539.
[386] Kaufmann S.64.
[387] Tröndle/ Fischer § 266 RN 53.
[388] Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 14 RN 26; Kasiske wistra 2005 S.81, S.86.
[389] Nelles S.459.
[390] Nelles S.461.
[391] Nelles S.491.

Dieser Vermögenszuordnung stehe auch § 30 GmbHG nicht entgegen. Das durch diese Norm erfasste Kapital unterliege ebenfalls der Zwecksetzungsbefugnis der Gesellschaftergesamtheit, da § 30 GmbHG nicht die Auszahlung verbiete, sondern lediglich bei einer Zuwiderhandlung die Rechtsfolge einer Erstattungspflicht nach § 31 GmbHG auslöse.[392]
Und selbst wenn man hierin ein Verbot erblickte, liege darin keine gesetzlich verbindliche Zwecksetzung, weil § 30 GmbHG nicht das Interesse der juristischen Person, sondern den Schutz von Gläubigerinteressen im Blick habe.[393]

ff) Die Aufhebung des § 81a GmbHG a.F.[394]

Darüber hinaus wird auf die Aufhebung des § 81a GmbHG alter Fassung als speziellem Untreuetatbestand zum Nachteil der GmbH im Jahre 1970 hingewiesen. Im Hinblick auf diese Norm sei zum Teil vertreten worden, dass nicht nur das Vermögen der Gesellschaft, sondern auch die Vermögensinteressen der Arbeitnehmer und Gläubiger geschützt werde. Dem sie zuzustimmen.
Folglich habe die jetzige Rechtsprechung zur Einschränkung der Dispositionsbefugnis der Gesellschafter zum damaligen Zeitpunkt ihre Berechtigung gehabt. Denn wenn auch Dritte in den Schutzbereich dieses Spezialtatbestandes einbezogen gewesen seien, seien die Gesellschafter auch in ihrer Gesamtheit nicht befugt gewesen, über deren Vermögensinteressen zu disponieren.
Dieser Spezialtatbestand sei aber aufgehoben und dem Anwendungsbereich des § 266 zugeschlagen worden. § 266 schütze aber nur die Vermögensinteressen der Gesellschaft, die Interessen der Gläubiger seien unstreitig nicht umfasst. Damit habe die Rechtsprechung, die die Dispositionsbefugnis der Gesellschafter einschränke, ihre gesetzliche Berechtigung verloren.[395]

gg) Vergleich zur natürlichen Person

Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass bei natürlichen Personen auch das sittenwidrige, gläubigerschädigende Einverständnis beachtlich sei. Folglich bestehe kein Anlass, bei der GmbH anders zu entscheiden.
Zwar sei die GmbH als Inhaberin ausschließlich selbst zur Disposition über das Gesellschaftsvermögen befugt, handlungsfähig sei die juristische Person aber nur über die nach dem Gesellschaftsrecht berufenen Organe. Indem die strafrechtliche Rechtsprechung der Einwilligung der Gesellschaftergesamtheit im Falle der Existenzgefährdung und der Unterschreitung des der Abdeckung der Stammkapitalziffer dienenden Kapitals die Beachtlichkeit versage, schließe sie im Ergebnis aus,

---

[392] Nelles S.495.
[393] Nelles S.547/ 548.
[394] Der bis zum 1.04.1970 geltende Sondertatbestand 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 bestarft. Daneben kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.
In besonders schweren Fällen tritt an die Stelle der Gefängnisstrafe Zuchthaus bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt insbesondere dann vor, wenn die Tat das Wohl des Volkes geschädigt oder einen anderen besonders großen Schaden zur Folge gehabt oder der Täter besonders arglistig gehandelt hat.“
[395] Labsch wistra 1985 S.1, S.7; ders. JuS 1985 S.603, S.605.

dass der GmbH im Rahmen des § 266 ein rechtswidriges Verhalten ihrer Organe zugerechnet werde.
Der deutschen Rechtsordnung sei aber eine solche Zurechnung, wie sie sich aus § 31 BGB und § 75 ergebe, prinzipiell nicht fremd.
Des Weiteren seien gläubigerschädigende Bankrotthandlungen nach den §§ 283ff immer rechtswidrige Handlungen, womit diese der juristischen Person nie zugerechnet werden könnten. Demgemäss seien die genannten Handlungen für den Geschäftsführer immer nach § 266 und daneben auch nach den Insolvenzstraftaten strafbar, wenn man die §§ 283ff nicht leer laufen lasse wolle.
Gegen ein solches Leerlaufen spreche aber, dass die §§ 283ff i.V. mit § 14 I Nr.1 keinen Anhaltspunkt dafür lieferten, dass sie gerade bei der GmbH keine Anwendung fänden.
Eine kumulative Anwendung sei aber ausgeschlossen, da ansonsten erstens der Aspekt des Gläubigerschutzes zweifach zu Lasten des Täters berücksichtigt werde und es zweitens widersprüchlich sei, einerseits mangels eines strafrechtlich wirksamen Einverständnis von einem gegen die GmbH gerichteten Vermögensdelikt auszugehen, andererseits aber von einer mit Einverständnis der GmbH als Vermögensinhaberin und Schuldnerin vorgenommen gläubigerschädigenden Bankrotthandlung.
Folglich sei nur dann eine widerspruchsfreie Lösung möglich, wenn auch das rechtswidrige Einverständnis der Gesellschafter der juristischen Person zuzurechnen sei und damit eine Bestrafung des Geschäftsführers nach § 266 ausscheide. Insoweit werde das Vermögen der GmbH- nicht anders als das Vermögen der natürlichen Person- nicht gegen vermögensschädigende Handlungen geschützt.[396]
Diese Vorgehensweise sei aber nur deshalb zulässig, weil das Vermögen der GmbH den Anteilseignern mittelbar zugeordnet sei, was sich aus der Möglichkeit eines Auflösungsbeschlusses und die nachfolgende Verteilung des Gesellschaftsvermögens durch Liquidation ergebe.[397]

hh) Fragmentarischer Charakter des Strafrechts

Birkholz weist auf den fragmentarischen Charakter des Strafrechts hin, der auf dem Gedanken des Strafrechts als ultima ratio beruht. Danach sanktioniert es nur einen Teilbereich der rechtlich verbotenen oder ethisch missbilligten Verhaltensweisen, womit Lückenhaftigkeit und Unvollständigkeit zur Natur dieses Rechtsgebiets gehören.[398]
Hieraus zieht er den zutreffenden Schluss, dass auch zivilrechtlich Verbotenes nur in Teilbereichen vom Strafrecht erfasst werde.[399] Daraus folgt für ihn aber auch, dass das nach den oben geschilderten gesellschaftsrechtlichen Wertungen das der Dispositionsbefugnis der Gesellschafter entzogene Vermögen der GmbH nicht notwendig auch strafrechtlich geschützt werden müsse.[400]

---

[396] Reiß wistra 1989 S.81, S.84
[397] Reiß wistra 1989 S.81, S.84/ 85.
[398] Birkholz S.87.
[399] Birkholz S.88.
[400] Birkholz S.89.

3. Die Begrenzung der Einwilligungsbefugnis der Gesellschafter als der zutreffende Ansatz und Herausarbeitung geeigneter Kriterien zu ihrer Konkretisierung

Meines Erachtens sprechen die besseren Argumente für eine Begrenzung der Einwilligungsbefugnis der Gesellschafter und gegen eine wirtschaftliche Vermögenszuordnung.

a) Zivilrechtliches Argument

Wie oben schon angedeutet, sind die Weisungen der Gesellschafter an die Geschäftsführung unter anderem nichtig, wenn sie die Existenz der Gesellschaft gefährden oder das nominelle Stammkapital angreifen. Diese Konsequenz rechtfertigt sich dadurch, dass im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum im Hinblick auf ein anerkennenswertes Eigeninteresse der GmbH differenziert wird.
Grundsätzlich ist ein eigenständiges und rechtlich schutzwürdiges Gesellschaftsinteresse nicht anzuerkennen und haben damit der Alleingesellschafter/ die Gesellschafter freie Hand bei der Einwirkung auf die Geschäftsführung und damit auch auf das Vermögen der GmbH.[401] Ein von der Gesamtheit der Gesellschafter unabhängiges Gesellschaftsinteresse gibt es nicht[402], die GmbH ist nichts anderes als die Summe der Interessen der Gesellschafter.[403] Demgemäss ist die Gesellschaft als ein in besonderer Form verwalteter Teil des Vermögens des Gesellschafters zu betrachten.[404] Dieses gilt insbesondere bei der Einmann- GmbH, da es hier zu einem Gleichlauf der Interessen von Gesellschafter und Gesellschaft kommt und daher die GmbH keinen von demjenigen des Gesellschafters abweichenden Willen haben kann.[405] So gesehen ist die GmbH also ein Instrument in der Hand ihrer Gesellschafter.[406]
Diese Grundsätze sind aber- im Hinblick auf die eigene Rechtspersönlichkeit der GmbH gemäß § 13 I GmbHG - einzuschränken.
Wie oben schon erläutert, endet die Dispositionsbefugnis des Alleingesellschafters bzw. der Gesamtheit der Gesellschafter dort, wo durch die beabsichtigte Vermögensentziehung entweder
(a) das zur Erhaltung des nominellen Stammkapitals erforderliche bilanzielle Vermögen[407] vermindert oder
(b) die Existenz der GmbH gefährdet wird, indem ihr das Vermögen entzogen wird, dass sie zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten benötigt.
Ist dieser Mindestschutz der GmbH zivilrechtlich gewährleistet, bietet es sich unter dem Aspekt der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung an, diesen auch im Strafrecht umzusetzen. Insbesondere müssen sich die Vertreter der Gegenansicht fragen lassen, warum eine Zustimmung der Gesellschafter, die auf gesellschaftsrechtlicher Ebene nichtig ist, strafrechtlich beachtlich sein soll.
Ob eine solche nichtig ist oder nicht, ist zunächst einmal eine Frage des Zivilrechts. Kommt man daher im Zivilrecht so wie oben im Hinblick auf die Zustimmung zu Maßnahmen, die das Stamm-

---

[401] BGHZ 31 S.258, S.258; 95 S.330, S.340.
[402] Baumbach/ Hueck/ Zöllner Schlussanhang I RN 100.
[403] Ehricke AcP 1999 S.258, S.302/ 303.
[404] BGHZ 61 S.380, S.384; BGH NJW 1977 S.1283, S.1284; BGH NJW RR 1989 S.684, S.684.
[405] BGHZ 56 S.97, S.101; 119 S.257, S.259.
[406] Röhricht WPg 1992 S.766, S.784/ 785.
[407] BGH NJW 2001 S.3622, S.3623; BGHZ 122 S.123, S.130.

kapital angreifen oder existenzgefährdend sind, zu dem Ergebnis, dass die Erklärung nichtig und daher nicht existent ist, ist es nur folgerichtig, sie auch bei strafrechtlicher Betrachtung als unbeachtlich anzusehen..
Dies ergibt sich schon aus der Definition der Nichtigkeit. Sie bedeutet, dass das Rechtsgeschäft die nach seinem Inhalt bezweckten Rechtswirkungen von Anfang an nicht hervorbringen kann. Dabei wirkt sie für und gegen alle, bedarf keiner Geltendmachung und ist im Prozess von Amts wegen zu berücksichtigen.[408]
Damit führt meines Erachtens kein Weg daran vorbei, unter den oben genannten Voraussetzungen das Einverständnis der Gesellschafter als der Gesellschaft als Vermögensinhaberin nicht zurechenbar anzusehen. Dann ergeben sich aber auch die weiteren Voraussetzungen des § 266 im Hinblick auf den Geschäftsführer völlig zwanglos. Erstens ist er- wie schon erläutert- der Gesellschaft gegenüber vermögensbetreuungspflichtig. Zweitens verletzt er diese Pflicht, wenn er zum Beispiel die Produktionsmittel der Gesellschaft zu gänzlich unangemessen niedrigen Preisen verkauft. Hierdurch fügt er drittens der GmbH auch einen Nachteil zu und handelt viertens vorsätzlich, da ihm der vermögensschädigende Charakter der Maßnahme bewusst ist.

b) Keine Aufgabe der Grundsätze der „Bremer Vulkan“- Entscheidung durch die „KBV“-Entscheidung

Meines Erachtens kann des weiteren nicht die Rede davon sein, dass der II. Zivilrechtssenat des Bundesgerichtshofes seine in der „Bremer Vulkan“- Entscheidung getroffenen Feststellungen nunmehr revidiert habe.[409]
Zentraler Satz dieser Entscheidung ist- wie oben schon erläutert- der folgende:
„Da B über ihre unmittelbare und mittelbare Beteiligung an M deren Alleingesellschafterin war, hatte sie jedoch die Pflicht, das Vermögen von M insoweit zu betreuen, als sie bei ihren Dispositionen über Vermögenswerte der M durch angemessene Rücksichtnahme auf deren Eigeninteresse an der Aufrechterhaltung ihrer Fähigkeit, ihren Verbindlichkeiten nachzukommen, darauf zu achten hatte, dass sie die Existenz der M nicht gefährdete.“
Auf diese Entscheidung nimmt der Leitsatz des „KBV“- Urteils ausdrücklich Bezug:
„Bei Vorliegen der unter 1. genannten Voraussetzungen sind die Gesellschaftsgläubiger deshalb außerhalb des Insolvenzverfahrens grundsätzlich berechtigt, ihre Forderungen unmittelbar gegen die an den Eingriffen in das Gesellschaftsvermögen mitwirkenden Gesellschafter geltend zu machen, soweit sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können (***Ergänzung*** zu BGHZ 149,10= NJW 2001, 3622= NZG 2002, 38= LM H. 56/2002 § 309 AktG 1965 Nr.1- Bremer Vulkan, sowie BGH NJW 2002 S.1803...)“
Es handelt sich also lediglich um eine Ergänzung der „Bremer Vulkan“- Entscheidung, die nunmehr weitergeführt wird, nicht aber um die Aufgabe der zum damaligen Zeitpunkt getroffenen Feststellungen.
Neben die Schadensersatzansprüche der GmbH selbst gegen ihre Gesellschafter zum Beispiel aus § 823 II BGB in Verbindung mit § 266, die von den Gesellschaftsgläubigern gepfändet werden

[408] Palandt/ Heinrichs Überbl v. § 104 BGB RN 27.
[409] So aber Kasiske wistra 2005 S.81, S.83.

könnten, tritt die Möglichkeit der Gesellschaftsgläubiger, unmittelbar gegen die Gesellschafter vorzugehen.
Entscheidend ist daher, dass an den folgenden Grundsätzen festgehalten wird, die sich wie ein roter Faden durch die Entscheidungen des II. Zivilrechtssenats ziehen:
a) Die Gesellschafter der GmbH haben grundsätzlich eine sehr weitgehende Dispositionsbefugnis über das Gesellschaftsvermögen. Im Verhältnis zu den Gesellschaftern hat die GmbH keinen Anspruch auf Gewährleistung ihres Bestandes, soweit die Aufhebung ihrer Existenz in einem geordneten, gesetzlich vorgegebenen Rahmen- freiwillige Liquidation, Insolvenzverfahren- vollzogen wird.[410]
b) Der Dispositionsbefugnis der Gesellschafter ist aber dasjenige Gesellschaftsvermögen entzogen, das zur Erfüllung der im Namen der Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten benötigt wird und in der Gesellschaft zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger verbleiben muss.
Die Gesellschaft hat damit einen Anspruch gegenüber ihren Gesellschaftern darauf, dass die Beendigung in einem geordneten Verfahren erfolgt, in dem ihre Vermögenswerte zunächst zur Befriedigung der Gläubiger verwendet werden. Es ist den Gesellschaftern daher untersagt, 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.[411]
Zwar ist damit klargesellt, dass das eigene Bestandsinteresse der GmbH hauptsächlich auf dem Gedanken des Gläubigerschutzes basiert, fest steht aber auch, dass es einen Bereich des Gesellschaftsvermögens gibt, über den durch die Gesellschafter auch in ihrer Gesamtheit nicht wirksam verfügt werden kann. Wird aber durch jemanden, der zu einem fremden Vermögen in einem Treueverhältnis steht und der über dieses Vermögen tatsächlich verfügen kann, in einer Weise über dieses verfügt, die den gesetzlichen Wertungen widerspricht, handelt es sich um den typischen Fall der Untreue.
Ebenso kann auch die Zustimmung zu einem solchen Verhalten keinen anderen, also insbesondere den Geschäftsführer, entlasten.

c) Rechtsfolgenbetrachtung: Argument aus § 283

Des Weiteren spricht gegen die wirtschaftliche Betrachtungsweise, dass § 266 dem durch § 30 GmbHG erfassten Kapital einen umfangreicheren Schutz gewährt.
§ 283 I setzt voraus, das die Tathandlungen „bei Überschuldung oder bei drohender oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit“ vorgenommen werden. Erforderlich ist also eine „Krise“ der Gesellschaft.
Diese wird aber in der Regel noch nicht vorliegen, wenn es zu einer einverständlichen Schädigung des Gesellschaftsvermögens kommt, die die Dispositionsgrenzen der Gesellschafter überschreitet und daher zu einer Untreustrafbarkeit des Geschäftsführers führt.
Der damit drohenden Strafbarkeitslücke steht aber grundsätzlich § 283 II entgegen, der schon im Vorfeld solche Handlungen nach § 283 I Nr.1- 8 unter Strafe stellt, die eine Überschuldung oder

[410] BGH NJW 2002 S.1803, S.1805; NJW 2002 S.3024, S.3025.
[411] BGH NJW 2001 S.3622, S.3623; NJW 2002 S. 1803, S.1805; NJW 2002 S.3024, S.3025.

Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft erst herbeiführen. Folgte man also der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, wäre der Geschäftsführer, der im Einverständnis mit den Gesellschaftern der gesunden GmbH die Produktionsgrundlage entzieht und damit in die Insolvenz treibt, nach § 283 II strafbar.

§ 283 II setzt nun aber voraus, dass der Geschäftsführer vorsätzlich auch im Hinblick auf die Herbeiführung der Krise gehandelt hat. Zumindest dolus eventualis wird zwar in dem vorgehend geschilderten Fall der Entziehung der Produktionsanlagen in der Regel gegeben sein, da jeder Person mit nur einem bisschen wirtschaftlichen Sachverstand klar sein muss, dass bei einem solchen Vorgehen ein erfolgreiches Wirtschaften der GmbH nicht möglich sein kann.

Demgegenüber dürfte in anderen Konstellationen wie zum Beispiel fortgesetzter verdeckter Auszahlungen an die Gesellschafter die vermutliche Einlassung des Geschäftsführers, er habe den existenzgefährdenden Charakter nicht erkannt, schwieriger zu widerlegen sein.

Insbesondere kann er sich darauf berufen, er habe weiterhin darauf vertraut, dass die Auszahlungen durch die weitere Geschäftstätigkeit der GmbH wieder ausgeglichen würden.

Steht also eine fahrlässige Herbeiführung der Krise im Raum, ist § 283 IV einschlägig, der auch leichtfertiges Handeln erfasst. Leichtfertigkeit bedeutet einen erhöhten Grad von Fahrlässigkeit, in etwa entsprechend der groben Fahrlässigkeit des bürgerlichen Rechts[412] und kommt daher in Betracht, wenn der Täter in grober Achtlosigkeit nicht erkennt, dass er den Tatbestand verwirklicht[413], unbeachtet lässt, was jedem einleuchten muss[414], sich über die klar erkannte Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung rücksichtslos hinwegsetzt oder dass er eine besonders ernst zu nehmende Pflicht verletzt.[415]

Im Rahmen des oben geschilderten Beispiels der fortwährenden Auszahlung an die Gesellschafter wird auch dieser Beweis nur schwer zu führen sein, da auch hier wieder ausreichend Raum für Schutzbehauptungen bleibt. Insbesondere der Umfang der Buchführungsunterlagen und der Jahresabschlüsse eröffnet die Möglichkeit, sich darauf zu berufen, die Möglichkeit der Insolvenz nicht erkannt zu haben.

Schränkt man aber die Dispositionsbefugnis der Gesellschafter ein und bejaht im Hinblick auf den Geschäftsführer die Anwendbarkeit von § 266 für den Fall des Verstoßes gegen § 30 GmbHG und das Verbot der Existenzgefährdung, stellt sich die Situation anders dar.

§ 266 erfordert ebenfalls Vorsatz bezüglich aller Tatbestandsmerkmale, also insbesondere Vermögensbetreuungspflicht, Treuepflichtverletzung und Nachteil. Die Kenntnis, vermögensbetreuungspflichtig zu sein, ergibt sich aus der Innehabung der Geschäftsführerposition. Ebenso weiß der Geschäftsführer, dass er der GmbH durch den Entzug von Vermögen einen Schaden zufügt.

Nach herrschender Ansicht schließt das Einverständnis des Vermögensinhabers die Treuepflichtverletzung aus, es handelt sich also um ein tatbestandsausschließendes Einverständnis.[416]

Verstößt dieses Einverständnis aber gegen § 30 GmbHG oder das Verbot der Existenzgefährdung, ist es unbeachtlich. Geht der Geschäftsführer dennoch von seiner Wirksamkeit aus, stellt sich die Frage, wie dieser Irrtum zu bewerten ist.

---

[412] BGHSt 33, S.67, S.67; 43 S.158, S.168.
[413] Tröndle/ Fischer § 15 RN 20.
[414] BGHSt 33, S.67, S.67.
[415] OLG Nürnberg NStZ 1986 S.556, S.556.
[416] Tröndle/ Fischer § 17 RN 12

Die irrige Annahme eines Einverständnisses schließt den Vorsatz aus[417], da es sich um einen Tatbestandsirrtum im Sinne des § 16 handelt. Im den geschilderten Fällen irrt der Geschäftsführer jedoch nicht über Tatsachen, sondern bewertet das Einverständnis der Gesellschafter rechtlich falsch, wenn er annimmt, aufgrund des Gesellschafterbeschlusses sei er berechtigt, die Vermögensausschüttung vorzunehmen. Der Täter weiß, was er tut, hält es aber irrig für erlaubt.
Damit handelt es sich um einen Verbotsirrtum im Sinne des § 17, d.h. es bleibt bei der vorsätzlichen Verwirklichung des Tatbestandes.[418] Folglich bleibt der Geschäftsführer nur straflos, wenn der Irrtum für ihn unvermeidbar war.
Vermeidbar ist ein solcher, wenn dem Täter sein Vorhaben unter Berücksichtigung seiner Fähigkeiten und Kenntnisse hätte Anlass geben müssen, über dessen mögliche Rechtswidrigkeit nachzudenken oder sich zu erkundigen, und er auf diese Weise zur Unrechtseinsicht gekommen wäre.[419] Dabei wird man bei Geschäftsführern einer GmbH im Allgemeinen davon ausgehen können, dass diese im Wirtschaftsleben versiert sind und infolgedessen nicht ohne weiteres auf die Behauptung, sie hätten sich über das Unerlaubte ihres Tuns geirrt, zurückziehen dürfen.[420] Den Geschäftsführer trifft also eine Nachforschungspflicht im Hinblick auf die einschlägigen Rechtsvorschriften, zumal wenn es sich wie bei § 266 um ein Delikt handelt, das für seinen Berufskreis von entscheidender Bedeutung ist[421] und er durch die Durchführung des Beschlusses der Gesellschaft einen Nachteil zufügen soll.[422]
Hier liegt es nahe, dass er die Vorstellung hat, möglicherweise Unrecht zu tun und diese Möglichkeit auch in seinen Willen aufnimmt.
Damit ist der Verbotsirrtum für den Geschäftsführer regelmäßig vermeidbar, die Klärung dieser Frage bleibt aber dem Einzelfall vorbehalten.[423]
Bevorzugt man also den Weg über § 266, unterliegt das von § 30 GmbHG erfasste Vermögen einem umfangreicheren strafrechtlichen Schutz.
Der Geschäftsführer, der die Krise seiner Gesellschaft durch fortwährende Auszahlungen an die Gesellschafter fahrlässig verursacht hat, ist damit nach § 266 strafbar, womit der Gesellschaft des Weiteren ein zivilrechtlicher Anspruch aus § 823 II BGB i.V. mit § 266 zusteht. Der Tatbestand des § 283 II, IV wäre hingegen nicht verwirklicht.
Darüber hinaus enthält § 283 in Absatz 6 noch eine objektive Bedingung der Strafbarkeit. Erforderlich ist also, dass die GmbH[424] die Zahlungen eingestellt hat, dass Insolvenzverfahren eröffnet oder die Eröffnung mangels Masse abgewiesen worden ist.
Zwar wird die Ausführung von Weisungen, die gegen § 30 GmbHG oder das Verbot der Existenzgefährdung verstoßen, regelmäßig eine dieser Konsequenzen haben. Dies ist aber keine zwangsläufige Folge, da sich die GmbH unter bestimmten Voraussetzungen dennoch wieder erholen kann.

---

[417] BGHSt 3 S.23, S.25.
[418] Tröndle/ Fischer § 266 RN 77; Hachenburg/ Kohlmann Vor § 82 GmbHG RN 214.
[419] Tröndle/ Fischer § 17 RN 7.
[420] Hachenburg/ Kohlmann Vor § 82 GmbHG RN 218.
[421] Tröndle/ Fischer § 17 RN 7/ 9; Hachenburg/ Kohlmann Vor § 82 GmbHG RN 217.
[422] Hachenburg/ Kohlmann Vor § 82 GmbHG RN 220.
[423] Hachenburg/ Kohlmann Vor § 82 GmbHG RN 220.
[424] Obwohl in § 283 VI von dem Täter die Rede ist, der eigentlich der Geschäftsführer ist, ist auf das von ihm vertretene Unternehmen abzustellen. Auch hier findet also § 14 Anwendung. Ansonsten würde die Vorschrift keinen Sinn machen und wäre auf die GmbH quasi nicht anwendbar (Tröndle/ Fischer Vor § 283 RN 12).

Folglich bietet § 266 auch im Hinblick darauf einen umfangreicheren Schutz, der aufgrund der Funktion des Gesellschaftsvermögens als Haftungsmasse[425] erforderlich ist.

d) Das Verbot einer kalten Liquidation

Im Hinblick auf den Umfang der Dispositionsbefugnis der Gesellschafter als Willensbildungsorgan über dieses Vermögen ist zu berücksichtigen, dass Beginn, Änderungen und Ende der Geschäftstätigkeit der GmbH zwar allein und ohne Beschränkungen eine Sache der Gesellschafter sind. Dieses gilt aber nur bei Wahrung der gesetzlichen Form gemäss §§ 1ff, 53ff, 60 I Nr.2 GmbHG. Folglich steht das oben herausgearbeitete Bestandsinteresse der Gesellschaft nur zur Disposition der Gesellschafter, wenn das Liquidationsverfahren gemäss §§ 60ff GmbHG durchgeführt wird, unzulässig ist demgegenüber eine sogenannte kalte Liquidation, d.h. die Aushöhlung der GmbH durch Entzug der Liquidität und der Produktionsgrundlagen.[426]
Die GmbH ist vom Gesetzgeber als ein zur Übernahme des unternehmerischen Risikos geeigneter Haftungsträger ausgestaltet worden. Sie ist ein fingierter Rechtsträger, der seinen von ihm personenverschiedenen Gesellschaftern das wirtschaftliche Risiko ihrer unternehmerischen Tätigkeit abnimmt, indem er die Haftung für die von ihnen in Verfolgung ihrer unternehmerischen Tätigkeit begründeten Verbindlichkeiten übernimmt. Auf diesem Wege will der Gesetzgeber einen effizienten Gläubigerschutz gewährleisten.[427]
Diese Funktion kann sie aber nur dann erfüllen, wenn sich die Gesellschafter rechtskonform verhalten, d.h. nicht unter Verstoß gegen die Mindeststandards seriösen kaufmännischen Verhaltens die zum Erhalt der Lebensfähigkeit erforderlichen Mittel materieller oder immaterieller Art außerhalb der dazu vom Gesetz zur Verfügung gestellten Verfahrens (§§ 60ff GmbHG) der Gesellschaft entziehen. Denn dadurch verwandeln sie die GmbH in einen seiner wirtschaftlichen Werte beraubten Gesellschaftsmantel, mit dem nur noch die Verbindlichkeiten der Gläubiger verbunden sind.[428]
Es wäre wertungswidersprüchlich, wenn der Gesellschafter durch ein solches Verhalten die Gläubiger rechtlos stellen könnte.[429]
Demgemäss können die Gesellschafter einer Maßnahme, durch die eine Existenzgefährdung herbeigeführt wird, nicht wirksam zustimmen.

e) Das Verbot des § 30 I GmbHG als zwingendes Recht

Des Weiteren handelt es sich bei § 30 I GmbHG um zwingendes Recht, d.h. diese Norm ist eine der wenigen im GmbHG, von der durch einen anderslautenden Gesellschaftsvertrag nicht abgewichen werden kann.[430] Zwar sind nicht die Gesellschafter, sondern ist der Geschäftsführer Adressat dieses Auszahlungsverbots, dieses ist aber lediglich eine Konsequenz der innergesellschaftlichen Kompetenzverteilung, die dem Geschäftsführer als Leitungs- und Vertretungsorgan die Aufgabe der

[425] BGH NJW 2002 S.3024, S.3025.
[426] BGH NJW 2002 S.3024, S.3025.
[427] Röhricht, in: FS 50 Jahre BGH S.101.
[428] Röhricht, in: FS 50 Jahre BGH S.101.
[429] Emmerich/ Habersack Anh. I § 318 AktG RN 35.
[430] Scholz/ Westermann § 30 GmbHG RN 4; Baumbach/ Hueck/ Fastrich § 30 GmbHG RN 1.

Vermögensauszahlung zuweist. Da er die verbotene Tätigkeit ausführt, kann auch nur er der Adressat der Vorschrift sein. Ist dem Geschäftsführer aber die Auszahlung des Vermögens, das die Stammkapitalziffer deckt, untersagt, ist damit ebenfalls mittelbar die Dispositionsbefugnis der Gesellschafter eingeschränkt, die trotz ihrer Allzuständigkeit auch im Hinblick auf die Vermögensverwendung den Geschäftsführer zu einem entsprechenden Verhalten nicht verbindlich anweisen können. Es handelt sich folglich für die Gesellschafter um indisponibles Fremdvermögen[431], zumal § 31 GmbHG eine, wenn auch eingeschränkte, Rückzahlungspflicht statuiert.
Ist also die Entscheidungsgewalt durch zwingendes GmbH- Recht aufgehoben, handelt es sich bei dem gesetzlich garantierten Vermögen der GmbH ebenso wie bei dem des Staates oder anderer Körperschaften um ein durch § 266 geschütztes Rechtsgut.[432]

f) Die Grundsätze eines ordentlichen Kaufmanns als ungeeignetes Kriterium

Diese Feststellungen sprechen andererseits aber auch gegen ein Abstellen auf die Grundsätze eines ordentlichen Geschäftsmannes. Durch das Bestandsinteresse der GmbH und dem zwingenden § 30 GmbHG wird lediglich das der Abdeckung der Stammkapitalziffer und der Existenzsicherung dienende Vermögen der Disposition der Gesellschafter entzogen, für eine weitergehende Einschränkung ergeben sich aus dem Gesetz keine Anhaltspunkte.
Insbesondere richtet sich § 43 I GmbHG schon dem Wortlaut nach ausschließlich an den Geschäftsführer und nicht an den Gesellschafter. Des weiteren ist folgendes zu beachten:
§ 43 III S.2 GmbHG verweist auf § 9b I GmbHG und damit auf die Unzulässigkeit eines Verzichts auf oder eines Vergleichs über den Ersatzanspruch der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer aus § 43 I GmbHG (eventuell in Verbindung mit § 43 III S.1 GmbHG), soweit er zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist. Ist ein solches Vorgehen also nur für diesen Fall ausgeschlossen, kann die Gesellschaft im übrigen auf den Ersatzanspruch durch einen formfreien Erlassvertrag (§ 397 BGB) oder einen Aufhebungsvertrag verzichten oder über ihn einen Vergleich (§ 779 BGB) abschließen[433], § 93 IV S.3 AktG findet keine analoge Anwendung.[434] Zuständig für diese Maßnahmen sind nur die Gesellschafter, nicht aber eventuelle Mitgeschäftsführer.[435] Diese Grundsätze gelten zwar unabhängig davon, ob gegen das Kapitalerhaltungsverbot des § 30 I GmbHG oder „nur“ gegen die allgemeinen Grundsätze eines ordentlichen Kaufmanns verstoßen wurde[436], dennoch besteht zwischen diesen Konstellationen ein Unterschied. Handelt es sich um einen Verstoß gegen § 30 I GmbHG, sind die Gesellschafter gemäß § 31 I GmbHG zur Rückzahlung verpflichtet und damit in ihrer Disposition eingeschränkt. Handelt es sich aber lediglich um eine Zuwiderhandlung gegen § 43 I GmbHG, besteht eine entsprechende Verpflichtung der Gesellschafter zur Herausgabe eventuell durch die betreffende Handlung des Geschäftsführers auf Kosten der Gesellschaft erlangter Vermögensvorteile nicht. Folglich ergibt sich auch hieraus, dass des Vermögen der Gesellschaft oberhalb der Grenze des § 30 I GmbHG grundsätzlich der Disposition der Gesellschaf-

[431] Radtke GmbHR 1998 S.361, S.367.
[432] LK/ Schünemann § 266 RN 125 c) bb).
[433] Scholz/ Schneider § 43 GmbHG RN 187
[434] Lutter/ Hommelhoff § 43 GmbHG RN 21; Scholz/ Schneider § 43 GmbHG RN 187
[435] Scholz/ Schneider § 43 GmbHG RN 190.
[436] Scholz/ Schneider § 43 GmbHG RN 187.

ter unterliegt. Weisen die Gesellschafter den Geschäftsführer also an, unter Verstoß gegen die Buchführungspflichten des § 41 GmbHG und damit unter Missachtung der Grundsätze eines ordentlichen Geschäftsmannes aber ohne Verletzung des § 30 GmbHG Vermögen der Gesellschaft auszukehren, ist damit ein Ersatzanspruch der Gesellschaft aus § 43 I GmbHG ausgeschlossen. Ist ein solches Verhalten des Geschäftsführers bei Zustimmung der Gesellschafter zivilrechtlich demgemäss nicht zu ahnden, muss auch eine strafrechtliche Sanktion ausgeschlossen sein.
Des Weiteren spricht gegen eine solche weitgehende Einschränkung der Dispositionsbefugnis der Gesellschafter, dass auf diesem Wege das Institut des Einverständnisses quasi seine Bedeutung verlöre. Denn entweder handelt der Geschäftsführer ordnungsgemäß und bedarf keiner Zustimmung durch die Gesellschafter, oder er handelt den formellen Anforderungen des GmbHG zuwider und verstößt damit gegen die Grundsätze eines ordentlichen Geschäftsmannes, wie es der BGH für die Nichtbeachtung des § 41 GmbHG bejaht hat. Kann dann aber das Einverständnis in keinem Fall strafbarkeitsausschließende Wirkung haben, verbleibt kein Anwendungsbereich mehr.[437]
Dass dies nicht richtig sein kann, hat auch die höchstrichterliche Rechtsprechung erkannt. Folglich ist man von der geschilderten Position abgewichen und stellt nun wie die herrschende Meinung fest, dass ein Einverständnis der Gesellschaftergesamtheit nur dann unbeachtlich ist, wenn
- durch die betreffende Handlung das durch § 30 geschützte Vermögen angetastet
oder
- der Kapitalabzug als solcher rechtswidrig sei. Davon sei auszugehen, wenn es zu einer Existenz- oder Liquiditätsgefährdung komme.[438]
Folglich könne allein die Missachtung der Formalien des GmbH-Rechts oder die Falschverbuchung einer Kapitalausschüttung und damit die Missachtung der Grundsätze eines ordentlichen Geschäftsmannes durch den Geschäftsführer die Wirksamkeit eines Einverständnisses der Gesellschafter nicht hemmen.[439]

g) Ablehnung der strengen Körperschaftstheorie

Gegen den vom Reichsgericht angenommenen weitergehenden Vermögensschutz (strenge Körperschaftstheorie) spricht, dass § 29 GmbHG in Zusammenhang mit § 30 I GmbHG gesehen muss. Diese Vorschrift verpflichtet die Gesellschafter grundsätzlich aber lediglich zum Erhalt des zur Abdeckung der Stammkapitalziffer erforderlichen Vermögens, der Rest ist ihrer Disposition unterworfen.[440] Dieses Ergebnis ergibt sich schon aus dem unterschiedlichen Wortlaut von § 29 GmbHG und § 57 III AktG. So heißt es in § 57 III AktG: „Vor Auflösung der Gesellschaft darf unter die Aktionäre NUR[441] der Bilanzgewinn verteilt werden.“ Demgegenüber fehlt in § 29 das Wort „nur“. Vielmehr ist dort nur von dem Anspruch der Gesellschafter auf den Jahresüberschuss die Rede, nicht aber von etwaigen Beschränkungen im Hinblick auf die Verwendung des sonstigen Vermögens. Eine solche Grenze ergibt sich nur aus § 30 I GmbHG und dem Existenzgefährdungsverbot.

---

[437] Achenbach/ Wannemacher/ Seier § 21 RN 228.
[438] BGH NJW 1997 S.66, S.69.
[439] BGH NJW 1997 S.66, S.69.
[440] Scholz/ Emmerich § 29 GmbHG RN 159; LK/ Schünemann § 266 RN 125 c) bb); Birkholz S.37; Kohlmann, in: FS für Werner S.396.
[441] Hervorhebung durch den Verfasser.

III. Inhaltliche Ausgestaltung der Dispositionsgrenzen

1. Das durch § 30 GmbHG geschützte Vermögen

a) Bilnazierungsmethode

aa) Ansatz von Buchwerten

Gemäß § 30 I GmbHG sei dasjenige Kapital zu erhalten, das nach Abzug der Schulden einschließlich der Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten[442] einem Wert in Höhe der Stammkapitalziffer entspreche. Ob diesem Gebot Folge geleistet worden sei, sei grundsätzlich durch die Aufstellung einer Bilanz entsprechend den §§ 242, 246ff, 266ff HGB, oder, sollte dies nicht möglich sein, durch Vorlage der Geschäftsbücher und damit durch die Aufstellung einer Zwischenbilanz auf den Zeitpunkt der effektiven Auszahlung[443] zu ermitteln. Der Begriff der Auszahlung sei dabei weit zu fassen und umfasse Leistungen aller Art, die bei wirtschaftlicher Betrachtung das Gesellschaftsvermögen verringerten.[444] Im Hinblick auf die Wertansätze seien die Anforderungen des § 42 GmbHG zu beachten, d.h. es müsse sich um eine ordnungsmäßige Bilanz handeln, die, da grundsätzlich vom Fortbestand der werbenden GmbH ausgegangen werde, auf den fortgeführten Buchwerten basieren müsse.[445] Demgemäss sei die Gesellschaft an ihre bisherige Bewertungs- und Bilanzierungspraxis gebunden und könne daher nicht die Ausübung von Bewertungswahlrechten willkürlich ändern oder reale Verkehrswerte ansetzen und folglich stille Reserven realisieren.[446] Etwas anderes gelte nur dann, wenn eine solche Auflösung den Grundsätzen ordnungsmäßiger Bilanzierung entspreche.[447] Sei auf diese Weise das Reinvermögen ermittelt worden, handele es sich dann nicht um eine Verletzung des § 30 I GmbHG, wenn die Aktiva abzüglich der echten Verbindlichkeiten, zu denen auch Sanierungsdarlehen und damit insbesondere eigenkapitalersetzende Darlehen gehörten[448], den Nennbetrag des Stammkapitals erreichten.[449] Demgegenüber liege aber auf jeden Fall ein Verstoß gegen § 30 I GmbHG vor, wenn eine Überschuldung herbeigeführt werde, d.h. nach der Auszahlung das Aktivvermögen die Verbindlichkeiten nicht mehr decke.[450]

bb) Zerschlagungswerte im Falle der Existenzgefährdung

Andererseits wird diese Bilanzierung als zu starr und unangemessen

---

[442] Baumbach/ Hueck/ Fastrich § 30 GmbHG RN 5.
[443] Baumbach/ Hueck/ Fastrich § 30 GmbHG RN 11; Roth/ Altmeppen § 30 GmbHG RN 10.
[444] Baumbach/ Hueck/ Fastrich § 30 GmbHG RN 12.
[445] Scholz/ Westermann § 30 GmbHG RN 14.
[446] Scholz/ Westermann § 30 GmbHG RN 14; Baumbach/ Hueck/ Fastrich § 30 GmbHG RN 5/ 6.
[447] BGH ZIP 1982 S.563, S.566; Scholz/ Westermann § 30 GmbHG RN 14; Baumbach/ Hueck/ Fastrich § 30 GmbHG RN 6. Diese Frage ist im einzelnen strittig. Gegen ein grundsätzliches Auflösungsverbot wird vorgebracht, dass auf diesem Wege andere Werte als das Nominalkapital in die Bindung des § 30 I GmbHG einbezogen würden. Siehe Meister WM 1980 S.390, S.392/ 394.
[448] Baumbach/ Hueck/ Fastrich § 30 GmbHG RN 6.
[449] Scholz/ Westermann § 30 GmbHG RN 16/ 17.
[450] Schnauder/ Müller-Christmann JuS 1998 S.980, S.981.

angesehen[451] und daher eine abweichende Bilanzierungsmethode zur Feststellung eines Verstoßes gegen den Stammkapitalerhaltungsgrundsatz angewendet. Bezug genommen wird dabei auf die Regelungen für die Aufstellung eines Überschuldungsstatus gemäß § 64 GmbHG, d.h. zunächst ist unter Berücksichtigung der das Gesellschaftsvermögen schmälernden Auszahlung, also zum Beispiel einer verdeckten Gewinnausschüttung, eine Fortbestehensprognose aufzustellen. Diese führe zu einem negativen Ergebnis, wenn der GmbH existenznotwendige Produktionsanlagen oder Liquidität entzogen worden seien und diese daher in ihrer Existenz gefährdet sei, d.h. der Zusammenbruch der Gesellschaft sei ohne durchgreifende Sanierungsmaßnahmen absehbar oder mit ihm müsse ernsthaft gerechnet werden.[452] In einer solchen Situation seien nicht die Fortführungswerte zur Grundlage der Vermögensermittlung zu machen, sondern sei vielmehr von den Liquidationswerten unter antizipierender Berücksichtigung der fraglichen Vermögensauskehrung auszugehen.[453] Zusätzlich müsse man Passivposten in Form von Rückstellungen zur Abdeckung der mit einem Zusammenbruch der GmbH verbundenen Zusatzkosten wie zum Beispiel einem Sozialplan bilden, die Aufdeckung stiller Reserven auf der Aktivseite sei aber unzulässig. Führe die Fortbestehensprognose[454] hingegen zu einem positiven Ergebnis, bleibe es bei der Maßgeblichkeit der Bilanzierung nach Fortführungswerten.[455] [456]

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Zerschlagungswerte in der Regel weit niedriger sind als die Fortführungswerte, da beispielsweise Maschinen, die speziell für die sich jetzt in der Krise befindende Gesellschaft konzipiert wurden, zwar unter der Bedingung der Unternehmensfortsetzung für die GmbH einen hohen Wert haben, auf dem Markt aber unverkäuflich sind und daher nur mit dem reinen Materialwert oder mit 0 angesetzt werden müssen.[457] Folglich seien bei einer solcherart modifizierten Ermittlung des Wertes der Aktiva und der Erhöhung der Passiva kaum noch Fälle der Existenzgefährdung denkbar, die selbst bei niedriger nomineller Kapitalausstattung der GmbH nicht zu einer Verletzung des Verbots des § 30 I GmbHG führten.[458]

Besondere Relevanz besitze diese Vorgehensweise daher im Hinblick auf den Gläubigerschutz in denjenigen Ausnahmefällen, in denen die Auskehrung von Vermögenswerten zwar existenzbedrohend wirke, nicht aber die Konsequenz einer Unterbilanz habe, wenn es zu einer Bilanzierung nach Fortführungswerten komme. Der Geschäftsführer könne nicht berechtigt oder sogar verpflichtet

---

[451] Ulmer, in: FS für Pfeiffer S.869; Flum S.170; Meister WM 1980 S.390, S.394

[452] Ulmer, in: FS für Pfeiffer S.868/ 869.

[453] Ulmer, in: FS für Pfeiffer S.868/ 869; LK/ Schünemann § 266 RN 125 c) bb); Scholz/ Westermann § 30 GmbHG RN 16.

[454] Wie eine Fortbestehensprognose durchzuführen ist, wird zum Teil unterschiedlich beantwortet. Einen Überblick über die vertretenen Ansätze bietet Bittmann, wistra 1999 S.10, S.14.

[455] Zum Begriff der Fortführungswerte siehe Bittmann wistra 1999 S.10, S.12.

[456] Ulmer, in: FS für Pfeiffer S.869. Demgegenüber wird von einer anderen Ansicht (Radtke GmbHR 1998 S.361, S.366/ 367; Flum S.160) unter Hinweis auf den im Strafrecht geltenden Grundsatz in dubio pro reo vorausgesetzt, das aus der Perspektive ex ante die Nichtfortführung des Unternehmens sicher feststehe („evident negative Fortführungsprognose“). Der prozessuale Nachweis hierfür könne insbesondere durch die Aufklärung einer auf Aushöhlung der Gesellschaft gerichteten Gesamtstrategie erbracht werden.

[457] Bittmann wistra 1999 S.10, S.14.

[458] Ulmer, in: FS für Pfeiffer S.868/ 869. Hieran zeigt sich auch der Grundgedanke der Überlegungen Ulmers. Er will das Strafrecht konsequent an die gesellschaftsrechtlichen Vorgaben anbinden und sieht daher nur in den Fällen eine Anwendbarkeit des § 266 StGB gegeben, in denen es zu einer Verletzung des § 30 kommt. Will er aber die von ihm als strafwürdig anerkannten Konstellationen der Existenzgefährdung dennoch durch § 266 StGB erfassen, muss er die Grenze des § 30 GmbHG so weit ausdehnen, dass fast jede Existenzgefährdung auch einen Verstoß gegen diese Rechtsnorm darstellt.

sein, die Gesellschaft um ihr wesentliches Vermögen zu bringen oder illiquide zu machen, wenn nicht gleichzeitig die Bereitschaft bestehe, sie zu liquidieren. Setze man in einem solchen Fall die Liquidationswerte an, könnten die Gesellschaftsgläubiger wenigstens noch auf den Erstattungsanspruch des § 31 GmbHG zurückgreifen.[459]
Des Weiteren dürfe eine Unterbilanz nach ihrem Eintritt nicht noch weiter vertieft werden.[460] Folglich müsse dann –vorbehaltlich einer ordnungsgemäßen und mit einiger Rechtssicherheit feststehenden Feststellung dieses Zustandes- bei der Veräußerung eines Vermögensgegenstandes an einen Gesellschafter nicht auf den Buchwert, sondern vielmehr auf den Verkehrswert abgestellt werden, womit es sich um einen Verstoß gegen § 30 I GmbHG handele, wenn zu dem niedrigeren Buchwert veräußert werde.[461]

cc) Der Ansatz von Buchwerten als die zutreffende Bilanzierungsmethode

Gegen die von Ulmer vorgeschlagene Bilanzierungsmethode spricht, dass sie dem geltenden Recht fremd ist. In ihr werden Komponenten sowohl der Überschuldungsbilanz- indem zum Beispiel auf die Fortbestehensprognose abgestellt wird- als auch der Erfolgsbilanz nach fortgeführten Buchwerten miteinander verbunden. Diese folgen aber jeweils anderen zwingenden Bilanzierungsregeln, womit eine Bilanzierung nach dem Vorschlag Ulmers, soll sie ihren Zweck erfüllen, voraussetzte, dass einige dieser Regeln außer acht gelassen werden.[462]
Des Weiteren müsste, wollte man wie Ulmer jede bestandsgefährdende Auskehr von Gesellschaftsvermögen als Verstoß gegen § 30 GmbHG auffassen, das geltende Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsrecht von dem Gesellschafter fordern, jederzeit ein dem Geschäftsumfang und dem Liquiditätsbedarf der Gesellschaft angemessenes Stammkapital vorzuhalten. Eine solche Bindung des Eigenkapitals käme derjenigen gleich, die sich für die Aktiengesellschaft aus den §§ 57, 58 V AktG ergibt.[463]
Dies ist aber gerade nicht der Fall. Zwar fordert das System des Gesetzgebers eine Aufbringung des satzungsmäßigen Stammkapitals in realen Vermögenswerten, die Höhe dieses Kapitals steht aber oberhalb der Mindestziffer des § 5 I GmbHG im freien Ermessen der Gründer. Des Weitern bemisst sich sein Erhalt bis zur Insolvenz der Gesellschaft lediglich an Hand der fortgeführten Einbringungs- oder Anschaffungswerte.[464]
Folglich bindet § 30 GmbHG seinem Wortlaut und Zweck nach nur den Teil des Gesellschaftsvermögens, der rechnerisch dem in der Satzung ausgewiesenen Stammkapital entspricht. Damit schützt diese Norm die Gesellschaft und ihre Gläubiger gegen eine Aushöhlung des satzungsmäßig bestimmten, im Handelsregister eingetragenen Nennkapitals durch Entnahmen der Gesellschafter.

---

[459] Ulmer, in: FS für Pfeiffer S.869/ 870.
[460] So auch BGH NJW 2002 S.1803, S.1804.
[461] Scholz/ Westermann § 30 GmbHG RN 16.
[462] Röhricht, in: FS 50 Jahre BGH S.95.
[463] Kaufmann S.89.
[464] Röhricht, in: FS 50 Jahre BGH S.95/ 96.

Die Erhaltung des Gesellschaftsvermögens oberhalb der Stammkapitalziffer ist hingegen gesetzlich nicht gesichert. Folglich können die Gesellschafter über diesen Vermögensteil grundsätzlich nach freiem kaufmännischen Ermessen verfügen und ihn insbesondere als Gewinn ausschütten.[465]
Schließlich ist auch der praktische Gewinn dieser Vorgehensweise nicht ersichtlich.
Erforderlich ist in ihrem Rahmen zunächst eine Fortbestehensprognose, d.h. es ist zu klären, ob die Fortsetzung der Geschäftstätigkeit der GmbH nach der Vermögensentnahme wahrscheinlich ist. Ist dies nicht der Fall, hat sie existenzgefährdenden Charakter. Folglich ist die Entscheidung über das „Ja“ oder“ Nein“ einer Existenzgefährdung von denselben Umständen abhängig, die ansonsten ebenfalls verwendet werden. Zu denken ist dabei insbesondere an Definitionen wie „hohe Wahrscheinlichkeit des wirtschaftlichen Zusammenbruchs.“ Sind diese Voraussetzungen aber erst einmal bejaht worden, bringt es keinen Gewinn, nun nach Zerschlagungswerten zu ermitteln, ob ein Verstoß gegen § 30 GmbHG gegeben ist. Der existenzgefährdende Charakter ist so oder so gegeben, also unabhängig davon, ob bei Ansatz der Zerschlagungswerte die Grenze des § 30 GmbHG unterschritten ist oder nicht.
Des Weiteren stellt Ulmer selbst fest, dass bei Anwendung seiner Methode kaum noch Fälle der Existenzgefährdung denkbar wären, die nicht diese Voraussetzungen erfüllten.[466]
Das heißt aber, dass er solche Fälle für möglich hält. Gegen seine den Vorschlag Ulmers spricht also auch, dass unter Umständen Strafbarkeitslücken entstehen.
Im Übrigen kann dem nicht entgegengehalten werden, nach diesem Konzept hätten die Gesellschaftsgläubiger wenigstens die Möglichkeit, auf den Ersatzanspruch nach § 31 GmbHG zurückzugreifen und würde damit ihr Schutz verbessert.
Denn nimmt man bei einer Existenzgefährdung eine Unbeachtlichkeit der Gesellschafterzustimmung und damit eine Strafbarkeit des die Maßnahme ausführenden Geschäftsführers an, besteht gegen diesen ein Ersatzanspruch nach § 823 BGB i.V. mit § 266. Geht man dann noch davon aus, dass sich der Gesellschafter durch eine solche Zustimmung oder Weisung ebenfalls nach § 266 strafbar macht[467], besteht gegen diesen auch ein Ersatzanspruch der Gesellschaft nach den genannten Normen, auf den die Gesellschaftsgläubiger zurückgreifen können.
Bietet dieser Weg also keine Vorteile, ist kein Grund erkennbar, warum man dann die oben geschilderten Probleme im Hinblick auf die Bilanzierungsregeln hinnehmen sollte.
Nach Ansicht von Röhricht handelt es sich vielmehr „um eine mit dem Bilanzrecht nur schwer vereinbare bilanzielle Einkleidung eines materiell- rechtlichen Anliegens, dem auf andere Weise, nämlich auf der materiell- rechtlichen Ebene, Rechnung getragen werden muss.“[468]
Darüber hinaus verweisen einige Vertreter der Gegenansicht auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 24.08.1988, mit der er sich dieser Sichtweise angeschlossen habe.[469]
Dem ist nicht zuzustimmen. Die entscheidende Passage in der betreffenden Entscheidung lautet wie folgt:

---

[465] BGHZ 76 S.327, S.333/ 334.
[466] Ulmer, in: FS für Pfeiffer S.868/ 869.
[467] Diese Frage einer Vermögensbetreuungspflicht des Gesellschafters soll später in einem anderen Zusammenhang aufgegriffen werden.
[468] Röhricht, in: FS 50 Jahre BGH S.96.
[469] LK/ Schünemann § 266 RN 125 Fn 604.

„Im Übrigen wird eine Prüfung des Sachverhalts auf der Grundlage einer nach ′Zerschlagungswerten′ aufgestellten Bilanz (....) unter den bezeichneten Voraussetzungen (d.h. Existenz- oder Liquiditätsgefährdung, Anmerkung des Verfassers) nicht selten ergeben, dass das nach § 30 GmbHG geschützte Stammkapital (d.h. das rechnerisch nach Bilanzierung die Verbindlichkeiten übersteigende Reinvermögen in Höhe der Stammkapitalziffer) durch die Entnahmen bereits angegriffen worden ist. *Doch es gibt keine starren Beweisregeln*[470].“[471]
Insbesondere aus dem letzten Satz folgt, dass es sich nach Ansicht des BGH bei einer solchermaßen errechneten Verletzung des § 30 GmbHG lediglich um ein Beweisanzeichen für die Frage handelt, ob die zu beurteilende Maßnahme eine solche mit existenzgefährdendem Charakter ist. Folglich kann man formulieren, dass es sich bei der Feststellung, eine Auszahlung habe bei einer Bilanzierung nach Zerschlagungswerten zu einer Unterschreitung des nach § 30 GmbHG geschützten Kapitals geführt, um eine hinreichende Bedingung für die Annahme einer Existenzgefährdung handelt. Das heißt aber auch, dass man einer Maßnahme diesen Charakter auch noch unter anderen Voraussetzungen zuschreiben kann.
Folgt man diesen Schlussfolgerungen, kann der Ansatz Ulmers trotz der ihm entgegenstehenden Bedenken noch wertvolle Dienste leisten. Insbesondere liefert er konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Existenzgefährdung.
Festzuhalten ist aber auch, dass beide Bilanzierungsansätze strafrechtlich vergleichbare Auswirkungen haben und im Regelfall zu denselben Ergebnissen führen werden. Ob man nun wie der Bundesgerichtshof eine Untreuestrafbarkeit annimmt, wenn eine Existenzgefährdung herbeigeführt und/ oder der Grundsatz der Stammkapitalerhaltung verletzt wird oder wie Ulmer im Falle der Existenzgefährdung eine Bilanzierung nach Zerschlagungswerten vornimmt und damit solche Konstellationen ebenfalls als Verletzung des Stammkapitalerhaltungsgrundsatzes einordnet – im Regelfall ist dann eine Unterbilanz gegeben-, ist für das Strafrecht unerheblich. Gesellschaftsrechtlich wird lediglich ein unterschiedlicher Ansatz gewählt, der strafrechtlich zur Konsequenz hat, dass im Falle der Existenzgefährdung oder der Verletzung des Stammkapitalgrundsatzes strafbares Verhalten sowohl des Geschäftsführers als auch des Gesellschafters der GmbH gegeben ist.

b) Begriff der Auszahlung

Nach § 30 GmbHG ist es untersagt, das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der GmbH an die Gesellschafter auszuzahlen. Im Kern betrifft dieses Verbot Auszahlungen an die Gesellschafter, die ihre Grundlage im Gesellschaftsverhältnis haben, insbesondere geht es also um die Ausschüttung von Jahresgewinn oder eines Gewinnvortrages, die Auflösung von Rücklagen sowie sonst denkbare Ausschüttungen von Gesellschaftsvermögen an die Gesellschafter.[472]
Auszahlungen, die ihre Grundlage in einem Individualvertrag mit einem Gesellschafter –d.h. der Gesellschafter steht der Gesellschaft wie ein Dritter gegenüber wie dies zum Beispiel der Fall ist, wenn die Muttergesellschaft an das Tochterunternehmen Maschinenteile zu einem angemessenen

[470] Hervorhebung durch den Verfasser.
[471] BGH NJW 1989 S.112, S.113.
[472] Scholz/ Westermann § 30 GmbHG RN 19.

Marktpreis verkauft- haben, verstoßen solange nicht gegen § 30 I GmbHG, wie ihnen eine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht.
Zwar setzt § 30 GmbHG voraus, dass an den Gesellschafter gerade in dieser Eigenschaft Vermögenswerte geleistet werden[473], wenn er aber mit der Gesellschaft ein an sich auch Dritten zugängliches Austauschgeschäft abschließt, wird eine Leistung der Gesellschaft, die die des Gesellschafters wertmäßig übersteigt, im Zweifel einen entscheidenden Bezug zum mitgliedschaftlichen Bereich haben.[474] Erfasst sind somit auch verdeckte Gewinnausschüttungen, also in die Verkleidung eines für den Gesellschafter besonders günstigen Umsatzgeschäfts gesteckte Ausschüttungen.
Entscheidend für die Abgrenzung von bloßem Austauschgeschäft zu einer verdeckten Gewinnausschüttung ist also das Kriterium der Gleichwertigkeit. Diese wird durch den Vergleich des konkreten Geschäfts zwischen Gesellschaft und Gesellschafter mit einem hypothetischen mit einem gesellschaftsfremden Dritten ermittelt.[475] Handelt es sich danach um objektiv gleichwertige Leistung des Gesellschafters, ist eine verdeckte Gewinnausschüttung zu verneinen, kommt man hingegen zu dem Ergebnis, die Leistung des Gesellschafters sei nicht vergütungswürdig oder liegt zumindest wertmäßig unter der Gegenleistung, ist sie zu bejahen.[476] Letzteres ist zum Beispiel der Fall, wenn die Gesellschaft als Gegenleistung eine wertlose Forderung abgetreten bekommt, wobei aber zu beachten ist, dass nur insoweit ein Verstoß gegen § 30 gegeben sein kann, wie eine Unterbilanz oder gar Überschuldung herbeigeführt wird.[477] Verdeckte Gewinnausschüttungen interessieren hier also nur dann, wenn sie das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen tangieren.[478]
Darüber hinaus sind auch Geschäfte denkbar, an denen zwar der Gesellschafter nicht unmittelbar beteiligt ist, die aber bei wirtschaftlicher Betrachtung das Stammkapital zu seinen Gunsten angreifen. In Wahrheit muss es sich also um eine Leistung an den Gesellschafter handeln, was insbesondere dann der Fall ist, soweit die Gesellschaft eine Leistung an eine Person erbringt, die als Strohmann des Gesellschafters anzusehen ist.[479] Denkbar ist dieses aber auch bei Leistungen an die Ehefrau oder minderjährige Kinder des Gesellschafters, wobei zur Feststellung der faktischen Vermögensmehrung beim Gesellschafter auf die Kriterien der §§ 89 III, 115 II AktG zurückzugreifen ist.[480]
Praktisch relevant sind in diesem Zusammenhang des Weiteren die Tilgung von Gesellschafterverbindlichkeiten durch die Gesellschaft[481] oder die Leistung eines Dritten an einen Gesellschafter, die der Dritte für Rechnung der Gesellschaft erbringt.
Besondere Relevanz hat § 30 GmbHG im Übrigen im Rahmen von Unternehmensverbindungen[482], wo sich die Probleme der Personenverschiedenheit von Zuwendungsempfänger und wirtschaftlich Begünstigtem akzentuieren.[483]

---

[473] BGH WM 1985 S.237, S.239; Baumbach/ Hueck/ Fastrich § 30 GmbHG RN 13.
[474] Scholz/ Westermann § 30 GmbHG RN 20.
[475] Roth/ Altmeppen § 29 GmbHG RN 60.
[476] BGH WM 1973 S.507, S.509; Baumbach/ Hueck/ Fastrich § 30 GmbHG RN 40.
[477] Scholz/ Westermann § 30 GmbHG RN 20.
[478] Scholz/ Westermann § 30 GmbHG RN 21.
[479] Baumbach/ Hueck/ Fastrich § 30 GmbHG RN 17.
[480] Scholz/ Westermann § 30 GmbHG RN 29.
[481] Baumbach/ Hueck/ Fastrich § 30 GmbHG RN 17.
[482] Emmerich/ Habersack Anh. I § 318 AktG RN 26.

So kann sich eine Zuwendung aus dem Vermögen der GmbH an ein mit dem Gesellschafter durch maßgebliche Beteiligung verbundenes Unternehmen faktisch als Leistung an den Gesellschafter darstellen und nach den oben geschilderten Grundsätzen zu einem Verstoß gegen § 30 I GmbHG führen.[484]

c) Die Gefährdung von Gläubigerinteressen als notwendige Voraussetzung

Unumstritten enthält § 30 I GmbH ein Auszahlungsverbot im Hinblick auf das Kapital, das zur Deckung der Stammkapitalziffer erforderlich ist. Hat es dennoch eine solche Auszahlung gegeben, besteht grundsätzlich ein Ersatzanspruch der Gesellschaft nach § 31 I GmbHG.
Will man aber § 30 I GmbHG auch im Strafrecht als maßgebliches Kriterium ansehen, muss man §§ 31 II, 43 III S.3 GmbHG berücksichtigen. Nach § 31 II GmbHG besteht im Falle der Gutgläubigkeit des Gesellschafters insoweit kein Wertsatzanspruch der Gesellschaft, als das Kapital nicht zur Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern erforderlich ist. Gleiches gilt nach § 43 III S.3 GmbHG für einen Anspruch der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer, wenn er die Ausschüttung in Befolgung eines Gesellschafterbeschlusses vorgenommen hat.
Der Bezugspunkt des guten Glaubens im Sinne des § 31 II GmbHG ist nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt. Nach dem Sinn des Anspruchs aus § 31 I GmbHG kann sich der gute Glaube des Leistungsempfängers nur darauf beziehen, dass die Auskehrung von Gesellschaftsvermögen im konkreten Zusammenhang keine Unterbilanz herbeiführt und damit nicht gegen das Kapitalerhaltungsverbot verstößt.[485]
Denkbar ist also, dass ein Alleingesellschafter dem Geschäftsführer eine Auszahlungsanweisung gibt und dabei gutgläubig im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit dem gesellschaftsrechtlichen Verbot des § 30 I GmbHG ist. Damit ist ein Rückzahlungsanspruch der Gesellschaft gegen den Alleingesellschafter ausgeschlossen.
Gleiches gilt aber auch für den ausführenden Geschäftsführer unter der Bedingung, dass keine Gesellschaftsgläubiger vorhanden sind oder das restliche Stammkapital zur Befriedigung ausreicht. Zu einem teilweisen Ausschluss kommt es, wenn nur ein Teil des ausgezahlte Kapitals zur Begleichung bestehender Drittforderungen erforderlich ist.
Zuzugeben ist natürlich, dass es eine solche Situation in der Praxis relativ selten geben wird. Eine Aufrechterhaltung der Geschäftstätigkeit setzt voraus, dass Verbindlichkeiten mit dritten Personen eingegangen werden. Denkbar ist aber zum Beispiel, dass ein Gesellschafter die GmbH zur Vorbereitung eines Verkaufs von allen Forderungen freigestellt hat. Und schließlich hält auch das Gesetz eine solche Konstellation für möglich und regelungsbedürftig, was sich schon aus der Regelung des § 31 I GmbHG selbst ergibt.
Der Gesellschafter kann demgemäss unter ganz bestimmten Voraussetzungen auch über durch § 30 I GmbHG geschütztes Kapital disponieren. Bleibt also die Auszahlung für beide Organe ohne gesellschaftsrechtliche Sanktion, stellt sich das Problem, dass der Geschäftsführer dennoch nach §

---

[483] Scholz/ Westermann § 30 GmbHG RN 34.
[484] BGHZ 81 S.113, S.115, BGH WM 1985 S.237, S.239.
[485] Scholz/ Westermann § 31 GmbHG RN 18.

266 strafbar wäre, wenn man mit der auch von mir vertretenen Ansicht davon ausgeht, dass jede unter Verstoß gegen § 30 I GmbHG erfolgende Zustimmung der Gesellschafter unbeachtlich ist.
Dieser Widerspruch kann aber aufgrund des Postulats[486] der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung nur durch eine Einschränkung des strafrechtlichen Schutzes des Gesellschaftsvermögens gelöst werden, da eine den gesellschaftsrechtlichen Wertungen widersprechende strafrechtliche Sichtweise untersagt ist.[487] Zwar kann der strafrechtliche Schutz hinter dem gesellschaftsrechtlichen zurückbleiben, nicht aber über ihn hinausgehen.[488]
Dies ergibt sich vorliegend schon allein daraus, dass, wenn sich der Geschäftsführer in dem obigen Beispiel trotz der Gesellschafterzustimmung nach § 266 strafbar machen würde, der Gesellschaft ein Ersatzanspruch aus § 823 II BGB in Verbindung mit § 266 zustehen würde. § 266 ist unstreitig ein Schutzgesetz im Sinne dieser Norm.
Diesen Ersatzanspruch sieht das Gesellschaftsrecht aber nicht vor, da § 43 III S.3 GmbHG die Ersatzpflicht des Geschäftsführers gerade ausschließt, wenn er aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses gehandelt hat und das Kapitals nicht zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger benötigt wird.
Folglich bleiben nur zwei Alternativen.
Erstens: Man nimmt diese Feststellung mit den anderen Argumenten zum Anlass, der wirtschaftlichen Betrachtungsweise- die oben schon verworfen wurde- zu folgen und dem Einverständnis der Gesellschafter generell eine strafbarkeitsausschließende Wirkung zuzubilligen. Prüft man infolgedessen eine eventuelle Strafbarkeit nach des Geschäftsführers nach § 283, muss man eine solche verneinen. Denn wenn das restliche Stammkapital zur Befriedigung des Gesellschaftsgläubiger ausreicht, ist die GmbH weder überschuldet oder zahlungsunfähig noch droht eine Zahlungsunfähigkeit.
Dem steht aber meines Erachtens insbesondere, wie schon erläutert, entgegen, dass § 30 I GmbHG zwar dem Gläubigerschutz dient, dieser Gläubigerschutz aber gerade durch die Konstruktion der GmbH als juristischer Person (§ 13 I GmbHG) bewirkt wird. Als solche kann sie, abgesehen von den denknotwendig nur einer natürlichen Person zustehenden Rechten wie insbesondere Eheschließung, Testamentserrichtung und Staatsangehörigkeit, wie jeder Mensch im Rechtsleben auftreten. Konsequenterweise heißt es in § 13 I GmbHG: „Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten.“ Will man dieses Konzept ernst nehmen, muss man es auch der strafrechtlichen Betrachtung zu Grunde legen.
Demgemäss bleibt nur die zweite Alternative: Man hält an dem von der Rechtsprechung beschrittenen Weg fest und sieht § 30 GmbHG als maßgebliches Kriterium an. Um aber Wertungswidersprüche zu vermeiden, ist eine Zustimmung der Gesellschafter nur dann im Strafrecht unbeachtlich, wenn
(1) das zur Abdeckung der Stammkapitalziffer dienende Kapital betroffen ist und
(2) dieses Kapital auch tatsächlich benötigt wird, um die Gläubiger zu befriedigen.

---

[486] Wodicka S.190.
[487] Wodicka S.190.
[488] Birkholz S.91.

2. Die Existenzgefährdung

a) Überblick

Eine Existenzgefährdung ist gegeben, wenn durch die Weggabe von Gesellschaftsvermögen der wirtschaftliche Zusammenbruch der Gesellschaft in absehbarer Zeit mit hoher Wahrscheinlichkeit heraufbeschworen wird[489] oder nach anderer Definition, wenn der Liquiditätsentzug voraussichtlich in absehbarer Zeit mindestens zum Verlust des Stammkapitals, wenn nicht zu einer Lage führen wird, in der eine Befriedigung der Gläubiger nicht mehr gesichert und die Einleitung eines Insolvenzverfahrens gemäß §§ 64, 65 in Betracht zu ziehen ist.[490]
Bejaht werden diese Voraussetzungen in den folgenden Fällen:
- Herbeiführung einer unmittelbaren Existenzgefährdung durch Entzug der Produktionsgrundlagen.[491]
- Übermäßiger Abzug von Liquidität aus der abhängigen Gesellschaft.

In aktueller Zeit spielen in dieser Hinsicht, wie sich insbesondere auch aus dem „Bremer – Vulkan“ Entscheidung des BGH ergibt, zentrale Cash Management- Systeme eine entscheidende Rolle.
Die Existenzgefährdung ergibt sich dabei aber in der Regel nicht aus dem Abschluss eines Cash Management Vertrages als solchen, da dieser regelmäßig zu einem Zeitpunkt erfolgt, wenn der Muttergesellschaft noch ausreichende Kapitalreserven zur Abdeckung der Gutschriften zugunsten der Tochtergesellschaften zur Verfügung stehen.
Vielmehr stellen sich oftmals zunächst Liquiditätsprobleme bei der Muttergesellschaft ein. Dennoch wird diese die Liquiditätszuflüsse von Seiten der Tochtergesellschaften entgegennehmen, bis sich schließlich herausstellt, dass die Muttergesellschaft die sich aus dem Cash Management ergebenden Forderungen nicht mehr bedienen kann. Damit sind die Liquiditätsreserven der Tochtergesellschaften verbraucht, ohne dass im Gegenzug werthaltige Ansprüche vorhanden sind. Infolgedessen können auch die abhängigen Gesellschaften ihren Forderungen nicht mehr nachkommen und gehen in die Insolvenz.
So war es auch im Konzernverbund der B-AG („Bremer Vulkan“). Nachdem die M-GmbH dem zwischen der B- AG und den Beteiligungsgesellschaften abgeschlossenen Vertrag über konzerninterne Finanzierungen und Geldanlagen beigetreten war, war die B-AG zunächst in der Lage, die Zahlungsanforderungen der Tochtergesellschaften abzudecken.
Schon am 3.7.1995, spätestens am 25.8.1995 wusste die Konzernleitung aber, dass eine Deckungslücke vorhanden war. Dennoch wurde ein am 11.10.1995 an die M- GmbH ausgezahlter Betrag noch an das zentrale Cash Management abgeführt. Schließlich ging die B- AG in die Insolvenz, womit auch die Ansprüche M- GmbH auf Null wertberichtigt werden mussten. Dies führte zwangsläufig zu einer Unterbilanz und einer Überschuldung der M- GmbH und nur daher nicht zur Insolvenz, da sie auf Betreiben der Treuhandanstalt aus dem B- Konzern ausgegliedert und finanziell unterstützt wurde.[492]

---

[489] Lutter/ Hommelhoff § 30 GmbHG RN 5, eine zulässige Form der Existenzvernichtung ohne förmliches Liquidationsverfahren stellt die Verschmelzung dar. Siehe dazu Kaufmann S.124.
[490] BGH NJW 2002 S.1803, S.1805; Fleck ZGR 1990 S.31, S.38.
[491] BGH NJW 1989 S.112, S.113; NJW 1997 S.66, S.69.
[492] BGH NJW 2001 S.3622ff.

- Die Einstellung lebenswichtiger Produktionen oder vielversprechender Entwicklungen.[493]
- Übertragung der ertragreichsten Betriebszweige auf andere Konzernunternehmen.[494]
- Unterlassung der für den Fortbestand der Gesellschaft am Markt unerlässlichen Erneuerungsinvestitionen.[495]
- Vergabe von Krediten an andere Konzernunternehmen ohne ausreichende Sicherheit oder zu ungünstigen Konditionen.[496]
- Aufnahme von Krediten unter Belastung des Gesellschaftsvermögens im Interesse anderer Konzernunternehmen. Als Beispiel hierfür kann die oben schon geschilderte Entscheidung BGH NJW 1997 S.66ff herangezogen werden, wo das Grundvermögen der abhängigen Gesellschaft als Sicherheit für die Kredite benutzt wurde, die zur Finanzierung des Kaufs durch die herrschende Gesellschaft gedient hatten.[497]
- Ein die abhängige Gesellschaft besonders benachteiligender Effektentausch.[498]

b) Einschränkung unter dem Gesichtspunkt Gläubigerschutz

Nun fragt sich, ob die im Bereich der Stammkapitalerhaltung vorgenommene Bezugnahme auf die Gläubigerinteressen auch im Rahmen des Merkmals „Existenzgefährdung“ zu einer Einschränkung führt. Denkbar ist zum Beispiel die Situation, dass der Alleingesellschafter- Geschäftsführer einer GmbH daran interessiert ist, erstens die Betriebsmittel der Gesellschaft zum Zwecke der Neugründung in sein Vermögen zu überführen und zusätzlich dann noch den leeren „Mantel“ der GmbH zu veräußern. Es geht also um einen Mantelkauf und damit um den Erwerb von Anteilen einer GmbH, die ihre wirtschaftliche Tätigkeit eingestellt hat. Auf diese Weise will der Erwerber sich die Kosten einer Neugründung sparen und die Verluste der Gesellschaft vor dem Mantelkauf von den zukünftigen Gewinnen abziehen.
Ein solches Vorgehen setzt aber voraus, dass auch die Verbindlichkeiten der Gesellschaft vor dem Kauf beglichen worden sind.
Folglich entzieht der Gesellschafter- Geschäftsführer seiner GmbH die notwendigen Produktionsmittel und handelt damit grundsätzlich existenzgefährdend, begleicht aber auch ihre Verbindlichkeiten.
Dieses Beispiel könnte zu dem Schluss verleiten, dass eine Existenzgefährdung nur dann zur Einschränkung der Dispositionsbefugnis der Gesellschafter führt, wenn auch Gläubigerinteressen gefährdet werden.
Eine solche Einschränkung ist aber nicht erforderlich, da die Definition der Existenzgefährdung gerade eine Gefährdung von Gläubigerinteressen impliziert. Einen Zusammenbruch der Gesellschaft oder die Herbeiführung einer Insolvenz kann es nur geben, wenn noch Gläubigerforderungen

[493] OLG Düsseldorf AG 1990 S.490, S.492.
[494] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 23 V 4c).
[495] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 23 V 4c).
[496] OLG Düsseldorf AG 1990 S.490, S.492.
[497] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 23 V 4c).
[498] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 23 V 4c).

vorhanden sind. Insbesondere die Krisenmerkmale Überschuldung[499], Zahlungsunfähigkeit[500] und drohende Zahlungsunfähigkeit[501] setzen voraus, dass die zur Deckung der Verbindlichkeiten, d.h. zur Befriedigung der Gläubigerforderungen erforderlichen Finanzmittel nicht mehr vorhanden sind. Bestehen also keine Ansprüche Dritter mehr an die Gesellschaft, kann sie auch nicht in ihrer Existenz gefährdet werden.

Dementsprechend ist auch Voraussetzung der vom II Zivilrechtssenat des BGH entwickelten Durchgriffs-/ Ausfallhaftung der Gesellschafter für den Fall eines existenzvernichtenden Eingriffs, dass die Gesellschafter nicht angemessen Rücksicht genommen haben auf das Eigeninteresse der Gesellschaft, ihre Fähigkeit zur Befriedigung der Forderungen der Gesellschaftsgläubiger aufrechtzuerhalten,[502] und damit die Rechtsform der GmbH missbraucht haben.[503]

Diese Rechtsprechung beruht auf der Feststellung, dass das System der auf das Gesellschaftsvermögen beschränkten Haftung auf der für das Recht der Kapitalgesellschaften grundlegenden Voraussetzung beruht, dass das zur Befriedigung der namens der Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten benötigte Gesellschaftsvermögen in der Gesellschaft zum Zwecke der Befriedigung ihrer Gläubiger verbleiben muss und daher der Dispositionsbefugnis der Gesellschafter entzogen ist. Zwar hat die Gesellschaft keinen Anspruch gegen ihre Gesellschafter auf Wahrung ihres Bestandes, womit sie die Existenz der Gesellschaft jederzeit im Rahmen einer freiwilligen Liquidation oder eines Insolvenzverfahrens beenden können.

Die Beendigung der Gesellschaft hat aber in einem geordneten Verfahren zu erfolgen, in dem ihre Vermögenswerte zunächst zur Befriedigung ihrer Gläubiger zu verwenden sind. Daher ist es den Gesellschaftern nicht gestattet, der Gesellschaft Vermögen ohne Rücksicht auf ihre gesetzliche Funktion, an Stelle ihrer Gesellschafter als Haftungsträger zu dienen, zu entziehen. Dadurch würde ihr die Möglichkeit genommen, ihre Verbindlichkeiten ganz oder teilweise zu erfüllen. Den Gesellschaftern steht innerhalb und außerhalb der Liquidation nur der Zugriff auf den zur Erfüllung der Gesellschaftsverbindlichkeiten nicht benötigten Überschuss zu, womit strikt zwischen dem Vermögen der Gesellschaft und dem der Gesellschafter zu trennen ist. Ersteres dient allein der vorrangigen Befriedigung der Gläubiger, was Voraussetzung dafür ist, dass die Gesellschafter das Haftungsprivileg des § 13 II GmbHG in Anspruch nehmen dürfen.[504]

---

[499] Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Dabei ist zwischen bilanzieller Überschuldung- die Jahresbilanz weist einen Verlust aus, der über das Eigenkapital und die ihm gleichgestellten Passivposten hinausgeht-, rechnerischer Überschuldung- nach dem Überschuldungsstatus übersteigen die nach Überschuldungsgesichtspunkten aus der Bilanz korregierten Wertansätze rechnerisch die Aktiva, das Eigenkapital und die ihm gleichgestellten Passivposten- und rechtlicher Überschuldung – hierbei geht es um die Frage, ob Fortführungs- oder Liquidationswerte anzusetzen sind und ob es dabei sein Bewenden hat oder ob eine zweistufige Überschuldungsprüfung mit zusätzlicher Fortbestehensprognose vorzunehmen ist- zu differenzieren (Bittmann, wistra 1999 S.10, S.10).

[500] Nach § 17 II InSO liegt Zahlungsunfähigkeit vor, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Diese Definition führt aufgrund des Wegfalls der Merkmale der Dauerhaftigkeit und der Wesentlichkeit dazu, dass auch geringe Deckungslücken oder Deckungslücken von nur kurzer zeitlicher Dauer zur Zahlungsunfähigkeit führen. Dabei wird im Schrifttum aber davon ausgegangen, dass ein Bedürfnis für ein staatliches Eingreifen erst besteht, wenn ein ernsthaftes Risiko für die Gläubigerforderungen besteht (Bittmann wistra 1998 S.321, S.323).

[501] Der Schuldner droht zahlungsunfähig zu werden, wenn er voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen (§ 18 II InSO).

[502] BGH NJW 2002, S.3024, S.3025; NJW 2002 S.1803, S.1805; NJW 2001 S.3622, S.3623.

[503] BGH NJW 2002 S.3024, S.3025.

[504] BGH NJW 2002 S.3024, S.3025.

Eine Durchgriffshaftung aufgrund existenzvernichtenden Eingriffs ist lediglich dann ausgeschlossen, wenn der der GmbH insgesamt zugefügte Nachteil schon nach §§ 30, 31 GmbHG vollständig ausgeglichen werden kann[505] und diese Rückführung ausreicht, die Fähigkeit zur Befriedigung der Gläubiger wiederherzustellen.[506]
Damit zeigt sich eindeutig, dass notwendige Voraussetzung der Existenzgefährdung die Gefährdung der Gläubigerinteressen ist.

c) Existenzgefährdung und Rechtsmissbrauch

Meines Erachtens bedarf das Kriterium der Existenzgefährdung aber einer anderen Einschränkung. Wie oben schon angedeutet, birgt die Verwendung des Merkmals Existenzgefährdung die Gefahr in sich, dass der Gesellschafter strafrechtlich für Missmanagement und wirtschaftliche Fehlentscheidungen verantwortlich gemacht wird. Denn auch Maßnahmen, die wirtschaftlich mit einen unvertretbaren Risiko verbunden sind, können ohne weiteres innerhalb kürzester Zeit zur Insolvenz der Gesellschaft führen, ohne dass dieses von den Gesellschaftern und dem Geschäftsführer beabsichtigt war. Es ist also nicht unbedingt Voraussetzung einer Existenzgefährdung, dass die Gesellschafter einvernehmlich mit dem Geschäftsführer zusammenarbeiten, um das Gesellschaftsvermögen in ihr Privatvermögen zu überführen. Konkret geht es also um die Abgrenzung der folgenden Möglichkeiten:

1. Die A- GmbH ist eine 100 % Tochter der C- AG. Aus konzernbezogenen Gründen beschließt der Vorstand der Muttergesellschaft nun, das Geschäftsfeld der Tochter (z.B. Produktion von Schuhen für den asiatischen Markt) einer anderen Gesellschaft zuzuweisen, wohingegen die A- GmbH sich ab sofort ausschließlich mit der Produktion für den amerikanischen Markt konzentrieren soll. Hier kommt es aber unerwartet zu einem rapiden Umsatzrückgang, der zur Insolvenz der A- GmbH führt.
2. Die Ausgangssituation entspricht der unter 1.. Hier erteilt der Vorstand der C-AG dem Geschäftsführer aber die Weisung, die gesamte Produktionsanlage der A-GmbH zu demontieren und bei der Y- GmbH, einer Tochtergesellschaft in Polen, anzuliefern. Aufgrund der Durchführung dieser Weisung wird die A-GmbH insolvent.

In beiden Beispielen hat eine Weisung des Gesellschafters zu einer Existenzgefährdung geführt. Dennoch ist offensichtlich, dass im ersten Fall eine Bestrafung des Geschäftsführers der abhängigen Gesellschaft wegen der Befolgung der Weisung unangemessen ist, da sich lediglich ein wirtschaftliches Risiko verwirklicht hat.
Es wird also deutlich, dass nicht jede existenzgefährdende Maßnahme zu einer Untreuestrafbarkeit des Geschäftsführers führen darf, indem man die entsprechende Weisung des Gesellschafters für unbeachtlich erklärt.
Meines Erachtens ist es daher erforderlich, den Blick zunächst von dem Merkmal der Existenzgefährdung abzuwenden und nach dem Ursprung der Einschränkung der Dispositionsbefugnis der

[505] BGH NJW 2002 S.3024, S.3025.
[506] BGH NJW 2002 S.1803, S.1804; NJW 2001 S.3622, S.3623.

Gesellschafter zu fragen. Wertvolle Dienste leistet hierbei die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 24.08.1988, wo festgestellt wird, dass eine mit Zustimmung aller Gesellschafter durchgeführte, an sich zulässige Gewinnentnahme untreurelevant sei, die über die bloße Vermögensminderung hinaus schädliche Folgen habe und daher als rechtswidriger Nachteil für die Gesellschaft zu werten sei. Hierzu heißt es ausdrücklich: „Solche Folgen dürfen auch die Gesellschafter nicht einverständlich herbeiführen, sofern sie dadurch ihre Gesellschafterstellung missbrauchen. Das ist insbesondere der Fall, wenn durch die an sich mögliche Entnahme die Liquidität der Gesellschaft gefährdet wird.“[507]

Entscheidend ist also die Missbräuchlichkeit des Handelns, die unter anderem im Falle der Existenzgefährdung gegeben sein kann. Bei letzterer handelt es sich also um einen Regelfall des Rechtsmissbrauchs.

Dass diese Schlussfolgerung richtig ist, ergibt sich auch aus weiteren Entscheidungen des Bundesgerichtshofes:

„...Rechtswidrig kann die Vermögensverschiebung- auch ohne unmittelbare Beeinträchtigung des Stammkapitals- dann sein, wenn sie entweder für sich alleine genommen oder als Teil einer Gesamtstrategie geeignet ist, das Stammkapital (§ 30 GmbHG) und damit die gesetzlich gewährleisteten Eigeninteressen der GmbH konkret zu gefährden. Ob eine solche stammkapitalgefährdende Maßnahme der Gesellschafter als *rechtsmissbräuchlich und damit strafrechtlich erheblich*[508] einzustufen ist, ergibt sich allerdings erst aus den Gesamtumständen des Einzelfalles.....“[509]

„... Weil Träger des rechtlich geschützten Interesses die GmbH selbst ist, darf auch die Gesamtheit der Gesellschafter nicht unter Missbrauch ihrer Stellung als Organ der GmbH bestimmen, was dem Wesen der GmbH nach ihrer gesetzlichen Ausgestaltung zuwiderlaufen würde, wobei freilich die das Gesellschaftsvermögen betreffenden gesetzlichen und kaufmännischen Grundsätze überwiegend auf Wahrung des Interesses der Gesellschaftsgläubiger gerichtet sind....[510]

Relevant ist demnach nur die rechtsmissbräuchliche Existenzgefährdung. Im BGB spricht man im Falle des Rechtsmissbrauchs auch von „unzulässiger Rechtsausübung“. Damit handelt es sich um eine Konkretisierung des Begriffs von Treu und Glauben (§ 242 BGBG), der einen allen Rechten, Rechtslagen und Rechtsnormen immanente Inhaltsbegrenzung darstellt.[511]

Voraussetzung ist zunächst das Bestehen einer Sonderverbindung. Dieser Begriff ist im Zusammenhang mit § 242 im weitesten Sinne zu verstehen, womit jeder qualifizierte soziale Kontakt ausreichend ist.[512]

Unproblematisch ist dies im Hinblick auf die Beziehung zwischen Gesellschafter und GmbH. Aufgrund der Rechte des Gesellschafters, insbesondere der weitgehenden Dispositionsbefugnis über das Gesellschaftsvermögen, kann das Bestehen einer solchen Sonderverbindung nicht zweifelhaft sein.

Fraglich ist aber, ob sie auch zwischen den Gesellschaftern und den Gläubigern der Gesellschaft besteht. Auf den ersten Blick erscheint dies als ausgeschlossen, da zwischen ihnen die juristische

---

[507] BGH NJW 1989 S.112, S.113.
[508] Hervorhebung durch den Verfasser.
[509] BGH NJW 1997 S.66, S.69.
[510] BGHSt 34 S.379, S.386.
[511] Palandt/ Heinrichs § 242 BGB RN 38.
[512] Palandt/ Heinrichs § 242 BGB RN 6.

Person steht. Anderseits ist es aber unumstritten, dass die GmbH für den Gesellschafter nur ein Mittel zum Zweck ist, um im Geschäftsverkehr das Risiko seiner wirtschaftlichen Tätigkeit zu minimieren. Seiner wirtschaftlichen Dispositionsbefugnis sind aber aufgrund der Ausgestaltung der GmbH als juristischer Person dabei Grenzen gesetzt, die sich insbesondere aus dem Verbot der Stammkapitalausschüttung (§ 30 GmbHG) ergeben. Damit dient die GmbH als Haftungsträger, die das wirtschaftliche Risiko übernimmt.[513]

Diese Funktion schafft aber auch für den Rechtsverkehr und damit insbesondere die Gesellschaftsgläubiger einen Vertrauenstatbetsand. Zwar wissen sie, dass die Haftung der Gesellschaft begrenzt und ein Rückgriff auf die Gesellschafter grundsätzlich ausgeschlossen ist, sie lassen sich aber dennoch auf Geschäfte mit dieser juristischen Person ein, weil sie auf das Mindesthaftungskapital vertrauen. Dieses soll ihnen im Falle der Krise zur Verfügung stehen.

Folglich besteht zwischen dem Gesellschafter und den Gesellschaftsgläubigern eine Sonderverbindung insofern, als sie durch die Gründung der juristischen Person einen Vertrauenstatbestand geschaffen haben.

Wie oben schon erläutert, kann dieses System aber nur funktionieren, wenn sich der Gesellschafter regelkonform verhält, indem er dem gesetzlichen Leitbild des Gesellschafters entspricht.[514]

Ausgangspunkt des Gesetzgebers war die Überlegung, dass jede wirtschaftliche Tätigkeit das Risiko des Scheiterns in sich trägt. Dieses Risiko schreckt viele Personen ab, die zwar eine Idee, nicht aber das notwendige Kapital zur Anschubfinanzierung haben. Gerade solche Ideen bewirken aber oftmals entscheidende Innovationsschübe für den Markt, sind also für eine funktionierende Binnenwirtschaft eines Staates unverzichtbar.

Stellt man aber ein Rechtsinstitut zur Verfügung, durch dessen Verwendung dieses unternehmerische Risiko vermindert und verteilt wird, steigt die Bereitschaft, sich wirtschaftlich zu betätigen und seine Ideen zu verwirklichen.[515]

So ist es bei der GmbH.

Einen Teil des Risikos trägt der Gesellschafter, indem er der GmbH das Stammkapital effektiv zur Verfügung stellen muss. Dieses steht dann den Gesellschaftsgläubigern zur Verfügung, die den restlichen Teil des Risikos tragen. Denn oftmals wird das Stammkapital im Falle der Krise nicht ausreichen, um die Gläubiger vollständig zu bedienen. Diese Risikotragung ist aber auch berechtigt, da sie von vorneherein wissen, dass die Haftung auf ein bestimmtes Kapital begrenzt ist und ein Rückgriff auf die Gesellschafter nicht stattfindet.

Dieses Gleichgewicht ist aber nur aufrechtzuerhalten, wenn erstens die Gesellschafter mit der GmbH tatsächlich den Zweck verfolgen, Gewinn zu erzielen, oder zweitens, wenn diese Zielsetzung aufgegeben wird, die Geschäftstätigkeit in dem Maße und so lange aufrechterhalten wird, bis sämtliche Gläubigerforderungen befriedigt sind und eine ordnungsgemäße Liquidation durchgeführt wird. Dieses ist der regelmäßige und vom Gesetzgeber vorausgesetzte Gesellschaftszweck.[516] Denn nur unter dieser Voraussetzung besteht für den Gesellschaftsgläubiger die Chance, dass tatsächlich

---

[513] Röhricht, in: FS 50 Jahre BGH S.104.
[514] BGH NJW 2004 S.2248, S.2253.
[515] Ehricke ACP 1999 S.258, S.302/ 303.
[516] Burgard ZIP 2002 S.827, S.834.

Gewinne entstehen oder zumindest das Kapital in der Gesellschaft verbleibt, das zur Befriedigung seiner Forderungen eingesetzt werden kann.
Auf ein solches Verhalten der Gesellschafter dürfen die Gläubiger vertrauen.[517] Dieses Vertrauen ist auch schutzwürdig, da sie im Hinblick auf den geschilderten Vertrauenstatbestand die geschilderten Dispositionen getroffen haben.
Dann handelt es sich aber um widersprüchliches Verhalten der Gesellschafter, wenn sie entweder einvernehmlich die Gewinnerzielungsabsicht aufgeben, indem sie die Gesellschaft durch Entzug der notwendigen Produktionsgrundlagen ihrer Existenzfähigkeit berauben, oder die GmbH insbesondere innerhalb eines Konzernverbundes nur gründen, um ihr das gesamte Risiko und einer anderen Konzerngesellschaft alle Gewinnchancen zuzuweisen und somit eine ordnungsgemäße Liquidation unmöglich machen.[518]
Diese Beispiele machen aber auch deutlich, dass eine besondere Motivationslage der Gesellschafter erforderlich ist, um von einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten sprechen zu können. Zwar ist ein Verschulden nicht zwingend Voraussetzung, es kann aber bei der gebotenen Interessenabwägung von entscheidender Bedeutung sein.[519]
Klar ist damit, dass ein rechtsmissbräuchliches Verhalten dann zu bejahen ist, wenn der Gesellschafter die GmbH vorsätzlich in ihrer Existenz gefährdet und sie in die masselose Insolvenz treibt, weil er den Gläubigern nur noch den leeren Mantel der Gesellschaft hinterlassen will, um für sich selbst so viel Vermögen wie möglich zu bewahren. Ein solches Verhalten erfüllt in der Regel die Voraussetzungen des § 826 BGB.
Dieser Meinung ist auch Röhricht, wenn er formuliert:
„Die auch für den Alleingesellschafter oder die im Konsens handelnde Gesellschaftergesamtheit bestehende Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf das Eigeninteresse der Gesellschaft beschränkt sich ... auf die Pflicht, die Gesellschaft nicht durch Aneignung der für ihren Fortbestand als funktionsfähiger Träger der sich den Gesellschafter treffenden Verbindlichkeiten benötigten Mittel und ohne Durchführung eines ordnungsgemäßen Liquidationsverfahrens unter Verstoß gegen die Grundsätze seriöser kaufmännischer Unternehmensführung in den Zustand der Insolvenz zu treiben, in dem sie definitionsgemäß ihren Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen kann.“[520]
Meines Erachtens bietet es sich in diesem Zusammenhang an, an die im Rahmen der Beurteilung von sogenannten Risikogeschäften vertretenen Grundsätze anzuknüpfen. Rechtsmissbräuchlich ist damit die Zustimmung zu Geschäften, die sich als offenkundig unvertretbar erweisen, weil insbesondere die Erfolgsprognose von bloßen Zufällen abhängig ist, und die bei zu erwartendem, normalem Geschäftsgang zur Insolvenz der GmbH führen werden.[521] Die Gesellschafter müssten also durch ihre Zustimmung die zu beachtende Sorgfalt in einem besonders hohen Maße außer acht

---

[517] BGH NJW 2004 S.2248, S.2253.
[518] Eine solche Gesellschaft bezeichnet man auch als „Aschenputtelgesellschaft“. Durch Satzungs- und Vertragsgestaltungen, die auf eine ungleiche Verteilung von Chancen und Risiken, von Kosten und Gewinn auf verschiedene von demselben Gesellschafter beherrschte Gesellschaften angelegt sind, wird ihr nach vernünftigem kaufmännischen Ermessen von vorneherein die Fähigkeit vorenthalten, die normalen Risiken des Geschäftsbetriebes zu bestehen (Röhricht, in: FS 50 Jahre BGH S.107).
[519] Palandt/ Heinrichs § 242 BGB RN 39.
[520] Röhricht, in: FS 50 Jahre BGH.
[521] Tröndle/ Fischer § 266 RN 45.

lassen und das Insolvenzrisiko bewusst in Kauf nehmen, wobei zur Beurteilung aus objektiver ex-ante – Sicht auf den Zeitpunkt der Zustimmung abzustellen ist.
Diese Abgrenzung führt zu einer angemessenen Risikoverteilung.
Einerseits müssen sich die Gesellschaftsgläubiger im Klaren darüber sein, dass der Gesellschafter im Rahmen der GmbH eine entscheidende Stellung hat. Dies ergibt sich zwanglos aus dem GmbHG.
Folglich kann er sich vor Abschluss von Verträgen mit der GmbH auch darüber informieren, wie risikobereit die Gesellschafter sind. Der Gläubiger muss auch immer damit rechnen, dass Risiken eingegangen werden, da dies ein geschäftstypisches Verhalten ist und ohne sie ein Gewinn in der Regel nicht zu erwirtschaften sind. Konsequent ist nur, dass sich in manchen Fällen diese Risiken verwirklichen und zur Insolvenz der GmbH führen.
Andererseits können die Gläubiger aber ebenfalls eine Geschäftspolitik erwarten, die nicht von vorneherein darauf abzielt, die Gesellschaft auszuhöhlen, ihr die wirtschaftliche Grundlage zu entziehen und sie in die masselose Insolvenz zu treiben. Ebenfalls können sie darauf vertrauen, dass eine Geschäftsstrategie verfolgt wird, die eine gewisse Erfolgschance in sich birgt und wo nicht von vorneherein feststeht, dass der Abschluss eines Geschäfts oder die Verfolgung einer Firmenstrategie mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit in die Insolvenz führen wird. Ein solches Verhalten könnte man als wirtschaftliches „Kamikaze“ bezeichnen. Es geht also um die Wahrung eines Mindestmaßes an Seriosität im Geschäftsverkehr, womit aber nicht die Schlussfolgerung verbunden sein darf, die Gesellschaftsgläubiger hätten Anspruch auf eine Geschäftspolitik, die mit einer reellen Gewinnchance verbunden ist. Ein solches Verständnis ist allein schon aus dem Grund zu weitgehend, dass die Gesellschafter nach § 60 I Nr.2 GmbHG die Befugnis haben, die Gesellschaft durch Beschluss aufzulösen.
Die Zustimmung der Gesellschafter zu einem existenzgefährdenden Verhalten ist mithin nur dann unbeachtlich, wenn entweder
- die Gesellschafter zu dem Zweck handeln, sich selbst so viel Gesellschaftsvermögen wie möglich zuzuführen und die Gläubiger leer ausgehen zu lassen,
oder
- sie die Existenzgefährdung, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eintreten wird, bewusst in Kauf nehmen zwecks Erzielung eines zwar unwahrscheinlichen, aber bei tatsächlichem Eintritt überdurchschnittlichen Gewinns.

d) Erfordernis einer tatsächlichen Existenzvernichtung ?

Eine tatsächliche Existenzvernichtung ist hingegen nicht erforderlich.
Dies ist die Konsequenz der Annahme, dass die Gesellschafter zur Respektierung des Eigeninteresses der Gesellschaft, verstanden als Wahrung der Existenzfähigkeit und des zur Abdeckung des Stammkapitals erforderlichen Kapitals, verpflichtet sind.
Dieses Eigeninteresse haben sie jedoch schon dann verletzt, wenn sie einer existenzgefährdenden Maßnahme zugestimmt haben und die Vernichtung der Gesellschaft nur durch Zufall ausgeblieben ist. So war es auch im Fall Bremer Vulkan, wo die Insolvenz der M-GmbH nur deshalb ausgeblie-

ben war, weil sie auf Betreiben der Treuhandgesellschaft aus dem Konzernverbund ausgegliedert und von ihr finanziell unterstützt worden ist.[522]

Damit zeigt sich deutlich der Unterschied zu den Bankrottdelikten. Diese setzen gemäß § 283 VI – es handelt sich dabei um eine objektive Bedingung der Strafbarkeit[523]- voraus, dass die Gesellschaft ihre Zahlungen eingestellt, über ihr Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet oder der Eröffnungsantrag mangels Masse abgelehnt worden ist. Diese Voraussetzung ist aber auch nur konsequent, da es sich bei den §§ 283ff- wie oben schon erläutert- um Gläubigerschutztatbestände handelt. Gäbe es diese Einschränkung nicht, wäre es schon ausreichend, wenn das Vermögen der Gläubiger lediglich gefährdet würde.

Eine solche Vorverlagerung der Strafbarkeit ist meines Erachtens jedoch nur bei juristischen Personen angebracht, da hier wieder ihre Funktion als Haftungsträger in den Blickpunkt gerät.

Grundsätzlich erfüllen Handlungen, die für die GmbH existenzgefährdend sind, entweder die Voraussetzungen des § 283 I Nr.1 in der Form des Beiseiteschaffens von Vermögen oder die Voraussetzungen des § 283 I Nr.2. Dann wird es in der Regel um den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widersprechende Verlust-, Spekulations- oder Differenzgeschäfte gehen.

Geht der Einzelkaufmann in der Krise so vor, macht er sich nach § 283 strafbar. Damit ist ihm gemäß § 290 I Nr.1 InsO die Möglichkeit einer Restschuldbefreiung von den Verbindlichkeiten, die im Insolvenzverfahren nicht befriedigt werden konnten, verwehrt, wenn einer seiner Gläubiger einen entsprechenden Antrag stellt. Folglich muss er bis an sein Lebensende für die von ihm im Rahmen seiner gescheiterten Geschäftstätigkeit begründeten Verbindlichkeiten einstehen. Mithin bleibt den Gläubigern zumindest eine gewisse Chance, irgendwann ihre Forderungen befriedigen zu können.

Der Ablauf bei der GmbH ist jedoch anders.

Ist die existenzgefährdende Maßnahme erst einmal erfolgt, wird die Gesellschaft in der Regel innerhalb kürzester Zeit in die Insolvenz fallen. Wird dann das Insolvenzverfahren eröffnet, handelt es sich dabei um einen Auflösungsgrund (§ 60 I Nr.1 GmbHG).

Ist in einem solchen Fall kein Vermögen der Gesellschaft mehr vorhanden, ist sie gemäß § 141a I S.2 FGG von Amts wegen aus dem Handelsregister zu löschen. Damit endet die Existenz der GmbH und die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger gehen unter. Davon unberührt bleiben zwar die Ersatzansprüche gegenüber den Gesellschaftsorganen. Diese decken regelmäßig aber nicht die Forderungen der Gläubiger in ihrem ganzen Umfang ab. So beschränkt sich der Anspruch aus § 823 II BGB i.V. mit § 64 GmbHG gegen den Geschäftsführern bei Altgläubigern auf den Anteil an der Ausgangsforderung, der zusätzlich befriedigt worden wäre, wenn der Konkursantrag rechtzeitig gestellt worden wäre.[524] Ebenso beschränkt sich der Anspruch aus § 823 II BGB i.V. mit § 266 (oder § 283, folgt man der wirtschaftlichen Betrachtungsweise) auf die Summe, die der Gesellschaft rechtswidrig entzogen worden ist. Folglich geht den Gläubigern auf jeden Fall ein großer Teil ihrer Forderungen verloren.

Hieran ändert sich auch nichts, wenn im Insolvenzverfahren noch Geld zu verteilen ist und zusätzlich noch die geschilderten Schadensersatzansprüche bestehen. Nach Abschluss des Liquidations-

---

[522] BGH NJW 2001 S.3622, S.3623.
[523] Tröndle/ Fischer § 283 RN 39.
[524] Grunewald 2. E. RN 67.

verfahrens erfolgt auf jeden Fall die Löschung der Gesellschaft und werden die Gläubiger mit einem Teil ihrer Forderungen ausfallen.
Ist also die Gefahr eines finanziellen (Teil)Verlustes bei vertraglichen Beziehungen zu einer GmbH größer als bei solchen mit Einzelkaufleuten, ist es erforderlich, den Erhalt der GmbH als Haftungsträger rechtlich zu unterstützen. Dieses gelingt durch eine Vorverlagerung der Strafbarkeit nach § 266, da der Geschäftsführer weiß, das ihm trotz der Zustimmung der Gesellschafter im Falle der Durchführung existenzgefährdender Maßnahmen eine Sanktionierung nach § 266 und die Auferlegung dementsprechender Schadensersatzansprüche drohen. Eine solche Gefahr wirkt abschreckend.
Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass damit ein über den durch das Gesetz in § 30 GmbHG festgelegten hinausgehender Kapitalschutz manifestiert werde.
Hier ist – unabhängig davon, dass seine Bilanzierungsmethode als systemwidrig verworfen wurde- auf die Ausführungen Ulmers zu verweisen, denn zumindest seine Feststellung, dass im Falle existenzgefährdender Maßnahmen effektiv, also bei Zugrundelegung von Zerschlagungswerten, das vorhandene Kapital die Stammkapitalziffer in der Regel nicht mehr abdecke, ist zutreffend. Folglich wird durch die Vorverlagerung der Strafbarkeit lediglich erreicht, dass den Gesellschaftsgläubigern das Stammkapital entsprechend seiner Funktion tatsächlich als Haftungsmasse zur Verfügung steht. Entweder wird der Geschäftsführer durch die Strafandrohung von der existenzgefährdenden Maßnahme abgehalten, die GmbH kann ihre Geschäftstätigkeit fortsetzen und damit auch ihre Verbindlichkeiten begleichen, oder der Geschäftsführer handelt weisungsgemäß und haftet nach § 823 II BGB i.V. mit § 266 und dieser Anspruch steht den Gläubigern zur Verfügung.
Im Übrigen ergibt sich der Unterschied zwischen der zivilrechtlichen Rechtsprechung- hier ist von der Existenzvernichtung die Rede- und der strafrechtlichen Judikatur, die eine Existenzgefährdung für ausreichend hält, aus den unterschiedlichen dogmatischen Ansatzpunkten.
Im Rahmen der Vermögensdelikte §§ 263, 266 stellt eine Gefährdung des Vermögensbestandes unter bestimmten Umständen schon einen Schaden dar.[525] Die Anerkennung dieser Möglichkeit beruht darauf, dass nach wirtschaftlicher Betrachtung zwischen Gefährdung und Schaden nur ein quantitativer Unterschied besteht.[526]
Voraussetzung ist, dass eine konkrete Vermögensgefährdung eingetreten ist. Diese ist gegeben, wenn die durch die pflichtwidrige Handlung verursachte Gefahr des Verlustes eines Vermögensbestandteils so groß ist, dass schon zum Zeitpunkt der Handlung eine Minderung des Gesamtvermögens eingetreten ist.[527]
Dieses ist zum Beispiel bejaht worden für den Fall, dass aufgrund der Umstände des Einzelfalles mit einer ungerechtfertigten Doppelinanspruchnahme zu rechnen und aufgrund der unzureichenden Buchhaltung eine wesentliche Erschwerung der Rechtsverteidigung zu besorgen ist[528] oder dass die Gefahr der Aberkennung des steuerlichen Status der Gemeinnützigkeit besteht.[529]

---

[525] BGH wistra 1999 S.268, S.270; wistra 2001 S.341, S.344; Tröndle/ Fischer § 266 RN 94; Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 45; NK/ Kindhäuser § 266 RN 163.
[526] Tröndle/ Fischer § 263 RN 94.
[527] BGH wistra 1999 S.350, S.354; Tröndle/ Fischer § 263 RN 94.
[528] BGH wistra 2001 S.341, S.344.
[529] BGH wistra 1999 S.350, S.354.

Demgegenüber spielt der Gefährdungsgedanke in diesem Zusammenhang im Zivilrecht keine Rolle. Hat sich die Gefahr letztlich doch nicht verwirklicht, besteht zivilrechtlich kein ausgleichfähiger Schaden.[530] Folglich kann zivilrechtlich nur die Existenzvernichtung maßgeblich sein.[531]

IV. Mehrgliedrige Gesellschaft

1. Ausgangssituation

Die vorstehenden Erwägungen und Ergebnisse beruhen auf der Prämisse, dass es sich entweder um eine Einmann- GmbH mit oder ohne Gesellschafter- Geschäftsführer handelt oder alle Gesellschafter einverständlich ihre Zustimmung oder Weisung erteilt haben.
Sowohl bei der faktisch konzernierten als auch bei der selbständigen GmbH ist es aber nicht unüblich und entspricht es vielmehr dem gesetzlichen Leitbild[532], dass neben dem Mehrheitsgesellschafter ein Minderheitsgesellschafter vorhanden ist oder sogar kein Gesellschafter die Mehrheit der Anteile in seiner Person vereint.
Damit besteht die Gefahr, dass eine Mehrheit ihre eventuell gesellschaftsfremden Ziele durchsetzt und die Minderheit überstimmt, die an einer Gewinnerzielung durch die GmbH noch interessiert ist. Grundsätzlich treffen die Gesellschafter ihre Beschlüsse gemäß § 47 I GmbHG in der Gesellschafterversammlung, die das oberste Organ der GmbH ist. Ausreichend zur Beschlussfassung ist dabei gemäß § 46 I GmbHG die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen, d.h. erteilt die Gesellschaftergesamtheit in ihrer organisationsrechtlichen Verbundenheit als Gesellschafterversammlung ihr Einverständnis, ist dieses wirksam und kann grundsätzlich den Geschäftsführer entlasten, auch wenn in der Abstimmung nur 50.01 % der Gesellschafter, die ihr Votum abgegeben haben, mit „Ja“ gestimmt haben.[533] Ist die Weisung aber wirksam, ist der Geschäftsführer verpflichtet, ihr Folge zu leisten.
Ein solches den formellen Vorgaben entsprechendes Vorgehen ist jedoch in den Fällen, in denen der Gesellschaft Kapital auf gesetzeswidrige Weise ohne Rücksicht auf die Stammkapitalziffer und ihre Existenzfähigkeit entzogen werden soll, denknotwendig die Ausnahme. Vielmehr werden sich die Gesellschafter außerhalb der Gesellschafterversammlung über ein bestimmtes Verhalten einigen, wobei solche Beschlüsse aber nur dann wirksam sind und den Geschäftsführer von zivilrechtlichen Ersatzansprüchen entlasten können, wenn sie einstimmig getroffen werden.[534]

2. Die gesteigerte Treuepflicht als Grundlage möglicher weitergehender Dispositionsgrenzen

Folglich stellt sich die Frage, ob zum Zwecke des Minderheitenschutzes die Dispositionsbefugnis der Gesellschaftermehrheit einzuschränken und daher ein von ihr erteiltes Einverständnis in weite-

---

[530] BGH NJW 2004 S.2248, S.2253.
[531] Fleischer NJW 2004 S.2867, S.2870.
[532] Burgard ZIP 2002 S.827, S.828.
[533] Hachenburg/ Kohlmann Vor § 82 GmbHG RN 204.
[534] BGH NJW 1999 S.2817, S.2818; Scholz/ Tiedemann Vor §§ 82ff GmbHG RN 15; Hachenburg/ Kohlmann Vor § 82 GmbHG RN 204.

rem Umfang – über die Beschränkungen des § 30 GmbHG und die der rechtsmissbräuchlichen Existenzgefährdung hinaus- strafrechtlich unbeachtlich ist.
Hierfür könnte die gesteigerte Treuepflicht der Gesellschafter in einer mehrgliedrigen GmbH sprechen. Diese ist insoweit gesteigert, als es nun nicht mehr allein darum geht, die GmbH vor ihrem Alleingesellschafter in Schutz zu nehmen, sondern zusätzlich weitere Personen vorhanden sind, die durch die GmbH wirtschaftliche Ziele verfolgen und deren Interessen vom Mehrheitsgesellschafter beachten muss. Es bestehen also zusätzliche zivilrechtliche Treupflichten des Mehrheitsgesellschafters gegenüber den anderen Gesellschaftern.[535]
So sind die Gesellschafter verpflichtet, bei Ausübung des Stimmrechts die Gesellschaftsinteressen zu wahren und keine für die GmbH nachteiligen und schädigenden Entscheidungen zur Erzielung gesellschaftsfremder Vorteile zu treffen[536], woraus folgt, dass die Gesellschaftermehrheit oder der Mehrheitsgesellschafter keine sachlich nicht legitimierten Konzerninteressen[537] und keine gesellschaftsfremden Sondervorteile für sich oder einen anderen zum Nachteil der Gesellschaft durchsetzen dürfen.[538] Insbesondere gebietet die Treupflicht dem Gesellschafter, Geschäftschancen der GmbH nicht zu ihrem Nachteil für sich selbst auszunutzen, wenn er von ihnen als Mitglied Kenntnis erlangt hat, sie an ihn in dieser Eigenschaft herangetragen worden sind oder sie für die Gesellschaft eine besondere Bedeutung haben.[539] Des Weiteren kann der Gesellschafter einem Wettbewerbsverbot unterliegen, wenn das Gesellschaftsverhältnis auf eine enge persönliche Bindung und/ oder Zusammenarbeit angelegt ist oder wenn der Gesellschafter einen bestimmenden Einfluss auf die Geschäftsführung ausübt oder ausüben kann und daher eine mögliche Schädigung des gemeinschaftlichen Unternehmens durch eine Konkurrenztätigkeit angesichts des besonderen Vertrauensverhältnisses oder der geschäftsführungsnahen Stellung grundsätzlich als illoyal erscheinen muss.[540]
Folglich ist die mehrgliedrige GmbH nicht auf die Funktion eines Haftungsträgers zugunsten der Gesellschaftsgläubiger beschränkt. Vielmehr bündelt sie die Investitionen und die an sie geknüpften Ertragserwartungen der Gesellschafter und fordert daher die Loyalität aller Gesellschafter zu den satzungsmäßigen oder auch nur in bindenden Konsortialabsprachen festgelegten Zielen der Gesellschaft.
Diese Treuepflicht verbietet im Grundsatz jede vermeidbare nicht kompensierte Schädigung des Vermögens und der Ertragsaussichten der lebenden Gesellschaft.[541]
Daraus könnte man zum Zwecke des Minderheitenschutzes folgern, dass solche Weisungen oder Zustimmungen unbeachtlich sind, die lediglich auf einem Mehrheitsbeschluss beruhen und gegen die oben genannten Treuepflichten verstoßen.

a) formell ordnungsgemäße Beschlussfassung

Sind sie auf formell ordnungsgemäßem Weg zustande gekommen, d.h. im Rahmen einer allen

---

[535] Emmerich/ Habersack Anhang I § 318 AktG RN 24; Scholz/ Emmerich § 13 GmbHG RN 37.
[536] BGHZ 14 S.25, S.38; Scholz/ Winter § 14 GmbHG RN 56; Flum S.232; Gribbohm ZGR 1990 S.1, S.22.
[537] BGHZ 65 S.15, S.20/ 21.
[538] BGHZ 65 S.15, S.20; 76 S.325, S.357; NJW 1992 S.368, S.369.
[539] BGH ZIP 1989 S.986, S.987; Scholz/ Winter § 14 RN 59; Lutter/ Hommelhoff § 14 GmbHG RN 11.
[540] Scholz/ Winter § 14 GmbHG RN 59.
[541] Röhricht, in: FS 50 Jahre BGH S.104; Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 30 III 1 a); Emmerich/ Habersack Anhang I § 318 AktG RN 23; Burgard ZIP 2002 S.827, S.833.

gesetzlichen Anforderungen genügenden Gesellschafterversammlung, kann diese Schlussfolgerung allein deshalb nicht zutreffend sein, weil solche Gesellschafterbeschlüsse – sofern sie nicht gegen § 30 GmbHG und das Verbot rechtsmissbräuchlicher Existenzgefährdung verstoßen- wirksam und nicht nichtig sind. Den benachteiligten Minderheitsgesellschaftern bleibt lediglich eine Anfechtungsmöglichkeit, der Geschäftsführer ist aber grundsätzlich befugt, die Beschlüsse auszuführen, oder sogar dazu verpflichtet, wenn die Anfechtungsfrist abgelaufen ist.
Da aber das Strafrecht eine Handlung dann nicht sanktionieren darf, wenn das Gesellschaftsrecht sie zulässt, kommt eine Untreustrafbarkeit des Geschäftsführers bei Befolgung eines formell ordnungsgemäßen Gesellschafterbeschlusses, der die satzungsmäßigen Rechte aller Mitglieder wahrt, nicht in Betracht.[542]

b) „informelle“ Weisungen

Anders stellt sich hingegen die Situation dar, wenn es zu einer informellen Einwirkung des Mehrheitsgesellschafters auf den Geschäftsführer gekommen ist, d.h. letzterer hat ihm eine bestimmte Weisung gegeben, ohne dass eine Gesellschafterversammlung einen dementsprechenden Beschluss gefasst hat.
Damit handelt es sich um eine von unzuständiger Stelle erfolgte und damit nichtige Weisung, die der Geschäftsführer nicht befolgen darf. Faktisch ist es aber so, dass der Geschäftsführer sich oftmals auch zum Beispiel aus Angst um seinen Arbeitsplatz der Weisung nicht verweigern wird.
Ransiek stellt in diesem Zusammenhang darauf ab, dass die Weisung des Mehrheitsgesellschafters zumindest rechtmäßig hätte herbeigeführt werden können, indem eine Gesellschafterversammlung einberufen worden wäre und der Mehrheitsgesellschafter hier seine Interessen hätte durchsetzen können. Sei aber die entsprechende Disposition über das Vermögen in ordnungsgemäßer Form möglich gewesen, sei auch ein Vermögensnachteil bzw. eine Treuepflichtverletzung zu verneinen. Dabei verweist er auf den strafrechtlichen Grundsatz, dass eine objektive Zurechnung des Erfolges nicht erfolgen kann, wenn er bei rechtmäßigem Alternativverhalten[543] des Täters ebenfalls eingetreten wäre.[544]
Dieser Ansicht ist im Grundsatz zuzustimmen. Solche „informellen Weisungen“ und ihre Befolgung durch den Geschäftsführer führen nicht zu einer Untreuestrafbarkeit des vertretungsberechtigten Organs.
Zwar sprechen vordergründig die folgenden Argumente für die gegenteilige Annahme.
Zum Einen handelt es sich- wie schon festgestellt- um eine Weisung von unzuständiger Stelle. Sie ist damit nichtig und rechtlich nicht existent.
Zum Anderen ist zu beachten, dass es vorliegend um die Frage geht, ob eine „informelle Weisung“ eine Entlastungswirkung für den Geschäftsführer hat. Der Grundsatz des rechtmäßigen Alternativverhaltens wurzelt aber im Bereich der Zurechnungsproblematik.[545] Eine Zurechnung des Erfolges unterbleibt, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststeht, dass der Erfolg auch

[542] Nelles S.547.
[543] Tröndle/ Fischer Vor § 13 RN 17c.
[544] Ransiek, in: FS für Kohlmann S.216/ 217.
[545] Tröndle/ Fischer Vor § 13 RN 17c.

bei pflichtgemäßen, rechtlich erlaubtem Verhalten eingetreten wäre. Ist eine Weisung nichtig bzw. rechtlich nicht existent, darf der Geschäftsführer sie nicht ausführen und wäre der Erfolg bei pflichtgemäßen Verhalten- Nichtbefolgung der Weisung- nicht eingetreten. Ob der Mehrheitsgesellschafter diese Weisung auch auf rechtmäßigem Wege hätte herbeiführen können ist in diesem Zusammenhang unerheblich.
Des Weiteren könnte man argumentieren, dass der Frage des rechtmäßigen Alternativverhaltens im Bereich der GmbH- Untreue keine wesentliche Bedeutung zukomme und dabei auf das Beispiel der verdeckten Gewinnausschüttung verweisen.
Nach der Rechtsprechung des BGH sind diese nur unter bestimmten Voraussetzungen strafrechtlich unbeachtlich. Zwar wird in der Entscheidung vom 24.08.1988 festgestellt, dass es für die strafrechtliche Beurteilung nicht darauf ankomme, ob die Formen des § 46 I Nr.1 GmbHG gewahrt würden. „Wenn den Gesellschaftern Beträge aus einem tatsächlich vorhandenen Reingewinn oder im Vorgriff auf einen mit Sicherheit alsbald erzielten Reingewinn ausgekehrt werden, bedeutet dies für sich allein keinen rechtswidrigen Nachteil für die GmbH. Das gilt selbst dann, wenn die entnommenen Beträge zu Tarnungszwecken falsch gebucht werden.“[546]
Diese Feststellungen beruhen aber auf der Prämisse, dass entweder der Alleingesellschafter oder alle Gesellschafter einer mehrgliedrigen GmbH zugestimmt haben. Vorstehend wird nämlich erläutert, dass es nicht allgemein um Probleme der Untreue zum Nachteil der GmbH, sondern nur um den Sonderfall des geschäftsführenden Gesellschafters einer GmbH, der der Gesellschaft bereits erzielte Gewinne im Einverständnis mit allen Mitgesellschaftern entnehme, ohne die Vorschriften über die Erhaltung des Stammkapitals zu verletzen, gehe.[547]
Diese Voraussetzungen sind aber nicht erfüllt, wenn der Mehrheitsgesellschafter unter Umgehung der Minderheit Weisungen erteilt. Meines Erachtens ist diese Prämisse auch zutreffend, da im Gesellschaftsrecht Weisungen oder Zustimmungen der Gesellschafter ohne entsprechenden Beschluss der Gesellschafterversammlung nur dann als verbindlich angesehen werden, wenn sie einstimmig getroffen worden sind.
Regelmäßig wird es bei den in Bezug genommen „informellen Weisungen“ um die Gewährung von Sondervorteilen für den anweisenden Gesellschafter und damit um verdeckte Gewinnausschüttungen gehen. Beispiele hierfür sind:
- überhöhte Geschäftsführergehälter sowie die Zahlung von Gehältern an Gesellschafter oder diesen nahestehende Personen aufgrund fingierter Geschäftsführerverträge[548],
- Erbringung von Bauleistungen durch die Gesellschaft für die Gesellschafter zu einem unvertretbar günstigen Preis[549],
- die Zahlung eines überhöhten Kaufpreises durch die Gesellschaft an die Gesellschafter[550],
- Veräußerung oder Vermietung von Gesellschaftsvermögen an Gesellschafter oder diesen nahestehenden Personen zu weit unter dem Verkehrswert liegenden Preisen[551],
- die Gewährung zinsloser oder besonders günstiger Darlehen an die Gesellschafter[552],

[546] BGH NJW 1989 S.112, S.113.
[547] BGH NJW 1989 S.112, S.112.
[548] BGHZ 111 S.224, S.227/ 228.
[549] BGH NJW 1987 S.1194, S.1194.
[550] BGHZ 31 S.258, S.275.
[551] BGHZ 31 S.258, S.275/ 276.

- die Eingehung von Verbindlichkeiten seitens der Gesellschaft allein im Interesse der Gesellschafter auf deren Druck hin[553],
- die grundlose langfristige Stundung von Kaufpreisschulden der Gesellschafter[554],
- grundlose Konzernumlagen zugunsten des Mehrheitsgesellschafters in Konzernbeziehungen[555].

Wie sich aus diesen Beispielen ergibt, werden verdeckte Gewinnausschüttungen regelmäßig durch Rechtsgeschäfte mit dem Gesellschafter, dem ein Vorteil auf Kosten der Gesellschaft zukommen soll, verwirklicht. Dann gilt aber § 47 IV S.2 GmbHG, der dem Gesellschafter, dem gegenüber ein Rechtsgeschäft vorgenommen werden soll, ein Stimmverbot erteilt.

Folglich ist es dem Mehrheitsgesellschafter im Regelfall unmöglich, für ihn einen Sondervorteil auf dem formell rechtmäßigen Wege der Gesellschafterversammlung durchzusetzen. Aufgrund des Stimmverbots kann er den Vorteil seiner Anteilsmehrheit nicht ausnutzen.

Dennoch spielt die Frage nach einem rechtmäßigen Alternativverhalten in anderen Bereichen eine entscheidende Rolle, da die „Aushöhlung“ der GmbH nicht unbedingt Rechtsgeschäfte mit dem Gesellschafter voraussetzt. Im Konzern kann dieses zum Beispiel allein durch das Wegschaffen von Produktionsanlagen von einer GmbH in eine andere konzernabhängige Gesellschaft erfolgen.

Ransiek ist insofern zuzustimmen, als allein die Missachtung der Formalien des GmbH- Rechts nicht ausreichend sein kann, um die strafrechtliche Sanktionierung des Geschäftsführers zu rechtfertigen. Gibt zum Beispiel der Mehrheitsgesellschafter sich selbst, weil er auch den Geschäftsführerposten bekleidet, oder dem von ihm personenverschiedenen Geschäftsführer die Weisung, ihm denjenigen Anteil am durch die Bilanz errechneten Jahresgewinn auszuzahlen, der der Anzahl seiner Gesellschaftsanteile entspricht, hätte er dieses Ergebnis ebenfalls durch einen entsprechenden Ergebnisverwendungsbeschluss der Gesellschafterversammlung herbeiführen können. Denn bei einem solchen Ergebnisverwendungsbeschluss handelt es sich erkennbar nicht um ein Rechtsgeschäft mit dem Gesellschafter, womit der Mehrheitsgesellschafter, da er nicht mehr dem Verbot des § 47 III GmbHG unterliegt, den Vorteil seiner Anteilsmehrheit ausspielen kann.

Gegen eine strafrechtliche Sanktionierung des Geschäftsführers spricht in einem solchen Fall, dass die Strafe die härteste Sanktion ist, die dem Staat im Verhältnis zu seinen Bürgern zur Verfügung steht.[556] Das Strafrecht ist damit ultima ratio[557] und die Anwendung daher nur gestattet, wenn es zum Schutz der Gesellschaft unvermeidlich ist. Entsprechend dem Verhältnismäßigkeitsprinzip verbietet sich folglich eine strafrechtliche Sanktion, wenn ein milderes Mittel den gleichen Erfolg hätte.[558]

Des Weiteren dient das Strafrecht dem Schutz von Rechtsgütern, also von Lebensgütern, Sozialwerten und rechtlich anerkannten Interessen des einzelnen oder der Allgemeinheit, die gerade wegen ihrer besonderen Bedeutung für die Gesellschaft Rechtsschutz genießen.[559]

Aufgrund des Umstandes, dass ein Nachteil vorausgesetzt wird, ist § 266 ein Erfolgsdelikt und dient dem Schutz des Vermögens, womit Handlungen untersagt sind, die ein fremdes Vermögen schädi-

---

[552] RG JW 1936 S.180, S.181.
[553] BGHZ 60 S.324, S.327.
[554] BGHZ 81 S.311, S.320/ 321.
[555] BGHZ 65 S.15, S.18/ 19.
[556] Birkholz S.86.
[557] BVerfGE 39 S.1, S.47.
[558] Maurach/ Zipf S.25.
[559] Wessels/ Beulke RN 6/ 7.

gen. Betrachtet man das obige Beispiel, hat der Mehrheitsgesellschafter dem Vermögen der GmbH, das für ihn fremd ist, einen solchen Schaden zugefügt. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass er den gleichen Schaden auf eine andere Art und Weise, d.h. durch Beschluss der Gesellschafterversammlung, hätte herbeiführen dürfen. Folglich ist nicht der Schaden und damit der Erfolg an sich rechtswidrig, sondern nur die Art und Weise seiner Herbeiführung, was die Bestrafung nach einem Erfolgsdelikt ausschließt. Die Rechtswidrigkeit der Weisung hat sich gerade nicht im Erfolg (Vermögensminderung) niedergeschlagen.
Im Übrigen handelt es sich demgemäss um einen bloßen Verstoß gegen Ordnungsvorschriften formeller Art, die keine Anwendung von Strafe als ultima ratio rechtfertigen. Gleich effektiv ist hier die Sanktion durch Schadensersatzansprüche.
Unter Berücksichtigung dieser Feststellungen bietet es sich daher an, informellen Weisungen, soweit dem nicht § 47 IV GmbHG entgegensteht, dann strafbarkeitsausschließende Wirkung beizumessen, wenn sie, wären sie als formell ordnungsgemäßer Beschluss ergangen, nicht (materiell) nichtig wären. Die Pflichtwidrigkeit muss also deutlich zu Tage treten, wie Ransiek feststellt.[560]
Für die Frage, wann diese Voraussetzungen vorliegen, bietet die Entscheidung des 5 Strafsenates des BGH[561] einen Anhaltspunkt. Demnach entfällt, sobald kein Einverständnis des Minderheitsgesellschafters gegeben ist, die Befugnis der Muttergesellschaft (des Mehrheitsgesellschafters) zum Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen (der abhängigen Gesellschaft) ohne gesellschaftsrechtliche Legitimation. Eine solche ist aber nur gegeben, wenn der betreffende Zugriff auf Grund der Interessenlage der Tochtergesellschaft aus unternehmerischen Gründen vertretbar erscheint.[562] Dieses wiederum ist bei der materiellrechtlich als Darlehensgewährung anzusehenden Abführung von Mitteln an ein zentrales cash- Management- System nur der Fall, wenn eine angemessene Verzinsung und ausreichende Sicherheiten gewährleistet sind.[563]
Im Umkehrschluss liegt ein deutliches Hervortreten der Pflichtwidrigkeit vor, wenn solche unternehmerischen Gründe gerade nicht vorliegen.
Im übrigen wäre ein potentieller Beschluss offensichtlich pflichtwidrig, wenn seine Umsetzung zu einem Verstoß gegen § 30 I GmbHG oder das Existenzgefährdungsverbot führen würde.

V. Fazit

Erstens hat sich gezeigt, dass allein die GmbH als solche Inhaberin des Gesellschaftsvermögens ist. Für die Gesellschafter und damit auch den Mehrheits- oder Alleingesellschafter handelt es sich damit um fremdes Vermögen.
Daraus folgt zweitens, dass der Gesellschafter bei der Disposition über dieses Vermögen durch Weisungen an den Geschäftsführer oder Zustimmung zu seinen Maßnahmen Beschränkungen unterliegen kann. Diese sind für die Einmann- GmbH und die einverständlich handelnde Gesell-

[560] Ransiek, in: FS für Kohlmann S.217.
[561] BGH NJW 2004 S.2248ff.
[562] BGH NJW 2004 S.2248, S.2254.
[563] BGH NJW 2004 S.2248, S.2253/2254.

schaftergesamtheit dahingehend konkretisiert worden, dass eine Weisung oder Zustimmung dann unbeachtlich ist, wenn sie sich auf eine Handlung des Geschäftsführers bezieht, die
(1) zu einer Minderung des nach § 30 I GmbHG geschützten Kapitals, das im konkreten Fall zur Befriedigung der Gläubiger benötigt wird, führt
oder
(2) eine rechtsmissbräuchliche Existenzgefährdung zur Folge hat.
Haben die Gesellschafter auf diese Weise ihre Dispositionsbefugnis überschritten, wird der Geschäftsführer nicht durch das Einverständnis entlastet und kommt eine Untreuestrafbarkeit in Betracht.
In Bezug auf die mehrgliedrige GmbH ist festgestellt worden, dass diese Dispositionsgrenzen auch für den Mehrheitsgesellschafter gelten, der einen formell ordnungsgemäßen Gesellschafterbeschluss durch Überstimmung der Minderheitsgesellschafter herbeiführt.
Bei sogenannten „informellen" Weisungen ist hingegen danach zu differenzieren, ob
(1) der Mehrheitsgesellschafter diese auch über den formell ordnungsgemäßen Weg der Gesellschafterversammlung hätte herbeiführen können (rechtmäßiges Alternativverhalten)
oder
(2) dieses nicht möglich gewesen wäre, da der Beschluss
- **(a)** zu einem Verstoß gegen § 30 I GmbHG geführt,
- **(b)** einen Verstoß gegen das Existenzgefährdungsverbot zur Folge gehabt oder
- **(c)** offensichtlich pflichtwidrig gewesen wäre, da ihm unternehmerische Gründe der Tochtergesellschaft entgegengestanden hätten.

Damit zeigt sich, dass das Vermögen der (abhängigen) GmbH nicht nur zugunsten der Gesellschaftsgläubiger als unantastbare Haftungsmasse geschützt wird, sondern wirtschaftlich auch zugunsten der Minderheitsgesellschafter. Der Mehrheitsgesellschafter ist also auch gehalten, angemessene Rücksicht auf die Interessen der Minderheitsgesellschafter zu nehmen.[564]

E. Vermögensnachteil

Durch den Missbrauch bzw. den Treuebruch muss der Geschäftsführer dem Vermögen der GmbH einen Nachteil zugefügt haben.

I. Begriff

Unter einem Nachteil ist jede durch die Tathandlung verursachte Vermögenseinbuße zu verstehen, wobei die Vermögensminderung nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung- Vergleich des Vermögensstands vor und nach der treuwidrigen Handlung- festzustellen ist.[565] Folglich fehlt es an einem Nachteil, wenn sich wertmindernde und werterhöhende Faktoren gegenseitig aufheben, so dass der Anfangs- und Endbestand des Vermögens einander gleich sind.[566]

---

[564] Ransiek wistra 2005 S.121, S.123.
[565] Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 40.
[566] LK/ Schüneman § 266 RN 137.

Die Möglichkeiten des Geschäftsführers, der GmbH einen Nachteil zuzufügen, sind vielfältig. Zur Verdeutlichung verwiesen werden kann dabei auf die folgenden Beispiele.
Ein Vermögensnachteil liegt vor, wenn
- Vermögensgegenstände der GmbH verschenkt, unter Preis verkauft oder verschleudert werden,
- die GmbH Waren zu einem unangemessen hohen Preis kauft oder Leistungen unangemessen hoch honoriert werden, also der Geschäftsführer einer ihm nahestehenden Person einen Beratervertrag mit der GmbH verschafft, dieser aber nur dazu dient, der Person ein Einkommen zu verschaffen, ohne dass sie eine Gegenleistung erbringt,
- der Geschäftsführer Finanzmittel der GmbH auf sein eigens Konto überweist usw.
Der Vermögensnachteil kann auch im Ausbleiben einer Vermögensmehrung liegen, wie es zum Beispiel der Fall ist, wenn eine Gewinn- oder Erwerbschance, die sich zu einer vermögenswerten rechtlichen oder tatsächlichen Anwartschaft verfestigt hat, nicht ausgenutzt oder vereitelt wird.[567]
Eine Untreuestrafbarkeit des Geschäftsführers wäre damit zu bejahen, wenn er ein Grundstück statt direkt vom Veräußerer von einem Zwischenhändler zu einem zwar marktüblichen, aber über dem günstigeren Erstgebot des Veräußerers liegenden Preis erwirbt.[568]
Erforderlich ist im Hinblick darauf aber, dass eine hinreichend gesicherte Aussicht des Treugebers auf den Vorteil bestand[569], mithin eine Sachlage, die mit Wahrscheinlichkeit einen Vermögenszuwachs erwarten ließ.[570]
Des Weiteren kann unter Umständen auch eine konkrete Vermögensgefährdung ausreichend sein.[571]
Bejaht wurde in diesem Zusammenhang ein für § 266 relevanter Nachteil, wenn
- Kredite ohne ausreichende Sicherung vergeben werden.[572] Dieses ist insbesondere auch im faktischen Konzern denkbar, wenn die abhängige Gesellschaft der in wirtschaftliche Probleme geratenen Muttergesellschaft Kredite zur Verfügung stellt.
- begründete Ansprüche durch Beiseiteschaffen von Belegen oder bewusst lückenhafte Buchführung verschleiert wurden[573],
- eine GmbH durch die Abgabe abstrakter Schuldversprechen mit einer Verbindlichkeit belastet wird.[574]
Ist im Rahmen der Feststellung eines Nachteils das Prinzip der Gesamtsaldierung maßgeblich, liegt ein solcher nicht vor, wenn die pflichtwidrige Tathandlung selbst zugleich unmittelbar einen den Verlust aufwiegenden Vermögenszuwachs begründet.[575] Gewinn und Verlust müssen jeweils eine Seite der Medaille sein. Beispiele hierfür sind:
- Durch die weisungswidrige Begleichung einer Schuld wird der Treuegeber von einer Verbindlichkeit befreit[576],

---

[567] Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 46; Tröndle/ Fischer § 266 RN 60.
[568] vgl. BGH NStZ 2000 S.46, S.46/ 47.
[569] BGH wistra 1989 S.224, S.225; 1995 S.61, S.62.
[570] Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 46.
[571] Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 45; Tröndle/ Fischer § 266 RN 61; Biletzki NStZ 1999 S.537, S.541.
[572] BGH wistra 1985 S.190, S.191; 94 S.66, S.67.
[573] BGHSt 20 S.304, S.304/ 305.
[574] BGH NStZ 1999 S.557, S.557/ 558.
[575] Tröndle/ Fischer § 266 RN 73; Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 41.
[576] BGH NStZ 1995 S.185, S.185.

- Gegenleistung und Leistung des missbräuchlich abgeschlossenen Geschäft entsprechen sich wertmäßig[577],
- durch die Weggabe eines Vermögensgegenstandes wird eine äquivalente Erwerbsaussicht im Sinne einer Expektanz eröffnet.[578]

Demgemäss ist der GmbH ein Nachteil entstanden, wenn der Täter im Rahmen einer Vermögensverwaltung durch eine Handlung dem Vermögen Schaden zufügt, den Gewinn aber erst durch eine andere, selbständige Handlung einbringt.[579]

Schließlich kann daher auch ein nachträglicher Schadensausgleich den einmal eingetretenen Schaden nicht mehr beseitigen[580], vielmehr kommt nur eine Berücksichtigung der Wiedergutmachung als Strafmilderungsgrund in Betracht.[581]

II. Nachteilszufügung durch den Geschäftsführer der abhängigen Gesellschaft

1. Nachteil des herrschenden Unternehmens

Die Möglichkeiten des Geschäftsführers der abhängigen Gesellschaft, dem herrschenden Unternehmen Schaden zuzufügen, sind vielfältig. Hierzu zwei Beispiele:

- A ist Geschäftsführer der B- GmbH, die für ihr Mutterunternehmen C- AG Zulieferteile just- in-time fertigt. Da er mit den gezahlten Preisen nicht einverstanden ist und die Muttergesellschaft einer Erhöhung nicht zugestimmt hat, stoppt er ohne Vorwarnung die Auslieferung der Teile, woraufhin bei der C-AG die Produktion aufgrund fehlender Lagerbestände zusammenbricht. Dadurch entstehen der C- AG täglich Verluste in Höhe von ca. 100.000,- Euro.
- Die mit dem X- Konzern verbundene B- GmbH tätigt mit Konkurrenzunternehmen Wettbewerbsabreden und ermöglicht ihnen Zugang zu Firmengeheimnissen. Aufgrund dieser Vorfälle erleidet der X- Konzern erhebliche Umsatzeinbußen, die zu einem beträchtlichen Gesamtverlust im Rahmen des Konzernergebnisses führen.

Ob ein solcher Nachteil aber tatsächlich eingetreten ist oder nicht, ist im Regelfall uninteressant, da der Geschäftsführer der abhängigen GmbH im faktischen Konzern dem herrschenden Unternehmen gegenüber grundsätzlich nicht vermögensbetreuungspflichtig ist. Die Verwirklichung untreuerelevanten Unrechts kommt daher nur in Betracht, wenn ausnahmsweise eine solche besondere Pflichtenstellung gegeben ist.

2. Nachteil der abhängigen Gesellschaft

a) Weisungen des Konzerns innerhalb der Dispositionsgrenzen

Wie schon erläutert, führt die faktische Konzernierung zu einer sogenannten Konzerngefahr für die abhängige Gesellschaft. Diese verwirklicht sich regelmäßig dadurch, dass das herrschende Unter-

[577] Tröndle/ Fischer § 266 RN 73.
[578] BGH NJW 1975 S.1234, S.1235.
[579] BGH NStZ 1986 S.455, S.456.
[580] BGHSt 20 S.143, S.144; Tröndle/ Fischer § 266 RN 76.
[581] LK/ Schünemann § 266 RN 137.

nehmen, d.h. der Mehrheits- oder Alleingesellschafter, die wirtschaftlichen Interessen des Gesamtkonzerns über die der abhängigen Gesellschaft stellt.
So kann es sich zum Beispiel aus der Sicht der Konzernleitung als wirtschaftlich sinnvoll darstellen, die Herstellung eines Produkts gänzlich ins Ausland zu verlagern, wohingegen diese Entscheidung für die Tochtergesellschaft, die mit der betreffenden Produktion bislang den wesentlichen Teil ihres Jahresüberschusses erwirtschaftet hatte, einen Gewinneinbruch zur Folge hat. Durchgesetzt wird diese unternehmerische Entscheidung auf dem Weg der Weisung durch die Gesellschafterversammlung, die für den Geschäftsführer der abhängigen Gesellschaft- solange nicht die Grenzen der Einwilligungsbefugnis überschritten werden- verbindlich ist. Folglich handelt er, wenn er unter diesen Voraussetzungen der Weisung Folge leistet, nicht pflichtwidrig, selbst wenn er damit der GmbH wie vorliegend- die Gesellschaft hat einen Teil ihrer Produktion verloren, ohne eine Gegenleistung erhalten zu haben- einen Nachteil zufügt. Ohne einen Pflichtverstoß scheidet die Verwirklichung des Untreuetatbestandes aber aus, womit es auf die Feststellung eines Nachteils nicht mehr ankommt.
Dieser Konzerngefahr versucht man durch die beiden nachfolgenden Haftungsmodelle zu begegnen:

aa) Konzernzustandshaftung

Grundlage dieser Auffassung ist die Annahme, dass die faktische Konzernstruktur als solche zwangsläufig dazu führe, dass die Interessen der abhängigen Gesellschaft hinter denen des herrschenden Unternehmens zurückstehen müssten, da dieses durch die Gesellschafterversammlung die Kontrolle ausübe. Folglich sei eine Interessenkollision gegeben, auf die alle Verluste der abhängigen Gesellschaft zurückzuführen seien, was wiederum zur Folge habe, dass das herrschende Unternehmen als Verursacher grundsätzlich für diese Differenzen aufkommen müsse.[582]
Um also die Haftung des herrschenden Unternehmens auszulösen zu können, müsse zum Beispiel der Gläubiger der abhängigen Gesellschaft lediglich die dauernde und intensive Ausübung der Leitungsmacht und die Entstehung von Verlusten beweisen, wobei die Konzernleitung aber den Entlastungsbeweis dahingehend führen könne, dass die Leitungsmacht den Treuepflichten entsprechend und ohne nachteilige Konsequenzen ausgeübt worden sei.[583]
Insgesamt gesehen handelt es sich also um eine konzernrechtliche Gefährdungshaftung.[584]

bb) Verhaltenshaftung

Nach dieser Ansicht ist trotz der Konzernierung im Regelfall davon auszugehen, dass die Herbeiführung einer zentralistischen Konzernstruktur legal sei und Verluste der abhängigen Gesellschaft nicht auf die Beherrschung durch ein anderes Unternehmen zurückzuführen seien. Nur im Einzelfall könne daher der oben geschilderte Interessenkonflikt dazu führen, dass Verluste auf der Ausübung

---

[582] Baumbach/ Hueck/ Zöllner Schlußanh. I RN 80; Vonnemann BB 1990 S.217, S.220; Michalski/ Zeidler NJW 1996 S.224, S.226
[583] BGHZ 95 S.330, S.334; 107 S.7, S.18; 115 S.187, S.194
[584] Bittmann/ Terstegen wistra 1995 S.249, S.251

der Leitungsmacht durch den Konzern beruhten. Folglich sei die Haftungsverpflichtung nur gegeben, wenn zusätzlich zur zentralistischen Konzernstruktur eine wiederholte Schädigung der GmbH nachgewiesen werden könne, wobei dann die fehlerhafte Konzerngeschäftsführung und somit ein Verschulden, das sich an den Maßstäben der Sorgfalt, die ein ordentlicher und gewissenhafter Kaufmann bei der Führung seiner Geschäfte anwendet, orientiert, analog § 93 II AktG vermutet werde.[585] Umstritten ist allerdings, ob dann noch durch den Konzern der Gegenbeweis geführt werden kann, dass eine fehlerhafte Konzerngeschäftsführung nicht vorgelegen habe und die Schädigung auf höhere Gewalt, wie zum Beispiel in Fällen von Produkthaftung, zurückzuführen sei.[586]

b) Weisungen des Konzerns, die die Dispositionsgrenzen überschreiten.

In dem vorstehend unter a) geschilderten Beispiel- unterstellt, die abhängige GmbH ist eine Einmann- GmbH- ist die Weisung unbeachtlich, wenn sie entweder
- gegen das Stammkapitalerhaltungsverbot des § 30 I GmbHG verstößt und das durch diese Norm geschützte Kapital tatsächlich zur Befriedigung der Gläubiger benötigt wird,
oder
- zu einer rechtsmissbräuchlichen Existenzgefährdung führt.
Diese Grundsätze beanspruchen auch für die mehrgliedrige Gesellschaft Geltung, da hier unter Bezugnahme auf das Prinzip des rechtmäßigen Alternativverhaltens festgestellt worden ist, dass Weisungen, die nicht gegen die Dispositionsgrenzen verstoßen, trotzdem beachtlich sind, wenn sie nur auf informellem Wege erfolgen.
Folglich kommt es nur in diesen Fällen auf die Feststellung eines Nachteils an.

III. Kompensierung des Vermögensverlustes durch konzernbedingte Vorteile

Soweit im Schrifttum auf die konzernrechtliche Untreue eingegangen wird, ist man sich einig, dass einerseits die Einbindung in den Konzern die Möglichkeiten für die Annahme eines Nachteils erweitere[587], andererseits daraus Vorteile erwachsen könnten, die bei der Schadensermittlung im Wege der Gesamtsaldierung zu berücksichtigen seien.[588]
Damit korrespondiert, dass die Geschäftsführer oder Vorstände der herrschenden Unternehmen sich von dem Ziel leiten lassen, den Gewinn zu maximieren. Folglich verfolgen sie in der Regel mit der Schädigung der abhängigen Gesellschaft dieses wirtschaftliche Ziel, wobei sie dann den gesamten Konzern im Blick haben.
So ist es bei dem vorstehend geschilderten Beispiel denkbar, dass der Verkauf des Patents unter Marktwert an die Muttergesellschaft auf der Erkenntnis beruhte, diese sei zur Vermarktung aufgrund eines größeren Kundenkreises oder anderen Gründen besser in der Lage, womit mit Blick auf den Gesamtkonzern ein größerer Gewinn erzielbar sei.

---

[585] Timm NJW 1987 S.977, S.982; Michalski/ Zeidler NJW 1996 S.224, S.226; Lutter ZIP 1985 S.1425, S.1434/ S.1435
[586] Dafür: Lutter, in Hommelhoff S.209; dagegen Timm NJW 1987 S.977, S.982
[587] Hachenburg/ Kohlmann Vor § 82 GmbHG RN 306.
[588] Scholz/ Tiedemann Vor §§ 82ff GmbHG RN 23.

Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass es auf die Feststellung eines Nachteils nur ankommt, wenn die Dispositionsgrenzen des Gesellschafters überschritten sind, d.h. entweder das zur Abdeckung der Stammkapitalziffer notwendige Kapital vermindert oder die GmbH rechtsmissbräuchlich in ihrer Existenz gefährdet wurde. In diesem Zusammenhang und auch für die Frage des Schuldumfanges ist maßgeblich, inwiefern das entzogenen Kapital benötigt wurde, um die Gesellschaftsgläubiger zu befriedigen.[589] Folglich können Vorteile, die dem Gesamtkonzern zugute kommen, nur dann einen Nachteil im Sinne des § 266 ausschließen, wenn sie die Fähigkeit der abhängigen Gesellschaft wiederherstellen/ erhalten, ihre Gesellschaftsgläubiger zu befriedigen.

IV. Eignung von Schadensersatzansprüchen zur Verlustkompensation

Aufgrund der Tatbestandsverwirklichung ergeben sich insbesondere für die abhängige GmbH Schadensersatzansprüche gegen ihren Geschäftsführer.
Erstens folgt ein solcher aus § 823 II BGB i.V. mit § 266, da § 266 ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 II BGB ist
Zweitens hat der Geschäftsführer auch die Voraussetzungen von § 43 II GmbHG verwirklicht.
Die Pflichtverletzung bei einer § 30 I GmbHG widersprechenden Auszahlung ergibt sich allein schon daraus, dass er dadurch gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen hat.[590]
Des Weiteren gibt es keine schwerwiegendere Verletzung der dem Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft obliegenden Loyalitätspflichten, insbesondere der Pflicht zur Förderung ihrer Interessen[591], als die Gefährdung oder Vernichtung ihrer Existenz. Ein solches Verhalten widerspricht der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes.
Für die Feststellung des Verschuldens ist es dabei unerheblich, dass er die Nichtigkeit der Weisung eventuell nicht erkannt hat. Dann ist danach zu fragen, ob ihm diese fehlende Erkenntnis vorzuwerfen ist[592], was in den Fällen des Verstoßes gegen § 30 I GmbHG und der rechtsmissbräuchlichen Existenzgefährdung regelmäßig zu bejahen sein wird.

1. Unbeachtlichkeit von Ersatzansprüchen

Nach dieser Ansicht können die gegen den Täter wegen der pflichtwidrigen Handlung oder gegen andere Personen gerichteten Ersatzansprüche nichts an der Tatbestandsverwirklichung ändern, da diese Ansprüche ja gerade einen Schaden voraussetzten, wobei dieser Grundsatz auch dann gelte, wenn der Täter zum Ersatz bereit und fähig sei. Begründet wird diese Position mit dem Argument, dass nur dann eine Kompensation eintreten könne, wenn die Tathandlung selbst zugleich einen den Verlust aufwiegenden unmittelbaren Vermögenszuwachs begründe, da ansonsten der Grundsatz der Einzelbewertung gelte.[593] Selbst die Erfüllung des Schadensersatzanspruches mache den Schaden nicht ungeschehen, sondern gleiche ihn nur nachträglich wieder aus.[594]

---

[589] BGH NJW 2004 S.2248, S.2255.
[590] vgl. Scholz/ Schneider § 43 GmbHG RN 28.
[591] Scholz/ Schneider § 43 GmbHG RN 29.
[592] Scholz/ Schneider § 43 GmbHG RN 104.
[593] Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 42; Flum S.214; Labsch wistra 1985 S.1, S.8.
[594] Labsch S.323.

2. Eignung zur Verlustkompensation

Zutreffend ist es hingegen, Ersatzansprüche gegen den Täter wegen der pflichtwidrigen Handlung als geeignet anzusehen, den Eintritt eines Vermögensnachteils zu verhindern. Dieses setzt aber voraus, dass er zur Ersatzleistung fähig und bereit ist und hierfür ständig eigene flüssige Mittel in entsprechender Höhe bereithält.[595]
Ausreichend ist es daher nicht, wenn der Täter zwar ersatzwillig, aber nicht ersatzfähig ist[596] oder wenn ein Dritter ihm die notwendigen finanziellen Mittel zur Verfügung stellen will.[597] Vielmehr muss der Täter selbst eigene, ausreichende, d.h. den verursachten Schaden abdeckende, Mittel in seiner Kasse oder bei einem Geldinstitut jederzeit auszahlungsbereit halten.[598]
Erfüllt der Täter aber die oben genannten Voraussetzungen, ist das Schutzgut des Vermögens nicht betroffen. Denn in dem Moment der Kontrolle durch den potentiell Geschädigten aktiviert sich gleichsam sein werthaltiger Anspruch gegen den Täter. Dass vorher, formal gesehen, ein Negativsaldo existierte, ist demgegenüber als unerheblich einzustufen, da der Vermögensträger in seinen Dispositions- und Verfügungsmöglichkeiten nicht eingeschränkt gewesen ist.[599]
Meines Erachtens ist es aber unzutreffend, zur Begründung der Straflosigkeit auf das Bestehen zivilrechtlicher Ansprüche zurückzugreifen. Hier greift der Einwand, dass das Bestehen eines solchen Anspruches gerade einen vorher eingetreten Nachteil voraussetze.
Stellt man auf § 823 II BGB i.V. mit § 266 ab, wird dieses Abhängigkeitsverhältnis ganz besonders deutlich, denn dieser Schadensersatzanspruch erfordert gerade durch die Aufnahme des Straftatbestandes in seine Tatbestandsvoraussetzungen, dass alle seine objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale gegeben sind. Dazu gehört aber insbesondere der Vermögensnachteil, folglich kann der Anspruch erst entstehen, wenn der Straftatbestand vollendet ist.
Geht man nun davon aus, dass der Geschäftsführer seine Verbindlichkeit begleicht, würde dies zum Wegfall des Nachteils führen. Damit wären aber auch die Tatbetsandsvoraussetzungen des Anspruchs aus § 823 II BGB i.V. mit § 266 nicht mehr gegeben, womit der Geschäftsführer auf eine nicht bestehende schuld geleistet hätte.
Demgemäss ist das Bestehen oder Nichtbestehen zivilrechtlicher Ansprüche für die Frage der Schadenskompensation unerheblich. Entscheidend ist vielmehr die Motivationslage des Täters zum Zeitpunkt der pflichtwidrigen Handlung.
Diejenigen, die eine Kompensation für möglich halten, stellen zentral darauf ab, ob der Täter selbst eigene, ausreichende, d.h. den verursachten Schaden abdeckende, Mittel in seiner Kasse oder bei einem Geldinstitut jederzeit auszahlungsbereit hält. Damit wird aber konkludent auch vorausgesetzt, dass er diese Mittel gerade zu dem Zweck bereithält, um einen eventuell entstehenden Nachteil

---

[595] BGHSt 15 S.342, S.343; NStZ 1995 S.233, S.233; BayObLG JZ 1973 S.325, S.325. Des Weiteren verlangt das BayObLG, dass der Betroffene von seiner Ausgleichsforderung alsbald Kenntnis erlange, weil er erst dadurch die Möglichkeit erhalte, die zur Verwirklichung dieser Forderung notwendigen Maßnahmen zu treffen. KG NJW 1972 S.218, S.218; LK/ Schünemann § 266 RN 139; Lackner/ Kühl § 266 RN 17; Maurach/ Maiwald § 45 RN 45; Müller-Gugenberger/ Bieneck/ Schmid § 31 RN 136, Wassmer S.129.
[596] OLG Stuttgart NJW 1968 S.1340, S.1341.
[597] BGHSt 15 S.372, S.376.
[598] LK/ Schünemann § 266 RN 139.
[599] Hefendehl S.286.

ausgleichen zu können. Dies wiederum macht nur Sinn, wenn er die von Anfang an die Vorstellung hat, dass er im Falle eines tatsächlich eintretenden Nachteils diese Mittel sofort einsetzen wird.
Zur Verdeutlichung kann hier auf die sogenannten Risikogeschäfte verwiesen werden. Geschäftsführer A hat von einem zwar besonders riskanten, aber mit hohen Gewinnchancen verbundenen Investitionsmodell gehört. In dieses möchte er 100.000,- Euro namens der GmbH investieren. Andererseits ist ihm aber klar, dass im schlimmsten Fall ein Totalverlust des Geldes droht. Dieses Risiko will er aber in Kauf nehmen, da er selbst bei seiner Hausbank ein Guthaben von 250.000,- Euro hat und dieses im Ernstfall in Höhe des Verlustes an die GmbH überweisen will.
Folglich handelt es sich um ein Risikogeschäft mit Rückversicherung für die GmbH. A hat von vorneherein die Vorstellung, dass es gar nicht zu einem Nachteil für die GmbH kommen könne, da er den Verlust sofort ausgleichen will.
Stellt man diese Motivationslage in den Vordergrund, ist die Frage der Schadenskompensation keine Frage des objektiven Tatbestandes in dem Sinne, dass ein entstehender Schadensersatzanspruch zu einer ausgeglichenen Bilanz führt, sondern eine Frage der Rechtswidrigkeit.
Einem Geschäftsführer, der so vorgeht, fehlt zwar nicht der Vorsatz bzgl. des Nachteilseintritts- er kennt das Verlustrisiko und weiß daher, dass eine Gesamtsaldierung nach Durchführung des Risikogeschäfts ein negatives Ergebnis haben kann-, wohl aber ein Schädigungsvorsatz.
In einer solchen Situation findet der Rechtfertigungsgrund der mutmaßlichen Einwilligung Anwendung. Dieser greift erstens ein, wenn die Handlung im Interesse des Betroffenen- vorliegend also des Treuegebers- vorgenommen wird und dieser vermutlich einwilligen würde, aber nicht rechtzeitig einwilligen kann.[600] Dieses wird auch als Handeln im materiellen Interesse des Betroffenen bezeichnet und findet vor allem im Arztrecht Anwendung.
Maßgeblich ist dabei nicht eine an objektiven Maßstäben orientierte Güter- und Interessenabwägung, sondern ein Wahrscheinlichkeitsurteil über den wahren Willen des Rechtsgutsinhabers im Tatzeitpunkt. Ausschlaggebend sind die individuellen Interessen, Bedürfnisse, Wünsche und Wertvorstellungen des Betroffenen. Objektive Kriterien, wie etwa die Maßstäbe eines vernünftig Handelnden, haben in diesem Zusammenhang nur indizielle Bedeutung.[601]
Liegen allerdings keine konkreten Anhaltspunkte dafür vor, dass der Betroffenen anders entscheiden würde, wenn man ihn fragen könnte, darf davon ausgegangen werden, dass sein hypothetisch zu ermittelnder Wille mit dem übereinstimmt, was unter den gegebenen Umständen gemeinhin als sachgerecht, normal und vernünftig angesehen wird.[602]
Zweitens greift dieser Rechtfertigungsgrund unter dem Aspekt des Prinzips des mangelnden Interesses ein, d.h. es muss an einem schutzwürdigen Erhaltungsinteresse des Betroffenen fehlen und die vorstehend geschilderten Voraussetzungen im Hinblick auf das Wahrscheinlichkeitsurteil müssen vorliegen. Als Beispiel hierfür kann man den Fall heranziehen, dass ein Botenjunge nicht den vom Geschäftsherren übergebenen druckfrischen Schein, den der Botenjunge gerne behalten möchte, sondern einen alten aus seinem eigenen Bestand bei der Postbank einzahlt.[603]

---

[600] BGHSt 35 S.246, S.249.
[601] Wessels/ Beulke RN 381.
[602] BGHSt 35 S.246, S.250.
[603] Wessels/ Beulke RN 384.

Vergleichbar hiermit ist die Konstellation, dass ein Treuepflichtiger Geld seines Auftraggebers für sich verwendet, jedoch willens und fähig ist, das Entnommene alsbald zu ersetzen. Je nach den Umständen des Einzelfalles- Vertrauenswürdigkeit des Bevollmächtigten, persönliches Näheverhältnis zum Treuegeber- kann es dem Treuegeber völlig gleichgültig sein, ob der Vermögensbetreuungspflichtige das Geld kurzzeitig für sich verwendet, wenn nur am Ende kein Fehlbetrag eintritt. Folglich wird in solchen Konstellationen eine mutmaßliche Einwilligung angenommen.[604]
Nichts anderes kann aber dann gelten, wenn der Geschäftsführer das Geld nicht für sich selbst verwendet, sondern durch ein Risikogeschäfts einen Vermögensnachteil herbeiführt, dabei jedoch willens und fähig ist, den Verlust alsbald zu ersetzen.
Sinn und Zweck einer GmbH ist es, für die Gesellschafter Gewinn zu erwirtschaften. Insbesondere Risikogeschäfte bieten einen solchen Gewinn an, erscheinen aber deshalb im Regelfall als treuewidrig, da die Verlustgefahr außer Verhältnis zu dem möglichen Profit steht. Folglich hat die GmbH als Geschäftsherr regelmäßig kein Interesse am Abschluss solcher Geschäfte. Ist aber sichergestellt, dass der Geschäftsführer jederzeit zum Ersatz fähig und bereit ist, geht das Risiko der GmbH gegen Null, wohingegen die Gewinnchancen bestehen bleiben.
In einer solchen Situation erscheint es daher aufgrund der Gewinnerzielungsabsicht als sachgerecht und auch vernünftig, einem solchen Risikogeschäft des Geschäftsführers zuzustimmen. Von einer mutmaßlichen Einwilligung kann also regelmäßig ausgegangen werden.
Hiervon zu differenzieren ist der Fall, dass der Geschäftsführer die Möglichkeit eines Nachteils durch den Abschluss eines Risikogeschäftes erkannt und in Kauf genommen hat. Tritt dann tatsächlich ein Nachteil ein, hat er mit dolus eventualis gehandelt und folglich den Tatbestand des § 266 verwirklicht. Hieran kann dann auch die nachträgliche Zahlung auf einen durch die ungetreue Handlung entstandenen Schadensersatzanspruch nichts mehr ändern. Zunächst hat die Gesellschaft das alleinige Verlustrisiko getragen und kann daher nicht von einer mutmaßlichen Einwilligung gesprochen werden. Zutreffend ist daher die einhellige Meinung, dass ein nachträglicher Schadensausgleich den Eintritt eines Nachteils nicht verhindern könne.
Als Fazit bleibt also festzuhalten, dass auch das ständige Bereithalten finanzieller Mittel zum Schadensausgleich den Eintritt eines Nachteils nicht verhindert. Insoweit ist der unter (2) dargestellten Ansicht zuzustimmen.
Andererseits führt ein Verhalten, auf dass die unter (1) geschilderte Ansicht abstellt, zu einer Rechtfertigung durch mutmaßliche Einwilligung des Geschäftsherren GmbH. Eine Untreuestrafbarkeit des Geschäftsführers scheidet damit aus.

---

[604] Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 48.

2. Untertitel
Die Untreuestrafbarkeit des Allein- oder Mehrheitsgesellschafters der abhängigen Gesellschaft

A. Fremdheit des Gesellschaftsvermögens

Das Gesellschaftsvermögen ist auch für den Allein- oder Mehrheitsgesellschafter fremd.[605]

B. Vermögensbetreuungspflicht

Für den Gesellschafter kommt grundsätzlich nur die Verwirklichung des Treuebruchstatbestandes in Betracht, da ihm durch das GmbHG keine rechtsgeschäftliche Verfügungs- und Verpflichtungsbefugnis eingeräumt worden ist.[606] Er kann die Gesellschaft nicht im Außenverhältnis wirksam vertreten.
Handelt es sich also bei dem Gesellschaftsvermögen um für die Gesellschafter fremdes Vermögen, kommt grundsätzlich auch eine Vermögensbetreuungspflicht des Gesellschafters in Betracht. Ob er aber tatsächlich eine solche inne hat, ist umstritten.

I. Verneinende Ansicht

Von der herrschenden Meinung wird im Grundsatz eine Vermögensbetreuungspflicht des Gesellschafters verneint[607] und lediglich eine Anstiftung für möglich gehalten.[608] Eine mittäterschaftlichen Begehung durch mehrere Gesellschafter oder eines Gesellschafters mit dem Geschäftsführer scheide daher aus.[609] Die Gesellschafter hätten das Gesellschaftsvermögen, auch soweit es um das Stammkapital gehe, nicht zu betreuen und keine Pflicht zur Wahrnehmung der Vermögensinteressen der Gesellschaft.[610]

1. Stammkapitalerhaltungsgebot und Existenzgefährdungsverbot lediglich als Schranken der Dispositionsbefugnis

Zur Begründung dieser Auffassung wird zunächst darauf hingewiesen, dass, selbst wenn man die

---

[605] BGH NJW 2002 S.3024, S.3025; Reiß wistra 1989 S.81, S.83.
[606] BGH StV 2000 S.486, S.487; Radtke GmbHR 1998 S.311, S.368.
[607] Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 21; LK/ Schünemann § 266 RN 125; Scholz/ Tiedemann Vor §§ 82ff GmbHG RN 17. Nach seiner Ansicht beschränkt sich diese Aussage aber nur auf die unverbundene GmbH. Neben oder an der Stelle einer Untreuehandlung des Geschäftsführers der angewiesenen beherrschten Gesellschaft komme auch eine Untreue des für das herrschende Unternehmen Tätigen in Betracht. Die Vermögensbetreuungspflicht ergebe sich dabei allerdings nicht schon aus dem Eigentum des herrschenden Unternehmens an den Anteilen der beherrschten GmbH. Erforderlich sei vielmehr ein faktisches Eindringen in die abhängige Gesellschaft und ihre faktische Leitung. Es komme aber nicht darauf an, dass die Verantwortlichen des herrschenden Unternehmens nach außen für das beherrschte Unternehmen aufträten und somit zu faktischen Geschäftsführern würden. Entscheidend sie allein die Begründung der Treuepflicht. Achenbach/ Wannemacher/ Seier § 21 RN 233; Flum S.231/ 244; Hartung NJW 1996 S.229, S.232.
[608] LK/ Schünemann § 266 RN 125.
[609] Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 21.
[610] LG Berlin NStE 1995 Nr.39 zu § 266; Flum S.230.

Gesellschafter als Adressaten des Stammkapitalerhaltungsgebots ansehe, sich aus ihr keine Treupflicht im Sinne des § 266 ergebe, da die Anteilseigner die „Herren der Gesellschaft“ seien. Demgemäss bestimmten sie die Richtlinien der Unternehmenspolitik und könnten auch im Einzelfall mit bindender Wirkung für den Geschäftsführer entscheiden. Diese Entscheidungsfreiheit werde aber durch das Stammkapitalerhaltungsgebot nur auf dasjenige Maß beschränkt, das für den Gläubigerschutz erforderlich sei.
Diese Feststellungen werden zum Anlass genommen, im Hinblick auf die Vermögensbetreuungspflicht das Merkmal der Pflicht als wesentlichen und typischen Inhalt des Treueverhältnisses zu verneinen, da es sich lediglich um eine im Einzelfall erfolgende Überlagerung eigener Interessen durch Gläubigerinteressen handele.
Im Übrigen sei das Stammkapitalerhaltungsgebot auch nicht die Hauptpflicht des sich aus der Mitgliedschaft in der GmbH ergebenden Rechtsverhältnisses.
Schließlich sei auch kein fremdnützig typisiertes Verhältnis gegeben, da die Mitgliedschaft in einer GmbH dadurch charakterisiert sei, dass die Gesellschafter eigene Interessen verfolgten und nur wegen im Einzelfall gegenläufiger Interessen der Gläubiger geringfügige Beschränkungen ihrer Befugnisse hinnehmen müssten.
Eine solche Beschränkung der Verfolgung eigener Interessen lasse sich aber nicht mit der Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen gleichsetzen.[611]
Etwas Anderes ergebe sich auch nicht aus der gesellschaftsrechtlich anerkannten Treupflicht der Gesellschafter gegenüber der GmbH.
Erstens bestehe diese nicht in der Einmann- GmbH, wo der Alleingesellschafter über den Gesellschaftszweck disponieren könne. Eine Vermögensbetreuungspflicht auf der Grundlage der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht komme daher nur in denjenigen Fällen in Betracht, wo eine Minderheit vorhanden sei. Vermögensbetreuungspflichtig könne ausschließlich der Mehrheitsgesellschafter sein.
Dem stehe aber zweitens entgegen, dass die gesellschaftsrechtliche Treupflicht wie das Stammkapitalerhaltungsgebot lediglich die grundsätzlich zulässige Verfolgung eigener Interessen durch die Gesellschafter einschränke. Der einzige Unterschied bestehe darin, dass die Dispositionsgrenze nicht dem Schutze der Gesellschaftsgläubiger, sondern der Gesellschafterminderheit diene.
Stehe also die rechtsbegrenzende Schrankenfunktion im Vordergrund, sei in der Verpflichtung zu gesellschaftstreuem Verhalten keine typische und wesentliche Pflicht des Rechtsverhältnisses der Gesellschafter zur GmbH zu sehen. Von der Rechtsbegrenzung könne nicht auf eine rechtserzeugende Wirkung geschlossen werden.[612]

---

[611] Flum S.231.
[612] Flum S.232/ 233. Seiner Meinung nach kann nur unter sehr engen Voraussetzungen von einem erhöhten Risiko für das Gesellschaftsvermögen durch das Handeln des Gesellschafters und damit von einer Vermögensbetreuungspflicht ausgegangen werden. Zum Einen sei erforderlich, dass der Gesellschafter selbst Aufgaben der Geschäftsführung wahrnehme und sich nicht darauf beschränke, dem bestellten Geschäftsführer Weisungen zu erteilen. Dies setze voraus, dass er sowohl Entscheidungen im Bereich der Geschäftsführung treffe als sie auch später ausführe. Die besondere Gefährdung ergebe sich dann daraus, dass der Geschäftsführer als Kontrollinstanz – er habe die Rechtmäßigkeit der Gesellschafterbeschlüsse zu prüfen- zum Schutze der GmbH ausfalle.
Nicht erforderlich sei aber, dass er die maßgebenden Geschäftsführungsaufgaben wahrnehme, wie dass bei der Haftung aus faktischer Geschäftsführung im Rahmen des § 14 und des § 84 GmbHG der Fall sei, oder den bestellten Geschäftsführer aus seiner Position verdränge. Verzichtbar sei auch ein Auftreten im Außenverhältnis. Notwendig sei nur, dass der Gesellschafter ohne Einschaltung des bestellten Geschäftsführers Geschäftsführungsangelegenheiten selbst ausfüh-

2. Inkongruenz von Gesellschafts- und Strafecht

Ebenso wird darauf abgestellt, dass die strafrechtliche Sichtweise insofern akzessorisch zur gesellschaftsrechtlichen Betrachtung sei, als sie nicht Verhaltensweisen poenalisieren dürfe, die gesellschaftsrechtlich erlaubt seien.
Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht verbiete dem Mehrheitsgesellschafter zwar die willkürliche Schädigung der Gesellschaft unter Beeinträchtigung der Interessen der Minderheitsgesellschafter, ein Verstoß gegen diese Pflicht führe aber lediglich zur Anfechtbarkeit, nicht aber zur Nichtigkeit entsprechender Beschlüsse der Gesellschafterversammlung.
Folglich sei aber ein Widerspruch zwischen den Rechtsbebieten vorhanden, wenn ein gesellschaftsrechtlich lediglich anfechtbares Verhalten strafrechtlich als ein Verstoß gegen eine Vermögensbetreuungspflicht gewertet würde.
Des Weiteren sei es aufgrund der Anfechtbarkeit eine Obliegenheit der Gesellschafter, die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen., wenn sie nicht ihrer Rechte verlustig gehen wollten.
Hier sei dann aber eine weitere Prämisse zu beachten.
Eine strafrechtliche Vermögensbetreuungspflicht sei immer dann anzunehmen, wenn die Stellung des Verpflichteten auf einer Willensentscheidung des Vermögensinhabers beruhe und dem Verpflichteten in Bezug auf das fremde Vermögen eine mit einer gewissen Selbständigkeit ausgestatte Macht eingeräumt sei.
Insbesondere bei den Publikumsgesellschaften ergebe sich das Problem, dass der Anteilseigner auch anderweitig Investitionen tätige und daher die Aktivitäten der Gesellschaft nicht selbst überwachen

---

re. Auch die nur einmalige Ausübung der Geschäftsführungsbefugnisse könne ausreichend sein, da § 266 keine Vermögensbetreuungspflicht auf Dauer voraussetze.
Allein die starke Einflussnahme auf die Unternehmenspolitik in dem Sinne, dass der Gesellschafter letztendlich alle Entscheidungen selbst treffe, sei aber nicht ausreichend, da eine solche Stimmrechtsausübung eine eigene Interessenverfolgung sei und folglich nicht gleichzeitig eine von § 266 vorausgesetzte fremdnützige Rechtsausübung sein könne. Die Annahme, dass ein eigennütziges Rechtsverhältnis bei einem bestimmten Maß an Einflussnahme in ein fremdnütziges umwandeln solle, lasse sich nicht begründen.
Darüber hinaus sei nur sehr schwer festzustellen, ab wann von einer so starken Einflussnahme gesprochen werden könne, dass eine Vermögensbetreuungspflicht des Gesellschafters entstehe. Eine solche Unsicherheit könne das Strafrecht aber aufgrund des Bestimmtheitsgebotes nicht akzeptieren.
Zwar könne man diese tatbestandliche Unsicherheit vermeiden, wenn man nur den selbst unternehmerisch tätigen Gesellschafter als vermögensbetreuungspflichtig ansehe. Eine solche Beschränkung auf Konzernrechtsverhältnisse sei aber nicht nachvollziehbar.
Schließlich sei auch nicht darauf abzustellen, dass der Gesellschafter auf informellen Wege Einfluss auf die Geschäftsführung nehme, da § 266 gerade die Ausnutzung von eingeräumten Dispositionsbefugnissen erfordere. Komme es aber nur zu einer informellen Einflussnahme, mache der Gesellschafter aber nicht von Befugnissen Gebrauch, die ihn von anderen Gesellschaftern unterschieden. Folglich sei der Geschäftsführer auch nicht verpflichtet, diese Weisungen zu befolgen.
Zum Anderen sei aufgrund des Umstandes, dass sich der Treuebruchstatbestand nur gegen Angriffe aus dem eigenen Lager richte, erforderlich, dass der Gesellschafter im Einverständnis mit allen Gesellschaftern oder aufgrund förmlichen Gesellschafterbeschlusses tätig werde. Ausreichend sei auch eine mutmaßliche Einwilligung. Auf einen Gesellschafterbeschluss oder die Gesamtheit der Gesellschafter sei abzustellen, da die GmbH als juristische Person keinen eigenen Willen bilden könne und die Gesellschafterversammlung das oberste Organ sei (Flum S.240- 244).
Eine vergleichbare Position vertritt Schünemann. Vermögensstreuungspflichtig sei der sogenannte aktive Mehrheitsgesellschafter, der sich im Einverständnis mit den Gesellschaftern mit der Geschäftsführung tatsächlich befasse und zusätzlich ein Übergewicht über den eingetragenen Geschäftsführer besitze (LK/ Schünemann § 266 RN 125).

könne. Der sich daraus ergebende weite Ermessensspielraum und die damit verbundene Macht des Geschäftsführers bedürften des Ausgleichs durch Loyalitätspflichten, zu denen die Vermögensbetreuungspflicht gehöre. Auf diesem Wege werde ein Gleichgewicht zwischen Macht und Kontrolle hergestellt.
Sei aber folglich Zweck der Vermögensbetreuungspflicht, eine fehlende Überwachungsdichte zu kompensieren, spreche die Existenz einer eigenen Überwachungs- Obliegenheit der Gesellschafter- also der oben genannte Kontrolle der Gesellschafterbeschlüsse im eigenen Interesse- gegen eine besondere Pflichtenstellung der Gesellschafter im Sinne des § 266.
Im Übrigen gebe das GmbHG dem Gesellschafter weder eine rechtliche Vertretungsmacht noch eine besondere im Tatsächlichen begründete Zugriffsmöglichkeit und Machtstellung gegenüber dem Gesellschaftsvermögen. Der einzelne Gesellschafter sei weder ein Organ der GmbH, noch bestehe für ihn alleine eine Weisungsbefugnis gegenüber dem Geschäftsführer. Diese bestehe nur für die Gesellschaftergesamtheit.[613]

3. Wirtschaftliche Betrachtungsweise

Nach der wirtschaftlichen Betrachtungsweise stellt sich die Frage nach einer Vermögensbetreuungspflicht des Gesellschafters gar nicht, da nach dieser Ansicht die Gesellschafter als die wirtschaftlichen Eigentümer des Gesellschaftsvermögens anzusehen und daher bei der Disposition über dieses keinen Grenzen unterworfen seien. Sei also in jedem Fall eine Interessenübereinstimmung gegeben, scheide notwendigerweise eine Vermögensbetreuungspflicht der Gesellschafter gegenüber der GmbH aus.[614]

4. Historisches Argument

Des weiteren wird argumentiert, dass der früher geltende Spezialtatbestand der GmbH-Untreue (§ 81a a.F.) den Gesellschafter gerade nicht als Adressaten genannt habe, sondern lediglich – unter anderem- den Geschäftsführer. Der Gesetzgeber habe also eine Strafbarkeit des Gesellschafters wegen Untreue gegenüber der GmbH nicht in Betracht gezogen.[615]

II. Die einschlägigen Entscheidungen des Bundesgerichtshofes und anderer Gerichte

1. Darstellung

a) BGH, Urteil vom 29.5.1987

Der Angeklagte war hier weder formell Gesellschafter – diese Organstellung hatte seine Ehefrau als Alleingesellschafterin inne- noch bestellter Geschäftsführer. Dennoch war er das entscheidende

[613] Birkholz S.252- 257. Folglich kann seiner Meinung nach der Gesellschafter nur dann vermögensbetreuungspflichtig sein, wenn er gleichzeitig Geschäftsführer sei. Eine Stellung als faktischer Geschäftsführer reiche hierfür aus.
[614] Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 21.
[615] Achenbach/ Wannemacher/ Seier § 21 RN 233; Hartung NJW 1996 S.229, S.232.

Machtzentrum innerhalb der GmbH und veranlasste mehrere Auszahlungen an ihn und seine Ehefrau, indem er zum Beispiel Privatangestellte als Mitarbeiter der GmbH ausgab oder eigene Rechnungen ist Mitteln der Gesellschaft beglich.
Folglich verurteile ihn das Gericht wegen Untreue, wobei aber nicht auf die Gesellschafterstellung abgestellt wurde. Zwar wurde ausdrücklich festgestellt, dass der Angeklagte wirtschaftlich wie ein Alleingesellschafter verfahren durfte, entscheidend sei aber, dass ein solcher Alleingesellschafter zum Nachteil seiner GmbH als (faktischer) Geschäftsführer eine Untreue begehen könne.[616]

b) LG Berlin, Urteil vom 21.01.1994

In diesem Fall hatten der Angeklagte und eine weitere Person eine GmbH gegründet. Nachdem es zwischen den Gesellschaftern zu Unstimmigkeiten gekommen war, übertrug der Angeklagte seine Stammeinlage auf eines seiner privaten Geschäftskonten zurück.
Hier verneinte das Landgericht eine Untreustrafbarkeit des Angeklagten, da ihn als bloßen Mitgesellschafter keine auf einem Treueverhältnis beruhende Vermögensbetreuungspflicht rechtlicher oder tatsächlicher Art gegenüber der GmbH getroffen habe.
Diese Feststellung beruhte auf zwei Argumenten.
Erstens träfen zwar auch den Gesellschafter Pflichten aus dem GmbHG, hierbei handele es sich aber primär um Leistungspflichten wie die zur Einzahlung auf die Stammeinlage oder zur Aufbringung von Fehlbeträgen. Hätten sie aber ausschließlich die Verpflichtung zur Leistung an die GmbH zum Gegenstand, könnten sie nicht gleichzeitig den Gesellschafter zur Vermögensfürsorge verpflichten.
Zweitens richte sich das Stammkapitalerhaltungsgebot zwar auch an die Gesellschafter, dieses Gebot schütze aber in erster Linie das Interesse der Gesellschaftsgläubiger an Haftungsmasse als Ausgleich der Haftungsbeschränkung der Gesellschafter bei der GmbH. Sei damit der gesellschaftsschützende Charakter nur von untergeordneter Bedeutung, scheide auch diesbezüglich eine Vermögensbetreuungspflicht aus, da die Gesellschafter keine Vermögensbetreuungspflicht zugunsten der Interessen von Drittgläubigern hätten.
Im Übrigen handele es sich bei der Pflicht zur Stammkapitalerhaltung nicht um eine Hauptpflicht des sich aus der Gesellschafterstellung ergebenden Rechtsverhältnisses. Dieses setze eine besondere Pflichtenstellung im Sinne des § 266 aber gerade voraus.[617]

c) BGH, Urteil vom 10.07.1996

Der Angeklagte gründete zusammen mit seiner Ehefrau und einem Zeugen die WUV- GmbH, deren Geschäftsführer er war und die von der Treuhand die S- GmbH kaufte. Diese wiederum ließ der Angeklagte, der eine faktische Dominanz innerhalb der S- GmbH ausübte, ihn und seiner Ehefrau 5 Firmen zu weit überhöhte Preisen abkaufen.
Diesen Fall hat das Gericht zum Anlass genommen, zwei Feststellungen zu treffen.

---

[616] BGHSt 34 S.379, S.384.
[617] LG Berlin NStE 1995 Nr.39 zu § 266.

Erstens stehe der Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht nicht entgegen, dass sich den Angeklagte formal aus der Geschäftsführerposition herausgehalten und lediglich eine Gesellschafterposition eingenommen habe. Vielmehr ergebe sich die besondere Pflichtenstellung aus den tatsächlichen Verhältnissen, da der Angeklagte die tatsächliche Verfügungsmacht über das Vermögen der S-GmbH gehabt und damit ein schützenswertes Vertrauen in eine pflichtgemäße Wahrnehmung der Vermögensinteressen in Anspruch genommen habe. Schon in der extremen Ausübung des Weisungsrechts könne im Einzelfall[618] eine versteckte Übertragung von Geschäftsführerbefugnissen zu sehen sein.
Nach Ansicht des Senats waren diese Voraussetzungen im konkreten Fall erfüllt, da
- der Angeklagte seine Position als Geschäftsführer der herrschenden GmbH dazu ausnutzte, die Geschäftsführer der abhängigen GmbH in allen wesentlichen Firmenangelegenheiten und teilweise bis ins kleinste Detail hinein anzuweisen. Insbesondere legte er fest, welchen Arbeitnehmern zu kündigen sei, unterschrieb die Kündigungen zum Teil selbst und griff in Auftragskalkulationen ein.
- Gegenüber den Arbeitnehmern trat er als Chef auf. Er nahm an Betriebsratssitzungen teil und führte Besprechungen mit Arbeitnehmern durch.
- Wichtige Vermögensangelegenheiten der S- GmbH nahm er – teilweise unter Ausschaltung der Geschäftsführer- selbst wahr und trat dabei auch nach außen auf. Kreditverhandlungen mit der Hausbank führte er stets allein.
- Indem er eine Arbeitszeitregelung entwarf und eine Arbeitnehmerkündigung unterschrieb, nahm er typische Geschäftsführertätigkeiten wahr.
- Im übrigen hatte er ein Büro innerhalb der Geschäftsräume der S- GmbH und verfügte über eine eigene Sekretärin.
- Er bezog auf dem Umweg eines Beratervertrages ein nicht unerhebliches Gehalt für seine Tätigkeit.
- Dieses tat er im Einverständnis der Gesellschafterin der S- GmbH.

Aufgrund dieser Tatsachen war es nach Ansicht des Senats auch unerheblich, dass der ordnungsgemäß bestellte Geschäftsführer der S- GmbH weiter umfangreiche Tätigkeiten entfaltete und der S-GmbH ebenfalls vermögensbetreuungspflichtig war.

Zweitens könne im faktischen Konzern nicht anderes gelten. Wirke der Angeklagte sowohl dominierend in der Sphäre des herrschenden als auch des beherrschten Unternehmens, müsse er beiden Pflichtenstellungen gerecht werden, zumal die Konzernmutter ohnehin zu einem pfleglichen Umgang mit dem Vermögen der Konzerntochter verpflichtet sei.[619]

---

[618] Meines Erachtens ist die Verwendung des Begriffes “im Einzelfall” nicht so zu verstehen, dass schon die einmalige extreme Ausübung des Weisungsrechts zu einer Vermögensbetreuungspflicht führt, da dies die Pflichtenstellung des Gesellschafters zu weit ausdehnen würde. Denn ansonsten wäre es den Gesellschaftern unmöglich, den Geschäftsführer zu einer verdeckten Gewinnausschüttung anzuweisen; da sie durch die Weisungsausübung der Gesellschaft gegenüber vermögensbetreuungspflichtig würden, würden sie sich durch einen solchen Beschluss nach § 266 strafbar machen. Kommt es aber nicht zu einer Existenzgefährdung oder einer Unterschreitung des nach § 30 I geschützten Vermögens, wirkt eine solche Weisung für den Geschäftsführer gerade entlastend, da die Gesellschafter insoweit dispositionsbefugt sind (BGH NJW 1989 S.112, S.113).
[619] BGH NJW 1997 S.66, S.67.

d) BGH, Urteil vom 14.07.1999

Der Angeklagte war faktischer Geschäftsführer der T- GmbH, die von der Treuhand sämtliche Anteile der O- GmbH erwarb. Diese verkaufte zwecks Schuldentilgung ein Grundstück und stellte den Verkaufserlös auf Betreiben des Angeklagten – die Weisung erfolgte durch Telefonanruf- der T- GmbH als Darlehen zur Verfügung. Eine vollständige Rückzahlung unterbleib, da die T- GmbH in Insolvenz fiel.
Zunächst wurde festgestellt, dass eine Untreuestrafbarkeit nicht daran scheitere, dass der Angeklagte nur faktischer Geschäftsführer der T- GmbH, nicht aber der O- GmbH gewesen sei. Entscheidend sei nicht die formale Position als Geschäftsführer, sondern die tatsächliche Verfügungsmacht über fremdes Vermögen, wenn damit ein schützenswertes Vertrauen in eine pflichtgemäße Wahrnehmung der Vermögensinteressen verbunden sei.
An dieser Pflichtenstellung fehle es aber, da sich der Angeklagte durch die einmalige Weisung auf die Wahrnehmung der Gesellschafterinteressen der T- GmbH beschränkt und daher keine dominierende Position innerhalb des beherrschten Unternehmens ausgeübt habe. In Frage komme daher nur eine Anstiftung oder Beihilfe.[620]

e) BGH, Urteil vom 20.07.1999

Auf dieses Urteil soll kurz hingewiesen werden, da die in der NJW verwendete Überschrift „Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht durch treuwidrige Zustimmung der Gesellschafter“ irreführend ist.
In diesem Urteil geht es nicht etwa um die Vermögensbetreuungspflicht der Gesellschafter, sondern vielmehr um die Frage, wann deren Zustimmung zu einem die GmbH schädigenden Verhalten des Geschäftsführers unbeachtlich ist. Dies ergibt sich schon aus dem Leitsatz:
„Ein Vorgehen im Einverständnis des Vermögensinhabers verletzt daher nicht die Vermögensbetreuungspflicht, es sei denn, es handelt sich um eine treuwidrige Zustimmung beispielsweise der Gesellschafter gegenüber der GmbH, welche bei einer Gefährdung des Stammkapitals der Komplementär- GmbH vorliegt.“[621]
Dieser Begriff der treuwidrigen Zustimmung bezieht sich nicht etwa auf eine strafrechtliche Treuepflicht, sondern vielmehr auf die zivilrechtliche Treuepflicht der Gesellschafter gegenüber ihrer GmbH.
Zwar wird am Ende der Entscheidung[622] noch darauf hingewiesen, dass sich der Angeklagte auch wegen seines Abstimmungsverhaltens in den Gesellschafterversammlungen wegen einer Untreue strafbar gemacht haben könnte, dieses bezieht sich aber auf die Gesellschafterversammlungen der Kommanditgesellschaften, an denen er als Geschäftsführer der Komplementär- GmbH teilgenommen hatte.

---

[620] BGH wistra 1999 S.418, S.419.
[621] BGH NJW 2000 S.154, S.154.
[622] BGH NJW 2000 S.154, S.157.

f) BGH, Urteil vom 17.09.2001 („Bremer Vulkan“)

Eine der zentralen Aussagen dieses Urteils ist, dass die Vermögensbetreuungspflicht der B gegenüber der M- GmbH im Sinne des § 266 aus ihrer Stellung als beherrschendes Unternehmen gegenüber der M als beherrschter Gesellschaft folge.
„Aufgrund dieser Stellung war B in der Lage, auf M und ihre Geschäftsführung faktisch unbeschränkt Einfluss zu nehmen. .... Sie bestimmte allein darüber, in welcher Weise über die eingebrachten liquiden Mittel verfügt wurde. Diese bestand zwar nicht unbegrenzt. Da B über ihre unmittelbare und mittelbare Beteiligung an M deren Alleingesellschafterin war, hatte sie jedoch die Pflicht, das Vermögen von M insoweit zu betreuen, als sie bei ihren Dispositionen über Vermögenswerte der M durch angemessene Rücksichtnahme auf deren Eigeninteresse an der Aufrechterhaltung ihrer Fähigkeit, ihren Verbindlichkeiten nachzukommen, darauf zu achten hatte, dass sie die Existenz der M nicht gefährdete“

g) BGH, Urteil vom 13.05.2004 („Bremer Vulkan“)[623]

Im Hinblick auf den Sachverhalt kann auch hier auf den in der Einführung geschilderten Sachverhalt verwiesen werden, da es sich um das strafrechtliche Gegenstück zum Urteil des 2. Zivilsenats des BGH vom 17.09.2001 handelt.
An den Anfang der Ausführungen wird dabei der gesellschaftsrechtliche Grundsatz gestellt, dass der Alleingesellschafter oder die einverständlich handelnde Gesellschaftergesamtheit grundsätzlich berechtigt sei, auch formlos der Tochtergesellschaft Vermögenswerte zu entzeihen. Die Gesellschaft habe gegenüber ihren Gesellschaftern keinen Anspruch auf Gewährleistung ihres Bestandes, womit sie – sei es im Rahmen einer freiwilligen Liquidation, sei es im Rahmen eines Insolvenzverfahrens- die Existenz der Gesellschaft beenden könnten.[624]
Dennoch gebe es, was sowohl in der zivil- als auch in der strafgerichtlichen Rechtsprechung anerkannt sei, einen Bereich, der der Dispositionsmöglichkeit der Gesellschafter im Interesse anderer oder der Öffentlichkeit entzogen sei.[625] An dieser Stelle erfolgt dann ein Hinweis auf die Grenzen der Einwilligungsbefugnis der Gesellschafter- Stammkapital und Existenzgefährdung- und die Entscheidung des 2. Zivilsenats in Sachen „Bremer Vulkan“. Es wird aber offengelassen, ob sich die Vermögensbetreuungspflicht des Alleingesellschafters schon allein daraus ergebe, dass er verpflichtet sei, auf das Eigeninteresse der Gesellschaft- wiederum verstanden als das Gebot zur Respektierung des Stammkapitals und Erhaltung des zur Erfüllung der Verbindlichkeiten notwendigen Kapitals im Sinne eines Verbots der Existenzvernichtung- Rücksicht zu nehmen. Dabei könne es sich auch lediglich um eine Schranke der Dispositionsfreiheit handeln.[626]
Vielmehr wird darauf abgestellt, dass sich die Vermögenswerte der Tochtergesellschaften (VWS-GmbH und M(TW)- GmbH) sämtlich, entweder als Festgeldanlagen oder als Bestandteil des Cash

[623] BGH NJW 2004 S.2248ff.
[624] BGH NJW 2004 S.2248, S.2250.
[625] BGH NJW 2004 S.2248, S.2252.
[626] BGH NJW 2004 S.2248, S.2253.

Management- Systems, in der Einflusssphäre des Konzerns befanden. Materiell handele es sich um die Gewährung eines Darlehens, woraus sich die auf Wahrung fremder Vermögensinteressen gerichtete Betreuungspflicht im Sinne des § 266 ergebe.
Würden automatisch Gelder in ein Cash Management ohne Rücksicht auf bestehende Verbindlichkeiten eingespeist, löse das gesteigerte Sicherungspflichten aus, wenn auf diese Weise Vermögenswerte das Unternehmen verließen und innerhalb des Konzerns transferiert würden. Erreiche der Vermögenstransfer ein solches Ausmaß, dass die Erfüllung der eigenen Verbindlichkeiten des einlegenden Konzernmitglieds im Falle eines Verlusts gefährde, dann treffe die Muttergesellschaft eine Vermögensbetreuungspflicht im Hinblick auf die Rückzahlung der Gelder. Diese habe sie etwa durch eine ausreichende Besicherung zu gewährleisten.
Diese Pflichtenstellung der Muttergesellschaft werde auf ihre Geschäftsleitung nach § 14 I Nr.1 übergeleitet.[627]

2. Fazit

Fasst man diese Entscheidungen zusammen, kann man eine Entwicklung insoweit feststellen, dass zunächst auf die Stellung als faktischer Geschäftsführer abgestellt wurde. Von diesem Erfordernis wurde dann aber zugunsten einer mehr den Anforderungen und Möglichkeiten des Untreuetatbestandes angepassten Sichtweise abgerückt.
Nach allgemeiner Ansicht ist die diskutierte Figur des faktischen Geschäftsfrüheres im Rahmen des § 266 ein bloßes Scheinproblem, da diese Norm eine tatsächliche Treuebeziehung ausreichen lässt.[628] Die Frage, ob eine Person aufgrund ihrer tatsächlichen Einflussnahme faktisch dem Organ des Geschäftsführers gleichzusetzen ist, spielt daher keine Rolle. Entscheidend ist lediglich, dass die Person die Voraussetzungen der Vermögensbetretungspflicht erfüllt, was nach Ansicht des BGH dann der Fall sein soll, wenn ein schützenswertes Vertrauen in eine pflichtgemäße Wahrnehmung der Vermögensinteressen durch die tatsächliche Einflussnahme in Anspruch genommen wird.
Daraus lässt sich zunächst einmal der Schluss ziehen, dass nach der Ansicht des BGH die Gesellschafterstellung allein nicht ausreicht, um eine Vermögensbetreuungspflicht für das gesamte Gesellschaftsvermögen zu begründen. Demgemäss verwirklicht der Gesellschafter den Untreuetatbestand nicht schon dadurch, dass er dem Geschäftsführer eine Weisung gibt, deren Ausführung zu einer Schädigung des Gesellschaftsvermögens führt. Solange das Stammkapital nicht angegriffen und keine rechtsmissbräuchliche Existenzgefährdung herbeigeführt wird, hält er sich innerhalb seiner Dispositionsgrenzen.
Voraussetzung einer Vermögensbetreuungspflicht ist vielmehr eine herausgehobene Stellung, die der BGH in seinem Urteil vom 10.07.1996 nachvollziehbar- zieht man die von der Rechtsprechung im Rahmen der Gesamtschau genutzten Kriterien heran- bejaht hat.
Das fremdnützig typisierte Schuldverhältnis ergibt sich aus der tatsächlichen Einflussnahme auf die Geschäftsführung der abhängigen Gesellschaft. Auf diesem Wege hat der Angeklagte tatsächlich Pflichten übernommen und dabei auch mutmaßlich im Willen der Beteiligten gehandelt, denn

[627] BGH NJW 2004 S.2248, S.2253.
[628] Achenbach/ Wannemacher/ Seier § 21 II RN 215/ 219; LK/ Schünemann § 266 RN 125; Scholz/ Tiedemann Vor §§ 82ff GmbHG RN 15.

ansonsten hätten sich die Geschäftsführer der abhängigen Gesellschaft gegen seine Tätigkeit gewehrt und sich nicht in den Hintergrund drängen lassen.
Des Weiteren hatte er, indem er wichtige Vermögensangelegenheiten der abhängigen Gesellschaft selbst wahrnahm, Raum für eigenverantwortliche Entscheidungen, wobei sich dieser Spielraum erkennbar hauptsächlich auf die Vermögensfürsorge bezog.
Schließlich hat er Aufgaben im großen Umfang wahrgenommen und diese Tätigkeit dauerhaft ausgeübt.
Vergleicht man diese Punkte mit den schon genannten Voraussetzungen einer faktischen Geschäftsführung, so stellt man fest, dass der Angeklagte eine Position innehatte, die dem eines faktischen Geschäftsführers sehr nahe kam. Lediglich die überragende Stellung gegenüber den formal bestellten Organen fehlte, da auch dieser noch weiter umfangreiche Tätigkeiten ausübte.
Diese Position war in dem Sachverhalt, der dem Urteil vom 14.07.1999 zu Grunde lag, nicht gegeben, da der Angeklagte sich dort auf eine einmalige Weisung beschränkt hatte.
Folglich kann nach der Ansicht des BGH zwar auch der Gesellschafter grundsätzlich eine Vermögensbetreuungspflicht haben, dieses gilt aber nur unter engen Voraussetzungen, die denen einer faktischen Geschäftsführung angenähert sind.
In diese Systematik fügt sich das „Bremer Vulkan“ – Urteil nicht bruchlos ein.
Zwar wird hier, ebenso wie in der Entscheidung vom 10.07.1996, unter anderem auf die faktische Konzernierung abgestellt. In dem früheren Urteil wird aber festgestellt, dass der herrschende Gesellschafter auch in der Sphäre des beherrschten Unternehmens dominierend sein müsse, wohingegen der Zivilsenat betont, dass sich die Vermögensbetreuungspflicht allein aus der Stellung als beherrschendes Unternehmen ergebe. Entscheidend sei, dass die B- also die herrschende Gesellschaft und die Alleingesellschafterin- in der Lage war, faktisch unbeschränkt Einfluss zu nehmen, womit die bloße Möglichkeit der Einflussnahme in den Vordergrund gerückt wird.
Auf die tatsächliche Ausübung der Leitungsmacht komme es für die Vermögensbetreuungspflicht hingegen nicht an, so insbesondere auch nicht darauf, dass die B insoweit von ihrer Stellung Gebrauch gemacht habe, als sie die M- GmbH veranlasst habe, zunächst dem Liquiditätsverbund des B- Konzerns und später dem CC- Vertrag beizutreten. Die Aufzählung dieser Maßnamen dient nur dazu, die möglichen Tathandlungen näher zu konkretisieren, die zu einer Verletzung der Pflicht zur Vermögensfürsorge geführt haben könnten.
Des Weiteren soll lediglich eine dahingehend begrenzte Pflicht bestehen, der abhängigen Gesellschaft die Fähigkeit zu belassen, ihren Verbindlichkeiten nachzukommen. Aufgrund des Verweises „vgl. oben unter 1.“ wird deutlich, dass diese Verpflichtung unmittelbar aus den Grenzen der Dispositionsbefugnis der Gesellschafter über das Gesellschaftsvermögen- §§ 30ff GmbHG und Verbot der Existenzgefährdung- abgeleitet wird. Insoweit bestehe ein schutzwürdiges Eigeninteresse der Gesellschaft.
Die Ansicht des Zivilsenats ist also insoweit weiter, als die Möglichkeit der Einflussnahme ausreicht, andererseits aber auch enger, da nur ein bestimmter Teil des Gesellschaftsvermögens als von der Vermögensbetreuungspflicht geschützt angesehen wird.

III. Eine Vermögensbetreuungspflicht bejahende Stimmen im Schrifttum

Im Schrifttum gibt es mehrere Autoren, die eine Vermögensbetreuungspflicht des Gesellschafters

bejahen. Dabei werden aber unterschiedliche Ansatzpunke gewählt.
Zum Teil wird zwischen den einzelnen Konzernarten differenziert und versucht, basierend auf den jeweiligen Eigenarten der verschiedenen Organisationsstrukturen, eine Vermögensbetreuungspflicht des herrschenden Unternehmens herzuleiten.
Eine Vermögensbetreuungspflicht im faktischen Konzern ergebe sich aus einer Ingerenzgarantenstellung. Aus der Möglichkeit des herrschenden Unternehmens, auf die abhängige Gesellschaft einen beherrschenden Einfluss auszuüben, ergebe sich eine Gewinnchance, die aber nur realisierbar sei, wenn die Muttergesellschaft durch einen Akt ihre Entschlossenheit erkennen lasse, dass sie ihre Zielvorstellungen notfalls unter Einsatz der ihr zur Verfügung stehenden Machtmittel durchsetzen werde. Komme es zu einem solchen Erklärungsakt, wisse jedes einzelne Vorstandsmitglied und jeder einzelne Angestellte der abhängigen Gesellschaft, dass er ohne Gefährdung seiner persönlichen Stellung im Unternehmen diesen nicht ignorieren könne, was eine generelle Bereitschaft zur Folge habe, den Weisungen nachzukommen oder sogar das jeweilige Handeln anstatt am Eigeninteresse der GmbH am Konzerninteresse auszurichten. Folglich werde der ansonsten durch die §§ 76, 93 AktG gegebene Schutz für das Gesellschaftsvermögen beseitigt und eine Gefährdungslage für dieses begründet[629], was die Entstehung einer Vermögensbetreuungspflicht für das herrschende Unternehmen zur Konsequenz habe.[630] Eine Strafbarkeit nach § 266 StGB komme daher auch im Hinblick auf § 311 AktG unter folgenden Voraussetzungen in Betracht:
- Erstens müsse eine Weisung erteilt werden, die die abhängige Gesellschaft benachteilige.
- Zweitens müsse es an der Bereitschaft fehlen, den verursachten Vermögensschaden auszugleichen.[631]

Des Weiteren wird eine Vermögensbetreuungspflicht des Gesellschafters insoweit angenommen, als es um das Kapital geht, dass der ordentliche Geschäftsmann der GmbH in ihrer jeweiligen tatsächlichen Situation zur Verfügung gestellt oder belassen hätte.
Zwar sei der Gesellschaftszweck selbst disponibel und daher die Grenzziehung zwischen untreuerelevantem und straflosem Verhalten problematisch, der obige Grundsatz, der aus dem Rechtsgedanken der §§ 32a und b GmbHG folge, könne aber zur Konkretisierung herangezogen werden.
Eine Vermögensbetreuungspflicht bestehe demgemäss auf jeden Fall im Hinblick auf das Kapital, das der Abdeckung der Stammkapitalziffer diene und die notwendige Liquiditätsreserve darstelle. Des Weiteren sei es dem Gesellschafter untersagt, die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft erheblich zu beeinträchtigen.[632]
Zur Begründung der Annahme, der Gesellschafter habe diese Pflicht zur fremdnützigen Vermögensfürsorge, wird darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung sowohl für den Aufsichtsrat als auch die persönlich haftenden Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft auf Aktien eine Treuepflicht im Sinne des § 266 angenommen habe.[633]
Nach einem weiteren Ansatz ist ebenso wie im Hinblick auf das Problem eventueller Dispositionsgrenzen der Anteilseigner die Feststellung, dass die GmbH eine eigene Rechtspersönlichkeit habe, Ausgangspunkt zur Klärung der Frage einer Vermögensbetreuungspflicht des Gesellschafters.

---

[629] Ewald S.206- 208.
[630] Ewald S.218.
[631] Ewald S.219.
[632] Richter GmbHR 1984 S.137, S.145.
[633] Richter GmbHR 1984 S.137, S.144.

Folglich könnten die Gesellschafter als Organ der juristischen Person zwar grundsätzlich für diese in eine Vermögensschädigung einwilligen, an die Stelle des freien Beleibens des Vermögensinhabers trete aber nicht ein gleiches Belieben des Organs. Strafrechtlich schlügen vielmehr Bindungen aus dem Innenverhältnis wie zum Beispiel im Rahmen des § 266 Pflichten aus dem rechtlich oder tatsächlich begründeten Treueverhältnis zur GmbH durch.[634]
Die Grenze für ein pflichtgemäßes Verhalten der Gesellschafter sei erreicht, wenn die Existenz der GmbH gefährdet werde, was auch auf andere Weise als durch Eingriff in das Stammkapital erfolgen könne.[635] Missachteten die Gesellschafter diese Treuebindung, gehörten sie trotz und zugleich wegen der Einwilligung zusammen mit dem ausführenden Geschäftsführer zur Täterseite. Insoweit seien die Gesellschafter ihrer Gesellschaft als oberstes Organ ebenso wie die Geschäftsführer und die Aufsichtsratsmitglieder zur Vermögensfürsorge verpflichtet.[636] Der Annahme einer täterschaftlichen Verwirklichung stünden folglich Tatbestandsmerkmale des § 266 nicht entgegen.
In der Regel gehe es dabei um Verfügungen, durch die die Anteilseigner sich oder ihnen nahestehenden Personen auf Kosten der GmbH erhebliche Vermögensvorteile verschafften. Bei einer solchen Sachlage seien sie aufgrund der obigen Ausführungen neben dem Geschäftsführer regelmäßig Mittäter gemäß § 25 II.
Damit liege es im Hinblick auf den Geschäftsführer- Alleingesellschafter der Einmann- GmbH auf der Hand, dass der Geschäftsführer als gesetzlicher Vertreter der GmbH bei einer gegen ihr Vermögen gerichteten Tat nicht deswegen straffrei bleiben könne, weil er selbst als Gesellschafter unter Verletzung der oben genannten Treuepflichtgrenzen und damit als Täter an Stelle der Verletzten in die Schädigung einwillige. Eine selbst ungetreue und gesetzeswidrige Einwilligung könne den Tatbestand des § 266 nicht ausschließen.[637]
Schließlich wird die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht des Gesellschafters auf deren gesellschaftsrechtliche Treuepflicht gegenüber der GmbH gestützt.
Auch bei der unverbundenen GmbH sei das Gesellschaftsinteresse nicht uneingeschränkt mit den Gesellschafterinteressen gleichzusetzen. Denn mit dem Interesse der werbenden GmbH am Bestandserhalt sei ein Gesellschaftsinteresse am Gesellschaftsvermögen umschrieben, welches, abgesehen von einer Liquidation im Rahmen der §§ 65ff GmbHG, auch die Zwecksetzungsbefugnis der Gesellschafter einschränke. Könnten die Gesellschafter folglich nicht frei über den Gesellschaftszweck verfügen, seien sie aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht gegenüber der GmbH auch verpflichtet, dieses Bestandinteresse insoweit zu respektieren, als sie durch entsprechende Maßnahmen die Existenzfähigkeit der GmbH nicht in Frage stellen dürften.[638]
Diese Treuepflicht sei auch intensiv genug, um von einer besonderen Vermögensfürsorgepflicht im Sinne des § 266 oder sogar von einer Stellung des Gesellschafters als Garant für die Existenz der GmbH sprechen zu können, da die Gesellschafter als notwendiges Willensbildungsorgan selbständig und in eigener Überlegung erfordernder Art und Weise über die Angelegenheiten der GmbH entschieden. Dabei würden sie auch im Interesse der Gesellschaft als Geschäftherrin tätig, da entweder – wenn die Dispositionsgrenzen eingehalten würden- das Gesellschaftsinteresse mit dem

[634] Gribbohm ZGR 1990 S.1, S.20.
[635] Gribbohm ZGR 1990 S.1, S.18/ 19.
[636] Gribbohm ZGR 1990 S.1, S.21.
[637] Gribbohm ZGR 1990 S.1, S.23.
[638] Wodicka S.304.

der Gesellschafter identisch sei oder aber das Gesetz das Gesellschaftsinteresse in der Gestalt des Bestandinteresses und damit auch das Gesellschafterinteresse festlege.[639]
Im Übrigen sei anerkannt, dass es sich bei der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht um eine Hauptpflicht handele.
Schließlich stehe der Vermögensbetreuungspflicht ebenfalls nicht entgegen, dass der Geschäftsführer gemäß § 43 I GmbHG wesentliche Kontrollfunktionen zum Schutz der GmbH auszuüben habe und nichtige Gesellschafterbeschlüsse nicht ausführen dürfe.
Insbesondere stehe einer effektiven Kontrolle der Gesellschafter durch den Geschäftsführer entgegen, dass die Anteileigner ihn jederzeit gemäß § 38 I GmbHG ohne besondere Begründung abberufen könnten. Wegen dieses Abhängigkeitsverhältnisses und des legitimen Interesses des Geschäftsführers am Erhalt seines Arbeitsplatzes sei somit eher von einem bestimmenden und entscheidenden, das Gesellschaftsvermögen auch direkt gefährdenden Einflussnamemöglichkeit auszugehen.

IV. Stellungnahme- Der sich auf Gesellschafteraufgaben beschränkende Gesellschafter

Meines Erachtens ist der Gesellschafter seiner Gesellschaft gegenüber vermögensbetreuungspflichtig, wobei sich diese besondere Pflichtenstellung im Sinne des § 266 aber nur auf einen Teilbereich des Gesellschaftsvermögens bezieht.
Dieser besteht aus dem Kapital, das
(a) zur Abdeckung der Stammkapitalziffer
(b) zur Bedienung der Forderungen der Gesellschaftsgläubiger (Aspekt der Existenzgefährdung)
erforderlich ist.

1. Die eingliedrige Gesellschaft

a) Überprüfung anhand der notwendigen Merkmale einer Vermögensbetreuungspflicht

aa) Fremdnützigkeit

Eine Vermögensbetreuungspflicht setzt zum einen ein fremdnützig typisiertes Schuldverhältnis voraus, d.h. erforderlich ist eine besonders qualifizierte Garantenstellung zu dem fremden Vermögen, die die Verfolgung der wirtschaftlichen Ziele des Geschäftsherren umfasst und damit in der Regel zugleich auf eine Vermögensmehrung gerichtet ist.
Nach der oben als zutreffend erkannten Ansicht ist allein die GmbH als juristische Person Inhaberin des Gesellschaftsvermögens und handelt es sich folglich aus der Sicht der Gesellschafter um Fremdvermögen. Damit nehmen die Gesellschafter bei Ausübung ihrer Funktion als notwendiges Willensbildungsorgan und der Festlegung des Kapitaleinsatzes fremde Vermögensinteressen wahr, die sich aber nur dann von ihren eigenen unterscheiden, wenn die geschilderten Konsequenzen, d.h. Verstoß gegen § 30 I GmbHG oder rechtsmissbräuchliche Existenzgefährdung, herbeigeführt werden. Diese teilweise Übereinstimmung ändert aber nichts an der Tatsache, dass die Gesellschaf-

[639] Wodicka S.311.

ter bei formaler Betrachtung primär die wirtschaftlichen Interessen der GmbH als Geschäftsherren und damit auf diesem Umweg nur mittelbar ihre eigenen Interessen verfolgen. Dieser „Umweg“ ist aber notwendig, da eine andere Betrachtungsweise den die Gesellschaftsform der GmbH prägenden Grundsätzen der Vermögenstrennung und der Kapitalerhaltung, die als Rechtfertigung der Haftungsbeschränkung aus § 13 II GmbHG dienen, nicht gerecht werden würde.[640] Das Kapitalerhaltungsgebot macht aus dem dem Stammkapital entsprechenden Gesellschaftsvermögen, wie sich insbesondere aus § 30 I GmbH und der Rückzahlungsverpflichtung aus § 31 GmbHG ergibt, indisponibles Fremdvermögen. Zwar ist das Auszahlungsverbot unmittelbar nur an den Geschäftsführer adressiert, die umfassende Pflicht zur Rückzahlung zeigt aber, dass auch die Gesellschafter verpflichtet sind, das rechnerisch der Stammkapitalziffer entsprechende Vermögen der GmbH zu erhalten, bzw. wiederherzustellen. Hier endet die Allzuständigkeit der Gesellschaftergesamtheit als dem obersten Willensbildungsorgan.[641]

Die Adressierung des Auszahlungsverbots an den Geschäftsführer befreit daher den Gesellschafter nicht, sondern ist lediglich eine Konsequenz der Kompetenzverteilung innerhalb der GmbH. Der Geschäftsführer ist die Person, die die Gesellschaft leitet und auch vertritt. Nur er handelt nach den Vorgaben des GmbHG für die GmbH, womit auch nur er der Adressat eines Verbots sein kann, dass die Auszahlung von Gesellschaftsvermögen betrifft.

Eine Adressierung an die Gesellschafter mache hingegen keinen Sinn, da ihnen diese Kompetenz fehlt.[642]

Des Weiteren ist der Gesellschafter, der seiner eigenen Gesellschaft durch Vermögensentzug zu seinem Vorteil schaden will, nicht der Regelfall. Bestünde der einzige Sinn und Zweck dieser juristischen Person in der Eröffnung einer Möglichkeit für unlautere Geschäftsleute, die Gläubiger und andere Kapitalgeber durch Ausnutzung der beschränkten Haftung um ihr Geld zu bringen, hätte sie keine Existenzberechtigung. Vielmehr ist es der wirtschaftliche Normalfall, von dem auch der Gesetzgeber als Leitbild bei Schaffung der GmbH ausging, dass die Anteilseigner versuchen, durch eine vernünftige Geschäftspolitik das Vermögen der Gesellschaft und damit mittelbar ihr eigenes zu mehren[643], wobei die Haftungsbegrenzung das wirtschaftliche Risiko vermindern soll. Folglich handelt es sich um ein fremdnützig und nur mittelbar eigennützig typisiertes Schuldverhältnis.

bb) Eigenverantwortlichkeit

Zwar setzt eine Vermögensbetreuungspflicht nach dem hier vertretenen Ansatz nicht voraus, dass der Täter die Befugnis zur eigenverantwortlichen Ermessensentscheidung hat, er muss dazu aber zumindest die rechtliche Möglichkeit haben. Erforderlich ist also, dass die betreffende Person im Sinne einer Geschäftsbesorgung Raum für eigenverantwortliche Entscheidungen hat, wobei aber allgemeine Richtlinien oder Zielvorgaben des Geschäftsherren dem nicht entgegenstehen.

Der Gesellschafter kann aufgrund seiner Allzuständigkeit über das Vermögen der GmbH in den oben genannten Grenzen nach Belieben und unter fast völliger Entmachtung des Geschäftsführers

---

[640] BGH NJW 2002 S.3024, S.3025; Radtke GmbHR 1998 S.361, S.367.
[641] BGH NJW 2003 S.2996, S.2998; NJW 2003 S.2924, S.2926; NJW 2002 S.3024, S.3025; Radtke GmbHR 1998 S.361, S.367.
[642] Radtke GmbHR 1998 S.361, S.367.
[643] BGH NJW 2004 S.2248, S.2253; Wodicka S.310/ 311.

durch Weisungen disponieren. Er kann es der Gesellschaft belassen, im Wege der formellen Entscheidungsverfahren durch Gewinnverwendungsbeschluss oder auch durch eine verdeckte Gewinnausschüttung an sich auskehren. Demgemäss sind die Anteilseigener weitestgehend selbständig in der Ausübung ihrer Tätigkeit.

cc) Fazit

Die notwendigen Merkmale der Vermögensbetreuungspflicht sind gegeben. Insbesondere findet sie in § 30 I GmbHG– Gebot der Stammkapitalerhaltung- und § 73 GmbHG - Bestandinteresse[644]- eine gesetzliche Grundlage, womit es sich um eine dem Gesellschafter kraft Gesetzes obliegende Pflicht handelt. Mithin kommt es nicht darauf an, ob der Gesellschafter ein schützenswertes Vertrauen in eine pflichtgemäße Wahrnehmung der Vermögensinteressen hervorgerufen hat.

b) Tatbestand des § 266

Im übrigen ist gegen das Argument, eine Vermögensbetreuungspflicht des Gesellschafters sei zu verneinen, da er nicht Teil des Tatbestandes des § 81 GmbHG a.F. gewesen sei, einzuwenden, dass § 266 die GmbH- Untreue zwar mit einschließt und vollständig umfasst. Dieses bedeutet aber nicht, dass der Tatbestand des § 266 zwingend genauso eng ist wie der des § 81 GmbHG a.F., sondern aufgrund der Wortwahl „einschließen“ und „umfassen“ in der Begründung des Gesetzgebers zur Aufgabe der GmbH- rechtlichen Spezialvorschrift[645] erscheint es vielmehr als wahrscheinlicher, dass die strafrechtliche Norm mit ihren allgemeinen Merkmalen sogar noch weiter reicht, womit der Gesellschafter nicht schon von vornherein aus dem möglichen Täterkreis ausgeschlossen werden kann.[646] Und sollte es tatsächlich der Wille des Gesetzgebers gewesen sein, mit § 81 GmbHG a.F. den Gesellschafter auszuschließen, so ist diese Begrenzung mit der Abschaffung dieser Norm aufgegeben worden.

c) Die Rechtsbegrenzung als typisches Merkmal der Vermögensbetreuungspflicht

Gegen das Argument, eine Vermögensbetreuungspflicht scheide deswegen aus, weil es sich bei dem Stammkapitalerhaltungsgebot und dem Verbot rechtsmissbräuchlicher Existenzgefährdung lediglich um die Beschränkung eigener Interessenverfolgung handele, spricht, dass es sich erstens aufgrund vorstehender Erläuterungen um ein fremdnütziges Schuldverhältnis und damit ummittelbar um die Verfolgung fremder Interessen geht.
Zweitens ist es ein typisches Merkmal der besonderen Treuepflicht im Sinne des § 266, dass durch sie Beschränkungen hervorgerufen werden.

---

[644] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 30 V 2..
[645] Scholz/ Tiedemann vor §§ 82ff GmbHG RN 11; Geilen vor § 399 AktG RN 5; Otto vor § 399 AktG RN 18; Gribbohm ZGR 1990 S.1, S.10.
[646] Gribbohm ZGR 1990 S.1, S.9.

Betrachtet man den Geschäftsführer, der unstreitig tauglicher Täter des § 266 ist, hat er mit seiner Bestellung grundsätzlich eine freie Verpflichtungs- und Verfügungsbefugnis über das Gesellschaftsvermögen erhalten. Unabhängig von seinen Folgen verpflichtet jedes Rechtsgeschäft, das er im Namen der GmbH abschließt, die Gesellschaft, es sei denn, es ist gemäß §§ 125, 134, 138 BGB oder aus anderen Gründen nichtig.
In der Praxis wird der Geschäftsführer diese Befugnisse regelmäßig aber insoweit nicht ausüben, als die Ausübung gegen die Grundsätze eines ordentlichen Kaufmannes verstößt, da erstens damit die Tatbestandsvoraussetzungen eines Schadensersatzanspruches nach § 43 II GmbHG vorliegen könnten.
Zweitens ist er aber, wie oben schon festgestellt, der Gesellschaft gegenüber vermögensbetreuungspflichtig. Folglich drohen dem Geschäftsführer strafrechtliche Konsequenzen, wenn er vorsätzlich gegen das Schädigungsverbot verstößt und das Gesellschaftsvermögen vermindert.
Diese Erläuterungen zeigen, dass die Vermögensbetreuungspflicht auch für den Geschäftsführer eine Beschränkungsfunktion hat, wobei der einzige Unterschied zur Vermögensbetreuungspflicht des Gesellschafters darin liegt, dass letztere nicht so weitreichend ist. Dem Gesellschafter ist es lediglich untersagt, dasjenige Gesellschaftsvermögen zu vermindern, dass durch § 30 I GmbHG geschützt oder zur Aufrechterhaltung der Lebensfähigkeit der Gesellschaft erforderlich ist. Allein dieses „Weniger“ an geschütztem Vermögen rechtfertigt aber nicht den Schluss, eine Vermögensbetreuungspflicht sei zu verneinen.

d) Keine Inkongruenz von Straf- und Gesellschaftsrecht

Unzutreffend ist auch die Aussage, durch die Annahme einer Vermögensbeetreuungspflicht käme es zu einer Inkongruenz zwischen Straf- und Gesellschaftsrecht, da Verstöße gegen die zivilrechtliche Treuepflicht lediglich zu einer Anfechtbarkeit, nicht aber zu einer Nichtigkeit der Gesellschafterbeschlüsse führten. Deswegen sei auch eine Erfassung durch das Strafrecht nicht möglich.
Dem ist insoweit zuzustimmen, als die bloße Anfechtbarkeit des Gesellschafterbeschlusses zur Folge hat, dass der Geschäftsführer, insbesondere wenn die Anfechtungsfrist schon abgelaufen oder mit einer Anfechtung nicht zu rechnen ist, zur Ausführung der Weisung verpflichtet ist, oder, wenn es sich um eine Zustimmung handelt, durch den Beschluss entlastet wird. Eine strafrechtliche Haftung kommt nicht in Betracht.
Demgemäss ist den Gesellschaftern ein solches Vorgehen erlaubt und steht es dabei lediglich unter dem Vorbehalt, dass die Gesellschafterminderheit ihre Rechte geltend macht. Nähme man nun dennoch eine aus der zivilrechtlichen Treuepflicht abgeleitet Vermögensbetrauungspflicht an und sähe man in jedem Verhalten, dass einen Verstoß gegen die zivilrechtliche Treupflicht verstößt, auch einen Pflichtverstoß im Sinn des § 266, wäre die Inkongruenz zwischen dem Straf- und Gesellschaftsrecht offensichtlich.
Gesellschaftsrechtlich wäre der Beschluss verbindlich und die Möglichkeit seiner Herbeiführung eröffnet, andererseits erfolgte aber eine Sanktionierung durch § 266. Gleichzeitig bliebe aber der Geschäftsführer gerade aufgrund dieses Beschlusses straflos.
Dem ist aber entgegenzuhalten, dass es im Hinblick auf den Gesellschafter um Beschlüsse geht, die entweder
- gegen das Stammkapitalerhaltungsgebot (§ 30 I GmbHG) verstoßen

oder
-, soweit sie umgesetzt werden, zu einer rechtsmissbräuchlichen Existenzgefährdung der GmbH führen.
Solche Beschlüsse sind aber ebenso wie Weisungen auf informellem Wege nach gesellschaftsrechtlicher Wertung nicht nur anfechtbar, sondern vielmehr nichtig. Folglich könne sie auch den Geschäftsführer nicht entlasten und hat ihre Befolgung eventuell eine Sanktionierung nach § 266 zur Konsequenz.
Sind sie aber nichtig, sind diese Beschlüsse nach gesellschaftsrechtlicher Sichtweise verboten und demgemäss kein Wertungswiderspruch vorhanden, wenn der Gesellschafter ebenso den Tatbestand des § 266 verwirklicht.

e) Partielle Vermögensbetreuungspflicht

Gegen die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht des Gesellschafters spricht auch nicht, dass sie sich nur auf einen bestimmten Teil des Gesellschaftsvermögens beziehen soll.
Eine solche partielle Vermögensbetreuungspflicht ist von der Rechtsprechung zum Beispiel angenommen worden für
(1) den Hausverwalter gegenüber den Wohnungseigentümern.[647] Seine besondere Pflichtenstellung kann sich nur auf die Eigentumswohnungen und damit auf einen abgegrenzten Vermögensteil beziehen, da sich andere Vermögenswerte nicht in seinem Einflussbereich befinden.
(2) den Minister gegenüber dem Staat hinsichtlich der Rechtsträgerschaft seines Ministeriums unterstellter Grundstücke.[648]
(3) das herrschende Unternehmen gegenüber der beherrschten Gesellschaft.[649] In dem zugrundeliegenden Urteil stellt der Bundesgerichtshof, wie oben schon erläutert fest, dass die Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 aus der Stellung als herrschendes Unternehmen folge.
„Diese bestand zwar nicht unbegrenzt. Da B über ihre unmittelbare und mittelbare Beteiligung an M deren Alleingesellschafterin war, hatte sie jedoch die Pflicht, das Vermögen von M insoweit zu betreuen, als sie bei ihren Dispositionen über Vermögenswerte der M durch angemessene Rücksichtnahme auf deren Eigeninteresse an der Aufrechterhaltung ihrer Fähigkeit, ihren Verbindlichkeiten nachzukommen, darauf zu achten hatte, dass sie die Existenz der M nicht gefährdete“

f) Die Vermögensbetreuungspflicht als Konsequenz der internen Kompetenzverteilung

Diese partielle Vermögensbetreuungspflicht ist eine Konsequenz der Machtverteilung innerhalb der GmbH. Wie schon festgestellt, sind die Gesellschafter das oberste Willensbildungsorgan der Gesellschaft. Ihnen steht gegenüber den Geschäftsführern ein Weisungsrecht zu und sie treffen alle grundlegenden Entscheidungen innerhalb der GmbH, indem sie zum Beispiel den Zweck der Gesellschaft festlegen, über die Kapitalausstattung entscheiden oder die Auflösung beschließen. Diese Kompetenzverteilung hat Ransiek dazu veranlasst, festzustellen, dass die GmbH als Vermö-

[647] BGHSt 41 S.224, S.227.
[648] BGH NJW 1999 S.1489, S.1489.
[649] BGH NJW 2001 S.3622, S.3623.

gensinhaberin ihren Gesellschaftern ausgeliefert sei, nicht aber dem ihnen untergeordneten Geschäftsführer.[650]
Dann ist es aber nur konsequent, dem übergeordneten Organ eine besondere Pflichtenstellung aufzuerlegen, wenn das untergeordnete Organ unstreitig der GmbH gegenüber vermögensbetreuungspflichtig ist.
Ansonsten käme für den Gesellschafter, der den Geschäftsführer angewiesen hat, eine Kapitalausschüttung entgegen § 30 I GmbHG vorzunehmen –was dieser dann tatsächlich auch getan hat- maximal eine Bestrafung als Anstifter in Betracht. Zwar führen sowohl Anstiftung als auch Täterschaft zu einer gleichen Strafandrohung, dennoch werden dadurch die oben geschilderten Verantwortungsverhältnisse verkehrt.[651]
Sicher kann man gegen diese Argumentation einwenden, dass es nun einmal eine Eigenart der Sonderdelikte- um ein solches handelt es sich bei der Untreue aufgrund des Erfordernisses einer Vermögensbetreuungspflicht- ist, dass derjenige, der den eigentlichen Anstoß zu der Tat gibt und eventuell die Voraussetzungen eines Mittäters erfüllt, das Sonderdelikt nicht täterschaftlich verwirklichen kann und daher solche Wertungsfragen unberücksichtigt bleiben müssen. Für eine Täterschaft ist eben eine besondere subjektive Eigenschaft wie insbesondere die als Amtsträger erforderlich, die auch den höheren Strafrahmen des Delikts rechtfertigt.
Dieser Hinweis auf die Sonderdelikte der Amtsträger zeigt aber auch, dass die Situation bei der GmbH eine andere ist. Hier ist es niemand von außen, der auf den Geschäftsführer einwirkt, sondern jemand, der vielmehr Teil der Organisationsstruktur ist und diese- wie schon festgestelltdominiert. Der Gesellschafter ist ebenso Organ wie der Geschäftsführer, womit es gerechtfertigt erscheint, bei der GmbH auch diesen Wertungsgesichtspunkt in die Argumentation einzubeziehen.

2. Die GmbH ohne Mehrheits- oder Alleingesellschafter

In einer GmbH ohne Mehrheits- oder Alleingesellschafter trifft den Gesellschafter ebenfalls eine solche Vermögensbetreuungspflicht. Zur Begründung kann dabei erstens auf die unter 1. geschilderten Argumente hingewiesen werden. Zweitens hat er gegenüber einem Mehrheitsgesellschafter (dazu unten 3.) kein gesteigertes Einflusspotential.

3. Die mehrgliedrige Gesellschaft mit einem Mehrheitsgesellschafter- das Schädigungsverbot

Wie oben schon dargestellt, besteht in der mehrgliedrigen GmbH unabhängig von einer eventuellen Abhängigkeit insbesondere zum Schutz der Gesellschafterminderheit eine gesteigerte mitgliedschaftliche Treuepflicht, die dem Mehrheitsgesellschafter jede schädigende Einflussnahme auf die Gesellschaft untersagt.
Fraglich ist damit, ob den Mehrheitsgesellschafter der mehrgliedrigen Gesellschaft im Interesse des Minderheitenschutzes eine erweiterte Vermögensbetreuungspflicht im Hinblick auf das gesamte Gesellschaftsvermögen- also nicht nur den Teil, der zur Abdeckung der Stammkapitalerhaltungsziffer und zur Befriedigung der Forderungen der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist- trifft. Damit

[650] Ransiek, in: FS für Kohlmann S.221.
[651] Ransiek, in: FS für Kohlmann S.220.

würde die jede Herbeiführung eines Nachteils für die Gesellschaft ein untreuerelevantes Verhalten darstellen.
Eine solche Pflichtenstellung hätte zur Folge, dass die unter Umgehung oder Überstimmung der Gesellschafterminderheit erfolgende Weisung an den Geschäftsführer zu einer verdeckten Gewinnausschüttung, vorausgesetzt, der Geschäftsführer befolgt die Weisung, zu einer Untreuestrafbarkeit des Mehrheitsgesellschafters führen würde, da das Vermögen der GmbH vermindert wird.

a) Inhalt des gesellschaftsrechtlichen Schädigungsverbots

Untersagt ist jede schädigende Einflussnahme.[652] Ohne Bedeutung ist dabei, auf welche Art und Weise die Einflussnahme erfolgt, womit sowohl Einwirkungen auf die Geschäftsführer im Rahmen der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung über Beschlüsse der Gesellschafterversammlung als auch direkte Weisungen außerhalb des gesetzlich vorgesehenen Weges erfasst werden.
Abgeleitet wird dieses Schädigungsverbot ausschließlich aus der Treuepflicht der Gesellschafter untereinander[653], da den Alleingesellschafter gegenüber der Einmann- GmbH nur zwei Treupflichten treffen:
(1) Erhaltung des nach § 30 I GmbHG geschützten Kapitals,
(2) Verbot der rechtsmissbräuchlichen Existenzgefährdung.[654]

b) Vermögensbetreuungspflicht

aa) gegenüber der Gesellschaft

Diese Ableitung des Schädigungsverbots spricht gegen eine weitergehende Vermögensbetreuungspflicht des Mehrheitsgesellschafters.
Das Gebot der Stammkapitalerhaltung und das Bestandsinteresse der Gesellschaft finden in § 30 I und 73 GmbHG ihre gesetzliche Grundlage.[655] Zwar wird damit mittelbar ein Schutz der Gesellschaftsgläubiger erzielt, unmittelbar geht es aber um ein gesetzlich anerkanntes Eigeninteresse der GmbH, das die Annahme einer (partiellen)Vermögensbetreuungspflicht des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft rechtfertigt.
Demgegenüber ergibt sich das Schädigungsverbot nicht aus einer gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht des Gesellschafters gegenüber der juristischen Person, sondern aus der Beziehung zu seinem Mitgesellschafter.
Folglich kann das Schädigungsverbot auch nicht die Grundlage einer weitergehenden Vermögensbetreuungspflicht des Mehrheitsgesellschafters gegenüber der GmbH sein.
Hierfür spricht des Weiteren, dass im Hinblick auf die Frage nach den Dispositionsgrenzen des Mehrheitsgesellschafters über das Gesellschaftsvermögen im Rahmen dieser Untersuchung festge-

---

[652] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 30 III 1 a); Burgard ZIP 2002 S.827, S.834.
[653] BGHZ 65 S.15, S.18/ 19; Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 30 III 1a); Flum S.233.
[654] BGH NJW 2003 S.2996, S.2998; NJW 2003 S.2924, S.2926; NJW 2002 S.3024, S.3025; Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 30 V 2..
[655] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 30 V 2..

stellt worden ist, dass diese mit denen des Alleingesellschafters oder der im Einverständnis handelnden Gesellschaftergesamtheit identisch sind.
Zieht man in diesem Zusammenhang das obige Beispiel einer verdeckten Gewinnausschüttung heran, ergibt sich, dass ein solcher von einem Mehrheitsgesellschafter herbeigeführter Beschluss der Gesellschafterversammlung wirksam ist. Die Annahme einer Nichtigkeit scheidet aus, da diese nur bei Entscheidungen, die wie zum Beispiel eine Anordnung an den Geschäftsführer, deren Befolgung aufgrund eines vollständigen Liquiditätsentzuges zu einer Existenzgefährdung der GmbH führen würde, den unternehmerischen Ermessensspielraum grob überschreiten, in Frage kommt. Eine solche Existenzgefährdung führt eine verdeckten Gewinnausschüttung jedoch nicht zwangsläufig herbei.
Demgemäss ist der Beschluss lediglich anfechtbar und liegt es in der Hand des Minderheitsgesellschafters, seine Rechte durchzusetzen. Unterlässt er dies, wird der Beschluss zum fortdauernden Willen der Gesellschaft und ist er auch für den Geschäftsführer bindend und damit gleichzeitig entlastend im Hinblick auf § 266.
Nähme man nun eine Vermögensbetreuungspflicht des Mehrheitsgesellschafters im Hinblick auf das Schädigungsverbot an, hätte er mit Erwirkung des Gesellschafterbeschlusses den Tatbestand des § 266 verwirklicht, da in der Beschlussfassung die Herbeiführung einer konkreten Gefahr für das Gesellschaftsvermögen zu sehen ist. Diese konkrete Gefahr folgt aus dem Umstand, dass der Geschäftsführer aufgrund der internen Kompetenzverteilung diesen Beschluss wahrscheinlich umsetzen wird.
Aber auch wenn man darin keine konkrete Vermögensgefährdung sehen will, tritt der Vermögensschaden spätestens mit der Durchführung ein.
Setzt man nun voraus, dass tatsächlich Unanfechtbarkeit des Beschlusses durch Ablauf der Anfechtungsfrist eintritt, scheidet eine Strafbarkeit des Geschäftsführers nach § 266 aus, der Gesellschafter hat aber den Untreuetatbestand verwirklicht.
Dieses Ergebnis stellt eine Verletzung des Grundsatzes dar, dass das Strafrecht ein Verhalten nicht sanktionieren darf, das gesellschaftsrechtlich erlaubt ist. Dem Gesellschafter ist gesellschaftsrechtlich die Möglichkeit eröffnet, den Geschäftsführer verbindlich zu gesellschaftsschädigenden Maßnahmen anzuweisen. Dann darf das Strafrecht daran aber keine Sanktion knüpfen.
Dieses Ergebnis wäre auch in sich widersprüchlich, da derjenige, der eine gesellschaftsrechtlich verbindliche und strafrechtlich entlastend wirkende Weisung erteilen kann, sich selbst strafbar machen würde.
Kann der Mehrheitsgesellschafter also über das nicht der Abdeckung der Stammkapitalziffer und der Existenzsicherung dienende Kapital bei strafrechtlicher Betrachtung frei verfügen, kann dahingehend auch keine Vermögensbetreuungspflicht bestehen.[656]

bb) Gegenüber dem oder den Minderheitsgesellschaftern

Besteht demgemäss also keine erweiterte Vermögensbetreuungspflicht des Mehrheitsgesellschafters gegenüber der GmbH, könnte eine solche aber gegenüber dem Minderheitsgesellschafter bestehen.

[656] ebenso Wodicka S.315.

So hat der Bundesgerichtshof in mehreren Entscheidungen zu Personengesellschaften eine Untreue des geschäftsführenden Gesellschafters, der mit Zustimmung eines Teils der Gesellschafter vermögensschädigende Maßnahmen durchgeführt hatte, nur zum Nachteil der nicht zustimmenden Gesellschafter angenommen.[657]

(1) Fremdnützig typisiertes Schuldverhältnis

Zwischen den Gesellschaftern bestehen Treuepflichten und damit auch ein Schuldverhältnis. Dieses ist auch fremdnützig im Hinblick auf Vermögensinteressen typisiert, da das Schädigungsverbot dem Schutz des Minderheitsgesellschafters dienen soll, dem durch die Beschlüsse des Mehrheitsgesellschafters eine Minderung des Wertes seiner Anteile droht.
Zu berücksichtigen ist aber, dass die Treuepflicht der Gesellschafter untereinander anders als die Treuepflicht des Gesellschafters gegenüber der GmbH in §§ 30 I, 73 GmbHG keine gesetzliche Grundlage besitzt.
Allenfalls könnte sich eine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber dem Minderheitsgesellschafter daher aus einem Treueverhältnis ergeben, was nach der Rechtsprechung aber voraussetzt, dass mit der faktischen Einflussnahmemöglichkeit ein schützenswertes Vertrauen in eine Wahrnehmung der fremden Vermögensinteressen verbunden ist.
Diese Voraussetzungen liegen nicht vor.
Betrachtet man die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes, in denen dieses Kriterium verwendet und auch das Vorliegen seiner Voraussetzungen bejaht wurde, ging es jeweils um Sachverhalte, in denen sich eine Person in eine bestimmte Aufgabe hereingedrängt hatte oder ihr zumindest solches vorgeworfen worden war. So ging es in dem Urteil vom 14.07.1999 um eine faktische Geschäftsführung.
Erforderlich ist also eine Sachlage, in der eine Person Aufgaben wahrnimmt, die über die hinausgehen, die mit seiner formalen Stellung verbunden sind.
Dies ist aber beim Mehrheitsgesellschafter nicht der Fall, wenn er mit seiner Anteilsmehrheit einen gesellschaftsschädigenden Beschluss durchsetzt. Die Ausübung seines Stimmrechts stellt sich gerade als Ausübung der ihm als Gesellschafter zustehenden Kompetenzen dar.
Des Weiteren ist es zwar richtig, dass im Regelfall der Zweck der GmbH auf gemeinsame Gewinnerzielung gerichtet ist. Daraus folgt aber nicht zwangsläufig, dass ein Gesellschafter im Verlaufe der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft seine wirtschaftlichen Ziele verändert und für sich nun einen größeren wirtschaftlichen Vorteil darin sieht, der Gesellschaft Kapital zu entziehen.

(2) Fazit

Das Schädigungsverbot ist keine ausreichende Grundlage für eine Vermögensbetreuungspflicht der Gesellschafter untereinander. Den Mehrheitsgesellschafter trifft die gleiche Pflichtenstellung wie die übrigen Gesellschafter.

---

[657] BGH StV 1988 S.14, S.15; wistra 1984 S.225, S.226; wistra 1984 S.71, S.71

4. Vermögensbetreuungspflicht im Konzern

a) Die spezifischen Konzerngefahren als möglicher Anknüpfungspunkt

Kennzeichnendes Merkmal des Konzerns ist die Beteiligung der Muttergesellschaft an einer oder mehreren Tochtergesellschaften. Aus diesem Umstand ergibt sich für die letztgenannten das Risiko, sich dem Konzerninteresse unterordnen zu müssen und so Schäden zu erleiden, indem auf Weisung des Allein- oder Mehrheitsgesellschafters zum Beispiel liquide Mittel zur Sanierung einer Schwestergesellschaft verwendet werden oder der Vertrieb eines neu entwickelten Produkts, das den Absatz von Erzeugnissen der Muttergesellschaft vermindern könnte, verhindert oder verzögert wird. Diese abstrakte Gefahr, die durch das Eindringen in die abhängige Gesellschaft und die damit verbundene Möglichkeit, „auf ihre Geschäftsführung faktisch unbeschränkt Einfluss zu nehmen“[658], erzeugt wird, widerspricht der Intention, die der Gesetzgeber mit der Schaffung dieser Gesellschaftsform verfolgte. Die GmbH sollte es den Gesellschaftern vielmehr ermöglichen, ihr Gewinnerzielungsstreben mittelbar durch Förderung des Gesellschaftszwecks und mit beschränktem Haftungsrisiko zu verwirklichen, nicht aber ihnen die Option einräumen, sie als „Manövriermasse“ in einem größeren Firmengeflecht einzusetzen.[659]
Damit scheint sich eine Garantenstellung im Sinne des § 13 unter dem Gesichtspunkt der Ingerenz zu ergeben, insbesondere wenn man darauf abstellt, dass durch die Konzernierung die Gefahr einer Vermögensbeschädigung bei der abhängigen Gesellschaft entsteht. Der Inhalt dieser spezifisch konzernbezogenen Vermögensbetreuungspflicht bestünde dann darin, die vorstehend geschilderte Gefahr abzuwenden.
Im Vergleich zu dem nicht anderweitig unternehmerisch tätigen Allein- oder Mehrheitsgesellschafter besteht der also Unterschied, dass mit ihrer Beteiligung eben nicht die typische Konzerngefahr verbunden ist. Sie konzentrieren sich auf das eine Unternehmen, womit es nicht zu einem Zielkonflikt zwischen Einzelinteresse der Gesellschaft und Konzerninteresse kommen kann.

b) Ingerenz

Die Anwendbarkeit des § 13 auf § 266 ist umstritten. Diese Frage kann aber dahinstehen, wenn durch die faktische Konzernierung die Voraussetzungen einer Ingerenzgarantenstellung ohnehin nicht gegeben sind.

aa) Nahe, adäquate Gefahr

Voraussetzung ist zunächst, dass durch das vorausgegangene Tun, d.h. durch die Schaffung einer faktischen Konzerns, die nahe, adäquate Gefahr eines Schadenseintritts in Form eines Vermögensnachteils für die abhängige Gesellschaft herbeigeführt worden ist. Das Vorverhalten muss also die generelle Eignung zur Schadensverursachung haben.[660]

---

[658] BGH NJW 2001 S.3622, S.3623.
[659] Röhricht, in: FS 50 Jahre BGH S.98.
[660] Schönke/ Schröder/ Stree § 13 RN 34; LK/ Jescheck § 13 RN 32.

Diese Gefahr ergibt sich schon aus den vorstehenden Erläuterungen. Allgemein ausgedrückt besteht das Risiko, dass das herrschende Unternehmen seine Machtposition ausnutzt, um für sich selbst auf Kosten der abhängigen Gesellschaft Vorteile zu erlangen.

bb) Pflichtwidrigkeit

Des Weiteren muss das Vorverhalten pflichtwidrig und daher als solches zu missbilligen gewesen sein[661], denn wer rechtmäßig eine gefährliche Handlung vorgenommen hat, wird damit nicht zum Garanten für alle, die dadurch in Gefahr geraten. Insbesondere kann derjenige, der in Notwehr einen anderen einer Gefahr ausgesetzt hat, nicht als Garant zur Gefahrenabwendung verpflichtet sein.[662]
Entscheidend ist also, ob die Schaffung eines faktischen Konzerns rechtlich zulässig ist.
Dieses wird für den faktischen Aktienkonzern von der heute ganz überwiegenden Meinung bejaht.[663]
Zur Begründung wird dabei zum Einen auf die sich aus § 311 II AktG ergebende Möglichkeit eines gestreckten Nachteilsausgleichs hingewiesen.
Zum Anderen knüpften die §§ 311ff AktG zwar an das Bestehen eines bloßen Abhängigkeitsverhältnisses an, während die Vorschriften über den Beherrschungsvertrag und die Eingliederung einzelne Erscheinungsformen des Konzerns regelten. Diese Tatsache zwinge aber nicht dazu, die Ausübung einheitlicher Leitung vom Abschluss eines Beherrschungsvertrages abhängig zu machen und vertragslose Konzernverhältnisse für unzulässig zu erklären.[664]
Im Hinblick auf die Herbeiführung einer faktischen Konzernierung einer GmbH ist hingegen zu differenzieren.
Ohne Weiteres zulässig ist die faktische Konzernierung, wenn die GmbH von vorneherein als abhängige Gesellschaft gegründet wird, indem einem zum Kreis der Gründungsmitglieder zählendem Unternehmen die Möglichkeit eines beherrschenden Einflusses eingeräumt wird. Gleiches gilt, wenn die GmbH bei ihrer Gründung durch die Satzung auf das Interesse des herrschenden Unternehmens oder des Konzerns ausgerichtet wird. In diesen Fällen ergibt sich die Zulässigkeit des Konzerns aus dem Umstand, dass die Abhängigkeit im Konsens aller Gesellschafter besteht.[665]
Soll die faktische Konzernierung demgegenüber erst nachträglich herbeigeführt werden, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass ein die Abhängigkeit begründender Beschluss[666] grundsätzlich rechtswidrig und damit anfechtbar ist, falls es keine Rechtfertigung durch sachliche Gründe im Interesse der Gesellschaft gibt.

---

[661] BGH StV 1999 S.422, S.423; Schönke/ Schröder/ Stree § 13 RN 35; LK/ Jescheck § 13 RN 33; SK/ Rudolphi § 13 RN 39.
[662] Schönke/ Schröder/ Stree § 13 RN 36. **Anderer Ansicht:** Herzberg JuS 1971 S.74, S.76; Arzt JA 1980 S.712, S.715/ 716.
[663] OLG Hamm NJW 1987 S.1030, S.1030; Timm NJW 1987 S.977, S.982; Schmidt § 31 IV 2 b).
[664] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 24 IV 2..
[665] Emmerich/ Habesack Anh. I § 318 AktG RN 9.
[666] Häufig droht die GmbH durch einen Beschluss der Gesellschafter in die Anhängigkeit zu geraten. Denkbar ist zum Beispiel, dass die Gesellschafter der Übertragung vinkulierter Anteile zustimmen oder den nunmehr herrschenden Gesellschafter von einer sonstigen satzungsmäßigen Vorkehrung zur Sicherung der Unabhängigkeit befreien (Emmerich/ Habersack Anh. I § 318 AktG RN 12).

Folglich wird in den einschlägigen Kommentaren festgestellt, dass eine faktische Konzernierung rechtswidrig sei, sobald sie für die abhängige GmbH Nachteile mit sich bringe.[667]
Sachliche Gründe können sich daraus ergeben, dass der Erwerb der Mehrheitsbeteiligung im Interesse der ansonsten gefährdeten Leistung- und Wettbewerbsfähigkeit der Gesellschaft geboten ist oder dass der Gesellschaft zusätzliche Entwicklungsmöglichkeiten eröffnet werden.[668]
Als Konsequenz ist ein Präventivschutz der GmbH vor der Entstehung von Abhängigkeitsverhältnissen erforderlich, der durch die Vinkulierung der Gesellschaftsanteile und satzungsmäßige Regelungen wie Höchststimmrechte oder das Recht zur Ausschließung eines Gesellschafters gewährleistet wird.[669]
Daneben kommt aber auch eine Begründung der Abhängigkeit auf andere Weise ohne Beschlussfassung in Betracht, so zum Beispiel durch den nachträglichen Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung, die nachträgliche Begründung der Unternehmenseigenschaft eines schon bislang mehrheitlich beteiligten Gesellschafters oder den Zusammenschluss mehrerer Unternehmensgesellschafter.[670]
Eine in dieser Form begründete faktische Abhängigkeit ist zulässig; der Schutz der Minderheitsgesellschafter erfolgt hier nicht präventiv, sondern im nachhinein durch Mitteilungspflichten, Wettbewerbsverbote und insbesondere durch das aus der Treuepflicht abgeleitete allgemeine Schädigungsverbot.[671]
Anders ist die Situation hingegen bei der abhängigen Einmann- GmbH, wo es eines Minderheitenschutzes nicht bedarf. Hier ist die faktische Konzernierung in jedem Fall zulässig und ein Präventivschutz nicht erforderlich.[672]
Je nach den Umständen des Einzelfalles ist es also durchaus möglich, in der Schaffung eines faktischen Konzerns durch das herrschende Unternehmen ein pflichtwidriges Handeln zu sehen.

cc) Die Unanwendbarkeit des § 13

Damit liegen die Voraussetzungen einer Garantenstellung aus § 13 durch die Herbeiführung einer faktischen Konzernierung vor. Dennoch kann diese Feststellung nicht zum Anlass genommen werden, eine umfassende Vermögensbetreuungspflicht des herrschenden Unternehmens anzunehmen, da § 13 entgegen der Auffassung des BayObLG[673] auf § 266 keine Anwendung.

---

[667] Lutter/ Hommelhoff Anh. § 13 GmbHG RN 21.
[668] Emmerich/ Habesack Anh. I § 318 AktG RN 14. Aber selbst wenn diese sachlichen Gründe gegeben sind, ist zu überprüfen, ob die Vorteile nicht auf eine andere, die Interessen der Minderheitsgesellschafter weniger stark berührende Weise realisiert werden könnten.
[669] Baumbach/ Hueck/ Zöllner Schlussanhang I RN 68- 70.
[670] Emmerich/ Habersack Anh. I § 318 AktG RN 14.
[671] Emmerich/ Habersack Anh. I § 318 AktG RN 15-21; Hachenburg/ Ulmer Anh. § 77 RN 66. Nach anderer Ansicht ist die faktische Konzernierung auf diesem Wege unzulässig. Vertreten wird, dass eine Satzungsänderung oder ein Zustimmungsbeschluss erforderlich sei, oder, dass sich aus der Treuepflicht die Verpflichtung der Gesellschafter ergebe alles zu unterlassen, was die Selbständigkeit der GmbH beeinträchtigen könnte (Baumbach/ Hueck/ Zöllner Schlussanhang I RN 71). Folglich ist demnach jede Konzernierung unzulässig, die nicht im Einvernehmen sämtlicher Gesellschafter erfolgt.
[672] Baumbach/ Hueck/ Zöllner Schlussanhang I RN 68.
[673] BayObLG JR 1989 S.299, S.300. In dieser Entscheidung hat das genannte Gericht über die Rechtsfigur der Garantenstellung aus Ingerenz eine Vermögensbetreuungspflicht des Täters als gedankliche Konstruktion hergeleitet.

Hierfür spricht zum Einen, dass der BGH in seiner im 36. Band abgedruckten Entscheidung diese Frage zwar ausdrücklich offen gelassen und die Strafmilderungsmöglichkeit des § 13 II für anwendbar erklärt hat.[674]
Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass nur eine entsprechenden Anwendung als möglich angesehen wird, was aber voraussetzt, dass § 13 II nicht unmittelbar einschlägig ist. Dieser Weg über die Analogie wäre aber verzichtbar, wenn § 13 I auch für § 266 maßgeblich wäre.
Zweitens waren sich Rechtsprechung und Schrifttum vor der Einführung des § 13 darüber einig, dass die Verletzung einer Treuepflicht sowohl durch aktives Tun als auch durch Unterlassen erfolgen könne. Damit ist § 13 I im Hinblick auf § 266 eine überflüssige Regelung und handelt es sich bei § 266 um ein speziell ausformuliertes Garantenunterlassungsdelikt, hinter die die allgemeine Unterlassungsbestimmung zurücktritt.[675] Mit der Umschreibung der Tathandlung wird auch in § 266 ausreichend kenntlich gemacht, dass keine Besonderheiten für das Unterlassen gelten.[676]
Betrachtet man die für den Gesellschafter allein in Betracht kommende Treubruchsalternative, enthält dieser Tatbestand alles, was auch § 13 zur Voraussetzung einer Unterlassungstäterschaft macht.
Abzuwendender Erfolg ist ein Vermögensnachteil für den Treuegeber. Die Garantenstellung ergibt sich aus der in § 266 vorausgesetzten Vermögensbetreuungspflicht und das Unterlassen als tatbestandliches Unrechtsverhalten kann als Pflichtverletzung verstanden werden.[677]
Des Weiteren sprechen die Voraussetzungen einer Vermögensbetreuungspflicht gegen eine Anwendung des § 13. Wird eine solche aus einem tatsächlichen Treueverhältnis abgeleitet, setzt sie voraus, dass der Täter zumindest eine faktische Herrschaft über das Vermögen des Treuegebers hat. Diese faktische Herrschaft ist aber nicht schon automatisch dann gegeben, wenn die Voraussetzungen des § 13 vorliegen, sondern es ist vielmehr denkbar, dass jemand durch sein pflichtwidriges Verhalten eine Gefahr für das Vermögen eines anderen schafft, ohne dass er die tatsächliche Verfügungsmacht besitzt. Folglich würde die Anwendung des § 13 im Rahmen des § 266 zu einer Ausdehnung der Untreuestrafbarkeit wegen Unterlassens führen, die der Tatbestand des § 266 so nicht vorsieht.

c) Ableitung einer Vermögensbetreuungspflicht aus einem tatsächlichen Treueverhältnis

Im faktischen Konzern hat das herrschende Unternehmen eine faktische Herrschaft über das Vermögen der abhängigen GmbH. Diese unterscheidet sich aber nicht von der eines Allein- oder Mehrheitsgesellschafters, für die eine gesteigerte Vermögensbetreuungspflicht im Hinblick auf das gesamte Gesellschaftsvermögen verneint worden ist.
Anders stellt sich die Situation nur insofern dar, dass mit der faktischen Konzernierung spezifische Konzerngefahren verbunden sind, was aber nichts daran ändert, dass der Umfang der faktischen Herrschaft gleich und damit auch nicht ein Mehr an schützenswertem Vertrauen in eine Wahrnehmung der Vermögensinteressen der abhängigen Gesellschaft verbunden ist.

---

[674] BGHSt 36 S.227, S.228.
[675] Schönke/ Schröder/ Stree § 13 RN 1a; Tröndle/ Fischer § 266 RN 82
[676] Schönke/ Schröder/ Stree § 13 RN 1a.
[677] Güntge wistra 1996 S.84, S.88.

Folglich ist den Ausführungen des Bundesgerichtshofs in der Bremer Vulkan- Entscheidung insofern zuzustimmen, als den (Allein)gesellschafter seiner GmbH gegenüber die Pflicht trifft, das der Abdeckung der Stammkapitalziffer und dem Existenzerhalt dienende Kapital zu erhalten. Insoweit trifft ihn eine Vermögensbetreuungspflicht.
Nur wenn die Voraussetzungen der faktischen Geschäftsführung durch das herrschende Unternehmen gegeben sind, ändert sich die Situation. Dann besteht eine vollumfängliche Vermögensbetreuungspflicht, die sich nicht nur auf den genannten Teilbereich- § 30 GmbHG und Existenzgefährdung-, sondern auf das gesamte Gesellschaftsvermögen erstreckt.

d) Vermögensbetreuungspflicht und mittelbare Beteiligung

In Konzernen kommt es häufig vor, dass das herrschende Unternehmen nur mittelbar an der geschädigten abhängigen Gesellschaft beteiligt ist. Diese wird dann als Enkelgesellschaft bezeichnet.[678]
Eine solche Konstellation liegt auch der Bremer Vulkan- Entscheidung zu Grunde, wo das herrschende Unternehmen, die B-AG, unmittelbar nur zu 2 % an der geschädigten M- GmbH beteiligt war.
Die restlichen 98 % der Gesellschaftsanteile hielt die V- GmbH, die wiederum eine 100 % Tochter der B- AG war.
Damit fragt sich aber, ob das herrschende Unternehmen trotz nur mittelbarer Beteiligung an der Enkelgesellschaft dieser gegenüber eine Vermögensbetreuungspflicht mit dem hier vertretenen Umfang – Erhalt des der Abdeckung der Stammkapitalziffer und der Existenzsicherung dienenden Gesellschaftsvermögens- hat.
Zieht man eine rein formale Betrachtungsweise heran, ist nur die Tochtergesellschaft Gesellschafterin und daher vermögensbetreuungspflichtig. Insofern kann eine Merkmalsüberwälzung gemäß § 14 I Nr.1 nur auf den Geschäftsführer dieser Gesellschaft stattfinden.

aa) Mittelbare Beteiligungen in der Rechtsprechung des BGH

Diesen formalen Weg hat der BGH nicht beschritten, sondern er hat sich vielmehr an den tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten orientiert. Offensichtlich ist nämlich, dass das herrschende Unternehmen aufgrund der mittelbaren Beteiligung die gleichen Einflussnahmemöglichkeiten hat wie im Rahmen einer unmittelbaren Beteiligung. Die Weisungen werden hierbei zunächst an die Tochtergesellschaft gegeben, die diese dann an die Enkelgesellschaft weiterleitet.
Folglich wird die B- AG in der Bremer Vulkan- Entscheidung aufgrund der unmittelbaren und mittelbaren Beteiligung an der M- GmbH als Alleingesellschafterin bezeichnet.[679]
In dem Urteil vom 29.05.1987[680] ging es zwar nicht um einen Sachverhalt mit konzernrechtlichem Bezug, aber auch dort legte der BGH im Hinblick auf die Gesellschafterstellung eine tatsächliche Betrachtungsweise an den Tag.

---

[678] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 30 III 3..
[679] BGH NJW 2001 S.3622, S.3623.
[680] BGHSt 34 S.379ff.

Formal Alleingesellschafterin war die Ehefrau des Angeklagten, die aber ohne vorherige Absprache mit jeder Maßnahme ihres Ehemannes von vorneherein einverstanden war.
Dieser Umstand wurde zum Anlass genommen, den Angeklagten als wirtschaftlichen Alleingesellschafter der geschädigten GmbH einzuordnen und seine Ehefrau gänzlich außer Betracht zu lassen. Folglich sollte es auch nur auf die Wirksamkeit seines Einverständnisses mit den Maßnahmen der Geschäftsführung ankommen.[681]

bb) Stellungnahme

Dieses Vorgehen ist meines Erachtens angemessen. Insbesondere wenn das herrschende Unternehmen über eine 100 %- tige Tochter, die wiederum 100% der Anteile der Enkelgesellschaft besitzt, die Kontrolle ausübt, ergeben sich im Vergleich zur direkten Alleingesellschafterstellung keine Unterscheide. Will das herrschende Unternehmen zum Beispiel einen Produktionsteil der Enkel-GmbH innerhalb des Konzerns verlagern, wird die dementsprechende Weisung genauso zum Ziel führen als wäre die Konzernmuter direkte Alleingesellschafterin. Lediglich der Weg ist insofern ein anderer, als die Tochtergesellschaft als direkte Weisungsgeberin auftritt.
Oftmals wird aber auch eine direkte Weisung unter Umgehung der gesellschaftsrechtlichen Kompetenzordnung ergehen.
Ließe man nun diese Konstruktion ausreichen, um die Konzernmutter aus ihrer Verantwortung als Gesellschafterin zu entlassen, könnte die Konzerngeschäftsführung eine strafrechtliche Haftung als Täter vermeiden.
Wie schon erläutert, wäre dann nur die Tochtergesellschaft Gesellschafterin der Enkel- GmbH. Folglich könnte auch nur auf ihre Geschäftsführung eine Merkmalsüberwälzung nach § 14 I Nr.1 stattfinden, da diese Norm nur das vertretungsberechtigte Organ einer juristischen Person nennt. Dies ist der Gesellschafter einer GmbH aber gerade nicht. Damit bliebe für die Konzerngeschäftsführung, obwohl die Weisung von dieser übergeordneten Stelle kam, nur eine Anstiftung in Frage, was die tatsächlichen Verantwortungsverhältnisse umkehren würde.
Diese Ausführungen gelten aber nicht nur für den Fall, dass das herrschende Unternehmen mittelbare Alleingesellschafterin ist, sondern auch, wenn es sich um bloße Mehrheitsbeteiligungen handelt.
Selbst wenn die Konzernmutter lediglich 51 % der Anteile der Tochter- GmbH und diese wiederum 51 % der Anteile der Enkel- GmbH besitzt, hat erstere aufgrund der mit der Anteilsmehrheit verbundenen tatsächlichen Weisungsgewalt die Möglichkeit, bestimmenden Einfluss auszuüben.
Als Indiz für die Richtigkeit dieser Auffassung kann der Umstand herangezogen werden, dass das aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht abgeleitete Schädigungsverbot- das nur in der mehrgliedrigen Gesellschaft besteht- nicht nur im Verhältnis Mutter- und Tochtergesellschaft Anwendung findet, sondern auch im Verhältnis Mutter- und Enkelgesellschaft.
Diese Feststellung gilt insbesondere auch dann, wenn keine unmittelbare Beteiligung besteht, und rechtfertigt sich aus dem Umstand, dass sich die Konzernmutter diejenigen Befugnisse, die der von ihr abhängigen Gesellschaft zustehen, zurechnen lassen muss.[682]

---

[681] BGHSt 34 S.379, S.384.
[682] Emmerich/ Habersack/ Sonnenschein § 30 III 3..

Demgemäss ist die Konzernmutter als faktische Mehrheitsgesellschafterin anzusehen, die die gleiche Vermögensbetreuungspflicht trifft wie den formalen Mehrheitsgesellschafter.

cc) Die Vermögensbetreuungspflicht der Tochter- gegenüber der Enkelgesellschaft in mehrstufigen Unternehmensverbindungen

Die Vermögensbetreuungspflicht des mittelbaren Allein- oder Mehrheitsgesellschafters ändert aber nichts daran, dass auch die Tochtergesellschaft der Enkelgesellschaft gegenüber vermögensbetreuungspflichtig bleibt.
Denn auch der formal bestellte Geschäftsführer behält seine besondere Pflichtenstellung, wenn die Gesellschaft darüber hinaus auch einen faktischen Geschäftsführer hat. Das Hinzutreten eines weiteren Pflichtigen kann nichts daran ändern, dass den Einflussmöglichkeiten des schon vorhandenen zum Schutz der GmbH die Vermögensbetreuungspflicht entgegenzusetzen ist.

IV. Der sich nicht auf Gesellschafteraufgaben beschränkende Gesellschafter

Grundsätzlich trifft den Gesellschafter nach dem bisherigen Ergebnis der Untersuchung eine partielle Vermögensbetreuungspflicht. Fraglich ist aber, unter welchen Voraussetzungen man davon sprechen kann, dass der Gesellschafter den ihm zugewiesenen Aufgabenkreis überschreitet und dementsprechend wie der Geschäftsführer dem gesamten Gesellschaftsvermögen gegenüber vermögensbetreuungspflichtig ist. Damit wäre dem Gesellschafter auch strafrechtlich jede Schädigung des Gesellschaftsvermögens untersagt.
Fest stehet auf jeden Fall zweierlei:
Erstens kann man nicht schon dann von einer solchen geschäftsführerähnlichen Stellung ausgehen, wenn der Gesellschafter dem Geschäftsführer vereinzelt verbindliche Weisungen auch im Hinblick auf Geschäfte der laufenden Verwaltung erteilt. Eine solche Tätigkeit ist gerade Bestandteil der Befugnisse, die dem Gesellschafter nach dem GmbHG zustehen.
Andererseits treffen denjenigen Gesellschafter, der gleichzeitig auch Geschäftsführer ist, die Vermögensbetreuungspflichten des Geschäftsführers.
Für den Bereich zwischen diesen Extremen stellt die Rechtsprechung- wie dargestellt- nicht auf die Figur des faktischen Geschäftsführers ab, sondern fragt danach, ob der betreffende ein schützenswertes Vertrauen im Hinblick auf die Wahrnehmung der Vermögensinteressen in Anspruch genommen hat. Erfüllt der Gesellschafter jedoch tatsächlich die Kriterien des faktischen Geschäftsführers, handelt es sich dabei um eine hinreichende, nicht aber notwendige Bedingung für die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht.
Stellen die Voraussetzungen der faktischen Geschäftsführung also das Maximum dar, stellt sich die Frage, auf welche von diesen Bedingungen verzichtet werden kann, um dennoch von einer unbeschränkten Vermögensbetreuungspflicht des Gesellschafters sprechen zu können.
Dabei ist aber darauf hinzuweisen, dass diese Fragestellung in bestimmten Konstellationen keine praktische Bedeutung hat.
Handelt es sich um eine Einmann- GmbH, kommt es auf eine unbeschränkte Vermögensbetreuungspflicht des Alleingesellschafters nicht an, da ihn erstens diese besondere Pflichtenstellung schon aufgrund der Stellung als Geschäftsführer trifft und er zweitens seinen eigenen Maßnahmen

bis zur Dispositionsgrenze- § 30 I GmbHG und rechtsmissbräuchliche Existenzgefährdung- zustimmen kann. Im Hinblick darauf besteht aber auch als Gesellschafter eine Vermögensbetreuungspflicht.
Ist der Geschäftsführer vom Alleingesellschafter personenverschieden und sollte letzterer aufgrund der Wahrnehmung von Geschäftsführungsaufgaben ein tatsächliches, unbeschränktes Treueverhältnis gegenüber der GmbH haben, könnte er auch hier seinen eigenen und den Maßnahmen des Geschäftsführers bis zu den Dispositionsgrenzen zustimmen.
Eine Untreuestrafbarkeit des Alleingesellschafters kommt also auch in einer solchen Konstellation nur insoweit in Betracht, als sie sich schon aus dem Verstoß gegen die partielle Vermögensbetreuungspflicht des „normalen" Gesellschafters[683] ergeben könnte.
Anders sieht es hingegen schon dann aus, wenn der Mehrheitsgesellschafter eine uneingeschränkte Vermögensbetreuungspflicht aufgrund der Wahrnehmung von Geschäftsführeraufgaben hätte.
Da zum Schutze des Minderheitsgesellschafters das Stimmverbot des § 47 IV GmbHG besteht, ist es denkbar, dass trotz der Anteilsmehrheit eine Zustimmung zu einer die Gesellschaft schädigenden Maßnahme nicht zustande kommt. Dann wäre auch der Gesellschafter nach § 266 strafbar, selbst wenn es nicht zu einer Überschreitung der Dispositionsgrenzen käme.

1. Die tatsächliche Wahrnehmung von Geschäftsführungsaufgaben

Meines Erachtens kann hier auf das 6 von 8- Erfordernis verzichtet werden. Entscheidend ist lediglich, dass der Gesellschafter sich nicht mehr auf das Innenverhältnis zum Geschäftsführer beschränkt, d.h. ihm die Weisung erteilt und dieser sie dann ausführt, sondern Aufgaben der Geschäftsführung selbst wahrnimmt. Dies ist der Fall, wenn er zum Beispiel die Verhandlungen mit Gläubigern persönlich führt.
Selbst wenn der Gesellschafter die Geschäftsführung durch eine permanente Weisungserteilung quasi entmachtet, dabei aber im Hintergrund bleibt und der Geschäftsführung nach außen hin die Ausführung überlässt, ist dies eine Tätigkeit, die ihm das GmbHG aufgrund des Weisungsrechts eröffnet. Bei dieser Tätigkeit ist er den sich aus der Mitgliedschaft ergebenden Treuepflichten unterworfen, die dem Schutz der Mitgesellschafter dienen. Wird er aber im Außenverhältnis tätig, überschreitet er seine gesetzlichen Befugnisse und dringt in einen Bereich ein, wo er – da er ja nicht mehr als Gesellschafter handelt- nicht mehr an die Treuepflichten des Gesellschafters gebunden ist. Dieser Freiheit von Bindungen steht aber eine gesteigerte Relevanz seines Handelns insofern gegenüber, als er Entscheidungen trifft, die in ihren Auswirkungen unmittelbar die GmbH und damit mittelbar auch die Minderheitsgesellschafter treffen. Es fehlt der Geschäftsführer als Kontrollinstanz.[684]
Folglich bedarf es hier einer Begrenzung, die wie bei dem Geschäftsführer durch die Annahme einer unbeschränkten Vermögensbetreuungspflicht bewirkt wird. Dieser Einschränkung bedarf es aber nicht erst, wenn der Gesellschafter gehäuft seinen Aufgabenbereich verlässt, sondern vielmehr, wenn er dies erstmalig tut, da er schon dann erheblich auf die wirtschaftliche Betätigung der GmbH

[683] Normal in dem Sinne, dass er weder Allein- noch Mehrheitsgesellschafter ist.
[684] Flum S.242.

einwirken kann. In diesem Moment hat er eine tatsächliche Herrschaft, die ein schützenswertes Vertrauen begründet.
Ist damit grundsätzlich die einmalige Tätigkeit im Aufgabenbereich des Geschäftsführers ausreichend, ist diese Aussage aber dahingehend einzuschränken, dass diese zumindest geeignet sein muss, erhebliche Auswirkungen auf die wirtschaftliche Betätigung der GmbH herbeizuführen. Folglich ist der Gesellschafter der GmbH beispielweise dann noch nicht uneingeschränkt vermögensbetreuungspflichtig, wenn einmal einen Mitarbeiter entlassen hat, demgegenüber aber wohl, wenn er durch die Kündigung von Lieferantenverträgen entscheidend in die Unternehmenspolitik eingreift.

2. Gegenüber dem formell bestellten Geschäftsführer überragende Stellung

Eine solche überragende Stellung ist verzichtbar, da der Gesellschafter, selbst wenn er neben dem Geschäftsführer nur vereinzelt im Geschäftsführungsbereich tätig wird oder ihm gleichgestellt ist, mit dieser Tätigkeit die unter 1. geschilderten Einflussnahmemöglichkeiten hat. Dann bedarf es aber unabhängig von der Stellung im Vergleich zum formell bestellten Geschäftsführer einer Einschränkung durch die Vermögensbetreuungspflicht.

3. Auftreten nach außen

Ob eine Einordnung als faktischer Geschäftsführer auch ein Auftreten in dieser Funktion nach außen fordert, ist umstritten. Diese Fragestellung ist meines Erachtens im vorliegenden Zusammenhang aber unerheblich, da die Autoren, die ein solches für erforderlich halten, ihre Ausführungen auf § 84 GmbHG, der ausdrücklich von dem Geschäftsführer spricht, beschränken und daher eine Organfunktion fordern.
Hierauf kommt es aber im Rahmen des § 266 gerade nicht an, da hier nicht die Stellung als Organ, sondern ein tatsächliches Treueverhältnis im Vordergrund steht.[685] Folglich ist es ausreichend, wenn sich die Tätigkeit des Gesellschafters auf den Innenbereich der Gesellschaft beschränkt.

4. Dauer der Tätigkeit

Auf die Dauer der Tätigkeit kann es nicht ankommen, wenn man, wie der Verfasser, schon die einmalige geschäftsführerähnliche Tätigkeit unter bestimmten Voraussetzungen ausreichen lässt.

5. Einverständnis der Mitgesellschafter

Zwar wird ein Gesellschafter Geschäftsführungsaufgaben regelmäßig nur dann wahrnehmen, wenn auch die Mitgesellschafter einverstanden sind[686], denkbar ist aber auch, dass er sich diese Kompe-

[685] Scholz/ Tiedemann Vor §§ 82ff GmbHG RN 15.
[686] Siehe zum Beispiel die Entscheidung BGHSt 34 S.379ff. Hier hatte der Ehemann mit dem Einverständnis der Alleingesellschafterin, die seine Ehefrau war, die Position eines faktischen Geschäftsführers eingenommen.

tenz einseitig anmaßt. Dieses Risiko besteht insbesondere im Hinblick auf den Mehrheitsgesellschafter.
§ 38 I GmbHG bestimmt, dass die Bestellung des Geschäftsführers zu jeder Zeit frei widerruflich ist. Die Abberufung erfolget dabei durch Gesellschafterbeschluss (§ 46 Nr.5 GmbHG) mit einfacher Mehrheit der abgegeben Stimmen (§ 47 I GmbHG).
Dieser Abberufungsbeschluss braucht durch den Geschäftsführer nicht angenommen zu werden. Die Abberufung ist- unter der Voraussetzung, dass in der Satzung nichts anderes vereinbart worden ist- jederzeit formfrei möglich und kann nur unbedingt vorgenommen werden.[687] Der Geschäftsführer braucht vorher nicht angehört zu werden, da eine Anhörung keine Wirksamkeitsvoraussetzung ist.[688] Für die Wirksamkeit ist es ebenso unerheblich, ob der Geschäftsführer zugleich Gesellschafter ist oder nicht. Weiterhin kann er auch abberufen werden, ohne dass zugleich ein Nachfolger bestellt wird, wobei dieser Grundsatz auch dann gilt, wenn die GmbH nur einen Geschäftsführer hatte.[689] Schließlich kommt es auch nicht darauf an, ob es sich um eine Zweimann- GmbH handelt, da auch hier keine Einschränkung der freien Widerrufbarkeit gerechtfertigt ist.[690]
Besondere gerichtlich nachprüfbare vernünftige sachliche Gründe brauchen nicht gegeben sein, da die Gesellschafter entscheiden, was für die GmbH vernünftig ist.[691] Zwar sollen unter Berücksichtigung der §§ 226, 826 BGB offensichtlich unsachliche Gründe der Abberufung nicht zu Grunde liegen dürfen, hierfür trägt der Geschäftsführer gemäß § 84 III S.2 AktG aber die Beweislast.[692] Diesen Beweis zu führen, dürfte im Einzelfall schwierig sein.
Zwar kann der einzelne Gesellschafter die Abberufung nicht selbst vornehmen[693], beachtet man aber das Ausreichen einer einfachen Stimmenmehrheit, ist klar, dass der Mehrheitsgesellschafter – er unterliegt in dieser Konstellation nicht dem Stimmverbot des § 47 IV GmbHG- dieses faktisch doch kann. Versucht der Geschäftsführer also, ihm den Zugang zu Tätigkeiten des Geschäftsführungsbereichs zu verwehren und wehrt er sich gegen die Einmischungen des Mehrheitsgesellschafters, läuft er Gefahr, durch Gesellschafterbeschluss abberufen und durch einen kooperativeren Nachfolger ersetzt zu werden. Dieses Risiko dürfte für viele ein Anlass sein, den Mehrheitsgesellschafter neben sich oder in einer faktisch übergeordneten Position zu akzeptieren, zumal das Ergebnis eines eventuellen Prozesses offen wäre. Dem Geschäftsführer dürfte der Nachweis einer Abberufung aus offensichtlich unsachlichen Gründen nur dann gelingen, wenn er vorher schon die Einmischungsversuche des Mehrheitsgesellschafters dokumentiert hat.
Dies gilt selbst dann, wenn der Mehrheitsgesellschafter nicht identisch ist mit der Person, die sich in die Geschäftsführung hereindrängt. Denn im Regelfall handelt es sich dann um jemanden, der zum Mehrheitsgesellschafter in enger persönlicher Verbundenheit wie zum Beispiel der Ehemann oder

---

[687] Scholz/ Schneider § 38 GmbHG RN 15.
[688] Baumbach/ Hueck/ Zöllner § 38 GmbHG RN 2.
[689] Scholz/ Schneider § 38 GmbHG RN 15.
[690] Fleck GmbHR 1970 S.221, S.221.
[691] Scholz/ Schneider § 38 GmbHG RN 15; Rowedder/ Koppensteiner § 38 GmbHG RN 3.
[692] Scholz/ Schneider § 38 GmbHG RN 15; Baumbach/ Hueck/ Zöllner § 38 GmbHG RN 2.Umstritten ist, ob dies auch in der personalistischen GmbH mit den engen gesellschaftlichen Beziehungen und der persönlichen Verbundenheit mit dem Gesellschaftsunternehmen gilt. Nach anderer Ansicht sollen die §§ 117, 127 HGB entsprechende Anwendung finden, was bedeutete, dass sich die Organstellung des Gesellschafter- Geschäftsführers zum mitgliedschaftlichen Sonderrecht verdichtete und nur noch aus wichtigem Grund entzogen werden dürfte. Hiergegen spricht aber die stärkere Vermögensbindung und die unterschiedliche Haftungsgrundlage bei den Personengesellschaften.
[693] Scholz/ Schneider § 38 GmbHG RN 20.

der Bruder steht. Folglich stehen ihm faktisch die gleichen Möglichkeiten zur Verfügung wie dem Mehrheitsgesellschafter.
Aber selbst dem normalen Gesellschafter kann es gelingen, sich ohne Einverständnis seiner Mitgesellschafter in die Geschäftsführung hineinzudrängen, so zum Beispiel dann, wenn die übrigen Anteilseigner sich auf ein Minimum an Kontrolle beschränken und nur den Jahresgewinn einstreichen, sich also quasi wie ein Aktionär verhalten, oder wenn er heimlich vorgeht.
Im Übrigen ist oben festgestellt worden, dass schon die einmalige Wahrnehmung von Geschäftsführungsaufgaben für die Begründung einer Vermögensbetreuungspflicht ausreichend sein kann. Diese einmalige Tätigkeit ist dann aber oftmals schon wieder beendet, ohne dass die Mitgesellschafter sie verhindern könnten. Gerade dann bedarf das Gesellschaftsvermögen aber des Schutzes durch eine besondere Pflicht zur Vermögensfürsorge.
Demnach ist das generelle Einverständnis aller Gesellschafter oder auch nur der Gesellschaftermehrheit nicht erforderlich, um von einem tatsächlichen Treueverhältnis ausgehen zu können.[694]
Für diese Feststellung spricht schließlich auch noch, dass es bei der faktischen Geschäftsführung um die Organstellung der Person geht. Diese Frage ist aber im Rahmen des § 266 unerheblich, da sich eine Vermögensbetreuungspflicht auch aus einem tatsächlichen Treueverhältnis ergeben kann und das Ja oder Nein einer Einordnung als Organ der juristischen Person hierfür keine zwingende Voraussetzung ist.

V. Zwischenergebnis

Im Hinblick auf die Frage nach einer Vermögensbetreuungspflicht des Gesellschafters hat die Untersuchung zu den folgenden Ergebnissen geführt:

1. Den „normalen“ Gesellschafter, also den, der weder Mehrheits- oder Alleingesellschafter ist, trifft eine partielle Vermögensbetreuungspflicht, d.h. sie bezieht sich nur auf einen Teilbereich des Gesellschaftsvermögens. Dieser besteht aus dem Kapital, das
(a) zur Abdeckung der Stammkapitalziffer
(b) zur Bedienung der Forderungen der Gesellschaftsgläubiger (Aspekt der Existenzgefährdung)
erforderlich ist.[695]

---

[694] Anderer Ansicht ist Wodicka S.318. Seiner Meinung nach ist ein generelles Einverständnis aller Gesellschafter erforderlich, da sich der Treuebruchstatbestand nur gegen Angriffe „aus dem eigenen Lager“ des Geschädigten richte. Deshalb sei es bei der GmbH als Geschädigter erforderlich, da sie selbst keinen Willen bilden könne, dass der Gesellschafter aufgrund des Einverständnisses der Gesellschaftergesamtheit oder eines förmlichen Gesellschafterbeschlusses tätig werde.
Hiergegen spricht aber, dass der Gesellschafter, selbst wenn er sich Geschäftsführungsaufgaben eigenmächtig anmaßt, auch Gesellschafter bleibt. Der Angriff kommt also aus dem eigenen Lager.
[695] Anderer Ansicht ist Wodicka S. 319. Seiner Meinung nach wird von der Vermögensbetreuungspflicht der Gesellschafter nicht die Pflicht umfasst, der Gesellschaft, bezogen auf ihre Existenzfähigkeit, ausreichend Kapital zur Verfügung zu stellen. Er weist lediglich darauf hin, dass die Gesellschafter vor dem Hintergrund der Anerkennung eines Verbots existenzgefährdender Maßnahmen ihre Pflicht, die Vermögensinteressen der Gesellschaft zu betreuen, verletzten, wenn sie durch Beschluss einer die Existenz der GmbH gefährdenden Maßnahme der Geschäftsführung zustimmten bzw. sie zur Durchführung einer solchen Maßnahme anwiesen.
Dem ist aber entgegenzuhalten, dass auf diese Weise die Tatbestandsmerkmale Vermögensbetreuungspflicht und Pflichtverletzung miteinander vermischt werden. Es wird nicht positiv festgelegt, auf welches Vermögen sich die besondere Pflichtenstellung bezieht, sondern nur festgestellt, dass bei bestimmten Verhaltensweisen eine Pflichtverlet-

2. Dieses Ergebnis gilt auch für den Allein- oder Mehrheitsgesellschafter. Insbesondere ergibt sich für den letzteren keine weitergehende Vermögensbetreuungspflicht aus dem aus der Treuepflicht folgenden gesellschaftsrechtlichen Schädigungsverbot. Im Übrigen besteht auch gegenüber seinen Mitgesellschaftern keine Vermögensbetreuungspflicht.

3. Soweit der Allein- oder Mehrheitsgesellschafter ein herrschendes Unternehmen ist und es sich folglich um einen Konzern handelt, kann dieser Umstand nichts daran ändern, dass auch hier nur eine partielle Vermögensbetreuungspflicht vorliegt. Weder Ingerenzgesichtspunkte noch die gesteigerten Gefahren für die GmbH als abhängige Gesellschaft rechtfertigen eine andere Beurteilung.

4. Nur wenn sich der Gesellschafter in Geschäftsführungsaufgaben hineindrängt- sei es auch nur einmalig- und damit seinen Aufgaben- und Befugniskreis verlässt, trifft ihn eine unbeschränkte Vermögensbetreuungspflicht im Hinblick auf das gesamte Gesellschaftsvermögen.

5. Soweit Gesellschafter der abhängigen Gesellschaft eine juristische Person ist, wird dieses Merkmal gemäß § 14 I Nr.1 auf den Geschäftsführer dieser Gesellschaft übergeleitet.[696]

C. Treuepflichtverletzung

I. Aktives Tun

Grundsätzlich kann hier auf die zur Treuepflichtverletzung des Geschäftsführers gemachten Ausführungen verwiesen werden. Lediglich ein Missbrauch im Sinnes des § 266 I 1.Alt. kommt nicht Betracht.
Eine Pflicht verletzt der Vermögensbetreuungspflichtige, wenn er die ihm übertragene Geschäftsbesorgung nicht oder nicht ordnungsgemäß ausführt, indem er zum Beispiel bei der Ausübung seiner Tätigkeit gesetzliche Bestimmungen oder Richtlinien verletzt oder nicht befolgt oder das Vermögen des Treuegebers schädigt.
Folglich handelt der Gesellschafter pflichtwidrig, wenn er durch einen Beschluss den Geschäftsführer anweist, das nach den obigen Ausführungen geschützte Kapital an ihn auszukehren. Gleiches gilt, wenn er einer solchen Maßnahme zustimmt.
Im Hinblick auf existenzgefährdende Auszahlungen ist noch zu berücksichtigen, dass hier erneut die Grenze zwischen unternehmerisch zulässigem und rechtsmissbräuchlichem Handeln zu ziehen ist. Nicht pflichtwidrig ist daher ein Gesellschafterbeschluss, der den Geschäftsführer zum Abschluss eines Geschäftes anweist, das zwar einerseits umfangreiche Verlustgefahren mit der Folge

---

zung gegeben sei. Die Pflicht soll also gerade darin bestehen, bestimmte Pflichten- keine Existenzgefährdung der GmbH- nicht zu verletzen.
Meines Erachtens entspricht es daher eher dem Tatbestand des § 266, eine partielle Vermögensbetreuungspflicht mit dem oben beschriebenen Umfang anzunehmen, um dann im Rahmen des Tatbetsandsmerkmals „Pflichtverletzung“ unternehmerisch vertretbare Handlungen aus dem strafbewehrten Bereich auszuschließen.

[696] BGH NJW 2004 S.2248, S.2252; NJW 2001 S.3622, S.3623; Fleischer NJW 2004 S.2867, S.2869.

der Existenzgefährdung in sich birgt, andererseits aber der Gesellschaft nach unternehmerischem Ermessen wahrscheinlich einen Gewinn einbringen wird.
Eine Pflichtwidrigkeit ist demgegenüber zu bejahen, wenn
- die Gesellschafter zu dem Zweck handeln, sich selbst so viel Gesellschaftsvermögen wie möglich zuzuführen und die Gläubiger leer ausgehen zu lassen,
oder
- sie die Insolvenz, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eintreten wird, bewusst in Kauf nehmen, auf ihr Ausbleiben aber vertrauen. Dann ist die Grenze des unternehmerischen Ermessens überschritten.
Diese Feststellungen beziehen sich dabei sowohl auf den Allein- oder Mehrheitsgesellschafter als auch den „normalen“ Gesellschafter, also einen solchen innerhalb einer mehrgliedrigen Gesellschaft und ohne Mehrheitsbeteiligung.

II. Das Problem von Kollegialentscheidungen in der mehrgliedrigen Gesellschaft

In der mehrgliedrigen Gesellschaft stellt sich in diesem Zusammenhang ebenfalls das Problem der Behandlung von Kollegialentscheidungen.

1. Die Untätigkeit aller Gesellschafter

Erkennen die Gesellschafter, dass der Geschäftsführer die Durchführung einer nicht zustimmungsfähigen Maßnahme beabsichtigt, ergibt sich aus der Vermögensbetreuungspflicht die Verpflichtung, dagegen einzuschreiten. Der Gesellschafter muss alles ihm Mögliche und Zumutbare zur Verhinderung unternehmen.
Anderer Ansicht ist Wodicka.[697] Seiner Meinung nach müsse es den Gesellschaftern freistehen, ob sie sich an der laufenden Geschäftsführung durch Weisungen beteiligten oder ob sie nur die GmbH-gesetzlich notwendigerweise von ihnen vorzunehmenden Aufgaben erledigen wollten. Sei letzteres der Fall, werde man annehmen müssen, das die Gesellschafter durch eine dem GmbHG entsprechende Bestellung des Geschäftsführers hinsichtlich der laufenden Geschäftsführung ihre Pflicht gegenüber der Gesellschaft erfüllt hätten. Folglich müsse die Treupflicht als Existenzgefährdungsverbot auf solche Fälle beschränkt werden, in denen der Gesellschafter auf die Geschäftsführung aktiv Einfluss nehme.
Meines Erachtens ist diese Argumentation inkonsequent. Nimmt man wie er und wie der Verfasser eine Vermögensbetreuungspflicht im Hinblick auf das Kapital an, das zum Existenzerhalt notwendig ist, muss man den Gesellschafter auch zum Einschreiten gegen Maßnahmen des Geschäftsführers verpflichten. Inhalt einer Vermögensbetreuungspflicht ist nun einmal einerseits Schädigungsverbot und andererseits ein Handlungsgebot dahingehend, das Vermögen vor Schädigungen durch Handlungen anderer Personen oder natürlicher Ursachen zu schützen.[698]
Die von Wodicka vertretene Betrachtungsweise muss sich des Weiteren der Kritik ausgesetzt sehen, dass sie sich lediglich darauf beschränkt, eine Dispositionsbeschränkung der Gesellschafter bei der

[697] Wodicka S.304.
[698] Schönke/ Schröder/ Lenckner/ Perron § 266 RN 35a/ 36.

Verfolgung eigener Interessen - das Verbot, aktiv schädigend auf die GmbH einzuwirken -zu einer besonderen Pflichtenstellung ausbaut. Von einem Verbot wird unmittelbar auf eine Schutzpflicht geschlossen, die aber nur darin besteht, nicht gegen das Verbot zu verstoßen.
Für die vom Verfasser vertretene Form der Vermögensbetreuungspflicht spricht auch die Organisationsstruktur der GmbH. Im Gegensatz zur Aktiengesellschaft ist die GmbH auf eine eher kleine Gesellschafterzahl ausgelegt, die mit der GmbH ein bestimmtes Ziel verfolgt. Sie ist typischerweise personalistisch strukturiert und die Übertragbarkeit der Gesellschaftsanteile ist eingeschränkt, da es an einem organisierten Kapitalmarkt fehlt. Im Übrigen sieht die Satzung häufig die Vinkulierung des Anteils vor, § 15 V GmbHG.[699] Die Bindung der Gesellschafter an die GmbH ist viel intensiver, was seinen Ausdruck in den umfangreichen Kompetenzen wie insbesondere der Weisungserteilung ergibt. Spiegelbildlich haben die Gesellschafter aber auch eine gesteigerte Verantwortlichkeit gegenüber der Gesellschaft, aus der Überwachungspflichten resultieren.
Wird dem Gesellschafter also eine vom Geschäftsführer beabsichtigte, existenzgefährdende Maßnahme bekannt, ist er zum Einschreiten verpflichtet, was er in der Regel auch ohne diese Verpflichtung tun würde, da er ja am Erhalt seiner Gesellschaftsanteile interessiert ist.
Zuzustimmen ist Wodicka aber insoweit, als sich aus einer solcherart verstanden Vermögensbetreuungspflicht nicht die Verpflichtung ergibt, die GmbH mit ausreichend Eigenkapital zu versorgen. Einen solchen Anspruch kennt das GmbHG –wie oben schon festgestellt- im Gegensatz zum AktG nicht.[700]
Bleibt die Gesellschafterversammlung dennoch untätig, kann sich der einzelne Gesellschafter nicht mit dem Argument von einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit freisprechen, er wäre mit dem Versuch, die erforderliche Entscheidung herbeizuführen, am Widerstand der anderen Gesellschafter gescheitert.
Zwar liegt nach ständiger Rechtsprechung bei unechten Unterlassungsdelikten dann Ursächlichkeit vor, wenn bei Vornahme der pflichtgemäßen Handlung der tatbestandsmäßige Schadenserfolg ausgeblieben wäre, dieser also entfällt, wenn jene hinzugedacht wird.[701] Damit scheitert auf den ersten Blick in solchen Konstellationen die Annahme einer Kausalität im Sinne der sine- qua- non-Formel, da das pflichtgemäße Verhalten eines jeden Gesellschafters aufgrund des Erfordernisses einer Mehrheitsentscheidung hinzugedacht werden kann, ohne dass der Nachteilseintritt entfiele. Es kann also nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit festgestellt werden, dass die pflichtgemäße Tätigkeit zum Nichteintritt des Erfolges geführt hätte.[702]
Im Hinblick auf diese Problematik hat der BGH aber festgestellt, dass dann eine Mittäterschaft aller Mitglieder des Kollegialorgans gegeben sei. Die Voraussetzungen des § 25 II liegen danach beim unechten Unterlassungsdelikt vor, wenn mehrere Garanten, die eine ihnen gemeinsam obliegende Pflicht nur gemeinsam erfüllen können, gemeinschaftlich den Entschluss fassen, dies nicht zu tun. Hier müsse sich jeder Angeklagte die Unterlassungsbeiträge des anderen zurechnen lassen und hafte mithin für die Folgen der Untätigkeit, im Rahmen der Untreue also für eine Verletzung des § 30 GmbH oder einer rechtsmissbräuchlichen Existenzgefährdung.[703]

---

[699] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 29 II..
[700] Wodicka S.305.
[701] BGHSt 37 S.106, S.126.
[702] Tröndle/ Fischer Vor § 13 RN 17c.
[703] BGHSt S.126, S.129.

2. Beschlussfassung durch alle Gesellschafter bzw. den Mehrheitsgesellschafter

Stimmen alle Gesellschafter einstimmig für eine bestimmte Weisung oder erteilen sie gemeinsam eine Zustimmung, handeln sie als Mittäter (§ 25 II), da sie gemeinsam an derselben Handlung mitwirken.
Stimmt nur der (anderweitig unternehmerisch tätige) Mehrheitsgesellschafter für den pflichtwidrigen Beschluss, handelt er auf jeden Fall pflichtwidrig im Sinne des § 266.

3. Unterlassungstäterschaft des Minderheitsgesellschafters

Bei dem oder den Minderheitsgesellschaftern ist differenzieren.
Verweigern sie in der Gesellschafterversammlung ihre Zustimmung, scheidet eine Strafbarkeit nach § 266 aus.
Bleiben sie demgegenüber untätig, d.h. enthalten sie sich ihrer Stimme, ist zu berücksichtigen, dass auch ein Unterlassen einen Treuepflichtverstoß im Sinne des § 266 darstellen kann. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Täter Vermögenswerte, die seiner Betreuungspflicht unterliegen, nicht vor Schäden schützt.
Erkennt der Gesellschafter also, dass der zur Beschlussfassung vorgelegte Entwurf eine im anfangs beschriebenen Sinne pflichtwidrige Weisung oder Zustimmung zum Inhalt hat, ist er grundsätzlich verpflichtet, in der Gesellschafterversammlung alles ihm Mögliche und Zumutbare zu unternehmen, um sein Zustandekommen zu verhindern. Dazu gehört insbesondere auch, dass er mit „Nein“ stimmt.
Fraglich ist jedoch, ob in dem Fall, dass ein Minderheitsgesellschafter einem Mehrheitsgesellschafter gegenübersteht, eine täterschaftliche Verwirklichung des § 266 durch den Gesellschafter möglich ist.
Zum Einen ist umstritten, ob neben einem Aktivtäter- ein solcher ist der Mehrheitsgesellschafter, da er ja mit seiner Stimmenmehrheit einen Beschluss fasst- überhaupt Raum für eine Unterlassungstäterschaft ist.[704]
Die Rechtsprechung vertritt in diesem Zusammenhang einen subjektiven Ansatz. Die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme im konkreten Fall hänge davon ab, ob die aufgrund wertender Betrachtung festzustellende innere Haltung des Unterlassenden zur Tat des anderen- insbesondere wegen des Interesses am abzuwendenden Taterfolg- als Ausdruck eines sich diese zu eigen machenden Täterwillens aufzufassen sei oder ob seine innere Einstellung davon geprägt sei, dass er sich dem Handelnden- etwa weil er dessen bestimmenden Einfluss besonders unterliege- im Willen unterordne und das Geschehen ohne innere Beteiligung und ohne Interesse am drohenden Erfolg im Sinne bloßen Gehilfenwillens lediglich ablaufen lasse.[705]
Im Regelfall wird eine Täterschaft nach dieser Ansicht scheitern, da der Gesellschafter, wenn er eigenes Interesse an dem herbeizuführenden Erfolg hätte, auch für den Beschluss stimmen würde.

---

[704] Diese Frage ist umstritten. Ein Überblick zu den vertreten Ansichten findet sich bei Sowada Jura 1986 S.399ff.
[705] BGHSt 13 S.162, S.166; BGH StV 1986 S.59, S.59; NStZ 1992 S.31, S.31; Tröndle/ Fischer § 13 RN 19; Otto Jura 1987 S.246, S.251; Arzt JA 1980 S.553, S.559.

Dann wäre er aber ohne Weiteres Aktivtäter. Bleibt der Minderheitsgesellschafter also untätig, lässt ein solches Verhalten eher den Rückschluss zu, dass er im Angesicht der Anteilsmehrheit des Mehrheitsgesellschafters resigniert hat und letzteren nun nicht mehr in der Ausführung seiner Absichten behindert.
Zweitens könnte man hier einwenden, dass der Mehrheitsgesellschafter so oder so mit seiner Anteilsmehrheit den Minderheitsgesellschafter überstimmen wird, letzterer also gar keine Möglichkeit hat, den Beschluss zu verhindern.
Dem ist aber nicht so, da Gesellschafterbeschlüsse, die gegen das Stammkapitalerhaltungsgebot oder das Verbot der rechtsmissbräuchlichen Existenzgefährdung verstoßen, nichtig sind. Selbst nach der Beschlussfassung verbleiben dem Minderheitsgesellschafter damit Möglichkeiten wie zum Beispiel die gerichtliche Feststellung der Nichtigkeit, um eine Umsetzung der Weisung zu verhindern.
Eine Täterschaft scheitert also nicht zwangläufig an der Kausalität, womit auch in der Konstellation Minderheitsgesellschafter- Mehrheitsgesellschafter eine täterschaftliche Verwirklichung des § 266 durch den Minderheitsgesellschafter in Frage kommt.

D. Der Gesellschafter als mittelbarer Täter oder Mittäter

Die typische Konstellation, in der eine Mittäterschaft des Gesellschafters in Frage kommt, ist, dass der Gesellschafter oder die Gesellschafterversammlung dem Geschäftsführer die Weisung erteilt, durch § 30 I GmbHG geschütztes Vermögen auszuschütten. Erkennt der Geschäftsführer diesen Verstoß gegen das GmbHG, verwirklicht er den Tatbestand des § 266, wenn er das Kapital tatsächlich ausschüttet. Den Vermögensschaden führt er also herbei, der Beschluss der Gesellschafter und die Weisung liegen folglich nur im Vorfeld der eigentlichen Tathandlung.
Dieses steht einer Mittäterschaft aber nicht entgegen.
Zwar führen der Beschluss und die Weisung grundsätzlich nicht zu einer konkreten Vermögensgefährdung[706], da eine wirtschaftliche Minderbewertung des Gesellschaftsvermögens allein deshalb noch nicht angebracht ist. Insbesondere besteht noch die Möglichkeit, dass der Geschäftsführer – wozu er eigentlich verpflichtet ist- die Weisung unter Hinweis auf die Nichtigkeit des Gesellschafterbeschlusses nicht ausführen wird.
Dennoch kann es gerechtfertigt sein, von diesem Grundsatz eine Ausnahme zu machen, da in bestimmten Situationen aufgrund der Umstände feststeht oder es zumindest höchst wahrscheinlich ist, dass der Geschäftführer sich entsprechend der Weisung der Gesellschafter verhalten wird. Daran ist insbesondere zu denken, wenn
(1) der Geschäftsführer in einer engen persönlichen Beziehung zu dem oder einem der Gesellschafter steht, also zum Beispiel die Ehefrau Geschäftsführerin und er Ehemann Gesellschafter ist.
(2) Geschäftsführer und Gesellschafter kollusiv zusammenwirken, um der GmbH vor der Insolvenz noch möglichst viel Liquidität zu entziehen.
(3) der Geschäftsführer einer abhängigen Gesellschaft auch leitender Angestellter bei der Konzernmutter ist und daher ihrem Einfluss unterliegt.

---

[706] Poseck S.147.

Aber selbst wenn man nicht zur Annahme einer konkreten Vermögensgefährdung kommt, steht dieses einer Mittäterschaft nicht grundsätzlich im Wege, sondern ist dies eine Frage des konkreten Einzelfalles.

Erforderlich ist zunächst ein gemeinsamer Tatplan oder –entschluss.[707] Hierzu bedarf es keiner ausdrücklichen Absprache, vielmehr ist auch eine konkludente ausreichend. Erforderlich ist, dass das der Mittäter seinen Beitrag als Teil der Tätigkeit des anderen und den des anderen als Ergänzung seines Tatanteils will.

Erfüllt sind diese Voraussetzungen beispielsweise, wenn der Geschäftsführer eine unter unternehmerischen Gesichtspunkten nicht vertretbare Vermögensdisposition plant, die zu einer Existenzgefährdung der Gesellschaft führen wird. Dieser stimmen die Gesellschafter in Anbetracht der unwahrscheinlichen, aber möglichen exorbitanten Gewinne zu. Ohne diese Zustimmung hätte der Geschäftsführer nicht gehandelt, was er den Gesellschaftern vor der Beschlussfassung auch mitgeteilt hatte.

In dieser Konstellation stellt sich die Beschlussfassung durch die Gesellschafter nicht nur als Billigung fremden Handelns dar, sondern sie wollen den Geschäftsabschluss und daher auch die Tätigkeit des Geschäftsführers. Ohne ihn ist der Abschluss eines Rechtsgeschäftes nämlich nicht möglich, da er allein die Gesellschaft wirksam vertreten kann. Der Geschäftsführer will hingegen den Beitrag der Gesellschafter, da er ansonsten nicht tätig werden würde. Folglich handeln Gesellschafter und Geschäftsführer aufgrund eines gemeinsamen Tatentschlusses.

Zweitens bedarf es eines wesentlichen objektiven Tatbeitrages.[708] Dabei ist nach herrschender Meinung nicht notwendig eine Beteiligung am Kerngeschehen erforderlich, ausreichend ist vielmehr auch eine Tätigkeit im Vorfeld der Tat. Um dem Vorbereitenden Täterschaft vorwerfen zu können, muss sein Tatbeitrag so bedeutsam sein, dass die fehlende Tatunmittelbarkeit durch das Gewicht des Tatbeitrages für die Verwirklichung der Tat und die Stellung des Täters innerhalb der Gesamtorganisation ausgeglichen wird. Nur dann erscheint die unmittelbare Tatausführung als Teil einer arbeitsteilig verwirklichten Gesamttat. Wesentlich ist im Übrigen, dass der im Rahmen des gemeinsamen Tatentschlusses vorher geleistete Beitrag im nachfolgenden Tatgeschehen fortwirkt.[709] Standardbeispiel hierfür ist der Bandenchef, der die Tat geplant, die notwendige Infrastruktur bereitgestellt und so die Ausführung erst ermöglicht hat. Diesen nur als Anstifter zu bestrafen ist

---

[707] LK- Roxin § 25 RN 173; Tröndle/ Fischer § 25 RN 6; Lackner/ Kühl § 25 RN 10; Jescheck/ Weigend § 63 I 1. Nach einer Mindermeinung in der Literatur ist kein Tatplan, sondern vielmehr nur eine einseitige Einpassung erforderlich. Abgestellt wird von den Vertreten dieser Ansicht dabei im Regelfall auf eine heimliche Tatbeteiligung, so zum Beispiel, wenn A dem Opfer, das erschlagen werden solle, ein Schlafmittel gebe, dem Täter die Tür öffne und ein Tatwerkzeug bereitlege, ohne dass der unmittelbar Ausführende dieses als das Werk eines Dritten, sondern lediglich als Zufall registriere. Folglich fehle es am gemeinsamen Tatplan, womit nach herrschender Ansicht eine Erfolgszurechnung im Hinblick auf den heimlich Handelnden aufgrund fehlender unmittelbarer Tatausführung ausscheide. Andererseits sei aber objektiv eine Verhaltensabstimmung gegeben, die dann eine mittäterschaftliche Zurechnung rechtfertige, wenn der nicht unmittelbar Handelnde seinen Beitrag mit dem des Täters verbinde, auf diesem Wege das Verhalten in den deliktischen definierten sozialen Kontext eingepasst werde und dieser Beitrag quantitativ aufgrund annähernd gleicher Verteilung des Gestaltungsanteils täterschaftliche Qualität habe (Jakobs AT Abschn. 21 RN 43; Lesch JA 2000 S.73, S.77; Derksen ZStW 1993 S.162, S.174).

[708] Tröndle/ Fischer § 25 RN 6.

[709] Schönke/ Schröder/ Cramer § 25 RN 66/ 68; Tröndle/ Fischer § 25 RN 7; Lackner/ Kühl § 25 RN 11; Jescheck/ Weigend § 63 III 1; Jakobs Abschn. 21 RN 47.

unangemessen, da er auf diese Weise, im Gegensatz zu einer bloßen Randfigur, den Tatablauf wesentlich mitgestaltet und sich dieser daher als sein Werk darstellt.[710]
Folglich ist es ausreichend, wenn der Gesellschafter sich durch die Beschlussfassung nur im Vorfeld der eigentlichen Ausführungshandlung durch den Geschäftsführer an der Tat beteiligt.
Neben einer Mittäterschaft der Gesellschafter kommt unter Umständen auch eine mittelbare Täterschaft gemäß § 25 I 2. Alt. in Betracht, so insbesondere dann, wenn sie einen die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Geschäftsführers ausschließenden Irrtum hervorrufen, indem sie ihm zum Beispiel vorspiegeln, die Vermögenslage der GmbH sei gut genug, um ohne die Verletzung des durch § 30 I GmbHG geschützten Kapitals die Ausschüttung vornehmen zu können. § 25 I 2. Alt. ist aber auch einschlägig, wenn die Gesellschafter eine den Geschäftsführer rechtfertigende Zwangslage schaffen.[711]
In der in der NJW 2004, S.2248ff abgedruckten Entscheidung des 5. Strafrechtssenats des BGH wird die Möglichkeit erwogen, dass die Geschäftsführer bzw. Vorstandsmitglieder des herrschenden Unternehmens mittelbare Täter kraft Organisationsherrschaft sein könnten.[712]
Diesem Weg wird im Schrifttum mit Skepsis gegenübergetreten.[713] Dem ist zuzustimmen, da der Geschäftsführer des herrschenden Unternehmens entweder den gesamten Sachverhalt kennt und daher- wie oben dargestellt- Mittäter ist oder dieses eben nicht der Fall ist und die Geschäftsführer bzw. die Vorstandsmitglieder des herrschenden Unternehmens dann mittelbare Täter aufgrund Wissensvorsprungs sind. Einer Begründung der Täterschaft über das Kriterium der Organisationsherrschaft bedarf es daher nicht, womit der Vorteil verbunden ist, dass man auf die in diesem Bereich umstrittenen Rechtsfragen nicht eingehen braucht. So begegnet die Erstreckung der Organisationsherrschaft auf wirtschaftliche Unternehmen prinzipiellen Bedenken.[714]

3. Untertitel
Die Untreuestrafbarkeit des Aufsichtsrates

A. Fremdes Vermögen

Auch für die Aufsichtsratsmitglieder ist das Gesellschaftsvermögen fremd.
Nach § 52 I GmbHG ist die Schaffung eines Aufsichtsrates bei der GmbH lediglich fakultativ. Zwingend ist ein solcher erstens nach § 77 I BetrVG 1952, wenn die GmbH regelmäßig zwischen 500 und 2000 Arbeitnehmer beschäftigt. Dann besteht er zu einem Drittel aus Arbeitnehmervertretern, §§ 77 I, 76 I BetrVG 1952, seine Zuständigkeiten sind aber geringer als bei der Aktiengesellschaft, da die Befugnisse der Gesellschafterversammlung unberührt bleiben. Zweitens besteht nach dem MitbestimmungsG 1976 eine Pflicht zur Schaffung eines Aufsichtsrates, wenn mehr als 2000

[710] SK- Samson § 25 RN 122; Jakobs Abschn. 21 RN 52. Nach anderer Ansicht kann nur der Mittäter, wer im Ausführungsstadium selbst, d.h. zwischen unmittelbarem Ansetzen und der Vollendung der Tat, mitwirke und damit einen mitgestaltenden Anteil an dem Geschehensausschnitt der Tatbestandsverwirklichung habe. Erforderlich sei also eine Tatausführungsherrschaft (LK- Roxin § 25 RN 181; Herzberg TuT S.66; Bloy GA 1996 S.424, S.436; Rudolphi NStZ 1994 S.433, S.436).
[711] Wodicka S.320.
[712] BGH NJW 2004 S.2248, S.2254.
[713] Fleischer NJW 2004 S.2867, S.2869.
[714] Fleischer NJW 2004 S.2867, S.2869.

Arbeitnehmer beschäftigt sind. Dann setzt er sich paritätisch aus Arbeitnehmer- und Anteilseignervertretern zusammen.
Dieser Aufsichtsrat hat die weitgehenden Kompetenzen wie er einer AG (§ 25 MitbestimmungsG 1976), insbesondere kann er den Geschäftsführer bestellen und anstellen. Des Weiteren kann er nach § 111 IV AktG Zustimmungsvorbehalte schaffen. Aber auch hier bleibt das Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung bestehen.

B. Vermögensbetreuungspflicht

Ob der Aufsichtsrat bzw. seine Mitglieder der GmbH gegenüber zur Vermögensbetreuung verpflichtet sind, ist anhand der oben dargestellten Kriterien zu überprüfen.

I. Der eigenen Gesellschaft gegenüber

1. Verpflichtung zur fremdnützigen Vermögensfürsorge

Die Tätigkeit des Aufsichtsrates ist vor allem auf die Wahrung der Vermögensinteressen der Gesellschaft gerichtet.[715] Er hat seine Tätigkeit am Unternehmensinteresse der GmbH auszurichten, das grundsätzlich in der Erhaltung und damit in der langfristigen Rentabilität des Unternehmens zu sehen ist.[716] Demgemäss ist er gemäß § 111 III AktG zur Einberufung einer Gesellschafterversammlung verpflichtet, wenn das Wohl der Gesellschaft es erfordert.
Dem Aufsichtsrat obliegt gemäß § 111 I AktG, 52 I GmbHG die Überwachung der Geschäftsführung, wobei sich der Umfang der Überwachungspflicht gemäß § 52 I GmbHG i.V. mit § 116 AktG durch Verweis auf die sinngemäß für anwendbar erklärte Sorgfalt der Vorstandsmitglieder aus § 93 I AktG ergibt.
Folglich ist der Aufsichtsrat verpflichtet, mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln fehlerhaftes oder gesellschaftsschädigendes Verhalten der Geschäftsleitung durch Kontrolle und Beratung abzuwenden. Insbesondere obliegt ihm die Prüfung, ob das Leitungsorgan seinen gesetzlichen Pflichten rechtmäßig, wirtschaftlich und zweckmäßig nachkommt.[717]
Des Weiteren können bestimmte, von der Satzung oder dem Aufsichtsrat selbst festgelegte Geschäfte nur mit der Zustimmung des Aufsichtsrates vorgenommen werden (§ 111 IV AktG). In Verbindung mit der vorstehend genannten Sorgfaltspflicht besteht also die Verpflichtung, unternehmerisch nicht vertretbares, gesellschaftsschädigendes Verhalten der Geschäftsführung im Interesse der GmbH zu verhindern.
§ 111 I AktG nennt ausdrücklich die Überwachungspflicht. Des Weiteren beschreibt die Norm, wie diese Überwachungsaufgabe wahrgenommen werden kann und welche Befugnisse gegeben sind.
Aus dem Umfang der gesetzlichen Regelung lässt sich also schließen, dass diese Tätigkeit zumindest einen Hauptbestandteil der Aufsichtsratstätigkeit darstellt.
Folglich handelt es sich um ein fremdnützig typisiertes Schuldverhältnis.

---

[715] Poseck S.81.
[716] Dreher JZ 1990 S.896, S.897.
[717] Mosiek wistra 2003 S.370, S.374.

2. Rechtliche Möglichkeit eigenverantwortlicher Entscheidungen

Im Zentrum der Tätigkeit des Aufsichtsrates steht also die Überwachung der Geschäftsführung. Daraus ergibt sich zunächst einmal zwangsläufig, dass sie Weisungen des Geschäftsführers nicht unterworfen sein können.[718] Des Weitern fehlt es an einer § 37 I GmbHG entsprechenden Regelung, so dass auch den Gesellschaftern kein Weisungsrecht zusteht.
Bei der Wahrnehmung der Überwachungsaufgabe besteht ein weiter Ermessensspielraum, da § 111 I AktG i.V. mit § 52 I GmbHG nur eine generelle Überwachungspflicht konstituiert, ohne den Überwachungsumfang und die dafür einzusetzenden Mittel für jeden Einzelfall festzulegen. Vielmehr bestimmt § 111 II AktG lediglich einige Befugnisse, so insbesondere das Recht, die Bücher und Schriften der Gesellschaft sowie ihre Vermögensgegenstände einzusehen . Folglich liegt die Ausgestaltung der Überwachung zumindest teilweise im Ermessen der Aufsichtsratsmitglieder, denn eine Pflicht, d.h. eine Ermessensreduzierung auf Null, kann sich aus diesem Rechten nur im Extremfall ergeben.[719]

3. Fazit

Der Aufsichtsrat bzw. seine Mitglieder sind der GmbH gegenüber vermögensbetreuungspflichtig. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um eine abhängige Gesellschaft oder ein herrschendes Unternehmen handelt.

II. Vermögensbetreuungspflichten innerhalb von Konzernen

Fraglich ist aber, ob sich eine Vermögensbetreuungspflicht des Aufsichtsrates des herrschenden Unternehmens auch gegenüber der abhängigen Gesellschaft ergeben kann.
Für den Geschäftsführer ist dies unter dem Gesichtspunkt der tatsächlichen Pflichtenübernahme bejaht worden.
Dagegen spricht aber zunächst einmal der Blick auf die §§ 311ff AktG. Zwar sind diese Normen nicht auf die faktisch konzernierte GmbH anwendbar, sie zeigen aber doch, dass sich die Pflichten des Aufsichtsrates der herrschenden und der abhängigen Gesellschaft auf die jeweils eigene Gesellschaft beschränken.
So konstituiert § 314 I AktG eine Prüfungspflicht im Hinblick auf den durch den Vorstand gemäß § 312 AktG aufgestellten Bericht über Beziehungen zu verbundenen Unternehmen. Dieser Bericht ist aber nur vom Vorstand der abhängigen Gesellschaft aufzustellen und kann daher nur vom Aufsichtsrat derselben Gesellschaft überprüft werden.
In diesem Bericht geht es gemäß § 312 I AktG vor allem um die Feststellung, ob das herrschende Unternehmen die abhängige Gesellschaft zu nachteiligen Maßnahmen veranlasst hat und ob hierfür ein angemessener Ausgleich gewährt wurde. Folglich geht es um die Wahrung des Unternehmens-

---

[718] Dreher JZ 1990 S.896, S.897.
[719] Poseck S.81.

interesses der Tochtergesellschaft, womit sich auch die Überprüfungspflicht des Aufsichtsrates nur auf dieses Ziel beschränkt.
§ 317 I AktG legt eine Schadensersatzpflicht des herrschenden Unternehmens für den Fall der nachteiligen Einflussnahme fest. Gemäß § 317 II AktG haften neben diesem auch seine gesetzlichen Vertreter als Gesamtschuldner. Gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft kann aber gemäß § 78 I AktG nur der Vorstand, nicht aber der Aufsichtsrat sein.
Folglich kann auch keine Pflicht des Aufsichtsrates bestehen, den Vorstand von für die abhängige Gesellschaft nachteiligen Maßnahmen abzuhalten, da ansonsten auch eine Schadensersatzpflicht dieses Organs im Gesetz geregelt wäre. Dass eine Schadensersatzpflicht durchaus bestehen kann, ergibt sich aus § 318 II AktG, der den Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft dieser gegenüber zum Schadensersatz verpflichtet, wenn die sich aus § 314 AktG ergebende Überprüfungspflicht nicht ordnungsgemäß wahrgenommen wurde.
Im Übrigen spricht § 111 I AktG zwar nur von der Überwachung der Geschäftsführung, der Blick auf § 111 III AktG, wo von dem Wohl der Gesellschaft die Rede ist, zeigt aber, dass es dabei nur um die Überwachung im Interesse der eigenen Gesellschaft geht. Weitergehende Pflichten ergeben sich nicht aus dem AktG oder dem GmbHG.
Fehlt es also an einer gesellschaftsrechtlichen Grundlage für eine Pflichtenstellung gegenüber der abhängigen Gesellschaft, kann sich diese nur aus einem tatsächlichen Treueverhältnis ergeben.
Möglich ist dies zum Beispiel, wenn ein Aufsichtsratsmitglied zugleich faktisch Geschäftsführungsaufgaben der abhängigen Gesellschaft wahrnimmt.

C. Pflichtverletzung

Grundsätzlich fehlt dem Aufsichtsrat die Befugnis, die GmbH im Außenverhältnis zu vertreten. Demgemäss wird im Regelfall nicht die Missbrauchsalternative, sondern vielmehr die Treuebruchsalternative in Betracht kommen. Des Weiteren steht im Zentrum der Aufsichtsratstätigkeit, wie oben schon dargestellt, die Überwachung der Geschäftsführung, woraus folgt, dass die Pflichtverletzung oftmals in einem Unterlassen bestehen wird, nämlich einem Nichteinschreiten gegen unternehmerisch nicht vertretbare Entscheidungen der Geschäftsführung.[720]
Gemäß § 95 AktG ist auch der Aufsichtsrat ein Kollegialorgan. Folglich ergeben sich auch hier Kausalitäts- und Zurechnungsprobleme, die im Ansatz schon bei der Betrachtung der Geschäftsführer- und Gesellschafterstrafbarkeit angesprochen worden sind. Von einer weiteren Darstellung soll daher abgesehen werden.[721]

---

[720] Poseck S.82. Exemplarisch kann auf die Ausführungen in BGHSt 9 S.203, S.206 verwiesen werden: „Verletzt der Aufsichtsrat die ihm nach dem Gesetz oder der Satzung obliegenden Pflichten zum Schaden der Gesellschaft, so trifft jedes einzelne seiner Mitglieder die in § 81 a a.F. des Gesetzes umschriebene strafrechtliche Verantwortung. Das gilt auch dann, wenn der Aufsichtsrat in seiner Gesamtheit , z.B. durch die von ihm gefassten Beschlüsse, zum Nachteil der Gesellschaft handelt. Das an einem solchen Vorgang beteiligte einzelne Mitglied trifft nur dann kein Schuldvorwurf, wenn es jedes rechtlich zulässige Mittel ergriffen hat, um das Zustandekommen eines solchen Beschlusses zu verhindern.“
[721] Mit dieser Problematik befasst sich Posek (S.147ff) eingehend in seiner Untersuchung.

3. Kapitel
Die Untreue im Vertragskonzern[722]

1. Untertitel
Vermögensbetreuungspflichten im Vertragskonzern durch Beherrschungsvertrag

A. Der Geschäftsführer des herrschenden Unternehmens

Gegenüber seinem eigenen Unternehmen hat der Geschäftsführer bzw. der Vorstand unstreitig eine Vermögensbetreuungspflicht.
Fraglich ist aber, ob sich aus dem Beherrschungsvertrag eine Vermögensbetreuungspflicht des herrschenden Unternehmens gegenüber der abhängigen GmbH ergibt, die dann gemäß § 14 I Nr.1 auf den Geschäftsführer bzw. den Vorstand des herrschenden Unternehmens übergewälzt werden würde.
Soweit bisher in der Literatur auf diese Frage eingegangen worden ist, ist eine Vermögensbetreuungspflicht bejaht worden.[723]
Als Grundlage dieser Pflichtenstellung wird dabei insbesondere auf die §§ 308 I, 309 I AktG und damit auf die Verpflichtung, bei der nach § 308 I AktG zulässigen Weisungserteilung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden, abgestellt.
Infolgedessen werde für das herrschende Unternehmen eine Verantwortung begründet, die der Organverantwortung der Geschäftsleitung einer unabhängigen Gesellschaft entspreche. Durch die Zuständigkeit des herrschenden Unternehmens für die Leitung der Gesellschaft werde die Organzuständigkeit der Geschäftsleitung der abhängigen Gesellschaft verdrängt, soweit das Unternehmen von seiner sich aus § 308 I AktG ergebenden Befugnis Gebrauch mache. Dessen gesetzliche Vertreter handelten also der Sache nach bei der Weisungserteilung als Organe der abhängigen Gesellschaft, womit auch deren Organverantwortlichkeit, mithin die Vermögensbetreuungspflicht, übergehe.[724] Es komme zu einer Kopplung von Leitungsmacht und dementsprechender Verantwortung.[725]
Der Geschäftsleiter der abhängigen Gesellschaft werde zum Ausführenden degradiert, womit eine auf dem Vertragsverhältnis beruhende organisationsrechtliche, jedoch nicht organschaftliche Sonderverbindung zwischen herrschender Gesellschaft und geleitetem Unternehmen entstehe.[726]

I. Gesellschaftsrechtliche Ausgangslage

Die zentralen Normen sind hier § 308 I AktG und § 309 I AktG. Danach kann das herrschende Unternehmen der Geschäftsführung der abhängigen GmbH auch nachteilige Weisungen erteilen,

---

[722] Zum Begriff des Vertragskonzerns siehe oben S.12.
[723] Achenbach/ Wannemacher/ Seier § 21 RN 254; Ewald S.109; Busch S.87.
[724] Ewald S.109.
[725] Busch S.83.
[726] Busch S.83.

soweit ein Beherrschungsvertrag besteht und dies dem Konzerninteresse dient, d.h., sie müssen entweder den Belangen des herrschenden Unternehmens oder der mit ihm und der abhängigen Gesellschaft konzernverbundenen Unternehmen[727] dienen.[728] Nachteilige Weisungen sind solche, die zu Maßnahmen verpflichten, die ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter, der sich ausschließlich an den Interessen seiner Gesellschaft orientiert, nicht vorgenommen hätte.[729]
Dabei ist es aber an die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gebunden, wobei diese Pflicht ausdrücklich gegenüber der Tochtergesellschaft besteht. Dieses ergibt sich auch aus dem Umstand, dass der Schadensersatzanspruch aufgrund der Verletzung dieser Pflicht der abhängigen GmbH zusteht (§ 309 II AktG).
Wann ein Verstoß gegen die Sorgfaltspflichten vorliegt, richtet sich dabei aber nicht nach dem Interesse eine unabhängigen Gesellschaft, Bezugsrahmen ist vielmehr der als Einheit gedachte Konzern.[730] Maßgeblich sind demnach die „Grundsätze ordnungsgemäßer Konzerngeschäftsführung“, womit eine Pflichtverletzung gegeben ist, wenn nicht ausreichend Rücksicht auf die rechtliche Selbständigkeit der Tochtergesellschaft genommen wird, Chancen und Risiken zwischen den verbundenen Unternehmen unangemessen verteilt werden oder es zu einem übermäßigen Abzug von Liquidität kommt.[731]
Dabei muss den gesetzlichen Vertretern des herrschenden Unternehmens aber ein weiter Ermessensspielraum zugestanden werden, da sich die konkreten Folgen bestimmter Maßnahmen nicht immer genau vorhersehen lassen. Folglich entsteht erst dann ein Schadensersatzanspruch, wenn elementare kaufmännische Vorsichtsmaßnahmen und betriebswirtschaftliche Erkenntnisses vernachlässigt werden.[732]

1. Schranken des Weisungsrechts

a) Übersicht

Im Einzelnen unterliegt das Weisungsrecht – neben den sich aus dem Beherrschungsvertrag selbst und aus §§ 299, 308 I S.2 AktG ergebenden Schranken- den folgenden Beschränkungen:
aa) Nicht im Konzerninteresse erfolgen Weisungen, durch die die abhängige Gesellschaft unverhältnismäßig geschädigt wird, d.h. der Schädigung stehen keine vergleichbaren Vorteile für andere Konzernunternehmen gegenüber[733], oder die im Interesse von Dritten erfolgen, so zum Beispiel, wenn der Geschäftsführer der abhängigen Gesellschaft angewiesen wird, Geld auf das Privatkonto des Geschäftsführers der herrschenden Gesellschaft zu überweisen.[734]

---

[727] Ausreichend ist hier eine Schwestergesellschaft der abhängigen GmbH, die durch einen Beherrschungsvertrag mit der Muttergesellschaft verbunden ist. Ob auch eine bloß faktisch konzernierte Schwestergesellschaft ausreichend ist, ist umstritten (Hüffer § 308 AktG RN 18).
[728] Scholz/ Emmerich Anhang Konzernrecht RN 183.
[729] Hüffer § 308 AktG RN 15.
[730] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 23 VI 4c).
[731] Scholz/ Emmerich (8. Auflage) Anhang Konzernrecht RN 287.
[732] BGHZ 135 S.244, S.253/ 254.
[733] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 23 V 2c).
[734] Scholz/ Emmerich Anhang Konzernrecht RN 183; Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 23 V 4b).

Geht es also im faktischen Konzern darum, dass die Weisung –soweit Minderheitsgesellschafter vorhanden sind- auf Grund der Interessenlage der Tochtergesellschaft aus unternehmerischen Gründen jedenfalls als noch vertretbar erscheint[735], reicht es im Vertragskonzern, dass die Weisung auf Grund der Interessenlage des Gesamtkonzerns oder eines Tochterunternehmens noch als vertretbar erscheint. Diese Unterscheidung ist gerechtfertigt, da der Minderheitsgesellschafter der abhängigen Gesellschaft durch das Erfordernis eines Zustimmungsbeschlusses zum Abschluss eines Beherrschungsvertrages ausreichend geschützt ist.

bb) Eine Weisung darf nicht gegen zwingendes Gesetzesrecht verstoßen (§§ 134, 138 BGB).[736]

cc) Durch den Beherrschungsvertrag werden zwingende Kompetenzen der Gesellschafterversammlung nicht verlagert. Folglich kann durch eine Weisung der Unternehmensgegenstand der abhängigen Gesellschaft weder ausgeweitet noch verändert werden, da die Kompetenz zur Satzungsänderung zwingend bei der Gesellschafterversammlung verbleibt (§ 53 GmbHG).[737] Gleiches gilt für die Abberufung und die Bestellung von Geschäftsführern.[738]

Es gibt keine Berechtigung zur faktischen Änderung des Gesellschaftsvertrages.[739] Dies gilt gleichermaßen für die Aufnahme von Tätigkeiten außerhalb des Gegenstandes der Gesellschaft wie für die Einstellung zentraler, zum bisherigen Gegenstand der Gesellschaft gehörender Tätigkeitsbereiche.[740]

dd) Als weitere Schranke ergibt sich die Überlebensfähigkeit der abhängigen Gesellschaft, da es kein denkbares Konzerninteresse gibt, dass die Vernichtung einzelner Konzernglieder rechtfertigt.[741] Unzulässig sind daher Weisungen, die entweder aktuell die Existenz der abhängigen GmbH gefährden oder ihre Überlebensfähigkeit nach dem Ende des Beherrschungsvertrages. Zu betonen ist aber hier, dass es dabei nicht um Weisungen gehen kann, die zum Beispiel die Liquidation unter Einhaltung des gesetzlich vorgesehenen Weges anordnen, da dann gewährleistet ist, dass zunächst die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger befriedigt werden. Im Übrigen sind in diesem Fall auch die Rechte eventueller Minderheitsgesellschafter nicht gefährdet, da die Liquidation nach dem GmbHG einen Gesellschafterbeschluss voraussetzt.

Im Hinblick auf die letztere Schranke ergibt sich aber das Problem, dass zur Beurteilung eines Sachverhaltes, bei dem ein Verstoß in Betracht käme, längerfristige Prognosen erforderlich wären. Die Frage, ob der Abzug eines bestimmten Produktsegmentes nach dem Ende des Beherrschungsvertrages das wirtschaftliche „Aus“ der Gesellschaft zur Folge haben wird, lässt sich im Regelfall nicht sicher beantworten, da weder die Laufzeit des Beherrschungsvertrages noch bekannt ist, ob dieser Nachteil nicht noch in Zukunft durch die Übertragung einer anderen Produktionslinie ausgeglichen wird. Daher kann hier eine Schranke des Weisungsrechts nur angenommen werden, wenn es sich um einen evidenten Missbrauchsfall handelt, d.h. das herrschende Unternehmen mit der

---

[735] BGH NJW 2004 S.2248, S.2254.
[736] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 23 V 4b).
[737] OLG Stuttgart NZG 1998 S.601, S.602; Baumbach/ Hueck/ Zöllner Schlussanhang I RN 48; Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 32 III 1..
[738] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 32 III 1..
[739] Scholz/ Emmerich Anhang Konzernrecht RN 184.
[740] OLG Nürnberg AG 2000 S.228, S.229.
[741] OLG Düsseldorf AG 1990 S.490, S.492; Wiedemann/ Hirte, in: FS 50 Jahre BGH S.383.

Zielsetzung handelt, den Gläubigern der abhängigen Gesellschaft das Haftungskapital zu entziehen.[742]
Den danach zulässigen Weisungen muss der Geschäftsführer der abhängigen GmbH Folge leisten (§ 308 II S.1 AktG), eine Berechtigung zur Verweigerung besteht nicht (§ 308 II S.2 AktG). Diese besteht nur, wenn sie offensichtlich nicht dem Konzerninteresse dienen (§ 308 II S.2 AktG).
Damit ist ein evidenter Missbrauchsfall erforderlich, d.h. die Unvereinbarkeit der nachteiligen Weisung mit dem Konzerninteresse muss für jeden Sachkenner ohne Weiteres auf der Hand liegen.[743]

b) Speziell- Verstoß gegen zwingendes Gesetzesrecht

Im Hinblick auf diese Schranke des Weisungsrechts ergibt das Problem, dass im Hinblick auf die abhängige GmbH auch § 30 I GmbHG zum zwingenden Gesetzesrecht gehört. Daneben gibt es aber, wie oben schon erläutert, gemäß § 302 AktG eine Verlustübernahmepflicht des herrschenden Unternehmens, woraus folgt, dass während der Vertragsdauer im Regelfall keine Unterbilanz auftreten kann.

aa) Freie Disposition

Aufgrund dieser Feststellung wird vertreten, dass die Kapitalerhaltungsregel des § 30 I GmbHG im Vertragskonzern keine Bedeutung haben soll.
Begründet wird dies mit einer Analogie zu § 291 III AktG, der im Vertragskonzern bei Leistungen aufgrund des Beherrschungsvertrages die §§ 57, 58, 60 AktG für unanwendbar erklärt. Entscheidend ist dabei vor allem der Verweis auf § 57 I AktG, der in der unabhängigen Aktiengesellschaft die Rückgewähr der Einlagen untersagt, und auf § 58 IV AktG, der festlegt, dass die Aktionäre nur Anspruch auf den Bilanzgewinn haben.
Diese Aufhebung der Vermögensbindung im Aktienvertragskonzern gelte entsprechend auch im GmbH- Vertragskonzern, da sie sich dadurch rechtfertige, dass der Kapitalschutz im GmbH-Konzern wegen der vielfältigen Möglichkeiten der Einflussnahme auf die abhängige Gesellschaft ihre Wirksamkeit und damit auch ihren Sinn verlören. Insbesondere sei die Abgrenzung eines gegen § 30 I GmbHG verstoßenden Eingriffs von sonstigen Eingriffen wegen der extrem versichteten Ausübung der Leitungsmacht quasi ausgeschlossen. Dieses habe der Gesetzgeber erkannt, weshalb er die Kapitalherhaltungsvorschriften durch die Pflicht des herrschenden Unternehmens zur Verlustübernahme gemäß § 302 AktG ersetzt habe. Aufgrund dieser Regelung könne das Problem einer gegen § 30 I GmbHG verstoßenden Entnahme von Gesellschaftsvermögen während der Dauer des Beherrschungsvertrages kaum auftreten.[744] Zum Preis der Verlustübernahme erkaufe sich die Muttergesellschaft die Freiheit von den §§ 57, 58, 60 AktG.

---

[742] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 23 VI 4 c) bb).
[743] Hüffer § 308 AktG RN 22.
[744] Fleck ZGR 1990 S.31, S.47.

Des Weiteren bestehe kein Grund, im Konzern durch Nichtanwendung des Gedankens des § 291 III AktG die abhängige GmbH stärker zu schützen als die abhängige AG.[745]
Da die Verpflichtung zur Verlustübernahme aber auch im GmbH- Vertragskonzern bestehe, sei in gleicher Weise auch die Analogie zu § 291 III AktG gerechtfertigt.[746]
Dem stehe folglich auch nicht entgegen, dass die Vermögensbindung in der GmbH eine andere sei als in der Aktiengesellschaft und daher eine analoge Anwendung von diesbezüglichen Vorschriften Vorsicht geboten sei.[747]
§ 30 I GmbHG gewinne erst in dem Augenblick seine Bedeutung zurück, wenn die Solvenz des herrschenden Unternehmens und damit seine Fähigkeit der Erfüllung der Verlustübernahmepflicht in Frage gestellt sei, da dann diese Verpflichtung ihren Zweck, den Ausfall der Kapitalerhaltungsvorschriften auszugleichen, nicht mehr erfüllen könne.[748] Entscheidendes Kriterium sei folglich die Vollwertigkeit des Anspruchs.

bb) Kein Wegfall des § 30 I GmbHG

Meines Erachtens ist der Gegenansicht zu folgen, die eine Analogie zu § 291 III AktG ablehnt.
Dafür spricht zum Einen die von der Gegenansicht zum Teil gemachte Einschränkung, die Vollwertigkeit des Anspruchs auf Verlustübernahme sei Voraussetzung für den Wegfall der Vermögensbindung gemäß § 30 I GmbHG.
Wenn man eine analoge Anwendung befürwortet, muss man konsequent bleiben und das Vorliegen eines Vertragskonzerns als ausreichende Voraussetzung für das Entfallen der Kapitalerhaltungsvorschriften ansehen. Denn das AktG sieht ein Wiederaufleben der §§ 57, 58, 60 AktG für den Fall der mangelnden Solvenz des herrschenden Unternehmens nicht vor.
Daher kann man den Gegebenheiten des Konzerns am besten dadurch Rechnung tragen, dass man den § 30 I GmbHG fortgelten lässt. Zwar ist klar, dass diese Norm solange keine tatsächliche Bedeutung hat, wie dass herrschende Unternehmen leistungsfähig ist, da die Pflicht zur Verlustübernahme den Eintritt einer Unterbilanz ausschließt. Dem Liquiditätsverlust steht in der Bilanz auf jeden Fall der Anspruch gegen die Konzernmutter gegenüber. Die Bedeutung erlangt § 30 I GmbHG aber zurück, wenn die Leistungsfähigkeit wegfällt, da er dann wieder zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist. Die Anwendung des § 30 I GmbHG lässt sich aber nur dann ohne logische Brüche erklären, wenn er quasi als Ergänzung des § 302 AktG fortgegolten hat und bei Bedarf als „Sicherheitsnetz“ wieder Anwendung findet.
Folglich besteht für eine Analogie zu § 291 III AktG kein Bedarf. Des Weiteren fehlt es an einer für eine Analogie erforderlichen Regelungslücke, da es sich bei § 30 I GmbHG um zwingendes Recht handelt. Dieses sind die §§ 57, 58, 60 AktG zwar auch, ihre Unanwendbarkeit ist aber im AktG eindeutig geregelt. Eine solche Regelung gibt es im aber GmbHG nicht, womit das herrschende Unternehmen und die abhängige Gesellschaft durch einen Unternehmensvertrag die Geltung des § 30 I GmbHG nicht ausschließen können.[749]

---

[745] Scholz/ Westermann § 30 GmbHG RN 9; Seibt NJW Spezial 2004 S.219, S.220.
[746] Flum S.205/ 206.
[747] Flum S.205.
[748] Fleck ZGR 1990 S.31, S.48.
[749] Wellkamp NStZ 2002 S.113, S.116; Wassmer S.100.

Für diese Interpretation spricht auch das Urteil des BGH vom 24.11.2003.[750]
Anlass war die Gewährung eines Darlehens an den Gesellschafter einer GmbH. In diesem Zusammenhang hat der BGH festgestellt, dass Kreditgewährungen an Gesellschafter, die nicht aus Rücklagen oder Gewinnvorträgen, sondern zu Lasten des durch § 30 I GmbHG gebundenen GmbH-Vermögens erfolgten, selbst dann als verbotene Auszahlung im Sinne des § 30 I GmbHG anzusehen seien, wenn der Rückzahlungsanspruch gegen den Gesellschafter im Einzelfall vollwertig sein sollte.
Dieses sei notwendig, da der Austausch einer liquiden Haftungsmasse, die den Gläubigern jederzeit zu Befriedigung zur Verfügung stehe, gegen einen in die Zukunft verlagerten hinausgeschobenen schuldrechtlichen Rückzahlungsanspruch die Vermögenslage der Gesellschaft und damit die Befriedigungschancen der Gläubiger verschlechtere.
Des Weiteren wird ein Vergleich mit der Einlageforderung gezogen. Diese könne von Seiten der Gesellschaft nicht gestundet werden. Gleiches müsse aber für den Darlehensrückgewähranspruch gelten, da auch in diesem Fall die Stammkapitalziffer nicht durch tatsächlich vorhandene Liquidität abgedeckt werde. Die Gefährdungslage der Gläubiger sei identisch, da auch ein eventuell vollwertiger Anspruch der Gesellschaft gegen den Gesellschafter auf Einzahlung der Einlage nicht ausreichend im Sinne des § 30 I GmbHG sei. Es drohe eine Umgehung des Stundungsverbotes.[751]
Kann aber ein Darlehensrückgewähranspruch nicht verhindern, dass ein Verstoß gegen § 30 I GmbHG vorliegt, kann dieses auch die Verlustübernahmepflicht des § 302 AktG nicht leisten. Denn ebenso wie bei ersterem ist auch der Anspruch gemäß § 302 AktG lediglich schuldrechtlicher Natur und bestehen im Hinblick auf die möglicherweise wegfallende Solvenz des herrschenden Unternehmens die gleichen Risiken wie bei einem Gesellschafter.
Des Weiteren ist auch der Anspruch auf Verlustausgleich nicht unmittelbar fällig, sondern erst mit Aufstellung der ordnungsgemäßen (Vor-)Bilanz und Feststellung des Jahresfehlbetrages.[752] Zwischen der Beeinträchtigung des Kapitals, das der Abdeckung der Stammkapitalziffer dient, und der Möglichkeit, den Anspruch geltend zu machen, kann also ein längerer Zeitraum von bis zu einem Jahr liegen, in dem die Werthaltigkeit des Verlustübernahmeanspruchs entfallen könnte. Infolgedessen besteht auch eine Gefährdung der Gläubigerinteressen an der Befriedigung ihrer Forderungen.
Ist somit § 302 AktG nicht in der Lage, einen § 30 I GmbHG vergleichbaren Schutz zu gewährleisten, muss § 30 I GmbHG auch im Vertragskonzern zum Zwecke des Gläubigerschutzes weiter Anwendung finden.

c) Folgerungen für die Vermögensbetreuungspflicht

Aus den vorstehend genannten Vorschriften in Verbindung mit den §§ 18 I S.2, 291 I S.1, 308 I AktG ergibt sich, dass die Leitung der abhängigen Gesellschaft durch den Beherrschungsvertrag

---

[750] BGH NJW 2004 S.1111ff.
[751] Nicht entschieden wurde die Frage, ob eine Ausnahme dann möglich ist, wenn
- die Darlehensvergabe im Interesse der Gesellschaft liegt,
- die Darlehensbedingungen einem Drittvergleich standhalten und
- die Kreditwürdigkeit des Gesellschafters selbst bei Anlegung strengster Maßstäbe außerhalb jedes vernünftigen Zweifels steht oder die Rückzahlung des Darlehens durch werthaltige Sicherheiten voll gewährleistet ist.
[752] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 20 V 3./ § 20 V 5..

partiell auf das herrschende Unternehmen und damit auf seinen Geschäftsführer oder Vorstand übergeht. Er kann der Geschäftsleitung der abhängigen Gesellschaft Weisungen erteilen, die diese dann befolgen muss.

Der Beherrschungsvertrag zwingt das herrschende Unternehmen also nicht zur Weisungserteilung, sondern gibt lediglich die Befugnis dazu. Folglich entsteht allein aufgrund des Beherrschungsvertrages keine Pflicht zur fremdnützigen Vermögensfürsorge in dem Sinne, dass aktiv in die Geschäftstätigkeit eingegriffen werden müsste. Insbesondere ist die Muttergesellschaft gegenüber der Tochtergesellschaft nicht verpflichtet, letztere zum Abschluss eines für sie günstigen Rechtsgeschäfts durch entsprechende Weisung zu zwingen.

In einer solchen Situation könnte aber die Vermögensbetreuungspflicht des Geschäftsführers des herrschenden Unternehmens gegenüber diesem ihn dazu zwingen einzugreifen, um einen Vermögensnachteil aufgrund der Verlustübernahmepflicht von der Muttergesellschaft abzuwenden.

Eine andere Frage ist, ob der Geschäftsführer/ Vorstand des herrschenden Unternehmens eventuell durch ein Unterlassen der dementsprechenden Weisung den Untreuetatbestand verwirklicht, da er gegen seine Pflicht zur Konzernleitung verstoßen hat. Diese Pflicht besteht aber nur gegenüber dem eigenen Unternehmen, nicht aber gegenüber der abhängigen Gesellschaft.

Andererseits ist aber zu berücksichtigen, dass das herrschende Unternehmen bei der Erteilung von Weisungen den oben genannten Beschränkungen, die zumindest auch dem Schutz der abhängigen Gesellschaft dienen, unterworfen ist. Dies gilt insbesondere für § 309 I AktG, der auf die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsmannes Bezug nimmt.

Insoweit besteht also doch eine Pflicht zur fremdnützigen Vermögensfürsorge: dem herrschenden Unternehmen ist es im Interesse der Tochtergesellschaft untersagt, ihrem Vermögen durch unzulässige Weisungen einen Schaden zuzufügen.

Im Übrigen steht dem herrschenden Unternehmen bei der Weisungserteilung Raum für eigenverantwortliche Entscheidungen zur Verfügung.

Denn wie oben schon festgestellt, ergeben sich zwar Sorgfaltspflichten aus § 309 I AktG und bestehen Grenzen des Weisungsrechts, jedoch ist den gesetzlichen Vertretern des herrschenden Unternehmens wegen der prinzipiellen Ungewissheit der Zukunft ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt.

Schließlich ist die Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen auch der Hauptgegenstand eines Vertrages, der darauf abzielt, dem herrschenden Unternehmens die Möglichkeit einzuräumen, die Geschäftstätigkeit des abhängigen Unternehmens zu lenken.

Daraus ergibt sich, dass im Hinblick auf die Vermögensbetreuungspflicht das herrschende Unternehmen durch Beherrschungsvertrag einem Gesellschafter gleichsteht oder zumindest seiner Pflichtenstellung angenähert ist. Genau wie dieser hat es auch im Hinblick auf die Geschäftsführung ein umfassendes Weisungsrecht, wobei es lediglich solche Weisungen nicht vornehmen darf, die gegen § 30 I GmbHG verstoßen oder die Existenz der abhängigen GmbH gefährden. Insoweit ist das Vermögen der Tochtergesellschaft strafrechtlich durch den Untreuetatbestand auch im Vertragskonzern unwiderruflich geschützt. Unerheblich ist es daher auch, ob das herrschende Unternehmen gleichzeitig Gesellschafter der abhängigen Gesellschaft ist oder nicht.[753]

---

[753] Ersteres ist der Regelfall, da sich die Übernahme bisher selbständiger Unternehmen üblicherweise in mehreren Stufen oder Phasen vollzieht. Am Anfang des Prozesses steht zumeist die bloße Beteiligung des einen Unternehmens an

Damit ist die von Ewald gegebene Begründung der Vermögensbetreuungspflicht nicht ganz zutreffend. Es ist also nicht so, dass das herrschende Unternehmen im Falle der Weisungserteilung die Position eines Geschäftsleitungsorgans übernimmt, dieses quasi aus seiner Stellung verdrängt und dabei auch seine Pflichten übernimmt, vielmehr ist es so, dass die Weisungskompetenz des Gesellschafters übertragen wird. Im Falle der Weisungserteilung allein aufgrund des Beherrschungsvertrages verhält sich das herrschende Unternehmen wie ein Gesellschafter und rückt daher in diese Organstellung ein.
Für eine Vermögensbetreuungspflicht spricht auch, dass Beherrschungsverträge eine unverkennbare Verwandtschaft mit Geschäftsbesorgungsverträgen aufweisen, da die Leitung der abhängigen Gesellschaft auf einen Dritten und damit das herrschende Unternehmen übertragen wird. Hieraus ergeben sich für den Geschäftsbesorger bestimmte Schutz- und Fürsorgepflichten (§§ 675 II, 662, 276 BGB), da das Vermögen der abhängigen Gesellschaft für das herrschende Unternehmen fremdes Vermögen bleibt.[754]
Eine Erweiterung der Pflichtenstellung ergibt sich lediglich insoweit, als dass das herrschende Unternehmen solche Weisungen nicht erteilen darf, die nicht im Konzerninteresse liegen.
Inhaltlich ist die Vermögensbetreuungspflicht daher auf die Einhaltung der Grenzen des Weisungsrechts gerichtet.[755]

B. Der Geschäftsführer abhängigen Gesellschaft

I. Pflicht gegenüber der abhängigen Gesellschaft

Hier ergeben sich grundsätzlich keine Besonderheiten. Der Geschäftsführer der abhängigen Gesellschaft ist ihr gegenüber vermögensbetreuungspflichtig.

II. Pflicht gegenüber dem herrschenden Unternehmen

Durch den Beherrschungsvertrag unterstellt sich die abhängige Gesellschaft den Weisungen des herrschenden Unternehmens.
Grundsätzlich kann man auf den Gedanken kommen, im Hinblick auf die Vermögensbetreuungspflicht der abhängigen Gesellschaft die Situation im Vertragskonzern mit der im faktischen Konzern gleichzusetzen. Auf den ersten Blick besteht lediglich insofern ein Unterschied, als sich im Vertragskonzern die Pflicht des Geschäftsführers, die Weisungen des herrschenden Unternehmens zu befolgen, aus dem Beherrschungsvertrag (§ 308 II AktG) und im faktischen Konzern aus dem gesellschaftsrechtlichen Weisungsrecht der Gesellschafter ergibt. So oder so besteht eine Folgepflicht, die im faktischen Konzern keine besondere Pflichtenstellung nach sich zieht. Daher wäre eine Vermögensbetreuungspflicht der abhängigen Gesellschaft zu verneinen.

---

dem Anderen. Diese Beteiligung wird dann weiter ausgebaut, woraus dann nacheinander die Stufen der einfachen Abhängigkeit, des faktischen Konzerns und schließlich des Vertragskonzerns ergeben (Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 1 2a)).
[754] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 11 III 3..
[755] Ewald S.111.

Diese Schlussfolgerung wird im Schrifttum, wenn auch aufgrund anderer Begründung, zum Teil gezogen.
Zwar liege in der Nichtbefolgung einer Weisung des herrschenden Unternehmens eine Verletzung einer Pflicht aus dem Beherrschungsvertrag und könne sich für dieses daraus ein Vermögensnachteil ergeben, indem zum Beispiel ein lukratives Geschäft vereitelt wird oder das herrschende Unternehmen einen Imageschaden erleide. Oftmals gehe es also um die Nichtrealisierung von Erwerbschancen.[756]
Diese seien aber häufig noch nicht konkret genug, um von einem Vermögensbestandteil sprechen zu können.[757]
Wichtiger sei aber, dass die abhängige Gesellschaft nahezu durchgängig unter der Kontrolle des herrschenden Unternehmens stehe und daher die Nichtbefolgung einer Weisung nicht zur Begründung einer Selbständigkeit auf Seiten der Tochter führe. Eine Verschiebung der Vermögensbetreuungspflichtigkeit ergebe sich, abgesehen für den Fall besonderer Absprachen, nicht.[758]
Schließlich habe ein gegenteiliger Standpunkt zur Konsequenz, dass allein aus der Verletzung von Vertragspflichten eine Vermögensbetreuungspflicht abgeleitet werde. Für die Beurteilung von Vermögensbetreuungspflichten sei jedoch nicht die Vertragsverletzung, sondern die Qualität der Vertragpflichten maßgeblich.[759]
Demgegenüber wird im Schrifttum eine Vermögensbetreuungspflicht aus dem Beherrschungsvertrag zum Teil auch bejaht.[760]
Der Geschäftsführer der abhängigen Gesellschaft sei der richtige Adressat für Weisungen des herrschenden Unternehmens. Er gebe diese an die zuständigen Betriebsstellen und Personen innerhalb der abhängigen Gesellschaft weiter und sorge für die Durchführung. Folglich sei er nicht einem normalen Angestellten vergleichbar, sondern befinde sich in Geschäftsleiterposition und sei mit eigener Verantwortung bei der Durchführung der Weisung ausgestattet.
Daraus ergebe sich, dass ihm mit der Durchführung der Weisungen die Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen anvertraut sei. Es sei gerade der durch das Gesetz legitimierte Zweck des Abschlusses eines Beherrschungsvertrages, das beherrschte Unternehmen in den Dienst der Interessen der herrschenden Gesellschaft bzw. des Konzerns zu stellen, d.h. sie unter Inanspruchnahme der abhängigen Gesellschaft durch diese fördern zu lassen. Die korrekte Durchführung der Weisungen werde für den Geschäftsführer/ Vorstand zur Organpflicht.[761]
Dem ist im Ergebnis zuzustimmen.
Zwar handelt es sich bei einem Beherrschungsvertrag um einen Organisationsvertrag.[762] Sein Schwergewicht liegt daher anders als bei schuldrechtlichen Verträgen nicht in der Begründung wechselseitiger Rechte und Pflichten der Vertragsparteien, sondern in der unmittelbaren Gestaltung

---

[756] Busch S.107.
[757] Im Hinblick auf Erwerbschancen ist zwischen sogenannten Expektanzen einerseits und unbestimmten Aussichten und Hoffnungen andererseits zu unterscheiden. Nur erstere stellen schon Vermögen im Sinne des § 266 dar, es handelt sich um Anwartschaften (Tröndle/ Fischer § 263 RN 56/ 57).
Daher muss sich die Aussicht auf den Vermögenserwerb schon derart konkretisiert haben, dass ihr die Verkehrsauffassung einen wirtschaftlichen Wert beimisst (BGH GA 1978 S.332, S.333).
[758] Busch S.108.
[759] Busch S.108 in Fußnote 346.
[760] LK/ Schünemann § 266 RN 128; Ewald S.126; Schneider S.100.
[761] Ewald S.124/ 125.
[762] BGHZ 103 S.1, S.4/5; BGHZ 105 S.324, S.331; OLG Oldenburg NZG 2000 S.1138, S.1139.

der gesellschaftsrechtlichen Beziehungen zwischen den Vertragspartnern.[763] Der Sache nach handelt es sich um eine Satzungsänderung bei der abhängigen Gesellschaft.[764]
Dennoch kann aber beiderseitige Leistungspflichten begründen[765], so insbesondere die Verlustausgleichspflicht gemäß § 302 AktG und den Anspruch auf Weisungsbefolgung.
Im Übrigen hat diese Satzungsänderung nicht zur Folge, dass dem Geschäftsführer eine rechtliche Zugriffsmöglichkeit – eine solche ist, wie oben erläutert, eine Voraussetzung der Vermögensbetreuungspflicht- auf das Vermögen der herrschenden Gesellschaft eingeräumt wird, vielmehr ist es gerade so, dass auf diesem Wege dass herrschende Unternehmen eine Zugriffsmöglichkeit auf das Vermögen der abhängigen Gesellschaft erhält.
Dennoch ist der Beherrschungsvertrag eine ausreichende Grundlage zur Begründung einer Vermögensbetreuungspflicht der abhängigen Gesellschaft gegenüber dem herrschenden Unternehmen.
Der wesentliche Unterschied zum faktischen Konzern liegt nämlich gerade darin, dass durch diese vertragliche Bindung einem Außenstehenden eine Weisungsbefugnis verliehen wird, wohingegen im faktischen Konzern die Weisungsbefugnis des Allein- oder Mehrheitsgesellschafters aus seiner Organstellung folgt.
In Bezug auf letzteren bedeutete es daher eine Umkehrung der tatsächlichen Verhältnisse, wenn die juristische Person, die der Verwirklichung der wirtschaftlichen Interessen der Gesellschafter dienen soll, diesen gegenüber vermögensbetreuungspflichtig wäre.
Im Hinblick auf eine eventuelle Vermögensbetreuungspflicht des Geschäftsführers gegenüber den Gesellschaftern ist in Ergänzung zu den obigen Ausführungen noch darauf hinzuweisen, dass auch er Organ der GmbH ist. Vermögensbetreuungspflichten bestehen aber nicht zwischen Organen einer juristischen Person, sondern vielmehr zu der juristischen Person selbst.
Dass herrschende Unternehmen ist aber gerade nicht Organ der abhängigen Gesellschaft, womit eine Vermögensbetreuungspflicht in Betracht kommt.
Nach den obigen Erläuterungen zu den Voraussetzungen der besonderen Pflichtenstellung ist unter Umständen auch die faktische Herrschaft über fremde Vermögensinteressen ausreichend, wenn damit ein schützenswertes Vertrauen in die Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen verbunden ist.
Die Frage nach einer Vermögensbetreuungspflicht wird sich vor allem dann stellen, wenn Weisungen nicht oder nur unzureichend befolgt werden und dadurch der Muttergesellschaft ein Nachteil entsteht, weil zum Beispiel ein lukratives Geschäfts nicht zustande kommt.[766]
Damit hat die abhängige Gesellschaft aber insofern eine faktische Herrschaft über die Vermögensinteressen der herrschenden Gesellschaft, als sie Geschäftschancen, die sich schon zu einer Expektanz entwickelt haben, vereiteln und damit den Eintritt der Vermögensmehrung verhindern kann.
Mit dieser faktischen Herrschaft ist auch ein schützenswertes Vertrauen verbunden, da durch den Beherrschungsvertrag von der abhängigen Gesellschaft der Vertrauenstatbestand begründet wird, sie werde den Weisungen im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen Folge leisten.

---

[763] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 11 III 1..
[764] OLG Karlsruhe NJW 1967 S.831, S.832; LG Ingolstadt AG 1991 S.24, S.25.
[765] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 11 III 2..
[766] Busch S.107.

Darüber hinaus ist es zwar zutreffend, dass durch eine ständige Weisungserteilung der Raum für eigenverantwortliches Handeln der abhängigen Gesellschaft faktisch weitgehend eingeschränkt wird. Rechtlich betrachtet bleibt sie aber ein eigenständige juristische Person, deren Organe ihre sämtlichen Befugnisse behalten und die folglich aufgrund eigenverantwortlicher Entscheidung die Befolgung der Weisung verweigern kann.
Inhaltlich besteht die Vermögensbetreuungspflicht der abhängigen Gesellschaft also darin, die Weisungen des herrschenden Unternehmens, die sich innerhalb der gesellschaftsrechtlichen Grenzen bewegen, zu befolgen. Diese Pflichtenstellung wird gemäß § 14 I Nr.1 auf den Geschäftsführer übergeleitet.

C. Vermögensbetreuungspflicht der Gesellschafter

Diesbezüglich kann auf die Ausführungen zum faktischen Konzern verwiesen werden. Es ergeben sich keine Unterschiede.

2. Untertitel
Vermögensbetreuungspflichten im Vertragskonzern durch isolierten Gewinnabführungsvertrag

A. Geschäftsführer der herrschenden Gesellschaft

Wie oben schon erläutert, liegt ein isolierter Gewinnabführungsvertrag dann vor, wenn er nicht mit einem Beherrschungsvertrag verbunden ist. Damit fehlt es aber auch an einem Weisungsrecht, das vorstehend zur Begründung einer Vermögensbetreuungspflicht herangezogen worden ist. Diese besteht insoweit, als das herrschende Unternehmen verpflichtet ist, die Grenzen des Weisungsrechts einzuhalten.
Hat das herrschende Unternehmen aber lediglich die Befugnis, den jährlichen Bilanzgewinn der abhängigen Gesellschaft einzufordern und entgegenzunehmen, kann daraus keine Vermögensbetreuungspflicht erwachsen, da das herrschende Unternehmen keine rechtliche Einflussnahmemöglichkeit auf das Vermögen der abhängigen Gesellschaft hat. Insbesondere kann sie nicht die Weisung erteilen, kurz vor der Bilanzaufstellung Maßnahmen außerhalb einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung zu ergreifen, die den abführungspflichtigen Gewinn der abhängigen Gesellschaft zu Lasten ihrer Zukunftsperspektiven steigern. Zu denken wäre hier zum Beispiel an den vorzeitigen Verkauf einer Entwicklung, um den Jahresgewinn kurzfristig zu steigern und eine Liquiditätslücke im herrschenden Unternehmen abzudecken.
Darüber hinaus kann auch aus der Pflicht, einen eventuellen Verlust der abhängigen Gesellschaft auszugleichen, keine besondere Pflichtenstellung im Sinne des § 266 abgeleitet werden. Denn diese ergibt sich aus dem Gesetz, womit der abhängigen Gesellschaft dieser Anspruch unabhängig von dem Verhalten des herrschenden Unternehmens besteht. Weigert es sich also, die entsprechenden Geldmittel der abhängigen Gesellschaft zur Verfügung zu stellen, wirkt sich der Anspruch dennoch bilanziell aus. Folglich kann es nicht zu einer Unterkapitalisierung oder sogar einer Überschuldung kommen.

B. Geschäftsführer der abhängigen Gesellschaft

Fraglich ist aber, ob sich aus der geschilderten Gewinnabführungspflicht nicht eine Vermögensbetreuungspflicht der abhängigen Gesellschaft ergibt.
Das HGB eröffnet der Gesellschaft bei der Aufstellung des Jahresabschlusses ein Vielzahl von Bilanzierungs- und Bewertungswahlrechten.[767]
Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass es sich bei einem Gewinnabführungsvertrag um ein Dauerschuldverhältnis handelt[768], aus dem sich vertragliche Treuepflichten ergeben. Folglich muss die abhängige Gesellschaft bei der Ausübung dieser Bilanzierungswahlrechte auf die Interessen des abführungsberechtigten Rücksicht nehmen. Handelt sie aber dennoch bewusst zum Nachteil des herrschenden Unternehmens, indem sie zum Beispiel treuwidrig eine Bewertungsmöglichkeit so wahrnimmt, dass sich der Bilanzgewinn künstlich verringert, macht sie sich schadensersatzpflichtig (§§ 276, 249, 252 BGB).[769]
Es bestehen also zivilrechtliche Treupflichten der abhängigen Gesellschaft gegenüber der herrschenden Gesellschaft.
Die Aussicht, von der abhängigen Gesellschaft den Bilanzgewinn zu erhalten, stellt eine Erwerbsaussicht dar, die aber erst dann Vermögen darstellt, wenn sie sich zu einer Expektanz verdichtet hat.
Erforderlich ist also, dass die Erwerbsaussicht so konkret ist, dass ihr die Verkehrsauffassung einen messbaren wirtschaftlichen Wert beimisst.[770] Weitergehend wird auch gefordert, dass Vermögen eine in Geldeswert ausdrückbare, rechtlich konstituierte Herrschaft über Gegenstände oder soziale Interaktionen sei.[771] Eine Erwerbsaussicht ist also erst dann eine Expektanz, wenn rechtlich gesicherte Durchsetzungsmöglichkeiten bestehen, die einen Erwerb garantieren und Abwehrmöglichkeit gegenüber Störfaktoren geben.[772]
Die herrschende Gesellschaft hat keine rechtlichen Möglichkeiten dahingehend, die abhängige Gesellschaft zu veranlassen, so zu bilanzieren, dass ein möglichst umfangreicher Bilanzgewinn entsteht. Sie hat aber insofern eine gesicherte Position, als sie erwarten kann, dass die Bilanzierung den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung entspricht und nicht treuwidrig erfolgt. Wird gegen diese berechtigte Erwartung verstoßen, steht dem herrschenden Unternehmen ein Schadensersatzanspruch und damit eine rechtliche Durchsetzungsmöglichkeit zu.
Der Bilanzgewinn stellt also insoweit Vermögen dar, als er sich bei ordnungsgemäßer, den Treupflichten entsprechender Bilanzierung ergibt.[773]
Folglich hat die abhängige Gesellschaft die faktische Herrschaft über einen Ausschnitt der Vermögensinteressen des herrschenden Unternehmens. Sie hat die tatsächliche Möglichkeit, durch die treuewidrige Ausübung der Bilanzierungs- und Bewertungswahlrechte den Bilanzgewinn zu schmälern.

---

[767] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 12 IV 2..
[768] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 12 I..
[769] OLG Frankfurt NZG 2000 S.603, S.604.
[770] BGHSt 31 S.232, S.234; NJW 2002 S.2801, S.2802.
[771] LK/ Schünemann § 266 RN 134.
[772] Rönnau/ Hohn JuS 2003 S.998, S.999.
[773] Ähnlich Busch S.109, der diese Einschränkung nicht aufnimmt.

Mit dieser ist des Weiteren auch ein schützenswertes Vertrauen in die Wahrnehmung der Vermögensinteressen verbunden. Dieses ergibt sich aus dem Gewinnabführungsvertrag als solchem, da dieser die Gesellschaften über einen längeren Zeitraum aneinander bindet und als Organisationsvertrag unmittelbar die gesellschaftsrechtlichen Beziehung zwischen ihnen gestaltet.[774] Er erschöpft sich also nicht in einem bloßen Austauschverhältnis, sondern begründet ein besonderes Näheverhältnis.
Die abhängige Gesellschaft ist also dem herrschenden Unternehmen insoweit vermögensbetreuungspflichtig[775], als sie den Bilanzgewinn nicht entgegen den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung vermindern darf. Diese Vermögensbetreuungspflicht wird gemäß § 14 I Nr.1 auf den Geschäftsführer übergeleitet.

3. Untertitel
Übrige Tatbestandsmerkmale des § 266

A. Pflichtverletzung

Pflichtwidrig handelt der Geschäftsführer der abhängigen Gesellschaft, wenn
(1) er gegen die Grundsätze eines ordentlichen Geschäftsmannes im Hinblick auf die eigene Gesellschaft verstößt.
(2) eine verbindliche Weisung des aufgrund Beherrschungsvertrages herrschenden Unternehmens nicht befolgt oder eine Weisung, die die gesetzlichen Grenzen überschreitet, befolgt. [776]
(3) eine verbindliche Weisung der Gesellschafter ignoriert.
Der Geschäftsführer der herrschenden Gesellschaft handelt pflichtwidrig, wenn
(1) er gegen die Grundsätze eines ordentlichen Geschäftsmannes im Hinblick auf die eigene Gesellschaft verstößt.
(2) eine verbindliche Weisung der Gesellschafter seiner eigenen Gesellschaft ignoriert.
(3) er Weisungen an die abhängige Gesellschaft richtet, die gegen den Sorgfaltsmaßstab des § 309 I AktG verstoßen.

---

[774] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 12 I; III 1..
[775] Anderer Ansicht ist Busch S.109/ 110. Dabei erkennt er zwar, dass der abhängigen Gesellschaft insofern ein eigenverantwortlicher Spielraum zusteht, als es um die Ausübung von Bilanzierungs- und Bewertungswahlrechten geht. Einer Vermögensbetreuungspflicht stehe aber entgegen, dass das Gesetz dem herrschenden Unternehmen vielfältige Möglichkeiten zur Einflussnahme auf den Geschäftsführer der abhängigen Gesellschaft eröffne. Zu denken sei dabei an entsprechende Vereinbarungen zwischen den Vertragsparteien (§ 301 S.1 AktG) oder an den Umstand, dass in der Regel ein Gewinnabführungsvertrag regelmäßig auch mit einem Beherrschungsvertrag verbunden sei. Dann bestehe wiederum ein Weisungsrecht.
Dieses ist natürlich zutreffend. Andererseits ist aber zu berücksichtigen, dass die sogenannten isolierten Gewinnabführungsverträge auch im tatsächlichen Wirtschaftsleben zu finden sind (vgl. Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 12 I.). Daher ist allein der Hinweis, in der Regel bestehe eine Verbindung, nicht ausreichend, eine Vermögensbetreuungspflicht beim isolierten Gewinnabführungsvertrag zu verneinen.
Gleiches gilt für den Hinweis, parallel zu einem Gewinnabführungsvertrag bestehe regelmäßig auch eine faktische Konzernstruktur. Eine solche liegt aber nicht zwangsläufig vor– Unternehmensverträge ohne vorherige Beteiligungen sind zwar selten, sie gibt es aber (Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 1 III 2 b))- und wird vor allem nicht durch den Gewinnabführungsvertrag hervorgerufen. Dieser beschränkt sich ja gerade darauf, dem herrschenden Unternehmen nur das Gewinnbezugsrecht einzuräumen.
[776] Fleck ZGR 1990 S.31, S.47; Wellkamp NStZ 2001 S.113, S.116.

(4) bei Vorliegen eines isolierten Gewinnabführungsvertrages, wenn er durch nicht ordnungsgemäße Ausübung von Bilanzierungs- und Bewertungswahlrechten den dem herrschenden Unternehmen zustehenden Bilanzgewinn schmälert.

B. Nachteil

Für den GmbH- Vertragskonzern gilt grundsätzlich auch der Grundsatz, dass ein Vermögensnachteil dann nicht vorliegt, wenn sich wertmindernde und werterhöhende Faktoren gegenseitig aufheben, so dass der Anfangs- und Endbestand des Vermögens einander gleich sind. Schadensersatzansprüche sind zur Verlustkompensation geeignet.
Im Hinblick auf den Ausgleich des Vermögensvorteils durch eventuelle konzernbedingte Vorteile gilt, dass solche Vorteile nicht eintreten können, wenn die Grenzen des Weisungsrechts überschritten sind. Weisungen, die nicht im Konzerninteresse liegen, können aufgrund ihrer Zielrichtung – bezweckt ist die Bevorteilung eines Dritten auf Kosten des Konzerns/ der abhängigen Gesellschaft- auch keine konzernbedingten Vorteile für die abhängige Gesellschaft hervorrufen.

I. Verlustausgleichspflicht gemäß §§ 302, 303 AktG analog

Einigkeit besteht dahingehend, dass das herrschende Unternehmen zur Haftung gegenüber der abhängigen GmbH gemäß den §§ 302, 303 AktG verpflichtet ist.[777]

1. Einzelheiten zu § 302 AktG

In der Literatur ist man sich weitgehend einig, dass § 302 AktG auf den folgenden Grundgedanken basiert.
Erstens wird diese Haftungsregelung als Ausgleich für die weitgehenden Eingriffsrechte des herrschenden Unternehmens angesehen.[778]
Zweitens wird darauf hingewiesen, dass vor allem in den Vertragskonzernen aufgrund des § 291 III AktG die Kapitalerhaltungsvorschriften nicht funktionieren. Da aber die strikte Beachtung dieser Normen die Voraussetzung für die Haftungsbeschränkung bei juristischen Personen sei, sei im Falle ihrer Nichtanwendung auch kein Raum für die Beschränkung der Haftung auf das Vermögen der abhängigen juristischen Person.[779]
Gemäß dieser Vorschrift muss das herrschende Unternehmen unabhängig von seinem Entstehungsgrund[780] jeden während der Vertragsdauer auftretenden Jahresfehlbetrag der abhängigen Gesellschaft übernehmen, soweit dieser nicht dadurch ausgeglichen werden kann, dass den anderen Gewinnrücklagen Beträge entnommen werden, die während der Vertragsdauer in sie eingestellt

[777] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 32 V 3.; Baumbach/ Hueck/ Zöllner Schlussanhang I RN 77.
[778] BGHZ 116 S.37, S.41/42; Drüke S. 175ff; Limmer S.295ff; Hommelhoff, in: FS f. Goerdeler S.226ff; Ulmer AG 1986 S.123, S.125.
[779] BGHZ 103 S.1, S.10; 107 S.7, S.18; 115 S.187, S.197; Raiser § 54 RN 39; Sonnenschein/ Holdorf JZ 1992 S.715, S.718; Stimpel ZGR 1991 S.144, S.151.
[780] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 20 V 3c).

worden sind. [781] Gemeint ist damit derjenige Jahresfehlbetrag, der sich in der Gewinn- und Verlustrechnung ohne die Verlustausgleichspflicht des herrschenden Unternehmens ergäbe (§ 275 II Nr.20 HGB, III Nr.19 HGB), wobei die ordnungsgemäß aufgestellte Bilanz der abhängigen Gesellschaft maßgeblich ist. Folglich kann zwar im Rahmen der Bilanzierungsvorschriften des HGB und damit der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung durch die Muttergesellschaft auf die Bilanzierung in der Tochtergesellschaft Einfluss genommen werden, geradezu unrichtige Bilanzen können den Anspruch auf Verlustausgleich aber nicht verringern.[782]
Im Ergebnis hat die Anwendung des § 302 AktG also zur Folge, dass es während der Vertragsdauer nicht zur Ausweisung eines Jahresfehlbetrages kommen kann, da diesem in der Bilanz immer ein in der Höhe entsprechender Anspruch gegen das herrschende Unternehmen gegenübersteht. Folglich ist bei Zahlungsfähigkeit des herrschenden Unternehmens eine Überschuldung und damit eine Insolvenz der Tochtergesellschaft generell ausgeschlossen.[783]
Während der Dauer des Beherrschungsvertrages kann daher die Schranke, dass die Existenz der abhängigen Gesellschaft durch die Weisung nicht gefährdet werden dürfe, nur Bedeutung erlangen, wenn das herrschende Unternehmen insolvent ist. Nur dann ist der Anspruch auf Verlustausgleich nicht werthaltig und muss in der Bilanz regelmäßig auf Null wertberichtigt werden. Damit gerät die abhängige Gesellschaft fast zwangsläufig in die Insolvenz, wenn ihr durch die Weisung bedeutende Vermögenswerte entzogen worden sind.

II. Schadensersatzanspruch gemäß § 309 II AktG

Der Geschäftsführer oder der Vorstand des herrschenden Unternehmens ist nach § 309 II AktG schadensersatzpflichtig, wenn er die sich aus § 309 I AktG ergebende Sorgfaltspflicht verletzt.[784]
Des Weitern führt auch die schuldhafte Überschreitung der Grenzen des Weisungsrechts, die sich aus dem Beherrschungsvertrag, der Satzung der abhängigen Gesellschaft und dem Gesetz ergeben, zu einer Schadensersatzpflicht.[785] Folglich haftet der Geschäftsführer, wenn er die Weisung nicht im Konzerninteresse, sondern im eigenen oder dem Interesse eines Dritten vornimmt.

III. Schadensersatzanspruch gegen das herrschende Unternehmen

Unstreitig besteht bei einer Sorgfaltspflichtverletzung auch ein Schadensersatzanspruch gegenüber dem herrschenden Unternehmen selbst, umstritten ist aber dessen Rechtsgrundlage. Vertreten wird, dass die Haftung sich aus positiver Vertragsverletzung des Beherrschungsvertrages, aus dem Gesetz als nicht geschriebener Fall der Organhaftung analog § 309 AktG oder aus § 309 AktG i.V. mit § 31 BGB ergebe. [786]

---

[781] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 20 V..
[782] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 20 V 3a).
[783] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 20 V..
[784] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 23 VI 4c).
[785] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 23 VI 4d).
[786] Emmerich/ Sonnenschein/ Habersack § 23 VI 3e).

C. Einverständnis der Gesellschafter

Im Vertragskonzern ist das herrschende Unternehmen nicht notwendig mit dem Mehrheits- oder Alleingesellschafter identisch.[787] Besteht keine Identität, ist aufgrund der Zustimmung der Gesellschafter mit der erforderlichen Mehrheit zum Beherrschungsvertrag davon auszugehen, dass das Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens, soweit es nicht um Entscheidungen geht, die kraft zwingenden Rechts der Gesellschafterversammlung übertragen sind, dem Weisungsrecht der Gesellschafter vorgeht.[788]
Bleibt damit aber das Weisungsrecht der Anteilseigner grundsätzlich bestehen, haben sie auch die Möglichkeit, Handlungen zuzustimmen, die eigentlich eine Pflichtverletzung des Vorstandes oder der Geschäftsführung des herrschenden Unternehmens darstellen würden, so insbesondere wenn der abhängigen Gesellschaft nicht im Konzerninteresse, sondern im Interesse eines Dritten ein Nachteil zugefügt wird. Mit einem Einverständnis würde auch die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Geschäftsführers der abhängigen Gesellschaft entfallen.
Vergleichbares gilt für das Verbot der rechtsmissbräuchlichen Existenzgefährdung. Solange, wie das herrschende Unternehmen solvent ist, hat dieses Verbot keine Bedeutung, da die Verlustübernahmepflicht eine ausgeglichene Bilanz der abhängigen Gesellschaft gewährleistet.
Sobald diese Solvenz aber verloren geht, lebt auch dieses Verbot wieder auf, da der Schutz der Gläubiger auch hier die ordnungsgemäße Durchführung eines Liquidationsverfahrens erfordert.
Dem herrschenden Unternehmen ist es also nicht möglich, die eigene Insolvenz durch den zum eigenen Vorteil erfolgenden Abzug lebenswichtiger Produktionsteile der abhängigen Gesellschaft abzuwenden. Selbst wenn die Gesellschafter der Tochtergesellschaft dem zustimmen, machen sich die Geschäftsführer beider Unternehmen wegen einer Untreue strafbar.

D. Fazit

Auch im Vertragskonzern ist das Einverständnis der Gesellschafter unbeachtlich, wenn es sich auf eine Maßnahme der Geschäftsführung bezieht, die
(1) zu einer Minderung des nach § 30 I geschützten Kapitals, das im konkreten Fall zur Befriedigung der Gläubiger benötigt wird, führt
oder
(2) eine rechtsmissbräuchliche Existenzgefährdung zur Folge hat.

---

[787] Obwohl sich das Weisungsrecht des Gesellschafters aus dem GmbHG ergibt (§ 37 I GmbHG), ist der Abschluss eines Beherrschungsvertrages nicht etwa entbehrlich, wenn das herrschende Unternehmen schon die Anteilsmehrheit besitzt. Denn aufgrund des allgemeinen Schädigungsverbots, dass sich aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht ergibt, werden für die abhängige Gesellschaft nachteilige Weisungen erst durch den Beherrschungsvertrag zulässig.
[788] OLG Stuttgart NZG 1998 S.601, S.602.

4. Kapitel
Zusammenfassung der Ergebnisse

Diese Untersuchung hat gezeigt, dass der Tatbestand der Untreue im Hinblick auf den GmbH-Konzern im Grundsatz den gleichen Regeln unterworfen ist wie bei unverbundenen GmbH. Insbesondere beim faktischen GmbH- Konzern steht ebenfalls die Frage im Mittelpunkt, inwiefern die Dispositionsbefugnis der Gesellschafter- ein faktischer GmbH- Konzern ist gegeben, wenn ein Mehrheits- oder Alleingesellschafter der abhängigen GmbH auch anderweitig unternehmerisch tätig ist- begrenzt ist. In diesem Zusammenhang hat sich gezeigt, dass die herrschende Meinung den zutreffenden Ansatz verfolgt. Auf der Grundlage der neuesten Entscheidungen des II. Zivilrechtssenats des BGH[789] endet die Dispositionsbefugnis der Gesellschafter dort, wo das der Abdeckung der Stammkapitalziffer (§ 30 GmbHG) dienende Kapital an die Gesellschafter ausgeschüttet oder die Existenz der GmbH zum Beispiel durch die Entziehung der notwendigen Produktionsgrundlagen gefährdet wird.

Dieser Ansatz wird ebenfalls vom 5. Strafrechtssenat des BGH schon seit längerer Zeit verfolgt[790] und ist in mehreren neueren Entscheidungen bekräftigt[791] worden, was unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung zu begrüßen ist.

Dabei hat die Untersuchung zu dem Ergebnis geführt, dass im Strafrecht die als zutreffend erkannten Dispositionsgrenzen noch der folgenden Modifikationen bedürfen:

Erstens ist ein Einverständnis des Gesellschafters unbeachtlich, wenn das der Abdeckung der Stammkapitalziffer dienende Kapital ausgeschüttet werden soll und dieses Kapital tatsächlich benötigt wird, um die Gesellschaftsgläubiger zu befriedigen.

Zweitens ist dieses der Fall, wenn die Umsetzung der Weisung eine Existenzgefährdung für die GmbH bedeutet und dabei ein rechtsmissbräuchliches Handeln vorliegt. Das Kriterium der Rechtsmissbräuchlichkeit dient dabei dem Zweck, Verhaltensweisen, die aufgrund einer wirtschaftlichen Fehlkalkulation zu einer Existenzgefährdung führen, von solchen abzugrenzen, wo die Gesellschafter die Möglichkeit einer Existenzgefährdung erkennen, diese Gefahr aber in Kauf nehmen, um sich Sondervorteile auf Kosten der Gesellschaftsgläubiger zu verschaffen. Nur letztere führen zur Unbeachtlichkeit der Weisung bzw. des Einverständnisses.

Des Weiteren hat sich ergeben, dass der Gesellschafter seiner GmbH gegenüber vermögensbetreuungspflichtig ist.

Dabei wird von einer Definition der Vermögensbetreuungspflicht ausgegangen, die maßgeblich auf die Fremdnützigkeit des Schuldverhältnisses und die faktische – erforderlich ist in dem Fall noch ein schützenswertes Vertrauen- oder die rechtliche Möglichkeit- nicht auf die Befugnis im Innenverhältnis- der Einwirkung auf das fremde Vermögen abstellt. Diese Voraussetzungen erfüllt der Gesellschafter, wobei ihn aber nur eine partielle Vermögensbetreuungspflicht trifft. Sie bezieht sich auf das Gesellschaftsvermögen, dass seiner Dispositionsbefugnis entsprechend den obigen Erläuterungen entzogen ist. Dieses Ergebnis lässt sich auch unproblematisch auf die abhängige GmbH im

[789] BGH NJW 2002 S.1803ff; NJW 2002 S.3024ff.
[790] BGHSt 35 S.333ff; BGH NJW 2000 S.154ff.
[791] BGH NJW 2004 S.2248ff; NJW 2003 S.2996ff; NJW 2003 S.2924ff.

faktischen Konzern anwenden, wobei dann die Vermögensbetreuungspflicht in der Regel eine juristische Person trifft. Dieser Umstand ist aber insofern unproblematisch, als dieses besondere persönliche Merkmal auf die vertretungsberechtigten Personen der jeweiligen herrschenden Gesellschaft übergewälzt wird. Die Überwälzung wird durch § 14 I Nr.1 ermöglicht.
Die Position als herrschendes Unternehmen an sich führt nicht zu einer Vermögensbetreuungspflicht, auch unter Berücksichtigung der Konzerngefahr. Diese Feststellung gilt auch für die mehrgliedrige GmbH: allein aufgrund der Tatsache, dass ein Minderheitsgesellschafter vorhanden ist, entsteht keine Vermögensbetreuungspflicht für das gesamte Vermögen der abhängigen Gesellschaft.
Schließlich ist auch untersucht worden, inwiefern sich die faktische Konzernierung auf die Vermögensbetreuungspflichten der Geschäftsführer der konzernierten Gesellschaften auswirkt.
Es hat sich gezeigt, dass den Geschäftsführer der abhängigen Gesellschaft gegenüber dem herrschenden Unternehmen im faktischen Konzern grundsätzlich keine Vermögensbetreuungspflicht trifft. Eine solche besteht nur bei Vorliegen besonderer Anhaltspunkte.
Die Vermögensbetreuungspflicht des Geschäftsführers des herrschenden Unternehmens gegenüber der abhängigen Gesellschaft folgt im Regelfall aus der Gesellschafterstellung des von ihm geführten herrschenden Unternehmens in Verbindung mit einer Merkmalsüberwälzung gemäß § 14 I Nr.1, im Ausnahmefall demgegenüber aus der Stellung als faktischer Geschäftsführer oder der tatsächlichen Verfügungsmacht, wenn damit ein schützenswertes Vertrauen in eine den Interessen des Geschäftsherren entsprechende Wahrnehmung der Vermögensinteressen verbunden ist.
Des Weiteren ergeben sich auch im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal des Vermögensnachteils keine weitreichenden konzernbedingten Unterschiede. Entweder ist die Weisung der Gesellschafter wirksam und das Verhalten des Geschäftsführers der abhängigen Gesellschaft nicht pflichtwidrig, womit es auf das Vorliegen eines Vermögensnachteils nicht ankommt.
Überschreitet der Gesellschafter hingegen die dargestellten Grenzen seiner Dispositionsbefugnis durch seine Weisung, kann es auf eventuelle konzernbedingte Vorteile nur dann ankommen, wenn sie die Fähigkeit der Gesellschaft zur Befriedigung der Forderungen der Gesellschaftsgläubiger wieder herstellen.
Der Beherrschungsvertrag begründet eine Vermögensbetreuungspflicht des herrschenden Unternehmens insoweit, als es verpflichtet ist, die gesetzlichen Grenzen des Weisungsrechts einzuhalten. Es dürfen also solche Weisungen nicht erteilt werden, die schädigend auf die abhängige Gesellschaft wirken und nicht im Konzerninteresse liegen (§ 308 I AktG).
Im Hinblick auf den Ausgleich des Vermögensvorteils durch eventuelle konzernbedingte Vorteile gilt, dass solche Vorteile nicht eintreten können, wenn die Grenzen des Weisungsrechts überschritten sind. Weisungen, die nicht im Konzerninteresse liegen, können aufgrund ihrer Zielrichtung – bezweckt ist die Bevorteilung eines Dritten auf Kosten des Konzerns/ der abhängigen Gesellschaft- auch keine konzernbedingten Vorteile für die abhängige Gesellschaft hervorrufen.
Zu beachten ist jedoch die Verlustausgleichspflicht gemäß §§ 302 AktG, die demgegenüber zum Wegfall des Vermögensnachteils führt.
Schließlich bleibt trotz dieser Verlustausgleichspflicht § 30 GmbHG im Vertragskonzern maßgeblich, d.h. das der Abdeckung der Stammkapitalziffer dienende Kapital darf nicht ausgeschüttet werden.