

RALF PETER ANDERS

Untreue zum Nachteil der GmbH

Versuch einer strafrechtsbegründenden Rekonstruktion
der Rechtspersönlichkeit der Korporation

 Springer

Untreue zum Nachteil der GmbH

Ralf Peter Anders

Untreue zum Nachteil der GmbH

Versuch einer strafunrechtsbegründenden
Rekonstruktion der Rechtspersönlichkeit
der Korporation



Springer

OStA PD Dr. Ralf Peter Anders
Universität Hamburg
Fakultät für Rechtswissenschaft
Hamburg
Deutschland

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT.

ISBN 978-3-642-29331-3 ISBN 978-3-642-29332-0 (eBook)
DOI 10.1007/978-3-642-29332-0
Springer Heidelberg Dordrecht London New York

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

© Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2012

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, des Vortrags, der Entnahme von Abbildungen und Tabellen, der Funksendung, der Mikroverfilmung oder der Vervielfältigung auf anderen Wegen und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Eine Vervielfältigung dieses Werkes oder von Teilen dieses Werkes ist auch im Einzelfall nur in den Grenzen der gesetzlichen Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes der Bundesrepublik Deutschland vom 9. September 1965 in der jeweils geltenden Fassung zulässig. Sie ist grundsätzlich vergütungspflichtig. Zuwiderhandlungen unterliegen den Strafbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Gedruckt auf säurefreiem Papier

Springer ist Teil der Fachverlagsgruppe Springer Science+Business Media (www.springer.com)

Paul und Britta gewidmet

Vorwort

Als Staatsanwalt in Wirtschaftsstrafsachen sowie als für das Wirtschaftsstrafrecht zuständiger Referatsleiter im Kieler Justizministerium hat mich die Frage nach der Legitimation des Strafens in dem komplexen Bereich wirtschaftlichen Handelns stets beschäftigt. Das Anliegen dieser Arbeit ist es daher, jenseits pragmatisch-technizistischer und rechtspolitischer Grenzen den vorpositiven Ansatz einer freiheitlichen Rechtsphilosophie mit seinen gerechtigkeitstheoretischen Ausprägungen begründend auf das Wirtschaftsstrafrecht zu übertragen.

Die Arbeit wurde im Sommersemester 2011 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg als Habilitationsschrift angenommen. Das Manuskript wurde im Wesentlichen zum Ende des Jahres 2011 für die Drucklegung aktualisiert.

Mein besonderer Dank gilt meinem Lehrer Professor Dr. Michael Köhler; ohne seine unermüdliche Geduld und stetige Förderung hätte ich diese Arbeit nicht bewältigt. Ich danke zudem den Professoren Dr. Wilhelm Degener und Dr. Alexander Schall für die zügige Erstellung des Zweit- und des gesellschaftsrechtlichen Drittgutachtens.

Ganz herzlich danken möchte ich meiner Familie, die meine Anstrengungen nicht nur tapfer ertragen hat, sondern mir während dieser Zeit auch immer zur Seite stand.

Mein Dank gilt schließlich dem Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG Wort für die großzügige Unterstützung durch die Gewährung der Druckbeihilfe.

Lübeck, im Februar 2012

Ralf Peter Anders

Inhalt

1 Problemstellung	1
I. Einleitung	1
II. Problemaufriss.....	4
1. Grundproblematik der Krise des Wirtschaftsstrafrechts.....	4
2. Grundproblematik der Untreue.....	7
3. Das Vermögen der GmbH als Angriffsobjekt der gesellschaftsrechtlichen Untreue.....	9
a) Definitionen.....	9
b) Die GmbH als juristische Person, Körperschaft, Kapitalgesellschaft und Unternehmen	10
c) Die GmbH im Konzern	15
d) Die Unterbestimmtheitsproblematik der Organuntreue.....	17
4. Eingrenzung des strafrechtlichen Untersuchungsgegenstands.....	19
a) Die Rechtspersönlichkeit der GmbH im Spannungsverhältnis natürlicher Akteure	19
b) Probleme eines gesellschaftsrechts-akzessorischen Verständnisses der Organuntreue	20
c) Fragestellungen	22
III. Gang der Arbeit.....	25
2 Rechtsprechungsanalyse und Diskussionsstand in der Literatur	27
I. Erster Teil der Rechtsprechungsanalyse: Strafrechtsprechung in Divergenz zur Zivilrechtsprechung – historischer Rückblick.....	28
1. § 81a GmbHG a.F.....	28
2. Rechtsprechung zu § 81a GmbHG a.F.	32
3. Rechtsprechung zur Organuntreue nach § 266 StGB.....	35
4. Ergebnis.....	44
II. Zweiter Teil der Rechtsprechungsanalyse: Änderung der Zivilrechtsprechung.....	44
1. Gesellschaftsrechtliche Ausgangslage: Wegfall des konzernrechtlichen Haftungsmaßstabes.....	45

- 2. Weiterentwicklung der Rechtsprechung des II. Zivilsenats:
über das „Intermezzo“ der Durchgriffs(außen)haftung
zur Innenhaftung aus § 826 BGB 51
- 3. Schwerpunktorientierte Analyse der
gesellschaftsrechtlichen Entwicklung 56
 - a) Der Begriff der „Existenzvernichtungshaftung“ 56
 - b) Der Begriff des „Eigeninteresses“ 62
 - c) Konzept der Durchgriffs(außen)haftung: Aktivlegimitation
der Gläubiger 75
 - d) Gesellschaftsrechtliches Ergebnis 78
 - aa) Ausgangspunkt: Trennungsprinzip und beschränkte
Haftung (Haftungsexklusivität) 78
 - bb) Entpersonalisierung und Interessenmediatisierung
– Methodologie einer Haftungs begründung aus
heteronomen Zweck- und Interessenannahmen 81
 - cc) Rechtsfähigkeit als Kriterium der Rechtspersönlichkeit 88
 - dd) Dekonturierung der juristischen Person –
Abgrenzungsschwierigkeiten zur Gesamthandsgesellschaft
und begriffliche Unklarheiten im Trias Rechtsfähigkeit,
Rechtssubjektivität und Rechtsperson 89
 - ee) Zusammenfassung 93
- III. Strafrecht 94
 - 1. Rechtsprechung der Strafsenate des BGH 94
 - a) „Bremer-Vulkan“-Urteil des 5. Strafsenats des BGH
vom 13. Mai 2004: Herstellung der Konkordanz zur
gesellschaftsrechtlichen Rechtsprechung 94
 - b) Weitere Entwicklungslinie der Strafrechtsprechung:
„Zweiteilung des Gesellschaftsvermögens“? 100
 - c) Ergebnis der Analyse der Strafrechtsprechung 102
 - 2. Diskussionsstand in der strafrechtlichen Literatur 103
 - a) Strafrechtliche Regelungsweite und ultima-ratio-Prinzip 104
 - b) Der aktuelle Streit: Akzessorietät zum Gesellschaftsrecht
und Gläubigerschutz durch § 266 StGB? 105
 - aa) Originär strafrechtliche Ansätze 106
 - (1) Fremdheit des Gesellschaftsvermögens in Relation
zu den Gesellschaftern? 106
 - (2) Uneingeschränkte Dispositions befugnis
der Gesellschafter 108
 - aaa) Gesellschafter als „oberstes“ Willensorgan
der GmbH 109
 - bbb) Unzulässigkeit des untreu strafrechtlichen
Gläubigerschutzes 109
 - aaaa) Argument der Unzulässigkeit des
Gläubigerschutzes durch § 266 StGB 110
 - bbbb) Exklusivität der Bankrottdelikte? 120

cccc) Der Vergleich zum Einzelkaufmann und zur Personengesellschaft.....	121
bb) Akzessorische Ansätze.....	122
(1) Grenze der Dispositionsbefugnis beim gesellschaftsrechtlichen Basisschutz des § 30 GmbHG.....	122
(2) Grenze der Existenzgefährdung	123
c) Das rechtshistorische Argument: Vergleich zu § 81a GmbHG a.F.....	129
d) Strafrechtliche Besonderheiten bei der Untreue zum Nachteil der (qualifiziert faktisch) konzernierten GmbH?	130
e) Bewertung von „GmbH-eigenen Rechtsgütern“	132
3. Ergebnis: Konkordanzbestrebungen im Strafrecht.....	133
IV. Ergebnis.....	135
3 Das anstaltliche Körperschaftsverständnis des „abus de biens sociaux“ im französischen Gesellschaftsstrafrecht	137
I. Einführung.....	137
II. „Abus de biens sociaux“: Grundlagen.....	138
III. Einzelheiten.....	139
1. Schutzobjekte	141
2. Verwendung.....	142
3. Verantwortlicher	143
4. Interessengegensatz – rechtliche Unerheblichkeit des Gesellschaftereinverständnisses.....	144
IV. Besonderheiten für den Konzernverbund – „fait justificatif“	149
1. Die Rozenblum-Kriterien	149
a) Konzern.....	151
b) Gemeinsames Interesse der Konzerngesellschaften	152
c) Ausgleich.....	153
2. Dogmatische Einordnung.....	154
V. Exkurs: Italien	155
VI. Ergebnis	156
4 Kritik der zivilrechtstheoretischen Haftungskonzeption und ihrer strafrechtlichen Adaption.....	159
I. Kritik der ökonomischen Analyse des Rechts sowie weiterer wohlfahrtsökonomischer und konsequenzialistischer Ansätze insbesondere hinsichtlich ihrer Übertragbarkeit auf das Strafrecht.....	159
1. Die ökonomische Analyse des Rechts.....	159
2. Allokationseffizienz als elementares Gebot für die Konstruktion gesellschaftlicher Institutionen? – Korrekturansätze nach Rawls und Sen	162

- 3. Die ökonomische Analyse des Strafrechts 165
 - a) Bedeutung für die Organuntreue 165
 - b) Kritik 168
- II. Das Verhältnis des Zivilrechts zum Strafrecht: kriminalpolitische Forderungen und verfassungsrechtliche ultima-ratio-Diskussion – das Strafrecht als „singuläres aliud“ 171
- III. Ergebnis 176
- 5 Rechtsgutslehre 179**
 - I. Aspekte der systemtranszendenten Rechtsgutslehre 179
 - 1. Untreue zum Nachteil der GmbH als abstraktes Gefährdungsdelikt? 180
 - 2. Einbeziehung überindividueller Rechtsgüter insbesondere des „Funktionierens des Wirtschaftskreislaufs“ und des „Vertrauens“ – systematisch-empirische Kritik 181
 - a) Insbesondere das „Funktionieren des Wirtschaftskreislaufs“ als scheinbar kollektives Rechtsgut? 183
 - b) Vertrauen als eigenständiges Rechtsgut? 184
 - II. Ergebnis 188
- 6 Freiheitliche (Un-)Rechtsbegründung 191**
 - I. Ansatz der freiheitlichen (Un-)Rechtsbegründung: Bedeutung des Personenbegriffs 191
 - 1. Ausgangslage: Definition des „Unterbestimmtheits“-Problems bei der Organuntreue 191
 - 2. Grundannahme des Rechtsgutsbegriffs aus praktischer Vernunft: rekonstruierende Strukturbestimmung des Rechtsguts „Körperschaft“ und die Notwendigkeit des Rückgriffs auf den Personenbegriff hierzu 193
 - 3. Freiheitliche Rechtspersönlichkeit: systematische Bedeutung, insbesondere für das Verhältnis des Zivilrechts zum Strafrecht 195
 - II. Ergebnis 197
- 7 Die Begriffe der juristischen Person und des Unternehmens 199**
 - I. Abgrenzung 199
 - 1. Institution 199
 - 2. Verband 203
 - 3. Anstalt 204
 - 4. Körperschaft und Korporation 206
 - 5. Assoziation 208
 - II. Entwicklung des Begriffs der juristischen Person 209
 - 1. Römisches Recht 209
 - 2. Legisten 212

- 3. Vernunftrechtliche Theorien 213
 - a) Pufendorf, Christian Wolff und Nettelblatt 213
 - b) Hobbes 215
- 4. Romanistisch-historische Rechtsschule und Pandektistik 216
 - a) Von Savignys Fiktionstheorie 217
 - b) Von Iherings „Genießertheorie“ 221
 - c) Theorie des Zweckvermögens 222
 - d) Ergebnis 223
- 5. Von Gierkes Theorie der realen Verbandspersönlichkeit 223
- 6. Rein positivistische Lehren: Hans J. Wolff und Kelsen 227
- 7. Heute herrschende Meinung: Theorie der Zweckpersön-
fifikation bzw. der zweckgebundenen Organisation 228
- 8. Zivilrechtsdogmatische Analyse der Konzeptionen
zur juristischen Person 229
 - a) Quantitative Analyse: monistische und dualistische Lehren 229
 - b) Qualitative Analyse der herrschenden Meinung: Topoi
„Rechtssubjekt“, „subjektives Recht“ und der
Bedeutungsverlust rechtlicher Personalität 230
- 9. Ergebnis 234
- III. Der Begriff des Unternehmens 236
 - 1. Die Lehre vom Unternehmen an sich 237
 - 2. Soziologische Begründungsversuche 243
 - a) Organisationstheoretische Betrachtung 243
 - b) Systemtheoretische Betrachtung 248
 - 3. Rechtsformunabhängige Unternehmensverfassung
und Mitbestimmung 250
 - 4. Das Unternehmensinteresse 255
 - a) Inhalt des Unternehmensinteresses 255
 - b) Funktion des Begriffs des Unternehmensinteresses 257
 - c) Unternehmensinteressenträger 263
 - 5. Ergebnis 264
- IV. Untauglichkeit von „Vereinigungstheorien“ 267
- V. Ergebnis 268
- 8 Darstellung des freiheitlichen Personenbegriffs 269**
 - I. Freiheitlicher Personenbegriff als Ausgangspunkt
der (Un-)Rechtskonstitution 269
 - 1. Der Begriff der Person und seine Geistesgeschichte 270
 - a) Anfänge 270
 - b) Der utilitaristische, nicht-anthropozentrische
Personenbegriff 272
 - aa) Bewusstseinstheoretischer Personenbegriff nach Locke 272
 - bb) Exkurs: reduktionistische Konsequenzen 273

c) Der freiheitlich-anthropozentrische Personenbegriff nach Kant.....	277
aa) Erkenntnistheorie	277
bb) Achtung, Würde und Person in der praktischen Vernunft ...	279
cc) Person und Persönlichkeit	284
dd) Bedeutung für das ethisch-moralische Handeln	286
ee) Bedeutung für das äußerliche Rechtshandeln	289
2. Der Personenbegriff Kants und sein Bezug auf Kollektiventitäten	291
II. Ergebnis	293
9 Abstraktheit des Vermögens der juristischen Person	295
I. Phänomenologische Gesamtpersonenlehre	296
II. Hegels dialektische Institutionentheorie.....	298
1. Rittners vorrechtlicher Definitionsansatz zur juristischen Person.....	299
2. Die dialektische Begründung der Korporationen in der Philosophie Hegels.....	309
a) Die Korporationen im System der Sittlichkeit als Vermittler der bürgerlichen Gesellschaft zum Staat.....	309
b) Hegels Willenstheorie als Ausgangspunkt der Institutionenbegründung	317
aa) Konstituierung der Person durch die Dialektik des Willens	317
bb) Transponierung der Willensdialektik auf die Korporation über die Sittlichkeit und die Gefahr der Akzidentalisation des Subjekts.....	324
c) Die Bewegung des Anerkennens – Person, Institution und Korporation im durchgängigen Prinzip der Intersubjektivität.....	327
d) Exkurs: Methodenkritik der dialektischen Korporationenbegründung	339
aa) Leugnung des Widerspruchs	340
bb) Kritik des Anfangs in der Seinslogik.....	340
e) Ergebnis.....	345
III. Problematik der Einpersonen-GmbH.....	346
IV. Ergebnis.....	349
10 Freiheitlich-distributiver Rechtsbegriff	351
I. „Nichts Äußeres ist ursprünglich mein“: freiheitsrechtliche Rekonstruktion des Privateigentums im Privatrecht nach Kant.....	352
1. Grundsätzliches: Kategorischer Imperativ und allgemeines Rechtsgesetz	352
2. Die Möglichkeit des intelligiblen Besitzes: Besitzlehre.....	355

- 3. Ursprünglicher Gesamtbesitz und Erwerbungslehre:
 - „Unbestimmtheit in Ansehung der Quantität sowohl als der Qualität des äußeren erwerblichen Objects“ 359
- II. Bezug zu den privatrechtsbezogenen Gerechtigkeitsformen, insbesondere der distributive Charakter des freiheitlichen Privatrechts..... 369
- III. Ergebnis..... 373

- 11 Die juristische Person als Korporation: Konkretion der Teilhabegerechtigkeit** 375
 - I. Bedeutung der Teilhabegerechtigkeit für die strafrechtliche Einverständniskompetenz..... 375
 - II. Außerstrafrechtliche Konkretionen der Teilhabegerechtigkeit..... 376
 - 1. Systematisierung..... 376
 - a) Basisinstitutionen der ursprünglichen Erwerbsteilhabe 376
 - b) „Verteilungsgerechtigkeitsrelevante“ Gruppen natürlicher Personen innerhalb der Korporation 378
 - aa) Konsumenten und die Allgemeinheit..... 379
 - bb) Arbeitnehmer 379
 - (1) „Recht auf Arbeit“ 380
 - (2) Recht des verbandsförmigen Vermögenserwerbs: Integration des „Rechts auf Arbeit“ in den verbandsförmigen Erwerbsmodus durch den nach den Grundsätzen der Teilhabegerechtigkeit erweiterten Korporationenbegriff..... 382
 - cc) Der Korrespondent des „Rechts auf Arbeit“ für den Gesellschafter: die intersubjektiv vermittelte Einschränkung der unternehmerischen Freiheit in der Korporation 385
 - dd) Gläubiger 386
 - 2. Ergebnis..... 387
 - III. Strafrechtliche Konkretion der Teilhabegerechtigkeit – das Problem der Grenze der Dispositionsbefugnis der Gesellschafter über das Gesellschaftsvermögen 388
 - 1. Substantielle Betroffenheit der Arbeitnehmer? 390
 - 2. Abgrenzung zum Einzelkaufmann und zur Personengesellschaft..... 390
 - IV. Bedeutung der Ergebnisse für den sog. qualifizierten faktischen GmbH-Konzern..... 393
 - 1. Modifizierung der Rozenblum-Kriterien auf der Ebene des Tatbestandsmerkmals der Pflichtwidrigkeit im Rahmen der Bestimmung der Dispositionsbefugnis der Gesellschafter 394

2. Berücksichtigung der Rozenblum-Kriterien beim Tatbestandsmerkmal der Nachteilszufügung? – Frage der konzernspezifischen Saldierung	397
3. Ergebnis	399
V. Ergebnis	399
VI. Notwendigkeit einer (spezial-)gesetzlichen Regelung?	401
12 Gesamtergebnis	403
Literatur	417
Sachverzeichnis	445

Kapitel 1

Problemstellung

I. Einleitung

Die juristische Person stellt das Privatrecht aus einem ganz anderen Grunde vor nicht weniger schwerwiegende Probleme. Die Privatautonomie ist ein Teil des allgemeinen Prinzips der Selbstbestimmung des Menschen. Die abhängige juristische Person trifft diesen in der Privatautonomie vorausgesetzten Wert an der Wurzel. Die Annahme, jedes Rechtssubjekt habe einen eigenen Willen, den die Rechtsordnung als vorgegebenen Wert zu respektieren habe, wird zur Fiktion. (...). Die Freiheit der Körperschaftsbildung hat das Problem der Abhängigkeit der juristischen Person von ihren Mitgliedern notwendig zur Folge. Die Autonomie des Rechtssubjektes zerfällt dem Juristen unter den Händen. Zurück bleibt die unübersehbare Vielfalt korporativer Organisationsformen, deren Rechtssubjektivität begrifflich umfassend ist, in der Wirklichkeit aber nur als Funktion fremdgesetzter Zwecke verständlich wird¹.

Eine Abhandlung über die Untreue zum Nachteil der GmbH bedarf der besonderen Rechtfertigung. Denn die Bereiche der sog. Organ- und Konzernuntreue sind in Rechtsprechung und Wissenschaft ausgiebig behandelt worden; die hierzu veröffentlichte Literatur ist Legion². Ein weiteres Arbeitsvorhaben in diesem Bereich darf deshalb wegen der zuhauf vorliegenden Vorschläge zur Lösung praktischer Probleme lediglich vordergründig dem Ziel dienen, der Konturierung der möglichen Untreuestrafbarkeit von Verantwortlichen der juristischen Person, hier in Form der GmbH, eine Nuance hinzuzufügen. Das Ziel muss vielmehr anders, nämlich grundlegender, gefasst sein.

Das Faszinosum der Untreue zum Nachteil von Kapitalgesellschaften liegt in ihrem Angriffsobjekt, der juristischen Person. Aus dem vorangestellten Zitat von *Mestmäcker* wird die eigentümliche Beziehung von Subjekt zu Objekt deutlich, die auf Grund der Funktion der juristischen Person fragen lässt, wie letztlich die Objektivität beschaffen sein soll: Verselbstständigt-selbstzweckhaft – in diesem Sinne der natürlichen Person gleichgestellt, aber verabsolutiert – oder disponibel für natürliche Personen, wobei sich wegen der Stellung der juristischen Person „GmbH“ als

¹ *Mestmäcker*, Recht und ökonomisches Gesetz: über die Grenzen von Recht, Gesellschaft und Privatautonomie (1984), S. 411.

² Vgl. nur die Nachweise unten Kapitel 2, III. 2.