

Das Tatbestandsmerkmal des fremden Vermögens bei der Untreue
zum Nachteil von Personengesellschaften am Beispiel der GmbH & Co.
KG

Bearbeitet von
Maren Stölting

1. Auflage 2010. Buch. 142 S. Hardcover
ISBN 978 3 631 60226 3
Format (B x L): 14,8 x 21 cm
Gewicht: 350 g

[Recht > Strafrecht > Strafgesetzbuch](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Einleitung

A. Darstellung des Themas

Wirtschaftskriminelle Verhaltensweisen schädigen die Volkswirtschaft jährlich in erheblichem Umfang. Als Wirtschaftsdelikte werden strafbare Handlungen dann angesehen, „wenn und soweit sie geeignet sind, die wirtschaftliche Ordnung zu beeinträchtigen, d.h. zu stören oder zu gefährden, indem das für das jeweilige Wirtschaftssystem grundlegende Vertrauen angetastet wird“¹. Kriminologisch gehören die Fälle der Untreue zum Nachteil von Gesellschaften², auch als „gesellschaftsrechtliche Untreue“³ bezeichnet, zur Kategorie der Wirtschaftskriminalität. Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität gehört seit vielen Jahren zu den vorrangigen Zielen der strafrechtlichen Reformgesetzgebung⁴.

Bei der Untreue zu Lasten von Gesellschaften handelt es sich um ein seit längerem diskutiertes Thema an einer Schnittstelle zwischen Zivil- und Strafrecht⁵. Anlass zur Diskussion ergibt sich vor allem daraus, dass der Tatbestand des § 266 StGB auf eine individuelle Einzelperson als Vermögensinhaber zugeschnitten ist und daher nicht auf die Besonderheiten von Personenmehrheiten, insbesondere also der Gesellschaften, Rücksicht nimmt⁶. Die Spezialregelungen in den einzelnen Handelsgesellschaftsgesetzen sind 1965 bzw. 1969 gestrichen worden.

Die Tathandlung der Untreue begeht nach § 266 StGB, wer entweder die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über *fremdes* Vermö-

1 Zirpins/Terstegen, Wirtschaftskriminalität, S. 34

2 vgl. zur „Unternehmenskriminalität und Strafrecht“ insgesamt auch Schünemann, Unternehmenskriminalität

3 Tiedemann, in Würtenberger-FS, S. 252

4 Möhrenschrager, wistra 1986, 123 ff.; Tiedemann, JZ 1986, 865 ff.; vgl. auch Nelles, S. 2

5 vgl. z.B. Dierlamm, StraFo 2005, 397; Deutscher / Körner, wistra 1996, 8; Kohlmann, in Geerds-FS, 675; Kohlmann, in Werner-FS, 387; Maurer, GmbHR 2004, 1549; Reiß, wistra 1989, 81; Schulte, NJW 1983, 1773; derselbe NJW 1984, 1671; Tiedemann, NJW 1986, 1842; Nelles, Untreue zum Nachteil von Gesellschaften; Hentschke, Untreueschutz der Vor-GmbH; C. Schäfer, GmbHR 1992, 509; H. Schäfer, NJW 1983, 2850; Bittmann / Richter, wistra 2005, 51; Labsch, Jura 1987, 343; Grunst, BB 2001, 1537; Schultz, BB 1988, 572

6 C. Schäfer, GmbHR 1992, 509

gen zu verfügen oder einen *anderen* zu verpflichten, missbraucht (Mißbrauchstatbestand) oder die ihm kraft Gesetzes, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, *fremde* Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt (Treubruchtatbestand); als Erfolg dieser Handlung muss dem *anderen* ein Nachteil zugefügt worden sein.

Die Erfüllung des Tatbestandes hängt somit für den hier interessierenden Problemkreis von der Frage ab, ob eine Kommanditgesellschaft – hier insbesondere die GmbH & Co. KG – im Verhältnis zu einem Gesellschafter als Täter als eine „andere“ anzusehen ist, die Inhaber „fremden Vermögens“ oder „fremder Vermögensinteressen“ ist.

Vor diesem Hintergrund gibt vor allem auch die Grundsatzentscheidung des BGH vom 29.01.2001⁷, in der die Rechts- und Parteifähigkeit der Außengesellschaft Bürgerlichen Rechts als Grundform der Gesamthandsgesellschaften anerkannt wurde, Anlass zur Überprüfung der bisherigen rechtlichen Beurteilung der Untreue zum Nachteil von Personengesellschaften am Beispiel der GmbH & Co. KG, die als weit verbreitete Unternehmensform in unserem Wirtschaftssystem grundlegendes Vertrauen für sich beansprucht.

I. Bedeutung des Themas

1. Verbreitung der GmbH & Co. KG

Die GmbH & Co. KG stellt in Deutschland die wichtigste Unternehmensform unter den Personengesellschaften dar und ist mit derzeit 154.718⁸ registrierten Unternehmen und Umsätzen in Höhe von insgesamt EUR 876.321.881.000 im Jahr 2005 nach der GmbH die umsatzstärkste Unternehmensform überhaupt (im Vergleich dazu: GmbH EUR 1.578.844.835.000, AG EUR 865.566.854.000)⁹.

Zum 01. Januar 2006 waren in Abteilung B aller deutschen Handelsregister 995.940 GmbHs eingetragen, in Abteilung A waren insgesamt 444.718 Unternehmen registriert¹⁰. Eine Rechtsformdifferenzierung in Abteilung A der Registergerichte Berlin, Chemnitz, Dresden, Leipzig, Reutlingen und Saarbrücken ergab, dass sich der Anteil der Einzelkaufleute und der OHGs zugunsten der KGs vermindert, und dass der Anteil der KGs in einzelnen Gerichtsbezirken bis zu

7 BGH, Urt. v. 29.01.2001 – II ZR 331/100, NJW 2001, 1056 = DB 2001, 423 = WM 2001, 408 = ZIP 2001,330

8 Quelle: IHK München, Dezember 2007

9 Umsatzsteuerstatistik des Statistischen Bundesamtes, Wiesbaden 2007

10 Kornblum, GmbHR 2007, 25, 26

60,4% der in Abteilung A eingetragenen Unternehmen beträgt¹¹. Insgesamt lässt sich im Vergleich zu der Anzahl der GmbHs feststellen, dass die Zuwachsraten der Bestände in Abteilung A aller deutschen Handelsregister in den letzten Jahren höher waren als die Zuwachsraten der GmbHs¹².

Das Statistische Bundesamt, Wiesbaden, verzeichnet eine Entwicklung der Anzahl der GmbH & Co. KGs von 57.791 im Jahr 1994 auf 100.081 im Jahr 2005. Dagegen hat sich die Anzahl der GmbHs lediglich von 400.723 im Jahr 1994 auf 452.946 im Jahr 2005 erhöht¹³.

Die GmbH & Co. KG – eine Erfindung der Kautelarjurisprudenz aus dem Anfang des zwanzigsten Jahrhunderts – ist eine geschickte Verbindung der Vorteile der GmbH mit denen der Kommanditgesellschaft. Aus dem Personengesellschaftsrecht stammen die Vorzüge der elastischen und formfreien Vorschriften über Gründung und Auflösung sowie über Entnahmen (auch des Haftkapitals); aus dem Recht der GmbH der „unsterbliche“ Geschäftsführer, die Drittorganschaft und die Haftungsbeschränkung aller als Gesellschafter beteiligten natürlichen Personen¹⁴. Auch aufgrund ihrer ertragsteuerlichen Anerkennung¹⁵ als Personengesellschaft wurde sie daher zu einer beliebten Gesellschaftsform für kleine und mittlere Unternehmen. Häufig wird sie jedoch auch von großen Wirtschaftsunternehmen eingesetzt¹⁶. Nicht zuletzt ist die GmbH & Co. KG auch für Fondsgestaltungen in Form von Publikumsgesellschaften aufgrund ihrer steuerlichen Vorteile für Anleger von großer wirtschaftlicher Bedeutung¹⁷.

2. Vergleichbare Haftungssituation mit der der GmbH

Die Haftungsverfassung der GmbH & Co. KG ist funktionell vergleichbar mit der der GmbH¹⁸. Die persönliche Haftung der Kommanditisten gegenüber den Gläubigern der KG ist auf die im Handelsregister eingetragene Haftungseinlage be-

11 Kornblum, GmbHR 2007, 25, 33

12 Kornblum, GmbHR 2007, 25, 34

13 Umsatzsteuerstatistik des Statistischen Bundesamtes, Wiesbaden 2007 (die Umsatzsteuerstatistik beruht auf der Auswertung monatlicher und vierteljährlicher Voranmeldungen, so dass Unternehmen, die aufgrund des geringen Jahresumsatzes nicht zu diesen Voranmeldungen verpflichtet sind, unberücksichtigt bleiben. Nicht erfasst sind ferner Unternehmen, die nahezu ausschließlich steuerfreie Umsätze tätigen)

14 Gummert, in Münchener Handbuch, S. 1062; Ulmer, in Staub, § 161, Rn. 29; Wetter, BB 1968, 734

15 Gummert, in Münchener Handbuch, S. 1059

16 Ulmer, in Staub, vor § 105, Rn. 11

17 Horn, in Heymann, § 161, Rn. 152, 153

18 Ulmer, in Staub, vor § 105, Rn 12

grenzt¹⁹. Die Haftung ist ausgeschlossen, soweit die Einlage tatsächlich an die KG geleistet und nicht dem Kommanditisten zurückgewährt wurde²⁰. Ist die GmbH einzige Komplementärin und somit einzige persönlich haftende Gesellschafterin, haftet im Ergebnis keine natürliche Person den Gläubigern der KG gegenüber unbeschränkt²¹.

3. Unterschiedliche strafrechtliche Würdigung der GmbH und der GmbH & Co. KG hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals des fremden Vermögens bei der Untreue gemäß § 266 StGB

Geschütztes Rechtsgut der Untreue ist nach herrschender Meinung allein das fremder Hand anvertraute Vermögen²². Geschädigter kann nur ein mit dem Täter nicht identischer Träger fremden Vermögens sein²³. Hieraus folgt nach der herrschenden Meinung:

a. für die GmbH

Als Inhaber des geschützten Vermögens wird aufgrund der Rechts- und Vermögenszuordnung des § 13 GmbHG die GmbH als juristische Person, also als Gebilde mit eigener „Rechtspersönlichkeit“ kraft Anerkennung durch die Rechtsordnung, angesehen²⁴. Dabei wird die Vermögenszuordnung ausschließlich nach materiellem Recht, insbesondere nach bürgerlichem Recht, vorgenommen²⁵.

Allerdings können der GmbH mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter grundsätzlich Vermögenswerte entzogen werden, weil die GmbH gegenüber ih-

19 § 171 Abs. 1 HGB

20 § 171 Abs. 1 HGB, § 172 Abs. 3 HGB, § 172 Abs. 4 HGB

21 vgl. Horn, in Heymann, § 161, Rn. 117 ff.

22 Hübner, in LK, § 266, Rn. 7; Lenckner/Perron, in Schönke/Schröder, § 266, Rn 6; Lackner/Kühl, § 266, Rn. 1; Tröndle/Fischer, Rn. 2; BGH 43, 297; Maurach/Maiwald, S. 576; Labsch, Jura 1987, 343; Schäfer, GmbHR 1993, 780, 787

23 BGHZ 34, 293, 296 = NJW 1961, 1022; BGH wistra 1984, 71; Tröndle/Fischer, § 266 StGB, Rn. 57;

24 BGHSt 34, 379, 384 = NJW 1988, 1397, 1398; Kohlmann, Werner-FS, Rn. 171; Schäfer, GmbHR 1993, 780, 788; Schmid, in Müller-Gugenberger, S. 882; Gössel, § 25 Rn. 1; Müller-Christmann/Schnauder, JuS 1998, 1080, 1082; Brammsen, DB 1989, 1609, 1610; Bauer, S. 56

25 BGH 1, 187; BGH wistra 1992, 24, 26; OLG Celle NJW 1959, 497; Hübner, in LK, § 266, Rn. 22, 67; Lackner/Kühl, § 266, Rn. 3; Lenckner/Perron, in Schönke/Schröder, § 266, Rn 6; Labsch, Jura 1987, 347; Kohlmann, in Geerds-FS, 675, 678; Müller-Christmann/Schnauder, JuS 1998, 1080, 1082; a.A. Nelles, 479 ff., 513 ff.; Wesels/Beulke, S. 16; Bauer, S. 69

ren Gesellschaftern keinen Anspruch auf ihren ungeschmäleren Bestand hat²⁶. Deshalb sind solche Verfügungen, die in Übereinstimmung mit den „wirtschaftlichen Eigentümern“ erfolgen, grundsätzlich nicht pflichtwidrig im Sinne des § 266 StGB²⁷.

Dieser Grundsatz wird jedoch dahingehend einschränkend präzisiert, dass ein pflichtwidriges Handeln trotz Einverständnisses aller Gesellschafter in den Fällen angenommen wird, in denen zwingende Vorschriften des GmbH-Rechts über die Kapitalerhaltung (§ 30 ff GmbHG) verletzt sind oder eine für die GmbH existenzgefährdende Situation herbeigeführt wird²⁸.

Die herrschende Meinung nimmt damit § 266 StGB für Aufgaben in Anspruch, für die dieser nach seinem Schutzzweck nicht bestimmt ist²⁹, nämlich den Gläubigerschutz.

b. für die GmbH & Co. KG

Im Gegensatz dazu wird eine Untreue zu Lasten einer GmbH & Co. KG, deren Haftungsverfassung funktionell vergleichbar mit der der GmbH ist, abgelehnt. Nach der Rechtsprechung kann die GmbH & Co. KG nicht selbst Träger von Vermögen sein, weil sie keine juristische Person und daher „als solche“ nicht „rechtsfähig“ sei. Eine KG komme als verselbständigt Gesamthandsvermögen einer juristischen Person zwar sehr nahe, besitze aber keine eigene Rechtspersönlichkeit³⁰. Träger des in der GmbH & Co. KG gebundenen (Gesamthands-) Vermögens seien deshalb die einzelnen Gesellschafter. Die Schädigung des Gesamthandsvermögens sei deshalb nur insoweit ein Nachteil im Sinne des § 266 StGB, als sie sich im Vermögen des oder der anderen Gesellschafter(s) aus-

26 BGH JZ 2005, 40, 43

27 BGHZ 151, 181, 186 f; BGH wistra 2003, 344, 346 f, NJW 2003, 2996, 2998, BGH JZ 2005, 40, 43; Radtke, GmbHR 1998, 362, 369

28 BGHSt 9, 204, 216; BGHSt 34, 379; BGHSt 49, 148, 158; BGH wistra 1990, 99; BGH wistra 1991, 109; BGH wistra 2003, 457, 460; BGH NJW 2000, 154 ff.; BGH NJW 2003, 2996, 2998 f.; BGH JZ 2005, 40, mit Anmerkung Tiedemann; Eisele, GA 2001, 391; Lenckner/Perron, in Schönke/Schröder, § 266, Rn. 21a; Otto, § 54 Rn. 36; Maurer, GmbHR 2004, 1549, 1555; Müller-Christmann/Schnauder, JuS 1998, 1080, 1084; Radtke, GmbHR 1998, 362, 369; Brammsen, DB 1989, 1609, 1615; Bauer, S. 143, 244, 283; vgl. auch zur Untreue zum Nachteil eines Vereins OLG Hamm wistra 1999, 350, 353

29 Lenckner/Perron, in Schönke/Schröder, § 266 Rn. 21b; Nelles, S. 553, Reiß, wistra 1989, 81; Tröndle/Fischer, § 266 Rn. 53; so auch BGH NJW 2000, 155 sowie BGHZ 151, 186 f; vgl. auch Fischer, WiB 1997, 1030 f.

30 BGHSt 3, 23, 25; BGH wistra 1984, 71; BGH wistra 1984, 226; BGHZ 34, 293, 296 = NJW 1961, 1022; Achenbach, NSTZ 1988, 97, 100; Holtz, MDR 1984, 274, 277

wirkt³¹. Bei einer einverständlichen Handlung aller Gesellschafter scheidet damit eine Pflichtwidrigkeit insgesamt aus³².

Kommt es jedoch bei Verfügungen über das Vermögen der GmbH & Co. KG im Rahmen der Haftung der Komplementär-GmbH (§§ 161 Abs. 1, 128 HGB) zu einem Angriff auf das Stammkapital der GmbH bzw. zu einer Überschuldung oder deren Vertiefung, kann durch die Handlungen des Geschäftsführers der GmbH eine Untreue zum Nachteil der Komplementär-GmbH, nicht jedoch der GmbH & Co. KG eintreten³³.

c. Unterschiede

Entscheidend für die unterschiedliche Behandlung von Gesamthandsgesellschaften wie der GmbH & Co. KG und juristischen Personen im Hinblick auf die Strafvorschrift der Untreue ist nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Meinung die fehlende Rechtspersönlichkeit von Personengesellschaften. Diese Differenzierung hat bei Fällen gesellschaftsrechtlicher Untreue die Konsequenz, dass nahezu identisches Verhalten geschäftsführungsberechtigter Gesellschafter in nahezu identischen Fallkonstellationen dann als Untreue zu beurteilen ist, wenn es sich bei dem Opfer um eine juristische Person handelt, jedoch nicht nach § 266 StGB strafbar ist, wenn eine Personen(handels)gesellschaft benachteiligt wird.

d. Die Grundlagenentscheidung des BGH

In seinem Grundlagenurteil vom 29.01.2001³⁴ hat der BGH im ersten Leitsatz festgestellt: „Die (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts besitzt Rechtsfähig-

31 BGH NJW 2003, 2996, 2999; BGH wistra 2003, 385, 387; BGH wistra 2000, 178, 179; BGH wistra 1992, 24, 25; BGH wistra 1984, 71 und 226; BGHSt 34, 221, 222f; BGHZ 100, 190, 192; Achenbach, NStZ 1993, 427, 429; Schmid, in Müller-Gugenberger, S. 882; Bittmann/Richter wistra 2005, 51; Lenckner/Perron, in Schönke/Schröder, § 266 Rn. 39; Schulte, NJW 1984, 1671; Lackner/Kühl, § 266 Rn. 3; Otto, § 54 Rn. 37; Kohlmann, in Geerds-FS, 675, 678; Zieschang, NZM 1999, 393, 394; vgl. auch Schäfer, GmbHR 1993, 718, 721, der dies im Ergebnis nur bei der Vor-GmbH für falsch hält.

32 Schmid, in Müller-Gugenberger, S. 905; Dierlamm, in MüKo StGB, § 266 Rn. 132; BGH wistra 1989, 264, 266; OLG München NJW 1994, 3112, 3113; H. Schäfer, NJW 1983, 2850, 2851; Schulte, NJW 1983, 1773, 1774

33 BGH NJW 2005, 300; BGH NJW 2003, 2996, 2999; BGH NJW 1992, 250, 251; BGH NJW 1983, 1807; BGH wistra 2001, 295; BGH wistra 2001, 304; BGH NStZ 1991, 432; BGH NZG 2000, 307, mit Anmerkung Zeidler; Hartung, NJW 1996, 229, 235; Achenbach, NStZ 1993, 427, 429; Schmid, in Müller-Gugenberger, S. 906; Lenckner/Perron, in Schönke/Schröder, § 266 Rn. 21a; Holtz, MDR 1984, 274, 277;

34 BGH NJW 2001, 1056

keit, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet“. Dies sei bisher schon für OHG, KG und Vorgesellschaften von Kapitalgesellschaften praktisch unbestritten gewesen.

Unter Rechtsfähigkeit wird die Fähigkeit verstanden, Träger von Rechten und Pflichten zu sein³⁵. Auch in der Gesetzgebung hat eine Entwicklung hin zur Rechtsfähigkeit von Personengesellschaften ihren Niederschlag gefunden. So unterscheidet die im Jahr 2000 in das BGB aufgenommene Vorschrift des § 14 Abs. 1 für den Begriff des Unternehmens zwischen natürlichen Personen, juristischen Personen und rechtsfähigen Personengesellschaften. § 7 Nr. 3 MarkenG spricht von Personengesellschaften, die mit der Fähigkeit ausgestattet sind, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen. Das Umwandlungsgesetz spricht neutral von Rechtsträgern. Schließlich bestimmt § 11 Abs. 2 InsO, dass ein Insolvenzverfahren auch über das Vermögen einer „Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit“, darunter neben OHG und KG auch dasjenige einer GbR, eröffnet werden kann. Dagegen kennt das Grundgesetz als (Grund-) Rechtsträger nur natürliche und juristische Personen (vgl. Art. 19 Abs. 3 GG).

Der BGH geht im Grundlagenurteil offenbar davon aus, dass es drei Arten von „Rechtsträgern“ gibt: natürliche Personen, juristische Personen und Gesamthandsgesellschaften als „rechtsfähige Personengesellschaften“ ohne „Rechtspersönlichkeit“. Allerdings ist diese Systemfrage im Recht der Rechtsträger weiterhin diskussionsbedürftig, das Verhältnis zwischen „Rechtspersönlichkeit“ und „Rechtsfähigkeit“ noch nicht gerichtlich geklärt und die systematische Entwicklung noch offen³⁶. Möglich erscheint durchaus, dass die rechtsfähigen (Außen-) Personengesellschaften nunmehr als juristische Personen anerkannt werden müssen³⁷.

e. Zusammenfassung

Übertragen auf das Strafrecht und vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Relevanz und der Haftungsverfassung der GmbH & Co. KG erscheint es fraglich, ob sich die Unterscheidung von juristischen Personen und Gesamthandsgesellschaften bei § 266 StGB noch aufrechterhalten lässt und, falls ja, ob es wirklich auf die Rechtspersönlichkeit und nicht die Rechtsfähigkeit, mithin die „Rechtssubjektivität“ des Geschädigten ankommt.

35 K. Schmidt, NJW 2001, 993, 997

36 K. Schmidt, NJW 2001, 993, 996; Huber, in Lutter-FS, S. 109 ff.; Ulmer, AcP 198 (1998), 119 ff.

37 K. Schmidt, NJW 2001, 993, 997; vgl. auch Raiser, Organisation, S. 171; ders., AcP 194 (1994), 495 ff.; ders., AcP 199 (1999) 104, 107f, der dies bereits als geltendes Recht ansieht

II. Praktische Relevanz

Stimmen nicht sämtliche Gesellschafter der ungetreuen Verfügung des Mitgesellschafters zu, wird in der überwiegenden Anzahl der Fälle auch ein Schaden bei dem oder den Mitgesellschafter(n) eingetreten sein, so dass der Tatbestand der Untreue nach der Rechtsprechung auch ohne die Anerkennung der GmbH & Co. KG als Vermögensträger erfüllt sein wird. Dennoch hat der vorliegende Untersuchungsgegenstand nicht nur rein theoretischen Charakter.

1. Bestandsschutz des Gesellschaftsvermögens gegenüber Mitgliedern

Anhand der Statistiken lässt sich erkennen, dass die GmbH & Co. KG als geläufige Unternehmensform wirtschaftlich tätiger Unternehmen in allen Größenkategorien eine wichtige Rolle spielt. Vertragspartner dieser Unternehmen vertrauen darauf, dass die (Fremd-)Geschäftsführer diese Unternehmen gemäß den gesetzlichen und statuarischen Vorgaben ordnungsgemäß und im Sinne des öffentlich bekannten Gesellschaftszwecks führen. Die GmbH & Co. KG kann als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen werden (§§ 161 Abs. 2, 124 Abs. 1 HGB). Sie kann Gesellschafterin einer anderen Personengesellschaft³⁸, einer AG³⁹, GmbH⁴⁰ oder einer Genossenschaft⁴¹ werden. Im Wirtschaftsleben steht die Bedeutung einer GmbH & Co. KG einer juristischen Person in nichts nach. Das Gesamthandsvermögen gegenüber Eigenmächtigkeiten der Gesellschafter zu schützen, erscheint deshalb unabhängig von bestehenden Gläubigerinteressen erforderlich⁴².

2. Reflexartiger Gläubigerschutz

Handlungen im Einverständnis aller Gesellschafter können zu Bonitätsverlust bis hin zur Kreditunwürdigkeit der GmbH & Co. KG führen – Fallgestaltungen, die noch nicht im Einzugsbereich der §§ 283 ff StGB liegen⁴³. Hält man mit der Rechtsprechung einen Vermögensnachteil bei den einzelnen Gesellschaftern für erforderlich, entsteht hier eine Schutzlücke. Wäre ein Nachteil zu Lasten der KG „als solcher“ im Sinne des Untreuetatbestands relevant, würden darüber, wie auch im Sinne der Rechtsprechung zur GmbH-Untreue im Hinblick auf § 30 GmbHG, reflexartig auch die Gläubiger geschützt.

38 BGH NJW 1988, 376; NJW 2001, 3121

39 BGHZ 118, 83 = NJW 1992, 2222

40 BGHZ 78, 311 = NJW 1981, 682; BGHZ 116, 86, 88 = NJW 1992, 499

41 BGHZ 116, 86, 88 = NJW 1992, 499

42 vgl. hierzu auch Grunst, BB 2001, 1537, 1540

43 Grunst, BB 2001, 1537, 1540

3. Strafantragserfordernis bei Angehörigen von Gesellschaftern

Dass nur ein (Mit-)Gesellschafter Geschädigter einer Untreue bei der GmbH & Co. KG sein kann, ist auch für die Frage bedeutsam, ob die Bestrafung von einem Strafantrag abhängt, wenn der oder die (Mit-)Gesellschafter (sämtlich) Haus- und/oder Familienangehörige(r) des Täters ist bzw. sind⁴⁴. Bei einer Untreue zu Lasten der GmbH & Co. KG „als solcher“ wäre allenfalls eine analoge Anwendung der §§ 266 Abs. 2 i.V.m. 247 StGB möglich⁴⁵.

4. Unklarheiten bei der Berechnung des Schadens des oder der einzelnen Gesellschafter(s)

a. Mögliche Berechnungsmethoden

Der BGH begnügte sich bislang durchweg mit der Formulierung, ein Untreuenachteil liege nur dann vor, wenn mit der Tathandlung eine Schädigung des Vermögens der einzelnen (Mit-)Gesellschafter einherginge⁴⁶. Zur Quantifizierung des Schadens musste er bisher noch nicht Stellung nehmen⁴⁷. Der 2. Strafsenat hat in einer Entscheidung hinsichtlich einer Schadensposition ausgeführt, es sei unschädlich, dass das Tatgericht die Gesellschaft selbst als Geschädigte angesehen habe, denn dieser festgestellte Schaden entspreche der Summe der den Gesellschaftern entstandenen Nachteile⁴⁸. Hierbei lässt der Senat jedoch unberücksichtigt, dass sich beim Abstellen auf die einzelnen Gesellschafter durchaus Unterschiede zu dem Schaden am „Gesellschaftsvermögen“ ergeben können. So kann der Gewinnanspruch eines Gesellschafter von seiner Beteiligungsquote an der Gesellschaft abweichen. Die Gesellschafter können überdies die Thesaurierung eines Gewinns oder eines Teils davon beschließen. Ob dies Einfluss auf das Vermögen des Gesellschafter haben kann, sei hier dahingestellt. Weiter sind die auf der Ebene der Gesellschaft als auch auf der Ebene des einzelnen Gesellschafter anfallenden Steuern zu berücksichtigen. Schließlich ist auch zu bedenken, dass bei Kommanditisten aufgrund ihrer begrenzten Haftung ein Schaden je nach Höhe ihres jeweiligen Kapitalkontos ausgeschlossen sein kann, und hier nur auf den Wert ihrer Beteiligung abgestellt werden könnte. Hierbei entsteht jedoch

44 vgl. hierzu Hartung, NJW 1996, 229, 235

45 So der BGH bei der GmbH-Untreue in wistra 2003, 385, 387f; a.A. Bittmann/Richter, wistra 2005, 51, 53; für eine OHG entschieden BGH wistra 1987, 218

46 BGH wistra 2003, 385, 387; BGH wistra 1984, 71 und 226; BGHSt 34, 221, 222f; BGHZ 100, 190, 192

47 Bittmann/Richter, wistra 2005, 51, 53

48 BGH, 2.10.1981 – 2 StR 544/81, Urteilsabdruck S. 4

eventuell auch dann kein Schaden, wenn die Gesellschaft bereits einen negativen Verkehrswert hat⁴⁹. Im Gegensatz dazu wäre in diesen Fällen ein Schaden der Gesellschaft „als solcher“ durchaus denkbar. Aus diesen Gründen ist es durchaus von praktischer Relevanz, die GmbH & Co. KG als Vermögensträger im Sinne des § 266 StGB anzusehen.

b. Problematik des tatbestandsausschließenden Einverständnisses

Auch im Hinblick auf das Entfallen der Pflichtwidrigkeit bei Vorliegen eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses ist es von Bedeutung, ob auf den Schaden bei der Gesellschaft oder beim Gesellschafter abgestellt wird. Eine Untreue zu Lasten der (wirtschaftlich gesunden) Gesellschaft ist dann nicht gegeben, wenn sämtliche Gesellschafter der untreuen Handlung zugestimmt haben⁵⁰. Stellt man dagegen auf jeden einzelnen Gesellschafter ab, kann jeder für „seinen Schadensanteil“ die Pflichtwidrigkeit durch Zustimmung entfallen lassen. Daraus folgt, dass die Zustimmung auch nur eines einzelnen Gesellschafters regelmäßig entscheidungserheblich sein wird, denn sie ist jedenfalls für die Schadenshöhe und damit für die Strafzumessung relevant⁵¹.

5. Statistische Werte zur Untreue

Im Jahr 2005 gab es insgesamt 12.032 bekannt gewordene Fälle der Untreue, im Vorjahr waren es noch 11.020⁵². Das entspricht einer Steigerung von 9,2%. Insgesamt sind für die Straftatengruppe „Wirtschaftskriminalität“ 89.224 Fälle bekannt geworden, davon waren 11.064 Fälle Betrug und Untreue im Zusammenhang mit Beteiligungen und Kapitalanlagen⁵³. Bei der Wirtschaftskriminalität ist von einer großen Dunkelziffer auszugehen.

Tatsächlich wurden für die Straftat Untreue im Jahr 2006 2.648⁵⁴ Täter verurteilt.

49 Zur Bewertung der Gesellschaft bei ihrer Überschuldung vgl. ausführlich Auler, DB 1976, 2169 ff.

50 BGH wistra 1989, 264, 266; BGH wistra 1991, 183, Dierlamm, in MüKo StGB, § 266, Rn. 132 m.w.N.

51 Unter diesem Aspekt behandelt bei BGH wistra 1987, 216, 217

52 Polizeiliche Kriminalstatistik 2005 des Bundeskriminalamtes, Bundesrepublik Deutschland; in diesen Zahlen fehlen Wirtschaftsstraftaten, die von Schwerpunktstaatsanwaltschaften oder von den Finanzbehörden unmittelbar ohne Beteiligung der Polizei verfolgt wurden.

53 Polizeiliche Kriminalstatistik 2005 des Bundeskriminalamtes, Bundesrepublik Deutschland

54 Kriminalstatistik des Statistischen Bundesamtes, Wiesbaden 2007, Fachserie 10 Reihe 3 für 2006

B. Gang der Untersuchung

Nach alldem ist zunächst die Entwicklung der Rechtsprechung und der Literaturmeinungen zur Untreue bei Personengesellschaften im Vergleich zur Untreue bei der GmbH darzustellen (Teil 1, Kapitel 1) und im Folgenden kritisch zu würdigen (Teil 1, Kapitel 2). Danach wird überprüft, ob die GmbH & Co. KG vor allem in Anbetracht der Entscheidung des BGH zur Rechtsfähigkeit der Personengesellschaften im Jahr 2001 nicht ohnehin als Rechtspersönlichkeit zu qualifizieren und daher als solche Vermögensträger im Sinne des Untreuetatbestands ist (Teil 2).

In einem dritten Teil wird die Gesamthand als mögliches Zuordnungssubjekt für Vermögen aus strafrechtlicher Sicht erarbeitet (Teil 3, Kapitel 1) und sodann die Vermögensträgerschaft der Gesamthand aus gesellschaftsrechtlicher Sicht überprüft werden (Teil 3, Kapitel 2).

Erweist sich, dass die Gesamthand aus gesellschaftsrechtlicher Sicht als Vermögensträger anerkannt werden muss, so wird zu überprüfen sein, ob ein Vergleich zu anderen Rechtsgebieten gezogen werden kann, durch den dieses Ergebnis bestätigt wird (Teil 3, Kapitel 3).

Abschließend wird das Ergebnis der Überprüfung noch einmal im rechtlichen Gesamtzusammenhang gewürdigt.