

Schriften zum Strafrecht

Heft 137

**Der Untreueschutz der
Vor-GmbH vor einverständlichen
Schädigungen**

Von

Helmar Hentschke



Duncker & Humblot · Berlin

HELMAR HENTSCHE

**Der Untreueschutz der Vor-GmbH
vor einverständlichen Schädigungen**

Schriften zum Strafrecht

Heft 137

Der Untreueschutz der Vor-GmbH vor einverständlichen Schädigungen

Von

Helmar Hentschke



Duncker & Humblot · Berlin

**Die Juristische Fakultät der Universität Potsdam
hat diese Arbeit im Jahre 2001 als Dissertation angenommen.**

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

**Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.**

**Alle Rechte vorbehalten
© 2002 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme und Druck:
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany**

**ISSN 0558-9126
ISBN 3-428-10749-7**

**Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☹**

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2001 von der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam als Dissertation angenommen. Sowohl Rechtsprechung als auch Literatur fanden Berücksichtigung bis zum 31. Dezember 2001, nur sehr vereinzelt noch darüber hinaus.

Das Vorwort einer Monografie bietet dem Autor die Gelegenheit zur Danksagung. Meinem verehrten Lehrer und Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Uwe Hellmann, bin ich für die von ihm vermittelte Ausbildung dankbar. Insbesondere wäre die Arbeit ohne seine gezielten Anregungen und seine konstruktive Kritik in der vorliegenden Fassung nicht zustande gekommen. Ferner habe ich die Freiheit, mit der ich mein Dissertationsthema wählen und bearbeiten konnte, sehr geschätzt.

Herrn Prof. Dr. Rolf Steding bin ich dafür verbunden, dass er das Zweitgutachten in kurzer Frist erstellt und somit den zügigen Abschluss des Promotionsverfahrens ermöglicht hat.

Besonderer Dank gebührt meinen Eltern. Sie haben mich geprägt, zu jeder Zeit an mich geglaubt, in jeglicher Hinsicht unaufdringlich gefördert und bei allen wichtigen Entscheidungen mit ihrem Rat begleitet. Ich danke ihnen auch für die großzügige finanzielle Unterstützung während des Studiums und im Hinblick auf die Druckkosten zu dieser Schrift. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Berlin, im Juli 2002

Helmar Hentschke

Inhaltsverzeichnis

Einführung	27
I. Die Problematik	27
1. Bedeutung und Entwicklung der Vor-GmbH	28
2. Strafrechtliche Relevanz der Insolvenz der Vor-GmbH	29
3. Relevante Fallgestaltungen	30
4. Der bisherige Meinungsstand zum Schutz der Vorgesellschaft durch § 266 StGB vor einverständlichen Schädigungen	32
a) Herrschende Meinung	32
aa) Rechtsprechung	32
bb) Herrschende Lehre	34
b) Anwendung des § 266 StGB auf die Vor-GmbH durch die Gegenauffassung in der Literatur	36
II. Gang der Untersuchung	37

Teil I

Notwendigkeit der Anwendung des § 266 StGB auf die Vor-GmbH	38
§ 1 Unzureichende zivilrechtliche Kompensation von Vermögensverlagerungen bei Insolvenz der Vor-GmbH	38
I. Gründerhaftung	38
1. Ältere Rechtsprechung	38
2. Strafrechtliche Konsequenzen aus der mangelnden Kompensation von Vermögensverlagerungen	43
3. Neuere zivilrechtliche Entwicklung der Gründerhaftung bei der Vorgesellschaft	44
a) Konzeption der gänzlichen Haftungsbeschränkung	44
b) Außenhaftungskonzept	44
c) Innenhaftungskonzept	46
aa) Entwicklung in Rechtsprechung und Literatur	46

bb) Fehlende hinreichende Kompensation nach dem Innenhaftungskonzept	48
(1) Fehlen gesamtschuldnerischer Haftung	48
(2) Gefährdung der Anspruchsdurchsetzung durch mangelnde Publizität	50
(3) Beweisprobleme bei den vom BGH zugelassenen Ausnahmefällen	50
(4) Langwierigkeit der Rechtsdurchsetzung	51
(5) Verzögerungsrisiko	52
(6) Möglichkeit der Verschleierung von Privatvermögen	52
4. Strafrechtliche Konsequenzen	52
II. Handelndenhaftung	53
1. Bedenken gegen die Handelndenhaftung wegen Funktionslosigkeit des § 11 Abs. 2 GmbHG	54
a) Wandel des Verständnisses der Handelndenhaftung	54
b) § 11 Abs. 2 GmbHG und das EG-Recht	56
c) Ausgleichsfunktion der Handelndenhaftung	57
2. Konzepte zur Abwicklung der Handelndenhaftung	58
a) Unmittelbare Haftung der Gründer gegenüber den Handelnden	58
b) Einlagenhaftung der Gründer gegenüber den Handelnden	59
c) Haftung der Vor-GmbH gegenüber den Handelnden	60
3. Strafrechtliche Konsequenzen aus der Betrachtung der Handelndenhaftung	61
§ 2 Anwendbarkeit der Insolvenzdelikte auf die Vor-GmbH?	62
I. Bankrott, § 283 StGB	62
1. Sonderdeliktscharakter des § 283 StGB	62
2. Unanwendbarkeit des § 14 StGB auf die Organe der Vor-GmbH	64
a) § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB	65
b) Unanwendbarkeit des § 14 Abs. 1 Nr. 2 StGB auf die Vor-GmbH	65
aa) Grundsätzliche Anwendbarkeit auf die Insolvenz von Personengesellschaften	65
bb) Keine Geltung für den Geschäftsführer der Vor-GmbH	66
cc) Rechtsnatur der Vor-GmbH	67
(1) Vor-GmbH als Gebilde sui generis	67

Inhaltsverzeichnis	11
(2) Möglichkeit der Fremdorganschaft	69
(a) Fremdorganschaft bei der Vor-GmbH	69
(b) Unzulässigkeit der Fremdorganschaft bei Personengesellschaften	70
(aa) Neutralität der gesetzlichen Regelungen	71
(bb) Gesellschafterschutz	71
(cc) Verkehrsschutz	73
(dd) Abspaltungsverbot	73
(ee) Grundsatz der Verbandssouveränität	74
(ff) Gesetzssystematik	74
(gg) Vereinbarkeit mit dem Recht der EWIV?	75
(hh) Zwischenergebnis	75
c) § 14 Abs. 2 StGB	75
3. Ergebnis	76
II. Verletzung der Insolvenzantragspflicht, § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG	76
1. Streitstand	76
2. Stellung des Geschäftsführers der Vor-GmbH	77
3. Ablehnung der unmittelbaren Anwendung des § 64 Abs. 1 GmbHG auf die Vor-GmbH	78
a) Gesetzeswortlaut	78
b) Sinn und Zweck der Vorschrift	79
c) Systematischer Zusammenhang	79
d) Sicht des historischen Gesetzgebers	80
e) Auslegungsergebnis	81
4. Anwendung des § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG auf den Geschäftsführer der Vor-GmbH als Verstoß gegen das Analogieverbot	81
a) Tatbestandscharakter des § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG	82
b) Rechtsfindung praeter legem und Analogieverbot	83
III. Vereiteln der Zwangsvollstreckung, § 288 StGB	83
1. Sanktionierung der Vermögensverlagerungen	84
2. Sanktionierung der Verschleierung von Privatvermögen	84
a) Gesellschafter als Täter	84
b) Geschäftsführer als Täter	86
IV. Ergebnis des ersten Teils	86

Teil 2

Untreueschutz der eingetragenen GmbH	89
§ 3 Verlagerungen aus dem Gesellschaftsvermögen als Problem der Untreue	89
I. Untreurelevanz der Vermögensverlagerungen	89
II. Unbrauchbarkeit des Begriffs der verdeckten Gewinnausschüttung	90
III. Vermögensbetreuungspflicht des Geschäftsführers	92
IV. Vermögensverlagerungen als Treubruch gemäß § 266 Abs. 1, 2. Alt StGB	93
§ 4 Die Vermögensinhaberschaft der GmbH	94
I. Wirtschaftliche Betrachtungsweise	94
II. Bestimmung der Vermögensinhaberschaft nach gesellschaftsrechtlichen Vorgaben	96
§ 5 Untreuestrafrechtliche Relevanz der Zustimmung der Gesellschaftergesamtheit	97
I. Stellung der Gesellschaftergesamtheit im Kompetenzgefüge der GmbH	97
II. Zustimmung und Untreuetatbestand	98
1. Relevanz für das Merkmal der „Pflichtwidrigkeit“	99
a) Tatbestandsausschließendes Einverständnis und rechtfertigende Einwilligung	99
b) Zustimmung als tatbestandsausschließendes Einverständnis	101
c) Wirksamkeitsvoraussetzungen des Einverständnisses	101
aa) Rechtsgutsinhaberschaft	102
(1) Gesellschafter als Organ des Rechtsgutsinhabers	102
(2) Unbeachtlichkeit von § 228 StGB	102
bb) Keine Kundgabe nach außen erforderlich	103
cc) Beachtlichkeit von Willensmängeln	104
dd) Relevanz der Einsichtsfähigkeit	104
2. Tatbestandsmerkmal „Nachteil“	105
III. Reichweite der Dispositionsbefugnis der Gesellschaftergesamtheit	108
1. Unbeschränktheit der Dispositionsbefugnis?	108

2. Schranken der Dispositionsbefugnis	109
a) Kapitalerhaltungsvorschrift als Grenze	109
b) Funktion des § 30 Abs. 1 GmbHG	110
aa) Zivilrechtliche Rechtsprechung	110
bb) Zivilrechtliche Literatur	112
cc) Strafrechtliche Rechtsprechung	114
dd) Strafrechtliche Literatur zum Bestandsinteresse	114
ee) Stellungnahme	115
c) Regelungsinhalt des § 30 Abs. 1 GmbHG	117
aa) Begriff des Stammkapitals	117
bb) Voraussetzung für das Eingreifen des Auszahlungsverbots	119
(1) Begriff der Unterbilanz	119
(2) Anwendbarkeit des § 30 Abs. 1 GmbHG bei Überschuldung	119
cc) Feststellen der Unterbilanz	120
(1) Maßgeblicher Zeitpunkt	120
(2) Bilanzierungsgrundsatz	121
(3) Bewertungsgrundsätze	122
(a) Aktivseite	122
(b) Passivseite	123
dd) Feststellen der Überschuldung	124
ee) Verbotene Auszahlungen	126
3. Ergebnis	128
IV. Weitere Grenzen der Dispositionsbefugnis	128
1. Existenz- und Liquiditätsgefährdung	129
a) Unbegründbarkeit eines eigenständigen Verbots der Existenz- und Liquiditätsgefährdung	129
b) Berücksichtigung der Existenz- und Liquiditätsgefährdung bei der Bilanzierung	132
2. Verletzung der Buchführungspflicht	133
3. Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes	134
4. Sittenwidrigkeit der Gesellschafterbeschlüsse	135
5. § 32 a GmbHG	135
6. Unterkapitalisierung	136
7. Ergebnis	136

§ 6 Gesellschafter als Täter der Untreue	136
I. Maßgeblichkeit der Vermögensbetreuungspflicht für die Strafbarkeit der Gesellschafter	136
II. Vermögensbetreuungspflicht der Gesellschafter ohne Geschäftsführungsauf- gabenwahrnehmung	138
1. Verhaltenspflichten aus dem GmbH-Gesetz	138
2. § 30 Abs. 1 GmbHG	138
3. Die Treuepflicht gemäß § 242 BGB	140
4. Die Mitgliedschaft gemäß § 45 GmbHG	142
5. Tatsächliches Treueverhältnis als Grundlage einer Vermögensbetreuungs- pflicht	143
6. Zwischenergebnis	143
III. Vermögensbetreuungspflicht bei Gesellschaftern mit Geschäftsführungsauf- gabenwahrnehmung	143
1. Unterscheidung von Geschäftsführer- und Gesellschafterstellung	143
2. Begriff des faktischen Organs	144
a) Der Grundsatz	144
b) Besonderheiten des § 266 StGB	146
3. Zwischenergebnis	147
IV. Ergebnis des zweiten Teils	147

Teil 3

Anwendbarkeit des § 266 StGB auf einverständliche Schädigungen des Vor-GmbH-Vermögens	148
§ 7 Tätereigenschaft des Geschäftsführers und der Gesellschafter der Vor-GmbH	148
I. Geschäftsführer als Täter	149
II. Gesellschafter als Täter	149
§ 8 Die Vermögensträgerschaft der Vor-GmbH	150
I. Streitstand	150
1. Erfordernis der eigenen Rechtspersönlichkeit	150
a) Rechtsprechung	150
b) Literatur	151

2. Forderung nach einer eigenen Haftungsmasse des Vermögensträgers	153
a) Rechtsprechung	153
b) Literatur	153
3. Die Auffassung von Nelles zur Vermögenssubjekteigenschaft	154
II. Charakterisierung des Vermögenssubjekts nach dem Wortlaut des § 266 StGB	155
1. „Fremde Vermögensinteressen“	156
2. Trennung von Vermögensträger- und Vermögenssubjekteigenschaft	156
III. Vermögensträgerschaft der Vor-GmbH	157
1. Untauglichkeit der Zwecksetzungsbefugnis zur Bestimmung des Vermögensträgers	157
a) Geschäftsunfähige oder betreute Menschen	158
b) Insolvenz	158
c) Eingetragene GmbH	160
2. Bestimmung des Vermögensträgers nach rechtlichen Kriterien	163
3. Zuordnung von Rechten als Voraussetzung für die Vermögensträgerschaft ..	165
a) Natürliche und juristische Personen	165
b) Personenmehrheiten ohne eigene Rechtspersönlichkeit	165
aa) Anerkennung einer Teilrechtsfähigkeit	165
bb) Zuordnung von Rechten durch Anerkennung selbstständiger Rechtsträger	167
cc) Zuordnung von Rechten durch Anerkennung von Personifikationen	168
dd) Verwendung des Begriffs Rechtsträger	170
ee) Konsequenzen für die Anwendbarkeit des § 266 StGB	171
4. Vor-GmbH als Rechtsträger	172
5. Ausschluss der Vermögensträgerschaft bei der Gesamthandszuordnung	173
a) Herrschende Meinung	173
aa) Traditionelle Gesamthandslehre	173
bb) Einheitslehre	175
cc) „Auflösungsthese“?	177
b) Aufhebung des Gesamthandsprinzips?	178
aa) Unmöglichkeit der Gleichsetzung mit der juristischen Person	179

(1) Gemeinsamkeiten	179
(a) Existenz mehrerer Haftungsfonds	179
(b) Ähnlichkeit von Gesellschaftsvertrag und Satzung	179
(c) Treuepflichten	179
(2) Unterschiede	180
(a) Bestandsschutz	180
(b) Unmöglichkeit der Fremdorganschaft	181
(c) Unzulässigkeit der Einmannbeteiligung bei der Personengesellschaft	181
(aa) Entgegenstehendes Gesamthandsverständnis	181
(bb) Entgegenstehende gesetzliche Regelungen	182
(cc) Erbrechtliche Konstruktionen	184
(dd) Rechtslage bei der EWIV	185
(ee) Firmenrecht des HGB	186
(3) Zwischenergebnis	186
bb) Konsequenzen des UmwG	186
cc) Beibehaltung des Gesamthandsprinzips trotz Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit der GbR	189
c) Ergebnis	190
6. Vermögenszuordnung bei Körperschaften ohne Rechtspersönlichkeit	190
a) Organisationsstruktur und Vermögenszuordnung	190
b) Vor-GmbH als Körperschaft	191
aa) Unabhängigkeit vom Mitgliederbestand	191
bb) Möglichkeit der Fremdorganschaft	192
cc) Geltung des Mehrheitsprinzips	192
dd) Eigenständige Vermögenszuordnung	192
c) Ausschluss der Gesamthandsvermögenszuordnung bei Körperschaften nach dem Vielheitsgedanken	193
d) Ablehnung einer gesamthänderischen Vermögenszuordnung bei Körperschaften nach modernem Gesamthandsverständnis	193
aa) Abhängigkeitsverhältnis zwischen der Organisationsstruktur Personengesellschaft und der Vermögenszuordnung nach dem Gesamthandsprinzip am Beispiel der BGB-Gesellschaft	194
(1) BGB-Gesellschaft als „Urfigur“ der Gesamthand	194
(2) Zwingende Geltung der Gesamthandsvermögenszuordnung bei der Personengesellschaft	196
(3) Konsequenzen der Anerkennung einer Innengesellschaft?	197

bb) Vermögenszuordnung bei Körperschaften am Beispiel des nichtrechtsfähigen Vereins	199
(1) Eingeschränkte Anwendbarkeit des Personengesellschaftsrechts auf den nichtrechtsfähigen Verein	200
(a) Notwendigkeit der Korrektur der gesetzgeberischen Entscheidung	200
(b) Unanwendbarkeit des Personengesellschaftsrechts auf den nichtrechtsfähigen Idealverein	201
(c) Beschränkte Anwendung des Personengesellschaftsrechts auf den wirtschaftlichen nichtrechtsfähigen Verein	202
(aa) Das Problem	202
(bb) Konsequenzen der körperschaftlichen Struktur für die Anwendbarkeit des § 54 Satz 1 BGB	203
(cc) Ablehnung der Rechtsformzwangthese	204
(dd) Geltung des Außenrechts der Personengesellschaft	206
(2) Abgrenzung von Personengesellschaften und Körperschaften unter Berücksichtigung körperschaftlich strukturierter Personengesellschaften	208
(a) Gemeinsamkeiten von körperschaftlich strukturierten Personengesellschaften und Körperschaften	208
(b) Unterschiede zwischen körperschaftlich strukturierten Personengesellschaften und Körperschaften	209
(3) Zwischenergebnis	211
cc) Identität von unvollendeter, werdender und vollendeter juristischer Person	211
(1) Identitätsverständnis bei der unvollendeten juristischen Person am Beispiel des nichtrechtsfähigen Vereins	211
(2) Werdende juristische Personen	212
e) Mangelnde Erforderlichkeit der Rechtspersönlichkeit	214
f) Ergebnis	215
7. Unvereinbarkeit der Gesamthandthese mit der Zulassung von Einmanngründungen	216
a) Vermögenszuordnung bei der Einmann-Vor-GmbH	217
aa) Ablehnung einer Einmann-Gesamthand	217
bb) Unzulänglichkeit der Verfügungsbeschränkungsthese, der Treuhandlösung und der Vermögensinhaberschaft des Gründers	218
cc) Einmann-Vor-GmbH kein Sondervermögen eigener Art	220
b) Anerkennung einer verselbstständigten Einmann-Vor-GmbH	220
IV. Zwischenergebnis	222

§ 9 Die eigenständigen Vermögensinteressen der Vor-GmbH	222
I. Kapitalerhaltungsvorschrift des § 30 Abs. 1 GmbHG als Ausdruck des Vermögensinteresses der Vor-GmbH	222
1. Inhalt der Vermögensinteressen im Sinne des § 266 StGB	222
a) Definition der Vermögensinteressen	222
b) Bestimmung der Vermögensinteressen durch den Zwecksetzungsbefugten	224
c) Beschränkung der Zwecksetzungsbefugnis durch Gesetz als Ausdruck eigenständiger Vermögensinteressen	224
2. Anwendbarkeit der Kapitalerhaltungsvorschrift des § 30 Abs. 1 GmbHG auf die Vor-GmbH	225
a) Rechtsanwendung bei der Vorgesellschaft	226
aa) Sonderrechtsformel	226
bb) Rechtsfortbildung bei der Vor-GmbH	227
(1) Methodisches Vorgehen	227
(2) Lückenfeststellung	229
(a) Mögliche Art der Lücke	229
(b) Analogie als Mittel der Lückenfeststellung	230
(c) Charakterisierung der Lücke nach herkömmlicher Einteilung	230
(3) Lückenausfüllung	231
(4) Analogie zu den Vorschriften des GmbH-Gesetzes	232
b) Anwendbarkeit des § 30 Abs. 1 GmbHG im Stadium der Vor-GmbH	232
aa) Ablehnende Auffassung	232
bb) Befürwortende Auffassung	233
(1) Unbrauchbarkeit der Gründungsvorschriften als Kapitalsicherung	233
(2) Bedeutung der Gesellschafterhaftung	234
(3) Kapitalerhaltung als Existenzberechtigung der Vor-GmbH	235
(4) Kapitalerhaltung aus Gründen des mittelbaren Gläubigerschutzes	235
(5) Wertungswiderspruch bei fehlender Kapitalerhaltung	236
(6) Anwendung des § 30 Abs. 1 GmbHG wegen Sicherstellung der Vermögenstrennung	236
(7) Keine Entwertung des Eintragungszeitpunktes	237

cc) Zeitpunkt der Anwendbarkeit des § 30 Abs. 1 GmbHG	237
(1) Anwendbarkeit des § 30 Abs. 1 GmbHG erst ab Anmeldung? ...	237
(2) Anwendung des § 30 Abs. 1 GmbHG schon mit Errichtung der Gesellschaft	237
II. Zulässigkeit der analogen Anwendung des § 30 Abs. 1 GmbHG im Strafrecht	239
1. Inhalt des Analogieverbots	240
a) Abgrenzung von Auslegung und Analogie	240
b) Normtheoretische und verfassungsrechtliche Grundlagen des strafrechtlichen Analogieverbots	242
c) Folgerungen für die Anwendung des § 30 Abs. 1 GmbHG auf die Vor-gesellschaft	244
2. Begriff und Reichweite des Garantietatbestandes	245
a) Berücksichtigung formal außerstrafrechtlicher Regelungen im Strafrecht	245
b) Bestimmung des Strafgesetzbegriffs	246
aa) Übertragung des in § 2 Abs. 3 StGB verwendeten Strafgesetzbegriffs	247
(1) Verfassungsrang des Milderungsgebots in § 2 Abs. 3 StGB	248
(2) Identität der in Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB und § 2 Abs. 3 StGB verwendeten Gesetzesbegriffe	249
(a) Gesetzssystematik	249
(b) Wechselseitige Abhängigkeit des Bestimmtheitsgebots und des Rückwirkungsverbots / Milderungsgebots	250
(c) Nichtberücksichtigung von Gewohnheitsrecht	250
(3) Zwischenergebnis	254
bb) Inhalt des Strafgesetzbegriffs	254
(1) Formeller Strafgesetzbegriff	254
(2) Rechtsgutstheoretischer Strafgesetzbegriff	255
(3) Normtheoretischer Strafgesetzbegriff	255
(4) Materieller Strafgesetzbegriff	256
(5) Stellungnahme	256
cc) Materieller Strafgesetzbegriff und Reichweite des Analogieverbots	257
(1) Anwendung des Analogieverbots bei Blankettstrafgesetzen	257
(a) Begriff des Blankettstrafgesetzes	257
(b) Bedeutung der Blankettstrafgesetze	258
(c) Ausfüllungsnorm als Bestandteil des Strafgesetzes	258

(2) Analogieverbot bei normativen Tatbestandsmerkmalen	260
(a) Begriff des normativen Tatbestandsmerkmals	261
(b) Reichweite des Analogieverbots bei normativen Tatbestandsmerkmalen	263
(c) Abgrenzung von Blankettstrafgesetzen und normativen Tatbestandsmerkmalen	267
(3) Anwendung des Analogieverbots bei Fällen indirekter Akzessorietät	269
(a) Begriffsklärung	269
(b) Reichweite des Analogieverbots bei der indirekten Akzessorietät	269
3. Zulässige analoge Anwendung des § 30 Abs. 1 GmbHG im Rahmen des § 266 StGB	270
a) Tatbestandsstruktur des § 266 StGB	270
aa) Ausschluss des Blankettcharakters	270
bb) „Pflichtwidrigkeit“ und „Nachteil“ als normative Tatbestandsmerkmale	271
(1) Bindung des Einverständnisses an Merkmale des Tatbestandes ..	271
(2) „Pflichtwidrigkeit“ als normatives Tatbestandsmerkmal	272
(3) „Nachteil“ als normatives Tatbestandsmerkmal	274
b) Ergebnis	274
§ 10 Untreueschutz der Einmann-Vor-GmbH und der unechten Vor-GmbH	274
I. Vermögenssubjekt Einmann-Vor-GmbH	275
II. Vermögenssubjekteigenschaft der unechten Vor-GmbH?	275
1. Kriterien für die unechte Vor-GmbH	275
a) Aufnahme uneingeschränkter Geschäftstätigkeit	275
b) Fehlende Ernsthaftigkeit des Betreibens der Eintragung	276
2. Ablehnung der Lehre von der unechten Vor-GmbH	277
3. Verhinderung des Dauerzustandes der Vor-GmbH durch Umwandlung zur OHG	277
4. Ablauf der Umwandlung	278
5. Konsequenzen für die Anwendung des § 266 StGB	279
III. Ergebnis des dritten Teils	279
Zusammenfassung	281
Literaturverzeichnis	283
Sachwortregister	317

Abkürzungsverzeichnis

A.A. / a.A.	Anderer Ansicht
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch von 1861
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AK	Alternativ – Kommentar
AktG	Aktiengesetz
allg.	allgemein
Alt.	Alternative
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGSt	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
Beschl.	Beschluss
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	Bonner Kommentar zum Grundgesetz
BR	Bürgerliches Recht
BSG	Bundessozialgericht
Bsp.	Beispiel
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

bzw.	beziehungsweise
d.	der
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
DJ	Deutsche Justiz
d. h.	das heißt
DM	Deutsche Mark
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
Drucks.	Drucksache
DStR	Deutsches Steuerrecht
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EC	eurocheque
EG	Europäische Gemeinschaft
EGInsO	Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung
EStG	Einkommenssteuergesetz
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
e. V.	eingetragener Verein
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWIV	Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung
EWIV-AusfG	EWIV-Ausführungsgesetz
EWIV-VO	Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung
f.	folgende
FamR	Familienrecht
ff.	fort folgende
FGG	Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GemK	Gemeinschaftskommentar
GenG	Genossenschaftsgesetz
GesR	Gesellschaftsrecht
GG	Grundgesetz
GK	Großkommentar
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
grds.	grundsätzlich
GrundK	Grundkurs
GS	Gedächtnisschrift

HGB	Handelsgesetzbuch
HK	Heidelberger Kommentar
h.M.	herrschende Meinung
HRV	Handelsregisterverfügung
HWiStR	Handbuch für Wirtschaftsstrafrecht
i.Gr.	in Gründung
InsO	Insolvenzordnung
i. S. d.	im Sinne des
i.V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JuMiG	Justizmitteilungsgesetz
Jur. Fak.	Juristische Fakultät
JurA	Juristische Analysen
Jura	Juristische Ausbildung
JurBl	Juristische Blätter
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KO	Konkursordnung
KStG	Körperschaftsteuergesetz
KTS	Zeitschrift für Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
LAG	Landesarbeitsgericht
Lehrb.	Lehrbuch
LG	Landgericht
lit.	litera
LK	Leipziger Kommentar
LSG	Landessozialgericht
MDR	Monatszeitschrift Deutsches Recht
MiZi	Anordnung über die Mitteilung in Zivilsachen
MüKo	Münchener Kommentar
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Nr.	Nummer
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW – RR	NJW – Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht

OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PartGG	Partnerschaftsgesellschaftsgesetz
Rdnr.	Randnummer
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung, des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes
RGSSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RsprEinhG	Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes
S.	Seite
SAE	Sammlung arbeitsgerichtlicher Entscheidungen
SchR	Schuldrecht
SK	Systematischer Kommentar
sog.	so genannte
StÄndG	Strafrechtsänderungsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StrafR	Strafrecht
StrafR-BT	Strafrecht Besonderer Teil
StV	Strafverteidiger
u. a.	unter anderem
UmwG	Umwandlungsgesetz
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
v.	vom
VerwArch	Verwaltungsarchiv
vGA	verdeckte Gewinnausschüttung
vgl.	vergleiche
Vor-GmbH	Vorgesellschaft mit beschränkter Haftung
Vorb.	Vorbemerkungen
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht
WM	Wertpapiermitteilungen
Wpg.	Die Wirtschaftsprüfung
WRV	Weimarer Reichsverfassung
z. B.	zum Beispiel
ZfP	Zeitschrift für Politik
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht

ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, bis 1982 Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZVS	Zwangsvollstreckungsrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Einführung

I. Die Problematik

„Die jüngst vollzogene Wende der zivilrechtlichen Judikatur zu den Haftungsverhältnissen bei der Vor-GmbH (Stichwort: Von der beschränkten Außenhaftung zu deren unbeschränkter Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft) sollte Anlass sein, strafrechtlich erneut über Vermögensinhaberschaft und Vermögensdispositionsbefugnis der Vorgesellschaft nachzudenken“¹. Rechtsprechung² und Literatur³ lehnen bisher einen Untreueschutz der Vor-GmbH vor einverständlichen Schädigungen durch ihre Organe (Geschäftsführer, Gründungsgesellschaftergesamtheit) in erster Linie wegen der Struktur der Vor-GmbH ab. Jedoch erscheint angesichts der jüngsten Rechtsprechungsentwicklung zum Haftungsrecht⁴ bei der Vorgesellschaft und der allgemeinen rechtlichen Entwicklung der Vor-GmbH im Gesellschaftsrecht der letzten Jahrzehnte, die durch die GmbH-Gründungswelle⁵ hervorgerufen wurde, ein Wandel des Verständnisses der Vor-GmbH hin zu einer Verselbstständigung möglich, die auch auf strafrechtlichem Gebiet bei den Vermögensdelikten nicht vernachlässigt werden darf.

Das geringe Interesse der strafrechtlichen Literatur an der Untersuchung untreuenspezifischer Schädigungen der Vor-GmbH überrascht indes, weil schon in den Jahren 1983 und 1984 der Anteil unseriöser Gründungen von Gesellschaften auf 10 bis 14% geschätzt wurde, wobei die Rechtsform der GmbH in 92% dieser Fälle gewählt worden ist⁶. Zwar ist die Vornahme schädigender Handlungen bei unseriösen Gründungen nicht immer zugleich mit der Verwirklichung des Tatbestandes der Untreue gemäß § 266 StGB durch die Verantwortlichen der Vor-GmbH verbunden, die Zahlen lassen aber vermuten, dass dem Problem der Untreue im Stadium der Vor-GmbH nicht nur theoretische Relevanz zukommt.

¹ Radtke, GmbHR 1998, 311, 312.

² BGHSt 3, 23, 25; BGH, wistra 1991, 24 ff., näher dazu in der Einführung unter I. 4. a) aa).

³ So z. B. Gribbohm, ZGR 1990, 1, 6; Kohlmann, in Geerds-FS, 675 ff.; a. A. nur Schäfer, GmbHR 1993, 717 ff., dessen Begründung nicht überzeugt; nähere Ausführungen zu diesen Ansichten in der Einführung unter I. 4. a) bb), b).

⁴ Siehe unten § 1.

⁵ Vgl. Hansen, GmbHR 1998, 582, 583.

⁶ Dazu die vom Verband der Verein Creditreform e.V. herausgegebene Untersuchung „Unseriöse Unternehmensgründungen in der BR Deutschland“, maschinenschriftlich Neuss 1984 u. 1985, S. 6 bzw. 7 zit. bei Krause, DB 1988, 96 [Fn. 8]. Neuere Zahlen zu unseriösen Unternehmensgründungen existieren leider nicht. Auf Anfrage wurde mitgeteilt, dass die Untersuchung vom Verein für Creditreform nicht fortgeführt worden ist.

1. Bedeutung und Entwicklung der Vor-GmbH

Die allgemeine Bedeutung der Vor-GmbH zeigt sich darin, dass bis Ende 2001⁷ die Anzahl der Gesellschaften mit beschränkter Haftung etwa 850.000 betrug und jährlich ungefähr 35.000 bis 40.000 GmbH-Gründungen⁸ zu verzeichnen sind. Diese Neugründungen durchlaufen bis zur Eintragung der GmbH als juristische Person notwendig das Stadium der Vor-GmbH. Es erstreckt sich vom Abschluss des Gesellschaftsvertrages bis zur Eintragung in das Handelsregister bzw. anderweitigen Beendigung der Vorgesellschaft.

Der historische Gesetzgeber hatte jedoch das „Phänomen“ der Vorgesellschaft ignoriert⁹. Die konsequente Ablehnung der Kontinuität zwischen Vor-GmbH und eingetragener GmbH führte zum sog. Vorbelastungsverbot, das grundsätzlich keine Belastungen der fertigen GmbH aus dem Gründungsstadium zuließ¹⁰. Geschäfte der noch nicht eingetragenen GmbH sollten durch die Regelung des § 11 Abs. 2 GmbHG (Handelndenhaftung) unterbunden werden, die der Vorschrift des § 179 BGB ähnelt. Absicht war, mit diesen Instrumenten die Anerkennung der Vorgesellschaft zu verhindern.

Ein erster Wandel zeigte sich bei der Ablösung des Konzessionssystems¹¹ durch das Normativsystem¹² am Ende des 19. Jahrhunderts. Die damit verbundene Aufgabe der Staatsgenehmigung zugunsten bestimmter von den Gesellschaftern bereits im Gründungsstadium zu erfüllender Normativbestimmungen wies der Gründervereinigung erstmals Funktionen in der Gründungsphase zu, wie etwa die Entgegennahme der auf das Stammkapital zu leistenden notwendigen Mindestzah-

⁷ Hansen, GmbHR 2002, 148.

⁸ Zu den Schätzungen im Hinblick auf die Neugründungen vgl. Hansen, GmbHR 1998, 582. Die Angaben beruhen nur auf Hochrechnungen, weil in der amtlichen Statistik die Daten über die Kapitalgesellschaften aus Kostengründen gestrichen worden sind. Als Grundlage für Hochrechnungen kann daher nur die Umsatzsteuerstatistik dienen. Dabei muss allerdings beachtet werden, dass eine Tendenz zur Untererfassung der Gründungen möglich ist, weil der wirtschaftliche Beginn und der Beginn der Voranmeldepflicht nicht notwendig zusammenfallen müssen. Jedoch sieht mittlerweile das Statistikregistergesetz (BGBl. I 1998, S. 1300) vor, dass Daten der Bundesanstalt für Arbeit, der Finanzbehörden, der Industrie- und Handelskammern sowie der Handwerkskammern von den statistischen Ämtern für das von der EU angeordnete Unternehmensregister genutzt werden können. Es bleibt zu hoffen, dass damit mittelfristig eine Verbesserung bei der Erfassung von Unternehmensdaten eintritt.

⁹ K. Schmidt, GmbHR 1987, 77 f.

¹⁰ Zum Vorbelastungsverbot näher unten § 1 I. 1. mehr.

¹¹ Das Konzessionssystem galt im 19. Jahrhundert für die Errichtung juristischer Personen. Danach war die Entstehung einer juristischen Person von der Erteilung einer staatlichen Genehmigung abhängig, auf die es keinen Rechtsanspruch gab.

¹² Die Normativbestimmungen im Verbandsrecht sind diejenigen gesetzlichen Vorschriften, deren Einhaltung Voraussetzung für die Eintragung in ein öffentliches Register ist. Durch die Normativbestimmungen ist ein Mindestinhalt der Satzung bzw. Gründungsvereinbarung vorgeschrieben, ohne den die Satzung nicht als Grundlage zur Eintragung dienen kann.

lungen, und wertete demnach die Gründervereinigung auf. Dennoch wurde die Geschäftstätigkeit der Vor-GmbH nur in sehr beschränktem Maße und auch nur bei Sachgründungen zugelassen.

Dies änderte sich mit dem Grundsatzurteil des BGH aus dem Jahre 1981¹³, mit dem die Rechtsprechung endgültig das Vorbelastungsverbot aufgab. Seit dem ist die Zulässigkeit der Unternehmenstätigkeit der Vor-GmbH anerkannt. Das Abrücken vom Vorbelastungsverbot wurde auch deshalb notwendig, weil die teilweise langwierigen Eintragungsverfahren die Aufnahme der Geschäftstätigkeit bereits im Gründungsstadium erforderlich machten¹⁴.

2. Strafrechtliche Relevanz der Insolvenz der Vor-GmbH

Mit der Zulassung der Unternehmenstätigkeit der Vorgesellschaft wurde zugleich die Problematik der Insolvenz relevant, zumal der BGH¹⁵ davon abkommen war, die Vor-GmbH als reine Personenhandelsgesellschaft zu betrachten. Schon frühzeitig, noch vor der Aufgabe des Vorbelastungsverbots, sprach das BayObLG¹⁶ der Vorgesellschaft die Konkursfähigkeit (heute Insolvenzfähigkeit) zu. Mittlerweile ist die Insolvenzfähigkeit der Vor-GmbH allgemein anerkannt¹⁷.

Mit der Insolvenzfähigkeit der Vorgesellschaft gewinnt die Frage an Bedeutung, ob die Insolvenz der Vorgesellschaft mit strafbaren Handlungen in Zusammenhang steht. Häufig wird die Insolvenz einer Gesellschaft Anlass zu Ermittlungen der Staatsanwaltschaft geben, um zu klären, ob es im Zusammenhang mit der Tätigkeit der Gesellschaft zu strafbaren Handlungen gekommen ist.

Dies beruht zum einen darauf, dass die Gläubiger erst im Falle der Insolvenz einer Gesellschaft ihre Interessen gefährdet sehen und dann die Vorkommnisse den Strafverfolgungsbehörden mitteilen werden¹⁸. Das Motiv wird dabei wegen der insolvenzbedingten Nichtzahlung auf bestehende Forderungen nicht so sehr die Aussicht auf Befriedigung ihrer Ansprüche durch die Einschaltung der Staatsanwaltschaft sein, als vielmehr ein gewisses Genugtuungsbedürfnis, dass durch die Verurteilung des Verantwortlichen zufrieden gestellt werden soll.

¹³ BGHZ 80, 129 ff.

¹⁴ Zur Dauer der Eintragungsverfahren vgl. die Untersuchungsauswertung bei *Klein*, Rückgriffsanspruch, S. 1 – 3.

¹⁵ BGHZ 21, 242, 246.

¹⁶ BayObLG, NJW 1965, 2254, 2257 (für die Vor-AG; das Urteil erlangt aber durchaus Geltung für alle Vorgesellschaften von Kapitalgesellschaften).

¹⁷ *Bartl*, in HK-GmbHG, § 11 Rdnr. 18 a; *Haas*, DStR 1999, 985; *Hueck/Fastrich*, in Baumbach/Hueck, § 11 GmbHG Rdnr 16; *Rittner/Schmidt-Leithoff*, in Rowedder, § 11 GmbHG Rdnr. 79; *K. Schmidt*, in Scholz, § 11 GmbHG Rdnr. 35; *Ulmer*, in Hachenburg, § 11 GmbHG Rdnr. 50.

¹⁸ *Weyand*, Insolvenzdelikte, Rdnr. 138.